

7/8

juli/augustus 1999
elfde jaargang

Kabinetten en kabelnetten

Wouter Hins

Mistwolken rondom tabaksreclame

Ebba Hoogenraad

Jurisprudentie nr. 35-41

Zaak Van Dijke • KTA vs.
Commissariaat voor de Media •
Scientology e.a. vs. XS4ALL e.a. •
Regionale Omroep Noord vs. RC •
CompuServe & Visser vs. World
Online • Grundy vs. John de Mol
e.a. • Tatjana vs. World Online

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en
Communicatierecht

Elfde jaargang, nummer 7/8
juni 1999

Mediaforum is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (VMC), en verschijnt tien maal per jaar. Bestuur VMC: PROF. MR. E.C.M. JURGENS (*voorzitter*), MR. W.F. KORTHALS ALTES (*secretaris*), MR. R.A. VECHT (*penningmeester*), MR. P.B. HUGENHOLTZ (*vice-voorzitter*), MR. C. VAN BOXTEL, MR. C.E. DRION, DR. N.A.N.M. VAN EIJK, MR. F. KUITENBROUWER, MR. H.M. LINTHORST. *Mediaforum* wordt in opdracht van de VMC uitgegeven door OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER.

REDACTIE

MR. J. VAN DEN BEUKEL, MR. M.M.M. VAN EECHOUDE (*eindredactie*), MR. M.J. GEUS, MR. M.A.J.M. VAN DER HEIJDEN, MR. A.W. HINS, PROF. MR. K.J.M. MORTELMANS, PROF. MR. H.J. DE RU, PROF. MR. G.A.I. SCHUIJT (*voorzitter*) en MR. D.J.G. VISSER

MEDEWERKERS

PROF. DR. J.C. ARNBAK, PROF. MR. E.J. DOMMERING, PROF. MR. F.W. GROSHEIDE, DR. M. JOOSTEN, PROF. MR. J.J.C. KABEL, MR. M.J.T. LINNEMANN, MR. A.P.J.M. VAN LOON, MR. W.C. VAN MANEN, PROF. MR. J.M. DE MEIJ, MR. P. MOCHEL, PROF. MR. J.H. SPOOR, PROF. MR. D.W.F. VERKADE, PROF. DR. D. VOORHOOF

REDACTIESECRETARIAAT

Voor inlichtingen over het aanleveren van kopij en andere redactionele aangelegenheden kan contact opgenomen worden met MR. M.M.M. VAN EECHOUDE, p/a Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, tel 020 - 525 3645, fax 020 - 525 3033, e-mail eechoud@jur.uva.nl

ABONNEMENTEN & LIDMAATSCHAP

Abonnementen worden per jaargang (januari-december) afgesloten. Facturering vindt plaats jaarlijks in het eerste kwartaal. Opzegging dient te geschieden uiterlijk op 1 december van het lopende abonnementsjaar, bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voortgezet.

LEDEN VMC: Voor leden van de VMC is het abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement f 125,- per lid per kalenderjaar (studenten f 75,-; rechtspersoon f 300,-). Opzegging uiterlijk 1 december. Aanmelding, opzegging, adreswijziging e.d. voor VMC-leden bij secretaris VMC, Reguliersgracht 62, 1017 LT Amsterdam, tel/fax 020 - 626 9124, e-mail 106353.145@compuserve.com

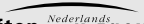
NIET-LEDEN: opgave nieuw abonnement, opzegging, adreswijziging e.d. schriftelijk bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam, tel 020 - 627 6609, fax 020 - 638 3817, e-mail: info@cram.nl

LOSSE NUMMERS: verkrijgbaar bij de gespecialiseerde boekhandel, of te bestellen bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam; prijs f 19,50.

Citeertitel: *Mediaforum* (bijv.: *Mediaforum* 1999-5, p. 125-130; bij jurisprudentie *Mediaforum* 1999-5, nr. 25)

Het verlenen van toestemming tot publicatie in dit tijdschrift strekt zich tevens uit tot het in enige vorm elektronisch beschikbaar stellen.

© 1999 Vereniging voor Media- en Communicatierecht
ISSN: 0924 - 5057

Groep vaktijdschriften  **uitgeversverbond**

INHOUDSOPGAVE

REDACTIONEEL COMMENTAAR

Kabinetten en kabelnetten **191**
Wouter Hins

ARTIKEL

Mistwolken rondom tabaksreclame **192**
Ebba Hoogenraad

DOCUMENTATIE **199**

JURISPRUDENTIE

- | | | |
|--------|---|------------|
| Nr. 35 | Hof Den Haag 9 juni 1999 (strafkamer), Zaak Van Dijke | 202 |
| Nr. 36 | ABRvS 29 april 1999, KTA vs. Commissariaat voor de Media | 203 |
| Nr. 37 | Rb. Den Haag 9 juni 1999, Scientology e.a. vs. XS4ALL e.a., m.nt. D.J.G. Visser | 205 |
| Nr. 38 | Rb. Groningen 8 juni 1999, Regionale Omroep Noord vs. RC | 210 |
| Nr. 39 | Pres. Rb. Amsterdam 20 mei 1999, CompuServe & Visser vs. World Online | 211 |
| Nr. 40 | Pres. Rb. Amsterdam 27 mei 1999, Grundy vs. John de Mol e.a. | 212 |
| Nr. 41 | Pres. Rb. Dordrecht 1 juni 1999, Tatjana vs. World Online | 214 |

Kabinetten en kabelnetten

Wouter Hins

In het mediabeleid geldt de empirische regel: wat vandaag verboden is, is morgen verplicht. De juistheid van die stelling wordt weer eens bewezen door de kabelnotitie van staatssecretaris Van der Ploeg d.d. 10 juni 1999 (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 602, nr. 1). Blijkens de aanbiedingsbrief aan de Tweede Kamer is het stuk geschreven namens het kabinet. De veelbelovende titel luidt Kabel, omroep en consument; pluriformiteit, betaalbaarheid en vrije keuze. Vroeger was pluriformiteit het argument bij uitstek om commerciële omroep van de kabel te weren. Immers, commerciële omroep zou dwingen tot een concurrentieslag om de hoogste kijkcijfers, waardoor de culturele functie van de omroep zou verschromelen. Trefwoorden: eenheidsworst, vervlakking en vertrossing. De Mediawet van 1987 was gebaseerd op een strikte waterscheiding. Commerciële televisie moest beperkt blijven tot abonneetelevisie.

Hoe anders ligt de situatie anno 1999! De kabelnotitie is het antwoord op een schriftelijk verzoek van de vaste Tweede-Kamercommissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen d.d. 4 september 1998. De commissie had met bezorgdheid kennis genomen van het besluit van de Amsterdamse kabelbeheerder om de programma's van MTV en CNN twee commerciële zenders van het kabelnet af te halen. In het voorjaar van 1999 was de Tweede Kamer weer ongerust. De gemeente Amsterdam en A2000 stonden op het punt het contract tot verkoop van het kabelnet open te breken. Volgens berichten in de pers waren zij van plan om de populaire commerciële omroepen RTL4 en 5, Veronica en SBS6 uit het basispakket te verwijderen en achter een decoder te plaatsen. Tijdens het mondelinge vragenuur van 20 april 1999 stelde de heer Atsma van het CDA dat de burger zo op kosten werd gejaagd (*Handelingen II* 1998/99, p. 4154). Had de staatssecretaris deze ontwikkeling niet kunnen voorkomen?, zo luidde één van zijn vragen.

Mevrouw van Zuijlen van de PvdA suggereerde tijdens hetzelfde vragenuur de samenstelling van het basispakket (artikel 82i Mediawet) bij wet vast te leggen. De Mediawet zou kunnen bepalen dat de populairste zenders niet achter een decoder mogen verdwijnen. Staatssecretaris Van der Ploeg had voor deze wens veel begrip en zei toe dat hij op de kwestie zou terugkomen in de kabelnotitie. Dat is niet helemaal gelukt. Concrete voornemens tot wetwijziging zal men in de notitie tevergeefs zoeken. Na een beschrijving van bestaande problemen en bestaande regelingen worden een paar alternatieve opties geschetst zonder een keuze te maken. Wel schrijft de staatssecretaris dat het basispakket zowel publieke als commerciële zenders dient te bevatten. Een argument daarvoor is dat de programmaraad krachtens artikel 82k van de Mediawet over de samenstelling van het basispakket adviseert en daarbij moet letten op de behoeften van de bevolking. Met andere woorden: als de abonnees commerciële omroep willen, dan is commerciële omroep verplicht.

De belangrijkste boodschap van de notitie is dat de liberalisering van de kabel begonnen met de wet van 5 juli 1997, *Stb.* 336 in de praktijk is tegengevallen. De verwachting was indertijd dat de schaarste aan kabelkanalen op korte termijn zou verdwijnen. Sectorspecifieke regels, zoals thans nog neergelegd in de artikelen 82i, 82j en 82k van de Mediawet, zijn alleen te rechtvaardigen als een vrije markt afwezig is. Op het moment dat de consument kan kiezen tussen verschillende infrastructuren of tussen verschillende programma-leveranciers op dezelfde infrastructuur, is er geen behoefte meer aan een basispakket, een programmaraad of prijsmaatregelen. De wet kent nu al de mogelijkheid om de desbetreffende bepalingen opzij te zetten. Volgens artikel 8.2 van de Telecommunicatiewet kan de OPTA aan de aanbieder van een omroepnetwerk (kabelbeheerder) op diens verzoek een ontheffing verlenen. Voorwaarde is dat de kabelbeheerder in zijn verzorgingsgebied niet beschikt over een aanmerkelijke macht op de markt.

Blijkens artikel 6.4 Telecommunicatiewet is daarvan in beginsel sprake als de kabelbeheerder op de relevante markt een aandeel heeft van minder dan 25%. Maar wat is de relevante markt? Een kabelbeheerder is op tenminste twee markten actief: het aanbieden van transportcapaciteit (aan ondernemingen) en het aanbieden van programma's (aan consumenten). In dit geval is alleen de tweede markt relevant. Een kabelbeheerder kan zijn marktaandeel wat betreft het leveren van programma's aan consumenten verwateren door zijn infrastructuur te delen met andere handelaren in programma's. Om een ontheffing te krijgen van de Mediawettelijke verplichtingen hoeft een kabelbeheerder dus niet passief te wachten tot het moment dat er concurrerende infrastructuren tot ontwikkeling zijn gekomen, zoals satellieten e.d. Door uitbreiding van de netcapaciteit, het uitzetten van decoders en het toelaten van concurrerende aanbieders op de kabel, komt een ontheffing ook onder handbereik.

Het probleem is echter dat iedereen op elkaar zit te wachten. Een kabelbeheerder gaat zijn net niet digitaliseren zolang de consumenten geen decoders kopen. De consumenten kopen geen decoders zolang er geen interessante programma's mee te ontvangen zijn. En programma-aanbieders gaan niet investeren zolang de kabelnetten niet zijn gedigitaliseerd. De oplossing die de kabelnotitie daarvoor biedt is nogal mager: nader overleg met de belanghebbende partijen en een vervolgnotitie voor het einde van dit jaar. Voorlopig zijn we nog niet van die programmaraden af.

Mr. A.W. Hins is docent staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad.

Mistwolken rondom tabaksreclame

Ebba Hoogenraad

Tabaksreclame is binnenkort exit, en nog sneller dan door de fabrikanten gevreesd. De implementatie van de richtlijn Tabaksreclame zal niet lang op zich laten wachten. Het eerste wetsvoorstel tot wijziging van de Tabakswet (Tabakswet I) met een verbod tot buitenreclame met onmiddellijke ingang, een verstrektingsverbod aan rokers onder de 18 jaar, en uitbreiding van de rookvrij-regeling, is op 26 maart jl. door de Ministerraad aangenomen en bij de Tweede Kamer ingediend. Reclameverboden mogen voortaan eenvoudigweg per AMvB worden geïntroduceerd. Het wetsvoorstel Tabakswet II waarbij de EG-richtlijn wordt geïmplementeerd is in de maak en is nog niet openbaar. Inwerkingtreding per datum dat de Tabaksreclame Code afliep (18 mei 1999) was –niet verbazingwekkend– te hoog gegrepen door minister Borst. De tabaksfabrikanten houden zich ondertussen natuurlijk toch vrijwillig aan de oude Reclamecode en wachten in spanning af wat Den Haag ervan maakt. Want de tekst van de richtlijn is op veel punten onduidelijk, ja zelfs tegenstrijdig. Dit artikel bespreekt een aantal van die punten.

Het was een donkere dag voor de tabaksfabrikanten toen de EG-richtlijn Tabaksreclame¹ in Brussel na toch nog zeer spannende uren met een kleinst mogelijke meerderheid werd aangenomen. Zes jaar discussiën, lobbyen en touwtrekken met behulp van economische argumenten, principiële argumenten (vrijheid van meningsuiting) en angstvisioenen (heden ik, morgen jij alcohol, kinderen, snoep) hebben geresulteerd in een totaalverbod: iedere vorm van reclame en van sponsoring voor tabak is verboden. Saillant detail: Nederland, dat de eerste jaren fervent tegenstander was, had de doorslaggevende stem. Het kan verkeren.

De richtlijn is gepubliceerd op 30 juli 1998. Implementatie door de lidstaten moet geschieden uiterlijk 30 juli 2001, waarbij de lidstaten strengere regels mogen stellen. De implementatie zal nog de nodige voeten in de aarde hebben. Want de tekst van de richtlijn is lang niet op alle punten duidelijk, ja soms zelfs tegenstrijdig. Tabaksfabrikanten, hun reclamebureaus en aan de andere zijde de anti-rookorganisaties en -personen wachten in spanning af hoe de Nederlandse wettekst eruit komt te zien. Want blijft er nog iets mogelijk? Wat gaan de fabrikanten doen met hun sterke merken en zak vol duiten?

Dit artikel beoogt kanttekeningen te plaatsen bij de tekst van de richtlijn en een bijdrage te vormen aan de discussie over de precieze formulering voor de nog onbekende Nederlandse tekst. Het zou te ver voeren alle richtlijn-artikelen te bespreken, zodat een keus is gemaakt voor de onderwerpen die eruit springen. Ondertussen hebben enkele Engelse tabaksfabrikanten en Duitsland een procedure in gang gezet om de geldigheid van de richtlijn bij het Europese Hof van Justitie aan te vechten. Algemeen wordt aangenomen dat dit uiteindelijk niet succesvol zal blijken.² Ik laat dit aspect in het kader van dit artikel buiten beschouwing.

Hoofdpunten Richtlijn

Uitgangspunt is volgens de considerans dat er een algeheel verbod geldt voor alle reclamevormen en alle reclamemedia (met uitzondering van televisie omdat tabaksreclame op radio en tv al verboden is in de Televisierichtlijn).³ Ook is verboden de onrechtstreekse reclame, sponsoring, sampling en de parallelle reclame: onrechtstreekse reclame met wat ik maar noem een tabakskarakteristiek voor niet-tabaksproducten. Uitzondering is mogelijk voor reclame voor niet-tabaksproducten met een tabaksnaam, mits deze te goeder trouw voor de datum van publicatie van deze richtlijn, dus 30 juli 1998, al werd gebruikt.

Definities

Artikel 2 lid 2 geeft de definitie van het begrip reclame:

- elke vorm van commerciële mededeling die het aanprijzen van een tabaksproduct tot doel dan wel rechtstreeks of onrechtstreeks tot gevolg heeft,
- met inbegrip van de reclame die, zonder het tabaksproduct rechtstreeks te noemen, het reclameverbod tracht te omzeilen door gebruik te maken van een naam, merk, symbool of enig ander onderscheidend teken van een tabaksproduct.

Ruimer kan de definitie gewoon niet. Vrijwel elke uiting wordt onder het begrip reclame gebracht. Het aanprijzen tot doel en rechtstreeks gevolg hebben, is logisch. Het onrechtstreekse gevolg ligt al verder weg. Sponsoring valt daaronder, en bijvoorbeeld ook het gratis weggeven van sigaretten (sampling). De tweede zinsnede gaat zeer ver: onder de definitie van reclame valt ook reclame die het reclameverbod tracht te omzeilen. Hier wordt aan de definitie een intentie van de reclamemaker toegevoegd en tot normatief element verheven.

¹ Richtlijn 98/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van reclame en sponsoring voor tabaksproducten, *Pb EG* 30 juli 1998, L 213/9.

² Zie J.C. Kabel, Van de Brug af gezien 1998; *IER* 1999, p. 54 en de in J.C. Kabel, De Tabaksreclame-richtlijn. Het einde van een tijdperk; *NTER* 1999-1, p. 29-34 genoemde literatuur.

³ Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, *PbEG* 1989, L 298/23, gewijzigd bij Richtlijn 97/36/EG (*PbEG* L 202/60).

We bevinden ons dan op een glibberig pad en zo'n pad eindigt alras in het moeras. Voor een nauwgezette rechter wordt dit een kluif. Hij zal moeten gaan abstraheren aan de hand van de feiten. In plaats van het geven van objectieve criteria creëert een dergelijke definitie onduidelijkheid bij de justitiabelen, die nooit tevoren zullen weten waar ze aan toe zijn. Waar zou die intentie uit moeten blijken? Het moet meer zijn dan het enkele gebruik van eenzelfde karakteristiek in duidelijk afwijkende vorm.

Wanneer dit tweede gedeelte van de definitie extensief zou worden geïnterpreteerd dan vormt dit de nekslag voor alles wat wellicht nog wel zal mogen. Een extensieve uitleg klopt bovendien niet met de vrijheid van meningsuiting die ook in het geding is. Deze aspecten komen verderop in dit artikel aan de orde.

Van de definities noem ik verder nog het begrip tabaksverkoop-punt: iedere plaats waar tabaksproducten verkocht worden. Hoe zit dat met Internet waar nu al tabaksmerken gepromoot worden, maar wellicht in de toekomst via websites ook sigaretten aangekocht gaan worden: betaling met creditcard en thuisgezonden. Waar vindt in dat geval de verkoop plaats?⁴

Bestaande brandextension te goeder trouw

Een belangrijke uitzondering op het tabaksreclameverbod geldt voor *brandextensions* die al bestonden ten tijde van het publiceren van de Tabaksrichtlijn. De richtlijn spreekt kort gezegd in artikel 3 lid 2 over de naam die te goeder trouw reeds voor 30 juli 1998 werd gebruikt zowel voor tabaksproducten als voor andere producten of diensten. Lidstaten mogen voor reclame voor deze producten een uitzondering op het verbod maken. In het reclamejargon heet dit fenomeen 'merkdiversificatie' of '*brandextension*'⁵: het commercieel volledig benutten van het imago en de gevestigde waarden van een bestaand merk in ver uiteenlopende productcategorieën. *Brandextension* is niet beperkt tot tabaksmerken en kent moedermerken in alle productcategorieën. Dit soort activiteiten zijn al jaren wijd verbreid. Talloos zijn de voorbeelden. Voor tabaksmerken noem ik: Drum Rhythm festival, Marlboro Masters, Marlboro Flashbacks, Marlboro Country, Van Nelle Trading nautische producten, Camel Boots, Camel Bags, Camel Trophy Adventure kledinglijn, Barclay Catwalk modeshow, Lucky Strike comedy night, Peter Stuyvesant Travel, Pall Mall Clothing, Winston Cup.

De ondernemingen die deze producten op de markt brengen zijn veelal juridisch onafhankelijk van elkaar. Vaak hanteren de bedrijven een vrijwillig aan zichzelf opgelegde Gedragscode waarin zowel voor de parallelle producten als de reclame daarvoor ieder verband met tabakgerelateerde producten wordt vermeden. Onderdeel van die gedragslijn kan ook zijn dat de producten en ook de reclame daarvoor zich richten op volwassenen en niet op minderjarigen.

Tegenstanders roepen dat het allemaal al pot nat is en dat uiteindelijk de geldstroom toch heen en weer gaat tussen de tabaksfabrikant en de onderneming van de parallelle producten. Voorstanders wijzen erop dat *brandextension* zo oud is als de weg naar Rome en de basis is van iedere marketing van een sterk merk, juist ook bij de niet-tabaksfabrikanten. Talloze parfummerken zitten ook in de kleding (Dior, Chanel), automerken doen ook aan zonnebrillen (Porsche), kleding, schoeisel en zelfs citrusfruit (Jaguar).

Indirecte tabaksreclame beoogt via een omweg de bekendheid van het tabaksproduct te vergroten en de verkoop te stimuleren.

Merkdiversificatie beoogt met behulp van een sterk en gerenommeerd merk juist de omzet te vergroten van niet aan het merk gerelateerde producten.

De in de richtlijn toegelaten uitzondering van *brandextension* is aan voorwaarden gebonden (artikel 3 lid 2 tweede volzin):

- de naam mag slechts worden gebruikt in een duidelijk andere presentatievorm dan die waarin hij voor het tabaksproduct wordt gebruikt;
- met uitsluiting van enig ander onderscheidend teken dat reeds voor het tabaksproduct wordt gebruikt.

Dus kortweg: louter de tabaks(merk)naam mag gebruikt worden voor het *brandextension*-product/dienst, verder niets, en mits duidelijk anders. De richtlijn spreekt over gebruik van de naam in een duidelijk andere presentatievorm. Het gaat dus om identieke namen. Ook een toevoeging aan de naam, bijvoorbeeld een of meer extra woorden, valt mijns inziens onder de toegelaten uitzondering: Camel Trophy Adventure, Barclay Catwalk. Naar de letter van de tekst geldt de uitzondering van Artikel 3 sub 2 niet voor niet-identieke namen.

Hamvraag wordt natuurlijk wat is een duidelijk andere presentatievorm, met uitsluiting van enig ander onderscheidend teken van het tabaksproduct?

Indien de regering deze formulering ongewijzigd overneemt zal de zware taak bij de rechter liggen om de grenspalen te zetten: een duidelijk andere presentatievorm is een feitelijk oordeel en helaas ook zeer subjectief. Wie met merkenrechtelijke ogen leest verstaat deze omschrijving in de zin dat het andere product qua uiterlijk (presentatievorm) niet mag overeenstemmen. Ik voorziet dat de rechter zich ten aanzien van het nieuwe product de vraag gaat stellen of sprake is van associatie met het tabaksproduct, en als dat zo is, oordeelt dat de presentatievorm niet voldoende afwijkend is.

Het is opvallend dat de wetgever in deze richtlijn lijkt aan te knopen bij het associatiecriterium, terwijl in de Merkenrichtlijn⁶ nu juist het Benelux-associatiecriterium is ingeperkt. De inconsistentie kan zich gaan voordoen dat de merkhouders niet zou kunnen optreden tegen het andere product omdat merkenrechtelijk geen sprake is van een inbreuk, terwijl op basis van de Tabaksrichtlijn wel sprake is van inbreuk. Als de rechter zich inderdaad op het zo brede associatie-terrein zou gaan begeven dan zal er voor tabaksfabrikanten weinig ruimte overblijven. De tweede voorwaarde voor *brandextension* is zo mogelijk nog strenger: de naam mag gebruikt worden in een duidelijk andere presentatievorm (...) met uitsluiting van enig ander onderscheidend teken dat reeds voor het tabaksproduct wordt gebruikt.

Om te beginnen is het bedroevend gesteld met het taalgebruik in de Nederlandse tekst, waarmee onduidelijkheid al is ingebakken. De Engelse tekst zegt het duidelijker: without any further distinguishing mark already used for a tobacco product.

Het gebruik van het merkenrechtelijk begrip teken doet vermoeden dat het wat ik maar noem 'meeneemverbod' in principe kan gelden voor alles wat geschikt is om te onderscheiden. Dus ook de kleur, een lettertype, zelfs een enkel klein symbool als een kroontje, krul of andere versiering mag indien onderscheidend volgens deze tekst niet worden gebruikt. En wat houdt onderscheidend dan in? Zodra het iets meer is dan een loutere versiering is het, wederom merkenrechtelijk gezien, al onderscheidend en daarmee verboden. Dat vind ik zeer ver gaan. Zo'n ruime uitleg zou inhouden dat werkelijk niets anders dan louter de naam, lees: het woordmerk, op het parallelle product

⁴ Zie over het internet-aspect ook verderop in dit artikel bij het onderdeel toegelaten uitzonderingen, en J.C. Kabel, *NTER* 1999-1 (zie noot 2).

⁵ Er wordt ook wel gesproken over parallel gebruik. In het geval van *brandextension* bij tabaksreclame gebruikt o.a. Kabel de term 'image

transfer'.

⁶ Eerste Richtlijn 89/104 EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *PbEG* 1 februari 1989, L 440/1.

mag prijken, en dan nog in een andere presentatievorm. Slechts indien het teken niet onderscheidend is mag dat aspect wel overgenomen worden. Dus misschien toch gebruik van de kleur bij een sigarettenmerk waarbij de kleur niet opvallend, lees onderscheidend, is?

Het lijkt meer gepast het vereiste van onderscheidend te koppelen aan het tabaksproduct: indien het teken op zichzelf, los van het tabaksproduct, wordt herkend als zijnde een tabaks-karakteristiek, geldt een meeneemverbod bij *brandextension*. Het cumulatieve vereiste zal ongetwijfeld de reden zijn dat de eerste wijzigingen in de presentatie van *brandextension*-merken al zijn gesignaleerd: Marlboro heeft de bekende toeftop in de Marlboro kledinglijn gewijzigd.

De tekst in de richtlijn spreekt twee keer van gebruikt wordt, zowel ten aanzien van de duidelijk andere presentatievorm, als ten aanzien van enig ander onderscheidend teken. Dit impliceert dat het gaat om een verbod tot het overnemen van elementen van de actuele verpakking. (Elementen van) oude verpakkingen die inmiddels naar het tabaksmuseum zijn verhuisd mogen voor parallelle producten dus wel weer tevoorschijn gehaald worden. En wat te denken van een update van de huidige verpakking, terwijl vervolgens de dan oude verpakking(en) gebruikt worden voor de toegelaten *brandextension*? Mijn idee: de tekst van de richtlijn laat dit toe. Omdat het is toegelaten is er ook geen sprake van de intentie het verbod te omzeilen, zoals in de tweede volzin van de definitie omschreven.

De woorden te goeder trouw zijn voor de juristen onder ons een vertrouwd begrip maar de vaststelling of goede trouw aanwezig is, is in dit soort situaties geen peulenschil. De tekst van de richtlijn heeft het over een naam die te goeder trouw gebruikt wordt, zodat de goede trouw betrekking moet hebben op het huidige gebruik en niet op het moment waarop het parallelle niet-tabaksproduct op de markt werd gebracht. Het lijkt erop dat de goede trouw aanwezig moet zijn ofwel op de peildatum 30 juli 1998 ofwel op het tijdstip dat de richtlijn geïmplementeerd wordt. Er zal dus al snel sprake zijn van goede trouw.

Verbod goodwill overdracht

Ook de omgekeerde route stuit op beperkingen: *brandextension* waarbij de merkhouder een bestaand merk benut voor een nieuw tabaksproduct. IBM mag niet zomaar alsnog sigaretten onder het merk IBM op de markt brengen. Althans, dat mag mits zij vaart maakt en dat doet voor 30 juli 2001. In dat geval geldt geen enkele restrictie: naam, merk, symbool of enig ander onderscheidend teken, het mag allemaal overgenomen worden. Bestaande voorbeelden zijn Cartier sigaretten en Van Nelle shag. Voor alle nieuwe tabaksproducten die na die datum op de markt gebracht worden gelden wel alle beperkingen van de richtlijn.

Artikel 3 lid 3 sub a luidt als volgt:

De lidstaten dragen er zorg voor dat geen enkel tabaksproduct de naam, het merk, het symbool en enig ander onderscheidend teken van een ander product of een andere dienst draagt, tenzij dit tabaksproduct reeds op de in artikel 6 lid 1, bedoelde datum onder die naam of dat merk of symbool, danwel met enig ander onderscheidend teken, in de handel was.'

In de Nederlandse tekst van de richtlijn staan twee tekstfouten: in de tweede regel moet het woord 'en' ongetwijfeld luiden of' zodat het wordt: '...geen enkel tabaksproduct de naam, het merk, het symbool of enig ander onderscheidend teken van een ander product of een andere dienst draagt'. Dat sluit aan bij de omschrijving die op alle andere plaatsen in de tekst gebruikt

wordt.⁷ Ook in de Engelse tekst wordt onder a) gesproken van brand name trade mark, emblem or other distinctive feature...'. De typefout in onderscheiden d' wijst voor zich.

Zo op het eerste gezicht zal het voor merkhouders weinig aantrekkelijk zijn hun merk te verbreden tot gebruik voor tabaksproducten. Voor dat nieuwe tabaksproduct geldt dan immers straks het gewone totaal-reclame-verbod. Zijn bij wijze van spreken nog een snelle introductie van Rolls Royce sigaartjes, Steinway en Kipling sigaretten en Kodak shag te verwachten? Zo ja, dan wachten de juristen nog interessante problemen. Want het maken van reclame voor de andere niet-tabaksproducten is immers gewoon toegestaan binnen de normale beperkingen van misleiding etcetera. Indien zo'n Kodak reclame tevens verwijst naar het tabaksproduct zal dit vallen onder het tabaksreclameverbod. Maar wat met louter imago-reclame, waarbij uitsluitend de Flying Lady van Rolls Royce wordt getoond zonder productverwijzing? Of het logo van Kodak op een billboard in Amsterdam Arena of de naam Steinway op het sponsorbord in het Muziektheater? Dergelijke imago-reclame zal tevens afstralen op het tabaksmerk, maar heeft dat mogelijk niet als hoofddoel. De uitbreiding van de definitie reclame tot trachten te omzeilen zal dan een rol gaan spelen.

Het is afwachten of de komende twee jaar nog dergelijke introducties zullen plaatsvinden, waarbij natuurlijk heel wat meer aspecten meewegen dan de loutere reclame-kant. De meest recente introductie van een nieuw tabaksproduct houdt het nog bij een reeds bestaande naam: Havana voor een nieuw sigarettenmerk.⁸

Nieuwe tabaksmerken na 2001

De gebrekkige formulering van artikel 3 sub a heeft vreemde, en naar mijn overtuiging onbedoelde, gevolgen voor de legale introductie van nieuwe tabaksmerken na 2001. Het zal vrijwel onmogelijk blijken om een nieuwe tabaksnaam en verpakking te creëren: immers het mag 'geen enkele naam, merk, symbool en (waarschijnlijk moet het zijn of) enig ander onderscheidend teken van een ander product of een andere dienst dragen! Tabaksfabrikant en reclamebureau moeten op zoek gaan naar een vrij merk, alsook een vrij symbool en een vrij ander onderscheidend teken'. Naar de letter van de tekst geldt het verbod voor ieder onderscheidend merk/symbool/naam/teken gezien de formulering en enig ander onderscheidend teken. Maar dat zal al snel het geval zijn, zodra immers het teken een merkfunctie vervult zal het onderscheidend zijn. Dus ook het bestaan van op kleine schaal gebruikte symbolen, voor welk product of dienst ook, gooit roet in het eten. Zelfs gebruik buiten Nederland zou al bezwarend zijn voor de introductie van het nieuwe merk. Dit kan nooit de bedoeling zijn geweest. Consequentie van de tekst is dat het nieuwe sigarettenmerk niet de kleur PTT-groen mag bevatten noch Zwitsal-geel, en strepen zijn verboden want die bestaan al bij Adidas, IBM, de Karwei en op talloze herenoverhemden. Om over driehoeken, zonnen, krullen en lettertypen maar te zwijgen, want die zullen altijd wel ergens voor een of ander product een onderscheidend teken zijn. Ik leg de loper uit voor de creatief die een naam en een verpakking weet te ontwerpen die nooit ergens onderscheidend is. Broddelwerk in Brussel. Er rest bijna nog maar een advies aan tabaksfabrikanten: neem deze zinsnede met een grote korrel zout. En aan onze wetgever: maak er wat van! Of is hier toch bedoeld: '...en onderscheidend teken', zodat het gaat om een cumulatief vereiste?

⁷ Considerans onder punt 9, definitie in artikel 2 lid 2 en artikel 3 lid 3 sub b.

⁸ Bron: *Adformatie* 1999-18, p. 4. Introductie per mei jl. in Griekenland en Singapore. Eventuele introductie in Nederland is nog onbekend.

Omzeilingsverbod nieuwe parallele producten

Om te zorgen dat straks niet toch via omwegen reclame voor tabaksmerken wordt gemaakt is artikel 3 lid 3 sub b opgenomen: het omzeilingsverbod. De tekst daarvan luidt als volgt:

Het in lid 1 bedoelde verbod mag niet worden omzeild door voor producten of diensten die na de in artikel 6 lid 1, vermelde datum op de markt worden gebracht, namen, merken, symbolen of andere onderscheidende tekens te gebruiken die eerder al voor een tabaksproduct werden gebruikt.'

Te dien einde moeten de naam, het merk, het symbool of enig ander onderscheidend teken van het product of de dienst worden gepresenteerd in een duidelijk andere vorm dan die van het tabaksproduct. Lid 3 sub b is een nadere uitwerking van artikel 3 lid 1 (iedere vorm van reclame of sponsoring tabaksproducten is verboden). En logisch gezien is het een vervolg op artikel 3 lid 2 (reeds bestaande *brandextension* te goeder trouw mag). Het staat hier dus op een gekke plaats.

De eerste zinsnede is zeer duidelijk geformuleerd: namen, merken, symbolen of andere onderscheidende tekens die al eerder voor een tabaksproduct werden gebruikt zijn verboden. Hiermee is de weg definitief afgesneden voor nieuwe *brandextension* in de ware zin van het woord, waarbij identieke merknamen worden gebruikt voor geheel andere producten of diensten. Alleen die merken die al per 30 juli vorig jaar te goeder trouw op de markt waren mogen blijven (artikel 3 lid 2). De begrippen haam'en merk' worden hier naast elkaar gebruikt.

In artikel 3 lid 2 over *brandextension* te goeder trouw wordt overigens uitsluitend gesproken over het bredere begrip haam.'

Ook reeds bestaande logo's zijn verboden: weg Gauloises vleugeltjes, het ronde Wilde Havana La Paz stempel, en het Belinda-kopje. Maar dat is niet alles. Ook andere onderscheidende tekens zijn verboden. En daarmee komen we op het hellende vlak van onduidelijkheid: de Animatie Kameel van Camel is zonder twijfel een onderscheidend symbool of teken. En dat is misschien ook nog te zeggen van de Stoere Cowboy van Marlboro. Maar heeft Caballero een symbool? De vlotte mannen en vrouwen, of misschien de helikopter? En is de grafische vormgeving van de C van Chesterfield een onderscheidend Chesterfieldsymbool?

De tweede zin van dit artikel vult vervolgens aan dat de naam, merk, symbool of onderscheidend teken waar dat andere product zich van bedient moet worden gepresenteerd in een duidelijk andere vorm'. Het andere product moet er kortweg duidelijk anders uitzien dan het tabakskarakteristiek. De omschrijving is zeer ruim en wie bij de tekst stil staat komt tot de conclusie dat het een echte hersenbreker is.

Dit speelt vooral bij het onderdeel haam'en merk'. Kennelijk wordt beoogd dat de nieuwe (merk)naam, die niet gelijk mag zijn aan een tabaks(merk)naam, een ander uiterlijk moet hebben. Maar dan hebben wij het dus eigenlijk over de schrijfwijze en aankleding van de naam: te weten logo's (beeldmerken). Of wordt bedoeld met de vermelding 'duidelijk andere vorm' dat het dus niet een (vrijwel) identieke (merk)naam mag zijn, maar dat deze duidelijk moet afwijken? Zo ja, dan is het gebruik van het woord 'vorm' niet op zijn plaats. Het gaat bovendien niet aan om via deze bijzin en zo'n ingewikkelde redenering het *brandextension*-verbod opeens ook te laten gelden voor niet-identieke merknamen. Hierover spreekt de richtlijn immers niet. Het gaat steeds om een verbod voor identieke merken en namen.

Bij de begrippen 'symbool' en 'enig ander onderscheidend teken' klinkt het vereiste van duidelijk afwijkende presentatie redelijk eenvoudig, maar de praktijk zal naar mijn overtuiging anders leren. Natuurlijk geldt er in alle redelijkheid niet een algeheel verbod voor het gebruik van stoere mannen en vrouwen, cowboys, ruig gebergte en woestijnen, woeste rivieren en safari's. Dergelijke symbolen mogen dus toch, mits in duidelijk

andere vorm. Dat roept uiteraard direct de vraag op wat daaronder moet worden verstaan. De rechter zal ons dat bij gelegenheid leren.

De animatiekameel is uit den boze. En wellicht de exacte 'fooftop' van Marlboro ook, maar in gewijzigde vorm is het weer toegestaan. En als Kipling naast het aapje ook een kameel in gebruik neemt lijkt mij daar niets op tegen te zijn. Maar is het Davidoff lettertype 'enig onderscheidend teken' en als dat in een andere kleur en tegen een andere achtergrond wordt gebruikt voor het andere product, is dat dan een duidelijk andere presentatievorm? En hoe zit het met kleurstelling, vlakverdeling, materiaalkeuze, typering en uitstraling? Dit is een hopeloze weg, en ik vind dat het verbod niet zover mag worden opgerekt.

Als het waar is dat de rechter straks te rade gaat bij het ons zo vertrouwde associatiecriterium dan dient hij mijns inziens een terughoudende vorm van associatie te hanteren, waarbij misschien wel meer op de punten van verschil, dan op de punten van overeenstemming moet worden gelet.

Wie deze zomer naar Frankrijk afreist komt daar al voorbeelden tegen van logo's en namen die in de verste verte niet overeenstemmen met tabaksmerken en een volledig afwijkende presentatievorm hebben. De fervente roker zal wellicht een associatie hebben met zijn eigen merk. Niet-rokers zullen aan het merk voorbijgaan; men herkent het niet. Er is geen herinneringsbeeld, daarvoor wijkt het teveel af. Is er sprake van overtreding van de richtlijn? Mijns inziens in zo'n situatie niet. Het ging er toch om dat niet-rokers en speciaal jongeren niet worden gestimuleerd te gaan roken? Zij zien het teken niet als tabaksreclame. De rechter zal zich terdege rekenschap moeten geven dat, nu de vrijheid van meningsuiting in het geding is, met terughoudendheid moet worden recht gesproken.

Samplingverbod

Artikel 4 verbiedt iedere gratis uitreiking die het aanprijzen van een tabaksproduct ten doel of tot rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg heeft. Het lijkt mij buiten twijfel dat ook het door een promotieteam omruilen van een aangebroken pakje voor een nieuw pakje van een ander merk hieronder valt: dat merk wordt immers aangeprezen en verkrijgt men gratis, zij het onder de voorwaarde van inlevering van het oude pakje.

Retourzendingen wegens aangetroffen gebreken lijken mij wel mogelijk te moeten zijn. Dat behoort immers tot de deugdelijke nakoming van de verplichtingen uit de koopovereenkomst.

In het wetsvoorstel Tabakswet I dat op 26 maart door de Ministerraad is aangenomen en nu bij de Tweede Kamer ligt wordt al voorzien in een strenger samplingverbod (artikel 9):⁹

1. Het is verboden bedrijfsmatig tabaksproducten gratis aan particulieren uit te reiken, toe te zenden of op enigerlei andere wijze beschikbaar te stellen.

2. Het is verboden bedrijfsmatig of anders dan om niet sigaretten aan particulieren te verstrekken of met dat doel aanwezig te hebben anders dan in een gesloten verpakking, die niet zonder kenbare beschadiging kan worden geopend.'

Uit de Toelichting blijkt dat deze wijziging ten doel heeft volledig een eind te maken aan iedere vorm van gratis uitreiking van tabaksproducten door fabrikanten en importeurs of derde partijen, die namens hen opereren'.¹⁰

Direct mail

Tot op heden bleef direct mail buiten schot, maar de formulering uit de richtlijn heeft het over iedere commerciële mededeling

⁹ Voorstel van wet tot wijziging van de Tabakswet, aangenomen door de Ministerraad op 26 maart 1999, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472. Meer over dit wetsvoorstel verderop in dit artikel.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 21.

die het aanprijzen van tabak tot gevolg heeft. Dat betekent dat het verbod niet beperkt blijft tot openbare mededelingen. Gepersonifieerde direct mail valt hier dus ook onder, uitgaande van de redenering dat sprake is van indirecte reclame.¹¹

Uitzonderingen op het reclameverbod

Artikel 5 richtlijn geeft de uitzonderingen op het verbod. Mededelingen, uitsluitend bestemd voor de bedrijfstak van de tabakshandel blijven toegestaan (artikel 5). In reclamejargon heet dit: business-to-business mededelingen. Moet hierbij nog waarde worden gehecht aan het gebruik van het woord mededeling in plaats van reclame? Mij dunkt van niet. De richtlijn beoogt consumenten te beschermen. De verkoop blijft legaal dus mededelingen louter bestemd voor de vakhandel zijn geoorloofd, ook als dit gebeurt in de vorm van business-to-business reclame, bijvoorbeeld vakbladadvertenties.

In de officiële tabaksverkooppunten mag wel reclame worden gemaakt: bij winkels gespecialiseerd in de verkoop van tabaksproducten blijft reclame toegestaan in de winkel, en op de voorgevel. In supermarkten en dergelijke mag reclame worden gemaakt op de plaats die bestemd is voor de verkoop. De winkels en voorgevels zullen vermoedelijk een ware reclamezuil worden, natuurlijk steeds voorzien van de verplichte warning-tekst, en voor wat betreft de buitengevel in overeenstemming met de gemeentelijke regelingen op dat vlak.

Dat Internet straks te beschouwen is of wordt als plaats, bestemd voor de verkoop lijkt een redelijke uitleg van de richtlijn te zijn.¹² Op de site is tabaksreclame en sponsoring dan toegestaan.

Andere uitzonderingen zijn:

- Aanprijzingen, niet te beschouwen als een commerciële mededeling, zoals wetenschappelijke, redactionele en soortgelijke publicaties, waaronder ook een vergelijkend warenonderzoek.
- Institutionele reclame die beïnvloeding van het publiek ten aanzien van de meningsvorming rond tabaksproducten in het algemeen ten doel heeft, zoals de campagnes Roken moet mogen van de Stichting Sigarettenindustrie enerzijds en Roken. Dood- en doodzonde van de Stichting Volksgezondheid (Stivoro) anderzijds.
- Van buiten de Gemeenschap afkomstige gedrukte media mogen hier wel worden verkocht, mist de tijdschriften daar worden uitgegeven en gedrukt en de publicaties niet in hoofdzaak voor de communautaire markt zijn bestemd. De RTL4-achtige constructies zijn hiermee bij voorbaat van tafel.¹³

Door dit alles heen geldt steeds het fundamentele beginsel van vrijheid van meningsuiting, zoals in punt 9 van de considerans vermeld. Dat brengt met zich mee dat beperkingen in geval van twijfel restrictief moeten worden uitgelegd. Alle hierboven gesignaleerde onduidelijkheden in de tekst moeten, met dit adagium in de hand, dan ook zeker niet extensief worden geïnterpreteerd, maar juist restrictief.

Uitstel maar geen afstel

De uitstelmogelijkheden die de richtlijn toelaat zijn als volgt:

- reclameverbod in de pers: 1 jaar, dus tot juli 2002;
- sponsorverbod voor evenementen: 2 jaar, dus tot juli 2003;
- sponsoring evenementen op mondiaal niveau georganiseerd: ruim 5 jaar, namelijk tot 1 oktober 2006, maar alleen in uitzonderlijke gevallen en mits beperkende maatregelen worden getroffen opdat het gesponsorde bedrag in de loop van die jaren afneemt, en vrijwillig de zichtbaarheid beperkt wordt.

De precieze invulling van deze voorwaarden wordt aan de wetgever overgelaten.

Van de andere kant bekeken

Het reclameverbod levert praktisch gezien ook een gek en groot probleem op: alle niet-tabaksproducten en diensten die na 30 juli 2001 op de markt komen moeten een extra toets ondergaan. In alle uitingen rondom die producten en diensten mag immers geen haam, merk, symbool of ander onderscheidend teken worden gebruikt als die al eerder voor tabaksproducten werden gebruikt. Weinigen zullen zich realiseren dat voor de onschuldige doorsnee onderneming, die niets met tabaksreclame of *brandextension* te maken heeft of wil hebben, opeens extra reclame-eisen gaan gelden. En niet alleen voor de naamgeving van zijn producten, want dat is nog te begrijpen, maar ook voor het uiterlijk van zijn product of dienst, en de gebruikte afbeeldingen op verpakkingen en in alle reclame. Dat afbeeldingen van cowboys en Belinda-achtige kopjes bekende tabakssymbolen zijn en daarmee Gemeenschap-wijd verboden figuren zijn geworden is nog te accepteren. Maar het verbod geldt straks mogelijk ook voor de stoere Caballero man en vrouw. Ieder die zijn zeep, maaimachine of potlood wil uitdossen in zwart-wit-rode vlakken van geometrische vorm komt in de gevarezone. Ik zou menen dat de badlakenfabrikant die een gekke kameel op zijn badlaken wil inborduren, niet fout zit. En de speelgoedfabrikant die een rage met klappertjespistolen en lassos in gang weet te zetten moet verdraaid oppassen op zijn verpakking geen stoere cowboy af te beelden, en het verwijt te krijgen een (stiekeme) handlanger van Marlboro te zijn, en nog wel gericht op kinderen ook!

De fabrikant, maar zelfs ook zijn reclamebureau, zullen er niet eens bij stil staan dat per 2001 hun niet-tabaksbranche opeens nauwlettend de tabaksreclameregeling in het oog moet houden. Een weinig fraai staaltje Brusselse regelgeving met grote gevolgen, in dit geval ook buiten de tabaksgerelateerde branche. Het hier gesignaleerde probleem doet zich in de praktijk al voor (zie de foto): Een snoepfabrikant van kinderlollies bedient zich sinds kort van een advertentie met een stoere cowboy te paard op de prairie. Onderaan, in een witte balk, staat een bodytekst die de lollies aanprijst. Uit zijn mond steekt het witte steeltje van een lollie en zijn wang vertoont de lollie-bobbel.¹⁴ Bewust, onwetend, een knipoog, een parodie? Het publiek zal vermoedelijk even de associatie leggen met een sigarettenreclame, al weet men misschien niet precies welk merk. De vraag of de lolliefabrikant na 2001 bij introductie van de lollies op deze wijze het reclameverbod uit de richtlijn overtreedt is voer voor advocaten: wel of niet een onderscheidend symbool? Voldoende afwijkende vorm? Wie is de schuldige: snoepfabrikant of sigarettenfabrikant? Aannemende dat de tabaksfabrikant van deze actie geen weet heeft zou deze nog kunnen stellen dat reclamecampagne zeer schadelijk is en onrechtmatig nu de suggestie wordt gewekt dat de tabaksfabrikant/branche hier verboden parallele reclame maakt. Het worden woeste tijden. Strikt genomen houden de woorden al eerder werden gebruikt in dat ook de in de loop der jaren in onbruik geraakte onderscheidende tabakskarakteristieken niet voor een ander product mogen worden gebruikt. Tabaksfabrikanten zullen dat natuurlijk weten van hun eigen producten, en vermoedelijk ook van hun belangrijkste concurrenten. Maar de gewone ondernemer die een nieuw product op de markt zet, en zijn reclamebureau, hebben om te voldoen aan deze eis een schier onmogelijke klus, vooral omdat verpakkingen en reclame-uitingen niet op een-

¹¹ Zo ook Kabel, *NTER* 1999-1 (zie noot 2).

¹² Zo ook Kabel, *NTER* 1999-1 (zie noot 2).

¹³ Kabel, *NTER* 1999-1 (zie noot 2) wijst erop dat het vanuit het oogpunt van vrijheid van meningsuiting zuiverder zou zijn geweest om te

bepalen dat de *reclame* niet gericht mag zijn op de Europese markt.

¹⁴ Bron: *Adformatie* 1999-23, p. 3: Chupa Chups lollies op posters, Boomerangcards en advertenties.

De privatisering van De Digitale Stad



Opinie

Egbert Dommering
Prof.E.J.Dommering is hoogleraar
informatierecht (Rechts voor
Informatietechniek) en advocaat
te Amsterdam.

Op de zestienste februari van het jaar Tweendertig werd de Digitale Stad naar een wederzijdse, niet zoals vorig jaar in Felix Meritis, het voormalige bewerk van de Communistische Partij Nederland. Ik heb er in 1995 nog voor de daar staande demonstratie tegen de Hongaarse Opstand. Nadan was er lange tijd het Shufflytheater gevestigd. Thuis is het een van de publieke ruimten van de stad Amsterdam die heen en weer pendelt tussen geloof en wetenschap. Je kunt in de fraai gestuurde pilarenzaal op de tweede verdieping, die doet denken aan een Palladiana, van alles zien in dit transgrediërende bewijs van verandering. Waarschijnlijk is dit ook het lid in het exploratieconcept van die tempel, maar misschien komt het omdat er nog immer die gehanteerde geest van de CPN leider Paul de Groot meespeelt die de eitelheid van de huidige bijeenkomsten niet kan verdragen.

Daar gaat het nu niet over. Voor de verandering van de Digitale Stad is het een uitstekende locatie. Vorig jaar heb ik er het vijfjarig jubileum gevierd. Een grote feest in de roos van het digitale tijdschrift, waar de directeur van Media Plaza in Utrecht met een digitale camera rondliep om iedereen meten op het net te zetten, als hij daar terminale tijd voor had omdat hij ook een elektronisch boek bij zich had waar hij een aantal klompen op had gedownload die hij samen met over het scherm te zien rollen, terwijl er burellapjes werden geverend. Iemand die rawelwisk Shakespere op en receptie ontrent met de elkt (rth), kon daar eens om in de gewone wereld. Ook de gure van de toenwereld Jaap van Tiel viel daar waar te nemen. Die keer was hij er niet, wel Marten Stokker, voormalig burgemeester van de Digitale Stad.

Op deze derde verjaardag werd De Digitale Stad overgenomen. Niet, niet overgenomen maar geïntegreerd. Wat was De Digitale Stad (DSDS) DSDS is een experiment dat van 15 januari tot 1 april 1995 in Amsterdam heeft plaatsgevonden met behulp van de gemeente Amsterdam. Elke burger kon er gratis in en, zoals in een echte stad, deelnamen aan het politieke en maatschappelijke leven. Maar dan op een elektronische manier door via een menu naar paragrafen te gaan of naar het aanbod. In die periode had het systeem registratie, plan, omdat het experiment massaal bij de Amsterdamse afdeling van de beheerders infrastructuur daar niet op was beredend. Het is het meest succesvolle experiment met de minste overheidsbesteding geweest, niet vanwege technologie (wat die was), maar omdat het een aantal jaren wilde meedoen.

Op 1 maart 1996 werd er in de Salle in Amsterdam een bijeenkomst belegd om meer geld te krijgen voor de voortgang van DSDS. Ik herinner mij die bijeenkomst nog goed. Jaap van Tiel, als eerste overtuigd in zijn met voor, bevestigde de zaal met zijn vervaarlijke pilaren en waarin hij het verschil tussen het gewone leven op model en het vervaarlijke op-down model uitdrukte. De PR adviseur Mulder in een soepele celtre, die ik daarna nog regelmatig op dit soort bijeenkomsten heb teruggekomen, nam daarna het woord om het gedurende lange tijd in vrije associatie en met

steeds meer dominante informatie vast te houden, te beginnen met de wonderen van de elektronische wereld, en eindigend met een groep aan onze kinderen noch wereld boeken te lezen. Er kwam daarna meer subsidie, maar hoe het toen financieel met de stad is gegaan ben ik uit het oog verloren. Niet goed bleek op de zestiende februari van het jaar 2000. DSDS had groeiend financiële problemen en een faillissement leek onafwendbaar, aldus bevestigde. Hierna die namen het bestuur op de gesprekken ging staan. Terwijl hij de sombere boodschap uitte was het vertragde beeld van zijn presentatie op de op scherm geprojecteerde homepage van DSDS te zien, een van de genomineerden voor de op de die avond uit te reiken prijs voor het beste DSDS programma. Aan de andere kant van de zaal was de andere genomineerde te zien, iets met home.nl. Een samenwerkend stel, waarvan zij zich af en toe uitliedde, zwom over het scherm. Heel populair. Zij liep door de zaal in afwachting van de uitreiking. Ze had een gezindte dat de gemeenschappelijke verzoeken dat door lage resolutie en lage transmissiesnelheid een adembenemend schoonheid verkrijgt. Maar, zei Erik Huijzen, wij hebben een mooie oplossing bedacht. DSDS wordt overgenomen door de directie en wij zien er op toe dat de idee van DSDS wordt gehandhaafd. Bijna DSDS als instelling die bestaat vroeg ik onnozel. Niet de richting wordt opgeheven, maar de leden van het bestuur blijven behouden met het bezit op de naleving van het contract. Ik zei dat het dan niet zo'n soort socialkapitalistische constructie was die de gemeente Amsterdam met de verkoop van RTV had uitgehald, mer die versheid dat de gemeente niet was opgeheven en DSD wel. Inmiddels. Toen nam de stierster plakkerige digitale directie Joost Flinck, het woord om het lang en in vrije associatie vast te houden. Hoeveel ik inmiddels was afgleidde omdat ik in een brief dat met Peter Jolgerena was verweerd over dominanten, ving ik toch dit op: 'De normen en waarden van de Digitale Stad nemen wij met ons mee.' Wat een prachtige zin. Die woorden wij er bij iedere privatisering van een overheidslid in De normen en waarden van het openbaar belang nemen wij met ons mee.

Her einde van De Digitale Stad of een nieuw begin? De geschiedenis van RTV, voorop niet veel goede. Er is iets anders dat mij beïnvloedt. In de laatste twee jaar zijn er overvloedige papieren door de regering naar het parlement gedragen waarin de koploperpositie van Nederland in het elektronische tijdperk werd besproken. Wat waren op 16 februari de schrijvers van de RTV De Digitale Stad? Ik heb ze niet gezien. Weet zij eigenlijk wel dat er een Digitale Stad heeft bestaan, losse op die in een goedbedoelde privatisering is begraven? Wat moet ik met al die verhandelingen over elektronische overheidslidaten zonder dat de overheid maar een vinger uitsteekt naar iets wat niet een succes was en wereldwijd bekend is geworden? Wat moet ik met het gemiddelde van het overheidslid? Wat moet ik met geprivatiseerde openbaarheid onder panellistisch toezicht van socialkapitalisme?

Mediaforum 2004

71

In het kader van de kabinetsnota Tabaksonthoudigingsbeleid van mei 1996¹⁶ zijn allerlei beleidsvoornemens genomen, waaronder niet-roken voorlichting en preventie, minder reclame, meer rookverboden, minder verkooppunten, een minimum-consumentenleeftijdsgrens van 18 jaar, hogere accijnzen en prijzen. Een aantal van deze maatregelen behoeft naar het oordeel van de ministerraad implementatie door middel van aanscherping van de Tabakswet. Daartoe is op 26 maart 1999 het zogeheten wetsvoorstel Tabakswet I door de Ministerraad vastgesteld.¹⁷ De centrale doelstelling van het wetsvoorstel is een reductie van het percentage rokers in Nederland.

De Minister geeft in de Toelichting nog een bemoedigend schouderklopje aan de Nederlandse zelfregulering. Een schrale troost gezien de lege dop die de tabaksfabrikanten uiteindelijk ontvangen. De Toelichting vermeldt: Het is dus niet zonder meer zo dat de vrijwillige reclamebeperkingen van de tabaksbranche gefaald hebben of slecht zijn nageleefd. De code heeft een nuttige bijdrage geleverd. De regering moet echter in de toekomst voldoende ruimte hebben om met eigen maatregelen te komen. [Ik ben] ... tot de slotsom gekomen dat het instrument van zelfregulering onvoldoende zwaar is en niet ver genoeg reikt om het toenemende tabaksgebruik onder jongeren voldoende terug te dringen.¹⁸

Het wetsvoorstel Tabakswet I staat uitdrukkelijk los van de implementatie-wetgeving van de richtlijn (Tabakswet II), die zo spoedig mogelijk, maar in een later stadium zal worden ingediend. Minister Borst is voornemens om de behandeling van beide wetsvoorstellen separaat te laten plaatsvinden. Het is niet de bedoeling dat de behandeling van Tabakswet I wordt opgeschort tot ook Tabakswet II is ingediend.¹⁹ In het kader van dit artikel noem ik een paar hoofdpunten van het wetsontwerp Tabakswet I.

Regelgeving door middel van AMvB's

De huidige regeling van een orgaan dat preventief censureert is nooit toegepast (artikelen 5-8 Tabakswet). Het wetsvoorstel maakt het mogelijk dat allerlei specifieke regelingen, waaronder het maken van tabaksreclame, bij Algemene Maatregel van Bestuur kunnen worden verboden (MvT kopje E, wijziging van artikel 5, lid 4 tot en met 7). Nu al wordt vastgesteld dat buitenreclame via bij AMvB te stellen regels wordt verboden ter bescherming van minderjarigen (artikel 5 lid 4).²⁰ De Toelichting beargumenteert de onmiddellijke ingang van het buitenreclameverbod met overwegingen die aangeven dat het negatieve bedrijfseffect kort gezegd meevalt: het is onvermijdelijk dat onthoudende maatregelen, indien succesvol, bepaalde effecten op het betrokken bedrijfsleven zullen hebben. Ook wordt erkend dat een reclameverbod niet onopgemerkt aan de buitenreclamesector voorbij zal gaan. Maar dit wordt afgezet tegen de groei van de buitenreclamesector in de afgelopen jaren. Voor wat betreft de reclamebranche wordt geredeneerd dat de schade beperkt wordt doordat men al sinds eind 1997 op de hoogte is en op zoek zal zijn gegaan naar alternatieve bronnen van inkomsten.²¹

Ook de verboden uit de richtlijn kunnen aldus en met onmiddellijke ingang worden geïmplementeerd, zij het dat voor een volledige invoering van de richtlijn een aparte wetswijziging nodig is.

De onderliggende motivering voor de invoering via AMvB's is van regeringszijde dat dit de slagvaardigheid ten goede komt. Tegenstanders zullen, niet verwonderlijk, vrezen dat hun belangen daarbij onvoldoende tot hun recht zullen komen.

BRON: BENJAMENS, VAN DOORN-EURO RSCG

voudige wijze te achterhalen zijn. Men weet wellicht nog dat de voorganger van de animatiekameel een wild-watervarende, jonge, sigaret-rokende man was, maar op de vraag van welke oude beeldmerken en andere onderscheidende tekens West- fild, Pall Mall en anderen zich in het verleden hebben bediend zal het merendeel van de Nederlanders het antwoord schuldig blijven. Voor inventieve ondernemers doemt een nieuwe inkomstenbron op: een voor ieder eenvoudig toegankelijk databank van alle huidige en historische tabakssymbolen, -versieringen, -(merk)namen en -logo's.

Wetsontwerp Tabakswet I

Tot 30 juli 2001 heeft Nederland de tijd de richtlijn te implementeren. Minister Borst is voortvarend en wil dat al veel eerder doen. Haar wens de wetgeving reeds bij het verstrijken van de Tabaksreclamecode per 18 mei jl. gereed te hebben was even voorbarig als onmogelijk. De wetteksten voor wat wordt genoemd Tabakswet II, waarmee de richtlijn geïmplementeerd gaat worden, zijn op het moment van afsluiting van dit artikel door het Ministerie van VWS ter inzage gegeven aan de belanghebbende kringen. Naar verluidt wenst de Minister de overgangstermijnen die de richtlijn mogelijk maakt niet of nauwelijks te benutten, tot grote ontstemming van de tabaksfabrikanten en de andere getroffen branches als de media, en de organisatoren van de evenementen. In het regeerakkoord is immers vastgelegd dat rekening zal worden gehouden met de economische bezwaren van een tabaksreclameverbod: er moet bij de implementatie acht geslagen worden op de negatieve bedrijfseffecten.¹⁵ Het wordt nog spannend hoe dit zal aflopen. De eerste wijzigingen van de Tabakswet zijn al in aantocht.

¹⁵ Ontwerp Regeerakkoord 1998, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 024, nr. 9, p. 44.

¹⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 743, nr. 1.

¹⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472 (wetsvoorstel van 10 april 1999).

¹⁸ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 2-3.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 3.

²⁰ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 18-19.

²¹ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 12.

Bestuurlijke boete

De handhaving is als volgt geregeld: overtreding van de Tabakswet vormt een economisch delict. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van het opleggen door de Minister van bestuurlijke boetes, en wel volgens de verschillende categorieën A, B en C. De maximum boete bedraagt in het wetsvoorstel f10.000,-. Valt de overtreding in categorie A dan komt dit overeen met de maximum boete van f10.000,-. Categorie B en C betreffen kleinere vergrijpen met lagere bedragen die in geval van herhaling telkens worden verdubbeld. Indien het economisch behaalde voordeel aanmerkelijk groter is dan de boete is uitsluitend een strafrechtelijke sanctie mogelijk.²²

De beroepsregeling is gewijzigd en in aansluiting op de wijziging van de Mededingingswet is gekozen voor een rechtsgang in twee instanties: beroep in eerste aanleg bij de rechtbank te Rotterdam en hoger beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.²³

Er is ook al voorzien in de bij AMvB op te stellen boeteregeling in het kader van de reclameverboden op basis van de richtlijn (Kopje N, nieuw artikel 18). De Minister heeft nu al aangekondigd bij gelegenheid van de implementatie van de richtlijn het maximumbedrag van de boetes te zullen heroverwegen.²⁴

Hoofdpunten wetsontwerp Tabakswet I

Het wetsontwerp behelst de volgende voorstellen:

- buitenreclame wordt bij AMvB verboden ter bescherming van minderjarigen (artikel 5 lid 4 sub a);
- bij AMvB kan tabaksreclame in het belang van de volksgezondheid worden verboden (artikel 5 lid 4 sub b);
- verbod op verkoop aan mensen beneden de 18 jaar (artikel 8);
- een identificatieplicht voor kopers van tabaksproducten, zodat de leeftijd kan worden vastgesteld. Dit hoeft alleen niet indien de koper zonder twijfel ouder is dan 18 jaar (artikel 8 lid 2);
- een verbod op sampling in welke vorm dan ook (artikel 9);
- een verbod op verkoop van verpakkingen met minder dan 19 sigaretten (artikel 9 lid 3);
- een verbod op verkoop in overheidsgebouwen en in alle sportinrichtingen, waaronder sportkantines (artikel 7);
- de mogelijkheid om door middel van een AMvB de verkoop van tabaksproducten ook in andere bedrijven en organisaties te verbieden, zoals apotheken en jongerencentra (artikel 7 lid 3);
- duidelijke aanduiding van het rookverbod in overheidsgebouwen (o.a. artikel 10);
- Ook gesubsidieerde instellingen voor kunst en cultuur (schouwburg, museum) moeten het rookverbod instellen, aanduiden en handhaven (artikel 11);
- voorlopig wordt het rookbeleid overgelaten aan zelfregulering in de branche, maar als stok achter de deur wordt de mogelijkheid vastgelegd dat bij AMvB de instelling, handhaving en aanduiding van het rookverbod wordt uitgebreid voor werkgevers, zodat het rookverbod dan komt te gelden voor het gehele particuliere bedrijfsleven en voor taxi's, bussen, Nederlandse luchtvaartmaatschappijen voor vluchten in, van en naar Nederland, postkantoren, banken, stations e.d. (artikel 11 a);
- overtreding van de Tabakswet is een economisch delict; daarnaast bestaat een systeem van sanctionering via een bestuurlijke boete.

Het wetsvoorstel Tabakswet I ligt momenteel bij de Tweede Kamer. Op het moment van publicatie van dit artikel zal de termijn voor het deponeren van schriftelijke vragen net zijn verstreken en zal druk politiek overleg plaatsvinden met alle betrokkenen. De verwachting is dat de mondelinge behandeling na het zomerreces zal plaatsvinden.

Voorontwerp Tabakswet II

Tabakswet II bevindt zich nog in een bijna letterlijk te nemen—prematuur stadium. Het voorontwerp is op 26 mei 1999 door belanghebbende organisaties besproken met het Ministerie van VWS. De bezwaren betreffen ondermeer dat dit voorontwerp uitsluitend afkomstig is van het Ministerie van VWS, zonder dat interdepartementaal overleg heeft plaatsgevonden met de Ministeries van Economisch Zaken en Justitie. Voorts worden de overgangstermijnen die de richtlijn toelaat niet gebruikt en gaat het voorontwerp op meerdere punten veel verder dan de richtlijn voorschrijft. De tabaksbranche is naar mijn mening met recht bezorgd over deze ontwikkelingen. De Tabakswet II zal vermoedelijk niet meer deze eeuw van kracht worden.

Conclusie

De Tabaksrichtlijn is op veel punten onduidelijk en er rust een zware taak op onze wetgever om Tabakswet I en met name Tabakswet II tot een werkbare en duidelijke wettekst te maken. Daar moeten we niet veel van verwachten gelet op het bedenkelijke niveau van wetgeving heden ten dage.

De mogelijkheden die de richtlijn aan Nederland biedt om de wetgeving nog strenger te maken dan al in de richtlijn voorzien moeten mijns inziens niet benut worden. Op gesignaleerde punten van onduidelijkheid zal, gegeven de vrijheid van meningsuiting, voor een restrictieve uitleg gekozen moeten worden. Dit dient zich te vertalen in heldere formuleringen geschied op een leest van in de praktijk haalbare vereisten.

De mist rondom de Tabakswet is voorlopig plaatselijk nog potdicht. En als de mist oplost zien wij vermoedelijk het associatiecriterium weer volop in leven. De rechter zal zich daarbij terughoudend moeten opstellen en slechts in evidente gevallen overtreding van het reclameverbod mogen aannemen. Tabaksmerken nemen bij *brandextension* een duidelijk andere vorm aan en de animatiekameel zien we niet terug op de Camelboots. Maar de stoere mannen en vrouwen en rood-wit-zwarte geometrische figuren zullen nooit uit het reclamebeeld verdwijnen. Al krijgen wij met zijn allen een (tabaks)waas voor de ogen.

²² Dit alles in de artikelen 11 b-j Tabakswet I

²³ Nieuw artikel 6, en *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 17. Zie *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 707 voor de wijziging Mededingingswet.

²⁴ *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 15.

Mr E.H. Hoogenraad is advocaat te Amsterdam (Steinhauser Hoogenraad).

Aan deze rubriek werkte mee:
Alexander Mayhew

- ☒ Van niet-gepubliceerde jurisprudentie is bij het redactiesecretariaat schriftelijk een kopie te bestellen. Kosten: f 1,- per pagina, met een minimum van f 15,-. Faxtoeslag f 25,-. Prijzen zijn exclusief BTW.
- J Opgenomen in de rubriek Jurisprudentie

Jurisprudentie

HR 9 maart 1999 (Strafkamer), NJ 1999, 346

Laster via Internet • Persoonsgegevens • Art. 125f Sv

Verdachte had zijn eigen e-mail return adres veranderd in een e-mail return adres dat rechtstreeks in verband kon worden gebracht met een ander persoon en had pornografische afbeeldingen hierop ingeladen en verzonden via Euronet en Internet met daarbij de tekst: 'Als U meer wilt, E-mail mij dan', waarmee hij de eer en goede naam van die ander aanrandde. Justitie kwam verdachte op het spoor door middel van het vorderen van persoonsgegevens bij de provider en de PTT ex art. 125f Sv. Er is hier geen sprake van onrechtmatige bewijsgaring, aangezien de gegevens niet tot bewijs zijn gebezigd.

Hof Den Haag (strafkamer), zaak Van Dijke, nr. 35 J

Belediging van homoseksuelen • Vrijheid van godsdienst • Vrijheid van meningsuiting

Gemotiveerde vrijspraak na veroordeling in eerste instantie (zie *Mediaforum* 1998-11/12, nr. 53). De uitlatingen van het Tweede-Kamerlid in een interview zijn op zich zelf beledigend. Het Hof is evenwel van oordeel dat de context waarin deze uitlatingen zijn geplaatst en de daaruit blikende kennelijke bedoeling daarvan het beledigende karakter aan die uitlatingen ontnemen. Uit die context blijkt dat verdachte in feite zegt dat hij op grond van zijn geloofsovertuiging homoseksuele praxis afwijst als zondig en dat hij het onjuist vindt in de bijbelse geboden gradaties aan te brengen. Gezien bovendien de grondrechtelijke vrijheden van godsdienst en meningsuiting stond het verdachte vrij zijn geloofsovertuiging uit te dragen. De wijze waarop hij dat deed, valt binnen acceptabele properties.

Rb. Amsterdam 21 januari 1999, Inbeslagneming videobanden SBS II, NJ 1999, 357

Inbeslagneming videobanden • Art. 10 EVRM • Vrijheid van nieuwsgaring

Zie *Mediaforum* 1999-2, nr. 12 m. nt. G.A.I. Schuijt

Rb. Den Haag 9 juni 1999, Scientology e.a. vs. XS4ALL e.a., nr. 37 m. nt. D.J.G. Visser J

Auteursrecht • Aansprakelijkheid provider

Indien de activiteiten van de serviceproviders zich beperken tot het doorgeven van informatie van en/of aan haar gebruikers en de opslag van die informatie en de informatie niet selecteren en bewerken, verschaffen zij slechts de technische faciliteiten teneinde openbaarmaking door anderen mogelijk te maken. Onder die omstandigheden maken zij niet zelf openbaar, maar geven zij slechts gelegenheid tot openbaarmaking. Hun activiteiten houden ook niet in een auteursrechtelijk relevante vervelvoudiging. De serviceprovider is niettemin op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt gehouden zijn medewerking te verlenen en adequate maatregelen te nemen als hij ervan in kennis wordt gesteld dat een van de gebruikers van zijn computersysteem door middel van diens home page auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt. Hij handelt zelf onrechtmatig als hij, in kennis gesteld van de onrechtmatige handeling van de gebruiker en aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, niet ingrijpt.

Rb. Groningen (raadkamer), Regionale Omroep Noord vs. RC, nr. 38 J

Inbeslagneming videobanden • Artikel 10 EVRM • Vrijheid van nieuwsgaring

De inbeslagneming van het journalistieke videomateriaal levert in beginsel een inbreuk op het recht van vrije nieuwsgaring voortvloeiend uit art. 10 EVRM-op, die getoetst moet worden aan artikel 10 lid 2, waarbij de beginselen subsidiariteit (zijn er alternatieve onderzoeksmogelijkheden) en proportionaliteit (de ernst van het delict) een rol spelen. De klacht dat de vereiste belangenafweging niet heeft plaatsgevonden wordt afgewezen, gelet op de gemotiveerde wijze waarop de OvJ de beslissing van de rechter-commissaris verzocht. Dat de beslissing van de r.c. hiervan geen blijk geeft doet hieraan niet af. De inbeslagneming heeft plaats gevonden op grond van een verdenking van een ernstig delict: poging tot doodslag. Een deel van het inbeslag genomen materiaal is uitgezonden en justitie beschikt langs andere kanalen daar inmiddels over. Voorts zijn personen, die als medeverdachten kunnen worden aangemerkt, geïdentificeerd terwijl deze personen niet zijn gehoord. Het belang van inbeslagneming van het videomateriaal weegt voor strafvordering niet zo zwaar dat inbreuk mag worden gemaakt op de vrijheid van nieuwsgaring. Niet voldaan aan het beginsel van subsidiariteit.

Pres. Rb. Amsterdam 20 mei 1999, CompuServe & Visser vs. World Online, nr. 39 J

Auteursrecht • Aansprakelijkheid provider

World Online handelde onrechtmatig door op haar eigen website en onder haar eigen verantwoordelijkheid weerberichten te publiceren die zijn overgenomen van de weerpraatjes van Jan

Visser op de website van CompuServe. Inbreuk op het auteursrecht van CompuServe resp. Visser. World Online is aansprakelijk voor haar eigen website waarvan zij de inhoud immers zelf bepaalt en dus in beginsel ook voor de daarop geplaatste inbreukmakende weerpraatjes.

Pres. Rb. Amsterdam 27 mei 1999, Grundy vs. John de Mol e.a., nr. 40 J

Auteursrecht • Programmaformat

Bij vergelijking van de programma's *Vijf tegen vijf* en *De Jongens tegen de meisjes* valt een aantal overeenkomsten op. Grundy heeft echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat een aantal afzonderlijke elementen oorspronkelijk zijn. Zij komen niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking. Ook in de combinatie van de afzonderlijke elementen hebben John de Mol c.s. voldoende variatie aangebracht. De overeenkomsten in de presentatie komen grotendeels voort uit het feit dat beide programma's worden gepresenteerd door dezelfde presentator, Peter Jan Rens, die een zeer nadrukkelijk stempel op de uitzending drukt.

Pres. Rb. Dordrecht 1 juni 1999, Tatjana vs. World Online, nr. 41 J

Portretrecht • Merkenrecht • Toestemming

World Online heeft inbreuk gemaakt op de merk- en auteursrechten van Tatjana Management en het portretrecht van Tatjana door 350.000 bierviltjes te verspreiden met het portret van Tatjana en haar handtekening met de tekst: 'Wil je met me freemillen?'. Uit de in het geding gebrachte stukken is duidelijk geworden dat er over een overeenkomst is gesproken, maar niet dat er een volledige overeenkomst tot stand is gekomen. Het feit dat Tatjana de foto aan Freemail heeft afgegeven brengt niet zonder meer met zich mee dat zij toestemming heeft verleend om de bierviltjes te verspreiden.

Pres. Rb. Rotterdam 4 februari 1999, Den Otter vs. Algemeen Dagblad, KGK 1999, 1509

Ongunstige publicatie • Afgifte testrapport

De vordering strekte tot afgifte van een testrapport waarop de voor eiseres ongunstige resultaten zijn gebaseerd en waarover in het Algemeen Dagblad werd gepubliceerd. De president stelt voorop dat geen algemene rechtsregel het AD verplicht tot afgifte op eerste verzoek van integrale onderzoeksbescheiden. Een dergelijke afgifteplicht zou kunnen bestaan indien aannemelijk is dat bepaalde concrete informatie ontbreekt om te kunnen beoordelen of het onderzoek methodisch juist en ook overigens zorgvuldig is uitgevoerd. Deze situatie doet zich hier niet voor en er is daarom geen sprake van het ten onrechte weigeren van relevante informatie.

Pres. Rb. Rotterdam 25 februari 1999, Enertel vs. KPN Telecom, KGK 1999, 1510

Interconnectie • Migratie capaciteit

Zie Mediaforum 1999-5, nr. 28

ABRvS 29 april 1999, KTA vs. Commissariaat voor de Media, nr. 36 J

Toegang tot de kabel • Bevoegdheid Commissariaat

Hoger beroep van Arcade Media Groep, Kabeltelevisie Amsterdam en het Commissariaat voor de Media tegen de beslissing van Pres. Rb. Amsterdam van 11 september 1998 inzake een bindende aanwijzing ex. het toenmalige art. 69 Mediawet de programma's van Arcade door te geven zonder vergoeding. Door de weigering van KTA gegevens m.b.t. het tarievenbeleid over te leggen, stelde het Commissariaat niet te kunnen beoordelen of het door KTA gevraagde tarief redelijk was. De rechtbank vernietigde het besluit. Niet gesteld kan worden dat KTA zonder meer geweigerd heeft die gegevens te verstrekken die het Commissariaat stelde nodig te hebben. Onder deze omstandigheden moet met de rechtbank geoordeeld worden dat de bindende aanwijzing onevenredig was in verhouding tot het met die aanwijzing te dienen doel, waaronder de Afd. begrijpt het vaststellen van een redelijk tarief. Het Commissariaat moet opnieuw beslissen op het bezwaar van KTA, maar kan inmiddels geen bindende aanwijzingen meer geven omdat art. 69 per 1 januari 1998 is vervallen en er geen overgangsrecht is.

ABRvS 13 mei 1996, X vs. Minister van Buitenlandse Zaken, AB 1999, 189 m. nt. I. Sewandono

Verzoek om informatie • Bronbescherming • WOB

X had om inzage verzocht in de stukken die ten grondslag lagen aan een afwijzing van een verzoek om toelating als vluchteling. Naar het oordeel van de Afdeling moeten bij de belangenafweging in het kader van de WOB alleen het algemene belang bij openbaarmaking en de door de weigeringsgronden beschermde belangen worden betrokken en niet het specifieke belang van de verzoeker bij verstrekking van de verzochte informatie. Gebleken is dat deze stukken gegevens bevatten waaruit de identiteit van de informant(en) kan worden afgeleid. Zij is voorts van oordeel dat de feitelijke informatie die in deze stukken is vervat, de methode van onderzoek en de daaraan verbonden conclusie, zo zeer met elkaar vervlochten zijn dat het niet mogelijk is een ingekorte, geobjectiverde of geanonimiseerde versie te verstrekken. Gelet op het bepaalde in art. 10 lid 2 aanhef en onder d en g WOB behoefde verweerder de gevraagde informatie niet te verstrekken.

Nationale Ombudsman 11 januari 1999, X vs. Politiekorps Amsterdam-Amstelland, AB 1999, 201 m. nt. P.J. Stolk

Persbericht politie • Privacyschending • Richtlijn informatieverstrekking strafzaken

Verzoeker klaagt erover dat het regionale politiekorps Amsterdam-Amstelland op 6 juni 1997 een persbericht heeft uitgebracht waardoor zijn privacy is geschonden. Het persbericht bevatte

informatie die de herkenbaarheid van verzoeker heeft vergroot, zonder dat die informatie behoefde te worden verstrekt. Op dat moment zat verzoeker reeds in het Huis van Bewaring op verdenking van het vervaardigen van kinderpornografie. Deze mededeling over de woon/werkomgeving had achterwege moeten worden gelaten. Daarvoor is in het bijzonder reden als het gaat om verdenking van zedendelicten, nu het een feit van algemene bekendheid is dat verdachten van juist dergelijke delicten in een penitentiaire inrichting het risico lopen repercuties te ondervinden van medegedetineerden.

Binnenland

Kabelnotitie OCW

Op 10 juni 1999 zond de Staatssecretaris van OCW namens het kabinet de notitie Kabel, omroep en consument; pluriformiteit, betaalbaarheid en vrije keuze naar de Tweede Kamer. Om de notitie was vorig jaar gevraagd door de vaste commissie voor OCW. Het stuk zou moeten gaan over de invloed van kijkers op het aanbod aan televisiezenders, de gevolgen van de monopoliepositie van kabelexploitanten, de wenselijkheid van de decoder en het algemene basis-programmapakket. De notitie is vooral van inventariserende aard. Het ligt in het voornemen van het kabinet zijn beleidsbepaling te vervolgen in de nota Kabel en consument; digitalisering en nieuwe diensten, die voor het eind van dit jaar zal worden uitgebracht.

Kamerstukken II 1998/99, 26 602, nr. 1. Zie ook de bijdrage van Wouter Hins in deze aflevering

Wetsvoorstel art. 13 Grondwet ingetrokken

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 van de grondwet inzake de onschendbaarheid van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim ingetrokken. Eerder al had de Minister de Eerste Kamer meegedeeld het voorstel aan te houden in afwachting van het advies van de in te stellen inmiddels ingestelde commissie Grondrechten in het digitale tijdperk. Thans acht de Minister het evident dat naar aanleiding van het advies van de commissie de indiening van een nieuw, meer omvattend, voorstel in de rede ligt. Reparatie van het wetsvoorstel wordt dan ook uitgesloten geacht. Kamerstukken I 1998/99, 25 443, nr. 40d

Website Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk'

De Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (commissie-Franken) heeft een eigen Website op het internet geopend. De website bevat naast informatie over de commissie ook een forum met vragen en stellingen waarop men kan reageren.

<http://www.minbzk.nl/gdt>

Auteursrecht, naburige rechten en nieuwe media

In een brief aan de Tweede Kamer heeft de minister van Justitie Korthals zijn standpunt uiteengezet over het advies van de adviescommissie auteursrecht, naburige rechten en nieuwe media van 18 augustus 1998 (zie daarover Mediaforum 1998-10, p. 279, 288). De minister zet ook zijn opvatting uiteen over de ontwerp-Richtlijn Auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij van de EG. De minister vindt het onnodig en wenselijk dat ook het voor communicatie noodzakelijke puur technische kopieën onder het verveelvoudi-

gingsrecht valt. Makers, uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten hebben op grond van de WIPO-verdragen uit 1996 aanspraak op een verbodsrecht. Dat betekent dat de Wet op de naburige rechten gewijzigd zal moeten worden. De nieuwe media bieden volgens de minister in het algemeen onvoldoende betrouwbare aanknopingspunten om via de weg van het wettelijk verplicht collectief beheer welke tarieven voor elektronisch kopiëren, lege beeld- en geluidsdragers en muziekgebruik op het internet in rekening gebracht moeten worden en hoe de inkomsten moeten worden verdeeld over de rechthebbenden. Het ligt meer voor de hand dat rechthebbenden en gebruikers daarover zelf kunnen onderhandelen. Niet alle beperkingen op het auteursrecht die met het oog op het publiek belang bij toegang tot een pluriform informatie-aanbod zijn gecreëerd, zijn op nieuwe media zonder meer toepasbaar en daarom verdienen ze heroverweging met het oog op bijvoorbeeld bibliotheken, de nieuwsvoorziening en het onderwijs. Er bestaat voorts de behoefte aan een auteursrechtelijke hardheidsclausule waaraan de rechter kan toetsen of in een concreet geval voor een bepaald gebruik de toestemming van de rechthebbende vereist is. De minister noemt de ontwerp-richtlijn op onderdelen onevenwichtig en onvoldoende gemotiveerd. Het voorstel verliest op verschillende onderdelen het besef uit het oog van het educatief, cultureel en democratisch belang van toegankelijkheid en pluriformiteit van informatie in de informatiemaatschappij en de waarborging daarvan door regelgeving. De bezwaren van de minister richten zich o.m. tegen het voorstel ook louter technisch kopiëren onder het verveelvoudigingsrecht te brengen, het voorstel om import van buiten de EG van auteursrechtelijk beschermd materiaal op fysieke dragers te weren en het voorstel de beperkingen op het auteursrecht aanzienlijk in te dammen.

Kamerstukken II 1998/99, 26 538, nr. 1

Raad van Toezicht NOS

Mr. E.E. van der Laan en mevrouw drs. F.E. Deug zijn benoemd tot lid van de raad van toezicht van de NOS. Mr. Eberhard van der Laan is advocaat in Amsterdam (Kennedy Van der Laan) en was van 1990 tot 1998 fractievoorzitter van de PvdA-fractie van de Amsterdamse Gemeenteraad. Mevrouw Febe Deug is trainer en adviseur bij De Beuk en lid van het bestuur van de NPS. De nieuwe leden vervullen de vacatures die waren ontstaan door het overlijden van Annemarie Grewel en het vertrek van de heer Geers.

Sponsoring omroepprogramma's

In de ontwerp-concessiewet wordt het uitgangspunt voor de toelating van sponsoring van programma's van de publieke omroep gewijzigd. Nu is het uitgangspunt dat sponsoring is toegestaan, mits men zich houdt aan de regels. Staatssecretaris Van der Ploeg van OC&W wil dit omdraaien door als uitgangspunt te formuleren dat sponsoring niet is toegestaan behoudens in de gevallen die in de wet worden genoemd. De staatssecretaris schrijft dit in antwoord op vragen van het tweedekamerlid Van Bommel (SP) naar aanleiding van berichten dat AVRO en TROS zich te veel zouden laten sponsoren. Over deze concrete berichten laat de bewindsman zich niet uit, omdat het toezicht op de naleving van de wet bij het Commissariaat voor de Media berust. De ontwerp-concessiewet is nog niet bij de Tweede Kamer ingediend.

Aanhangsel Handelingen II 1998/99, 1486

Noodmaatregelen lokale en regionale omroep

Na overleg met het Interprovinciaal Overleg (IPO) en Regionale Omroep Overleg en Samenwerking (ROOS) heeft staatssecretaris Van der Ploeg van OC&W maatregelen aangekondigd om de financiële nood van lokale en regionale omroepen te lenigen. Die nood is geanalyseerd in een Quick Scan Regionale Publieke Radio Omroepen die de bewindsman tegelijkertijd naar de Tweede Kamer heeft gezonden. De dertien stations leden in 1998 een gezamenlijk verlies van 4,1 miljoen gulden. Dat is o.m. het gevolg van het sinds 1989 niet verhogen van het regionale tientje, de provinciale opslag op de omroepbijdrage. Op korte termijn – van 1999 tot 2001 – moet een aantal besparingen en efficiency-verbeteringen tot verbetering leiden. Voorts zal de provinciale opslag tot f 12,50 worden verhoogd en worden de inningskosten voor de Dienst Omroepbijdragen in 1999 niet worden doorberekend. Indien nodig zal dat ook het geval zijn in de twee daarop volgende jaren. Alle 13 omroepen krijgen tenslotte een noodhulp van 80% van de verliezen. Voor maatregelen op langere termijn zal een commissie worden ingesteld, die moet bezien of via wetswijziging een algehele herziening van de regionale omroep mogelijk is. *Kamerstukken II 1998/99, 23 968, nr. 48*

Mediabeleid en minderheden

Staatssecretaris Van der Ploeg van OC&W wil meer ruimte in de ether en een hoger budget voor lokale migrantenomroepen in vier grote steden. Hij schrijft dit in de notitie Media en minderhedenbeleid, die hij op 4 juni naar de Tweede Kamer heeft gestuurd. Op lokaal niveau ziet de staatssecretaris goede kansen om een specifiek programma-aanbod voor migranten te versterken. Hij wil samen met minister Van Boxtel (Grote Steden en Integratiebeleid) geld vrij maken om de infrastructuur van professionele migrantentelevisie te verbeteren. Beide bewindslieden gaan ervan uit dat de vier gemeenten Amsterdam, Den Haag, Rotterdam en Utrecht hun bijdrage eveneens verhogen. Voorts onderzoekt Van der Ploeg de mogelijkheid om in de vier steden etherfrequenties te reserveren voor migrantenradio. Daarnaast is hij bereid de Organisatie Lokale Omroepen (OLON) extra subsidie te geven voor projecten die de betrokkenheid van minderheden bij de lokale omroep ondersteunen. De staatssecretaris vindt het ook wenselijk dat allochtonen beter vertegenwoordigd zijn in de beleidsbepalende organen van de lokale omroep. Het merendeel van de zogenaamde toegangsomroepen ofwel open kanalen komt voort uit migrantengroeperingen. Het Commissariaat voor de Media heeft meegedeeld dat minderhedenprogramma's tot de verplichte programmacategorieën van de lokale publieke omroep gerekend zullen worden. Wat betreft de landelijke publieke omroep wil Van der Ploeg vermijden dat er geïsoleerde allochtone en autochtone omroeppraktijken ontstaan op aparte zenders. In de ontwerp-concessiewet zullen maatregelen worden genomen die de multiculturele samenleving meer zichtbaar moeten maken in de landelijke publieke omroep. Het programma-versterkingbudget van de NOS wordt ook bestemd voor deze specifieke doelen. Daarnaast zal het percentage dat de NPS verplicht aan minderhedenprogrammering met besteden van 15 naar 20 voor televisie en van 20 naar 25 voor radio worden verhoogd. Ook de werkingsfeer van het Bedrijfsfonds voor de Pers zal worden uitgebreid. Het Bedrijfsfonds is gevraagd daar toe voorstellen te doen.

Kamerstukken II 1998/99, 26 597, nr. 1

Deelorgaan aftappen ingesteld

Op verzoek van het Permanent Overlegorgaan Post en Telecommunicatie heeft de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat een deelorgaan ingesteld. In dit deelorgaan (DAF) zal met de meest betrokken aanbieders van telecommunicatienetwerken en telecommunicatiediensten overleg worden gepleegd over de uitvoering van de verplichtingen die uit hoofdstuk 13 van de Telecommunicatiewet voortvloeien. Daarin is o.m. bepaald dat openbare telecommunicatienetwerken en telecommunicatiediensten aftapbaar moeten zijn.

Stcrt. 1999, 108, p. 8

Kerktelefonie

Staatssecretaris De Vries van Verkeer en Waterstaat acht het niet nodig en niet wenselijk de kerktelefonie onder te brengen onder de universele dienstverlening. De bewindsvrouw antwoordt dit op vragen van het tweedekamerlid Van den Berg (GPV), naar aanleiding van de beslissing van de OPTA dat KPN zijn tarieven voor de kerktelefonie fors moet optrekken omdat zij slechts 1/3 van de kostprijs bedragen. Onderbrenging van de kerktelefonie onder de universele dienst zou er toe kunnen leiden dat opdracht gegeven werd de dienst tegen een betaalbaar prijsniveau aan te bieden, maar dat zou tevens ingrijpen betekenen in de vrije markt, waardoor de ontwikkeling van alternatieve, commercieel wel haalbare, diensten wordt ontmoedigd. De staatssecretaris wijst er nog op dat afnemers van kerktelefonie in verschillende plaatsen in Nederland reeds terecht kunnen bij concurrenten van KPN.

Aanhangsel Handelingen II 1998/99, 1457

Oltmans

De civiele procedure die de journalist Willem Oltmans sinds 1991 tegen de Staat der Nederlanden voert heeft inmiddels de staat zo'n f60.000 per jaar gekost. Een aanbod van de staat tot een minnelijke schikking waarmee een bedrag van ruim 1 miljoen was gemoeid is door Oltmans afgeslagen. Oltmans voert de procedure omdat hij stelt schade te hebben geleden doordat hij jarenlang door en vanwege Buitenlandse Zaken zou zijn tegengewerkt in de uitoefening van zijn journalistieke beroep. Oltmans, toegelaten tot het leveren van bewijs, heeft inmiddels zo'n 50 getuigen laten horen onder wie talloze (ex)ministers, hoge ambtenaren en leden van de koninklijke familie. Bij incidenteel vonnis van 29 oktober 1997 heeft de rechtbank Den Haag een voorschot op de schadevergoeding afgewezen. Een en ander staat te lezen in het antwoord op vragen van het tweedekamerlid Koenders (PvdA) aan de minister van Buitenlandse Zaken.

Aanhangsel Handelingen II 1998/99, 1465

Agenda

European Commercial Communications Forum: Commerciële communicatie en het principe van de wederzijdse erkenning. Brussel, Gebouw Europees Parlement, 13 juli 1999. f 484,-. Informatie: Stuurgroep Reclame, fax 070-3490282.

Actualiteiten auteursrecht. Bureau Juridisch Post Academisch Onderwijs Universiteit Leiden. Academiegebouw, Rapenburg 73 Leiden. 27 september, 5 en 11 oktober, 16.00-19.00 gevolgd door aangeklede borrel. Docenten: prof. mr. D.W.F. Verkade, mr. D.J.G. Visser, prof. mr. J.M.A. Bervkens, prof. mr. J.H. Spoor, mr. G.J. Heevel. Prijs f 1.275,- inc. cursusmateriaal, consumpties, aangeklede borrel! 8 punten NOvA. Informatie & aanmelding: Bureau Juridisch Post Academisch Onderwijs, Hugo De Groot straat 32, 2311 XK Leiden, tel. 071-5278666, fax 071-5277895.

Nr. 35 Zaak Van Dijke

Hof Den Haag 9 juni 1999

Gerechtshof te s-Gravenhage, meervoudige kamer voor strafzaken

Arrest gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de arrondissementsrechtbank te s-Gravenhage van 6 oktober 1998 in de strafzaak tegen

Leendert Cornelis **Van Dijke**, geboren te [...], adres [...]

Procesgang

De verdachte is in eerste aanleg terzake van zich in het openbaar, bij geschrift, opzettelijk beledigend uitlaten over een groep mensen wegens hun homoseksuele gerichtheid veroordeeld tot een geldboete van f300, subsidiair 6 dagen hechtenis, en tot betaling van een bedrag van f157,84 aan de benadeelde partij Stichting Azimut, gevestigd te Rotterdam, met veroordeling in de proceskosten.

De verdachte heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld.

Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg en het onderzoek op de terechtzitting in hoger beroep van 26 mei 1999.

Het hof heeft kennis genomen van de vordering van de procureur-generaal mr. Wesselink, strekkende tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep, bewezenverklaring van het primair tenlastegelegde en veroordeling van verdachte tot een geldboete van f300, subsidiair 6 dagen hechtenis, en tot betaling van een bedrag van f157,84 aan de benadeelde partij Stichting Azimut, gevestigd te Rotterdam. Tevens heeft het hof kennis genomen van hetgeen door de verdachte en zijn raadsman mr. drs. S.O. Voogt, advocaat te Rotterdam, naar voren is gebracht.

Tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd hetgeen vermeld staat in de inleiden-de dagvaarding, zoals ter terechtzitting in eerste aanleg op vordering van de officier van justitie gewijzigd. Van de dagvaarding en van de vordering wijziging tenlastelegging zijn kopieën gevoegd in dit arrest.

Beoordeling van het vonnis

Het vonnis waarvan beroep kan niet in stand blijven omdat het hof zich daarmee niet verenigt.

Vrijspraak

Naar het oordeel van het hof is niet bewezen hetgeen aan de verdachte primair en subsidiair is ten laste gelegd.

Motivering van de vrijspraak

Het hof is van oordeel dat de zin 'Ja, waarom zou een praktiserend homoseksueel beter zijn dan een dief?' op zich zelf, los van de context, als een beledigende uitlating wegens homoseksuele gerichtheid in de zin van artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht zou zijn aan te merken. Door praktiserende homoseksuelen op één lijn te stellen met plegers van in het Wetboek van Strafrecht genoemde misdrijven, wordt de waardigheid van de betreffende groep mensen miskend. Dat deze uitlating slechts praktiserende homoseksuelen, en niet homoseksueel geaarde (niet praktiserende) personen betreft, doet naar het oordeel van het hof aan het bovenstaande niet af. Bij homoseksuelen is immers de homoseksuele praxis zoals dit ook ten aanzien van heteroseksuelen kan worden aangenomen juist sterk verbonden met hun identiteit, zodat verwerping van die praxis verwerping van hun bijzondere identiteit impliceert. Bovendien heeft de wetgever bij de totstandkoming van artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht bewust de bescherming tegen beledigende uitlatingen niet beperkt tot beledigende uitlatingen wegens homoseksuele geaardheid, maar gekozen voor bescherming tegen beledigende uitlatingen wegens homoseksuele gerichtheid. Met homoseksuele gerichtheid wordt bedoeld: homoseksuele geaardheid en het daarmee samenhangende gedrag.

Het hof is evenwel van oordeel dat de context waarin deze uitlating is geplaatst en de daaruit blikkende kennelijke bedoeling daarvan het beledigende karakter aan die uitlating ontnemt. Uit die context blijkt immers duidelijk dat verdachte in feite zegt dat hij op grond van zijn geloofsovertuiging homoseksuele praxis afwijst als zondig, namelijk als

strijdig met 6 van de bijbelse geboden en dat hij het, eveneens op grond van die geloofsovertuiging, onjuist vindt om in die geboden gradaties aan te brengen. In die context wordt door de retorische vraag 'waarom zou een praktiserend homoseksueel beter zijn dan een dief?' de waardigheid van praktiserende homoseksuelen niet aangetast. De betreffende zin is dan niet meer dan een illustratie ter verduidelijking van de uitgedragen geloofsovertuiging.

Gezien bovendien de grondrechtelijke vrijheden van godsdienst en van meningsuiting stond het verdachte vrij zijn geloofsovertuiging uit te dragen. De wijze waarop hij dat deed valt, zoals uit het voorgaande blijkt, binnen acceptabele proporties.

Nu er naar het oordeel van het hof geen sprake is van een beledigende uitlating in de zin van de artikelen 137c en 137e van het Wetboek van Strafrecht dient verdachte alleen al om die reden van het primair en subsidiair tenlastegelegde te worden vrijgesproken.

Benadeelde partij

Het vorenoverwogene brengt mee dat de vordering van de benadeelde partij Stichting Azimut, gevestigd te Rotterdam, niet kan worden toegewezen.

Beslissing

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht.

Verklaart niet bewezen dat de verdachte het primair en subsidiair tenlastegelegde heeft begaan en spreekt de verdachte daarvan vrij.

Wijst af de vordering van de benadeelde partij Stichting Azimut, gevestigd te Rotterdam.

Dit arrest is gewezen door mrs. De Savornin Lohman, Oosterhof en Kiers-Becking, in bijzijn van de griffier mr. Conté. Het is uitgesproken op de openbare terechtzitting van het hof van 9 juni 1999.

[Zie Mediaforum 1998-11/12, nr. 53 voor uitspraak in eerste instantie, bew.]

Nr. 36 KTA vs. Commissariaat voor de Media

ABRvS 29 april 1999

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
Uitspraak op de hoger beroepen van:

- 1 **Arcade Media Groep B.V.** te Amsterdam en **TV10 B.V.** te Hilversum
- 2 **Kabeltelevisie Amsterdam B.V.** te Amsterdam
- 3 het **Commissariaat voor de Media** te Hilversum

appellanten tegen de uitspraak van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam van 11 september 1998 in het geding tussen: Kabeltelevisie Amsterdam B.V. en het Commissariaat voor de media.

1 Procesverloop

Bij besluit van 30 juli 1996, voor zover hier van belang, heeft het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat), beslissend op het verzoek van Arcade Media Groep B.V. van 13 juni 1996 om een bindende aanwijzing als bedoeld in artikel 69 van de Mediawet:

- 1 aan Kabeltelevisie Amsterdam B.V. (hierna: KTA) de bindende aanwijzing gegeven de programma's (TV10 en The Music Factory) van Arcade Media Groep B.V. per 1 augustus 1996 tegen betaling van een bedrag van f350.000, per programma per jaar door te geven zolang partijen geen overeenstemming over de voorwaarden voor doorgifte hebben bereikt en aan het Commissariaat niet duidelijk is gemaakt dat aan de weigering tot toegang tot de kabel transparante, eerlijke en redelijke voorwaarden ten grondslag liggen,
- 2 aan KTA de bindende aanwijzing gegeven de in de overwegingen van dit besluit genoemde informatie binnen een termijn van zes weken na dit besluit te verschaffen,
- 3 aan partijen opgedragen verder te onderhandelen met inachtneming van de aan dit besluit ten grondslag gelegde overwegingen, en
- 4 bepaald dat indien partijen niet binnen zes weken na dit besluit overeenstemming hebben bereikt over de voorwaarden voor doorgifte op het Amsterdamse kabelnet, Arcade Media Groep B.V. gerechtigd is aan het Commissariaat het verzoek te doen een bindende aanwijzing te geven over hetgeen als een redelijke doorgiftevergoeding dient te worden aangemerkt.

Tegen dit besluit heeft KTA bezwaar gemaakt.

Tevens heeft Arcade Media Groep B.V. bij brief van 15 november 1996 het Commissariaat nader verzocht KTA een bindende aanwijzing te geven om de door Arcade verzorgde programma's toegang te bieden tot het Amsterdamse kabelnet en de voorwaarde daartoe vast te stellen.

Bij besluit van 20 december 1996, voor zover hier van belang, heeft het Commissariaat, onder gedeeltelijke gegrondverklaring van het bezwaar, de zogenoemde tussenbeslissing van 23 juli 1996 (lees: 30 juli 1996) ingetrokken en aan KTA de bindende aanwijzing gegeven de programma's van Arcade Media Groep B.V. tot 1 april 1997 zonder doorgiftevergoeding door te geven. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 11 september 1998, verzonden op 25 september 1998, heeft de rechtbank het tegen dit besluit door KTA ingestelde beroep gegrond verklaard en de beslissing op bezwaar, voor zover hierbij een bindende aanwijzing is gegeven, vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben Arcade Media Groep B.V. en TV10 B.V. (hierna: Arcade) bij brief van 4 november 1998, bij de Raad van State ingekomen op dezelfde datum, KTA bij brief van 5 november 1998, ingekomen op 6 november 1998, en het Commissariaat bij brief van 6 november 1998, ingekomen op 9 november 1998, hoger beroep ingesteld. Arcade heeft haar beroep aangevuld bij brief van 3 december 1998. KTA heeft haar beroep aangevuld bij brief van 8 december 1998. Deze brieven zijn aangehecht.

Het Commissariaat en KTA hebben bij brief van 1 februari 1999, respectievelijk 3 februari 1999 een memorie ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 6 april 1999, waar Arcade, vertegenwoordigd door mr. E.J. Dommering, advocaat te Amsterdam, KTA, vertegenwoordigd door mr. D.J. Oranje, advocaat te Amsterdam, en het Commissariaat, vertegenwoordigd door mr. G.H.L. Weesing, advocaat te Amsterdam, zijn verschenen.

2 Overwegingen

2.1 Met de inwerkingtreding per 24 april 1996 van artikel 69 (oud) van de Mediawet is aan het Commissariaat de bevoegdheid toegekend om, indien de beheerder of exploitant van een draadomroepinrichting en een

programmaverzorger geen overeenstemming bereiken over de toegang tot de draadomroepinrichting, terzake bindende aanwijzingen te geven. Met ingang van 1 september 1997 is artikel 69 vervallen en is deze bevoegdheid van het Commissariaat neergelegd in artikel 82l (oud) van de Mediawet. Laatstgenoemd artikel is met ingang van 1 januari 1998 vervallen.

Met ingang van 15 december 1998 is in de Telecommunicatiewet aan de onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) een dergelijke bevoegdheid tot het geven van bindende aanwijzingen toegekend. Tevens kan met ingang van 1 januari 1998 de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit op de voet van de mededingingswet een boete en/of last onder dwangsom opleggen bij overtreding van het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie.

2.2 Het Commissariaat stelt in zijn beslissing van 20 december 1996 de bindende aanwijzing te hebben gegeven dat KTA de programma's van Arcade tot 1 april 1997 zonder doorgiftevergoeding dient door te geven, omdat het, als gevolg van de weigering van KTA om de door het Commissariaat gevraagde gegevens met betrekking tot haar inkomsten en tarievenbeleid over te leggen, niet in staat is te beoordelen of het door KTA gevraagde tarief voor de doorgifte van de programma's van Arcade redelijk is.

2.2.1 Niet in geschil is dat KTA bij brief van 4 september 1996 de door het Commissariaat gevraagde gegevens betreffende de grondslagen en criteria van de door haar gehanteerde tarieven-structuur heeft overgelegd, waarbij zij het Commissariaat heeft verzocht deze gegevens vertrouwelijk te behandelen. Het Commissariaat heeft de gegevens bij brief van 28 oktober 1996 ongebruikt aan KTA teruggestuurd en KTA verzocht het bij deze brief gevoegde Kostprijs en Tariefmodel in te vullen, waarmee het probleem van de vertrouwelijkheid kon worden omzeild. Met de weigering om de gevraagde gegevens over te leggen doelt het Commissariaat op het feit dat KTA dit model niet heeft ingevuld.

2.3 De rechtbank heeft in de aangevallen uitspraak het beroep uitsluitend gericht geacht tegen de opgelegde bindende aanwijzing. Bij de vernietiging van dit onderdeel van het besluit van 20 december 1996 heeft zij overwogen dat, nu uit de aanwijzing niet volgt dat deze slechts geldt, zolang en voor zover KTA nalaat de gevraagde informatie te verschaffen, het Commissariaat het met de bindende aanwijzing te dienen doel het verkrijgen van die informatie om te kunnen beoordelen of de gevraagde doorgiftevergoeding redelijk is-is voorbijgeschoten. Voorts acht de rechtbank de bindende aanwijzing onredelijk bezwarend jegens KTA, omdat tussen KTA en Arcade niet in geschil was dat KTA tot enige vergoeding gerechtigd was en Arcade tot betaling van enige vergoeding bereid was.

2.4 Het Commissariaat en Arcade betwisten in hoger beroep dat het doel van de bindende aanwijzing het verkrijgen van informatie van KTA was; zij stellen dat de bindende aanwijzing een antwoord op het verzoek van Arcade was om vast te stellen welke doorgiftevergoeding redelijk was. Zij menen derhalve dat de rechtbank ten onrechte overweegt dat het Commissariaat met de maatregel het doel daarvan is voorbijgeschoten. Het Commissariaat kon, gezien de weigering van KTA, niet anders dan deze bindende aanwijzing geven. De rechtbank oordeelt deze dan ook ten onrechte onredelijk bezwarend. KTA heeft deze immers aan zichzelf te wijten, aldus het Commissariaat en Arcade.

2.5 De Afdeling overweegt als volgt. Het beleid dat het Commissariaat bij het gebruikmaken van zijn bevoegdheid ex artikel 69 van de Mediawet voert, is neergelegd in de beleidslijn Toegang tot de kabel. Volgens artikel 6 van die beleidslijn kan het Commissariaat, indien het heeft beslist dat beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is, slechts met toestemming van de andere partij mede op grondslag van die inlichtingen onderscheidenlijk die stukken uitspraak doen. Onduidelijk is of het Commissariaat aan Arcade toestemming heeft gevraagd om op grondslag van de door KTA overgelegde vertrouwelijke gegevens uitspraak te doen. Ter zitting heeft het Commissariaat slechts verklaard dat een andere aanbieder van programma's dan bij dit geschil betrokken, Canal+, hiervoor in ieder geval geen toestemming heeft gegeven en dat daarom is besloten tot het opstellen van het eerdergenoemde Kostprijs en Tariefmodel. Gezien het voorgaande kan niet gesteld worden dat KTA zonder meer heeft geweigerd de gegevens over te leggen die het Commissariaat stelde nodig te hebben voor de beoordeling van de redelijkheid van het gevraagde doorgifte-tarief. Indien het Commissariaat daarvoor aan Arcade toestemming zou hebben gevraagd en deze toestemming zou hebben gekregen, zou het op basis van de door KTA overgelegde gegevens een oordeel over de redelijkheid van het door KTA gevraagde doorgifte-tarief hebben kunnen geven. Onder deze omstandigheden moet met de rechtbank worden geoordeeld dat de bij het besluit van 20 december 1996 gegeven bindende aanwijzing onevenredig is in verhouding tot het met die aanwijzing te dienen doel, waaronder de Afdeling,

36

Jurisprudentie nr.

mede gelet op het verhandelde ter zitting, begrijpt het vaststellen van een redelijk tarief voor doorgifte van de programma's van Arcade.

2.5.1 Uit het vorenstaande volgt dat de rechtbank het beroep terecht gegrond heeft verklaard en de bij besluit van 20 december 1996 opgelegde bindende aanwijzing heeft vernietigd. Het niet vernietigen door de rechtbank van de intrekking van het besluit van 30 juli 1996 moet als een kennelijke vergissing worden beschouwd. Een andere lezing zou de uitspraak voor het overige zinledig maken. De rechtbank wordt derhalve geacht ook dit onderdeel van het besluit van 20 december 1996 te hebben vernietigd.

2.5.2 De rechtbank heeft voorts terecht geoordeeld dat het Commissariaat het bevoegde bestuursorgaan is om alsnog op het bezwaar van KTA te beslissen. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, kan het Commissariaat hierbij echter niet het ten tijde van het primaire besluit geldende materiële recht toepassen. De bevoegdheid van het Commissariaat om bindende aanwijzingen te geven is met ingang van 1 januari 1998 vervallen. Er is geen sprake van overgangsrecht. Niet valt in te zien waarom in dit geval afgeweken zou moeten worden van het uitgangspunt dat bij het nemen van de beslissing op bezwaar uitgegaan wordt van het dan geldende recht. De slotsom van het vorenstaande is dat het Commissariaat opnieuw op het bezwaar dient te beslissen, maar hierbij in ieder geval niet kan komen tot handhaving van de in het primaire besluit vervatte bindende aanwijzing, noch tot het geven van een nieuwe bindende aanwijzing.

2.6 De hoger beroepen zijn ongegrond. De aangevallen uitspraak komt voor bevestiging in aanmerking.

2.6.1 Voor een proceskostenveroordeling in hoger beroep zijn geen termen aanwezig.

3 Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. J.A.E. van der Does, Voorzitter, en mr. J.J.H. Suyver en mr. B. van Wagtenonk, Leden, in tegenwoordigheid van mr. J. Soons, ambtenaar van Staat.

Uitgesproken in het openbaar op 29 april 1999.

Nr. 37
Scientology e.a. vs. XS4ALL e.a.

Rb. Den Haag 9 juni 1999

De Arrondissementsrechtbank te §-Gravenhage, Sector Civiel Recht
Kamer D
Vonnis in de zaak met rolnummer 96/1048 van:

1 het rechtspersoonlijkheid bezittende kerkgenootschap naar buitenlands recht **Church of Spiritual Technology**, gevestigd te Los Angeles Verenigde Staten van Amerika,
2 het rechtspersoonlijkheid bezittende kerkgenootschap naar buitenlands recht **Religious Technology Center**, gevestigd te Los Angeles, Verenigde Staten van Amerika,
3 de rechtspersoonlijkheid naar buitenlands recht **New Era Publications International APS**, gevestigd te Kopenhagen, Denemarken,
eisers, procureur: mr. R. Laret, advocaat: mr. R. Hermans te Amsterdam,

tegen:

1 de besloten vennootschap **Dataweb B.V.**, gevestigd te §-Gravenhage,
2 de stichting **Stichting XS4ALL**, gevestigd te Amsterdam,
3 de stichting **Stichting De Digitale Stad**, gevestigd te Amsterdam,
[volgen gedaagden nrs. 4-19, allen service providers, bew.]
20 Karin **Spaink**, wonende te Amsterdam,
gedaagden, procureur: mr J.C.H. van Manen, advocaten: mr Van Manen voornoemd en mr P.H. Bakker Schut te Amsterdam,
en
21 de besloten vennootschap **B-Art Noord Nederland B.V.**, gevestigd te §-Gravenhage,
22 de stichting **Stichting Telebyte**, gevestigd te Nijmegen,
23 de vennootschap naar buitenlands recht **Dutch Channel Limited**, handelend onder de naam **Global XS**, gevestigd te Margate, Kent, Verenigd Koninkrijk,
gedaagden, niet verschenen

De rechtbank heeft kennis genomen van de volgende stukken:

- de exploiten van dagvaarding;
 - de conclusie van eis, met producties;
 - de conclusie van antwoord, met producties;
 - de conclusie van repliek, met producties;
 - de conclusie van dupliek, met producties;
 - de akte houdende overlegging produkties van 8 maart 1999 van gedaagden.
- Ter zitting van deze rechtbank en kamer van 8 maart 1999 hebben partijen de zaak doen pleiten door hun advocaten. De pleitnota's bevinden zich bij de stukken.

Rechtsoverwegingen

1 Tussen partijen staat als enerzijds gesteld en anderzijds niet (voldoende gemotiveerd) weersproken, deels blijkende uit de overgelegde stukken, het volgende vast.

1.1 L. Ron Hubbard is de stichter van de Church of Scientology (hierna: CoS).

1.2 De leer van de CoS is beschreven in verschillende werken. Tot die werken behoren de ongepubliceerde Operating Thetan I tot en met Operating Thetan VII (hierna: de OT-werken) en het gepubliceerde The Scientologist Ability Major I (hierna: Ability).

1.3 Hubbard is in 1996 overleden. Hij heeft de auteursrechten op zijn werken bij testament vermaakt aan de Trustee of Authors Family Trust B.

1.4 De Trustee heeft een licentie verleend aan eiser sub 2 (hierna: RTC) met betrekking tot (onder meer) de van de OT-werken deel uitmakende OT II en III en aan eiseres sub 3 (hierna: NEPI), met betrekking tot (onder meer) Ability.

1.5 Volgens de leer van de CoS zijn de OT-werken slechts toegankelijk voor bepaalde geselecteerde leden van de CoS en zijn deze leden gebonden aan geheimhouding van de OT-werken op grond van door hen ondertekende geheimhoudingsverklaringen. De OT-werken zijn bij het United States Copyright Office geregistreerd; in verband met het vertrouwelijk karakter daarvan zijn overeenkomstig de voorschriften alleen gemaskeerde afschriften gedeponeerd.

1.6 Ability is eveneens bij het United States Copyright Office geregistreerd onder de naam Ability: Ability word, door NEPI gepubliceerd als onderdeel van de zogenoemde Technical Bulletins.

1.7 In een gerechtelijke procedure in de Verenigde Staten heeft het voormalig CoS-lid Fishman in 1993 een schriftelijke partijverklaring ingediend (hierna: de Fishman Affidavit) waaraan als bijlagen (delen van) de OT-werken en Ability zijn gehecht.

1.8 Gedaagden sub 1 tot en met 19 en 21 tot en met 23 (hierna: de Service Providers) verschaffen toegang tot het Internet en bieden op het Internet diensten aan, waaronder de mogelijkheid aan gebruikers om op hun servers een home page in te richten, en van informatie te voorzien.

1.9 Gedaagde sub 20 (hierna: Spaink) heeft twee Internet-aansluitingen. Zij maakt daartoe gebruik van de diensten van gedaagde sub 1 en van Planet Internet B.V. (thans geen partij meer in deze procedure). Spaink heeft op het Internet twee home pages, waarop tot 23 februari 1996 het Fishman Affidavit heeft gestaan. Op die datum heeft Spaink haar home pages gewijzigd en de bijlagen bij het Fishman Affidavit daarvan verwijderd; sindsdien staan daarop wel citaten uit die bijlage.

1.10 Volgens een op verzoek van eisers door notaris J.F. Renes te Amsterdam tezamen met kandidaat-notaris J.L.M. van Erp gemaakte vergelijking tussen, onder meer, de originele werken OT II en III enerzijds en de teksten van de onderdelen OT II en III zoals vervat in via het Internet opgevraagde prints met betrekking tot de Web-site <http://www.xs4all.nl/~kspaink> anderzijds, zijn deze grotendeels gelijkkluidend.

2 Eisers vorderen, zakelijk weergegeven,

a te verklaren voor recht dat de Service Providers door het zonder toestemming van eisers op hun computersystemen voor derden toegankelijk aanwezig hebben van een verveelvoudiging van werken waarop CST het auteursrecht bezit, inbreuk maken op die auteursrechten en/of onrechtmatig handelen indien zij van de aanwezigheid daarvan op de hoogte zijn;

b te verklaren voor recht dat de Providers door het zonder toestemming van eisers op hun computersystemen voor derden toegankelijk aanwezig hebben van een link die bij activering een verveelvoudiging van werken waarop CST het auteursrecht bezit bewerkstelligt op het scherm van de computer van de gebruiker, inbreuk maken op die auteursrechten en/of onrechtmatig handelen indien zij van de aanwezigheid daarvan op de hoogte zijn;

c te verklaren voor recht dat de OT-werken niet rechtmatig zijn openbaar gemaakt, althans niet in de zin van art. 15a onder 1 Auteurswet 1912;

d Spaink te bevelen iedere inbreuk op het auteursrecht van CST te staken en gestaakt te houden op straffe van een dwangsom;

e de Service Providers te bevelen *primair* iedere inbreuk op het auteursrecht van CST te staken en gestaakt te houden, *subsidiair* zodra zij worden gewezen op de aanwezigheid van documenten op hun computersysteem zorg te dragen voor onmiddellijke verwijdering daarvan, *meer subsidiair* zodra zij worden gewezen op de aanwezigheid van inbreukmakende documenten op hun computersystemen de desbetreffende gebruiker te verzoeken deze onmiddellijk te verwijderen en bij gebreke van voldoening aan dit verzoek de desbetreffende gebruiker de verdere toegang tot hun computersysteem te ontzeggen, een en ander op straffe van een dwangsom;

f de Service Providers te bevelen eisers binnen drie dagen na vonniswijzing dan wel na een verzoek daartoe van eisers te informeren over de namen van derden die inbreukmakende documenten via hun computersysteem hebben openbaar gemaakt en/of verveelvoudigd dan wel na vonniswijzing zullen openbaarmaken en/of verveelvoudigen, eveneens op straffe van een dwangsom.

3 Zij stellen daartoe dat Hubbard de auteur is van de OT-werken en Ability en dat CST het auteursrecht op deze werken overgedragen heeft gekregen van de Trustee. Zij stellen voorts dat Spaink, alsmede een aantal anonieme gebruikers van de diensten van de Service Providers, op het Internet op hun home pages het Fishman Affidavit, waarin aanzienlijke gedeelten uit deze werken zijn opgenomen, zonder toestemming van eisers openbaar maken en/of verveelvoudigen. Nu bij de desbetreffende Service Providers een copie van de home pages met het Fishman Affidavit in hun computersysteem is opgeslagen en die Service Providers aan derden die deze home pages opvragen, al dan niet met behulp van een in die home pages opgenomen link, een copie ter beschikking stellen, is ook sprake van een inbreukmakende openbaarmaking en/of verveelvoudiging door de Service Providers Gedaagden handelen dus onrechtmatig jegens eisers als gevolg waarvan eisers schade hebben geleden en dreigen te lijden, aldus eisers.

4 Gedaagden voeren gemotiveerd verweer.

5 Gedaagden betwisten dat CST auteursrecht heeft op de OT-werken en Ability.

6 Zij stellen daartoe in de eerste plaats dat aan deze werken geen auteursrecht toekomt omdat het gaat om banale teksten zonder enige coherentie, verhaallijn of structuur.

De rechtbank stelt voorop dat de beoordeling of de werken in Nederland de plaats waar de gestelde inbreuk wordt gemaakt-auteursrechtelijk beschermd zijn, moet plaatsvinden naar Nederlands recht. Volgens het systeem van de Berner Conventie waarbij zowel Nederland als de Verenigde Staten (van welk land Hubbard onderdaan was) partij zijn, geeft deze aan de auteur, onafhankelijk van het al dan niet bestaan van bescherming in het land van herkomst, in ieder bij de Conventie aangesloten land een recht, in omvang en in werking gelijk aan dat hetwelk de eigen wetgeving van dat land bij rechtstreekse toepasselijkheid van die wetgevingen aan eigen onderdanen geeft. De rechtbank is, alleen al gelet op de citaten uit de OT-werken en Ability op de home page van Spink, van oordeel dat deze werken een eigen, oorspronkelijk karakter bezitten en het persoonlijk stempel van de maker dragen. Zij zijn dus vatbaar voor auteursrechtelijke bescherming.

7 Gedaagden ontkennen nog, met een beroep op (met name) de memorandum opinion van Judge J. Kane (District Court for the District of Colorado) van 5 november 1998, dat Hubbard de maker van de werken is.

De rechtbank gaat daaraan voorbij. Op het door eisers overgelegde titelblad van de Technical Bulletins wordt L. Ron Hubbard als auteur vermeld; ingevolge artikel 15 lid 1 van de Berner Conventie moet dan, behoudens door gedaagden te leveren tegenbewijs, Hubbard als de auteur van dit werk worden beschouwd. Voor zover op de OT-werken de naam van Hubbard niet mocht zijn vermeld volgt uit hetgeen hierna onder 13 wordt overwogen dat CST deze werken (kennelijk onder eigen naam) heeft uitgegeven, zodat zij ingevolge art. 15 lid 3 van de Berner Conventie de auteur vertegenwoordigt.

8 Gedaagden stellen zich verder op het standpunt dat in Attachment B bij de overgelegde akte waarbij de Trustee auteursrechten heeft overgedragen aan CST, OT IV tot en met VII niet worden genoemd en evenmin de Technical Bulletins, waarvan Ability deel zouden moeten uitmaken. De rechtbank stelt vast dat in die akte de auteursrechten op OT I tot en met III wel worden vermeld. In het licht hiervan moet worden aangenomen dat de auteursrechten op OT I, II en III zijn overgedragen aan CST. Verder komt in Attachment B voor: 'ABILITY 1 MAJOR'. In het licht van de volledige naam van het als 'Ability' geregistreerde werk zie hiervoor onder 1.2 moet voorts worden aangenomen dat dit betrekking heeft op Ability; de vorm waarin dit werk gepubliceerd wordt door NEPI doet daarbij niet terzake. Eisers wijzen er bovendien terecht op dat bij de akte worden overgedragen de rechten op de Works; volgens de definitie omvattende alle werken van Hubbard, en dat Attachment B een opgave is van certain of the Works die geregistreerd zijn bij de Copyright Office. Dit levert een vermoeden althans een begin van bewijs op dat ook OT IV tot en met VII in de overdracht zijn begrepen. Een oordeel hierover waartoe (tegen)bewijsoverlevering zal moeten plaatsvinden kan evenwel achterwege blijven, omdat eisers om redenen die volgen uit hetgeen hierna onder 12 wordt overwogen, daarbij geen belang hebben.

9 Gedaagden stellen nog dat voorzover de auteursrechten al (aan CST) zijn overgedragen, in een gewone auteursrechtsoverdracht zowel naar Nederlands als naar Amerikaans recht in ieder geval niet de digitale rechten zijn begrepen.

De rechtbank is van oordeel dat de vraag welke rechten de overdracht van het auteursrecht aan CST omvat, moet worden beantwoord naar Amerikaans recht. Of CST bevoegd is in Nederland in rechte op te treden moet weer worden beoordeeld naar Nederlands recht. Nu gedaagden niet stellen dat het auteursrecht op de desbetreffende teksten met beperkingen is overgedragen, en zulks ook niet uit de overdrachtsakte blijkt, valt niet in te zien dat CST de bevoegdheid zou missen op te treden tegen digitale verveelvoudiging of openbaarmaking van die teksten. Daarom zal de rechtbank er in deze procedure van uitgaan dat CST bevoegd is tegen een auteursrechtinbreuk in digitale vorm op te treden. Hieruit volgt tevens dat CST ontvankelijk is in zijn vordering.

10 Gedaagden betwisten voorts dat RTC en NEPI ontvankelijk zijn in hun vorderingen, omdat hun als licentienemers geen recht toekomt op te treden tegen inbreuk op het auteursrecht.

De rechtbank stelt voorop dat ook de omvang van de licentie wordt beheerst door Amerikaans recht, maar de ontvankelijkheid door Nederlands recht.

In artikel 8 van de licentie-overeenkomst tussen de Trustee en RTC is bepaald dat RTC op eigen initiatief en gezag kan optreden tegen auteurs-

rechtinbreuk, niettegenstaande het recht van de Trustee om aan een dergelijke procedure deel te nemen dan wel op eigen initiatief een procedure te beginnen. Uit artikel 28 van de licentie-overeenkomst tussen de Trustee en NEPI volgt dat in geval van auteursrechtinbreuk de Trustee en NEPI het recht hebben gezamenlijk op te treden in een procedure en dat als een van hen niet daaraan wil deelnemen, de andere partij de procedure zelfstandig kan entameren. Deze bepalingen moeten worden aangemerkt als een volmacht (vooraf) aan de respectievelijke licentienemers om al dan niet tezamen met de auteursrechthebbende tegen inbreuk op te treden, in welk geval naar Nederlands recht de licentienemer zelfstandig bevoegd is om in rechte op te treden. In deze procedure is bovendien CST als rechtsopvolger van de Trustee tevens partij. RTC en NEPI zijn dus als licentienemer ontvankelijk in hun vorderingen.

11 Vervolgens rijst de vraag of gedaagden inbreuk maken dan wel hebben gemaakt op de auteursrechten van CST.

12 Nu de rechtbank heeft aangenomen dat CST auteursrecht heeft op OT II en III en Ability, brengt dit, gelet op het hiervoor onder 1.10 overwogene, mee dat Spink gedurende de tijd zij het Fishman Affidavit, waarvan die werken als bijlage deel uitmaken, op haar home pages op het Internet had staan, op deze auteursrechten inbreuk heeft gemaakt. Voor zover eisers nog stellen dat Spink aldus ook inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten op de overige OT-werken onderbouwen zij die stelling niet, zodat daaraan wordt voorbijgegaan.

13 In verband met de vraag of Spink thans nog inbreuk maakt op de auteursrechten van CST door op haar home pages uit de bijlagen uit het Fishman Affidavit te citeren, twisten partijen over de vraag of de OT-werken rechtmatig zijn openbaar gemaakt in de zin van art. 15a Aw. De rechtbank stelt voorop dat die vraag moet worden beantwoord volgens het recht van de plaats van openbaarmaking. CoS heeft de cursussen, waarop de OT-werken betrekking hebben, op grote schaal onder haar leden naar gedaagden onweersproken stellen minimaal 25.000 mensen-verspreid. Daaruit volgt dat de werken met toestemming van de maker in druk zijn verschenen. Nu de uitgave aldus is geschied met toestemming van de rechthebbende, is de rechtmatigheid van de openbaarmaking, ongeacht de plaats daarvan, gegeven, waaraan niet in de weg staat de omstandigheid dat de leden onder wie de werken zijn verspreid zich hebben verbonden tot geheimhouding daarvan. In het midden kan blijven of de OT-werken reeds rechtmatig zijn openbaar gemaakt doordat van het Fishman Affidavit gedurende de enige tijd afschriften tegen betaling verkrijgbaar waren bij de bibliotheek van de United States District Court for the Central District of California.

De gevorderde verklaring voor recht, zoals weergegeven hierboven onder 2c kan dus niet worden uitgesproken.

14 Dat het door NEPI gepubliceerde werk Ability rechtmatig is openbaar gemaakt, is niet in geschil. Een en ander brengt mee dat het Spink op grond van art. 15a lid 1 Aw, vrij staat op haar home pages te citeren uit OT II en III en uit Ability. Hetgeen door Spink uit de desbetreffende werken is geciteerd slechts een relatief klein gedeelte van de werken ter illustratie van haar betoog, zonder dat van exploitatie van de werken sprake is-blijft binnen de door de wet in dat verband gestelde grenzen. Zij maakt dus thans geen inbreuk op de auteursrechten van CST. Het gevorderde bevel zoals weergegeven hierboven onder 2d is niet toewijsbaar. Weliswaar heeft Spink v623 februari 1996 deze werken integraal openbaar gemaakt op haar home pages, maar zij heeft deze na sommatie daartoe door CST van haar home pages verwijderd, terwijl er geen vrees bestaat voor herhaling. Eisers hebben dus geen belang bij deze vordering.

15 Hieruit volgt tevens dat het hierboven onder 2e weergegeven primair gevorderde bevel niet toewijsbaar is.

16 Tot slot komt in dit kader aan de orde de vraag, kort gezegd, in hoeverre de Service Providers zelf auteursrechtinbreuk plegen indien gebruikers van hun diensten inbreukmakende documenten op het Internet zetten. De rechtbank stelt voorop dat de activiteiten van de Service Providers waar in het deze zaak om gaat zijn beperkt tot het doorgeven van informatie van en/of aan haar gebruikers en de opslag van die informatie. De Service Providers selecteren de informatie niet en bewerken haar evenmin. Zij verschaffen slechts de technische faciliteiten teneinde openbaarmaking door anderen mogelijk te maken. Met haar president (in diens kort geding-vonnissen van 12 maart 1996) is de rechtbank van oordeel dat de Service Providers onder deze omstandigheden niet zelf openbaar maken maar slechts gelegenheid geven tot openbaarmaking. De rechtbank is verder van oordeel dat de activiteiten van de Service Providers ook niet een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging inhouden. Het gaat hier om door de technologie gedicteerde reproducties die ontstaan niet zozeer als gevolg van een handeling van de Service

Provider als wel van de houder van een home page of de consument die thuis informatie opvraagt. De rechtbank vindt steun voor dit oordeel in het bepaalde in art. 5 lid 1 van het op 21 mei 1999 door de Commissie van de Europese Gemeenschappen ingediende gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

In dit verband niet is van belang of de informatie toegankelijk is via een internet-adres dan wel via een hyperlink (een vanuit een home page aanklikbare elektronische doorverwijzing).

Een en ander neemt niet weg dat de Service Provider die niet zelf openbaar maakt en verveelvoudigt, niettemin op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt gehouden kan zijn zijn medewerking te verlenen en adequate maatregelen te nemen als hij ervan in kennis wordt gesteld dat een van de gebruikers van zijn computersysteem door middel van diens home page auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt. Van de Service Provider mag een zekere maten van zorg worden verwacht ten aanzien van het voorkomen van verdere inbreuk. Mede gelet op de omstandigheid dat de Service Providers bedrijfsmatig handelen, de mogelijkheid die hun ten dienste staat de toegang tot de home page af te sluiten en de schade die van verdere inbreuken het gevolg zou kunnen zijn, moet worden geoordeeld dat de Service Provider die ervan in kennis wordt gesteld dat een gebruiker van zijn diensten op diens home page auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, zelf onrechtmatig handelt indien hij alsdan niet ingrijpt. Van de Service Provider mag dan worden verwacht dat hij de inbreukmakende documenten uit zijn computersysteem verwijderd en tevens dat hij aan de rechthebbende op diens verzoek de naam en het adres van de desbetreffende gebruiker bekend maakt.

17 Niet valt in te zien dat aldus het recht op vrijheid van meningsuiting zoals neergelegd in art. 10 EVRM wordt geschonden.

18 Het voorgaande brengt mee dat de gevorderde verklaringen voor recht, zoals hierboven weergegeven onder 2a en b, toewijsbaar zijn, zij het in gewijzigde vorm. Gezien de door de rechtbank aangenomen auteursrechtinbreuk in het verleden, hebben eisers voldoende belang bij hun vordering. Van misbruik van recht is geen sprake.

19 De gedaagden v.o.f. Lunatech Research en haar vennoten, Metropolis Internet B.V. en Dutch Channel Ltd. betwisten dat de inbreukmakende informatie op hun servers aanwezig is geweest. Eisers hebben met betrekking tot v.o.f. Lunatech Research en haar vennoten en Dutch Channel Ltd. geen bewijs hiervan overgelegd en hebben hun vordering in dit opzicht niet onderbouwd. Nu de overige gedaagden niet betwisten dat inbreukmakende informatie op hun servers aanwezig is geweest, zijn de gevorderde bevelen, zoals hierboven weergegeven onder 2c *subsidiar* tegen hen bewijsbaar zij het eveneens in gewijzigde vorm. Wat betreft het gevorderde bevel zoals hierboven weergegeven onder 2f is de rechtbank van oordeel dat eisers geen rechtens te respecteren belang hebben bij het nu nog bekend maken van de personalia van gebruikers van de diensten van de Service Providers die destijds de Fishman Affidavit op hun home page hadden geplaatst, voor zover de Service Providers daartoe al in staat zouden zijn. Eisers hebben geen gronden aangevoerd voor aansprakelijkheid van die gebruikers jegens hen voor door hen geleden schade. De rechtbank zal de gevorderde dwangsommen matigen.

20 Nu partijen over en weer gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld en zal de rechtbank de proceskosten compenseren.

Beslissing

De rechtbank:

Verklaart voor recht dat de Service Providers door het zonder toestemming van eisers op hun computersystemen aanwezig hebben van een verveelvoudiging van werken waarop CST het auteursrecht bezit, onrechtmatig handelen indien en voorzover zij van de aanwezigheid daarvan in kennis worden gesteld, voorts aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen en de Service Providers alsdan niet zo spoedig mogelijk overgaan tot verwijdering van die informatie uit hun computersysteem, althans die informatie ontoegankelijk maken;

Verklaart voor recht dat de Service Providers door het zonder toestemming van eisers op hun computersystemen aanwezig hebben van een link die bij activering een verveelvoudiging van werken waarop CST het auteursrecht bezit bewerkstelligt op het scherm van de computer van de gebruiker, onrechtmatig handelen indien en voorzover zij van de aanwezigheid daarvan in kennis worden gesteld, voorts aan de juistheid

van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen en de Service Providers alsdan niet zo spoedig mogelijk overgaan tot verwijdering van die link uit hun computersysteem;

Beveelt de Service Providers, met uitzondering van v.o.f. Lunatech Research en haar vennoten en Dutch Channel Ltd., zodra zij worden gewezen op de aanwezigheid op hun computersystemen van documenten waarvan in redelijkheid niet valt te twijfelen dat deze inbreuk maken op de werken waarop CST het auteursrecht bezit, zorg te dragen voor onmiddellijke verwijdering daarvan op straffe van een dwangsom van f5000,- voor iedere dag dat zij niet aan dit bevel voldoen;

Beveelt de Service Providers, met uitzondering van v.o.f. Lunatech Research en haar vennoten en Dutch Channel Ltd., eisers binnen drie dagen na een verzoek daartoe van eisers te informeren over de namen en adressen van derden die evenbedoelde documenten via hun computersysteem mochten openbaarmaken en/of verveelvoudigen op straffe van een dwangsom van f5.000,- voor iedere dag dat zij niet (tijdig) aan dit verzoek voldoen;

Wijst af het anders of meer gevorderde;

Compenseert de proceskosten aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Aldus gewezen door mrs E.J. Numann, C.J. Verduyn en E.J. Arkenbout, in het openbaar uitgesproken op 9 juni 1999, in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Dirk Visser



Ruim twee jaar na het kort geding vonnis van haar president (Pres. Rb. §-Gravenhage 12 maart 1996, *Computerrecht* 1996 p. 73 m. nt. D.W.F. Verkade, *Mediaforum* 1996, p. B59 m. nt. D.J.G. Visser op p. 61, *AMI/Informatierecht* 1996, p. 96) deed de Haagse rechtbank op 6 juni jl. uitspraak in de bodemprocedure van de Church of Scientology tegen een twintigtal service providers en ⁶ content provider, mevrouw Spaink. Het strekt de Haagse president tot eer dat het rechtbankvonnis in grote lijnen op hetzelfde neer komt als de uitspraak in kort geding, terwijl de rechtbank heeft kunnen proferen van twee jaar rechtsontwikkeling over dit onderwerp.

Service providers zijn aansprakelijk zodra zij van auteursrechtinbreuken in kennis worden gesteld en aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, aldus de rechtbank (zie r.o. 16, laatste alinea). Dit is de kern van het vonnis. De president zei het destijds iets voorzichtiger: Een aansprakelijkheid zou aangenomen kunnen worden in een situatie waarin onmiskenbaar duidelijk is dat een publikatie van een gebruiker onrechtmatig is en waarin redelijkerwijs mag worden aangenomen dat zulks ook bij de [service] provider bekend is, bijvoorbeeld doordat deze op een en de ander is geattendeerd. (De president sprak destijds van *access* provider, maar bedoelde in de inmiddels ingeburgerde terminologie de *service* provider).

Het komt op hetzelfde neer, maar de toon is anders. Ook dit keer werd een direct verbod met dwangsom (ook tegen content provider mevrouw Spaink) niet nodig geacht, maar verder is het vonnis hard en duidelijk tegen de providers. Als er sprake is van overduidelijke inbreukmakende informatie dient de service provider zo spoedig mogelijk over [te] gaan tot verwijdering van die informatie uit hun computersystemen, althans die informatie ontoegankelijk [te] maken (zie r.o. 16 en de verklaring voor recht). Doet hij dat niet, dan handelt hij onrechtmatig en wordt hij (mede) aansprakelijk. Tevens is de service provider verplicht aan de rechthebbende op diens verzoek de naam en het adres van de desbetreffende gebruiker bekend te maken (zie r.o. 16 laatste volzin).

Dit alles is geen nieuws (meer), maar het vormt wel een welkome bevestiging van hetgeen er de afgelopen jaren over is gezegd en geschreven. We kennen het inmiddels uit het Duitse Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz (BT-Druksache 13/7934, www.iid.de/rahmen/iukdgbt.html), uit het voorstel voor de e-commerce-richtlijn (*Mediaforum* 1999-5, p. 161 met commentaar H. Hijmans & J. Roording op p.135 e.v.) en uit de verschillende rechtswetenschappelijke analyses en suggesties van onder andere Dommering (Internet: een juridische plaatsbepaling van een nieuw communicatieproces, *Computerrecht* 1996, p. 210-221 en De auteursrechtelijke aansprakelijkheid van intermediairs, in: *Intellectuele Eigenaardigheden* (Bremer-bundel) Deventer: Kluwer 1998, p. 75-82), Hugenholtz (Het Internet: het auteursrecht voorbij?, Preadvies NJV 1998, Zwolle: Tjeenk Willink 1998, p. 223-235) en Koelman (*Liability for On-line Intermediaries*, Amsterdam: IVIR 1997 en Wat niet weet, wat niet deert: civielrechtelijke aansprakelijkheid van de internet provider, *Mediaforum* 1998-7/8, p. 204-213).

Een belangrijke praktische vraag is nu natuurlijk wanneer aan de juistheid van de kennisgeving [omtrent de auteursrechtinbreuk of het onrechtmatig handelen] in redelijkheid niet valt te twijfelen. Viel *in dit geval* bijvoorbeeld in redelijkheid wel of niet te twijfelen aan de juistheid van de kennisgeving door Scientology? Er is nogal wat af gehakketaakt tussen partijen, zoals blijkt uit r.o. 5 tot en met 12. Dus zou men kunnen zeggen dat er kennelijk in redelijkheid nogal wat te twijfelen viel. Nu dit vonnis er ligt, mogen de service providers in redelijkheid niet meer twijfelen en zullen zij actie moeten ondernemen als zij een kennisgeving ontvangen dat er ergens op hun server een volledig Scientology document staat.

Maar wat nu als het gaat om fragmenten waarvan verdedigd zou kunnen worden dat ze binnen het citaatrecht vallen? (Door mevrouw Spaink wordt bijvoorbeeld nog wel heel fors geciteerd uit de bewuste Scientology documenten). Wanneer valt er voor een niet auteursrechtelijk gespecialiseerde service provider wel of niet in redelijkheid te twijfelen over de juistheid van de kennisgeving dat het om een ontoelaatbaar omvangrijk citaat en dus om auteursrechtinbreuk gaat? Of is een service provider verplicht permanent een auteursrechtdeskundige te raadplegen, die overigens ook geen zekerheid kan verschaffen? Als we ervan uit zouden gaan dat wanneer een *anonieme* gebruiker / content provider een beroep doet op het citaatrecht of op enige andere auteursrechtelijke beperking er in redelijkheid *wel* valt te twijfelen aan de kennisgeving van inbreuk door de rechthebbende, wat dan? Als dat betekent dat de service provider dan *niet* de naam en het adres van de desbetreffende anonieme content provider bekend zou hoeven maken, betekent dat dat de rechthebbende niemand kan aanspreken. De anonieme content provider kan hij niet aanspreken omdat hij deze niet kent en de service provider kan hij niet aanspreken omdat er in redelijkheid aan de juistheid van de kennisgeving van inbreuk getwijfeld kan worden. Dit is een onwenselijke situatie. Ook in gevallen waar wel getwijfeld kan worden, moet het voor een rechthebbende mogelijk zijn om die twijfel weg te nemen door tegen iemand een procedure te beginnen.

Het lijkt aangewezen om een onderscheid te maken tussen de verplichting van de service provider om op straffe van medeaansprakelijkheid de beweerdelijk inbreukmakende documenten van zijn server te verwijderen enerzijds en zijn verplichting om de naam en adres van de gebruiker / content provider aan de rechthebbende bekend te maken anderzijds. Ook in twijfelgevallen moet de rechthebbende iemand kunnen aanspreken. Daarom komt het onvermijdelijk voor dat de service provider ook wanneer er *wel* in redelijkheid getwijfeld kan worden over

de vraag of er al dan niet sprake is van auteursrechtinbreuk, de service provider toch, op straffe van mede-, of zelfs volledige aansprakelijkheid, verplicht is de naam en het adres van de gebruiker / content provider bekend te maken. Een service provider die de anonimiteit van zijn gebruiker wil garanderen zal zelf de aansprakelijkheid op zich moeten nemen. Die aansprakelijkheid zal hij via een vrijwaring wel weer kunnen proberen door te schuiven op de gebruiker, maar of die veel zekerheid en/of verhaal biedt is de vraag.

De consequentie zal vermoedelijk zijn dat service providers niet meer zullen toestaan dat anoniem informatie wordt aangeboden op de homepages van hun gebruikers, althans dat zij in hun algemene gebruikersvoorwaarden zullen opnemen dat de identiteit van een gebruiker met een homepage op eerste verzoek aan een ieder bekend zal worden gemaakt. De nuance over de twijfel in redelijkheid is er dan dus uit.

De rechtbank bevestigt in de tweede en derde alinea van r.o. 16 het oordeel van de president in kort geding dat een provider niet zelf openbaar maakt maar daar slechts de gelegenheid toe biedt. Voorts oordeelt de rechtbank dat de activiteiten van de service providers ook niet een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging inhouden. Het gaat hier om door de technologie gedichteerde reproducties die ontstaan niet zozeer als gevolg van een handeling van de Service Provider als wel van de houder van een home page of de consument die thuis informatie opvraagt. De rechtbank verwijst daarbij naar art. 5 lid 1 van het op 21 mei 1999 door de Europese Commissie ingediende gewijzigd voorstel voor een Richtlijn over de harmonisatie van het auteursrecht in de informatiemaatschappij: Van het [verveelvoudigings]recht zijn uitgezonderd [t]ijdelijke reproductiehandelingen, zoals voorbijgaande en bijkomende reproductiehandelingen die een integrerend en onmisbaar onderdeel vormen van een technisch procedé met inbegrip van diegene die het doelmatig functioneren van transmissie systemen bevorderen, dat wordt toegepast met als enig doel een gebruik van een werk of een ander zaak mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische betekenis heeft.

Hierbij moet bedacht worden dat op het computersysteem van de Service Provider van de aanbieder nu juist een verveelvoudiging van de relevante informatie staat die niet tijdelijk, voorbijgaand en/of bijkomend is, maar juist in beginsel permanent. De verwijzing van de rechtbank moet waarschijnlijk zo begrepen worden dat die permanente verveelvoudiging op de server van de service provider (die op zich wel auteursrechtelijk relevant is) zelf volledig onder de verantwoordelijkheid van de aanbieder valt, terwijl de verder bijkomende verveelvoudigingen in het kader verzending of raadpleging van de informatie, die de service provider mogelijk maakt auteursrechtelijk niet relevant zijn.

Volgend op haar overweging ten aanzien van de technische verveelvoudiging geeft de rechtbank tussen neus en lippen door de nogal summiere en enigszins raadselachtige aanzet voor haar meest verrassende beslissing. Zij overweegt: In dit verband niet is (lees: is niet, DV) van belang of de informatie toegankelijk is via een Internet-adres dan wel via een hyperlink (een vanuit een home page aanklikbare elektronische doorverwijzing). Dit lijkt op het eerste gezicht een verwijzing naar de daaraan voorafgaande overweging over de technische verveelvoudiging die niet onder de verantwoordelijkheid van de service provider valt. Zonder enige nadere toelichting komt de hyperlink echter terug in het dictum, onder de tweede verklaring voor recht.

Daar blijkt dat het aanwezig hebben van een link die bij activering een verveelvoudiging van werken waarop CST het auteursrecht bezit bewerkstelligt op het scherm van de compu-

ter van de gebruiker'eveneens leidt tot medeaansprakelijkheid van de service provider, tenzij hij dezelfde actie onderneemt als wanneer het gaat om inbreukmakende verveelvoudigingen die fysiek, daadwerkelijk op zijn server staan. Deze nauwelijks gemotiveerde beslissing is wel enigszins begrijpelijk, maar gaat ook wel ver en roept veel vragen op die het hart van Internet raken.

Er bestaat namelijk nog helemaal geen consensus over de mate van aansprakelijkheid van de gebruiker / content provider die zelf actief een hyperlink aanbrengt voor de informatie die daar achter schuil gaat, laat staan dat er veel is nagedacht over de afgeleide aansprakelijkheid van de service provider.

Als een inbreukmakend document opzettelijk op een server in Hong Kong of Mexico wordt gezet, maar er op talloze Nederlandse homepages hyperlinks staan die verbinden met die buitenlandse server, is dit uiteraard precies even schadelijk voor Scientology of voor een andere auteursrechthebbende als wanneer het document fysiek op een Nederlandse server staat. Het is ook goed verdedigbaar dat iemand die opzettelijk een hyperlink plaatst op zijn homepage naar een site van een ander waarvan hij weet dat daar onmiskenbaar inbreukmakend materiaal wordt aangeboden, met als doel anderen die op Internet surfen in de gelegenheid te stellen die informatie te raadplegen en te downloaden, onrechtmatig handelt. Een zekere mate van opzet en desbewustheid lijkt hierbij wel vereist, omdat degene die een hyperlink aanbrengt immers geen invloed heeft op wat daarachter wordt aangeboden.

Is het bekend maken van de URL (Uniform Resource Locator of Internet adres) van een site waarop inbreukmakend materiaal wordt aangeboden ook aan te merken als onrechtmatig handelen? Het is verdedigbaar, maar het gaat als het in het algemeen zou gelden wel ver. En hoe zit het met een hyperlink naar een site waarop hyperlinks staan naar weer andere sites waar inbreukmakend materiaal op wordt aangeboden? Als dit opzettelijk zo wordt geconstrueerd lijkt ook van onrechtmatig handelen sprake te zijn.

Voor de auteursrechtelijke fnproevers is tenslotte r.o. 13 interessant. Daarin komt de vraag aan de orde of uit een bepaald Scientology werk mag worden geciteerd. Hiervoor is op grond van art. 15a Auteurswet vereist dat het betreffende werk rechtmatig openbaar gemaakt is. De president meende destijds dat hiervan sprake was omdat het bewuste document enige tijd bij een Amerikaanse rechtbank ter inzage had gelegen. De (Haagse) rechtbank oordeelt nu dat het feit dat het document onder 25.000 mensen (Scientologen) is verspreid met zich mee brengt dat het rechtmatig is openbaar gemaakt. Uit deze ruime verspreiding volgt, volgens de rechtbank namelijk dat de werken met toestemming van de maker in druk zijn verschenen.

Deze (extra) motivering komt een beetje geforceerd over en lijkt overbodig. De verwijzing naar 'in druk verschenen' hangt vermoedelijk samen met de archaïsche tekst van art. 12 lid 1 sub 1 Auteurswet. Daarin staat dat 'verbreiding van het geheel of een gedeelte van het werk of van eene verveelvoudiging daarvan, zoolang het niet in druk verschenen is als auteursrechtelijke openbaarmaking aan de auteur is voorbehouden, maar een dergelijke verbreiding is weer geen fechtmatige openbaarmaking' op grond waarvan citeren geoorloofd is. Men kan nu beweren, en dat lijkt de rechtbank te doen, dat zodra een werk wel in druk verschenen is er *wel* sprake is van een rechtmatige openbaarmaking op grond waarvan citeren geoorloofd is. Dit wekt echter de indruk dat 'in druk verschenen zijn' de doorslaggevende factor is en dat is niet het geval. Ook als het werk op een andere manier onder 25.000 mensen was verspreid had er sprake kunnen zijn van (rechtmatige) openbaarmaking. Het was zinnvoller geweest als de rechtbank meer aandacht had besteed aan de vraag waarom het (volgens haar) niet relevant is dat al

deze 25.000 mensen zich verbonden hebben tot geheimhouding van het bewuste werk. Het standpunt van de rechtbank is wel verdedigbaar, maar er zijn ook goede tegenargumenten denkbaar. De ratio en de omvang van het citaatrecht worden in de wereld van digitale informatie en netwerkcommunicatie hoe langer hoe interessanter.

Al met al blijkt de vaststelling dat de service provider niet aansprakelijk is voor de auteursrechtelijke verveelvoudiging of openbaarmaking die op zijn server plaats vindt, een beetje een Pyrrusoverwinning. Van onrechtmatig handelen is immers al snel wel sprake. Het is niet uitgesloten dat service providers binnenkort met een lawine van sommatiebrieven worden geconfronteerd van de software- en muziekindustrie. Hopelijk zullen sommige dappere of koppige service providers en gebruikers dan af en toe de poot stijf houden, waardoor de jurisprudentie, met name ten aanzien van het citaatrecht, verder kan worden vormgegeven.

Nr. 38 Regionale Omroep Noord vs. RC

Rb. Groningen 8 juni 1999

Gegrondverklaring beklag in beslag genomen goederen
Kenmerk: RK99/132, parketnummer: 03005599

Beslissing van de Arrondissementsrechtbank te Groningen, meervoudige raadkamer voor strafzaken, in de zaak van:

Stichting **Regionale Omroep Noord**, domicilie kiezende te Groningen, van Swietenlaan 29, hierna te noemen klager.

Procedure

Door of namens klager is op 02 juni 1999 een klaagschrift ingediend tegen de inbeslagneming d.d. 31 mei 1999 van 3 videobanden door de rechter-commissaris en tegen het uitblijven van een last tot teruggave.

De rechtbank heeft kennis genomen van het klaagschrift alsmede van het strafdossier met bovenvermeld parketnummer.

De officier van justitie en klager, bijgestaan door zijn raadsman, zijn gehoord ter openbare terechtzitting van 3 juni 1999.

Feiten

Op 15 mei 1999 vonden in Veendam rond de voetbalwedstrijd tussen BVO Veendam en FC Den Bosch ongeregeldeheden plaats. RTV-Noord maakte hiervan videoopnamen. Acht personen zijn inmiddels aangehouden; een van hen wordt verdacht van het medeplegen van een poging tot doodslag. Deze verdenking is de grond geweest voor de inbeslagneming van drie videobanden met opnamen van de ongeregeldeheden. De inbeslagneming vond plaats in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek en na een bevel tot uitlevering, door de rechter commissaris gegeven op 21 mei 1999. De videobanden bevatten deels uitgezonden, deels niet uitgezonden beeldmateriaal.

Standpunt klager

Namens klager is aangevoerd dat de inbeslagneming van het videomateriaal in strijd is met het recht op vrije nieuwsgaring, dat wordt afgeleid uit artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mensen en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM).

Beoordeling

De rechtbank heeft ten aanzien van genoemd klaagschrift het volgende overwogen.

1 Wanneer journalisten als verlengstuk van politie en justitie worden gezien, kan de publieke functie van de journalistiek in het gedrang komen. Journalisten hebben in dat geval immers te vrezen voor belemmering van hun werkzaamheden, waardoor het publiek op den duur verstoken zou kunnen blijven van journalistieke informatie. De inbeslagneming van het journalistieke videomateriaal levert in beginsel dan ook een inbreuk op het recht van vrije nieuwsgaring voortvloeiend uit art. 10 EVRM-op.

2 Inbreuken op het recht van vrije nieuwsgaring kunnen blijkens artikel 10 lid 2 EVRM alleen gerechtvaardigd zijn, als zij

- bij de wet zijn voorzien en
- noodzakelijk zijn in een democratische samenleving in het belang van de nationale veiligheid, de territoriale integriteit, openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Dit laatste houdt in, dat het belang van vrije nieuwsgaring bescherming verdient, tenzij een nog zwaarder wegend belang voor dient te gaan. Er dient dus een afweging plaats te vinden tussen de zwaarte van de inbreuk op het recht van vrije nieuwsgaring en het belang dat met die inbreuk gediend is.

3 De raadsman van klager heeft aangevoerd dat de onderhavige inbreuk op het recht van art. 10 EVRM niet bij de wet is voorzien. Vereist is dat de reikwijdte van de betreffende bepaling en de wijze van uitvoering voldoende helder zijn aangegeven, om zo de burger bescherming te bieden tegen willekeurig ingrijpen. De artikelen 94 en 104 van het Wetboek van Strafvordering voldoen hier volgens klager niet aan. De rechtbank is van oordeel dat de regeling, zoals neergelegd in het

Wetboek van strafvordering, voldoende waarborgen biedt, temeer nu de uitvoering ervan ter toetsing aan de rechter kan worden voorgelegd.

4 Met betrekking tot de vereiste belangenafweging is namens klager aangevoerd, dat deze in het geheel niet heeft plaatsgevonden, nu daarover uit de tekst van het bevel tot uitlevering niets blijkt.

Gelet op de gemotiveerde wijze waarop de officier van justitie de beslissing van de rechter-commissaris verzocht, moet er voorts nog worden uitgegaan dat die afweging wel heeft plaatsgevonden. Dat de beslissing van de rechter-commissaris hiervan geen blijk geeft, doet hieraan niet af. De rechtbank is van oordeel dat er goede gronden zijn om in het uitleveringsbevel geen verantwoording af te leggen over de gemaakte belangenafweging, nu het bevel strekt tot uitlevering door een ander dan de verdachte. Een dergelijke verantwoording zou in het stadium waarin het onderzoek zich bevond de voortgang van het onderzoek kunnen belemmeren; een rol daarbij speelt het feit dat het onderzoek nog in een vroeg stadium verkeert. De rechtmatigheid van het bevel tot uitlevering en de inbeslagneming kan bovendien in een later stadium, namelijk tijdens de behandeling van de strafzaak, door de rechter worden getoetst.

De rechtbank ziet zich vervolgens voor de vraag gesteld, of in casu sprake is van een belang dat zo zwaar weegt dat het een inbreuk op het recht van vrije nieuwsgaring rechtvaardigt.

Bij deze belangenafweging speelt om te beginnen een rol, dat cameramensen een gemakkelijk doelwit zijn voor personen die gefilmd worden. Deze dreiging kan er op den duur in resulteren dat het publiek verstoken blijft van journalistieke informatie via videobeelden.

Verder spelen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een rol. Het beginsel van subsidiariteit ziet op de aanwezigheid van alternatieve onderzoeksmogelijkheden; het beginsel van proportionaliteit ziet op de aard en ernst van het strafbare feit.

6 Ten aanzien van het beginsel van subsidiariteit stelt de rechtbank allereerst vast dat de inbeslagneming heeft plaatsgevonden op grond van een verdenking van een ernstig feit: het medeplegen van een poging tot doodslag. De rechtbank stelt verder vast dat een deel van het in beslag genomen videomateriaal is uitgezonden en justitie inmiddels langs andere kanalen heeft bereikt. Dit deel bevat opnamen van het slachtoffer van de beweerdelijke poging tot doodslag, op het moment dat hij wordt weggedragen.

Onweersproken is meegedeeld dat de rest van het in beslag genomen videomateriaal opnamen betreft van de gebeurtenissen die daarop volgen en die, chronologisch gezien, dus verder verwijderd zijn van de poging tot doodslag. Gelet op datgene wat verder uit het dossier naar voren komt heeft de rechtbank geen reden om aan de juistheid van die mededeling te twifelen.

De rechtbank stelt bovendien vast, dat blijkens een proces-verbaal van de regiopolitie onder nummer PL0140/99-634783 met betrekking tot de genoemde poging tot doodslag personen zijn geïdentificeerd die als medeverdachten kunnen worden aangemerkt, terwijl deze personen nog niet zijn aangehouden. De rechtbank is van oordeel dat, nu deze personen niet zijn gehoord, het belang van inbeslagneming van het videomateriaal voor strafvordering niet zodanig zwaar weegt, dat een inbreuk mag worden gemaakt op het recht van vrije nieuwsgaring.

De rechtbank is, gezien genoemde twee omstandigheden, van oordeel dat bij de in beslagneming niet voldaan is aan het beginsel van subsidiariteit.

7 Uit het voorgaande volgt dat de rechtbank van oordeel is, dat het beperkte belang van de strafvordering de onderhavige inbreuk op artikel 10 EVRM niet rechtvaardigt. Het beklag is dus terecht gedaan.

Beslissing

De rechtbank verklaart het klaagschrift gegrond en beveelt dat het inbeslaggenomene wordt teruggegeven aan klager.

Deze beslissing is gegeven door mr K. Lahuis, vice-president, voorzitter, I. Tubben, rechter en A. Van den Berg-Schoof, rechter-plaatsvervanger, in tegenwoordigheid van mr. J. Nolta en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 8 juni 1999.

mr. Van den Berg-Schoof was buiten staat dit vonnis mede te ondertekenen.

Nr. 39 CompuServe & Visser vs. World Online

Pres. Rb. Amsterdam 20 mei 1999

De president van de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, rechtsprekende in kort geding in de zaak:

1 de commanditaire vennootschap **CompuServe Interactive Services Nederland C.V.**, gevestigd te Utrecht,
2 Jan **Visser**, wonende te Monnickendam,
eisers bij dagvaarding van 29 april 1999, procureur mr. D.J.G. Visser,

tegen:

de besloten vennootschap **World Online B.V.**, gevestigd te Naarden, gedaagde, procureur mr. A. van Hees, advocaat mr. R.P. Gasseling te Rotterdam.

Verloop van de procedure

Ter terechtzitting van 11 mei 1999 hebben eisers, hierna tevens CompuServe en Visser genoemd, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding.

Ter zitting hebben zij hun eis vermeerderd in die zin dat de tweede zin van de sub b gevorderde rectificatie luidt: Wij hebben in de periode van 1 tot en met 22 januari 1999 op deze website weerberichten geplaatst die waren gekopieerd van de website van CompuServe. en het sub d gevorderde voorschot f15.000,- bedraagt in plaats van f5.000,-. Gedaagde, hierna World Online, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen.

Na verder debat hebben eisers de sub c geformuleerde vordering ingetrokken, waarna partijen stukken, waaronder van weerszijden producties en pleitnotities, hebben overgelegd voor vonniswijzing.

Gronden van de beslissing

1 In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten:

a CompuServe en World Online zijn Internetproviders en beschikken ieder over een eigen website op Internet.

b Visser verzorgt dagelijks de weerrubriek op de website van CompuServe onder de naam Het weer met Jan Visser. Willie Provo, hierna Provo genoemd, verzorgde van 1 tot 22 januari 1999 de dagelijkse weerrubriek op de website van World Online onder de naam Weerpraatje door Willie Provo.

c Provo heeft in de periode 18 januari tot 22 januari 1999 van de website van CompuServe de weerrubriek van Visser nagenoeg letterlijk overgenomen en gepresenteerd op de website van World Online als het Weerpraatje door Willie Provo.

2.1 In dit geding vorderen eisers samengevat:-

a World Online te bevelen de inbreuk op de auteursrechten van Visser te staken op straffe van een dwangsom;

b World Online te veroordelen gedurende vier weken op haar website een rectificatie te plaatsen op de pagina waarop de weerberichten worden weergegeven met een inhoud zoals in de dagvaarding is aangegeven en ter zitting is aangevuld;

d World online te veroordelen f15.000,- te betalen met wettelijke rente als voorschot op een schadevergoeding;

e World Online te veroordelen f2.000,- te betalen met wettelijke rente wegens buitengerechtelijke kosten.

2.2 Zij stellen daartoe dat World Online onrechtmatig heeft gehandeld door op haar eigen website en onder haar verantwoordelijkheid weerberichten te (laten) publiceren, waarmee inbreuk op de auteursrechten van Visser werd gepleegd. Ook zijn de persoonlijkheidsrechten van Visser geschonden door het ten onrechte niet vermelden van de naam van Visser als auteur. Bij het publiek kan hierdoor de indruk zijn ontstaan dat Visser de weerberichten van Provo copieerde. Door deze verwarring te creëren heeft World Online ook onrechtmatig jegens CompuServe gehandeld. Bij het publiek kan de indruk zijn ontstaan dat CompuServe een deel van de Website van World Online heeft overgenomen. Visser en CompuServe hebben door het handelen van World Online schade geleden, temeer nu inmiddels duidelijk is geworden dat het plagiaat ook vóór 18 januari 1999 reeds heeft plaats gevonden. World Online dient te worden bevolen het inbreukmakend handelen te staken met name nu World Online haar aansprakelijkheid miskent. Zij hebben er tevens belang bij dat wordt geredigeerd dat World Online gedurende drie weken de weerberichten van Visser heeft gepubliceerd, aldus eisers. Door het handelen van World Online hebben zij schade geleden zowel materieel als immaterieel.

Voorts hebben zij kosten gemaakt voor het inschakelen van een juridisch adviseur ad f2.000,- aldus eisers.

3 Ter afwering heeft World Online aangevoerd dat eisers geen belang meer hebben bij hun vorderingen. World Online heeft immers, direct nadat zij ermee was geconfronteerd dat Provo de weerberichten van Visser had overgenomen, de overeenkomst met Provo beëindigd en het inbreukmakend handelen gestaakt. Bij een rectificatie hebben eisers geen belang meer omdat Provo in de landelijke dagbladen reeds heeft toegegeven dat hij de weerpraatjes van Visser heeft overgenomen. World Online betwist dat zij jegens Visser of CompuServe onrechtmatig gehandeld heeft. Visser of CompuServe hebben door haar handelen geen schade geleden. De rol van World Online is in deze kwestie zeer beperkt geweest. Uit haar overeenkomst met Provo blijkt dat zij slechts de infrastructuur leverde en dat Provo zorg droeg voor de dagelijkse aanlevering van het weerpraatje op de website en daarvan de eindredactie had. World Online voerde geen controle op dat weerpraatje uit. Zij is als provider niet aansprakelijk voor het onrechtmatig gebruik door Provo. Toen haar het onrechtmatig handelen van Provo bleek, heeft zij direct gereageerd, aldus World Online.

Beoordeling van het geschil

4.1 Tot uitgangspunt dient dat op de door Visser geschreven weerpraatjes auteursrecht rust. Onbetwist is dat Provo inbreuk op dat recht heeft gepleegd. World Online is aansprakelijk voor haar eigen website, waarvan zij de inhoud immers zelf bepaalt, en dus in beginsel ook voor de daarop geplaatste inbreukmakende weerpraatjes. Die aansprakelijkheid voor het handelen van Provo is ook daadwerkelijk aanwezig op grond van het bepaalde in artikel 6:171 BW, nu de desbetreffende weerpraatjes in opdracht van World Online zijn gemaakt.

4.2 Nu World Online onbestreden heeft aangevoerd dat zij direct nadat zij had geconstateerd dat Provo plagiaat pleegde, het weerpraatje van Provo van haar website heeft verwijderd en de relatie met Provo heeft verbroken, is gebleken dat World Online direct het onrechtmatig handelen heeft gestaakt. Voorts heeft World Online aan het verzoek van CompuServe om haar alle door Provo gepubliceerde weerpraatjes toe te zenden, voldaan. De vordering sub A dient dan ook wegens gebrek aan belang te worden afgewezen.

4.3 Nu de inbreuk reeds enige maanden geleden heeft plaats gevonden en er in de landelijke pers aandacht aan is geschonken dient een rectificatie thans geen redelijk doel meer. De vordering sub B tot rectificatie dient derhalve te worden afgewezen.

4.4 Voldoende aannemelijk is dat het handelen van World Online de exclusiviteit van het weerpraatje op de website van CompuServe heeft aangetast. Vooralsnog moet worden aangenomen dat CompuServe hierdoor reële schade heeft geleden.

Een schadevergoeding van f5.000,- komt daarbij schattenderwijs minimaal redelijk voor. Daarnaast heeft Visser schade geleden door de inbreuk op zijn auteursrechten. Te zijnen aanzien komt een schadevergoeding van f2.500,- minimaal redelijk voor. Deze bedragen zijn derhalve toewijsbaar. De gevorderde buitengerechtelijke kosten zijn eveneens toewijsbaar nu voldoende aannemelijk is gemaakt dat CompuServe deze kosten heeft gemaakt.

5 World Online dient bij deze uitslag met de kosten van het geding te worden belast, nu zij als inbreukmaakster op de rechten van eisers als de in hoofdzaak in het ongelijk gestelde partij moet worden beschouwd. Het bedrag tot voldoening waarvan World Online zal worden veroordeeld, geldt als voorschot ter nadere verrekening met hetgeen zij ten gronde zal blijken verschuldigd te zijn.

Beslissing

1 Veroordeelt World Online binnen tien dagen na de betekening van dit vonnis aan eisers te betalen f7.500, (zevenduizendvijfhonderd gulden) als voorschot op door eisers geleden schade en f2.000,- (tweeduizend gulden) aan buitengerechtelijke kosten, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 29 april 1999 tot de dag van voldoening.

2 Veroordeelt World Online in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van eisers begroot op f733,68 aan verschotten, waaronder f475,- wegens vastrecht en op f1.550,- aan salaris procureur.

3 Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

4 Wijst het meer of anders gevorderde af.

Gewezen door de vicepresident mr. R. Orobio de Castro, fungerend president der Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van donderdag 20 mei 1999 in tegenwoordigheid van de griffier.

Nr. 40 Grundy vs. John de Mol e.a.

Pres. Rb. Amsterdam 27 mei 1999

De president vande Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, rechtsprekende in kort geding in de zaak rolnummer KG 99/1146P van:

de besloten vennootschap **Grundy International Operations B.V.**, gevestigd te Hilversum, eiseres bij gelijkluidende dagvaarding van 27 april 1999, procureur mr. R.S. Le Poole,

tegen:

1 de besloten vennootschap **John de Mol Producties B.V.**, gevestigd te Laren,
2 de besloten vennootschap **Kaktus film- en theater productie B.V.**, gevestigd te Amsterdam,
3 de rechtspersoon naar vreemdrecht **RTL/Veronica de Holland Media Groep S.A.**, kantoorhoudende te Hilversum, gedaagden, procureur sub 1 en 3 mr. A. van Hees, advocaat sub 1 en 3 mr. H.B.A. Verhagen te Kockengen, procureur sub 2 mr. J.C.H. van Manen.

Verloop van de procedure

Ter terechtzitting van 10 mei 1999 heeft eiseres, hierna Grundy, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Daarbij heeft zij haar eis aangevuld, als hierna weergegeven. Gedaagden, verder John de Mol, Kaktus en HMG, hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Tevens zijn videobanden vertoond van de programma's *Vijf tegen vijf*, *De jongens tegen de meisjes*, montages van fragmenten van deze twee programma's en van het programma *BOTS*. Na verder debat hebben partijen stukken, waaronder van weerszijden producties en pleitnotities, overgelegd voor vonniswijzing.

Gronden van de beslissing :

1 In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten.

a Bij overeenkomst van 3 april 1995 heeft John de Mol van All American Fremantle International Inc. een sublicentie verkregen voor de productie van spelprogramma's die zijn gebaseerd op het televisieformat *Family Feud*.

b Artikel 3 van de overeenkomst bepaalt, voor zover hier van belang, het volgende.

(A) (i) all additions, changes and modifications of *Family Feud* format contained in or resulting from the Programs produced under this Agreement shall become the sole and exclusive property of Mark Goodson Productions. John de Mol Producties shall not do, nor permit to be done, anything which may impair the copyright of the tradenames, trademarks, or any other Mark Goodson Productions interest in or to any *Family Feud* (*Vijf tegen vijf*) produced under this Agreement.'

(C) Copyright. Each Program shall be copyrighted in the name of John de Mol Producties B.V./Kaktus B.V. However, Mark Goodson Productions shall retain any and all rights including copyright in and to the original version of the *Family Feud* programs which the series hereunder is adapted from.'

c Op basis van die licentieovereenkomst heeft John de Mol sedert 1993 het spelprogramma *Vijf tegen vijf* geproduceerd. Dit programma werd gepresenteerd door Peter Jan Rens en uitgezonden op de televisiezender RTL4, die wordt geëxploiteerd door HMG.

d Grundy en Fremantle hebben over de beëindiging van de licentieovereenkomst een procedure aangespannen. Bij vonnis van 19 augustus 1998 (rolnummer H 98.1577) van deze rechtbank is voor recht verklaard, kort gezegd, dat de overeenkomst is geëindigd per 30 januari 1998. Bovendien is John de Mol bevolen de productie van het programma *Vijf tegen vijf* en iedere andere inbreuk op de auteurs-, productie-, en exploitatierechten van Grundy en Fremantle op het programmaformat *Family Feud* te staken, op straffe van een dwangsom van f10.000,- voor elke dag of gedeelte daarvan dat John de Mol dat bevel overtreedt. Dat vonnis is inmiddels in kracht van gewijsde gegaan.

e John de Mol en Kaktus hebben een programma geproduceerd onder de naam *De jongens tegen de meisjes*. Dit programma wordt sedert 20 februari 1999 wekelijks uitgezonden op RTL4. Het wordt eveneens gepresenteerd door Peter Jan Rens.

f De essentie van de formats van *Family Feud* en *De jongens tegen de meisjes* wordt als volgt samengevat.

Family Feud: Twee teams van elk vijf personen, waarvan de leden behoren tot dezelfde familie, bestrijden elkaar. Zij moeten de antwoorden raden die door een eerder geëquipeerd publiek van 100 personen zijn gegeven op dezelfde vragen.

De jongens tegen de meisjes: Een team van drie mannen speelt tegen een team van drie vrouwen. De leden van elk team staan in een bepaalde relatie tot elkaar. Zij moeten de antwoorden raden die door een eerder geëquipeerd publiek zijn gegeven op dezelfde vragen. Het vrouwen-team moet de antwoorden raden die vrouwen in die enquête hebben gegeven en het mannenteam moet mannenvragen beantwoorden. In verschillende fases van het spel worden de rollen omgedraaid, in die zin dat vrouwen mannenantwoorden moeten raden en mannen vrouwenantwoorden.

2 Grundy stelt het volgende. Grundy bezit de auteurs-, productie-, en exploitatierechten op het televisieformat *Family Feud*, welke rechten zij heeft verkregen van Fremantle. Vrijwel alle elementen die in het televisieprogramma *De jongens tegen de meisjes* worden gebruikt stemmen overeen met of zijn ontleend aan het televisieformat *Family Feud*. Dit geldt onder meer voor de decoropbouw, het spel, de spelregels, de geluidseffecten, de presentator en de wijze van presenteren. John de Mol en Kaktus maken daarom inbreuk op de auteursrechten van Grundy. Bovendien overtreedt John de Mol het bij vonnis van 19 augustus 1998 gegeven bevel, waardoor zij dwangsommen heeft verbeurd. Ten slotte handelt John de Mol onrechtmatig tegenover Grundy, door zich schuldig te maken aan oneerlijke mededinging. Daarbij is van belang dat het programma *De jongens tegen de meisjes* wekelijks op hetzelfde tijdstip, op dezelfde dag en dezelfde zender wordt gepresenteerd door dezelfde presentator.

3 Grundy vordert op die gronden:

- John de Mol te veroordelen tot betaling van f200.000,- als voorschot op verbeurde dwangsommen, vermeerderd met f2.500,- aan buitengerechtelijke kosten;
- John de Mol en Kaktus te veroordelen schriftelijk mee te delen op welke datum de productie van het programma *De jongens tegen de meisjes* is gestart en hoeveel afleveringen er inmiddels zijn geproduceerd;
- Kaktus en HMG te bevelen de productie en uitzending van dat programma en iedere andere inbreuk op de rechten van Grundy te staken en gestaakt te houden;
- de termijn waarbinnen eventueel op grond van artikel 50 lid 6 van het TRIPS-verdrag een bodemprocedure aanhangig moet worden gemaakt vast te stellen op vijf jaar na het in kracht van gewijsde gaan van dit vonnis, maar tenminste twee maanden na het indienen door John de Mol en/of Kaktus en/of HMG van het verzoek als bedoeld in dat artikel.

4 John de Mol en HMG voeren aan dat de spelstructuur, de spelregels, de decor, de samenstelling van de teams en de terminologie van de programma's verschillend zijn. Het gaat dan ook om een geheel nieuwe combinatie van elementen, waardoor sprake is van een nieuw werk. Beide shows zijn feitelijk gebaseerd op enquêteresultaten, maar dat was ook al in veel andere, eerdere televisieprogramma's het geval, zoals *BOTS*, *De eeuwige strijd*, *Love Letters*, *The Wizard of Odds*, *Tattletales*, *Card Sharks* en *Play the Percentages*.

5 Kaktus betwist allereerst dat Grundy auteursrechthebbende is op *Family Feud*. Volgens de overeenkomst is dat Mark Goodson. Zij voert daarnaast aan dat alle wijzigingen in het oorspronkelijke format van *Family Feud* die zijn aangebracht bij de productie en presentatie van *Vijf tegen vijf*, het werk zijn van Peter Jan Rens en Kaktus. Zo heeft Peter Jan Rens bijvoorbeeld het geluid veranderd dat te horen is bij een fout antwoord. Voor zover er auteursrecht rust op de wijzigingen, komt dat aan Kaktus en Rens toe. Bovendien meent Kaktus dat het programma *De jongens tegen de meisjes* grote verschillen vertoont met *Vijf tegen vijf*.

6 Bij vergelijking van de programma's *Vijf tegen vijf* en *De jongens tegen de meisjes* valt een aantal overeenkomsten op. Het meest in het oog springende element in beide programma's is de beantwoording van vragen die al eerder in een enquête aan een groter publiek zijn voorgelegd. Gezien het gemotiveerde verweer van John de Mol, Kaktus en HMG, heeft Grundy echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat dit element oorspronkelijk is. Dat geldt ook voor de overige onderdelen van de programma's, zoals: twee elkaar bestrijdende teams van personen die een bepaalde relatie met elkaar hebben, de tafels die in een hoek van 45 graden zijn opgesteld, een spelbord dat in het midden hangt, verschillende geluiden bij goede en foute antwoorden, de aankondiging door een voice-over, het publiek dat antwoorden nazegt. Deze componenten zijn al eerder in diverse programma's gebruikt en missen daarom voldoende

oorspronkelijkheid om in aanmerking te komen voor auteursrechtelijke bescherming.

7 Dit houdt in dat er voorlopig van wordt uitgegaan dat het format van *Family Feud* in zijn geheel bestaat uit afzonderlijke, niet oorspronkelijke elementen. Het auteursrecht kan dan ook uitsluitend rusten op de uitwerking van een specifieke combinatie van die elementen. In die combinatie hebben John de Mol en Kaktus voldoende variatie aangebracht in het programma *De jongens tegen de meisjes*. Dat geldt voornamelijk voor de essentie van het programma, die erop neerkomt dat de kandidaten inzicht moeten hebben in antwoorden die in de enquête door personen van de eigen sexe en door personen van de andere sexe zijn gegeven. Die sexeverschillen spelen geen rol in *Vijf tegen vijf*.

8 De overeenkomsten in de presentatie komen grotendeels voort uit het feit dat beide programma's worden gepresenteerd door dezelfde presentator, Peter Jan Rens, die een zeer nadrukkelijk stempel op de uitzending drukt. Grundy kan op de presentatie echter geen auteursrechten doen gelden, nu deze geen deel uitmaakt van het oorspronkelijke format van *Family Feud*.

9 Het standpunt van Grundy dat zij auteursrechten heeft verkregen op de wijzigingen van het format op grond van de licentieovereenkomst van 3 april 1995 wordt verworpen.

Voor overdracht van het auteursrecht is immers een akte nodig als bedoeld in artikel 2 van de Auteurswet. Niet kan worden aangenomen dat de licentieovereenkomst een akte is als bedoeld in dat artikel, nog daargelaten dat Kaktus en HMG geen partij bij die overeenkomst waren.

10 Uit het voorgaande volgt dat de gevraagde voorzieningen worden geweigerd. Grundy wordt als de in het ongelijk gestelde partij belast met de proceskosten.

Beslissing

1 Weigert de gevraagde voorzieningen.

2 Veroordeelt Grundy in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van John de Mol en HMG begroot op f400,- wegens vastrecht en op f1.550,- aan salaris procureur.

3 Veroordeelt Grundy in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van Kaktus begroot op f400,- wegens vastrecht en op f1.550,- aan salaris procureur.

4 Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Gewezen door de vice-president mr. M.Y.C. Poelmann, fungerend president der Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van donderdag 27 mei 1999 in tegenwoordigheid van de griffier.

mende portretrecht alsmede op inbreuk op het aan Tatjana Management toekomende auteursrecht op de betreffende foto.

Tevens wordt jegens Tatjana Management en Tatjana door World Online onrechtmatig gehandeld doordat zonder toestemming daartoe, de persoon van Tatjana in verband wordt gebracht met de commerciële producten van World Online. Hiermee wordt de rond Tatjana's uiterlijk en persoonlijkheid opgebouwde exclusiviteit op een ongewenste wijze aangetast.

Voorts is ten gevolge van de handelswijze van World Online aan Tatjana de mogelijkheid ontnomen een reclameactie aan te gaan met een derde betreffende onder meer afbeelding van het portret van Tatjana op bierviltjes, waardoor aanzienlijke inkomsten zijn gederfd.

4 World Online heeft de vordering gemotiveerd weersproken. Hierop zal, voor zover nodig, in het navolgende worden ingegaan.

De beoordeling

5 Eiseressen baseren hun vordering op de stelling dat gedaagde inbreuk maakt op hun rechten en daardoor onrechtmatig jegens Tatjana Management en Tatjana handelen. Dergelijke vorderingen zijn naar hun aard spoedeisend, zodat de stelling van World Online dat een spoedeisend belang ontbreekt verworpen dient te worden.

6 Tussen partijen is niet in geschil dat de onderhandelingen hebben plaatsgevonden tussen Tatjana Management en World Online. Ook uit de inhoud van de term sheets blijkt dat het de bedoeling was van World Online om de overeenkomst tussen haar en Tatjana Management tot stand te brengen. In deze door World Online opgestelde term sheets is als bijdrage van Tatjana Management onder meer opgenomen hetgeen is vermeld onder de vaststaande feiten. FreeMail is een volle zustermaatschappij van World Online. Uit hetgeen World Online heeft gesteld moet worden afgeleid, dat zij FreeMail bij de besprekingen met Tatjana Management heeft betrokken, maar dat zij de regie over de acties heeft behouden. Tenslotte heeft World Online nog aangegeven, dat zij extra bierviltjes heeft gedrukt en dat zij bereid is deze viltjes aan Tatjana Management af te geven, indien laatstgenoemde haar World Online—hiervoor een vergoeding betaald. FreeMail is eerst in contact getreden met Promovilt toen World Online reeds in onderhandeling was met Tatjana Management. Onder deze omstandigheden is voorhands aannemelijk dat World Online verantwoordelijk moet worden geacht voor de nadien door FreeMail ondernomen acties, zoals het in het economisch verkeer brengen van de bierviltjes.

7 Het beroep van World Online dat de bierviltjes niet in het economisch verkeer zijn gebracht wordt niet gehonoreerd. Aannemelijk is immers dat World Online, althans FreeMail, economisch voordeel zal behalen bij de verspreiding van de onderhavige bierviltjes aangezien deze de aandacht vestigen op de door FreeMail verleende diensten. Een toename van het aantal pageviews van FreeMail zal toename van de advertentieinkomsten betekenen.

8 De verspreide bierviltjes bevatten het portret en de handtekening van Tatjana. Nu World Online verantwoordelijk moet worden geacht voor de verspreiding, is het aan haar om aannemelijk te maken dat Tatjana toestemming daartoe heeft gegeven. Slechts met deze toestemming is het World Online geoorloofd het portret, de handtekening en de naam van Tatjana openbaar te maken. Het contract moet, in tegenstelling tot hetgeen World Online stelt, gezien worden als 6 geheel. Uit de in het geding gebrachte, niet ondertekende, term sheets is onvoldoende aannemelijk geworden dat tussen Tatjana Management en World Online op 26 februari 1999 een volledige overeenkomst tot stand is gekomen, waaronder de precieze invulling van de reclamecampagne. Het feit dat Tatjana de foto aan FreeMail heeft afgegeven brengt, in tegenstelling tot hetgeen World Online stelt, niet zonder meer met zich mee dat zij toestemming heeft verleend om de onderhavige bierviltjes te verspreiden. Andere feiten en/of omstandigheden die het bestaan van overeenstemming met betrekking tot de reclamecampagne aannemelijk maken, zijn tegenover de betwisting van de zijde van Tatjana Management en Tatjana, onvoldoende geadstrueerd door World Online gesteld.

9 Het is aan World Online om het door haar gestelde en door Tatjana betwiste feit aan te tonen, dat Tatjana op de hoogte was van het met spoed uitvoeren van de reclamecampagne. World Online is hierin niet geslaagd. Uit het feit dat Tatjana de foto zeer snel heeft aangeleverd kan deze conclusie in ieder geval niet getrokken worden. Evenmin zijn door World Online feiten aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat Tatjana een verwijt kan worden gemaakt dat zij pas gereageerd heeft nadat de campagne inmiddels was afgelopen.

10 Derden mogen het portret van Tatjana niet openbaar maken zonder toestemming van zowel de auteursrechthebbende als de geportretteerde.

Uit het vorenstaande volgt dat World Online geen van beiden had.

11 Aangenomen moet dus worden dat World Online inbreuk heeft gemaakt op de merk en auteursrechten van Tatjana Management en het portretrecht van Tatjana, zodat de vorderingen sub a tot en met d toegewezen dienen te worden.

12 De hoogte van de door Tatjana Management geleden schade is in dit geding onvoldoende duidelijk geworden om met voldoende zekerheid te kunnen aannemen dat de bodemrechter een schadevergoeding van ten minste f1,- per verspreid bierviltje zal toewijzen. Het gevorderde voorschot op de schade ad f1,- per verspreid bierviltje dient derhalve te worden afgewezen.

13 De vordering met betrekking tot de buitengerechtelijke incassokosten zal worden afgewezen, nu de door de raadsman verrichte handelingen, waaronder het versturen van 6 sommatie, bestudering van de correspondentie en voorbereidingen, geacht worden te vallen onder de proceskosten.

14 De gevorderde dwangsommen zullen ambtshalve worden gematigd en/of aan een maximum worden gebonden.

15 World Online wordt als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij belast met de proceskosten.

De beslissing

De President:

Veroordeelt World Online de verspreiding van de bierviltjes met de naam en het portret van Tatjana met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden op verbeurte van een dwangsom van f5.000,- voor iedere keer dat gehandeld wordt in strijd met dit vonnis alsmede voor iedere dag dat deze overtreding voortduurt, zulks met een maximum van f250.000,-.

Veroordeelt World Online om binnen 6 week na betekening van dit vonnis aan de raadsman van Tatjana Management een volledig overzicht te verstrekken van de aantallen gedrukte bierviltjes, de aantallen reeds verspreide exemplaren hiervan en de aantallen bierviltjes welke nog in voorraad worden gehouden, een en ander voorzien van door een register-accountant gecertificeerde stukken waaruit de juistheid van de gegeven aantallen onomstotelijk blijkt, op verbeurte van een dwangsom van f1.000,- voor iedere dag dat World Online met de nakoming van dit bevel in gebreke is of blijft, zulks tot een maximum van f50.000,-.

Veroordeelt World Online om binnen 6 week na betekening van dit vonnis alle exemplaren van de bierviltjes welke nog in voorraad worden gehouden te laten vernietigen en de raadsman van Tatjana Management binnen dezelfde termijn een bewijs van deze vernietiging te verstrekken, op verbeurte van een dwangsom van f50.000,-.

Veroordeelt World Online om ieder (ander) gebruik van de naam en het portret van Tatjana te staken en gestaakt te houden, op verbeurte van een dwangsom van f5.000,- voor iedere keer dat gehandeld wordt in strijd met dit vonnis alsmede voor iedere dag dat deze overtreding voortduurt, zulks met een maximum van f 250.000,-.

Veroordeelt World Online in de kosten van dit geding aan de zijde van Tatjana Management en Tatjana tot aan deze uitspraak begroot op f6.787,95 aan verschotten en f2.500,- aan salaris van de procureur.

Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

Wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.L.J.M. Heijnen en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 1 juni 1999, in tegenwoordigheid van de griffier.