

2

februari 2002
veertiende jaargang

**Zelfregulering of ‘domein-naam-
ruimtelijke ordening’?**

Reinier B. Bakels

**Duitsland: pers en algemeen
persoonlijkheidsrecht**

Aernout J. Nieuwenhuis

Jurisprudentie nr. 3-7

VgT vs. Zwitserland m.nt. J.J.C. Kabel •
Staat vs. Amstel Meer Land m.nt. T.F.W
Overdijk • KPN vs. Denda m.nt. D.J.G.
Visser • Van E. vs. SBS en Frequin m.nt.
G.A.I. Schuijt • Telegraaf vs. NOS en
HMG m.nt. R. Mahler

Mediaforum is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (VMC), en verschijnt tien maal per jaar.
Bestuur VMC: Prof. mr. J.J.C. Kabel (voorzitter), Dr. N.A.N.M. van Eijk (vice-voorzitter), Mr. L.F. Asscher (secretaris), Mr. J.J. Feenstra (penningmeester), Mr. C. van Bortel, Mr. C.E. Drion, Mr. F. Kuitenbrouwer en Mr. A.T. Ottow.
www.communicatierecht.nl

Mediaforum wordt in opdracht van de VMC uitgegeven door OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER.

Citeertitel: Mediaforum (bijv.: Mediaforum 2002-1, p. 125-130; bij jurisprudentie Mediaforum 2002-1, nr. 25)
ISSN: 0924 - 5057

Redactie

Mr. J. van den Beukel, Mr. R.D. Chavannes, Mr. M.J. Geus, Mr. A.W. Hins (voorzitter), Mr. G.J. Kemper, Prof. mr. K.J.M. Mortelmans, Mr. A.J. Nieuwenhuis, Prof. mr. H.J. de Ru, en Mr. C.J. Flentrop-Turner (eindredactie).

Correspondent België

Prof. dr. D. Voorhoof.

Redactiesecretariaat

Voor inlichtingen over het aanleveren van kopij en andere redactionele aangelegenheden kan contact opgenomen worden met Mr. C.J. Flentrop-Turner, p/a Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, fax: 020-525 3033, e-mail: flentrop@jur.uva.nl

Opmaak

De Elementen vof, Amsterdam

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: Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement € 69,50 per lid per kalenderjaar (studenten € 34,50; rechtspersoon € 140,-). Opzegging uiterlijk 1 december. Aanmelding, opzegging, adreswijziging e.d. voor VMC-leden bij secretaris VMC, Mr. L.F. Asscher, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX, Amsterdam. tel: 020-5253327, fax: 020-5253033, e-mail: asscher@jur.uva.nl

Niet-leden: € 95,- per kalenderjaar. Opgave nieuw abonnement, opzegging (uiterlijk 1 december), 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 € 8,85.

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

© 2001 Vereniging voor Media- en Communicatierecht

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en Communicatierecht

**Veertiende jaargang
nummer 2
februari 2002**

Inhoud

- 37 Opinie**
Zelfregulering of 'domein-naam-ruimtelijke ordening'?
Reinier B. Bakels
- 38 Artikel**
Duitsland: pers en algemeen persoonlijkheidsrecht
Aernout J. Nieuwenhuis
- 53 Documentatie**
• Rechtspraak
• Binnenland
• Agenda
• Verschenen
- Jurisprudentie**
- 54 Nr. 3 • VgT vs. Zwitserland m.nt. J.J.C. Kabel**
- 60 Nr. 4 • Staat vs. Amstel Meer Land m.nt. T.F.W. Overdijk**
- 64 Nr. 5 • KPN vs. Denda m.nt. D.J.G. Visser**
- 67 Nr. 6 • Van E. vs. SBS en Frequin m.nt. G.A.I. Schuijt**
- 69 Nr. 7 • Telegraaf vs. NOS en HMG m.nt. R. Mahler**

Infodrome

Controle geven of nemen

Een politieke agenda voor de informatiesamenleving

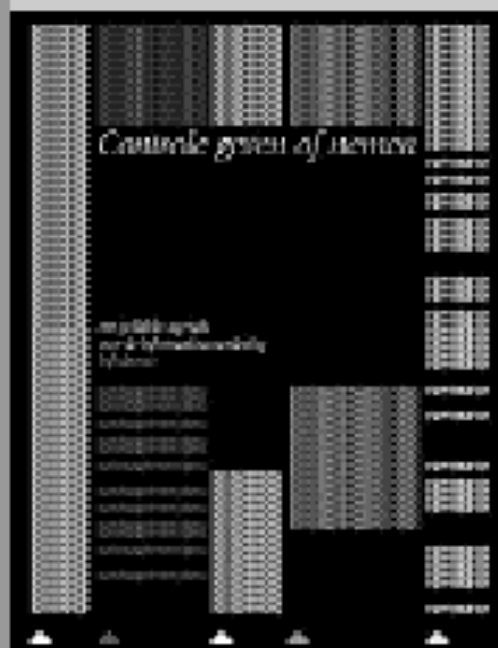
Het informatietijdperk stelt nieuwe eisen aan onze collectieve sector. We zijn bezig een informatiesamenleving te worden en dat betekent dat huidige wetten en regels steeds minder aansluiten bij wat de samenleving nodig heeft. Ook de organisatiestructuur van de collectieve sector behoeft aanpassing. De overheid kan en moet iets doen en het is hoog tijd dat de politieke discussie hierover op gang komt. Infodrome, denktank onder leiding van Rick van der Ploeg, levert in dit rapport de ingrediënten voor het debat en bouwstenen voor een passende overheidsstrategie. In deze zin is *Controle geven of nemen* een politieke agenda voor de informatiesamenleving.

isbn 90 757 27 27 5

218 pagina's, ing. prijs 19,50 euro (inclusief btw, exclusief verzendkosten)

Verkrijgbaar bij de boekhandel of rechtstreeks bij Otto Cramwinckel Uitgever,
Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam, telefoon 020-627 66 09, fax 020-638 3817,
e-mail: info@cram.nl, url: www.cram.nl

Otto Cramwinckel Uitgever



ZOJUIST VERSCHENEN

INTERNETPIONIERS

DE EERSTE INTERNETGENERATIE

MONIQUE DOPPERT

Internetpioniers gaat terug naar de wortels van internet in Nederland. Het geeft een indruk van een aanloopfase, de tijd voordat het grote publiek het medium ontdekte. Pioniers verkenden vanuit hun technische, kunstzinnige of activistische achtergrond de mogelijkheden van internet. Zij verhalen over de kinderjaren van het medium, over de periode waarin samen spelen en werken, verbazen, proberen en leren centraal stond.

Geschetst wordt de grillige maar boeiende ontwikkeling van internet, van elitair communicatiemedium voor wetenschappers tot commercieel massamedium. Daarbij ligt het accent op de periode 1990 tot 1995 toen in de Amsterdamse Watergraafsmere systeembeheerders de eerste Europese verbinding uitbouwden naar de rest van Europa. Netactivisten zetten hun idealen om in daden en kunstenaars en ontwerpers ontdekten de rijkdom van het world wide web met zijn grafische mogelijkheden. Internet is niet meer jong en onschuldig. Het medium is de kinderschoenen ontgroeid en verkeert al geruime tijd in de puberteit. Een lastige maar fascinerende periode waarin wij, als gebruikers, het eigen karakter van internet met de huidige wensen en behoeften moeten leren combineren.



isbn 90 757 27 860

154 pagina's, ingenaaid, prijs € 16,50
(inclusief btw, exclusief verzendkosten)

Verkrijgbaar bij de boekhandel of rechtstreeks
bij Otto Cramwinckel Uitgever,
Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam,
telefoon 020-627 66 09, fax 020-638 38 17,
e-mail: info@cram.nl, url: www.cram.nl

OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER

Zelfregulering of ‘domein-naam-ruimtelijke ordening’?

Opinie

Reinier B. Bakels

mr.ir. R.B. Bakels is als project-onderzoeker verbonden aan het IViR.

Een overheid moet zich liever niet met dingen bemoeien die burgers ook heel goed onderling kunnen regelen. Nog onlangs werd in een kabinetsnota¹ geconstateerd, dat er in het geval van de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland (SIDN) is voldaan aan de gestelde voorwaarden voor zelfregulering: het zou gaan om een ‘begrensde groep burgers die als geheel voldoende bij de besluitvorming betrokken is’, en er zouden geen grondrechten in het geding zijn die specifieke bescherming verlangen.

Daar kan men ook anders over denken. In de eerste plaats moet eigenlijk ook het publiek dat Internet gebruikt als belanghebbende worden gezien. Dat is langzamerhand een groot deel van de bevolking, een ‘groep’ die door een private organisatie als de SIDN nauwelijks adequaat bij de besluitvorming kan worden betrokken. En bovendien zijn er wel degelijk grondrechten in het geding. Zo moet er zorgvuldig voor gewaakt worden dat ook ideële organisaties op Internet hun stem kunnen laten horen, en gehoord kunnen worden, via een herkenbare domeinnaam.

Sommige voorstanders van overheidsbemoeienis wijzen erop, dat domeinnamen ‘nummers’ zijn naar de letter van art. 1.1.1.t van de Telecommunicatiewet.² Maar er zijn toch aanzienlijke verschillen tussen de problematiek van de verdeling van (telefoon)nummers en die van de toekenning van domeinnamen. De Telecommunicatiewet schrijft voor dat er bij schaars-te een veiling of verloting van nummers plaats dient te vinden. Een (eerlijke) verloting is volstrekt willekeurig, zodat er geen rekening kan worden gehouden met de belangen van het publiek. Dat is gebaat is bij een logische en niet bij een toevallige toekenning van domeinnamen. En een veiling zou ideële gegadigden onaanvaardbaar benadelen ten opzichte van commerciële gegadigden. Bovendien doet zich nog de praktische moeilijkheid voor, dat aanvragen voor domeinnamen één voor één binnenkomen, en ook niet een poosje kunnen worden opgezout: dat zou absurd zijn in de snelle wereld van Internet.

De realiteit van het moment is dat domeinnamen worden geregistreerd zonder enige controle vooraf. Liefst moet dat ook zo blijven: het gaat snel, het is goedkoop, en zo gaat het ook in andere landen. Alleen als de *rechtmatigheid* in het geding is worden domeinnamen ingetrokken, achteraf, al dan niet na tussenkomst van de rechter.

Een belangrijke vraag is nu, of in bijzondere gevallen niet ook de mogelijkheid zou moeten bestaan om domeinnamen in te trekken als de *doelmatigheid* op het spel staat, bijvoorbeeld als een ‘generieke naam’ zoals www.merkenbureau.nl op een verwarrende manier wordt gebruikt, of als een particulier een merkhouder in de weg zit, situaties waar het recht nu weinig vat op heeft. Wie een domeinnaam ziet als een ‘eigendom’ zal hier bezwaar tegen hebben. Maar wie zo’n naam beschouwt als een middel tot een doel, ook ten behoeve van het publiek, zal

hier anders tegenaan kijken. In de Telecommunicatiewet is geregeld, dat ‘nummers’ kunnen worden ingetrokken ter wille van ‘het doelmatig gebruik in het algemeen maatschappelijk en economisch belang’, en het zou van pas komen als ook domeinnamen eventueel in zulke gevallen zouden kunnen worden ingetrokken.

De SIDN is in de huidige opzet als puur private organisatie niet in een positie om een dergelijke taak te vervullen: dat is iets voor een bestuursorgaan. Denkbaar is dat de SIDN dan maar tot bestuursorgaan wordt gemaakt. Maar wellicht is het beter, om een onderscheid te maken tussen enerzijds de (technische) *registratie* – de *core business* van de SIDN – en anderzijds deze bestuurstaak, die – in de terminologie van de Telecommunicatiewet – kan worden aangeduid als de *toekenning* van domeinnamen, en die laatste taak elders onder te brengen. Het spreekt overigens niet vanzelf dat dat bij de OPTA zou moeten zijn. Dat blijkt uit de gang van zaken bij de toekenning van naamnummers zoals 0800-MEDIAFORUM: die gebeurt weliswaar door de OPTA, maar de OPTA heeft zelf aangegeven zo min mogelijk bemoeienis te willen hebben met de toetsing van de gebruikte namen.

Omdat er aanzienlijke belangen op het spel kunnen staan, is het aan te bevelen om een eventuele wettelijke regeling niet te beperken tot een enkele open norm, zoals nu in de Telecommunicatiewet is gebeurd. De opdracht aan het uitvoerende bestuursorgaan zal vrij nauwkeurig moeten worden vastgelegd, ook al omdat de rechter in het bestuursrecht als regel slechts marginaal toetst, en dus maar in beperkte mate aan de rechtsontwikkeling kan bijdragen.

Aanhangers van het gedachtegoed van de deregulering zullen zich misschien verbazen over zoveel regelzucht. Toch is dit allemaal ook weer niet zo heel esoterisch als men bedenkt dat sinds jaar en dag vergelijkbare dingen gebeuren ter wille van de (fysieke) ruimtelijke ordening. Nu de ‘naamruimte’ van de domeinnamen al bijkans net zo vol raakt als ons dichtbevolkte land wordt de behoefte aan een goede ‘domein-naam-ruimtelijke ordening’ steeds sterker. Daar ligt toch ook een taak voor de overheid.

¹ Nota toetsing werkwijze Stichting Internet Domeinregistratie Nederland, <http://www.minvenw.nl/cend/bsg/brieven/data/994684262.doc>.

² Nico van Eijk, ‘Domeinnamen zijn nummers!’, *Mediaforum* 2000, p. 360-363.

Duitsland: pers en algemeen persoonlijkheidsrecht

De pers in Duitsland stuit met enige regelmaat op het algemeen persoonlijkheidsrecht. Maakt zij beledigende opmerkingen, publiceert zij portretten, of bericht zij over misdrijven, steeds kan het persoonlijkheidsrecht in het geding zijn. Er ontstaat dan ook bij voortduring nieuwe jurisprudentie naar aanleiding van perspublicaties. De rechter gaat uit van het grondwettelijk waardestelsel, maar weegt persvrijheid en persoonlijkheidsrecht tegelijkertijd in concreto af. Dit artikel belicht de grondrechtelijke achtergrond en behandelt relevante jurisprudentie van de afgelopen paar jaar.

Aernout J. Nieuwenhuis

mr. A.J. Nieuwenhuis is werkzaam bij de Leerstoelgroep Staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit blad.

Het Duitse recht kent een grondrechtelijk beschermd algemeen persoonlijkheidsrecht.¹ Het algemeen persoonlijkheidsrecht is weliswaar niet expliciet vastgelegd in de grondrechtencatalogus in de grondwet, maar de rechter heeft het afgeleid uit twee andere grondrechten: het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid en het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid. Het algemeen persoonlijkheidsrecht kent een groot aantal elementen, waaronder de bescherming van de eer en de goede naam, de afscherming en inrichting van het privé-leven, het recht op eigen beeld, en het recht op resocialisatie. Het is duidelijk dat berichtgeving in de media een inbreuk op de door het grondrecht beschermde rechtsgoederen kan opleveren. Nu grondrechten in de Duitse leer een aanzienlijke uitstraling hebben op relaties tussen burgers onderling, is een dergelijke inbreuk te beschouwen als een botsing tussen twee grondrechtelijke waarden. Aan de ene kant staat de persvrijheid van het medium; aan de andere kant het algemeen persoonlijkheidsrecht van degene over wie bericht wordt. Uit de jurisprudentie blijkt dat er niet in het algemeen een rangorde tussen beide grondrechten bestaat. De casusposities worden in belangrijke mate opgelost door een afweging in concreto, waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking dienen te worden genomen.

Hieronder zullen we een drietal vormen van 'botsing' onderzoeken: de belediging in het maatschappelijk debat, het gebruik van foto's in publicatiebladen, en de berichtgeving over misdrijven, op welk gebied het recht op resocialisatie van betekenis is. Deze elementen van het algemeen persoonlijkheidsrecht zijn niet alleen gekozen omdat ze frequent tot geschillen leiden, maar ook omdat het Bundesverfassungsgericht in de laatste paar jaar de afweging op een aantal punten heeft verhelderd of nadere onderscheidingen heeft aangebracht. De nadruk op de arresten van het Bundesverfassungsgericht strookt met de grondrechtelijke invalshoek van het betoog.

Alvorens het spanningsveld tussen persvrijheid en algemeen persoonlijkheidsrecht op de genoemde aspecten nader uit te werken en daarbij de recente jurisprudentie te betrekken is het eerst nodig uitgebreider in te gaan op de beide grondrechten afzonderlijk en op het Duitse stelsel van grondrechten. De dogmatiek doet namelijk de nodige invloed gel-

den op de casuïstiek. Het artikel kent derhalve twee gedeelten. De eerstkomende paragrafen brengen het Duitse grondrechtstelsel, het recht op persvrijheid, het algemeen persoonlijkheidsrecht, en de wijze waarop de rechter de grondrechten bij de toepassing van wettelijke normen laat meewegen voor het voetlicht. In het daarop volgende gedeelte wordt de persvrijheid steeds afgezet tegen een bepaald element van het algemeen persoonlijkheidsrecht: het recht op eer en goede naam, het recht op eigen portret, en het recht op resocialisatie. De afsluiting van het artikel biedt ruimte voor enkele kanttekeningen.

Grondrechten

Stelsel van grondrechten

De grondrechten nemen in het Duitse recht een vooraanstaande plaats in.² De grove schending van deze rechten door het schrikbewind van de nazi's is daar niet vreemd aan. De grondwet opent met een opsomming van grondrechten en deze opsomming begint op haar beurt met het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid. Dat recht impliceert onder meer dat slavernij, racisme, en marteling verboden zijn, en meer in het algemeen dat een individu niet louter tot object gemaakt mag worden. Dit recht op menselijke waardigheid kan als hoogste norm van het Duitse recht worden beschouwd.³ Dat blijkt ook uit het feit dat de bepaling waarin het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid is vastgelegd onveranderbaar is. Het grondrecht is tegelijkertijd als prepositief en natuurrechtelijk mensenrecht te beschouwen.

Het recht op menselijke waardigheid ligt vervolgens ook besloten in de kern van alle andere grondrechten. Deze hebben uiteraard een ruimere reikwijdte op hun specifieke gebied, maar zijn tegelijkertijd in hun kern onaantastbaar. Dat strookt met het gegeven dat het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid is vastgelegd zonder beperkingsmogelijkheden. De overige grondrechten zijn over het algemeen wel te beperken.

Blijkt uit de leer van de kernrechten reeds een duidelijke samenhang tussen de verschillende grondrechten, deze komt

1 De Nederlandse Hoge Raad heeft ook wel overwogen dat ook in Nederland een dergelijk ongeschreven grondrecht bestaat; HR 15-4-1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst). Overigens komt het Nederlandse recht in het bestek van dit artikel niet aan bod.

2 Vgl. M.C. Burkens, in: L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann, *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, Deventer 1998, 159.

3 R. Herzog, 'The hierarchy of constitutional norms and its function in the protection of basic rights', *HRLR* 1992, 92.

ook naar voren in het idee dat zij alle hun plaats vinden binnen het liberaal democratisch bestel dat in de grondwet is vastgelegd. Dat bestel kan eigen grenzen aan de uitoefening van de grondrechten stellen. Dat blijkt duidelijk uit de misbruik van grondrecht bepaling die erop neerkomt dat grondrechten als de uitingsvrijheid en het recht op vereniging en vergadering niet mogen worden gebruikt om het liberaal democratisch systeem te ondermijnen (artikel 18 Grundgesetz). Meer in het algemeen moeten grondwetsbepalingen uitgelegd worden in overeenstemming met de uitgangspunten van de grondwet als geheel.⁴ Grondrechten kunnen elkaar dus mede vormgeven (mitprägen) zoals nog zal blijken.

De grondrechtsbepalingen leggen objectieve waarden vast. Om die reden is de werking niet beperkt tot de relatie tussen overheid en burger. De objectieve waarden dienen tot op zekere hoogte ook gerealiseerd te worden in verhoudingen tussen burgers onderling. Dat impliceert dat er een taak voor de wetgever is weggelegd. Ook de rechter dient zich echter steeds te laten leiden door het waardensysteem, dat de grondrechten gezamenlijk vormen.⁵ Grondrechtsbepalingen kunnen zo een grote mate van invloed (Ausstrahlung) hebben op verhoudingen tussen burgers, ook al zijn ze niet onmiddellijk toepasbaar op deze verhoudingen.

Persvrijheid

De uitingsvrijheid ligt vast in artikel 5 GG.⁶ Dat artikel bevat een conglomeraat van rechten: de vrijheid van meningsuiting, de ontvangstvrijheid, de persvrijheid, de omroepvrijheid, de filmvrijheid, de vrijheid van de kunst en de vrijheid van de wetenschap. In het bestek van dit artikel kunnen we ons concentreren op de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van de media. Waar het gaat om inhoudelijke beperkingen hoeft tussen de laatstgenoemde vrijheden overigens niet steeds onderscheiden te worden.

De vrijheid van meningsuiting kent een tweetal grondslagen, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht.⁷ In de eerste plaats is zij als een directe uitdrukking van de menselijke persoonlijkheid zonder meer een van de belangrijkste mensenrechten; ze schept een belangrijke vrijheidssfeer voor het individu. In de tweede plaats is het recht op uitingsvrijheid 'konstituierend für die freiheitliche demokratische Staatsordnung'; het maakt de permanente meningenstrijd mogelijk zonder welke een democratie niet echt leeft. In de jurisprudentie krijgt veelal deze tweede grondslag of functie de nadruk. Deze nadruk zorgt ervoor dat uitlatingen die deel uitmaken van de politieke meningsvorming bij een afweging tegen andere belangen veelal extra gewicht krijgen.⁸ Overigens strookt de dubbele grondslag met het grondrechtelijk systeem in het algemeen. In de kern van de uitingsvrijheid van het individu ligt immers het recht op menselijk waardigheid verscholen. Tegelijkertijd vindt de uitingsvrijheid haar plaats binnen het liberaal-democratisch bestel. De democratische functie zal het belang van de uitingsvrijheid in veel gevallen versterken, maar stelt ook grenzen aan de uitingsvrijheid. Ondemocratische opvattingen kunnen buiten de boot vallen. De al aangestipte bepaling over misbruik van recht bepaling geeft daar een goed voorbeeld van.

De persvrijheid strekt zich uit tot meningen en feitelijke berichtgeving. Wel heeft het Bundesverfassungsgericht een

voorbehoud gemaakt voor onjuiste feitelijke berichten.⁹ Deze dragen immers niet bij aan de meningsvorming. Zijn onjuiste feiten verweven met meningen dan kan de persvrijheid onder omstandigheden toch bescherming bieden. Bij een afweging tegen andere belangen speelt de juistheid of onjuistheid van de feitelijke berichtgeving wel weer een aanzienlijke rol.

Daarmee zijn we als vanzelf toegekomen aan de beperkingsmogelijkheden van de uitingsvrijheid. De tekst van de grondwet geeft zelf een aantal mogelijkheden: beperkingen op grond van algemene wetten en beperkingen ten behoeve van de bescherming van de eer en de goede naam en de bescherming van de jeugd. Genoemde algemene wetten zijn voorschriften die niet op een bepaalde specifieke mening zien maar los daarvan een bepaald rechtsgoed willen beschermen, zoals de openbare orde. Is er sprake van een dergelijk voorschrift dan is daarmee de kous niet af. De rechter dient in een drietal gedeeltelijk samenhangende opzichten rekening te houden met de uitingsvrijheid.

In de eerste plaats bij de interpretatie van de uitlating. Zijn er bijvoorbeeld meerdere interpretaties mogelijk en kiest de rechter de interpretatie waardoor de uitlating aan een delictsoomschrijving voldoet, dan zal hij moeten aangeven waarom hij een andere uitleg uitsluit. In de tweede plaats bij de uitleg van de beperkende norm. De beperkende norm dient uitgelegd te worden in het licht van de uitingsvrijheid en haar betekenis in een liberaal-democratisch bestel. Dit is de in de jurisprudentie ontwikkelde 'Wechselwirkungslehre', die het grondrecht op zijn beurt de beperkende norm laat beperken ('Schrankenschranke'). In de derde plaats heeft de uitingsvrijheid betekenis bij de concrete belangenafweging. Daarbij bestaat er een vermoeden ten gunste van de uitingsvrijheid, indien het gaat om bijdragen aan de 'geistigen Meinungskampf'.

Een aantal aspecten van de grondrechtelijke clausulering zijn wel omschreven als een combinatie van 'Übermaßverbot' en evenredigheidstoets.¹⁰ De vrijheid mag niet sterker beperkt worden dan nodig is voor het te bereiken resultaat. Het gekozen middel dient geschikt te zijn voor het te bereiken doel (geëigend), de beperking dient noodzakelijk te zijn (erforderlich) en redelijk (zumutbar). Deze aspecten zijn te samen als een evenredigheidstoets te beschouwen. De Duitse rechtsleer spreekt van 'Verhältnismäßigkeit'.

Het door de algemene wet te beschermen rechtsgoed kan zelf ook een grondwettelijke waarde hebben. De rechter beschouwt de wettelijke norm dan als een belangrijk aanknopingspunt om de achterliggende grondwettelijke waarden met elkaar in evenwicht te brengen. De betrokken grondwetsbepalingen worden in elkaars licht uitgelegd. Dat is in overeenstemming met het idee dat een grondwettelijke waarde een beperking van een grondrecht kan rechtvaardigen, ook zonder dat deze beperking is terug te voeren op de beperkingsclausulering. Een duidelijk voorbeeld geeft de absoluut geformuleerde kunstvrijheid, waarvoor binnen het grondwettelijk en grondrechtelijk systeem toch zogeheten 'verfassungsimmanente' beperkingen bestaan. Zo kan een beperking van de kunstvrijheid ter bescherming van de menselijke waardigheid van een derde zonder meer geoorloofd zijn.¹¹

Naast de algemene wetten spreekt artikel 5 GG onder meer expliciet over beperkingen ten behoeve van de bescherming

4 BVerfG 23-10-1951, E 1, 14.

5 BVerfG 15-1-1958, E 7, 198.

6 Zie voor een uiteenzetting A. J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de uitingsvrijheid*, Nijmegen 1997, 147 v.

7 BVerfG 17-8-1956, E 5, 85.

8 Bijv. BVerfG 29-4-1980, E 54, 124; BVerfG 26-6-1990, E 82, 272.

9 BVerfG 25-1-1961, E 12, 113; BVerfG 9-6-1992, NJ 1993, 916.

10 Th. Maunz & R. Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, München 1994, 185.

11 BVerfG 24-2-1971, E 30, 173.

van de eer en goede naam. Bepaalde schrijvers verdedigen het standpunt dat de afweging daarom eerder ten nadele van de uitingsvrijheid uit zal moeten vallen. De jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht geeft een ander beeld te zien. De afweging in concreto verschilt niet substantieel van die bij de toepassing van rechtsnormen die een ander, niet expliciet genoemd, rechtsgoed dienen. Wel zal nog blijken dat de bescherming van de eer en goede naam in beginsel steeds een grondrechtelijk beschermde waarde is, zodat het grondrechtelijk waardenstelsel de afweging kleurt.

Algemeen persoonlijkheidsrecht

Het algemeen persoonlijkheidsrecht is op zichzelf niet vastgelegd in de grondwet. Het is in de rechtspraak ontwikkeld op basis van het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid en het recht de persoonlijkheid vrij te ontplooiën.¹² Laatstgenoemd recht is vastgelegd in artikel 2 I Grundgesetz. Het heeft een ongekend ruime reikwijdte, en is op vrijwel iedere activiteit van toepassing. Zo vallen paardrijden in de bossen, brommen zonder helm, en het nuttigen van alcohol allen binnen de werkingssfeer. De geboden bescherming is navenant klein. Wel is er sprake van grotere bescherming wanneer de ontplooiing meer te maken heeft met kern of wezen van de persoonlijkheid.

Dit algemene vrijheidsrecht zorgt echter niet voor een volledige bescherming van de persoonlijkheid. De gevaren vloeien namelijk niet altijd voort uit een beperking van de vrijheid van handelen. De persoonlijkheid wordt ook bedreigd wanneer het privé-leven niet goed af te schermen is, wanneer een persoon op onheuse wijze in de openbaarheid wordt voorgesteld, wanneer zijn afbeelding wordt misbruikt, etc.¹³ Bovendien komt het recht het privé-leven naar eigen goeddunken in te richten onvoldoende tot zijn recht binnen het algemeen vrijheidsrecht. Om adequate bescherming te bieden heeft de rechter een grondrechtelijk algemeen persoonlijkheidsrecht aangenomen. Binnen de aanzienlijke reikwijdte daarvan kunnen specifieke grondrechtbepalingen als het huisrecht, het telecommunicatiegeheim en de Institutsgarantie van het huwelijk overigens een meer specifieke bescherming bieden; ze zijn als *leges speciales* te beschouwen.

In de praktijk zijn de contouren van het algemeen persoonlijkheidsrecht casuïstisch getrokken. Dogmatisch gezien gaat het algemeen persoonlijkheidsrecht echter vooraf aan de bijzondere concretisering. Dat betekent dat het openstaat voor nieuwe ontwikkelingen. Zo heeft het Bundesverfassungsgericht het recht op informatiele zelfbepaling (*Selbstbestimmung*) eveneens opgevat als een onderdeel van het algemeen persoonlijkheidsrecht.¹⁴ Daarmee vormt het algemeen persoonlijkheidsrecht ook de grondslag van de bescherming van de persoonsgegevens.

Inmiddels kent het algemeen persoonlijkheidsrecht een bundel van concretisering. Ik noem hier op grond van de jurisprudentie nog het recht op bescherming van het dagboek, het recht op geheimhouding van medische gegevens, het recht te weten van wie men afstamt,¹⁵ het recht op seksuele zelfbepaling, het recht op de eigen naam, het recht op de eigen

afbeelding en het recht op de eigen woorden, het recht op 'Gegendarstellung', het recht op de persoonlijke eer, het recht op resocialisatie en het recht zonder schulden volwassen te worden. In de literatuur vinden we ook nog het recht om niet met een leugendetector onderzocht te worden en het persoonlijkheidsrecht binnen het auteursrecht.

De bovengenoemde concretisering is enigszins te ordenen.¹⁶ In de eerste plaats is het algemeen persoonlijkheidsrecht van betekenis bij de voorstelling van een persoon in de openbaarheid. Dat betekent niet dat het een recht geeft alleen zo voorgesteld te worden als men zelf wenst;¹⁷ wel is het recht in het geding indien de berichtgeving afbreuk doet aan de persoonlijkheid.¹⁸ In de tweede plaats stelt het grenzen aan de verwerking van persoonsgegevens. In de derde plaats ziet het op de vrijheid de privé-sfeer naar eigen overtuiging in te richten. In de vierde plaats geeft het bepaalde andere vrij specifieke rechten als het reeds genoemde recht op resocialisatie en het recht niet zonder schulden volwassen te worden. Het zal duidelijk zijn dat deze indeling in die zin gebrekkig is dat overlap en samenhang voor de hand liggen. Zo kan de resocialisatie bemoeilijkt worden door openbare berichtgeving en de verwerking van persoonsgegevens kan het streven het privé-leven onbevangen en naar eigen inzichten in te richten doorkruisen.

Beperkingen van het algemeen persoonlijkheidsrecht zijn mogelijk. Slechts indien een beperking in de buurt van de onaantastbare kern komt, is een afweging met andere belangen niet meer toegestaan. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij het stelen en publiceren van een zeer intiem dagboek. Het algemeen persoonlijkheidsrecht valt dan vrijwel samen met het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid. De gehele persoon wordt in dat geval eigenlijk louter tot object gemaakt, in dit geval van de publieke belangstelling. In andere gevallen is er wel een beperking mogelijk. De jurisprudentie stelt enerzijds de eisen, dat er een wettelijke grondslag bestaat, de bevoegdheid duidelijk omschreven is en de norm kenbaar is voor de burger. Anderzijds moet de beperking evenredig aan het met de beperking te dienen belang zijn. Hier komt weer een vorm van de reeds bij de persvrijheid gememoreerde 'Verhältnismäßigkeit' terug.

Om de evenredigheidstoets wat meer handen en voeten te geven is met name in de literatuur, maar tot op zekere hoogte ook in de jurisprudentie de sferenleer ontwikkeld.¹⁹ Naarmate de door de beperking beroerde sfeer persoonlijker is, is de beperking groter en dient de beperkingsgrond meer gewicht te hebben. De privé-sfeer verschilt van de sociale sfeer en de openbare sfeer. Binnen de privé-sfeer is een onderscheid mogelijk tussen de intieme sfeer, die in beginsel overeenkomt met de onaantastbare kern van het grondrecht, de vertrouwelijke sfeer, zoals die bestaat tussen arts en patiënt, en de rest van de privé-sfeer die bijvoorbeeld de omgang met de familieleden en het leven in huis betreft. Werken, winkelen en school vinden hun plaats in de sociale sfeer. In de openbare sfeer ten slotte zijn gebeurtenissen in beginsel voor eenieder kenbaar. Het persoonlijkheidsrecht beschermt niet zozeer tegen het openbaren van informatie uit deze sfeer, maar eerder tegen onheuse beeldvorming.

12 BVerfG 14-2-1971, E 34, 269. Zie voorts A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht. Een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen 2001, 88 v.

13 H. Ehmann, 'Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht', *JuS* 1997, 193 v.

14 BVerfG 15-12-1983, E 65, 1.

15 Het is opmerkelijk dat ook de Nederlandse Hoge Raad een grondrechtelijk algemeen persoonlijkheidsrecht heeft aangenomen om dit specifieke recht te weten van wie men afstamt op te baseren, HR 15-4-1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst).

16 H.D. Jarass, 'Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz', NJ 1989, 857v.

17 BVerfG 24-3-1998, E 97, 391. BVerfG 8-4-1999, www.bundesverfassungsgericht.de.

18 Vgl. ook BVerfG 24-3-1998, E 97, 391; BVerfG 10-11-1998, E 99, 185.

19 Bijv. G.M. Rehms, 'Persönlichkeitsschutz Prominenter und Pressefreiheit der Unterhaltungsmedien', *AfP* 1999, 416v.

De sferenleer staat bloot aan kritiek. Binnen dezelfde sferen zijn zeer uiteenlopende activiteiten en gebeurtenissen aan te treffen, de grens tussen de sferen is niet zo duidelijk als het schijnt, en de schijnbaar ruimtelijke benadering is niet eenvoudig toe te passen op de verwerking van persoonsgegevens. De vertrouwelijke behandeling van persoonsgegevens in de sociale sfeer is veelal belangrijker dan het afschermen van de privé-sfeer als zodanig. Deze kritiek kan tot op zekere hoogte gepareerd worden met de stelling dat de sferenleer slechts een hulpmiddel vormt bij de evenredigheidstoets.

Rechter en grondrechten

De rechter in Duitsland toetst wettelijke normen aan de grondwet. Zo zal een beperking van de uitingsvrijheid aan de clausulering bij het grondrecht moeten voldoen of zich anderszins grondwettelijk moeten kunnen laten rechtvaardigen. In veel gevallen zal de rechter de wetbepalingen zo uitleggen dat ze voldoende recht doen aan de betekenis van de grondrechten. Daarbij is een toetsing in concreto voorgeschreven. De rechter dient het gewicht van het grondrecht te verdisconteren in de bijzonderheden van het gegeven geval. De grondrechten schrijven deze wijze van toetsing voor wanneer overheid en burger tegenover elkaar staan. In een geding tussen burgers zal de toetsing in veel opzichten vergelijkbaar zijn indien het grondrecht of de grondrechten in kwestie een grote mate van horizontale 'uitstraling' hebben.

Het grondrechtelijk algemeen persoonslijksrecht heeft een aanzienlijke mate van werking tussen burgers onderling. Rechtstheoretisch is dat te verdedigen door de directe verbinding met het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid die als hoogste waarde ook het sterkst verwezenlijkt dient te worden in de betrekkingen tussen burgers onderling. De horizontale werking komt ook duidelijk naar voren wanneer we de ontwikkelingsgang van het algemeen persoonslijksrecht onderzoeken. De zaken waarin de rechter voor het eerst een dergelijk grondrecht heeft aangenomen, waren voor een groot deel civielrechtelijk van aard. De aanname van een algemeen persoonslijksrecht als grondrecht lijkt zelfs in eerste instantie als belangrijkste functie te hebben gehad door zijn uitstraling bepaalde lacunes in het privaatrecht te dichten. Ook daarna is er een permanente wisselwerking tussen grondrecht en rechtsposities tussen burgers onderling. Dat bleek al bij de uiteenzetting van de werkingssfeer van het algemeen persoonslijksrecht. 'Verticale en horizontale casus' stonden daar gezusterlijk naast elkaar. Deze wijze van uiteenzetten van de reikwijdte van het algemeen persoonslijksrecht is ook in Duitse literatuur gebruikelijk.

Het grondrecht op uitingsvrijheid heeft eveneens een aanzienlijk werking tussen burgers onderling. Dat mag blijken uit het feit dat het een van de eerste grondrechten is geweest waarbij het Bundesverfassungsgericht de vraag of grondrechten hun invloed doen gelden in verhoudingen tussen burgers onderling ten principale heeft behandeld en bevestigend heeft beantwoord.²⁰ De media kunnen zich dus beroepen op de persvrijheid, indien zij met een publicatie raken aan het persoonslijksrecht.

De doorwerking van beide grondrechten in relaties tussen

burgers onderling kan er samen met het toetsingsrecht toe leiden dat de rechter een privaatrechtelijke casus beoordeelt op een wijze die vergelijkbaar is met de beoordeling van een strafrechtelijke casus. Zo zal de strafrechter bij toepassing van de bepalingen ten aanzien van belediging aanknopen bij de wettelijke norm, maar eveneens de grondrechtelijke waarden in het concrete geval tegen elkaar af dienen te wegen. Iets vergelijkbaars doet zich voor wanneer de beperking van de persvrijheid gestoeld is op een civielrechtelijke norm. De burger kan zich in een 'onrechtmatige daadsactie' beroepen op zijn persoonslijksrecht. Vormt een perspublicatie de inbreuk, dan zal de rechter een afweging moeten maken tussen persvrijheid en persoonslijksrecht, rekening houdende met de bijzonderheden in het concrete geval. Wel zal bij de toepassing van strafrechtelijke bepalingen in sommige gevallen een sterker vermoeden ten gunste van de vrijheid van meningsuiting gelden.

De jurisprudentie die hieronder behandeld wordt, is vrijwel allemaal afkomstig van het Bundesverfassungsgericht. Het betreft uitspraken naar aanleiding van zogeheten Verfassungsbeschwerden. Een burger heeft het recht bij het Bundesverfassungsgericht te klagen indien hij van mening is dat een overheidsorgaan zijn grondrechten heeft geschonden. De klacht is veelal dat de rechter in de gewone rechtsgang te weinig recht heeft gedaan aan de grondrechten. Het Bundesverfassungsgericht onderzoekt in dergelijke gevallen alleen de grondrechtelijke vragen.

Bij de afweging tussen persvrijheid en persoonslijksrecht vinden we uiteraard veel van de reeds aangestipte aspecten terug. Zo zal het gewicht van de persvrijheid ten opzichte van het gewicht van het persoonslijksrecht aanmerkelijk afnemen, indien de berichtgeving onjuist is. Het ten onrechte aan iemand toeschrijven dat hij lid is van de Scientologygemeenschap leidt tot onheuse beeldvorming en maakt inbreuk op het persoonslijksrecht.²¹ Nu het bericht onjuist is, moet de persvrijheid wijken voor het persoonslijksrecht.

Niet iedere aandacht in de media levert een inbreuk op het persoonslijksrecht op. Een inbreuk op het persoonslijksrecht zal zich bovendien niet licht voordoen indien iemand toestemming geeft voor de berichtgeving. Wel heeft zich recentelijk een discussie voorgedaan of programma's als Big Brother niet de menselijke waardigheid aantasten.²² De toestemming van de deelnemers zou dan niet meer de doorslag geven. Een dergelijke redenering lijkt echter alleen hout te snijden bij een opzet die nog veel extremer is dan die van een programma als Big Brother. Voor de rest is er sprake van oordelen over de goede en de slechte smaak. Zo was tot op zekere hoogte al gebleken uit de jurisprudentie naar aanleiding van het verschijnsel peep-show.²³

In het onderstaande betoog behandel ik een drietal 'botsingen' van de grondrechtelijk beschermde persvrijheid en het grondrechtelijk beschermde persoonslijksrecht: de bescherming van de eer en goede naam in het maatschappelijk debat, publicatie van foto's door publicatiebladen, en de pers en het recht op resocialisatie. Deze drie 'botsingen' zijn gekozen omdat zij goed duidelijk maken hoe de afweging plaats vindt en het Bundesverfassungsgericht zich er de laatste jaren over heeft uitgelaten.²⁴

20 BVerfG 15-1-1958, E 7, 198.

21 BVerfG 10-11-1998, E 99, 185.

22 Een juridische waardering van deze discussie bij U. Fink, 'Programmfreiheit und Menschenwürde', *AP* 2001, 189v.; zie ook W. Frotscher, 'Zlatko und Caroline, Der Verfassungsrechtliche Schutz der Menschlichen Würde und Persönlichkeit in der Medienberichterstattung', *ZUM* 2001, 555v.

23 Vgl. BVerfG 9-7-1986, NJ 1987, 3246; anders BVerfG 15-12-1981, NJ 1982, 664.

24 Uiteraard zijn er ook nog andere terreinen waarop persvrijheid en persoonslijksrecht tegenover elkaar staan, bijv. het gebruik van een verborgen camera, U. Hochrathner, 'Hidden Camera - Ein zulässiges Einsatzwerkzeug des investigativen Journalismus?', *ZUM* 2001, 669 v.

Botsingen tussen persvrijheid en persoonlijkheidsrecht

Belediging en maatschappelijk debat

Het eerste voorbeeld van de afweging tussen persvrijheid en persoonlijkheidsrecht is de bescherming van de eer en de goede naam in het maatschappelijk debat. Paragraaf 185 StGb stelt belediging strafbaar; het beschermde rechtsgoed is de persoonlijke eer. De wetgever heeft zelf al een afweging met de persvrijheid gemaakt door in paragraaf 193 StGb op te nemen dat het leveren van kritiek 'zur Wahrnehmung berechtigter Interessen' slechts beledigend kan zijn door vorm of omstandigheden. Daaruit blijkt dat kritische kwalificaties in de berichtgeving van de media over gebeurtenissen van publiek belang in elk geval geoorloofd zijn, indien er niet voor onnodig grievende bewoordingen wordt gekozen.

In concrete zaken dient de strafrechter uitgaande van de strafrechtelijke norm de persvrijheid en de door het algemeen persoonlijkheidsrecht gedekte bescherming van de eer en goede naam tegen elkaar af te wegen. In geval van bewust onjuiste uitlatingen laat de uitkomst zich raden; als deze al bescherming genieten van de uitingsvrijheid leveren zij geen bijdrage aan het maatschappelijk debat. De betekenis van de uitingsvrijheid voor een vrij en open proces van meningsvorming zorgt in andere gevallen juist voor extra ruimte voor kritiek in het politieke debat. De grondrechten worden begrepen binnen het liberaal-democratisch bestel. Politici dienen in het algemeen meer te incasseren, omdat de bescherming van hun eer relatief minder gewicht in de schaal legt. De rechter dient uiteraard ook rekening te houden met de specifieke omstandigheden. Vinden de uitlatingen plaats tijdens een stevig gevoerde verkiezingsstrijd, dan pleit dat in het voordeel van de vrijheid van meningsuiting.²⁵

Pas wanneer het doel van de uitlating eerder het kleineren (Herabsetzung) van de persoon is dan het leveren van een bijdrage aan de discussie, weegt het algemeen persoonlijkheidsrecht zwaarder dan de persvrijheid. Dan raken de uitlatingen namelijk aan de menselijke waardigheid. De uitlatingen die Franz-Jozef Strauß regelrecht een fascistische overtuiging toeschreven, gingen te ver.²⁶ Daarentegen was het omschrijven van deze voormalige voorman van de CSU als een opportunistische dwangdemocraat in het politieke debat nog wel geoorloofd.²⁷ In deze civiele zaak oordeelde de rechter dat de bijdrage aan de discussie voorop stond.

Dit onderscheid tussen 'sachbezogen' uitlatingen en een loutere 'Herabsetzung' van de persoon blijft niet beperkt tot uitlatingen over politici. Het geldt meer in het algemeen voor de grenzen die het algemeen persoonlijkheidsrecht aan de maatschappelijke discussie stelt.²⁸ Een aardig voorbeeld vormt een betrekkelijk recent arrest van het Bundesverfassungsgericht dat betrekking had op een affiche van Greenpeace.²⁹ Daarop stond een foto van de directeur van Hoechst met de tekst: 'Alle reden vom Klima; wir ruinieren es'. Volgens de rechter was de publicatie ondanks het gebruik van de foto niet gericht tegen de privé-persoon, maar maakte deel uit van de maatschappelijke discussie. Om die reden was de publicatie van het affiche niet onrechtmatig. Deze nadruk op het belang

van het maatschappelijk debat bij de uitleg van wettelijke normen kan als uitwerking van de eerder genoemde wisselwerking geleerd worden gezien.

Dat sluit niet uit dat het gewicht van de uitingsvrijheid zich, zoals gezegd, ook al kan doen gelden bij de uitleg en kwalificatie van de gewraakte uitlating. Een recente zaak geeft een goed voorbeeld. Bij een burgemeestersverkiezing in een kleine gemeente had een van de kandidaten op de belangrijkste verkiezingsbijeenkomst niets van zich laten horen; na afloop van de door hem verloren verkiezingen had hij getracht de rechter de verkiezingen ongeldig te doen verklaren. De regionale krant berichtte kritisch over deze gang van zaken, en sloot een kort artikel af met de zin: 'Wer so realitätsfern denkt, vom eigenen Ego geblendet ist und mit unlauteren Methoden zu tricksen versucht, der sollte lieber einen Arzt aufsuchen als sich im Dolchstoß zu üben'.

De lagere rechters waren van oordeel dat het artikel bij de lezer de indruk wilde wekken dat de persoon in kwestie geestelijk niet gezond was. Een dergelijke stoot onder de gordel stond volgens de rechter los van de eigenlijke kritiek op de gang van zaken. Waar een zekere overdrijving nog wel geoorloofd is, ging het hier om een louter op de persoon gerichte aanval. Daarom diende de uitingsvrijheid te wijken voor de persoonlijke eer, aldus deze rechters.

Het Bundesverfassungsgericht begint met een aantal bekende en algemene overwegingen ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting.³⁰ Deze bestaat ook voor meer emotionele en kwetsende uitlatingen. Het algemeen persoonlijkheidsrecht stelt echter wel een grens. Het is aan het Bundesverfassungsgericht te bepalen of de lagere rechter de 'wertsetzende Bedeutung' van beide grondrechten heeft miskend. Indien een uitlating meerduidelijk is, dan moet de rechter, zeker in een strafzaak, andere interpretaties van de uitlating die niet tot een veroordeling zouden leiden, beredeneerd uitsluiten. De uitlating in kwestie kan heel goed ironische overdrijving zijn. In het licht van het hele gebeuren en het hele artikel is de passage ook als een provocerende en plastische uitdrukking te begrijpen. In die gevallen is er niet simpelweg sprake van een loutere 'Herabwürdigung' van de persoon en zou de rechter persvrijheid en persoonlijkheidsrecht nader hebben moeten afwegen. Die afweging zou een ander resultaat gehad kunnen hebben.

De ruimte voor het maatschappelijke debat is de laatste decennia groter geworden, en de eer van politici relatief minder belangrijk. De invloed van de First Amendment-doctrine is onmiskenbaar.³¹ Wel bestaat er verschil van mening over de vraag of deze invloed direct is of de doctrine via de jurisprudentie van het EHRM is gereciperd. De receptie in het Duitse recht is in elk geval eerder geschied dan die in het Oostenrijkse recht. Het is niet zo dat het Europese Hof Duitsland op dit punt regelmatig tot de orde heeft hoeven roepen.

Volgens sommige schrijvers wordt het belang van de bescherming van de eer en goede naam teveel uit het oog verloren, ook waar het gaat om politieke of andere 'public figures'.³² Zij wijzen op het grondrechtelijk belang van het persoonlijkheidsrecht en op het feit dat artikel 5 GG de bescherming van de eer en goede naam expliciet noemt als een beperkingsgrond voor de uitingsvrijheid. De uitingsvrijheid

25 Een recent voorbeeld BVerfG 5-4-2001, NJ 2001, 2957. Het ging daarbij om de propaganda van de DVU. Volgens deze verkiezingspropaganda zou een uit het verleden bekende sociaal-democratische politicus tegenwoordig DVU stemmen. Het BVerfG achtte geen inbreuk op het recht op menselijke waardigheid aanwezig.

26 BVerfG 19-4-1990, E 82, 43.

27 BVerfG 26-6-1990, E 82, 272.

28 Zie voor een schematische uiteenzetting: G. Seyfarth, 'Der Einfluß des Verfas-

sungsrechts auf zivilrechtliche Ehrschutzklagen', NJ 1999, 1287 v.

29 BVerfG 8-4-1999, www.bundesverfassungsgericht.de.

30 BVerfG 1-8-2001, 1 BvR 1906/97, www.bundesverfassungsgericht.de.

31 G. Nolte, *Beleidigungsschutz in der freiheitlichen Demokratie*, Berlin 1990.

32 Bijv. al G. von der Decken, 'Meinungsaussäuerungsfreiheit und Recht der persönlichen Ehre', NJ 1983, 1400v. Een fundamentele verdediging van de ruimte voor het maatschappelijk debat bij F. Kübler, 'Ehrenschutz, Selbstbestimmung und Demokratie', NJ 1999, 1281 v.

is volgens hen in de jurisprudentie eerder een vrijwel algemene beperkingsgrond voor de bescherming van de eer en goede naam geworden. Wat daar ook van zij, uit de kritiek blijkt in elk geval wel de wijze van oordeelsvorming van de rechter. De rechter weegt in het concrete geval beide grondrechten, wier onderling verhouding mede bepaald wordt door de menselijke waardigheid en het liberaal-democratisch bestel.

Portret en publieksbladen

De bescherming van de persoonlijkheid in het privaatrecht is tegenwoordig voor een aanzienlijk deel te beschouwen als een vorm van indirecte werking van het grondrechtelijk persoonlijkheidsrecht. Daar doet niet aan af, dat het privaatrecht al bepaalde elementen beschermde, voordat de rechter überhaupt een grondrecht op bescherming van de persoonlijkheid had aangenomen. Een goed voorbeeld vormt het recht op eigen portret dat uit 1907 dateert. Dit recht is vastgelegd in paragraaf 22 en 23 KUG.

Het in de KUG vastgelegde portretrecht is een aspect van het algemeen persoonlijkheidsrecht. Dat laatste is door de grondrechtelijke achtergrond van hoger rang. Het algemeen persoonlijkheidsrecht vormt deswege een interpretatiekader voor het portretrecht, en kan het aanvullen of verbeteren. Een aardig voorbeeld is dat het portretrecht niet ziet op de publicatie van look-alike portretten, maar dat deze wel een inbreuk op het algemeen persoonlijkheidsrecht kan vormen.³³ De hogere rang van het algemeen persoonlijkheidsrecht betekent overigens niet dat de regeling van het portretrecht in de KUG betekenisloos is geworden. Sterker nog, de ontwikkeling van een algemeen persoonlijkheidsrecht heeft in belangrijke mate met het portretrecht in wisselwerking gestaan. Zo is het recht op eigen woord, een ander element van het algemeen persoonlijkheidsrecht, een halve kloof van het portretrecht.

De pers die portretten publiceert kan zich beroepen op het belang van de persvrijheid. De afgebeelde persoon kan zich beroepen op de regeling in de KUG en zijn persoonlijkheidsrecht, dat eveneens een grondrechtelijke achtergrond heeft. Hoe komt de rechter nu tot een vergelijk. Wederom heeft de wetgever een duidelijk aanknopingspunt geboden. Voor de publicatie van portretten 'aus dem Bereich der Zeitgeschichte' is volgens de KUG in beginsel geen toestemming nodig. De wetgever gaat hier uit van een vermoeden dat het belang van de nieuwsvoorziening meer gewicht heeft dan het persoonlijkheidsrecht. Of een portret binnen het genoemde bereik valt, hangt af van de voorgestelde persoon en de informatiebehoefte van het publiek. Het is dus niet altijd noodzakelijk dat de afbeelding zelf een 'zeitgeschichtlich' relevante gebeurtenis voorstelt.

Jurisprudentie en literatuur onderscheiden 'Personen der Zeitgeschichte' in absoluut en relatief bekende personen. De eerste categorie staat eigenlijk permanent in de publieke belangstelling. Men denke aan politici als Helmut Kohl, sportsterren als Boris Becker, bekende toneelspelers en musici, en bepaalde personen van koninklijke bloede.³⁴ Deze zullen meer moeten dulden dan relatief bekende personen, die wel in de aandacht staan, maar in relatie tot een specifieke nieuwswaardige gebeurtenis. Hun toestemming is in beginsel niet nodig voorzover de berichtgeving die specifieke gebeurtenis betreft.

Bekende personen hoeven overigens geenszins te tolereren dat hun afbeeldingen gebruikt worden voor reclamedoelenden. In dat geval dient de afbeelding in beginsel niet de informatiebehoefte van het publiek, waarop paragraaf 23 KUG doelt. Uiteraard bestaan er moeilijke casusposities op de grens van reclame en informatiebehoefte. Men denke aan een serie commercieel uitgegeven gedenkmunten met de afbeelding van een politicus, of de afbeelding van 'een bekende Duitser' op de cover van een klantenblad met redactionele tekst.³⁵ In dit bestek hoeft daar echter niet op ingegaan te worden.

Absoluut bekende personen hoeven ook buiten de reclame niet ieder portret in de media te dulden. Paragraaf 23 KUG noemt een aantal belangen die zich daartegen kunnen verzetten. Uiteindelijk is het aan de rechter de normstelling te interpreteren in het licht van persvrijheid en persoonlijkheidsrecht, en deze belangen af te wegen met inachtneming van alle bijzonderheden in het concrete geval. De laatste jaren hebben processen naar aanleiding van berichtgeving over prinses Caroline van Monaco, haar kinderen en haar metgezellen voor belangrijke jurisprudentie gezorgd. Daarin zet het Bundesverfassungsgericht eerst een aantal uitgangspunten op een rij, en vult deze aan met meer specifieke aanwijzingen over de afweging.

Een centraal arrest betreft een aantal verschillende foto's van prinses Caroline.³⁶ Daarop staat zij onder meer afgebeeld terwijl zij paardrijdt in de vrije natuur, kanoot samen met haar zoon, inkopen doet op de markt, zit te praten in een groot restaurant, en romantisch dineert in een afgescheiden gedeelte van een buitencafé (Gartenlokal). Deze foto's zijn alle verschenen in publieksbladen. Het Bundesverfassungsgericht herhaalt eerst dat het algemeen persoonlijkheidsrecht gebaseerd is op Artikel 2 I en Artikel 1 GG en bedoeld is die elementen van de persoonlijkheid te beschermen die niet beschermd worden door specifieke grondrechten, maar niet minder belangrijk zijn voor de persoonlijkheid. Het algemeen persoonlijkheidsrecht kan deswege ook zien op het afgebeeld worden door derden, zonder dat het overigens een recht geeft alleen zo door andere voorgesteld te worden, zo als men zichzelf ziet of wil zien. De bezwaren van prinses Caroline richten zich dan ook niet tegen het feit dat er überhaupt afbeeldingen gepubliceerd worden, bijvoorbeeld foto's gemaakt bij officiële gelegenheden of openbare gebeurtenissen. Volgens haar tast de publicatie van de gewraakte foto's haar privé-sfeer aan.

Aan de andere kant staat de persvrijheid. Het recht om de inhoud van een persorgaan zelf te bepalen is een centraal onderdeel daarvan. De door het grondrecht geboden bescherming hangt niet per definitie af van het niveau van het persproduct of van de specifieke berichtgeving. Het Bundesverfassungsgericht herhaalt een recente overweging dat de politieke meningsvorming ingevlochten is in het communicatieproces als geheel, dat dan ook niet in relevante en irrelevante gedeelten is op te splitsen. Onderhoudende bijdragen spelen ook een rol in de meningsvorming en amusement dient de integratie en andere maatschappelijke functies.

Het berichten over personen vormt daarbij een belangrijk middel om aandacht te trekken voor problemen. Prominente personen staan voor bepaalde waarden en levenshoudingen, waar men het eigen leven mee kan vergelijken. Bij politici is een dergelijk belang van het publiek wegens de democratische

33 S. Bergmann, 'Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis', *Loyola ELR* 1999, 505.

34 Vgl. W. Schulz & U. Jürgens, 'Das Recht am eigenen Bild - Eine fallorientierte Einführung in Struktur und aktuelle Probleme des Bildnisschutzes', *JuS* 1999, 770 v.

35 BVerfG 25-8-2000, 1 BvR 2707/95 respectievelijk BVerfG 15-12-1999, 1 BvR

1082/95, www.bundesverfassungsgericht.de. Meer in het algemeen over reclame die gebruik maakt van afbeeldingen van prominente personen, V. Beuthien, 'Unerlaubte Werbung mit dem Abbild prominenter Personen', *A/P* 2001, 358 v.

36 BVerfG 15-12-1999, 1 BvR 653/96, www.bundesverfassungsgericht.de

controle en transparantie al sinds jaar en dag als legitiem erkend. Bij andere personen is ze echter eveneens moeilijk te ontkennen. Pas bij de afweging met tegengestelde persoonlijkheidsrechten komt het er vervolgens op aan, of er vragen die de openbaarheid (Öffentlichkeit) wezenlijk aangaan op serieuze wijze uiteengezet worden, of dat er privé-aangelegenheden belicht worden louter ter bevrediging van de nieuwsgierigheid.

Prinses Caroline is als een persoon met 'zeitgeschichtliche Bedeutung' te beschouwen. Het hanteren van het begrip 'absoluut bekend persoon' voor een persoon die als zodanig in de publieke belangstelling staat, stuit niet op grondwettelijke bezwaren zolang een afweging in het concrete geval niet achterwege blijft. De pers hoeft zich bij de berichtgeving over een persoon met 'zeitgeschichtliche Bedeutung' niet te beperken tot het publiceren van foto's van die persoon bij de uitoefening van zijn functies of in zijn bijzondere positie. Het recht op publicatie geldt in beginsel steeds wanneer deze persoon zich in de openbaarheid beweegt.

Wel heeft ook een absoluut bekend persoon recht op een privé-sfeer. Deze privé-sfeer hoeft niet tot de huiselijke sfeer beperkt te blijven. Het Bundesverfassungsgericht meent dat het meer algemene criterium van ruimtelijke (örtliche) afscherming recht doet aan het algemeen persoonlijkheidsrecht.³⁷ Iemand trekt zich immers op een bepaalde plaats terug om daar alleen te zijn, of gedraagt zich op een zodanige plaats anders dan in de openbaarheid. Foto's zullen in een dergelijk geval veelal door overrompeling of heimelijk gemaakt zijn, hoewel het Bundesverfassungsgericht uitdrukkelijk niet die eis wil stellen. De betrokken foto's, met uitzondering van de foto in het afgescheiden gedeelte van het buitencafé, zijn echter in de openbaarheid genomen, bij gewone dagelijkse bezigheden. De wens van prinses Caroline om bijvoorbeeld op bij het doen van inkopen op de markt met rust gelaten te worden is niet beslissend. Alleen die wens constitueert niet een privé-sfeer, die tegen het gewicht van de persvrijheid zou kunnen opwegen.

Voor de foto's waarop de prinses met haar kinderen is afgebeeld, hoeft niet simpelweg hetzelfde te gelden. Kinderen hebben recht op een grotere bescherming van de persoonlijkheid en de ontwikkeling daarvan. De ontwikkeling van de persoonlijkheid van een kind kan door de berichtgeving in de media gevoeliger verstoord worden dan die van volwassenen. Het bereik waarbinnen kinderen zich vrij van publieke blikken moeten voelen, is daarom ruimer. Het feit dat het kinderen van personen met 'zeitgeschichtliche' betekenis betreft, doet daar niet aan af. Het feit dat zij hun ouders in het openbaar vergezellen, maakt hen nog niet tot object van berichtgeving. Voor een schending van het persoonlijkheidsrecht is het niet nodig dat de opname op belastende wijze zijn gemaakt of het een kleinerende (herabsetzende) afbeelding betreft. Bovendien kan Artikel 6 GG waarin het recht op gezinsleven en opvoeding is vastgelegd mogelijkerwijs aanvullende bescherming bieden.³⁸

Een meer specifiek probleem is of de pers ook foto's van vrienden van bekende personen mag afdrukken.³⁹ Standaard recht was dat de pers in elk geval foto's mocht publiceren van personen die bekende persoonlijkheden in het openbaar vergezellen, voor zover zij staan afgebeeld in het gezelschap van de bekende persoonlijkheid. In een zaak aangespannen door een vriend van prinses Caroline gaat het Bundesverfassungs-

gericht een stap verder.⁴⁰ Bij een bericht over een uitstapje van een absoluut bekende persoon en vriend mogen ook foto's van de vriend alleen worden afgedrukt, en dat mag ook indien deze bij een andere gelegenheid zijn genomen. In de eerste plaats is het niet in strijd met de grondwet een dergelijke begeleider als relatief bekend persoon te beschouwen. En in de tweede plaats, zo merkt het Bundesverfassungsgericht op, hoeft de persoon niet opnieuw door fotografen lastig gevallen te worden indien bladen foto's publiceren die reeds hun bezit zijn.

Slechts op een punt krijgt de vriend van Caroline gelijk. Het speculatieve bericht dat hij samen met Caroline een reis naar Azië zou hebben gemaakt is onvoldoende aanleiding een foto te publiceren. Een gebeurtenis in de zin van paragraaf 23 KUG is niet het bericht in de pers, maar de gebeurtenis waarover de pers bericht. Waar publieksbladen verkeren in roddelpers, ontbeert de persvrijheid het nodige gewicht, zou men kunnen zeggen. Dan zijn de overwegingen over het belang van de publieksbladen, hun informatieve waarde en hun recht zelf de inhoud te bepalen niet meer heel relevant.

In al deze zaken staan persvrijheid en persoonlijkheidsrecht tegenover elkaar. Schriftelijke berichtgeving over personen kan echter tot vergelijkbare inbreuken op het persoonlijkheidsrecht leiden als de publicatie van portretten. Aard, gewicht en reikwijdte van het persoonlijkheidsrecht hangen niet af van de wijze waarop de inbreuk gemaakt wordt. Het is daarom niet verbazingwekkend dat dergelijke gevallen tot op zekere hoogte een zelfde afwegingskader kennen. In elk geval is de stelling dat 'Wortberichterstattung' over vergelijkbare thema's altijd eerder geoorloofd zou zijn dan 'Bildberichterstattung' onjuist.⁴¹ Ook tekst kan inbreuk maken op de privé-sfeer door te berichten over aangelegenheden die als privé te beschouwen zijn. Zo kan een bericht over de aankoop van een pull-over in een winkel met vermelding van maat, prijs en kredietkaartgebruik een grotere inbreuk opleveren dan een foto van het bezoek aan de winkel.⁴²

Zo kan ook het persoonlijkheidsrecht van - wederom - een vriend van prinses Caroline belangrijker zijn dan de persvrijheid, wanneer er schriftelijk verslag wordt gedaan van het kopen van een boeket bloemen. Dat is zeker het geval indien daarbij gemeld wordt, dat de vriend daarvoor een grote omweg moest maken en zijn huwelijk zich in een crisis bevindt.⁴³ Zo kan ook het persoonlijkheidsrecht van een kind van - jawel - prinses Caroline geschonden worden door het bericht dat hij nog geen vriendinnetje heeft. Voor de vermelding dat hij veel van voetbal houdt gold dat voor het Bundesverfassungsgericht overigens minder duidelijk.⁴⁴

Recht op resocialisatie

Personen die verdacht worden van of veroordeeld zijn wegens een misdrijf ontberen uiteraard niet het algemeen persoonlijkheidsrecht. Sterker nog, een specifiek onderdeel van het algemeen persoonlijkheidsrecht, het recht op resocialisatie, is in het bijzonder op de veroordeelde toegesneden. Een veroordeelde heeft na het uitzitten van zijn straf het recht om weer in de gemeenschap te worden opgenomen. Berichtgeving in de media is een van de wijzen waarop inbreuk op dat recht gemaakt kan worden.

37 Zie ook BVerfG 4-4-2000, 1 BvR 768/98, www.bundesverfassungsgericht.de; vgl. Frottscher 2001, 563.

38 Zie ook BVerfG 31-3-2000, 1 BvR 1454/97, www.bundesverfassungsgericht.de.

39 Schulz & Jürgens 1999, 772.

40 BVerfG 26-4-2001, 1 BvR 758/97, www.bundesverfassungsgericht.de.

41 BVerfG 13-4-2000, 1 BvR 150/98, www.bundesverfassungsgericht.de.

42 BVerfG 5-4-2000, 1 BvR 2479/97, www.bundesverfassungsgericht.de.

43 BVerfG 5-4-2000, 1 BvR 1213/97, www.bundesverfassungsgericht.de; vgl. ook BVerfG 4-4-2000, 1 BvR 1505/99, www.bundesverfassungsgericht.de.

44 BVerfG 31-3-2000, 1 BvR 1353/99, www.bundesverfassungsgericht.de.

Daar staat tegenover dat berichtgeving over ernstige misdrijven in een publieke behoefte voorziet en dergelijke misdrijven uiteraard tot het 'Bereich der Zeitgeschichte' behoren. Op grond daarvan is de heersende leer dat iemand die terechtstaat als verdachte van een ernstig misdrijf de publicatie van zijn foto niet kan verhinderen. Direct na de veroordeling geldt dat nog sterker. Een dergelijk persoon is te beschouwen als een relatief bekend persoon, die de publicatie van zijn afbeelding voor zover die verband houdt met de berichtgeving over die gebeurtenis zal moeten dulden. Naarmate het moment van vrijlating nadert, gaat het recht op resocialisatie zwaarder wegen en kan de afweging met de persvrijheid anders uitvallen. Dat is ook het geval indien de straf er al jaren opzit.

Een standaardarrest van het Bundesverfassungsgericht is sinds langere tijd het Lebach-arrest.⁴⁵ In 1969 overvielen drie mannen en munitiedepot van de Bundeswehr in Lebach. Vier soldaten kwamen bij deze overval om het leven. Twee daders werden tot levenslang veroordeeld en de derde als medeplichtige tot zes jaar gevangenisstraf. In de media werd uitgebreid over de gebeurtenis bericht, waarbij ook aandacht besteed werd aan de homoseksuele relaties tussen de daders. In 1972 wilde de ZDF een documentaire 'Der Soldatenmord von Lebach' uitzenden. De tot zes jaar veroordeelde dader zou niet lang daarna vrijkomen. Hij zag in de uitzending waarin hij met name genoemd zou worden en in het begin herkenbaar opgevoerd zou worden een aantasting van zijn persoonlijkheidsrecht. Lagere rechters achtten de omroepvrijheid zwaarder wegen, omdat de dader als relatief bekend persoon was te beschouwen. Het Bundesverfassungsgericht kwam bij de afweging van de grondrechten tot een ander oordeel. De uitzending dekte niet de actuele informatiebehoefte en zou de resocialisatie van de dader in gevaar kunnen brengen. Een dergelijk gevaar zou zich met name voordoen wanneer de dader bijna vrijgelaten wordt of al vrijgelaten is.

In de literatuur werd deze uitspraak verschillend uitgelegd. Het was onduidelijk in welke mate misdrijven uit het verleden nog belicht konden worden. In elk geval zorgde de uitspraak voor een zekere huiver bij de omroepen om er nog uitgebreid aandacht aan te besteden. Een tweede Lebach-arrest heeft decennia later de draagwijdte van de eerste uitspraak verhelderd. De omroep SAT 1 had een serie gepland gewijd aan misdrijven die geschiedenis maakten; in de eerste uitzending zou de 'Soldatenmord von Lebach' het onderwerp vormen. Het plannen en uitvoeren van de overval en het spoorwerk van de politie zouden centraal staan. De kijker zou geïnformeerd worden dat het programma op een werkelijke gebeurtenis was gebaseerd, maar de namen van de daders waren fictief en de echte daders werden evenmin in beeld getoond. Het programma had meer de aard van een boeiende detective.

Een van de hoofddaders die nog altijd vastzat, eiste bij de rechter een verbod van uitzending.⁴⁶ Nu deze dader op het punt stond vrijgelaten te worden, kende de lagere rechters de eis toe, daar de zaak weer in de publieke belangstelling zou komen te staan en identificatie vervolgens niet uitgesloten zou zijn. De omroep diende vervolgens een klacht bij het Bundesverfassungsgericht in. In zijn arrest benadrukt het Hof dat het algemeen persoonlijkheidsrecht beschermt tegen voorstellingen die de 'Wiedereingliederung' van daders in de maatschappij ernstig bemoeilijken. De dader kan er echter geen aanspraak op maken dat hij in de openbaarheid überhaupt niet meer met zijn daad geconfronteerd wordt.⁴⁷ De afwezigheid van identificatiemogelijkheden in de uitzending

zelf is dus een relevante omstandigheid. De kans op negatieve gevolgen voor de resocialisatie is in dat geval beduidend kleiner. De omroepvrijheid, in het bijzonder de vrijheid van de omroeporganisatie zelf de inhoud van de programma's te bepalen, weegt daarom in casu zwaarder dan het algemeen persoonlijkheidsrecht.⁴⁸

Het recht op resocialisatie speelt eveneens een rol bij het verbod voor de media om beeld- en geluidopnamen in de rechtszaal te maken. Rechtsens hebben we volgens het Bundesverfassungsgericht echter met een andere uitgangssituatie te maken.⁴⁹ Het Hof beschouwt dit verbod niet als een beperking van de ontvangstvrijheid, zoals vastgelegd in artikel 5 GG. Het recht op ontvangstvrijheid geeft niet een recht op openbaarheid. De rechtszaal is evenmin een openbare bron, waaruit burger en media in beginsel vrij mogen putten. Het Bundesverfassungsgericht beoordeelt de regeling dan ook niet als een beperking van de ontvangstvrijheid. Met de regeling voor toegang van de media bepaalt de wetgever de wijze waarop de bron openbaar wordt. Is deze wijze verder niet onrechtmatig, dan ligt in het verbod voor beeld- en geluidopnamen geen 'Grundrechtseingriff'.

Rechtsstatelijke en democratische beginselen eisen wel een zekere openbaarheid van rechtszittingen, maar er zijn bepaalde bezwaren tegen een onbeperkte openbaarheid. Het Bundesverfassungsgericht noemt hier het persoonlijkheidsrecht van de bij de zitting betrokkenen. De betekenis van het persoonlijkheidsrecht is juist tijdens een rechtszitting groter dan gewoonlijk, omdat de behoefte aan bescherming groter is nu de verdachte en de getuigen gedwongen aanwezig zijn en soms emotioneel bij de zaak betrokken zijn. Wanneer zij op beeld en geluidsband gefixeerd worden, is de inbreuk op het persoonlijkheidsrecht groter dan bij de meer vluchtige waarneming door de in de zaal aanwezigen. Eventueel kan daardoor ook een latere resocialisatie nadelig beïnvloed worden. Naast het algemeen persoonlijkheidsrecht noemt het Bundesverfassungsgericht het recht op een eerlijk proces, en de ongestoorde waarheids- en rechtsvinding. Toegang voor audiovisuele media kan het gedrag van de betrokkenen namelijk beïnvloeden; ze voelen zich aangevuurd of juist geremd.

De overwegingen van het Bundesverfassungsgericht lijken op het eerste gezicht in belangrijke mate toegesneden op het strafproces. De minderheidsopvatting van drie rechters stelt dan ook nadrukkelijk dat het voor de hand ligt onderscheid te maken tussen de verschillende soorten processen. Met name bij bestuursrechtelijke geschillen is er veel minder kans op substantiële inbreuken op het persoonlijkheidsrecht.

Afsluiting

De drie inbreuken, die we hebben onderzocht, lopen uiteraard in elkaar over. Het gebruik van portretten zijn we ook tegengekomen bij de behandeling van de eer en goede naam en bij het recht op resocialisatie. Redactionele tekst kan net als het plaatsen van foto's inbreuk maken op de privé-sfeer. Het recht op resocialisatie is in belangrijke mate een recht niet op ongunstige wijze in het openbaar voorgesteld te worden en raakt zo aan het recht op eer en goede naam. Door de constructie van een algemeen persoonlijkheidsrecht krijgen al deze inbreuken een zelfde achtergrond. Dat impliceert in de eerste plaats dat het te beschermen belang een grondwettelijke waarde heeft. De rechter zal het dus in het bijzondere geval

45 BVerfG 5-6-1973, E 35, 202.

46 Vgl. C. von Coelln, 'Lebach einmal anders - die Rundfunkfreiheit fördert ihr Recht', ZUM 2001, 478 v.

47 Vgl. Von Coelln 2001, 486.

48 BVerfG 25-11-1999, 1 BvR 348/98, www.bundesverfassungsgericht.de.

49 BVerfG 24-1-2001, 1 BvR 622/99, www.bundesverfassungsgericht.de.

moeten afwegen tegen de persvrijheid. Het voordeel van een overkoepelend recht is dat het afwegingskader steeds hetzelfde is.

Voor deze afweging zijn weinig strikte regels te geven, anders dan dat de persvrijheid in geval van een aantasting van de menselijke waardigheid moet wijken. Voor het overige staat de Duitse rechter afwijzend tegenover een meer categorische benadering. Wel is het zo dat hij in beginsel aanknoopt bij de relevante wettelijke norm. Bovendien zijn op grond van de jurisprudentie bepaalde factoren aan te wijzen die een rol van betekenis spelen: vormt de uitlating onderdeel van het publiek debat, is er sprake van een absoluut bekend persoon, staan de daders klaar om te resocialiseren. Steeds blijft echter een afweging in concreto geboden, zoals de opmerkingen van het Bundesverfassungsgericht over het gebruik van termen als 'absoluut bekend persoon' nog eens aangeven. Bij deze afweging in concreto is de laatste decennia het gewicht van de persvrijheid in het algemeen zekere niet kleiner geworden. Wel beschermt het algemeen persoonlijkheidsrecht uitdrukkelijk de privé-sfeer.

De nadruk op de afweging in concreto is in de literatuur wel bekritiseerd. Ze leidt tot casuïstisch getrokken grenzen en tot onzekerheid voor burger en voor persorgaan. Daar staat tegenover dat aard en wezen van de grondrechten volgens het Bundesverfassungsgericht tot een dergelijke afweging in concreto verplichten. Gaat de rechter daaraan voorbij, dan doet hij de grondrecht dragers in het individuele geval geen recht.

Laurens Dragstra, Wouter Hins, Lars Huisman en Gerard Schuijt
Met medewerking van: Remy Chavannes en Ot van Daalen

Rechtspraak

Van rechtspraak aangeduid met een  is bij het redactiesecretariaat schriftelijk een kopie te bestellen. Kosten: € 0,50 per pagina, met een minimum van € 7,- per bestelling. Faxtoeslag € 11,50. Prijzen zijn exclusief BTW.

Integraal in de Jurisprudentie bijlage: J

EHRM 28 juni 2001, Verein gegen Tierfabriken (VGT) vs. Zwitserland, nr. 3 m.nt. J.J.C. Kabel

Uitingsvrijheid · Ideële reclame · Artikel 10 EVRM · Horizontale werking
Zie voor aankondiging in *Mediaforum* 2001-11/12, p. 349

HvJEG 17 mei 2001, International Express Carriers Conference (IECC) vs. Commissie, NJ 2001, 684

Mededinging · Postmarkt · Remailing

Het verzoek van de IECC tot nietigverklaring van de beslissing van het Gerecht in eerste aanleg is afgewezen door het Hof. In 1988 verzocht de IECC de Commissie om mededingingsrechtelijke actie te ondernemen tegen prijsafspraken tussen postautoriteiten met betrekking tot grensoverschrijdende post. De Commissie besloot geen actie te ondernemen omdat de postautoriteiten onderhandelingen over kostengeoriënteerde prijsstelling binnenkort zouden afdonden. Het Gerecht bevestigde dit besluit van de Commissie.

HvJ EG 11 oktober 2001, Commissie vs. Nederland, www.curia.eu.int

Richtlijn 95/47/EG · Normen voor het uitzenden van tv-signalen · Niet tijdige omzetting

Het Hof van Justitie heeft op 11 oktober 2001 Nederland veroordeeld wegens een te trage implementatie van Richtlijn 95/47/EG inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen. De richtlijn werd op 24 oktober 1995 vastgesteld door het Europees Parlement en de Raad (*Pb* L 281, p. 51) en had uiterlijk negen maanden na de bekendmaking in het Publicatieblad op 23 november 1995 in nationaal recht moeten zijn omgezet. Op 26 juni 2000 diende de Europese Commissie een verzoekschrift in krachtens art. 226 EG-verdrag. Tegenover het Hof erkende de Nederlandse regering dat de omzetting vertraging had opgelopen maar zij voegde daaraan toe dat het desbetreffende wetsvoorstel binnenkort door het parlement zou worden aanvaard. Voor het Hof was dit gegeven echter niet relevant. De implementatie heeft inmiddels plaats gevonden bij wet van 8 november 2001, *Stb.* 559, die krachtens koninklijk besluit van 12 december 2001, *Stb.* 658, in werking is getreden op 1 januari 2002. Zie daarover hieronder bij Binnenland.

HvJEG 13 december 2001, Telefonica vs. Spanje, www.curia.eu.int (C-79/00)

Richtlijn 97/33/EG · Telecommunicatie · Interconnectieverplichtingen

Laten de artikelen 4, lid 2 en 9, lid 2 van richtlijn 97/33/EG aan Lidstaten de vrijheid een telecommunicatie-exploitant met een aanmerkelijke macht op de markt ex ante interconnectieverplichtingen op te leggen? Deze prejudiciële vraag stelde het Tribunal Supremo van Spanje aan het Hof na een verzoek van Telefonica tot nietigverklaring van Spaanse regelgeving die inter alia deze materie regelt. Het Hof is van mening dat deze artikelen toestaan dat ex ante exploitanten met een aanmerkelijke macht op de markt verplicht worden tot het aanbieden van interconnectie in de plaatselijke en de hogere schakelcentrales. Daarnaast kan deze exploitant worden verplicht andere exploitanten toegang tot het abonneenet te verlenen.

HR 29 mei 2001, Racistische spreker (strafzaak), NJ 2001, 694 m.nt. D.H. de Jong

Aanzetten tot haat · Bewijs · Geen openbaar karakter

Zie *Mediaforum* 2001-7/8, p. 233 en de bijdrage van M.M. Dolman in *Mediaforum* 2002-1, p. 15-18.

Hof Amsterdam 25 oktober 2001, Staat vs. Amstel Meer Land, nr. 4 m.nt. T.F.W. Overdijk

Domeinnaam · Overheidsinformatie · Misleiding · Verwarring

Hoger beroep van Pres. Rb. Amsterdam 3 augustus 2000 (zie *Mediaforum* 2000-9, p. 288). Het Hof vernietigt het vonnis van de President en wijst de overdracht van de door Amstel Meer Land geregistreerde domeinnamen zekamer.com en tweedekamer.com aan de Staat alsnog toe. De algemene bekendheid van de eigenaam 'tweede kamer' brengt namelijk mee dat bij gebruik van de aanduiding 'tweede kamer' in domeinnamen door anderen dan de Staat het reële gevaar bestaat dat het publiek in verwarring wordt gebracht of misleid omtrent de mogelijkheid van toegang tot officiële informatie van de Tweede Kamer of omtrent de herkomst van aan te treffen informatie. Amstel Meer Land heeft in dit kort geding niet aannemelijk gemaakt dat zij bij registratie van de domeinnamen dit verwarrings- of misleidingsgevaar heeft vermeden. Registratie onder het .com top level neemt dit gevaar in ieder geval niet weg nu dit suffix geen onderscheidend vermogen heeft en niet voldoende aannemelijk is dat het 'volstrekt ongebruikelijk' is dat overheidsinstellingen zich onder het .com domein presenteren. Het feit dat de directeur van Amstel Meer Land de domeinnamen naar eigen zeggen gebruikt voor een politieke (amateur) website, waarop staat aangegeven dat de site niet afkomstig is van de overheid en waarop ook links naar officiële overheidswebsites zijn aangebracht neemt het gevaar voor verwarring of misleiding

niet weg, omdat dit risico reeds wordt geschapen door de in hoofdzaak identieke domeinnaam als adres dat toegang verschaft tot een website.

Hof Amsterdam 15 november 2001, IJff vs. Staat en NS Railinfrabeheer, *domjur.nl* 2001-116

Domeinnaam · Overheidsinformatie · Geen misleiding of verwarring

Geïntimeerden treden in het kader van hun samenwerking in verband met de aanleg van een spoorwegverbinding, De Betuweroute, gezamenlijk naar buiten onder de aanduiding Projectorganisatie Betuwe en/of Betuweroute. Zij gebruiken de aanduiding Betuweroute ook als domeinnaam. IJff heeft de aanduiding Projectorganisatie Betuweroute als handelsnaam geregistreerd en als merk gedeponeerd. Hij gebruikt de domeinnaam betuwe-route.nl. NS Railinfrabeheer heeft later de aanduiding Projectorganisatie Betuweroute als merk gedeponeerd. De President heeft de vordering van geïntimeerden, het gebruik van de domeinnaam te staken, toegewezen (zie *Mediaforum* 2001-5, p. 162). Hij oordeelde dat IJff onrechtmatig jegens de Staat en de NS heeft gehandeld en dat hij geen rechten kan ontlenen aan het merkepot wegens kwade trouw. Het Hof vernietigt het vonnis van de President ten dele. Met betrekking tot de aanduiding Projectorganisatie Betuweroute overweegt het Hof dat aannemelijk is dat identiek gebruik van de aanduiding door IJff verwarring kan veroorzaken. Dit gebruik is onrechtmatig jegens NS Railinfrabeheer en de Staat. Een verbod op het gebruik van de domeinnaam betuwe-route.nl wordt echter niet toegewezen nu deze aanduiding beschrijvend van aard is en ook voor andere doeleinden (in domeinnamen) wordt gebruikt. Nu het de internetgebruiker, eenmaal bij de website van IJff aangekomen, direct duidelijk werd gemaakt dat het daar ging om informatie die niet afkomstig was van de overheid, maar van critici van de Betuweroute, valt niet in te zien dat het gebruik van de domeinnaam misleidend was of verwarring schiep en jegens geïntimeerden of één van hen onrechtmatig was. Het Hof weigert alsnog de gevraagde voorzieningen.

Hof Arnhem 13 november 2001, KPN vs. Denda, nr. 5 m.nt. D.J.G. Visser

Domeinnaam · Overeenkomst · Overdracht

KPN is houdster van verschillende Benelux-registraties en depots met betrekking tot het merk Telefoongids. Zij biedt een aantal jaren haar telefoongids ook aan op internet onder de domeinnaam detelefoongids.nl. Denda heeft de domeinnaam telefoongids.nl laten registreren. Partijen hebben een overeenkomst inzake licentiëring van bestanden gesloten op grond waarvan Denda de databestanden met telefoongegevens aangeleverd krijgt en de gegevens mag gebruiken onder de overeengekomen voorwaarden. De President heeft geoordeeld dat KPN geen merkenrechtelijke aanspraak heeft op het

woord Telefoongids (zie Mediaforum 2001-10, p. 303). Het woord dient te worden aange-merkt als een generieke omschrijving van het betreffende product en het moet anderen vrijstaan dezelfde of soortgelijke producten met dat woord aan te duiden. Het Hof vernietigt het vonnis van de President. Het Hof oordeelt dat Denda artikel 4.1. van de licentieovereenkomst heeft geschonden, dat luidt: 'De Licentienemer krijgt uitdrukkelijk niet het recht enig merk, enige naam of aanduiding van KPN te gebruiken, en zal zich van zodanig gebruik onthouden. (...)'. Een redelijke uitleg van deze bepaling brengt mee dat het niet is toegestaan om een naam of aanduiding te gebruiken die vrijwel identiek is aan enige naam of aanduiding van KPN. De door Denda geregistreerde domeinnaam is vrijwel identiek aan de domeinnaam detelefoongids.nl van KPN. Over de onderhavige artikelen is specifiek gecorrespondeerd tussen beide partijen, zo vervolt het Hof, zodat voorschans ervan mag worden uitgegaan dat de duidelijk omschreven verplichtingen door Denda bewust zijn geaccepteerd. De vorderingen van KPN om Denda te bevelen het gebruik van de domeinnaam te staken en de domeinnaam over te dragen, worden toegewezen.

Hof Den Haag 22 november 2001, Stichting Innovatiecentrum voor uitvindingen ID-NL vs. Hovius, rechtspraak.nl (LJN-nr. AD 6040)

Domeinnaam · Merkrecht · Geldige reden · Belangenafweging

De Stichting houdt zich bezig met het adviseren en begeleiden van natuurlijke personen en ondernemingen bij het ontwikkelen en commercialiseren van nieuwe producten en technologieën. Zij is rechthebbende op het merk ID-NL en heeft de domeinnamen id-nl.nl en id-nl.com laten registreren. Hovius heeft de domeinnaam idnl.nl laten registreren waaronder zij diensten aanbiedt met betrekking tot het internet, zoals het registreren van domeinnamen en het inrichten en hosten van internetdomeinen. De Stichting heeft onder andere gevorderd Hovius te gebieden om het gebruik van de domeinnaam te staken en gestaakt te houden en de domeinnaam over te dragen. De President heeft de vorderingen afgewezen, omdat de Benelux Merkenwet en Handelsnaamwet niet van toepassing zijn nu de Stichting geen onderneming is. Het Hof bekrachtigt het vonnis, zij het op andere gronden. Het Hof overweegt dat de Stichting wel een onderneming is in de zin van genoemde wetten. Het Hof oordeelt echter dat er geen sprake is van merkinbreuk op grond van art. 13A lid 1, sub d BW, want Hovius heeft een geldige reden voor het gebruik van de domeinnaam. Aanmerkelijk is gemaakt dat de afkorting IDNL door het publiek direct wordt geassocieerd met de SIDN (de afkorting IDNL werd tot enige tijd geleden gebruikt door de SIDN). Door de bekendheid bij het relevante publiek van IDNL als begrip in het kader van (registratie van) domeinnamen, zullen (potentiële) klanten van Hovius regelmatig de domeinnaam idnl.nl intikken en zo kennis nemen van de website van Hovius. Voorts oordeelt het Hof dat er geen sprake is van afbreuk of ongerechtvaardigd voordeel, onder meer omdat bij domeinnamen het al dan niet aanwezig zijn van een streepje tussen de letters een belangrijk verschil is. Het Hof overweegt vervolgens dat Hovius niet onrechtmatig handelt jegens de Stichting.

Hovius heeft een gerechtvaardigd belang bij het gebruik van de domeinnaam. Het belang van de Stichting is niet om te voorkomen dat Hovius door het gebruik van deze domeinnaam de Stichting (oneerlijke) concurrentie aandoet, nu partijen niet met elkaar concurreren. De Stichting is bereikbaar op het internet (id-nl.nl en id-nl.com) en staat bij het publiek bekend als ID-NL en niet als IDNL. De Stichting heeft derhalve geen gerechtvaardigd belang bij het verkrijgen van de domeinnaam idnl.nl. Het Hof wijst de vorderingen af.

Rb. Den Haag 1 augustus 2001, Varkens K.I. Noord Brabant vs. Staat der Nederlanden, NJ 2001, 700

Art. 71 Grondwet · Uitlatingen minister Zie Mediaforum 2001-9, p. 264

Rb. Den Haag 19 december 2001, Sena vs. Digi Music ☒

Naburige rechten · Billijke vergoeding · Bewijslastverdeling · 'Rome-muziek'

Digi Music biedt aan haar afnemers een non-stop muziekprogramma aan, dat gecodeerd via een satellietverbinding wordt doorgegeven. Haar afnemers, met name kabelexploitanten en kabelkrantomroepen, krijgen een decoder zodat zij het muziekprogramma kunnen uitzenden bij hun testbeeld of kabelkrant. SENA (Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten) is de instantie die uitsluitend belast is met het innen van de billijke vergoedingen die moeten worden betaald voor onder andere het uitzenden van fonogrammen waarvan de producent onderdaan is van een staat die is aangesloten bij het Verdrag van Rome 1961. Partijen zijn het niet eens of Digi Music 'openbaar maakt' en mitsdien een billijke vergoeding is verschuldigd aan Sena en, zo ja, hoe hoog deze vergoeding moet zijn. De rechtbank stelt vast dat het begrip openbaar maken in deze situatie een kwestie van gemeenschapsrecht is (satellietrichtlijn), maar dat geen vragen van uitleg hoeven te worden gesteld aan het Europees Hof van Justitie. Het gaat om de vraag of is voldaan aan het vereiste dat er sprake is van een mededeling aan het publiek. Volgens de rechtbank moeten tot het communautaire begrip 'publiek' worden gerekend 'alle personen, die toegang hebben tot een uitvoering of opname' met uitzondering (wellicht) van die personen die tot een besloten kring behoren en voor toegang tot deze kring niet hoeven te betalen. De rechtbank leidt hieruit af dat Digi Music openbaar maakt en een billijke vergoeding verschuldigd is aan Sena voor muziek uit Rome-landen (niet: Verenigde Staten). De rechtbank oordeelt dat het bewijs hoe groot het percentage Rome-muziek is op Sena rust. De rechtbank gaat uitgebreid in op de uiteindelijke berekening van de door Digi Music te betalen vergoeding en komt uit op een percentage van 2,5% van de bruto-inkomsten die Digi Music heeft ontvangen uit hoofde van de beschikbaarstelling van muziekprogramma's via gecodeerde signalen.

Rb Den Haag 19 december 2001, Sena vs. Nederlandse Kabelkrant Pers ☒

Naburige rechten · Billijke vergoeding · Bewijslastverdeling · 'Rome-muziek'

In deze zaak staat de vraag centraal hoe hoog

de billijke vergoeding is die door de Nederlandse Kabelkrant Pers (NKP) aan Sena moet worden betaald voor het uitzenden door haar leden van Rome-muziek (zie hierboven Rb. Den Haag 19 december 2001). De door de leden van de NKP uitgezonden achtergrondmuziek bij hun kabelkranten wordt deels van Digi Music betrokken en bestaat deels uit het opzetten van eigen CD's en het aanzetten van de radio. Partijen zijn het er over eens dat de grondslag waarop het percentage moet worden toegepast moet zijn 'reclame-omzet minus verwervings- en productiekosten'. Het uitgangspunt van 1,125% komt de rechtbank billijk voor nu beide partijen het hier over eens zijn. Verschil van mening bestaat ten aanzien van het percentage dat hiervan moet worden afgetrokken ter zake van verwervings- en productiekosten, alsmede een eventuele correctie voor het minder uitzenden van Rome-muziek dan de algemene ervaringsregel van Sena dat 75-80% van uitgezonden muziek uit Rome-muziek bestaat. De rechtbank oordeelt dat aftrek van verwervings- en productiekosten ertoe leidt dat een basistarief moet worden gehanteerd van 0,44%. Het is aan Sena om te bewijzen dat de leden van de NKP inderdaad 75-80% Rome-muziek uitzenden. Zij is in dit bewijs niet geslaagd en de rechtbank gaat ervan uit dat dit percentage lager ligt nu veel muziek van Digi Music wordt betrokken en de rechtbank uit de procedure tussen Sena en Digi Music weet dat Digi Music (veel) minder Rome-muziek levert. Na deze 'Rome-correctie' oordeelt de rechtbank dat de billijke vergoeding moet worden berekend naar rato van 0,28% van het totaal van aan derden netto gefactureerde bedragen, als tegenprestatie voor reclame-uitingen.

Rb. Rotterdam 15 oktober 2001, Achterhoek Media Groep vs. Staatssecretaris V&W, www.rechtspraak.nl, LJN-nr. AD7188

Artikel 16.1 Telecommunicatiewet · Retributies voor zendmachtigingen en toezicht · Onderscheid publieke en commerciële omroepen

Achterhoek Media Groep, een lokale commerciële omroep, is in beroep gekomen tegen de vergoedingen die zij moet betalen voor het verlenen van machtigingen in 1998 en het toezicht tot en met 2000. Eiseres meent dat de ministeriële regelingen inzake de hoogte van de vergoeding onredelijk zijn. De rechtbank overweegt dat retributieve vergoedingen uitsluitend betrekking mogen hebben op diensten ten aanzien waarvan dat bij of krachtens de wet uitdrukkelijk is bepaald, dat zij de werkelijke kosten niet mogen overschrijden en dat – ook overigens – het door de wet vereiste verband tussen de vergoeding en de dienst in voldoende mate aanwezig moet zijn (vgl. CBB 14 oktober 1998, AB 1999, nr. 275). Met inachtneming van deze begrenzingen mag de opsteller van de desbetreffende algemeen verbindende voorschriften, op basis van een adequaat kostencalculatiemodel, in beginsel voor de vaststelling van de vergoedingsmaatstaf kiezen voor een – in overwegende mate – forfaitair stelsel, waarin verschillende categorieën worden onderscheiden en waarin in zoverre wordt geabstraheerd van de individuele betrokkene. Toetssteen is of al dan niet sprake is van een onredelijke of willekeurige vergoedingsmaatstaf. De rechtbank concludeert dat de ministeriële regelingen in kwestie aanvaardbaar zijn. De verschillende

behandeling van publieke en commerciële omroepen is gerechtvaardigd door feitelijke verschillen. Beroep verworpen.

Rb. Rotterdam 19 december 2001, TNT Post Groep en PTT Post vs. OPTA, www.rechtspraak.nl (LJN-nr. AD7524)

Artikel 2b Postwet · Omvang postmonopolie · Vervoer in eigen beheer

De gemeente Oss laat haar eigen brieven bezorgen door medewerkers die in dienst zijn van de IBN-groep. De IBN-groep is een openbaar lichaam als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen, met als hoofddoel de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening (WSW). In 1999 oordeelde OPTA dat dit in strijd was met de toenmalige Postwet, omdat de gemeente zo het wettelijk monopolie van de TNT Post ontdukte. Zij legde aan de gemeente een last onder dwangsom op. Een bezwaarschrift van de gemeente Oss werd ongegrond verklaard, maar op 7 december 1999 (AB 2000, nr. 374) vernietigde de Rotterdamse rechtbank het besluit op bezwaar met de opdracht een nieuw besluit te nemen. Bij besluit van 29 juni 2000 verklaarde OPTA het bezwaar alsnog gegrond. Tegen dit besluit stelde TNT Post op haar beurt beroep in bij de rechtbank te Rotterdam. De rechtbank beoordeelt het geschil aan de hand van de Postwet zoals deze met ingang van 1 juni 2000 luidt. Volgens de rechtbank komt de reikwijdte van het vervoersverbod in artikel 2b van de huidige Postwet geheel overeen met dat van artikel 12 van de oude Postwet, afgezien van de striktere gewichts- en tariefgrenzen. Er is dus geen grond om aan te nemen dat de wetgever heeft beoogd vervoer in eigen beheer alsnog onder het vervoersverbod te brengen. De medewerkers van de IBN-groep zijn gedetacheerd bij de gemeente en staan op één lijn met uitzendkrachten. Er is daarom sprake van vervoer in eigen beheer. Beroep van TNT Post verworpen.

Rb. Rotterdam 27 december 2001, KPN en KPN Mobile vs. OPTA, www.rechtspraak.nl (LJN-nr. AD7658)

Artikel 16.1 Telecommunicatiewet · Retributie voor toezicht op aanmerkelijke marktmacht · Profijtbeginnsel

OPTA heeft KPN over het jaar 1999 een bedrag van f 979.000,- in rekening gebracht voor het uitvoeren van toezicht. Dit toezicht had betrekking op de naleving van verplichtingen voortvloeiend uit de aanwijzing van KPN als partij met aanmerkelijke marktmacht. OPTA heeft de ministeriële regeling waarin de hoogte van de vergoedingen is voorgeschreven, op zichzelf correct toegepast. KPN betwist echter de geldigheid van deze regeling. Op grond van de wetsgeschiedenis van art. 16.1 Tw en het daarop gebaseerde Besluit vergoedingen Tw overweegt de rechtbank dat het profijtbeginnsel uitgangspunt moet zijn. De vraag is of het doorberekenen van alle kosten van het toezicht aan de partij met aanmerkelijke marktmacht zich verdraagt met dit profijtbeginnsel. Volgens de rechtbank is dat niet het geval. Hoewel niet kan worden ontkend dat ook de aangewezen partij tot op zekere hoogte – mede – profiteert van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt, is daarin in elk geval geen grond gelegen om alle kosten op haar af te wentelen. Mede gelet op

het feit dat eiseressen niet hebben gevraagd om een aanwijzing als partij met aanmerkelijke marktmacht, kan ook niet worden gezegd dat eiseressen de veroorzakers van de toezichtskosten zijn. Een ministeriële regeling die voorschrijft dat slechts een gedeelte van de kosten wordt doorberekend, zou wel toelaatbaar zijn. Beroep gegrond.

Rb. Rotterdam 27 december 2001, TeleDiscount vs. OPTA, www.rechtspraak.nl (LJN-nr. AD7657)

Artikel 16.1 Telecommunicatiewet · Retributie voor toezicht op gebruik van nummers · Profijtbeginnsel

OPTA heeft medio 1999 een aantal nummers toegekend aan TeleDiscount. Daarbij heeft OPTA op grond van een ministeriële regeling een bedrag van ongeveer f 10.000,- in rekening gebracht voor nummertoezicht in het gehele jaar 1999. TeleDiscount maakt hiertegen bezwaar. Zij voert aan dat de nummers in juli en augustus werden toegekend, zodat in de eerste helft van het jaar geen toezicht op haar werd uitgeoefend. Niet in geschil is dat OPTA de ministeriële regeling op zichzelf correct heeft toegepast. TeleDiscount betwist echter de geldigheid van deze regeling en vindt gehoor bij de rechtbank. De rechtbank wijst op vaste jurisprudentie, op grond waarvan een retributie zich dient te richten naar het werkelijke gebruik dat de contribuabele maakt van de desbetreffende werkzaamheden of diensten van de overheid. Nu de ministeriële regeling zich verzet tegen een heffing naar tijdsevenredigheid, is zij in strijd met artikel 16.1 Tw. De regeling is onverbindend en het besluit van OPTA onrechtmatig. Beroep gegrond.

Rb. Rotterdam 7 januari 2002, Versatel International vs. OPTA, www.rechtspraak.nl (LJN-nr. AD7867)

Artikel 1:2, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht · Artikel 6.4 Telecommunicatiewet · Kring van belanghebbenden

Wie kunnen als derde-belanghebbende gelden bij een besluit van OPTA om een telecommunicatie-onderneming al dan niet aan te wijzen als partij met een aanmerkelijke marktmacht? Door een aanwijzing op grond van artikel 6.4, eerste of tweede lid, Tw gaan voor de aangewezen partij allerlei extra verplichtingen op het gebied van interconnectie gelden. Versatel had bezwaar en vervolgens beroep ingesteld tegen een vermeend besluit van OPTA om KPN niet aan te wijzen op grond van art. 6.4, tweede lid, Tw. Volgens de rechtbank was in casu geen sprake van een 'besluit', zodat het bezwaar van Versatel reeds op die grond niet-ontvankelijk moest worden verklaard. In een overweging ten overvloede gaat de rechtbank in op de vraag hoe de situatie zou zijn wanneer de OPTA wel een besluit had genomen. De rechtbank overweegt dat behalve de geadresseerde van het besluit ook als belanghebbenden kunnen gelden: 'marktpartijen die in een concurrentiële of anderszins rechtens relevante relatie staan tot de gereuleerde of te reguleren marktpartij en op welke (rechts)positie het betrokken besluit in voldoende mate rechtstreeks van invloed is'. Volgens de rechtbank gaat het dan om een marktpartij die 'met de betrokken andere marktpartij een of meer overeenkomsten van interconnectie en/of bijzondere toegang heeft gesloten dan wel aannemelijk heeft gemaakt

voornemens te zijn binnen afzienbare tijd een dergelijke overeenkomst te willen sluiten'. De kring van belanghebbenden is daarmee ruimer getrokken dan KPN lief zal zijn.

Pres. Rb. Alkmaar 8 november 2001, SAS Institute vs. Arien Jan Sas, domjur.nl 2001-119

Domeinnaam · Handelsnaam

Eiseres voert sinds 1985 de handelsnaam Sas Institute en is op het internet te bereiken op een pagina van de website van haar moederbedrijf (onder de domeinnaam sas.com). Gedaagde heeft de domeinnaam sas.nl geregistreerd en hieraan een zogenaamde startpagina gekoppeld. De President oordeelt dat eiseres het woord 'Sas' niet gebruikt als handelsnaam (maar uitsluitend Sas Institute). Tussen de handelsnamen van beide partijen (gedaagde gebruikt de naam 'Sas' wel als handelsnaam) is geen verwarring te duchten, zodat de gevorderde overdracht van de domeinnaam sas.nl wordt afgewezen.

Pres. Rb. Amsterdam 19 november 2001, Van E. & Van E. vs. SBS & Frequin, nr. 6 m.nt. G.A.I. Schuijt

Uitzendverbod · Omvang toestemming · Vrijheid van nieuwsgaring

Van E. wordt verdacht van meervoudige moord en is ter zake in november 2001 in voorlopige hechtenis genomen. Van E. werd eerder veroordeeld. In 1994 heeft Van E. meegewerkt aan een gefilmd portret in het kader van een serie over plegers van levensdelicten, gemaakt door Willibrord Frequin en uit te zenden door RTL4. SBS is voornemens delen uit het gemaakte portret thans uit te zenden. Van E. en zijn ex-echtgenote beroepen zich op de in 1994 gemaakte overeenkomst, dat na uitzending geen verder gebruik zou worden gemaakt van het filmmateriaal en dat de banden zouden worden afgestaan aan de familie Van E. Frequin heeft in 1994 een kopie voor eigen gebruik behouden. Dit achterhouden van een kopie is een zodanige schending van het gegeven vertrouwen dat het onrechtmatig is geens eisers. De kopie en al het verdere materiaal moeten worden teruggegeven aan eisers. De filmbanden mogen niet ter beschikking van SBS worden gesteld en SBS mag deze niet uitzenden. Het door de ex-echtgenote gevraagde contactverbod, op te leggen aan Frequin, wordt met het oog op de vrijheid van nieuwsgaring te vergaand beschouwd. Frequin mag echter geen televisieopnamen van haar maken.

Pres. Rb. Amsterdam 29 november 2001, Kazaa vs. Buma/Stemra, rechtspraak.nl (LJN-nr. AD 6395)

Internet · Auteursrecht · Peer-to-peer technologie

KaZaA biedt via haar website software aan waarmee individuele gebruikers verschillende soorten bestanden (waaronder muziekbestanden) kunnen uitwisselen via het internet. Zij heeft met Buma/Stemra overlegd over een mogelijke licentie voor het muziekgebruik van de gebruikers van haar software. Na ruim een jaar te hebben onderhandeld heeft Buma/Stemra te kennen gegeven deze onderhandelingen om een aantal redenen te beëindigen. KaZaA vordert nu dat Buma/Stemra wordt verplicht verder te onderhandelen. In reconventie vordert Buma/Stemra KaZaA te bevelen maatregelen

te nemen zodat niet langer met behulp van haar software inbreuk wordt gemaakt op het Buma/Stemra repertoire. Beide vorderingen worden toegewezen. In conventie oordeelt de President dat partijen in een vergaand stadium van onderhandelingen verkeerden en een licentieovereenkomst bijna definitief was. Buma/Stemra moet binnen twee dagen na het vonnis de onderhandelingen voortzetten. In reconventie oordeelt de President dat KaZaA door zonder licentie haar gebruikers in de gelegenheid te stellen muziekbestanden door middel van haar computerprogramma te downloaden in strijd met het auteursrecht handelt. Nu KaZaA zelf contact heeft opgenomen met de Buma/Stemra teneinde een licentie te verkrijgen kan zij zich niet op het standpunt stellen dat zij zelf (anders dan de individuele gebruikers) niet verveelvoudigt in de zin van de Auteurswet. KaZaA wordt bevolen ervoor te zorgen dat binnen 14 dagen na het vonnis geen inbreuk meer wordt gemaakt op het Buma/Stemra repertoire met behulp van haar computerprogramma.

Pres. Rb. Amsterdam 6 december 2001, HMG vs. Endemol

TV-programma · Productieopdracht · Executiegeschied

Tussen partijen is door de Pres. Rb. Amsterdam op 24 augustus 2001 vonnis gewezen, waarbij het HMG werd verboden het programma Sunday United uit te zenden op grond van een contractuele bepaling en het auteursrecht op het programma Sport aan tafel (zie *Mediaforum* 2001-11/12, nr. 43 m.nt. J. Haack). HMG heeft daarna het format en de productieopdracht voor Sunday United gewijzigd. In deze zaak vordert HMG dat het Endemol wordt verboden het eerdere vonnis te executeren ten aanzien van de programma's volgens de nieuwe opzet ('Sunday United II'). Aangezien Endemol zich ten aanzien van Sunday United II niet op het auteursrecht beroept spijt de zaak zich toe op de vraag of aan Sunday United II dezelfde productieopdracht ten grondslag heeft gelegen als aan Sport aan tafel. Dit is niet het geval nu uit de door de President bekeken videobanden van beide programma's volgt dat Sunday United II wezenlijk verschilt van Sport aan tafel. De vordering wordt daarom toegewezen.

Vzr. Rb. Amsterdam 10 januari 2002, Koeman vs. Weekend, *rechtspraak.nl* (LJN-nr. AD8052)

Privacy · Rectificatie · Public figure

Publicatie dat bekende voetbaltrainer een minnares zou hebben is onrechtmatig. Ook als public figure hoeft eiser geen berichtgeving te dulden die gebaseerd is op onvoldoende aannemelijk gemaakte feiten, met name niet als die betrekking hebben op onderwerpen, die in zeer sterke mate betrekking hebben op de privésfeer van eiser en daarom een tot op zekere hoogte zorgvuldige behandeling vergen. Rectificatie bevolen. Voor een veroordeling van Weekend zich te onthouden van iedere verdere publicatie over dit onderwerp is geen plaats, aangezien een dergelijk – in wezen preventief – publicatieverbod in de gegeven omstandigheden te zeer ingrijpt in de persvrijheid van Weekend.

Pres. Rb. Breda 8 november 2001, Interpolis vs. Duine, *KG* 2001, 291

Misleidende vergelijkende reclame

Schadeverzekeraar Interpolis heeft een verzekeringsproduct afgestemd op agrariërs. Vanaf 2 februari 2001 verhoogt hij de premies met 4,5%. Assurantietussenpersoon Duine verspreidt in zijn omgeving een advertentie waarin Topland verzekeringen worden aangeprezen en deze worden geplaatst in contrast met de premieverhoging bij Interpolis. De president is van mening dat, omdat de advertentie geen onwaarheden bevat en daarnaast agrariërs deskundig moeten worden geacht op het gebied van de agrarische verzekeringen, geen sprake is van misleidende vergelijkende reclame. De woorden 'forse verhoging' en 'hakt er fors in' zijn binnen de context niet aan te merken als nodeloos denigrerend.

Pres. Rb. Den Bosch 22 november 2001, Infotheek Groep vs. Sikking, *domjur.nl* 2001-115

Domeinnaam · Merkrecht · Handelsnaam

Eiseres voert de handelsnaam Infotheek en heeft het merk Infotheek gedeponeerd. Sikking heeft een softwareprogramma ontwikkeld dat de naam Infotheek draagt en heeft de domeinnaam infotheek.com laten registreren. Eiseres vordert een verbod ten aanzien van elk gebruik van het begrip Infotheek. De President leidt uit het grote aantal 'hits' in een zoekmachine op internet af dat het woord infotheek een dermate algemeen gebruikelijk en gebezigd woord is geworden, dat waarschijnlijk gesproken kan worden van een soortnaam. De naam infotheek heeft in belangrijke mate aan onderscheidende kracht ingeboet. Het belang van eiseres moet derhalve wijken voor dat van die ondernemers die dat woord willen gebruiken. Sikking heeft een belang bij het gebruik van het teken infotheek, aangezien de door hem ontwikkelde software een direct hulpmiddel is om de infotheek te realiseren. Voorts geen strijd met art. 5 Handelsnaamwet. Sikking voert de handelsnaam Infotheek niet, zijn product heeft deze naam. Aan de stelling van eiseres dat Sikking meelift op de naam van de Infotheek Groep gaat de President eveneens voorbij, wegens het beschrijvende karakter en veelvuldig voorkomen in het taalgebruik van het woord infotheek. De vorderingen worden afgewezen.

Pres. Rb. Den Bosch 22 november 2001, X vs. Y en Z, *rechtspraak.nl* (LJN-nr. AD 6118)

Internet · Gebruik naam · Geen beïnvloeding zoekmachines uit rancune

Eiseres houdt hobbymatig een kennel onder de naam Liberty Spirits welke kennelnaam als zodanig is geregistreerd bij de Raad van Beheer op Kynologisch Gebied in Nederland. Zij heeft enige tijd bij gedaagden gewoond en gebruik gemaakt van hun internetabonnement teneinde publiciteit voor haar kennel te verkrijgen. Zij heeft de domeinnaam liberty-spirits.com laten registreren. Nadat eiseres het huis van gedaagden heeft verlaten, hebben gedaagden de naam van eiseres op het internet eveneens ten behoeve van activiteiten met honden gebruikt. De vordering tot staking van gebruik van de naam van eiseres wordt afgewezen (de registratie van de naam bij de Raad van Beheer dan wel de domeinnaam verschaft geen subjectief recht). Voorts had eiseres nog aangevoerd dat gedaagden uit rancune hebben getracht haar te benadelen

door middel van het gebruik van 'haar' naam op internet en in advertenties en dat gedaagden ervoor zorgen dat zoekmachines niet meer naar de website van eiseres verwijzen. De President oordeelt dat niet aannemelijk is dat gedaagden uit rancune handelen. De techniek lijkt eraan in de weg te staan dat gedaagden zoekmachines zodanig hebben beïnvloed dat deze niet naar eiseres' website verwijzen.

Pres. Rb. Rotterdam 8 november 2001, Andriessse vs. Unilever, *domjur.nl* 2001-118

Domeinnaam · Merkrecht

Eiser heeft in 1999 het merk 'Aqua Style' gedeponeerd voor onder andere cosmetica, maar maakt nog geen gebruik van het merk. Unilever brengt sinds begin 2001 producten op de markt onder de naam Andrélon AQUA Styling (al dan niet met toevoeging van gel of gelspray) en heeft de domeinnaam aquastyling.nl geregistreerd. De President toetst het voor merkinbreuk vereiste verwarringsgevaar in abstracto nu eiser nog geen producten op de markt brengt. Er is slechts sprake van auditieve overeenstemming tussen 'Andrélon AQUA Styling' en 'Aqua Style' en niet van visuele of begripsmatige overeenstemming zodat de President geen verwarringsgevaar aanwezig acht. Ten aanzien van de domeinnaam aquastyling.nl oordeelt de President dat het verbod niet op grond van art. 13A lid 1 sub d kan worden toegewezen, nu niet is gesteld of gebleken dat Unilever door het gebruik hiervan ongerechtvaardigd voordeel trekt uit of afbreuk doet aan de reputatie van het merk van Andriessse.

Pres. Rb. Rotterdam 18 december 2001, Gambrink vs. DAC, *domjur.nl* 2001-120

Domeinnaam · Handelsnaam · Belangenafweging

Gambrink exploiteert een uitgaansgelegenheid in Rotterdam onder de handelsnaam Gay Palace. Zij heeft eveneens de domeinnaam gay-palace.nl geregistreerd. DAC levert diverse internetdiensten als internetprovider en heeft de domeinnaam gappalace.nl geregistreerd, maar momenteel niet in gebruik. De gevorderde overdracht van deze domeinnaam wordt afgewezen nu niet aannemelijk is dat er verwarringsgevaar in de zin van de Handelsnaamwet is te duchten. Eveneens is er geen sprake van een onrechtmatige daad van DAC nu deze de domeinnaam niet heeft geregistreerd om Gambrink de mogelijkheid te ontnemen deze domeinnaam te registreren of om haar schade toe te brengen. Een belangenafweging kan eveneens niet in het voordeel van Gambrink uitvallen. Gambrink bezit immers reeds de domeinnaam gay-palace.nl, welke domeinnaam meer lijkt op haar handelsnaam (Gay Palace, met spatie) dan gappalace.nl.

CBB 5 december 2001, NMA vs. Wegener, *rechtspraak.nl* (LJN-nr. AD6693)

Persfusie · Relevante markt · Art. 7 Grondwet

Hoger beroep tegen beslissing Rb. Rotterdam 20 september 2000 (*Mediaforum* 2001-1, nr. 4 m.nt. K.J.M. Mortelmans en F. Leeflang), waarin het beroep van Wegener gegrond werd verklaard tegen de beperkende voorwaarden waaronder door NMA vergunning werd verleend voor de overname

van een groot aantal dagbladen en huis-aan-huisbladen van VNU. Die voorwaarden betroffen de verkoop van de Arnhemse Courant en het Gelders Dagblad door Wegener en de waarborging van het voortbestaan van onderlinge onafhankelijkheid van de Provinciale Zeeuwse Courant en Brabants Nieuwsblad/De Stem. Het CBB oordeelt dat de NMa de relevante (lezers)productmarkt heeft omschreven. De NMa heeft terecht kunnen aannemen dat door de concentratie een monopoliepositie op een te onderscheiden marktsegment ontstaat, die naast een zeer aanzienlijk marktaandeel van de geconcentreerde onderneming, wijst op het bestaan van een economische machtspositie. De voorwaarden laten zich niet in met de inhoud van de uit te geven dagbladen, zodat geen sprake is van strijd met art. 7 Grondwet, met uitzondering van het voorschrift dat de PZC en BN/De Stem zich beide op Zeeuws Vlaanderen zullen blijven richten. Dat betreft de inhoud. Indien deze verplichting wordt opgevat als verplichting om beide titels in Zeeuws Vlaanderen te blijven verspreiden is zij wel toelaatbaar.

Cour de cassation (Frankrijk) 4 september 2001, strafzaak tegen Ph. Amaury, www.courdecassation.fr

Artikel 10 EVRM · Publicatie opiniepeilingen · Beïnvloeding van verkiezingen

Philippe Amaury, hoofdredacteur van het dagblad 'Le Parisien', was in hoger beroep veroordeeld wegens het publiceren van de resultaten van een opiniepeiling tussen de eerste en tweede ronde van de Franse parlementsverkiezingen van 1997. Bij de publicatie waren analyses en commentaren gevoegd. Dit was een overtreding van artikel 11 van de Wet no. 77-808 van 19 juli 1977, die bepaalt dat 'la publication, la diffusion et le commentaire de tout sondage ayant un rapport direct ou indirect avec une élection sont interdits par quelque moyen que ce soit pendant la semaine qui précède le scrutin ainsi que le déroulement de celui-ci'. Het Cour de cassation concludeert echter dat het verbod een beperking oplevert van de vrijheid om inlichtingen te ontvangen en door te geven als bedoeld in artikel 10 EVRM. Deze beperking is volgens het hof niet noodzakelijk voor de bescherming van één van de belangen uit het tweede lid. De veroordeling wordt opgeheven.

Conseil constitutionnel (Frankrijk) 13 december 2001, S. Hauchemaille vs. Conseil supérieur de l'audiovisuel, www.conseil-constitutionnel.fr

Artikel 10 EVRM · Publicatie opiniepeilingen · Beïnvloeding van verkiezingen

Vervolg op bovengenoemd arrest van de Cour de cassation. Op 23 oktober 2001 heeft de Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), een instelling vergelijkbaar met het Nederlandse en Vlaamse Commissariaat voor de Media, een aanbeveling vastgesteld voor alle radio- en televisieomroepen in verband met de presidentsverkiezingen van 2002. De CSA maakte bekend dat de Cour de cassation op 4 september 2001 het verbod op het bekendmaken van opiniepeilingen in strijd heeft geacht met artikel 10 EVRM. De heer Hauchemaille is het niet eens met het arrest van de Cour de cassation, omdat hij vreest dat de verkiezingen nu oneigenlijk beïnvloed dreigen te worden. Hij wendt zich

daarom tot de Conseil constitutionnel, die onder meer tot taak heeft te waken voor de eerlijkheid van het verkiezingsproces. Ook de CSA had reeds op dit achterdeurtje gewezen door in de aanbeveling te schrijven: 'Une telle diffusion pourrait toutefois être considérée par le Conseil constitutionnel comme de nature à altérer la sincérité du scrutin, avec les conséquences électorales que cela pourrait comporter'. Het verzoekschrift van de heer Hauchemaille wordt echter niet ontvankelijk verklaard, omdat de Conseil constitutionnel alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden zou mogen ingrijpen voordat de uitslag van de verkiezingen is vastgesteld. Aan de voorwaarden is thans niet voldaan.

Binnenland

Wijziging Telecommunicatiewet en andere wetten

In *Mediaforum* 2002-1, p. 24 werd reeds gemeld dat de Wet van 8 november 2001 houdende wijziging van de Telecommunicatiewet en enige andere wetten, het Staatsblad had gehaald (*Stb.* 2001, 559). De Wet zou in werking treden op bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip. Bij koninklijk besluit van 12 december 2001 is nu bepaald dat de Wet in werking treedt met ingang van 1 januari 2002, met uitzondering van artikel I, onderdeel T. Zie ook het bericht hierboven inzake HvJ EG 11 oktober 2001 (Commissie vs. Nederland). *Stb.* 2001, 658.

Persbeleid

Staatssecretaris Van der Ploeg heeft op 10 december 2001 een brief naar de Tweede Kamer gestuurd over de ontwikkelingen in de perssector en het door de overheid te voeren persbeleid. In de brief valt te lezen dat de overheid de taak heeft een actief, voorwaardenscheppend mediabeleid te voeren ter stimulering van pluriformiteit. Voor wat betreft de pers komt deze taak neer op het beschermen en stimuleren van verscheidenheid in de pers, voor zover die van belang is voor de informatie en opinievorming van de Nederlandse bevolking. Dit betekent dat bijvoorbeeld grenzen moeten worden gesteld aan de mate waarin concerns marktaandelen kunnen verwerven op de diverse terreinen van media- en informatievoorziening. Ingrijpende ontwikkelingen in de samenleving maken het wenselijk het door de overheid te voeren persbeleid te herijken. De brief van de staatssecretaris bevat een actuele schets van het Nederlandse perslandschap en een overzicht van de voor het persbeleid relevante ontwikkelingen (o.a. concentraties in de dagbladsector). De bewindsman gaat in op de werkingssfeer en instrumentarium van het Bedrijfsfonds voor de Pers (o.a. met betrekking tot bladen voor minderheden en de stimulering van journalistieke informatieproducten via het Internet). Invoering van een wettelijke plicht tot het hebben van een redactiestatuut voor dagbladen wil het kabinet niet voorstellen. Het kabinet ziet geen reden om het verschoningsrecht voor journalisten wettelijk te regelen. Daarmee volgt het kabinet het advies van de commissie verschoningsrecht van de Nederlandse Vereniging van Journalisten en het Genootschap van Hoofdredacteuren (zie elders in deze rubriek). In de bijlage bij de brief wordt tenslotte een overzicht gegeven van het persbeleid in diverse Europese landen.

Kamerstukken II 2001/02, 28 161, nr. 1.

Verschoningsrecht journalisten

Het kabinet ziet geen reden om te komen tot een wettelijk geregeld verschoningsrecht voor journalisten. Dit schrijft de staatssecretaris van OC&W in de hierboven reeds gesignaleerde brief over het persbeleid aan de Tweede Kamer. De bewindsman refereert aan de conclusie van de commissie verschoningsrecht van het Genootschap van Hoofdredacteuren en de Nederlandse Vereniging van Journalisten, dat wetgeving niet nodig is, gezien de bestaande jurisprudentie op Europees en nationaal niveau. De commissie wijst er trouwens op dat een wettelijke regeling ook nadelen kent, omdat dan zou moeten worden vastgelegd wie journalist is en in welke gevallen het verschoningsrecht zou moeten gelden. Men heeft meer vertrouwen in de rechtspraak en als die rechtspraak niet het gewenste resultaat oplevert, dan adviseert de commissie dat journalisten verder procederen, desnoods tot aan de Europese rechter. Ook de staatssecretaris wijst op de jurisprudentie – het Goodwin-arrest van het EHRM en het arrest-Van den Biggelaar van de HR – waarin in concrete gevallen het verschoningsrecht voor journalisten is erkend, maar dat betekent volgens de bewindsman niet dat journalisten daarmee dezelfde status hebben gekregen als leden van de beroepsgroepen die op grond van art. 218 Sv verschoningsrecht hebben: artsen, advocaten en notarissen. Dat zijn gesloten beroepen in tegenstelling tot de journalistiek, waarin het eenieder vrijstaat zich als journalist te presenteren. Daarom is er geen sprake van een absoluut verschoningsrecht voor journalisten, maar zal de rechter van geval tot geval een belangenafweging moeten maken, zich baserend op de rechtspraak van het EHRM en de HR.

Kamerstukken II 2001/02, 28 161, nr. 1; Rapport commissie verschoningsrecht d.d. 30 oktober 2001 www.villamedia.nl

Klokkenluiders

Naar aanleiding van het aan het licht komen van de zogenaamde bouwfraude eind vorig jaar, drong de Tweede Kamer bij motie van de kamerleden Van Gijzel en Leers aan op bescherming van klokkenluiders in de private sector. Dat zijn werknemers die een misstand in een onderneming aan de kaak stellen door er ruchtbaarheid aan te geven. Als een dergelijke werknemer vervolgens door zijn werkgever wordt bedreigd met ontslag of andere sancties wordt hij beschermd door het reguliere arbeidsovereenkomstenrecht. In de praktijk blijken er – bijkans signalen van met name de vakbeweging – desondanks klachten van klokkenluiders te zijn, die worden benadeeld dan wel ontslagen. In een brief aan de Tweede Kamer schrijft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, dat er thans onderzoek naar die klachten gaande is. De onderzoeksresultaten zullen o.m. aan de Stichting van de Arbeid worden voorgelegd met het verzoek om naar analogie van de ontwikkelingen in de overheidssectoren gedragsregels voor klokkenluiders vast te stellen.

Kamerstukken II 2001/02, 28 093, nr. 9; zie ook Kamerstukken II 2000/01, 27 602 nr. 1 e.v.

Kabinetsstandpunt overheidscommunicatie

Het kabinet heeft in één brief zijn standpunt kenbaar gemaakt over het rapport van de commissie-Wallage en dat van de commissie-Docters van Leeuwen. De commissie-Wallage adviseerde over de toekomst van de

overheidscommunicatie en de commissie-Docters van Leeuwen over 'burger en overheid in de informatiesamenleving'. Het kabinet onderstreept dat overheidscommunicatie en een ruime mate van openbaarheid van informatie van groot belang zijn zowel voor de burger als voor de overheid en dat maximale transparantie en actieve openbaarheid daartoe geboden zijn. Actieve openbaarheid is voor zover dat niet reeds is geschied voor vele verbeteringen vatbaar, maar het hoogste doel bestaat niet uit het op het internet zetten van alle informatie. De informatie moet ook vindbaar, toegankelijk en begrijpbaar gemaakt worden en ook overigens vereist dat een ingrijpende stroomlijning, digitalisering en ontsluiting van de interne overheidsinformatiehuishouding, hetgeen tijd en inspanning vergt. In elk geval zal het kabinet bevorderen dat alle ministeries, gekoppeld aan het regeerakkoord en de begroting, een activiteitenindex publiceren. Met de commissie-Wallage acht het kabinet het gewenst nadere gedachten te bepalen omtrent de voorlichting over beleidsvoornemens, dus over nog niet aanvaard beleid. De informatie daarover dient echter feitelijk en zakelijk te zijn. Het kabinet laat wel onderzoeken of de voorlichting over nog niet aanvaard beleid in de vormgeving kan worden onderscheiden van de voorlichting over aanvaard beleid. Overheidscommunicatie zou ook volgens het kabinet in regeerakkoorden een expliciete en prominente plaats kunnen krijgen. Tenslotte heeft de Voorlichtingsraad mede naar aanleiding van het rapport van de commissie-Wallage de uitgangspunten voor de overheidscommunicatie, die uit 1985 dateerden, opnieuw geformuleerd. Het kabinet heeft deze principes overgenomen en als bijlage bij de brief meegestuurd aan de Tweede Kamer.

Kamerstukken II 2001/02, 26 387, nr. 12.

Uitgevers over wijziging Auteurswet

Het Nederlands Uitgeversverbond heeft in een uitvoerige brief commentaar geleverd op het voorontwerp van wet tot wijziging van de Auteurswet (zie *Mediaforum* 2002-1, p. 25). De uitgevers zitten niet te wachten op een uitbreiding van de beperkingen op het auteursrecht met open fair use-normen. In het voorontwerp worden bestaande beperkingen op het auteursrecht (persexceptie, citaatrecht en beperkingen ten behoeve van het onderwijs) met open normen uitgebreid en worden nieuwe beperkingen geïntroduceerd voor gebruik ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek zonder commercieel oogmerk, voor de verwerking in een ander werk en voor een parodie. Volgens de uitgevers biedt de Europese Richtlijn 2001/29/EG geen ruimte voor dergelijke algemene clausules. Ook tegen andere, nieuw in te voeren, beperkingen maken de uitgevers bezwaar, omdat zij in het voorontwerp te ruim worden geformuleerd, zoals de beperking in het kader van de preservatie voor cultuurbehoud en het ter beschikking stellen binnen bibliotheken. De uitgevers hebben 'met verbijstering gereageerd' op de voorgestelde algehele exceptie in het kader van wetenschappelijk onderzoek. Dat lijkt de deur open te zetten voor alle vormen van gebruik zolang deze maar voor het onderzoeksdoel kunnen worden verdedigd. De dagbladuitgevers, verenigd in Nederlandse Dagblad Pers, hebben samen met de Nederlandse Vereniging van Journalisten nog bezwaar aangegetekend tegen de uitbreiding van de persexceptie voor ook 'andere media', waarmee

in het bijzonder op het internet wordt gedomineerd. Men vindt dat de persexceptie nooit bedoeld kan zijn voor digitale knipselkranten. Eigenlijk zouden beide organisaties het liefst in het geheel af willen van de persexceptie ('door de media uit de media'), maar voor zover deze gehandhaafd wordt willen zij de exceptie beperken tot waarvoor zij is bedoeld en voor de papieren knipselkranten willen beide organisaties dan een vergoedingsregeling.

Brief van NDP en NVJ d.d. 19 november 2001; Brief van NUV d.d. 21 november 2001.

Infodrome-rapport aangeboden aan Tweede Kamer

Bij brief van 13 december 2001 heeft staatssecretaris Van der Ploeg van OCW, mede namens het kabinet, het Infodrome-rapport Controle geven of nemen; een politieke agenda voor de informatie-samenleving aan de Tweede Kamer aangeboden. Denktank Infodrome heeft de maatschappelijke gevolgen van grootschalige toepassing van ICT geïnventariseerd en geanalyseerd. Vervolgens is onderzocht welke implicaties die veranderingen hebben voor de rol van de overheid. Het rapport moet dienen als input voor de politieke opinievorming over wat de overheid te doen staat in een volgende kabinetperiode, gelet op de zich vormende informatiesamenleving, welke van en voor iedereen behoort te zijn. Het rapport bevat dan ook geen concrete beleidsvoornemens, maar bouwstenen voor een nadere politieke discussie. De staatssecretaris verwacht dat dit debat goed gefundeerd en levendig zal zijn.

Kamerstukken II 2001/02, 26 643, nr. 34; www.infodrome.nl

Actieprogramma Elektronische Overheid

Minister Van Boxtel van GSI heeft op 5 december 2001 een brief naar de Tweede Kamer gestuurd met daarin de uitvoeringsrapportage 2001 van het Actieprogramma Elektronische Overheid 1999-2002. In deze rapportage gaat de minister per actielijn in op de voortgang van de tot die actielijn behorende projecten. Het betreft hier:

- een goede elektronische toegankelijkheid van de overheid: er wordt o.a. ingaan op overheid.nl, BasisWettenBestand en diverse Stimuleringsregelingen;
- een betere publieke dienstverlening: binnen deze actielijn wordt ingegaan op diverse projecten, waaronder de zgn. superpilot gemeenten (zie *Mediaforum* 2001-11/12, p. 352);
- een verbeterde interne bedrijfsvoering van de overheid;
- flankerend beleid: doelgroepenbeleid en onderzoek naar ICT & overheid.

Kamerstukken II 2001/02, 26 387, nr. 13.

Financiering lokale en regionale omroep

Tijdens het debat over de Najaarsnota met minister Zalm van Financiën is onder meer een motie-Bakker c.s. aanvaard, waarin de regering dringend wordt gevraagd om ook in het jaar 2002 en latere jaren een extra storting te doen in het Gemeentefonds en het Provinciefonds ten behoeve van lokale en regionale omroepen. Het gaat hierbij om een compensatie voor het vervallen van de mogelijkheid een gemeentelijke of provinciale opslag op de omroepbijdrage te heffen. In de jaren 2000 en 2001 maakte de Kamer gebruik van het amendementsrecht om een extra storting te realiseren (zie *Mediaforum* 2000-9,

p. 290 en 2001-9, p. 267). In de ontwerp-begroting voor 2002 ontbrak wederom de verhoging ten behoeve van lokale en regionale omroepen, tot ergernis van een meerderheid van de Tweede Kamer. Tijdens het debat over de Najaarsnota op 18 december 2001 kondigde het Kamerlid Bakker (D66) aan dat hij bij de Voorjaarsnota van 2002 desnoods voor de derde keer een amendement zou indienen. Dat zou dan moeten leiden tot een wijziging van de supplettoire begroting voor het jaar 2002. Voorlopig gaven Bakker c.s. echter de voorkeur aan een motie. Hoewel minister Zalm het 'jammer' vond dat de motie was ingediend, werd deze op 19 december 2001 aanvaard. De VVD stemde evenals vorige jaren tegen. Opmerkelijk is dat ook het CDA dit jaar tegen stemde, hoewel het fractielid Wijn de motie mede had ondertekend. Een vergissing waarschijnlijk. *Kamerstukken II, 2001/02, 28118, nr. 4. Handelingen II, 2001/02, 18 december 2001, p. 2801-2804 en 19 december 2001, p. 2836.*

Steun aan lokale omroep

De OLON heeft een onderzoek uitgevoerd naar de mate waarin gemeenten de toevoeging aan het Gemeentefonds, bedoeld voor de instandhouding van de lokale omroep, daadwerkelijk uitkeren aan deze omroepen. Slechts 5% van de gemeenten betaalde het bedrag volledig door, bijna 30% deed dat gedeeltelijk en 38% gaf de toevoeging niet door. Van 25% van de gemeenten ontbraken de gegevens. Staatssecretaris Van der Ploeg van OCW tekent hierbij wel aan dat veel gemeenten (ook) op andere wijze hun lokale omroep ondersteunen (gratis studioruimte, subsidie uit andere gemeentelijke middelen). De gemeenten zullen binnenkort een enquêteformulier toegestuurd krijgen met vragen over de wijze waarop zij omgaan met de voor lokale omroepen bestemde bedragen uit het Gemeentefonds. Van der Ploeg herhaalt dat hij van mening is dat gemeenten de uitkering uit het gemeentefonds ten behoeve van de lokale omroep ook daadwerkelijk voor dat doel moeten besteden. Het blijven echter algemene middelen, dus 'oormerking' is onmogelijk. Een en ander is te lezen in de antwoorden van de staatssecretaris op vragen van het kamerlid Halsema (GroenLinks).

Aanhangsel Handelingen II 2001/02, nr. 309.

Beleidsregels programmaquota

Op 18 december 2001 heeft het Commissariaat voor de Media beleidsregels vastgesteld omtrent Europese, onafhankelijke, recente, Nederlandstalige en Friestalige programmaonderdelen. Grondslag voor deze beleidsregels is de toezichthoudende taak van het Commissariaat op de naleving van de artikelen 54 en 54a van de Mediawet en de artikelen 52k en 52l van het Mediabesluit. Uit deze grondslag blijkt dat met 'programma's' bedoeld wordt op televisieprogramma's. Met ingang van 1 januari 2001 is de publieke omroep krachtens artikel 16 van de Mediawet verplicht éénmaal per half jaar te rapporteren over de naleving van deze artikelen. Daarnaast moet het Commissariaat één keer per twee jaar verslag uitbrengen aan de Europese Commissie over de naleving van de EG-Televisierichtlijn (inzake het percentage Europese en onafhankelijke producties). De nieuwe beleidsregels beogen duidelijkheid te geven over de wijze van rapporteren en de relevante definities. Zij zijn van toepassing op publieke en commerciële omroepinstellingen, met uitzondering van de lokale publieke omroepinstellingen en de commer-

ciële omroepinstellingen die een televisieprogramma verzorgen dat slechts in één gemeente of een beperkt aantal aan elkaar grenzende gemeenten kan worden ontvangen. De regeling trad in werking op 1 januari 2002.

Stcrt. 2001, nr. 250, p. 123

Begrotingsbehandeling OCW

Bij de behandeling van het onderdeel Media van de begroting van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen voor het jaar 2002 zijn tien moties in stemming gebracht, waarvan er vijf zijn aangenomen en vijf verworpen. Aangenomen is onder meer een motie Wagenaar c.s., waarin de regering gevraagd wordt 'onderzoek te verrichten naar de totstandkoming van anti-concentratiewetgeving en een toezichthoudende rol van het Commissariaat voor de Media op het gebied van mediaconcentraties met pluriformiteit als criterium' (28 000 VIII, nr. 31). Verworpen werd onder meer een motie-Nicolaï/Bakker (28 000 VIII, nr. 36). Deze motie vroeg de regering om voor 1 maart 2001 het vrijgeven van omroep-programmagegevens bij wet te regelen. Achtergrond van deze motie is de onvrede over de lange duur van het geschil tussen de Telegraaf en NOS/HMG. Zie hierover het besluit van de NMa d.d. 3 oktober 2001, gepubliceerd in dit nummer met noot van R. Mahler. De motie werd door de regering ontraden, al deelde staatssecretaris Van der Ploeg mede dat op zijn departement een concept-wetsvoorstel klaar ligt dat als 'een stok achter de deur' zou kunnen dienen. Dat concept is overigens nog niet in de ministerraad besproken, terwijl de eerste reacties van NMa, CvdM en NOS zeer kritisch waren.

Kamerstukken II, 2001/02, 28 000 VIII, nrs. 28 t/m 38, nr. 90 en nr. 92. Handelingen II, 2001/02, 11 december 2001, p. 2513-2514

Modelreglement programmaraden

Het Commissariaat voor de Media heeft op 20 november 2001 een modelreglement vastgesteld voor programmaraden als bedoeld in artikel 82k van de Mediawet. Het reglement heeft zowel betrekking op de samenstelling van een programmaraad, als op de totstandkoming en de inhoud van de adviezen. Tijdens een conferentie voor programmaraden op 19 januari 2001 presenteerde het Commissariaat een concept-tekst. Na beoordeling van de reacties van betrokkenen (programmaraden, programma-aanbieders en kabel-exploitanten) heeft het Commissariaat het modelreglement vastgesteld. Het Commissariaat heeft met programmaraden te maken bij verzoeken tot bestuurlijke handhaving van het bepaalde in artikel 82k, tweede lid, van de Mediawet. De vraag is dan: mocht een kabelexploitant het advies van de programmaraad naast zich neerleggen? Indien een programmaraad zich met betrekking tot zijn samenstelling en werkwijze heeft laten leiden door het modelreglement, zal dit een factor zijn die het Commissariaat meeweegt. www.cvdM.nl

Handboek terrorisme

Het kamerlid Rietkerk (CDA) heeft aan minister Korthals van Justitie schriftelijke vragen gesteld over een terrorismehandboek dat via Internet voor iedereen toegankelijk zou zijn. De minister is van mening dat het van de concrete omstandigheden afhangt of strafrechtelijk optreden tegen de verspreiding van een dergelijk handboek mogelijk is. De bewindsman denkt dan met name aan optreden op basis van de artikelen 131/132 Sr (opruiming resp. verspreiding ter opruiming),

artikel 47 lid 1 2° Sr (uitlokking) of artikel 46a Sr (poging tot uitlokking). De minister meldt verder dat OM en BVD in het bezit zijn van een op Internet aangetroffen document, waarop Rietkerk kennelijk doelt. Dat document levert echter geen van de bovengenoemde strafbare feiten op, zo leert een eerste onderzoek. De minister ziet daarom voorlopig geen mogelijkheid om verspreiding van de informatie tegen te gaan.

Aanhangsel Handelingen II 2001/02, nr. 465.

Kerktelefonie (slot?)

Bij brief van 21 december 2001 heeft staatssecretaris De Vries van V&W de Tweede Kamer weer eens op de hoogte gebracht van de laatste ontwikkelingen rond de kerktelefonieproblematiek (zie laatstelijk *Mediaforum* 2001-11/12, p. 353). De bewindsvrouw heeft goed nieuws. Begin oktober 2001 is de Stichting Intermediair Kerkomroep Nederland (IKN) opgericht. De Stichting stelt zich tot doel randvoorwaarden te scheppen voor het realiseren van de uitzending van kerkdiensten naar leden van kerkgenootschappen, tegen een zo laag mogelijke kostprijs. Daartoe zal de Stichting fungeren als centraal aanspreekpunt, adviesorgaan en intermediair. De staatssecretaris laat verder weten dat zij de Stichting een eenmalige subsidie van € 946 500 heeft toegekend. Tevreeden concludeert ze tenslotte dat naar haar mening een solide basis is gelegd voor het oplossen van de kerktelefonieproblematiek.

Kamerstukken II 2001/02, 28 000 XII, nr. 46.

Telco terminating tarieven

Op 11 januari heeft OPTA afwijzend beslist op het bezwaar van KPN tegen haar besluit van 15 oktober 2001, waarin zij op verzoek van Energis de tarieven voor de dienst Energis Terminating voor de periode 1999/2000 had vastgesteld (zie *Mediaforum* 2002-1, p. 25). In het besluit in primo had OPTA vastgesteld dat een partij die niet is aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht ('Telco'), in beginsel zijn eigen interconnectietarieven mag vaststellen en dat de wederpartij deze moet betalen, tenzij OPTA andere tarieven vaststelt. Uit artikel 6.1 Tw vloeit voort dat op een Telco de verplichting rust om redelijke tarieven in rekening te brengen. Voor deze tarieven geldt niet de eis dat deze kostengeoriënteerd of kostengerelateerd dienen te zijn. In beginsel zijn de kosten van de Telco dan ook niet relevant voor de beoordeling van de redelijkheid van zijn tarieven. Die redelijkheid moet primair worden beoordeeld vanuit de vraag of – met als uitgangspunt dat een Telco niet verplicht is tot kostenoriëntatie – van een wederpartij in redelijkheid kan worden verlangd dergelijke tarieven te betalen. Daarbij kan de kosten-baten-verhouding van een originerende partij met aanmerkelijke marktmacht (zoals KPN) relevant zijn. In de bezwaarfase stelde KPN zich onder meer op het standpunt dat de tarieven van Energis niet redelijk waren, omdat zij voor KPN verliesgevend waren. Bij de beoordeling van de kosten-baten-verhouding dienen diensten volgens OPTA echter niet geïsoleerd te worden beschouwd. OPTA stelt dat het 'price cap' model uit 1999, dat de basis geeft voor de kostengeoriënteerde eindgebruikertarieven van KPN, moet worden beschouwd als een 'package deal', dat eventuele verliezen op bepaalde routeringen worden gecompenseerd door relatief hogere winsten op andere routeringen en dat het uiteindelijke totaalresultaat op lokaal verkeer voor KPN bepaald gunstig is gebleken.

Een kosten-baten-analyse leidt dus niet tot de conclusie dat de tarieven van Energis onredelijk zijn.

www.opta.nl

Besluit NMa d.d. 3 oktober 2001 op bezwaarschrift programmeergevens, nr. 7, m.nt. R. Mahler

Zie voor aankondiging in *Mediaforum* 2001-11/12, p. 351

Agenda

Actualiteiten Media- en Communicatierecht

PAO cursus Universiteit van Amsterdam. Datum: woensdag 10 april 13.00 - 17.30 uur. Locatie: Hotel The Grand, Amsterdam. Docenten: prof. mr. J.J.C. Kabel, prof. mr. G.A.I. Schuijt, prof. mr. F.W. Grosheide, mr. K.J. Koelman. Doelgroep: Advocaten, entertainment lawyers, bedrijfsjuristen werkzaam voor de pers, omroep of reclamebureaus, uitgevers en makers van audiovisuele producten. Permanente Opleiding Nederlandse Orde van Advocaten: 4 studiepunten. Cursusprijs: € 275,-. Informatie en inschrijving: Eggens Instituut voor Juridisch Post-academisch Onderwijs, Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, postbus 1030, 1000 BA Amsterdam, tel 020-5253407, fax: 020-5253307, e-mail: pao@jur.uva.nl, internet: www.jur.uva.nl.

Omroepen 2002...en dan? (Ongelijke) strijd of samenwerking in omroepeland?

Conferentie over actuele onderwerpen in de omroepwereld, verzorgd door IIR conferenties. Onderwerpen zijn onder meer de dalende reclame-inkomsten en de publieke omroep. Data: 26 en 27 februari 9.30 - 17.15 uur. Locatie: Le Meridien Apollo, Amsterdam. Sprekers: D. v.d. Graaf, J. Minnaar, H. Hemink, E. Eljon e.a. Doelgroep: Directeuren, managers en decision makers in de media: Strategie, Business Development, Planning, Marketing, Nieuwe Media, Financieel Beleid & Algemeen Management. Kosten: € 1295,- ex btw. Informatie en inschrijving: IIRconferences, Postbus 1548, 3600 BM Maarssen, tel: 0346-582255, fax: 0346-582240, e-mail: office@iirconferences.nl, internet: www.iirconferences.nl.

Verschenen

J. Dumortier & M. Taeymans, *Informatierecht*, Brussel: Larcier 2001, 150 p.

I. Verlinden, A. Smits & B. Lieben, *Intellectuele eigendomsrechten vanuit een transfer pricing-perspectief*, Brussel: Larcier 2001, 164 p.

J.E.J. Prins, E.J. Koops, A.P. Meijboom & S.H. Katus, *Recht en Informatietechnologie*, Amsterdam: SDU 2001.

E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.H. Verweij & J.A.M.W. de Wit, *CD Telecom en Post* (cd-rom), SDU 2001.

R. van Steenbergen, *Vrijheid van meningsuiting van werknemers* (Offerhuis-reeks), Amsterdam: FNV 2001, 48 p.

R.P.J.L. Tjittes, *Toerekening van kennis, met tips voor klokkenluiders*, Deventer: Kluwer 2001, 56 p.

Nr 3 VgT vs. Zwitserland

EHRM 28 juni 2001, Application no. 24699/94

[Cijfers tussen rechte haken duiden op weggelaten paragrafen. De volledige tekst is te raadplegen op <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>

(...)

THE FACTS

I. The circumstances of the case

8. The aim of the applicant association is the protection of animals, with particular emphasis on animal experiments and industrial animal production.

9. As a reaction to various television commercials of the meat industry, the applicant association prepared a television commercial lasting 55 seconds and consisting of two scenes.

10. The first scene of the film showed a sow building a nest for her piglets in the forest. Soft orchestrated music was played in the background, and the accompanying voice referred, *inter alia*, to the sense of family which sows had. The second scene showed a noisy hall with pigs in small pens, gnawing nervously at the iron bars. The accompanying voice stated, *inter alia*, that the rearing of pigs in such circumstances resembled concentration camps, and that the animals were pumped full with medicaments. The film concluded with the exhortation: 'eat less meat, for the sake of your health, the animals, and the environment!'

11. On 3 January 1994 the applicant association, wishing this film to be broadcast in the programme of the Swiss Radio and Television Company (*Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft*), sent a video-cassette to the then Commercial Television Company (*AG für das Werbefernsehen*, now called *Publisuisse*) responsible for television advertising.

12. On 10 January 1994 the Commercial Television Company informed the applicant association that it would not broadcast the commercial in view of its 'clear political character'. The Company pointed out that it would be possible as an alternative in a film to emphasise an adequate rearing of animals and to inform viewers that they were free to inquire into the origin of the meat which they were buying.

[...]

18. The applicant association's administrative law appeal (*Verwaltungsgerichtsbeschwerde*), filed by a lawyer and dated 18 June 1996, was dismissed by the Federal Court (*Bundesgericht*) on 20 August 1997. The Court noted, with reference to Article 13 of the Convention, that the Federal Office for Communication should have afforded the applicant association formally the opportunity to institute complaint proceedings which, if necessary, could have remedied the matter. As the case was ready for decision, the Federal Court itself undertook the decision. It then balanced the various issues at stake.

19. The judgment proceeded to explain the position of the Swiss Radio and Television Company in Swiss law. The latter no longer enjoyed a monopoly and was increasingly subjected to foreign competition. However, this did not alter the fact that, according to the applicable law, the Swiss Radio and Television Company continued to act in the area of programmes within the framework of public law duties transferred upon it. The law itself granted it a licence for the broadcasting of national and linguistic regional programmes.

20. The Federal Court further considered that S. 55 bis § 3 of the Federal Constitution (*Bundesverfassung*; in the version applicable at that time) ensured the independence of radio and television broadcasting as well as the autonomy of the programmes. However, advertising fell outside the programme obligations of the Swiss Radio and Television Company, the programme presupposing an assessment of information by an editor. Only the programme activities were covered by S. 55bis of the Federal Constitution and S. 4 of the Federal Radio and Television Act (*Bundesgesetz über Radio und Fernsehen*). The viewers should not be influenced in their opinions by one-sided or unobjective or insufficiently varied contributions which disregarded duties of journalistic care. Commercials, on the other hand, were by their very nature one-sided as they were in the interest of the offering party, and were inherently excluded from a critical assessment for which reason, pursuant to S. 18 § 1 of the Federal Radio and Television Act, they had to be clearly separated from the programme and to be marked as such. Indeed, the Federal Radio and Television Act dealt with matters of advertising together with those of financing, rather than with the programme. There was furthermore no right to broadcast a commercial based on the principle of the diversity of the programme and that a competitor had already been admitted with his contribution. The judgment continued:

'Until 1964 (advertising) was completely prohibited for radio and television. Subsequently, they were admitted on television, though they were subjected to interferences in the interests of an optimal implementation of the duty of programme and to protect other important public interests (youth, health, diversity of the press). S. 18 of the Federal Radio and Television Act today assumes in principle that advertising is admissible but subject to certain limitations. Thus, S. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act prohibits religious and political advertising as well as advertising for alcoholic beverages, tobacco and medicaments. The Federal Council may enact further prohibitions of advertising for the protection of juveniles and the environment. ... On this basis, S. 18 of the Federal Radio and Television Act was enacted in a more concrete form in SS. 10 et seq. of the Radio and Television Ordinance. These provisions contain no obligation whatsoever to broadcast commercials, and also do not declare that advertising is a public law duty of the broadcaster.'

21. In respect of the applicant association's complaint under Article 10 of the Convention, the Federal Court found that the prohibition of political advertising stated in S. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act served various purposes:

'It should prevent financially powerful groups from obtaining a competitive political advantage. In the interest of democratic process it intends to protect the formation of public opinion from undue commercial influence and to bring about a certain equality of opportunity among the different forces of society. The prohibition contributes towards the independence of the radio and television broadcasters in editorial matters, which could be endangered by powerful political advertising sponsors. According to the Swiss law on communication the press remains the most important means for paid political advertising. Already there financially powerful groups are in a position to secure themselves more space; admitting political advertising to radio and television would reinforce this tendency and substantially influence the democratic process of formation of opinion - all the more so as it is established that television with its dissemination and its immediacy will have a stronger effect on the public than the other means of communication ... The reservation in respect of political advertising in favour of the print media assures these a certain part of the advertising market and thereby contributes to their financing which in turn counteracts an undesirable concentration of the press and thus indirectly contributes towards the pluralistic system of media required under Article 10 of the Convention ...'

22. The Federal Court observed that the applicant association had other means of disseminating its political ideas, for instance in foreign programmes which were broadcast into Switzerland, or in the cinema and the press. The Commercial Television Company had offered the applicant association other possibilities and was also willing to convene a meeting to discuss them with the applicant association in the presence of a legal adviser.

23. In respect of the applicant association's complaint about discrimination, the Federal Court found that the applicant association was complaining of two situations which were not comparable with each other. Promotions by the meat industry were economic in nature in that they aimed at increasing the turnover and were not related to animal protection. On the other hand, the applicant association's commercial, exhorting reduced meat consumption and partly containing shocking pictures, was directed against industrial animal production. The applicant association had repeatedly become active in the media in order to pursue its aims. In 1992 the applicant association had filed a disciplinary complaint in this respect with the Swiss Federal Parliament. The matter became a political issue early in 1994 when the Swiss Federal Council commented on the matter.

II. Relevant domestic law and practice

A. General regulations on radio and television

24. S. 55bis of the Swiss Federal Constitution in the version applicable at the relevant time provided:

'1. Legislation on radio and television ... appertains to the Confederation.

2. Radio and television shall contribute to the cultural development, to the free expression of opinions as well as to the entertainment of the audience. They shall consider the particularities of the country and the requirements of the Cantons. They shall describe the facts objectively and adequately reflect the variety of views.

3. Within the framework of § 2, the impartiality of radio and television as well as the autonomy in the creation of programmes shall be guaranteed. ...'

25. These provisions have been enshrined in S. 93 of the Federal Constitution currently in force.

26. The Federal Radio and Television Act, referring to S. 55bis, requires in principle a licence to broadcast radio and television programmes. S. 26 grants the licence for national and linguistic regional programmes to the Swiss Radio and Television Company. S. 4 of the Act stipulates the objectivity of programmes which shall adequately reflect the plurality of events and opinions.

27. This Company has transferred all aspects of the acquisition and organisation of television advertising to the Commercial Television Company (now called 'Publissime') which is a company established under private law and whose activities do not depend on a licence.

B. Regulations on television advertising

28. Commercials are broadcast in between programmes at various times during the day. The Federal Radio and Television Act provides in respect of advertising as follows:

'S. 18 Advertising

1. Advertising shall be clearly separated from the rest of the programme and shall be clearly recognisable as such. Permanent programme staff of the broadcaster shall not participate in the broadcasting of commercials ...

5. Religious and political advertising is prohibited, furthermore advertising for alcoholic beverages, tobacco and medicaments. The Federal Council may enact further prohibitions of advertising for the protection of juveniles and the environment.'

29. In its message (*Botschaft*) to the Swiss Parliament of 28 September 1987, the Federal Council explained that the prohibition of political advertising 'should prevent that financially strong groups obtain a competitive advantage in politics' (*Bundesblatt [Feuille fédérale]* 1987 III 734).

30. S. 15 of the Radio and Television Ordinance provides as follows:

'S. 15 Inadmissible advertising

There shall be prohibited:

- a. religious and political advertising;
- b. advertising for alcoholic beverages and tobacco;

c. advertising for medicaments in respect of which public advertising is not admitted by medical law;

d. untrue or misleading advertising or advertising which corresponds with unfair competition;

e. advertising which profits from the natural credulity of children or the lack of experience of youth or abuses their feelings of attachment;

f. subliminal advertising ...'

THE LAW

I. The government's preliminary objection

[...]

II. Alleged violation of article 10 of the convention

35. The applicant association complained that the refusal to broadcast its commercial had infringed Article 10 of the Convention, which provides:

'1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.'

36. The Government contested that submission.

A. Responsibility of the respondent State

37. Before the substance of the matter can be examined, the Court must consider whether responsibility can be attributed to the respondent State.

1. Parties' submissions

38. The applicant association submitted that the State is not permitted to delegate functions to private persons in such a way that fundamental rights are undermined by the resulting 'privatisation'. As radio and television programmes in Switzerland can always only be broadcast under a licence granted by the State, the latter is obliged when drafting the law governing such licences to ensure respect for freedom of expression. This view was already enshrined, at the time, as part of unwritten Swiss constitutional law. The Government have not been released from the obligation to try to ensure that freedom of information can be implemented in this particular area.

39. The applicant association further argued that the different legal bases governing activities of the Swiss Radio and Television Company, on the one hand, and of the Commercial Television Company, on the other, did not sufficiently ensure respect for its right to freedom of expression within the meaning of Article 10 of the Convention. The separation of private and public law took too insufficient account of the fact that in certain cases freedom of expression gave a person the right to voice an opinion on social issues in the part of a television programme paid for by advertisers, that is to say the so-called 'commercial break'. With reference to the case of *Artico v. Italy*, the applicant association pointed out that the Convention was intended to guarantee, not rights that were theoretical or illusory, but rights which were practical and effective (see the judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 16, § 33).

40. The Government submitted that Article 10 of the Convention was not applicable in the present case. The question arose whether this provision encompassed a right of 'antenna', i.e. of access to a particular media controlled by a third person. Even if this were to be the case, the Commercial Television Company's refusal to broadcast the commercial did not bring about the responsibility of the Swiss authorities. The latter exercised no supervision over the Commercial Television Company which was a company established under and governed by private law, and they did not prevent the Company from broadcasting commercials. Moreover, S. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act could not serve as a basis to establish the responsibility in the present case of the Swiss authorities. Thus, the reasons given by the Company in its letter of 24 January 1994 when refusing the commercials were of a personal nature, namely that it could not be obliged to broadcast commercials which damage its business interests and involve its editors' rights. With reference to the *Gustafsson v. Sweden* case, the Government considered that the present case involved relations between private associations, the Company and the applicant association (see judgment of 25 April 1996, Reports 1996-II, p. 658, § 60). Even if Article 10 of the Convention were applicable, the Swiss authorities would only be responsible in respect of its positive obligations under this provision.

41. The Government further submitted that the Swiss Radio and Television Company exercised no public service when broadcasting advertising and could in this respect invoke the constitutionally guaranteed freedom of commerce as well as of contractual freedom. This was not altered by the fact that that Company had delegated the acquisition of advertising to the Commercial Television Company, though regard had to be had to international and domestic law, including the provisions on the prohibition of advertising in the Federal Radio and Television Act. Both companies were governed by private law. As a result, under private law the question arose as to any positive obligation of the Swiss authorities effectively to ensure the freedom of expression among private persons. Under public law the issue arose as to the compatibility with Article 10 of the Convention of the prohibition of advertising under Article 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act.

42. In respect of the public law issue of the present case, the Government considered that the requirements under Article 10 of the Convention were fulfilled. Attention was drawn to the Federal Court's decision of 20 August 1997 according to which the applicant association could invoke before it the rights under Article 10 of the Convention, though there was no right to broadcast, i.e. to an 'antenna'. The Federal Court did indeed examine the applicant association's complaints under Article 10, *inter alia*, in the light of the Strasbourg case-law.

43. In respect of the issue under private law, the Government pointed out the exemplary case-law of the Federal Court according to which constitutional as well as Convention rights shall also apply 'horizontally' in the relations between private persons. This case-law had meanwhile been enshrined in S. 35 of the Swiss Federal Constitution currently in force. Thus, individuals' rights were guaranteed judicially and by legislation. In the present case, the Federal Court found that the matter was first to be resolved on the level of private law. In fact, the refusal of the Commercial Television Company fell to be examined by an anti-trust commission which undoubtedly would have examined the 'horizontal' effects of basic rights between private persons.

2. The Court's assessment

44. It is not in dispute between the parties that the Commercial Television Company is a company established under Swiss private law. The issue arises, therefore, whether the Company's refusal to broadcast the applicant association's commercial fell within the respondent Government's jurisdiction. In this respect, the Court notes in particular the respondent Government's submission according to which the Commercial Television Company, when deciding on whether or not to acquire advertising, was acting as a private party enjoying contractual freedom.

45. Under Article 1 of the Convention, each Contracting State 'shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention'. As the Court stated in the case of *Marckx v. Belgium* (judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 15, § 31; see also the *Young, James and Webster v. the United Kingdom* judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, p. 20, § 49), in addition to the primarily negative undertaking of a State to abstain from interference in Convention guarantees, 'there may be positive obligations inherent' in such guarantees. The responsibility of a State may then be engaged as a result of not observing its obligation to enact domestic legislation.

46. The Court does not consider it desirable, let alone necessary, to elaborate a general theory concerning the extent to which the Convention guarantees should be extended to relations between private individuals *inter se*.

47. Suffice it to state that in the instant case the Commercial Television Company and later the Federal Court in its decision of 20 August 1997, when examining the applicant association's request to broadcast the commercial at issue, both relied on S. 18 of the Swiss Federal Radio and Television Act which prohibits 'political advertising'. The domestic law, as interpreted in last resort by the Federal Court, therefore made lawful the treatment of which the applicant association complained (see the *Marckx* and the *Young, James and Webster* judgments cited above). In effect, political speech by the applicant association was prohibited. In the circumstances of the case, the Court finds that the responsibility of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention for any resultant breach of Article 10 of the Convention may be engaged on this basis.

B. Whether there was an interference with the applicant association's rights under Article 10 of the Convention

48. The responsibility of the respondent State having been established, the refusal to broadcast the applicant association's commercial amounted to an 'interference by public authority' in the exercise of the right guaranteed by Article 10.

49. Such an interference will infringe the Convention if it does not meet the requirements of paragraph 2 of Article 10. It is therefore necessary to determine whether it was 'prescribed by law', motivated by one or more of the legitimate aims set out in that paragraph, and 'necessary in a democratic society' to achieve them.

C. Whether the interference was 'prescribed by law'

50. The applicant association submitted that there was no sufficient legal basis for the interference in its rights by the Commercial Television Company. The commercial which it intended to broadcast could not be considered as 'political'. It merely contained pictorial information without any linguistic elements explaining how pigs behaved in natural surroundings and how, in contrast to this, they were kept by human beings in cramped pens. At most, this information qualified as information. The fact that such information could lead to political consequences did not make it political advertising. The primary task of information was to enlighten and to disseminate knowledge that ultimately led to the correct political decisions.

51. The Government contended that any interference with the applicant association's rights was 'prescribed by law' within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention in that it was based on S. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act, the latter having been duly published and, therefore, accessible to the applicant association. While the term 'political' was somewhat vague, absolute precision was unnecessary, and it fell to the national authorities to dissipate any doubts as to the interpretation of the provisions concerned. In the present case, the Federal Court in its decision of 20 August 1997 considered that the commercial at issue, denouncing the meat industry, was not of a commercial character and in fact had to be placed in the more general framework of the animal association's militancy in favour for the protection of animals.

52. The Court recalls its case-law according to which the expression 'in accordance with the law' requires not only that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of

the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see *Amann v. Switzerland* [GC], no. 27798/95, ECHR 1999-II). However, it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see the *Kopp v. Switzerland* judgment of 25 March 1998, Reports 1998-II, p. 541, § 59; and the *Kruslin v. France* judgment of 24 April 1990, Series A no. 176-A, p. 21 et seq., § 29).

53. In the present case, the Federal Court in its judgment of 20 August 1997 relied as a legal basis for the refusal to broadcast the applicant's commercial on S. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act prohibiting 'political advertising'. S. 15 § 1 (e) of the Radio and Television Ordinance reiterates this prohibition.

54. It is not in dispute between the parties that these laws, duly published, were accessible to the applicant association. The issue arises, however, whether the rules were foreseeable as to their effects.

55. The Court reiterates that a norm cannot be regarded as a 'law' within the meaning of Article 10 § 2 unless it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty. Again, whilst certainty is desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice (see, for example, the *Hertel v. Switzerland* judgment of 25 August 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, p. 2325, § 35; the *Malone v. the United Kingdom* judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, pp. 31-32, § 66).

56. In the present case, it falls to be examined whether the term 'political advertising' in S. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act was formulated in a manner such as to enable the applicant association to foresee that it would serve to prohibit the broadcasting of the proposed television commercial. The latter depicted pigs in a forest as well as in pens in a noisy hall. The accompanying voice compared this situation with concentration camps and exhorted television viewers to 'eat less meat, for the sake of your health, the animals and the environment'.

57. In the Court's opinion the commercial indubitably fell outside the regular commercial context in the sense of inciting the public to purchase a particular product. Rather, with its concern for the protection of animals, expressed partly in drastic pictures, and its exhortation to reduce meat consumption, the commercial reflected controversial opinions pertaining to modern society in general and also lying at the heart of various political debates. Indeed, as the Federal Court pointed out in its judgment of 20 August 1997 (see above, § 23), the applicant association had in respect of these matters filed a disciplinary complaint with the Swiss Federal Parliament.

58. As such, the commercial could be regarded as 'political' within the meaning of S. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act. It was, therefore, 'foreseeable' for the applicant association that its commercial would not be broadcast on these grounds. It follows that the interference was, therefore, 'prescribed by law' within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

D. Whether the interference pursued a legitimate aim

59. The applicant association further maintained that there was no legitimate aim which justified the interference with its rights.

60. The Government submitted that the refusal to broadcast the commercial at issue aimed at enabling the formation of a public opinion protected from the pressures of powerful financial groups, while at the same time promoting equal opportunities to the different components of society. The refusal also assured to the press a segment of the advertising market, thus contributing towards its financial autonomy. In the Government's opinion, therefore, the measure was justified 'for the protection of the ... rights of others' within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

61. The Court notes the Federal Council's message to the Swiss Parliament in which it was explained that the prohibition of political advertising in S. 18 § 5 of the Swiss Radio and Television Act served to prevent financially strong groups from obtaining a competitive advantage in politics. The Federal Court in its judgment of 20 August 1997 considered that the prohibition served to ensure, in addition, the independence of the broadcaster; to spare the political process from undue commercial influence; to provide for a certain equality of opportunity between the different forces of society; and to support the press which remained free to publish political advertisements.

62. The Court is, therefore, satisfied that the measure aimed at the 'protection of the ... rights of others' within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

E. Whether the interference was 'necessary in a democratic society'

63. The applicant association submitted that the measure had not been proportionate, as it did not have other valid means at its disposal to broadcast the commercials at issue. The television programmes of the Swiss Radio and Television Company were the only ones that were broadcast and could be seen throughout Switzerland. The evening news programme and the subsequent national weather forecasts had the highest ratings, namely between 50% and 70% of all viewers. Even with the use of considerable financial resources it would not be possible to reach so many persons via the regional private channels or the foreign stations which could be received in Switzerland.

64. The Government considered that the measure was proportionate as being 'necessary in a democratic society' within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention. It was not up to the Court to take the place of the national authorities, and indeed Contracting States remained free to choose the measures which they considered appropriate, and the Court could not be oblivious of the substantive or procedural features of their respective domestic laws (see the *Worm v. Austria* judgment of 29 August 1997, Reports 1997-V, p. 1551, § 49). In the present case, the Federal Court in its judgment of 20 August 1997 was called upon to examine concurring interests protected by the same basic right: namely the freedom of the applicant association to broadcast its ideas, and the freedom of the Commercial Television Company, and the Swiss Radio and Television Company, to communicate information. To admit the applicant association's point of view would be to grant a 'right to an antenna', which right would substantially interfere with the rights of the Commercial Television Company and the Swiss Radio and Television Company to decide which information they chose to bring to the attention of the public. In fact, Article 10 would then oblige a third party to broadcast information which it did not wish to do. Finally, the public had to be protected from untimely interruptions in the television programmes by means of commercials.

65. In this respect the Government pointed out the various other possibilities open to the applicant association to broadcast the information at issue, namely by means of local radio and television stations, the written press, and internet. Moreover, the Commercial Television Company had offered the applicant association the possibility of discussing the conditions for broadcasting its commercials, though this had been categorically refused by the applicant association.

66. The Court recalls that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions. Such exceptions must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly, particularly where the nature of the speech is political rather than commercial (see, *inter alia*, the *Hertel v. Switzerland* judgment cited above, p. 2329, § 46, and the *Handyside v. the United Kingdom* judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, § 49).

67. Under the Court's case-law, the adjective 'necessary', within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a 'pressing social need'. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a 'restriction' is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

68. The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was 'proportionate to the legitimate aim pursued' and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are 'relevant and sufficient' (see the *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 2) judgment of 26 November 1991, Series A no. 217, p. 29, § 50). In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts (see the *Hertel v. Switzerland* judgment cited above).

69. It follows that the Swiss authorities had a certain margin of appreciation to decide whether there was a 'pressing social need' to refuse the

broadcasting of the commercial. Such a margin of appreciation is particularly essential in commercial matters, especially in an area as complex and fluctuating as that of advertising (see the *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany* judgment of 20 November 1989, Series A no. 165, p. 19, § 33; and the *Jacobowski v. Germany* judgment of 23 June 1994, Series A no. 291-A, p. 14, § 26).

70. However, the Court has just found that the applicant association's film fell outside the regular commercial context in the sense of inciting the public to purchase a particular product. Rather, it reflected controversial opinions pertaining to modern society in general (see above, § 57). The Swiss authorities themselves regarded the content of the applicant association's commercial as being 'political' within the meaning of 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act. Indeed, it cannot be denied that in many European societies there was, and is, an ongoing general debate on the protection of animals and the manner in which they are reared.

71. As a result, in the present case the extent of the margin of appreciation is reduced, since what is at stake is not a given individual's purely 'commercial' interests, but his participation in a debate affecting the general interest (see the *Hertel v. Switzerland* judgment cited above).

72. The Court will consequently carefully examine whether the measures in issue were proportionate to the aim pursued. In that regard, it must balance the applicant association's freedom of expression, on the one hand, with the reasons adduced by the Swiss authorities for the prohibition of political advertising, on the other, namely to protect public opinion from the pressures of powerful financial groups and from undue commercial influence; to provide for a certain equality of opportunity between the different forces of society; to ensure the independence of the broadcasters in editorial matters from powerful sponsors; and to support the press.

73. It is true that powerful financial groups can obtain competitive advantages in the areas of commercial advertising and may thereby exercise pressure on, and eventually curtail the freedom of, the radio and television stations broadcasting the commercials. Such situations undermine the fundamental role of freedom of expression in a democratic society as enshrined in Article 10 of the Convention, in particular where it serves to impart information and ideas of general interest, which the public is moreover entitled to receive. Such an undertaking cannot be successfully accomplished unless it is grounded in the principle of pluralism of which the State is the ultimate guarantor. This observation is especially valid in relation to audio-visual media, whose programmes are often broadcast very widely (see the *Informationsverein Lentia and others v. Austria* judgment of 24 November 1993, Series A no. 276, p. 16, § 38).

74. In the present case, the contested measure, namely the prohibition of political advertising as in S. 18 § 5 of the Federal Radio and Television Act, was applied only to radio and television broadcasts, and not to other media such as the press. The Federal Court explained in this respect in its judgment of 20 August 1997 that television had a stronger effect on the public on account of its dissemination and immediacy. In the Court's opinion, however, while the domestic authorities may have had valid reasons for this differential treatment, a prohibition of political advertising which applies only to certain media, and not to others, does not appear to be of a particularly pressing nature.

75. Moreover, it has not been argued that the applicant association itself constituted a powerful financial group which, with its proposed commercial, aimed at endangering the independence of the broadcaster; at unduly influencing public opinion; or at endangering the equality of opportunity between the different forces of society. Indeed, rather than abusing a competitive advantage, all the applicant association intended to do with its commercial was to participate in an ongoing general debate on animal protection and the rearing of animals. The Court cannot exclude that a prohibition of 'political advertising' may be compatible with the requirements of Article 10 of the Convention in certain situations. Nevertheless, the reasons must be 'relevant' and 'sufficient' in respect of the particular interference with the rights under Article 10. In the present case, the Federal Court in its judgment of 20 August 1997, discussed at length the reasons in general which justified a prohibition of 'political advertising'. In the Court's opinion, however, the domestic authorities have not demonstrated in a 'relevant and sufficient' manner why the grounds generally advanced in support of the prohibition of political advertising, also served to justify the interference in the particular circumstances of the applicant association's case.

76. The domestic authorities did not adduce the disturbing nature of any particular sequence, or of any particular words, of the commercial as a ground for refusing to broadcast it. It therefore mattered little that the pictures and words employed in the commercial at issue may have appeared provocative or even disagreeable.

77. Insofar as the Government pointed out that there were various other possibilities to broadcast the information at issue, the Court

observes that the applicant association, aiming at reaching the entire Swiss public, had no other means than the national television programmes of the Swiss Radio and Television Company at its disposal, since these programmes were the only ones broadcast throughout Switzerland. The Commercial Television Company was the sole instance responsible for the broadcasting of commercials within these national programmes. Regional private television channels and foreign television stations cannot be received throughout Switzerland.

78. The Government have also submitted that admitting the applicant's claim would be to accept a 'right to an antenna' which in turn would substantially interfere with the rights of the Commercial Television Company to communicate information. Reference was further made to the danger of untimely interruptions in the television programmes by means of commercials. The Court recalls that its judgment is essentially declaratory. Its task is to determine whether the Contracting States have achieved the result called for by the Convention. Various possibilities are conceivable as regards the organisation of broadcasting television commercials; the Swiss authorities have entrusted the responsibility in respect of national programmes to one sole private company. It is not the Court's task to indicate which means a State should utilise in order to perform its obligations under the Convention (see the *de Cubber v. Belgium* judgment of 26 October 1984, Series A no. 86, p. 29, § 35).

79. In the light of the foregoing, the measure in issue cannot be considered as 'necessary in a democratic society'. Consequently, there has been a violation of Article 10 of the Convention.

[...]

Varkens in Noot

Jan Kabel

1. De VGT wil op de privaatrechtelijke Zwitserse reclamezender Publisuisse in het programma van een Zwitserse omroep (Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft) een ideële reclameboodschap laten uitzenden die als afbrekend tegenover de vleesindustrie kan worden gekwalificeerd. De spot toont eerst een varkensparadijsje (geen Animal Farm) en vervolgens de werkelijkheid van de varkensindustrie. Die werkelijkheid wordt in de spot uitdrukkelijk gekwalificeerd als een concentratiekamp. Men herinnert zich de gelijksoortige uitspraken van Robert Long (Pres. Rb. Amsterdam 30 november 2000, *Elro* AA8696; zie ook Schuijt in: *Onrechtmatige Daad*, VII, aant. 72). De uitsmijter luidt: eet minder vlees.

2. Publisuisse weigert de spot uit te zenden vanwege haar duidelijk politieke karakter. Zij baseert die weigering op art. 18 lid 5 van de Zwitserse Federale Radio en Televisiewet dat religieuze en politieke reclame verbiedt, op haar contractvoorwaarden, op haar zakelijke belangen en op haar redactionele rechten.

3. Daarna breekt een Kafkaïaanse procedure-doolhof aan. Op het protest tegen de weigering deelt Publisuisse mee dat zij geen instantie is die voor beroep vatbare beslissingen kan geven. Een klacht bij de Onafhankelijke Bezwaarschriftencommissie voor radio en televisie wordt terzijde gelegd, omdat deze commissie alleen oordeelt over reeds uitgezonden programma's. De commissie verwijst de klacht naar het Bundesamt für Kommunikation dat meedeelt dat Publisuisse vrij is om een spot al dan niet uit te zenden. Een volgende klacht bij het Ministerie voor Transport en energie, op basis van mededingingsrechtelijke aspecten, wordt afgewezen omdat Publisuisse geen monopoliepositie heeft maar moet concurreren met andere reclamezenders en bovendien op haar geen publiekrechtelijke plicht rust om reclameboodschappen uit te zenden. Het administratief beroep tegen de beslissing van het Bundesamt wordt door het Bundesgericht verworpen. Dat overweegt echter dat, gelet op artikel 13 van het EVRM, het Bundesamt nalatig is geweest klager een behoorlijke procedurele mogelijkheid te bieden. Het Bundesgericht beoordeelt dan de zaak zelf en oordeelt dat op basis van de Zwitserse radio- en televisiewetgeving er geen verplichting bestaat voor de Zwitserse omroep om reclameboodschappen uit te zenden. De vraag of het reclameverbod van artikel 18 lid 5, dat nader is uitgewerkt in artikel 15 van het Radio en televisiebesluit, in strijd komt met artikel 10 EVRM wordt negatief beantwoord. Het verbod van politieke reclame acht het gerecht een juist middel om tegen te gaan dat financieel sterke politieke groeperingen een concurrerend politiek voordeel kunnen behalen, het waarborgt de onafhankelijkheid van het

redactionele programma en de advertentiebelangen van de gedrukte media en daarmee de mede door artikel 10 EVRM gewaarborgde pluraliteit van de media. Bovendien staan de VGT andere middelen ter beschikking om haar boodschap uit te dragen (buitenlandse zenders, de pers of de bioscoop). Dat de vleesindustrie wel reclame mag maken en de VGT niet, ziet het gerecht niet als ongelijke behandeling omdat commerciële reclame en ideële reclame nu eenmaal niet met elkaar te vergelijken zijn. VGT houdt zich inderdaad bezig met een politiek issue; dat blijkt wel uit het feit dat zij de zaak bij het Zwitsers parlement heeft aangekaart.

4. Het belang van deze zaak ligt allereerst in de vraag naar de horizontale werking van het grondrecht van vrijheid van meningsuiting. Publisuisse, de Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft en VGT zijn privaatrechtelijke rechtspersonen. De Zwitserse regering verweert zich dan ook met het argument dat zij niet verantwoordelijk kan worden gesteld voor de weigering. Haar opvatting is dat het om een privaatrechtelijke kwestie gaat die mededingingsrechtelijk kan worden uitgevochten. Dat argument gaat in de Nederlandse rechtspraak op, althans wanneer het om concurrentieverhoudingen gaat. Zie Pres. Rb. Den Haag 10 juli 1998, *KGK* 1998, 1487 (*ACSI Internationale Campings B.V. tegen ANWB*) en daarover Kabel, in: *Praktijkboek Reclamerecht* XIIB, nr. 1). De president oordeelde eiser wiens advertentie door ANWB's blad de Autokampioen werd geweigerd, niet ontvankelijk omdat de Mededingingswet een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bevatte. De vraag is of dit een juiste uitspraak is; in kort geding kan immers ook de Mededingingswet aan de orde worden gesteld (zie Pres. Rb. Breda 13 december 2000, *Elro* AA9060). Wanneer het niet gaat om concurrentieverhoudingen, zoals in dit geval, ligt de zaak in ieder geval anders. Zie Pres. Rb. Amsterdam 1 mei 1998, *Mediaforum* 1998-7/8: 237-239 m.nt. Schuijt (Centrum Democraten tegen SBS6).

5. Het Hof maakt korte metten met het argument van de Zwitserse regering. Terecht oordeelt het dat het niet nodig is om een algemene theorie over horizontale werking te ontwikkelen – dat zouden wetenschappers zich ook wel eens mogen aantrekken (zie aldus al Bloembergen *H.N.J.V.* 1969: 55). Het is voldoende dat de weigering berust op de uitleg van een wettelijke regeling; voor die regeling is de Zwitserse Staat verantwoordelijk.

6. Het gaat hier om een weigering door een privaatrechtelijke instantie en om een bevestiging van die weigering door een rechterlijke instantie. De laatste handeling valt niet weg te denken, omdat betrokkene anders niet bij het Hof terechtkomt. Niettemin doet zich dan toch de vraag voor of weigering of veroordeling achteraf van reclameboodschappen door een privaatrechtelijke instantie met het argument dat de desbetreffende boodschap in strijd is met de wet, vatbaar is voor toetsing aan artikel 10 EVRM. Wij kennen zo een artikel in artikel 2 NRC: reclameboodschappen mogen niet in strijd zijn met de wet. Het is verdedigbaar dat juist in die gevallen de RCC, ook al is zij een zelfreguleringsinstantie, zich iets zou moeten aantrekken van een beroep op artikel 10 EVRM en niet, zoals zij thans doet, zou moeten oordelen dat een dergelijke toetsing een zaak is van de burgerlijke rechter.

7. Kennen wij ook een regeling die politieke reclameboodschappen verbiedt? Niet meer. Sinds 1998 volgt de STER de commerciële omroepen die enige tijd daarvoor hun beleid op dit punt hadden gewijzigd en voortaan ook spots van politieke partijen accepteerden. Voorheen bevatte artikel 20 van de Voorschriften voor de Nederlandse etherreclame de verplichting voor STER om boodschappen te weigeren van levensbeschouwelijke, of politieke aard of herkomst (zie Kabel, 'Weigering van politieke advertenties', *Auteursrecht/AMR* 1993-1: 8). De motivering daarvoor lag waarschijnlijk in de wens het reclamescherm vrij te houden van mogelijk irriterende factoren die de beoogde werking van commerciële reclameboodschappen alleen maar zou kunnen frustreren. Dat artikel verviel met de inwerkingtreding van de Mediawet maar werd door de STER privaatrechtelijk gehanteerd in haar Algemene Voorwaarden. Wij hadden in die tijd dus geen wettelijke regeling, zoals de Zwitsers; de vraag of een weigering gebaseerd op de Algemene Voorwaarden van de STER de toets aan artikel 10 EVRM zou kunnen doorstaan, lijkt, mede gelet op deze uitspraak, wat moeilijker denkwerk te vereisen, maar is toch eenvoudig te beantwoorden. Een kort geding procedure tegen STER op basis van een weigering is uiteraard mogelijk en heeft zich inderdaad al een paar keer voorgedaan.¹ Een bevestigende uitspraak op basis van een onrechtmatige daadsactie in kort geding is te beschouwen als een vorm van overheidsinmenging in de zin van artikel 10 EVRM en daarmee is allerlei getheoretiseerd over horizontale werking van de baan.

8. De beperking wordt door het Hof gekwalificeerd als een beperking ter bescherming van de rechten van anderen, en het neemt betrekkelijk

1 Pres. Rb. Amsterdam 9 mei 1985, *KG* 1985, 152 (Volkskrant tegen STER), bevestigd door Hof Amsterdam 28 november 1985, *KG* 1986, 12; Pres. Rb. Amsterdam 14 december 1990, *KG* 1991, 29 (Regionale Omroep Utrecht tegen STER); Pres.

Rb. Amsterdam 14 februari 1992, *Mediaforum* 1992-4: B25 (Sky Radio tegen STER); Pres. Rb. Amsterdam 29 april 1993, *KG* 1993, 209 (AVRO tegen STER).

achteloos de motivering dienaangaande van het Zwitserse gerecht over, te weten dat het gaat om bescherming van de onafhankelijkheid van omroepen, de bescherming van het politieke proces tegen onwenselijke commerciële invloeden en om ondersteuning van de pers; het rept daarbij niet van het pluriformiteitsbeginsel dat door de Zwitserse rechter min of meer als algemeen motief wordt genoemd. Kennelijk ligt dat beginsel toch ten grondslag aan de kwalificatie, omdat op zichzelf bezien de pers geen zelfstandig recht op ondersteuning kan claimen op grond van artikel 10 EVRM en het bij de beperkingen niet alleen kan gaan om economische motieven. Dat wordt later ook bevestigd (zie par. 73).

9. De hamvraag zit hem natuurlijk in de vraag naar de noodzakelijkheid van de beperking. Het Hof oordeelt dat de beperking in dit geval niet noodzakelijk was. Het volgt daarbij de inmiddels klassieke redenering: het gaat hier om het publieke debat, dat houdt in dat het Hof de argumenten over en weer volledig kan toetsen en de vrijheid van meningsuiting dient af te wegen tegen het belang dat met de beperking is gediend, daarbij rekening houdend met alle omstandigheden van het geval (Hertel/Zwitserland) en met het gegeven dat de vrijheid van meningsuiting ook van toepassing is op mogelijk shockerende uitspraken (Handyside/UK).

10. In concreto zijn de volgende factoren van belang:

- a. Een beperking die alleen maar geldt voor bepaalde media en niet voor andere lijkt bepaald niet dwingend noodzakelijk.
- b. Het motief voor de beperking, waarborging van pluralisme in de media, is op de adverteerder niet van toepassing: het betreft hier immers geen financieel sterke groepering.
- c. De weigering is niet gebaseerd op de concrete vormgeving van de spot.
- d. Dat er alternatieven zijn voor de adverteerder is niet relevant, omdat het Zwitserse omroepbestel nu eenmaal zo is georganiseerd dat uitzending via de desbetreffende omroep de enige manier is in Zwitserland om het gehele omroeppubliek te bereiken.
- e. Dat er op deze wijze een soort van afdwingbaar toegangsrecht wordt geschapen (*right to an antenna*) kan waar zijn, maar dat is juist mede het gevolg van de manier waarop in Zwitserland de nationale omroep is georganiseerd (zie d.). Het is echter niet aan het Hof om een oordeel te geven over de manier waarop een nationale omroep is georganiseerd.

11. De beleidsvrijheid van een reclamezender die de enige is met een nationaal bereik is dus veel minder groot dan die van de redactie van het gewone omroepprogramma van zo'n zender. Het lijkt tenminste niet goed voorstelbaar dat de redactie van zo'n programma verplicht zou kunnen worden een item uit te zenden zonder voorafgaande concrete rechtsgrond (rectificatieplicht, weerwoord, e.d. naar aanleiding van een eerder uitgezonden programma). In de Nederlandse rechtspraak geldt ten aanzien van de weigering van politieke reclame de *Boycot Outspan* regel: collectieve weigering door persmedia van ideële reclameboodschappen om redenen van fatsoen en goede smaak is alleen dan rechtmatig indien de reclameboodschap naar de in ons land, althans bij de overgrote meerderheid van de bevolking levende opvattingen, in ernstige mate wansmakelijk of onfatsoenlijk zou zijn, en de lezers afkeuring zou maken van het blad of het tijdschrift waarin zij is geplaatst (Hof Amsterdam 30 oktober 1981, NJ 1981, 422). Die regel biedt m.i. meer weigeringsmogelijkheden dan de Handy Side regel die het Hof in deze zaak gebruikt en dat dus nu ten onrechte.

12. De RCC lijkt zich intussen al niets aan te trekken van de *Boycot Outspan* regel. Zij veroordeelde wegens strijd met het fatsoen en zonder veel motivering een advertentie van de Stichting Wakker Dier met als tekst: 'Biggen castreren? Gehoorbeschermers op uw bedrijf.' (RCC 6 september 2000, *Uitspraken* 2000: 332). Met deze ironische tekst stelde de Stichting de praktijk op veel bedrijven aan de kaak waarbij biggen zonder verdoving worden gecastreerd omdat verdoving alleen door een dierenarts mag geschieden, maar castreren kennelijk door de varkensboer zelf mag worden uitgevoerd. Een dergelijke mededeling, gedaan door Robert Long werd door de Amsterdamse President in de hierboven genoemde zaak niet onrechtmatig geacht. Toegevoegd moet worden dat de RCC haar uitspraken in deze geeft in de vorm van een zogenaamd vrijblijvend advies. Wat de materiele norm betreft, maakt dat echter geen verschil.

13. Tenslotte: hoe zou het in ons land aflopen met een weigering door STER van een door de Stichting Varkens in Nood aangeboden spotje? Van toetsing aan een wettelijke regel is ten onzent geen sprake: wij kennen geen verbod van politieke reclame op de STER of op andere reclamezenders. De STER is een privaatrechtelijke organisatie. Toch ligt het bij de STER en bij de andere reclamezenders van binnenlandse regionale en lokale en commerciële omroepen wat problematischer. Zij zijn namelijk verplicht zich aan te sluiten bij het stelsel van de RCC (zie respectievelijk de artikelen 61a, 43b lid 2 Mediawet en 52b Mediabe-

sluit). Dat hoeft nog niet te betekenen dat zij niet meer de vrijheid hebben om een eigen, individueel beleid te voeren. Gelet op de 'Biggen castreren' lijn van de RCC, ligt een weigering echter voor de hand. Indien die weigering inderdaad is gebaseerd op het beleid van de RCC bij welks stelsel men wettelijk verplicht is zich aan te sluiten, dan ligt de vraag voor de hand of dat zachte poldermodel voldoende vaste grond biedt om te spreken van overheidsinmenging in de zin van artikel 10 EVRM. Toch blijft het belang van die vraag wat in de lucht hangen. Natuurlijk zal een Nederlandse rechter, geconfronteerd met een vordering tegen STER of IP het belang van de vrijheid van meningsuiting laten meewegen. De exercities omtrent de vraag of het zachte poldermodel gekwalificeerd moet worden als overheidsinmenging verbleekt bij die afweging. En na zo'n afweging ligt in het geval van een bevestigend oordeel de weg naar Straatsburg altijd open (zie boven). Daarbij is van belang dat in ons land televisiereclame alternatieven bestaan: de STER is niet de enige nationale reclamezender.

14. Pas wanneer collectief wordt geweigerd, komt de vraag aan de orde of het *Boycot Outspan* criterium van het Amsterdamse Hof de toets van artikel 10 lid 2 kan doorstaan. Zo'n geval heeft zich pas voorgedaan bij radioreclame. STER, Sky Radio, Radio 358 en de regionale en lokale radiozenders hebben geweigerd een reclamespot van Milieudefensie uit te zenden waarin wordt opgeroepen biologische appelmoes te bestellen bij Hak. Zo moeten consumenten bewijzen dat er vraag is naar biologische producten. De weigering is gebaseerd op het gegeven dat de spot Hak (en ook enkele andere bedrijven zoals Iglo en Mona) in een negatief daglicht stelt (*Adformatie* 3 december 2001). Nu hier concrete bedrijven worden genoemd, ligt m.i. de zaak anders dan in het Zwitserse geval en zal een op het belang van die bedrijven gebaseerde weigering gemakkelijker de toets aan artikel 10 EVRM kunnen doorstaan.

15. Collectieve weigering van een televisiereclamespot van de Stichting Varkens in Nood zal m.i. die toets in beginsel echter niet kunnen doorstaan, na de uitspraak van het Hof. De boodschap is in redactionele vorm al niet onrechtmatig geacht in de uitspraak over Robert Long. Het criterium van het Amsterdamse Hof in de *Boycot Outspan* uitspraak is als gezegd, gelet op de Handyside uitspraak van het Hof, te beperkend. Belangen van de vleesindustrie en van de televisiereclamezender zijn door het Hof weliswaar niet expliciet maar ongetwijfeld meegewogen. In par. 76 van 's Hofs uitspraak ligt nog een klein addertje onder het gras. Wanneer de Zwitserse overheid de weigering had gebaseerd op de concrete inhoud van de spot (bijvoorbeeld op mogelijke inbreuk op rechten van anderen, te weten de reputatie van de vleesindustrie) had het Hof wel een uitspraak moeten geven over de vraag of vanwege het provocatieve en wansmakelijke karakter van de uiting de weigering de toets aan artikel 10 EVRM had kunnen doorstaan.

Nr 4 Staat vs. Amstel Meer Land

Hof Amsterdam 25 oktober 2001

Arrest in de zaak van:

De Staat der Nederlanden, waarvan de zetel gevestigd is te 's-Gravenhage, appellant, procureur: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Amstel Meer Land B.V., gevestigd te Amsterdam, geïntimeerde, procureur: mr. A.S.M. Van der Zanden.

1. Het geding in hoger beroep

1.1. Appellant wordt hierna aangeduid als de Staat en geïntimeerde als Amstel Meer Land.

1.2. Bij dagvaarding van 16 augustus 2000 is de Staat in hoger beroep gekomen van een vonnis dat de president van de arrondissementsrechtbank te Amsterdam op 3 augustus 2000 in deze zaak onder rolnummer KG 00/1609 OdC heeft gewezen tussen de Staat als eiser en Amstel Meer Land als gedaagde.

1.3. Bij memorie heeft de Staat een grief tegen voornoemd vonnis opgeworpen, en geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van de Staat alsnog zal toewijzen met veroordeling van Amstel Meer Land in de kosten van het geding in beide instanties.

1.4. Amstel Meer Land heeft bij memorie van antwoord de grief bestreden en geconcludeerd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen, met veroordeling van de Staat in de kosten van, naar wat het hof begrijpt, het geding in hoger beroep.

1.5. Partijen hebben ter terechtzitting van dit hof van 19 september 2001 hun standpunten mondeling doen uiteenzetten, de Staat door mr. H.J.M. Boukema, advocaat te Den Haag, en Amstel Meer Land door mr. M.O. Klaassen, advocaat te Amsterdam, beiden aan de hand van nadien overgelegde pleitnotities.

1.6. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingevoegd wordt beschouwd.

2. Grieven

Voor de inhoud van de grief wordt verwezen naar de memorie van grieven.

3. Feiten

De president heeft in rechtsoverweging 1. onder a. tot en met c. een aantal feiten als tussen partijen vaststaand aangenomen. Tegen deze vaststelling zijn geen grieven gericht, zodat ook het hof die feiten tot uitgangspunt zal nemen.

4. Beoordeling

4.1. Het hof neemt op grond van hetgeen enerzijds is gesteld en anderzijds niet of onvoldoende gemotiveerd is weersproken, alsmede op grond van de in zoverre niet betwiste inhoud van overgelegde bescheiden, de volgende feiten tot uitgangspunt:

a. Amstel Meer Land is een onderneming waarvan de bedrijfsomschrijving onder meer luidt: 'beheersactiviteiten'. Ter terechtzitting in hoger beroep is dit namens Amstel Meer Land nader omschreven als 'internetactiviteiten'.

b. Op 29 januari 2000 heeft Amstel Meer Land de top level domeinnamen tweedekamer.com en zekamer.com doen registreren.

c. De Staat beschikt sedert 1 juli 1996 over de domeinnaam zekamer.nl en voorts over onder meer de volgende domeinnamen: overheid.nl, tweedekamer.nl, staten-generaal.nl en staten-generaal.com

4.2. De Staat heeft in hoger beroep - zakelijk weergegeven - gevorderd dat

- Amstel Meer Land zal worden verboden ieder gebruik van de aandui-

dingen tweedekamer.com en zekamer.com als domeinnaam, of daarmee overeenstemmende domeinnamen, zulks op straffe van een dwangsom per overtreding;

- Amstel Meer land zal worden geboden de domeinnamen tweedekamer.com en zekamer.com aan de Staat over te dragen, primair met bepaling dat het arrest dezelfde kracht heeft als een akte van overdracht van de domeinnamen, subsidiair op straffe van een dwangsom.

4.3. De Staat heeft aan zijn vorderingen, zakelijk weergegeven, het volgende ten grondslag gelegd. Amstel Meer Land heeft jegens de Staat onrechtmatig gehandeld of misbruik gemaakt van haar bevoegdheden door de desbetreffende domeinnamen te doen registreren. Het commerciële gebruik door Amstel Meer Land doet de naam en reputatie van de Tweede Kamer verwateren en doet afbreuk aan die reputatie. Daarnaast veroorzaakt dit gebruik verwarring bij het publiek en belemmert het de communicatie tussen burger en overheid. Het gebruik van deze domeinnamen is voorts misleidend in de zin van artikel 6:194 BW.

4.4. Amstel Meer Land heeft een en ander bestreden.

4.5. De president heeft de (soortgelijke) vorderingen van de Staat zoals deze in eerste aanleg luidden, afgewezen.

Tegen deze beslissing van de president richt zich het hoger beroep van de Staat. De grief beoogt het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen.

4.6. Bij de beoordeling van het geschil staat het volgende voorop. In het spraakgebruik en het maatschappelijk verkeer heeft de aanduiding 'tweede kamer' sinds jaar en dag een zeer specifieke betekenis en een pregnant onderscheidend vermogen als de in de Grondwet verankerde naam van het staatsrechtelijk instituut, dat bij uitstek met onze parlementaire democratie is verbonden en met de Staat wordt geassocieerd. Bij het gebruik van de naam 'tweede kamer' in domeinnamen heeft de Staat, mede met het oog op het verstrekken van breed en gemakkelijk toegankelijke voorlichting, onmiskenbaar een wezenlijk publiek belang om op het internet toegang te bieden tot overheidsinformatie die op de Tweede Kamer der Staten-Generaal betrekking heeft of daarvan afkomstig is. Daaraan doet niet af dat, zoals Amstel Meer Land heeft aangevoerd, de Tweede Kamer geen commerciële instelling is of dat de Staat beschikt over domeinnamen als 'tweedekamer.nl' of 'overheid.nl' door middel waarvan hij die informatie (ook) kan bieden.

4.7. De algemene bekendheid van deze eigenaam brengt mee dat, naar de Staat vooralsnog voldoende aannemelijk heeft gemaakt, bij gebruik van de aanduiding 'tweede kamer' in domeinnamen door anderen dan de Staat het reële gevaar bestaat dat het publiek in verwarring wordt gebracht of wordt misleid omtrent de mogelijkheid van toegang tot officiële informatie van de Tweede Kamer of omtrent de herkomst van aan te treffen informatie.

4.8. Tegen deze achtergrond dient Amstel Meer Land, met het oog op de kenbare en gerechtvaardigde publieke belangen van de Staat bij het gebruik van de naam van de Tweede Kamer in domeinnamen van de Staat, bij haar registratie, zonder toestemming van de Staat, van een domeinnaam, waarvan de aanduiding 'tweede kamer' deel uitmaakt, zich ervan te vergewissen dat het gevaar van verwarring of misleiding dat kan ontstaan doordat deze naam specifiek met de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt geassocieerd zich redelijkerwijze niet kan voordoen. Het ligt in deze omstandigheden dan ook op de weg van Amstel Meer Land vooralsnog aannemelijk te maken dat bij registratie van de domeinnamen *tweedekamer.com* en *zekamer.com* het bedoelde gevaar voor verwarring of misleiding redelijkerwijze afwezig is.

4.9. Amstel Meer Land heeft in dit kort geding niet aannemelijk gemaakt dat zij bij registratie van de domeinnaam *tweedekamer.com* en *zekamer.com* dit verwarrings- of misleidingsgevaar heeft vermeden. De registratie onder het .com domein neemt dit risico van verwarring of misleiding met de domeinnamen in het .nl domein niet weg, omdat dit suffix geen onderscheidend vermogen heeft. De door Amstel Meer Land geregistreerde domeinnamen zijn wat hun karakteristieke deel betreft dan ook identiek aan die van de Staat. Amstel Meer Land heeft, tegenover de betwisting door de Staat, vooralsnog niet voldoende aannemelijk gemaakt dat het top level domein .com exclusief wordt of mag worden benut door commerciële instellingen en dat het 'volstrekt ongebruikelijk' is dat overheidsinstellingen zich onder het .com domein presenteren. Amstel Meer Land heeft voorts vooralsnog niet aannemelijk gemaakt dat het in aanmerking komende publiek zich bij zijn zoekgedrag in overheersende mate bedient of behoort te bedienen van het .nl domein (of van de top level domeinen .gov, .int of .edu) om overheidsinformatie over de Tweede Kamer op het internet te vinden en dat het publiek die informatie in zijn algemeenheid niet onder het

.com domein zoekt en evenmin dat dit zoekgedrag, als dit al het gebruikelijke gedrag zou zijn, het gevaar voor verwarring voldoende opheft. Daarmee is ook de mogelijkheid niet uitgesloten dat degene die in zoekmachines zoekt op het begrip 'tweede kamer' bij de website van Amstel Meer Land terecht komt en niet bij een van de Staat.

4.10. De directeur van Amstel Meer Land heeft ter terechtzitting in hoger beroep desgevraagd verklaard dat onder de desbetreffende domeinnamen een politieke website te vinden is, waarop informatie, nieuws en discussie over de Tweede Kamer en politieke partijen wordt geboden, dat dit een hobby van hem persoonlijk is en hij of zijn bedrijf daarmee geen commercieel doel nastreeft, dat de inhoud van de website geen rechtstreeks verband heeft met de doelomschrijving van Amstel Meer Land, dat op de website duidelijk kenbaar wordt gemaakt dat de site niet afkomstig is van de overheid en dat daarop ook links zijn aangebracht waarmee de officiële websites van de overheid en de Tweede Kamer kunnen worden bereikt. Wat daarvan zij – ten tijde van de terechtzitting in hoger beroep was de site (naar zeggen van de directeur: tijdelijk) niet opvraagbaar en de Staat heeft geen gegevens in het geding gebracht omtrent de inhoud van de site, zoals deze eerder en pas na het aanspannen van dit kort geding, op te roepen zou zijn geweest – dit doet aan het verwarrings- of misleidingsgevaar, als hiervoor bedoeld, niet in voldoende mate af, omdat dit risico reeds wordt geschapen door de in hoofdzaak identieke domeinnaam als adres dat toegang verschaft tot een website.

4.11. Amstel Meer Land heeft voorts niet duidelijk gemaakt dat en waarom zij niet een domeinnaam heeft kunnen kiezen die meer afstand bewaart tot de naam van de Tweede Kamer en die, mogelijk met behoud van dit element, evengoed voor de door haar (of haar directeur) met de website nagestreefde doelstellingen kan worden gebruikt. Zij heeft ook overigens geen feiten en omstandigheden aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat de domeinnamen *tweedekamer.com* en *zekamer.com* noodzakelijk zijn met het oog op die doelstellingen. Aldus heeft Amstel Meer Land onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij een enigszins zwaarwegend ideëel of financieel belang heeft bij juist de gekozen domeinnamen.

4.12. In deze omstandigheden is vooralsnog aannemelijk dat Amstel Meer Land misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid tot registratie van de bedoelde domeinnamen. Amstel Meer Land had, gelet op de onevenredigheid tussen het belang van de Staat bij gebruik van domeinnamen waarvan de aanduiding 'tweede kamer' het karakteristieke element vormt en haar belang bij die aanduiding, naar redelijkheid niet tot registratie kunnen komen.

4.13. Het vorenstaande rechtvaardigt een verbod op gebruik van de domeinnamen *tweedekamer.com* en *zekamer.com* door Amstel Meer Land. Daaraan doet niet af dat Amstel Meer Land, zoals zij heeft gesteld, rauwelijks is gedagvaard. Bij dit verbod heeft de Staat, naar onvoldoende gemotiveerd is bestreden, ook een voldoende spoedeisend belang om het gevaar voor verwarring of misleiding tegen te gaan. Dit verbod zal worden versterkt met een dwangsom, waarvan de hoogte zal worden gematigd en die aan een maximum zal worden gebonden.

4.14. Voor een verbod op het gebruik van 'daarmee overeenstemmende domeinnamen' heeft de Staat, gezien de niet nader gespecificeerde omschrijving, die executiegeschillen in de hand werkt, de noodzaak niet voldoende aannemelijk gemaakt.

4.15. In de geschetste omstandigheden heeft de Staat ook een voldoende spoedeisend belang bij overdracht van de desbetreffende domeinnamen. Amstel Meer Land heeft immers het gevaar voor verwarring of misleiding geschapen en in stand gelaten. De eigen aard van de technische exclusiviteit van de domeinnaam rechtvaardigt de gevorderde overdracht, omdat enkel een verbod tot het staken van het gebruik het de Staat nog steeds niet mogelijk maakt aan dit gevaar effectief een einde te maken. Zonder overdracht aan de Staat blijft bovendien enig risico bestaan dat Amstel Meer Land, die de stelling van de Staat dat zij een makelaar in domeinnamen is (pleitnotities van de zijde van de Staat in eerste aanleg, blz. 6, derde alinea) niet gemotiveerd heeft bestreden, de domeinnamen overdraagt aan derden.

4.16. Amstel Meer Land heeft ter terechtzitting in hoger beroep aangegeven dat de op te leggen maatregel van overdracht zonder geldelijke vergoeding te ingrijpend is. Niet is gesteld of aannemelijk geworden dat Amstel Meer Land bij de registratie van de domeinnamen desbewust ten nadele van de Staat heeft gehandeld. Voorts had de Staat, zou hij de naam in het .com-domein tijdig zelf hebben geregistreerd, de daarvoor vereiste vergoeding hebben moeten betalen en zou voorko-

men zijn dat Amstel Meer Land deze kosten vergeefs zou hebben gemaakt. Dat maakt het noodzakelijk aan de overdracht de voorwaarde te verbinden dat de Staat de registratiekosten voldoet die Amstel Meer Land heeft gemaakt, alsmede te bepalen dat de Staat eventuele aan de overdracht verbonden kosten voor zijn rekening komen. Bij gebreke daarvan zou de Staat door de maatregel van overdracht ongerechtvaardigd worden verrijkt, althans zou de Staat onzorgvuldig handelen ten opzichte van Amstel Meer Land door deze kosten niet voor zijn rekening te nemen.

4.17. Aan het bevel tot overdracht zal een dwangsom worden verbonden, als in de beslissing te bepalen en te maximeren. Voor het bepalen dat dit arrest dezelfde kracht heeft als een akte tot overdracht van de domeinnamen bestaat onvoldoende grond.

5. Slotsom

5.1. De grief slaagt. Het vonnis moet worden vernietigd en de vorderingen moeten alsnog worden toegewezen op de wijze als in de beslissing te bepalen.

5.2. Amstel Meer Land zal, als de in het ongelijk gestelde partij, in de kosten van het geding in beide instanties worden veroordeeld. De omstandigheid dat zij, naar zij heeft gesteld, maar door de Staat is betwist, rauwelijks is gedagvaard, brengt niet mee dat hierover anders gedacht moet worden.

6. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

beveelt Amstel Meer Land binnen 48 uur na betekening van dit arrest ieder gebruik van de aanduidingen *tweedekamer.com* en *zekamer.com* als domeinnaam te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van f 5.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Amstel Meer Land in gebreke blijft aan dit bevel te voldoen, met een maximum van f 25.000,-;

beveelt Amstel Meer Land binnen veertien dagen na betekening van dit arrest de domeinnamen *tweedekamer.com* en *zekamer.com* aan de Staat over te dragen, op straffe van verbeurte van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van f 5.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat Amstel Meer Land in gebreke blijft aan dit bevel te voldoen, met een maximum van f 25.000,-;

bepaalt dat de Staat geen rechten aan laatstvermeld bevel kan ontleen, indien hij niet schriftelijk en onvoorwaardelijk aan (de raadsman van) Amstel Meer Land aanbiedt om binnen vijf werkdagen nadat de overdracht heeft plaatsgevonden de kosten van de oorspronkelijke registratie van de domeinnamen *tweedekamer.com* en *zekamer.com*, alsmede die kosten van de overdracht die aan Amstel Meer Land in rekening zullen worden gebracht, te voldoen;

veroordeelt Amstel Meer Land in de kosten van het geding in beide instanties, tot op heden aan de zijde van de Staat begroot op f 2.041,30 in eerste aanleg en op f 5.717,34 in hoger beroep;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. Van Schendel, Coetier en Van Zandwijk-Hillebrands en in het openbaar uitgesproken op 25 oktober 2001.

Noot

De Staten-Generaal zijn van ons allemaal

Tjeerd Overdijk

Mr T.F.W. Overdijk is advocaat te Amsterdam (Steinhauser Hoogenraad, advocaten)

De Staat wordt met veel wapengekletter grootgrutter in domeinnamen. De Staat beschikt al langere tijd over het bekende domein overheid.nl, maar vindt dat hij daar niet genoeg aan heeft. Sterker nog, de Staat procedeert zich suf over domeinnamen. Op de databank

www.domeinnaam-jurisprudentie.nl is te zien dat de Staat inmiddels minstens negen procedures heeft gevoerd over domeinnamen die hij als 'staatsdomeinen' beschouwt.¹ De zaken over kamer.nl en verkiezingen.nl heeft de Staat verloren. Er loopt nog een (tweede) zaak over betuwe-route.nl. Via de rechter heeft de Staat wel de volgende domeinnamen aan zijn collectie kunnen toevoegen: miljoenennota.nl, ministers.nl, prinsjesdag.nl, regering.nl, staten-generaal.nl, troonrede.nl. De verzamelwoede van de Staat is niet alleen gericht op het Top Level Domein (TLD) .nl, maar strekt zich ook uit tot het TLD .com.²

Aan deze zaken over 'staatsdomeinen' zit een aantal interessante aspecten:

- er zijn geen merkrechten of handelsnamen van de Staat in het geding;
- niettemin wordt de 'first come, first served' regel soms opzij gezet;
- het door de Staat gestelde verwarringsgevaar;
- het belang van de informatievrijheid;
- de grondslag van de vordering tot overdracht aan de Staat;

Voor het opzij zetten van de 'first come, first served' regel worden in deze en andere soortgelijke zaken verschillende argumenten gehanteerd:

- (i) de meest voorkomende: de betrokken domeinnamen leiden tot verwarring bij en zelfs misleiding van het publiek. Verwarring veroorzaken en misleiden is onrechtmatig;
- (ii) het gebruik van 'staatsdomeinen' door derden frustreert de informatievoorziening door de overheid;
- (iii) het gebruik van 'staatsdomeinen' door derden leidt tot aantasting van de reputatie van de betrokken instituties;
- (iv) 'misbruik van bevoegdheid'.

Over deze grondslagen voor de vorderingen van de Staat valt het nodige te zeggen.

Ad verwarring/misleiding (i):

Dit criterium is de rode draad in de onderhavige zaak. Het was ook beslissend in de zaken regering.nl en ministers.nl. De redenering is van een verleidelijke eenvoud: het gebruik van dit soort termen in domeinnamen wekt de indruk dat sprake is van een website met informatie die afkomstig is van de overheid. Hierdoor wordt bij het publiek een verwarrende en misleidende suggestie gewekt en dat wordt onrechtmatig geoordeeld. In zijn noot bij een viertal uitspraken in *Computerrecht* 2001/5 stelt Hugenholtz dat het niet juist lijkt er vanuit te gaan dat het scheppen van verwarring in zijn algemeenheid onrechtmatig is. Daar ben ik het mee eens.

Ook in dit soort gevallen valt het gebruik van domeinnamen in een mededingingscontext te plaatsen. De (aanvankelijke) houders van 'staatsdomeinen' zijn immers – althans in de meeste gevallen – concurrenten van de overheid als het gaat om het verschaffen van publieksinformatie over aangelegenheden die corresponderen met de desbetreffende domeinnamen. Een domeinnaam heeft daarbij in zekere zin (mede) een onderscheidingsfunctie. Een parallel met het leerstuk 'nabootsen van onderscheidingsmiddelen' lijkt niet vergezocht. Hiervoor geldt als hoofdregel dat nabootsing slechts onrechtmatig is indien nodeloos verwarringsgevaar wordt geschapen.³ Deze regel wordt door het Hof kennelijk niet onderschreven, of in elk geval niet voor een naam die bestaat uit een 'eigenaam' van een staatsrechtelijk instituut: in de visie van het Hof (r.o. 4.8) moet de gebruiker van zo'n domeinnaam ervoor zorgen dat het – door het Hof veronderstelde – 'gevaar voor verwarring of misleiding redelijkerwijze afwezig is'. Dat lijkt mij een veel te zware eis, zeker gezien het feit dat bij dit soort domeinnamen geen merken, handelsnamen of andere exclusieve rechten in het geding zijn. De Tweede Kamer mag een grondwettelijk instituut zijn, het wordt daarmee niet 'van de Staat'. De Staten-Generaal zijn van ons allemaal. Dat geldt ook voor de andere 'staatsdomeinen'. Die vallen dus juist niet in het domein van de staat. Iedereen moet die instituten met hun gangbare namen kunnen aanduiden en ik zie niet waarom dat voor gebruik in domeinnamen anders zou moeten zijn. Het lijkt mij niet terecht van een ander dan de overheid te eisen dat hij of zij 'een enigszins zwaarwegend ideëel of financieel belang heeft' bij het gebruik van domeinnamen als de onderhavige (r.o. 4.11).

Het Hof stelt voorop (r.o. 4.6) dat de Staat bij het gebruik van de naam 'tweede kamer' in domeinnamen een wezenlijk publiek belang heeft, mede met het oog op het verstrekken van overheidsvoorlichting. Dat belang heeft de Staat onmiskenbaar, maar ik heb moeite met deze vooropstelling als opstapje naar het – minder uitgesproken – uitgangspunt dat domeinnamen waarvan het tweede level wordt gevormd door een grondwettelijke institutie meer bij de Staat thuis horen dan bij zijn onderdanen. In feite heeft iedereen die via Internet informatie over de Tweede Kamer wil verspreiden evenveel belang bij het gebruik van die naam in een domeinnaam. Ik zie niet waarom de Staat hier een streepje voor zou moeten krijgen. Het is niet ondenkbaar dat onafhankelijke

voorlichting over het wel en wee van de Tweede Kamer zelfs beter wordt gediend door particulier initiatief dan door de overheid.

In Nederland wonen erg veel mondige mensen en velen hebben aandrang om mening te verkondigen over instituties als de Tweede Kamer: is hij te groot of juist te klein? Wordt er wel efficiënt vergaderd? Moet er nu wel of niet weer een parlementaire enquête komen (bijvoorbeeld over het domeinnamenbeleid van de overheid)? Velen zullen hiervoor Internet willen benutten. Daarbij ligt het voor de hand een domeinnaam te gebruiken waarvan het tweede level – zo precies en bondig mogelijk – aangeeft over welk onderwerp er informatie is te vinden. Dat betekent dat Internetgebruikers zullen verwachten dat onder het domein tweedekamer.nl informatie over de Tweede Kamer is te vinden, maar dat het geenszins vanzelfsprekend is dat die informatie afkomstig is van de overheid. Een ander uitgangspunt, dat mij meer aanspreekt, zou dus kunnen zijn dat ieder die informatie wil verstrekken over de Tweede Kamer belang heeft bij het kunnen gebruiken van precies die aanduiding in een domeinnaam.

De kruistocht van de Staat om alsnog de door hem niet op tijd geregistreerde domeinnamen te bemachtigen, krijgt iets van een self-fulfilling prophecy. Nu de Staat in veel gevallen optreedt tegen gebruik van dergelijke domeinnamen door onderdanen en in veel gevallen nog wilt ook, zal bij het publiek wellicht de verwachting postvatten dat onder dergelijke domeinen slechts informatie afkomstig van de Staat is te vinden. Als de Staat de ontwikkelingen op zijn beloop had gelaten, zou het heel normaal gebleven of geworden zijn dat je onder een dergelijke domeinnaam ook informatie kunt vinden die niet afkomstig is van de overheid.

Verwarring (2)

Met de manier waarop het Hof het verwarringsgevaar benadert wordt het net wel heel strak getrokken. De gestelde verwarring wordt beoordeeld op basis van de enkele domeinnaam, dus vóórdat het publiek een bezoek heeft kunnen brengen aan de website, waardoor de verwarring direct zou kunnen worden opgeheven. Het is de vraag of dit niet te vroeg is, c.q. te kort door de bocht. Er is ook rechtspraak, van hetzelfde Hof, waarin wordt meegewogen dat op de website direct duidelijk is dat de informatie niet afkomstig is van de overheid.⁴ Wat is het juiste beoordelingsmoment?

Met behulp van een analogie met het merken- of handelsnaamrecht is op deze vraag geen eenduidig antwoord te geven. Als er een merk in het geding is moet de overeenstemmingsvraag worden beantwoord op basis van een beoordeling van de totaalindrukken, waarbij merk en aangevallen teken elk in hun geheel en in onderling verband moeten worden beschouwd.⁵ In die benadering zou het passen dat ook de inhoud van de website bij de beantwoording van de verwarringsvraag wordt betrokken. Anderzijds moet een beoordeling van de totaalindrukken betrekking hebben op het merk in elk van drie opzichten: visueel, auditief en begripsmatig.⁶ Dat kan weer inhouden dat bijvoorbeeld op de enkele auditieve gelijkenis verwarringsgevaar moet worden aangenomen, zonder dat daarbij de inhoud van de website in de beoordeling wordt betrokken. De merkenrechtelijke praktijk is in dit opzicht uitermate veelkleurig en casuïstisch.

Voor handelsnaamgeschillen geldt hetzelfde. Ook hier wordt bij de beoordeling van het gevaar voor verwarring de wijze waarop de jongere handelsnaam wordt gebruikt soms wel en soms niet in de beoordeling betrokken. Bij conflicten tussen handelsnamen en domeinnamen wordt geregeld meegewogen hoe de website van de houder van de domeinnaam eruit ziet.⁷

Samengevat kán het bij merken- en handelsnaamconflicten voorkomen dat de verwarring wordt beoordeeld zonder dat de website zelf daarbij is betrokken, maar het komt tevens voor dat de inhoud van de website wel meeweegt. Naar mijn mening zou de zgn. negatieve reflexwerking van het merken- en handelsnaamrecht moeten meebrengen dat (gevaar voor) verwarring buiten de sfeer van merken- of handelsnaamrecht minder streng moet worden beoordeeld, zodat de inhoud van een website in dit soort gevallen altijd of vaker zou moeten meewegen. Hierbij zij aangetekend dat het element 'nodeloos' bij merken- en handelsnaamrechtelijke verwarring geen rol speelt. Zoals hiervoor aangegeven meen ik dat nodeloosheid bij generieke aanduidingen wel zou moeten meewegen. Bovendien ligt het bij websites over instituties van de overheid voor de hand dat de naam wordt opgenomen in de domeinnaam. Een zekere mate van verwarring in het 'voorstadium' (i.e. als de website nog niet is bezocht) is dan onvermijdelijk en in mijn visie niet nodeloos. Ik zou er in elk geval voor willen pleiten dat die tijdelijke verwarring voor lief wordt genomen, mede vanwege de aard van de domeinnaam en het collectieve publieksbelang dat iedereen die op Internet wat over bijv. de Tweede Kamer wil melden dat kan doen met gebruikmaking van een domeinnaam waarin de woorden 'tweede' en

'kamer' voorkomen. De door het Hof aangelegde maatstaf dat gevaar voor verwarring of misleiding reeds bij de registratie moet worden vermeden (r.o. 4.9) lijkt mij veel te streng.

Verwarring (3)

Het arrest bevat een mijns inziens wonderlijke overweging over het belang van het Top Level Domein .com. Het Hof hecht geen belang aan de omstandigheid dat het in dit geval niet handelde om een .nl-domein maar om een .com-domein. Voor de beoordeling van (het gevaar voor) verwarring is dit juist zeer relevant. Ik zou menen dat de gemiddelde Nederlandse Internetgebruiker niet in het TLD .com op zoek gaat naar overheidsinformatie. Of het nu wel of niet ongebruikelijk is dat overheidsinstellingen zich presenteren onder het .com-domein, feit blijft dat .com (de afkorting van 'commercial') in de eerste plaats bestemd is en gebruikt wordt door het (internationale) bedrijfsleven.⁸ Dit gegeven heeft volgens mij zonder twijfel effect op de verwachting van het publiek, ik sluit niet uit zelfs een beslissend effect. Ik kan mij dan ook geheel vinden in wat de President hierover in eerste instantie heeft overwogen. Het gaat om wat gebruikelijk is. Hieraan doet niet af dat .com een zgn. 'unrestricted' TLD is, zodat het niet verplicht is het slechts te gebruiken voor websites met commerciële doeleinden. De test die het Hof aanlegt, t.w. of het .com-domein 'exclusief wordt of mag worden benut door commerciële instellingen' dan wel of het 'volstrekt ongebruikelijk' dat overheidsinstellingen zich onder het .com-domein presenteren (r.o. 4.9), lijkt mij dan ook wederom veel te zwaar.

Ook de overweging over de gevolgen voor de werking van zoekmachines roept vraagtekens op. Zoekmachines leveren vaak talloze resultaten op. Het intoetsen van 'Tweede' en 'Kamer' in Ilse leverde mij 9.530 resultaten op. Bovenaan stond restaurant 'De Tweede Kamer' in Utrecht. Als tweede kreeg ik www.parlement.nl. De resultaten van opdrachten aan zoekmachines worden maar in beperkte mate beïnvloed door domeinnamen. Zoekmachines zijn te beschouwen als grote geautomatiseerde jury's die punten toekennen aan alle informatie die op een website aanwezig is. De domeinnaam is daarvan maar een klein onderdeel. Zoekrobots die webpagina's afzoeken kijken naar veel verschillende soorten informatie: komt een woord op de website voor? Hoe vaak komt het voor? Daarnaast wordt gekeken naar de titel van de pagina en naar de verschillende metatags (digitale labels), in het bijzonder de 'description-tag', de 'keyword-tag' en de 'robots-tag'. Per zoekservice kan de jurering behoorlijk verschillen. Bovendien zijn de zoeksystemen voortdurend in ontwikkeling. In het algemeen wordt aan de domeinnaam weinig gewicht toegekend en is de informatie op de titelpagina en in de metatags van veel meer belang.

Verwarring (4)

Het Hof geeft aan dat het risico van verwarring reeds wordt geschapen door de in hoofdzaak identieke domeinnaam. De vraag rijst hoever een ander dan 'de overheid' zou moeten gaan om verwarring te voorkomen. De term 'tweedekamer' is niet alleen karakteristiek, maar ook beschrijvend. Het Hof is zich daarvan bewust, blijkens de overweging dat het element 'Tweede Kamer' in een 'niet-overheidsdomein' wel mag voorkomen (r.o. 4.11). 'tweedekamersucks.com' zal dus wel mogen. Maar hoe zit het met '2dekamer.com'? '1stekamer.com' mag wel van de Staat. In de zaak *ministers.nl* had de Staat aanvankelijk ook overdracht van dit domein gevorderd, maar deze vordering werd tijdens de zitting ingetrokken.⁹ Onduidelijk blijft waarom '1stekamer.com' geen verwarring veroorzaakt en 'eerstekamer.com' dat wel zou doen.

Frustratie informatievoorziening door de Staat?

Dit argument van de Staat speelt in het arrest geen prominente rol. Het argument spreekt mij in zijn algemeenheid niet erg aan en al helemaal niet in het geval van de Staat. De Staat beschikt al over een waslijst van voor de hand liggende domeinnamen en is daarmee uitstekend in staat om in bestaande informatiebehoeften te voorzien.

De grond 'misbruik van bevoegdheid' is geïntroduceerd door Hugenholtz.¹⁰ Uit art. 3:13 BW vloeit voort dat het daarbij moet gaan om uitzonderlijke situaties van misbruik. In dat kader kunnen belangen worden afgewogen. Zoals hiervoor aangegeven, meen ik dat er in casu geen sprake is van onevenredigheid. Bovendien kan uit de voorbeelden die de wet geeft in art. 3:13 lid 2 BW worden afgeleid dat er marginaal moet

worden getoetst.

Het Hof geeft bovendien een niet geheel begrijpelijke invulling aan het begrip bevoegdheid. Hugenholtz had het oog op misbruik van het recht dat de houder van een domeinnaam heeft op grond van zijn registratie. Het Hof kiest ook hier weer een eerder moment in de tijd en knoopt aan bij de bevoegdheid tot registratie. Het lijkt mij dat met 'bevoegdheid' niet kan zijn bedoeld een mogelijkheid die in beginsel voor iedere sterveling open staat.

Zoals in zoveel domeinnaamzaken zijn er ook vraagtekens te plaatsen bij het bevel tot overdracht. Het dunkt mij dat de 'eigen aard van de technische exclusiviteit van de domeinnaam' op zichzelf niet kan meebrengen dat de domeinnaam maar moet worden overgedragen om een eind te maken aan het gedonder. Juist de grondslag verwarring en misleiding brengt mee dat van geval tot geval (en inderdaad: iedere keer opnieuw) moet worden beoordeeld of en in hoeverre sprake is van verwarring of misleiding. Daar kan dan een – desnoods algemeen geformuleerd – verbod op volgen.

Tot slot: waar doet de Staat dit allemaal voor? De door tussenkomst van de rechter verworven domeinnamen worden merendeels nog steeds niet gebruikt! Bij het intoetsen daarvan verschijnt in de meeste gevallen de melding 'De pagina kan niet weergegeven worden'. Het domeinamenbeleid van de (centrale) overheid maakt een tamelijk ondoorzichtige en geld verslindende indruk. Door het gebruik van een grote hoeveelheid domeinnamen draagt de overheid zelf bij aan verwarring bij het publiek. Veel helderder en beter zou het zijn als de centrale overheid al zijn activiteiten op Internet zou laten lopen via één portaal, de uitstekende site www.overheid.nl.

1 Zie voor deze uitspraken www.domeinnaam-jurisprudentie.nl. Vindplaatsen afgekort met DR [jaar en volgnummer].

2 Een eerdere zaak betrof het domein *staten-generaal.com*, waarop de Staat via een WIPO UDRP procedure de hand heeft weten te leggen (gepubliceerd in *Computerrecht* 2001/5, p. 277-279 (Staat/Goldnames)).

3 Vgl. D.W.F. Verkade, Ongeoorloofde mededinging, Zwolle 1986 - helaas sindsdien niet meer geactualiseerd, maar nog steeds buitengewoon nuttig – nr 29.

4 Bijv. Hof Amsterdam 15 november 2001, Staat/IJff inz. *betuwe-route.nl*; zie

Documentatie in dit nummer.

5 Reeds in BenGH 20 mei 1983, NJ 1984, 72, BIE NJm.nt. LWH, BIE 1984, 137, m.nt. DWFV (Union) en ook HvJ EG 11 november 1997, NJ 1998, 523, m.nt. DWFV; BIE 1998, 64; IER 1997, 220, m.nt. ChG (PUMA/Sabel).

6 Zie het in noot 5 vermelde PUMA/Sabel-arrest alsmede HvJ EG 22 juni 1999, 375, m.nt. DWFV, IER 1999, 241 (Lloyd/Loints).

7 Voorbeelden zijn de zaken *otto.nl*, *lci.nl* en *zeldenrust.nl*.

Nr 5 KPN vs. Denda

Hof Arnhem 13 november 2001

Arrest in de zaak van:

- 1 de naamloze vennootschap Koninklijke KPN N.V., gevestigd te 's-Gravenhage,
- 2 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid KPN Telecom B.V., gevestigd te 's-Gravenhage,
- 3 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Telemedia Nederland B.V., gevestigd te Amsterdam,
- 4 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid KPN Mobile The Netherlands B.V., gevestigd te 's-Gravenhage, appellanten, incidenteel geïntimeerden, procureur: mr. F.J. Boom,

tegen:

- 1 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Denda Multimedia B.V.,
- 2 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Denda Directory Services B.V., beide gevestigd te Oldenzaal, geïntimeerden, incidenteel appellanten, procureur: mr. J.C.N.B. Kaal.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het verloop van het geding in eerste aanleg wordt verwezen naar het door de president van de rechtbank te Almelo tussen partijen in kort geding in conventie en in reconventie gewezen vonnis van 19 juni 2001. Een fotokopie van dat vonnis is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Bij exploit van 3 juli 2001 hebben appellanten (hierna ook gezamenlijk in enkelvoud te noemen: KPN) hoger beroep ingesteld tegen voormeld vonnis, voorzover in conventie gewezen, met dagvaarding van geïntimeerden (hierna ook gezamenlijk in enkelvoud te noemen: Denda) voor dit hof. Bij dit exploit heeft KPN 11 grieven aangevoerd tegen het bestreden vonnis en aangekondigd te zullen concluderen dat het hof dit vonnis zal vernietigen en opnieuw rechtdoende, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad:

i) Denda zal gelasten met onmiddellijke ingang het gebruik van de domeinnaam "telefoongids.nl" alsmede het gebruik van iedere domeinnaam met daarin de naam Telefoongids of enig ander merk of een overeenstemmend teken of naam of aanduiding van KPN als bedoeld in artikel 4 van de Overeenkomsten, rechtstreeks dan wel door middel van een op enigerlei wijze met Denda verbonden (rechts)persoon, te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;

ii) a) Denda zal gelasten met onmiddellijke ingang al datgene te doen wat van haar kant nodig is teneinde te bewerkstelligen dat de domeinnaamregistratie "telefoongids.nl", zonder enige restrictie - dus (onder andere) zonder dat Denda hiervoor enige vergoeding van KPN verlangt - op naam wordt gezet van (wordt overgedragen aan) Koninklijke KPN N.V., Maanplein 5, 2516 CK Den Haag, één en ander conform (artikel 13.1 van) het Reglement voor Registratie van Internet Domeinnamen (NL) van de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland (SIDN), door indiening (via haar provider), binnen vijf dagen na betekening van het ten deze te wijzen vonnis, zowel per telefax als per aangetekend schrijven, van een (mede door Koninklijke KPN NV ingevuld en ondertekend) verzoek daartoe aan SIDN, en Denda zal gelasten op eerste verzoek alle daartoe door SIDN eventueel nader verlangde informatie te verstrekken;

dan wel

b) zal bepalen dat het ten deze te wijzen arrest dezelfde kracht heeft als het sub ii) onder a) genoemde verzoek van Denda, één en ander op voet van artikel 3:300 Burgerlijk Wetboek;

iii) Denda zal gelasten van alle in het kader van de hiervoor sub ii) bedoelde te voeren correspondentie binnen twee dagen na verzending, dan wel ontvangst daarvan, een afschrift aan de raadsman van KPN te zenden;

iv) Denda zal gelasten aan KPN een onmiddellijk opeisbare dwangsom van f 10.000,- te betalen voor elke dag (een gedeelte van een dag voor een gehele gerekend) dat Denda Multimedia BV en/of Denda Directory Services BV geheel of gedeeltelijk met de nakoming van de sub i), ii) en iii) gevorderde bevelen in gebreke blijven (blijft);

v) Denda zal veroordelen in de kosten van dit geding in eerste instantie en in hoger beroep.

2.2 Bij memorie van eis heeft KPN geconcludeerd overeenkomstig de eis vervat in voormeld exploit.

2.3 Denda heeft een memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel appèl tevens akte houdende productie genomen. In het principaal appèl heeft Denda verweer gevoerd. In het ingestelde incidenteel appèl heeft Denda vier grieven aangevoerd tegen het in conventie en in reconventie gewezen vonnis. Haar conclusie luidt dat het hof:

in het principaal appèl:
het beroep van KPN zal afwijzen;

in het incidenteel appèl:
het bestreden vonnis zal vernietigen, in conventie voorzover daarbij aan Denda werd bevolen het gebruik van de domeinnaam telefoongids.nl te staken, en opnieuw rechtdoende, bij arrest, voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1) in conventie:
de door KPN gevraagde voorzieningen alsnog zal weigeren, althans KPN niet-ontvankelijk al verklaren;

2) in reconventie:
KPN zal bevelen het op 6 juni 2001 gelegde conservatoir beslag tot levering van de domeinnaam "telefoongids.nl" met onmiddellijke ingang op te heffen, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van f 50.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat KPN met de naleving van dit bevel in gebreke blijft;

in het principaal en het incidenteel appèl:
KPN zal veroordelen in de kosten van beide instanties.

2.4 Ter terechtzitting van het hof van 29 oktober 2001 hebben partijen de zaak doen bepleiten, waarbij namens KPN het woord is gevoerd door mr. J.C.H. van Manen, advocaat te Amsterdam, en namens Denda door mr. T.F.W. Overdijk, eveneens advocaat te Amsterdam, overeenkomstig door hen overgelegde pleitnota's. Aan beide partijen is akte verleend van het in geding brengen van nieuwe producties.

2.5 Vervolgens zijn de procesdossiers overgelegd voor het wijzen van arrest.

3 De vaststaande feiten

Tegen de overwegingen van de president onder 2 tot en met 8 inzake de vaststaande feiten zijn geen grieven gericht, zodat die feiten ook in hoger beroep vaststaan.

4 De beoordeling van het geschil in hoger beroep

in het principaal en het incidenteel appèl

4.1 De grieven leggen het geschil in volle omvang aan het hof voor. Echter, bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep is namens KPN meegedeeld dat zij haar merkenrechtelijke vorderingen intrekt. Hierop hebben de grieven 1 tot en met 3 en 6 en 7 (de grieven 4 en 5 bestaan niet) betrekking.

4.2 KPN baseert haar vorderingen allereerst op schending van de overeenkomsten van 31 maart 2000 en 31 juli 2000, in het bijzonder van de artikelen 4.1 en 10.3. Deze artikelen luiden voorzover hier van belang:

"4.1 De Licentienemer krijgt uitdrukkelijk niet het recht enig merk, enige naam of aanduiding van KPN te gebruiken, en zal zich van zodanig gebruik onthouden. (...)"

8 B. Kist, *domeinnaam.nl*, Amsterdam, 2000, p. 23

9 Pres. Rb. Utrecht 11 januari 2001, DR 2001-58 (inz. ministers.nl).

10 Noot bij Hof Amsterdam 11 januari 2001, *Computerrecht* 2001/2, p. 98 (inzake next.nl).

“10.3 De Licentienemer is gehouden adequate actie (zonodig in rechte) te ondernemen tegen derden die de producten van de Licentienemer, die gegevens uit het Bestand bevatten, geheel of gedeeltelijk veelevoudigen, openbaar maken en/of substantiële delen daaruit overnemen, en/of die in strijd handelen met de privacybelangen van de in het Bestand opgenomen contractanten en/of anderszins de belangen van KPN schaden.

Licentienemer zal KPN volledig informeren over dergelijke haar bekende handelingen van derden en de door Licentienemer daarop te ondernemen en ondernomen actie.”

4.3 Voor de beoordeling van de vorderingen van KPN is van belang dat zij sinds 10 september 1998 de domeinnaam “detelefoongids.nl” geregistreerd heeft. Naar het voorlopig oordeel van het hof is dit onmiskenbaar een naam of aanduiding van KPN als bedoeld in artikel 4.1 van de overeenkomsten. Een domeinnaam is immers een naam die slechts gebruikt mag worden door degene die de naam geregistreerd heeft.

4.4 De vraag is nu of Denda, door de registratie per 1 maart 2001 van de domeinnaam “telefoongids.nl”, voornoemde artikelen 4.1 en 10.3 heeft geschonden.

4.5 In dit verband speelt een rol dat “telefoongids.nl” tot de inwerkingtreding op 15 november 2000 van het nieuwe reglement van de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland (hierna te noemen: SIDN) een geblokkeerde domeinnaam is geweest, omdat sprake was van een algemene naam. Met de inwerkingtreding van voormeld nieuwe reglement is de inhoudelijke toetsing door SIDN van domeinnamen vervalten. In verband daarmee heeft SIDN een “Overgangsregeling geblokkeerde domeinnamen” bekend gemaakt die door Denda als productie 10 is overgelegd. Die regeling houdt onder meer in dat de eerste aanvrager van een domeinnaam de gelegenheid zal krijgen om de eerder definitief afgewezen domeinnaam, voorzover die niet permanent van registratie zal worden uitgesloten, alsnog aan te vragen. Vaststaat dat KPN de eerste aanvrager van de domeinnaam “telefoongids.nl” was. Niettemin heeft Denda Multimedia BV de registratie van deze domeinnaam verkregen door op 14 november 2000 een deblokkeringsverzoek voor de domeinnaam “telefoon-gids.nl” in te dienen en door, na de afwijzing van dit verzoek door SIDN, hiertegen beroep in te stellen bij het College van Beroep SIDN, welk College bij uitspraak van 20 februari 2001 ten gunste van Denda Multimedia BV heeft beslist (productie 17 Denda). Eerdere deblokkeringsverzoeken van KPN waren door SIDN afgewezen, waartegen KPN geen beroep had ingesteld.

4.6 Het hof beantwoordt de onder 4.4 gestelde vraag voorshands bevestigend. Onbetwist is dat Denda wist van de domeinnaam “detelefoongids.nl” van KPN. Het was aan Denda Directory Services BV als partij (“Licentienemer”) bij de overeenkomsten uitdrukkelijk niet toegestaan om enige naam of aanduiding van KPN te gebruiken. Een redelijke uitleg van die bepaling brengt mee dat het dan ook niet is toegestaan om een naam of aanduiding te gebruiken die vrijwel identiek is aan enige naam of aanduiding van KPN. De door Denda Multimedia BV geregistreerde domeinnaam “telefoongids.nl” is vrijwel identiek aan de domeinnaam “detelefoongids.nl” van KPN. Hoewel Denda Directory Services BV de domeinnaam “telefoongids.nl” niet zelf geregistreerd heeft, maakt zij er feitelijk wel gebruik van nu de website www.telefoongids.nl is doorgelinkt naar haar eigen website www.belles.nl. Hier is sprake van een samenwerking tussen de zustervennootschappen Denda Multimedia BV en Denda Directory Services BV, die beide opereren onder de (indirecte) leiding van N.S. Menko, zodat de wetenschap van de ene vennootschap kan worden toegerekend aan de andere vennootschap. Het hof is voorshands van oordeel dat Denda Multimedia BV onrechtmatig jegens KPN handelt door aan haar zustervennootschap welbewust de gelegenheid te bieden feitelijk inbreuk te maken op haar verplichting zich te onthouden van het gebruik van enige naam of aanduiding van KPN. Voorts is het hof voorshands van oordeel dat ook artikel 10.3 is geschonden waarin de Licentienemer (Denda Directory Services BV) zich verplicht heeft om ook anderszins de belangen van KPN niet te schaden. Het indienen van het onder 4.5 bedoelde deblokkeringsverzoek door Denda Multimedia BV, waarvan Denda Directory Services BV wetenschap had, schaadde de belangen van KPN. Ingevolge artikel 10.3 had Denda Directory Services BV KPN hierover moeten informeren en zonodig zelf actie moeten ondernemen.

4.7 Uit het voorgaande volgt dat het hof het verweer van Denda verworpt waarin wordt gesteld dat in voornoemde artikelen niet dergelijke verplichtingen van Denda zijn te lezen. Ook wordt het verweer verworpen dat deze verplichtingen niet bedoeld zouden zijn. Immers, over de onderhavige artikelen is ook specifiek gecorrespondeerd tussen de raadslieden van beide partijen (producties 22A tot en met 22F van KPN), zodat in dit kort geding voorshands ervan mag worden uitge-

gaan dat de duidelijk omschreven verplichtingen door Denda bewust zijn geaccepteerd. Voorts faalt het verweer van Denda dat deze verplichtingen ontoelaatbaar zouden zijn wegens strijd met artikel 24 Mededingingswet en met de toepasselijke telecommunicatiewetgeving, in welk verband Denda verwijst naar het (door haar als productie A1 bij de memorie van ant-woord overgelegde) besluit van OPTA d.d. 4 november 1999 onder 1 op pagina 3. Het verweer van strijd met artikel 24 Mededingingswet is, gelet op de gemotiveerde betwisting door KPN, onvoldoende onderbouwd. Het overgelegde besluit van OPTA houdt op het punt waarnaar Denda verwijst slechts in dat het overleggen van de bestandsgegevens op grond van de Telecommunicatiewet niet afhankelijk kan worden gesteld van het al dan niet sluiten van een licentie-overeenkomst. Indien Denda ondanks deze wetenschap toch besluit om licentieovereenkomsten aan te gaan met KPN, dan is zij daaraan ook gebonden.

4.8 Nu voorshands geconcludeerd moet worden dat Denda Directory Services BV de artikelen 4.1 en 10.3 van de overeenkomsten heeft geschonden en dat Denda Multimedia BV onrechtmatig jegens KPN heeft gehandeld, is de vordering van KPN om Denda te bevelen met onmiddellijke ingang het gebruik van de domeinnaam “telefoongids.nl” te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden voor toewijzing vatbaar. Nu niet gesteld of gebleken is dat Denda voorts (een) domeinna(m)en heeft geregistreerd met daarin de naam Telefoongids of enig ander merk of overeenstemmend teken of naam of aanduiding van KPN als bedoeld in artikel 4.1 van de overeenkomsten, is niet toewijsbaar de vordering om zulk gebruik te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden.

4.9 De vordering tot overdracht van de domeinnaam “telefoongids.nl” door Denda aan Koninklijke KPN NV zonder enige restrictie, dus zonder enige vergoeding te verlangen, is eveneens toewijsbaar. Uit hetgeen onder 4.5 is overwogen, volgt voorshands voldoende dat de domeinnaam “telefoongids.nl” zou zijn toegevalen aan KPN, indien Denda haar deblokkeringsverzoek en het daarop gevolgde beroep had achterwege gelaten. Onder die omstandigheden heeft KPN voldoende aanspraak om deze vordering toewijsbaar te achten. Toewijsbaar zijn voorts de vorderingen tot overleggen van afschriften van de in verband met de overdracht gevoerde correspondentie en tot het opleggen van een dwangsom, met dien verstande dat het hof de dwangsom zal maximeren.

4.10 Tussen partijen is voorts gedebatteerd over de inrichting van de website www.belles.nl, met name de kleurstelling ervan en het gebruik van de naam KPN. Nu KPN te dier zake geen vordering heeft ingesteld, laat het hof deze kwestie onbesproken.

4.11 In het incidenteel appèl worden de grieven die inhouden dat de president buiten de rechtstrijd van partijen is getreden, verworpen. De president heeft minder toegewezen dan was gevorderd, hetgeen hem vrijstond, nu hij kennelijk van oordeel was dat dit in het meergevorderde was begrepen. Overigens kunnen deze grieven Denda niet baten, nu het hof het door KPN gevorderde toewijsbaar acht (op een enkel onderdeel na). Eveneens verworpen wordt de grief waarin wordt opgekomen tegen de beslissing van de president om het beslag niet op te heffen. Gelet op hetgeen onder 4.9 is overwogen, zal, door toewijzing van de gevorderde overdracht van de domeinnaam, in de hoofdzaak een beslissing zijn verkregen die een executoriale titel oplevert. Het door KPN gelegde conservatoir beslag tot levering van de domeinnaam is blijkens het verzoekschrift tot beslaglegging mede gelegd op basis van het recht inzake de ongeoorloofde mededinging, terwijl voorts het onderhavige kort geding is aangemerkt als eis in de hoofdzaak. Ingevolge artikel 735 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering blijft dit beslag van kracht totdat hetzij de overdracht heeft plaatsgevonden, hetzij zes maanden zijn verstreken nadat in de hoofdzaak een beslissing is verkregen die een executoriale titel oplevert en die in kracht van gewijsde is gegaan.

4.12 De slotsom is dat het principaal appèl (grotendeels) gegrond is. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en beslist zal worden overeenkomstig hierboven is vermeld. Het incidenteel appèl is ongegrond. Denda zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties. Dit laatste betekent dat ook de vierde grief van Denda in het incidenteel appèl faalt.

5 De beslissing

Het hof, rechtdoende in kort geding:

in het principaal appèl:

vernietigt het tussen partijen in conventie gewezen vonnis van de president van de rechtbank te Almelo van 19 juni 2001;

en opnieuw rechtdoende:

i) gelast Denda met onmiddellijke ingang het gebruik van de domeinnaam "telefoongids.nl" rechtstreeks dan wel door middel van een op enigerlei wijze met Denda verbonden (rechts)persoon, te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden;

ii) gelast Denda al datgene te doen wat van haar kant nodig is om te bewerkstelligen dat de domeinnaamregistratie "telefoongids.nl", zonder enige restrictie - dus (onder andere) zonder dat Denda hiervoor enige vergoeding van KPN verlangt - op naam wordt gezet van (wordt overgedragen aan) Koninklijke KPN N.V., Maanplein 5, 2516 CK Den Haag, één en ander conform (artikel 13.1 van) het Reglement voor Registratie van Internet Domeinnamen (NL) van de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland (SIDN), door indiening (via haar provider), binnen twee weken na betekening van dit arrest, zowel per telefax als per aangetekend schrijven, van een (mede door Koninklijke KPN NV ingevuld en ondertekend) verzoek daartoe aan SIDN, en gelast Denda op eerste verzoek alle daartoe door SIDN eventueel nader verlangde informatie te verstrekken;

iii) gelast Denda van alle in het kader van de hiervoor onder ii) bedoelde te voeren correspondentie binnen twee dagen na verzending, dan wel ontvangst daarvan, een afschrift aan de raadsman van KPN te zenden;

iv) gelast Denda aan KPN een onmiddellijk opeisbare dwangsom van f 10.000,- te betalen voor elke dag (een gedeelte van een dag voor een gehele gerekend) dat Denda Multimedia BV en/of Denda Directory Services BV na betekening van dit arrest geheel of gedeeltelijk met de nakoming van de sub i), ii) en iii) gevorderde bevelen in gebreke blijven (blijft), zulks tot een maximum van f 1.000.000,-;

wijst het meer of anders gevorderde af;

in het incidenteel appèl:

verklaart dit appèl ongegrond;

in het principaal en incidenteel appèl voorts:

veroordeelt Denda in de proceskosten, tot aan deze uitspraak aan de zijde van KPN begroot op:

– voor de eerste aanleg f 505,60 aan verschotten en f 1.550,- voor salaris;
– voor het hoger beroep f 604,90 aan verschotten en f 5.100,- voor salaris;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Houtman, Smeeïng-Van Hees en Hesselink, en uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier ter openbare terechtzitting van 13 november 2001.

Noot

Dirk Visser

'De licentienemer krijgt nadrukkelijk niet het recht om de woorden *telefoon*, *nummer*, *boek*, *gids*, *bellen* of een combinatie van of variatie op voornoemde woorden te gebruiken, en zal zich van zodanig gebruik onthouden'. Zou KPN bij de licentiëring van haar telefoongegevens een dergelijke voorwaarde kunnen bedingen en afdwingen? De meeste mensen zouden vermoedelijk van mening zijn dat dit een tamelijk onredelijke, zo niet belachelijke voorwaarde zou zijn, die een telefoonnummermonopolist niet met goed fatsoen aan zijn licentienemers kan opleggen. Nu is dit een fictief voorbeeld, maar de contractuele voorwaarde die KPN aan haar licentienemer Denda daadwerkelijk oplegt, wijkt er eigenlijk niet veel vanaf. Althans, wanneer men de interpretatie van het Arnhemse Hof volgt.

Wat is het geval? KPN is door de OPTA gedwongen om telefoongegevens (nummers en NAW-gegevens) voor een bepaalde (lage) prijs aan Denda te leveren. Daar is wat betreft de OPTA geen licentieovereenkomst voor nodig (zie overweging 4.7). Bij die levering hanteert KPN licentieovereenkomsten waarin een artikel 4.1 staat met de volgende, in overweging 4.2 van het arrest geciteerde voorwaarde: 'De licentienemer krijgt uitdrukkelijk niet het recht enig merk, enige naam of aanduiding van KPN te gebruiken, en zal zich van zodanig gebruik onthouden. (...)'.
Met een beroep op deze bepaling van de overeenkomsten eist KPN de

door Denda geregistreerde domeinnaam 'telefoongids.nl'. De tamelijk kansloze vordering gebaseerd op het beweerdelijke merkenrecht op het woord 'telefoongids' trok KPN bij pleidooi in hoger beroep in.

In overweging 4.3 van zijn arrest komt het Hof met de redenering die tot de m.i. onjuiste beslissing leidt. KPN had al de domeinnaam 'detelefoongids.nl'. Volgens het Hof is deze domeinnaam 'detelefoongids.nl' 'onmiskenbaar een naam of aanduiding van KPN als bedoeld in artikel 4.1 van de overeenkomsten. Een domeinnaam is immers een naam die slechts gebruikt mag worden door degene die de naam geregistreerd heeft.'

Die laatste overweging is niet juist. Een domeinnaam is een naam die slechts gebruikt kan worden door degene die de naam geregistreerd heeft. Met *mogen* heeft dat niets te maken. Het bezit van een domeinnaam geeft het feitelijke gebruiksmonopolie op die naam, – gebaseerd op een overeenkomst met de Stichting Internet Domeinnaamregistratie Nederland, (SIDN) –, zonder dat dit enige (subjectief) recht jegens derden in het leven roept.

De domeinnaam 'detelefoongids.nl' is dus wel een domeinnaam van KPN, maar daarmee is de naam of aanduiding (de)telefoongids(.nl) m.i. nog geen 'naam of aanduiding van KPN' in de zin van (een redelijke uitleg van) de overeenkomst tussen KPN en Denda. De kwalificatie 'van KPN' suggereert immers dat KPN op de betreffende naam of aanduiding enig recht (jegens een ieder) kan doen gelden. Dat is niet het geval. (De)telefoongids is derhalve geen géén 'naam of aanduiding van KPN'. Het Hof had op die grond de vordering moeten afwijzen. (Merk op dat de overeenkomst niet sprak over door KPN *gebezigde* 'namen of aanduidingen').

Overweging 4.5 doet daar m.i. niet aan af. SIDN had de domeinnaam 'telefoongids.nl' die aanvankelijk geblokkeerd was geweest, volgens haar eigen 'Overgangsregeling geblokkeerde domeinnamen' na de regelswijziging per 15 november 2001 eerst aan eerste aanvrager KPN moeten aanbieden. Dat is niet gebeurd omdat Denda op 14 november 2001 een deblokkeringsverzoek heeft ingediend dat uiteindelijk door het College van Beroep van SIDN is gehonoreerd. Hierdoor heeft KPN de domeinnaam telefoongids.nl niet (aangeboden) gekregen. Daar was procedureel echter niets mis mee. KPN had zelf ook eerder in beroep kunnen gaan tegen de weigering van haar aanvraag en had dan ook in beroep gelijk kunnen krijgen. Dit alles maakt dus zeker niet dat KPN jegens wie dan ook een recht op de (domein)naam telefoongids.nl zou hebben.

In overweging 4.6 gaat het Hof nog verder op de ingeslagen onjuiste weg. Als men aanneemt dat *detelefoongids.nl* 'een naam of aanduiding van KPN' is, brengt een redelijke contractsuitleg nog niet met zich mee dat *telefoongids.nl* ook niet mag. Hiermee verstrekt het Hof een soort merkenrechtelijke bescherming, waar helemaal geen plaats voor is. Bovendien had het Hof zich ook hier moeten realiseren dat twee letters verschil bij een domeinnaam heel veel is en dat (contractuele) monopolisering door een telefoonnummermonopolist die van OPTA géén telefoonnummermonopolist mag zijn, onwenselijk en inconsequent is.

Tenslotte had het Hof in overweging 4.7 hoe dan ook alsnog tot inkeer moeten komen. De contractsuitleg is m.i. onjuist, dus had men niet aan de kwestie van misbruik van machtspositie toe behoren komen. Maar stel dat het inderdaad de overeenkomst was om het gebruik van de aanduiding telefoongids te kunnen verbieden, dan is dat m.i. stellig misbruik van machtspositie. KPN probeert aan haar licentienemers te verbieden de meest voor de hand liggende aanduiding voor het product in kwestie te verbieden: telefoongids voor een telefoongids. Als dat geen onredelijke en beperkende voorwaarde is, wat dan wel?

Als men de redenering van het Hof doortrekt zou dat verbod zich ook niet beperken tot het gebruik van de domeinnaam telefoongids.nl. Op grond van de door het Hof gegeven interpretatie van de overeenkomst kan KPN zich ook verzetten tegen het gebruik van het woord 'telefoon' op haar website, als metatag of anderszins.

KPN beschikt overigens ook over de domeinnaam 'telefoon.nl'. Het woord 'telefoon' is dus onvermijdelijk volgens het Arnhemse Hof ook een 'naam of aanduiding van KPN' en KPN kan volgens de Arnhemse leer aan al haar licentienemers, die telefoongegevens willen aanbieden, contractueel verbieden om het woord 'telefoon' te gebruiken.

Nr 6 Van E. vs. SBS en Frequin

Pres. Rb. Amsterdam 19 november 2001

Kort geding in de zaak van:

A. van E., wonende te X, eiseres bij dagvaarding van 19 november 2001, procureur mr B.J.C. Pleiter, en B. van E., wonende te Y, gevoegd aan de zijde van eiseres, procureur mr B.J.C. Pleiter, advocaat mr F.J. Landstra te Groningen

tegen:

1. de besloten vennootschap SBS BROADCASTING B.V., gevestigd te Amsterdam,
2. Willibrordus Jan Louis Maria Maria FREQUIN, wonende te Blaricum, gedaagden, procureur mr J.A. Schaap.

Verloop van de procedure

Ter terechtzitting van 19 november 2001 heeft B. van E. een incidentele conclusie tot voeging genomen. Gedaagden hebben zich tegen de voeging verzet, waarna de rechter in het incident B. van E. heeft toegelaten en heeft bepaald dat partijen dienen voort te procederen. Vervolgens hebben eisers gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Gedaagden hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Na verder debat hebben partijen stukken, waaronder van weerszijden producties en pleitnotities, overgelegd voor vonniswijzing. Spoedshalve is op 19 november 2001 een beslissing gegeven door middel van een extract audiëntieblad. Het onderstaande vormt hiervan de uitwerking.

Gronden van de beslissing

1. In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten.

a. Op 4 oktober 1994 hebben Van E. c.s. een overeenkomst met RTL Productions B.V. (hierna RTL) gesloten betreffende hun medewerking aan een verfilmd portret over Van E. c.s. in het kader van een serie over plegers van levensdelicten. Artikel 9 van deze overeenkomst luidt – voor zover van belang –:

“RTL 4 Productions garandeert dat, na uitzending van het betreffende programma, geen verder gebruik gemaakt zal worden van zowel de “masterband” (de uitzend-band), als de opnamebanden en/of delen van deze banden. (...) Na goedkeuring van de uitzendversie zal RTL4 Productions de opnamebanden afstaan aan de familie Van E. Mocht RTL4 Productions later gebruik van deze banden willen maken, dan kan dit enkel geschieden na voorafgaande schriftelijke toestemming van de familie Van E., althans diens rechtsopvolgers.”

b. Frequin was de interviewer bij deze opnames.

c. Op 21 september 1994 schreef Peter R. de Vries, voor zover hier van belang, in een brief gericht aan “Willibrord Frequin en Anne de Laet RTL 4 - Productions”:

“Volgens B. is de overeenkomst tussen hem en RTL nog niet rond. (...) Een van de dingen die hij opgenomen wil zien is dat RTL op straffe van een dwangsom van twee miljoen gulden geen misbruik maakt van (ongebruikt) restmateriaal. Dus: dat niet ineens over een paar jaar beelden van hem en zijn vrouw in een ander programma opduiken.”

d. De serie is niet tot stand gekomen. RTL heeft Van E. c.s. vervolgens laten weten het filmportret te willen uitzenden als een op zichzelf staand verhaal.

e. Bij nadere overeenkomst van 28 november 1995 zijn partijen overeen gekomen dat in ieder geval vóór 1 januari 1996 al het ruwe materiaal, waaronder de proefopnamen, aan Van E. c.s. ter beschikking zouden worden gesteld, zonder behoud van kopieën. Tevens werd overeengekomen dat uitzending zou dienen te geschieden in 1996, op verval van alle rechten. Indien door RTL ten behoeve van die uitzending zou worden overgegaan tot het opvragen van de banden, zou tussen partijen gelden wat eerder was overeengekomen, in het bijzonder met betrekking tot het instemmingsrecht betreffende het uiteindelijke product.

f. Het filmportret is niet uitgezonden door RTL.

g. Van E. c.s. leven sedert eind 2000 niet meer met elkaar samen.

h. B. van E. is omstreeks week 46 gearresteerd op verdenking van meervoudige moord.

i. SBS heeft op vrijdag 16 november 2001 op zowel de televisie als op haar internetsite aangekondigd dat zij op maandag 19 november 2001 in het programma “de week van Willibrord” tussen 22.05 en 22.40 uur beelden uit zal zenden van het filmportret van B. van E. uit oktober 1994.

2. Van E. c.s. vorderen afgifte van de mastertape/uitzendband en alle overige in het bezit van gedaagden zijnde opnamen uit 1994, alsmede een uitzend- en openbaarmakingsverbod van alle informatie afkomstig van de opnamen van 1994 en voorts een contactverbod voor met name Frequin ten aanzien van A. van E. Eén en ander op straffe van een dwangsom.

Zij stellen hiertoe onder meer kort weergegeven ten eerste dat SBS en Frequin in strijd met de gemaakte afspraken in het bezit zijn van (kopieën) van de gemaakte opnamen. Zij handelen hiermee onrechtmatig omdat zij ongeoorloofd profiteren van de toerekenbare tekortkoming van de toenmalige contractspartij RTL 4. Frequin was betrokken bij de totstandkoming van de overeenkomst van 1994 en was zelfs persoonlijk aanwezig bij het ondertekenen van het contract, zodat hij geacht kan worden op de hoogte te zijn geweest van de afspraken. Het bezit van en uitzending van deze opnamen is jegens eisers onrechtmatig.

Voorts heeft A. van E. gesteld niet meer samen te leven met B. van E., inmiddels ondergedoken te zijn en haar privacy volledig beschermd te willen zien. Bij elke verdere publicatie of tv-uitzending zal zij worden geconfronteerd met haar verleden met B. van E. Als feit van algemene bekendheid mag worden verondersteld dat Frequin voor zijn programma mensen ongevraagd benadert en filmt.

3. Gedaagden hebben daartegen kort weergegeven aangevoerd dat zij niet onrechtmatig in het bezit zijn gekomen van een kopie van de masterband. Frequin heeft destijds als freelancer een kopie voor zijn eigen archief behouden, hetgeen bij freelancers gebruikelijk is. Frequin heeft aangevoerd dat hij geen contractspartij was bij de bedoelde overeenkomst en heeft betwist op de hoogte te zijn geweest van de gemaakte afspraken tussen RTL4 en eisers.

Voorts hebben gedaagden aangevoerd dat de geplande uitzending plaatsvindt in het kader van een algemene uitzending over TBS en, mede gezien de actuele discussie over TBS in de Tweede Kamer, het algemeen belang daarmee is gediend. A. van E. komt overigens in het geheel niet voor in de uit te zenden opnamen en B. van E. is onherkenbaar gemaakt, op een wijze waarmee hij destijds heeft ingestemd, aldus gedaagden.

Bewoording van het geschil:

4. Gelet op de onder 1 sub c geciteerde brief van 21 september 1994 is voldoende aannemelijk dat Frequin op de hoogte was van de afspraken tussen eisers en RTL4, althans daarvan redelijkerwijs op de hoogte had kunnen zijn. Hij wist derhalve c.q. kon weten dat Van E. c.s. slechts hun medewerking aan de interviews gaven in het vertrouwen dat in ieder geval vanaf 1 januari 1996 niemand anders dan zij in het bezit zouden zijn van al het materiaal met betrekking tot de opnamen en dus geen kopieën zouden achterblijven. Onder deze omstandigheden is het door Frequin achterhouden van een kopie van de band een zodanige schending van dit vertrouwen dat het onrechtmatig jegens eisers moet worden geacht. Derhalve zal deze kopie en al het verdere materiaal met betrekking tot de gefilmde portretten moeten worden teruggegeven aan eisers.

5. Nu Frequin als programmamaker de band onrechtmatig in zijn bezit heeft mag hij deze ook niet aan SBS ter beschikking stellen. SBS is inmiddels van de onrechtmatigheid van het bezit van deze banden op de hoogte. Hieruit vloeit voort dat het uitzenden van (delen van) de band door SBS eveneens onrechtmatig is. SBS mag derhalve deze (delen van de) band niet uitzenden.

6. Het door eiseres sub 1 onder III van de dagvaarding gevorderde contactverbod is te vergaand. De vrijheid van nieuwsgaring dient in dit geval te worden afgewogen tegen het recht op eerbiediging van het privé-leven van eiseres sub 1. Uit de overgelegde stukken blijkt dat Frequin in contact wil komen met eiseres sub 1, terwijl zij er niet van gediend is in de openbaarheid te treden. Daar algemeen bekend is dat het medium televisie een zeer indringend karakter heeft, brengt een afweging van de betrokken belangen mee dat de privacy van eiseres sub 1 in zoverre gewaarborgd dient te worden dat zij niet in een situatie mag worden gebracht dat televisieopnamen van haar worden gemaakt. De vordering zal in zoverre worden toegewezen.

7. De dwangsommen zullen worden gematigd als na te melden.

8. Gedaagden zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

Beslissing:

1. Veroordeelt gedaagden hoofdelijk tot directe afgifte van de uitzendband/mastertape en alle overige in hun bezit zijnde opnamen aan eiseres sub 1, binnen 24 uur na deze uitspraak, op straffe van een dwangsom van f 10.000,= per dag.
2. Verbiedt gedaagden enig beeldmateriaal uit de opnamen van oktober 1994 uit te zenden, of anderszins openbaar te maken, op straffe van een dwangsom van f 1.000.000,= per keer.
3. Verbiedt gedaagden, in het bijzonder gedaagde sub 2, om na vonniswijzing eiseres sub 1 met een lopende televisiecamera te benaderen en/of televisieopnamen van haar te maken, op straffe van een dwangsom van f 100.000,= per keer.
4. Veroordeelt gedaagden hoofdelijk in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van eiseres sub 1 begroot op f 594,23 aan verschotten, waaronder f 427,= wegens vastrecht en op f 1.550,= aan salaris procureur.
5. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.
6. Wijst het meer of anders gevorderde af.

Gewezen door de vice-president mr Sj.A. Rullmann, fungerend president der Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van maandag 19 november 2001 in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Gerard Schuijt

Soms wil men wel eens meewerken aan opnamen voor een televisie-uitzending, maar dan uitsluitend onder een aantal voorwaarden, zoals bijvoorbeeld de voorwaarde dat het resultaat uitsluitend met toestemming van de betrokkene zal worden uitgezonden (zoals bijvoorbeeld het geval is als men de kroonprins en zijn aanstaande bruid voor de televisie mag interviewen). Soms wordt de voorwaarde overeengekomen dat zowel het uitgezonden als het niet-uitgezonden beeldmateriaal zal worden vernietigd of ter beschikking van betrokkene zal worden gesteld. Dat deden Van E. en zijn vrouw in 1994, toen zij meewerkten aan een RTL-programma over plegers van levensdelicten. Van E. was toen vrij na een straf te hebben uitgezeten. Eind vorig jaar werd hij in hechtenis genomen omdat hij verdacht wordt van nieuwe levensdelicten. Willibrord Frequin – inmiddels werkend voor SBS – herinnerde zich nog de opnamen die hij in 1994/95 van Van E. en zijn vrouw maakte. Die waren toen nooit uitgezonden, maar hij had nog kopieën ‘voor zijn eigen archief behouden, hetgeen bij freelancers gebruikelijk is’. Dat gaan we nu uitzenden, dachten hij en zijn nieuwe opdrachtgever. Van E. en zijn (inmiddels ex-)vrouw beroepen zich echter op de destijds gemaakte afspraken.

Als een omroeporganisatie met bepaalde voorwaarden instemt, hoort zij zich daaraan te houden. Afspraken hoort men na te komen. Geldt dat ook voor de (freelance) journalist die de opnamen gemaakt heeft en voor een andere omroeporganisatie, die de beschikking krijgt over (kopieën van) de opnamen? De President gaat ervan uit dat Frequin geen partij was bij de overeenkomst, maar wel op de hoogte was van de afspraken (zie r.o. 1 sub c). Frequin kon volgens de President weten dat Van E. en zijn vrouw destijds hun medewerking aan de interviews hebben gegeven in het vertrouwen dat niemand anders dan zij in het bezit zouden zijn van al het opnamemateriaal en dat geen kopieën zouden achterblijven. Het toch achterhouden van kopieën door Frequin is een schending van het vertrouwen en dus onrechtmatig. Hij had ook kunnen zeggen: het is wanprestatie, want hij had kunnen aannemen dat Frequin als uitvoerder partij was bij de overeenkomst. M.i. maakt het in dat opzicht geen verschil of Frequin in dienst was van RTL of freelancer. De *rechtspersoon* RTL waarmee de overeenkomst werd aangegaan, is immers een juridische fictie. De overeenkomst behoort door iedereen die onder de vlag van de rechtspersoon opereert te worden nagekomen. Enfin, voer voor civilisten. Materieel komt de President tot het juiste resultaat.

SBS, die thans op de hoogte is van het onrechtmatig bezit van de banden, zou onrechtmatig handelen als zij de banden toch zou uitzenden. Dat wordt dus verboden. Ook dat lijkt mij juist. Men zou nog kunnen tegenwerpen, dat de toen gemaakte maar niet uitgezonden beelden juist nu voor de samenleving belangrijke informatie kunnen bevatten, met name als het gaat over TBS en de maatschappelijke discussie daarover? Per slot is Van E. op dit moment opnieuw verdacht van moord en over recidivekansen van ex-TBS-ers gaat die discussie vaak. Het accepteren van een dergelijk – niet met zoveel woorden gedaan – beroep op ‘verandering van omstandigheden’ zou met terugwerkende kracht de

wanprestatie van Frequin c.q. zijn onrechtmatig handelen sanctioneren. Dan zou men vergeten dat Van E. en zijn vrouw vrijwillig hadden meegewerkt aan de interviews. Hoe belangrijk sommige informatie voor de samenleving ook kan zijn, men kan niet gedwongen worden mee te werken aan televisieprogramma's, ook niet met terugwerkende kracht. Misschien dat hier slechts de uitzondering geldt, die ook het EHRM noemt in het Goodwin-arrest: 'unless it is justified by an overriding requirement in the public interest'. Slechts dan kan een journalist gedwongen worden zijn aan een bron gegeven vertrouwen te schenden.

Over schending van vertrouwen gesproken: Frequin bewijst de journalistiek geen goede dienst. Als men op het woord van journalisten niet meer kan rekenen dan worden bronnen afgesloten. Dat is ook de reden dat het EHRM in de zaak Goodwin oordeelde, dat men journalisten niet mag dwingen hun bron te onthullen, als zij vertrouwelijkheid hebben beloofd: omdat het een *chilling effect* heeft op de informatievoorziening. Nu Frequin het gegeven vertrouwen heeft geschonden, moet men vrezen dat het voor zijn collega's heel moeilijk wordt sommige mensen nog voor de camera te krijgen. Het is ook geen goede dienst aan de samenleving, want die blijft aldus verstoken van wellicht belangrijke informatie.

De ex-vrouw van Van E. vordert een contactverbod voor Frequin, aangezien het 'als feit van algemene bekendheid mag worden verondersteld dat Frequin voor zijn programma mensen ongevraagd benadert en filmt'. De President wijst deze vordering – uit overwegingen van vrijheid van nieuwsgaring – wat angstvallig toe (r.o. 6). Van E.'s ex-vrouw mag niet in een situatie worden gebracht dat televisie-opnamen van haar worden gemaakt. Maar mag de journalistieke stalker Frequin haar nog wel steeds bellen, haar verblijfplaats proberen op te sporen en benaderen met lastige vragen en zou een verbod daartoe een inbreuk zijn op de vrijheid van nieuwsgaring? Zo'n verbod zou – in de woorden van de HR 4 maart 1988, NJ 1989, 367 (kinderen prinses Irene) – niet een bepaalde wijze van nieuwsgaren in het algemeen treffen, maar slechts die wijzen van nieuwsgaren die een niet gerechtvaardigde inbreuk vormen op – in casu – het recht van de ex van een verdachte op eerbiediging van haar privé-leven.

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring van de bezwaren gericht tegen zijn besluit van 10 september 1998 en 16 februari 2000
Zaaknummer Nummer 1 / 501.0119

[Cijfers tussen rechte haken duiden op weggelaten paragrafen. De volledige tekst is te raadplegen op www.nma-org.nl]

I Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 10 september 1998, zoals gewijzigd en aangevuld bij besluit van 16 februari 2000 (hierna ook: het bestreden besluit) heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) op klachten van NV Holdingmaatschappij De Telegraaf (hierna: de Telegraaf) geoordeeld dat de Nederlandse Omroep Stichting (hierna: de NOS) en RTL/Veronica de Holland Media Groep SA (hierna: de HMG) misbruik maken van een economische machtspositie door derden uit te sluiten van levering op weekbasis van een chronologische opgave van alle radio- en televisieprogramma's die door de publieke omroepverenigingen, respectievelijk door de zenders RTL4, RTL5 en Veronica [1] worden uitgezonden (hierna: wekelijkse programmaoverzichten). Een aanvraag van de NOS op basis van artikel 25, van de Mededingingswet (hierna: Mw) is afgewezen. Aan de NOS en de HMG is een last onder dwangsom opgelegd strekkende tot levering van de wekelijkse programmaoverzichten aan de Telegraaf.

2. De NOS en de HMG hebben tijdig bezwaar gemaakt. Het bezwaar is behandeld ter hoorzitting van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie) op 17 december 1998 en 7 juni 2000. Op 25 juli 2000 heeft de Adviescommissie advies uitgebracht (hierna: Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht. Naar het Advies wordt verwezen voor een weergave van de gevolgde procedure, voor een weergave van de feiten en van de standpunten van partijen. [2]

3. Het Advies van de Adviescommissie is voor de d-g NMa aanleiding geweest tot het verrichten van nader onderzoek. Meer in het bijzonder heeft de d-g NMa onderzoek laten uitvoeren naar de markt van uitgaven van wekelijkse programmaoverzichten. Daarnaast heeft de d-g NMa een onderzoek laten uitvoeren naar de financiële gevolgen van een eventuele leveringsplicht voor de publieke omroepen. Bedoelde onderzoeken zijn verricht door, respectievelijk, NIPO Consult B.V. (hierna: NIPO Consult) en KPMG Bureau voor Economische Argumentatie B.V. (hierna: KPMG BEA). Op 13 juli 2001 is het door NIPO Consult uitgevoerde onderzoek afgerond. Op 23 juli 2001 is het door KPMG BEA uitgevoerde onderzoek afgerond.

4. De rapporten van beide onderzoeken zijn voorgelegd aan de NOS, de HMG en de Telegraaf teneinde partijen in de bezwaarprocedure in de gelegenheid te stellen op beide rapporten hun eventueel commentaar te leveren. Van deze gelegenheid is door alle partijen gebruik gemaakt. De NOS heeft bij fax van 31 augustus 2001 gereageerd en op 27 september 2001 door overlegging van een rapport, opgesteld door McKinsey & Company (hierna: McKinsey) in opdracht van de NOS; de HMG heeft bij fax van 30 augustus 2001 gereageerd en de Telegraaf bij brief van 30 augustus 2001.

5. Na zich ervan te hebben vergewist dat het Advies, dat integraal deel uitmaakt van dit besluit, zorgvuldig tot stand is gekomen en te hebben vastgesteld dat het Advies naar zijn oordeel inhoudelijk concludent is, heeft de d-g NMa besloten - om redenen zoals hierna nader toegelicht - het Advies deels te volgen, deels te volgen met aanvullende motivering en deels niet te volgen.

II Nadere beschrijving relevant wettelijk kader en nieuwe feiten en omstandigheden

II.1 Wettelijk kader

6. Gezien het specifieke wettelijk kader van de onderhavige zaak en recente wijzigingen daarin, acht de d-g NMa het van belang hiervan een nadere uiteenzetting te geven alvorens wordt ingegaan op de door partijen aangevoerde bezwaren.

7. Ingevolge artikel 16, eerste lid, van de Mediawet is de NOS het samenwerkings- en coördinatieorgaan van de instellingen die zendtijd hebben gekregen voor landelijke omroep. Blijkens artikel 18 van de Media-

wet benoemt elke omroepvereniging één lid in de raad van toezicht van de NOS. De verhouding tussen de NOS en de omroepverenigingen en tussen de omroepverenigingen en hun leden is bij de inwerkingtreding van de Wet Liberalisering Mediawet [3] en bij de inwerkingtreding van de wet tot wijziging van de Mediawet in verband met de invoering van een vernieuwd concessiestelsel voor de landelijke publieke omroep (23 maart 2000, Stb. 138) op een aantal onderdelen gewijzigd.

8. De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen kan aan de NOS een concessie (omschreven in artikel 30a van de Mediawet) verlenen voor de landelijke omroep op televisie en radio. Het aantal leden van de omroepvereniging is bepalend voor de vraag of en tot welke omvang een erkenning of een voorlopige erkenning kan worden verkregen. De Minister kan aan omroepverenigingen met ten minste 300.000 leden een erkenning verlenen [4]. Aan omroepverenigingen met ten minste 50.000 leden kan hij een voorlopige erkenning verlenen. De wetgever heeft de tot 1997 bestaande verplichte koppeling tussen abonnement op een programmablad en lidmaatschap van een omroepvereniging beëindigd [5]. Hoewel er niet langer sprake is van een verplichte koppeling, staat het de omroepverenigingen vrij de verstrekking van het programmablad te koppelen aan een lidmaatschap (zogenaamde abonnee-leden). Naast abonnee-leden kan een omroepvereniging zogenaamde 'tientjes-leden' hebben. Deze leden van een publieke omroepvereniging betalen een contributie van ten minste fl. 12,60 en zijn geen abonnee van het omroepblad [6].

9. De hoofdtak van publieke omroepen is het programma te verzorgen waarvoor zij zendtijd hebben verkregen. Het uitgeven van een programmablad wordt op grond van artikel 57, tweede lid, Mediawet aangemerkt als een nevenactiviteit. Voorts verzorgen de omroepverenigingen verenigingsactiviteiten waarmee de band tussen de omroepvereniging en haar leden wordt onderhouden en versterkt.

10. De inkomsten van publieke omroepen bestaan uit overheidsmiddelen en neveninkomsten. De richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep van het Commissariaat voor de Media (hierna ook: de richtlijn) bepaalt, dat de bijdrage die de omroepinstellingen krijgen uit de omroepmiddelen uitsluitend aan het eigen omroepprogramma mag worden besteed. Op grond van artikel 57c Mediawet, zoals uitgewerkt in paragraaf 2.2.2. van de richtlijn, dient het saldo van de inkomsten uit nevenactiviteiten en vermogen (en uit eventuele andere bronnen) te worden aangewend voor de verzorging van het programma waarvoor zendtijd is verkregen. In afwijking hiervan is met betrekking tot inkomsten uit programmabladen in artikel 17 van het Mediabesluit bepaald dat deze jaarlijks tot ten hoogste het bedrag dat nodig is om een eventueel verlies van de desbetreffende omroepvereniging te dekken, mogen worden besteed aan verenigingsactiviteiten [7].

11. Op grond van artikel 58 van de Mediawet stellen de instellingen die zendtijd voor landelijke omroep hebben verkregen de gegevens van de door hen uit te zenden programma's ter beschikking van de NOS voor zover deze nodig zijn voor de opgaven van uit te zenden omroepprogramma's in de programmabladen. Zij gedogen dat de NOS die gegevens ter vereenvoudiging en openbaarmaking ter beschikking stelt van de publieke omroepverenigingen die zendtijd hebben verkregen, alsmede - sedert de Wet Liberalisering Mediawet - van anderen die daartoe een overeenkomst met de NOS hebben gesloten.

II.2 Nieuwe feiten en omstandigheden

12. Het bestreden besluit wordt beoordeeld op grondslag van de bezwaren met inachtneming van eventuele nieuwe feiten en omstandigheden. Wat betreft nieuwe feiten en omstandigheden aan de zijde van de NOS en de HMG wordt het volgende opgemerkt.

13. Aan de zijde van de NOS hebben zich geen relevante nieuwe feiten voorgedaan. De NOS volhardt in haar weigering om de Telegraaf de wekelijkse programmegegevens te leveren van de publieke omroepen en acht het, gezien de volgens de NOS fundamentele bezwaren van de publieke omroep tegen de beslissing van de NMa, niet zinvol met de Telegraaf in onderhandeling te treden over de voorwaarden van eventuele levering.

14. Wat de HMG betreft, is in mei 2000 de Vereniging Veronica, die het Veronicablad exploiteert, uit de HMG getreden met medeneming van het Veronicablad. De HMG, die nog enige tijd de zender Veronica exploiteerde, heeft inmiddels de naam van deze zender gewijzigd in Yorin. Als gevolg van de uitbreiding van de Vereniging Veronica, geeft de HMG niet langer een programmablad uit. Een en ander heeft, zoals uit het navolgende zal blijken, geen invloed op de onderhavige procedure.

15. Tenslotte heeft de HMG nadat in het bestreden besluit is geoordeeld dat de HMG niets heeft aangevoerd dat aannemelijk maakt dat de eerder door de HMG van de Telegraaf gevraagde vergoeding redelijk en niet-discriminair is, een nieuw voorstel aan de Telegraaf gedaan. Zoals hierna, onder randnummer 25, toegelicht, is de d-g NMa, anders dan de Adviescommissie [8], van oordeel dat de HMG ook wat betreft dit voorstel niet aannemelijk weet te maken dat haar voorstel redelijk en niet-discriminair is.

III Beoordeling voorgestelde vergoeding

[...]

IV Beoordeling

IV.1 Schending van wettelijke vormvoorschriften

26. Het Advies wordt gevolgd voor zover daarin geen reden is gevonden de bezwaren gegrond te verklaren ter zake van de gestelde schending van vormvoorschriften [10].

IV.2 Artikel 24 Mededingingswet

27. Artikel 24 Mw verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie. Teneinde misbruik vast te kunnen stellen, moet eerst de relevante markt worden afgebakend waarop de gedraging zich afspeelt. Vervolgens wordt gezien of sprake is van een machtspositie en tenslotte of de betrokken gedraging kan worden aangemerkt als misbruik.

IV.2.1 Relevante markt

28. De d-g NMa volgt het Advies van de Adviescommissie wat de afbakening van de relevante markt betreft [11]. De Adviescommissie bevestigt het eerder door de d-g NMa dienaangaande ingenomen standpunt, dat de relevante productmarkt bestaat uit de markt voor wekelijkse programmaoverzichten.

29. Omdat de programmeergegevens van de verschillende omroepen onderling niet uitwisselbaar zijn, vormen deze elk een afzonderlijke deelmarkt van de totale relevante productmarkt van wekelijkse programmaoverzichten.

30. De d-g NMa volgt ook wat betreft de afgeleide markt het Advies [12]. Tot de afgeleide markt (in het navolgende ook aangeduid als de markt voor wekelijkse programmabladen) behoren de programmabladen die de publieke omroepen uitgeven, het Veronicablad en andere uitgaven die in hoofdzaak programmeergegevens bevatten, zoals de zaterdagbijlage met een wekelijks totaaloverzicht van programma's die de Telegraaf wil uitgeven. Deze zienswijze wordt ook bevestigd door het onderzoek, dat in opdracht van de d-g NMa door NIPO Consult is uitgevoerd (hierna ook: het NIPO onderzoek). Uit dit onderzoek volgt dat een bijlage bij een dagblad, zoals de zaterdagbijlage bij de Telegraaf, in grote mate zal concurreren met de bestaande programmabladen van de publieke omroepen en het Veronicablad van de Vereniging Veronica. Dat de bestaande programmabladen concurrentie zouden ondervinden van een dergelijke bijlage bij de Telegraaf wordt eveneens bevestigd door het rapport Meinhardt [13], waarnaar de NOS verwijst in haar bezwaren. Hierin wordt geconcludeerd dat een daling met 50% van het verkoopcijfer zal plaatsvinden na toetreding door de Telegraaf met bedoelde zaterdagbijlage.

31. De relevante geografische markt wordt gevormd door Nederland. Ook op dit onderdeel volgt de d-g NMa het Advies [14].

IV.2.2. Machtspositie

32. De d-g NMa volgt het advies wat betreft de beoordeling van de positie van de NOS en de HMG op de relevante markt [15]. De Adviescommissie bevestigt dienaangaande het eerder door de d-g NMa ingenomen standpunt. Naar het oordeel van de d-g NMa - hierin bevestigd door de Adviescommissie - nemen de NOS en de HMG beide een economische machtspositie in op de markt voor wekelijkse programmaoverzichten. De NOS kan op grond van artikel 58 Mediawet als enige beschikken over het totaal aan wekelijkse programmaoverzichten van de publieke omroepen en kan deze vrijelijk ter beschikking stellen van derden. Daarmee beschikt de NOS over een feitelijk monopolie ten aanzien van deze programmaoverzichten. De zenders RTL4, RTL5 en - inmiddels - Yorin [16] maken deel uit van de HMG. De HMG beschikt over de programmeergegevens van deze zenders en bijgevolg over een feitelijk monopolie ten aanzien van de betrokken programmeergegevens.

33. De in de Auteurswet en de in artikel 59 Mediawet [17] neergelegde auteursrechtelijke bescherming voorziet de feitelijke machtspositie van de NOS en de HMG van een juridische basis [18].

34. In het onderhavige geval resulteert, zoals door de Adviescommissie geoordeeld, een feitelijke monopoliepositie ten aanzien van een deel van de relevante markt in een economische machtspositie op bedoelde markt. Derden die een op de Nederlandse markt gericht programma-blad willen uitgeven met een wekelijks overzicht van de programmeergegevens van de publieke omroepen en de zenders van de HMG, verkeren in een afhankelijke positie ten opzichte van de NOS en de HMG.

35. De Adviescommissie wordt niet gevolgd in haar oordeel dat de NOS en de HMG niet beschikken over een machtspositie op de afgeleide markt, omdat er volgens de Adviescommissie voldoende concurrentie is op de afgeleide markt [19]. Voor zover de positie van partijen op de afgeleide markt relevant is, wordt op dit aspect in het navolgende afzonderlijk ingegaan (zie randnummers 53 e.v.).

IV.2.3. Misbruik van machtspositie

36. Teneinde te beoordelen of het gedrag van de NOS en de HMG kan worden aangemerkt als misbruik in de zin van artikel 24 Mw, wordt in het navolgende allereerst het toetsingskader en de dienaangaande relevante rechtspraak uiteengezet.

IV.2.3.1. Kader voor oordeel inzake misbruik

– Inleiding

37. De d-g NMa volgt de Adviescommissie in haar oordeel dat de weigering van de NOS en de HMG om een licentie te verlenen voor de wekelijkse programmaoverzichten beoordeeld dient te worden aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie) over (de verhouding tussen) het verbod van misbruik van een economische machtspositie en het intellectuele eigendomsrecht [20]. De Adviescommissie wordt evenzeer gevolgd in haar conclusie dat het intellectueel eigendomsrecht dat op programmeergegevens rust, moet worden gekwalificeerd als geschriftenbescherming [21].

38. De d-g NMa volgt de Adviescommissie niet in haar opvolgende analyse [22] waarin zij, onder verwijzing naar het arrest RTE en ITP tegen de Europese Commissie (hierna: Magill) [23] van het Hof van Justitie, stelt dat van misbruik slechts sprake is wanneer aan de volgende vier voorwaarden wordt voldaan: 1) een derde kan zonder levering van de litigieuze informatie de gids niet op de markt kan brengen, 2) deze weigering staat in de weg aan de introductie van een nieuw product, waarnaar van de zijde van de consument een potentiële vraag bestaat, 3) de weigering vindt geen rechtvaardigingsgrond in objectieve overwegingen en 4) elke mededinging op de afgeleide markt wordt uitgesloten. Evenmin kan de d-g NMa zich verenigen met de feitelijke analyse van de Adviescommissie die leidt tot het oordeel dat in het onderhavige geval niet wordt voldaan aan de tweede en vierde voorwaarde zodat geen sprake kan zijn van misbruik [24].

39. Zoals in het navolgende zal worden toegelicht leidt een analyse van de rechtspraak inzake artikel 82 EG van het Hof van Justitie tot de conclusie dat de weigering van de NOS en de HMG een licentie te verlenen misbruik oplevert indien aan drie voorwaarden is voldaan (zie randnummer 50). Volgens de d-g NMa zijn deze voorwaarden in het onderhavige geval vervuld zodat de weigering van de NOS en de HMG kan worden aangemerkt als misbruik in de zin van artikel 24 Mw (zie hierna randnummers 68 tot en met 109).

– Interpretatie Magill

40. Gelet op het feit dat in het arrest Magill een soortgelijke vraag centraal stond als in de onderhavige zaak, stelt de Adviescommissie dat het licentiebeleid van de NOS en de HMG met name aan dit arrest getoetst moet worden [25]. Vervolgens leidt de Adviescommissie uit voornoemd arrest af dat de door het Hof van Justitie opgesomde omstandigheden (vier) voorwaarden zijn waaraan getoetst moet worden in het kader van vermeend misbruik door een onderneming die houder is van een intellectueel eigendomsrecht. Zou niet aan een of meer van deze omstandigheden (voorwaarden) worden voldaan, dan zou van misbruik geen sprake zijn.

41. Dit standpunt kan niet worden gevolgd. Uit het arrest Magill volgt, anders dan in het Advies verondersteld, niet dat de vier genoemde omstandigheden afzonderlijke criteria vormen waaraan in het afge-

meen in gevallen van leveringsweigering waarbij een intellectueel eigendomsrecht aan de orde is, getoetst dient te worden (zie randnummers 42 en 43). Uit een nadere analyse van het arrest Magill blijkt dat het Hof van Justitie drie voorwaarden onderscheidt teneinde te beoordelen of sprake is van misbruik (zie randnummer 45). Deze analyse sluit aan bij eerdere arresten van het Hof van Justitie inzake leveringsweigering.

De criteria welke in de jurisprudentie van het Hof van Justitie in het kader van artikel 82 EG ten algemene zijn ontwikkeld ten aanzien van leveringsweigering dienen als kader voor de oordeelvorming in de onderhavige zaak. Zij laten voldoende ruimte om rekening te houden met intellectuele eigendomsrechten. De zienswijze dat slechts de omstandigheden zoals omschreven in het arrest Magill voor de beoordeling van het onderhavige geval relevant zijn, is naar het oordeel van de d-g NMa te beperkt en daarmee onjuist.

42. De criteria welke de Adviescommissie uit het arrest Magill afleidt vormen geen voorwaarden waaraan moet worden voldaan. Het Hof van Justitie stelt in overweging 50 van het arrest Magill dat de uitoefening van het intellectuele eigendomsrecht in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren.

43. “Uitzonderlijke omstandigheden” betreft naar zijn aard een open categorie die telkens met inachtneming van de specifieke aspecten van een concreet geval, nader moet worden ingevuld. De criteria waaraan de Adviescommissie in de onderhavige zaak toetst vormen de bijzondere omstandigheden op grond waarvan in het arrest Magill geoordeeld kon worden dat in dat geval sprake was van misbruik. Naar de mening van de d-g NMa is evenwel onjuist de veronderstelling waarvan de Adviescommissie lijkt uit te gaan, dat bij afwezigheid van die specifieke omstandigheden niet aan de criteria wordt voldaan en derhalve niet tot misbruik kan worden geconcludeerd.

44. Dit blijkt ook uit het eerder gewezen arrest van het Hof van Justitie in de zaak Volvo Veng [26], waarnaar in het arrest Magill wordt verwezen. In dit arrest overweegt het Hof van Justitie dat de uitoefening van een uitsluitend recht door de houder van een intellectueel eigendomsrecht op zich geen misbruik oplevert. Zo heeft de houder van een beschermd model voor carrosserieonderdelen van auto's in principe de vrijheid om te weigeren een licentie te verlenen voor de levering van producten waarin het model is verwerkt. Het Hof van Justitie overwoog in deze zaak evenwel vervolgens dat de uitoefening van een uitsluitend recht door de houder op grond van artikel 86 EG (thans 82) verboden kan zijn, indien zij de onderneming met een machtspositie brengt tot gedragingen die misbruik opleveren. Het Hof van Justitie noemt enkele voorbeelden van bijzondere omstandigheden die tot deze conclusie kunnen leiden, zoals een discriminerende belevingspraktijk ten faveure van tot het eigen netwerk behorende dealers, het hanteren van onbillijke prijzen en het staken van vervaardiging van vervangingsonderdelen.

45. Het Hof van Justitie bevestigt in het arrest Magill de uitgangspunten zoals geformuleerd in het arrest Volvo Veng. Vervolgens somt het Hof van Justitie in het arrest Magill niet vier, zoals de Adviescommissie stelt, maar drie omstandigheden op, op grond waarvan tot misbruik geoordeeld kon worden:

“allereerst dient te worden opgemerkt, dat er volgens de vaststellingen van het Gerecht geen daadwerkelijk of potentieel substituu bestond”, “ten tweede vond die weigering geen rechtvaardigingsgrond in de activiteiten van het televisiebedrijf noch in die van het uitgeven van tv-gidsen...”, en “ten slotte en ten derde hebben requiranten (), zich door hun gedragingen een afgeleide markt, te weten de markt voor wekelijkse tv-gidsen, voorbehouden door elke mededinging op die markt uit te sluiten” [27].

Dat niet vier maar drie criteria het toetsingkader vormen om te beoordelen of sprake is van misbruik wordt ook bevestigd in de recente beschikking van de Europese Commissie in de zaak NDC Health / IMS Health [28].

46. Anders dan de Adviescommissie lijkt te veronderstellen, kan naar de mening van de d-g NMa uit het arrest Magill niet in algemene zin worden afgeleid dat het Hof van Justitie een zodanig onderscheid maakt tussen gevallen waarin intellectuele eigendomsrechten aan de orde zijn en gevallen waarin dat niet zo is, dat de (overige) jurisprudentie inzake leveringsweigering bij de beoordeling in casu of sprake is van misbruik niet van belang is.

47. Deze zienswijze wordt bevestigd in het arrest Bronner [29], waarin het Hof van Justitie in randnummer 41, waarin het toetsingskader voor de betrokken zaak wordt geschetst, aansluit bij het arrest Magill: “Gesteld al, dat deze rechtspraak betreffende de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht van toepassing is op de uitoefening van een eender welk eigendomsrecht, kan op het arrest Magill derhalve slechts een beroep worden gedaan om te concluderen dat er sprake is van misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag in een situatie als die welke het voorwerp is van de eerste prejudiciële vraag, wanneer niet alleen de weigering om de dienst van thuisbezorging te verlenen, elke mededinging op de dagbladmarkt door de verzoeker van de dienst kan uitsluiten en niet objectief kan worden gerechtvaardigd, maar de dienst op zich bovendien onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze laatste, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het thuisbezorgingssysteem bestaat.”

48. Volgens zijn arrest in de zaak Bronner acht het Hof van Justitie voor een beoordeling van leveringsweigering in het licht van artikel 82 EG derhalve de volgende drie omstandigheden van belang: 1) de weigering te leveren kan elke mededinging van verzoeker op de betrokken markt uitsluiten, 2) zonder dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat, 3) terwijl de geweigerde dienst onontbeerlijk is voor verzoeker in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief bestaat.

49. Of de uitgave, waarin de Telegraaf de wekelijkse programmegevens op de markt wil aanbieden beschouwd dient te worden als een nieuw product, is voor de beoordeling van de onderhavige zaak derhalve niet van doorslaggevende betekenis en kan verder in het midden blijven. De omstandigheid dat de weigering in het arrest Magill in de weg stond aan de introductie van een nieuw product, waarnaar van de zijde van de consument een potentiële vraag bestaat, is een van de mogelijke gevolgen (een bijzondere omstandigheid) die een leveringsweigering kan hebben [30] maar dient niet, zoals de Adviescommissie betoogt [31], als afzonderlijke voorwaarde te worden beschouwd om te concluderen dat sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw.

IV.2.3.2. Toetsingcriteria

50. Op grond van het bovenstaande wordt geconcludeerd dat het gedrag van de NOS en de HMG getoetst dient te worden aan criteria zoals door het Hof van Justitie in het kader van artikel 82 EG ontwikkeld ten aanzien van leveringsweigering. Bedoelde criteria laten voldoende ruimte om rekening te houden met de specifieke kenmerken van het intellectuele eigendomsrecht. Zoals in het navolgende nader toegelicht, dient op grond van bedoelde rechtspraak van het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg [32] (hierna: het Gerecht) de vraag of het gedrag van de NOS en de HMG misbruik oplevert te worden beoordeeld aan de hand van de volgende criteria: i) de geweigerde dienst is onontbeerlijk voor de verzoeker ervan om op de markt actief te zijn, ii) terwijl de weigering de mededinging op de markt verstoort en iii) hiervoor geen objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat.

– Onontbeerlijkheid

51. Met de Adviescommissie [33] wordt geoordeeld dat uit jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht [34] blijkt dat slechts sprake kan zijn van misbruik in de zin van artikel 82 EG (en daarmee van artikel 24 Mw), indien het geweigerde goed onontbeerlijk is voor de uitgave van een wekelijkse programmablad.

– Verstoring van de mededinging.

52. Naar het oordeel van de d-g NMa is een voorwaarde om in casu de leveringsweigering van de NOS en de HMG aan te merken als misbruik in de zin van artikel 24 Mw, dat deze gedraging de mededinging op de (afgeleide) markt verstoort [35].

53. De d-g NMa volgt de Adviescommissie niet in haar oordeel [36], dat in casu nagegaan moet worden of de NOS en de HMG de afgeleide markt aan zichzelf voorbehouden met als gevolg dat elke mededinging op de afgeleide markt is uitgesloten.

54. Een leveringsweigering die het een onderneming onmogelijk maakt om actief te zijn op een markt betreft een (exclusionaire) vorm van misbruik. Het Hof van Justitie gaf in zijn arrest Hoffmann-La Roche tegen de Europese Commissie de volgende definitie van (exclusionaire) misbruik, voor het geval een gedraging betrekking heeft op dezelfde markt als waarop de onderneming een machtspositie inneemt: “Onder de in objectieve zin te verstane term misbruik vallen gedragingen van een dominerende onderneming welke: a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt (-); b) ertoe leiden dat

de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie (-) wordt tegengegaan [37].

55. Hieruit kan worden afgeleid dat van verboden (exclusionaire) gedragingen sprake is wanneer de leveringsweigering de mededinging op de markt verstoort. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat dit effect de markt kan betreffen waarop de weigerende onderneming een machtspositie inneemt, of - zoals in casu aan de orde - een afgeleide markt [38].

56. De Adviescommissie stelt dat elke mededinging op de afgeleide markt uitgeschakeld moet zijn om te concluderen tot misbruik en baseert dit oordeel op het arrest Bronner van het Hof van Justitie. Dit oordeel kan niet worden gevolgd. De bewoordingen in dit arrest en andere jurisprudentie van het Hof van Justitie [39] wekken eerder de indruk dat reeds tot misbruik kan worden geconcludeerd, wanneer de leveringsweigering tot gevolg heeft dat het een onderneming onmogelijk wordt gemaakt om op de markt actief te zijn. In de arresten van het Hof van Justitie in de zaken Bronner, Telemarketing en Commercial Solvents wordt als voorwaarde voor misbruik gesteld dat door de leveringsweigering de mededinging van de benadeelde onderneming wordt uitgeschakeld [40].

57. Het doel van artikel 24 Mw is het voorkomen van een verstoring van de mededinging in de zin van aantasting van de structuur van de markt en verandering van de concurrentie-ontwikkeling (en niet de bescherming van de positie van een afzonderlijke onderneming [41]), met uiteindelijk het oog op de belangen van de consument. Gezien dit doel, acht de d-g NMa, in het kader van een beoordeling in de onderhavige zaak, de effecten op de afgeleide markt van belang. Aan de hand van de (potentiële) effecten wordt beoordeeld of sprake is van een dergelijke verstoring van de mededinging op de afgeleide markt. Hierbij kunnen zowel de effecten aan de aanbodzijde als de effecten aan de vraagzijde een rol spelen.

58. Verstoring van de mededinging kan blijken uit het feit dat bezien vanuit de aanbodzijde van de markt in kwestie, potentiële aanbieders niet in staat zijn om tot de markt toe te treden, hoewel aan hun product wel behoefte (vraagzijde) bestaat. Een aanwijzing voor geringe concurrentie kan zijn gelegen in het feit dat marktaandelen al jaren stabiel zijn. Dit kan een gevolg zijn van een gebrek aan prikkels voor innovatie, hetgeen eveneens een aanwijzing is voor een verstoring van de mededinging.

59. Wat de mate van zekerheid betreft, die moet bestaan met betrekking tot het effect op de mededinging, blijkt uit onder meer het arrest Commercial Solvents dat wil er sprake zijn van misbruik, het tot op zekere hoogte aannemelijk moet zijn dat de leveringsweigering een negatief effect heeft [42].

60. Teneinde te beoordelen of het gedrag van de NOS en de HMG de mededinging op de afgeleide markt verstoort en daarmee of sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw, dient, zoals de Adviescommissie voorstelt (maar zoals in het bovenstaande uiteengezet [43] om andere redenen), een analyse gemaakt te worden van de huidige mededinging op de afgeleide markt en van de verwachte effecten op deze markt ingeval van nieuwe toetreders.

61. De analyse van de verwachte effecten in geval van nieuwe toetreders is bedoeld om inzicht te geven in de mate waarin de mededinging verstoord is. Hiertoe is onderzoek gedaan naar de waardering die consumenten voor de producten van eventuele nieuwe toetreders tot de afgeleide markt hebben. Hieruit kan worden afgeleid in hoeverre de afnemers producten wordt onthouden waaraan zij wel behoefte blijken te hebben.

62. Met de analyse van de huidige mededinging op de afgeleide markt kan worden getoetst of de inschatting van de Adviescommissie, dat er op dit moment volop concurrentie bestaat op de afgeleide markt, juist is. Op dit punt wijkt het oordeel van de Adviescommissie af van het oordeel van de d-g NMa. De d-g NMa deelt, zoals in het bovenstaande uiteengezet, niet het oordeel van de Adviescommissie dat slechts sprake kan zijn van misbruik indien elke mededinging is uitgesloten. Er is sprake van misbruik, indien als gevolg van het gedrag van de NOS en de HMG de mededinging is verstoord, welke situatie zich niet alleen kan voordoen indien alle mededinging ontbreekt.

63. Om te kunnen vaststellen of sprake is van een verstoring van de mededinging is evenmin van belang of de NOS en de HMG op de afgeleide markt een machtspositie innemen, laat staan deze markt monopoliseren, zoals de Adviescommissie stelt [44]. De kritiek van de HMG,

dat de HMG zich niet de afgeleide markt voorbehoudt en derhalve van misbruik geen sprake kan zijn, daar binnen de HMG geen programma-blad (meer) wordt uitgegeven, kan ook niet slagen. In de arresten van het Hof van Justitie inzake leveringsweigering is weliswaar in de meeste gevallen de feitelijke situatie aldus, dat de onderneming die weigert te leveren, zelf actief is op de afgeleide markt en door het betrokken gedrag deze markt voorbehoudt aan zichzelf of een gelieerde organisatie. In bedoelde jurisprudentie is echter nergens de aanwezigheid op de afgeleide markt als criterium voor misbruik aangemerkt, zodat de aanwezigheid van deze feitelijke situatie geen rol kan spelen in de beoordeling van het onderhavige geval.

64. Naast het toetsen of de inschatting van de Adviescommissie juist is, is de analyse van de huidige mededinging op de afgeleide markt derhalve tevens bedoeld om de structuur van de (afgeleide) markt in kaart te brengen, hetgeen een vergelijking met de situatie ingeval van nieuwe toetreders mogelijk maakt en daarmee de mate van verstoring van de mededinging.

– Objectieve rechtvaardiging.

65. Een leveringsweigering levert geen misbruik op, indien sprake is van objectieve rechtvaardigingsgronden. Hiervan is sprake, indien er legitieme commerciële, technische of efficiency redenen voor de weigering bestaan [45].

66. In het algemeen kan hierbij worden gedacht aan omstandigheden aan de zijde van de weigerende onderneming, die haar gedrag rechtvaardigen. Te denken is bijvoorbeeld aan capaciteitsgebrek. Ook indien de weigerende onderneming grote investeringen heeft gepleegd kan een leveringsweigering gedurende een bepaalde periode gerechtvaardigd zijn, teneinde te voorkomen dat ondernemingen ontmoedigd worden te investeren. In veel gevallen ligt een dergelijke afweging ten grondslag aan de bescherming van goederen of diensten waarop intellectuele eigendomsrechten berusten. Ook zijn er omstandigheden in de risicosfeer van de vrager denkbaar, die de leveringsweigering rechtvaardigen. Te denken is bijvoorbeeld aan een onaanvaardbaar insolventierisico.

67. Redenen van algemeen belang worden niet beschouwd als objectieve rechtvaardiging in het kader van artikel 24 Mw. Deze redenen spelen een rol bij de toets van artikel 25 Mw (zie randnummer 110 tot en met 119). Wat de NOS betreft, gaat het hierbij onder meer over de vraag of een leveringsplicht het de omroepen onmogelijk maakt hun gestelde publieke taak uit te oefenen.

[...]

Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit:

– verklaart de bezwaren van de Nederlandse Omroep Stichting en de Holland Media Groep SA, gericht tegen zijn besluit van 10 september 1998, zoals gewijzigd en aangevuld bij besluit van 16 februari 2000 ongegrond en

– handhaaft de in voornoemd besluit neergelegde beslissing:

“a) De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit legt aan de Nederlandse Omroep Stichting de last op programmaoverzichten te leveren aan NV Holdingmaatschappij De Telegraaf of aan een door deze opgegeven werkmaatschappij. De te leveren programmaoverzichten betreffen alle uitzendingen op alle dagen op de televisiezenders Nederland 1, Nederland 2 en Nederland 3 en op de radiozenders Radio 1, Radio 2, Radio 3, Radio 4 en Radio 5. De programmaoverzichten worden tegen redelijke voorwaarden geleverd, telkens voor een periode van een week (zeven aaneensluitende etmalen). Levering geschiedt uiterlijk 10 etmalen voor de eerste dag van de desbetreffende week. Gegevens met betrekking tot de desbetreffende week waarover de Nederlandse Omroep Stichting op dat moment nog niet beschikt en later opkomende wijzigingen worden onverwijld geleverd.

b) De Nederlandse Omroep Stichting verbeurt na afloop van een termijn van 4 maanden na bekendmaking van dit besluit een dwangsom van f 50.000 (vijftigduizend gulden) voor iedere week ten aanzien waarvan niet wordt geleverd overeenkomstig de onder a bedoelde last, tenzij zij aantoonst dat de enige reden van niet-levering is gelegen in de omstandigheid dat NV Holdingmaatschappij De Telegraaf een niet onredelijk aanbod tot levering als omschreven in dit besluit niet aanvaardt.

c) Boven een bedrag van f 2.500.000 (tweeënhalve miljoen gulden) per jaar en f 5.000.000 (vijf miljoen gulden) in totaal worden door de Nederlandse Omroep Stichting geen dwangsommen verbeurd.

- d) De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit legt aan RTL/Veronica de Holland Media Groep SA de last op programmaoverzichten te leveren aan NV Holdingmaatschappij De Telegraaf of aan een door deze aan te wijzen werkmaatschappij. De te leveren programmaoverzichten betreffen alle uitzendingen op alle dagen op de televisiezenders RTL 4, RTL 5 en Veronica en op de radiozender Veronica FM. De programmaoverzichten worden tegen redelijke voorwaarden geleverd, telkens voor een periode van een week (zeven aaneensluitende etmalen). Levering geschiedt uiterlijk 10 etmalen voor de eerste dag van de desbetreffende week. Gegevens met betrekking tot de desbetreffende week waarover RTL/Veronica de Holland Media Groep SA op dat moment nog niet beschikt en later opkomende wijzigingen worden onverwijld geleverd.
- e) RTL/Veronica de Holland Media Groep SA verbeurt na afloop van een termijn van 4 maanden na bekendmaking van dit besluit een dwangsom van f 50.000 (vijftig duizend gulden) voor iedere week ten aanzien waarvan niet wordt geleverd overeenkomstig deze last, tenzij zij aantoont dat de enige reden van niet-levering is gelegen in de omstandigheid dat NV Holdingmaatschappij De Telegraaf een niet onredelijk aanbod tot levering als omschreven in dit besluit niet aanvaardt.
- f) Boven een bedrag van f 2.500.000 (tweeënhalf miljoen gulden) per jaar en f 5.000.000 (vijf miljoen gulden) in totaal worden door RTL/Veronica de Holland Media Groep SA geen dwangsommen verbeurd.
- g) De lasten gelden voor een termijn van twee jaren na inwerkingtreding.”
- bepaalt dat artikel 63, eerste lid, Mw, niet geldt. Mitsdien heeft beroep tegen dit besluit geen schorsende werking.

Noten

- [1] De HMG heeft de naam van haar zender “Veronica” inmiddels gewijzigd in “Yorin”.
- [2] Advies randnummers 1 t/m 30, 37 t/m 51, 59 t/m 66, 74 t/m 104, 122 t/m 138, 146 t/m 152, 160 t/m 166, 173 t/m 184, 194 t/m 197, 203, 204, 207 t/m 232.
- [3] Wet van 5 juli 1997 tot wijziging van bepalingen van de Mediawet, de Wet op de telecommunicatievoorzieningen en de Radio-Omroep-Zender-Wet 1935 in verband met de liberalisering van de mediawetgeving, Stb. 1997, 336, hierna aangeduid als Wet Liberalisering Mediawet.
- [4] Artikel 31 lid 3 Mediawet zoals gewijzigd bij wet van 23 maart 2000.
- [5] Zie Wet Liberalisering Mediawet (reeds aangehaald).
- [6] Besluit tot aanpassing van de minimum contributie voor omroepverenigingen, Kamerstukken I/II, 1997-1998, 25711, nr 76/1. Besluit van 27 oktober 1997 Stb. 505.
- [7] Zie ook artikel 57c lid 2 Mediawet.
- [8] Advies randnummers 171 en 172.

[...]

- [10] Advies randnummers 33 t/m 36. Opgemerkt zij dat de opvatting van de Adviescommissie in randnummers 31 en 32 dat in een sanctieprocedure niet een openbare hoorzitting kan worden gehouden, niet in haar algemeenheid wordt gevolgd, maar dat van geval tot geval afhankelijk van de omstandigheden bevoordeeld wordt of een hoorzitting openbaar is of niet. In de Memorie van Toelichting bij artikel 60 van de Mw wordt aangesloten bij het advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten inzake Handhaving door bestuurlijke boeten (Toetsingscommissie). Volgens de Toetsingscommissie dient bij sanctiebeschikkingen te worden voorzien in een hoorplicht. De Adviescommissie gaat eraan voorbij dat de invulling van deze hoorplicht, al dan niet tijdens een openbare hoorzitting, tot de discretionaire bevoegdheid van de d-g NMa behoort.
- [11] Advies randnummers 52 t/m 58.
- [12] Advies randnummer 56.
- [13] Meinhardt Communicatie/Consultancy, Notitie over de positie van de omroepbladen op de lezers- en advertentiemarkt. Breukelen, 12 mei 1998. Opgesteld in opdracht en ten behoeve van de Groep Omroepbladen van het NUV.
- [14] Advies randnummer 57.
- [15] Advies randnummers 67 t/m 72.
- [16] In plaats van Veronica behoort thans tot de HMG de zender Yorin, zodat in het Advies, o.a. in randnummer 69, in plaats van de programmegegevens van Veronica gelezen moet worden de programmegegevens van Yorin.
- [17] In midden kan worden gelaten of, zoals de Adviescommissie in randnummer 72 van het Advies lijkt te suggereren, artikel 71g van de Mediawet geldt voor de HMG.
- [18] Advies randnummer 72.
- [19] Advies randnummer 73.
- [20] Advies randnummers 112 en 113.
- [21] Advies randnummers 105 t/m 111.
- [22] Advies randnummer 114.
- [23] HvJ EG 6 april 1995, gev. zaken C-241 en C-242/91, RTE en ITP t. Commissie

(Magill), Jur. 1995, p. I-743.

- [24] Advies randnummers 115 t/m 121.
- [25] De NOS baseert haar betoog dat het oordeel slechts gebaseerd zou dienen te worden op het arrest Magill, op het arrest Bronner (zie voetnoot 29). Uit dit laatste arrest zou blijken dat situaties waarin intellectuele eigendomsrechten aan de orde zijn, vanwege de positie van de rechthebbenden, moeten worden onderscheiden van situaties waarin de essential facilities doctrine (of argumenten die daaraan doen denken) is beoordeeld. Dit betoog treft geen doel, zoals uiteengezet in de randnummers 46 tot en met 48.
- [26] HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 238/87, Volvo AB/Eric Veng (UK) Ltd, Jur. 1988, p. 6211.
- [27] Zie rechtsoverwegingen 52, 55 en 56 van het arrest Magill (eerder aangehaald).
- [28] Beschikking van de Europese Commissie van 3 juli 2001, nummer CONC. D3/38.044, NDC Health/IMS Health, (voorlopige maatregelen), n.n.g., ov. 70.
- [29] HvJ EG 26 november 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG t. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG (Bronner), C-7/97, Jur. 1998, p. I-7791.
- [30] Zie ook GvEA 12 juni 1997, Tiercé Ladbroke NV t. Commissie (Ladbroke), T-504/93, Jur. 1997 II p. 927, ov. 131, waarin geoordeeld werd dat de situatie dat sprake is van een nieuw product, waarvan de introductie wordt belemmerd, niet de enige situatie is, waarin misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie. Ook indien een product onontbeerlijk is voor de uit te oefenen activiteit is hiervan sprake.
- [31] Adviesrandnummer 116.
- [32] Zie de arresten Magill (reeds eerder aangehaald), Bronner (reeds eerder aangehaald), Ladbroke (reeds eerder aangehaald).
- [33] Advies randnummers 114 en 140.
- [34] Zie voetnoot 32.
- [35] Zie ook de conclusie van de AG in de zaak Bronner, ov. 58.
- [36] Advies randnummers 118 en 141.
- [37] HvJ EG, 13 februari 1979, Hofmann-La Roche t. Commissie, 85/76, Jur. 1979, p. 461, ov. 91.
- [38] Zie o.a. het arrest HvJ EG van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents t. Commissie (Commercial Solvents), Jur. 1974, p. 223.
- [39] Zie o.a. de arresten Bronner (reeds aangehaald), Télémarketing (reeds aangehaald) en Commercial Solvents (reeds aangehaald).
- [40] Zie de arresten Bronner (reeds aangehaald), overwegingen 38, 41; Télémarketing (reeds aangehaald), overwegingen 25, 26, 27 en Commercial Solvents (reeds aangehaald), overweging 25.
- [41] Zie bijvoorbeeld de conclusie van de AG in de zaak Bronner (reeds aangehaald), ov. 58.
- [42] Het arrest Commercial Solvents (reeds aangehaald), ov. 25.
- [43] Advies randnummer 143, tweede volzin.
- [44] Advies randnummer 144.
- [45] Zie de conclusie van A-G Jacobs in de zaak Bronner (reeds aangehaald), ov. 47.

[...]

Noot

Robbert Mahler, bedrijfsjurist bij UPC Nederland B.V.

De NMa heeft met dit besluit op bezwaar een belangrijk hoofdstuk geschreven voor het leerboek inzake mededingingsrecht. Een langlopende, delicate zaak is tot een gracieus, maar voorlopig, einde gebracht. De NMa oordeelt (weer) dat de NOS en HMG misbruik van hun machtspositie maken door de Telegraaf geen wekelijkse programmaoverzichten te geven, waardoor de Telegraaf niet een wekelijks katern met deze overzichten aan haar krant kan toevoegen. Hoewel het eindoordeel van de NMa in mijn visie juist is, valt er volgens mij op diverse onderdelen van de redenering van de NMa het een en ander af te dingen. Het is zelfs niet vanzelfsprekend dat het eindoordeel van de NMa klopt. In dit opzicht is het hier al het vermijden waard dat het besluit van de NMa op diverse essentiële onderdelen afwijkt van het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet (‘Adviescommissie’). Opvallend vind ik de stelligheid waarmee de NMa dit op kernpunten volledig tegengestelde advies van de Adviescommissie terzijde schuift. De Adviescommissie dient op grond van art. 92, eerste lid Mw, te adviseren over bezwaren tegen een beschikking van de NMa waarbij een last onder dwangsom wordt opgelegd (ex art. 62, eerste lid Mw.). Het advies van de Adviescommissie is hier niet afgedrukt, en het besluit van de NMa slechts gedeeltelijk. Beide zijn te vinden op het webadres van de NMa (www.nma-org.nl/besluiten). Gezien de recente discussie in *Mediaforum* over deze zaak (zie Edith Loozen, ‘De programmegegevens: misbruik van machtspositie? Een gebed zonder end’, *Mediaforum* 2001, p. 146-151 en Paul Kreijger, ‘De programmegegevens: wel degelijk misbruik van machtspositie’, *Mediaforum* 2001, p. 291-293, met naschrift Edith Loozen op p. 293) is een recapiti-

tulatie van alle ontwikkelingen tussen Telegraaf en NOS/HMG niet nodig. Deze noot heeft dan ook vooral betrekking op de inhoudelijke aspecten van het onderhavige besluit van de NMa. Daarbij is het echter onvermijdelijk zo nu en dan uit te wijden over eerder besluiten die de NMa in deze zaak heeft genomen (namelijk een eerste termijnbesluit in september 1998 en een tweede termijnbesluit in februari 2000). Voor alle duidelijkheid zal ik de verschillende besluiten zo veel mogelijk aanduiden met hun datum.

In het besluit van september 1998 had de NMa al geoordeeld dat NOS en HMG misbruik van hun machtspositie maakten, maar had daar nog geen consequenties aan verbonden, zoals bijvoorbeeld een boete of een last onder dwangsom. Bij besluit van 16 februari 2000 heeft de NMa vervolgens aan NOS en HMG een last onder dwangsom opgelegd om een eind te maken aan de in punt 3 vermelde machtsmisbruik (zie o.a. mijn noot bij dit besluit in *Mediaforum* 2000, p. 107-113 en de noot van M. Châtelin in *M&M* 2000, p. 107). Zowel tegen dit besluit uit februari 2000 als tegen het eerdere besluit uit september 1998 (waarbij de NMa feitelijk de beslissing aanhield) zijn NOS en HMG in bezwaar gekomen. Het onderhavige besluit is het oordeel van de NMa over dat bezwaar.

De kern van het geschil is de vraag of NOS en HMG misbruik maken van hun machtspositie op de markt van wekelijkse programmabladen, door niet op redelijke voorwaarden wekelijkse programmaoverzichten aan de Telegraaf te verschaffen. Eigenlijk een verrassend simpel vraagstuk, dat niettemin de partijen nu al minstens vier jaar in de rechtszalen bezig houdt. Maar ja, de mixture van intellectuele eigendomsrechten en mededingingsrecht leidt klaarblijkelijk tot een juridische gordiaanse knoop.

De NMa gaat in haar besluit van oktober 2001 (evenals in haar eerdere besluiten) uit van een primaire markt van wekelijkse programmaoverzichten. De programmeergegevens van iedere omroep vormen op die markt elk afzonderlijke deelmarkten. NOS (die op grond van art. 58 van de Mediawet over de programmaoverzichten van de publieke omroepen kan beschikken) en HMG hebben op deze markt een machtspositie. Sterker nog, zij beschikken beide ten aanzien van 'hun' programmaoverzichten over een feitelijk monopolie, aangezien zij daar als enige over kunnen beschikken. Daardoor zijn derden die gebruik willen maken van deze programmaoverzichten, van NOS respectievelijk HMG afhankelijk.

De afgeleide markt wordt door de NMa omschreven als de markt voor wekelijkse programmabladen. Tot deze afgeleide markt behoren thans de programmabladen van de publieke omroepen, van Veronica alsmede de potentiële wekelijkse bijlage in de krant van de potentiële concurrent de Telegraaf. De Telegraaf zou, indien het wekelijks een bijlage zou bevatten met het programmaoverzicht voor de gehele week, aanleiding geven tot een daling met 50% van de verkoopprijzen van de reeds bestaande bladen, zo blijkt uit een rapport dat is opgesteld op verzoek van de Groep Omroepbladen van het NUV (r.o. 30). Voorwaar een zeer geduchte potentiële concurrent! De kwestie draait er nu om of NOS en HMG misbruik maken van hun machtspositie op deze afgeleide markt door de Telegraaf niet de wekelijkse programmaoverzichten te geven. Wat betreft HMG is nog het vermelden waard dat de NMa haar gedrag als leveringsweigering bestempelt, ook al heeft de HMG met de Telegraaf onderhandeld. Die onderhandelingen liepen echter vast. HMG heeft de NMa er volgens niet van kunnen overtuigen dat de door haar gevraagde vergoeding redelijk en non-discriminatoir was.

Normaliter wordt verondersteld dat het hebben van een machtspositie benodigd is voor de mogelijkheid om misbruik van deze machtspositie te kunnen maken. Dit lijkt een evidente, zelfs onontbeerlijke voorwaarde. Zonder machtspositie geen misbruik. In dit besluit echter overweegt de NMa, nadat zij zeer uitgebreid heeft gezien waaruit het misbruik zou bestaan (daarover later meer), dat het helemaal niet van belang is of NOS en HMG op de afgeleide markt een machtspositie innemen, laat staan deze markt monopoliseren. Sterker nog, volgens de NMa zou in de –voor de onderhavige zaak leidende– jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake leveringsweigering nergens de aanwezigheid op de afgeleide markt als een criterium voor misbruik zijn aangemerkt (r.o. 63).

Mij lijkt dit een gewaagde stelling. De jurisprudentie waarop de NMa doelt, betreft in het bijzonder de arresten Magill, Bronner en Ladbroke (voor vindplaatsen, zie de eindnoten bij het besluit van de NMa). Alleen in Ladbroke deed zich, als ik het goed zie, de situatie voor waar de NMa op doelt, namelijk dat de onderneming, waarvan gesteld werd dat deze misbruik maakte van zijn machtspositie, op de betreffende markt niet aanwezig was. Daar werd echter geoordeeld dat er geen sprake van misbruik kon zijn omdat de aanbieder niet op die markt aanwezig was. Bovendien dit betrof veeleer de 'fysieke' aanwezigheid op de geografische markt en niet, zoals in de onderhavige zaak, de aanwezigheid op de productmarkt. Bij Bronner was de weigerende partij wel actief op de afgeleide markt. Bij Magill waren de weigerende partijen dat niet, maar daar was feitelijk nog geen enkele partij actief op de afgeleide markt. Daarmee verschilt die situatie van de onderhavige, waarbij de publieke omroepen reeds gedurende vele jaren wekelijkse programmabladen

uitbrengen. Ik zie dan ook niet goed hoe de NMa met een beroep op deze jurisprudentie tot haar stelling komt.

Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft overigens de kans zich binnenkort over een soortgelijke kwestie te buigen. In de zaak IMS Health is de vraag aan de orde of deze onderneming zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van machtspositie door haar concurrenten door dezen geen toegang te verlenen tot bepaalde gegevens. In deze zaak betreft het echter de primaire markt en niet, zoals bij de Telegraaf, de afgeleide markt. De president van het Gerecht heeft, in een verzoek om voorlopige voorzieningen, vanwege de complexiteit van de materie geen enkele uitspraak durven doen over de zaak ten gronde, maar daarvoor verwezen naar de behandeling door het Gerecht. Wel stelt hij alvast de vraag of de bewering van de Commissie dat de criteria van Magill niet cumulatief zijn, juist is (zaak T-184/01 R, IMS Health tegen Commissie, 26 oktober 2001, n.n.g.).

De reden voor deze exercitie van de NMa is volgens mij dat NOS niet zelf actief is op de afgeleide markt van wekelijkse programmabladen, aangezien de programmabladen niet door de NOS maar door de publieke omroepen zelf worden uitgegeven. Het is dan ook de vraag of NOS überhaupt enige positie inneemt op deze afgeleide markt, laat staan een machtspositie. Weliswaar heeft de NOS op basis van art. 58 Mediawet een machtspositie ten aanzien van de programmaoverzichten, aangezien alle publieke omroepen hun overzichten aan de NOS ter beschikking dienen te stellen die deze vervolgens verschaft aan de andere publieke omroepen en betalende derden ter openbaarmaking, maar deze machtspositie van de NMa betreft de primaire markt. De verschillende publieke omroepen hebben evenmin een machtspositie op de afgeleide markt, aangezien het best verkochte programmablad slechts circa 25% marktaandeel heeft. Bovendien heeft de Telegraaf geen klacht ingediend tegen deze publieke omroepen. Ten aanzien van HMG is de exercitie nog noodzakelijker, aangezien deze na het verdwijnen van Veronica uit de HMG in mei 2000 (en daarmee van het Veronicablad) helemaal geen programmablad meer uitgeeft. Gelet op deze omstandigheid, en op de inleidende opmerking van de NMa dat in het oktober besluit ook rekening gehouden moet worden nieuwe feiten en omstandigheden (r.o. 12), is het verdedigbaar dat HMG niet voor misbruik van machtspositie beoordeeld kan worden.

Vanwege het ontbreken van zowel NOS als HMG had de Adviescommissie geadviseerd dat zij beide zich niet schuldig hadden gemaakt aan misbruik van machtspositie. Zoals gezegd legt de NMa dit advies naast zich neer. Gezien haar eerdere besluiten in deze zaak is dit ook niet verwonderlijk. Tot heden had de NMa in de afwezigheid van deze partijen op de afgeleide markt geen been gezien om tot misbruik te concluderen. Het zou dan ook een dramatische ommezwaai zijn geweest indien de NMa in het onderhavige besluit had moeten oordelen dat haar vorige besluiten fundamenteel onjuist waren. Bovendien speelt vanzelfsprekend de feitelijke situatie een rol, waarbij de NOS op grond van de Mediawet als een soort doorgeefluik de programmaoverzichten van de verschillende publieke omroepen aan elkaar alsmede aan betalende derden ter beschikking stelt en waarbij HMG de programmaoverzichten van RTL 4 en 5 alsmede Yorin bezit en aan onder meer de NOS levert.

Centraal in het onderhavige besluit (en ook in de eerdere besluiten) in de positie van de NMa is het uitgangspunt, dat deze kwestie niet alleen beoordeeld kan worden op de voet van het Magill-arrest. Volgens de NMa is het doorslaggevend verschil tussen de onderhavige zaak en dat arrest dat daar sprake was van de volledige bescherming op grond van het auteursrecht. Een algemeen geldend uitgangspunt is dat de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht, zoals auteursrecht, slechts in uitzonderlijke gevallen leidt tot misbruik van machtspositie. De NMa oordeelt echter steeds in haar besluiten dat van volledig auteursrecht in de kwestie Telegraaf-NOS/HMG geen sprake is. De programmaoverzichten vormen namelijk geen werk met een eigen of persoonlijk karakter. Zij komen daardoor niet in aanmerking voor de bescherming op grond van dat auteursrecht, waardoor de weigering om een licentie te verlenen gesauveerd zou worden. Evenmin is er voor NOS en HMG bescherming op grond van de Databankenwet, nu bij de programmaoverzichten geen sprake is van een eigen intellectuele schepping van de maker (zie ook Gerechtshof Den Haag, 30 januari 2001, *AMI* 2001, p.73-75, m. nt. H. Cohen Jehoram). Overigens had de Telegraaf die zaak wel aangespannen tegen zowel NOS als alle publieke omroepen. Op het gebied van het IE-recht kunnen NOS en HMG slechts een beroep doen op geschriftenbescherming. Dat recht geeft echter slechts aanspraak op bescherming tegen directe ontlening uit documenten die bedoeld zijn voor publicatie of reeds gepubliceerd zijn. In deze zaak is ontlening echter niet aan de orde. Het gaat in deze zaak om de wijze waarop NOS en HMG omgaan met het hen toekomende recht om, op grond van deze geschriftenbescherming, licenties te verstrekken, of, scherper gesteld, hun weigering om aan de Telegraaf een licentie te verstrekken. En dat vormt voor de NMa de reden om niet

zozeer bij Magill, maar veeleer bij de jurisprudentie inzake leveringsweigering aan te knopen, met name bij de criteria die zijn geformuleerd in het Bronner-arrest.

Deze gedachtengang vormt de rode draad in de besluiten van de NMa. In het besluit van oktober 2001 stelt zij nog eens extra pregnant dat niet Magill alleen, maar de gehele rechtspraak over leveringsweigering geldt, nu zij zich moet afzetten tegen het advies van de Adviescommissie. Deze meende dat Magill wel degelijk kant en klaar voor toepassing in deze zaak gereed lag. Om bovengenoemde redenen (er is i.c. geen auteursrecht aan de orde) wijst de NMa dit exclusieve beroep op Magill af. En passant wijst de NMa er ook nog eens nadrukkelijk op dat de Adviescommissie dit arrest verkeerd heeft uitgelegd (r.o. 38 en 41). Volgens de NMa moeten niet de criteria van Magill, maar de criteria van Bronner en de andere arresten inzake leveringsweigering worden gebruikt om te beoordelen of NOS en HMG misbruik maken van hun machtspositie. Daarbij zet de NMa zich ook sterk af tegen de interpretatie van de Adviescommissie, die uit Magill vier criteria afleidt terwijl er volgens de NMa slechts drie criteria in Magill zijn te ontwaren.

Naar mijn mening is deze uiteenlopende interpretatie het gevolg van een letterlijke lezing van het Magill arrest door de NMa (zie r.o. 45: allereerst..., ten tweede..., tenslotte en ten derde...) versus een interpretatie van dit arrest op grond van het Bronner arrest door de Adviescommissie. In Bronner geeft het Hof van Justitie namelijk een interpretatie van Magill, waarin het de vier criteria opsomt die de Adviescommissie hanteert.

En om het nog gecompliceerder te maken, in Bronner gebruikt het Hof uiteindelijk zelf weer drie criteria om te beoordelen of in die zaak sprake was van misbruik. En die drie criteria komen weer overeen met de criteria die de NMa heeft onderscheiden in Magill. Maakt dit nog iets uit? Jazeker, want het vierde criterium is belangrijk. Het gaat om de voorwaarde dat er sprake moet zijn van een nieuw product. In de criteria die de NMa hanteert, is dat geen zelfstandig criterium (r.o. 49). Daarom is het voor de NMa ook niet zo belangrijk of de uitgave die de Telegraaf wil verzorgen, wel zo nieuw en anders zal zijn dan de programmabladen die de omroepen nu al uitbrengen. Voor de Adviescommissie was dat een belangrijke reden om te constateren dat NOS en HMG geen misbruik hadden gemaakt van hun machtspositie door de Telegraaf geen redelijke licentie te verschaffen: daarmee hadden zij geen nieuw product tegen gehouden. En programmabladen zijn er al genoeg. Voor de NMa is het nieuwigheidscriterium niet interessant. Het draait erom dat een product waar vraag naar is, uit de markt wordt gehouden. Dat er een potentiële vraag naar de uitgave van de Telegraaf bestaat heeft de NMa in een onderzoek laten vaststellen (r.o. 70 t/m 92) en wordt ook door de NOS en HMG eigenlijk niet betwist. Integendeel, de NOS laat niet na de ingrijpende gevolgen van de opgelegde verstrekking van de programmagegevens aan de Telegraaf voor de publieke omroepen te schetsen (r.o. 96 en 99).

De NMa zet vervolgens uiteen welke drie criteria het toepast om te toetsen of het gedrag van NOS en HMG leveringsweigering oplevert. Bij een bevestigende beantwoording moet dat gedrag dan ook als misbruik van machtspositie worden gekwalificeerd. Als beoordelingsgronden (die dus zowel in Magill als Bronner gebruikt worden) hanteert de NMa de criteria 'uitsluiting van elke mededinging op de betrokken markt', 'ontbreken van objectieve rechtvaardiging' en 'onontbeerlijkheid van de product, zodat er geen reëel of potentieel alternatief bestaat'. Bij deze uiteenzetting maakt de NMa nog een opmerkelijke stap. Bij het criterium 'verstoring van de mededinging' springt zij wel erg ruim om met de bewoordingen van Bronner en Ladbroke. Daar wordt uitdrukkelijk gesproken over 'uitsluiting van elk mededinging op de betrokken markt'. De NMa legt hier nu een veel soepelere norm aan, namelijk die van 'het een onderneming onmogelijk maken om op de markt actief te zijn' (r.o. 56) dan wel 'verstoring van de mededinging' (r.o. 62). Mij lijkt dit een wel erg ruime interpretatie van Bronner. Ter ondersteuning van haar opvatting wijst de NMa enerzijds op Bronner en de jurisprudentie die van daarvoor dateert en anderzijds op het doel van het verbod van misbruik van een machtspositie. Het gevaar van een beroep op een dergelijke doelstelling is natuurlijk dat dit al snel onttaardt in een doelredenering, waarbij het doel (voorkomen van verstoring van de mededinging) als uitgangspunt wordt genomen en niet meer wordt geoordeeld of de betreffende gedraging dat doel ook bedreigt.

Bovendien omzeilt de NMa hiermee de veel zwaardere toets van uitsluiting van elke mededinging, die Bronner oplegt. Juist vanwege dit criterium wordt Bronner gezien als een aanmerkelijke uitholling van de essential facilities doctrine. Door nu dit criterium een aanmerkelijk beperkter inhoud te geven, geeft de NMa een te ruime interpretatie van de bedoeling van dit arrest (M.G. Wezenbeek-Geuke, IMS Health; misbruik van machtspositie en intellectuele eigendomsrechten, NTER 2001, p. 333-343, stelt dat de NMa hiermee lijkt te zijn uitgegaan van een nieuw criterium).

De daadwerkelijke toetsing of het feitelijk gedrag van NOS en HMG leveringsweigering oplevert, is tamelijk uitgebreid. Niet op alle punten

is het ook juridisch relevant. Vandaar dat dit gedeelte van het besluit niet is afgedrukt. Op de website van de NMa is het gehele besluit te vinden. In de toetsing wordt een beeld geschetst waaruit volgt dat het verschaffen van de wekelijkse programmagegevens zeer ingrijpende gevolgen heeft. Wanneer deze aan alle dagbladen zouden worden versprekt, zou het aantal abonnees op de programmabladen van de omroepen met 28% tot 51% dalen; bij een prijsverlaging met 30% van de programmabladen zou nog steeds 25% tot 45% van de abonnees opzeggen. Bovendien zullen niet alleen de inkomsten uit deze nevenactiviteit van het uitbrengen van programmabladen sterk dalen, maar ook zal het aantal leden van de omroep sterk afnemen. Hierdoor zal exploitatie op de huidige wijze niet langer mogelijk zijn. Dit vormt echter volgens de NMa nog geen objectief gerechtvaardigde reden om niet tot verstrekking over te gaan. Het uitbrengen van een programmablad is namelijk slechts een nevenactiviteit, die op grond van art. 57a Mediawet, geen negatieve invloed op de publieke taak mag hebben. Bovendien bestaat er sedert de invoering van de Concessiewet (de wijziging van de Mediawet in 1997) geen koppeling meer tussen een abonnement op een programmablad en het lidmaatschap van een publieke omroep. De geschriftenbescherming vormt evenmin een gerechtvaardigde reden om de wekelijkse programmaoverzichten niet aan de Telegraaf te verstrekken. Beroep daarop wordt beperkt door de omstandigheden dat er iedere week nieuwe programmagegevens zijn zodat er sprake is van een voortdurend beperkt exclusief recht en altijd een licentie voor gebruik van deze gegevens nodig zal zijn.

De NOS had voorts een beroep gedaan op art. 25 Mw. Als gevolg daarvan wordt het verbod van misbruik van machtspositie niet toegepast, wanneer dat de uitoefening van een dienst van algemeen economisch belang verhindert. Volgens de NMa is dat niet aan de orde. Het gaat hier slechts om een nevenactiviteit van de publieke omroepen en niet om hun primaire taak, het verzorgen van representatieve programma's, hetgeen wel een dienst van algemeen economisch belang is. Ook als deze nevenactiviteit wegvalt, staat het de omroepen vrij andere nevenactiviteiten te ontplooiën of op andere wijze aan ledenbinding te doen. Ten slotte gaat de NMa over tot een herhaalde oplegging van de last onder dwangsom die al in het besluit van februari 2000 was opgelegd. Opvallend is dat ook nu een termijn van vier maanden wordt gegund voordat de dwangsom men gaan lopen, ook al is er thans geen oproep van de NMa aan partijen om te gaan onderhandelen noch een verplichting om de NMa binnen die termijn van vier maanden in te lichten over de resultaten van die onderhandelingen. Van die onderhandelingsmogelijkheid is overigens slechts beperkt gebruik gemaakt. Alleen de HMG heeft met de Telegraaf gepraat, maar hun prijzen liep te sterk uiteen om tot een vergelijk te komen. In het besluit van februari 2000 had de NMa richtsnoeren meegegeven over de wijze van berekening van een reële prijs. Volgens de NMa is het dan aan HMG om aan te tonen dat het door geboden tarief inderdaad redelijk en non-discriminatoire is. Daarin is de HMG niet geslaagd, naar het oordeel van de NMa. Nu het buiten kijf staat dat de programmagegevens op zich op korte termijn aan de Telegraaf verstrekt kunnen worden en NOS en HMG zich al geruime tijd hebben kunnen voorbereiden op de gevolgen van een eventuele ongunstige beslissing van de NMa, lijkt mij de termijn van vier overigens rijkelijk lang.

De laatste opmerkelijke zet in dit besluit is dat de NMa wederom, net als in het besluit van februari 2000, bepaalt dat het instellen van beroep en bezwaar geen schorsende werking heeft. Dit is opmerkelijk, aangezien dit lijnrecht indruist tegen het oordeel van de president van de rechtbank Rotterdam die had geoordeeld dat de NMa zich voor het nemen van een dergelijk besluit niet alleen kon baseren op een simpele belangenafweging. Daarmee had de rechter de door de NMa in haar besluit van februari 2000 neergelegde opheffing van de schorsende werking van bezwaar en beroep al eerder vernietigd, zodat NOS en HMG nog geen enkele termijn van de dwangsom hebben voldaan (Pres. Rb. Rotterdam, 22 juni, 2000, o.a. besproken door Y. de Muynck in *Nieuwsbrief Mededingingsrecht* 2000, p. 108-111, door P.J.M. Koning in *M&M* 2000, p. 191-195 en door mij in *Bedrijfsjuridische Berichten*, 2000, p. 174-176). De uitleg van de president was vooral gebaseerd op de parlementaire geschiedenis, waaruit hij afleidde dat er sprake moest zijn van bijzondere omstandigheden voordat de NMa de schorsende werking van bezwaar en beroep kon schorsen. Met de NMa ben ik van mening dat de interpretatie van de president niet zonder meer uit die parlementaire geschiedenis volgt. Ook kan ik de NMa volgen wanneer deze zegt dat de opvatting van de president ertoe zal leiden dat een partij die op korte termijn een einde gemaakt wil hebben aan een vermeende inbreuk, zich dan eerder in kort geding tot de civiele rechter zal wenden dan tot de NMa wiens mogelijkheden tot het opleggen van een last onder dwangsom in de praktijk, indien het oordeel van de president gevolgd wordt, sterk aan betekenis zal hebben ingeboet.

De politiek heeft zich intensief met deze zaak bezig gehouden. Er is zelfs een motie opgesteld om het verschaffen van programmagegevens bij wet te regelen, voor maart 2002. Deze motie is overigens door de

regering ontraden en vervolgens door de Kamer verworpen. Hoewel de regering het idee van beschikbaarstelling ondersteunt, meent zij dat wetgeving niet op korte termijn soelaas kan bieden. Wel deelde de staatsecretaris van OC&W mee dat in zijn ministerie een wetsvoorstel met een dergelijke strekking ontworpen was, maar dat deze nog niet aan de Raad van State of de ministerraad was voorgelegd. Het wetsvoorstel is vooralsnog een stok achter de deur (TK 2001-2002, 28 000 VIII, nr. 90).

Na dit besluit van de NMa is het nog niet gedaan met het processueel geweld van de betrokken partijen. NOS en HMG zijn inmiddels in beroep gegaan tegen de uitspraak van de NMa. Zij hebben echter geen verzoek tot het nemen van voorlopige voorzieningen ingediend. Waarschijnlijk is dit gebeurd vanwege eerder genoemde beslissing van de president, dat het besluit van de NMa van februari 2000 niet de schorsende werking van bezwaar en beroep terzijde mocht schuiven. In het onderhavige besluit oordeelt de NMa dat echter weer dat de schorsende werking van beroep komt te vervallen. Vanwege de uitspraak van de president van de rechtbank Rotterdam, waarin de president bepaalde dat de schorsing van het besluit van de NMa tot opheffing van de schorsende werking van bezwaar en beroep zou voortduren tot een situatie als bedoeld in art 8:85 Awb zich voordoet, loopt die schorsing van de president door tot op het thans ingestelde beroep is beslist. Met andere woorden, ook nu nog vervallen er geen dwangsommen. De NMa heeft geen verzoek tot opheffing van de voorlopige voorziening van de president krachtens art. 8:87 Awb ingediend.