

PROF. MR. E.J. DOMMERING

Enige beschouwingen over de regulering van informatiestromen*

[5] In het 15-eeuwse Europa kwamen vorstenhuwelijken op afstand tot stand. Een hulpmiddel daarbij was het laten vervaardigen van een portret van de begeerde partner en potentiële politieke bondgenoot, een methode die nog tot ver in de 17e eeuw werd gebezigd.¹

De vervaardiging van het beeld was kostbaar en tijdrovend; ook het transport zal dikwijls weken hebben gevergd. De onthulling op de plaats van bestemming zal niet altijd onverdeelde vreugde teweeg hebben gebracht. De kunstenaar had in dit proces een riskante bemiddelaarsrol, waarbij de verleiding natuurlijk groot was ten gunste van zijn opdrachtgever de werkelijkheid te flatteren. Maar als er gegronde vermoedens rezen dat er esthetisch bedrog in het spel was, kon verificatie ter plaatse van het evenbeeld de transactie toch nog in gevaar brengen.² In het voorbeeld gaat het om de informatie-overdracht op afstand door tussenkomst van een derde. Ik introduceer de derde in het telecommunicatieproces tussen zender en ontvanger, omdat de actieve en interpreterende auteur/boodschapper essentieel is voor het informatievoorzieningsproces. Ik zal het de informatiedriehoek noemen.³ Op een hoekpunt van de driehoek bevindt zich de waarnemer van de gereproduceerde werkelijkheid, historisch gezien doorgaans een rijke opdrachtgever. Hij wil voorgelicht worden over een stuk werkelijkheid buiten de eigen waarnemingskring. Daartoe wordt een auteur aangezocht een afbeelding te maken. De auteur/boodschapper bevindt zich aldus op het hoekpunt van de opdracht en de eigen onafhankelijke interpretatie van de werkelijkheid.

[6] De afgebeelde (ik noem het: het informatie-object) lijkt in het voorbeeld nog de meest passieve: voorwerp van waarneming van de auteur en voorwerp van waarneming van de afbeelding door de opdrachtgever. Op alle drie de zijden van de driehoek vindt er transport van informatie plaats: op de zijde die informatie-object en waarnemer verbindt zelfs de complete nabootsing van de werkelijkheid zelf: het is de meest kostbare informatiedrager in de driehoek.

Bezien wij de huidige communicatievormen op afstand dan lijkt de ingrijpendste verandering in de driehoek de technische opheffing van het plaats- en tijdsverschil. Informatie die 'hier' is, is tegelijkertijd ook 'daar'; in de vorm van een tele-

* Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam op vrijdag 20 oktober 1989. De tekst is eerder verschenen bij Kluwer (Deventer 1989).

¹ Martin Warnke, *Hofkünstler zur Vorgeschichte des modernen Künstlers* (Köln 1985) p. 280.

² *Ibidem* p. 281-282.

³ De informatiedriehoek is dus een sociale driehoek, omdat zij beoogt juridische gezagsrelaties in een communicatieproces te beschrijven. Zij moet niet verward worden met de semiotische triade (*signifier, meaning, denotation*) die beoogt de betekenis van een boodschap in een tekensysteem in relatie tot de werkelijkheid te beschrijven. Alleen het informatie-object valt in deze termen te beschrijven omdat zij de *denotation* is. Voorts speelt deze semiotische triade een rol bij alle informatie-uitwisselingen die er binnen de driehoek plaatsvinden. Vgl. Bernard S. Jackson, *Semiotics and legal theory*. (New York 1982) p. 14: 'The structure of semiosis: triadic or binary'.

foongesprek, een radioreportage, een televisiebeeld of bits die door middel van een telecommunicatieverbinding worden overgebracht en in beeld of geluid kunnen worden omgezet. Onze gehele existentie is in informatie-eenheden (gegevens) af te breken en op iedere gewenste plaats en tijd in elke gewenste zintuiglijke vorm weer in elkaar te zetten. Digitale informatie-overdracht is een humane gehaktmolen waarin wij in stukjes worden gehakt zonder dat wij het leven er bij laten.

In zijn conclusie bij het arrest van het Hof van Justitie van de EG over de vraag of de Nederlandse wetgever een ondertitelverbod voor op Nederland gerichte televisie-uitzendingen mag uitvaardigen, karakteriseerde de Advocaat-generaal Mancini televisie als een dienst die op het moment van uitzending overall is, een dienst zonder grenzen.⁴ Paul Valéry voorzag in 1934 al in zijn *‘La conquête de l’ubiquité’* (de verovering van de alomtegenwoordigheid) dat net als gas, elektriciteit en water, de werkelijkheid naar ons toe zou worden getransporteerd⁵:

“On saura transporter ou reconstituer en tout lieu le système de sensations – ou plus exactement, le système d’excitations – qui dispense en un lieu quelconque un objet ou un événement quelconque. Les œuvres acquiront une sorte d’ubiquité (...)”

En verzucht hij:

“Je ne sais si jamais philosophe a rêvé d’une Société pour la distribution de Réalité Sensible à domicile.”

De technologische omwenteling van de eerste – mechanische – industriële revolutie leidde tot een volledige transformatie van de zichtbare natuur.⁶ De [7] technologische omwenteling van de informatiemaatschappij bestaat in de exploitatie van de waarneming en interpretatie van de werkelijkheid zelf. Dat geschiedt eerst nog door een relatief duurzame en individualiseerbare informatiedrager als papier. Daarna is het echter de exploitatie van het radio-elektrisch spectrum, de elektriciteit, magnetische velden en de geleidende materialen die in computers worden toegepast die de grens tussen informatie in de natuur en gereproduceerde informatie definitief verlegt.

De technische en de maatschappelijke ontwikkelingen introduceren nieuwe medespelers in de driehoek. Tussen waarnemer en auteur, auteur en object stellen zich een informatieproducent en een verspreider op.

De overheid speelt een eigen rol in de driehoek. De vraag is of het communicatieproces ongehinderd of ondersteund door de overheid tussen de drie punten plaatsvindt.

Waarnemer en object emanciperen tot actieve medespelers in de driehoek. Het informatie-object wordt daarbij zelfs informatiesubject. Bij telecommunicatie is

⁴ Zaak 352/85 [HvJEG](#) 26-4-88 inzake Bond van Adverteerders/Staat der Nederlanden, nog niet gepubliceerd.

⁵ 'Pièces sur l'Art', (1934) in: P. Valéry, *Œuvres tome II, Bibliothèque de la Pléiade* (Paris 1960) p. 1284.

⁶ Vergelijk M. Pieterse c.s., *Het technisch labyrint, een maatschappijgeschiedenis van drie industriële revoluties* (Meppel 1987) p. 84 e. v.: 'Het verschijnen van het industrieel landschap'.

de alomtegenwoordigheid zo ver gevorderd dat beide punten de boodschapper/ auteur niet meer nodig hebben voor hun individuele contacten. Zij zijn 'hier' en 'daar' tegelijkertijd.

In de elitaire verhoudingen werd een unieke en kostbare informatiedrager naar de gezaghebber toegebracht tot vermaak in eigen kring en tot aanwending van eigen gezagsdoelinden. Het is een relatief gesloten driehoek.

In de democratische verhoudingen brengen de massamedia een reproduceerbare goedkope informatiedrager over grote afstand naar het publiek tot vermaak in brede kring en expressie van onafhankelijke meningen.⁷ Tegelijkertijd verbindt telecommunicatie alle leden van het publiek over grote afstand met elkaar. Over de juridische consequenties van deze dynamiek gaat deze oratie.

Ik zal mij richten op de drie grootschalige vormen van produktie, transport, verspreiding en verwerking van informatie die onze samenleving in chronologische volgorde ontwikkelde: de drukpers, de telecommunicatie, en de omroep.

De chronologie is natuurlijk betrekkelijk. Zij is er wel in schaal en maatschappelijke betekenis.

Aangezien ik in een kort bestek de vorming van *juridische* relaties rond deze informatietechniek behandel, zal ik soms in de tijd moeten springen en binnen een techniek de verschillende communicatievormen door elkaar bespreken. [8] Juist omdat de jurist geïnteresseerd is in zeggenschaps- en besliscriteria, springt hij soms roekeloos met de empirische werkelijkheid om. Aan de andere kant hoop ik te laten zien dat de jurist steeds meer met die werkelijkheid verbonden raakt, juist in de informatiemaatschappij die voor een groot deel is: informatisering van de natuur.

Ik zal niet ingaan op de ontwikkeling van het auteurschap die hem als onafhankelijk 'schepper' en kunstenaar op den duur buiten de driehoek plaatst. Het gaat niet om kunstgeschiedenis maar om een juridische vertaling van het informatievoorzieningsproces waarin het auteursrecht een belangrijke rol vervult.

De drukpers

De drukpers produceert relatief duurzame informatiedragers die in volledigheid van de weergave, en in ruimte en tijdsbestek nog een belangrijke afstand tot 'het origineel' bewaren. Hetzelfde geldt voor de ontvankelijk, omdat kennisneming plaatsvindt op een door de gebruiker gekozen tijdstip en plaats en volgens een eigen selectie.⁸ De relativeringen liggen hier in hoogwaardige kleurenbeeldreproduktietechniek en het aan de actualiteit gebonden tijdstip van produktie en kennisneming van het massaal verspreide dagblad.

De overheid begon voor dit produktieproces in de 16e eeuw drukkersoctrooien, ook wel genoemd: drukkersprivileges, te verlenen. Met behulp daarvan kon de drukker binnen het in het octrooi aangewezen verspreidingsgebied exclusiviteit –

⁷ Vgl. Warnke, *Hofkünstler*, p. 270: 'Das Bildnis war das wichtigste Medium höfischer Kunstpolitik', over het gebruik van beelden voor de religieuze en stadspolitiek in Italië, B. Kempers, *Arbeiderspers* (Amsterdam 1986), *passim*. Vgl. voor de veranderde vermaaksfunctie en de rol van de verspreidingstechniek: W. Knulst, *Van Vaudeville tot Video*, [Sociale en Culturele Studies - 12] (Rijswijk 1989) Hoofdstuk 3.

⁸ De massacommunicatietheorie heeft verschillende modellen voor de verschillende media ontwikkeld, zie onder andere D. McQuail, *Mass communications theory, an introduction* (London 1984) p. 32; een eenvoudig model, uitsluitend gebaseerd op de soort van informatiepatroon, beschreven door J.L. Bordewijk, B. van Kaam in hun matrix: 'Allocutie, consultatie, registratie en conversatie', in: *Allocutie, enkele gedachten over communicatievrijheid* (Baarn 1982) p. 26-32.

strafrechtelijk – afdwingen en de illegale roofoverval tegengaan, die met het minder schaars worden van de druktechniek steeds schadelijker vorm aannam.

Het octrooi vormde daarmee een – met ons huidige octrooirecht op uitvindingen vergelijkbaar – krachtens overheidsvergunning verleende rechtstitel het object van de druk- en uitgeefprestatie te monopoliseren. Tegelijkertijd kreeg de overheid er wat voor terug. Alleen die drukwerken konden aanspraak maken op exclusiviteit waarvan de overheid haar instemming met de inhoud had betuigd.

Rond het octrooi ontwikkelde zich dan ook een geheel systeem van formele en informele overheidstoestemmingen die wij thans als censuur aanduiden.

Zo kende men in Frankrijk onder het **Ancien régime**: *privilèges, permissions tacites, permissions simples, permissions de polices en simples tolérances*.⁹

[9] Niet alleen dat langs deze weg de inhoud van de te verspreiden informatie door de overheid werd gecontroleerd, ook de verspreidingsomvang en de soort informatie konden worden beheerst. Zo werd in octrooien voor kranten bijvoorbeeld uitdrukkelijk aangegeven dat zij geen binnenlands nieuws mochten bevatten, want dat was lastig voor de nationale overheid, en geen de buitenlandse mogelijkheden onwelgevallig nieuws, want dat was lastig voor de diplomatieke betrekkingen. Het verbod binnenlands nieuws te brengen stimuleerde de berichtgeving over het buitenland in hoge mate. Het binnenlandse nieuws werd vanuit het buitenland verzorgd. Dit werd met argusogen door de buitenlandse gezanten gevolgd. Het leidde in de 17e en 18e eeuw tot een lawine van diplomatieke klachten, incidenten en juridische maatregelen. Zo is er nog eens een *Gazette de Leyde* in Warschau verbrand omdat er een Poolse autoriteit in werd beledigd.

De Europese kranten waren toen internationaal.¹⁰

De niet aan tijd en plaats gebonden informatiestroom levert dan al de eerste soevereiniteitsconflicten op.

De opheffing van de censuur gaat gepaard met de vorming van het juridisch concept van de vrijheid van meningsuiting. Het is in zijn oorspronkelijke en ook thans nog sterkste vorm: een afweerrecht. Vrijheid van, en dat was op dat moment de overheid. Het heeft zich in allerlei vormen in een doctrine uitgekristalliseerd.

Het octrooi bood echter ook een economische bescherming. Tegelijk met de nieuwe vrijheid viel deze weg.¹¹ Toen de *Déclaration des droits de l'homme* het drukkersprivilege afschafte omdat het onverenigbaar was met de vrijheid van meningsuiting, werd de drukker en boekverkoper het monopolierecht uit handen geslagen. De nieuwe intellectuele vrijheid leidde tot een dramatische ineenstorting van het Parijse boekenkartel dat zich rond de drukoctrooien had georganiseerd.¹² In 1791 werd de *Déclaration des droits de l'homme* gevolgd door een regeling die wordt gezien als de voorloper van de Franse Auteurswet.¹³ Dit decreet schafte tevens het

⁹ R. Darnton, 'Philosophy under the cloak', in: *Revolution in print. The press in France 1775-1800* (Berkeley / Los Angeles 1989) p. 27.

¹⁰ K. Baschwitz, *De krant door alle tijden* (Amsterdam, 1940) p. 57 e.v.,

¹¹ De accenten op het politieke ordeningsinstrument en het economische ordeningsaspect worden in de literatuur verschillend gelegd. Zie daarover F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat* (Deventer 1986) p. 51 e.v., die onder meer verwijst naar S.M. Stewart, *International copyright and neighbouring rights* (1983). Interessant is de door E.W. Ploman/L. Clark Hamilton, *Copyright in the information age* (London 1980) p. 12 e.v. beschreven situatie in Engeland voorafgaande aan de totstandkoming van de *Queen Anne Statute* in 1709; ook hier waren het de economische problemen in de boekhandel die tot een vorm van auteursrecht leidden.

¹² Zie Carla Hesse, 'Economic upheavals in publishing', in: *Revolution in print*, p. 69 e.v.

boekverkopergilde af, [10] overigens niet uit idealistische motieven maar om er een algemene belastingheffing op alle handel in drukwerk voor in de plaats te stellen.¹⁴ De uitgevers zouden trouwens nog tot in de 19e eeuw met financiële maatregelen worden gehinderd, zoals de strijd om de afschaffing van het dagbladzegel leert.¹⁵

Het ontstaan van een eigendomsrecht op informatie vulde aldus het ontstane juridische vacuüm op. Het is het auteursrecht dat het tweede belangrijke juridische concept is dat wij ten tijde van de drukpers zien ontstaan. Zoals de vrijheid van meningsuiting aan het begin van de leer van de intellectuele uitingsvrijheid staat, zo luidt dit de ontwikkeling van een leer in die het eigendomsrecht niet vereenzelvigd met de informatiedrager zelf (een monopolie om die te maken), maar met de intellectuele inhoud die zij vastlegt. Deze economische bestaansgrond vertelt ons ook veel over het belangenconflict dat in de verdere theorievorming over het auteursrecht aanwezig is gebleven. De emancipatie van de overheid bracht voor de auteur nog niet de emancipatie van de commerciële opdrachtgever. Een recht dat een instrument om het object van de druk- en uitgeefprestatie (het drukwerk) te beschermen vervangt, maar in zijn object voortaan verwijst naar de vermenigvuldigbare intellectuele prestatie van de auteur, legt een blijvende tweespalt tussen de organisatie die de informatiedrager produceert en verspreidt, en de auteur die de informatie aanlevert. Juridisch moge het recht bij de auteur terecht zijn gekomen, in economische zin is het in belangrijke mate bij de uitgever gebleven.

Was degeen die toegang tot het pers- en uitgeefbedrijf zocht aanvankelijk op een vergunning aangewezen die een politieke en economische ordening beoogde, na de afscherming van de drukpers door het recht van vrije meningsuiting en het ontstaan van het auteursrecht, is de toegang tot deze markt vrij en dus slechts bepaald door economische criteria. Zelfs een op bedrijfseconomische gronden te verlangen vestigingsvergunning achtte de Hoge Raad in strijd met het verbod dat er geen voorafgaand verlof van de overheid nodig is voor het toevertrouwen van informatie aan de drukpers of het bedienen van de drukpers.¹⁶ Dit levert een aantal belangwekkende juridische gezichtspunten op.

[11] Er is in het kader van de theorievorming over de vrije meningsuiting veel gespeculeerd over de inhoud van dit recht. Zo was en is het de vraag of er een institutioneel recht van vrije meningsuiting is. Daarmee wordt dan – onder invloed van de Duitse doctrine¹⁷ – bedoeld dat de overheid een plicht heeft een aanbod van veel meningen te bevorderen; in het jargon heet dat: pluriform aanbod. De theorie ondervindt hier al direct een vergelijkbaar probleem als bij het drukkersoctrooi. Een overheid die je wilt afweren kun je niet tegelijkertijd als beschermheer inroepen. Discussies over persfusiecontrole en overheidssteun aan

¹³ Dit betekent overigens niet dat het concept van een auteursrecht toen werd 'uitgevonden'. De historische wortels daarvan gaan verder terug (onder meer de genoemde *Queen Anne Statute*, noot 11). De ontwikkeling van een krachtige vermenigvuldigingstechniek droeg op zichzelf bij aan de vorming van de gedachte dat aan het 'origineel' een intellectueel werk ten grondslag lag. E.L. Eisenstein, *The printing press as an agent of change* (Cambridge 1979) p. 231, spreekt van 'The enhanced awareness of singularity which resulted from standardisation'.

¹⁴ Hesse, 'Economic upheavals', p. 80. Deze economische motieven waren overigens ook reeds bij het censuursysteem aanwezig.

¹⁵ Vgl. voor Nederland: Dr. J. Hemels, *Het dagbladzegel in de rariteitenkamer 1896-1969* (Den Haag 1969).

¹⁶ HR 23-5-61. [Nederlandse Jurisprudentie](#) (NJ) 1961, 427; zie voor het boekverkopersbedrijf HR 22-3-60, [NJ](#) 60, 274.

¹⁷ Löffler/Ricker, *Handbuch des Presserechts* (München 1986) p. 51.

persorganen – alles ter bevordering van het goede doel van de pluriformiteit – stranden dan ook meestal op de afweersfunctie.¹⁸ Het interessante bij dit soort discussies is dat het uitgangspunt van een vrije toegang tot de markt nooit serieus in twijfel wordt getrokken. Pluriformiteit blijkt te zijn: in *aantal* voldoende aanbieders van informatie die qua economische en juridische zeggenschap voldoende gespreide belangen hebben. Institutioneel persbeleid is daarmee gespecialiseerd kartelbeleid. Aangezien de Nederlandse overheid een niet erg krachtig kartelbeleid voert, kan er in Nederland nauwelijks van een institutioneel persbeleid worden gesproken.¹⁹

De tweede consequentie is de bedrijfseconomische exploitatievorm. Omdat de drukpers een relatief duurzame, individualiseerbare informatiedrager aflevert was en is het mogelijk per exemplaar met de gebruiker af te rekenen, hetzij in de losse verkoop hetzij in een abonnementenstelsel. De soliditeit van de drager maakt ook auteursrechtelijk de situatie betrekkelijk overzichtelijk omdat de gebruikerskring daardoor klein en individueel blijft, waardoor de openbaarmakingshandelingen aan de primaire exploitatie van het auteursrecht kunnen worden toegerekend. Pas wanneer hergebruik van informatiedragers een institutioneel karakter krijgt, zoals bij bibliotheken, ontstaan problemen. Hetzelfde geldt bij de opheffing van de schaarste van de vermenigvuldigingstechniek aan gebruikerszijde, zoals de auteursrechtelijke geschillen rond het [12] fotocopieerapparaat leren. Waren roefdrukken een belangrijke reden een auteursrecht uit te vinden, rond het fotocopieerapparaat zien wij nieuwe variaties van auteursrecht ontstaan, zoals het reprorecht.

Daarmee is echter slechts een deel van de exploitatie-opbrengst beschreven. We stuiten hier op een bijzondere eigenschap van het informatieproduct en dat brengt mij op de derde consequentie. In een markteconomie bedienen de reclamemakende marktpartijen zich van hetzelfde medium, voor zover dat althans strookt met hun bedoelingen. In feite is het zelfs de motor van de markteconomie geweest die de eerste kranten in de vorm van koopmansbrieven opleverde.²⁰ Vraag- en aanbodverhoudingen op de markt hebben een permanente behoefte aan een dubbele informatie-uitwisseling: politiek nieuws over de markt waar zaken moeten worden gedaan en commerciële uitwisseling van informatie over in ruimte en tijd maar economisch niet gescheiden markten. De krant kan daarom voor zijn exploitatiemogelijkheden voor een belangrijk deel steunen op de reclamemarkt en de informatiedrager die zij zelf maakt er zo aan aanpassen dat via de redactionele informatie toch bij voorbeeld de doelgroep van de BMW-kopers

¹⁸ Voor een overzicht van de stand van zaken, zie G.A.I. Schuijt, 'Grenzen en mogelijkheden van een persfusiecontroles', in: *Bijlage bij Toetsing van persfusies, Rapport van het Bedrijfsfonds voor de Pers over de wenselijkheid en de mogelijkheden van wettelijke regelingen inzake persconcentraties aan de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur* (Den Haag 1988); vgl. voorts A.J. Nieuwenhuis, 'Persvrijheid en persfusieregelingen', *AMI/Informatierecht* 89/4, p. 95 e.v.

¹⁹ R.J.J. van Cuilenburg/D.M. McQuail, *Media en pluriformiteit* [Rapport M8 van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid] (Den Haag 1981) p. 179. Hun conclusie versterkt overigens het marktargument: "Het zou best zo kunnen zijn dat we zonder overheidsbemoediging een even pluriform mediabeleid hadden". Zie voor het gebrek aan overheidsbeleid voorts literatuur in noot 18.

²⁰ Vgl. Baschwitz, *De krant*, hoofdstuk III.

²¹ J.C. Kabel, 'Grensverleggende reclame, advertorials en informecials', *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht* 4 (1985), wijst er op dat de totstandkoming van reclamecoderegels een gevolg is van machtsvorming aan de kant van de pers om de ongewenste invloeden van overheidsinstanties en adverteerders op de redactionele kolommen tegen te gaan. In de relatie pers-adverteerder is de principiële scheiding tussen redactionele en reclamekolommen een voorbeeld van de afschermingsfunctie van het recht van vrijheid van meningsuiting.

wordt bereikt. Niemand heeft er ooit aanstoot aan genomen dat de pers door de samenstelling van naar vorm en inhoud speciale redactionele pakketten (bij voorbeeld weekendbijlagen in kleur) tevens de wensen van de adverteerders bedient.

De commerciële exploitatievorm van de krant zet in onze driehoek het hoekpunt van de auteur onder druk. De vrijheid van meningsuiting verschijnt nu als plicht de onafhankelijkheid ten opzichte van de commerciële informatiestroom en de uitgever te bewaren, de uitgever ten opzichte van wie de auteur-journalist dikwijls door middel van een arbeidsovereenkomst in een gezagsrelatie staat en aan wie hij zijn auteursrecht *ex lege* of *ex contractu* heeft overgedragen. Er ontwikkelt zich de gedragsregel dat de commerciële en redactionele informatie in kenbare en gescheiden vorm moet worden aangeboden.^{21/22}

Met de onafhankelijkheid van de redacteur is het ingewikkelder gesteld. Naarmate kranten deel gingen uitmaken van grotere commercieel opererende [13]eenheden, werd de behoefte steeds sterker om ook een redactionele onafhankelijkheid juridisch vorm te geven die de intellectuele identiteit van de krant en de redactie waarborgt tegenover de commerciële doelstellingen van de uitgevers of de belangen van de adverteerders. Dit heeft in het algemeen geleid tot een scheiding van commerciële en redactionele functies en de splitsing van verantwoordelijkheden neergelegd in een redactiestatuut.

Over het rechtskarakter van dit privaatrechtelijke redactiestatuut kan men van mening verschillen.²³ Bij de pers is het niet tot de erkenning in een wettelijke regeling gekomen. Daarbij wordt ook de afschermingsfunctie van het recht van vrije meningsuiting als mogelijk bezwaar genoemd.²⁴

Een laatste aspect van de commerciële marktform is de individuele macht van ieder massamedium (ook als er voldoende pluriform aanbod is).

Het redactionele deel van de krant werd daardoor ook een machtsfactor tegenover het publiek. Zij bepaalt het gezicht van het nieuws en de kleur van de mening die op grote schaal wordt verspreid. Zij is de *gatekeeper* in het selectieproces van informatie en meningen die massaal worden geconsumeerd. In dit perspectief zien wij de aanspraken van het publiek (zowel de waarnemer als het informatie-object) tegenover de pers ontstaan. Het gaat dan om de aanspraak op weerwoord en om verweermiddelen tegen naar vorm en inhoud onjuiste publicaties.²⁵ De regulering wordt hier over het algemeen aan het privaatrecht overgelaten.

Hoe is het met het informatie-object gesteld? Het informatie-object blijkt zowel een openbaar als een privé karakter te hebben.

²² Kabel, 'Grensverleggende reclame' bespreekt ook de ongewenste vermenging die dreigt op te treden door zogenaamde advertorials (advertenties in redactionale vorm). Een andere ontwikkeling is die van de **public relations business** die de inhoud van redactionele kolommen tracht te beïnvloeden.

²³ G.A.I. Schuijt, *Werkers van het woord* (Deventer 1987) p. 247 e.v. plaatst het statuut in het kader van de arbeidsovereenkomst, waardoor het een professioneel statuut wordt zoals we het ook wel in andere gezagsrelaties (artsen en advocaten in dienstverband) aantreffen; L. van Vollenhove, 'Concentratie in de uitgeverwereld en de vrijheid van meningsuiting', in: *De Maris-bundel* (Deventer 1989) spreekt van een delegatie van bevoegdheden van de uitgever aan de (hoofd)redactie, hetgeen het statuut een vennootschapsrechtelijk karakter geeft. Men zou ook kunnen denken aan een aanspraak op de intellectuele *goodwill* vergelijkbaar met een commercieel goodwillrecht. Bescherming van de identiteit van een krant is immers de typische bescherming van de intellectuele kant van het produkt.

²⁴ Vgl. J.M. de Meij, 'Overheid en persvrijheid' [Rapport M1 van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid] p. 115-116.

²⁵ Zie D. McQuail, *Mass communications theory*, p. 113; zie voorts G.A.I. Schuijt (red.), *Rectificatie* (Amsterdam 1989).

Na de emancipatie van de pers ten opzichte van de overheid bleef de overheid de belangrijkste nieuwsleverancier. De geschiedenis van de politieke democratie en de geschiedenis van de pers lopen parallel. Rond het begrip overheidsinformatie ontwikkelt zich geleidelijk het concept *openbaarheid*. De overheid [14] mocht dan haar greep op de samenstelling en verspreiding van de informatie verloren hebben, geheimhouding van informatie ter voorbereiding van politieke besluitvorming verschaftte nog een belangrijke voorsprong. De verworven persvrijheid bleek tot dusver een afweerrecht, geen recht dat positieve aanspraken schept. Met een eigendomsrecht kan ik zeggen: dat is van mij, geef hier. Met een afweerrecht kan ik zeggen: blijf van mij af, maar niet: geef dat wat van jou is ook aan mij.²⁶ Informatie heeft echter als openbare informatie bijzondere eigenschappen. Nu kan ik zeggen: van die informatie behoort iedereen kennis te kunnen nemen, laat mij ervan kennismaken ook al is zij niet van mij. Zo kwamen in verschillende landen wetten van Openbaarheid van Bestuur tot stand, in Nederland in 1978 (wet van 9 november 1978, Stbl. 581), waarin de aanspraak op bij de overheid berustende informatie als een rechtsbetrekking wordt geregeld die een *ieder* recht op *kennismaking* geeft, mits aan in laatste instantie door de rechter af te wegen criteria van openbaarheid is voldaan. Het openbaarheidsconcept biedt aanknopingspunten voor de ontwikkeling van een algemeen nieuwsgaringsrecht.²⁷ Het heeft in meer algemene zin consequenties voor de hantering van het auteursrechtelijke verbodsrecht ten aanzien van informatie die algemene belangen dient. Het zou te ver voeren daarop verder in te gaan.

Tegelijkertijd met het openbaarheidsconcept ontwikkelt zich het begrip *privacy*. Als recht en begrip is het evenzeer een produkt van de industriële samenleving als het begrip 'openbaarheid'. In primitieve samenlevingen bestaat geen onderscheid tussen openbaar en privé. Op de 17e-eeuwse schilderijen van Nederlandse binnenhuisinterieurs zal men haar tevergeefs zoeken.²⁸

De drukpers en haar laatste loot: de roddelpers heeft echter de onmiddellijke stoot tot die ontwikkeling gegeven. Kennismaken van privéleven is een ding, registratie en verspreiding van informatie over dat privéleven vormen de voorname inbreuk. De beroemde formulering van Samuel D. Warren en Louis D. Brandeis in 1890 van het recht van privacy als "*the right to be let alone*" ging gepaard met de even beroemde uitval tegen de pers: "*The press is overstepping [15] in every direction the obvious boundaries of propriety and decency*".²⁹

Het informatie-object wordt in het privacyrecht een informatiesubject. Dat wil overigens niet zeggen dat de inhoud en omvang van het recht duidelijk zijn. Naar inhoud bevat het een zelfbeschikkings- en een afweerrecht. Het zelfbeschikkingsrecht heeft enerzijds een economisch karakter (*the publicity rights*: het recht om de waarneembare kenmerken van de eigen persoon te exploiteren) en anderzijds een moreel karakter, dat ook een persoonlijkheidsrecht zou kunnen worden genoemd (het recht te bepalen of en in welke vorm informatie over de eigen

²⁶ Deze redenering werd bij voorbeeld gevolgd door de Hoge Raad in het KNVB/NOS-arrest: HR 23-10-87, NJ 1988, 310. In deze zaak was aan de orde of de omroep een nieuwsgaringsrecht had om korte fragmenten van voetbalwedstrijden op zondagmiddag kosteloos te verspreiden.

²⁷ Vgl. E.J. Dommering 'Informatie monopolies', in: *De Maris-bundel*, p. 137 en p. 149. In gelijke zin E. W. Fuhr, 'Exklusif Berichterstattung des Rundfunks in Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie, Kartellrecht und Recht auf freie Berichterstattung', *Zeitschrift für Urheber und Medienrecht* [ZUM] (1988) p. 372; vgl. ook (met enigszins afwijkende opvattingen) P. Badura, F. Kübler, M. Rehlinger in ZUM (1989) p. 317-346.

persoon mag worden verspreid). Als afweerrecht is het een recht om de privésfeer af te bakenen en inbreuk daarop te weren. Dat is het *right to be let alone*.

De omvang van het recht is in beide aspecten onduidelijk, omdat steeds algemene belangen tegen bijzondere belangen moeten worden afgewogen, iets wat bij subjectieve rechten slechts bij uitzondering voorkomt. Ik noem als afwegingsfactoren: het recht biografische feiten geheim te houden (bij voorbeeld een intieme relatie), de plicht sommige daarvan openbaar te maken (bij voorbeeld een besmettelijke ziekte) en de plicht openbaarmaking van biografische feiten te moeten dulden (bijvoorbeeld een levensfeit een *public figure* betreffende; men kan echter ook denken aan biografische gegevens die in redelijkheid voor sociaal-wetenschappelijke en bestuurlijke doeleinden ter beschikking moeten worden gesteld).³⁰

Onze verkenning van de rechtsbetrekkingen rond de drukpers levert ons een beeld op van veelvoudige aanspraken met betrekking tot het rechtsobject informatie. Als materiële aanspraken zijn het de vrijheid van meningsuiting, het auteursrecht, de openbaarheid en privacy die om de voorrang strijden. Als organisatieprincipes in het informatievoorzieningsproces zijn wij de aanspraak op intellectuele onafhankelijkheid binnen hiërarchische (commerciële) organisatievormen en recht op toegang en weerwoord tegengekomen.

Het niet aan tijd en plaats gebonden vermenigvulbare karakter van informatie maakt ons opmerkzaam op twee grondthema's. Verbeterde vermenigvuldigings-techniek bevordert de vrije meningsuiting en de vrije exploitatie van het auteursrecht. Zij leidt daardoor steeds tot nationale en internationale staatsrechtelijke en auteursrechtelijke conflicten in de strijd tegen 'ongoorloofde' vermenigvuldiging. Het zijn inzichten die wij bij de verdere ontwikkeling van de informatietechniek zullen moeten toepassen en variëren.

[16] Telecommunicatie

In de verovering van de alomtegenwoordigheid zetten de telecommunicatie en de omroep een aanzienlijke stap. Zij bedienen zich van relatief efemere informatiedragers (Juristen, die immers nog in spoken geloven, zeggen: immateriële dragers) bestaande uit elektrische stroomimpulsen, het licht- en radiospectrum, kabels van koper of glasvezel. De informatie kan daarmee over grote afstand worden getransporteerd, waarbij de fysische vorm van de drager vele malen van aard kan veranderen. Tijdsverschil is er niet (althans binnen de menselijke verhoudingen op aarde te verwaarlozen). Bij televisie is de ruimtelijke verplaatsing van het beeld ogenschijnlijk compleet. Kennisneming aan de ontvangkant vindt tegelijkertijd plaats en als het gaat om omroep: op grote schaal.

De relativering is hier aan de uitzendzijde gelegen in de verschuiving of herhaling van het uitzendtijdstip en in de steeds verfijndere verspreidingstechniek die individuele adressering mogelijk maakt. Aan de ontvangkant in de ontwikkeling van

²⁸ Vgl. W. Rybczynski, *Home, a short history of an idea* (Middlesex 1987) p. 15 e.v.

²⁹ Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, 'The right of privacy', *Harvard Law Review* 4 (1890) p. 193 en 196.

³⁰ Ik verwijs naar de analyse van Richard A. Posner, 'Privacy as secrecy', in: *The economics of justice* (Cambridge 1983²) p. 231 e.v.

randapparatuur en computers die individuele keuze in tijd en ruimte van het moment van kennisneming realiseren. Ik doel hier bij voorbeeld op de ontwikkeling van de video en de verschillende *electronic mail* technieken.

De rol van de overheid bij de organisatie en inrichting van de telecommunicatie en omroep is van meet af aan overheersender geweest dan bij de pers het geval is geweest, terwijl ook de overwegingen aanzienlijk verschilden. Alomtegenwoordige informatie veronderstelt over het algemeen een veel zwaardere infrastructuur dan de pers die ook veel meer aanknopingspunten voor overheidsinterventie biedt.

De overheid is daardoor in toenemende mate in onze driehoek aanwezig.

Voor de beschrijving van de rechtsbetrekkingen rond de telecommunicatie maken we een stapje terug in de tijd naar de posterijen. Als netwerk heeft de post een oude geschiedenis die verder teruggaat dan de drukpers, omdat het postagentschap en de postkoets waarmee brieven en postpakketten werden vervoerd zo oud zijn als het berichtenverkeer zelf. Het individuele karakter van het berichtenverkeer en de grote schaal van de organisatie die nodig is voor de individueel geadresseerde verspreiding, leidden tot de vorming van tweejuridische concepten: het postgeheim en het postmonopolie.

Het post- (later het telefoon-)geheim is een afschermingsrecht van gelijke aard als het censuurverbod: het verbiedt de overheid (en later in de derdenwerking van dit recht: ook particulieren) van de inhoud van het individueel verzonden, niet openbare, bericht kennis te nemen. In onze driehoek valt de boodschapper/ auteur weg omdat de beide andere punten van de driehoek rechtstreeks kunnen communiceren. Hun boodschap wordt om principiële redenen onzichtbaar gemaakt.

[17] De erkenning van dit recht ging evenals bij de vrijheid van meningsuiting met allerlei conflicten gepaard. Vooral de Amerikaanse geschiedenis levert een rijkdom aan voorbeelden van verboden om via de post bij voorbeeld loterijen te organiseren of pornografie of staatsgevaarlijke informatie te verspreiden.³¹

Soortgelijke vragen duiken in onze tijd weer op bij het gebruik van pornografische telefoondiensten, zoals in Frankrijk de rechtsgeschillen rond Minitel en de *messageries roses* leren.³²

Het recht op een post-telefoongeheim voegt een nieuw element aan de informatiebetrekkingen toe. De geheimhouding van niet-openbare informatie die aan het post- en telecommunicatietraject is toevertrouwd blijkt als een rechtsbetrekking te kunnen worden opgevat die een aanspraak op geheimhouding van de verzender jegens een ieder schept.³³

Het postgeheim is een sterk afschermingsrecht. Net als bij de pers blijkt de solide en individualiseerbare informatiedrager grote voordelen op te leveren. Zij kan worden verborgen in een dichtgeplakte enveloppe en het transport kan anoniem per stuk worden afgerekend door middel van de postzegel. Bij de vluchtige efemere informatiedrager moeten wij een prijs betalen voor onze alomtegenwoordigheid.

³¹ Vgl. Ithiel de Sola Pool, *Technologies of freedom*. (Cambridge 1983) p. 85 e. v.

³² 'Tribunal de Grande Instance de Paris', 4 juli 1988, *Droit de l'informatique et des telecoms* (DIT) 1988/4, p. 63; zie ook DIT 1988/3, p. 91.

³³ Het post- en telefoongeheim ziet alleen op het traject. Vóór verzending en ná ontvangst gelden regels van auteursrecht, privacy, geheimhouding krachtens bijzondere rechtsbetrekking, en bij de overheid: openbaarheid van bestuur.

³⁴ Artikel 23 (regel 1992) van het Internationaal Radioreglement.

De informatie is niet meer verpakt en via de straal- en satellietverbindingen gemakkelijk te onderscheppen, verplichtingen tot geheimhouding en technische codering van het signaal ten spijt.³⁴ Individueel geadresseerde informatie wordt semi-openbaar aangeboden (bij voorbeeld telefonische colportage of babbelboxen), semi-openbaar ontvangen (bij voorbeeld fax, beeldscherm, *electronic mail*) of is gemakkelijk op afstand voor een ieder toegankelijk (slecht beveiligde informatiebestanden opgeslagen in computers, bereikbaar via telecommunicatieverbindingen). Het telefoonnetwerk of een geavanceerd t.v.-kabelnet bevatten technisch de mogelijkheid per individueel geadresseerde het gebruik van de infrastructuur af te rekenen, maar dat identificeert ook de aard van het gebruik. In al deze gevallen ontstaan onmiddellijk privacy-vraagstukken. Communicatie op grote afstand is ook: identificatie op grote afstand.³⁵

[18] Het niet openbare karakter van het beschermde transport heeft voorts auteursrechtelijke implicaties. In de transportfase vinden geen auteursrechtelijke openbaarmakingen plaats. Ik ga niet in op de consequenties die dat heeft voor onder meer satellietverkeer. Het moge echter duidelijk zijn dat de gewijzigde functie van telecommunicatieverbindingen die ik hierna bij de omroep bespreek, de nodige consequenties kunnen hebben.

Ik kom thans aan het tweede concept: het postmonopolie. Het postmonopolie wordt gedragen door overwegingen van economische en van sociale aard. De economische legitimatie berust op de theorie van het natuurlijke monopolie, ook wel *economy of (large) scale* genoemd, inhoudende dat voor bepaalde nutsgoederen of -diensten een monopolie een aanbod tegen de laagst mogelijke prijs garandeert en als zodanig efficiënter werkt dan een markt met concurrerende aanbieders.³⁶ Daarnaast is er de sociale overweging die men kan omschrijven als een leveringsplicht van het postmonopolie of, anders uitgedrukt: een aanspraak van een ieder om op gelijke kosten tot het communicatie-vervoerstraject toegang te krijgen. Concurrerende aanbieders zullen dat alleen op de renderende delen van het traject doen. Deze positieve kant van de individuele communicatie (de negatieve is het afweerrecht van het post- en telefoongeheim) ligt vast in de leveringsplicht in de post- en telecommunicatiewetgeving.

De aanspraak op individuele communicatie op afstand is als (sociaal) grondrecht geformuleerd in artikel 18 van de **International Telecommunication Convention** (Nairobi-versie 1982).³⁷ In nationale constituties zal men haar (nog) niet vinden. Toch is het een veel sterker recht dan het toegangsrecht (*droit de réponse*) bij de massamedia, omdat bij de uitoefening van laatstgenoemde bevoegdheid vrijwel steeds een belangenafweging moet plaatsvinden.

Bij de drukpers bleek de overheidsconcessie (het drukkersprivilege) behalve politieke ook economische doeleinden te dienen. Bij de post- en telecommunicatieconcessies voltrekt zich een soortgelijke ontwikkeling, maar met een belangrijk

³⁵ Soortgelijke vragen doen zich bij alle elektronische tweerichtingssystemen voor, zoals experimenten met de kabel leren. Vgl. David H. Flattery, *Protecting privacy in two way electronic services* (London 1985); Guy Drouot, *Le nouveau droit de l'audiovisuel* (Paris 1988) p. 90 over computerregistratie van kijkgedrag op het kabelsysteem van Biaritz.

³⁶ Zie bijvoorbeeld Joachim Scherer, *Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik* (Baden-Baden 1985) p. 185.

³⁷ "Members recognize the right of the public to correspond by means of international service of public correspondence. The services, the charges and the safeguards shall be the same for all users in each category of correspondence without any priority or preference."

verschil. Toen de overheidsomhouding in de vorm van het transportgeheim was gerealiseerd, bleef de economische functie van het monopolie bestaan. Het verschil met de pers is hier niet alleen de *scale of the economy* maar [19] ook het niet geringe economisch belang dat de overheid bij de exploitatie van het post- en telecommunicatiemonopolie had en heeft. Bij de pers werd de eigendomsvraag met betrekking tot informatie losgemaakt van de informatiedrager. Men kan dat anders formuleren: de dienst van de informatieleverancier werd niet meer automatisch geïdentificeerd met die van de verspreider. Bij post en telecommunicatie heeft het heel lang geduurd voordat men de diensten die via de post- en telecommunicatiestructuur werden getransporteerd ging losmaken van het transportmedium zelf. Alles wat op post en telecommunicatie 'leek' moest door het post- en telecommunicatiemonopolie worden geëxploiteerd. Zo bleek in de loop der tijd de post- en telecommunicatieconcessie een economisch marktinstrument te zijn waaraan allerlei vormen van dienstverlening en levering van noodzakelijke randapparatuur vastklonterden en waarmee aanverwante markten konden worden geannexeerd. Met name bij nieuwe datadiensten levert dat knelpunten op. Dit zijn de diensten die niet alleen technisch innovatief zijn. Economisch vormen zij de ingang om in tijd en ruimte gescheiden markten met elkaar te verbinden. Zij zijn dus een belangrijk hulpmiddel bij economische expansie. Nog in de nieuwe Nederlandse Wet op de Telecommunicatievoorzieningen en het daaraan gekoppelde Besluit Basisdiensten maken zij – overigens met onheldere definities – onderdeel uit van het telecommunicatiemonopolie.³⁸

Bij het losdenken van de dienst van het medium zullen wij bij telecommunicatie wat verder in 'de natuur' moeten doordringen. In een discussie over de vraag of een telefoontoestel vrij kan worden verkocht, moet worden gekeurd, dan wel een nieuwe datadienst met nieuwe technieken vrij (buiten het monopolie) kan worden aangeboden, zal de jurist zich misschien gemakkelijk laten afbluffen door de technicus. Hij zal zich ook afvragen wat deze 'technische kwesties' met het hier besproken onderwerp te maken hebben. Hij stelle zich echter voor dat wij een grote door de overheid beheerde drukpers zouden hebben gehad en de vraag zou zijn geweest of de levering van verschillende soorten papierkwaliteit vrij zou zijn dan wel voorbehouden aan de overheid, of slechts tekstverwerkers met door de overheid goedgekeurde nationale specificaties voor hard- en software zouden mogen worden aangesloten en gebruikt. Dan wordt duidelijker waar het over gaat. En dat geeft ook aan dat het iets met communicatie te maken heeft. De aanspraak op vrije toegang tot de telecommunicatie-infrastructuur is ook een aanspraak op vrije toegang tot de communicatietechniek. Ithiel de Sola Pool heeft het *technology of freedom* genoemd.

³⁸ Artikel 4 Wet Telecommunicatievoorzieningen Staatsblad 1988, 520; Besluit Basisdiensten d. d. 1 december 1988, [Staatsblad](#) 1988, 551.

³⁹ Zie bijvoorbeeld het overzicht van Robert R. Bruce, Jeffrey P. Gunard en Mark D. Director, 'From telecommunications to electronic services', *Butterworths US* (1986) p. 31 e.v.

⁴⁰ Daardoor is op dit moment een voldoende algemeen belang van niet-economische aard aanwezig zo een exclusief recht onder artikel 90 lid 1 EG-Verdrag te handhaven; vgl. [HvJ](#) 30-4-74, Jur. '74, 409, zaak 155/73 (Sacchi), waarin het Hof een algemeen belang van niet-economische aard als toetsingsmaatstaf voor toepassing van de uitzondering van artikel 90 lid 1 formuleerde. Voorts: 'Green paper on the development of the Common Market for telecommunications services' (COM '87, 290 final) p. 64 e.v. en p. 122-144 onder verwijzing naar Hof van Justitie 20-3-85, [jur.](#) '85, 873, zaak 41/83, [British Telecom](#), waaruit is af te leiden dat de uitzondering onder artikel 90 lid 1 strikt moet worden geïnterpreteerd en niet uitgebreid mag worden tot nieuwe technieken. Zie voorts de richtlijn van de Commissie op grond van artikel 90 lid 3, 88/301 (16-5-88).

[20] De grenzen van de overheidsinterventie werden bij de pers getrokken door de vrijheid van meningsuiting. Die functie heeft ook het transportgeheim. Het reguleringsmodel waaraan de institutionele kant van de uitoefening van het post- en telecommunicatiemonopolie moet worden getoetst, is net als bij de pers het mededingingsrecht. De laatste tijd is dat vooral het Europese mededingingsrecht.

Er zijn tal van criteria ontwikkeld om de grens tussen het voor de *economy of scale* noodzakelijke monopolie en de vrijheid van handel in diensten en goederen aan te geven, voor een deel ook technische.³⁹ De juridische criteria behoren echter een maatschappelijk (sociaal-economisch) karakter te hebben. Bij de huidige stand van de techniek acht de EG-Commissie een monopolie nog slechts gelegitimeerd bij het beheer en de exploitatie van de infrastructuur en bij de telecommunicatiedienst der spraaktelefonie die immers als sociaal communicatie medium het meest gediend is met de leveringsplicht.⁴⁰

Post en telecommunicatie leveren ons dus nieuwe inzichten op omtrent de hier beschreven juridische relaties. De rol van de overheid is gebleven maar wordt steeds strenger getoetst aan mededingingsregels.⁴¹ Een verruiming van de mededinging impliceert de ontwikkeling van nieuwe communicatietechnieken en dus -vrijheden. In de relatie van zender en ontvanger zien wij het geheim (en de auteursrechtelijk nog niet openbaar gemaakte informatie) en opnieuw de privacy verschijnen. Een belangrijke aanspraak als: het op grote afstand [21] individueel mogen communiceren op gelijke voorwaarden en tegen aanvaardbare kosten, blijkt het niet tot een grondrecht te hebben gebracht.

Omroep

Omroep is van alle informatiediensten die zich via de telecommunicatie-infrastructuur laten organiseren maatschappelijk gezien de meest invloedrijke, al weet niemand wat nu exact de invloed is.⁴²

In onze omroepinformatie-driehoek is de overheid wel zeer preponderant aanwezig. De overheidsinterventie is voor een deel ingegeven door overwegingen van telecommunicatie. Men vindt vrijwel in alle landen het argument terug dat de overheid het gebruik van de schaarse natuurlijke hulpbron die het radioelektrisch spectrum is, moet ordenen. Gevaarlijke incidenten zoals het storen van navigatiecommunicatie door amateurzenders in het begin van de radiotijd gaven daartoe de stoot. In zoverre is de rol van de overheid te vergelijken met de uitgifte van winningsconcessies met betrekking tot schaarse natuurlijke hulpbronnen. De parallel gaat echter niet verder. Aangezien het om een hulpbron gaat die tevens een belangrijk medium voor massacommunicatie is, kende de overheid zich de

⁴¹ De uitoefening van een exclusief recht en van taken van algemeen belang onder artikel 90 wordt strikt getoetst aan de mededingingsregels. Dit geldt evenzeer voor de Lid-Staten die met publiekrechtelijke instrumenten de markt willen ordenen of ondernemingen met exclusieve posities willen bevoordelen.

Voor een recent overzicht van de jurisprudentie: L. Gyselen, 'State action and the effectiveness of the EEC provisions', *Common Market Law Review* (1989) p. 33.

⁴² Men kan niet zeggen dat de wetenschap der massacommunicatie een beslissend verklaringsmodel heeft ontwikkeld. D. McQuail, *Mass communications theory*.

bevoegdheid toe regels te geven ten aanzien van de inhoud van de te verspreiden informatie en de organisatievorm van de dienstverlener. De concessiehouder werd gezien als een trustee (*Treuhand*) die in het belang van het algemene publiek omroepuitzendingen die een gevarieerd behoeft patroon bevredigen, moest verzorgen.⁴³ Hier ligt de basis van het public *broadcasting* concept en de blijvende betrokkenheid van de overheid bij de omroep.

Aan de oorsprong van de omroep zien wij zowel in de Verenigde Staten als in Europa ook de sinds de drukpers klassieke conflicten van censuur of bijna-censuur.⁴⁴

De publiekrechtelijke organisatie zet echter in Europa door en zij geeft een toenevende verdichting van publiekrechtelijke regelgeving aan de aanbodzijde te zien. In de ons omringende landen leidt dit tot niet-commerciële organisatievormen waarvan de besturen politiek paritair of neutraal worden samengesteld [22] die een of meer zenders van verschillende programmasoort volgens het *public broadcasting* concept gaan bedienen. In Nederland verloopt de ontwikkeling anders, doordat de staatsfunctie onvoldoende sterk is om de ideologische deelbelangen te integreren.⁴⁵ Zo krijgen de belangrijkste politieke stromingen een eigen omroeporganisatie en zendtijd. Weliswaar bestaat er daarnaast een overkoepelende organisatie (vanaf 1969: de Nederlandse Omroepstichting: NOS) met publiekrechtelijke inslag, maar omdat in de bestuursamenstelling weer posities aan de andere omroeporganisaties worden toegekend, loopt deze een permanent risico te desintegreren in strijdende deelbelangen waarbij de NOS een eigen deelbelang wordt.⁴⁶ Publieke omroep is daardoor in Nederland altijd een merkwaardige menging van vrije concurrentie en de oorspronkelijke trustee-gedachte geweest.

Was de toegang tot de aanbodzijde van de omroep dus volgens niet economische criteria geregeld, dit gold ook voor de exploitatie, die slechts de ideële doelstelling van de *public broadcasting* mocht dienen. Deels is dit een gevolg van de distributievorm. Het individuele gebruik van efemere informatiedragers was bij de toenmalige stand van de techniek niet individueel met de gebruiker af te rekenen. Vandaar dat een publiekrechtelijk heffingssysteem, gekoppeld aan het bezit van het ontvangtoestel, werd ingevoerd. In deze heffing betaalt de gebruiker de exploitatiekosten van de omroep. Een eigenschap van telecommunicatie is, zo zagen we al bij de telecommunicatierandapparatuur, dat de overheid zich – anders dan bij de pers – ook aan de ontvangzijde nestelt.

Al vrij spoedig trachtte ook de omroep een inkomensbron in de reclame te zoeken. Als informatieproduct is het even geschikt als de pers om commerciële en

⁴³ Dit is in oorsprong de 'public convenience, interest or necessity'-test van de Federal Communications Commission; vgl. Stephen R. Barnett, Michael Botein, Eli M. Noam, *Law of international telecommunications in the United States* (Baden-Baden 1988) p. 106.

⁴⁴ Voor de V.S., zie De Sola Pool, *Technologies of freedom*, p. 119 e.v.; zie voor Nederland: H. Wijfjes, *Radio onder restrictie. Overheidsbemoedigen met radioprogramma's 1919-1941* (Amsterdam 1988).

⁴⁵ Het zou de moeite lonen te onderzoeken of de theorie van Olson opgaat bij de wording van het Nederlands omroepbestel. M. Olson, *The logic of collective action, public goods and the theory of groups* (Tübingen 1968), geciteerd uit E. M. H. Hirsch Ballin, *Publiekrecht en beleid* (Alphen a/d Rijn 1979) p. 216 bij diens analyse van de pluralistische staatsleer.

⁴⁶ Voor een beschrijving van het Nederlandse omroepsysteem: Wouter Hins/Bernt Hugenholtz, *The law of international telecommunications in the Netherlands* (Baden-Baden 1988) p. 89 e.v.

⁴⁷ Zie E.J. Dommering, 'Het verplichte vrije omroepbestel', *Nederlands Juristenblad* (1982) p. 149 e.v.

⁴⁸ Guy Drouot, 'Le nouveau droit de l'audiovisuel', *Editions Sirey* (1988) p. 15 e.v.

een niet commerciële informatie in een en hetzelfde pakket aan te bieden. Het heeft door de enorme verspreidingschaal zelfs grote voordelen boven de pers. De politieke weerstand tegen deze ontwikkeling was en is echter niet gering. We zien dan een soortgelijk verschijnsel optreden als bij de krantenprivileges. De omroepconcessie verbod of stond slechts in beperkte mate toe het maken van binnenlandse reclame. Dus ging men de reclameboodschappen van over de grens aanbieden. Dit leidt evenals bij de 17e eeuwse pers tot [23] soevereiniteitsconflicten. Eerst waren het de zendschepen of de over de grens gevestigde stations.⁴⁷ Dikwijls vervullen die stations ook een belangrijke aanvulling op de binnenlandse omroep hetzij door een nieuwere vorm van programmeren hetzij als oppositiege-luid, zoals bijvoorbeeld in Frankrijk.⁴⁸

Na het confisceren van de zendschepen⁴⁹, volgde de controverse over de aardestraalzenders.⁵⁰

Thans bevinden wij ons in de laatste fase met de satellieten. De regelgeving verschuift van het bestrijden van de uitzendzide naar het belemmeren van de ontvangkant. Een krant in Warschau, een in beslag genomen zendschip of het verbod het signaal van een satelliet op 36 000 km boven de evenaar te ontvangen en te verspreiden: de techniek verandert, de juridische aanpak verandert, de behoefte om open bare informatiestromen te belemmeren is onverminderd blijven voortbestaan.

De druk van de adverteerders bracht ook binnenlands de reclame in de nationale publieke omroep volgens per land verschillende reguleringen. Tezamen met de maatschappelijke en technologische veranderingen in de samenleving in de jaren zeventig en tachtig zet dit een ontwikkeling in waarin de omroep in belangrijke mate commercieel gaat functioneren. In de andere Lid-Staten van de EG heeft dit tot gevolg dat commerciële omroepen tot het nationale radioelektrisch spectrum worden toegelaten, in concurrentie met de publieke omroep die voor een deel van reclame-inkomsten afhankelijk blijft. Deze concurrentie heeft op sommige punten het programma-aanbod verbeterd, op andere punten het programma-aanbod verder gepopulariseerd.⁵¹

De Nederlandse mengvorm heeft voor de uitingvrijheid misschien grote voordelen gehad, het blijkt thans de grootste handicap op een constructieve manier op de nieuwe situatie te reageren.

[24] Men houdt vast aan de huidige groepsorganisatie vorm, maar de legitimatie is daaraan ontvallen.⁵² Programmamakers en kijkers vinden elkaar op een programmamarkt waarop het populairste programma en niet de achterban wordt gemeten. Programma's noch programmamaker zijn aan organisaties gebonden, ideologische programma's (de oorspronkelijke rechtvaardigingsvorm voor het

⁴⁹ 'The European Agreement for the Prevention of Broadcasts transmitted from stations outside National Territories', 22-1-65, *Tractatenblad* 1965, nr. 92. De Conventie is niet van toepassing op satellietuitzendingen.

⁵⁰ De als het Rapport Boukema bekend gebleven, in opdracht van de regering uitgevoerde, studie waarin nog verdedigd wordt dat de overheid ontvangstbelemmerende maatregelen mag nemen; Engelse versie: *Recommendations of the Boukema committee (P.J. Boukema, E.A. Alkema, P. van Dijk), concerning the prohibition on the relaying of certain foreign programmes specifically intended for Dutch audiences in the light of the Dutch Constitution and international conventions*, Ministry of Cultural Affairs, Recreation and Social Welfare, Rijswijk oktober 1982.

⁵¹ *European Broadcasting Review* (programmes, administration, law) mei 1989; over de Italiaanse omroep, Ch. Wagner, *ZUM* 5 (1989) p. 221.

⁵² Aldus ook J. Verhoeve, 'Representativiteit en enkele andere anomalieën van de Mediawet in *De Marisbundel*, p. 159 e. v. Een en ander betekent dat de representativiteit te meten door middel van ledenaantallen als grondslag voor de inrichting van een publiek bestel, is achterhaald.

systeem van 'buiten' pluriformiteit) vormen althans een minderheid. Men houdt vast aan de niet commerciële organisatievorm, maar verhoogt telken male het aandeel van de reclame in de opbrengsten in de publieke omroep. Als het laatste voorstel tot wijziging van de Mediawet een feit wordt is dat zelfs meer dan 50%.⁵³ Men roemt de vrije uitingsvorm die het stelsel zou bevorderen, maar verscherpt het overheidstoezicht op sluikreclame. De daarbij gehanteerde juridische definities zijn zo moeilijk toepasbaar⁵⁴, dat een relatie tussen het toezichthoudende overheidsorgaan en de omroeporganisatie ontstaat die gevaarlijk dicht komt bij de verschillende *permissions* die wij ons van de drukpers herinneren.⁵⁵

Bij deze economische ontwikkeling voegt zich een technische. De nationale overheden beschikken over het monopolie ten aanzien van het gebruik van het nationale radio-elektrisch spectrum voor omroepdoeleinden. De nationale overheden zijn echter van boven en van onderen ingehaald.

Van boven, omdat de ontwikkeling van het gebruik van de satelliet in de richting van een multifunctionele *common carrier* elke beschikbare telecommunicatiefrequentie op een satelliettransponder met redelijke schotelontvangst op aarde, geschikt maakt voor omroep.⁵⁶ Die satellietzenders zijn te huur. Daarmee is internationaal de toetreding tot de omroep afhankelijk van het toetredingsregime van het land waar de satellietverbinding wordt verhuurd. Het liberaalste regime van een staat in Europa bepaalt daardoor de voorwaarden van toetreding.⁵⁷

[25] Van onderen, omdat de kabel zich aan de discretionaire macht van de Staat dreigt te onttrekken en over voldoende overcapaciteit beschikt om veel meer programma's dan die van de binnenlandse omroep te ontvangen. De centrale overheid probeert daarom met alle mogelijke middelen haar greep op de kabelexploitant te verstevigen. Ook langs andere weg wordt er druk van onderen uitgeoefend, omdat lokale omroepen zich niets van marktordeningen aantrekken en zich landelijk proberen te organiseren. Ook hier zijn er in andere EG-landen duidelijke precedenter.

De rol van de overheid werd evenals bij de drukpers beoordeeld naar het recht van vrije meningsuiting. Anders dan bij de drukpers werd een zeer ruime discretionai-

⁵³ Indien de laatste wijziging van de Mediawet wordt doorgezet, lijkt de commercialisering van het publiek bestel een voldongen feit. [Bijlage bij de Handelingen van de Tweede Kamer](#), zitting '88-'89, nr. 21237, 1-3. Vgl. het advies van de Raad van State.

⁵⁴ Afdeling rechtspraak van de Raad van State 1-7-85, [informatierecht/AMI 1986/3-76](#) e.v.; [ECHR 25-3-85](#) (Barthold), Serie A, deel 90.

⁵⁵ Zie noot 9.

⁵⁶ Vgl. Rosemary Hughes, 'Satellite broadcasting: the regulatory issues in Europe', in: Ralph Negrine (red.), *Satellite Broadcasting* (London 1988) p. 49 e.v.

⁵⁷ Zowel artikel 1 onder a)° artikel 2 van de Ontwerp-Richtlijn (zie noot 60) als artikel 2° artikel 5 van de [European Convention on Transfrontier Television](#) maken geen onderscheid meer tussen de aard van de satellietverbinding. Het toezicht berust bij het land dat de verbinding ter beschikking stelt. Overigens merk ik op dat het systeem niet sluitend is omdat in de uplinkfase het transportgeheim van toepassing is, zodat niet goed valt in te zien hoe het uitzendende land in zo'n geval daadwerkelijk toezicht kan uitoefenen. Mijns inziens dwingt dit tot herdefiniëring op nationaal niveau van telecommunicatieverbindingen, waarover de overheid - binnen de grenzen van het Europese recht - wel inhoudelijke zeggenschap heeft en verbindingen voor individueel communicatieverkeer, waarbij dat niet het geval is.

⁵⁸ Koninklijk Besluit 9 augustus 1972, [Administratieve Beslissingen](#) 1973, 194.

re bevoegdheid aan de overheid toegekend. De institutionele kant van het recht – bij de drukpers op principiële gronden te bestrijden – is hier juist overheersend. De interpretatie van artikel 10 lid 1 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden waarin de omroep afzonderlijk wordt genoemd, speelt daarbij een rol.⁵⁸ De hier geschetste ontwikkeling betekent echter dat het reguleringsmodel opschuift in de richting van een vrije mededingingsmodel. W. Hoffman Riem spreekt van een paradigma wisseling.⁵⁹ Recente uitspraken van het HvJ EG bevestigen dit.⁶⁰ Recente uitspraken van de Commissie voor de Rechten van de Mens duiden eveneens op een noodzaak de regulering van aanbod en ontvangzijde drastisch te herzien.⁶¹

[26] Wij waren bij de drukpersprivileges en de telecommunicatiemonopolies de economische functie van overheidsvergunningen tegengekomen. Ook bij het gebruik van omroepconcessies slaat het mededingingsrecht toe.⁶² Evenals bij de telecommunicatie-infrastructuur zien wij hier het verschijnsel dat aanvankelijk de dienst en het transport medium met elkaar worden geïdentificeerd, hetgeen het gevaar in zich bergt dat door informatiesoort of -techniek aanverwante diensten en markten automatisch onder de omroepregulering worden geschoven.⁶³ Abonneetelevisie, videotext en in zekere zin ook reclame, zijn oude voorbeelden. Het onlangs gevoerde reguleringsdebat over *data-casting* is daarvan een recenter voorbeeld.⁶⁴

In Duitsland handhaaft men in dit marktmodel het concept van de publieke omroep met een beroep op de institutionele kant van het recht van vrije meningsuiting.

Het Bundesverfassungsgericht heeft in een reeks arresten het concept van de *Grundversuchung* van de publieke omroep ontwikkeld.⁶⁵ Men kan ook een benadering vanuit de economische *public choice*-theorie kiezen, hierop neerkomende dat een collectieve actie nodig is om bepaalde collectieve en semi-collectieve informatiegoederen in een samenleving beschikbaar te doen zijn die bij een volledig vrije markt niet of onvoldoende zouden worden geproduceerd.⁶⁶ Welke rechtvaardiging men ook kiest, het zal duidelijk zijn dat een grondige heroverweging van de bestaande regelgeving, wijze van financiering en de rol van de overheid

⁵⁹ W. Hoffman Riem, 'Rundfunkrecht und Wirtschaftsrecht - ein Paradigmawechsel in der Rundfunkverfassung?' in: *Rundfunk im Wettbewerbsrecht* (Baden-Baden 1988) p. 13 e.v.

⁶⁰ Bond van Adverteerders/Nederland, [HvJEG](#) 26-4-88, zaak nummer 352/85, nog niet gepubliceerd, *Green paper, 'Television without frontiers'* (dd. 14-6-84, COM '84) 300 final, Ontwerp Richtlijn Raad van Ministers dd. 18 mei 1989 (gemeenschappelijk standpunt van de Raad), 5858/1/89.

⁶¹ Rapport Commissie voor de Rechten van de Mens dd. 13-10-88, requête nr. 10890/84 inzake Groppera en 8 maart 1989, application 12726/87 inzake Autronic. Uit laatstgenoemde uitspraak volgt ook dat de reguleringmogelijkheden van de centrale overheid ten aanzien van de kabelexploitant aanzienlijk zijn ingeperkt.

⁶² Zie noot 41.

⁶³ Voor de omroep is van belang de zaak 311/84, Telemarché, [HvJEG](#) 3-10-85, Jur.'85, 326.

⁶⁴ Zie advies Mediaraad 1 maart 1989 'Beheer en regelgeving dienstenverkeer via omroepzenders'; Asu Aksoy, 'Databroadcasting in the U.K.: an exploration of regulatory issues', *Media Law & Practice* (March 1989) p. 5.

⁶⁵ W. Hoffman-Riem, 'Massamedia in rechtsvergelijkend perspectief, in: *Massamedia & Staats recht* (Zwolle 1989) p. 65. Over de theorie achter het duale systeem ook K.H. Ladeur, 'Duale Rundfunkordnung und Werbung in Programmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten', *ZUM* (1987) p. 491; C. Degenhart, 'Öffentlich rechtlicher und privater Rundfunk im dualen Rundfunksystem', *ZUM* (1988) p. 47 e. v.

⁶⁶ Omroeprecht wordt in deze 'paradigmawisseling' economisch publiekrecht, vgl. K. Hellingman en K.J.M. Mortelmans, *Economisch publiekrecht* (Deventer 1989) p. 71 e.v.

daarin noodzakelijk zal zijn. Dat zal niet eenvoudig zijn want de reguleringsbehoefte komt, aldus McQuail, voort “*initially out of technical necessity, later from a mixture of democratic choice, state self-interest, economic convenience and sheer institutional custom.*”⁶⁷ De Nederlandse Mediawet van 1987 is hiervan het trieste voorbeeld.

[27] Laat ons thans eens verder in onze driehoek rondkijken.

Als wij kijken naar de redactionele onafhankelijkheid van de programmamaker dan is het enerzijds opvallend dat deze in Nederland pas veel later dan bij de pers ter sprake komt, anderzijds merkwaardig dat zij dan ook een publiekrechtelijke regeling vindt.

Van het eerste kan men zeggen dat het een gevolg is van de zendtijdverdeling op basis van ideologische representatie. De identiteit van de organisatie was de identiteit van de programma maker. Op zichzelf is die gedachte merkwaardig omdat ideologische bazen zich meer met de inhoud van de informatie plegen te bemoeien dan commerciële bazen.

Van het tweede (het gaat om artikel 64 lid 1 sub d van de Mediawet)⁶⁸ kan men zeggen dat het een gevolg is van de *institutional custom* bij de omroep alles publiekrechtelijk te regelen. Bij een organisatie van de omroep langs commerciële lijn of volgens een geïntegreerde publiekrechtelijke grondslag valt te verwachten dat de betekenis van een programmastatuut om de maker een onafhankelijkheid ten opzichte van de ‘neutrale’ organisatie te geven, zal toenemen.

De ontwikkeling van het auteursrecht was bij de komst van de omroep al ver gevorderd. Het efemere niet individualiseerbare karakter van de informatiedrager, de grote schaal waarop deze wordt waargenomen en de verbeterde ontvangsttechniek van de kabel riepen vragen omtrent verdere openbaarmakingshandelingen op, die nog werden bemoeilijkt omdat aan de ontvangzijde al auteursrecht voor de nationale zenders in de heffing op het ontvangtoestel was afgerekend. Onttrekt de kabel zich in toenemende mate aan regulering door de staatsmacht, hier emancipeerde zij tot een eigen medium. Zij blijkt echter een homogeen aangrijppunt voor de auteursrechthebbenden.⁶⁹

De auteursrechtelijke kwetsbaarheid die we bij de drukpers zagen ontstaan door opheffing van technische schaarste aan de gebruikerskant (het fotocopieerapparaat) doet zich hier voor door de stormachtige ontwikkeling van de video- en taperecorder.

De relatie auteursrecht-uitgever vertoont bij de omroep een eigen dynamiek. De grootschalige verspreiding door middel van vluchtige informatiedragers maakt individuele afrekening met gebruikers onmogelijk. Dit maakt globale berekeningen noodzakelijk en het plaatst de auteurs, verenigd in belangenorganisaties, in een collectieve onderhandelings situatie ten opzichte van de [28] omroeporgani-

⁶⁷ McQuail, *Mass communications theory* p. 25; de heroverweging zal onder meer ook gericht moeten zijn op het wegnemen van de desintegrerende effecten van de groepspluraliteit in de Nederlandse publieke omroep. Dit wordt mijns inziens in alle voorstellen om tot een duale opzet van het Nederlandse bestel te komen, onvoldoende onderkend. Een publieke omroep zal als een sterke organisatie op een internationale markt moeten concurreren.

⁶⁸ “Omroepverenigingen (...) brengen op de grondslag van hun verenigingsstatuten een programmastatuut tot stand”.

⁶⁹ HR 30-10-82, NJ 1982, 435.

saties en de kabelexploitant. Daarnaast vraagt de continue *vertolking* van beeld en geluid in de omroep aandacht. De auteursrechtelijke aandacht richtte zich daarvoor op de positie (**de droits voisins**) van de uitvoerende kunstenaars.⁷⁰ De noodzaak het medium in één gevarieerde reeks van beelden te blijven vullen en de kostbare produktiekosten die daaraan zijn verbonden, bevordert de concentratie van produktiefactoren buiten de omroep in grootschalige produktie- en filmaatschappijen die een wereldmarkt kunnen bedienen. De machtsverhoudingen wijzigen zich hier ten gunste van de auteursrechthebbenden. Overheden mogen voorschriften geven omtrent de inhoud van de aan te bieden programma's, auteursrechthebbende produktie-organisaties bepalen waar, wanneer en in welke vorm programma's op de wereld worden aangeboden; en dat is meer dan 50% van het omroepaanbod. De markt- en gebiedsverdelende bevoegdheden en technieken van het auteursrecht zijn effectiever dan die van de staatssoevereiniteit.⁷¹

En het informatie-object? De privacy en openbaarheidsvragen worden door de complete verplaatsbaarheid van het beeld en de erfoverschrijdende waarneemtechniek verhevigd. Hetzelfde geldt voor toegangs- en *droit de réponse*-rechten. Nieuwe vragen doen zich echter voor bij sport en soortgelijke evenementen. Het informatie-object blijkt zich te emanciperen tot een leverancier van te verwerken informatiegrondstof. Meer nog dan bij de pers heeft de omroep een niet te stillen honger naar spannende gebeurtenissen. Grote rampen doen zich maar zelden voor, maar sportevenementen kun je van te voren organiseren. Zoals de overheid om redenen van politiek belang de pers uit de informatievoorziening trachtte te weren, zo wensen de sportorganisaties de informatie die zij genereren om redenen van commercieel belang slechts tegen betaling af te staan. De economische zelfbeschikkingskant van het privacyrecht of het eigendomsrecht van de plaats van de gebeurtenis botsen hier met het openbaarheidsconcept. De machtspositie van de informatieleveranciers is zo sterk dat er economisch verhandelbare uitzendrechten ontstaan, ook al is er geen duidelijke juridische categorie waarin die 'rechten' zijn te vatten.⁷²

[29] De informatiemaatschappij lijkt met deze laatste ontwikkeling haar hoogtepunt te hebben bereikt. Bij de drukpers was het auteursrecht gericht op het geestesprodukt van de auteur, thans echter is het verschil tussen het produkt van de auteur en het informatie-object opgeheven. De waarneembare werkelijkheid zelf is een verhandelbaar informatiegoed geworden, waarvan het publiek live kennisneemt. De rechten op de films van de spannende gebeurtenissen, het recht om spannende gebeurtenissen te filmen, en de rechten van de personen die in de spannende gebeurtenissen 'een rol spelen', zijn zo lucratief dat er een levendige handel in ontstaat. Het is nog wonderlijker dan Valéry dacht. Zijn *Société pour la distribution de Réalité Sensible* is niet de onderneming die over de distributietechnie-

⁷⁰ Verdrag van Rome 26-10-61 en 29-10-71, pas in 1989 in Nederland ter ratificatie en invoering aan het Nederlandse parlement voorgelegd. **Bijl. II**, 88-89, 20 012 en 20 029, R 1330 en 1331.

⁷¹ Ik noem naast de bevoegdheid ook techniek. De *scrambling* technieken met de gecontroleerde afzet van decoders is auteursrechtelijk wel geoorloofd maar stuit bij de uitoefening van staatssoevereiniteit af op de 'free flow of information'.

⁷² Over dit onderwerp uitvoeriger: E.J. Dommering, 'Informatie monopolies, over programmagegevens, sportevenementen en mediamarkten', in: *De Maris-bundel*, p. 137 e.v.

niek van de waarneming beschikt, maar de onderneming die de rechten op de *Réalité Sensible* verhandelt.

Informatierecht en informatierechtsbetrekkingen

Wij hebben de informatiedriehoek (waarnemer, maker en informatie-object) van het vorstenportret een reis door de tijd en langs grootschalige distributietechnieken laten maken. Hij bevindt zich permanent in het krachtenveld van de staatssoevereiniteit (zowel in de hinderende als in de ondersteunende functie) en de vrije ondernemingsgewijze produktie. Het vrije mededingingsmodel, aanvankelijk slechts gehanteerd voor de pers, wordt steeds bepalender voor telecommunicatie en omroep.

Wij zagen hoe een aantal rechtsbegrippen zich langzamerhand heeft uitgekristalliseerd, sommige echter nog onvoldoende. De aard van de distributiemiddelen varieert de inhoud van de rechten, en de positie van de belangengroepen die zich van die rechten bedienen. Sommige posities zijn zo sterk dat zij 'rechten' kunnen claimen, waar geen rechten zijn.

Wij zagen dat informatiestromen zich niets van landsgrenzen aantrekken. Het zijn – noodzakelijkerwijs – internationale betrekkingen waarvoor staatssoevereiniteit moet wijken.

Wij zagen ook de kwetsbaarheden die ontstaan door een grootschalige infrastructuur, met daarop aangesloten randapparatuur, met name wanneer deze efemere informatiedragers produceert. Die kwetsbaarheid raakt de aanspraken van communicatievrijheid, auteursrecht, privacy en integriteit van informatiecentra en transport. Technisch gesproken zijn in zo'n grootschalige infrastructuur en de daarop aan te sluiten randapparatuur deze aanspraken niet gelijktijdig in dezelfde mate te bevredigen.

Een centraal georganiseerde infrastructuur die vanuit een punt informatie op efemere dragers verspreidt, bevordert grootschalige vrije verspreiding van informatie maar ook overheidsinterventie en monopolievorming bij de [30] communicatietechniek en de communicatie-inhoud. Zij biedt homogene aangrijppunten voor bescherming van het auteursrecht zoals de gezamenlijke aanval van overheid en auteursrechthebbenden op de kabelexploitant leert. Zij waarborgt anonimiteit en privacy aan gebruikerszijde, doch is niet gemakkelijk toegankelijk voor individuele uitingen van de gebruiker. Zij is kwetsbaar voor transport van geheime informatie.

Een centraal beheerde infrastructuur voor tweerichtingsverkeer bevordert expressievrijheid, individuele toegankelijkheid en geheimhouding. Het waarborgt bescherming van auteursrechten, maar vormt door de controlelemogelijkheid van gebruikersgedrag een bedreiging van privacy. Zij bevordert eveneens monopolievorming bij de communicatietechniek.

Vermenigvuldigings- en communicatietechniek in de randapparatuur verhogen individuele zelfexpressie, privacy en individuele toegankelijkheid van de infrastructuur, maar zij zijn een bedreiging voor het auteursrecht en geheime informatie.⁷³

Een en ander betekent dat bij de keuze van de verspreidingstechniek de efficiency en het doel van de communicatie moeten worden afgewogen tegen de mate en de noodzaak van de volledige vervulling van de hier bedoelde aanspraken. Men zou het met een verwijzing naar de produktenaansprakelijkheid een communicatie

risk-utility test kunnen noemen. Zoals steeds bij de ontwikkeling van een nieuwe technologie vinden dit soort afwegingen onvoldoende plaats. Eerst hollen we achter het technische wonder aan, daarna pas vragen wij ons af hoe wij het behoren te gebruiken.

Het is zinvol om van een informatierechtsbetrekking te spreken. Bull heeft het informatierecht gedefinieerd als het recht der informatiebetrekkingen, doch het niet expliciet in verband gebracht met de bestaande rechtsgebieden van het recht van intellectuele eigendom (met name de meest algemene tak daarvan: het auteursrecht) en de publiekrechtelijke regels met betrekking tot opslag en verspreiding van informatie.⁷⁴ Het wordt daardoor een (te algemene) heuristische discipline die zich met zeer abstracte geheimhoudings- en vrijheidsconcepten richt op het informatiebestanddeel in alle rechtsbetrekkingen in plaats van een [31] rechtsgebied dat zich bezighoudt met de rechtsbetrekkingen die informatie tot rechtsobject hebben. Daardoor krijgt het een even diffuus karakter als het informaticarecht dat op zoek gaat naar computertoepassingen in alle mogelijke soorten van rechtsbetrekkingen.⁷⁵

Een informatierechtsbetrekking bestaat vrijwel steeds uit meervoudige aanspraken tussen rechtssubjecten die om de voorrang strijden met betrekking tot hetzelfde rechtsobject. Wij kunnen ze telkens op de driehoek plaatsen bij de waarnemer, de auteur/boodschapper of het informatie-object en de organisaties die zich in de driehoek hebben gevormd.

Bij vermogensrechten kennen wij ook de situatie van meervoudige aanspraken, zoals bij voorbeeld een fiduciaire eigendomsoverdracht. Zij zijn echter het gevolg van de achterliggende economische verhoudingen. Informatie is als intellectueel eigendomsrecht een vermogensrecht. Als *vermogensobject* maakt het daarom (met een immaterieel karakter zoals juristen zeggen) deel uit van door het vermogensrecht georganiseerde economische betrekkingen. Daarnaast zijn er echter andere aanspraken die voortvloeien uit het bijzondere karakter van het rechtsgoed.

Als *intellectueel* goed maakt het daarom deel uit van wat ik globaal samenvat als betrekking en die vrijheid, integriteit en geheimhouding van informatie en communicatie waarborgen. Daartoe reken ik, behalve de hiervoor besproken rechten, dan ook de morele rechten van het auteursrecht.

Wij spraken over de partijen in het communicatieproces van pers, telecommunicatie en omroep. Op dit moment vragen vooral de openbare en particuliere databank als grootschalige informatie-opslag en de geadresseerde distributie van data in netwerken onze aandacht, omdat zij nieuwe vragen voor de communicatie *risk-utility* test oproepen. In de driehoek bevindt de databank zich op het punt van de boodschapper. Zij moet aanspraken van de waarnemer en het informatie-object (datasubject) verwerken en eigen auteursrechtelijke aanspraken veilig stellen. Is de informatierechtsbetrekking nieuw? Ons historische voorbeeld wijst ons de weg naar een rechtsbetrekking die altijd als een vreemde eend in onze Auteurswet

⁷³ Het hier gestelde geldt voor omroep en telecommunicatie. Het geldt m.m. ook voor de pers. Hierboven werd als grondthema aangegeven dat de vermenigvuldigingstechniek vrije meningsuiting en auteursrecht bevordert. Er werd gewezen op de auteursrechtelijke consequenties van het fotokopieerapparaat (voor de pers-infrastructuur: randapparatuur). In dit verband is het verbod op het gebruik van fotokopieerapparaat in de bureaucratie van de Sovjet-Unie een goede illustratie van deze parallellie. Vgl. F. Kuitenbrouwer, 'Glasnost en het Westen' in *Informatie- en Informatiebeleid (i&i)* (1989) p.44.

⁷⁴ H.P. Bull, *De fundamentele problemen van informatierecht* (Zwolle 1985).

⁷⁵ Aldus G. Van-denBerghe, *Software orakels?* (Deventer 1985).

wordt beschreven.⁷⁶ Ik doel op het portretrecht in de artikelen 19- 21 van de Nederlandse Auteurswet, waarin in een adem een aantal rechten worden genoemd van de opdrachtgever, de maker en de geportretteerde. Het is geen auteursrecht zeggen sommigen. Dat is juist, maar het is wel een informatierechts-betrekking *avant la lettre*, zij het dat het er een onvolledige uitdrukking [32] aan geeft omdat het zich tot de visuele waarneming van menselijke personen beperkt.⁷⁷

In het algemeen pleegt in oraties over de omlijning van vakgebieden te worden gespeculeerd. Ruwweg kan men in het recht de hoofddisciplines onderscheiden die zich rond de staatssoevereiniteit en de eigendom: **imperium** en **dominium**, groeperen. Daaruit zijn tal van disciplines afgeleid die over het algemeen als brancherecht kunnen worden aangeduid. Binnen een gebied worden dan een hoeveelheid publiekrechtelijke en privaatrechtelijke vraagstukken bijeen gebracht die specifiek zijn voor een bepaalde branche en wordt bovendien enige aandacht besteed aan de organisatorische en technische aspecten van de branche. Ik noem bouwrecht, bankrecht, gezondheidsrecht en informaticarecht voor zover het zich specifiek op de computerbranche richt.

Deze praktische aanpak heeft het voordeel dat het een empirisch element aan de rechtswetenschap toevoegt (rechtsbegrippen worden op hun praktische toepasbaarheid 'getest'), terwijl het een tijdelijke pioniersrol bij vernieuwingen kan vervullen.⁷⁸ Zij bergt echter het risico in zich dat de problemen op een verkeerd niveau van abstractie worden geformuleerd. Het informatierecht bestudeert informatie als rechtsgoed (object van informatiebetrekkingen in alle fasen van het informatievoorzieningsproces) vanuit de algemene imperium- en domini-umdisciplines die zich op dit vlak reeds hebben gevormd. Daarbij staat de branche-oriëntatie niet voorop, zodat het hier signaleerde risico zoveel mogelijk wordt uitgesloten.⁷⁹

In de benadering van het vak wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen de soort van informatietechniek, tussen massacommunicatie en andere communicatievormen. De techniek zelf wijst hier de weg. Computers worden vastgeknoopt aan telecommunicatie-infrastructuur. (Dat heet met een modewoord: telematica). Telecommunicatieverbindingen worden voor omroepdoeleinden aangewend. Typische omroepmedia krijgen de functie geadresseerde informatie te verspreiden. Verschillende soorten telecommunicatie-inrichtingen worden met elkaar verbonden of in combinatie gebruikt. Informatiediensten nemen functies van elkaar over. De grens tussen informatietechnieken vervaagt zoals bijvoorbeeld bij *electronic publishing*.

[33] De technische knoop die de breedbandige *integrated service digital networks* (ISDN) in het informatieverkeer zullen leggen, zal van juristen de komende decennia nog de nodige inspanningen vergen om die juridisch te ontrafelen. Dan immers zullen alle soorten informatie en alle communicatievormen langs dezelfde weg worden geleid.

⁷⁶ F. Oppenoorth, 'Een lastig portret', *Intellectuele Eigendom en Reclamerecht* (IER) (1986) p. 85; S. Gerbrandy, 'Kort commentaar op de Auteurswet 1912', p. 269 (aant. 2 bij artikel 19-21).

⁷⁷ Dit bracht de Hoge Raad in een afluistergeschied tot de verrassende uitspraak dat de menselijke stem niet beschermd is in de Auteurswet: HR 16-10-87, NJ 1988, 850.

⁷⁸ In deze benadering ken ik informaticarecht de pioniersrol van 'technology assessment' toe: zie E.J. Dommering, 'Informatierecht of informaticarecht?', *Computerrecht* (1985/7) p. 37.

De technische ontwikkelingen vergen ook meer inzicht van de jurist in de informatietechniek. De jurist behoefde zich vroeger misschien niet in de werking van televisiecamera's te verdiepen om een vraag van omroeprecht te beantwoorden, beoordeling van zeggenschapsvragen op het gebied van de telecommunicatie vergen enig inzicht in de *black box*. De strijder voor de muziekrechten zal het koud laten wat er nu precies op een grammofoonplaat gebeurt, maar bij een vraag van auteursrechtelijke inbreuk op software zal hij niet meer geheel om de techniek heen kunnen. C.P. Snow's *two cultures* zullen elkaar moeten naderen. Daarvoor hoeft de jurist geen technicus te worden. Integendeel, met J. David Bolter zeg ik: "*We must find ways to bring history into the computer world*".⁸⁰ Daarom dat ik vandaag met de drukpers begon.

Ik beschouw het als een voorrecht dat ik aan de Universiteit van Amsterdam waar ik heb gestudeerd, dit vak mag beoefenen in het Instituut voor Informatierecht. De inspanningen die de Universiteit zich getroost om de juridische consequenties van onze informatiesamenleving te laten bestuderen in een instituut waarin alle relevante juridische disciplines zijn vertegenwoordigd, verdient alle lof. Zij is uniek in Europa.

De samenwerking met en de inspiratie die ik ondervind van het Instituut voor Informatierecht verschaffen mij veel voldoening. Daar dragen de goede onderlinge relaties van de instituutsleden in belangrijke mate toe bij. Ik heb gemerkt dat de wetenschapsbeoefening in een team van mensen die een fanatieke belangstelling hebben voor het vakgebied, iets fundamenteel anders is dan de rechtspraak, al is voor een pragmatisch vak als het recht de rechtspraak onontbeerlijk. Ik hoop dat ik vanuit de rechtspraak zowel een praktische als een theoretische inbreng kan leveren.

Herman Cohen Jehoram, jij hebt eerder dan je vakgenoten ingezien dat het auteursrecht als meest algemene discipline van het recht van intellectuele eigendom in samenhang met de andere rechtsgebieden die zich op informatie als object richten, moet worden beoefend.⁸¹ Wij mogen je daar dankbaar voor zijn. [34] Het heeft mede de stoot tot de oprichting van dit unieke instituut gegeven.

De studenten die ik een studiesemester mee heb mogen begeleiden, hebben mij verrast door hun grote belangstelling. Zelfs maatregelen van het Ministerie van Onderwijs tot verkorting van de studie, hebben Uw enthousiasme niet weten te ontmoedigen.

Buruma & Maris Advocaten te 's-Gravenhage, tenslotte. Binnen Uw kantoor heeft Maris mij de eerste beginselen van het gebied waar ik mij nu mee bezighoud bijgebracht. De stijl van het kantoor bij de aanpak van een zaak kan worden omschreven als: praktisch tot het einde en theoretisch tot de bodem. Misschien dat het daardoor komt dat uw kantoor de laatste jaren hoogleraren produceert in plaats van ze aan te trekken.

⁷⁹ Een soortgelijke benadering is te vinden bij Ziegler-Jung, 'Informatiseringsrecht, een verkenning', *Computerrecht* (1987/2) p. 101.

⁸⁰ David Bolter, *Turing's Man* (London 1984) p. 229.

⁸¹ H. Cohen Jehoram, 'Auteursrecht' *AMI* (1985) p. 43.