

Kroniek van het Nederlandse mediarecht 1995-1998¹

Door G.A.I. Schuijt

Bij aanvang van een kroniek hoort een omschrijving van het rechtsgebied waarover wordt bericht. Onder mediarecht versta ik het geheel van rechtsregels met betrekking tot de communicatiemiddelen en de openbare communicatie. Onder openbare communicatie wordt verstaan die communicatie waarbij de zender zich tot een in beginsel onbepaald publiek richt. De private communicatie, zoals bijvoorbeeld het brief-, telefoon- en e-mailverkeer behoort niet tot het mediarecht. Daardoor valt ook een belangrijk deel van het telecommunicatierecht buiten het gebied van het mediarecht. Daar met behulp van telecommunicatie echter ook openbare communicatie wordt bedreven – omroep, video on demand, openbare communicatie via het internet e.d. – kan het mediarecht niet zónder het telecommunicatierecht. In deze kroniek krijgen ontwikkelingen in het Nederlandse omroeprecht ruime aandacht. Daarna komen kort aan de orde het institutionele persrecht en juridische ontwikkelingen met betrekking tot het internet. Vervolgens beschrijf ik ontwikkelingen in de rechtspraak op het gebied van de ongeoorloofde publicaties. Ik besluit met een zéér korte verwijzing naar het reclamerecht.

Omroep: bij het begin beginnen

Waar deze kroniek te beginnen? Hierboven staat dat de ontwikkelingen in de jaren 1995-1998 worden beschreven. Het Nederlandse omroeprecht valt alleen maar te begrijpen als verder wordt teruggegaan in de geschiedenis. Daar kan ik niet om heen omdat de beschreven ontwikkelingen van de afgelopen jaren nog steeds een uitvloeisel zijn van hoe het Nederlandse omroepbestel in de jaren twintig is ontstaan. Het waren toen (vijf) particuliere verenigingen op levensbeschouwelijke en politieke grondslag, die – geheel in overeenstemming met de *verzuilde* Nederlandse samenleving – het initiatief namen en dat initiatief niet meer uit handen gaven.² Het verenigingsleven, de politiek en de pers waren georganiseerd op dezelfde grondslagen: katholiek, protestant (in diverse soorten), sociaal-democratisch, liberaal. De Hilversumse omroepverenigingen wisten zich dan ook gesteund door de even verzuilde Haagse politiek.³ Hoewel de verzuiling thans langzaam op een einde loopt, is het Nederlandse omroepbestel nog steeds op de leest van de verzuiling geschoeid. Een omroepvereniging behoort volgens artikel 14, lid 1 onder c van de Mediawet nog steeds een maatschappelijke, culturele of godsdienstige dan wel geestelijke *stroming* te vertegenwoordigen.

Tot aan de Omroepwet van 1967 bepaalden die vijf verenigingen het omroepaanbod. De zendtijd was onder die vijf verdeeld, voor nieuwkomers was er geen plaats. Onderlinge samenwerking was er nauwelijks. De Omroepwet brak het bestel open in die zin dat nieuwe

¹ Verschenen in *Auteurs & Media* 1998-3, p. 213-223.

² Waarbij zij aangetekend dat de ANRO, later AVRO zich ‘algemeen’ noemde en uitdrukkelijk géén zuil wilde vertegenwoordigen, maar desondanks de min of meer rechts-liberale zuil werd.

³ Voor wie geïnteresseerd is in deze geschiedenis: J. de Boer, *Omroep en publiek in Nederland tot 1940. Deel 1: De plaats van de omroep in het openbare leven tot 1940*, Leiden: Sijthoff 1946; N.A.N.M. van Eijk, *Omroepvrijheid en overheidsbemoeienis. Een vergelijkende studie naar de Nederlandse, Franse en Europese regels met betrekking tot toegangscriteria en programmavoorschriften voor de omroep*, Amsterdam: Cramwinckel 1992; H. van den Heuvel, *Nationaal of verzuild. De strijd om het Nederlandse omroepbestel in de periode 1923-1947*, Baarn: Ambo 1976; H. Wijfjes, *Radio onder restrictie. Overheidsbemoeiing met radioprogramma's 1919-1941*, Amsterdam IISG 1988.

verenigingen konden toetreden als zij een minimum-aantal leden hadden. Alle omroepverenigingen kregen zendtijd naar rato van het ledental. Naar rato van die zendtijd kregen zij echter van de staat ook een bijdrage in de bekostiging. De staat financierde deze bijdrage uit de (in 1940 ingevoerde) heffing van een omroepbijdrage bij de burgers en (sinds 1967 mede uit de inkomsten van omroepreclame via de STER (Stichting Ether Reclame). Met deze financiering van overheidswege werd en wordt de *publieke* taak van deze *particuliere* omroepverenigingen tot uitdrukking gebracht. Dat van het opengooien van het bestel niet-zuilgebonden verenigingen als de TROS en VERONICA profiteerden was een bijkomstigheid waarop men eigenlijk niet gerekend had.⁴

De Omroepwet bracht tevens als nieuw de oprichting van de NOS, als samenwerkingsverband. De samenwerking was niet langer vrijblijvend doch dwingend opgelegd. De NOS (Nederlandse Omroep Stichting) kreeg een eigen bestuur (weliswaar met vertegenwoordigers van de omroepverenigingen), kreeg zélf zendtijd en kreeg een eigen programmatische opdracht. De NOS moest een ontmoetingsprogramma maken (de verzuiling doorbreken!), zij moest programma's maken die zich bij uitstek lenen voor gezamenlijke aanpak (nieuws, sport, evenementen) en zij moest zorgen dat het totale programma-aanbod een *evenwichtig totaalbeeld* zou opleveren, dat wil zeggen aanvullen wat in het programma-aanbod door de particuliere verenigingen ontbrak.

Invoering commerciële omroep

In 1987 werd de Omroepwet vervangen door de Mediawet, die overigens weinig principiële veranderingen bracht, behoudens de invoering van een Commissariaat voor de Media dat belast werd met de zendtijdtoewijzing en het toezicht op de naleving van de wet.⁵ De Mediawet heeft inmiddels – we schrijven 1998 – al weer zo'n vijftientig wijzigingen ondergaan. De belangrijkste was in 1992 de invoering van binnenlandse commerciële omroep. Nadat RTL 4 met een Nederlandstalig en op Nederland gericht programma gebruik had gemaakt van de bepaling dat kabelnetten programma's van *buitenlandse* stations mochten doorgeven, kon Nederland niet achterblijven ook binnenlandse commerciële omroep toe te laten.⁶ Een en ander geschiedde overigens met grote tegenzin, nadat Nederlandse blokkades tegen het doorgeven van buitenlandse commerciële stations door het EG-recht waren geslecht.⁷

Restfrequenties

Sinds 1992 is dus binnenlandse commerciële televisie via de kabelnetten mogelijk. Etherfrequenties zijn voor commerciële televisie (nog) niet beschikbaar. Voor commerciële radio bleek een aantal zogenaamde 'restfrequenties' – dat wil zeggen: niet voor de publieke omroep benodigde frequenties – beschikbaar te zijn. De verdeling daarvan heeft tot een stroom van rechterlijke uitspraken geleid. De ministers, die de regeling hadden ontworpen, werden op de vingers getikt omdat zij de selectie van de commerciële zenders die voor zo'n frequentie in aanmerking zouden komen mede afhankelijk maakten van het programma-aanbod van de publieke omroep en deze commerciële omroepen dus met een publieke

⁴ KB 26 augustus 1975, AB 1977, 29.

⁵ Wet van 21 april 1987, Stb. 1987, 249.

⁶ Wet van 18 december 1991, Stb. 1991, 769, in het bijzonder art. 71a-71m. Aanvankelijk was commerciële omroep slechts mogelijk indien men een (nagenoeg) landelijk bereik had. Sinds 1996 (Wet van 24 april 1996, Stb. 219) is commerciële omroep ook op lokale en regionale schaal mogelijk.

⁷ HvJEG 26 april 1988, NJ 1989, 982; HvJEG 25 juli 1991, Mediaforum 1991-10, p. B81-B83, AA 1992-1, p. 41-52 m.nt. K.J.M. Mortelmans; zie ook de Richtlijn *Televisie zonder grenzen* van 3 oktober 1989, PbEG L 298.

omroepzaak wilden belasten.⁸ In het in 1996 ingediende wetsontwerp 'Liberalisering Mediawet' werd voorgesteld in de toekomst frequenties voor commerciële omroep te veilen.⁹ Bij de behandeling in de Tweede Kamer werd er op aangedrongen, dat de eerste veiling niet zou plaats vinden vóórdat een onderzoek had plaats gevonden naar het totaal aantal beschikbare frequenties. Dat betekent dat de veiling niet vóór het jaar 2000 kan plaats vinden. In afwachting daarvan is een tijdelijke regeling getroffen. Twaalf commerciële radio-omroepen hebben vanaf 1 januari 1998 de beschikking over 24 FM-frequenties.¹⁰ De wet heette 'Liberalisering' omdat een aantal strenge regels werd versoepeld. De publieke omroepen kregen ruimere armslag op het gebied van (commerciële) nevenactiviteiten en de kabelexploitanten mogen nu ook zelf programma's gaan verzorgen. Daartegenover staat de verplichting van de kabelexploitant een basispakket aan programma's door te geven. In gemeenten waar zo'n kabelnet aanwezig is, moet een programmaraad worden samengesteld die de kabelexploitant adviseert over de samenstelling van het basispakket.

Toegang tot de kabel

Art. 69 dat sinds 1996 het Commissariaat voor de Media de bevoegdheid gaf bindende aanwijzingen te geven, indien een kabelexploitant en een programma-aanbieder geen overeenstemming konden bereiken over de toegang tot het desbetreffende kabelnet, is op 1 januari 1998, overeenkomstig de bedoeling van deze tijdelijke regeling, weer vervallen. De bevoegde instantie is thans de NMa (Nederlandse Mededingingsautoriteit), die sedert de invoering van de Mededingingswet op 1 januari 1998 dergelijke geschillen beoordeelt.¹¹ Het Commissariaat had deze bevoegdheid graag aan zich gehouden, maar het ministerie van Economische Zaken heeft dit pleit gewonnen. Overigens is er voor mededingingsrechtelijke kwesties in telecommunicatiezaken sinds 1 augustus 1997 ook de OPTA, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, die voor de beoordeling van toegang-tot-de-kabelgeschillen ook in aanmerking zou zijn gekomen.¹²

Samen maar toch apart

Invoering van de mogelijkheid tot binnenlandse commerciële omroep – en de aanwezigheid van op Nederland gerichte 'buitenlandse' commerciële omroep - betekende concurrentie voor de publieke omroep. Dat leidde in 1994 tot de Wet versterking publieke omroep.¹³ In deze wet werd een concessiestelsel in het leven geroepen. Daarmee werd de publieke omroepverenigingen voor vijf jaren zekerheid geboden over de zendtijd waarover zij kunnen beschikken. Daartegenover stonden plichten, onder meer de plicht tot samenwerking met elkaar en met de NOS en met de van de NOS afgesplitste NPS (Nederlandse Programma Stichting). De programma's van de NOS zouden zich voortaan beperken tot programma's die

⁸ Zie bijv. CBB 6 november 1991, *Mediaforum* 1992-1, p. B12-B16 (ook in AB 1994, 26); zie ook E.J. Dommering 'Frequentiebeheer en frequentietoewijzing', *Computerrecht* 1992-5, p. 194-200. CBB 22 maart 1995, *Mediaforum* 1995-4, p. B57-B64 (ook in SEW 1995, p. 540 met nt. K.J.M. Mortelmans); zie ook het rapport van de Commissie-Donner: *Verdeelde frequenties, veranderde omroep*, Rijswijk: Ministerie WVC 1992.

⁹ Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 336, in werking getreden op 1 september 1997.

¹⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 095, nr. 12.

¹¹ Wet van 22 mei 1997, *Stb.* 1997, 242; *Stb.* 1997, 540.

¹² *Aanhangsel Handelingen II* 1997-98, nr. 448; over de problematiek van de toegang tot de kabel zie: N.A.N.M. van Eijk & P.b. Hugenholtz, *Toegang tot de kabel*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 1993; N.A.N.M. van Eijk, A.W. Hins & P.b. Hugenholtz, *Toegang tot de kabel II*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 1995; P. Eysvogel & P. Glazener, 'Toegang tot de kabel', *Mediaforum* 1996-7/8, p. 94-101.

¹³ Wet van 28 april 1994, *Stb.* 1994, 385.

‘bij uitstek geschikt zijn voor gezamenlijke aanpak’. De NPS kreeg de zogenaamde ‘aanvullende’ taak.

De samenwerking werd nodig geacht om een grotere coördinatie en zenderkleuring te bewerkstelligen. In de strijd met de commerciële omroepen ging het er immers om voldoende marktaandeel voor de publieke omroep – en dus voldoende inkomsten uit omroepreclame – te behouden. De tegenstribbelende *particuliere* en *gekleurde, want nog steeds op basis van geloof en politieke overtuiging* georganiseerde omroepverenigingen werden in een keurslijf van de samenwerking gedwongen, maar behielden de zeggenschap over de inhoud van de eigen programma’s, wat die samenwerking uiteraard bemoeilijkte.

Om versterking van de publieke omroep ging het ook in het rapport van de commissie-Ververs, die zich op verzoek van de staatssecretaris had gebogen over de toekomst van de publieke omroep. De commissie kwam in haar rapport ‘Terug naar het publiek’ onder andere met het opmerkelijke voorstel omroepverkiezingen in het leven te roepen.¹⁴ Een dergelijke gedachte steekt zo ongeveer om de tien jaar de kop op, maar wordt meestal achteloos ter zijde geschoven, zoals ook nu.

Wél zaken gedaan werden er in de Wet herziening organisatiestructuur van de publieke omroep, die begin 1998 is ingevoerd.¹⁵ Het betreft vooral een bestuurlijke reorganisatie, maar een die de macht van de particuliere omroepverenigingen verder terugdringt. De positie van de NOS is versterkt. De Raad van Bestuur van de NOS heeft een groot aantal bevoegdheden gekregen met betrekking tot de coördinatie op en tussen de verschillende programmanetten (drie televisienetten en vijf radionetten), het indelen van de zendtijd, de bekostiging van de omroep en de benoeming van netcoördinatoren. Die netcoördinatoren krijgen uitvoerende bevoegdheden voor het net dat hun is toevertrouwd en zij worden bijgestaan door een netredactie. Toch blijven de bevoegdheden van de netcoördinatoren beperkt tot de *coördinatie*. De omroepverenigingen en de NPS blijven de programma’s maken. De verantwoordelijkheid voor vorm en inhoud daarvan blijft volledig bij de individuele zendgemachtigden. Zij zijn trouwens vertegenwoordigd in de netredacties. ‘Samen maar toch apart’ is de meest kernachtige samenvatting van de Nederlandse publieke omroep.¹⁶ Er moet echter aan worden toegevoegd dat de wetgever met deze wet moest manoeuvreren binnen smalle marges. De concessies aan de omroepverenigingen waren tot het jaar 2000 verleend en men moest dus blijven binnen de daarin gegeven garanties, óók met betrekking tot de programmatische autonomie. Ook anderszins kan men de last van het verleden – sommigen zullen zeggen: “Waarom ‘last’? Het is een groot goed” – moeilijk in één klap ongedaan maken. Het voornemen is thans bij de concessieverlening in het jaar 2000 slechts één concessie af te geven aan de publieke omroep, teneinde het opereren van de publieke omroep als eenheid nog sterker gestalte te geven.

Probleem hierbij is tevens dat de publieke omroep – anders dan in België – niet alleen concurreert op de markt voor kijkers en luisteraars, maar tevens op de markt voor omroepreclame. Daarmee is de publieke omroep in directe concurrentie met binnenlandse en buitenlandse commerciële omroepinstellingen. De financiering vanwege de overheid zou kunnen worden aangemerkt als steunmaatregelen in de zin van art. 87 (ex artikel 92) van het EG-Verdrag en een bevoorrechte positie van de publieke omroep kan worden uitgelegd als het verlenen van bijzondere en uitsluitende rechten in de zin van art. 86 (ex artikel 90) van het EG-Verdrag. Volgens de Commissie-Donner vormt een scherpe scheiding tussen de publieke

¹⁴ *Terug naar het publiek*. Rapport van de Commissie Publieke Omroep 1997 (ter inzage afd. Parlementaire Documentatie Tweede Kamer).

¹⁵ Wet van 13 november 1997, *Stb.* 1997, 544, ingevoerd per 1 februari 1998.

¹⁶ Vgl. A.W. Hins & G.A.I. Schuijt, ‘Samen maar toch apart. Commentaar op het wetsvoorstel versterking publieke omroep’, *Mediaforum* 1993-5, p. 101-104.

en commerciële omroep, alsmede duidelijke programmatische verplichtingen en lasten, de basis voor een rechtvaardiging van de bijzondere positie van de publieke omroep¹⁷ De wetgever moet dus niet alleen rekening houden met de historisch gegroeide typisch Nederlandse eigenaardigheden van het omroepbestel, maar ook met de grenzen die het Europese recht stelt aan maatregelen ter bevordering of handhaving van dat bestel.

Het einde van het omroepbladenbestel?

Het Nederlandse omroepbestel is ook wel het ‘omroepbladenbestel’ en de Mediawet de ‘Omroepbladenwet’ genoemd.¹⁸ Vanaf hun ontstaan hebben de omroepverenigingen hun leden gewonnen met hun programmabladen. Onderling wisselden zij hun programmeergevens uit, zodat deze programmabladen volledige gidsen werden voor het binnenlandse en voor een belangrijk deel ook het buitenlandse programma-aanbod. Die bladen vormen niet alleen een belangrijk instrument voor de ledenwerving en de ledenbinding, maar mede door hun aantrekkingskracht op de adverteerders ook een belangrijke inkomstenbron. De omroepgidsen werden nog belangrijker toen in de Omroepwet in 1967 werd bepaald dat het aantal leden bepalend was voor de hoeveelheid zendtijd die werd toegewezen. De abonnees op de gidsen werden (min of meer) automatisch als leden geteld. Zo werden de gidsen een belangrijk middel in het streven naar meer zendtijd. Gezegd werd wel dat de omroepen niet met elkaar concurreerden door de kwaliteit van hun programma’s, maar door de kwaliteit van hun programmabladen. Anders gezegd: het lidmaatschap was niet gebaseerd op een keuze voor een bepaald soort programma’s, maar op een bepaalde programmagids.

Programmagegevens – de opgave van aanvang, aard en duur van alle radio- en televisieprogramma’s die in een bepaalde week op een bepaald net zullen worden uitgezonden – zijn echter niet alleen voor omroepverenigingen belangrijk. Ook andere uitgevers zouden met zulke gegevens een plaats op de markt voor omroepbladen willen veroveren. De eerste poging daartoe dateert al van 1934 toen de *Aethergids* verscheen.¹⁹ Later zorgden *Het Radioprogramma*, *Explicator* en *Televizier* voor belangrijke jurisprudentie.²⁰ Want er is auteursrechtelijk iets mee aan de hand. De Nederlandse Auteurswet biedt in artikel 10, lid 1 sub 1 bescherming aan *alle andere geschriften*, ook als deze niet voldoen aan de eis van oorspronkelijkheid die normaliter in het auteursrecht wordt gesteld. Dit auteursrecht op onpersoonlijke geschriften, zoals telefoonboeken en omroepprogrammeergevens, is door de Hoge Raad echter beperkt tot *gegevens die zijn openbaar gemaakt of bestemd zijn om openbaar gemaakt te worden*. Bovendien stelde de Hoge Raad dat onpersoonlijke geschriften alleen beschermd zijn tegen rechtstreeks *ontlenen*. Daarmee stelde de Hoge Raad veilig dat geen inbreuk op het auteursrecht zou worden gemaakt als men dezelfde gegevens uit vrije nieuwsgaring had bekomen.

De uitkomst van de radioprogramma-arresten stelde de omroepverenigingen voor een probleem. Zij zouden nu moeten aantonen dat de programmeergevens in de concurrerende gidsen rechtstreeks aan hun programmagidsen waren ontleend. Om dit probleem te ontlopen

¹⁷ Rapport van de Commissie-Donner *Verdeelde frequenties, veranderde omroep*, Rijswijk: Ministerie WVC 1992, p. 19; zie ook J.van den Beukel, *Toegang tot de televisiemarkt. Overheidsbeperkingen van de toetreding van programma-aanbieders In Nederland, Groot Brittannië en Duitsland in het licht van het EG-recht*, Deventer: Kluwer 1995; B.H. Ter Kuile, *Ons nationaal omroepbestel in de greep van Gemeenschapsrecht?*, Arnhem: Gouda-Quint 1995.

¹⁸ H.Cohen Jehoram, *Kernpunten van intellectuele eigendommen mediarecht*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 92.

¹⁹ Rb. Amsterdam 10 september 1934, *NJ* 1935, 797.

²⁰ HR 17 april 1953, *NJ* 1954, 211; HR 27 januari 1961, *NJ* 1962, 355; HR 25 juni 1965, *NJ* 1966, 116. Over deze arresten uitvoerig P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, Deventer: Kluwer 1989, p. 110-118.

wisten zij gedaan te krijgen dat in de Omroepwet van 1967 (en later in de Mediawet) de bewijslast ten gunste van de omroepen werd omgekeerd. De uitgevers van commerciële gidsen moesten voortaan bewijzen dat zij de programmegegevens *niet* direct of indirect aan de Hilversumse bladen hadden ontleend. Bovendien werden ook de niet voor publicatie bestemde programma-opgaven auteursrechtelijk beschermd.

In 1992 probeerde *Krant op Zondag* het weer eens om met wekelijkse programmegegevens te komen en aldus het omroepbladenmonopolie te doorbreken. Het blad slaagde er niet in aan te tonen dat zij de gegevens uit vrije nieuwsgaring had verkregen en de publicatie ervan werd door de rechter verboden.²¹ De *Krant op Zondag* achtte de weigering van de omroepen de gegevens ter beschikking te stellen ook misbruik van een machtspositie, hetgeen in strijd zou zijn met de Wet Economische Mededinging en art. 82 (ex artikel 86) EG-Verdrag. Ook op dit punt kreeg zij ongelijk.²²

Uitgevers hebben zich in hun strijd tegen het omroepbladenmonopolie ook beroepen op de informatievrijheid. In de *Televizier*zaak stelde de Hoge Raad echter dat uit artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 EVRM niet voortvloeide een verplichting 'om de inlichtingen waarover men beschikt aan derden te verstrekken'.²³ De klacht van *Televizier* bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens werd niet ontvankelijk verklaard.²⁴

Het Hof van Justitie van de EG heeft in de *Magill*-zaak een opening geboden het omroepbladenmonopolie op grond van Europees mededingingsrecht te doorbreken.²⁵ De Iers-Britse zaak verschilt echter van de Nederlandse situatie. Anders dan in Groot-Brittannië en Ierland kunnen de kijkers en luisteraars in Nederland met de aanschaf van één gids volstaan, omdat de omroepen de gegevens onderling wél uitwisselen, zelfs met commerciële omroepen als Veronica en RTL.

Dit was een lange aanloop om een belangrijke nieuwe ontwikkeling te signaleren die alsnog het einde van het omroepbladenmonopolie zou kunnen inluiden. Sinds 1 september 1997 is de Mediawet gewijzigd. Tot dan moesten de omroepverenigingen gedogen dat de NOS hun programmegegevens ter beschikking stelde van buitenlandse omroepinstellingen en – in beknopte vorm – aan dag- en nieuwsbladen. Thans moeten zij gedogen dat de NOS de gegevens ter beschikking stelt 'van anderen die daartoe een overeenkomst met de Stichting hebben gesloten'. Prompt meldde het dagblad *De Telegraaf* zich bij de NOS en de Holland Media Groep (de inmiddels commercieel geworden omroep VERONICA en RTL) met de wens een overeenkomst te sluiten over het verstrekken van de programmegegevens voor een door haar in het leven te roepen omroepgids. De NOS en de HMG weigerden *De Telegraaf* een licentie te verlenen, maar *De Telegraaf* wist raad. Sinds 1 januari 1998 is er in Nederland ook een nieuwe *Mededingingswet*, die het Nederlandse mededingingsrecht entte op het Europese en het toezicht veranderde van een misbruikstelsel in een verbodsstelsel. De klacht van *De Telegraaf* bij de NMa, Nederlandse Mededingingsautoriteit vond in eerste instantie gehoor. De NOS en de HMG maken misbruik van hun machtspositie en door elkaar over en weer wél de gegevens te verstrekken vormen zij een kartel dat de mededinging vervalst en anderen de toegang tot de markt belemmert. De beslissing van de NMa is echter slechts een voorlopige standpuntbepaling.²⁶ Belanghebbenden wordt de gelegenheid geboden hun visie daarop te geven. Dan volgt een besluit van de NMa en daartegen bestaat weer een

²¹ Pres. Rb. Amsterdam 16 april 1992, *Mediaforum* 1992-5, p. B35-B36.

²² Vz. CBB 19 februari 1992, *Mediaforum* 1992-3, p. B23-B24; Pres. Rb. Amsterdam 16 april 1992, *Mediaforum* 1992-5, p. B35-B36.

²³ HR 25 juni 1965, *NJ* 1966, 115.

²⁴ ECRM 6 juli 1976, *NJ* 1978, 237; zie ook nog Hof Leeuwarden 19 januari 1983, *AMR* 1983, p. 33 en Pres. Rb. Amsterdam 16 april 1992, *Mediaforum* 1992-5, p. B35-B36.

²⁵ HvJEG 6 april 1995, *Mediaforum* 1995-5, p. B65-B71.

²⁶ NMa 13 maart 1998, nr. 1/40.R44; *Stcrt.* 1998, 55, p. 12.

bezwaarschriftenprocedure open. Als deze kroniek over twee jaar weer verschijnt, krijgt u ongetwijfeld het vervolg voorgeschoteld en misschien wel de afloop. Dan zullen wij ook meer weten of de implementatie van de zogenaamde Databankrichtlijn tot wijziging van de Nederlandse geschriftenbescherming heeft geleid.²⁷

Bijkomend probleem voor de omroepen is door de wetgever bij de jongste wijziging van de Mediawet gecreëerd, te weten de loskoppeling van een abonnement op een programmablad en het lidmaatschap van een omroepvereniging. Sinds 1 februari 1998 betekent het nemen van een abonnement op een programmagids niet langer dat men automatisch lid is van de desbetreffende omroepvereniging. Wat daarvan de gevolgen zullen zijn voor de ledenaantallen wordt van belang als in het jaar 2000 een nieuwe concessie voor de publieke omroep zal worden gegeven.

RTL 4 en 5 binnenlands of buitenlands?

De gewijzigde Televisierichtlijn²⁸ bepaalt in artikel 2 dat een omroeporganisatie geacht wordt gevestigd te zijn in een lidstaat, wanneer de omroeporganisatie haar hoofdkantoor in die lidstaat heeft en de programmeringsbesluiten in die lidstaat worden genomen. De rechtspraak – o.a. in de Belgische zaak²⁹ (Denuit vs. Coditel) – had dat al eerder aangenomen en ook de Nederlandse Mediawet is in artikel 4 in deze zin gewijzigd.³⁰ Dat is van belang om te bepalen welke omroeporganisaties onder de bevoegdheid van Nederland en dus onder het toezicht van het Commissariaat voor de Media vallen. Dat Commissariaat heeft zich op het standpunt gesteld dat RTL4 en RTL5 volgens de Richtlijn onder de Nederlandse jurisdictie vallen, omdat de programmabesluiten bij die omroepen in Nederland worden genomen. Gevolg daarvan zou zijn dat die omroeporganisaties bij het Commissariaat *toestemming* dienen te vragen om *binnenlandse* commerciële omroep te mogen zijn. Zonder die toestemming zouden kabelexploitanten de programma's niet langer mogen doorgeven. Ook inhoudelijk zullen de programma's moeten voldoen aan de eisen die de Mediawet stelt aan de binnenlandse commerciële omroepen met betrekking tot onder meer sponsoring en sluikreclame.

De Holland Media Groep is het niet eens met het Commissariaat en heeft de eerste slag gewonnen. De President van de Rechtbank Amsterdam bepaalde dat voor een beslissing ten gronde nader feitelijk onderzoek nodig is, waarvoor een *kort geding* niet de geëigende procedure is. Wel heeft hij bij wijze van *voorlopige voorziening* het besluit van het Commissariaat geschorst. Er is geen spoedeisend belang bij het toezicht reeds thans door het Commissariaat te laten uitoefenen, omdat er volgens de President van mag worden uitgegaan dat de Luxemburgse overheid toezicht uitoefent op de programma's van RTL4 en RTL5.³¹ Ook de afloop van deze procedure kan dus nog wel een tijdje op zich laten wachten. Thans is het nog interessant in herinnering te roepen, dat het programma van RTL 4 (als *Véronique*) in Nederland via de kabelnetten kon worden doorgegeven omdat het een *buitenlandse* omroep was, toen *binnenlandse* commerciële omroep nog niet mogelijk was.³² Lang vóór de Wet tot invoering van commerciële omroep van 1991 was er dus al Nederlandstalige commerciële televisie, verzorgd door een *buitenlandse* omroepinstelling, die thans tot *binnenlandse* dreigt te worden bestempeld.

²⁷ Richtlijn 96/9/EG, *PbEG* L 77/20 van 27 maart 1996; P.B. Hugenholtz, 'Het einde van het omroepbladenmonopolie nadert', *Mediaforum* 1995-7/8, p. 82-87; P.B. Hugenholtz, 'De databankrichtlijn eindelijk aanvaard. Een zeer kritisch commentaar', *Computerrecht* 1996-4, p. 131-137.

²⁸ Richtlijn 97/36/EG tot wijziging van richtlijn 89/552/EEG, *PbEG* 1997, L202/60.

²⁹ HvJEG 29 mei 1997, *Mediaforum* 1997-7/8, p. B99-B102.

³⁰ Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 336.

³¹ Pres. Rb. Amsterdam 20 mei 1998, *Mediaforum* 1998-7/8, nr. 39..

³² Zie daarover ARRvS 5 september 1990, *Mediaforum* 1990-10, p. B107-B110.

Een wettelijke persfusiecontroleregeling? Nee en ja!

De Mediawet is vooral een regeling van de omroep. Toch bevat zij ook enkele bepalingen inzake de pers, namelijk de instelling van het Bedrijfsfonds voor de pers en de voorwaarden waaronder door dit fonds financiële steun kan worden gegeven aan persorganen. Dit fonds is in 1971 opgericht als reactie op een golf van fusies van kranten en persondernemingen. Teneinde een pluriforme pers te kunnen behouden, kunnen noodlijdende dagbladen en andere persorganen in aanmerking komen voor leningen onder gunstige condities en zelfs voor subsidies. De belangrijkste voorwaarde is evenwel dat de steunverlening tijdelijk is, omdat zij slechts verleend wordt als er uitzicht is op herstel van de rentabiliteit. Uitgangspunt is immers dat persorganen zelfstandig economisch moeten kunnen opereren.³³

Om het verschijnsel persconcentratie tegen te gaan wordt al sinds de jaren zestig gediscussieerd over de vraag of er een wettelijke persfusiecontrole zou moeten komen. In 1988 laaide die discussie weer op nadat de Tweede Kamer de regering in een motie had aangespoord met een voorstel voor zo'n regeling te komen. Er kwamen adviezen van het Bedrijfsfonds voor de Pers en van de Mediaraad, maar het eind van het lied was dat de regering een wettelijke persfusiecontrole niet aandurfde om redenen van constitutionele aard. Artikel 7 van de Grondwet luidt: 'Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door drukpers gedachten of gevoelens te openbaren behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Volgens te hulp geroepen staatsrechtgeleerden zou dit artikel een belemmering opwerpen tegen een voorafgaande controle op een fusie van persondernemingen. Slechts mogelijk zou zijn een bij formele wet te bepalen percentage marktaandeel dat door een fusie niet zou mogen worden overschreden. Andere geleerden zagen echter géén grondwettelijk probleem, mits de fusietoetsing zich maar niet met de inhoud van de betrokken persorganen bezig hield, maar zich beperkte tot economische criteria als marktaandeel en economische machtspositie.³⁴ De regering wist de NDP (De Nederlandse Dagbladpers) in 1993 echter zo ver te krijgen dat deze vereniging van dagbladuitgevers zelf een code opstelde waaraan men zich zou houden bij eventuele fusies. Zij zullen geen fusies tot stand brengen indien daardoor een marktaandeel wordt verkregen dat groter is dan eenderde van de totale oplage van de dagbladen. Als zij daarop een uitzondering wensen te maken, dan kan die onder strikte voorwaarden door een daartoe ingestelde commissie worden gegeven. Per 1 januari j.l. is echter de Mededingingswet van kracht geworden en die wet bevat een voorafgaande fusiecontrole, ook voor persondernemingen! De regeling geldt voor concentraties waarbij de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen méér bedraagt dan 250 miljoen gulden, waarvan ieder tenminste 30 miljoen in Nederland heeft omgezet. De vergunning die dan nodig is, kan door de NMa worden geweigerd als er als gevolg van de concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die de mededinging significant kan belemmeren. Bij de parlementaire behandeling van deze wet is er over de mogelijke constitutionele belemmeringen bij fusies van persondernemingen nauwelijks gesproken. In

³³ Zie hierover A.J. Nieuwenhuis, *Persvrijheid en persbeleid. Een onderzoek naar de verhouding tussen het recht op persvrijheid en overheidsmaatregelen tegen persconcentratie*. Amsterdam: Cramwinckel 1991.

³⁴ Bedrijfsfonds voor de Pers, *Toetsing van persfusies. De wenselijkheid en de mogelijkheden van wettelijke regelingen inzake persconcentratie*, 's-Gravenhage: Bedrijfsfonds voor de pers 1988; G.A.I. Schuijt, 'Grenzen en mogelijkheden van een persfusiecontroleregeling', in: Bijlage bij *Toetsing van persfusies. Rapport van het Bedrijfsfonds voor de pers over de wenselijkheid en mogelijkheden van wettelijke regelingen inzake persconcentratie*, 's-Gravenhage: Bedrijfsfonds voor de pers 1988, p.39-68.; J.M. de Meij, 'Persfusies en persvrijheid', *NJB* 1989, p. 177-182; A.J. Nieuwenhuis, *Persvrijheid en persbeleid. Een onderzoek naar de verhouding tussen het recht op persvrijheid en overheidsmaatregelen tegen persconcentratie*, Amsterdam: Cramwinckel 1991.

elk geval zag de wetgever – anders dan de minister enkele jaren eerder – géén strijd met de grondwet omdat uitsluitend economische criteria worden gehanteerd. Daarmee is eigenlijk ook de ratio voor de fusiecode van de dagbladondernemers komen te vervallen.

Internet

De elektronische snelweg komt uiteraard ook langs Nederland. Voorzover het internet private communicatie mogelijk maakt, kan het in deze mediarechtelijke beschouwing achterwege blijven. Daarom laat ik buiten beschouwing de niet erg geslaagde poging van de wetgever om artikel 13 van de Grondwet inzake het brief- en telefoon- en telegraafgeheim te wijzigen in die zin dat het minder techniek-gebonden zou worden. De poging was in die zin weinig gelukkig omdat de wetgever en passant het e-mailgeheim op de tocht zette.³⁵ Voor de openbare communicatie via het internet is ons artikel 7 van de grondwet van belang. Daar is de vrijheid van meningsuiting ook techniek-gebonden. Voor de vrijheid van meningsuiting gelden telkens andere regimens voor resp. pers en omroep en ‘andere middelen’. Dat wreekt zich als het gaat om de vrijheid van meningsuiting op het internet. Wat betreft wetgeving is er overigens nog niet zoveel te melden. De regering heeft in een zeer uitvoerige nota geschetst wat er de komende jaren op wetgevingsgebied moet gebeuren als gevolg van de informatietechnologische ontwikkelingen en daarmee een soort actieprogramma neergelegd.³⁶ Er circuleert een voorontwerp van Wet-Computercriminaliteit II, waarin regels voor de strafvordering aan het internetverkeer worden aangepast: huiszoeking, inbeslagneming, ontsleuteling e.d.. Ook wordt voorgesteld bij uitingsdelicten de vervolgingsuitsluitingsgrond voor drukkers en uitgevers (mits de dader bekend is e.d.) uit te breiden tot een vervolgingsuitsluitingsgrond voor ‘tussenpersonen’, waarmee ook bijvoorbeeld internetproviders onder bepaalde voorwaarden deze bescherming kunnen genieten. Die tussenpersonen zouden, net als de uitgevers en drukkers, die bescherming moeten krijgen om hen niet tot censuur te dwingen uit angst voor mede-aansprakelijkheid.³⁷ Het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, is wellicht nog belangrijker dan het actieprogramma voor de wetgeving. In *Staat zonder land* worden de bestuurlijke gevolgen van de informatie- en communicatietechnologie verkend.³⁸ De raad kiest voor een open benadering, niet een defensieve. Het ligt voor de hand dat interstatelijke samenwerking het handelingsvermogen van de nationale staten moet versterken en dat dat ten koste zal gaan van de nationale autonomie. Dat is een van de conclusies van de raad. Melding verdient dat in 1995 een nationaal programma voor Informatietechnologie en recht (IteR) van start is gegaan. In dat kader zijn al tal van onderzoeksresultaten in de IteR-reeks gepubliceerd.³⁹

³⁵ Zie daarover E.J. Dommering, 'Geen telefoongeheim op de elektronische snelweg', *Mediaforum* 1997-10, p. 142-144 en N.A.N.M. van Van Eijk, '(G)een recht op vertrouwelijke communicatie. Fax en e-mail vogelvrij?', *NJB* 1998-23, p. 1554-1555; A.J. Nieuwenhuis, 'Vertrouwde en virtuele bescherming', *NJCM-Bulletin* 1998-4, p. 423-437.

³⁶ *Wetgeving voor de elektronische snelweg; Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nr. 1 en 2.

³⁷ Zie hierover G.A.I. Schuijt, 'Wet computercriminaliteit II. Van uitgever en drukker naar tussenpersoon', *Mediaforum* 1998-3, p. 70-75 en Th.A. de Roos, 'Het concept-wetsvoorstel computercriminaliteit II', *Computerrecht* 1998-2, p. 55-58; Th.A. de Roos, G.A.I. Schuijt & L. Wissink, 'Smaad, laster, discriminatie en porno op het Internet' in: I. van den Berg & A. Schmidt, *IteR* nr. 3, Alphen aan de Rijn: Samson p. 81-242; Y. Buruma, 'Internet en strafrecht', in: *Recht en Internet. Preadviezen Nederlandse Juristenvereniging* 1998, Zwolle: Tjeenk Willink 1998, p. 119-195.

³⁸ *Staat zonder land. Een verkenning van bestuurlijke gevolgen van informatie- en communicatietechnologie*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1998.

³⁹ De IteR-reeks wordt uitgegeven door Samson in Alphen aan de Rijn; informatie over het IteR: Postbus 93120, 2509 AC Den Haag; tel. 070-3440650.

Ook rechtspraak heeft het Internet reeds opgeleverd. In de Scientology-zaak besliste de rechter dat op de internetprovider met betrekking tot een auteursrechtinbreuk geen vergewissingsplicht berust. Wél kan hij, attent gemaakt, op een inbreuk, gedwongen worden mee te werken aan beëindiging ervan.⁴⁰ Enkele freelance medewerkers van De Volkskrant vochten het hergebruik van hun bijdragen op het internet aan. De krant had die bijdragen daarvoor gebruikt zonder hun toestemming en zonder extra vergoeding. Auteursrechtinbreuk, besliste de rechter, maar er is hoger beroep ingesteld.⁴¹ Gecompliceerder – in verband met het in Nederland geldende *werkgeversauteursrecht* – is het geschil tussen de journalistenorganisatie (NVJ) en de dagbladuitgevers. Ook dat conflict gaat over het hergebruik van journalistieke producten op bijvoorbeeld websites van de kranten. Ook daar ging de vraag of hier sprake is van een nieuw gebruik of niet. Is het nieuw gebruik dan zouden de journalisten – op grond van afspraken in de collectieve arbeidsovereenkomst – recht hebben op een extra vergoeding.⁴² Deze zaak is door onderhandelingen tot een voorlopig akkoord gekomen.

Aantasting eer en goede naam en privacy

Schending van de privacy en aantasting van de eer en goede naam door de media wordt in Nederland meestal civielrechtelijk aangepakt, langs de weg van de onrechtmatige daad, met – tot de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 – als species de belediging. Voor de strafrechtelijke belediging is het nodig het opzet van de dader aan te tonen en dat is veelal niet gemakkelijk. Ook overigens geeft men de voorkeur aan de civielrechtelijke benadering. In een kort geding procedure kan men op korte termijn een rectificatie afdwingen, een verbod van herhaling en een voorschot op de schadevergoeding. Tot voor kort werd de rechtspraak getoonzet door een standaardarrest van de Hoge Raad van 1983. Het gaat in dit soort geschillen, aldus de Hoge Raad in dat arrest, om twee hoogwaardige maatschappelijke belangen, te weten aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publicaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen en aan de andere kant het belang dat misstanden worden gesignaleerd. Welk belang de doorslag geeft hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de ernst van de beschuldiging, de gevolgen ervan, de mate waarin de beschuldiging stoelt op feiten, de inkleding van de publicatie en dergelijke⁴³. Anders dan in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens was de uitingsvrijheid in de rechtspraak die op dit arrest terugviel meestal niet expliciet een zwaarwegende factor bij de beoordeling van de vraag of een publicatie geoorloofd is. Toetsing aan artikel 10 EVRM werd óf achterwege gelaten óf vond uiterst summier plaats in die zin dat volstaan werd met de constatering dat de beperking van de uitingsvrijheid was voorzien bij wet. De Hoge Raad hield het er op dat onze wetten simpel in overeenstemming zijn met het verdrag. Daarbij werd uit het oog verloren dat een op zichzelf niet in strijd met art. 10 EVRM zijnde wettelijke bepaling volgens artikel 94 van onze Grondwet in een concreet geval buiten toepassing dient te blijven indien die toepassing leidt tot strijdigheid met artikel 10 lid 2. Dat wil zeggen, dat ook getoetst moet worden of de beperking van de uitingsvrijheid noodzakelijk is in een democratische samenleving ter bescherming van een van de in lid 2 genoemde belangen, waaronder ‘de rechten van anderen’. Langzaam maar zeker zijn er in de jurisprudentie van de Hoge Raad meer verwijzingen naar het grondrecht vrijheid van meningsuiting te bespeuren. In het arrest-kinderen De Bourbon

⁴⁰ Pres. Rb. Amsterdam 21 maart 1998, *Mediaforum* 1996-4, p. B59-B61.

⁴¹ Rb. Amsterdam 24 september 1997, *Mediaforum* 1997-11/12, p. B159-B161.

⁴² Vgl. Tribunal de Première Instance de Bruxelles 16 octobre 1996.

⁴³ HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801.

Parma werd een beroep op de vrijheid van meningsuiting verworpen, omdat deze de inbreuk op de privacy, waarover de kinderen van prinses Irene klaagden, niet rechtvaardigde.⁴⁴ In het Ferdi-E-arrest van 1994 – waar het ging om de publicatie in Panorama van een portret van de ontvoerder en moordenaar van Gerrit Jan Heyn – stelde de Hoge Raad expliciet dat het gaat om twee fundamentele vrijheden, die zowel voor de ontplooiing van het individu als voor een democratische samenleving als zodanig wezenlijk zijn. Er bestaat echter geen grond tussen deze beide een rangorde te aanvaarden. Bij de vraag welke van deze vrijheden in een concreet geval de voorrang toekomt, moeten alle omstandigheden van het geval in de beoordeling worden getrokken. Daarbij verwijst de Hoge Raad expliciet naar het genoemde arrest van 1983 dat hij daarmee met terugwerkende kracht in de sfeer van een conflict van grondrechten haalt.⁴⁵

Noodzakelijkheidstoets ex artikel 10 lid 2 EVRM

Kort na het Ferdi-E-arrest zien wij een eerste – nogal impliciete – toets aan artikel 10 lid 2. Volgens de Hoge Raad was het Hof er in de Railszaak klaarblijkelijk en terecht van uitgegaan dat de vordering tot rectificatie beoordeeld moest worden in het kader van dat artikel. Toewijzing van de rectificatie zou immers moeten worden aangemerkt als een sanctie als bedoeld in het tweede lid.⁴⁶ Begin 1995 moest de Hoge Raad oordelen over het arrest van het Hof Amsterdam in de zaak van de cineast Van Gasteren tegen Het Parool. Die krant had het verzetsverleden waarop de cineast zich had beroepen in twijfel getrokken. De moord op een joodse onderduiker was volgens de krant eerder een ordinaire roofmoord dan een verzetsdaad. Dat werd door het Hof onrechtmatig bevonden omdat de bewering van Het Parool op onvoldoende feitenmateriaal steunde en Het Parool was tot schadevergoeding veroordeeld. De Hoge Raad stelde nu, dat de belangenafweging die overeenkomstig het arrest van 1983 plaats heeft te vinden, tot doel heeft vast te stellen of de beperking van de uitingsvrijheid – in casu de veroordeling tot schadevergoeding – ‘voorzien is bij wet’, te weten artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek, de onrechtmatige daad. Daarmee is de rechter echter niet klaar. Resteert, aldus de Hoge Raad, de vraag of voldaan is aan het vereiste dat toewijzing van het gevorderde in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bescherming van de – in casu – de rechten van een ander⁴⁷. De Hoge Raad behandelt die noodzakelijkheidstoets als een rechtsvraag, maar kan er dan niet onderuit ook zélf naar de omstandigheden van het geval te kijken, iets wat hij in het geval van de belangenafweging aan het oordeel van de feitenrechter overlaat. Een belangwekkend arrest omdat de Hoge Raad de wat civilistische benadering van het arrest van 1983 weet te combineren met een constitutionele en verdragsrechtelijke benadering van de uitingsvrijheid en nu ook even stelselmatig te werk gaat als het Hof in Straatsburg: is er een beperking van de uitingsvrijheid? Is die beperking voorzien bij wet? Welk in artikel 10 lid 2 genoemd belang is gediend met de beperking? Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving?

De vrijheid van het politieke debat

Geheel in lijn met de rechtspraak van het EHRM noemde de Hoge Raad in een geschil tussen een politieke partij, het Patriottisch-Democratisch Appel, en een criticus die de partij van racisme had beticht, expliciet het door artikel 10 beschermde belang van een open politieke

⁴⁴ HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361.

⁴⁵ HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473.

⁴⁶ HR 21 oktober 1993, NJ 1994, 346.

⁴⁷ HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 m.nt. E.J. Dommering; zie ook G.A.I. Schuijt, 'Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?', *Informatierecht/AMI* 1996-2, p. 23-30.

discussie over politieke aangelegenheden. Daarin moeten de grenzen van een aanvaardbare kritiek zowel ten aanzien van de inhoud als ten aanzien van de vorm ruimer worden gesteld.⁴⁸ Geheel volgens *Lingens* vervolgde de Hoge Raad: het antwoord op de vraag of het openbaar maken van een negatief waarde-oordeel onrechtmatig is, kan niet afhankelijk worden gemaakt van een oordeel over de juistheid van dat waarde-oordeel.

De zaak Bluf!

Als de nationale rechter de stelselmatige toets aan artikel 10 lid 2 niet maakt, dan loopt hij kans in Straatsburg op de vingers te worden getikt. Dat overkwam Nederland met betrekking tot de inbeslagneming en onttrekking aan het verkeer van de oplage van het krakersblad *Bluf!*. Dat blad zou – overigens nogal gedateerde – geheimen van de BVD, de Binnenlandse Veiligheids Dienst gaan publiceren. De zaak was in Nederland tot twee maal toe aan de Hoge Raad voorgelegd en telkens had de Hoge Raad volstaan met de constatering dat de inbeslagneming, resp. de onttrekking aan het verkeer berustten op bepalingen in het Wetboek van Strafvordering en dus waren ‘voorzien bij wet’, maar zonder expliciet de noodzakelijkheidstoets toe te passen op deze concrete inbeslagneming, resp. onttrekking. Het Hof in Straatsburg vond het een schending van artikel 10. Het Hof overwoog – vergelijk met de Spycatcherzaak – dat het moeilijk te verdedigen is een blad aan het verkeer onttrokken te houden terwijl een nieuwe oplage een dag na de inbeslagneming vrijelijk in Amsterdam te verkrijgen was geweest. Bovendien ging het om gedateerde geheimen, waarvan het geheime karakter betrekkelijk was.⁴⁹ Het was de eerste keer dat een klacht tegen Nederland wegens schending van artikel 10 terecht werd bevonden.

Bronbescherming van journalisten

Het brongeheim van journalisten was in Nederland niet beschermd. In 1977 had de Hoge Raad beslist dat de stelling dat de journalist een verschoningsrecht toekomt ‘in haar algemeenheid’ niet kan worden aanvaard.⁵⁰ Kort na het Goodwin-arrest van het EHRM in 1996 kreeg de Hoge Raad kans zijn eigen rechtspraak daaraan aan te passen. Het Hof in Straatsburg noemt bescherming van de bronnen essentieel voor de pers. Het stelt haar in staat haar belangrijke functie van publieke waakhond in een democratische samenleving te vervullen. Zonder deze bescherming zouden bronnen minder geneigd zijn informatie te verstrekken aan journalisten en zou het publiek verstoken blijven van informatie over zaken van publiek belang. Een journalist dwingen zijn bron te onthullen is niet te verenigen met de in artikel 10 EVRM gegarandeerde uitingsvrijheid, tenzij het is gerechtvaardigd door een zwaarwegende eis van algemeen belang.⁵¹ Twee maanden later moest de Hoge Raad oordelen over de weigering van twee journalisten van De Limburger om hun bronnen te noemen. De Hoge Raad, die niet graag ‘om’ gaat, deed niet moeilijk: het arrest van het EHRM heeft ten gevolge dat de Hoge Raad moet terugkomen van de in zijn arrest van 11 november 1977 neergelegde opvatting.⁵² Dit arrest van de Hoge Raad maakte het wetsontwerp-Jurgens tot

⁴⁸ HR 13 juni 1997, NJ 1998, 361 m. nt. E.J. Dommering.

⁴⁹ EHRM 9 februari 1995, *Mediaforum* 1995-3, p. B31-B34; ook in *NJCM-Bulletin* 1995-4, p. 480-487 m.nt. J.M. de Meij.

⁵⁰ HR 11 november 1977, NJ 1978, 399.

⁵¹ EHRM 27 maart 1996, *Mediaforum* 1996-5, p. B69-B76; ook NJ 1996, 577 m.nt. E.J. Dommering; het arrest-Goodwin is ook besproken door W.F. Korthals Altes in *Mediaforum* 1996-5, p. 73-73; G.A.I. Schuijt in *NJCM-Bulletin* 1996-5, p. 693-695 en p. 735-737; G.R. Rutgers in *Ars Aequi* 1996-11, p. 696-703 en C. Záborscki-Van Boxtel in *NTBR* 1996-9, p. 244-246. zie ook EHRM 24 februari 1997, *Mediaforum* 1997-4, p. B45-B76 (De Haes & Geijsels vs. België).

⁵² HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 m. nt. E.J. Dommering

invoering van ‘een journalistiek privilege’ overbodig. Het Tweede Kamerlid Jurgens had dat voorstel ingediend om de bronbescherming van journalisten wettelijk te regelen en ook om journalisten en redacties te beschermen tegen huiszoeking en inbeslagneming van journalistiek materiaal. Niet alleen kunnen door dat materiaal bronnen onthuld worden, ook willen politie en justitie dat materiaal nogal eens gebruiken bij de opsporing van strafbare feiten, zoals beeldmateriaal van rellen. Het wetsontwerp lag op de mondelinge behandeling te wachten, maar Jurgens was geen kamerlid meer en degene die de verdediging van hem zou overnemen, Maarten van Traa, was belast met het voorzitterschap van de parlementaire enquetecommissie opsporingsmethoden (en later verongelukte hij). Het wetsontwerp is m.i. overbodig geworden door de rechtspraak van het EHRM in de zaken *Bluf!* en *Goodwin*, alsmede door de wijze waarop de Hoge Raad het *Goodwin*-arrest heeft gevolgd en ook in andere zaken de toets aan artikel 10 lid 2 heeft ontdekt.

Reclamerecht

Wat in België vooral recht met betrekking tot de handelspubliciteit heette, wordt in Nederland en tegenwoordig ook in België ‘reclamerecht’ genoemd. Ik zal daar thans heel kort over zijn. Ten eerste is deze bijdrage al erg lang aan het worden. Ten tweede zijn de nieuwe ontwikkelingen op het gebied van het reclamerecht een uitvloeisel van ontwikkelingen op Europees niveau die ook in België als bekend mogen worden verondersteld. Ik bedoel de aanpassingen aan de Televisierichtlijn en aan de gewijzigde televisierichtlijn, de wijziging van de Richtlijn misleidende reclame in een richtlijn misleidende en vergelijkende reclame, de mogelijke komst van een verbod op tabaksreclame e.d. Ten derde zijn er geen belangwekkende nieuwe ontwikkelingen te signaleren in de rechtspraak met betrekking tot de reclame-uitingen. Ik doel daarmee op de rechtspraak van de burgerlijke rechter (in het bijzonder terzake van misleidende en vergelijkende reclame en ongeoorloofde mededinging in het algemeen), het toezicht van het Commissariaat voor de Media op de reclame-uitingen en ongeoorloofde sponsoring in de programma’s van de publieke omroep en de binnenlandse commerciële omroep en tenslotte in de ‘rechtspraak’ van het zelfreguleringsorgaan de Reclame Code Commissie.⁵³

Wél verdient vermelding een arrest van de Hoge Raad inzake het gebruik van portretten in reclame-uitingen. Aanleiding was een foto van een danser die gebruikt werd in een reclame in de *Gay*-krant. De danser vond dat hij daardoor ten onrechte werd geassocieerd met de homo-beweging. De Hoge Raad stelde dat artikel 21 van de Auteurswet (het portretrecht-artikel) meebrengt dat de geportretteerde in beginsel steeds een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen het gebruik van zijn portret als ondersteuning van een commerciële reclame-uiting. De opname van een portret in een reclame-uiting voor een product of dienst heeft immers tot gevolg dat de geportretteerde door het publiek geassocieerd zal worden met dat product of die dienst. Het publiek zal er in het algemeen van uit gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn geschied zonder toestemming van de geportretteerde en zal de opname van diens portret in de reclame-uiting opvatten als een blijk van zijn publieke ondersteuning van dat product.⁵⁴

Literatuur

⁵³ Belangstellenden verwijs ik naar de jaarlijkse kroniek van het reclamerecht van J.J.C. Kabel in de kroniek ‘Van de brug af gezien’ in het blad *IER* (een tijdschrift voor intellectuele eigendom en reclamerecht) en speciaal voor het toezicht op de omroep verwijs ik naar de jaarboeken *Omroep en commercie* (onder redactie van J.J.C. Kabel en M. Dellebeke), uitgegeven bij Cramwinckel in Amsterdam. Zie ook M. Dellebeke & A. Kramer, *Juridische aspecten sponsoring*, Alphen aan de Rijn: Samson 1997.

⁵⁴ HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661; ook in *Informatierecht/AMI* 1997-7, p. 143-145 m.nt. G.A.I. Schuijt.

Er is de afgelopen jaren een aantal belangrijke boeken verschenen op het gebied van het mediarecht, dan wel boeken die van groot belang zijn voor het mediarecht. Zonder aanspraak op volledigheid vermeld ik de volgende dissertaties (met tussen haakjes de universiteit waar het proefschrift werd verdedigd): J. van den Beukel, *Toegang tot de televisiemarkt* (Universiteit van Amsterdam), Deventer: Kluwer 1995; J.C.S. Pinckaers, *From privacy toward a new intellectual property right in persona* (Universiteit van Amsterdam), Den Haag: Kluwer Law International 1996; L. Tomesen, *Inbeslagneming en vrijheid van meningsuiting* (Universiteit van Maastricht) Arnhem: Gouda Quint 1996; L.W.M. Wopereis, *De grondslagen en grenzen van overheidsvoorlichting* (Universiteit van Amsterdam), Den Haag: Sdu 1996; J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens* (Rijksuniversiteit Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1996; C.J. Staal, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens* (Universiteit van Maastricht), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996; M. Wagenaar, *De Rijksvoorlichtingsdienst. Geheimhouden, toedekken en openbaren* (Rijksuniversiteit Leiden), Den Haag: Sdu 1997; T.E. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika* (Vrije Universiteit Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997; J.F. Haeck, *Idee en programmaformule in het auteursrecht* (Universiteit van Amsterdam), Deventer: Kluwer 1998; A.L.J. Janssens, *Strafbare belediging* (Rijksuniversiteit Groningen), Amsterdam: Thela Thesis 1998.

Naast de reeds in voetnoten vermelde boeken signaleer ik nog:

J.M. de Meij, *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinckel 1996 (2^e druk); J.W. Kalkman, A.W. Hins & E.C.M. Jurgens, *Communicatie en informatie in de digitale tijdperk*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996; G.A.I. Schuijt & d. Voorhoof (red.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent: Academia Press 1995; A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de uitingsvrijheid. Een rechtsvergelijkende analyse van de regelgeving ten aanzien van pornografie en racistische uitlatingen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997; J.J.C. Kabel, *Communicatie en commercie. Grenzen aan de uitbating van publiek bekostigde informatievoorziening*, (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1997; *Rechtspraak media- en informatierecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

Tijdschriftartikelen vermeld ik hier niet. Voor andere artikelen dan vermeld in de voetnoten verwijst daarvoor naar de tijdschriften *Mediaforum*, *IER*, *Computerrecht* en *Informatierecht/AMI*.

(afgesloten mei 1998)

Prof. mr. G.A.I. Schuijt (59) is hoofddocent aan het Instituut voor Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam en bijzonder hoogleraar pers-, omroep- en telecommunicatierecht aan de Rijksuniversiteit Leiden. Meer informatie: <http://www.ivir.nl>.