

**Kroniek van het Nederlandse mediarecht 2001-2006**  
Verschenen in *Auteurs & Media*, 2006-3, p. 238-256.

G.A.I. Schuijt\*

De jaren waarover deze nieuwe kroniek verslag doet, vormden in Nederland een uitermate heftig begin van de nieuwe eeuw. De aanslag op de Twin Towers in New York op 11 september 2001 had ook in ons land een verscherpte terrorismebestrijding tot gevolg. Pim Fortuyn kreeg in de aanloop naar de parlementsverkiezingen in 2002 een, voor een nieuwkomer in de politiek, ongekende aanhang wat hij met de dood moest bekopen. De moord op hem enkele dagen vóór die verkiezingen schokte de samenleving in al zijn voegen. Twee jaar later, op 2 november 2004, werd de cineast en publicist Theo van Gogh op gruwelijke wijze vermoord door een islamitische fanaticus. Op de dode had hij een brief met ernstige bedreigingen aan het adres van het Tweede-Kamerlid Ayaan Hirsi Ali achtergelaten. Ook het Tweede-Kamerlid Geert Wilders werd met de dood bedreigd.

De terrorismebestrijding had nieuwe (straf)wetgeving tot gevolg, waarmee aloude strafrechtelijke beginselen soms overboord gegoooid lijken te worden. Daarvoor verwijs ik naar de strafrechtchronieken.<sup>1</sup> Maar in voorbereiding is ook een wet waarin het vergoelijken of verheerlijken van terreurdaden strafbaar wordt gesteld. Dat staat op gespannen voet met de vrijheid van meningsuiting, want waar houdt het verklaren op en waar begint het strafbare vergoelijken of verheerlijken, nog afgezien van de vraag of dergelijke ingrepen in de vrijheid van meningsuiting wel noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.<sup>2</sup> Per slot pleegt het EHRM de grens te leggen bij het aanzetten tot haat en geweld.<sup>3</sup>

De moord op Fortuyn werd door zijn aanhangers toegeschreven aan demonisering door andere politici en door commentaarschrijvers en columnisten in de media. Zij vergaten dat Fortuyn zelf ook geen lieverdje was geweest in het politieke debat. Het Openbaar Ministerie weigerde in te gaan op het verzoek van zijn aanhangers om drie politici, drie journalisten en de redactie van NRC Handelsblad te vervolgen terzake van het aanzetten tot haat jegens personen wegens hun politieke overtuiging.<sup>4</sup> Het is eigenlijk tragisch dat deze aanhangers namens Fortuyn, die er prat op ging te zeggen wat hij dacht, zo verwoed de vrijheid van anderen bestreden. Het Hof Den Haag stelde echter het Openbaar Ministerie in het gelijk. Vervolgging zou kansloos zijn.<sup>5</sup>

De moord op Theo van Gogh was ingegeven door de film *Submission*, die hij samen met Ayaan Hirsi Ali had gemaakt. Daarin worden vrouwenonderdrukking en vrouwenmishandeling in de islam op harde wijze (koranteksten op een naakt vrouwenlichaam) aan de kaak gesteld. Ook in zijn columns had Van Gogh bij herhaling fel en sarcastisch uitgepakt tegen islamitische 'geiteneukers'. De moord op hem en de bedreigingen aan de kamerleden Hirsi Ali en Wilders werden dan ook terecht gezien als een aanslag op de vrijheid van meningsuiting, maar bij anderen riep het de vraag op of Hirsi Ali en Van Gogh er wel verstandig aan hadden gedaan hun mening op deze harde wijze kenbaar te maken, zo hun al niet verweten werd een grens te hebben overschreden.<sup>6</sup> Zo werd enkele jaren later,

---

\* Em. prof. mr. G.A.I. Schuijt was tot 2004 hoofddocent aan het Instituut voor Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam en bijzonder hoogleraar pers-, omroep- en telecommunicatierecht aan de Universiteit Leiden. Zie ook G.A.I. Schuijt, 'Kroniek van het Nederlandse mediarecht 1995-1998', *A&M* 1998-3, p. 213-223 en 'Kroniek van het Nederlandse mediarecht 1998-2001', *A&M* 2001-3, p. 337-352.

<sup>1</sup> Maar zie ook de veroordeling van leden van de zogenaamde Hofstadgroep voor o.m. het voorhanden hebben en verspreiden van bepaalde geschriften, Rb. Rotterdam 10 maart 2006, *LJN* AV5108 en het commentaar van J.A. Peters, 'Hofstadvonnis tast vrije meningsuiting aan', *De Volkskrant* 16 maart 2006, p. 10.

<sup>2</sup> *NJB* 2005-28, p. 1494; E.J. Dommering, 'Strafbare verheerlijking', *NJB* 2005-32, p. 1639-1696.

<sup>3</sup> Zie D. Voorhoof, 'Het Europese First Amendment. De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM, september 1999-december 2003 (deel 2)', *Mediaforum* 2004-6, p. 207.

<sup>4</sup> G. Spong & O. Hammerstein, 'Vervolg ze tot in de hel'. *De haat-zaai aangifte van Fortuyn*, Amsterdam: Balans 2003; zie ook Y. Buruma, 'Over haat zaaien en stemmen oogsten', *NJB* 2003-21, p. 1024.

<sup>5</sup> Hof Den Haag 19 mei 2003, *Mediaforum* 2003-7/8, nr. 35.

<sup>6</sup> En fijntjes werd eraan herinnerd dat Theo van Gogh eerder wegens beledigende uitlatingen jegens joden tot in hoogste instantie veroordeeld was: HR 11 februari 1986, *NJ* 1986, 689 en HR 11 december 1990, *NJ* 1991, 313; bij dit laatste arrest geeft de A-G Leyten in zijn conclusie een overzicht van de rechtsgang.

begin 2006, in de discussie over de Deense Mohammed-cartoons ook veelal impliciet een oordeel uitgesproken over de cartoons zelf. Degenen die vonden dat we pal moesten staan voor de vrijheid van meningsuiting bedoelden eigenlijk te zeggen, dat dergelijke tekeningen niet de grens van het toelaatbare konden hebben overschreden, terwijl degenen die zeiden dat de vrijheid van meningsuiting een groot goed is, maar dat er ‘grenzen zijn aan de vrijheid van meningsuiting’ – wat uiteraard juist was - impliciet leken te zeggen dat de cartoons beledigend waren voor een bevolkingsgroep.<sup>7</sup>

Ondertussen probeerde een advocaat namens enkele islamitische Nederlanders dat de rechter Hirsi Ali zou verbieden een *Submission II* te maken (waaraan nog geen enkel begin van uitvoering was gegeven en waar zij nog slechts over gesproken had). Terecht wees de rechter de eis af wegens het grondwettelijke verbod van een ‘voorafgaand verlot’.<sup>8</sup> Over de cartoons werd vooralsnog geen rechterlijk oordeel uitgelokt. In verband met deze botsing van enerzijds vrijheid van meningsuiting en anderzijds de vrijheid van godsdienst is het debat over de nota van minister De Graaf ‘Grondrechten in een pluriforme samenleving’ van april 2004 zeker nog niet uitgewoed.<sup>9</sup>

De verkiezingen in 2002 betekenden het einde van de paarse coalitie van PvdA (sociaal-democraten) en VVD (liberalen) onder leiding van premier Wim Kok. Een rechts kabinet van CDA (christen-democraten), VVD en de Lijst Pim Fortuyn (LFP) onder premier Jan Peter Balkenende hield het evenwel niet lang uit. Niemand weet of het anders zou zijn gegaan met een nog levende Fortuyn, maar nu bleek de LFP een instabiele partner. Na nieuwe verkiezingen in 2003 leek het er even op dat de PvdA terug in de regering zou komen, maar het werd een kabinet Balkenende II, een coalitie van CDA, VVD en D’66. De laatste partij leverde de staatssecretaris voor mediabeleid, mevrouw Medy van der Laan.

Dat brengt ons bij het eigenlijke onderwerp van deze kroniek.

### **Voorlopig geen grondwetswijziging**

Het in mei 2000 gepubliceerde rapport ‘Grondrechten in het digitale tijdperk’ van de staatscommissie onder voorzitterschap van de Leidse hoogleraar H. Franken, heeft vooralsnog niet geleid tot concreet ingediende wetsvoorstellen tot wijziging van de grondwet. De commissie had wijzigingen voorgesteld van de artikelen 7 (vrijheid van meningsuiting), 10 (privacybescherming) en 13 (communicatiegeheim) en een nieuw artikel geformuleerd dat de toegang tot overheidsinformatie moest garanderen. Het rapport werd kritisch ontvangen.<sup>10</sup> Het kabinet-Kok II<sup>11</sup> dat zich in grote lijnen kon vinden in de voorstellen zei ernaar te streven dat de eerste lezing van de grondwetswijziging zou worden afgerond vóór de verkiezingen van de Tweede Kamer in het voorjaar van 2002.<sup>12</sup> Nadat het kabinet voortvarend maar liefst meer dan tweehonderd vragen vanuit de Tweede Kamer schriftelijk had beantwoord<sup>13</sup> deelde het medio 2001 mee, dat de ministerraad akkoord was gegaan met een viertal wetsvoorstellen tot wijziging van de grondwet.

Toen volgde er een grote stilte, tot 2004. In dat jaar besloot het kabinet-Balkenende-II op grond van nadere rapportages, onder meer van de Raad van State, de voorstellen niet in te dienen. Wel

---

<sup>7</sup> E.J. Dommering expliciteert dit wel: ‘De Deense beeldenstorm’ *NJB* 2006-11, p. 634-638; zie ook A.J. Nieuwenhuis, ‘Vrijheid van meningsuiting en strafrecht in het derde millennium’, *Mediaforum* 2006-4, p. p. 96-99.

<sup>8</sup> V.zr. Rb. Den Haag 15 maart 2005, *Mediaforum* 2005-4, nr. 15.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 614 nr. 1 e.v.

<sup>10</sup> Het rapport en de bijlagen zijn te bestellen bij het ministerie van Binnenlandse Zaken tel. 070-4266038; [www.minbzk.nl/gdt](http://www.minbzk.nl/gdt). Voor de kritische besprekingen zie de vorige kroniek: *A&M* 2001-3, p. 337-352, in het bijzonder p. 337-338.

<sup>11</sup> In Nederland spreken we van ‘regering’ als het gaat om de koning samen met minister(s) en van ‘kabinet’ als het alleen gaat om de ministerraad (= ministers en staatssecretarissen); wetsvoorstellen worden ingediend door de regering, beleidsvoornemens, die (nog) niet in een wetsvoorstel zijn vervat, worden door het kabinet geformuleerd.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27460, nr. 1; een grondwetswijziging komt in Nederland pas tot stand nadat de Eerste en Tweede Kamer na verkiezingen ook ‘in tweede lezing’ akkoord zijn gegaan.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II* 2000/2001, 27460 nr. 2.

deelde het mee, dat nieuwe voorstellen zouden worden voorbereid en hoewel men beweert nog deze kabinetsperiode (tot mei 2007!) voorstellen te willen indienen, hebben we nog niets gezien.<sup>14</sup>

Bij het wetsvoorstel voor een nieuw grondrecht inzake toegang tot en toegankelijkheid van overheidsinformatie was nog geen nader rapport vastgesteld. Dat beloofde het kabinet alsnog te doen na de evaluatie van de Wet openbaarheid van bestuur. In het kader van die evaluatie verscheen een rapport van de Tilburgse universiteit.<sup>15</sup> Ook de Leidse dissertatie van Daalder in 2005 en een nota 'Open de oesters' van het Tweede-Kamerlid Duyvendak mogen niet onvermeld blijven als we het hebben over openbaarheid van bestuur.<sup>16</sup> Voorstellen worden niet eerder dan in de tweede helft van 2006 verwacht. Ondertussen is de Wet Openbaarheid van Bestuur in januari 2006 wél aangevuld met een hoofdstuk over hergebruik van overheidsinformatie. De wetgever heeft ervoor gekozen uitsluitend de Europese richtlijn te implementeren en geen eigen keuzes te maken.<sup>17</sup>

### **De Mediawet: lappen en stutten, pappen en nathouden**

In de vorige kronieken heb ik erop op gewezen dat Nederland er niet in slaagt in de organisatie van de publieke omroep het fundamentele probleem op te lossen, dat particuliere omroepverenigingen geacht worden de publieke omroep te schragen. Die verenigingen hebben ook andere, eigen, belangen en zijn dus alleen maar tot samenwerking te bewegen als dat niet botst met de eigen doelstellingen. Hoe dat probleem wordt aangepakt verschilt ook per kabinet. Een en ander betekent dat de Mediawet voortdurend wordt aangepast om nadere regels te stellen over de organisatie, bevoegdheden, financiering, concessieduur en dergelijke, wat collega Hugenholtz ooit tot de verzuchting bracht: 'Wat vandaag verboden is, is morgen verplicht. En andersom.'

Ook in de periode waarover deze kroniek verslag doet kwam het tot een groot aantal wijzigingen van de Mediawet, die er daardoor niet helderder op wordt.<sup>18</sup> In dit verband is van belang het rapport van de Commissie-Rinnooy Kan, getiteld 'Omzien naar de omroep'. De commissie was op grond van artikel 30c van de Mediawet ingesteld om te beoordelen of de landelijke publieke omroep in de periode september 2000 tot januari 2004 naar behoren heeft gefunctioneerd. Tevens was gevraagd om aanbevelingen te doen voor de periode 2005-2010. Een negatief rapport zou voor omroepverenigingen schadelijk kunnen zijn omdat in de loop van 2005 jaar hun vijfjarige 'erkenning' al dan niet verlengd zou worden. De omroepverenigingen konden echter opgelucht ademhalen. De afzonderlijke omroepen hebben van de commissie allemaal een voldoende gekregen.

Wel had de commissie kritiek op het functioneren van de publieke omroep als geheel. Door betere samenwerking zouden de omroepen op korte termijn moeten zien te komen tot scherper geprofileerde televisienetten en radiozenders. Een wetswijziging was daarvoor niet nodig. Op één punt adviseerde de commissie wel een wetswijziging. De omroepverenigingen hadden het recht elk een lid te benoemen in de Raad van Toezicht van de NOS. De Raad van Bestuur van de NOS wordt echter geacht zonnig met harde hand op te treden tegen de afzonderlijke omroepen. Deze structuur is dan ook wel vergeleken met een situatie waarin stropers zelf toezicht mogen houden op hun boswachter. De commissie-Rinnooy Kan adviseerde de Raad van Toezicht te laten bestaan uit onafhankelijke leden.<sup>19</sup>

Dit advies werd door de wetgever in snel tempo overgenomen. Daardoor werd de positie van de Raad van Bestuur van de NOS met betrekking tot de samenwerking binnen de publieke omroep versterkt. De voorzitters van de omroepverenigingen moeten zich tevreden stellen met een rol als

---

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 27460, nr. 4 en laatstelijk *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300, nr. 35 en 55; de nadere rapporten, adviezen van de Raad van State, oorspronkelijke wetsvoorstellen, bijbehorende memories van toelichting en begeleidende brieven zijn alle te vinden op de website van het Ministerie van Binnenlandse Zaken: [www.minbzk.nl](http://www.minbzk.nl). (Tussen het afsluiten van de kopij en de correcties zijn de verkiezingen vervroegd naar november 2006).

<sup>15</sup> 'Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet Openbaarheid van bestuur'. Het rapport is beschikbaar: [www.minbzk.nl](http://www.minbzk.nl) of [www.rechten.uvt.nl](http://www.rechten.uvt.nl).

<sup>16</sup> E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005; *Kamerstukken II* 2004/05, 30 214, nr. 1 en 2.

<sup>17</sup> Richtlijn 2003/98/EG, *PbEG* L 345; Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 26.

<sup>18</sup> Lees ook de verzuchting van H.C.L. Hobbelen, 'De Hilversumse knoop', *Mediaforum* 2004-1, p. 1.

<sup>19</sup> Het rapport is te vinden op [www.minocw.nl](http://www.minocw.nl).

adviseur in een nieuw gremium, het College van Omroepen.<sup>20</sup> In het overvloedige Hilversumse vergadercircuit kan er nog wel een zijweggetje bij, moet men gedacht hebben.

Ondertussen is de publieke omroep onder leiding van de Raad van Bestuur zelf even voortvarend bezig geweest met het ter hand nemen van de zogenaamde zenderkleuring, die in september 2006 zijn beslag gaat krijgen. Nederland 1 wordt een zogenaamde brede familiezender, Nederland 2 een nieuws- en actualiteitenzender en Nederland 3 gaat zich op de jongere generatie richten. Thans hebben de omroepverenigingen nog hun vaste net, waarop zij hun programma's aanbieden, wat aard en tijdstip betreft gecoördineerd door de NOS. In de nieuwe opzet zijn de omroepverenigingen programma-aanbieders en bepaalt de NOS óók op welk net dat wordt uitgezonden. Uiteraard zijn de omroepverenigingen er tegen vanwege verlies aan herkenbaarheid en zij hebben hun geestverwanten in de Tweede Kamer al weer gevonden, maar vooralsnog worden de plannen doorgezet.

Veel meer voeten in de aarde had een wetsontwerp uit 2003, onder de mooie naam 'Wijziging van de Mediawet met het oog op verbetering van de openheid en continuïteit van de landelijke publieke omroep'. Beoogd werd een correctie op de Concessiewet van drie jaar eerder, waarin was bepaald dat de 'erkende' omroepverenigingen na de concessieperiode alle minstens 300.000 leden moesten hebben om voor een nieuwe erkenning in aanmerking te kunnen komen.<sup>21</sup> Dat dreigde niet door iedereen gehaald te worden, met name niet door BNN, een omroepvereniging die zich vooral op de jeugd richt. Daarom werd voorgesteld een tussencategorie van 150.000 tot 300.000 leden in te voeren. Het wetje kreeg dus al snel de bijnaam 'het BNN-wetje'. Nadat het voorstel door de Tweede Kamer was aangenomen, stuitte het in mei 2004 op de Senaat (Eerste Kamer), die niet gecharmeerd was van dit stukje gelegenheidswetgeving. De Senaat heeft in Nederland geen recht van amendement. De staatssecretaris wist uitstel te bedingen in afwachting van het kabinetsstandpunt over de toekomst van de publieke omroep naar aanleiding van het rapport van bovengenoemde commissie-Rinnooy Kan.

Het kabinet bepaalde dat standpunt in juni 2004.<sup>22</sup> Het had overigens slechts betrekking op de toekomst van de publieke omroep op korte termijn, want over de voorstellen van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid met betrekking tot de omroep voor de langere termijn, voor de periode ná 2008, moest nog worden beslist. Daarop vooruitlopend zouden de erkenningen van de bestaande omroepverenigingen niet met vijf jaren moeten worden verlengd, maar slechts met drie jaar. Dat betekende dat nóg een wetswijziging nodig was, want het BNN-wetje had betrekking op de verlenging tot 2010. Om dat allemaal aan elkaar te kunnen breien werd via een novelle – wijziging van een reeds door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel – aan het BNN-wetje een tijdelijk karakter gegeven, in principe tot 2008, dus het jaar waarin ook de erkenningen zouden aflopen, als dat tenminste allemaal het Staatsblad zou halen. Aldus werd het BNN-wetje toch door de Eerste Kamer gelooft, al waren er senatoren die verklaarden dat zij de discussie niet meer konden volgen.<sup>23</sup> Het zal de lezer van deze Kroniek niet anders vergaan, vrees ik.

Inmiddels is ook de wijziging om de volgende erkenningsperiode van 2005-2010 voor alle omroepverenigingen terug te brengen tot drie jaar aangenomen.<sup>24</sup> De bestaande omroepen hebben van rechtswege een verlenging gekregen tot 1 september 2008. De nieuwelingen die er in de afgelopen periode bij zijn gekomen De Nieuwe Omroep – zie daarover ook verderop - en de ouderenomroep MAX kregen ook een erkenning voor drie jaar. Dan moet een geheel gemoderniseerd publiek bestel van start gaan.<sup>25</sup>

## Met het oog op morgen

---

<sup>20</sup> Wet van 16 juli 2005, *Stb.* 2005, 426; in werking getreden op 1 september 2005.

<sup>21</sup> Wet van 23 maart 2000, *Stb.* 2000, 138.

<sup>22</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29657, nr. 1.

<sup>23</sup> Wetten van 9 december 2004 *Stb.* 668 en 670; in werking getreden op 22 december 2004 met terugwerkende kracht tot 1 maart 2004.

<sup>24</sup> Wet van 12 mei 2005, *Stb.* 2005, 277; in werking getreden op 3 juni 2005.

<sup>25</sup> Voor wie het allemaal niet meer kan volgen, in een brief aan de Tweede Kamer heeft de staatssecretaris een tussenstand gegeven van de wetgeving die voor de korte en de lange termijn is gepland: *Kamerstukken II* 2004/05, 29800 VIII, nr. 71.

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid publiceerde in 2005 het rapport *Focus op functies: uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid*.<sup>26</sup> De raad kiest voor een nieuwe, functionele, technologisch neutrale benadering van het medialandschap, dat niet meer in het beeld van 'Hilversum en de vaderlandse pers' te vangen is. Voorheen gescheiden infrastructuren als kabel en telefoonlijnen concurreren met elkaar voor verspreiding van een explosief groeiend digitaal media-aanbod. Dat vereist een radicale wijziging van de beleidsvisie. Het beleid per medium en per infrastructuur zou vervangen moeten worden door een visie waarin de functies van het medialandschap centraal staan. anders gezegd: men dient zich af te vragen of het medialandschap als geheel – en niet alleen 'Hilversum' en de traditionele dagbladen – afdoende voor de nieuwsvoorziening en opinievorming in de samenleving zorg dragen.

Toch besteedt de raad, als een soort casestudy, uitvoerig aandacht aan de toekomst van de publieke omroep. De organisatie ervan dient af hangen van de publieke taak die de publieke omroep wordt toegedacht. Die taak kan verschillend liggen voor de functies nieuwsvoorziening, opinievorming, cultuur en amusement. Op grond daarvan kiest de raad voor een 'gemengd en open model', waarin de nieuwsvoorziening berust bij een onafhankelijke, met publieke middelen gefinancierde instelling. Opinievorming zou een taak kunnen zijn voor (oude en nieuwe) omroepverenigingen of stichtingen. Voor kunst en cultuur zou een tendersysteem kunnen worden gehanteerd en wellicht ook voor de amusementsfunctie.

Het debat over de toekomst van de publieke omroep was echter al begonnen nog vóór de studie van de WRR was verschenen. De Tweede Kamer liet bij motie alvast weten dat het toekomstige bestel van de publieke omroep gebaseerd moet blijven op het beginsel van externe pluriformiteit, dat wil zeggen dat aan het beginsel van pluriformiteit door middel van particuliere omroepinstellingen niet getornd mocht worden.<sup>27</sup> Nog méér werd de speelruimte voor vernieuwing beperkt toen de regeringspartijen een dreigende kabinetscrisis meenden te moeten voorkomen door in een zogenaamd Paasakkoord alvast een voorschot op de discussie te nemen.<sup>28</sup> In navolging van het rapport van de WRR werd – voor de publieke omroep ná 2008 – onderscheid gemaakt tussen nieuwsprogramma's welke aan de NOS zouden moeten worden opgedragen en programma's met opinievorming en maatschappelijk debat, die zouden worden voorbehouden aan de omroepverenigingen. Daarmee zou de NPS moeten sneuvelen. De fractievoorzitters van de drie partijen hadden dat allemaal in een onderonsje geregeld, zelfs buiten de staatssecretaris voor mediazaken om.

Die mocht de plannen verder uitwerken, hetgeen zij deed in een nota 'Met het oog op morgen. De publieke omroep na 2008'.<sup>29</sup> Eind mei 2006 werd een wetsvoorstel, gegoten in een geheel nieuwe Mediawet, bij de Tweede Kamer ingediend. Met de val van het kabinet-Balkenende II is het zogenaamde Paasakkoord van de baan. Het wetsontwerp zal niet vóór de verkiezingen worden behandeld en het is zeer twijfelachtig of dat ná de verkiezingen nog zal gebeuren.

### **De Mediawet strijdig met het censuurverbod?**

In de afgelopen jaren kwamen er twee nieuwe omroepverenigingen bij, De Nieuwe Omroep en een ouderenomroep MAX, nadat eerder de jongerenomroep BNN zich al als publieke omroep had weten te nestelen. Rick van der Ploeg, de voorganger van Medy van der Laan, wist deze twee nieuwelingen met succes te weren. De staatssecretaris vond het beoogde programma van DNO onvoldoende vernieuwend. Deze voerde echter bij de Raad van State aan dat een beoordeling van het voorgenomen programmabeleid in strijd is met art. 7, tweede lid, van de Grondwet, dat een voorafgaand toezicht op de inhoud van een omroepprogramma uitsluit. Het gaat om artikel 37a, eerste lid, van de Mediawet. Dat bepaalt dat de voorgenomen programma's van een aspirant-omroep naar inhoud en strekking zodanig moeten afwijken van die van de 'erkende' omroepverenigingen, dat het de verscheidenheid in de landelijke omroep vergroot en daarmee een vernieuwende bijdrage levert aan de verwezenlijking van de taakopdracht van de publieke omroep. Volgens de Afdeling

---

<sup>26</sup> *Focus op functies. Uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid*, Amsterdam: University Press 2005

<sup>27</sup> *Kamerstukken II 2004/05*, 29800 VIII, nrs. 90 en 132.

<sup>28</sup> *Kamerstukken II 2004/05*, 30056, nr. 1.

<sup>29</sup> *Kamerstukken II 2004/05*, 29800 VIII, nr. 234; zie ook het debat erover *Handelingen II 2005/06*, p. 897-918, p. 2219-244, p. 2266-2270 en p. 2522-2531.

Bestuursrechtspraak van de Raad van State geeft het artikel de staatssecretaris weliswaar een zekere beoordelingsvrijheid bij de concrete invulling van begrippen als 'verscheidenheid' en 'vernieuwende bijdrage', maar deze beoordelingsruimte is niet van dien aard dat geen concrete inhoudelijke toetsing van de in het beleidsplan omschreven programma's zou mogen plaatsvinden om deze te beoordelen op de wettelijke voorwaarden. De bepaling schrijft een dergelijke toets juist dwingend voor.<sup>30</sup>

Winst dus voor de PvdA-staatssecretaris, maar zijn opvolgster, Medy Van der Laan (D66), gaf met ingang van 1 september 2005 een voorlopige erkenning aan De Nieuwe Omroep en aan MAX, ondanks tegenstrijdige adviezen van het Commissariaat voor de Media, de Raad voor Cultuur en de Raad van Bestuur van de NOS. Volgens de staatssecretaris was het de bedoeling van de wetgever bij de invoering van de Concessiewet in 2000 de openheid van het landelijke publieke omroepbestel te benadrukken en bevorderen.<sup>31</sup> DNO en MAX kregen een voorlopige erkenning voor vijf jaar, die inmiddels bij wet al weer is verkort tot drie jaar.

## Financiering

Ondertussen heeft de publieke omroep te maken gekregen met forse bezuinigingen. De reclame-inkomsten waren sterk gedaald, mede als gevolg van het mislopen van de rechten op de voetbalsamenvattingen van de Eredivisie op de zondagavond. Die gingen in 2004 naar de nieuwe commerciële zender Talpa.<sup>32</sup> Aan de andere kant begon de wetgever de publieke omroep eveneens te korten. Toen de heffing van individuele omroepbijdragen in 1999 werd afgeschaft, kreeg de publieke omroep daarvoor in de plaats een jaarlijkse rijksomroepbijdrage van de minister van OCW.<sup>33</sup> Artikel 111 van de Mediawet legde een minimumbedrag vast voor deze jaarlijkse bijdrage, met een correctie voor de inflatie. Daarmee zou de onafhankelijkheid van de publieke omroep zijn gewaarborgd. Maar artikel 111 kon geen garantie bieden tegen toekomstige wetwijzigingen. Dat bleek nu. De wet van 23 februari 2004 voorziet in kortingen voor de jaren 2004-2006.<sup>34</sup>

## Andere wijzigingen in de Mediawet

Voor de volledigheid noem ik nog de andere wijzigingen van de Mediawet. De wet van 30 oktober 2003 droeg de volstrekt nietszeggende titel: 'Wet tot wijziging van de Mediawet met het oog op noodzakelijke verbeteringen van de wet en de uitvoering daarvan'. Een aantal programmatische verplichtingen voor commerciële omroepen, voortvloeiend uit de EG-Televisierichtlijn, werd van het Mediabesluit overgeheveld naar de wet.<sup>35</sup> Een wetje van 2004 had betrekking op kabeldoorgifte van lokale en regionale programma's en de positie van programmaraden bij die omroepen.<sup>36</sup> Vanaf 2005 zal de bekostiging van de publieke regionale omroep uitsluitend door de provincies geschieden in plaats van door het Rijk en de provincies samen. Dat stuitte aanvankelijk op bezwaren, omdat gevreesd werd voor de programmatische onafhankelijkheid van deze omroepen. De provincies en de regionale omroepen hebben echter een aantal afspraken gemaakt, die de twijfels wegnamen.<sup>37</sup> Daartussendoor kwamen nog een wetje tot herstel van wetstechnische gebreken en leemten en een wet

<sup>30</sup> ABRvS 24 juli 2004, *Mediaforum* 2002-9, nr. 35 m. nt. A.W. Hins.

<sup>31</sup> Brief van 19 november 2004, ocw0401249 (niet dossier-stuk).

<sup>32</sup> De publieke omroep vroeg vergeefs het Commissariaat voor de Media in te grijpen in een kwestie met Talpa die geen sublicentie wilde verschaffen, terwijl de publieke omroep zich op een voorkeursrecht ex art. 71t van de Mediawet beriep. Zie de beschikkingen van het Commissariaat van 14 juni 2005, *Mediaforum* 2005-7/8, nr 27 en van 31 januari 2006, [www.cvdm.nl](http://www.cvdm.nl).

<sup>33</sup> Zie de vorige kroniek, p. 341.

<sup>34</sup> De wet is op 17 maart 2004 in werking getreden en werkt terug tot 1 januari 2004, *Stb.* 2004, 94; zie ook de Wet van 16 juli 2005, *Stb.* 2005, 419 met een nieuwe aanpassing.

<sup>35</sup> Wet van 30 oktober 2003, *Stb.* 2003, 485; voor het overgrote deel in werking getreden op 31 december 2003, *Stb.* 2003, 572; het nieuwe artikel 167 is geformuleerd overeenkomstig het model dat is opgesteld ter uitvoering van het kabinetsstandpunt 'Versnelde implementatie van EG- en andere internationale besluiten', *Kamerstukken II* 1998/99, 26200 VI, nr. 65.

<sup>36</sup> Wet van 13 mei 2004, *Stb.* 2004, 233, in werking getreden op 21 juli 2004.

<sup>37</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 28856, nr. 7; Wet van 7 april 2005, *Stb.* 2005, 236, in werking getreden op 1 januari 2006.

in verband met de implementatie van Europese regelgeving voor elektronische communicatienetwerken.<sup>38</sup>

Vermeldenswaard is nog dat de lang verwachte nationale 'evenementenlijst' is opgenomen in het Mediabesluit. Op de lijst zijn vooral sportevenementen en een enkel cultuurevenement te vinden.<sup>39</sup>

### **Andere wetswijzigingen**

De uit 1935 daterende Radio-Omroep-Zenderwet regelde de status van het zenderbedrijf NV Nozema, waarin de Staat een belangrijke aandeelhouder was. De wet werd in 2000 ingetrokken en de Nozema raakte zijn voorkeursrecht en monopoliepositie kwijt.<sup>40</sup> Het heeft echter tot 2004 geduurd tot de wet daadwerkelijk werd ingetrokken.<sup>41</sup> Daarmee kwam de weg vrij voor een splitsing van de Nozema in een mastenbedrijf NOVEC BV, waarvan de Staat 100% van de aandelen bezit, en een dienstenleverancier Nozema Services, dat voor de eigenlijke uitzendingen zorg draagt. In dat laatste bedrijf blijft de publieke omroep vooralsnog voor 40% participeren. Een volgende stap is dat de Staat en de publieke omroep hun aandelen in Nozema Services aan een of meer private partijen zullen verkopen.<sup>42</sup>

### **Vaste boekenprijs**

Een initiatiefwet van de Tweede Kamerleden Dittrich (D66), Halsema (GroenLinks) en Van Nieuwenhoven (PvdA), ingediend in 2002, haalde in 2004 het Staatsblad en trad op 1 januari 2005 in werking: de Wet op de vaste boekenprijs.<sup>43</sup> De wet is een reactie op het Europese verbod op verticale prijsbinding. Beoogd wordt de voorwaarden te scheppen waaronder ook voor de langere termijn een breed en gevarieerd aanbod van Nederlands- en Friestalige boeken beschikbaar kan zijn via een geografisch ruim gespreid net van boekhandels. Verticale prijsbinding moet dat doel (blijven) dienen.

### **Cameratoezicht**

De wet uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht is met ingang van 1 januari 2004 in werking getreden. Zoals de naam al aangeeft, beoogt deze wet de strafbaarstelling uit te breiden van het heimelijk vervaardigen van een afbeelding van een persoon met een technisch hulpmiddel, zowel op voor het publiek toegankelijke plaatsen als op besloten plaatsen. Daartoe zijn de artikelen 139f en 441b van het Wetboek van Strafrecht gewijzigd. De algemene norm is thans dat het gebruik van camera's voor de burger kenbaar moet zijn. In de toelichting wordt echter gezegd dat in de vrijheid van nieuwsgaring een rechtvaardigingsgrond gelegen kan zijn als met een verborgen camera opererende journalisten de verbodsbepalingen overtreden.<sup>44</sup> Daarnaast is in februari 2006 de Wet Cameratoezicht van kracht geworden. Die wet staat gemeenten toe aan de burgemeester in het belang van de openbare orde de bevoegdheid te geven tot het instellen van cameratoezicht op openbare plaatsen.<sup>45</sup>

### **Implementatie televisierichtlijn: jurisdictie**

De vraag of omroepen die formeel in het buitenland zijn gevestigd, zoals RTL4 en RTL5, onder de Nederlandse rechtsmacht vallen, werd in de vorige kronieken ampel besproken. Het laatste

---

<sup>38</sup> Wet van 22 april 2004, *Stb.* 2004, 233 en Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004, 17.

<sup>39</sup> KB van 12 november 2003, *Stb.* 2003, 486.

<sup>40</sup> Zie de vorige kroniek G.A.I. Schuijt, 'Kroniek van het Nederlandse mediarecht 1998-2001', *A&M* 2001-3, p. 342.

<sup>41</sup> KB van 7 oktober 2004, *Stb.* 2004, 570, in werking getreden op 10 november 2004.

<sup>42</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 24085, nr. 190, 192, 193 en 194; *Vzr. Rb.* Den Haag 29 juli 2005, *LJN* AU0262 en *Vzr. Rb.* Den Haag 8 november 2005 (niet gepubl.).

<sup>43</sup> Wet van 9 november 2004, *Stb.* 2004, 600 en *Stb.* 2004, 623; *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 652, nr. 1 e.v.

<sup>44</sup> Wet van 8 mei 2003, *Stb.* 2003, 198; *Stb.* 2003, 365; zie ook G.A.I. Schuijt, 'Het ontwerp-wet cameratoezicht en de vrije nieuwsgaring', *Mediaforum* 2001-10, p. 299-302.

<sup>45</sup> Wet van 2 augustus 2005, *Stb.* 2005, 392; *Stb.* 2006, 32.

wat ik de vorige keer nog kon melden was de beslissing van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 10 april 2001. Volgens de Afdeling had het Commissariaat voor de Media zich inderdaad op het standpunt mogen stellen dat de uitzendingen van RTL4 en RTL5 onder zijn toezicht vallen. Maar de Afdeling besliste óók, dat het besluit van het Commissariaat er toe leidde dat er dubbel toezicht plaats vindt, in Luxemburg en in Nederland, hetgeen in strijd is met de considerans van de Televisierichtlijn. Het Commissariaat had de kwestie uitdrukkelijk onder de aandacht van het contactcomité ex art. 23 van de richtlijn moeten brengen. Het besluit van het Commissariaat was derhalve niet met de benodigde zorgvuldigheid tot stand gekomen en werd daarom vernietigd.<sup>46</sup>

Het Contactcomité werd dus ingeschakeld, maar dat wilde zijn vingers niet branden aan de problematiek en nam geen standpunt in. Toen heeft het Commissariaat maar opnieuw beslist dat het Nederlandse recht van toepassing is. En wederom gaf de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State het Commissariaat inhoudelijk gelijk. Niettemin geeft het besluit van het Commissariaat volgens de Afdeling onvoldoende blijk van de gemeenschapstrouw, die artikel 10 EG-Verdrag eist, omdat Luxemburg een andere interpretatie aan de EG-Televisierichtlijn geeft en al vele jaren toezicht op de twee tv-programma's uitoefent. Het Commissariaat kreeg van de Afdeling de suggestie om in Luxemburg een procedure aan te spannen tegen de nationale toezichthouder aldaar.<sup>47</sup>

Ondertussen blijkt de Europese Commissie de procedure geïnteresseerd te volgen. In een brief aan de Nederlandse regering wordt geconcludeerd dat RTL4 en RTL5 vallen onder het Luxemburgse recht.<sup>48</sup>

### **Frequentieverdeling: veiling of beauty-contest?**

In de nadagen van het paarse kabinet opteerde de Tweede Kamer voor toewijzing van frequenties voor commerciële radio-omroep op grond van een vergelijkende toets, ook wel beauty-contest genoemd, (die voor de inmiddels 'gesettlede' commerciële radio-omroepen in het voordeel zou zijn). De bewindslieden wilden echter vasthouden aan een veiling. Dat was mede op advies van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, die stelde dat niet-veilen juridisch ernstige problemen zou oproepen omdat dan nieuwkomers immers van de markt geweerd zouden worden.<sup>49</sup> Intussen werden de bestaande vergunningen verlengd en nieuwe vergunningen werden niet verleend.<sup>50</sup> Dat kon echter niet eeuwig duren en de Rotterdamse rechtbank stelde dat met het tijdschema van de regering 'de grens van hetgeen rechtens nog aanvaardbaar is' was bereikt. Langer uitstel zou een tussentijdse herverdeling van frequenties onontkoombaar maken.<sup>51</sup>

De nieuwe regeringscoalitie van CDA, VVD en de nieuwe LPF van wijlen Pim Fortuyn, koos in juli 2002 voor verdeling op basis van een vergelijkende toets.<sup>52</sup> Enkele dagen later oordeelde de rechter dat de frequenties op korte termijn moesten worden geveild.<sup>53</sup> Het geldende Frequentiebesluit zou geen andere keuze laten. Een conflict derhalve tussen de politiek en de rechter! Geen nood, want het nieuwe kabinet wijzigde ijlings het Frequentiebesluit.<sup>54</sup> Aan de Voorzieningenrechter werd gevraagd de voorlopige voorziening op te heffen dan wel te wijzigen. Aldus geschiedde, maar onder het beding dat de vergunningen uiterlijk op 1 juni 2003 zouden zijn

---

<sup>46</sup> ABRvS 10 april 2001, *Mediaforum* 2001-6, nr. 27; zie ook J. van de Gronden & K. Mortelmans, 'Holland Media Groep of Luxemburg Media Groep. De trouvaille van de Raad van State', *Mediaforum* 2001-6, p. 191-200.

<sup>47</sup> Rb. Amsterdam 20 juni 2002, *LJN* AE4517; Ondertussen besliste de Voorzitter van de Afdeling op verzoek van de omroepen als voorlopige voorziening dat de besluiten van het Commissariaat werden geschorst in afwachting van de beslissing op de zaak ten gronde; Vz. ABRvS 19 juli 2002, *Mediaforum* 2002-9, p. 288; ABRvS 6 augustus 2003, *Mediaforum* 2003-9, nr. 44; zie ook K.J.M. Mortelmans, 'RTL4 en RTL5: toch een verwijzing naar Luxemburg!', *Mediaforum* 2003-9, p. 280-287.

<sup>48</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2001/2002, nr. 971.

<sup>49</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 24095, nr. 72; Voor een overzicht *Kamerstukken II* 2000/01, 24095, nr. 83.

<sup>50</sup> *Stcrt.* 2001, 167, p. 5.

<sup>51</sup> Pres. Rb. Rotterdam 14 november 2001, *Mediaforum* 2002-1, nr. 2.

<sup>52</sup> *Kamerstukken II*, 2001/02, 28375, nr. 5.

<sup>53</sup> Vzr. Rb. Rotterdam 24 juli 2002, *AB* 2002, 326.

<sup>54</sup> K.B. 12 september 2002, *Stb.* 2002, 467.



verleend.<sup>55</sup> De Voorzieningenrechter bepaalde ook dat de spelregels voor deze toets vóór 1 januari 2003 bekend gemaakt zouden worden. Daartoe werd het Frequentiebesluit nogmaals gewijzigd.<sup>56</sup> Vervolgens werd bekend gemaakt welke kavels van frequenties beschikbaar waren en welke bestemming zij moesten krijgen.<sup>57</sup> Op verzoek van de Tweede Kamer werd de vergelijkende toets vervolgens voorbereid door een onafhankelijke commissie.<sup>58</sup>

De wijziging van het Frequentiebesluit van 12 september 2002 maakte het mogelijk om aan commerciële radio-omroepen onder meer eisen te stellen ‘die betrekking hebben op het waarborgen van democratische, sociale, taalkundige en culturele belangen’. Volgens de Nota van Toelichting zou worden gelet op het te goeder trouw en integer handelen door de vergunninghouder. De nota voegt hieraan toe: ‘Hieronder moet bijvoorbeeld worden begrepen dat een frequentie niet wordt gebruikt om de openbare orde te verstoren, onrust te stoken of bevolkingsgroepen tegen elkaar op te zetten’. Welk een daadkracht toonde het nieuwe kabinet en met welk een gemak werd omgesprongen met de grondwettelijke waarborgen voor de vrijheid van meningsuiting! Voor de geschreven pers zou een dergelijke regeling zonder meer in strijd zijn met artikel 7, eerste lid, van de Grondwet. Het gaat hier immers om inhoudelijke voorschriften die niet zijn vastgelegd bij wet in formele zin, terwijl het toezicht op de naleving is opgedragen aan een minister in plaats van een onafhankelijke rechter. Kennelijk wilde de regering maximaal gebruik maken van de ruimere armlslag die artikel 7, tweede lid, van de Grondwet voor radio en televisie biedt. Kritiek daarop is niet uitgebleven.<sup>59</sup> En zij werd gehoord. Tijdens overleg met de bewindslieden over de voorgenomen herverdeling van de frequenties nam de Tweede Kamer een motie Bakker/Heemskerk aan, waarin de regering werd gevraagd in de vergunningsvoorwaarden *niet* de voorgenomen voorwaarden op te nemen dat de openbare orde niet mocht worden verstoord of bevolkingsgroepen tegen elkaar mochten worden opgezet.<sup>60</sup> Dat is dus een zaak voor de gewone rechter op basis van het commune strafrecht gebleven. Even leek de tijd van de oude Omroepwet te zijn teruggekeerd.<sup>61</sup> Maar zelfs zonder dit afgekeurde plannetje blijft het wonderlijk dat de overheid naast vijf radiozenders voor landelijke publieke omroep, naast talrijke lokale en regionale publieke omroepzenders, óók nog greep wil houden op wat commerciële zenders inhoudelijk te bieden hebben. Onze overheid wil niet alleen hoofdredacteur spelen van ‘Hilversum’, maar van gans de ether.

De vergunningen voor gebruik van radiofrequenties voor commerciële omroep zijn op 26 mei verleend en op 1 juni 2003 ingegaan. Zij hebben een looptijd van acht jaar en drie maanden. In het najaar van 2005 kwam een stroom van rechterlijke uitspraken op gang naar aanleiding van aanvragen die buiten de boot vielen of aanvragers die ontevreden waren.<sup>62</sup> De Rechtbank Rotterdam besliste dat de minister bij de toewijzing van een frequentie aan RTL onvoldoende duidelijk had gemaakt waarom de keuze nu juist op deze gelukkige was uitgevallen.<sup>63</sup> De tevredenheid bij de evaluatie wordt daardoor toch enigszins getemperd.<sup>64</sup> Wellicht kan hier lering uit worden getrokken nu de opmaat wordt

<sup>55</sup> V.zr. Rb. Rotterdam 11 oktober 2002, *LJN* AE8741; *Kamerstukken II*, 2001/02, 24095, nr. 106.

<sup>56</sup> K.B. 11 december 2002, *Stb.* 2002, 639.

<sup>57</sup> *Stcrt.* 24 december 2002, 248.

<sup>58</sup> *Kamerstukken II*, 2002/03, 24095, nrs. 114-115 en *Handelingen II* 19 december 2002, p. 2744-2747 en 2785-2786.

<sup>59</sup> N.A.N.M van Eijk, ‘Geen frequenties voor onruststokers’, *Mediaforum* 2002-11/12, p. 352-354.

<sup>60</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 24 095, nr. 128; zie ook nr. 132 alsmede *Handelingen II* 2002/03, nr. 47, p. 3153-3161 en 3166-3168 en nr. 48, p. 3173. In het kader van deze herverdeling zijn nog van belang wijzigingen van het Frequentie-uitgiftebesluit en enkele ministeriële regelingen: *Stcrt.* 26 februari 2003, 40 met later aangebrachte correcties *Stcrt.* 2003, 59 en 68. Zie voorts nog V.zr. Rb. Rotterdam 20 januari 2003, *LJN* AF3135.

<sup>61</sup> Tot 1980 luidde artikel 10 lid 2 van de Omroepwet: ‘De uitzendingen mogen niets bevatten, dat gevaar oplevert voor de veiligheid van de Staat, de openbare orde of de goede zeden’. Daarop moest door de minister worden toegezien. Door een initiatiefwet van 1 september 1978, *Stb.* 1978, 665 is de bepaling gewijzigd in die zin dat de omroepverenigingen, net als de geschreven pers, verantwoordelijk zijn voor de wet tegenover de burgerlijke en de strafrechter.

<sup>62</sup> V.zr. Rb. Rotterdam 13 mei 2003, *Mediaforum* 2003-7/8, nr. 37.

<sup>63</sup> Rb. Rotterdam 5 oktober 2005, *LJN* AU3838; zie ook nog: Rb. Rotterdam 27 september 2005, *LJN* AU4396; zie ook nog Rb. Rotterdam 25 oktober 2005, *LJN* AV2614; 7 november 2005, *LJN* AV2618; 17 november 2005, *LJN* AV2650; 1 december 2005, *LJN* AV2664; 2 december 2005, *LJN* AV2673; 8 december 2005, *LJN* AV2674; 22 december 2005, *LJN* AV9030 en 9489; 9 januari 2006 *LJN* AW2324.

<sup>64</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 24095, nr.181.

gegeven voor de omschakeling naar digitale radio en televisie en de daaruit voortvloeiende frequentieverdelingen.<sup>65</sup>

### **Kabelnetten, art. 10 EVRM en wederom art. 7 lid 2 van de Grondwet**

In Nederland is voor het aanleggen van een telecommunicatienetwerk, waaronder een kabelomroepnetwerk, geen vergunning meer vereist sedert de invoering van de Telecommunicatiewet van 1998. Er is nog slechts registratie vereist. Op de Nederlandse Antillen is nog wel een vergunning vereist. De Hoge Raad toetste de weigering van een vergunning aldaar aan artikel 10 EVRM. De reden voor de weigering was dat de nieuwkomer het monopolie van de bestaande distributiemaatschappij zou doorbreken en de financiële haalbaarheid van diens exploitatie in gevaar zou brengen. Daardoor zou uiteindelijk het publiek de dupe worden. Dat vormt volgens de Hoge Raad op zichzelf onvoldoende grond om de weigering van de vergunning 'justifiable in principle and proportionate' te achten, zoals art. 10 EVRM volgens de rechtspraak voorschrijft.<sup>66</sup>

In 2005 publiceerde de OPTA nieuwe beleidsregels voor de toegang tot kabelnetwerken. Waar tot dan voor alle kabelexploitanten de verplichting gold om op transparante en non-discriminatoire voorwaarden toegang te verlenen aan programma-aanbieders, bleef die verplichting alleen nog maar bestaan voor de grote en middelgrote exploitanten en alleen de grote kabelexploitanten moesten kostengeoriënteerde tarieven hanteren.<sup>67</sup> Ondanks veel gesputter in de Tweede Kamer meende de minister van Economische Zaken niet te moeten ingrijpen, voor zover hij dat al zou kunnen.<sup>68</sup> De Europese Commissie, die bezwaar had tegen regulering van de eindgebruikerstarieven, gaf na enig overleg haar goedkeuring.

Over de tarieven voor de eindgebruikers werden er procedures gevoerd en wel van een interessant constitutioneel gehalte. Verscheidene gemeenten hadden bij de verkoop van hun kabeltelevisienetten aan ondernemingen afspraken gemaakt over de maximale hoogte van de abonnementstarieven. De vraag was of die afspraken wel verbindend waren, met name in het licht van artikel 7, tweede lid van de Grondwet.<sup>69</sup> Betekent de opdracht 'de wet stelt regels', dat elke beperking direct of indirect herleidbaar moet zijn tot een wet in formele zin? Of gaat het om een instructienorm die ruimte laat voor eigen initiatief van lagere overheden? De jurisprudentie was verdeeld. In Amsterdam oordeelde de rechtbank dat een contractuele afspraak tussen de gemeente Wageningen en UPC over de wijze van exploitatie van het kabelnet ongrondwettig was. Er was namelijk geen wettelijke grondslag voor deze afspraak.<sup>70</sup> In een geschil tussen de gemeente Alphen aan den Rijn en Casema oordeelde de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage anders. Volgens de voorzieningenrechter bevat de eerste zin van artikel 7, tweede lid, Grondwet alleen een instructienorm en was een contract over de maximale hoogte van de tarieven gewoon geldig.<sup>71</sup> In twee uitspraken van 12 augustus 2004 besliste het Hof Amsterdam in kort geding dat dergelijke tariefafspraken inderdaad verbindend zijn en dat er dus geen strijd is met artikel 7 lid 2 van de Grondwet.<sup>72</sup> Die opvatting werd overgenomen door de Rechtbank Den Haag.<sup>73</sup> In een bodemprocedure echter bevestigde het Hof Amsterdam de uitspraak van de Rechtbank in het bovengenoemde geding tussen de Gemeente Wageningen en UPC en zag het dus wél strijd met artikel 7 lid 2 van de Grondwet.<sup>74</sup> Er is cassatie ingesteld en de Hoge Raad zal dus uitkomst moeten brengen.

<sup>65</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 24095, nr.187, 189 en 195-198.

<sup>66</sup> HR 20 september 2002, *LJN* AE3370; zie ook HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 482.

<sup>67</sup> *Stcrt.* 2005, 109, p. 11.

<sup>68</sup> *Handelingen II* 2004/05, nr. 105, p. 6340-6348; *Handelingen II* 2005/06, nr. 5, p. 213-226 en nr. 6, p. 213-226 en p. 317-325.

<sup>69</sup> 'De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op een radio- of televisieuitzending.'

<sup>70</sup> Rb. Amsterdam 28 januari 2004, *Mediaforum* 2004-3, nr. 7.

<sup>71</sup> V.zr. Rb 's-Gravenhage 5 april 2004, *Mediaforum* 2004-6, nr. 24. Zie ook A.W. Hins, 'Gemeentelijke bemoeienis en kabel', *Mediaforum* 2004-3, p. 67-69 en J. van den Beukel, 'Kabel en gemeentelijke bemoeienis', *Mediaforum* 2004-3, p. 62-66.

<sup>72</sup> Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *Mediaforum* 2004-10, nr. 36.

<sup>73</sup> Rb. Den Haag 13 april 2005, *Mediaforum* 2005-5, p. 199.

<sup>74</sup> Hof Amsterdam 8 december 2005, *Mediaforum* 2006-2, nr. 5.

In een geschil tussen Mediakabel en het Commissariaat voor de Media rees de vraag wat verstaan moet worden onder ‘televisieomroep’ in de zin van de EG-Televisierichtlijn, dan wel een dienst van de informatiemaatschappij. Mediakabel biedt zijn abonnees een filmtimedienst aan in de vorm van op vaste tijden in gecodeerde vorm verzonden signalen. Omroep of nieuwe dienst? Het Commissariaat voor de Media stelde zich op het standpunt dat sprake is van omroep en dat Mediakabel dus als commerciële omroep toestemming dient te vragen volgens art. 71a lid 1 van de Mediawet. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State besloot prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EG.<sup>75</sup> Het Hof besliste dat een dienst onder het begrip televisieomroepdienst valt wanneer hij bestaat in het uitzenden van televisieprogramma’s die zijn bestemd voor ontvangst door een onbepaald aantal potentiële kijkers, aan wie tegelijkertijd dezelfde beelden worden doorgegeven. Een *near video on demand*-dienst, die niet op individueel verzoek van een afnemer wordt verstrekt is derhalve een omroepdienst.<sup>76</sup>

## Het omroepbladenmonopolie

Als we spreken over het omroepbladenmonopolie gaat het over de vraag of de publieke omroep en de commerciële onderneming HMG (RTL en Veronica) misbruik maken van hun machtspositie door te weigeren hun wekelijkse programmegegevens tegen een redelijk tarief ter beschikking te stellen aan uitgevers. Bescherming van de programmagidsen van de omroepverenigingen is daarbij het voornaamste oogmerk van de publieke omroep, omdat de gidsen bijdragen aan de ledenbinding en een belangrijke inkomstenbron vormen. De Nederlandse Mededingingsautoriteit zag in 1998, op klacht van De Telegraaf, misbruik van machtspositie en stelde de omroepen een termijn waarbinnen zij met de krant konden onderhandelen over de voorwaarden voor levering van de gegevens.<sup>77</sup> Op het beklag daarover werd in 2004 pas beslist.

De Rechtbank had de NMa in het gelijk gesteld voor zover de beslissing betrekking had op de NOS.<sup>78</sup> In hoger beroep verraste het College van Beroep voor het Bedrijfsleven vriend en vijand door de opstelling van de NOS niet als misbruik van machtspositie te kwalificeren en het beroep gegrond te verklaren. Het college beoordeelde de kwestie in het licht van de arresten van het Hof van Justitie van de EG in de zaken Volvo en Magill. Er was bij De Telegraaf geen sprake van een nieuw product omdat de krant de programmagids als een bijlage bij de vrijdag- of zaterdagkrant aan de abonnee’s wilden gaan leveren, die daarvoor niet afzonderlijk behoeften te betalen. De afweging tussen de auteursrechtelijke bescherming waarop de NOS zich beriep en het mededingingsrecht viel uit in het voordeel van het auteursrecht op deze zogenaamde onpersoonlijke geschriften.<sup>79</sup>

Deze uitspraak was óók opmerkelijk omdat de Hoge Raad een jaar eerder in de civiele procedure tussen De Telegraaf en de NOS had geoordeeld dat de NOS misbruik maakte van haar machtspositie door te weigeren programmegegevens aan het dagblad ter beschikking te stellen. Iets preciezer gezegd: het Hof te Den Haag had het aannemelijk geacht dat de NMa ook na een bezwaarschriftprocedure zou oordelen dat de weigering in strijd was met de Mededingingswet. Volgens de Hoge Raad heeft het hof aldus geen onjuiste maatstaf aangelegd.<sup>80</sup> In 2005 besliste de Voorzieningenrechter te Amsterdam dat de commerciële omroep SBS geen misbruik maakte van een machtspositie door te weigeren haar gegevens ter beschikking te stellen van het tijdschrift Quote.<sup>81</sup>

<sup>75</sup> ABRvS 18 februari 2004, LJV AO 3877.

<sup>76</sup> HvJ EG 2 juni 2005, *Mediaforum* 2005-7/8, nr. 24 en A&M 2006-1, 73; zie ook de conclusie van de Advocaat-Generaal HvJ EG van 10 maart 2005, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int) (zaak C-89/04).

<sup>77</sup> DG NMa 3 oktober 2001, *Mediaforum* 2002-2, nr. 7; zie ook E. Loozen, ‘De programmegegevens. Misbruik van machtspositie? Een gebed zonder end’, *Mediaforum* 2001-5, p. 146-151 en P. Kreijger, ‘De programmegegevens. Wel degelijk misbruik van machtspositie’, *Mediaforum* 2001-10, p. 291-293 met naschrift E. Loozen.

<sup>78</sup> Rb. Rotterdam 11 december 2002, *Mediaforum* 2003-2, nr. 12; de zaak van de HMG (die wél een aanbod had gedaan) werd terugverwezen naar de NMa, die moest beslissen of de gevraagde prijs redelijk was.

<sup>79</sup> CBB 15 juli 2004, *Mediaforum* 2004-10, nr. 40.

<sup>80</sup> HR 6 juni 2003, *Mediaforum* 2003-7/8 nr. 34.

<sup>81</sup> Vzv. Rb. Amsterdam 28 juli 2005, *Mediaforum* 2005-10, nr. 32.

Twee leden van de Tweede Kamer (Orgü van de VVD en Bakker van D66) wilden de ontwikkelingen in de rechtspraak niet afwachten. Zij dienden in 2004 een wetsvoorstel in, dat de markt voor programmabladen moest openbreken. De NOS zou volgens het ontwerp verplicht worden de programmegegevens van de publieke omroep kosteloos ter beschikking te stellen van derden, dus ook van commerciële uitgevers.<sup>82</sup>

## Nevenactiviteiten

Naast het uitgeven van een programmablad is het de omroepverenigingen slechts onder bepaalde voorwaarden toegestaan andere nevenactiviteiten te verrichten (art. 55-57d Mediawet). Artikel 13c lid 3 Mediawet bepaalt echter dat de publieke omroep mede invulling kan geven aan zijn hoofdtaak door op andere wijzen dan etheruitzending naar het algemene publiek programmamateriaal aan te bieden en te verspreiden. Voorbeelden van neventaken zijn Internet en themakanalen en uit de wetsgeschiedenis blijkt dat een minderhedenzender een goed voorbeeld is van een themakanaal. De wetgever heeft echter uitdrukkelijk geen limitatieve opsomming willen geven van activiteiten die als neventaak kunnen worden verricht, omdat dit in de praktijk belemmerend zou kunnen werken.

De vraag of de publieke omroep dergelijke neventaken mag vervullen in concurrentie met commerciële omroepen kwam aan de orde toen de NOS in 2004 twee voormalige commerciële omroepen overnam, de Concertzender en Colorful Radio. Het programma van de laatste richtte zich via multiculturele programma's op allochtone jongeren van de tweede en derde generatie migranten. Een aantal commerciële radiostations heeft hierop geprobeerd om via de rechter een verbod tot voortzetting van deze activiteiten te verkrijgen. Vervolgens heeft het Commissariaat voor de Media het voortzetten van Colorful Radio als neventaak verboden wegens nadelige invloed op de hoofdtaak (artikel 57a lid 1 sub a en b Mediawet). Dit besluit is weer door de Kroon geschorst.<sup>83</sup> Het Commissariaat lijkt te zeggen dat er pas ruimte is om een neventaakprogramma te verzorgen wanneer de hoofdtaak volledig voldoet. De staatssecretaris vindt dat neventaken uitdrukkelijk zijn bedoeld om mede invulling te geven aan de hoofdtaak.<sup>84</sup> In een aantal procedures kreeg het Commissariaat aanvankelijk het gelijk van de rechter, maar het Hof Amsterdam besliste in kort geding dat het van de kabel halen van een radiozender een zeer ingrijpende maatregel is, die bovendien gemakkelijk onomkeerbare gevolgen heeft. Daartegenover staat het belang van de eisende commerciële omroepen, dat echter – in het licht van het relatief geringe bereik van Colorful Radio – beperkt is. Voorts nam het hof in aanmerking dat NOS nauwelijks tijd heeft gehad om haar doelstellingen met betrekking tot Colorful Radio te verwezenlijken.<sup>85</sup>

Daarmee is echter de kernvraag niet beantwoord. Dat is de vraag of het tot de taak van een publieke omroep behoort om een niet-levensvatbare omroep met publieke middelen voort te zetten en of de wettelijke mogelijkheid van het verrichten van een neventaak inderdaad is bedoeld om op een ander net (een zesde net) de hoofdtaken uit te voeren waarvoor vanwege de huidige programmering op de bestaande vijf netten geen ruimte zou zijn.<sup>86</sup>

Tegen de voortzetting van de uitzendingen van de Concertzender had het Commissariaat voor de Media niet opgetreden.<sup>87</sup> De Afdeling Bestuursrechtspraak is het daar niet mee eens. Onvoldoende blijkt dat de NOS voldoet aan de voorwaarde dat deze activiteit verband houdt met of ten dienste staat aan het verzorgen van het programma waarvoor zij zendtijd heeft gekregen. Het Commissariaat heeft weliswaar gesteld dat het doen voortzetten van het programma verband houdt met de hoofdtaak van de NOS, maar daaruit kan niet worden afgeleid waarom het hier zou gaan om activiteiten die geen onderdeel vormen van de hoofdtaak, maar daarmee wel verband houden. Naar het oordeel van de Afdeling had het Commissariaat beter moeten motiveren waarom er geen sprake was van

<sup>82</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29680, nr. 1-6.

<sup>83</sup> KB 11 juni 2004, *Stb.* 2004, 264.

<sup>84</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 657, nr. 5.

<sup>85</sup> Hof Amsterdam 10 februari 2005, *LJN* AS5931; V.zr. Rb. Amsterdam 26 februari 2004, *Mediaforum* 2004-4, nr. 13; V.zr. Rb. Amsterdam 22 juli 2004, *LJN* AQ5584 en V.zr. Rb. Amsterdam 22 oktober 2004, *LJN* AR4654.

<sup>86</sup> Zie de noot van A. Ottow en K.J.M. Mortelmans bij V.zr. Rb. Amsterdam 26 februari 2004, *Mediaforum* 2004-4, nr. 14.

<sup>87</sup> Rb. Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004-10, nr. 37 en V.z. ABRvS 29 september 2004, *LJN* AR3335.

concurrentievervalsing. Het had moeten nagaan of de financiële steun van de overheid, die niet was aangemeld bij de Europese Commissie, neerkwam op verboden staatsteun in de zin van het EG-Verdrag.<sup>88</sup>

### **Mediaconcentraties en een pluriformiteitstoets?**

Al sedert de jaren zestig wordt er in dit land gediscussieerd over de vraag hoe het verschijnsel persconcentratie tegen te gaan. Dat richtte zich steeds op de vraag of er een wettelijke persfusiecontrole zou moeten komen. Maar probleem daarbij is dat er grondwettelijke belemmeringen in de weg staan. Het ‘niemand heeft voorafgaand verlof nodig...’ geldt ook voor ondernemingen die een gefuseerde krant willen uitgeven! Dat grondwettelijke bezwaar is er des te meer als er bij een eventuele controle van een voorgenomen fusie door enige instantie beoordeeld zou moeten worden hoe het na de fusie gesteld zou zijn met de pluriformiteit van informatievoorziening en meningsuiting. Dat zal een inhoudelijke toets vergen. De grondwet biedt daarentegen wel ruimte voor een algemeen verbod om door fusie een groter marktaandeel te verwerven dan een bepaald in de wet gesteld percentage.<sup>89</sup> Na invoering van de Mededingingswet in 1998 vielen dagbladen onder de algemene fusiecontrole door de Nederlandse Mededingingsautoriteit, die verondersteld werd uitsluitend mededingingsrechtelijke criteria aan te leggen.

Nog in 1999 concludeerde een adviescommissie dat er ondanks een voortdurend proces van concentraties in de mediasector geen sprake was van zodanige inperkingen dat de pluriformiteit van de informatievoorziening en de toegankelijkheid van de informatie wezenlijk in gevaar kwamen. De Mededingingswet bevatte voldoende wettelijk instrumentarium om schadelijke effecten als gevolg van concentraties in de mediasector te bestrijden. Het kabinet nam dat advies grotendeels over en gaf aan het Commissariaat een monitorfunctie met betrekking tot ontwikkelingen in het medialandschap. Dat presenteert thans elk jaar een gedegen rapportage van de stand van zaken. In zijn eerste rapport adviseerde het Commissariaat ter voorkoming van verdere concentratie in de dagbladsector een wettelijke bovengrens te stellen van 33,33 % van de dagbladmarkt. Voor commerciële televisie stelde het Commissariaat, naar Duits voorbeeld, een maximaal markt bereik van 30% voor.<sup>90</sup>

Ondertussen kwam de eerste grote persfusie tot stand na de invoering van de Mededingingswet. Het uitgeversbedrijf VNU had besloten zijn regionale dagbladen en zijn huis-aan-huisbladen af te stoten en vond daarvoor als kopers het reeds grote regionale dagbladconcern Wegener en het Telegraafconcern. De NMa verleende de vereiste vergunningen maar stelde wel een aantal voorwaarden. Een van de voorwaarden ging nu juist in tegen de verwachting dat de NMa zich niet met een inhoudelijke toetsing zou gaan bezig houden. De mededingingsautoriteit had niet alleen het afzonderlijk voortbestaan bedongen van de Provinciale Zeeuwse Courant, reeds van Wegener, en het van de VNU overgenomen BN/De Stem in West Brabant, maar ook dat beide bladen zich zouden blijven richten op hun concurrentiegebied Zeeuws Vlaanderen. Op het beroep van Wegener tegen de gestelde voorwaarden besliste het College van Beroep voor het Bedrijfsleven in hoogste instantie dat de NMa terecht heeft kunnen aannemen dat door de concentratie een economische machtspositie ontstaat die tot gevolg heeft dat de mededinging op significante wijze wordt beperkt. De meeste voorwaarden betroffen niet de inhoud van de uit te geven dagbladen, zodat geen sprake was van strijd met artikel 7 Grondwet. Maar het voorschrift dat de PZC en BN/De Stem zich beide op Zeeuws Vlaanderen zouden blijven richten, werd door het College terecht in strijd bevonden met de grondwet. Door die voorwaarde te stellen bemoeide de NMa zich met de inhoud van de betrokken dagbladen. Dus toch! Indien deze verplichting echter wordt opgevat als een verplichting om beide titels in Zeeuws Vlaanderen te blijven verspreiden was zij volgens het College wél toelaatbaar. Dat klonk prachtig, maar was wat werkelijkheidsvreemd. Een regionaal dagblad verspreiden in een gebied waaraan men

---

<sup>88</sup> ABRvS 1 juni 2005, *LJN AT6579*.

<sup>89</sup> Over deze problematiek o.a. A.J. Nieuwenhuis, *Persvrijheid en persbeleid. Een onderzoek naar de verhouding tussen het recht op persvrijheid en overheidsmaatregelen tegen persconcentratie*, Amsterdam: Cramwinckel 1999; zie ook G.A.I. Schuijt, ‘Kroniek van het Nederlandse mediarecht’, *A&M* 1998-3, p. 218-219.

<sup>90</sup> De rapporten zijn te vinden op de website van het Commissariaat: [www.cvdm.nl](http://www.cvdm.nl).

redactioneel geen aandacht besteedt zal in dat gebied niet lang zijn abonnees behouden. Dus het College had de voorwaarde beter helemaal kunnen schrappen.<sup>91</sup>

In het voorjaar van 2004 kwam een groot deel van de Nederlandse dagbladders in buitenlandse handen. Het ging om de verkoop van een meerderheidsbelang in het uitgeversconcern PCM, dat onder meer de dagbladen NRC Handelsblad, Algemeen Dagblad, De Volkskrant en Trouw uitgeeft en tevens eigenaar is van boekuitgeverij Meulenhoff en enkele andere uitgevers. De nieuwe meerderheidsaandeelhouder werd het Brits-Amerikaanse investeringsbedrijf Apax. Reeds vóór de overeenkomst schreef staatssecretaris Van der Laan in antwoord op schriftelijke vragen van de Tweede-Kamerleden Bakker en Dittrich dat het kabinet zo snel mogelijk een standpunt over mediaconcentraties naar de Tweede Kamer zou sturen. In elk geval was het kabinet van mening dat bij de beoordeling van voorgenomen mediaconcentraties, naast de reguliere fusietoets door de NMa, een 'pluriformiteitstoets' diende plaats te vinden.<sup>92</sup> Eind 2004 acht het kabinet de tijd rijp voor een specifieke regeling voor de dagbladmarkt. Dagbladconcentraties die leiden tot een marktaandeel van meer dan 35% zouden moeten worden verboden. Vanwege de grenzen die artikel 7 van de Grondwet stelt, ziet het kabinet, anders dan de staatssecretaris een half jaar eerder, echter af van een 'inhoudelijke' pluriformiteitstoets.<sup>93</sup> Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald.

## Internet

De Nederlandse wetgeving werd in 2004 aangepast aan de zogenaamde E-commerce-Richtlijn.<sup>94</sup> De nieuwe regels betreffen het online verrichten van diensten en het toezicht erop, de rechtszekerheid en de bescherming van het vertrouwen van de consumenten. De aansprakelijkheid van de aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij wordt overeenkomstig de richtlijn beperkt in art. 196c Burgerlijk Wetboek en door een strafrechtelijke vervolgingsuitsluitingsgrond in art. 54a Wetboek van Strafrecht ter bescherming van tussenpersonen, in aansluiting op de reeds bestaande vervolgingsuitsluitingsgrond voor drukkers en uitgevers (de Nederlandse variant van de Belgische cascaderegeling van art. 25 lid 2 G.W.).<sup>95</sup>

De Richtlijn deed al bij voorbaat zijn werk in een geding tussen Deutsche Bahn en de internet service provider Xs4all. Linkse activisten, abonnees van Xs4all, hadden op een website uitgelegd hoe het Duitse spoorwegnetwerk kan worden ontregeld. De voorzieningenrechter oordeelde, na vastgesteld te hebben dat de informatie op de site onrechtmatig was jegens Deutsche Bahn, dat Xs4all de website ontoegankelijk moest maken voor het publiek en aan Deutsche Bahn de namen en adressen van de websitehouders moest verschaffen. Een bevel tot afgifte van de namen en adressen van andere gebruikers van de website, met name bezoekers, vond hij te ver gaan. De voorzieningenrechter overwoog dat het raadplegen van de website op zichzelf geen onrechtmatig handelen opleverde. In hoger beroep bevestigde het Hof Amsterdam dit vonnis onder verwijzing naar de E-commerce Richtlijn en het inmiddels aanhangig gemaakte wetsvoorstel tot implementatie ervan.<sup>96</sup> Ook hyperlinks op andere websites naar de sabotage-informatie moesten op last van de rechter door de desbetreffende internet service provider worden verwijderd.<sup>97</sup>

De internet service provider Lycos verzette zich er tot en met de Hoge Raad tegen de naam en het adres van een van zijn cliënten te noemen, die op zijn website anoniem een postzegelhandelaar een oplichter had genoemd. Dat had het hof onrechtmatig bevonden en het had de eis toegewezen dat Lycos de naam van de websitebeheerder noemde. In cassatie voerde Lycos aan dat een hosting provider in een democratische samenleving een aan de vrije pers vergelijkbare rol speelt, waarbij een

<sup>91</sup> CBB 5 december 2001, *Mediaforum* 2002-4, nr. 15. Zie ook G.A.I. Schuijt, 'De eerste toets van een persfusie', *Mediaforum* 2002-3, p. 77.

<sup>92</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 1020).

<sup>93</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 29 692, nr. 2.

<sup>94</sup> Richtlijn nr. 2000/31 EG van het Europese parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000, *PbEG* L 178, ook wel Richtlijn inzake elektronische handel.

<sup>95</sup> Wet van 13 mei 2004, *Stb.* 2004, 210, in werking getreden op 30 juni 2004.

<sup>96</sup> *Vzr.* Rb. Amsterdam 25 april 2002, *Mediaforum* 2002-6, nr. 24; Hof Amsterdam 7 november 2002, *Mediaforum* 2003-1, nr. 6; zie ook A.H. Ekker, 'Anonimiteit en uitingsvrijheid op het internet. Het onthullen van identificerende gegevens door internetproviders', *Mediaforum* 2002-11/12, p. 348-351.

<sup>97</sup> *Vzr.* Rb. Amsterdam 20 juni 2002, *LJN* AE4427.

vergelijkbaar verschoningsrecht behoort. De Hoge Raad nam in aanmerking dat een hosting provider een faciliterende rol vervult bij verspreiding van informatie via het internet, maar dat zijn rol niet gelijk gesteld kan worden aan en evenmin vergelijkbaar is met die welke de pers in een democratische samenleving vervult. Via een website verspreide informatie kan niet gelden als informatie die door de websitehouder aan de hosting provider is toevertrouwd.<sup>98</sup> Een en ander wil niet zeggen dat het vorderen van dergelijke gegevens niet met waarborgen omgeven dient te zijn. Er mag volgens de Hoge Raad niet lichtvaardig worden voorbijgegaan aan het belang van de vrije meningsuiting waaronder in bepaalde gevallen het belang van de websitehouder zijn mening anoniem te kunnen uiten.

De journaliste Karin Spaink plaatste op haar website fragmenten uit geschriften van de Church of Scientology ter illustratie van een relaas waarin zij de praktijken van Scientology aan de kaak stelt. In de vorige Kroniek meldde ik daarover dat de Rechtbank De Haag de internet service provider niet aansprakelijk achtte voor de schending van het auteursrecht, maar dat hij niettemin op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt gehouden is, zijn medewerking te verlenen en adequate maatregelen te nemen als hij ervan in kennis wordt gesteld dat een van de gebruikers van zijn computersysteem door middels van diens homepage auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt.<sup>99</sup> Dit werd bevestigd door Hof Den Haag, waarover verderop meer.<sup>100</sup>

Het Hof Arnhem oordeelde in hoger beroep, evenals eerder de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Almelo, het verzenden van grote hoeveelheden ongewenste e-mail naar leden van de Tweede Kamer als hinderlijke spam onrechtmatig.<sup>101</sup> De Hoge Raad bepaalde dat internetprovider Xs4all spam van haar netwerk mag weren en geen wettelijke vervoersplicht heeft. Aanleiding tot dit arrest was de verzending van grote hoeveelheden commerciële e-mailberichten naar abonnees van Xs4all door het bedrijf Ab.Fab. Indien iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van de computercapaciteit, transmissiecapaciteit en het klantenbestand van een provider handelt hij onrechtmatig tegenover die provider behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, aldus de Hoge Raad. Ab.Fab. beriep zich op het recht op uitingsvrijheid als rechtvaardigingsgrond. Dit verweer trof geen doel omdat dit grondrecht volgens de Hoge Raad in beginsel niet dient ter rechtvaardiging van een inbreukmakend gebruik van een goed waarop een ander exclusieve rechten heeft.<sup>102</sup>

## Rechtspraak inzake ongeoorloofde publicaties

De Hoge Raad casseerde een arrest van het Hof Den Bosch waarin een vrouw werd veroordeeld wegens racistische beledigingen, die via de radio waren uitgezonden. De vrouw was door een radiojournalist geïnterviewd voor een niet-rechtstreekse uitzending. Tijdens het gesprek schrok zij van haar eigen uitlatingen. Toen het gesprek was opgenomen had zij tegen de journalist bij herhaling en duidelijk gezegd dat zij niet wilde dat het gesprek werd uitgezonden. Dat gebeurde evenwel toch. Het Hof veroordeelde de vrouw omdat zij wist dat haar voor een bevolkingsgroep beledigende woorden zouden worden uitgezonden, zij geen beding had gemaakt de opname te mogen fiatteren en een algemeen correctierecht geen steun vindt in het recht. Dit oordeel wordt gecasseerd. De Hoge Raad overwoog dat het opzet in de desbetreffende delictomschrijving niet alleen gericht dient te zijn op het beledigende karakter van de uitlatingen, maar ook op de openbaarheid waarin zij worden geuit. Op het moment waarop haar uitlatingen in de openbaarheid werden uitgezonden, was het opzet van de vrouw daar niet (meer) op gericht.<sup>103</sup>

Voor het overige blijft het oppassen met racistische uitlatingen als men weet dat er ‘pers’ in de zaal is. In twee arresten verduidelijkte de Hoge Raad het begrip ‘openbaarheid’ als element van het strafbare feit aanzetten tot haat op grond van ras e.d.. Ook al is een vergadering niet voor iedereen toegankelijk, als men weet dat er journalisten aanwezig zijn, neemt men de aanmerkelijke kans dat

<sup>98</sup> HR 25 november 2005, *Mediaforum* 2006-1, nr. 1.

<sup>99</sup> Rb. Den Haag 9 juni 1999, *Mediaforum* 1999-7/8, nr 37.

<sup>100</sup> Hof Den Haag 4 september 2003, *Mediaforum* 2003-10, nr. 45.

<sup>101</sup> Hof Arnhem 4 februari 2003, *LJN AF5278*; zie ook V.zr. Rb. Almelo 13 september 2002, *Mediaforum* 2002-11/12, nr. 43.

<sup>102</sup> HR 12 maart 2004, *LJN AN8483*.

<sup>103</sup> HR 30 september 2003, *NJ* 2003, 189; zie daarover ook G.A.I. Schuijt, ‘Interviewer en geïnterviewde’, *Mediaforum* 2005-5, p. 188-195.

daar gedane uitlatingen zullen worden gepubliceerd en ter kennis komen van het publiek, dus dat de uitlatingen ‘in het openbaar’ zijn gedaan. Een en ander moet uiteraard wel bewezen zijn.<sup>104</sup>

Na de zaak Van-Dijke die, zoals ik in de vorige Kroniek meldde, werd vrijgesproken van belediging van homoseksuelen omdat hij zich beriep op zijn godsdienstige overtuiging, beoordeelde het Hof Den Haag uitlatingen van de imam El Moumni in een televisie-interview in samenhang met de overige inhoud van het interview. Daarbij lette het hof met name op de strekking daarvan, omdat context en bedoeling het mogelijk beledigende karakter ervan ontnemen. Ook hield het hof rekening met nuancerings die de imam had geuit in niet-uitgezonden delen van het interview.<sup>105</sup>

De Hoge Raad sprak zich voor het eerst uit over een uitzendverbod. Dat had het hof opgelegd aan Pieter Storms die voor zijn programma Breekijzer weer eens zijn bekende overvaljournalistiek had bedreven. Zijn slachtoffer wist echter de uitzending te voorkomen. Artikel 7 lid 2 Grondwet staat volgens de Hoge Raad aan een dergelijk uitzendverbod niet in de weg. De rechter is daartoe bevoegd met het oog op een effectieve rechtsbescherming als een voorgenomen uitzending onrechtmatig blijkt te zijn. Wel moet een dergelijke maatregel getoetst worden aan artikel 10 lid 2 EVRM. De noodzaak van de maatregel kan pas worden vastgesteld indien met voldoende mate van nauwkeurigheid vaststaat wat de inhoud van het desbetreffende programmaonderdeel is. De Hoge Raad wijdt ook enkele overwegingen aan de vraag of ‘afblokken’ afdoende is om niet meer te kunnen spreken van een portret. Het antwoord is in principe nee. En ‘afblokken’ criminaliseert.<sup>106</sup>

In de zaak-Waterdrinker wees de Hoge Raad een belangrijk arrest voor de vrijheid van de kunst, in het bijzonder de literatuur. In de roman *Danslessen* van Pieter Waterdrinker, een pseudoniem, komen passages voor die een racistische belediging zouden inhouden (‘Maar ja, wat wil je ook met zo’n joodje aan het hoofd’). De rechtbank had de auteur daarvoor veroordeeld, het Hof Amsterdam had hem vrijgesproken. De gewraakte uitlating was volgens het hof een uitlating van een romanfiguur en kon niet worden beschouwd als een uitlating van de verdachte. Dit oordeel is volgens de Hoge Raad onjuist. Niettemin kan aan een op zichzelf beledigende uiting in een roman het beledigend karakter worden ontzegd, o.m. omdat zij in de context van de roman gelezen moet worden. Om die reden liet de Hoge Raad de vrijspraak in stand.<sup>107</sup>

In dit verband mag nog gewezen worden op een vonnis in kort geding over de roman *De gelukkige huisvrouw* van Heleen van Rooijen. Daarin komt een psychiater Beau van Kooten voor. Eiser, psychiater Marcel van Kooten, stelde te merken, dat hij zowel privé als in zijn praktijk met de romanfiguur geassocieerd werd en daarvan last ondervond. De President van de Rechtbank oordeelde dat voor een roman andere maatstaven moeten worden aangelegd dan voor een krantenartikel of een boek waarin feitelijke gebeurtenissen worden beschreven. Het is een veel voorkomend en moeilijk te vermijden verschijnsel dat een romanfiguur de naam draagt van werkelijk bestaande personen en dat aldus associaties ontstaan die tot (vaak flauwe) grappen aanleiding geven. In het algemeen levert dit echter geen aantasting van de goede naam van die persoon op. Dat was ook hier niet het geval. Het kan onder omstandigheden anders zijn, wanneer met de naamskeuze beoogd wordt een bepaalde persoon belachelijk te maken, maar daarvan blijkt *in casu* onvoldoende.<sup>108</sup>

Over de spanning tussen de informatievrijheid en de rechten van intellectuele eigendom in het bijzonder is er de afgelopen jaren in Nederland niet alleen veel geschreven, maar zijn er ook gedingen gevoerd. Kernvraag is steeds of de beperking die het auteursrecht van de een oplegt aan de uitingsvrijheid van de ander zich verdraagt met de beperkingsclausules van art. 10 lid 2 EVRM. Dat die vraag legitiem is bleek uit een zaak uit 1994, toen op een krantenfoto van een geïnterviewde persoon tevens een beeldhouwwerk werd vertoond en ook toen in 1998 het dagblad Het Parool, zich beroepende op de informatievrijheid, zonder toestemming van de auteursrechthebbers twee nieuw gevonden pagina’s van het dagboek van Anne Frank publiceerde. In beide gevallen woog de rechter

---

<sup>104</sup> HR 29 mei 2001, *LJN* AB1817 en AB1818 en na verwijzing Hof Amsterdam 11 september 2003, *LJN* AK8302; zie ook: M.M. Dolman, ‘Wie bakt ze bruiner? Openbaarheid en opzet in het geval van opruiing en belediging’, *Mediaforum* 2002-1, p. 15-18.

<sup>105</sup> Hof Den Haag 18 november 2002, *Mediaforum* 2003-3, nr. 14.

<sup>106</sup> HR 2 mei 2003, *Mediaforum* 2003-6, nr. 30.

<sup>107</sup> HR 9 oktober 2001, *Mediaforum* 2001-11/12, nr. 42.

<sup>108</sup> Pres. Rb. Amsterdam 23 augustus 2001, *Mediaforum* 2001-11/12, nr. 46.



het belang van het auteursrecht af tegen het belang van de informatievrijheid.<sup>109</sup> Ook de Hoge Raad had in het Dior/Evora-arrest een dergelijke belangenafweging in beginsel niet uitgesloten.<sup>110</sup> Maar in al deze gevallen was aan het belang van het auteursrecht toch voorrang gegeven.

Dat was anders in de hierboven al genoemde Scientology-zaak. Daarin had het Hof Den Haag geoordeeld dat Karin Spaink, die de teksten van het genootschap op haar website had gezet, zich niet kon beroepen op het citaatrecht, omdat niet voldaan was aan de voorwaarde daarvoor in de Auteurswet, dat de geschriften rechtmatig openbaar gemaakt waren. Het Hof kwam wel tegemoet aan de klacht van Spaink dat de uitoefening van het auteursrecht door Scientology in strijd was met artikel 10 EVRM. De door Spaink beoogde informatieverstrekking over de gang van zaken bij Scientology werd ondersteund en geloofwaardig gemaakt door de citaten uit de geschriften. Onder die omstandigheden moest het auteursrecht van Scientology wijken voor het belang van informatieverstrekking ex artikel 10 EVRM van Spaink.<sup>111</sup> Nadat de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade bij de Hoge Raad had geconcludeerd trok Scientology de cassatieklacht in. Kennelijk zag zij er geen brood meer in. Dat is niet alleen de gedaagden op kosten jagen, maar ook de belangstellende jurist teleurstellen, die zou willen weten of de Hoge Raad de interessante conclusie van de Advocaat-Generaal zou hebben gevolgd. Volgens Verkade kon Spaink zich wél op het citaatrecht beroepen, omdat de geciteerde stukken naar zijn mening wel rechtmatig openbaar gemaakt waren, maar voor het geval de Hoge Raad die conclusie niet zou delen had hij met een overvloed aan argumenten geconcludeerd dat dán de opvatting van het hof in stand moest blijven dat in dit geval het auteursrecht zou moeten wijken voor de informatievrijheid.<sup>112</sup> Toch maar lezen die buitengewoon informatieve, maar vooral ook boeiende conclusie!

Ook in Nederland is uiteraard met grote belangstelling kennis genomen van het arrest van het EHRM in de zaak van Caroline von Hannover tegen Duitsland.<sup>113</sup> Het Hof heeft daarin een zwaar accent gelegd op de bescherming van bekende persoonlijkheden tegen opdringerige media, overigens zonder iets af te doen van het belang van de informatievrijheid. Wel dient bij inbreuken op de persoonlijke levenssfeer de vraag te worden gesteld of de publicatie een bijdrage levert aan het publieke debat en niet de enkele bevrediging van een (ongezonde) nieuwsgierigheid van het publiek beoogt.

De vraag is uiteraard in hoeverre dit arrest ook gevolgen heeft voor de rechtspraak in het eigen land. In mijn annotatie heb ik erop gewezen dat de Nederlandse rechter in een dergelijk conflict tussen privacybescherming en informatievrijheid álle omstandigheden van het geval (dus niet alleen of er een bijdrage geleverd wordt aan het publiek debat) pleegt te betrekken in zijn belangenafweging, dus ook de vraag of en in welke mate inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer. Niettemin zei ik te verwachten dat de Nederlandse rechter met name strenger zal gaan optreden tegen de zogenaamde roddelbladen en met name tegen het stalken en anderszins hinderlijk volgen.<sup>114</sup> Daarbij speelt dan vooral de vraag of en in hoeverre de rechter de zaak Caroline von Hannover, die zoals het EHRM vaststelde geen enkele officiële functie vervult in het prinsdom Monaco, een-op-een kan toepassen op bijvoorbeeld de kroonprins, die als troonopvolger nu juist wel een publiekrechtelijke status heeft, maar uiteraard ook recht heeft op bescherming van zijn privéleven.

Een opmerkelijk voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Amsterdam in een zaak van de kroonprins Willem-Alexander, zijn vrouw Máxima en zijn dochttertje Amalia tegen het weekblad Privé van voorjaar 2006. Het blad had foto's betrokken van een Italiaanse paparazzo, die met een telelens foto's van hen had geschoten toen zij zich op een afgelegen strandje nabij hun Italiaanse vakantieverblijf Porto Ercole ophielden. Niet zozeer dat de rechtbank de publicatie van deze foto's een ongeoorloofde inbreuk vond op de persoonlijke levenssfeer van de kroonprins en zijn gezin is opmerkelijk, als wel de sanctie die het blad kreeg opgelegd, te weten een verbod voor een periode van twee jaar om inbreuken te maken op het recht van de kroonprins en zijn gezin op bescherming van

---

<sup>109</sup> Rb. Amsterdam 19 januari 1994, *AMI* 1994-3, p. 51-52; Hof Amsterdam 8 juli 1999, *AMI* 1999-7, p. 116-120.

<sup>110</sup> HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 682.

<sup>111</sup> Hof Den Haag 4 september 2003, *Mediaforum* 2003-10, nr. 45.

<sup>112</sup> Conclusie bij HR 16 december 2005, *LJN* AT2056.

<sup>113</sup> EHRM 24 juni 2004, Von Hannover t. Duitsland, *Mediaforum* 2004-7/8, nr. 27.

<sup>114</sup> G.A.I. Schuijt, noot onder EHRM 24 Juni 2004, *Mediaforum* 2004-7/8, p. 260-262. Zie ook de annotatie van E.J. Dommering in *NJ* 2005, 22.

hun persoonlijke levenssfeer door het zonder toestemming openbaar maken van hun portretten indien en voor zover die openbaarmaking niet voortspuit uit hun publieke functioneren, een en ander behoudens indien sprake is van een maatschappelijk relevante privé-aangelegenheid en de publicatie daarover op rechtmatige wijze een bijdrage levert aan een publiek debat.<sup>115</sup>

Een dergelijk algemeen verbod staat nogal haaks op de rechtspraak dat een publicatieverbod tamelijk nauw omschrijft wat verboden is, zie het hierboven vermelde arrest van de Hoge Raad in de Breekijzerzaak. Het ongenueanceerde verbod staat ook haaks op een vonnis in kort geding van de Voorzieningenrechter in Den Haag terzake van een algemeen fotografeerverbod, dat de gemeente Wassenaar had uitgevaardigd voor een grote cirkel rond de villa die de kroonprins in 2003 in die gemeente zou betrekken. De gemeentelijke verordening werd door de voorzieningenrechter buiten werking gesteld onder verwijzing naar het recht op vrijheid van nieuwsgaring, zoals dat door de Grondwet en het EVRM wordt gegarandeerd.<sup>116</sup>

## Vrijheid van nieuwsgaring

Met het Wassenaarse fotografeerverbod waren we al beland bij de vrijheid van nieuwsgaring, waarop de verordening een inbreuk maakte. Nadat de minister van justitie in 2000 al had verklaard in Nederland geen behoefte te hebben aan een wettelijke regeling van de journalistieke bronbescherming – zie de vorige kroniek – liet ook de staatssecretaris voor mediazaken in 2001 een dergelijk geluid horen. De bewindsman refereerde daarbij aan een rapport van een Commissie-Verschoningsrecht, ingesteld door het Genootschap van Hoofdredacteuren en de Nederlandse Vereniging van Journalisten, die in dat jaar concludeerde dat wetgeving niet nodig is, gezien de bestaande jurisprudentie, het Goodwin-arrest van het EHRM en het arrest-Van den Biggelaar van de HR.<sup>117</sup>

Over de beslissing van het Hof Amsterdam in 2000 om de journalist Voskuil te doen gijzelen totdat hij de bron van zijn informatie zou noemen – zie de vorige kroniek – is een klacht in Straatsburg ingediend wegens schending van art. 10 EVRM. De verwachting is dat de beslissing van het Hof nog in de eerste helft van 2006 af komt.

Nog een opmerkelijk geval in de Nederlandse rechtspraak is de beslissing van Hof Amsterdam in een civiele procedure, dat het roddelblad de naam moest noemen van de fotograaf van wie het een naaktfoto van de zangeres Karin Bloemen had betrokken. Voor dit soort gevallen zou de bronbescherming van de journalist niet dienen. Helaas is het blad niet in cassatie gegaan.<sup>118</sup>

Bronbescherming van journalisten strekt zich ook uit tot materiaal waardoor de identiteit van de bron van een journalist zou kunnen worden achterhaald. Na het EHRM in de zaken Roemen en Schmit vs. Luxemburg en Ernst e.a. tegen België, sprak de Hoge Raad zich in vergelijkbare zin uit. Het dagblad De Telegraaf had gepubliceerd over een computerinbraak bij een internet-serviceprovider door zogenaamde hackers. Het blad had informatie daarover verkregen via een zipschijf en werd door het Openbaar Ministerie bevolen die zipschijf af te staan ter inbeslagneming. Met het Openbaar Ministerie werd evenwel overeengekomen dat de schijf bij een notaris zou worden gedeponereerd in afwachting van een beslissing op het bezwaar dat De Telegraaf zou maken tegen de gedwongen uitlevering. De Rechtbank besliste dat het bevel tot uitlevering van de zipschijf getoetst diende te worden aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en het was aan het Openbaar Ministerie aan te tonen dat het die toets kon doorstaan. Het Openbaar Ministerie vond dat de rechtbank er van moest uitgaan dat het volgens die normen handelde tenzij het tegendeel bewezen was. Nee, besliste de Hoge Raad, het Openbaar Ministerie dient de noodzakelijkheid aan te tonen.<sup>119</sup>

Nog strenger was de Hoge Raad toen een Rechter-Commissaris (onderzoeksrechter) bij het links radicale blad *Ravage* bevel had gegeven tot huiszoeking en inbeslagneming van allerlei redactiebescheiden, tot aan de abonnementenadministratie aan toe. De Rechter-Commissaris was op zoek naar een brief die bij de redactie was binnengekomen waarin de actiegroep *Earth Liberation*

<sup>115</sup> Rb. Amsterdam 29 maart 2006, *Mediaforum* 2006-4, nr. 13 (m. nt. G.A.I. Schuijt).

<sup>116</sup> V.zr. Rb. Den Haag 6 augustus 2003, *KG* 2003, 196; zie ook G.A.I. Schuijt, *Inzoomen op de Eikenhorst*, Den Haag; Boom Juridische Uitgevers 2004.

<sup>117</sup> EHRM 27 maart 1996, *NJ* 1996, 577; HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 578; *Kamerstukken II* 2001/02, 28161, nr. 1; het rapport van de commissie Verschoningsrecht is te vinden op [www.villamedia.nl](http://www.villamedia.nl)

<sup>118</sup> Hof Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004-10, nr. 35.

<sup>119</sup> HR 8 april 2003, *NJ* 2004, 188.

*Front* schrijft verantwoordelijk te zijn voor drie bomaanslagen die kort ervoor waren gepleegd. In een civiele procedure om de schade vergoed te krijgen besliste de Hoge Raad onder verwijzing naar art. 10 EVRM en de Goodwin-zaak, dat een inbreuk op de vrijheid van nieuwsgaring moet voldoen aan de beperkingsclausules van art. 10 lid 2. Huiszoeking bij een journalist vindt de Hoge Raad een ingrijpende maatregel, mede omdat daardoor toegang kan worden verkregen tot andere, door art. 10 EVRM beschermde gegevens, waarover de journalist beschikt. Derhalve is het in beginsel aan de Staat om gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat deze inbreuk noodzakelijk was.<sup>120</sup>

Het begrip klokkenluider is een variant van het Engelse *whistleblower*. Daarmee wordt bedoeld op het verschijnsel dat ambtenaren of werknemers die aan buitenstaanders informatie verschaffen over misstanden waarop zij in de uitoefening van hun functie zijn gestuit of over andere zaken, waarvan zij kennelijk vinden dat zij in de openbaarheid behoren te komen. Minder deftig gezegd: het zijn lieden die ‘lekken’ naar journalisten in het vertrouwen dat deze hun ‘bron’ niet bekend zullen maken. Om dit verschijnsel tegen te gaan is een wijziging van de ambtenarenwet ingevoerd. Uitgangspunt is dat misstanden of vermoedens daarvan altijd intern aan de orde worden gesteld. Als een ambtenaar zoiets bij zijn chef meldt, dient deze de gemelde misstand of het vermoeden daarvan onmiddellijk en te allen tijde door te geleiden naar de hoogste ambtelijke top binnen de organisatie. Tegen de ambtenaar kunnen dan geen maatregelen worden genomen. Als een ambtenaar echter direct naar buiten treedt – lees: naar de media lekt – dan loopt hij het risico dat hem plichtsverzuim zal worden verweten.<sup>121</sup> In die zin wil de wet ‘lekken’ naar de media voorkomen. Een vergelijkbare wetwijziging ten aanzien van werknemers wordt voorbereid.

Lezenswaardig in meer dan één opzicht is tenslotte een vonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen. De uitsluiting van een journaliste die op een persconferentie van de minister-president onwelgevallige vragen had gesteld, werd in strijd geacht met de vrijheid van nieuwsgaring.<sup>122</sup>

## Reclamerecht

Het Burgerlijk Wetboek, dat tot dan uitsluitend bepalingen inzake misleidende reclame bevatte, werd aangepast aan richtlijn 97/55/EG inzake vergelijkende reclame. De artikelen 6:194 t/m 6:196 werden gewijzigd en een nieuw artikel 6:194a werd geïntroduceerd. Vergelijkende reclame is onder bepaalde voorwaarden niet langer onrechtmatig. Zij mag bijvoorbeeld niet misleidend zijn of kleinerend met betrekking tot producten van een concurrent.<sup>123</sup>

De Hoge Raad sprak zich uit over de betekenis van art. 10 EVRM in een geval van misleidende reclame voor pampers. Hij oordeelde dat de bescherming van artikel 10 EVRM zich in beginsel ook uitstrekt tot reclame-uitingen, maar dat de staten een ruime beoordelingsvrijheid hebben wat betreft de noodzaak van beperkingen. De bewijslastverdeling ex artikel 6:195 BW, op grond waarvan de producent zijn superioriteitsclaim dient te bewijzen is volgens de Hoge Raad toelaatbaar ter bescherming van de rechten van derden, *in casu* de concurrent, als bedoeld in lid 2 van art. 10 EVRM. Ook een verbod en een rectificatie zijn gerechtvaardigd.<sup>124</sup>

De relatie tussen reclame en vrijheid van meningsuiting kwam eveneens aan de orde toen een regionale omroep een reclamespotje voor een controversieel boek weigerde uit te zenden. In de Nederlandse grondwet zijn reclameboodschappen in art. 7 lid 4 uitgesloten van de bescherming door de vrijheid van meningsuiting, maar de vraag is of dat ook opgaat voor ideële reclame en reclame voor producten die wél door de grondwet worden beschermd, boeken bijvoorbeeld. Daarnaast rekent het EHRM ook commercial speech in beginsel tot de bescherming van artikel 10 EVRM. Maar het is ook de vrijheid van een omroep om een bepaalde reclame te weigeren. Daarop kan onder omstandigheden een uitzondering gemaakt worden als bijvoorbeeld een omroep een monopoliepositie inneemt. In het

---

<sup>120</sup> HR 2 september 2005, *Mediaforum* 2005-10, nr. 31.

<sup>121</sup> Wet van 23 januari 2003, *Stb.* 2003, 60, in werking getreden op 1 mei 2003.

<sup>122</sup> GEA Ned. Antillen 26 januari 2004, *Mediaforum* 2004-3, nr. 12.

<sup>123</sup> Wet van 28 maart 2002, *Stb.* 2002, 187 in werking getreden op 12 april 2002.

<sup>124</sup> HR 15 januari 1999, *Mediaforum* 1999-3, nr. 15.

onderhavige geval waren er voor de promotie van het boek nog andere mogelijkheden, ook via de radio, over.<sup>125</sup>

Wat betreft de sluikreclameregels is het Nederlandse regime voor commerciële omroepen soepeler dan voor de publieke omroep. Maar het regime valt ook niet samen met dat van de EG-Televisierichtlijn. In sommige opzichten is de Mediawet volgens de Afdeling Bestuursrechtspraak strenger voor in Nederland gevestigde omroepen en mag zij dat ook zijn.<sup>126</sup> De Tweede Kamer was weer eens niet gelukkig met een wettelijke regeling en nam dus weer prompt een motie aan dat Nederlandstalige commerciële zenders, die hier gevestigd zijn (SBS6, Net5 en Talpa) benadeeld worden ten opzichte van (ook) Nederlandstalige (vooralsnog) buitenlandse zenders als RTL 4 en RTL 5. Het wordt onwenselijk geacht dat zij op dezelfde markt concurreren, maar niet onder dezelfde voorwaarden. Dat moet bij de eerstvolgende wijziging van de Mediawet worden gelijk getrokken.<sup>127</sup>

Vermeldenswaard zijn nog twee kort gedingen waarin reclame-uitingen werden verboden, waarin premier Jan Peter Balkenende figureerde. De ene was een softpornografische op een website, de andere toonde de kleuter 'J-Peetje' die cadeautjes voor Moederdag kocht bij de Kijkshop. De vraag is of het verbod wel in overeenstemming is met een arrest van de Hoge Raad uit 1997, waarin ons hoogste rechtscollege uitsprekt men zich in beginsel kan verzetten tegen het gebruik van zijn portret in een reclame-uiting, maar daar wel de voorwaarde aan verbindt dat de geportretteerde door het publiek geassocieerd zal worden met het product of de dienst dat wordt aangeprezen, waarbij het publiek ervan zal uitgaan dat het gebruik niet zal zijn geschied zonder toestemming van de geportretteerde en de opname in de reclame-uiting zal opvatten als een blijk van publieke ondersteuning van het product of de dienst.<sup>128</sup>

Venekatte bepleitte in haar dissertatie in 2002 een wettelijke status voor de Reclame Code Commissie. De regering zal hiertoe echter geen initiatief nemen. De minister van Justitie noemde de Reclame Code Commissie een geslaagd product van zelfregulering is. Hij is van mening dat uit het proefschrift niet af te leiden valt dat de RCC zodanig functioneert dat een wettelijke regeling geboden is. De aanbevelingen in het proefschrift strekken eerder tot verbetering van het huidige stelsel, met name op het punt van kwaliteit en consistentie van uitspraken.<sup>129</sup>

## Literatuur

De belangrijkste dissertaties op het gebied van het mediarecht in de afgelopen periode waren (met tussen haakjes de universiteit waar het proefschrift werd verdedigd): L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving* (Universiteit van Amsterdam), Amsterdam: Cramwinckel 2002; E. Venekatte, *Open normen in de reclame. Een onderzoek naar de uitspraken van de Reclame Code Commissie, haar College van Beroep en de rechter in de periode van 1982 tot 2000*, (Technische Universiteit Twente) 2002; P. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht* (Universiteit van Tilburg), Den Haag: Boom Juridisch 2002; N. Helberger, *Controlling Access to Content: Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting* (Universiteit van Amsterdam), Den Haag: Kluwer Law International 2005; L.H.A. Lichtenberg, *Dilemma's in het persbeleid van de overheid* (Universiteit van Amsterdam), 2005; E.J. Daalder, *Toegang tot*

---

<sup>125</sup> V.zr. Rb. Utrecht 25 januari 2005, *Mediaforum* 2005-4, nr. 17 met een uitvoerige annotatie van L. Dragstra over deze problematiek.

<sup>126</sup> ABRvS 3 augustus 2005, *Mediaforum* 2005-9, nr. 29.

<sup>127</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 303000 VIII, nr. 65; *Handelingen II* 13 december 2005, p. 2269.

<sup>128</sup> V.zr. Rb. Amsterdam 6 oktober 2004, LJN AR3419; Rb. Amsterdam 2 februari 2005, *Mediaforum* 2005-3, nr. 9 met uitvoerige annotatie van D.J.G. Visser; HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661. Zie ook G.A.I. Schuijt, 'Kroniek van het Nederlands mediarecht 1995-1998', *A&M* 1998-3, p. 223.

<sup>129</sup> E. Venekatte, *Open normen in de reclame. Een onderzoek naar de uitspraken van de Reclame Code Commissie, haar College van Beroep en de rechter in de periode van 1982 tot 2000* (diss. TU Twente), 2002; *Aanhangsel Handelingen II* 2001/02, nr. 1392.

*overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid* (Universiteit Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005; L.R. van Harinxma thoe Slooten, *Toegang tot het recht in perszaken* (Universiteit van Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006 en A.H. Ekker, *Anoniem communiceren. Van drukpers tot weblog. Een onderzoek naar de grondrechtelijke bescherming van anonieme openbare communicatie* (Universiteit van Amsterdam), 2006.

Andere belangrijke publicaties zijn: A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht. Een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001; A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Cramwinckel 2003; S. ten Hoove, *Grenzen in de journalistiek. Uitspraken Raad voor de Journalistiek 1987-2003*, Amsterdam: Cramwinckel 2003; Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Medialogica. Over het krachtenveld tussen burgers, media en politiek* (Advies nr. 26), Den Haag: RMO 2003; Raad voor het Openbaar Bestuur, *Politiek en media, pleidooi voor een LAT-relatie*, Den Haag ROB 2003; M. Dellebeke & J.J.C. Kabel (red.), *Omroep & commercie 2000-2002. Adviezen, beschikkingen, uitspraken, beleidslijnen, wet- en regelgeving*, Amsterdam: Cramwinckel 2003; F.C. van Uden, *Whistleblowers en klokkenluiders. De rechtspositie van werknemers en ambtenaren in de VS, het Verenigd Koninkrijk en Nederland*, Den Haag: Sdu 2003; A. Berenboom e.a., *Censuur. Referaten van het colloquium van 16 mei 2003*, Brussel: Larcier 2003 (met bijdragen voor Nederland van E.J. Dommering en G.A.I. Schuijt); R.H. van den Hoogen, A.R. Lodder, M. van der Linden-smith (red), *Jurisprudentie internetrecht*, Deventer: Kluwer 2003; Gerard Schuijt & Dirk Visser, *Portretrecht voor iedereen*, Amsterdam: Mets en Schilt 2003; H. Wijfjes, *Journalistiek in Nederland 1850-2000. Beroep, cultuur, organisatie*. Amsterdam: Boom 2004; L. Dragstra, N.A.N.M. van Eijk, A.W. Hins en M.J. Konert, *Publieke omroep in de regio. Onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid bij provinciale financiering*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2004; G.A.I. Schuijt, *Inzoomen op De Eikenhorst. Over maken en openbaar maken* (Afscheidscollege Universiteit Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004; G.A.I. Schuijt, *Laat de klok maar luiden en andere korte stukken over vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Focus op functies: uitdagingen voor een toekomstbestendig mediabeleid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2005; N.A.N.M. van Eijk, L.F.Asscher, N.Helberger & J.J.C.Kabel, *De regulering van media in internationaal perspectief* (achtergrondstudie voor het WRR-rapport); A.L.J. Janssens & A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2005; N.A.N.M. van Eijk, *Zoekmachines: Zoekt en gij zult vinden? Over de plaats van zoekmachines in het recht* (oratie UvA), Amsterdam: Cramwinckel 2005; J.J.C. Kabel, *Rechter en publieksopvattingen: Feit, fictie of ervaring? Over de beoordeling door de rechter van commerciële communicatie* (oratie UvA), Amsterdam: Cramwinckel 2005; J.A.. Peters, *Vrijheid van meningsuiting. De betekenis van een grondrecht in tijden van spanning* (preadvies), Deventer: Kluwer 2006; G.A.I. Schuijt, *Vrijheid van nieuwsgaring*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006 en M. de Cock Buning, *De mediamachine. Een zevenkoppig monster* (oratie Utrecht), Amsterdam: Cramwinckel 2006.

*Afgesloten mei 2006*