

EEN TIROOLSE POLITIEMAN OF EEN TIROOLSE PRIVÉ DETECTIVE?
Over het *internet* en het mediarecht
Prof. Mr E.J. Dommering

§1.- *Inleiding: het probleem van de regulering van het internet*

- 1.- In dit verkennende artikel zal worden nagegaan in hoeverre de regels die in het mediarecht voor de omroep en de pers zijn ontwikkeld toegepast kunnen en moeten worden op het *internet*. De centrale vraag is of de diensten waarbij openbare informatie op het *internet* wordt aangeboden en de informatiestromen zelf gereguleerd moeten worden en, zo ja, volgens welke regels. Het artikel geeft aan dat de aanbieders van openbare informatie en de openbare uitingen zelf volgens het model van de pers (niet) gereguleerd moeten worden. Er zijn echter verschillen, die vooral schuilen in doordringing van recht en techniek die bij telecommunicatie (en *internet* is daarvan een variant) optreedt. Deze worden in het algemene deel geanalyseerd en in het mediarechtelijke deel telkens gesignaleerd. Het artikel waarschuwt ook voor het te gemakkelijk toepassen van zelfreguleringsconcepten die bij handel en nijverheid wel werken maar bij de uitsvrijheid niet. In dat verband kan ik de lezer vast de betekenis van de titel verklappen. De vraag die daarin wordt gesteld is of een land met conservatieve opvattingen over moraal haar maatstaf aan alle opvraagbare uitingen op het *internet* kan opleggen, of dat dit op slinkse wijze via voor de consument niet zichtbare vormen van zelfregulering zou kunnen.

I.- Historische context

- 2.- Het kenmerk van het *internet* is dat het om een wereldwijd communicatiesysteem van met elkaar verbonden netwerken gaat waar iedereen ongefilterde toegang toe heeft voor alle mogelijke vormen van communicatie (zakelijk/niet-zakelijk, privé/openbaar). Een wereldwijd communicatiesysteem is natuurlijk niet nieuw; het is zo oud als telecommunicatie zelf. Ongefilterde toegang kennen wij van de telefonie; wereldwijde verspreiding van informatie van (satelliet)omroep. Het is daarom van belang het vraagstuk in een historische context te plaatsen.¹ Nieuwe elementen ten opzichte van de oude communicatiesystemen vormen de niet-hiërarchische, niet aan landen gebonden organisatiestructuur en de convergentie van diensten die het vanaf het begin van zijn ontstaan hebben gekenmerkt. Hierin onderscheidt het zich van zijn voorlopers: de telefoondienst en de omroepdienst. Vragen van internationale rechtsmacht en de regulering van elektronische communicatiekanalen hebben zich eerder voorgedaan. Zij hebben echter bij het *internet* een nieuwe dimensie gekregen.
- 3.- Laat ik eerst bij een aantal algemene vraagstukken stilstaan, omdat die terugkeren in het eigenlijke onderwerp van dit artikel: het mediarecht, waarmee bedoeld wordt op de regulering van de aanbieders van openbare informatie en de openbare uitingen op *internet*.

II.- (Tele)communicatie

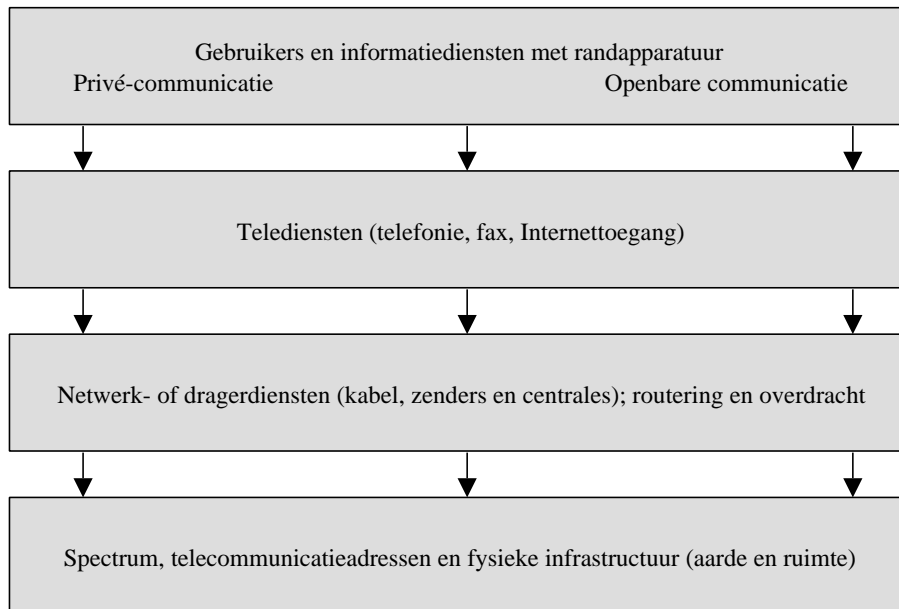
- 4.- Voor de algemene vragen moet een onderscheid worden gemaakt tussen telecommunicatie en communicatie. Dit kan in het onderstaande lagenmodel tot uitdrukking worden gebracht.² In de bovenste laag is schematisch de

¹ Dat gebeurt bijvoorbeeld in E.J. Dommering e.a., *Informatierecht, fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam, Otto Cramwinckel, 2000

² Bron: E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht*, Den Haag: SDU 1999

communicatie tussen eindgebruikers (mensen of computers) weergegeven. De lagen daar onder stellen op een vereenvoudigde manier de lagenstructuur van het telecommunicatiemodel voor. De onderste laag vertegenwoordigt de schaarste factoren die optreden bij de fysieke en logische hulpmiddelen die nodig zijn om een telecommunicatienet te bouwen of, zoals bij *internet*, met elkaar te verbinden.

Figuur 1



- 5.- De twee middelste lagen uit het model in figuur 1 kunnen voor het *internet* als volgt uitgelicht worden:

Figuur 2

Encryptie, TTP's, filters, blocking, navigating, searching, monitoring en tracking, flagging, HTML, WWW, enzovoort
TCP/IP

- 6.- Het TCP/IP-protocol in de onderste laag draagt zorg voor de pakketgeschakelde routing en de door middel van domeinnamen gestuurde adressering. Zij is min of meer in een vrij overleg binnen de universitaire wereld tot stand gekomen, maar geleidelijk aan wereldwijd overgenomen.³ Het vormt ten opzichte van de traditionele circuit geschakelde telecommunicatie een radicale innovatie door het gebruik van de pakketschakeling en het gebezigde protocol. Het TCP/IP-protocol is een open netwerkstructuur waar bovenop alle applicaties (in figuur 2 als bovenste laag aangegeven) kunnen draaien die op hun beurt weer bepalend zijn voor de aard van de communicatie die er over het *internet* gaat. De meest succesvolle applicatie is de HTML taal van het World Wide Web, die het mogelijk maakt onbegrenste hoeveelheden beeld en tekst elektronisch uit te wisselen en aan het eind van de lijn weer in de oorspronkelijke vorm zichtbaar te maken.

³ Voor de geschiedenis van deze informele oorsprong is interessant: Charles H. Ferguson, *High Stakes, No Prisoners*, Santa Clara County: Random House 1999

Deze open architectuur is bepalend voor de grote vrijheid die met het *internet* wordt geassocieerd.⁴ Een bedreiging voor deze vrijheid vormt dat de applicaties voorwerp van intellectuele eigendom zijn en dat dominante partijen proberen langs deze weg machtsposities te bezetten voor essentiële toegangsfuncties. De koppeling van het computerplatform van *Microsoft* aan een eigen *webnavigator* (de inzet van de *Microsoft* zaak) is daarvan een voorbeeld. De steeds nijpender schaarstevragen zetten ook het open karakter van het *internet* zelf onder druk. Ik laat daarover een insider van het eerste uur, Erik Huizer, aan het woord⁵:

'Waar vroeger op het internet een IP-pakket ongestoord van de ene computer naar de andere ging, is dat tegenwoordig niet meer het geval. Meestal zonder dat de gebruiker het weet (of beseft) worden IP-pakketten geopend, geïnterpreteerd, veranderd of zelfs vernietigd. Het netwerk is intelligenter geworden. Lag vroeger de intelligentie alleen bij de eindsystemen, nu is het netwerk ook intelligent en 'denkt mee' met de datastromen die er in omloop zijn. De trend wordt natuurlijk versterkt doordat naast ISP's inmiddels de traditionele telecommaschappijen zich ook op de internetmarkt hebben begeven. (...) Het internet begint daardoor qua architectuur steeds meer trekjes te vertonen van de traditionele telecommunicatienetwerken.'

- 7.- Dit kan niet alleen tot afnemende intransparantie van het *internet* leiden, maar ook tot toenemende controlemogelijkheden zowel op vertrouwelijke als openbare boodschappen. Wij zien dat deze technische beheersing van de manipulatie van data niet alleen op het niveau van de transmissie plaatsvindt, maar in toenemende mate op het niveau van de communicatie zelf. De regulering van de communicatie in de bovenste laag van het telecommunicatiemodel in figuur 1 raakt daardoor meer en meer verweven met de applicatielagen daaronder. De stapeling van applicaties op elkaar ontnemen het horizontale en vrije karakter aan het *internet*, maar tenderen naar een terugkeer naar het oude verticale en controleerbare telecommunicatiemodel.⁶ Wij zien dat de techniek als vorm van regulering haar intrede heeft gedaan in de rechtswetenschap. De nieuwe Auteursrechtlijn van de EU kent een (cryptisch) hoofdstuk over technische beschermingssystemen. Over dit onderwerp wordt al langer gediscussieerd in de auteursrechtwereld.⁷ Techniek zal ook eens een vorm van regulering in het mediarecht worden. Via technische ingrepen in de lagen onder de communicatiehandelingen tussen mensen (de bovenste laag in het model in figuur 1) worden beperkingen in de vrijheid van communiceren ingevoerd die in de *'real world'* onzichtbaar blijven. De voortgang van de telecommunicatie als *Technology of Freedom* gaat gepaard met steeds beter ontwikkelde *Technology of Control*.⁸
- 8.- In de bovenste laag van het model in figuur 1 kan het onderscheid worden gemaakt in een aantal soorten communicatiestromen. Dat kan in het onderstaande model tot uitdrukking worden gebracht:⁹

⁴ Vgl. L. Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books 1999

⁵ Erik Huizer was directeur van het Experisecentrum van SURFnet, de succesvolle Nederlandse variant van het *internet*; geciteerd wordt uit zijn artikel 'Het ongewenste einde van end-to-end *internet*', in: *I & I* 2000-2, 8-14

⁶ Behalve het citaat van Erik Huizer, ook Lessig o.c. noot 4, p. 34-35

⁷ Zie Charles Clark, 'The answer to the Machine is in the Machine', in: P.B. Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, The Hague/London/Boston: Kluwer 1996, p. 139-147; Kamiel Koeman en Natali Helberger, 'Protection of Technological Measures', in: Bernt Hugenholtz (ed), *Copyright and Electronic Commerce*, The Hague/London/Boston: Kluwer 2000, p.165-229

⁸ Zie E.J. Dommering o.c. noot 1, hoofdstuk 24

⁹ Het verkeerspatronenmodel allocutie/registratie/conversatie/consultatie is minder geschikt als aanknopingspunt voor regulering, zie E.J. Dommering o.c. noot 1 r. 22.2

Figuur 3

	Openbaar	Niet openbaar
Zakelijk	Reclame	Transacties
Niet-zakelijk	Meningsuiting	Privé uiting

- 9.- Elk van de kwadranten vergt zijn eigen aanpak, al zijn er overlappingen. De twee linker kwadranten zijn van oudsher het domein van het media- en mededingingsrecht (in enge zin). De twee rechter kwadranten zien op *e-commerce* en private communicaties die het object van onderzoek vormt van enerzijds het handelsrecht en (gereguleerde) commerciële dienstverlening (voor gereguleerde dienstverlening kan men denken aan de vrije beroepen, beursintroductions, loterijen enz.) anderzijds het *privacyrecht*. Het *privacyrecht* heeft in toenemende mate zijn werking in de andere drie kwadranten omdat alle elektronische communicaties zich kenmerken door het vastleggen (achterlaten) van tot de persoon herleidbare gegevens.

III.- Een checklist voor regulering van het *internet*

- 10.- Bij het denken over over (zelf)regulering van het *internet* moeten wij ons bij iedere laag in het telecommunicatiemodel van figuur 1 en binnen ieder kwadrant van figuur 3 de vraag stellen voor wat voor soort regulering het zich leent, of het zich binnen een staatsfeer kan afspelen, en zo ja binnen welke staatsfeer en wat de aanpak moet zijn. Open standaarden in de onderliggende lagen zijn daarbij van groot belang. Het gaat er om vast te stellen wat de vitale elementen in het systeem zijn en waar de zeggenschap daarover behoort te liggen. Daaruit zal vermoedelijk een mix ontstaan wat internationaal gereguleerd moet worden, wat nationaal en waar zelfregulering de voorkeur verdient.
- 11.- Bij het denken over (zelf)regulering moet ook de vraag worden gesteld wat de betekenis is van technische oplossingen als instrument van regulering. Daarbij gaat het er niet alleen om vast te stellen of techniek medebepalend is voor de regulering, maar ook of, en zo ja onder welke voorwaarden, dergelijke vormen van regulering door techniek toegepast mogen worden. De rechtsstaat heeft zich altijd gekenmerkt door een wetbegrip dat doorzichtig en toegankelijk voor de burgers moet zijn, omdat het anders niet mag worden ingezet voor de beperking van menselijk handelen. Moeten wij niet dezelfde transparantie-eisen stellen aan de technische maatregelen die tot doel of gevolg hebben dat menselijke vrijheden worden beperkt?
- 12.- Voorts moet worden vastgesteld waar aan staatsmacht gebonden beheers- en reguleringsinstrumenten vervangen kunnen worden door andere beheers- en reguleringsinstrumenten door in de plaats van de natiestaat tredende virtuele gemeenschappen. Dit vergt ook analyse van de succes en faalfactoren in de internationale omgeving van tot dusver bekende organisatietypen: staten, internationale organisaties, ondernemingen, pressiegroepen, etc. Een voorname vraag is daarbij wat de verantwoordelijkheid van deze gemeenschappen voor de regulering van de communicaties die zich in hun virtuele territorium afspelen is. Een

andere, minstens even belangrijke vraag is in hoeverre bij een (alternatieve) regulering de openbaarheid is verzekerd waarin de democratische waarden van de rechtsstaat tot hun recht komen.

§2.- Mediarecht

- 13.- In het mediarecht kunnen ruwweg drie vragen worden onderscheiden: de toegang tot de communicatiesystemen (en daarmee de communicatiemarkt), de regulering en financiering van de informatiestromen en de vrijheid die openbare uitingen genieten en wie voor de inhoud van de uiting verantwoordelijk kan worden gesteld. Hoewel verdere detaillering mogelijk is, zal ik mij in het navolgende tot deze drie gezichtspunten beperken. Daarbij zal ik te rade gaan bij bestaande Europese regels: de *e-commerce*-richtlijn, de richtlijn Televisie zonder Grenzen en het EVRM. De hiervoor geïntroduceerde modellen vormen een leidraad voor de analyse.

I.- De toegang, rechtsmacht en de mededingingscontrole

- 14.- Het elektronisch medium van de omroep is altijd sterk publiekrechtelijk gereguleerd geweest, met name als het ging om de toegang. De daarvoor gebezigde legitimatie was doorgaans de schaarste van de beschikbare ongeleide transmissiemiddelen (frequenties). Dat is maar betrekkelijk. De taak van de overheid om schaarste te verdelen zegt immers nog niet hoe de overheid dat moet doen en verschaft niet zonder meer een legitimatie om de organisatie en inhoud van de communicatie te reguleren op een wijze zoals dat in Europa voor de publieke omroep gebruikelijk is geworden. Of om in het in termen van figuur 1 te vertalen: de noodzaak om in de onderste laag van het model regulerend op te treden zegt niets over de noodzaak dat in de bovenste laag van het model te doen. De benadering is bij de pers principieel anders geweest. Na de afschaffing van de censuur heeft men de toegang tot de markt van drukpers en uitgevers geheel vrij gelaten, slechts gecorrigeerd door (algemeen of specifiek) mededingingsrecht om dominante machtsposities die bedreigend zouden kunnen zijn voor de pluriformiteit van het informatie-aanbod te bestrijden.
- 15.- De vraag is derhalve of de pers of de omroep het model moet zijn voor de benadering van *internet*. Ik meen dat het de pers moet zijn.¹⁰ Wij zien echter dat dikwijls de fout wordt gemaakt dat de gebezigde communicatietechnologie beslissend wordt geacht: omdat *internet* elektronische informatie-overdracht vormt, wordt gedacht dat het net zo iets is als omroep, omdat omroep ook elektronische informatie-overdracht is. Niet de techniek, maar de sociale betekenis van de vorm van communicatie is beslissend.¹¹ Bij het *internet* gaat het om principieel tweezijdige communicatie waarbij de gebruiker *kiest* om van de informatie kennis te nemen. Die keuze heeft een veel individueler karakter dan iemand die omroepkanalen zapt. Het lijkt toch meer op degene die de videohandel of de boekhandel binnenstapt en daarbinnen zijn keuze maakt. De bescherming die eventueel moet worden geboden ligt meer in de sfeer van de consumentenbescherming tegen 'hard selling' in de privésfeer, zoals bij colportage en minder in de regulering van openbare uitingen. De grenslijn tussen de richtlijn Televisie zonder grenzen en de *e-commerce*-richtlijn loopt daar waar de richtlijn Diensten van de Informatiemaatschappij (98/34) deze heeft gelegd: de individuele opvraagbaarheid van de dienst. Dat plaatst op Europees niveau het informatie-aanbod via *internet* principieel buiten het bereik van het omroeprecht, omdat het telkens gaat om individueel opgevraagde informatie. Dit laat dan nog

¹⁰ Vgl. E.J. Dommering, '*internet*: een juridische plaatsbepaling van een nieuw communicatieproces', in: *Computerrecht* 1996/6, p. 210-220

¹¹ Zie Rodney A. Smolla, *Free Speech in an Open Society*, New York: Arthur Knopf 1992, 327-328

de vraag open in hoeverre de overheid de inhoud van de informatie kan en mag reguleren (waarover hierna), maar een voorwaarde voor de toegang tot het *internet* kan het nooit zijn.

- 16.- Artikel 4 lid 1 van de *e-commerce*-richtlijn verbiedt ieder vergunningstelsel voor het aanbieden van informatie. Artikel 4 lid 2 van de *e-commerce*-richtlijn verwijst naar de telecommunicatie *Vergunningenrichtlijn* (97/13). Artikel 3 van laatstgenoemde richtlijn beperkt de mogelijkheid om een machtiging te eisen voor de toegang van een telecommunicatiedienstverlener tot een telecommunicatienet (dus ook het *internet*). De voorwaarden die bij zo'n machtiging mogen worden gesteld worden beperkt tot de in bijlage opgenomen voorwaarden. De in de bijlage opgenomen voorwaarden hebben een 'telecommunicatie' karakter (zij bewegen zich dus in de middelste twee lagen van het model in figuur 1).
- 17.- Naar mijn mening geldt hetzelfde voor 'real time' radio en straks tv uitzendingen via het *internet*. Zelfs als men het criterium dat de gebruiker de dienst 'ophaalt' niet strikt zou kunnen toepassen, verschilt de dienst niet wezenlijk van de informatiedienst die via een openbare website wordt aangeboden. Geen van de overwegingen om toegangsvergunningen voor omroep te eisen is hier van toepassing.¹²
- 18.- De conclusie is dat het informatie-aanbod via het *internet* EG-rechtelijk valt buiten het traditionele mediarecht. Het *internet* beantwoordt daarmee meer aan het model van de pers.
- 19.- De toegangsvraag gaat er over welke staat rechtsmacht kan en mag uitoefenen over de dienstverlener. Evenals de richtlijn Televisie zonder grenzen is het systeem van de *e-commerce*-richtlijn dat van home control (artikel 3). Dit maakt het van belang om de rechtsmacht van de staat waar de *internet*dienst in het verkeer wordt gebracht te bepalen. Na de laatste wijziging van de Televisie-richtlijn is het algemene vestigingscriterium (het centrum van economische activiteiten) in artikel 2 lid 3 nader gepreciseerd als het hoofdkantoor waar (in de Nederlandse tekst) 'de programmeerbesluiten' worden genomen. Bij meerdere vestigingsplaatsen gaat het om de plaats waar een 'aanzienlijk deel van het bij de omroepactiviteiten betrokken personeel werkzaam is'. Wat precies 'programmeerbesluiten' zijn (welke mate van detaillering voor dat criterium beslissend is) en wat 'omroepactiviteiten' precies zijn (hoeveel van de activiteiten van een omroeporganisatie als eigenlijke omroepactiviteiten kunnen worden aangemerkt) is nog open voor discussie en verdere interpretatie van het Hof.¹³ De *e-commerce*-richtlijn hanteert blijkens overweging 19 (vastgelegd in artikel 2 c van de richtlijn) het algemene vestigingscriterium: daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd vanuit een duurzame vestiging. Dat is niet de plaats waar zich 'de technologie ter ondersteuning van de site bevindt'. Ik citeer het vervolg van de overweging in haar geheel:
'wanneer een dienstverlener verschillende vestigingsplaatsen heeft, is het belangrijk vast te stellen vanuit welke vestigingsplaats de betrokken dienst verleend wordt; wanneer moeilijk kan worden vastgesteld vanuit welke van de vestigingsplaatsen een bepaalde dienst wordt verleend, moet de plaats waar de dienstverlener voor de betrokken dienst het centrum van zijn activiteiten heeft, als de vestigingsplaats worden beschouwd.'

¹² Aldus ook, Laurent Garzaniti, *Telecommunications, Broadcasting and the internet*, London: Sweet & Maxwell 2000, 115-116

¹³ Dat het criterium 'programmeerbesluiten' introduceerde in de zaken C-22/94, Commissie v. United Kingdom [1996], I E.C.R. 4025; zaak C-11/95, Commissie v. België [1996], I E.C.R. 4115; zaak 55/96, VT4 v. Vlaamse Gemeenschap [1997], I E.C.R. 3143; zaken C-34-95, C-35/95 en C-36/95, de Agostini

- 20.- De hier geformuleerde regel zal bij het *internet* tot nog gecompliceerdere situaties aanleiding geven dan bij de omroep. Vast staat dat de vestigingsplaats van degene die de informatie aanbiedt beslissend is. Naar analogie van de omroep zou men kunnen zeggen dat het gaat om de plaats waar degene die de 'programmeerbesluiten' met betrekking tot de website neemt zijn centrum van economische activiteiten heeft. De plaats van de *server* is niet doorslaggevend. Het gaat om de bovenste laag in het model in figuur 1. Moeilijker wordt het wanneer er meer informatiediensten al of niet in combinatie met telecommunicatiediensten tegelijk worden aangeboden, hetgeen het geval kan zijn als er een vorm van packaging plaatsvindt door hetzij een informatie-aanbieder hetzij een service provider. Deze vraag raakt de verantwoordelijkheid van de tussenpersoon en 'portalfuncties', waar ik straks nog op kom. Ook in een ander opzicht kan een analogie met de Televisierichtlijn opduiken, namelijk als het gaat om de vraag of degene die de dienst aanbiedt zich met de details van de webpagina's bemoeit. Ik denk dat het om de redactionele eindverantwoordelijkheid gaat. Als de informatie-aanbieder het onderhoud en actualisering van de site uitbesteedt aan een ander, ontslaat dat de 'webuitgever' niet van de eindverantwoordelijkheid. Als hoofdregel geldt dus dat Playboy Inc. in de VS verantwoordelijk is voor de inhoud van de *website* van Playboy die wereldwijd wordt opgeroepen door tussenkomst van lokale *internet*providers of lokale dochterondernemingen van Playboy, voor zover die er niet eigen redactionele inhoud aan toevoegen.
- 21.- De toegang wordt gereguleerd door het mededingingsrecht. De toezichthouder heeft het hier moeilijker dan bij de uitgevers of de omroepinstellingen, al zijn er natuurlijk parallellen. Ook bij omroep en pers gaat het er immers om horizontale (verbindingen tussen pers en omroep) en verticale (verbindingen tussen inhoud en distributie) in de gaten te houden. Bij het *internet* wordt de toezichthouder meer dan ooit geconfronteerd met de verbinding tussen recht en techniek. De pluriformiteit van het informatie-aanbod wordt immers gestuurd door de applicatielaag in figuur 2 (de naast onderliggende laag van de communicatie: het gaat dus om verbindingen in de twee bovenste lagen in het model in figuur 1). *Browsers*, *navigators* en wat dies meer zij nemen de gebruiker bij de hand om deze te leiden naar door de exploitant van de applicaties gecontroleerd informatie-aanbod. Maar ook op een lager niveau in het model van figuur 1 kunnen distorsies optreden, doordat grote aanbieders verbindingen aangaan met de exploitanten van de grote back bones van het *internet* en aldus de datastromen kunnen gaan manipuleren en selecteren. Het gaat dan om een koppeling met de distributie, maar de verbindingen zijn hier veel complexer en ondoorzichtiger dan bij omroep en pers. Ik wijs op het hiervoor gegeven citaat van Erik Huizer.
- Een ander punt van zorg bij het mededingingstoezicht is wie de '*internet*rechten' op lucratief informatie-aanbod bezit. Daarbij treedt een verdere fragmentatie op van de eenheden waarop rechten rusten. Het *internet* is bij uitstek het medium dat geschikt is voor *sampling* van beeld en geluid.

II.- De regulering van de informatie

- 22.- Pers en omroep kenmerken zich beide door een gecombineerd aanbod van commerciële en redactionele informatie. Een deel van het aanbod wordt gefinancierd uit reclame en *sponsoring* (dat laatste vooral bij de omroep), een deel uit abonnementsgelden (losse verkoop) en omroepbijdragen. Bij de pers heeft zich in de vrije markt de beroepsregel ontwikkeld dat de twee informatiestromen gescheiden dienen te zijn (vormgegeven in een redactioneel statuut en de beroepsethiek van de journalist), bij de omroep wordt dat via een publiekrechtelijk kader afgedwongen. Bij de omroep gaat de overheid in Europa dan nog verder door een publieke dienst te financieren en te reguleren die voor

een democratisch pluriform en cultureel verantwoord informatie-aanbod moet zorgen, uitgaande van de veronderstelling dat de markt dat aanbod niet in voldoende mate zal produceren en dat de (toekomstige) samenleving er mee gebaat is dat het aanbod van die informatie er is, zelfs als het niet in voldoende mate wordt afgenomen. Er zij dus een *Elisabeth concours* op de televisie naast de *Europacup*.

- 23.- Kijken wij eerst naar de commerciële informatie. De nationale regelingen die scherpe publiekrechtelijke normen voorzien van bestuurlijke sancties hebben ontwikkeld voor de scheiding van commercie en redactie bij de publieke omroep hebben hun neerslag gevonden in de Televisierichtlijn: deze verbiedt voor alle omroepen (dus ook de commerciële) sluikeclame te bedrijven en nieuwsrubrieken te sponsoren. De Televisierichtlijn harmoniseert gedeeltelijk datgene wat voor de omroep in de lidstaten op dit vlak in publiekrechtelijke regelingen vastligt. Dit systeem van regulering is niet meer op een medium als *internet* toe te passen. Nieuwe technologie-specifieke regels zullen nieuwe vormen van misleidende en verborgen reclame (metatags, pop ups, hyperlinks, betaling voor hoge vermelding bij zoekmachines) moeten bestrijden. De *e-commerce*-richtlijn bevat in artikel 6 een specifieke regel, maar pakt het probleem niet in den brede aan. Dit artikel stelt slechts dat de commerciële boodschap duidelijk herkenbaar moet zijn. Wellicht dat men deze regel als een aanknopingspunt kan zien voor de ontwikkeling van meer specifieke regels. De richtlijn zelf doet dat niet, omdat zij in artikel 7 slechts het ene specifieke geval regelt dat ongevraagd reclame wordt aan geboden via *e-mail*. Het hele terrein van de *metatags*, etcetera blijft hier braak liggen. Een ander terrein dat ongemoeid wordt gelaten is de toepassing van filtertechnieken. Gebruikers die op hun PC *software* installeren die reclameboodschappen of cookies (een stukje *software* dat door de aanbieder van een dienst op *internet* onzichtbaar bij de gebruiker wordt geïnstalleerd, zodat bij diens bezoek aan de site zijn gedrag beter kan worden gevolgd) moeten weren, ondervinden dikwijls last om toegang tot de dienst te krijgen. Wie de functie 'cookie uit' in zijn *browser* de-activeert zal bemerken dat dat meestal ook betekent dat hij buiten de deur wordt gehouden. Het is niet ondenkbaar dat er regels moeten worden ontwikkeld vergelijkbaar aan die zijn opgenomen in de ISDN *privacy* richtlijn over het aan en uitschakelen van *caller line identification*.¹⁴ De telefoonabonnee kan er voor kiezen dat zijn identiteit niet wordt blootgegeven aan degene die hij opbelt. Dat mag niet verhinderen dat zijn telefoongesprek niet doordringt tot de opgebelde. De in de Televisierichtlijn opgenomen regel om de hoeveelheid reclame die per tijdseenheid wordt aangeboden te beperken is niet op *internet* toe te passen.
- 24.- De pers heeft in de vrije markt een systeem van zelfregulering ontwikkeld om misleidende en door de branche niet gewenste reclame tegen te gaan en om een herkenbare scheiding tussen redactionele en commerciële inhoud te waarborgen.¹⁵ Ik opteer er voor dat voor het *internet* allereerst bij dit model aansluiting wordt gezocht. Dat betekent dat vigerende reclame codes worden aangepast met voor het *internet* specifieke regels, zoals hiervoor aangeduid. Aangezien de organisaties die zich in toenemende mate op het *internet* bewegen (zoals bijvoorbeeld de pers) bij de code zijn aangesloten en handhaving door een branche geschillencommissie aanvaarden, kan de werking zonder moeite worden uitgebreid. Er blijft echter een enorm gat wegens de wereldwijde open toegang voor iedereen. De huidige regelgeving laat niet toe dat de nationale overheid bij wet de plicht oplegt aan informatie-aanbieders of aan *internet service providers* zich bij een reclamecode aan te sluiten. De vrijwillige aansluiting bij een

¹⁴ Zie hiervoor D. Wever, 'Nummeridentificatie', in: *Computerrecht* 2000/1, 20-29

¹⁵ Zie J.J.C. Kabel, mmv L.F. Asscher en E.J. Dommering, 'De commerciële uiting in het Informatierecht', E.J. Dommering, *o.c.* noot 1, hoofdstuk 18

reclamecode kan echter in toenemende mate een ‘*selling point*’ in de concurrentiestrijd worden (‘bezoek mijn *site* want daar wordt reclame en redactie gescheiden’), zoals ISP’s de telecommunicatiediensten die zij aanbieden in toenemende mate op kwaliteit zullen gaan verkopen en daar valt ook onder dat zij ‘*privacy proof*’ zijn.

- 25.- Het vorenstaande laat zien dat bij de (zelf)regulering van de reclame op het *internet* ook een verwevenheid optreedt met de techniek. Een voorbeeld uit de ‘*real world*’ moge dit verduidelijken. De lezer zal bij het weren van reclameboodschappen op de *PC* hebben gedacht aan de code omtrent ongewenste brievenbusreclame. Wie geen ongewenste reclame in de bus wil hebben plakt een sticker op de brievenbus van zijn woning en de postbode zal dan (als de regeling werkt) geen reclamefolders in de bus doen. De regeling van de brievenbusreclame bevindt zich nagenoeg¹⁶ geheel in de bovenste laag van het model van figuur 1, bij de reclame op het *internet* zal men zowel wat betreft de regels (gericht op de specifieke techniek) als wat betreft de techniek (ter ondersteuning van de regel) verder naar beneden in het model moeten afdalen.
26. Een tweede aspect dat onder dit hoofd aan de orde moet komen is de vraag of de overheid een taak heeft om op het *internet* het informatie-aanbod te stimuleren. Bij de pers treedt de overheid soms corrigerend op met generieke of specifieke steunmaatregelen. Bij de omroep gaat dat veel verder door de inzet van subsidie-instrumenten als de omroepbijdrage en de regulering van de aanbodsstructuur van de publieke omroep om de pluriformiteit te waarborgen. Het ligt voor de hand de taak van de overheid hier veeleer te zien in het geheel van het algemene informatie- en cultuurbeleid en veel minder in de sfeer van het specifieke mediabeleid. Dit sluit uiteraard betrokkenheid van de pers en de omroep bij het nieuwe medium niet uit. Er is niets op tegen dat de publieke omroep zich ook van het medium van het *internet* bedient, zoals ook de pers dat doet, zolang er tengevolge van de publieke ondersteuning van de publieke omroep maar geen concurrentievervalsing op deze nieuwe markt optreedt. Mijn verwachting is overigens dat het informatie-aanbod op het *internet* in belangrijke mate flankerend zal zijn aan het informatie-aanbod in de ‘*real world*’. De *business* modellen van *internet* gaan over het algemeen van een gecombineerde exploitatie van informatie in de *real world* en de virtuele wereld uit.¹⁷ *Internet* bewijst ook hier dat het het medium bij uitstek is om de convergentie, die bij de omroep en de pers nooit van de grond is gekomen (zowel door cultuurverschil als door de aanpak van de overheid die de scheiding der compartimenten altijd heeft bevorderd), werkelijk vormgeeft: informatie is een immaterieel goed dat in verschillen *presentatievormen* en volgens verschillende (met elkaar verbonden) *exploitatiemodellen* wordt aangeboden. In de *real world* is het auteursrecht nog altijd het paradigma, in de virtuele wereld is dat een contractueel model of een model dat informatie vrij ter beschikking stelt om de gewenste *network externalities* (waarbij de meerwaarde wordt bepaald door de aantallen gebruikers die in *customer bases* worden opgenomen) te bereiken. De *customer base* wordt gezien als voornaamste *asset* van de nieuwe economie en *internet* als het voornaamste instrument om haar te maken. Op dit punt zien wij ook het auteursrecht en het *privacy*recht samensmelten.¹⁸

¹⁶ Nagenoeg: Als de posterijen de code onderschrijven houden zij er bij de bezorging (de laatste fase in de postdienst) rekening mee. Er is dus ook regulering die ingrijpt in de lagen onder de communicatielaag in het model in figuur 1.

¹⁷ Ik wijs op de interessante analyses van Carl Shapiro & Hal. R. Varian, *Information Rules, a Strategic Guide to the New Economy*, Boston Massachusetts: Harvard Business School Press 1999.

¹⁸ Vgl. ook Lee A. Bygrave en Kamiel J. Koelman, ‘Privacy, Dataprotection and Copyright: Their Interaction in the Context of Electronic Management Systems’, in: Bernt Hugenholt 2000, *o.c* noot 6, 59- 125

III.- De inhoud van de uitingen en de verantwoordelijkheid daarvoor: de Tirolse politiemans

- 27.- Hoe zit het met de inhoud van de uitingen? Wie is verantwoordelijk? Dit is het derde aspect van het mediarecht waarbij ik in deze paragraaf van dit opstel wil stilstaan, waarbij ik overigens het strafrecht buiten beschouwing laag (hoewel daarbij soortgelijke vraagstukken spelen).
- 28.- De eerste vraag die daarbij moet worden gesteld is welk nationaal recht van toepassing is en welke rechter bevoegd is. Het Hof van Justitie van de EG heeft voor persuitingen in het *Shevill/Press Alliance* onder het *EEX* verdrag aanvaard dat de plaats waar de uiting haar werking heeft (in IPR termen: '*Erfolgsort*') bevoegdheid schept.¹⁹ De Nederlandse jurisprudentie tendert in de richting dat dit aanknopingspunt ook beslissend is voor de vraag welk recht van toepassing is.²⁰ Ik ben er niet van overtuigd dat deze regel voor pers en omroepuitingen juist is, omdat de vrijheid die de pers en de omroep hebben, gemeten moet worden naar de maatstaven van het land waar zij publiceren (in IPR termen: '*Handlungsort*'). Anders is dit met grensoverschrijdende omroepuitzendingen die gemaakt zijn in de taal van het land van ontvangst en geprogrammeerd overeenkomstig de publieksvoorkeuren van het ontvangende land (zoals bijvoorbeeld de internationale programma's van CLT-UFA). Maar hoe zit dat met typisch internationale producten zoals *The Herald Tribune*, *Times Magazine*, *Newsweek* en *CNN*? Ik zou deze exclusief willen toetsen aan internationale normen zoals neergelegd in het EVRM en het BuPo. Het zijn immers bij uitstek media die beogen inhoud te geven aan het internationale openbare debat. In hoeverre het *Erfolgsort* daarbij een rol speelt zal afhangen van de omstandigheden van het geval.
- 29.- Bij *internet* zou ik als hoofdregel de plaats van het land waar de webpagina op het *web* wordt gezet (dus het '*Handlungsort*') beslissend achten, omdat het de gebruiker is die naar de pagina toe *surft*, de keuze maakt. Het feit dat het *internet* het mogelijk maakt dat ik van alle informatie die wereldwijd ter beschikking is kan kennisnemen *als ik daarvoor kies*, kan niet betekenen dat ik mijn maatstaven of die van het land waar ik duurzaam gevestigd ben aan anderen kan opdringen. De relativering die ik hier zou willen accepteren is soortgelijk aan die voor de pers en de omroep. Wanneer voor een bepaalde *site* in een bepaald land wordt geadverteerd en zij is met een klik van de muis in de taal van dat land beschikbaar, dan lijkt mij het *Erfolgsort* meer aangewezen. Het enkele feit dat een *site* in een paar gangbare talen beschikbaar is, acht ik bij de internationalisering van de communicaties niet voldoende. Er zijn aanvullende criteria nodig.
- 30.- In de staten die het EVRM hebben onderschreven zal de nationale beoordeling steeds getoetst moeten worden aan de normen van het Verdrag. Beslissend voor de vrijheid die op het Europese *internet* zal bestaan is de betekenis van de gevormde jurisprudentie van het Europese Hof op basis van artikel 10 EVRM. Ruwweg komt deze er op neer dat het Hof een Europese maatstaf hanteert als het gaat om uitingen die gerekend kunnen worden tot het openbare debat. In dat geval worden de beslissingen van nationale instanties tot beperking van dat debat hebben genomen meer dan marginaal getoetst. Gaat het om zaken van moraal en fatsoen dan laat het Hof een grote beoordelingsmarge aan de lidstaten ('*margin of appreciation*').²¹

¹⁹ Zaak C-68/93, *Jur.* 1995, I-415

²⁰ Zie de rechtspraak opgenomen in P. Vlas *Onrechtmatige daad IX*, Kluwer, nr. 23.4

²¹ Ik volsta met deze summiere samenvatting; voor een uitvoeriger analyse zie E.J. Dommering, *o.c.* noot 1 par. 6.4. en D. Voorhoof, 'Het Europese First Amendment. De Straatsburge jurisprudentie

Het is de vraag hoe deze jurisprudentie op het *internet* moet worden toegepast. Ik pleit ervoor dat dezelfde benadering voor het openbare debat op het *internet* wordt gevolgd. Het hinderen of sluiten van *sites* die kritische meningen laten horen over de zittende regering moet met dezelfde strengheid beoordeeld worden als wanneer het gaat om het sluiten van plaatselijke kranten. Ik denk dan aan de reeks Turkse zaken.

De jurisprudentie over moraal en fatsoen behoeft bijstelling en precisering. Het Hof is tot dusver niet duidelijk geweest over de betekenis die het toekent aan de keuze mogelijkheid van de consument. In de bekende *Otto Premiger* zaak²² werd een filmclub veroordeeld voor het vertonen van een pornografische film waaraan het katholieke volksdeel in Tirol aanstoot nam, terwijl de klager (een politieman in zijn vrije tijd) in deze filmclub eigenlijk niets te zoeken had. In de *Jersild* zaak achtte het Hof het publiek tot wie de uiting was gericht wel beslissend.²³ In dit soort zaken zal het Hof nauwkeuriger moeten kijken tot wie de uiting is gericht. De pluriformiteit van het *internet* is ermee gebaat een pluriforme norm toe te passen en dat is iets anders dan de norm van de meest geborneerde surfer. Anders gezegd: laat het *internet* niet regeren door Tiroolse politie-inspecteurs.

Inmiddels is de ontwikkeling waar te nemen dat informatie-aanbieders/ ISP's door middel van filtertechniek 'schone *websites*' of 'schone zoekmachines' gaan aanbieden. Het gaat hier om een vrij omvangrijk door de EG Commissie gesponsord project *INCORE* (*internet* Content Rating for Europe), waarvan in april 2000 een eindrapport is verschenen. Het gaat er om *self labelling* en *filtering* te bevorderen. Door middel van *ratings* op bepaalde zoektermen en zoekbeelden kunnen sex en geweld sites worden geïdentificeerd die niet meer in zoekmachines en *portals* worden opgenomen. De gebruiker merkt daarvan niets. Deze ontwikkeling vormt net zo'n serieuze bedreiging voor de integriteit van het informatie-aanbod op *internet* als de commercialisering van het redactioneel aanbod. Het betekent immers dat er een code voor zelfcensuur op redactionele inhoud wordt ingevoerd op het niveau van de tweede laag aan de bovenkant van het model in figuur 1. Opnieuw zien wij een voorbeeld van de verstrengeling van techniek en regulering, ditmaal ten detrimente van de uitingsvrijheid. Ik merk op dat zelfregulering ten aanzien van de redactionele inhoud, althans door de pers, altijd ten principale is afgewezen. Zij sluipt zonder enige serieuze openbare discussie door het *internet* naar binnen. De Tiroolse politieman maakt plaats voor de Tiroolse privé detective, die beslist of de beschikbare informatie op het *internet* door zoekmachines wordt gezien of in een informatiepakket van een portal wordt opgenomen. De Tiroolse detective heeft de vermomming van een stuk *software* aangenomen dat voor de gebruiker onzichtbaar blijft. Hij wordt daarmee medeplichtig aan het misdrijf dat hij beoogt te achtervolgen.

- 31.- Nauw verweven met de inhoud van de uitingsvrijheid is de vraag wie voor een bepaalde uiting verantwoordelijk kan worden gehouden. De *E-commerce* richtlijn heeft in navolging van de Duitse *Teledienst Gezets (TDG)*²⁴ op dit punt een paar (met de nadruk op 'paar') knopen doorgehakt. De *internet service provider* kan niet aansprakelijk gesteld worden voor de inhoud van door hem doorgegeven Webpagina's als hij die louter om telecommunicatie-technische redenen heeft vastgehouden of (kort) opgeslagen. Het gaat om de artikelen 12 tot 14 die de *service provider* vrijwaren voor de aansprakelijkheid voor de informatie voor *websites* die via zijn toegangsdienst beschikbaar komen wanneer hij alleen maar doorgeefluik is ('*mere conduit*'), wanneer hij die pagina's alleen maar kort opslaat als het om veel gevraagde informatie gaat ('*caching*') of wanneer hij tijdelijk informatie van een ander herbergt ('*hosting*'). Dat betekent in termen van het

betreffende artikel 10 EVRM (1958-1995)' en idem (1996-juli 1999), *Mediaforum* 1995- 11/12, 128-137 en *Mediaforum* 1999-11/12, 304-313

²² EHRM 20 september 1994, *NJ* 1995, 366

²³ EHRM 23 september 1994, *NJ* 1995, 382

²⁴ Wet van 22 juli 1997, BGBl. I S. 1870

model in figuur 1 dat hij in beginsel niet opdraait voor de inhoud van de communicatie in de bovenste laag wanneer hij diensten in de daaronder liggende lagen verleent. Toch laten deze regels veel open, met name wanneer door selectie en met toepassing van technieken de ISP invloed gaat uitoefenen op de inhoud van de informatie. Letterlijke toepassing van de regels van de richtlijn zouden hem dan verantwoordelijk houden. Toch is de praktijk veel geschakeerder. Een ISP die een 'schone' site aanbiedt of een informatie-aanbieder die een 'portal' maakt die toegang verschaft tot een bepaald informatie-aanbod, omdat hij daarmee een bepaald terugkerend publiek wil creëren (bij *internet* heet dat een *community*), weert bepaalde informatie-aanbieders of kiest voor bepaalde informatie-aanbieders. Maakt dat hem automatisch verantwoordelijk voor de inhoud van het informatie-aanbod? Ik denk het niet: de parallellen met de bibliotheek, de leesportefeuille en de boekhandel dringen zich op. Een verkeerde *a contrario* uitleg van de richtlijn zou tot een tegengestelde conclusie kunnen leiden. De richtlijn regelt, zoals ik hierboven aangaf alleen 'enkele gevallen'.

De richtlijn laat spoedeisende verbodsacties toe wanneer de ISP op de hoogte is gesteld dat er door hem toegang wordt geboden tot informatie met vermeende onrechtmatige inhoud. Hoever die bevoegdheid gaat is onduidelijk. Zij verwijst naar in de lidstaten gangbare praktijk voor verbodsacties, hetgeen voor Nederland betekent dat geen bevel of verbod in kort geding wordt toegewezen zonder dat de President een voorlopig oordeel over de vermeende onrechtmatigheid heeft gegeven. In het perspectief van het EVRM betekent dit dat een gevraagd verbod nauwkeurig op proportionaliteit wordt onderzocht.²⁵ In Duitsland heeft het geleid tot een aantal geruchtmakende zaken tegen *Compuserve*, waarbij de toegang tot *websites* werd afgesloten. Gelet op het exorbitante karakter van de bevoegdheid (vergelijkbaar met het verbieden van een omroepuitzending of het verder verspreiden van een krant of boek) pleit ik voor een zware proportionaliteitstest. Dat betekent dus dat wordt onderzocht of de informatie op de betrokken *webpagina* evident onrechtmatig is en of afsluiting van de toegang (of het platleggen van een hele *server*) opweegt tegen de belangen van de verzoeker, afgezet tegen die van derden en de beschikbare alternatieve middelen om het kwaad te keren.

§3.- **Conclusie**

32.- Het *internet* is een veelkoppig monster dat zich niet voor een uniforme benadering leent en dat bovendien in het historische perspectief van de ontwikkeling van de communicatiemiddelen moet worden beoordeeld. Vanuit het perspectief van het mediarecht levert dat een vergelijking met de pers, de telefoondienst en de omroep op, een vergelijking die het *internet* situeert tussen pers en telefonie. De drie hoofdvragen van het mediarecht die ik in §2 behandelde: toegang, regulering van de inhoud en vrijheid en verantwoordelijkheid, leveren een genuanceerd beeld op dat toch meer tendeert in de richting van de pers en telefonie dan omroep. Een nieuw aspect van het *internet* is dat er een toenemende tendens is vragen van regulering te verstoppen in keuzen die op het niveau van de telecommunicatietechniek worden gemaakt. De wetgever kiest in toenemende mate voor technische oplossingen. Dat betekent dat wij de aandacht voor de eisen die de rechtsstaat stelt naar dat gebied moeten verleggen (In het model in figuur 1 naar de onderliggende lagen van de menselijke communicatie).

De veelkoppigheid levert ook het inzicht op dat een analytisch model wordt gehanteerd om vast te stellen welke vorm van regulering voor welk deel van het net gewenst is. Dat betekent voor het hier behandelde onderwerp dat de overheid het open karakter van de in zelfregulering tot stand gekomen

²⁵ Zie EHRM 26 november 1991, *NJ* 1992, 457 (Spycatcher)

telecommunicatie standaarden met het mededingingsrecht bewaakt, zelfregulering voor commerciële uitingen op het *internet* bevordert, maar zelfregulering voor de redactionele uitingen kritisch volgt.

De *lex mercatoria*, ooit ontwikkeld voor de internationale handel in goederen en diensten, vraagt uniformiteit en zelfregulering. Die regels zijn ook toe te passen op de *e-commerce*. De *lex libertatis* vormt de tegenpool. Zij verlangt dat het *internet* een vrijplaats blijft voor verschillende opvattingen. Zij vraagt om diversiteit en ontregeling.