Prof. mr G.A.I. Schuijt*

Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?

Onder de titel 'Is de Hoge Raad bang voor de uitingsvrijheid?' schreef ik vijf jaar geleden in dit blad een kroniekachtig artikel over de jurisprudentie inzake ongeoorloofde publikaties.[1] Daarin zette ik de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens af tegen die van de Hoge Raad. Sindsdien is er zowel in Straatsburg als in Den Haag weer heel wat jurisprudentie op dit gebied afgescheiden, zodat het tijd wordt de kroniek voort te zetten en nieuwe ontwikkelingen te melden. Ik begin met een samenvatting van het voorafgaande. Dan geef ik een overzicht van de rechtspraak van het EHRM dat ik afsluit met een evaluerende balans. Daarna volgt een overzicht van de rechtspraak van de Hoge Raad en kom ik in een evaluerende balans op de vraag die ik in de titel van dit artikel heb gesteld.

Vijf jaar gelden kwam ik tot de conclusie dat voor de Hoge Raad, anders dan het Europese Hof, de uitingsvrijheid meestal niet expliciet een zwaarwegende factor was bij de beoordeling van de vraag of een uiting al dan niet ongeoorloofd is. Met name wees ik er op dat de toetsing aan artikel 10 EVRM òf achterwegè werd gelaten òf uiterst summier plaats vond in die zin dat volstaan werd met de constatering dat de beperking bij wet was voorzien. In de jurisprudentie van het EHRM in de zaken *Handyside, Sunday Times* en *Lingens* signaleerde ik de uitgangspunten van het Hof.[2] De uitingsvrijheid is een van de essentiële grondslagen van een democratische samenleving. Uitingsvrijheid is er niet alleen voor informatie en ideeën, die met instemming worden ontvangen, maar juist ook voor inlichtingen en denkbeelden die ergeren, choqueren en verwarring zaaien. De grenzen voor aanvaardbare kritiek liggen bij een politicus anders dan bij een privé-persoon en men dient onderscheid te maken tussen feitelijke beweringen en waarde-oordelen. Tenslotte: om beperkingen te stellen aan de uitingsvrijheid dient er een dringende maatschappelijke noodzaak daartoe aanwezig te zijn. Daartegenover zette ik de jurisprudentie van de Hoge Raad vanaf het standaardarrest van 1983 (*Gemeenteraadslid X*) en constateerde dat in een aantal uitspraken zelfs het begrip uitingsvrijheid niet voorkwam.[3] De Hoge Raad koos kennelijk voor de zuiver civielrechtelijke benadering, een afweging tussen twee hoogwaardige maatschappelijke belangen, te weten aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publikaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen en aan de andere kant het belang dat misstanden worden gesignaleerd. En als al een beroep op artikel 10 EVRM werd gedaan, verwees ons hoogste rechtscollege al gauw naar de wettelijke bepaling, waarin de mogelijke beperking van de uitingsvrijheid was voorzien.[4] De Hoge Raad hield het erop dat onze wetten simpel in overeenstemming zijn met het verdrag, zoals trouwens ook de regering destijds bij de goedkeuringsbehandeling had verklaard.[5] Daarbij werd uit het oog verloren dat een op zichzelf niet in strijd met artikel 10 zijnde wettelijke bepaling volgens artikel 94 Grondwet in een concreet geval buiten toepassing dient te blijven indien die toepassing leidt tot strijdigheid met artikel 10 lid 2.
Er is inmiddels verandering gekomen in de benadering van de Hoge Raad. Met name in de zaak *Het Parool/Van Gasteren* van begin 1995 heeft de Hoge Raad voor het eerst expliciet de noodzakelijkheidstoets toegepast.

Rechtspraak van het EHRM

Sinds het in de vorige kroniek besproken *Lingens*-arrest (1986) heeft het EHRM de vrijheid van het publieke debat een aantal malen kunnen bevestigen en verfijnen. In de zaak *Oberschlick* stelde het Hof opnieuw vast dat de grenzen voor acceptabele kritiek voor een politicus die als zodanig optreedt ruimer zijn dan voor een privé-persoon. Hoewel een politicus ook recht heeft op de bescherming van zijn reputatie, moet deze bescherming worden afgewogen tegen de belangen van een open discussie over politieke aangelegenheden.[6] De Oostenrijkse journalist Oberschlick vond dat politicus Grabher-Meyer met zijn opmerking dat de familietoeslag voor Oostenrijkse vrouwen met 50% omhoog zou moeten en die voor geïmmigreerde vrouwen met 50% omlaag racistisch bezig was en hij maakte een openbare 'Strafanzeige' waarmee hij wilde aantonen dat de politicus

* Prof. mr G.A.I. Schuijt is universitair hoofddocent aan het Instituut voor Informatierecht (UvA) en bijzonder hoogleraar pers-, omroep- en telecommunicatierecht aan de RU Leiden. Hij is lid van de redactie van Informatierecht/AMI.

1. *Informatierecht/AMI* 1990/5, 83-88.
2. EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 *(Handyside)*; EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (EAA) *(Sunday Times)*; EHRM 8 juli 1986, NJ 1987, 901 (EAA) *(Lingens)*.
3. HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (MS) *(Gemeenteraadslid X)*.
4. Bijvoorbeeld HR 14 maart 1989, NJ 1990, 29.
5. TK 1953-1954, 3043, nr 5 (MvA).
6. EHRM 23 mei 1991, NJ 1992, 456 (EJD) *(Oberschlick)*. Voor een voortreffelijk overzicht van de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 10 EVRM verwijs ik naar D. Voorhoof, *Critical perspectives on the scope and interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg: Council of Europe Press 1995; zie ook D. Voorhoof, 'De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van de ECRM en het EHRM betreffende artikel 10 EVRM (1958-1994)', Mediaforum 1994, 116-124; D. Voorhoof, 'Het Europese First Amendment. De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 10 EVRM (1994-1995)', Mediaforum 1995, 128-137.

de Oostenrijkse anti-racisme en anti-fascisme bepalingen had overtreden. De veroordeling van de journalist wegens belediging van Grabher-Meyer werd door het EHRM in strijd met artikel 10 geacht, waarbij het Hof uitdrukkelijk overwoog dat ook de door Oberschlick gekozen vorm van zijn aanklacht onder de door artikel 10 gegarandeerde vrijheid valt.
De – wederom Oostenrijkse – jonge politicus Schwabe had oude koeien uit de sloot gehaald toen hij een socialistische politicus ervan beschuldigde met twee maten te meten.[7] De socialist had geëist dat een burgemeester van Schwabes partij had moeten aftreden nadat hij een verkeersongeluk had veroorzaakt na drankgebruik. Schwabe wees op een vergelijkbaar geval van twintig jaar geleden, waarin een socialistisch politicus was aangebleven na een dodelijk ongeval na drankgebruik. Daarop kwam de man die twintig jaar geleden dat ongeval veroorzaakt had in het geweer. Hij vond dat hij niet meer met die gebeurtenis uit het verleden geconfronteerd behoefde te worden. Schwabe werd wegens smaad jegens hem veroordeeld. Ten onrechte, vond het EHRM. Schwabe heeft een bijdrage willen leveren aan een algemeen debat over de politieke zeden tussen twee rivaliserende partijen. De vergelijking hield in wezen een waarde-oordeel in, maar dat oordeel was gebaseerd op feiten die in de grond correct waren. Daarmee gaf het Hof een aanvulling op wat het in *Lingens* had gesteld dat voor waarde-oordelen geen bewijs kon worden verlangd. Het onderscheid tussen feitelijke bewering en waarde-oordeel is inderdaad niet altijd gemakkelijk te maken. De kwalificatie van bepaalde feiten en van bepaald gedrag kan zeer goed een waarde-oordeel over die feiten resp. dat gedrag inhouden. In dat geval, wil het Hof kennelijk zeggen, moet het waardeoordeel gedragen worden door de feiten en dat deed het in het geval *Schwabe*.
In de zaak *Thorgeirson* – een IJslandse publicist die de politie van Reykjavík in een tweetal artikelen van beestachtig optreden had beschuldigd en deswege was veroordeeld wegens belediging van ambtenaren in functie – was het verweer van de IJslandse regering dat het hier niet een publieke discussie betrof.[8] Het ging hier immers niet over het politieke debat direct of indirect duidt op participatie van de burgers in de besluitvorming. Dat is een te beperkte opvatting van de publieke discussie, aldus het Hof.
Castells was een Spaans politicus die de Spaanse regering verantwoordelijk had gesteld voor rechts-extremistische moordaanslagen in Baskenland. Zijn immuniteit als volksvertegenwoordiger werd opgeheven en hij werd veroordeeld wegens belediging van de regering. In aanvulling op *Lingens* bepaalde het EHRM dat als politici al een grotere tolerantie voor kritiek moeten opbrengen dan toch zeker een regering.[9] Een regering heeft bovendien andere middelen tot haar beschikking dan een strafrechtelijke vervolging om zich tegen kritiek te verweren, namelijk verweer in het parlement, een persconferentie geven e.d. Bijzondere aandacht verdient ook de omstandigheid dat Castells in de strafprocedure bewijs van de juistheid van zijn beweringen had aangeboden, maar hij werd tot dat bewijs niet toegelaten omdat zijn beweringen op zichzelf al beledigend genoeg waren. In vroegere Nederlandse rechtspraak werd ook soms beslist dat degene die een beschuldiging had geuit niet werd toegelaten tot het bewijs van de juistheid ervan omdat de uiting op zichzelf reeds beledigend was.[10] Het EHRM besliste in de zaak *Castells* dat de weigering de steller tot het bewijs toe te laten strijd kan opleveren met de in artikel 10 gewaarborgde vrijheid van meningsuiting.[11]
De deelname aan het politieke debat stond ook centraal in de veroordeling van Frankrijk wegens de uitwijzing van een lid van het Europese parlement Dorothée Piermont uit Frans-Polynesië en het haar ontzeggen van de toegang tot Nieuw-Caledonië.[12] De Europarlementariër was uitgewezen wegens haar publieke steunbetuigingen aan de eis tot onafhankelijkheid en haar oproep tot het organiseren van verzet tegen het Franse kernprogramma in Mururoa. Waar de uitingsvrijheid van belang is voor iedereen, is het dat in het bijzonder voor een gekozen vertegenwoordiger van het volk, aldus het Hof.
Het Oostenrijkse kritische soldatenblad *Der Igel* werd getroffen door een verbod van verspreiding in de kazernes en de minister van Defensie weigerde het blad, in tegenstelling tot andere publikaties, te laten verspreiden samen met het officiële tijdschrift voor het leger. Èn het verbod èn de weigering tot verspreiding waren volgens het Hof in strijd met de in artikel 10 gegarandeerde uitingsvrijheid.[13] Na grondige bestudering kwam het Hof tot het oordeel dat het blad niet gericht was op ondermijning van de discipline in het leger, maar kritische en soms satirische beschouwingen bevatte, gericht op hervormingen. Dat moet worden getolereerd in het leger van een democratische staat evenzeer als in de samenleving die zo'n leger dient.[14]

Jersild en Gra Boomsma

De uitspraak van het Hof in de zaak *Jersild* kwam voor Nederland net op tijd, want in Groningen stonden de schrijver Gra Boomsma en de journalist Schaafsma die hem had geïnterviewd, terecht wegens belediging van voormalige strijders in het Nederlandse leger in Indië ('Zij waren geen SS-ers, nee, ook al konden ze door de dingen die ze deden er wel degelijk mee worden vergeleken'). Jersild is een Deense journalist die een aantal skinheads voor de televisie aan het woord had gelaten, die in de uitzending racistische beledigingen hadden geuit. Jersild werd in Denemarken veroordeeld, maar het EHRM vond dat niet juist.[15] Nieuwsverslaggeving, dat gebaseerd is op interviews of die nu worden geredigeerd of niet, is een van de belangrijkste middelen van de pers om zijn vitale rol van 'public watchdog' te vervul-

7. EHRM 28 augustus 1992, NJ 1994, 103 (EJD) *(Schwabe)*.
8. EHRM 25 juni 1992, Mediaforum 1992, B88; AA 1993, 687 (G.A.I. Schuijt) *(Thorgeirson)*.
9. EHRM 23 april 1992, NJ 1994, 102 (EJD) *(Castells)*.
10. Onrechtmatige Daad-oud IX (Michiels van Kessenich), aant. 17.1.
11. Zie over de hier genoemde zaken ook J. van de Velde, NJCM-Bulletin 1993, 418-435.
12. EHRM 27 april 1995, NJCM-Bulletin 1995, 626 met noot A. Woltjer.
13. EHRM 19 december 1994, Mediaforum 1995, B25.
14. Vgl. EHRM 8 juni 1976 *(Engel)*.
15. EHRM 23 september 1994, NJ 1995, 387 (EJD) *(Jersild)*; zie ook F. Janssens, NJCM-Bulletin 1995, 167.

len. Als men een journalist veroordeelt als medeplichtige voor uitingen van een ander in een interview dan wordt de bijdrage van de pers aan de discussie over zaken van publiek belang geschaad. Dat mag alleen als daarvoor zwaarwegende redenen bestaan. Het verweer van Denemarken dat het slechts om een beperkte boete ging, was niet relevant. Het gaat er om dat de journalist werd veroordeeld. Zonder uitdrukkelijk ernaar te verwijzen sprak het Hof Leeuwarden de journalist Schaafsma vrij met een motivering die nagenoeg letterlijk uit *Jersild* was overgenomen.[16] Ook de rechtbank had de journalist vrijgesproken, daarbij het standpunt van het Openbaar Ministerie verwerpend dat de journalist uitdrukkelijk afstand zou hebben moeten nemen van de uitlatingen van Boomsma. Deze eis kan niet worden gesteld, omdat dan de taak van een journalist binnen een democratische samenleving wordt miskend, aldus de Rechtbank.[17]
De zaak *Miloslawsky* tenslotte is van belang omdat het daarin niet ging om de vraag of de publikatie ongeoorloofd was of niet, maar om de sanctie, een zeer hoge schadevergoeding van 1,5 miljoen pond.[18] Dit bedrag was drie maal zo hoog als de tot dan toe hoogste civielrechtelijke veroordeling in Groot-Brittannië wegens een lasterlijke publikatie. Een dergelijke schadevergoeding dient volgens het Hof in redelijke verhouding te staan tot de afbreuk aan de reputatie. Hiermee trok het Hof de lijn door van *Lingens*, waarin het stelde dat de straf voor de journalist zou kunnen werken als een soort censuur doordat hij een volgende keer ervan zou worden weerhouden zich te mengen in het publieke debat. Van belang is deze zaak ook voor het Nederlandse recht, waar sinds de invoering van het NBW de mogelijkheid tot het toekennen van immateriële schadevergoeding bij belediging is verruimd. Zo er hier de vrees zou bestaan dat deze mogelijkheid zou leiden tot forse *punitive damages*, zoals in de Angelsaksische landen voorkomen, dan moet die thans door de uitspraak van het Hof in de zaak *Miloslawski* zijn weggenomen. De toegekende schadevergoeding moet in verhouding staan tot het geleden nadeel. Het gaat er dus niet om de laedens te straffen, maar om de gelaedeerde zo veel mogelijk te brengen in dezelfde toestand als vóór de publikatie.[19]

Spycatcher en Bluf!

Het verbod in het Verenigd Koninkrijk om de *Spycatcher*-dagboeken of delen eruit te verspreiden kon in eerste instantie wel, maar later niet door de beugel volgens het Hof in Straatsburg.[20] Waar heel de wereld van de dagboeken kennis had kunnen nemen, was het moeilijk vol te houden dat zij juist aan het publiek dat er het nauwste bij was betrokken, te onthouden. De inbeslagneming en onttrekking aan het verkeer van het Nederlandse krakersblad *Bluf!* werd eveneens in strijd bevonden met artikel 10 lid 2. Ook hier overwoog het Hof dat het moeilijk te verdedigen was het blad aan het verkeer onttrokken te houden terwijl een nieuwe oplage een dag na de inbeslagneming vrijelijk in Amsterdam te verkrijgen was geweest.[21] De zaak was in Nederland tot twee maal toe aan de Hoge Raad voorgelegd en telkens had de Hoge Raad volstaan met de constatering dat de inbeslagneming, resp. onttrekking aan het verkeer berustten op bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, – dus waren 'voorzien bij wet' – maar zonder expliciet de noodzakelijkheidstoets toe te passen.[22] Had hij dat gedaan dan zou de Hoge Raad hebben moeten overwegen, dat het om zes jaar oude BVD-rapporten ging waarvan het geheime karakter betrekkelijk was en dat niets was ondernomen om de verspreiding van de tweede druk tegen te gaan. Het was de eerste keer dat een klacht tegen Nederland wegens schending van artikel 10 terecht werd bevonden.

Voorzien bij wet

Ik ga voorbij aan drie uitspraken waarin het Hof de lijn van *Barthold* voortzette, dat ook uitingen van 'a commercial nature' in beginsel door artikel 10 worden beschermd.[23] Ik wijs er slechts op dat het *Markt Intern*-arrest van belang is voor onze eigen onrechtmatige daadsjurisprudentie. In mijn vorige kroniek wees ik er op dat de eis van artikel 10, dat beperkingen aan de uitingsvrijheid zijn voorzien bij wet in de *Sunday Times*-zaak nader was gepreciseerd. Het hoeft geen wet in formele zin te zijn, maar de regel moet zodanig zijn dat de rechtsnorm in kwestie voldoende toegankelijk is en met zodanige precisie omschreven dat de burger zijn gedrag erop kan afstemmen. Ik vroeg mij vijf jaar geleden af of artikel 1401 BW – thans 6:162 – dat naar zijn aard en naar de uitleg van de Hoge Raad sinds 1919 een weinig precies omschreven rechtsnorm is en vaak tot onvoorspelbare uitkomsten leidt – wel in overeenstemming was met het voorschrift dat beperkingen zijn voorzien bij wet. In *Markt Intern* gaat het Hof, evenals eerder in *Barthold* na of het Duitse mededingingsrecht, op grond waarvan de uitingsvrijheid in deze zaken beperkt werd, zodanig nauwkeurig was dat de justiciabele zijn gedrag er naar kan richten. Dat was het geval omdat de vage wettelijke normen een uitwerking hadden gekregen in vaste jurisprudentie. Dat betekent dat ook onze 1401 resp. 6:162-jurisprudentie aan die eis getoetst kan worden.

16. Hof Leeuwarden 26 januari 1995, NJ 1995, 388.
17. Rb. Groningen 9 juni 1994, Mediaforum 1994, B67.
18. EHRM 13 juli 1995, Mediaforum 1995, B101 *(Miloslawsky)*.
19. Zie mijn 'Onrechtmatige publikaties naar Nieuw BW', Informatierecht/AMI 1992/1, 12; zie ook T. Deurvorst, 'Smartegeld bij krenkende berichtgeving. Beschouwingen over Nederlands, Duits en Engels recht', in: F.W. Grosheide & K. Boele-Woelki, *Europees privaatrecht 1995*, Lelystad: Vermande 1995, 301-334.
20. EHRM 26 november 1991, NJ 1992, 457 (EJD) *(Spycatcher)*.
21. EHRM 9 februari 1995, Mediaforum 1995, B30; zie ook G.A.I. Schuijt, 'Haagse Bluf!', Mediaforum 1995, 41; J.M. de Meij, NJCM-Bulletin 1995, 480.
22. HR 17 november 1987, NJ 1988, 394; HR 18 september 1989, NJ 1990, 94.
23. EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 900 (EAA) *(Barthold)*; EHRM 20 november 1989, NJ 1991, 738 (EAA) *(Markt Intern)*; EHRM 24 februari 1994, NJ 1994, 518 (EJD) *(Casado Coca)*; EHRM 23 juni 1994, NJ 1995, 365 (EJD) *(Jacubowski)*.

Rechters, geloof en goede zeden

Men zou kunnen denken dat elke klacht over schending van artikel 10 bij het EHRM gehoor vindt. Dat is niet het geval. Bij *Markt Intern* werd de onrechtmatigheid van de publikatie door het Hof in orde bevonden. Ook in de zaak *Prager en Oberschlick* achtte het Hof geen strijd met artikel 10 aanwezig.[24] De journalisten waren in Oostenrijk veroordeeld wegens belediging van een rechter in een artikel waarin zij felle kritiek hadden geuit op de rechtsbedeling in strafzaken en daarin een uiterst kritisch portret hadden geschilderd van een rechter. Prager en Oberschlick melden o.m. dat hij eens tegen een advocaat zou hebben gezegd: 'Kort pleiten meester, het oordeel staat toch al vast'. Als in de zaak *Barfod* blijkt het Hof in Straatsburg gevoelig te zijn voor belediging van de rechterlijke macht. Het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht zijn dan ook in artikel 10 lid 2 expliciet genoemde beschermenswaardige belangen. Net als in *Barfod* wijst het Hof op het bijzonder beschermenswaardige en tegelijk kwetsbaar karakter van het gezag van de rechterlijke macht.[25]
In kwesties van geloof en goede zeden is het Hof bereid de nationale rechter een ruime 'margin of appreciation' te geven. Mocht het Verenigd Koninklijk in de jaren zeventig het 'Rode boekje voor scholieren' (*Handyside*) verbieden op de grond dat de goede zeden als beschermingsgrond het best aan de nationale instanties kan worden overgelaten omdat er geen Europese norm voor is, ook in de zaak *Müller* werd geen schending van artikel 10 aangenomen, al stelde het Hof voorop dat artikel 10 niet alleen de vrijheid van *meningsuiting* beschermt, maar ook in het algemeen de expressievrijheid, in casu de vrijheid van de kunstexpressie.[26] Het betrof een tentoonstelling van schilderijen die obsceen bevonden werden. Terecht merkt annotator Alkema in de NJ op, dat niemand gedwongen kon worden de tentoonstelling te bezoeken. De Zwitserse overheid had onverhoedse confrontatie van het publiek met de aanstootgevende kunstwerken ook zonder verbod kunnen voorkomen, bijvoorbeeld door een waarschuwing of het stellen van een leeftijdsgrens.
Hetzelfde geldt voor de film *Das Liebeskonzil*, die in Oostenrijk niet vertoond mocht worden en waarvan de rolprent in beslag werd genomen en onttrokken aan het verkeer. De film zou de spot drijven met erkende religies of religieuze instellingen of leerstellingen en daardoor ergernis wekken. De film zou vertoond worden door het Otto Preminger Institut, een filmliga voor het niet-commerciële circuit.[27] Volgens het Hof was het niet onaannemelijk dat de film aanstootgevend was voor een deel van de publieke opinie in Oostenrijk, hierbij in het bijzonder rekening houdend met het feit dat de betrokken regio een overwegend katholieke bevolking heeft. Het Hof vond dat door de film het respect voor de religieuze gevoelens van anderen was geschonden, terwijl in artikel 9 van het verdrag toch de vrijheid van godsdienst wordt gegarandeerd. In zijn kritiek op dit arrest schrijft Voorhoof, dat het Hof wel heel erg ver verzeild is geraakt van wat telkens als het uitgangspunt wordt geproclameerd van de vrijheid van expressie en informatie in Europa, te weten dat er plaats moet zijn voor meningen en informatie die kwetsend of hinderlijk kunnen zijn voor de overheid of voor bepaalde groepen in de samenleving.[28] Zoals in deze zaak op grond van de bescherming van de godsdienstvrijheid de beperking van de vrijheid van expressie is gelegitimeerd, kunnen ook elders in Europa verregaande overheidsbeperkingen op nationaal vlak worden gerechtvaardigd. Met deze uitspraak komt volgens Voorhoof de forse retoriek in Europa ten gunste van Salman Rushdie en Taslima Nasrin en tégen godsdienst-fundamentalisme wel erg hol te klinken. Ik merk hierbij nog op dat het Hof nergens stelt dat de maker van de film of degenen die de film wilden vertonen zouden hebben opgewekt tot haat jegens christenen. Dat zou de zaak aanzienlijk anders hebben gemaakt. Het Hof krijgt overigens een nieuwe kans in de *Wingrove*-zaak. In deze zaak weigerde de British Board of Film Classification aan de videofilm *Visions of Ecstasy* een klassificatie te geven tot distributie van de film wegens het godslasterlijk karakter ervan. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft de zaak inmiddels aan het Hof voorgelegd. In haar rapport is de Commissie van oordeel dat een algemeen distributieverbod te ver gaat.[29]

Balans EHRM

Het Hof pleegt klachten over schending van artikel 10 te behandelen volgens een haast computergestuurde wetmatigheid: is er sprake van een beperking? Zo ja, is die beperking voorzien bij wet? Zo ja, dient de beperking één of meer van de in artikel 10 lid 2 genoemde belangen? Zo ja, is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving en evenredig aan het te beschermen belang?
Beperkingen van het politieke debat worden door het Hof nauwelijks getolereerd. In dat opzicht heeft het zijn harde *Europese* norm neergezet, dat de overheid en politici véél kritiek moeten verdragen en dat die kritiek in ferme bewoordingen mag zijn verpakt. Bij kritiek op de rechterlijke macht – toch ook een overheidsinstantie – is het Hof al heel wat zuiniger. Tot nu toe heeft het de rechterlijke macht in bescherming genomen. Met betrekking tot de goede zeden en in zaken waarin de godsdienst of godsdienstige gevoelens worden geraakt, doet het Hof een stap terug ten gunste van *nationale* normen. Met Voorhoof en Dommering – in zijn noot bij *Preminger* – vraag ik mij af of het Hof hier goed aan doet. Met de totstandkoming van internationale grondrechtenverdragen na de tweede wereldoorlog is een internationalisering van de grondrechten ingezet. Europa liep daarin voorop, niet alleen met het verdrag zelf maar óók

24. EHRM 26 april 1995, Mediaforum 1995, B85 *(Prager & Oberschlick)*.
25. EHRM 22 oktober 1989, NJ 1991, 686 (EAA) *(Barfod)*.
26. EHRM 24 mei 1988, NJ 1991, 685 (EAA) *(Müller)*; zie ook L. Zwaak, NJCM-bulletin 1988, 675.
27. EHRM 20 september 1994, NJ 1995, 366 (EJD) *(Preminger)*.
28. D. Voorhoof, 'Het Europese First Amendment. De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 10 EVRM (1994-1995)', Mediaforum 1995, 131.
29. ECRM 10 januari 1995, Apll. 17419/90 *(Wingrove)*.

met de instelling van een Europese rechter, waardoor het toezicht op de naleving van het verdrag in vergelijking met de andere mensenrechtenverdragen het meest effectief is gebleken. Daar komt bij dat ook de te beschermen communicatie de afgelopen vijftig jaar enorm is geïnternationaliseerd. Wereldwijde radio- en televisie-ontvangst en wereldwijde communicatie via Internet zetten nationale beperkingen op grond van nationale normen en waarden onder druk. Dat maakt de behoefte aan internationaal toezicht juist groter. Waar het Hof met betrekking tot het politieke debat de zwakste schakels – Verenigd Koninkrijk, Oostenrijk – telkens weer terecht wees, zou het dat ook moeten doen als het gaat om de goede zeden en om de godsdienst, of dat nu het christendom is of de islam.

Rechtspraak van de Hoge Raad

De strafkamer van de Hoge Raad gaat in zijn jurisprudentie met betrekking tot de artikelen 137 c e.v. Sr er vanuit dat deze bepalingen noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Een beroep op artikel 10 wordt steevast verworpen.[30] Dat lijkt mij juist al kan de motivering wat sterker dan de vanzelfsprekendheid waarvan ons hoogste rechtscollege uitgaat. Gewezen zou bijvoorbeeld kunnen worden op artikel 20 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten, dat het propageren van op afkomst, ras of godsdienst gebaseerde haatgevoelens die aanzetten tot discriminatie, verbiedt. Ook artikel 17 van het Europese Verdrag zelf zou als motivering voor de sanctie gehanteerd kunnen worden. Dat artikel zegt dat aan geen bepaling van het verdrag het recht kan worden ontleend iets te ondernemen of handelingen van welke aard ook te verrichten, die vernietiging van een van de rechten en vrijheden in dit verdrag genoemd, ten doel hebben. Onder verwijzing naar dit artikel verklaarde de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens een klacht van een Duitse beroepsmilitair niet-ontvankelijk. Hij klaagde erover dat hij was ontslagen uit de dienst wegens grove racistische beledigingen.[31] Racistische beledigingen en aanzetten tot haat vanwege ras of godsdienst e.d. ontkennen nu eenmaal ten principale het fundamentele gelijkheidsbeginsel. In twee recente arresten – is het dragen van een hakenkruis beledigend? wat moet worden verstaan onder het begrip 'ras' komt een beroep op artikel 10 EVRM niet aan de orde.[32]

In navolging van het Koninklijk Besluit waarbij een aantal gemeentelijke vloekverboden werd vernietigd, bevond ook de Hoge Raad een bepaling in de Algemene Politieverordening van 's-Hertogenbosch onverbindend wegens strijd met de grondwet.[33] De bepaling verbood het op of aan de weg dan wel elders op een voor het publiek toegankelijke plaats iemand uit te jouwen, na te schreeuwen, met aanstoot gevende taal lastig te vallen. Slechts de formele wetgever mag dergelijke beperkingen aan de vrijheid van meningsuiting stellen, aldus de Hoge Raad. Dat leek opgelegd pandoer. Opmerkelijk was echter een arrest van de strafkamer in het kader van deze toetsing aan artikel 7 Grondwet van een bepaling in de APV van Heerlen.[34]

Daar geldt een ventverbod met als uitzondering het te koop aanbieden, verkopen of afleveren van gedrukte stukken waarin gedachten of gevoelens worden geopenbaard als bedoeld in artikel 7 Grondwet. Een verkoper van wenskaarten werd door de rechtbank in hoger beroep veroordeeld. Zijn beroep op de uitzonderingsbepaling werd verworpen. De wenskaarten vielen niet onder de uitzondering, omdat de teksten op de kaarten geen gevoelens openbaren. De Hoge Raad: 'Dit beroep verwerpend als hier is weergegeven, in welke verwerping de rechtbank onder gevoelens kennelijk de gedachten en gevoelens van verdachte heeft verstaan, heeft de rechtbank niet blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent het bepaalde in art. 7 eerste lid Grondwet'.[35] Met deze merkwaardige constructie zou alleen het openbaren van *eigen* gedachten en gevoelens onder de bescherming van artikel 7 Grondwet vallen. De ventende krantenjongen overtreedt het Heerlense ventverbod en kan daar niets tegen ondernemen. De Hoge Raad had zich er van af kunnen maken door de feitelijke constatering van de rechtbank dat de wenskaarten geen gedachten of gevoelens betroffen te aanvaarden. Maar door met het woordje 'kennelijk' de rechtbank iets in de mond te leggen, wat de rechtbank misschien helemaal niet bedoeld heeft en door daaruit zijn conclusie te trekken, maakt de Hoge Raad het alleen maar erger. Het arrest lijkt me trouwens niet in overeenstemming met de arresten inzake de vestigingsvergunning voor het boekverkopers-, het bibliotheek- en het drukkerijbedrijf.[36]

Uitingsvrijheid voor de regering?

Felle kritiek ontmoette het arrest van de Hoge Raad inzake het pensioen van de weduwe Rost van Tonningen.[37] De weduwe had een verbod gevraagd voor de regering om in het openbaar het standpunt te herhalen dat de met betrekking tot haar genomen pensioenbeschikkingen op zich regelmatig waren, welk standpunt de regering in een brief aan de Tweede Kamer had uiteengezet. Het ging hier, aldus de Hoge Raad, om een *mening* van de regering, uitgesproken in een openbaar debat over een publieke zaak. Het zowel in de Grondwet als in internationale verdragen neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting, *waarop ook de regering aanspraak heeft* (curs. GS), brengt mee dat de Staat niet in rechte kan worden aangesproken op grond van de stelling dat de door de regering uitgesproken mening onjuist is. Het recht op vrijheid van meningsuiting beschermt, zeker in een publiek debat als het onderhavige, in beginsel ook meningen waaraan anderen

30. Vgl. HR 14 maart 1978, NJ 1978, 664; HR 17 juni 1980, DD 1980, 305, ook in NJCM-Bulletin 1980, 389; HR 29 maart 1983, NJ 1983, 532; HR 14 maart 1989, NJ 1990, 29; zie ook mijn vorige kroniek.
31. ECRM 29 maart 1993, *Rechtspraak Rassendiscriminatie* nr. 314 met noot A.W. Heringa.
32. HR 21 februari 1995, NJ 1995, 452; HR 2 mei 1995, NJ 1995, 621.
33. KB 5 juni 1986, AB 1986, 569; KB 29 mei 1987, AB 1988, 15; HR 10 november 1992, NJ 1993, 197 ('tH).
34. HR 10 november 1992, NJ 1993, 197 ('tH); vgl. ook HR 9 februari 1993, NJB 1993 Bijlage p. 75.
35. HR 23 juni 1992, NJB 1992 Bijlage p. 362.
36. HR 29 november 1960, NJ 1961, 201; HR 22 maart 1960, NJ 1960, 274; HR 32 mei 1961, NJ 1961, 427.
37. HR 22 januari 1993, RvdW 1993, 39.

aanstoot kunnen nemen of waardoor anderen worden geschokt. Men herkent hierin overwegingen uit *Sunday Times* en *Lingens*! De kritiek kwam uit de hoek van de staatsrechtgeleerden Kortman, Hins en Verhey.[38] Grondrechten zijn er om de burger te beschermen tegen de overheid. Zij leveren geen aanspraken voor de overheid zelf op, zo luidde hun kritiek. Nu geven wij er eens blijk van de jurisprudentie van het EHRM gelezen te hebben, moeten ze in Den Haag gedacht hebben, en nu is het wéér niet goed! Alleen Dommering neemt in zijn noot bij de zaak *Castells* een ander standpunt in, maar hij begint dan ook te zeggen dat het beter was geweest als de Hoge Raad gesproken had van 'leden van de regering'. Die hebben buiten het parlement uiteraard vrijheid van meningsuiting, maar daarmee verlaat Dommering wel de casus van het arrest. In het arrest ging het om een brief van de minister van Binnenlandse Zaken aan de Tweede Kamer.
Ik vind het gelijk aan de zijde van de staatsrechtgeleerden – en de civilist, de AG Bloembergen in zijn conclusie bij het Aral-arrest.[39] Het hebben van de bevoegdheid tot en de mogelijkheid om zich te verweren vloeit voort uit de macht van de overheid, niet uit een (grond)recht. Die macht houdt ook de mogelijkheid in de uitingsvrijheid van de burgers te beperken en tegen die macht worden de burgers door grondrechten beschermd. Een en ander neemt vanzelfsprekend niet weg dat het door de weduwe Rost van Tonningen gevraagde verbod voor de overheid om een politiek standpunt kenbaar te maken bij voorbaat kansloos was.

Gemeenteraadslid X en Mr Y

Van de arresten van de civiele kamer van de Hoge Raad heb ik *McDonalds* uitvoerig in dit blad besproken.[40] De Hoge Raad neemt daarin het m.i. betwistbare standpunt in dat (school)boeken niet onder de media vallen waarin misstanden aan de kaak kunnen worden gesteld. Daardoor zou men er de criteria van het standaardarrest van 1983 niet op kunnen toepassen. Toch doet de Hoge Raad dat impliciet wel, omdat het oordeelde dat de beschuldigingen aan het adres van McDonalds in het in het schoolboek overgenomen artikel niet lichtvaardig waren geuit, respectievelijk overgenomen. Immers, voor de vraag of Wolters Noordhoff het eerder gepubliceerde artikel mocht overnemen was o.m. van belang dat het artikel de indruk wekt te zijn geschreven met op serieus onderzoek berustende kennis van zaken, alsmede de omstandigheid dat wat McDonalds tegen de eerdere publikatie heeft ondernemen verre blijft van een tijdig, substantieel publiekelijk, laat staan in rechte opkomen tegen de publikatie.
Een column van de journaliste Hieke Jippes in de Winschoter Courant was advocaat mr. Y in het verkeerde keelgat geschoten. Zij meldde dat zijn optreden in een strafzaak door de politierechter was bekritiseerd. Hij zou zich onvoldoende hebben voorbereid en een vormfout in de stukken niet hebben opgemerkt. Zij had er ook haar eigen kwalificaties over het functioneren van mr. Y aan toegevoegd. Het artikel droeg als opschrift 'Lik me vestje'. Waar het in het standaardarrest van 1983 ging om het aan de kaak stellen van misstanden, trok de Hoge Raad hier de in dat arrest neergezette lijn door naar de belediging zonder meer.[41] Het cassatieberoep, dat een belangenafweging achterwege gelaten dient te worden ingeval de uitlatingen beledigend zijn, werd verworpen. Bij de vraag of een publikatie in strijd is met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorvuldigheid heeft het Hof terecht een afweging van persoonlijke en maatschappelijke belangen in het licht van de omstandigheden van het geval voor ogen gestaan, die beantwoordt aan de rechtspraak van de Hoge Raad op dit gebied. In casu behoorde tot die omstandigheden de vraag of de uitlatingen grievend waren of niet en of van de journalist gevergd kon worden dat zij opmerkingen gemaakt door een politierechter op een terechtzitting een nader onderzoek naar de gegrondheid daarvan had moeten onderwerpen. Het Hof had die vragen ontkennend beantwoord. De Hoge Raad liet het arrest in stand.
Ik merk op dat in de twee hiervoor genoemde arresten de uitingsvrijheid niet genoemd wordt. Dat was wel het geval in de zaak Blok tegen VARA's *Koning Klant*. Het ging hier in hoofdzaak om een schadevergoedingszaak en wel in het bijzonder om de causaliteitsvraag.[42] In het VARA-programma was kritiek geuit op de organisatie van de door eisers instituut gegeven cursussen. De kritiek was onrechtmatig, omdat de indruk gewekt was dat de kritiek alle opleidingen betrof en niet slechts de cursussen Frans. Maar eiser moest wel bewijzen dat de teruggang in cursisten een gevolg was van deze onrechtmatige kritiek. Dat hoefde het Hof niet zonder meer aan te nemen. Daarbij was volgens de Hoge Raad mede van belang dat het hier gaat om mededelingen waarvan mag worden dat zij zijn gedaan zonder toeleg van benadeling en die in beginsel gedekt worden door de vrijheid van meningsuiting. Pats boem! De vrijheid van meningsuiting!

Conflict van grondrechten

De vrijheid van meningsuiting kan in botsing komen met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Dat was aan de orde in de *Edamse bijstandsmoeder* en in *Kinderen De Bourbon Parma*.[43] In het eerste geval stelde de Hoge Raad dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer niet door de enkele door het Hof vooropgestelde vrijheid van meningsuiting gerechtvaardigd kon worden. In het tweede geval dat de uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting o.m. beperkt kan worden door de rechten van anderen. In beide gevallen diende het antwoord op de vraag of de inbreuk op de privacy gerechtvaardigd was door de vrijheid van meningsuiting beoordeeld

38. C.A.J.M. Kortman, 'Vrijheid van meningsuiting voor de regering?', NJB 1993, 333-334; A.W. Hins, 'Uitingsvrijheid voor de staat?!', Mediaforum 1993, 37; L.F. Verhey, 'Vrijheid van meningsuiting voor de regering?', NJCM-Bulletin 1993, 410-417.
39. HR 6 februari 1987, AB 1987, 272; NJ 1988, 926.
40. HR 15 juni 1990, Informatierecht/AMI 1990/10, 222; NJ 1991, 432.
41. HR 12 juni 1992, NJ 1992, 554.
42. HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 108.
43. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (EAA) (Edamse Bijstandsmoeder); HR 4 maart 1989, NJ 1989, 361 (CJHB) *(Kinderen De Bourbon Parma)*.

te worden aan de hand van de omstandigheden van het geval.
Die lijn werd voortgezet in het *Ferdi E.*-arrest, waar de Hoge Raad de in cassatie aangevoerde opvatting verwerpt dat de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer een absoluut gewicht heeft dat in beginsel groter is dan het recht op vrijheid van meningsuiting.[44] Het gaat hier, aldus de Hoge Raad, om twee vrijheden, die zowel voor de ontplooiing van het individu als voor een democratische samenleving als zodanig wezenlijk zijn, en er bestaat geen grond tussen deze beide een rangorde te aanvaarden als waarvan het middel uitgaat. Bij de vraag welk van deze vrijheden in een gegeven geval de voorrang toekomt dienen alle omstandigheden in aanmerking te worden genomen en bestaat er geen reden anders te werk te gaan dan wanneer *zodanig* conflict zijn grond vindt in een andersoortige publikatie, zoals die van mededelingen. En vervolgens verwijst de Hoge Raad naar zijn standaardarrest van 1983 *Gemeenteraadslid X*. De cursivering van het woordje *zodanig* is van mij, omdat m.i. de Hoge Raad – met terugwerkende kracht – de in *Gemeenteraadslid X* voorgeschreven belangenafweging in de sfeer van een conflict van grondrechten trekt. Kennelijk vindt de Hoge Raad dat de bescherming van eer en goede naam in het verlengde ligt van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Volgens mij is dat juist. Het zijn twee aspecten van het te beschermen persoonlijkheidsrecht.
In de twee meest recente arresten komt dan – eindelijk – een expliciete toets aan artikel 10 EVRM aan de orde. In de zaak *Rails* is het Hof volgens de Hoge Raad er klaarblijkelijk en terecht van uitgegaan dat het de vordering tot rectificatie had te beoordelen mede in het kader van artikel 10 EVRM.[45] Het in deze verdragsbepaling omschreven grondrecht beschermt een fotoreportage als de onderhavige zowel naar inhoud als naar vorm (*Oberschlick*!). Toewijzing van de rectificatie zou dan ook moeten worden aangemerkt als een sanctie als bedoeld in het tweede lid van deze verdragsbepaling. Kennelijk heeft het Hof daaruit de – juiste – slotsom getrokken dat voor zulk een toewijzing tenminste was vereist dat duidelijk en overtuigend kon worden vastgesteld dat en waarom de reportage in strijd kwam of inbreuk maakte op een van de in lid 2 van artikel 10 limitatief opgesomde rechten of belangen, aldus de Hoge Raad.
Ook in de zaak *Het Parool/Van Gasteren* van begin 1995 stelt de Hoge Raad voorop dat toewijzing van de vordering – in dit geval schadevergoeding – een beperking is van de vrijheid van meningsuiting.[46] De door het Hof – overeenkomstig *Gemeenteraadslid X* – toegepaste belangenafweging dient volgens de Hoge Raad om vast te stellen of de publikatie onrechtmatig was in de zin van artikel 6:162 BW (in casu artikel 1408 oud-BW) en de beperking van de uitingsvrijheid is 'voorzien bij wet' in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM. Daarmee is de rechter echter niet klaar. Resteert, aldus de Hoge Raad, de vraag of voldaan is aan het vereiste dat gezegd kan worden dat in een democratische samenleving toewijzing van het gevorderde een beperking is van de uitingsvrijheid die noodzakelijk is ter bescherming van de rechten van een ander. De Hoge Raad behandelt die noodzakelijkheidstoets als een rechtsvraag, maar kan er dan niet onderuit ook zèlf naar de omstandigheden van het geval te kijken, iets wat hij in het geval van de belangenafweging met betrekking tot artikel 6:162 BW aan het oordeel van de feitenrechter overlaat. Wel beperkt de Hoge Raad zich uiteraard tot de feiten zoals door het Hof zijn vastgesteld.
Voor het eerst stelt de Hoge Raad trapsgewijze de vragen van artikel 10 lid 2: is er sprake van een beperking? Zo ja is die beperking voorzien bij wet? Zo ja, welk belang dient de beperking? Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van dat belang en is die beperking evenredig aan het te beschermen belang?

Is de Hoge Raad dus niet meer bang voor de uitingsvrijheid? Ik heb toch nog een punt van twijfel. Bij de beantwoording van de laatste vraag, de noodzakelijkheidstoets, spelen de feiten een belangrijke rol. Het ging om de vraag of Het Parool zo veel jaren na dato een zaak uit de tweede wereldoorlog mocht oprakelen, waarbij de cineast Van Gasteren wegens doodslag was veroordeeld. Het slachtoffer was een joodse onderduiker en de cineast beriep er zich na de oorlog op dat het een verzetsdaad was geweest. Toen hij in een interview had verklaard over deze dramatische gebeurtenis in zijn leven een film te willen maken, dook Het Parool in het verleden en kwam tot de conclusie dat het ernstige twijfels had of sprake was geweest van een verzetsdaad en dat er aanwijzingen bestonden dat eerder sprake was van 'een ordinaire roofmoord'. Nadat het Hof had geoordeeld dat het door Het Parool aangedragen feitenmateriaal erg dun was, oordeelde de Hoge Raad dat er ter rechtvaardiging van een dergelijke publikatie na zoveel jaar klemmende redenen van publiek belang moeten bestaan, terwijl bovendien verlangd mag worden dat de beschuldiging berust op onderzoek dat aan hoge eisen van zorgvuldigheid voldoet. Aan géén van beide voorwaarden is volgens de Hoge Raad ten deze voldaan.
Wat opvalt is dat de Hoge Raad de laatste vraag van artikel 10 omdraait. Hij vraagt zich niet af of er voor de beperking van de uitingsvrijheid een dringende maatschappelijke noodzaak bestaat, maar of er voor de publikatie een klemmende reden van publiek belang is.[47] Stelt men de vraag zoals hij gesteld zou moeten worden dan kan het antwoord heel goed hetzelfde luiden, maar ook heel goed anders. Het te beschermen belang is nog steeds het recht van Van Gasteren om 'met rust te worden gelaten', maar de maatschappelijke noodzaak om Het Parool het zwijgen op te leggen is anders te komen liggen sinds Van Gasteren zèlf de gebeurtenis oprakelde en aankondigde een film over de gebeurtenis te willen ma-

44. HR 21 januari 1994, NJ 1994 (DWFV) *(Ferdi E.)*; zie ook W.F.F. Oppenoorth, Mediaforum 1994, 58; G.A.I. Schuijt, Informatierecht/AMI 1994/5, 93; L.F.M. Verhey, NJCM-Bulletin 1994, 659.
45. HR 21 oktober 1994, RvdW 1994, 211 *(Rails)*; ook: AB 1995, 393 met noot Th.G. Drupsteen; NJCM-Bulletin 1995, 418 met noot L.F.M. Verhey.
46. HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (EJD) (*Het Parool/Van Gasteren*); ook in AB 1995, 370 met noot Th.G. Drupsteen.
47. Vgl. ook HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 (CJHB) *(Kinderen De Bourbon Parma)*, waarin het ook maar om een onbelangrijk bericht zou gaan.

ken. Ook het oordeel over de vraag of Het Parool in zijn onderzoek naar het verleden had voldaan aan hoge eisen van zorgvuldigheid – een oordeel, waarover men van mening kan verschillen; men leze rechtbank, Hof en Hoge Raad – kan in dat licht anders komen te liggen, omdat Het Parool met journalistieke middelen nauwelijks méér kon doen dan het heeft gedaan.[48]

In een ander recent arrest toetst de Hoge Raad of het merkrecht en het auteursrecht beperkingen inhouden voor de vrijheid van meningsuiting. De Hoge Raad overweegt dat de vrijheid van meningsuiting bij wet kan worden onderworpen aan beperkingen die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn ter bescherming van o.m. de rechten van anderen. Daartoe kunnen het merkrecht en het auteursrecht worden gerekend. Hetgeen in cassatie is aangevoerd dwingt volgens de Hoge Raad niet tot de conclusie dat in het onderhavige geval het belang van de merk- en auteursrechthebbende zou moeten wijken voor dat van de inbreukmaker bij zijn vrijheid van meningsuiting. Daarmee houdt de Hoge Raad de mogelijkheid open dat het merk- en het auteursrecht in een bepaald geval wèl moeten wijken voor de uitingsvrijheid. Ook met deze formulering gaat de Hoge Raad er kennelijk van uit dat degene die zich op artikel 10 EVRM beroept met dringende argumenten moet komen en niet andersom, dat voor de beperking van de uitingsvrijheid de dringende maatschappelijke noodzaak moet zijn aangetoond.[49]

Balans Hoge Raad[50]

Het lijkt erop dat de Hoge Raad langzaam maar zeker de weg naar artikel 10 heeft gevonden. Nadat ons hoogste rechtscollege eerst voornamelijk impliciet het grondrecht in de overwegingen betrok door van een afweging van hoogwaardige maatschappelijke belangen te spreken, is hij nu overgegaan tot een expliciete toets aan artikel 10.
Het arrest *Het Parool/Van Gasteren* is van grote betekenis voor de rechtspraak over ongeoorloofde uitingen, omdat de Hoge Raad voor het eerst stelselmatig de vragen beantwoordt die bij een toets aan artikel 10 EVRM gesteld moeten worden. Daarbij heeft het zijn eigen rechtspraak niet teruggedraaid maar uitgebouwd. De afweging tussen de hoogwaardige belangen blijft nodig om na te gaan of een beperking van de uitingsvrijheid is voorzien bij wet. Maar die vraag beantwoord hebbend, moet er nog een stap worden gezet, namelijk antwoord geven op de vraag of een beperking van de uitingsvrijheid ook aan de andere voorwaarden van artikel 10 lid 2 voldoet. Ik acht dat pure winst, al vindt ik het niet juist dat de Hoge Raad de slotvraag omgekeerd heeft.
Voldoet onze 1401- resp. 6:162-jurisprudentie aan de eis dat de vage wettelijke norm door vaste jurisprudentie zodanige uitwerking heeft gekregen, dat de burger er zijn gedrag op kan afstemmen? Dat is de eis die het Hof heeft gesteld in de *Sunday Times*-zaak en in het *Markt Intern*-arrest oordeelde het Hof dat de Duitse jurisprudentie inzake het mededingingsrecht daaraan voldeed. Ik denk thans dat mijn oordeel van vijf jaar geleden, dat de Hoge Raad met *Gemeenteraadslid X* de feitenrechter 'het bos had ingestuurd' wat te hard was. De materie is nu eenmaal zo complex, dat een rechterlijk oordeel niet altijd is te voorspellen. Daar gaat het dan ook niet om. Waar het wel om gaat is dat de lijnen waarlangs het rechterlijk oordeel tot stand komt, resp. moet komen, zijn uitgezet. Die lijnen zijn nu na *Gemeenteraadslid X* (afweging hoogwaardige belangen), *Herrenberg* (laten zien dat die belangenafweging is gemaakt), *Ferdi E.* (het gaat om twee fundamentele vrijheden) en *Het Parool/Van Gasteren* (na de belangenafweging komt de (overige) toets aan artikel 10 lid 2) redelijk goed aangegeven.
Het begint er naar uit te zien dat mijn vraag van vijf jaar geleden thans – zij het nog met enige aarzeling – ontkennend beantwoord moet worden.

48. Het vonnis van de rechtbank, die de vordering van Van Gasteren afwees, is gepubliceerd in Mediaforum 1991/9, B69-B71; het arrest van het Hof is slechts gedeeltelijk in de NJ opgenomen. Het is volledig afgedrukt in Mediaforum 1993/10, B85-B91.
49. HR 20 oktober 1995, RvdW 1995, 212, IER 1995/6, 223 (*Dior/Evora*).
50. Ik heb buiten beschouwing gelaten jurisprudentie over de 'plakverboden', HR 26 januari 1993, NJ 1993, 534; ook liet ik buiten beschouwing de zaak Hovius, de journalist die veroordeeld werd wegens valsheid in geschrifte toen hij wilde aantonen dat rijbewijzen gemakkelijk onder valse naam te verkrijgen zijn. Zijn beroep op de vrijheid van nieuwsgaring werd niet gehonoreerd. HR 27 juni 1995, Mediaforum 1995/9, B115-B116.