



Annotatie bij EHRM 13 juli 2012 (Mouvement Raëlien / Suisse), *European Human Rights Cases*, 2012-10, p. 2334-2372.

mr. A.J. Nieuwenhuis.

1. Net als de Kamer (zie EHRM 13 januari 2011, «EHRC» 2011/49 m.nt. Nieuwenhuis) kent de Grote Kamer in deze zaak de nationale autoriteiten een relatief grote appreciatiemarge toe bij het beperken van de vrijheid van meningsuiting. De opvatting van de Kamer in dezen was mede gebaseerd op het idee, dat het verlenen van gemeentelijke toestemming om gebruik te maken van plaatsen om posters aan te brengen ook elementen van een positieve verplichting in zich draagt, en in zekere zin zelfs als instemming met de betreffende denkbeelden kan worden gezien. De Grote Kamer wijst een andere basis aan voor de relatief grote appreciatiemarge. De affiches van de Raëliaanse beweging zijn volgens haar weliswaar niet aan te merken als reclame in eigenlijke zin, maar ook niet als bijdragen aan een politiek debat. Veeleer is er sprake van uitlatingen die voortkomen uit de innerlijke overtuiging en die gericht zijn op het verkondigen van een bepaalde levensovertuiging en zelfs op het bekeren van andersdenkenden (proselitisme). Daarmee is volgens de Grote Kamer een relatief grote appreciatiemarge op haar plaats. Men vergelijk hier overigens de *concurring opinion* van rechter Bratza, volgens welke de zaak zich niet louter als een vraag naar de onthoudingsplicht laat kwalificeren; hij blijft daarmee het dichtst bij de benadering van de Kamer.

2. Bij de redenering van de Grote Kamer ten aanzien van de appreciatiemarge kunnen enkele kanttekeningen geplaatst worden. In de eerste plaats lijkt het Hof de categorie bij uitstek beschermde uitlatingen terug te brengen tot de politieke discussie in strikte zin. In het verleden heeft het Hof met enige regelmaat een wat ruimere formulering gebruikt die naast de politieke discussie meer in het algemeen ook de maatschappelijke discussie over vraagstukken van algemeen belang grote bescherming toekent: 'political speech or debate on questions of public interest' (o.a. *Vereinigung Tierfabriken t. Zwitserland* (nr. 2), EHRM 30 juni 2009 (GK), nr. 32772/02, «EHRC» 2009/107 m.nt. Van der Velde). In de tweede plaats – in het verlengde daarvan – is het de vraag of de door de Raëliaanse beweging gepropageerde denkbeelden in kwestie zich niet ook betrekken op belangrijke maatschappelijke vraagstukken. In dit verband valt te wijzen op de ideale inrichting van het politiek bestel (geniocratie) en de (on)wenselijkheid van het klonen van menselijke individuen. De Grote Kamer lijkt ervan uit te gaan dat uitlatingen óf levensbeschouwelijk van aard zijn óf een bijdrage vormen aan de politieke discussie, maar niet beide hoedanigheden tegelijkertijd kunnen bezitten. De uitlatingen in kwestie krijgen daarom niet dezelfde bescherming als politieke uitlatingen in eigenlijke zin. Een beroep op art. 9 EVRM verandert daar niets aan; net als de Kamer ziet de Grote Kamer immers geen reden om de klacht wegens schending van art. 9 EVRM apart te onderzoeken.

3. Nu heeft het Hof in het verleden met enige regelmaat gewezen op het feit dat de positie van de godsdienst in de samenleving in de Europese landen grotelijks verschilt zodat er geen Europese standaard is aan te geven. Daarbij ging het veelal om het dragen van godsdienstige kentekenen binnen bepaalde instituties (zoals onderwijsinstellingen, o.a. *Leyla Şahin t. Turkije*, EHRM 10 november 2005 (GK), nr. 44774/98, «EHRC» 2006/15 m.nt. Verhey, *NJ* 2006/270, *NJCM-Bull.* 2006, p. 213 m.nt. Loenen & Terlouw) of om bepaalde uitlatingen die op godsdienstige gevoeligheden konden stuiten (o.a. *Otto-Preminger-Institut t. Oostenrijk*,

EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87, *NJ* 1995/366 m.nt. Dommering, *NJCM-Bull.* 1995, p. 176 m.nt. De Winter). Te verdedigen is dan ook dat de marge het gevolg was van de aard van de beperkingsgrond, eerder dan alleen van het karakter van de uitlatingen. Het Hof neemt in par. 61 en 62 van het onderhavige arrest vrij makkelijk de stap van godsdienstige gevoeligheden naar de levensbeschouwelijke aard van de uitlatingen als reden voor een relatief ruime appreciatiemarge. Deze benadering lijkt met name ook te berusten op de kwalificatie van de affiches als een vorm van bekeringsijver (proselitisme). In geval van bekeringsijver, zo zou men kunnen verdedigen, spelen naast de aard van de uitlatingen per definitie ook de godsdienstige of levensbeschouwelijke gevoelens van de ontvangers een rol. Dan nog kan de onderhavige zaak met op het algemene publiek gerichte affiches naar mijn mening worden onderscheiden van een zaak als *Kokkinakis t. Griekenland* (EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88, *NJCM-Bull.* 1994, p. 367 m.nt. Myjer), die op de persoon gerichte geloofsijver betrof, en waarin het Hof mede daarom een relatief ruime marge toekende. Bovendien blijken de religieuze of levensbeschouwelijke gevoeligheden van de ontvangers in de onderhavige zaak uiteindelijk maar een beperkte rol te spelen bij het rechtvaardigen van de beperking. In de door het Hof aangehaalde zaak *Murphy t. Ierland* (EHRM 10 juli 2003, nr. 44179/98, «EHRC» 2003/72 m.nt. Brems), was dat wel het geval.

4. De gezamenlijke *dissenting opinion* van rechter Sajó e.a. is ongelukkig met de creatie door het Hof van een nieuwe minder beschermde categorie. De schrijvers van deze *dissenting opinion* wijzen erop dat het Hof in het verleden het feit dat er reclame werd gemaakt voor bepaalde denkbelden ook niet als reden voor een mindere mate van bescherming heeft aanvaard (*VgT Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland*, EHRM 28 juni 2001, nr. 24699/94, «EHRC» 2001/55 m.nt. Verhey, *NJ* 2002/181 m.nt. Dommering).

5. De verhouding tussen de vrijheid om godsdienstige uitlatingen te doen en de vrijheid om bijdragen te leveren aan het publiek debat is in de opvatting van de Grote Kamer in elk geval een andere dan bij de Nederlandse Hoge Raad. In de bekende arresten ten aanzien van religieus geïnspireerde uitlatingen over homoseksuelen/homoseksualiteit legt de Hoge Raad juist ook een verbinding met het maatschappelijk debat (HR 9 januari 2001, *NJ* 2001/203; HR 9 januari 2001, *NJ* 2001/204, m. nt. de Hullu; HR 14 januari 2003, *NJ* 2003/261, m. nt. Mevis). De suggestie wordt zelfs gewekt dat levensbeschouwelijk gemotiveerde uitlatingen eerder een grote mate van bescherming toekomt (vgl. A.J. Nieuwenhuis, “Godsdienstvrijheid en bijdragen aan het maatschappelijk debat”, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 154-166).

6. Heeft het Hof eenmaal vastgesteld dat er sprake is van een relatief ruime marge en dat vier Zwitserse instanties, na ampele overwegingen, het weigeren van de toestemming niet strijdig achtten met de vrijheid van meningsuiting, dan is het tot op zekere hoogte begrijpelijk dat de redeneringen van de Zwitserse rechter de toets der kritiek kunnen doorstaan. De aangevoerde redenen voor de weigering van de toestemming, namelijk dat de affiches naar de site leiden en de site het klonen van mensen steunt, genocratie propageert en welwillend lijkt te staan tegenover ‘sensuele contacten’ met minderjarigen, die als misbruik zijn te kwalificeren, kunnen wellicht niet separaat maar in elk geval wel gezamenlijk de beperking dragen, zoals de Grote Kamer expliciet overweegt.

7. Stelt het Hof op grond van één factor (geen bijdrage aan het politiek debat) vast dat de appreciatiemarge relatief ruim is, de dissenters kunnen erop wijzen dat het om voorafgaand inhoudelijk toezicht gaat (gezamenlijke *dissenting opinion* rechters Sajó e.a., par. 2.2). Dat is een argument om de redenen en redeneringen van de nationale autoriteiten juist nauwlettend

te onderzoeken, omdat ook historisch gezien de vrijheid van meningsuiting bij uitstek in het geding is bij vormen van voorafgaand toezicht (*dissenting opinion* Pinto de Albuquerque).

8. Bij het in de *dissenting opinions* uitgevoerde onderzoek van de voor de beperking aangevoerde redenen blijkt de argumentatie niet steeds even overtuigend te zijn. Dat geldt in de eerste plaats voor de al dan niet vermeende actieve steun aan het klonen van mensen. Het belangrijkste bewijs voor die steun is immers de link op de site van de Raëliaanse beweging naar de site van Clonaid, een organisatie die zich daadwerkelijk bezighoudt met het klonen van mensen, hetgeen in de Zwitserse grondwet verboden is. Een principiële kwestie is uiteraard in hoeverre aan degene die een link aanbrengt naar een site of een pagina de inhoud daarvan kan worden toegerekend. Een aantal rechters is van oordeel dat het aanbrengen van een link zeker niet per definitie een vorm van identificatie of goedkeuring inhoudt. En ook als er een zekere goedkeuring uit spreekt, bestaat er nog geen duidelijk risico dat de link zal leiden tot onrechtmatige handelingen (gezamenlijke *dissenting opinion* rechters Sajó e.a., par. 3). Meer in het algemeen hebben de nationale autoriteiten niet aannemelijk gemaakt dat de posteractie een duidelijk en direct dreigend risico met zich mee zou brengen (gezamenlijke *dissenting opinion* rechters Tulkens e.a., par. 6).

9. Een ander oordeel zou tot een onredelijke belemmering van de informatievoorziening via internet kunnen leiden. Dat is te meer zo omdat digitale informatie fluïde is zodat de teksten, waarnaar verwezen wordt, kunnen veranderen. Ook in de onderhavige zaak is het niet volstrekt duidelijk welke tekst er precies te lezen was op de Clonaid-site ten tijde van de weigering van de toestemming om de affiches te verspreiden. Dat klemt te meer daar het mogelijke effect van de affiches dubbel indirect is (gezamenlijke *dissenting opinion* rechter Tulkens e.a., par. 4). De affiches leiden naar de site van de Raëliaanse beweging en de link op deze site leidt vervolgens naar de site van Clonaid.

10. Een dergelijke benadering van de informatieverspreiding op het internet is te onderscheiden van die van de Kamer in de onderhavige zaak. De Kamer overwoog dat rekening moet worden gehouden met de aard van de moderne communicatiemiddelen. Doordat de website, waarnaar het affiche verwijst, voor iedereen, ook voor minderjarigen, toegankelijk is, wordt de mogelijke impact van de posters sterk vergroot. Daarbij verwees de Kamer naar de zaak *Stoll t. Zwitserland*, waarin de Grote Kamer een waarschuwend woord over – een ander aspect van – de informatievoorziening via internet heeft laten horen (EHRM 10 december 2007 (GK), nr. 69698/01, «EHRC» 2008/23 m.nt. Janssen & Senden).

11. Ook de tweede reden voor de weigering, namelijk de (mogelijke) relatie tussen Raëliaanse beweging en ontucht met kinderen, wordt in de *dissenting opinions* nader onderzocht. Dan blijkt dat de site van de beweging ontucht met kinderen juist uitdrukkelijk afwijst. Meer in het algemeen is er op de site niets te vinden dat als een oproep of zelfs als ‘aanzetten tot’ is te beschouwen. Daarnaast kunnen beschuldigingen van ontucht gepleegd door leden van de beweging eigenlijk pas een rol spelen wanneer de strafbare feiten zich binnen het kader van de vereniging hebben voorgedaan (*dissenting opinion* Pinto de Albuquerque).

12. De analyse van de beperkingsgronden in de *dissenting opinions* leidt ook tot een nadere kanttekening bij de toekenning van een relatief ruime appreciatiemarge. Gaat het om de moraal of om de bescherming van godsdienstige gevoelens dan zou het te verdedigen zijn dat de Raëliaanse beweging in andere delen van Zwitserland wél toestemming heeft gekregen voor een posteractie. Gaat het uiteindelijk echter om de mogelijke effecten op het vlak van misbruik van kinderen dan zijn dergelijke lokale verschillen niet goed te begrijpen

(gezamenlijke *dissenting opinion* rechter Tulkens e.a., par. 7). Er zij hier verwezen naar de eerder in deze noot gemaakte opmerking over het belang van de beperkingsgrond voor het vaststellen van de appreciatiemarge.

13. Het verschil in benadering tussen de meerderheid van het Hof en de dissenters blijkt bij uitstek uit de beoordeling van het feit dat het de Raëliaanse beweging nog steeds toegestaan is om op andere wijzen – uitdelen pamfletten op straat, verspreiding pamfletten in brievenbussen – aandacht voor haar site te vragen. De meerderheid van het Hof leidt daaruit af dat de inmenging dus maar beperkt van aard is. Voor de dissenters is het juist een gegeven dat de hele argumentatie van de nationale autoriteiten onderuit haalt. Heeft de site echt een bedenkelijk karakter en mogelijk schadelijke effecten, dan ligt het voor de hand dat er meer in het algemeen opgetreden wordt tegen de site of tegen alle wijzen waarop het publiek, waaronder ook de jeugd, richting site gemanoeuvreerd kan worden. Verhindert de overheid daarentegen alleen de affiches in de openbare ruimte, dan ontstaat de indruk dat de inmenging vooral is ingegeven doordat de meerderheid niet gediend is van dergelijke ideeën op de openbare weg. Daar verzet de vrijheid van meningsuiting zich al snel tegen.

14. In dit verband zijn ook de uitgebreide overwegingen van een aantal rechters te begrijpen over het belang van de openbare ruimte als public forum (gezamenlijke *dissenting opinion* rechters Sajó e.a., par. 2). Dat forum is bij uitstek geschikt om meningen aan anderen kenbaar te maken en de overheid dient zich volgens hen hier dan ook bij uitstek neutraal op te stellen. Regelingen met inhoudelijke beperkingen, uitdrukkelijk te onderscheiden van ‘time, place and manner’-beperkingen, moeten daarom zeer argwanend worden bekeken. Om dit standpunt te onderbouwen wordt uitgebreid verwezen naar Amerikaanse en Canadese en deels ook Duitse jurisprudentie. Men vergelijk hier ook het onderscheid in de Nederlandse jurisprudentie tussen de ‘ruimtelijke sfeer’ en de ‘geestelijke sfeer’ (HR 28 november 1950, *NJ* 1951/137 (Tilburg)).

15. Probeer ik tot een afronding te komen. Het arrest laat wederom zien dat de vrijheid van meningsuiting binnen het Hof verschillend gewaardeerd wordt. Het arrest roept in het bijzonder de vraag op, of op grond van één bepaald aspect vrij snel besloten kan worden tot een relatief ruime marge, waarna de rest van de beoordeling niet zeer strikt hoeft te zijn, óf dat eerst alle aspecten van de zaak geanalyseerd dienen te worden om te bepalen in hoeverre de vrijheid van meningsuiting substantieel is geraakt. *In casu* valt dan te wijzen op het voorafgaand toezicht en op de inconsistenties in de argumentatie van de nationale autoriteiten. Op grond van die analyse komt de *dissenting opinion* tot de conclusie dat de uitlatingen in kwestie vooral daarom geweerd worden, omdat de autoriteiten er niet van gediend zijn. Dan is de vrijheid van meningsuiting bij uitstek in het geding en ligt een ruime marge juist niet voor de hand (gezamenlijke *dissenting opinion* rechters Tulkens e.a., par. 11). Deze laatste benadering doet naar mijn mening meer recht aan het belang van de vrijheid van meningsuiting.

mr. A. Nieuwenhuis, Hoofddocent staatsrecht Universiteit van Amsterdam, gelieerd aan het Instituut voor Informatierecht