



Noot bij de zaak *Times Newspapers* (EHRM 10 maart 2009, appl. 3002/03 en 23676/03)
Verschenen in *Nederlandse Jurisprudentie*, 2010-10, nr. 109, p. 1075-1077.

1. Deze zaak gaat over een onrechtmatige publicatie op internet en hoe in die context om te gaan met een rectificatie. In de wereld van het papier was het ogenschijnlijk eenvoudig: een bericht dat eerder in de krant was verschenen en door de rechter onrechtmatig was geoordeeld, werd in een volgend nummer gerectificeerd. De aflevering van de krant met het oorspronkelijke bericht en de aflevering van de krant met de rectificatie verdwenen in het archief en leidden daar tot in lengte van jaren een gescheiden slapend bestaan. Met omroepprogramma's ging het niet veel anders. Dit 'slapende' archief is in de internetwereld een sprookje uit het verleden. Het foute bericht is op plaatsen in het web blijven hangen, waar pagina's in cache (tijdelijke opslag om ze sneller opvraagbaar te maken) worden bewaard. Zoekmachines toveren die pagina's bij iedere zoekopdracht weer te voorschijn. De archieffunctie en de publicatiefunctie van de media zijn versmolten geraakt. Een publicatie/uitzending gaat 'in één adem' door naar een site waar hij een tijd blijft staan en raadpleegbaar blijft. Daarna wordt zij gearchiveerd, maar dat archief is snel en op afstand elektronisch te raadplegen op zoekwoord of datum. Iedere keer komt het foute bericht en niet de rectificatie te voorschijn.
2. In deze zaak gaat het om twee publicaties in de Engelse *Times* met iets meer dan een maand tussenruimte, waarin een zakenman er van wordt beschuldigd dat hij verbindingen heeft met een Russische criminele organisatie, die aan witwassen doet. De zakenman begint binnen drie maanden na de publicatie (binnen de verjaringstermijn die in het VK voor libelacties kort is: één jaar) een actie uit onrechtmatige daad naar aanleiding van beide (naar strekking gelijke) onrechtmatige berichten tegen de krant, die in de procedure niet ontkent dat de berichten defamerend voor de zakenman zijn, en die ook geen moeite doet de juistheid ervan overeind te houden. De *Times* beroept zich op het algemeen belang dat zij het bestaan van ernstige beschuldigingen moest publiceren (Dit is een in het Engelse persrecht aanvaard 'privileged' verweer, gebaseerd op de landmark beslissing *Reynolds/Sunday Times* uit 2001 geciteerd in paragraaf 22 van de beslissing van het Hof; met deze uitspraak accepteerde het Engelse House of Lords in grote lijnen de 'public figure' jurisprudentie van het EHRM dat er een publiek belang is kennis te nemen van beschuldigingen ten aanzien van openbare personen, mits het medium ten tijde van de publicatie te goeder trouw handelde en afging op betrouwbare bronnen, zie voor deze in totaal tien punten test, vergelijkbaar met die van de HR in het Gemeenteraadarrest, HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801: Helen Fenwick & Gavin Philipson, *Media Freedom under the Human Rights Act*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 1083-1086).
3. De zakenman was echter een jaar later (na de verjaringstermijn, toen de eerste actie nog aanhangig was) een tweede actie tegen de krant begonnen, omdat de krant de beide berichten zonder toevoeging op zijn website (archieff) had geplaatst. In deze tweede procedure voert de *Times* het verweer dat gebaseerd is op de aan het Amerikaanse recht ontleende 'single publication rule', inhoudende dat de eerste publicatie (en niet de herhaalde publicatie) het aanknopingspunt is. Voor libel acties geldt een korte verjaringstermijn, en de Amerikaanse rechter ontwikkelde die regel om te voorkomen dat een krant zou blijven blootstaan aan libelacties na de eerste publicatiedatum, telkens nadat het bericht opnieuw openbaar zou worden gemaakt. Daarvan zou een potentieel 'chilling

effect' uitgaan. Dat schermt dus acties tegen gearchiveerde berichten af. In dit geval was het verweer door de Times opgeworpen, omdat zij het 'privileged' verweer een maand na de berichten in de krant niet meer kon staande houden, zodat ze de beschuldiging niet op de website had mogen herhalen.

4. De Engelse rechters wijzen de 'single publication rule' af, zodat de Times voor het op internet 'gearchiveerde' bericht hangt. Zoals wel vaker in het Engelse recht, wordt daarvoor een oeroud precedent uit de kast gehaald, ditmaal de zaak van de *Duke of Brunswick v Harmer* uit 1849. De Duke of Brunswick was in 1830 door de *Weekly Dispatch* beledigd, maar dat was aan zijn aandacht ontsnapt. Zijn agent viste het nummer uit 1830 zeventien jaar later uit de archieven van de krant en toen werd de hertog alsnog beledigd. Het beroep op verjaring, onderbouwd door de single publication rule, werd door de rechter afgewezen. De aflevering van de archiefkopie was een nieuwe publicatie. Het precedent was in 2001 opgepoetst naar een eigentijdse setting, door het ook toe te passen op gearchiveerde internetpublicaties (het EHRM plaatst in II B de bespreking van dit deel van het Engelse recht onder het kopje 'The Internet publication rule'). We kunnen dus spreken van een in het Engelse recht aanvaarde 'multiple publication rule'. In de onderhavige zaak bevestigt de Court of Appeal het Brunswick /internet precedent. Ik geef de argumentatie van de Engelse rechter die is toegespitst op archiefmateriaal:

We accept that the maintenance of archives, whether in hard copy or on the Internet, has a social utility, but consider that the maintenance of archives is a comparatively insignificant aspect of freedom of expression. Archive material is stale news and its publication cannot rank in importance with the dissemination of contemporary material. Nor do we believe that the law of defamation need inhibit the responsible maintenance of archives. Where it is known that archive material is or may be defamatory, the attachment of an appropriate notice warning against treating it as truth will normally remove any sting from the material.

Het EHRM accepteert deze redenering van de Engelse rechter in paragraaf 45 niet helemaal, maar toch wel grotendeels. Het Hof kent in het kader van de vrijheid van meningsuiting (mijns inziens terecht) een groter gewicht toe aan de archieffunctie dan de Engelse rechter (zie ook overweging 27 ten aanzien van de ontvankelijkheid), maar maakt daarbij een onderscheid tussen de 'primaire functie' van de pers, namelijk die van 'public watchdog', en de 'secundaire functie' om nieuwsarchieven te onderhouden. Ten aanzien van deze secundaire functie is er een grotere 'margin of appreciation' van de Lidstaten. De beoordeling door de Engelse rechter blijft binnen die marge, omdat de krant pas meer dan na een jaar na datum van de publicaties (dus veel te laat) een mededeling op de website had geplaatst dat er een libelactie tegen de artikelen liep, en de Engelse rechter niet had geëist dat de artikelen helemaal uit het internetarchief moesten worden verwijderd.

5. Overweging 48 bevat nog een caveat, dat betrekking heeft op de termijn waarop een actie wegens onrechtmatige publicatie moet worden gestart. Het EHRM is gevoelig voor het argument dat ten grondslag ligt aan de single publication rule dat dit tot niet in tijd begrensde aansprakelijkheden zou kunnen leiden. Maar, zegt het Hof: dat speelde niet in deze zaak, omdat er vrij snel tegen de publicaties in de krant was geageerd en de tweede actie tegen de internetpublicatie aanhangig was gemaakt toen de eerste zaak nog liep. Toch voegt het er aan toe: je moet wel binnen redelijke tijd tegen een onrechtmatige publicatie opkomen.
6. Ik kan mij vinden in de benadering van het Hof met behulp van de vergelijkingsmethode uit de *Drie typen van rechtsvinding* (G.J. Wiarda, Zwolle: Tjeenk Willink, 2^e druk 1980, p. 97 e.v.). De variatie van gevallen waarin de vergelijking moet plaatsvinden wordt enerzijds begrensd door het beginsel van de historische noodzaak dat de integriteit van de archieven moet worden beschermd, zodat daarin alle berichten, ook die fout zijn, zijn terug te vinden, en anderzijds het beginsel dat iemands reputatie niet tot in lengte van jaren in

elektronische media door een valse beschuldiging wordt achtervolgd. Het eerste beginsel zou ik het *Orwell beginsel* willen noemen (naar diens boek *1984*, waarin het *newspeak departement* belast is met de permanente herschrijving van de geschiedenis). Dit beginsel lijkt de Nederlandse Raad van de Journalistiek in 2008 in de bewoordingen van een nieuw artikel 2.2.8 van de Leidraad van de Raad te hebben omhelsd:

Internet met de hieraan gekoppelde zoekmachines heeft de toegankelijkheid van archiefbestanden sterk vergroot. Het publieke belang van zo volledig mogelijke, betrouwbare archieven waarvan de inhoud niet kan worden gewijzigd, weegt in beginsel zwaarder dan het belang dat personen kunnen hebben bij het verwijderen of anonimiseren van gearchiveerde artikelen met een voor hen onwelgevallige inhoud. Slechts in bijzondere gevallen kan dit maatschappelijk belangrijke principe wijken voor een privébelang.

Het tweede beginsel zou ik het *Brunswick beginsel* willen noemen dat de multiple publication rule tot in eeuwigheid uitbreidt, zodat er altijd een claim boven een publicatie blijft zweven. Beide beginselen werkten in de papieren wereld met relatief ontoegankelijke archieven ('stale news') nog wel, maar zijn voor de fluïde wereld van het internet en daardoor 'open archieven' te absoluut. In de praktijk van de toepassing van de leidraad door de Raad van de Journalistiek pakt zij minder absoluut uit dan uit de hiervoor geciteerde bewoordingen kan worden afgeleid, omdat daarin ook ruimte is voor het opnemen en koppelen van rectificaties in elektronisch gearchiveerde berichten (zie W. Hins, '[Het ijzeren geheugen van internet](#)', in: *Ars Aequi* 2008, p. 558-564).

7. De regel dat binnen redelijke tijd tegen de primaire en secundaire publicatie moet worden opgetreden, beschermt de belangen die beide beginselen beogen te beschermen. Weliswaar is in het internettijdperk de overgang van de primaire (de actualiteit) naar de secundaire (het archief) openbaarmaking onscherp (de kritiek van J. van Hoboken in zijn [noot](#) bij dit arrest, *Mediaforum* 2009-4, p. 167), ik denk dat er in de praktijk toch wel mee te werken valt: ook publicaties op internet schuiven op naar rubrieken die worden aangeduid met 'oude berichten' en 'archief'. De tweede in het arrest aanvaarde regel dat berichten niet uit het archief worden verwijderd, maar dat er een mededeling bij wordt geplaatst dat het door een rechterlijke uitspraak (wat er in onderling overleg in een schikking wordt afgesproken is natuurlijk een andere zaak) is gerectificeerd of (daarvoor) dat er een procedure aanhangig is, doet zowel recht aan het belang van de verbeterde toegankelijkheid en accuraatheid van archieven als het belang dat het slachtoffer dat hij niet in eeuwigheid door een valse beschuldiging wordt achtervolgd. Zoals het publiek profiteert van de informatietechnologie die betere toegankelijkheid van de archieven mogelijk maakt, zo kan ook het slachtoffer profiteren van die techniek die het mogelijk maakt een rectificatie aan de publicatie 'vast te knopen'. In de oude wereld is dat niet mogelijk omdat het eerste bericht en de rectificatie gescheiden wegen gaan (overigens zullen advocaten bij de formulering van de rectificatievorderingen met deze nieuwe mogelijkheden rekening moeten houden). Ik ben dus voor een 'internet publication rule' die het midden houdt tussen Orwell en Brunswick.
8. Een moeilijk op te lossen probleem is dat de foute berichten in cache blijven hangen in zoekmachines en hyperlinks. Ik ben er geen voorstander van dat de exploitanten van zoekmachines daarvoor verantwoordelijk worden gehouden. Je kunt de vuilophaaldienst ook niet aansprakelijk houden voor het feit dat er bij het huisvuil op straat af en toe staatsgeheimen rondslingeren. Of je dit probleem kunt oplossen aan de hand van onrechtmatige daadsbeginselen alleen, is overigens een vraag die ik hier verder onbesproken laat.
9. Een verder complicerende factor is dat de Wet bescherming persoonsregistraties door het Lindqvist arrest van 6 november 2003 het HvJEG (*Jur.* 2003, p. I-1297, *NJCMBulletin* 2004-3, p. 415-425 m.nt. H.R. Kranenborg) een zeer ruim toepassingsbereik heeft gekregen op internet. Een internetpublicatie is daardoor al snel een 'bewerking' van

persoonsgegevens in de zin van de wet. Het College Bescherming Persoonsgegevens heeft in 2007 richtsnoeren publicatie persoonsgegevens op het internet uitgevaardigd. In die richtsnoeren wordt er mijns inziens iets te gemakkelijk van uitgegaan dat een eerste publicatie (digitale versie op de site van een bericht in een ander medium of een journalistieke internetpublicatie) ook steeds 'een verwerking door een verantwoordelijke' is in de zin van de Wbp. Het gevaar dreigt immers dat de normen van de Wbp die in de eerste plaats zijn geschreven voor bestanden zoals archieven en administraties, ook voor perspublicaties worden gebruikt. Ik verwijs naar J.J.C. Kabel 'De werkers van het woord verworden tot verwerkers', in : *NJB* 2008/35 n.a.v. Vزر Rb. Den Bosch 4 juli 2008, KG ZA 08-299 en J. van Hoboken, '[Zoekmachines en de Wbp: over de grens van onze digitale horizon](#)', in: *P&I* Afl. 6- december 2008, p. 210-216 (in het bijzonder p. 213). Hier kan het onderscheid tussen een primaire en secundaire publicatie verhelderend zijn.

E.J. Dommering