

NJ 2019/97

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

28 juni 2018, nr. 60798/10, nr. 65999/10
(E. Møse, A. Nußberger, Y. Grozev, S. O'Leary,
M. Mits, G. Kucsko-Stadlmayer, L. Hüseynov)
m.nt. E.J. Dommering

Art. 8 EVRM

NJB 2018/1764
ECLI:CE:ECHR:2018:0628JUD006079810

Recht op privacy. Recht op vergetelheid. Anonimisering persoonsgegevens over strafzaak in online nieuwsarchieven. Veroordeelden vorderen anonimisering van strafrechtelijke persoonsgegevens in diverse online nieuwsarchieven. Balans tussen enerzijds recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM) en anderzijds de vrijheid van meningsuiting en het recht om te worden geïnformeerd (art. 10 EVRM)? Geen schending art. 8 EVRM.

Verzoekers zijn halfbroers en hebben de Duitse nationaliteit. Begin jaren negentig van de vorige eeuw zijn zij veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf voor de moord op een bekende acteur. Deze strafzaak heeft in de media grote ruchtbaarheid gehad. Na hun voorwaardelijk vrijlating – ruim twintig jaren later – hebben verzoekers drie procedures aanhangig gemaakt tegen een radiostation, een weekblad en een dagblad. Daarin hebben zij anonimisering gevorderd van de persoonsgegevens die verwerkt waren in drie nieuwsberichten (een radiouitzending, een artikel, respectievelijk een bericht). Deze nieuwsberichten waren online te raadplegen via de desbetreffende websites en breder beschikbaar voor het publiek via online zoekmachines. Het Bundesgerichtshof heeft alle vorderingen afgewezen, daartoe overwegende dat de vrijheid van meningsuiting van journalisten en het publieke recht op informatie over deze strafzaak zwaarder weegt dan verzoekers' belang bij eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer.

Ten overstaan van het EHRM stellen verzoekers zich op het standpunt dat de weigering van het Bundesgerichtshof om de media te verbieden oude reportages over de strafrechtelijke procedure die tegen hen is gevoerd op hun websites te plaatsen, een schending oplevert van art. 8 EVRM.

Het EHRM overweegt dat, hoewel de beslissing om informatie over verzoekers te publiceren en beschikbaar te houden voor het publiek bij de media ligt, online zoekmachines een versterkend effect kunnen hebben op de verspreiding van die informatie. Tegen die achtergrond kunnen de verplichtingen van zoekmachines verschillen van de verplichtingen van degene die de informatie als eerste heeft gepubliceerd. Dit betekent volgens het EHRM dat het tegen elkaar afwegen van de betrokken belangen tot verschillende uit-

komsten kan leiden, afhankelijk van aan welke entiteit een verzoek tot gegevensverwijdering wordt gericht (rov. 97). Het EHRM toetst vervolgens het oordeel van het Bundesgerichtshof aan de criteria neergelegd in het EHRM-arrest van 27 juni 2017, zaaknr. 931/13, NJ 2018/67, m.nt. E.J. Dommering (Satamedia/Finland) en komt tot het oordeel dat, gelet op de margin of appreciation van de nationale autoriteiten, het belang van het beschikbaar houden van op het moment van publicatie rechtmatige reportages en het gedrag van verzoekers ten opzichte van de pers, er geen zwaarwegende redenen zijn om het oordeel van het Bundesgerichtshof te vervangen door dat van het EHRM, zodat er geen sprake is van een schending van art. 8 EVRM (rov. 98 t/m 116).

M.L. en W.W.
tegen
Duitsland

EHRM:

- En droit*
- I. Sur la jonction des requêtes
64. Compte tenu de la similitude des présentes requêtes quant aux faits et aux questions de fond qu'elles soulèvent, la Cour juge approprié de les joindre, en application de l'article 42 § 1 de son règlement.
- II. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la convention
65. Les requérants se plaignent du refus de la Cour fédérale de justice d'interdire aux médias assignés de maintenir, sur leur portail Internet, à la disposition des internautes, la transcription de l'émission de la station de radio *Deutschlandfunk* diffusée à l'époque des faits et les reportages écrits parus dans les éditions anciennes du *Spiegel* ou du *Mannheimer Morgen* concernant respectivement le procès pénal des requérants et leur condamnation pour assassinat à l'issue de ce procès pénal. Ils allèguent une atteinte à leur droit au respect de la vie privée tel que prévu par l'article 8 de la Convention, dont la partie pertinente en l'espèce est ainsi libellée:
- "1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la protection des droits et libertés d'autrui."
66. Le Gouvernement combat cette thèse.
- A. Sur la recevabilité
67. Constatant que les requêtes ne sont pas manifestement mal fondées au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'elles ne se heurtent par ailleurs à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour les déclare recevables.

B. Sur le fond

1. Les observations des parties

Enz. (*red.*)

3. L'appréciation de la Cour

a) Les principes généraux

86. La Cour rappelle que la notion de 'vie privée' est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et peut donc englober de multiples aspects de l'identité d'un individu, tels l'identification et l'orientation sexuelle, le nom, ou des éléments se rapportant au droit à l'image. Cette notion comprend les informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées sans son consentement (*Flinkkilä et autres c. Finlande*, n° 25576/04, § 75, 6 avril 2010, et *Saaristo et autres c. Finlande*, n° 184/06, § 61, 12 octobre 2010).

87. La Cour rappelle aussi que les considérations liées à la vie privée entrent en jeu dans les situations où des informations ont été recueillies sur une personne bien précise, où des données à caractère personnel ont été traitées ou utilisées et où les éléments en question avaient été rendus publics d'une manière ou dans une mesure excédant ce à quoi les intéressés pouvaient raisonnablement s'attendre. Elle a reconnu que la protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention (*Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* [GC], n° 931/13, § 136, CEDH 2017 (extraits) (NJ 2018/67, m.nt. E.J. Dommering; *red.*)). Dans cet arrêt la Cour a en outre conclu que l'article 8 de la Convention consacre le droit à une forme d'auto-détermination informationnelle, qui autorise les personnes à invoquer leur droit à la vie privée en ce qui concerne des données qui, bien que neutres, sont collectées, traitées et diffusées à la collectivité, selon des formes ou modalités telles que leurs droits au titre de l'article 8 peuvent être mis en jeu (*ibid.*, § 137).

88. Cependant, pour que l'article 8 entre en ligne de compte, l'attaque à la réputation personnelle doit atteindre un certain niveau de gravité et avoir été effectuée de manière à causer un préjudice à la jouissance personnelle du droit au respect de la vie privée. De même, on ne saurait invoquer cette disposition pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions, telle une infraction pénale (*Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], n° 39954/08, § 83, 7 février 2012 (NJ 2013/251, m.nt. E.J. Dommering; *red.*)).

89. La Cour relève que les requêtes comme celles de l'espèce appellent un examen du juste équilibre à ménager entre le droit au respect de la vie privée des requérants, garanti par l'article 8 de la Convention, et la liberté d'expression de la station de radio et des maisons d'édition ainsi que la liberté d'information du public, garanties par l'article 10 de

la Convention. Lors de cet examen, la Cour doit notamment avoir égard aux obligations positives qui incombent à l'État au regard de l'article 8 de la Convention (*X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23, série A n° 91, et *Von Hannover* (n° 2) [GC], précité, § 98) et aux principes qu'elle a dégagés dans sa jurisprudence constante quant au rôle essentiel que la presse joue dans une société démocratique et qui inclut la rédaction de comptes rendus et de commentaires sur les procédures judiciaires. On ne saurait en effet penser que les questions dont connaissent les tribunaux ne puissent, auparavant ou en même temps, donner lieu à discussion ailleurs, que ce soit dans des revues spécialisées, dans la grande presse ou au sein du public en général. À la fonction des médias consistant à communiquer de telles informations et idées s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. S'il en allait autrement, la presse ne pourrait pas jouer son rôle indispensable de 'chien de garde' (*Axel Springer AG*, précité, §§ 79-81). Par ailleurs, il n'appartient pas à la Cour, ni d'ailleurs aux juridictions internes, de se substituer à la presse dans le choix du mode de compte rendu à adopter dans un cas donné (*Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 31, série A n° 298, et *Mosley c. Royaume-Uni*, n° 48009/08, § 113, 10 mai 2011).

90. À ce rôle premier de la presse s'ajoute une fonction accessoire mais néanmoins d'une importance certaine, qui consiste à constituer des archives à partir d'informations déjà publiées et à les mettre à la disposition du public. À cet égard, la Cour rappelle que la mise à disposition d'archives sur Internet contribue grandement à la préservation et à l'accessibilité de l'actualité et des informations. Les archives numériques constituent en effet une source précieuse pour l'enseignement et les recherches historiques, notamment en ce qu'elles sont immédiatement accessibles au public et généralement gratuites (*Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni* (n°s 1 et 2), n°s 3002/03 et 23676/03, §§ 27 et 45, CEDH 2009 (NJ 2010/109, m.nt. E.J. Dommering; *red.*), et *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, n° 33846/07, § 59, 16 juillet 2013; voir aussi la Recommandation Rec(2000)13 du Comité des Ministres – paragraphe 54 ci-dessus).

91. La Cour estime également utile de rappeler dans ce contexte que les sites Internet sont des outils d'information et de communication qui se distinguent particulièrement de la presse écrite, notamment quant à leur capacité à emmagasiner et à diffuser l'information, et que les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée (*Delfi AS c. Estonie* [GC], n° 64569/09, § 133, CEDH 2015 (NJ 2016/457, m.nt. E.J. Dommering; *red.*), *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, n° 33014/05, § 63, CEDH 2011 (extraits), et *Cicad c. Suisse*, n° 17676/09, § 59, 7 juin 2016), et ce

notamment en raison du rôle important que jouent les moteurs de recherche.

92. Le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 de la Convention dans les rapports interindividuels relève en principe de la marge d'appréciation des États contractants, que les obligations à la charge de l'État soient positives ou négatives. Cette marge est en principe la même que celle dont les États disposent sur le terrain de l'article 10 de la Convention pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans la liberté d'expression protégée par cet article (*Von Hannover* (n° 2), précité, § 106, *Axel Springer AG*, précité, § 87, et *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* [GC], n° 40454/07, § 91, CEDH 2015 (extraits)).

93. La marge d'appréciation va toutefois de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales, mais il lui incombe de vérifier, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, si les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation se concilient avec les dispositions invoquées de la Convention (*Von Hannover* (n° 2), précité, § 105, et *Axel Springer AG*, précité, § 86).

94. Si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes (*MGN Limited c. Royaume-Uni*, n° 39401/04, §§ 150 et 155, 18 janvier 2011, et *Bédar c. Suisse* [GC], n° 56925/08, § 54, CEDH 2016). En d'autres termes, la Cour reconnaît de façon générale à l'État une ample marge d'appréciation lorsqu'il doit ménager un équilibre entre des intérêts privés ou différents droits protégés par la Convention (*Delfi AS*, précité, § 139, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete et Index.hu Zrt c. Hongrie*, n° 22947/13, § 59, 2 février 2016, et *Fürst-Pfeifer c. Autriche*, nos 33677/10 et 52340/10, § 40, 17 mai 2016).

95. La Cour a déjà eu l'occasion d'énoncer les principes pertinents qui doivent guider son appréciation — et, surtout, celle des juridictions internes — de la nécessité. Elle a ainsi posé un certain nombre de critères dans le contexte de la mise en balance des droits en présence. Les critères pertinents qui ont été jusqu'ici ainsi définis sont la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de la publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies (*Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, précité, § 165, et les références qui y sont citées).

96. La Cour estime que les critères ainsi définis peuvent être transposés à la présente affaire, même

si certains d'entre eux peuvent revêtir plus ou moins de pertinence eu égard aux circonstances particulières de l'espèce (*ibid.*, § 166; *Falzon c. Malte*, n° 45791/13, § 55, 20 mars 2018; *Axel Springer et RTL Television GmbH c. Allemagne*, n° 51405/12, § 42, 21 septembre 2017).

b) Application de ces principes à l'espèce

97. La Cour note d'abord que c'est avant tout en raison des moteurs de recherche que les informations sur les requérants tenues à disposition par les médias concernés peuvent facilement être repérées par les internautes. Il n'en demeure pas moins que l'ingérence initiale dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de la vie privée résulte de la décision des médias concernés de publier ces informations et, surtout, de les garder disponibles sur leurs sites web, fût-ce sans intention d'attirer l'attention du public, les moteurs de recherche ne faisant qu'amplifier la portée de l'ingérence en question. Cela dit, en raison de cet effet amplificateur concernant le degré de diffusion des informations et de la nature de l'activité dans laquelle s'inscrit la publication de l'information sur la personne concernée, les obligations des moteurs de recherche à l'égard de la personne concernée par l'information peuvent être différentes de celles de l'éditeur à l'origine de l'information. Par conséquent, la mise en balance des intérêts en jeu peut aboutir à des résultats différents selon que se trouve en cause une demande d'effacement dirigée contre l'éditeur initial de l'information dont l'activité se trouve en règle générale au cœur de ce que la liberté d'expression entend protéger, ou contre un moteur de recherche dont l'intérêt principal n'est pas de publier l'information initiale sur la personne concernée, mais notamment de permettre, d'une part, de repérer toute information disponible sur cette personne et, d'autre part, d'établir ainsi un profil de celle-ci (à cet égard voir aussi l'arrêt de la CJUE du 13 mai 2014, n° C-131/12, — paragraphes 59 — 62 ci-dessus (NJ 2014/385, m.nt. M.R. Mok; red.)).

i. La contribution à un débat d'intérêt général

98. En ce qui concerne la question de l'existence d'un débat d'intérêt général, la Cour observe que la Cour fédérale de justice a relevé l'intérêt considérable que le crime et le procès pénal avaient suscité à l'époque en raison de la gravité des faits et de la notoriété de la victime, et elle a noté que les requérants avaient essayé au-delà de l'année 2000 d'obtenir la réouverture de leur procès. La haute juridiction a souligné en outre le caractère véridique et objectif des reportages. La Cour peut souscrire à cette analyse étant donné que le public a en principe un intérêt à être informé des procédures en matière criminelle et à pouvoir s'informer à cet égard, surtout lorsque celles-ci portent sur un fait judiciaire particulièrement grave et ayant suscité une attention considérable (voir, par exemple, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c.*

Suisse, n° 34124/06, § 56, 21 juin 2012, et *Egeland et Hanseid c. Norvège*, n° 34438/04, § 58, 16 avril 2009 (NJ 2011/332, m.nt. E.J. Dommering; *red.*). Cela ne concerne pas seulement des reportages parus pendant la tenue du procès pénal en question mais peut inclure également, en fonction des circonstances de l'affaire, des reportages rendant compte d'une demande de réouverture de ce procès quelques années après la condamnation.

99. La Cour relève que les présentes requêtes ont ceci de particulier que ce n'est pas la licéité des reportages lors de leur première parution ou leur mise à disposition sur les portails Internet des médias concernés que les requérants mettent en cause, mais la possibilité d'accès à ces reportages longtemps après et, notamment, à l'approche de la date prévue de leur sortie de prison. Elle doit donc examiner la question de savoir si la mise à disposition des reportages litigieux a continué à contribuer à un débat d'intérêt général.

100. La Cour rappelle que, après l'écoulement d'un certain temps et en particulier à l'approche de la sortie de prison d'une personne condamnée, l'intérêt de celle-ci est de ne plus être confrontée à son acte en vue de sa réintégration dans la société (*Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, n° 35841/02, § 68, 7 décembre 2006, et *Österreichischer Rundfunk*, décision précitée; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Segerstedt-Wiberg et autres c. Suède*, n° 62332/00, §§ 90–91, CEDH 2006-VII (NJ 2009/449, m.nt. E.J. Dommering; *red.*). Ceci peut être d'autant plus vrai après la libération définitive d'une personne condamnée. De même, l'étendue de l'intérêt du public quant aux procédures pénales est variable, car il peut évoluer au cours de la procédure en fonction, entre autres, des circonstances de l'affaire (*Axel Springer AG*, précité, § 96).

101. Revenant à la présente espèce, la Cour observe que la Cour fédérale de justice, tout en reconnaissant aux requérants un intérêt élevé à ne plus être confrontés à leur condamnation, a souligné que le public avait un intérêt non seulement à être informé sur un événement d'actualité, mais aussi à pouvoir faire des recherches sur des événements passés. La haute juridiction a également rappelé que les médias avaient pour mission de participer à la formation de l'opinion démocratique en mettant à la disposition du public des informations anciennes conservées dans leurs archives.

102. La Cour souscrit entièrement à cette conclusion. Elle n'a en effet cessé de souligner le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique (*Sunday Times c. Royaume-Uni* (no 1), 26 avril 1979, § 65, série A n° 30), et ce également par le biais de ses sites Internet et par la constitution d'archives numériques qui contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'information et à sa diffusion (*Times Newspapers Ltd* (nos 1 et 2), précité, § 27, et *Węgrzynowski et Smolczewski*, précité, § 65). Par ailleurs, d'après la jurisprudence de la Cour, l'intérêt légitime du public à pouvoir accéder aux archives électroniques publiques de la presse est

protégé par l'article 10 de la Convention (*ibidem*), et toute mesure limitant l'accès à des informations que le public a le droit de recevoir doit être justifiée par des raisons particulièrement impérieuses (*Timpul Info-Magazin et Anghel c. Moldova*, n° 42864/05, § 31, 27 novembre 2007, et *Times Newspapers Ltd* (nos 1 et 2), précité, § 41).

103. Dans ce contexte, la Cour observe que la Cour fédérale de justice a pointé le risque d'un effet dissuasif sur la liberté d'expression de la presse en cas d'accueil de demandes telles que celle des requérants, en particulier le risque que les médias, faute de moyens suffisants en personnel et en temps pour examiner pareilles demandes, soient amenés à ne plus inclure dans leurs reportages d'éléments identifiants susceptibles de devenir ultérieurement illicites.

104. La Cour constate que les requérants ne demandent pas que les médias vérifient leurs archives de manière systématique et permanente, mais qu'ils procèdent à une telle vérification uniquement en cas de demande individuelle expresse. Cela étant, elle ne saurait écarter l'existence du risque pour la presse dont a fait état la Cour fédérale de justice. En effet, l'obligation d'examiner à un stade ultérieur la licéité d'un reportage à la suite d'une demande de la personne concernée, qui implique, comme l'a souligné le Gouvernement à juste titre, une mise en balance de tous les intérêts en jeu, comporterait le risque que la presse s'abstienne de conserver des reportages dans ses archives en ligne ou qu'elle omette des éléments individualisés dans des reportages susceptibles de faire l'objet d'une telle demande. Tout en reconnaissant l'importance des droits d'une personne ayant fait l'objet d'une publication disponible sur Internet, ces droits doivent aussi être mis en balance avec le droit du public à s'informer sur des événements du passé et de l'histoire contemporaine, notamment à l'aide des archives numériques de la presse. La Cour rappelle à cet égard qu'elle doit faire preuve de la plus grande prudence lorsqu'elle est appelée à examiner, sous l'angle de l'article 10 de la Convention, des mesures ou des sanctions infligées à la presse qui sont de nature à dissuader celle-ci de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime (*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* [GC], n° 21980/93, § 64, CEDH 1999-III (NJ 2001/64, m.nt. E.J. Dommering; *red.*), et *Times Newspapers Ltd* (nos 1 et 2), précité, § 41).

105. Dans la mesure où les requérants soulignent ne pas demander que les reportages litigieux soient supprimés, mais seulement que leurs noms n'y figurent plus, la Cour note que l'anonymisation d'un reportage constitue certes une mesure moins attentatoire à la liberté d'expression qu'une suppression du reportage tout entier (voir, *mutatis mutandis*, *Times Newspapers Ltd* (nos 1 et 2), précité, § 47). Elle rappelle cependant que la manière de traiter un sujet relève de la liberté journalistique et que l'article 10 de la Convention

laisse aux journalistes le soin de décider quels détails doivent être publiés pour assurer la crédibilité d'une publication sous réserve que les choix que ceux-ci opèrent à cet égard soient fondés sur les règles d'éthique et de déontologie de leur profession (*Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, précité, § 186). La Cour estime, à l'instar des médias tiers intervenants, que l'inclusion dans un reportage d'éléments individualisés, tel le nom complet de la personne visée, constitue un aspect important du travail de la presse (*Fuchsmann c. Allemagne*, n° 71233/13, § 37, 19 octobre 2017), et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit de reportages sur des procédures pénales ayant suscité un intérêt considérable. Elle conclut que, dans la présente affaire, la disponibilité des reportages litigieux sur les sites web des médias au moment de l'introduction des demandes des requérants contribuait toujours à un débat d'intérêt général que l'écoulement d'un laps de temps de quelques années n'a pas fait disparaître.

ii. La notoriété de la personne visée et l'objet du reportage

106. En ce qui concerne la notoriété des requérants, la Cour relève que les juridictions allemandes ne se sont pas explicitement prononcées sur ce sujet. Elle observe cependant que la notoriété des intéressés était étroitement liée à la commission par eux de l'assassinat et au procès pénal qui s'en est suivi. Dès lors, si rien ne semble indiquer que les requérants étaient connus du public avant leur crime, ils ont néanmoins acquis une notoriété certaine pendant la tenue du procès, lequel, d'après les constatations des juridictions civiles, a suscité une attention considérable de l'opinion publique en raison de la nature et des circonstances du crime et de la célébrité de la victime. Si, par la suite et avec l'écoulement du temps, l'intérêt du public à l'égard de ce crime et, partant, la notoriété des requérants ont décliné, la Cour observe que les requérants ont connu un regain de notoriété après avoir tenté, à plusieurs reprises, d'obtenir la réouverture de leur procès pénal et après s'être adressés à la presse à ce propos. La Cour en conclut que les requérants n'étaient pas de simples personnes privées inconnues du public au moment de l'introduction de leurs demandes d'anonymat.

107. En ce qui concerne l'objet des reportages, la Cour note que ceux-ci avaient trait soit à la tenue du procès pénal à l'époque, soit à l'une des demandes des requérants tendant à la réouverture du procès, autant d'éléments susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique. Elle renvoie à cet égard à ses conclusions (paragraphe 111 ci-dessous).

iii. Le comportement antérieur de la personne visée à l'égard des médias

108. En ce qui concerne le comportement des requérants depuis leur condamnation, la Cour observe, comme l'a relevé la Cour fédérale de justice,

que les intéressés ont introduit tous les recours judiciaires 'possibles et imaginables' pour obtenir la réouverture de leur procès pénal. De surcroît, comme le Gouvernement l'a souligné, au cours de leur dernière demande en révision, effectuée en 2004, c'est-à-dire deux ans et demi et trois ans respectivement avant leur libération, les requérants se sont tournés vers la presse, à laquelle ils ont transmis un certain nombre de documents en partie liés à leur demande en révision, tout en l'invitant à en tenir le public informé. Par ailleurs, il n'est pas non plus sans intérêt de noter que, comme l'a indiqué la Cour fédérale de justice dans son arrêt du 22 février 2011 concernant le deuxième requérant (paragraphe 45 ci-dessus), l'on pouvait trouver, jusqu'en 2006, sur le site web de l'avocat pénaliste du deuxième requérant, de nombreux reportages sur son client.

109. Dans ce contexte, si l'on ne peut reprocher à une personne condamnée — qui, de surcroît, proteste de son innocence — de faire usage des recours judiciaires disponibles en droit interne pour contester sa condamnation, la Cour relève que les tentatives des requérants sont allées bien au-delà de la simple utilisation des voies de recours disponibles en droit pénal allemand. En particulier, du fait de leur comportement notamment à l'égard de la presse, l'intérêt des requérants à ne plus être confrontés à leur condamnation par le biais des informations archivées sur les portails Internet d'un certain nombre de médias revêtait une moindre importance en l'espèce. La Cour conclut que les requérants, même à l'approche de leur libération, n'avaient dès lors plus qu'une espérance légitime limitée (voir, *mutatis mutandis*, *Axel Springer AG*, précité, § 101) d'escompter l'anonymisation des reportages, voire un droit à l'oubli numérique.

iv. Le contenu, la forme et les répercussions de la publication

110. La Cour rappelle que la façon dont le reportage ou la photo sont publiés et dont la personne visée y est présentée peut également entrer en ligne de compte. De même, l'ampleur de la diffusion du reportage ou de la photo peut, elle aussi, revêtir une importance, selon qu'il s'agit d'un journal à tirage national ou local, important ou faible (*Von Hannover (no 2)*, précité, § 112, et les références qui y sont citées).

111. En ce qui concerne l'objet, le contenu et la forme des dossiers litigieux, la Cour estime que la manière dont la Cour fédérale de justice a apprécié des reportages de la *Deutschlandradio* et du *Mannheimer Morgen* ne saurait prêter à critique. Il s'agit en effet de textes qui ont été écrits par des médias dans l'exercice de leur liberté d'expression, qui relatent de manière objective une décision de justice et dont la véracité et la licéité d'origine n'ont à aucun moment été mises en cause (voir, *a contrario*, *Węgrzynowski et Smolczewski*, précité, § 60). S'agissant du dossier de *Spiegel online*, la Cour admet que certains articles, en particulier celui paru

dans l'édition du 30 novembre 1992 (paragraphe 28 ci-dessus), peuvent donner lieu à des interrogations en raison de la nature des informations données. Cela dit, elle observe que les détails relatifs à la vie des accusés dont l'auteur des articles rendait compte font partie des informations qu'un juge pénal doit régulièrement prendre en considération pour apprécier les circonstances du crime et les éléments de culpabilité individuelle, et qui font de ce fait en règle générale l'objet de débats lors des audiences publiques. Par ailleurs, ces articles ne reflètent pas une intention de présenter les requérants d'une manière dépréciative ou de nuire à leur réputation (*Lillo-Stenberg et Sæther c. Norvège*, n° 13258/09, § 41, 16 janvier 2014, et *Sihler-Jauch et Jauch c. Allemagne* (déc.), nos 68273/10 et 34194/11, § 38, 24 mai 2016).

112. En ce qui concerne le degré de diffusion des publications litigieuses, la Cour note que la Cour fédérale de justice a estimé que, à la différence d'un sujet télévisé diffusé à une heure de grande écoute, les informations litigieuses avaient une diffusion limitée en raison de leur accessibilité restreinte et de leur emplacement non pas sur les pages consacrées à l'actualité sur les portails Internet des médias concernés, mais dans des rubriques indiquant clairement qu'il s'agissait de reportages anciens. Les requérants contestent ce raisonnement et reprochent à la Cour fédérale de justice notamment d'avoir méconnu les réalités de l'ère Internet et d'avoir sous-estimé les dangers liés à la pérennité des informations figurant sur ce média, dus notamment à l'existence de moteurs de recherche puissants et efficaces.

113. La Cour observe que, du fait de leur emplacement sur les portails Internet, les reportages litigieux n'étaient pas susceptibles d'attirer l'attention de ceux des internautes qui n'étaient pas à la recherche d'informations sur les requérants (voir, *a contrario* et *mutatis mutandis*, *Mouvement raëlien c. Suisse* [GC], n° 16354/06, § 69, CEDH 2012 (NJ 2014/319, m.nt. E.J. Dommering; red.)). De même, la Cour n'aperçoit pas d'indices montrant que le maintien de l'accès à ces reportages aurait eu pour but de propager de nouvelles informations sur les requérants. Dans cette mesure, la Cour peut suivre les conclusions de la Cour fédérale de justice selon lesquelles le degré de diffusion des reportages était limité (*Fuchsmann*, précité, § 52), d'autant qu'une partie des informations était frappée de restrictions supplémentaires (l'accès payant dans le cas du *Spiegel online* ou réservé aux abonnés dans le cas du *Mannheimer Morgen*).

114. Dans la mesure où les requérants soutiennent que cette façon de mesurer le degré de diffusion ne tient pas compte du caractère amplificateur et ubiquitaire d'Internet et, partant, de la possibilité, indépendamment du degré de diffusion initiale, de trouver les informations sur eux de manière permanente, notamment à l'aide de moteurs de recherche, la Cour, tout en étant consciente de l'accessibilité durable de toute

information une fois publiée sur Internet, constate que les requérants n'ont pas fait part des tentatives qu'ils auraient faites de s'adresser aux exploitants des moteurs de recherche pour réduire la détectabilité des informations sur leurs personnes (*Fuchsmann*, précité, § 53, et *Phil c. Suède* (déc.), n° 74742/14, 7 février 2017). Par ailleurs, la Cour estime qu'elle n'est pas appelée à se prononcer sur la possibilité, pour les juridictions internes, d'ordonner des mesures moins attentatoires à la liberté d'expression des médias mis en cause qui n'ont pas fait l'objet de débats devant celles-ci au cours de la procédure interne ni, par ailleurs, au cours de la procédure devant la Cour.

v. Les circonstances de la prise des photos 115. Enfin, en ce qui concerne les photos mises en cause (voir paragraphes 37–38 ci-dessus), la Cour note que ni les requérants ni les juridictions civiles ne se sont prononcés sur les circonstances de leur prise. Elle n'aperçoit cependant sur ces photos aucun élément compromettant et observe par ailleurs, comme la Cour fédérale de justice l'a relevé à juste titre, que les images montraient les requérants dans l'apparence qui était la leur en 1994, soit près de treize ans avant leur libération, ce qui diminue la probabilité d'être reconnu par des tiers sur la base des photos.

c) Conclusion

116. Compte tenu de la marge d'appréciation des autorités nationales en la matière lorsqu'elles mettent en balance des intérêts divergents, de l'importance de garder disponibles des reportages dont la licéité lors de leur parution n'est pas contestée et du comportement des requérants vis-à-vis de la presse, la Cour estime qu'il n'y a pas de raisons sérieuses qui justifieraient qu'elle substitue son avis à celui de la Cour fédérale de justice. On ne saurait dès lors dire que, en refusant de donner suite à la demande des requérants, la Cour fédérale de justice a manqué aux obligations positives de l'État allemand de protéger le droit des requérants au respect de leur vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention. Partant il n'y a pas eu violation de cette disposition.

Par ces motifs, la cour, à l'unanimité,

1. *Décide* de joindre les requêtes;
2. *Déclare* les requêtes recevables;
3. *Dit* qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Noot

1. In deze zaak gaat het om op internet beschikbare reportages in woord, beeld en geschrift van een strafzaak die jaren geleden grote ruchtbaarheid in Duitsland heeft gehad. De veroordeelden maken bezwaar tegen die (voortdurende) beschikbaarheid op internet. Zij vinden dat hun privacy zwaarder weegt dan de vrijheid van meningsuiting

(het recht van het publiek om ook na langere tijd over die oude geruchtmakende strafzaak geïnformeerd te worden). Hun klachten worden door het BGH afgewezen (het BVerfG weigert de zaken in behandeling te nemen). De klacht bij het EHRM heeft evenmin succes, omdat het hof de vrijheid van meningsuiting zwaarder laat wegen. De zaak gaat dus over de functie van media-archieven in de elektronische omgeving van internet. De in het archief voortdurende openbaarheid wordt door het internet vergroot. Omdat de voortdurende beschikbaarheid op internet mede wordt veroorzaakt door zoekmachines, speelt ook de zaak *Google/Spanje* een rol waar het hof bij het relevante recht naar verwijst (HvJ EU 13 mei 2014, NJ 2014/385, m.nt. M.R. Mok). De publicatie van strafrechtelijke veroordelingen door een zoekmachine op internet wordt gezien als een bewerking van gevoelige gegevens die in het algemeen niet is toegestaan maar in het bijzonder aan journalisten wel kan worden toegestaan. Daarom is ook van belang art. 85 AVG dat algemene regels voor de vrijheid van meningsuiting in relatie tot de bewerking van persoonsgegevens bevat. Kort gezegd: mag een zoekmachine een artikel uit de pers bij de zoekresultaten presenteren waarin met toepassing van de journalistieke exceptie strafrechtelijke veroordelingen worden gepresenteerd, terwijl de zoekmachine die gegevens niet mag verwerken?

2. Twee niet-Duitse halfbroers, woonachtig in Duitsland, worden in 1993 in München veroordeeld tot levenslang wegens een in 1990 gepleegde moord op een beroemde Duitse acteur. Zij ontkennen schuldig te zijn, maar worden niettemin veroordeeld en ook een revisiezoek strandt. Tien jaar later wijdt het radiostation *Deutschlandradio* een uitzending aan deze geruchtmakende moord. De daders worden met naam genoemd. De uitzending blijft (tot tenminste 2007) te beluisteren op de site van het station. De veroordeelde daders eisen verwijdering van hun persoonsgegevens uit het bericht. Het BGH oordeelt dat het belang van de berichtgeving over een uitzonderlijke strafzaak zwaarder weegt. Daarbij neemt het in aanmerking dat het belang van de beide halfbroers weliswaar ook groot is, temeer daar zij inmiddels voorwaardelijk op vrije voeten zijn gesteld, maar het noemen van de namen in de uitzending zou in de context van de gehele uitzending geen stigmatiserend effect hebben gehad. De uitzending had bovendien een beperkt bereik, terwijl deze op de internetsite slechts voor de meer getrainde internetgebruikers was te vinden. Het BGH oordeelt dat de verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens in de uitzending was toegestaan, aangezien die valt onder het journalistieke privilege (thans art. 85 AVG). De tweede zaak gaat over de site van het weekblad *Der Spiegel* waar nog lang na de strafzaak artikelen te vinden zijn die daarover verslag doen. Het BGH komt tot een soortgelijke afweging bij deze artikelen en daarin opgenomen foto's van de halfbroers als bij de radiouitzending. De derde zaak gaat over het internetportaal met het opschrift 'Minder recen-

te informatie' van de *Mannheimer Morgen* dat een zes jaar oud bericht over deze zaak bevat. Ook hier vangen zij bij de rechter bot. De heren zijn proceslustig, want ze klagen ook de sites van andere kranten aan, maar telkens met hetzelfde resultaat.

3. In overweging 90 staat het EHRM stil (onder verwijzing naar het *Times Newspapers*-arrest (EHRM 10 maart 2009, Appl. 3002/03 en 23676/03, NJ 2010/109, m.nt. E.J. Dommering) bij de informatieve functie van voor het publiek toegankelijke persarchieven: het noemt het een belangrijke toekomstige functie van de berichtgeving door de Pers. Maar het zegt in overwegingen 91: zoals het hof in de zaak *Delft AS* heeft beslist (EHRM 16 juni 2015, NJ 2016/457, r.o. 133, m.nt. E.J. Dommering) het internetarchief kan ook een grotere impact hebben op het privéleven van personen, met name door de rol van zoekmachines (in de Franse tekst van dit arrest spreekt het over een 'effet amplificateur'). In overweging 97 gaat het in het bijzonder op de zoekmachine in. Het benadrukt daar de eigen verantwoordelijkheid van de zoekmachine en de andere doeleinden waarvoor deze kan worden gebruikt (o.a. om een personenprofiel te maken). Het volgt daarin expliciet de overwegingen van het HvJ EU in *Google/Spanje*. Maar bij de nieuwsinternetsites ligt dat iets anders. De afweging die de Duitse rechters hebben gemaakt tussen het persbelang en privébelang respecteert het hof, met inachtneming van een margin of appreciation. Conclusie: het EHRM hanteert bij de openbare toegankelijkheid van archieven van persorganen via websites een vrij ruime marge. Het bekijkt of de relevante criteria om een afweging te maken tussen de vrijheid van meningsuiting en de privacy juist zijn toegepast. Onder verwijzing naar overweging 165 in de *Satamedia*-zaak (EHRM 27 juni 2017, NJ 2018/67, m.nt. E.J. Dommering) zegt het in overweging 95 dat pertinente criteria zijn: de mate waarin de publicatie een bijdrage vormt aan het openbare debat, de bekendheid van de betrokken persoon, het onderwerp van de reportage, het eerdere (publiciteit aantrekkend) gedrag van de betrokken persoon, de inhoud en de vorm van de reportage en de gevolgen van de publicatie en, in voorkomende gevallen, de omstandigheden waaronder foto's zijn genomen. Van bijzondere betekenis daarbij is dat het hof vaststelt dat de berichten in de persarchieven wel vindbaar zijn, maar op zichzelf weinig publiciteit genereren. Of zoals Smet het in zijn EHRC-noot (EHCR 2018/197) formuleert:

"Het belang van het publiek dient eerder gezocht te worden in het vrijwaren van de mogelijkheid om (toekomstig) onderzoek te verrichten in archieven van de media. Met andere woorden, de theoretische beschikbaarheid van de informatie voor de toekomst is van belang, niet het huidige gebruik ervan. Het Hof geeft dit ook aan wanneer het stelt dat art. 10 EVRM het rechtmatig belang beschermt van het publiek om toegang te hebben tot elektronische archieven van de pers (par. 102). Het is dit belang dat uiteindelijk, samen met de vrije meningsuiting

van de media, wordt afgewogen tegen het recht om vergeten te worden van verzoekers.”

4. De positie van de zoekmachine is dus anders omdat het daarbij gaat om het *feit* van het ruimer in de openbaarheid brengen van een nieuwsbericht ('l'effet amplificateur'). Het HvJ EU oordeelde in de *Google/Spa*-zaak dat de zoekmachine zich niet mag verschuilen achter het persorgaan, maar een eigen verantwoordelijkheid heeft. Het EHRM volgt het HvJ EU op dit punt, maar hoefde in deze zaak niet over die kwestie te beslissen omdat alleen de nieuwssites zelf waren aangesproken. Betekent dat nu dat de zoekmachine een nieuwsbericht van de media over strafzaken dat in beginsel wel op internet mag worden gepubliceerd niet in het zoekresultaat mag verwerken, enkel omdat de persexceptie van de AVG niet op haar van toepassing is? Die vraag hangt op het moment van het schrijven van deze noot bij het HvJ EU. Hierover heeft de Franse Conseil d'État in februari 2017 prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. De advocaat-generaal heeft op 10 januari 2018 in deze zaak geconcludeerd (zaak C-136/17). De AVG is een nieuw feit sinds het *Google/Spa*-arrest. Art. 85 van de AVG, gelezen in het licht van de consideransoverweging 153, is ruimer geformuleerd dan artikel 9 van de richtlijn, dat in de *Google/Spa*-zaak aan de orde was. Laatstgenoemd artikel heeft het alleen over journalistieke, artistieke en literaire doeleinden, terwijl artikel 85 in overeenstemming met de bewoordingen van de considerans opent met een algemene regel: 'De lidstaten brengen het recht op bescherming van persoonsgegevens in overeenstemming (...) met het recht op vrijheid van meningsuiting.' Bovendien is er nu een apart art. 17 AVG dat het 'right to be forgotten' (in de Nederlandse vertaling fraai aangeduid als 'recht op vergetelheid') regelt en dat in lid 3 expliciet stelt dat dit niet geldt als de verwerking nodig is voor de uitoefening van het recht van vrije meningsuiting. De advocaat-generaal betreft deze bepaling in zijn conclusie in de zaak C-136/17. Hij zegt dat de zoekmachine weliswaar geen rechtstreeks beroep op de journalistieke exceptie kan doen, maar dat de zoekmachine toch een afweging moet kunnen maken tussen het verzoek om vergeten te worden en het recht van het publiek door de pers behoorlijk te worden geïnformeerd (overwegingen 89-92 van de conclusie). Dat vat ik zo op dat de journalistieke exceptie die (mede) maakt dat de pers mocht publiceren over een strafrechtelijke veroordeling een reflexwerking heeft naar de verantwoordelijkheid van de zoekmachine bij het bepalen van het geoorloofde zoekresultaat. We zullen moeten afwachten wat het HvJ EU met dit advies (en de nieuwe tekst van de AVG) gaat doen.

5. Al met al zal het persorgaan bij de inrichting van zijn elektronische archief enerzijds met de zoekmachine rekening moeten houden, maar zal de zoekmachine anderzijds bij verspreiding van het bericht een eigen afweging moeten maken of het bericht binnen de marges van de oorspronkelijke openbaarheidsmarges van de perspublicatie blijft.

Daarbij is ook van belang dat de tegenwoordige realiteit van veel archiefonderzoek het gebruik van zoekmachines impliceert. Smet in zijn hiervoor geciteerde noot:

“Reeds voor het bestaan van het internet werden geconsolideerde databanken voorzien (bv. op microfilm in bibliotheken), om efficiënte zoektochten in kranten mogelijk te maken. Moderne zoekmachines vervullen een analoge functie. Zij zorgen ervoor dat personen op efficiënte wijze informatie kunnen terugvinden. Het voornaamste verschil met de analoge databanken van welk is dat digitale zoekmachines informatie op veel ruimere schaal beschikbaar maken. Dit kan eventueel de bezorgdheid van het Hof verwoorden over de mogelijke impact van zoekmachines op het recht op privéleven. Het spanningsveld met het recht van het publiek om archivaal onderzoek te verrichten, blijft evenwel bestaan. Het publiek heeft er immers alle belang bij om zoekmachines in te schakelen voor dit onderzoek.”

E.J. Dommering

NJ 2019/98

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

12 oktober 2018, nr. 17/05021

(Mrs. E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. M.H. Wissink)
m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai

Art. 1, 3 Richtlijn 93/22/EEG; art. 1, 7, 10 Wte 1995; art. 6:101 BW; art. 41 NR 1999

NJB 2018/1959
RvdW 2018/1157
RF 2019/15
RAV 2018/103
ECLI:NL:PHR:2018:916
ECLI:NL:HR:2018:1935

Effectenlease; Dexia-affaire. Ondanks verbod van art. 41 NR 1999 door Dexia aangegane overeenkomst met afnemer die is geadviseerd door daarbij optredende tussenpersoon die niet over de vereiste vergunning beschikt; betekenis HR 2 september 2016, NJ 2017/9 (B/Dexia). Betekenis WCAM-overeenkomst voor uitleg geldend recht.

De HR komt niet terug van zijn oordelen in het arrest B/Dexia. Een afnemer die door een tussenpersoon die niet over een vergunning beschikt, is geadviseerd om een effectenleaseovereenkomst aan te gaan met Dexia, bevindt zich in een wezenlijk andere positie dan een afnemer die zonder een zodanig advies een leaseovereenkomst met Dexia is aangegaan. De zorgplicht van de adviseur heeft betrekking op alle gevallen dat wordt geadviseerd over een financieel product.