

MEDIARECHT

AAK20168075

J.M. Breemen, V.E. Breemen

Regelgeving en beleid

De nieuwe Mediawet, die focust op de kerntaak van de publieke omroep (namelijk: informatie, cultuur en educatie; en amusement voor zover dit een informatief, cultureel of educatief doel heeft) is door de Eerste Kamer heen. Of in elk geval, de versie zonder de 'scherpe randjes'. We schreven al eerder over de kritiek op het wetsvoorstel vanuit programmamakers (o.a. *KwartaalSignaal* 137, p. 7948) en de Eerste Kamer (*KwartaalSignaal* 138, p. 8012). Ook nu moest staatssecretaris Dekker (de initiatiefnemer van het 'toekomstbestendig maken van de publieke mediadienst') een aantal toezeggingen doen voordat de Eerste Kamer over de wet wilde stemmen. Verder is de wet wat de nationale publieke omroep betreft eigenlijk direct buiten werking getreden in afwachting van diverse wetsaanpassingen. Zo moeten er nog extra waarborgen komen om politieke invloed op de programmering te voorkomen, bijvoorbeeld door de benoemingsprocedure voor bestuurders en toezichthouders van de Nederlandse Publieke Omroep 'op grotere afstand van de minister' te plaatsen (zie o.a. *Kamerstukken I* 2015/16, 34264, H). De staatssecretaris streeft ernaar om voor het zomerreces met het aanvullende wetsvoorstel te komen. De artikelen over reorganisatie bij de regionale omroepen gaan in de tussentijd wel al in.

Tegen de achtergrond van de discussies over de Mediawet op nationaal niveau is het interessant dat de voorzitter van ons Commissariaat voor de Media, Madeleine de Cock Buning, kritisch is over de wijziging van de Poolse Mediawet (zie www.cvdm.nl). Krachtens die wijziging krijgt de Poolse minister van Financiën de bevoegdheid om leden van besturen en raden van toezicht van de Poolse publieke omroep te benoemen. Zoals ook bleek uit het Nederlandse debat, roept dat vragen op over de onafhankelijkheid van de media in een democratische rechtsstaat.

Verder was de Mediawet nog even in het nieuws in een ander opzicht: half maart berichtte het *NRC Handelsblad* dat BNN-VARA onder verscherpt toezicht was geplaatst door het Commissariaat voor de Media wegens overtreding van de Mediawet. Het NRC had deze informatie verkregen via een Wob-verzoek (Wet openbaarheid van bestuur). Het was o.a. misgegaan bij het pop-up restaurant van De Wereld Draait Door, dat samenhang met het vaste programma-onderdeel 'Vergeten Recepten'. Het restaurant werd tijdens DWDD-uitzendingen gepromoot. Reclame in de zendtijd voor een eigen nevenactiviteit is niet toegestaan onder de Mediawet.

Een tweede centraal onderwerp in dit *KwartaalSignaal* is de positie van klokkenluiders. Op 1 maart heeft de Eerste Kamer de Wet Huis voor Klokkenluiders aangenomen, die in theorie een betere bescherming beoogt van klokkenluiders die 'te goeder trouw en naar behoren' een melding maken. Het Huis is onderdeel van de Nationale Ombudsman, adviseert werknemers die het vermoeden van een misstand melden bij het Huis, doet op grond van een melding onderzoek naar een dergelijk vermoeden, en komt met aanbevelingen om problemen op te lossen (zie o.a. *Kamerstukken II* 2011/12, 33258, 2 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 2). Vanuit mediarechtelijk perspectief is het echter de vraag hoe de wet in de praktijk zal uitwerken (zie hierover diverse berichten op juridische blogs zoals *Media Report* en de website van o.a. *De Telegraaf*), bijvoorbeeld wat betreft de controlerende rol van de media als *public watchdog* om misstanden aan de kaak te stellen. Kunnen klokkenluiders misstanden nog via de media in de openbaarheid te brengen, waarbij het publiek debat kan bijdragen aan een oplossing? Dat zal per geval moeten worden bekeken, nu, volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, het Huis bedoeld is om een 'adequaat systeem neer te zetten dat eventueel extern melden bij de media overbodig zal maken'. De wet sluit niet uit dat er toch grond is om de media te benaderen; dat moet worden beoordeeld in samenhang met de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en Recommendation CM/Rec(2014)7 van het Comité van Ministers (zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34105, 7).

Inderdaad is er ook op Europees niveau aandacht voor de bescherming van klokkenluiders, zoals blijkt uit *Recommendation* 20173 (2015) van de Raad van Europa's

Parlementaire Vergadering. Deze aanbeveling nodigt het Comité van Ministers uit tot verdere bevordering van klokkenluidersbescherming, o.a. via onderhandelingen voor een bindend instrument en technische assistentie aan lidstaten ter implementatie van het Comité's eigen *Recommendation* over dit onderwerp (CM/Rec(2014)7); het Comité was dus al bezig in die richting. In reactie op de aanbeveling wijst het Comité op de basis van de bescherming van klokkenluiders in de artikel 10 EVRM-jurisprudentie van het EHRM. Het Hof voert consistent de lijn dat de gedragingen en onthoudingen van overheden in een democratie scherp gevolgd moeten worden, zowel door juridische autoriteiten als door de media en het publieke debat. Verder focust het Comité niet op een verdrag, maar op de promotie en implementatie van *Recommendation* CM/Rec(2014)7, die een *principles-based approach* introduceert om staten te helpen regelgeving te toetsen en maatregelen te nemen. Deze principes betreffen o.a. het bestaan van kanalen voor *reporting* en onthullingen, een garantie van vertrouwelijkheid en bescherming tegen vergeldingen. In haar *Recommendation* benadrukt het Comité het verband tussen de vrijheid van meningsuiting, het recht om informatie te vergaren en ontvangen en het effectief functioneren van een democratie. Klokkenluiders dragen met het onthullen van informatie dat het publiek belang dient bij aan transparantie en democratische verantwoording.

Rechtspraak

Ten eerste wordt hier het hoger beroep gesignaleerd in een zaak omtrent de voorwaarden rond het maken van foto's in vreemdelingendetentiecentra ter publicatie in *Vrij Nederland* (Gerechtshof Den Haag 29 december 2015, C/09/473586/KG ZA 14/1031). Kort gezegd draait de kwestie om de voorwaarde van aan publicatie voorafgaande controle door de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI), met al dan niet een verbod als gevolg, bijvoorbeeld bij publicatie in een ander medium zonder schriftelijke toestemming of bij gebruik met een andere strekking dan afgesproken. Volgens de overeenkomst controleert de DJI duidende onderschrijft, teksten en de te publiceren producties op feitelijke onjuistheden. De fotograaf heeft deze overeenkomst eerst aangevochten. De voorzieningenrechter achtte een dergelijke controlebevoegdheid van de Staat niet in strijd met de vrije nieuwsgaring. Na deze uitspraak heeft de fotograaf de overeenkomst met de Staat alsnog ondertekend, en de foto's zijn in *Vrij Nederland* gepubliceerd. In hoger beroep vordert de applicant: primair) dat hij zijn foto's zonder voorafgaande toestemming en redactionele inbreng van de Staat beschikbaar mag stellen voor publicatie aan media en ngo's, en subsidiair) dat hij zijn foto's mag aanbieden ter plaatsing in de databank van Hollandse Hoogte waar ze ter publicatie onder diens voorwaarden worden aangeboden aan media en ngo's. Het hof vat de grieven aldus samen dat de beperkende voorwaarden in de overeenkomst met de Staat onverbindend zijn wegens strijd met artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM (censuurverbod; vrijheid van meningsuiting). Volgens het

hof wordt artikel 7 Grondwet inderdaad geschonden. De overeenkomst impliceert een eis van voorafgaand verlov en bemoeienis met de inhoud: over feitelijke onjuistheden is verschil van mening mogelijk. De toets van artikel 10 lid 2 EVRM verandert niets aan dit oordeel. De beperking van de vrijheid van meningsuiting is niet bij wet voorzien, dient geen legitiem doel zoals genoemd in artikel 10 lid 2 EVRM, en er is geen sprake van een *pressing social need*: schending artikel 10 EVRM. De beperkende bepalingen uit de overeenkomst binden de fotograaf niet, het vonnis van de voorzieningenrechter kan niet in stand blijven en de vordering wordt toegewezen.

Ten tweede kan er weer een *right to be forgotten*-achtige zaak geschaard worden in het rijtje Nederlandse uitspraken na het *Google Spain*-arrest van het Europees Hof van Justitie (zie *KwartaalSignaal* 132, p. 7593 over deze zaak, en o.a. *KwartaalSignaal* 133, p. 7656 en *KwartaalSignaal* 135, p. 7807 over eerdere Nederlandse gevallen). Kort gezegd wijst de rechter in het onderliggende oordeel een verwijderverzoek van persoonsgegevens in de zoekresultaten af (Rb. Amsterdam 24 december 2015, C/13/579966 / HA RK 15-16). Aangezien het in dit soort zaken vaak gaat om een afweging tussen vrijheid van meningsuiting en privacy, is het interessant dat het verzoek dit keer juist kwam van een journalist. Googelen op de naam van de journalist leverde hoog in de zoekresultaten een link op naar een NRC-artikel over zijn ontslag vanwege een 'deels overgeschreven' artikel. Onder de link stond een korte samenvatting en de journalist wilde deze koppeling verwijderd zien, o.a. omdat kop de lading niet zou dekken, links naar ontlastende berichten veel minder prominent in de zoekresultaten verschenen, en het zou gaan om een 'lichte gradatie van plagiaat' van 16 jaar geleden. De rechter oordeelt echter dat dat niet betekent dat het artikel niet langer relevant is. Zo staat de juistheid van het NRC-artikel niet ter discussie en gaat het over het handelen van de verzoeker in journalistieke hoedanigheid, terwijl hij ook nu nog werkzaam is in de journalistieke sector. Plagiaat geldt in die kringen als een 'ernstig vergrijp'. Met het oog op toekomstige opdrachtgevers vindt de rechter het daarom van belang dat deze informatie beschikbaar blijft.

Om in thema te blijven, signaleren we op Europees niveau een klokkenluiderzaak voor het EHRM (EHRM 19 januari 2016, nr. 49085/07, *Görmüs e.a. t. Turkije*). Meer specifiek draaide deze zaak om drie dimensies van de vrijheid van meningsuiting: journalistieke bronbescherming, de onthulling van vertrouwelijke informatie, en de bescherming van klokkenluiders. De applicanten in *Görmüs e.a. t. Turkije* zijn redacteuren en journalisten van het tijdschrift *Nokta*. In de zaak stond een artikel centraal dat was gebaseerd op documenten die de stafchef der strijdkrachten als 'vertrouwelijk' had gekwalificeerd. Dit artikel deed een systeem van het Turkse leger uit de doeken dat journalisten als 'plus' (*favorable*) of 'moins' (*défavorable*) kwalificeerde, ofwel 'pro leger' of 'anti leger'. *Défavorable* journalisten werden uitgesloten van activiteiten van het Turkse leger.

Na publicatie van het artikel beval een militaire recht-bank doorzoeking van het pand van het tijdschrift, met vergaande maatregelen van inbeslagname van materiaal als gevolg. Ondanks overhandiging van het betreffende dossier door *Nokta* zelf werden kopieën gemaakt van de data van alle 46 computers van het tijdschrift. De recht-bank schoof het beroep van *Nokta* tegen deze maatregelen aan de kant met het argument dat de *search and seizure* niet gericht was op het achterhalen van de identiteit van de klokkenluider, maar om de omstandigheden van het onthullen van als vertrouwelijk aangemerkte documenten te onderzoeken. Voor het EHRM beroepen applicanten zich op artikel 10 EVRM: ze stellen dat de maatregelen hun bronnen wilden achterhalen en dat hun recht op vrijheid van meningsuiting daarmee is geschonden, in het bijzonder hun recht als journalisten om informatie te ontvangen en te verstrekken. Volgens het Hof draagt het artikel bij aan een voortdurend publiek debat in Turkije en wijzen de vergaande maatregelen op het achterhalen van de journalistieke bronnen, met een afschrikwekkend effect voor potentiële bronnen als gevolg. Verder kunnen de plichten en verantwoordelijkheden van journalisten volgens het Hof inhouden dat wordt afgezien van het publiceren van vertrouwelijk materiaal totdat klokkenluiders interne procedures hebben gevolgd om dergelijke kwesties op hun werkplek aan de kaak te stellen. In het huidige geval, met de bijdrage aan het publieke debat in het achterhoofd, stelt het Hof dat Turkse wetgeving geen van dit soort procedures bevat voor medewerkers der strijdkrachten. Al met al vindt het Hof de maatregelen disproportioneel: artikel 10 EVRM is geschonden.

Opnieuw heeft het EHRM zich uitgesproken over de aansprakelijkheid van internetportals voor de comments-sectie op hun sites (EHRM 2 februari 2015, nr. 22947/13, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete (MTE) en Index.hu Zrt v. Hungary*). Het Hof oordeelde al eerder in de *Delfi*-zaak dat, onder bepaalde omstandigheden, de beheerder van een (nieuws)website verantwoordelijk kan worden gehouden voor de reacties van gebruikers (*KwartaalSignaal* 136, p. 787). Ook nu ging het om 'vulgar and offensive' comments op een opiniestuk op de website van het zelfreguleringsorgaan van Hongaarse internetcontentproviders MTE, dat was overgenomen door het grote online nieuwsportal Index. Maar volgens het Hof waren de comments in kwestie geen *hate speech*, noch 'clearly unlawful', en hierin verschilt deze zaak van *Delfi*. De nationale rechters hielden MTE en Index verantwoordelijk voor de lezersreacties. In tegenstelling tot de eerdere uitspraak concludeert het Hof nu echter, in deze eerste zaak die de overwegingen uit *Delfi* toepast, tot schending van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). De factoren die het Hof daarbij in overweging heeft genomen, zijn de context en content van de comments, de maatregelen van de gedaagde websites om lasterlijke comments te voorkomen of verwijderen, de aansprakelijkheid van de daadwerkelijke auteurs, en gevolgen van de nationale procedure voor de gedaagden.

Literatuur

- C. Angelopoulos, 'MTE v Hungary: New ECtHR Judgment on Intermediary Liability and Freedom of Expression', *Kluwer Copyright Blog* 5 maart 2016;
- M. Burri, *Public Service Broadcasting 3.0. Legal Design for the Digital Present*, Abingdon: Routledge 2015;
- Commissariaat voor de Media, Jaarverslag 2015, beschikbaar via: <http://jaarverslag.cvd.m.nl/2015/>;
- N. van Eijk, 'Poolse toestanden in Hilversum' (opinie), *De Volkskrant* 12 januari 2016;
- A.W. Hins, 'EHRM geeft voorrang aan bescherming van persoonsgegevens', *Mediaforum* 2016, afl. 1, p. 19-21;
- T. McGonagle, 'Annotatie bij EHRM 20 oktober 2015 (*Pentikäinen / Finland*)', *European Human Rights Cases* 2016, afl. 3, nr. 52;
- T. McGonagle, 'Freedom of expression: still a precondition for democracy?' (Conference Report), Strasbourg: Council of Europe 2015, 24 p.;
- B. van der Sloot, 'Annotatie bij EHRM 21 juli 2015 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy / Finland*)', *European Human Rights Cases* 2016, afl. 1, nr. 4;
- M. Tunick, *Balancing Privacy and Free Speech. Unwanted Attention in the Age of Social Media*, Abingdon: Routledge 2015.