

Laveren tussen persvrijheid en respect voor het privé-leven

Wetenschap

Aernout Nieuwenhuis*

De jurisprudentie van het EHRM

Het EHRM weegt regelmatig het belang van de persvrijheid af tegen belangen die beschermd worden door het recht op respect voor het privé-leven. Onderzocht wordt in hoeverre enkele belangrijke factoren die het Hof bij deze afweging hanteert voldoende duidelijk zijn. Dat is te meer belangrijk nu het Hof door de opkomst van de positieve verplichtingen ter bescherming van het respect voor het privé-leven zo nu en dan ook vaststelt dat de nationale rechter de persvrijheid teveel gewicht heeft toegekend.

Inleiding

Het EHRM heeft in de loop der tijd tal van klachten over schending van het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) behandeld. Regelmatig betrof het beperkingen die zagen op de bescherming van de privacy of de goede naam. In sommige gevallen als *Fressoz & Roire* en *Kudeshkina* bleken deze beperkingen niet geoorloofd.¹ In andere gevallen als *Tammer* en *Pedersen & Baadsgaard* was het Hof van oordeel dat de beperking van de vrijheid van meningsuiting wél als noodzakelijk in een democratische samenleving beschouwd kon worden.²

Het in art 8 EVRM vastgelegde recht op respect voor het privé-leven omvat de bescherming van de privacy en kan ook van toepassing zijn op de bescherming van de goede naam.³ Door de ontwikkeling van de positieve verplichtingen op grond van artikel 8 zijn klachten, dat een verdragsstaat onvoldoende bescherming biedt tegen bepaalde perspublicaties, ook regelmatig ontvankelijk in Straatsburg.⁴ Ook in die zaken zoals *Von Hannover*⁵ en *Pfeifer*⁶ weegt het Hof persvrijheid en respect voor het privé-leven af, met als uitgangspunt dat het rechten van gelijkwaardig niveau zijn en er geen ‘*presumption in favour*’ van één van beide rechten bestaat. De afweging dient zo beschouwd evenmin af te hangen van het perspectief van de klacht.⁷ Het criterium is of er een ‘*fair balance*’ tussen beide belangen tot stand is gebracht.⁸

Het oordeel van de nationale rechter kan dus een schending van het verdrag vormen als hij de persvrijheid te weinig gewicht geeft, maar ook als hij het respect voor het privé-leven veronachtzaamt. Daarbij is het de vraag in hoeverre hij een beoordelingsmarge heeft. Enerzijds heeft het Hof enkele malen uitgesproken dat de nationale autoriteiten bij een afweging tussen twee verdragsrechten een relatief ruime appreciatie-marge toekomt;⁹ dit uitgangspunt is ook herhaald in zaken die in het bijzonder zien op de verhouding tussen persvrijheid en privacy.¹⁰ Anderzijds wordt er in sommige zaken juist betrekkelijk weinig ruimte aan de nationale autoriteiten gelaten.¹¹ In dat geval is de kans dat de uitspraak van de nationale rechter in Straatsburg in de problemen komt uiteraard groter.

Bij de afweging tussen persvrijheid enerzijds en privacy en goede naam anderzijds houdt het EHRM rekening met een aantal deels samenhangende factoren, zoals het onderscheid tussen bijdragen aan het publiek debat en andere uitlatingen, het verschil tussen feiten en waardeoordelen, etc.¹² Deze factoren zijn overigens niet in een simpele formule samen te voegen. Het Hof laat immers alle bijzonderheden in het gegeven geval meewegen. Desondanks vormen de genoemde factoren en hun toepassing wel belangrijke elementen in de oordeelsvorming van het Hof.

* Mr. A. J. Nieuwenhuis is universitair hoofddocent staatsrecht UvA, gelieerd aan het IViR en redacteur van dit blad.

1 Resp. EHRM 21 januari 1999, 29183/95, *Fressoz & Roire/France* en EHRM 26 februari 2009, 29492/05, *Kudeshkina/Russia*.

2 Resp. EHRM 6 februari 2001, 41205/98, *Tammer/Estonia* en EHRM (GC) 17 december 2004, 49017/99, *Pedersen & Baadsgaard/Denmark*.

3 In EHRM 30 maart 2004, 53984/00, *Radio France/France* lijkt het Hof daar als vanzelfsprekend van uit te gaan; inmiddels is de situatie minder duidelijk, zie het einde van de inleiding.

4 Dat was vroeger wel anders, bijv. ECRM 10 juli 1986, *Winer/UK*, 10473/83.

5 In EHRM 24 juni 2004, 59320/00, *Von Hannover/Germany*, *Mediaforum* 2004-7/8 m.nt. G.A.I. Schuijt.

6 EHRM 15 november 2007, 12556/03, *Pfeifer/Austria*.

7 Vgl. E. Barendt, ‘Balancing Freedom of Expression and Privacy: The juris-

prudence of the Strassbourg Court’, *Journal of Media Law* 2009, p. 49-72, p. 58. Het Hof lijkt desondanks soms te redeneren vanuit het perspectief van de verzoekende partij, zie Smet en Voorhoof in noot onder EHRM 18 januari 2011, 39401/04, *Mgn Limited/UK* in EHRC 2011, 69, en de daar genoemde literatuur.

8 Bijv. EHRM 3 mei 2011, 26125/04, *Sipos/Roumanie*, EHRM 10 mei 2011, 48009/08, *Mosley/UK*.

9 EHRM (GC) 29 april 1999, 25088/94, *Chassagnou e.a./France*.

10 EHRM 18 januari 2011, 39401/04, *Mgn Limited/UK*.

11 Bijv. EHRM 24 juni 2004, 59320/00, *Von Hannover/Germany*, *Mediaforum* 2004-7/8 m.nt. G.A.I. Schuijt en EHRM 15 november 2007, 12556/03, *Pfeifer/Austria*; vgl. Barendt 2009, p. 71.

12 Zie voor een complete lijst van factoren D. Voorhoof, ‘Het Europese “First Amendment”’: de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM (deel 2)’, *Mediaforum* 2010-6, p. 189.

Daarom wordt in deze bijdrage de vraag gesteld of uit de jurisprudentie van het EHRM duidelijke normen kunnen worden afgeleid om de persvrijheid en het respect voor het privé-leven tegen elkaar af te wegen. Er is achtereenvolgens aandacht voor de afgrenzing van het maatschappelijk debat, voor de verschillende categorieën personen over wie een uitlating kan gaan, voor het onderscheid tussen feiten en waardeoordelen, voor de ernst van de beschuldigingen, voor de mate van inbreuk op het privé-leven, daaronder begrepen de wijze van vergaring van de informatie, voor de positie van degene die de uitlating doet, en voor de aard en de hoogte van de opgelegde sanctie.¹³ Sommige factoren (afgrenzing van het maatschappelijk debat) zijn vrijwel steeds van belang; andere factoren zien in het bijzonder op de goede naam (ernst beschuldiging) of op de privacy (wijze vergaren).

Genoemde factoren worden in beginsel alle op dezelfde wijze behandeld. Eerst wordt een algemene karakterisering gegeven; daarna wordt onderzocht in welke gevallen de toepassing problemen op kan leveren. Zo mogelijk sluit de behandeling af met voorbeelden waaruit blijkt dat de nationale rechter de factoren verkeerd kan toepassen, zowel met het gevolg, dat de bescherming van het privé-leven teveel gewicht krijgt, als met het gevolg, dat de vrijheid van meningsuiting ten onrechte prevaleert. Daarbij zal de nodige – recente – jurisprudentie de revue passeren; er is echter niet gestreefd naar een uitputtend overzicht.

Een laatste opmerking in deze inleiding is dat het recht op respect voor het privé-leven zelf niet scherp afgebakend is. Het Hof heeft recent het belang van artikel 8 EVRM voor de bescherming van de persoonlijke identiteit (naam, afbeelding) benadrukt. Artikel 8 EVRM is daarom bijvoorbeeld al snel in het geding bij het nemen en publiceren van foto's,¹⁴ hetgeen hieronder nog terugkomt.

Daarentegen lijkt de bescherming van de reputatie volgens het betrekkelijk recente arrest *Karako*¹⁵ pas onder artikel 8 EVRM te vallen wanneer een uitlating de persoonlijke integriteit aantast.¹⁶ Niet alle negatieve berichtgeving die de reputatie raakt, vormt dan een inbreuk op het voormelde recht.¹⁷ Een ernstige aantasting van de goede naam zal naar alle waarschijnlijkheid wel invloed hebben op de persoonlijke integriteit. Bij de meeste van de hier opgevoerde artikel-10-zaken, die zien op een beperking ter bescherming van de goede naam, is dat aan nemelijk.

Maatschappelijk debat of niet

In veel zaken onderzoekt het Hof of de uitlatingen als bijdragen aan het maatschappelijk debat kunnen worden beschouwd of dat het om andere uitlatingen gaat zoals bijvoorbeeld verstrooiing, reclame en pornografie. Bij inmengingen die het maatschappelijk debat raken wordt de proportionaliteitstoets relatief streng toegepast en komt de nationale autoriteiten in het algemeen een relatief kleine beoordelingsmarge toe.¹⁸

Het maatschappelijk debat is meer dan de politieke discussie in enge zin; uitlatingen over *'other matters of public concern'* verdienen dezelfde grote bescherming.¹⁹ Te denken valt aan: de gevaren voor de volksgezondheid door het gebruik van magnetrons, de interpretatie van de geschiedenis, de behandeling van dieren in de bio-industrie, de hoogte van inkomens van *'captains of industry'*, dopinggebruik in de sport, de werkwijze van een groot concern als McDonald's, vraagstukken die met de rechtspleging te maken hebben, en plagiaat in de wetenschap.²⁰ Om alles onder één noemer te brengen heeft het Hof wel de volgende omschrijving gehanteerd: *'political speech or debate on questions of public interest'*.²¹

De jurisprudentie van het EHRM is minder eenduidig wanneer de berichtgeving problemen binnen bepaalde instellingen of bedrijven betreft. Zo achtte het Hof de mogelijk dictatoriale methoden van een rector van een middelbare school een kwestie van maatschappelijk belang. De sanctie opgelegd wegens de publicatie daarover was mede daarom een schending van art. 10 EVRM.²² Een grove karikatuur van een leidinggevende van een bedrijf, geplaatst in een vakbondsblad in het kader van een discussie over het personeelsbeleid, was volgens de kamer van het Hof geen onderdeel van het publiek debat: het betrof slechts een interne discussie.²³ De Grote Kamer stelt echter dat het voor de betrokken werknemers in elk geval wel om een vraag van algemeen belang ging.²⁴

De omschrijving van het maatschappelijk debat verdisconteert het belang van het publiek.²⁵ Dat laatste dient onderscheiden te worden van het bevredigen van de nieuwsgierigheid van het publiek. Een publicatie van foto's of berichten, *'the sole purpose of which is to satisfy the curiosity of a particular readership regarding the details of a public figure's private life,'* kan niet beschouwd worden als een bijdrage aan een debat met een maatschappelijk belang *'despite the person being known to the public.'*²⁶ Roddelbladen in eigenlijke zin, die zich louter richten op het privé-leven van bekendheden, hebben van oudsher dan

13 Een tot op zekere hoogte vergelijkbaar aantal factoren bij S. Smet, 'Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict', *A. U. Int. L. Rev.* 2010, p. 183-236, 193 e.v.
 14 EHRM 15 januari 2009, 1234/05, *Reklos & Davourlis/Greece*, *Mediaforum* 2009-5, nr. 16 m.nt. F.F. Blokhuis.
 15 EHRM 28 april 2009, 39311/05, *Karako/Hungary*.
 16 Daarvóór leek een aantasting van de 'reputatie' al snel het respect voor het privé-leven te raken, EHRM 29 juni 2004, 64915/01, *Chauvy e.a./France*; vgl. Barendt 2009, p. 59. Zie in dezen ook Smet 2010, p. 183-236, 193 e.v.
 17 Het is bij een klacht op grond van art. 10 EVRM overigens niet steeds duidelijk in hoeverre het Hof de daarbij betrokken rechten van anderen gedekt acht door art. 8 EVRM, Smet 2010, p. 200.
 18 Zie overigens EHRM 10 juli 2008, 15948/03, *Soulas/France* en EHRM 20 april 2010, 18788/09, *Le Pen/France* (dec.).
 19 EHRM 25 juni 1992, 13778/88, *Thorgeirson/Iceland*.
 20 Resp. EHRM 25 augustus 1998, 25181/94, *Hertel/Switzerland*, EHRM 23 september 1998, 24662/94, *Lehideux & Isorni/France*, EHRM 28 juni 2001, 24699/94, *Vereinigung gegen Tierfabriken/Switzerland*, EHRM 21 januari 1999, 29183/95, *Fressoz & Roire/France*, EHRM 7 mei 2002, 46311/99 *McVicar/UK*, EHRM 15 februari 2005, 68416/01, *Steel & Morris/UK*, EHRM 25 februari 2009, 29492/05, *Kudeshkina/Rus-*

sia, EHRM 15 februari 2007, 19997/02, *Boldea/Romania*, *Mediaforum* 2007-6, nr. 6 m.nt. D. Voorhoof.
 21 O.a. EHRM 25 november 1999, 23118/93, *Nilsen & Johnson/Norway*, EHRM 12 juli 2001, 29031/95, *Feldek/Slovakia*, *Mediaforum* 2001-9, nr. 35 m.nt. A.J. Nieuwenhuis.
 22 EHRM 16 maart 2010, 17590/02, *Papaianopol/Romania*.
 23 EHRM 8 december 2009, 28389/06, *Aguilera Jiménez/Espagne*.
 24 EHRM (GC) 12 september 2011, 28955/06, *Palomo Sánchez a.o./Spain*; zie elders in dit nummer m.nt. D. Griffiths. De dissenters lijkt dat niet ver genoeg te gaan.
 25 Zie al EHRM 26 april 1979, 6538/74, *Sunday Times/UK*. Ook buiten de *openbare* discussie kan de vrijheid van meningsuiting overigens een betrekkelijk groot gewicht hebben. Zie over het vertellen van de mogelijkheid kindermishandeling aan huisarts, EHRM 2 december 2008, 18620/03, *Juppala/Finland*; vgl. ook een brief met aanduiden misstappen burgemeester, EHRM 21 december 2010, 34690/05, *Sofrancechi/Moldova*; vgl. ook EHRM 31 maart 2011, 6428/07, *Siryk/Ukraine*.
 26 O.a. EHRM 1 juli 2003, 66910/01, *Prisma Presse/France* (dec.); EHRM 24 juni 2004, 59320/00, *Von Hannover/Germany*, *Mediaforum* 2004-7/8 m.nt. G.A.I. Schuijt; EHRM 18 januari 2011, 39401/04, *Mgn Limited/UK*.

ook weinig kans op succes in Straatsburg.²⁷ Dat is bijvoorbeeld het geval indien een publieksblad uitgebreid bericht over de financiële perikelen van een beroemde popster.²⁸ Een beschrijving van het fenomeen ‘ster’ vanuit een meer wetenschappelijk gezichtspunt neemt overigens een andere positie in.²⁹

Belangrijker nog is dat de pers de ruimte moet hebben om bepaalde achtergronden te belichten die voor de politieke discussie van belang kunnen zijn, ook indien dat gebeurt op een kleurrijke wijze die de oplage zeker niet zal schaden. Een voorbeeld is de zaak *Jokitaipale*.³⁰ Een dagblad had uitgebreid bericht over de strafzaak tegen de Finse Nationale Conciliator en zijn vriendin wegens het verstoren van de openbare orde bij de echtelijke woning van de ‘Verzoener’. Het Hof zag de populaire, roddelachtige berichtgeving over deze affaire toch als een bijdrage aan het maatschappelijk debat over de geschiktheid van de Nationale Conciliator voor zijn functie. Volgens de ‘*dis-senting opinion*’, echter, is het moeilijk in te zien dat de berichtgeving over ‘het alleen de Samba dansen’ niet in de eerste plaats op de bevrediging van de nieuwsgierigheid van het publiek is gericht.

Het is evenmin makkelijk om een grens te trekken indien de pers bericht over al bestaand geroddel. Zo vond een minderheid van het Hof dat berichtgeving over het geroddel over het liefdeleven van de vrouw van de president wel degelijk als een bijdrage aan het publiek debat beschouwd kon worden. De meerderheid van het Hof kwam echter tot een tegengestelde conclusie.³¹

Het Hof maakt ook wel onderscheid binnen de berichtgeving. Zo achtte het de vermelding dat fotomodel Naomi Campbell een afkickprogramma was begonnen wel degelijk in het publiek belang, mede om reden dat het bekende model eerder publiekelijk had ontkend dat ze verslaafd zou zijn. De bijgeplaatste – met een teelens gemaakte foto’s – dienden echter slechts de bevrediging van de nieuwsgierigheid van het publiek, aldus het Hof.³²

Nu de afgrenzing van het maatschappelijk debat niet steeds duidelijk is, kan de nationale rechter op twee manieren de fout ingaan. Hij kan een uitlating ten onrechte niet als bijdrage aan het debat beschouwen. Een voorbeeld vormt de *Saaristo* zaak ten aanzien van een publicatie, waarin de relatie van de voormalige echtgenoot van een bekende televisiejournalist met de communicatieadviseur van de presidentskandidaat centraal stond. De Finse rechter oordeelde in hoogste instantie dat het doel van de publicatie primair het bevredigen van de publieke nieuwsgierigheid was. Mede om die reden was de publicatie onrechtmatig. Het EHRM ziet in het bericht juist wel een bijdrage aan het maatschappelijk debat; er is daarom sprake van een schending van art. 10 EVRM.

De zaak *Von Hannover* is een voorbeeld van de omgekeerde situatie.³³ De Duitse rechters gingen ervan uit dat de berichtgeving over de dagelijkse besognes van prinses Caroline wel degelijk de oordeelsvorming van het publiek kon voeden. Het EHRM beschouwt de berichtgeving echter uitdrukkelijk niet als bijdrage aan het maatschappelijk debat. Mede daarom komt het tot de conclusie dat de nationale rechter de privacy onvoldoende bescherming heeft geboden. De klacht over schending van de positieve verplichtingen op grond van art. 8 EVRM trefte doel.

Persoon over wie

Het antwoord op de vraag *over wie* een uitlating gaat is van groot belang. Aan de ene kant van het spectrum staan politieke gezagdragers en andere politici. Het publiek moet een oordeel over hen kunnen vormen en de pers treedt hier bij uitstek op als ‘*public watchdog*’.³⁴ Politici zullen dus het nodige moeten velen wat berichtgeving betreft. Het staatshoofd kan eveneens onderwerp van het maatschappelijk debat zijn.³⁵ Het Hof lijkt ook een onschendbare koning in belangrijke mate als een politieke gezagdrager te zien.³⁶ Politieke gezagdragers zijn overigens niet volledig vogelvrij. Het zal nog blijken dat een inmenging geoorloofd kan zijn indien berichtgeving zonder reden hun privé-leven betreft of indien er sprake is van een persoonlijke aanval.³⁷

Aan de andere kant van het spectrum staat de gewone burger die geen belangrijke functie vervult en ook niet zelf de publiciteit heeft gezocht.³⁸ Er zal in het algemeen een duidelijke aanleiding moeten zijn om over hem te berichten. Wanneer een publicatie bijvoorbeeld een wijd verspreide misstand tot onderwerp heeft, zal het vaak niet nodig zijn om betrokken burgers met naam en toenaam te noemen.³⁹ Ziet een publicatie echter op het functioneren van één bepaalde plastisch chirurg, dan kan het bij name noemen wel weer toelaatbaar zijn.⁴⁰ Het publiceren van een foto van een gewone burger die verdacht wordt van belastingfraude moet onder omstandigheden ook toelaatbaar zijn.⁴¹ In casu ging het om een geruchtmakende zaak.⁴²

Tussen politieke gezagdragers en gewone burgers staan allerlei andere categorieën van personen die óf een belangrijke functie vervullen, óf zelf de publiciteit hebben gezocht, óf in elk geval hadden moeten begrijpen dat hun werkzaamheden publieke belangstelling met zich mee zouden brengen.⁴³ In de eerste plaats valt te wijzen op (niet politieke) gezagdragers als een politiecommissaris. De pers moet aandacht aan diens gedragingen kunnen besteden, maar zij zijn niet volledig te vergelijken met politici.⁴⁴

27 Vgl. EHRM 12 december 2000, 54224/00, *De Revenga & Perona/Espagne* (dec.), EHRM 1 juli 2003, 66910/01, *Prisma Press/France* (dec.).

28 EHRM 23 juli 2009, 12268/03, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris)/France*.

29 EHRM 8 juni 2010, 44102/04, *Sapan/Turkey*.

30 EHRM 6 april 2010, 43349/05, *Jokitaipale a.o./Finland*.

31 EHRM 4 juni 2009, 21277/05, *Standard Verlag/Austria*.

32 EHRM 18 januari 2011, 39401/04, *Mgn Limited/UK*.

33 EHRM 24 juni 2004, 59320/00, *Von Hannover/Germany*, *Mediaforum* 2004-7/8 m.nt. G.A.I. Schuijt.

34 EHRM 8 juli 1986, 9815/82, *Lingens/Austria*.

35 EHRM 18 mei 2004, 58148/00, *Plon/France*. EHRM 22 februari 2005, 35839, 97, *Pakdemirli/Turquie*.

36 EHRM 15 maart 2011, 2034/07, *Otegi Mondragon/Espagne*. Strengere regels voor de bewijslast bij de belediging van een (buitenlands) staatshoofd kunnen dan ook

in strijd zijn met art. 10 EVRM; vgl. ook EHRM 1 juni 2010, 16023/07, *Gutierrez Suarez/Espagne*; zie ook al EHRM 26 juni 2002, 51279/99, *Colombani/France*.

37 EHRM 11 januari 2011, 4035/08, *Barata Monteiro da Costa Nogueira & Patricio Pereira/Portugal*; EHRM 4 april 2006, 33352/02, *Keller/Hungary* (dec.).

38 EHRM 25 november 2008, 36919/02, *Armoniene/Lithuania*.

39 EHRM 20 mei 1999, 21980/93, *Bladet Tromsø and Stensaa/Norway*.

40 EHRM 2 mei 2000, 26132/95, *Bergens Tidende/Norway*.

41 EHRM 10 februari 2009, 3514/02, *Eerikainen a.o./Finland*.

42 Voor foto’s van verdachten en veroordeelden zie een latere paragraaf. Het Hof ziet op dit terrein geen consensus in Europa, EHRM 16 april 2009, 34438/04, *Egeland & Hanseld/Norway*.

43 EHRM 12 oktober 2010, 184/06, *Saaristo a.o./Finland*; EHRM 25 januari 2011, 30865/08, *Reinboth a.o./Finland* ziet op hetzelfde feitencomplex.

44 EHRM (GC) 17 december 2004, 49017/99, *Pedersen & Baadsgaard/Denmark*.

Datzelfde geldt in het bijzonder ook voor leden van de rechterlijke macht,⁴⁵ die zich relatief moeilijk kunnen verdedigen tegen kritiek op hun functioneren.⁴⁶ Rechters plegen zich namelijk minder makkelijk te mengen in het maatschappelijk debat over hun vonnissen.⁴⁷ Voorts lijkt een rol te spelen dat denigrerende berichten het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak kunnen ondermijnen. Het belang dat met de bescherming daarvan is gemoeid moet worden meegewogen.⁴⁸ Dat wil overigens niet zeggen dat in bepaalde gevallen scherpe kritiek niet geoorloofd moet zijn.⁴⁹

Lagere ambtenaren hoeven evenmin hetzelfde te dulden als politieke gezagdragers. Wanneer men politieagenten op straat voor 'sukkel' uitmaakt, hoeft een sanctie niet in strijd met art. 10 EVRM te zijn.⁵⁰ Zulke bewoordingen in een bericht over een politieke gezagdrager zullen waarschijnlijk ongemoeid moeten worden gelaten.⁵¹ De redenering dat een dergelijke bericht veel duidelijker onderdeel vormt van het maatschappelijk debat leidt overigens tot hetzelfde resultaat.

Buiten de overheid en de politiek zijn er nog andere personen die meer dan de gewone burger moeten dulden. Hier kunnen onder andere 'captains of industry' genoemd worden.⁵² Zij zullen zich bijvoorbeeld in een debat over de salariering van directieleden meer moeten laten welgevalen dan gewone burgers.⁵³ Ook de voorzitter van een beroepsvereniging – in casu van historici – is in zeker opzicht als een 'public figure' te beschouwen.⁵⁴

Een kinderombudsman van een particuliere instelling die zo nu en dan in de media optreedt, is volgens het Hof weliswaar niet gelijk te stellen aan een politicus maar is ook geen 'completely private person'.⁵⁵ Advocaten zullen zich eveneens kritiek moeten laten welgevalen in het bijzonder voor zover die zich richt op de wijze waarop zij hun functie ten processe uitoefenen.⁵⁶

Auteurs die met hun werk in de openbaarheid treden, zullen stevige kritiek op dat werk voor lief moeten nemen.⁵⁷ Journalisten die actief aan een discussie deelnemen, moeten bij uitstek rekening houden met de mogelijkheid dat zij zelf voorwerp worden van felle kritiek.⁵⁸ Politici moeten bijvoorbeeld de nodige ruimte hebben om te reageren op berichtgeving door journalisten.⁵⁹ Een andere benadering zou in strijd zijn met het beginsel van 'equality of arms'. Dat impliceert overigens weer niet dat in zo'n situatie alles is toegestaan.⁶⁰

Tussen politieke gezagdragers en gewone burgers staan ook nog publieke bekendheden zoals sporthelden.⁶¹ Deze zullen zich in bepaalde opzichten meer aandacht moeten laten welgevalen. Popsterren vormen waarschijnlijk een vergelijkbare

categorie. Daarbij wordt de persvrijheid door het Hof relatief belangrijk geacht, indien berichtgeving het door de ster zelf naar buiten gebrachte imago bijstelt.⁶²

Familieleden of partners van personen met een publieke functie zijn zelf geen public figures. Wel kan een dergelijke band reden vormen voor berichtgeving in de pers. Zo achtte het Hof het feit dat de vrouw van een hoge Spaanse rechter betrokken zou zijn bij illegale transacties een zaak van algemeen belang.⁶³ En wanneer de Nationale Conciliator samen met zijn vriendin verdacht wordt van een verstoring van de openbare orde, zal ook zij de nodige belangstelling moeten dulden.⁶⁴ Het Hof achtte het evenmin onbegrijpelijk dat bij een artikel over het wangedrag van een advocaat vermeld werd dat hij getrouwd was met een lid van het parlement.⁶⁵ In dit verband valt ook te wijzen op het feit dat het Hof een vergaande regeling voor volksvertegenwoordigers, die niet alleen openbaarheid van eigen neveninkomen maar ook van familie-eigendom voorschreef, heeft geaccepteerd.⁶⁶

Zeker bij personen in de categorieën tussen politiek gezagdrager en gewone burger is het niet zonneklaar wat precies de consequenties voor hun privacy zijn. Wanneer de nationale rechter op dit punt een verkeerde inschatting maakt, kan dat uiteraard problemen opleveren in Straatsburg. Een voorbeeld is de zaak *Tønssbergs Blad*.⁶⁷ Het betrof een krantenartikel over het overtreden van regels aangaande de bewoning van (tweede) huizen in een bepaalde streek. In het artikel werd melding gemaakt van het feit dat een bij name genoemde topman van een groot concern ook in overtreding was. De nationale rechter, zo kan men concluderen, zag geen duidelijke link tussen die overtreding en zijn functie en achtte mede om die reden een inmenging in de persvrijheid gerechtvaardigd. Het EHRM oordeelt anders. Een dergelijke topman zal ook dit soort berichtgeving moeten velen.

Als pendant kan – wederom – de zaak *Von Hannover* worden beschouwd. De Duitse rechter zag in de bekendheid van prinses Caroline een reden om haar bij uitstek als public figure te beschouwen. Het Hof in Straatsburg plaatst haar veel dichter in de buurt van de gewone burger nu zij geen officiële functie vervult en zelf de publiciteit niet zoekt. De klacht op grond van art. 8 EVRM treft mede daarom doel; Duitsland heeft zijn positieve verplichting om het privé-leven te beschermen geschonden.

Feitelijk bericht of waardeoordeel

Sinds geruime tijd maakt het Hof onderscheid tussen feitelijke berichtgeving en waardeoordelen. Ook de nationale

45 Het Hof lijkt daarbij geen duidelijk onderscheid te maken tussen kritiek op rechters en op het OM, EHRM 11 maart 2003, 35640/97, *Lesnik/Slovakia*, *Mediaforum* 2003-5, nr. 24 m.nt. L. Dragstra. Dat is niet vanzelfsprekend, omdat het OM onderdeel is van de uitvoerende macht en beschikt over bevoegdheden die bij uitstek de vrijheid van de burger raken.

46 EHRM 24 februari 1998, 19983/92, *De Haes & Gijssels/Belgium*.

47 Het is de vraag of dat tegenwoordig nog onverkort geldt.

48 EHRM 22 februari 1989, 11508/85, *Batfod/Denmark*, EHRM (GC) 6 mei 2003, 68898/99, *Perna/Italië*, *Mediaforum* 2003-6, nr. 28 m.nt. L. Dragstra; EHRM 11 februari 2010, 49330/07, *Alfantakis/Grèce*.

49 EHRM 29 maart 2011, 1529/08, *Gouveia Gomes Fernandez & Freitas e Costa/Portugal*.

50 EHRM 21 januari 1999, 25716/94, *Janowski/Poland*.

51 Vgl. EHRM 1 juli 1997, 20834/92, *Oberschlick II/Austria*.

52 Voor contractors van state funded instellingen, EHRM 21 december 2010, 27570/03, *Novaya Gazeta v Voronezhe/Russia*.

53 EHRM 21 januari 1999, 29183/95, *Fressoz & Roire/France*; EHRM 19 september

2006, 42435/02, *White/Sweden*, zag op een wapenhandelaar en stroper van groot wild.

54 EHRM 30 maart 2010, 20928/05, *Petrenco/Moldova*.

55 EHRM 6 juli 2010, 37520/07, *Niskasaari a.o./Finland*.

56 EHRM 14 juni 2011, 28040/08, *Aquilina and others/Malte*.

57 EHRM 27 maart 2008, 20620/04, *Azevedo/Portugal*.

58 EHRM 17 oktober 2007, 28949/03, *Sanocki/Pologne*.

59 EHRM 29 november 2005, 75088/01, *Urbino Rodrigues/Portugal*.

60 EHRM 15 november 2007, 12556/03, *Pfeifer/Austria*.

61 EHRM 7 mei 2002, 46311/99, *McVicar/UK*.

62 EHRM 18 januari 2011, 39401/04, *Mgn Limited/UK*.

63 EHRM 21 september 2010, 24147/06, *Polanco Torres & Movilla Polanco/Espagne*.

64 EHRM 6 april 2010, 43349/05, *Jokitaipale/Finland*.

65 EHRM 16 november 2004, 53678, *Karhuvaara & Iltalhti/Finland*.

66 EHRM 25 oktober 2005, 2428/05, *Wypych/Poland* (dec.).

67 EHRM 1 juni 2007, 510/04, *Tønssbergs Blad AS & Haukom/Norway*.

rechter zal dat moeten doen.⁶⁸ Voor waardeoordelen gaat de eis dat zij bewezen (kunnen) worden in elk geval te ver.⁶⁹ Voor vergaande waardeoordelen, zoals bijvoorbeeld de kwalificatie ‘neo-fascist’⁷⁰ of ‘nazi-methoden’,⁷¹ mag overigens wel een feitelijke basis worden vereist.

Samenhangende uitlatingen dienen in bepaalde gevallen onderscheiden te worden. Zo is de uitlating dat een minister van persoonlijke vooringenomenheid blijkt geeft in beginsel een waardeoordeel.⁷² Wordt als reden daarvoor opgegeven dat zijn vader een rechts-extremist was, dan is dat laatste eerder een mededeling van feitelijk aard.⁷³

In bepaalde gevallen laat het Hof overigens in het midden of er sprake is van een feitelijke berichtgeving of een waardeoordeel. Het kijkt dan vooral of er een voldoende feitelijke basis is. Zo is een veroordeling van een gemeenteraadslid wegens het verspreiden van een pamflet waarin de burgemeester beticht wordt van het ontduiken van aanbestedingsregels en van verduistering niet in strijd met art. 10 EVRM bij gebrek aan enige feitelijke basis, zelfs als het om waardeoordelen zou gaan.⁷⁴ Meer in het algemeen komt de vrijheid van meningsuiting niet veel gewicht toe bij publieke insinuaties zonder enige spoor van bewijs.⁷⁵ Echter, in een levendig politiek debat, waarin kritiek wordt geleverd op een overheidsorgaan, lijkt zo’n feitelijke basis soms weer minder belangrijk.⁷⁶

De bewijslast ligt in beginsel op degene die bepaalde beschuldigingen uit.⁷⁷ Bij de verdeling van de bewijslast let het Hof echter ook op de concrete omstandigheden. Zo hield het Hof in de zaak *Steel & Morris* rekening met de machtsongelijkheid tussen de multinational McDonald’s en de actievoerders die met beschuldigingen aan het adres van de hamburgerkoning waren gekomen.⁷⁸ In de zaak *Flux* had een journalist op grond van de informatie van een anonieme bron bericht over het mogelijk gebruik van publiek geld voor de verbouwing van privé-appartementen. De journalist had getracht de feiten te verifiëren, maar geen toegang gekregen tot de ter zake bij de overheid berustende gegevens. Nu op zijn minst enkele feiten bleken te kloppen, achtte het Hof de veroordeling van de journalist in strijd met art. 10 EVRM.⁷⁹ Omgekeerd heeft het Hof er bij de beoordeling van een klacht op grond van art. 8 EVRM juist op gewezen dat het voor degene over wie bericht was dat hij bij de Securitate had gewerkt, onmogelijk was om het tegendeel aan te tonen gezien de regeling die gold voor de archieven van de geheime dienst.⁸⁰

In sommige gevallen, bijvoorbeeld wanneer een persoon beticht wordt van concrete feiten,⁸¹ is het niet zo moeilijk de

aard van de uitlating vast te stellen. Andere gevallen zijn minder eenvoudig. Een aardig voorbeeld vormt nog steeds de zaak *Pedersen & Baadsgaard*, waarin de meerderheid van het Hof het stellen van bepaalde vragen min of meer vergelijkbaar achtte met het doen van feitelijke beschuldigingen. De dissenting opinion achtte dergelijke vragen door een voice-over in een televisieprogramma veeleer vergelijkbaar met waardeoordelen.⁸² In een meer recente zaak was het Hof overigens unaniem van oordeel dat bepaalde vragen niets anders konden suggereren dan corruptie.⁸³

Een ander probleem is op welk moment overdrijven en provoceren, dat in beginsel in het politiek debat is toegestaan, overgaat in het uiten van ongefundeerde beschuldigingen.⁸⁴ Die grens was in elk geval overschreden bij de beschuldiging dat een hoogleraar een zwak geheugen heeft en zijn hoogleraar-schap te danken heeft aan zijn banden met de voormalige KGB. Daar staat tegenover dat het betichten van een journalist, die deelneemt aan een heftige discussie in de media, van ‘maffia-methoden’ door het Hof als waardeoordeel werd beschouwd.⁸⁵

Een specifiek probleem leveren ook de kunsten op. Het lijkt daarbij van doorslaggevend belang of het publiek het werk als ‘realistisch’ zal beschouwen of niet.⁸⁶ Het is echter de vraag of dat criterium zich steeds makkelijk laat toepassen. In *Lindon* komt het Hof tot het oordeel dat de reality-roman waarin Le Pen een hoofdrol speelt, zo dicht bij de werkelijkheid blijft dat de uitlatingen in de roman als feitelijke beschuldigingen zijn te beschouwen. De dissenters zijn daarentegen van oordeel dat ze eerder als waardeoordelen beschouwd moeten worden.⁸⁷

De diffuse afbakening tussen feitelijke berichtgeving en waardeoordelen doet de vraag opkomen in hoeverre het EHRM de nationale autoriteiten te dien aanzien een beoordelingsmarge laat.⁸⁸ Het Hof gaat er in het algemeen vanuit dat de beoordeling hier in de eerste plaats een zaak van de nationale autoriteiten is: ‘*The classification of a statement as a fact or as a value judgment is a matter which in the first place falls within the margin of appreciation of the national authorities, in particular the domestic courts*’.⁸⁹ Toch lijkt het Hof de beoordeling soms vrijwel volledig zelf ter hand te nemen, waardoor het oordeel van de nationale rechter eerder in de gevarenzone terechtkomt.

Twee voorbeelden kunnen dat duidelijk maken. De zaak *Nilsen & Johnson* zag op het volgende. Een hoogleraar had een rapport gepubliceerd dat in belangrijke mate gebaseerd was op anonieme verklaringen. De conclusie was dat de politie zich regelmatig schuldig maakte aan bruut en gewelddadig optreden. Twee voorlieden van de politievakbond betichtten op hun

68 Bijv. EHRM 11 februari 2010, 49330/07, *Alfantakis/Grèce*.

69 O.a. EHRM 8 juli 1986, 9815/82, *Lingens/Austria*; EHRM 21 december 2010, 27570/03, *Novaya Gazeta/Voronezhe/Russia*. Het onderscheid laat zich tot op zekere hoogte ook toepassen op de geschiedenis. Zo is de ontkenning van de Holocaust – een onjuiste feitelijke uitlating – niet te vergelijken met een interpretatie van de geschiedenis, ook al is deze laatste mogelijk anderszins controversieel, EHRM 23 september 1998, 24662/94, *Lehideux & Isorni/France*.

70 EHRM 14 december 2006, 29372/02, *Karman/Russia*.

71 EHRM 31 maart 2000, 24773/94, *Wabl/Austria*.

72 EHRM 10 augustus 2006, 21040/02, *Lyashko/Ukraine*. De kwalificatie ‘een onbetrouwbaar persoon’ werd door het EHRM ook als waardeoordeel aangemerkt, EHRM 12 april 2011, 4049/08, *Conceicao Letria/Portugal*.

73 EHRM 4 april 2006, 33352/02, *Keller/Hungary* (dec.).

74 EHRM 11 mei 2010, 29784/06, *Fleury/France*.

75 EHRM 4 april 2006, 33352/02, *Keller/Hungary* (dec.); EHRM 30 maart 2010, 20928/05, *Petrenco/Moldova*.

76 EHRM 24 april 2007, 7333/06, *Lombardo a.o./Malta*.

77 EHRM 7 mei 2002, 46311/99, *McVicar/UK*.

78 EHRM 15 februari 2005, 68416/01, *Steel & Morris/UK*.

79 EHRM 24 november 2009, 25367/05, *Flux/Moldova* (no. 7); zie voor bewijsproblemen ook EHRM 21 december 2010, 27570/03, *Novaya Gazeta Voronezhe/Russia*.

80 EHRM 14 oktober 2008, 78060/01, *Petrina/Roumanie*.

81 EHRM 11 januari 2011, 4035/08, *Barata Monteiro da Costa Nogueira and Patricio Pereira/Portugal*.

82 EHRM (GC) 17 december 2004, 49017/99, *Pedersen & Baadsgaard/Denmark*.

83 EHRM 21 juni 2011, 35105/04, *Kania and Kittel/Poland*.

84 EHRM 30 maart 2010, 20928/05, *Petrenco/Moldova*.

85 EHRM 29 november 2005, 75088/01, *Urbino Rodrigues/Portugal*.

86 EHRM 25 januari 2007, 68354/01, *Vereinigung Bildender Künstler/Austria*; karikaturen kunnen overigens ook te ver gaan EHRM (GC) 12 september 2011, 28955/06, *Palomo Sánchez/Spain*, zie elders in dit nummer m.nt. D. Griffiths.

87 EHRM 22 oktober 2007, 21279/02, *Lindon Otchakovsky-Laurens et Joly/France*.

88 Vgl. Barendt 2009.

89 O.a. EHRM 26 april 1995, 15974/90, *Prager and Oberschlick/Austria*; EHRM 14 juni 2011, 28040/08, *Aquilina a.o./Malte*.

beurt de hoogleraar van misinformatie en ‘heimelijke motieven’ (*‘ulterior motives’*). De nationale rechter ziet laatstgenoemde uitlatingen als feitelijke beschuldigingen en acht ze daarom onrechtmatig. Het EHRM komt na een nauwkeurig onderzoek tot een ander oordeel: het gaat om waardeoordelen.⁹⁰ Mede om die reden is de inmenging in de uitingsvrijheid in strijd met art. 10 EVRM.⁹¹

De zaak *Pfeifer* vormt een voorbeeld van de omgekeerde situatie.⁹² Een hoogleraar politicologie betoogt in een publicatie dat de joden Duitsland de oorlog hadden verklaard en dat het met de misdaden van het nazi-regime nogal meeviel. De journalist Pfeifer is één van degenen die dat aan de kaak stelt en hij omschrijft de hoogleraar als een nazi. Er wordt ook strafvervolg ingesteld tegen de hoogleraar, die vervolgens zelfmoord pleegt. Daarna wordt Pfeifer er in een publicatie van beticht dat hij als lid van een ‘jachtgezelschap’ de hoogleraar de dood in heeft gedreven. Pfeifer daagt degene die deze uitlating heeft gedaan, maar de Oostenrijkse rechter komt tot de conclusie dat de uitlating, die deel uitmaakt van een heftige discussie en gericht aan het adres van iemand die zelf ook scherpe kritiek heeft geleverd, is toegestaan. Na een klacht op grond van artikel 8 EVRM overweegt het EHRM echter dat de uitlating een feitelijk causaal verband aanduidt en dat het bewijs daarvoor niet is geleverd. Het EHRM stelt hier dus zijn eigen redenering in de plaats van die van de nationale rechter en oordeelt blijkbaar dat de term ‘jachtgezelschap’ niet in de eerste plaats als stijlfiguur of als interpretatie en waardering van de gebeurtenissen is te beschouwen.⁹³

Mate van inbreuk op de privacy

Een belangrijke factor is uiteraard ook in welke mate een publicatie inbreuk maakt op de privacy. Bij kritiek op het openbaar functioneren van politici is daar overigens geen sprake van, zeker als de berichtgeving op geen enkele wijze te maken heeft met het publiek debat.⁹⁴

Soms is het daarom niet zo moeilijk om de grens te trekken tussen zaken van publiek belang en het privé-leven. Het publiceren van foto’s van een rechts-extremist of van een parlementslid verdacht van fraude levert geen enkel probleem op.⁹⁵ Helemaal aan de andere kant van het spectrum staat het publiceren van medisch gevoelige gegevens van gewone burgers.⁹⁶ In sommige gevallen kan de publicatie van medische gegevens echter wel weer een bijdrage aan het publiek debat zijn. De zaak *Plon* kan dat illustreren. Het EHRM oordeelde dat de verspreiding van het boek over de ziektegeschiedenis van de Franse president Mitterand, mede geschreven door zijn ex-arts, niet blijvend verboden mocht worden.⁹⁷

Meer in het algemeen kunnen vragen van algemeen belang tegelijkertijd het privé-leven betreffen. Zaken als *Jokitapale* en *Tønsberg Blad* zijn hierboven reeds genoemd. Een ander voorbeeld vormt de publicatie van een foto van een net strafrechtelijk veroordeelde en huilende vrouw in de context van de berichtgeving over deze zaak van algemeen belang.⁹⁸ Dat de foto op de openbare weg was gemaakt – bij het geleiden van de vrouw uit het gerechtsgebouw naar de gereedstaande politiewagen – deed niet af het feit dat het een beduidende inmening in het privé-leven was.

Een weergave van gebeurtenissen op de openbare weg of in ruimten, die voor het grote publiek toegankelijk zijn, vormt dus niet per definitie een relatief kleine inbreuk op de privacy. Dat gold bij uitnemendheid voor de publicatie over twee pagina’s van een foto van het bebloede en verminkte lijk van de vermoorde prefect van Corsica. Het privé-leven van de familie, die net een traumatische ervaring had doorgemaakt, was bij uitstek in het geding.⁹⁹ En ook het publiceren van bij het winkelen van een prinses gemaakte foto’s, hoewel minder sensationeel, wordt door het Hof onder omstandigheden als een substantiële inbreuk gezien.¹⁰⁰

Het poneren van algemene uitgangspunten draagt dus risico’s in zich. Desondanks lijkt uit de jurisprudentie van het Hof opgemaakt te kunnen worden dat de publicatie van gegevens van financiële aard lang niet altijd als een substantiële inmening op het recht op respect voor het privé-leven wordt gezien. Dat geldt zowel voor het uitgavenpatroon van popster Johnny Halliday¹⁰¹ als voor de publicatie van de belastingaangiften van toplieden van grote bedrijven.¹⁰² De nationale rechter zal in dergelijke gevallen niet te snel de bescherming van het privé-leven moeten laten prevaleren, anders loopt hij het risico met zijn oordeel artikel 10 EVRM te schenden.

Daarentegen kan berichtgeving over persoonlijke traumatische ervaringen bij uitstek het privé-leven raken. In een zaak waarin de publicatie van een autobiografie van een seriemoordenaar werd belemmerd, sprak het Hof zelfs over een *‘affront to human dignity’* wanneer hij in geuren en kleuren zijn verhaal zou kunnen doen over het vermoorden en verminken van zijn slachtoffers.¹⁰³ Uit het bovenstaande is reeds gebleken dat medische gegevens ook tot het meer intieme gedeelte van het privé-leven behoren. Datzelfde geldt de seksualiteit. De nationale rechter die daar onvoldoende rekening mee houdt, kan met zijn oordeel artikel 8 EVRM schenden.¹⁰⁴ Dat is ook het geval indien hij de impact die een publicatie heeft, niet alleen op de morele integriteit, maar ook op de woon- en werksituatie en op de sociale contacten te weinig gewicht toekent.¹⁰⁵

De ruimte voor karikaturen lijkt eveneens beduidend kleiner indien deze seks ademen.¹⁰⁶ In een zaak van een politicus die

90 Ten aanzien van de uitlating *‘deliberate lies’* waren nationale rechter en Hof het er overigens over eens dat het om een feitelijke mededeling ging.

91 EHRM (GC) 25 november 1999, 23118/93, *Nilsen & Johnson/Norway*; vgl. Ook EHRM 12 april 2004, 4049/08, *Conceicao Letria/Portugal*, waarin het Hof de term *‘aldrabão’* (‘onbetrouwbaar persoon’) als waardeoordeel aanmerkt.

92 EHRM 15 november 2007, 12556/03, *Pfeifer/Austria*; vgl. ook EHRM 30 maart 2010, 20928/05, *Petrenco/Moldova*; hier lijkt de beoordeling door de nationale rechter moeilijker te verdedigen.

93 De toevoeging van het EHRM dat er ook voor een waardeoordeel een gebrek aan feitelijke basis is, is zeker zo moeilijk te begrijpen.

94 EHRM 6 februari 2001, 41205/98, *Tammer/Estonia*.

95 EHRM 26 februari 2002, 34315/96, *Krone/Austria*; EHRM 11 januari 2000, 31457/96, *News Verlag/Austria*.

96 EHRM 25 november 2008, 36919/02, *Armoniene/Lithuania*.

97 EHRM 18 mei 2004, 58148/00, *Plon/France*.

98 EHRM 16 april 2009, 34408/04, *Egeland & Hanscid/Norway*.

99 EHRM 14 juni 2007, 12268/03, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris)/France*.

100 EHRM 24 juni 2004, 59320/00, *Von Hannover/Germany, Mediaforum 2004-7/8* m.nt. G.A.I. Schuijt.

101 EHRM 23 juli 2009, 12268/03, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris)/France*.

102 EHRM 21 januari 1999, 29183/96, *Fressoz & Roire/France*.

103 EHRM 9 maart 2010, 36882/05, *Nilsen/UK* (dec.).

104 Voor een combinatie van seksualiteit en medische gegevens zie EHRM 25 november 2008, 36919/02, *Armoniene/Lithuania*.

105 EHRM 9 april 2009, 28070/06, *A./Norway*.

106 EHRM (GC) 12 september 2011, 28955/06, *Palomo Sánchez a.o./Spain*, zie elders in dit nummer m.nt. D. Griffiths.

al masturberend op een karikaturaal schilderij was afgebeeld, lijkt het Hof daar echter weer minder zwaar aan te tillen.¹⁰⁷

Een bijkomende factor bij het vaststellen van de ernst van de inbreuk is of de gepubliceerde informatie al bij het publiek bekend was of kon zijn.¹⁰⁸ Dat wil overigens niet zeggen dat hernieuwde berichtgeving niet opnieuw een inbreuk op het recht op respect voor het privé-leven oplevert.¹⁰⁹ Het Hof kan wel rekening houden met het feit dat tegen de eerste openbaarmaking niet – prompt – is opgetreden. Het kan daaruit afleiden dat de inmenging in het recht op respect voor het privé-leven niet heel ernstig is.¹¹⁰

Een complicatie is overigens dat het Hof niet iedere vorm van openbaarheid over één kam scheert. Het feit dat een rechtszitting openbaar is, wil nog niet zeggen dat de pers de identiteit van de betrokkenen zo maar bekend mag maken.¹¹¹ Dat geldt al evenzeer voor andere (gevoelige) gegevens die ten processe een rol spelen, ook indien de betrokkene zelf de gegevens naar voren heeft gebracht.¹¹²

De inbreuk die de *publicatie* op het privé-leven maakt, dient onderscheiden te worden van de *wijze waarop informatie is vergaard*. De zaak *Radio Twist* vormt een illustratie. Deze radio-omroep zond een opname uit van een telefoongesprek tussen twee leden van de regering. Dat deze opname illegaal was gemaakt stond buiten kijf. Dat enkele feit was echter onvoldoende om een inmenging naar aanleiding van de uitzending te rechtvaardigen, nu de inhoud van het telefoongesprek politiek van aard was en niet het privé-leven betrof. Daarbij speelde een rol dat de opname uitdrukkelijk niet door het radiostation zelf was gemaakt.¹¹³ Heeft een omroep of krant de informatie wél zelf vergaard, dan kan de wijze waarop dat is gebeurd in rekening gebracht worden bij het oordeel over de vraag of een inmenging wegens de publicatie gerechtvaardigd is.

Dat is bij uitstek relevant bij de fotojournalistiek. Nu lijkt uit de zaak *Reklos* afgeleid te kunnen worden dat het – zonder toestemming – maken van een foto al snel als een inmenging in het recht op respect voor het privé-leven kan worden beschouwd.¹¹⁴ Een foto vormt volgens het Hof namelijk een attribuut van de persoonlijkheid en na het maken is men de controle erover kwijt. Nu ging het in deze zaak om een zonder toestemming van de ouders in het ziekenhuis gemaakte foto van een te vroeg geboren baby. In andere gevallen zal het *‘droit*

de chacun de s’opposer’ tegen het nemen van een foto niet hetzelfde gewicht hebben. Een minister zal zich niet ineens kunnen verzetten tegen het plaatsen van een zonder zijn instemming in het openbaar gemaakte foto, zeker als er verder geen details van zijn privé-leven zijn te zien.¹¹⁵

In weer andere gevallen kan het antwoord op de vraag hoe de foto is verkregen wel een rol gaan spelen. Dat kan voor een deel het verschil tussen de twee volgende zaken verklaren. In de eerste zaak achtte het EHRM de inmenging in de persvrijheid naar aanleiding van het plaatsen van een foto van een strafrechtelijk veroordeelde vrouw toelaatbaar. Nu was deze foto kort na de veroordeling in een geruchtmakende zaak genomen en de vrouw was in tranen. Het Hof overwoog onder meer dat er in de verdragsstaten geen consensus op dit gebied bestaat, zodat er een ruime appreciatiemarge geldt.¹¹⁶ In een ander geval, waarin er evenmin sprake was van een public figure, acht het Hof de inmenging naar aanleiding van het plaatsen van foto’s juist onvoldoende gemotiveerd.¹¹⁷ Afgezien van de tranen is een belangrijk verschil¹¹⁸ dat in de laatstgenoemde zaak de foto’s – acht jaar eerder – door de betrokkene zelf waren gepubliceerd.¹¹⁹

De nationale rechter zal dus terdege rekening moeten houden met de wijze waarop foto’s zijn vergaard.¹²⁰ Dat geldt niet alleen bij een klacht over een inmenging in de persvrijheid maar ook bij een klacht over een gebrek aan bescherming van het respect voor het privé-leven. Daarbij kan het Hof bijvoorbeeld een permanente achtervolging door persmuskieten in rekening brengen.¹²¹

Ernst en impact beschuldiging

Uiteraard speelt ook de ernst van de beschuldigingen een rol. Het overtreden van een bewoonregeling ten aanzien van tweede huizen is niet zeer ernstig.¹²² De beschuldiging, dat men voor de voormalige (communistische) geheime dienst werkzaam is geweest, is een stuk zwaarder.¹²³ De aantijging dat men zijn baan als hoogleraar te danken heeft aan de KGB,¹²⁴ wordt door het Hof eveneens als zeer schadelijk aangeduid. Ook een beschuldiging van misbruik van bevoegdheid voor eigen gewin¹²⁵ of een beschuldiging van plagiaat wordt door het Hof betrekkelijk zwaar opgenomen.¹²⁶ De ernst van een bepaalde aantijging kan ook afhangen van de nationale context. Het Hof

107 EHRM 25 januari 2007, 68354/01, *Vereinigung Bildender Künstler/Austria*.

108 EHRM 6 april 2010, 43349/05, *Jokitaipale a.o./Finland*.

109 Zowel door een ander medium EHRM 12 oktober 2010, 184/06, *Saaristo a.o./Finland*, als herhaling door zelfde medium, EHRM 30 maart 2004, 53984/00, *Radio France e.a./France*.

110 EHRM 15 juli 2010, 34875/07, *Roland Dumas/France*.

111 Zie ook EHRM 10 februari 2009, 3514/02, *Eerikainen/Finland*, onder verwijzing naar Council of Europe Recommendation No. Rec (2003)13.

112 EHRM 14 december 2006, 5433/02, *Shabanov and Tren/Russia*.

113 EHRM 19 december 2006, 62202/00, *Radio Twist/Slovakia*.

114 EHRM 15 januari 2009, 1234/05, *Reklos & Davourlis/Greece*.

115 Vgl. EHRM 26 februari 2002, 34315/96, *Krone/Austria*.

116 EHRM 16 april 2009, 34408/04, *Egeland & Hanseld/Norway*; deze marge is overigens in de wijze van toetsing niet onmiddellijk terug te vinden is; zie noot J. Gerards onder het arrest in EHRC 2009, nr. 75.

117 EHRM 10 februari 2009, 3514/02, *Eerikainen/Finland*.

118 Een ander verschil wijst overigens in een andere richting: de vrouw in de tweede zaak was nog slechts verdachte terwijl de andere vrouw reeds veroordeeld was.

119 De vraag of de betrokkene zelf informatie in de openbaarheid heeft gebracht beperkt zich overigens niet tot foto’s. In de zaak *Halliday* overwoog het Hof

bijvoorbeeld dat de popster zelf ook al had gepubliceerd over zijn financiële perikelen. Indien een persoon een bepaald publiek imago ophoudt, zal deze ook eerder moeten accepteren dat het imago in kwestie door berichtgeving doorbroken wordt; vgl. EHRM 18 januari 2011, 39401/04, *Mgn Limited/UK*.

120 EHRM 18 januari 2011, 39401/04, *Mgn Limited/UK*. In voorkomende gevallen heeft het Hof erop gewezen dat de foto’s in kwestie niet frauduleus of illegaal verkregen waren EHRM 23 juli 2009, 12268/09, *Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris)/France*; EHRM 12 december 2010, 184/06, *Saaristo a.o./Finland*. Vgl. ook EHRM 8 juni 2010, 44102/04, *Sapan/Turkey*, waarin het Hof erop wijst dat de betrokkenen de foto’s zelf in de openbaarheid had gebracht en er bijvoorbeeld ook geen telelens was gebruikt.

121 EHRM 9 april 2009, 28070/06, *A.v. Norway*; vgl. uiteraard ook EHRM 24 juni 2004, 59320/00, *Von Hannover/Germany*, *Mediaforum* 2004-7/8 m.nt. G.A.I. Schuijt.

122 EHRM 1 maart 2007, 510/04, *Tønssbergs Blad As & Haukom/Norway*.

123 EHRM 14 oktober 2008, 78060/01, *Petrina/Roumanie*.

124 EHRM 30 maart 2010, 20928/05, *Petrenco/Moldova*.

125 EHRM 11 januari 2011, 4035/08, *Barata Monteiro da Costa Nogueira and Patricio Pereira/Portugal*.

126 EHRM 15 februari 2007, 19997/02, *Boleda/Roumanie*, *Mediaforum* 2007-6, nr. 6 m.nt. D. Voorhoof.

wees daarop in de Duitse zaak die zag op het uitdelen van pamfletten bij de abortuskliniek van een bepaalde arts met daarop de tekst: ‘Holocaust toen, babycaust nu’.¹²⁷

Het medium kan ook van belang zijn voor de impact. Het Hof heeft meermalen overwogen dat audiovisuele media veelal een grotere impact hebben.¹²⁸ Daarnaast valt te wijzen op de omvang van het publiek. Een veel bekeken televisieprogramma¹²⁹ heeft een grotere impact dan een roman die slechts een klein lezerspubliek bereikt.¹³⁰

Bij beschuldigingen van misdrijven, zoals corruptie,¹³¹ verkrachting¹³² en het achterhouden van ontlastend bewijs door een politiecommissaris,¹³³ heeft het Hof ook het onschuldbeginsel in zijn overwegingen betrokken. Dat kan het belang gemoeid met de beperking van de persvrijheid een extra gewicht geven en de beperking zal eerder als noodzakelijk in een democratische samenleving kunnen worden beschouwd. Het betekent omgekeerd dat een klacht dat de nationale autoriteiten te weinig bescherming hebben geboden tegen een perspublicatie eerder doel kan treffen.

De door een krant bij name genoemde, en als moordenaar van Olof Palme aangewezen, wapenhandelaar, had bij het EHRM overigens geen succes. Het Hof wees erop dat een medewerker van de Zuid-Afrikaanse geheime dienst hem als schuldige had aangeduid en dat de beschuldigingen door de krant aan derden waren voorgelegd. De nationale rechter had de zaak bovendien diepgravend onderzocht, en de persvrijheid en privacy zorgvuldig afgewogen, op een wijze die in overstemming was met het EVRM, aldus het Hof.¹³⁴

Persoonlijke aanval en kwetsende bewoordingen

Niet alleen de ernst van de beschuldigingen is van belang maar ook de vraag of een publicatie als een persoonlijke aanval is te beschouwen. In dat geval is er eigenlijk geen sprake meer van een bijdrage aan een debat over een zaak van publiek belang. Het onderscheid tussen een lastercampagne en gerichte kritiek komt in zekere zin op hetzelfde neer.¹³⁵ Bij een uitlating over rechters kan eveneens onderscheid gemaakt worden tussen kritiek op hun functioneren en belediging van de persoon.¹³⁶

Indien de negatieve berichtgeving over een bepaalde persoon plaatsvindt in het kader van de berichtgeving over een meer omvattend probleem, zal er minder snel van een persoonlijke aanval sprake zijn.¹³⁷ Wanneer een uitlating er bijvoorbeeld op neer komt dat de inspectie van de drinkwatervoorziening zich bij zijn rapportage laat leiden door de wens om particuliere aanbieders te begunstigen, is dat mede daarom geen persoonlijke aanval omdat de privatisering van de waterleiding een politiek issue is.¹³⁸

Ook als de negatieve uitlatingen zien op politieke gezagdragers, onderzoekt het Hof soms of er sprake is van een persoonlijke aanval.¹³⁹ Bepaalde uitlatingen gericht tegen de Spaanse koning betroffen bijvoorbeeld zijn rol ten aanzien van het leger; daarom waren ze zeker niet als een persoonlijke aanval te beschouwen.¹⁴⁰ In een andere zaak heeft het Hof overigens overwogen dat het verschil in een politiek debat niet altijd makkelijk te maken is. Het ging om een salvo van beledigingen als leugenaar en lasteraar door een parlamentslid, gericht aan het adres van de president van Turkije.¹⁴¹ Daar staat tegenover dat ongefundeerde beschuldigingen van ernstige strafbare feiten aan het adres van een politieke tegenstander, geuit op een persconferentie, door het Hof wel weer als een persoonlijke aanval werden beschouwd.¹⁴²

De presentatiewijze kan mede bepalend zijn bij de beoordeling of er sprake is van een ‘*gratuitous personal attack*’.¹⁴³ Datzelfde geldt voor het gebruik van stevige taal.¹⁴⁴ Daarbij lijkt het Hof mondelinge, spontane uitlatingen in het algemeen wat meer ruimte te bieden dan schriftelijke uitlatingen waarvan aangenomen wordt dat ze meer overdacht zijn. Daarom moet bij mondelinge uitlatingen,¹⁴⁵ bijvoorbeeld ook in een live uitzending op de televisie¹⁴⁶ wat meer toegestaan zijn. Een voorbereide persconferentie is overigens weer niet vergelijkbaar met een spontane uitspraak.¹⁴⁷

Voorts is relevant of het maatschappelijk debat op een bepaald moment feller of minder fel gevoerd wordt. In het laatste geval zijn heftige bewoordingen eerder acceptabel.¹⁴⁸ Meer in het algemeen onderzoekt het Hof of een uitlating een reactie vormt op stevige kritiek. Bij een tegenaanval is dan meer toegestaan.¹⁴⁹ Dat geldt ook voor politici die op aantijgingen van journalisten reageren. Gaat de nationale rechter daaraan voorbij dan is eens schending van artikel 10 EVRM zeer wel mogelijk.¹⁵⁰ Tegelijkertijd zal hij weer niet teveel gewicht moeten hechten aan de vrijheid om terug te slaan, anders doet hij de bescherming van het respect voor het privé-leven van de journalist te weinig recht.¹⁵¹

127 EHRM 13 januari 2011, 397/07, *Hoffer & Annen/Germany*. Daar staat tegenover dat het Hof niet bereid was aan te nemen dat een vergelijking met een ‘blonde vrouw’ in Servië tot de ergst mogelijke beledigingen behoort, EHRM 23 juni 2009, 38435/05, *Bodrozic and Vujin/Serbia*.

128 O.a. EHRM 23 september 1994, 15890/89, *Jersild/Denmark*, EHRM 10 mei 2011, 48008/08, *Mosley/UK*.

129 EHRM (GC) 17 december 2004, 49017/99, *Pedersen & Baadsgaard/Denmark*.

130 EHRM 22 oktober 2007, 21279/02, *Lindon, Otchakovskiy-Laurens & July/France*.

131 EHRM (GC) 17 december 2004, 33348/96, *Cumpăniă & Mazăre/Romania*.

132 EHRM 6 april 2010, 45130/06, *Ruokanen and others/Finland*.

133 EHRM (GC) 17 december 2004, 49017/99, *Pedersen & Baadsgaard/Denmark*.

134 EHRM 19 september 2006, 42435/02, *White/Sweden*.

135 EHRM 15 februari 2007, 19997/02, *Boldea/Roumenie, Mediaforum 2007-6*, nr. 6 m.nt. D. Voorhoof.

136 EHRM 27 mei 2003, 43425/98, *Skalka/Poland*.

137 EHRM 6 mei 2010, 36551/04, *Brunet le Compte/France*.

138 EHRM 31 mei 2011, 5995/06, *Sabanovic/Montenegro & Serbia*.

139 EHRM 4 april 2006, 33352/02, *Keller/Hungary*.

140 EHRM 15 maart 2011, 2034/07, *Otegi Mondragon/Espagne*.

141 EHRM 22 februari 2005, 35839/97, *Pakdemirli/Turkey*.

142 EHRM 11 januari 2011, 4035/08, *Barata Monteiro da Costa Nogueira and Patricia Pereira/Portugal*.

143 EHRM 14 maart 2002, 46833/99, *Diego Nafra/Spain*.

144 EHRM 8 december 2009, 28389/06, *Aguilera Jiménez e.a./Espagne, Mediaforum 2010-2*, nr. 4 m.nt. D. Voorhoof.

145 EHRM 15 december 2009, 25464/05, *Gavriliuici/Moldova*; vgl. ook EHRM 25 februari 2010, 13290/07, *Renaud/France*.

146 EHRM 11 februari 2010, 49330/07, *Alfantakis/Grèce*. Vgl. ook EHRM 4 december 2003, 35071/98, *Gündüz/Turkey*.

147 EHRM 30 maart 2010, 20928/05, *Petrenco/Moldova*.

148 EHRM 29 november 2005, 75088/01, *Urbino Rodrigues/Spain*.

149 EHRM 25 januari 2007, 68354/01, *Vereinigung Bildender Künstler/Austria*.

150 EHRM 17 juli 2007, 28949/03, *Sanocki/Poland*.

151 De zaak *Pfeifer*, die reeds uiteengezet is, kan als illustratie dienen.

Wie doet de uitlating

Wie de uitlating doet, is ook relevant. Het Hof lijkt een aantal personen een bijzondere status toe te kennen. Die passeren hieronder de revue. De meeste aandacht is er uiteraard voor de pers en daarna voor politici.

Pers en journalistieke zorgvuldigheid

Al vanaf de *Sunday Times*-zaak laat het Hof de publieke taak van de pers sterk meetellen,¹⁵² mede vanwege het 'recht op informatie' van het publiek.¹⁵³ In zaken als *Lingens* en *Spycatcher*¹⁵⁴ wijst het Hof eveneens op de mogelijkheid dat de pers als public watchdog optreedt en daarmee op haar maatschappelijke functie. Het Hof heeft overigens erkend dat bijvoorbeeld ook verenigingen, die zich sterk maken voor de bescherming van het milieu, of actiegroepen, die de praktijken van McDonald's bekritisieren, een rol als public watchdog kunnen hebben.¹⁵⁵

De pers voedt onder meer de meningsvorming van het publiek over houding en opvattingen van politieke leiders.¹⁵⁶ Daarbij kiest zij zelf de aangewezen publicatievorm als bijvoorbeeld het publiceren van een interview.¹⁵⁷ In de journalistieke vrijheid ligt bovendien de mogelijkheid besloten om te overdrijven of te provoceren.¹⁵⁸ Een bijkomend punt is nog dat nieuws een 'perishable commodity' is en de pers daarom vaak snel zal moeten kunnen publiceren.¹⁵⁹ De conclusie is dan ook voor een inmenging in de persvrijheid een buitengewoon goede reden dient te zijn.

Daar staat tegenover dat het EHRM ervan uitgaat dat de pers op een verantwoordelijke wijze gebruik maakt van haar vrijheid. Het Hof heeft meermalen naar de journalistieke ethiek verwezen.¹⁶⁰ Ook journalistieke codes¹⁶¹ kunnen betrokken worden bij de afweging of een beperking van de persvrijheid als noodzakelijk in een democratische samenleving kan worden beschouwd. Deze normen hebben volgens het Hof in de huidige informatie samenleving een toenemend belang.¹⁶²

Journalistiekezorgvuldigheid moet voor accurate en betrouwbare berichtgeving zorgen,¹⁶³ in het bijzonder wanneer de pers beschuldigingen uit.¹⁶⁴ Die zullen een duidelijke basis moeten hebben. Deze eis kan waarschijnlijk enigszins worden afgezwakt wanneer uit de berichtgeving duidelijk blijkt dat het om geruchten gaat.¹⁶⁵ Uiteraard is het ook weer relevant over wie wordt bericht.¹⁶⁶ Het is echter niet simpel op grond van de jurisprudentie een duidelijke grens te trekken.

Het publiceren van een gerucht dat burgemeester had samengewerkt met de Securitate mocht gebaseerd worden op verklaringen van twee getuigen.¹⁶⁷ Een medicus mocht beschuldigd worden van het trachten afdwingen van seksuele gunsten van een stagiaire op grond van een officiële verklaring van het slachtoffer.¹⁶⁸ Daarentegen was een sanctie naar aanleiding van het betichten van één van de honkballers van het Finse kampioensteam van een verkrachting, op grond van een verklaring van het anonieme slachtoffer en twee anonieme getuigen acceptabel.¹⁶⁹ De mening van twee volksvertegenwoordigers en de informatie in een boek kon evenmin als voldoende grondslag worden beschouwd voor de aantijging dat bepaalde lieden zich op oneigenlijke verrijkt hadden door de kredietcrisis.¹⁷⁰

Een krant mocht daarentegen wel weer op grond van door een anonieme bron geleverde diskettes berichten over de betrokkenheid van de vrouw van een hoge rechter bij illegale transacties, mede omdat de gegevens waren gecheckt bij de accountant van het bedrijf in kwestie. Ook speelde een rol dat de ontkenning door de vrouw deel uitmaakte van het artikel.¹⁷¹ Meer in het algemeen kan het van belang zijn of de beschuldigingen aan het betreffende individu heeft voorgelegd zijn en deze de mogelijkheid van een weerwoord is geboden.¹⁷² Bij interviews kan het als een vorm van zorgvuldigheid worden beschouwd om de concepttekst eerst aan de geïnterviewde voor te leggen. Het strafrechtelijk sanctioneren van het niet laten autoriseren van citaten is echter weer een stap te ver.¹⁷³

Neemt de pers berichten over uit andere bronnen dan zal zij deze bronnen niet alleen accuraat moeten weergeven¹⁷⁴ maar er allereerst op moeten letten of deze betrouwbaar zijn. Zo mag de pers zich in beginsel laten leiden door de inhoud van een rapport van de overheid, bijvoorbeeld over misstanden bij de jacht op zeehonden. Ook mag ze zich baseren op een onderzoeksrapport van een gerenommeerde instelling over de internationale drughandel, zonder dat zij zelf de feiten nog eens hoeft te checken.¹⁷⁵ Een persbericht van een politieke partij kan uiteraard minder snel als een gezaghebbende bron worden beschouwd.¹⁷⁶

Op grond van de jurisprudentie is het moeilijk in het algemeen aan te geven welke grondslag voor een bepaalde aantijging voldoende is. Tegelijkertijd lijkt de appreciatiemarge veelal niet groot. Voorbeelden van schendingen van artikel 10 EHRM zijn er dan ook volop. Omgekeerd is het ook mogelijk dat het Hof naar aanleiding van een klacht op grond van artikel 8 EVRM vaststelt dat de nationale rechter een publicatie onrechtmatig had moeten oordelen omdat de grondslag voor een beschuldiging onvoldoende stevig was.¹⁷⁷

152 EHRM 26 april 1979, 6538/74, *Sunday Times/UK*.

153 Alkema in noot bij EHRM 8 juli 1986, 9815/82, *Lingens/Austria*.

154 EHRM 8 juli 1986, 9815/82, *Lingens/Austria*, resp. EHRM 26 november 1991, 13585/88, *Observer and Guardian/UK*.

155 Resp. EHRM 27 mei 2004, 57829/00, *Vides Aizsardzibas Klubs/Latvia, Mediaforum* 2004-9, nr. 30 m.nt. A.J. Nieuwenhuis, en EHRM 15 februari 2005, 68416/02, *Steel & Morris/UK*.

156 Resp. EHRM 25 maart 1985, 8734/79, *Barthold/Germany* en EHRM 8 juli 1986, 9815/82, *Lingens/Austria*.

157 EHRM 23 september 1994, 15890/89, *Jersild/Denmark*.

158 EHRM 26 april 1995, Prager & Oberschlick/Austria; EHRM 14 juni 2011, *Aquilina a.o./Malte*.

159 EHRM 26 november 1991, 13585/88, *Observer and Guardian/UK*.

160 O.a. EHRM 20 mei 1999, 21980/93, *Bladet Tromsø/Norway*, EHRM 29 maart 2001, 38432/97, *Thoma/Luxembourg*, EHRM 17 december 2004, 49017/99, *Pedersen & Baadsgaard/Denmark*.

161 EHRM 10 februari 2009, 3514/02, *Eerikainen/Finland*.

162 EHRM (GC) 10 december 2007, 69698/01, *Stoll/Zwitserland*.

163 EHRM (GC) 17 december 2004, 33348/96, *Cumpănă & Mazăre/Romania*.

164 EHRM (GC) 17 december 2004, 49017/99, *Pedersen & Baadsgaard/Denmark*.

165 EHRM 24 november 2009, 25367/05, *Flux/Moldova* (no.7).

166 O.a. EHRM 19 september 2006, 42435/02, *White/Sweden*.

167 EHRM 24 november 2009, 4637/02, *Ieremiev/Romania* (no.2).

168 EHRM 24 november 2009, 4637/02, *Ieremiev/Romania* (no.1).

169 EHRM 6 april 2010, 45130/06, *Ruokanen en others/Finland*.

170 EHRM 14 februari 2008, 36207/03, *Rumyana Ivanova/Bulgaria*.

171 EHRM 21 september 2010, 34147/06, *Polanco Torres & Movilla Torres/Espagne*.

172 EHRM 2 mei 2000, 26132/95, *Bergens Tidende/Norway*; EHRM 29 juli 2008, 22824/04, *Flux/Moldova*(6).

173 EHRM 5 juli 2010, 18990/05, *Wizerkaniuk/Poland*.

174 EHRM 2 mei 2000, 26132/95, *Bergens Tidende/Norway*.

175 Resp. EHRM 20 mei 1999, 21980/93, *Bladet Tromsø/Norway* en EHRM 25 juni 2002, 51279/99, *Colombani/France*.

176 EHRM 22 februari 2007, 21277/05, *Standard Verlagsgesellschaft MbH/Austria* (2).

177 EHRM 30 maart 2010, 20928/05, *Petresco/Moldavia* kan als voorbeeld worden beschouwd.

Politici en hun verantwoordelijkheid

Een tweede categorie personen die een aparte positie lijkt in te nemen zijn politici en in het bijzonder volksvertegenwoordigers. Misschien nog meer dan de pers hoort een volksvertegenwoordiger – van de oppositie – de ruimte te hebben om deel te nemen aan de maatschappelijke discussie en om kritiek op de regering uit te oefenen.¹⁷⁸ Dat ligt in het hart van de democratische samenleving, zeker ook wanneer een volksvertegenwoordiger ervoor kiest zijn uitlatingen in een vergadering van het vertegenwoordigend orgaan te doen.¹⁷⁹ Daarmee is overigens niet gezegd dat de vrijheid van meningsuiting van een volksvertegenwoordiger niet beperkt zou kunnen worden.¹⁸⁰

Het Hof lijkt daarbij aan politici soms tegelijkertijd een speciale verantwoordelijkheid toe te schrijven. Dat is zeker het geval indien het gaat om politieke gezagdragers als een burgemeester.¹⁸¹ De overwegingen betreffende leden van het parlement zijn enigszins anders van aard. Het EHRM lijkt vooral mee te wegen dat politici er *qualitate qua* op gericht zijn om aanhang te verwerven en zich daarom van de effecten van hun woorden bewust moeten zijn.¹⁸² Bovendien moeten zij bij uitstek rekening houden met de uitgangspunten van de democratie, omdat zij op macht uit zijn.¹⁸³ Deze specifieke verantwoordelijkheid van politici, niet zijnde gezagdragers lijkt met name te zien op uitlatingen die bijvoorbeeld als haatzaaien gekwalificeerd kunnen worden een minder op het gebruik van stevige bewoordingen ten aanzien van politieke tegenstanders. Eerder is al beschreven dat een politicus ook vrijuit moeten kunnen reageren op berichtgeving die hem op de korrel neemt. Anders zou er geen sprake zijn van equality of arms. Ook hier geldt weer dat bepaalde grenzen niet overschreden mogen worden.¹⁸⁴

Ambtenaren

Ambtenaren nemen een positie in die bepaalde beperkingen van de uitingenvrijheid eerder kan rechtvaardigen. Het Hof gaat ervan uit dat de verplichting voor een ambtenaar om zich in het openbaar betrekkelijk neutraal op te stellen niet perse in strijd is met artikel 10 EVRM.¹⁸⁵ De speciale verantwoordelijkheid van ambtenaren betekent overigens niet dat het sanctioneren van een klokkenluidende ambtenaar, steeds in overeenstemming is met art. 10 EVRM. Het Hof heeft in dezen een aantal factoren op een rij gezet: heeft de klokkenluider zich eerst tot zijn meerderen of een aangewezen instantie gewend, welk openbaar belang is in het geding, is de informatie ‘echt’, in hoe-

verre is het openbaar gezag geschaad, heeft de ambtenaar te goeder trouw gehandeld en welke sanctie is opgelegd?¹⁸⁶

Advocaten

Advocaten, die in de media de belangen van een cliënt behartigen, moeten een voldoende mate van vrijheid van meningsuiting hebben.¹⁸⁷ Tegelijkertijd is het Hof van oordeel dat een advocaat niet al te snel aantijgingen in de media moet doen om zodoende de verdediging van zijn cliënt buiten de rechtszaal om te voeren.¹⁸⁸ Een optreden in de media is echter begrijpelijk indien een zaak al gereede belangstelling van het publiek heeft getrokken.¹⁸⁹ Uit de functie van advocaat kan wel een zekere plicht tot gematigdheid worden afgeleid.¹⁹⁰ Hij moet zich in de media discreet, eerlijk en waardig gedragen.¹⁹¹

Aard en hoogte van de sanctie

Bij het oordeel over de afweging tussen persvrijheid en privacy wordt tevens de aard en zwaarte van de opgelegde sanctie in rekening gebracht. Het Hof kijkt bijvoorbeeld zeer nauwlettend naar preventieve beperkingen, niet alleen bij persorganen,¹⁹² maar ook bij boeken.¹⁹³

Relevant is ook het verschil tussen een strafrechtelijke en een civielrechtelijke sanctie. Het Hof acht eerstgenoemde sancties in het algemeen ingrijpender van aard¹⁹⁴ en gaat er daarom van uit dat strafsancities wegens uitlatingen alleen in bijzondere gevallen stroken met artikel 10 EVRM, bijvoorbeeld indien de fundamentele rechten van anderen ernstig zijn geschaad.¹⁹⁵

In sommige zaken is strafrechtelijk ingrijpen dan ook per definitie disproportioneel. Een voorbeeld is de zaak *Kanellopoulou*. Een vrouw had eerst een borstverkleining met de nodige complicaties en daarna een borstverwijdering met de nodige complicaties ondergaan. Zij had in de media stevige kritiek op de betrokken chirurg geleverd en daarbij termen als ‘bloedbad’ niet geschuwd. Het Hof wijst op het feit dat de vrouw haar leed, wanhoop en onmacht had geuit.¹⁹⁶ Men kan zich uiteraard de vraag stellen of omgekeerd niet bepaalde uitlatingen een dermate grote inbreuk op het recht op respect voor het privé-leven maken dat juist een strafrechtelijke vervolging geboden is.¹⁹⁷ De zaak *K.U./Finland* zou in die richting kunnen wijzen.¹⁹⁸

In het algemeen is een strafrechtelijke sanctie wegens smaad overigens niet uitgesloten.¹⁹⁹ De aard van de opgelegde straf is

178 EHRM 23 april 1992, 11798/85, *Castells/Espagne*.

179 EHRM 2 februari 2010, 571/04, *Kubaszewski/Poland*.

180 Zie EHRM 13 mei 2004, 74245/01, *Öllinger/Austria* (dec.) en EHRM 4 april 2006, 33352/02, *Keller/Hungary* (dec.).

181 Het oordeel in het arrest *Karatepe/Turquie* is daar mede op gebaseerd: EHRM 31 juli 2007, 41551/98, *Karatepe/Turquie*.

182 EHRM 6 oktober 2006, 59405/00, *Erbakan/Turquie*.

183 EHRM 16 juli 2009, 15615/07, *Féret/Belgique*, *Mediaforum* 2009-10, nr. 29 m.nt. D.Voorhoof; uit deze zaak blijkt overigens dat er binnen het Hof verschil van mening bestaat over welke grenzen aan de vrijheid van meningsuiting van politici gesteld kunnen worden.

184 EHRM 21 maart 2000, 24773/94, *Wabl/Austria*.

185 EHRM 2 september 1998, 22954/93, *Ahmed a.o./UK*; EHRM 20 mei 1999, 25390/04, *Rekvenyi/Hungary*.

186 EHRM (GC) 12 februari 2008, 14277/04, *Guja/Moldova*.

187 O.a. EHRM 21 maart 2002, 31611/96, *Nikula/Finland*; EHRM 29 maart 2011, 1529/08, *Gouveia Gomes and Freitas e Costa/Portugal*.

188 EHRM 20 mei 1998, 25405/04, *Schöpfer/Switzerland*.

189 Vgl. EHRM 2 februari 2010, 49330/07, *Alfantakis/Grèce*.

190 EHRM 24 januari 2008, 17155/03, *Coutant/France*.

191 EHRM 30 november 2006, 10807/04, *Veraart/NL*, *Mediaforum* 2007-2, nr. 4.

192 EHRM 26 november 1991, 13585/88, *Observer & Guardian/UK*. Vgl. ook EHRM 10 mei 2011, 48009/08, *Mosley/UK* en EHRM 7 december 2010, 10734/05, *Mackay and BBC Scotland/UK*.

194 EHRM 18 mei 2004, 58148/00, *Éditions Plon/France*: ‘dangers inherent in prior restraint are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court’.

194 Overweging bijv. al in EHRM 23 september 1998, 24662/94, *Lehideux & Isornii/France*, zie ook concurring in EHRM 24 februari 2009, 23806/03, *Dlugolecki/Poland*.

195 EHRM 15 december 2009, 25464/05, *Gavriloici/Moldava*, onder verwijzing naar EHRM (GC) 17 december 2004, 33348/96, *Cumpăna and Mazare/Romania*, daar ook de toevoeging zoals bij hate speech.

196 EHRM 11 oktober 2007, 28504/05, *Kanellopoulou/Greece*; vgl. ook *Gavriloici*, vorige noot.

197 Ten aanzien van bepaalde gedragingen die inbreuk maken op het recht op bescherming van het privé-leven is dat zonder meer het geval, bijv. EHRM 26 maart 1985, 8978/80, *X & Y/NL*.

198 EHRM 2 december 2008, 2872/02, *K.U./Finland*, *Mediaforum* 2009-2, nr. 4 m.nt. A.H. Ekker.

daarbij wel weer relevant. Het Hof gaat ervan uit dat het opleggen van gevangenisstraf wegens een uitlating gedaan in de context van het publiek debat slechts in uitzonderlijke omstandigheden met art. 10 EVRM verenigbaar is.²⁰⁰ Het Hof heeft in dit kader gerefereerd aan de resolutie van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa (Resolution 1577 (2007)) die de lidstaten oproept om gevangenisstraf voor smaad af te schaffen, onder meer wegens het intimiderend effect ervan. Ook in de jurisprudentie zijn de nodige overwegingen gewijd aan het ‘chilling effect’ van een mogelijke gevangenisstraf. Het Hof acht deze eerder gerechtvaardigd bij het zaaien van haat en het oproepen tot geweld dan bij smaad.²⁰¹ Een jaar gevangenisstraf wegens belediging van het staatshoofd is in elk geval disproportioneel.²⁰²

De overwegingen van het Hof betekenen overigens niet dat andere strafrechtelijke sancties dan gevangenisstraf, steeds toelaatbaar zijn. Ook boetes kunnen een chilling effect hebben en zo hoog zijn dat een inmenging daardoor disproportioneel is,²⁰³ afgezet tegen de ernst van de inbreuk op het recht op respect voor het privé-leven. Een voorbeeld is een boete van enkele tienduizenden euro’s bij een betrekkelijk lichte inmenging in het privé-leven.²⁰⁴

Civielrechtelijke sancties verschillen evenzeer in zwaarte. Een veroordeling tot het opnemen van een verklaring, dat een bepaalde publicatie inbreuk heeft gemaakt op de privacy, acht het Hof niet een zeer vergaande maatregel. Daarbij is van belang dat de maatregel volgens het Hof in beginsel geen chilling effect heeft.²⁰⁵ Ook de verplichting tot het plaatsen van een rectificatie wordt door het Hof niet als een vergaande inmenging in de vrijheid van meningsuiting gezien.²⁰⁶

Dat ligt anders bij (zeer) hoge schadevergoedingen. Het Hof heeft meermalen overwogen dat juist de hoogte van de toegewezen schadevergoeding de beperking disproportioneel maakte.²⁰⁷ Wegens het chilling effect ervan dient een rechtssysteem dan ook waarborgen te bevatten tegen het opleggen van excessieve schadevergoedingen.²⁰⁸ Bescheiden schadevergoedingen zijn uiteraard minder bezwaarlijk.²⁰⁹ Om de hoogte van een schadevergoeding juist te kunnen inschatten, nu de levensstandaard per lidstaat uiteenloopt, vraagt het Hof zich wel af hoeveel gemiddelde maandsalarissen de vergoeding bedraagt.²¹⁰

Het Hof heeft overigens ook over andersoortige maatregelen moeten oordelen. Het schrappen van een advocaat van het tableau moet als een zware sanctie worden aangemerkt.²¹¹ In *Fuentes Bobo* kwam het Hof tot de conclusie dat het ontslag van een werknemer van een Spaanse omroeporganisatie wegens uitlatingen, waardoor zijn superieuren in hun eer en goede naam aangetast werden, disproportioneel was, gezien ook het feit dat de uitlating zag op het omroepbeleid, een zaak van

algemeen belang.²¹² In *Palomo Sánchez* oordeelt het Hof daarentegen dat het ontslag – wegens de publicatie van een kwetsende cartoon – niet disproportioneel was. Men kan zich daarbij afvragen hoe het Hof de zwaarte van de sanctie ‘ontslag’ precies heeft ingeschat.²¹³

Uit het bovenstaande blijkt overduidelijk dat een relatief hoge schadevergoeding ertoe kan leiden dat het Hof de inmenging in de persvrijheid disproportioneel acht. De nationale rechter moet dus enige terughoudendheid betrachten. Moet hij nu ook oppassen dat hij een te lage vergoeding toekent? Het antwoord op die vraag luidt bevestigend. De zaak *Armoniene* zag op een publicatie waarin over twee gewone burgers was bericht dat zij hiv-positief waren en dat zij er een promiscue levensstijl op na hielden. De nationale rechter had hun slechts een bescheiden schadevergoeding toegewezen. Het EHRM oordeelde dat Litouwen zijn positieve verplichting op grond van artikel 8 EVRM had geschonden nu deze vergoeding disproportioneel laag was, gezien ook het feit dat de publicatie in het dorpje, waar de betreffende burgers woonden, geacht kon worden een zeer grote impact te hebben.²¹⁴

Conclusie

Het Hof in Straatsburg krijgt regelmatig klachten over een verkeerde afweging tussen de persvrijheid en het recht op respect voor het privé-leven. Deze klachten zijn van oudsher vooral afkomstig van persorganen en andere publicisten die stellen dat de persvrijheid te weinig recht is gedaan en artikel 10 EVRM is geschonden. Gaandeweg is het Hof echter vaker ook klachten gaan behandelen, die erop neerkomen dat de staat zijn positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM heeft geschonden omdat het recht op respect voor het privé-leven te weinig bescherming heeft gekregen.

Het Hof gaat ervan uit dat geen van beide rechten een voorkeurspositie inneemt en dat er een fair balance getroffen moet worden tussen beide belangen. Bij de beantwoording van deze vraag let het Hof op een aantal factoren; enkele belangrijke factoren zijn hier de revue gepasseerd. In veel gevallen zal de toepassing van dergelijke factoren weinig problemen opleveren. Een discussie over het buitenlands beleid vormt onderdeel van het maatschappelijk debat, een beschuldiging van moord is ernstiger dan een aantijging van fout parkeren, een gevangenisstraf wegens een publicatie, die een lichte inbreuk op de privacy maakt, is steeds disproportioneel. In andere gevallen is die beoordeling moeilijker. Wanneer zijn verhalen die vooral zien op persoonlijke relaties nog als achtergrondinformatie bij de verkiezingen te beschouwen? Moet een topman van een bedrijf in het algemeen meer dulden of alleen als de betreffende informatie – direct of indirect – met zijn functie te maken heeft? Op welk moment gaan waardeoordelen over in feitelijke bericht-

199 EHRM (GC) 22 oktober 2007, 21279/02, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July/France*.

200 EHRM (GC) 17 december 2004, 33348/96, *Cumpana and Mazare/Romania*; EHRM 12 oktober 2010, 184/06, *Saaristo and others/Finland*.

201 Uit de jurisprudentie van het Hof kan mijns inziens overigens niet met zekerheid opgemaakt worden dat het in het openbaar beschuldigen van een gewone burger van ernstige misdrijven nooit met een gevangenisstraf gesanctioneerd zou kunnen worden. Die uitlating hoeft geen deel uit te maken van het maatschappelijk debat en het recht op respect voor het privé-leven wordt hier bovendien nog versterkt door het onschuldbeginsel dat ook een verdragsrechtelijke status heeft.

202 EHRM 15 maart 2011, 2034/07, *Otegi Mondragon/Espagne*.

203 EHRM 12 oktober 2010, 184/06, *Saaristo a.o./Finland*.

204 EHRM 16 november 2004, 53678/00, *Karhuvaara & Iltalehti/Finland*.

205 EHRM 14 juni 2007, 12268/03, *Hachette Filipacchi Associés/France (ici Paris)*.

206 EHRM 4 april 2006, 33352/02, *Keller/Hungary*.

207 O.a. EHRM 13 juli 1995, 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky/UK*; EHRM 19 april 2004, 22385/03, *Kasabova/Bulgaria*; EHRM 7 december 2010, 39324/07, *Publico-Comunicacao Social S.A. e.a./Portugal*; zie ook *Mgn/UK*.

208 EHRM 16 juni 2005, 55120/00, *Independent News and Media/Ireland*.

209 EHRM 4 april 2006, 33352/02, *Keller/Hungary* (dec.).

210 EHRM 2 maart 2010, 26732/03, *Antica & la Societé ‘R’/Roumanie*; EHRM 19 april 2011, 22385/03, *Kasabova/Bulgaria*.

211 EHRM 3 februari 2011, 8921/05, *Igor Kabanov/Russia*.

212 EHRM 29 februari 2000, 39293/98, *Fuentes Bobo/Spain*.

213 EHRM (GC) 12 september 2011, 28955/06, *Palomo Sánchez a.o./Spain*, zie elders in dit nummer m.nt. D. Griffiths.

214 EHRM 25 november 2008, 36919/02, *Armoniene/Lithuania*.

geving? Wat is een voldoende basis voor de pers voor het uiten van een beschuldiging?

Zeker op deze punten is niet makkelijk duidelijke aanwijzingen uit de jurisprudentie van het EHRM te destilleren. Dat heeft in de eerste plaats te maken met de complexiteit van de verschillende casus, waaruit zich niet simpelweg meer algemene uitgangspunten laten afleiden. Ook het Hof zelf wil uitdrukkelijk alle omstandigheden van het concrete geval in rekening kunnen brengen. In de tweede plaats leven er in het Hof verschillende ideeën over de wijze waarop persvrijheid en privacy moeten worden afgewogen, zoals blijkt uit de nodige dissenting opinions. In de derde plaats is de jurisprudentie niet zonder meer consistent.

Daardoor zit de nationale rechter soms in een lastig parket. Zijn eigen afweging van persvrijheid en het respect voor het privé-leven zal immers binnen het door het EHRM gegeven kader moeten blijven. Vóór de ontwikkeling van de positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM was zijn oordeel in beginsel in overeenstemming met het verdrag als hij de persvrijheid een gereede bescherming bood. Nu zal hij moeten laveren tussen te weinig en te veel bescherming. Uit de in het betoog gegeven voorbeelden blijkt dat de nationale rechter misstappen maakt, die niet geheel onbegrijpelijk zijn. En wanneer de nationale rechter zich al voor beoordelingsproblemen gesteld ziet, weet een publicist, die zich afvraagt in hoeverre een publicatie geoorloofd is, evenmin precies waar hij aan toe is.

Hoe zouden de problemen voor de nationale rechter enigszins verzacht kunnen worden? Het Hof zou vaker wat algemener aanwijzingen in zijn arresten kunnen opnemen. Zo had het bijvoorbeeld duidelijker kunnen aangeven in welke opzichten captains of industry meer moeten dulden dan gewone burgers. Veel meer kan men in dit opzicht overigens niet verwachten: een beslisboom, op grond waarvan bepaalde vaststellingen (maatschappelijk debat ja/nee, politicus/ander public figure/gewone burger, etc) vrijwel automatisch tot een bepaald oordeel leiden, strookt niet met de sterk casuïstische benadering van het Hof.

Een uitzondering geldt hier wellicht voor het nader afbakenen van de reikwijdte van artikel 8 EVRM. Uit het in de inleiding genoemde arrest Karako blijkt immers dat uitlatingen

over het publieke functioneren van een politicus, die alleen zijn reputatie aantasten, op zichzelf nog niet het recht op respect voor het privé-leven raken. Een klacht gebaseerd op de positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM is in zo'n geval dus niet mogelijk. Het is overigens geen sinecure om in te schatten wanneer een aantasting van de reputatie overgaat in een aantasting van de persoonlijke integriteit.

De nationale rechter zou voorts gediend kunnen zijn met een zekere appreciatiemarge. Er is echter al beschreven dat het Hof ook op dit punt niet steeds klare wijn schenkt. Vrij algemene overwegingen over het bestaan van een marge voor de nationale autoriteiten gaan in sommige gevallen gepaard met een vrijwel integraal oordeel over de zaak.

Ten aanzien van bijdragen aan het maatschappelijke en politieke debat ligt het niet voor de hand om de nationale autoriteiten bij de afweging van persvrijheid en respect voor het privé-leven een grote marge te laten. Gezien het belang voor de democratische meningsvorming dienen beperkingen strikt beoordeeld te worden. Ziet de klacht op grond van artikel 10 EVRM niet op een beperking van het maatschappelijk debat, dan is een appreciatiemarge eerder op zijn plaats. Het Hof blijft ook dan wel 'supervisor'. Een extreem hoge schadevergoeding bijvoorbeeld kan nog steeds in strijd zijn met het verdrag.

Bij een klacht op grond van artikel 8 EVRM valt ook te onderscheiden in een gebrek aan bescherming tegen ernstige en minder ernstige inbreuken op het respect voor privé-leven. Worden bijvoorbeeld gevoelige medische gegevens gepubliceerd, dan ligt het toekennen van een ruime marge veel minder voor de hand dan bij een relatief kleine inmenging in het privé-leven.

Deze aanpak lost overigens zeker niet alle problemen op. Het verschil in beoordeling ziet namelijk soms op de vraag óf een uitlating als een bijdrage aan het maatschappelijk debat is te beschouwen of niet. In andere zaken hangt de ernst van de inbreuk op het respect voor het privé-leven af van het antwoord op de vraag of een uitlating als feitelijke berichtgeving of als waardeoordeel begrepen moet worden; ook daarover kunnen de opvattingen uiteenlopen. Bovendien zijn er ook zaken, waarin een bijdrage aan het maatschappelijk debat tegelijkertijd een substantiële inbreuk maakt op het respect voor het privé-leven. Het EHRM zal dan bij uitstek zelf als scherprechter op dienen te treden.