

# Private communicatiemacht- hebbers en onze uitingsvrijheid

Wetenschap

Rien Broekstra\*

***De ontwikkelingen op het gebied van internet en social media bieden aan iedereen ongekennde nieuwe kansen op het gebied van de uitingvrijheid. Er is echter een keerzijde: de ontwikkelingen maken ook nieuwe vormen van censuur mogelijk. Censuur bovendien die niet door de overheid, maar juist door private partijen kan plaatsvinden. Moet de overheid hiertegen ingrijpen? In deze bijdrage analyseer ik de EHRM-rechtspraak omtrent positieve verplichtingen voortvloeiend uit artikel 10 EVRM, en verken ik hoe staten een dergelijke verplichting kunnen invullen.***

In augustus 2014 werd een omstreden video de wijde wereld ingestuurd, waarin te zien was hoe journalist James Foley door vermeende moslimextremisten werd onthoofd. In de hele wereld is geschokt gereageerd: de Britse overheid deed een bericht uitgaan dat het bekijken en verspreiden van de video een overtreding is van de Britse terrorismewetgeving. YouTube en Twitter hebben exemplaren van de video van hun platforms verwijderd en ontzeggen de toegang aan gebruikers die hem opnieuw plaatsen. Beide reacties beperken de uitings- c.q. ontvangstvrijheid van hen die de video willen delen of zien. Echter, waar acties zoals die van de Britse overheid bij de rechter kunnen worden getoetst aan het EVRM, is het nog maar de vraag of dat bij acties van YouTube en Twitter óók mogelijk is.

Ik noem partijen als YouTube en Twitter *communicatiemachthebbers*: partijen met een aanzienlijke feitelijke macht om de uitingvrijheid van anderen te beperken. Hun macht is van een andere aard dan die van de staat: zij komt niet voort uit de regelgevende en uitvoerende bevoegdheden van een soevereine overheid, maar uit de invloed die een communicatiemachthebber heeft op een platform of een techniek met behulp waarvan communicatie plaatsvindt.<sup>1</sup>

Met de ontwikkelingen rondom internet is er een sterke opkomst van dergelijke communicatiemachthebbers. Dit maakt een discussie over de horizontale werking van de uitingvrijheid relevant. Zonder horizontale werking hebben communicatiemachthebbers immers de mogelijkheid om de communicatie via hun platform of techniek naar believen te beperken, zonder dat grondrechten van hun gebruikers hieraan in de weg staan. Als hun platform maar groot genoeg is, kan die beperking aanzienlijk zijn. Dat werpt de vraag op of het voor een effectief recht op vrijheid van meningsuiting van een ieder eigenlijk wel relevant is of een beperking van een overheid of van een private partij afkomstig is: is er wel een goede reden om uit grondrechten voortvloeiende vrijheden wél te beschermen tegen invloed van de staat, maar niet tegen de invloed van anderen?

De verdragstekst van het EVRM (verder: het Verdrag) is wat dat betreft duidelijk. Artikel 10 garandeert het recht op vrijheid van meningsuiting *zonder inmenging van enig openbaar gezag* en beschermt daarom in beginsel niet tegen inmengingen door anderen dan de overheid.<sup>2</sup> Ook uit andere bepalingen blijkt dat de nadruk van het Verdrag ligt op de bescherming tegen overheden.<sup>3</sup> Wel heeft het EHRM (verder: het Hof) al enige decen-

\* Mr. ir. R. Broekstra is advocaat te Amsterdam (Brinkhof). Dit artikel is een bewerking van zijn masterscriptie: R. Broekstra, *Uitingvrijheid op internet: reguleren van communicatiemachthebbers op grond van het EVRM* (masterscriptie Universiteit van Amsterdam), 2014, <http://dare.uva.nl/scriptie/482019>, beschikbaar 5 december 2014.

1 Ik lijk met deze definitie wellicht te weinig recht te doen aan de faciliterende, juist positieve rol die communicatiemachthebbers veelal spelen met betrekking tot de uitingvrijheid. Hun macht is immers vaak juist een direct gevolg van het feit dat zij een veel gebruikt communicatieplatform aanbieden. Aangezien de focus van dit artikel echter ligt op beperkingen van de uitingvrijheid door private partijen blijft de promotie van de uitingvrijheid door diezelfde

partijen noodzakelijkerwijs wat onderbelicht.

2 Anders is dit bijvoorbeeld bij art. 19 IVBPR. Er is uitdrukkelijk gekozen om de zinsnede *without government interference* uit het artikel weg te laten, omdat de opstellers zich realiseerden dat private financiële belangen en private controle van de media even schadelijk kunnen zijn voor de uitingvrijheid als overheidsinmenging. Vgl. M. Bossuyt, *Guide to the 'travaux préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1987, p. 385.

3 Vgl. art. 8, tweede lid, EVRM. Vgl. ook art. 34 EVRM, op grond waarvan alleen schendingen van het Verdrag door de Hoge Verdragsluitende Partijen in aanmerking komen voor beoordeling door het Hof.

nia geleden erkend dat de rechten uit het Verdrag een mate van indirecte horizontale werking kunnen hebben door de figuur van *positieve verplichtingen*.<sup>4</sup>

In deze bijdrage zet ik om te beginnen uiteen dat er een aantal positieve verplichtingen bestaan ten aanzien van de uitingsvrijheid: uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat de staat moet garanderen dat individuen hun uitingsvrijheid effectief kunnen uitoefenen, een gunstig klimaat moet bieden voor deelname aan het publieke debat en moet zorgen voor een voldoende divers media-aanbod. Voorts leid ik uit de jurisprudentie van het Hof de criteria af waaronder positieve verplichtingen ontstaan, in het bijzonder in relatie tot artikel 10. Deze criteria pas ik toe op het handelen van communicatiemachthebbers, om te concluderen dat er omstandigheden zijn waaronder dat handelen inderdaad aanleiding geeft tot positieve verplichtingen van de staat. Ik sluit af met een aantal aanbevelingen voor de wijze van invulling van die verplichtingen, gebaseerd op onderzoek van literatuur en analyse van standaarden van het Comité van Ministers van de Raad van Europa.

## Positieve verplichtingen onder art. 10

Het is inmiddels vaste jurisprudentie van het Hof dat het voor de staat niet altijd voldoende is om zich alleen te onthouden van activiteiten die inbreuk maken op fundamentele rechten.<sup>5</sup> In voorkomende gevallen moet de staat het individu beschermen tegen rechtenbeperkende activiteiten van anderen, of zelfs activiteiten ondernemen om uitoefening van een recht beter of makkelijker te maken. In internationaal verband wordt hiervoor wel een tripartiete verdeling in verplichtingen voor de staat gebruikt, waarin elk fundamenteel recht van het individu is gekoppeld aan onthoudings-, beschermings- en realisatieverplichtingen voor de staat (*duties to respect, protect and fulfill*).<sup>6</sup> Het Hof houdt het evenwel bij negatieve en positieve verplichtingen, maar het is duidelijk dat positieve verplichtingen zowel beschermings- als realisatieverplichtingen kunnen inhouden.<sup>7</sup>

Positieve verplichtingen kunnen zich in beginsel voordoen bij de meeste, zo niet alle, materiële verdragsrechten. Het Hof heeft de eerste verplichtingen onderkend in relatie tot art. 8 EVRM.<sup>8</sup> Positieve verplichtingen ter bescherming van uitingsvrijheid

zijn aanmerkelijk recenter: eind jaren 80 en begin jaren 90 formuleerde het Hof voorzichtig een aantal verplichtingen onder artikel 10 betreffende de toegang tot (overheids)informatie<sup>9</sup> en het garanderen van pluralisme in de media.<sup>10</sup> Pas in 2000 kwam het Hof met een meer expliciete positieve verplichting betreffende het recht om inlichtingen en denkbeelden te verstrekken. In *Fuentes Bobo* erkende het Hof dat de staat soms de uitingsvrijheid moet beschermen tegen aantastingen, zelfs als deze van private partijen afkomstig zijn.<sup>11</sup> Kort daarna concludeert het Hof in *Özgür Gündem* dat deze verplichting door de staat geschonden was.<sup>12</sup> Het Hof vindt daarvoor aansluiting bij zijn eerdere positieve verplichtingen uit artikel 8, zowel qua rechtvaardiging als qua methodologie.<sup>13</sup>

In de jurisprudentie van het Hof zijn drie verschillende positieve verplichtingen met betrekking tot artikel 10 te identificeren in de zaken *Özgür Gündem*, *Dink* en *Manole*.<sup>14</sup> *Özgür Gündem* handelde over de gelijknamige Turkse krant gevestigd in Istanbul, die systematisch ernstig werd belaagd door tegenstanders. De overheid grijpt niet in tegen het geweld tegen de krant, ook niet op diens uitdrukkelijk verzoek. Dit stilzitten schendt volgens het Hof een positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 10. *Özgür Gündem* heeft haar uitingsvrijheid niet daadwerkelijk en effectief kunnen benutten en daarom was de staat verplicht om beschermende maatregelen te treffen.<sup>15</sup>

Wat die maatregelen moeten inhouden, schrijft het Hof niet voor. Het enige vereiste is dat zij *adequaats* zijn.<sup>16</sup> Dit is in lijn met het beleid van het Hof om de staten een *margin of appreciation* toe te kennen, en alleen een controlerende rol aan te nemen.<sup>17</sup> De resulterende beschermingsverplichting uit *Özgür Gündem* is inmiddels een aantal keren herhaald door het Hof, onder meer in *Appleby*<sup>18</sup> en *Palomo Sánchez*.<sup>19</sup>

In *Dink* formuleerde het Hof een meer verstrekkende verplichting. Ook hier was sprake van geweld – in casu een moord – tegen een journalist, waarbij de staat een rol had gespeeld bij het in de kijker spelen van Firat Dink bij ultranationalistische groeperingen. Bovendien had de staat niets gedaan met informatie over een op handen zijnde aanslag op Dink. Het Hof heeft weinig moeite om het stilzitten van de staat te beoordelen als een verzaken van de beschermingsverplichtingen voortvloeiend uit artikel 2 en 10 EVRM. Maar het Hof gaat verder: naast een effectief systeem voor de bescherming van auteurs

4 Vgl. EHRM 26 maart 1985, appl. nr. 8978/70 (*X and Y/The Netherlands*) inzake art. 8 EVRM.  
5 Voor een uitgebreide verhandeling over de grondslag en reikwijdte van positieve verplichtingen zie: A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2004; en D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London: Routledge 2012.  
6 H. Shue, *Basic rights. Substinence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton: Princeton University Press 1996, p. 52, die spreekt over de *duty to avoid deprivation*, de *duty to protect from deprivation* en de *duty to aid the deprived*. Binnen VN-verband, zie Report prepared by Mr. A. Eide (1987), *The Right to Food as a Human Right*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1987/23.  
7 D.J. Harris e.a., *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 19.  
8 Vgl. EHRM 13 juni 1979, appl. nr. 6833/74 (*Marckx/Belgium*), r.o. 31, EHRM 9 oktober 1979, appl. nr. 6289/73 (*Airey/Ireland*), r.o. 24-25 en EHRM 26 maart 1985, appl. nr. 8978/70 (*X and Y/The Netherlands*), r.o. 23.  
9 Bijv. EHRM 26 maart 1987, appl. nr. 9248/81 (*Leander/Sweden*).  
10 EHRM 24 november 1993, appl. nr. 13914/88 (*Informationsverein Lentia and others/Austria*).  
11 EHRM 29 februari 2000, appl. nr. 39293/98 (*Fuentes Bobo/Spain*), r.o. 38, *Mediaforum* 2000-9, nr. 52 m.nt. E. Verhulp. In casu was een werknemer ontslagen

na het doen van beledigende uitlatingen aan het adres van zijn werkgever, de Spaanse publieke omroep.  
12 EHRM 16 maart 2000, appl. nr. 23144/93 (*Özgür Gündem/Turkey*), *Mediaforum* 2000-5, nr. 31 m.nt. A.J. Nieuwenhuis.  
13 A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart 2004, p. 195.  
14 Resp. EHRM 16 maart 2000, appl. nr. 23144/93 (*Özgür Gündem/Turkey*) (zie noot 12), EHRM 14 september 2010, appl. nr. 2668/07 (*Dink/Turkey*), *Mediaforum* 2010-10, p. 327 en EHRM 17 september 2009, appl. nr. 13936/02 (*Manole and others/Moldova*), *Mediaforum* 2009-10, p. 367.  
15 EHRM 16 maart 2000, appl. nr. 23144/93 (*Özgür Gündem/Turkey*), r.o. 43 (zie noot 12).  
16 EHRM 16 maart 2000, appl. nr. 23144/93 (*Özgür Gündem/Turkey*), r.o. 71 (zie noot 12).  
17 Minder gelukkig is mijns inziens de invulling van het criterium adequaat in deze context. Of een getroffen maatregel adequaat is, wordt namelijk niet afgemeten aan het resultaat, maar door het *fair-balance*-principe. Vgl. r.o. 43.  
18 EHRM 6 mei 2003, appl. nr. 44306/98 (*Appleby and others/The United Kingdom*), *Mediaforum* 2003-6, p. 199, r.o. 39-40.  
19 EHRM 12 september 2011, appl. nr. 28955/06 (*Palomo Sánchez and others/Spain*), *Mediaforum* 2012-1, nr. 1 m.nt. D. Griffiths, r.o. 58-62.

en journalisten zijn zij ook gehouden een *environnement favorable* (een gunstig klimaat) te scheppen voor deelname aan het publieke debat. Iedereen die dat wil moet zonder angst zijn opinies en ideeën kunnen uiten.<sup>20</sup> Een realisatieverplichting dus. Over hoe dit *environnement favorable* precies gerealiseerd moet worden laat het Hof zich niet uit.

Ik vind wat dat betreft aansluiting bij Price & Krug's 'enabling environment for free and independent media.'<sup>21</sup> Wat betekent een dergelijke interpretatie voor de staat? Price en Krug benadrukken het belang van de *rule of law* voor een enabling environment. De term *rule of law* wordt voor een scala aan betekenissen gebruikt. In het Nederlands kan zij waarschijnlijk het best met *rechtsstatelijkheid* worden vertaald: onder meer toegankelijke, transparante, voorspelbare en eerlijke regels en onpartijdige, onafhankelijke, toegankelijke en effectieve geschilbeslechting zijn daarom voor de realisatie van een enabling environment van belang. Naast eigenschappen van regels en handnavings-systematiek zijn nog culturele aspecten van invloed, zoals de mate van maatschappelijke acceptatie van censuur. Deze voor een enabling environment belangrijke eigenschappen staan met de opkomst van communicatiemachthebbers onder druk. De regels op een privaat communicatieplatform zijn lang niet altijd toegankelijk en transparant en de handhaving is lang niet altijd onpartijdig. Geschilbeslechting kan simpelweg afwezig zijn. Op het gebied van een enabling environment voor de uitingsvrijheid binnen de context van elektronische communicatie is er dus volop ruimte voor verbetering.<sup>22</sup>

Ten slotte wordt er een positieve verplichting geformuleerd in *Manole*. *Manole* handelt over een sterk censuurbeleid van de zittende overheid op de enige televisiezender die landelijk in Moldavië te ontvangen is. Oppositiepartijen worden niet of nauwelijks in beeld gebracht, terwijl er wel uitgebreid aandacht is (in positieve zin) voor de zittende machthebbers. Het Hof constateert dat de audiovisuele media een belangrijke rol spelen voor de vrijheid van meningsuiting en dus voor de democratie. Als er een situatie ontstaat waarin een politieke of economische machthebber een dominante positie in de media krijgt, komt de uitingsvrijheid en daarmee de democratie in gevaar. In *Lentia* had het Hof al bepaald dat de staat de *ultimate guarantor* is van een pluralistisch media-aanbod.<sup>23</sup> Dat hier inderdaad een positieve verplichting uit voortvloeit, maakt het Hof in *Manole* expliciet.<sup>24</sup> Het is aan de staat om te zorgen dat het publiek op een of andere wijze toegang heeft tot onpartijdige berichtgeving. Als er sprake is van een sterke monopoliepositie van een publieke televisiezender, dan moet de staat door middel van wetgeving en handhaving ervoor zorgen dat deze een pluralistisch aanbod levert.<sup>25</sup>

## Toetsingskader

### Proportionaliteit en subsidiariteit

Bij het beoordelen of het handelen of nalaten van de staat noodzakelijk was in een democratische samenleving, is de belangrijkste maatstaf van het Hof die van proportionaliteit: het handelen van de staat moet in redelijke verhouding staan tot het te dienen doel. Het Hof neemt daarbij onder meer in aanmerking hoe andere staten bepaalde problematiek aanpakken (de *comparative method*). Daarnaast is een belangrijke factor het effect van de beperking op het slachtoffer, waarbij aard, duur en ernst van de beperking belangrijke indicatoren vormen.

Specifiek bij zaken aangaande de uitingsvrijheid heeft het Hof voorts aandacht voor de gevolgen die een maatregel kan hebben op anderen. Beperking van de uitingsvrijheid van de één kan leiden tot zelfcensuur bij anderen: een *chilling effect*. De aanwezigheid van een dergelijk *chilling effect* kan bij het Hof bijdragen tot de conclusie dat een maatregel niet proportioneel is.

Een volgend aspect dat van belang is bij de toetsing van de proportionaliteit van een beperking van de uitingsvrijheid op een medium, is de beschikbaarheid van alternatieve media. Wel is het Hof in het recente verleden vrij snel tevreden gebleken met een beschikbaar alternatief.<sup>26</sup> Inmiddels lijkt het de maatstaf wat strenger gemaakt te hebben, door te benadrukken dat alternatieven wel geschikt moeten zijn om van gewicht te zijn in de proportionaliteitstoets. Zo was het verbod om een satellietzender op te hangen een inbreuk op de ontvangstvrijheid van Khursid Mustafa c.s., omdat zij geen andere methode hadden om de televisieprogramma's die via die satelliet werden uitgezonden te ontvangen.<sup>27</sup> Dat zij via andere media wel toegang hadden tot andere bronnen van nieuws en informatie was onvoldoende om de inmenging proportioneel te maken: de beschikbare alternatieven moeten enigszins vergelijkbaar zijn om van gewicht te zijn. Toegang tot alternatieve media is volgens het Hof de sleutel voor de proportionaliteit van een beperking op toegang tot andere mogelijk nuttige media.<sup>28</sup>

Minder aandacht schenkt het Hof aan de subsidiariteitsvraag: de vraag of het handelen van de staat de *minst* beperkende maatregel was die het doel kon bereiken (de '*least restrictive alternative*'). Het HvJ EU is wat dit betreft aanzienlijk strenger.<sup>29</sup> De subsidiariteit van een maatregel komt bij het Hof wel aan de orde in zaken waarin de staat een kleine margin of appreciation wordt gegund. In dergelijke gevallen kan het Hof op grond van het feit dat er een minder ingrijpende maatregel voorhanden is, tot de conclusie komen dat een meer ingrijpende maatregel niet noodzakelijk is in een democratische samenleving.<sup>30</sup>

20 EHRM 14 september 2010, appl. nr. 2668/07 (*Dink/Turkey*), r.o. 137 (zie noot 14).

21 M.E. Price & P. Krug, 'The enabling environment for free and independent media', *Cardozo Law School Public Law Research Paper* 2000.

22 Vgl. T. McGonagle, *How to address current threats to journalism? The Role of the Council of Europe in Protecting Journalists and other Media Actors*, 2013, p. 21.

23 EHRM 24 november 1993, appl. nr. 13914/88 (*Informationsverein Lentia and others/Austria*), r.o. 38.

24 EHRM 17 september 2009, appl. nr. 13936/02 (*Manole and others/Moldova*), r.o. 100 (zie noot 14).

25 Vgl. ook EHRM 8 juni 2012, appl. nr. 38433/09 (*Centro Europa 7 S.R.L & Di Stefano/Italy*), *Mediaforum* 2012-7/8, p. 247, r.o. 134.

26 Vgl. EHRM 11 juli 2000, appl. nr. 38218/97 (*Brook/The United Kingdom*), EHRM 7 november 2000, appl. nr. 44802/98 (*United Christian Broadcasters Ltd./The United Kingdom*) en EHRM 5 november 2002, appl. nr. 38743/97 (*Demuth/Switzerland*).

27 EHRM 16 december 2008, appl. nr. 23883/06 (*Khursid Mustafa and Tarzibachi/Sweden*), r.o. 45.

28 EHRM 22 april 2013, appl. nr. 48876/08 (*Animal Defenders International/The United Kingdom*), r.o. 124.

29 Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002, p. 129.

30 Zie bijv. EHRM 23 april 1992, appl. nr. 11798/85 (*Castells/Spain*), r.o. 46-48.

## De margin of appreciation

Bij het toetsen van een beperking op een verdragsrecht krijgt de staat van het Hof een zekere beoordelingsvrijheid mee.<sup>31</sup> De grootte van deze margin of appreciation is afhankelijk van een groot aantal aspecten. Ik behandel de voor dit artikel meest relevante, te weten de aanwezigheid van een conflict van (verdrags)rechten, de aard van de uiting, het feit of de uiting door de pers (of een daarmee vergelijkbaar instituut) is gedaan, het gebruikte medium en de beschikbaarheid van alternatieven.<sup>32</sup>

Een eerste aspect is de aanwezigheid van een conflict van rechten. Wanneer de staat geconfronteerd wordt met een situatie waarin het twee door het Verdrag beschermde rechten tegen elkaar moet afwegen, krijgt zij in beginsel een zeer ruime *margin* van het Hof.<sup>33</sup> Een uitzondering hierop kan zich voordoen wanneer bij een van de rechten in het geding een kleinere margin van toepassing behoort te zijn, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van zeer intieme aspecten van het privéleven.<sup>34</sup>

Ten tweede wordt de margin beïnvloed door de aard van de uiting. Gezien het feit dat de democratie een van de fundamenteën is van het Verdrag, verdienen uitingen die bijdragen aan het publieke debat grotere bescherming. De margin is daarom kleiner naarmate de uiting die in het geding is meer bijdraagt aan het publieke debat.<sup>35</sup> Aan de andere kant van het spectrum liggen puur commerciële uitingen, zoals reclame. Deze dragen over het algemeen weinig bij aan het publieke debat waardoor aan de staat een grotere beoordelingsmarge kan worden toebedeeld. Dit betekent overigens niet dat commerciële uitingen – zoals het geval is onder de Nederlandse grondwet – aan elke willekeurige beperking kunnen worden onderworpen. Wanneer er sprake is van een uiting die zowel commerciële als niet-commerciële elementen bevat – *hybrid speech* – zal het Hof intensiever toetsen, zeker als de uiting ook een bijdrage levert aan het publieke debat.<sup>36</sup>

Een derde aspect is de vraag of de uiting is gedaan door de pers of een daarmee vergelijkbaar instituut. Van oudsher is de uitingsvrijheid extra belangrijk als het gaat om uitingen van de pers.<sup>37</sup> De pers is de *public watchdog* van de samenleving.<sup>38</sup> Zij heeft als taak om informatie en ideeën te verstrekken in het kader van het publiek debat, en het publiek heeft het recht om deze te ontvangen.<sup>39</sup> Journalisten kunnen daarom, als essentieel ingrediënt voor een functionerende pers, rekenen op een

grotere bescherming van de uitingsvrijheid en een navenant kleinere margin voor de staat. Daarbij lijkt de vraag of iemand daadwerkelijk journalist van beroep is steeds minder beslissend te worden voor de mate van bescherming van zijn of haar uiting. Zo kregen actievoerders van Greenpeace de grotere bescherming van de pers in een smaadzaak tegen McDonald's<sup>40</sup> en werd een instantie die zich inzet voor burgerlijke vrijheden in Hongarije aangemerkt als een *social watchdog*, waardoor deze een beschermingsniveau verdiende gelijk aan dat van de pers.<sup>41</sup> Ten slotte leidt het belang van de pers in een democratische samenleving tot de conclusie van het Hof dat *ex-ante-maatregelen* zeer scrupuleus moeten worden getoetst.<sup>42</sup>

Een volgend aspect dat van belang is bij de bepaling van de margingrootte is de indringendheid en het effect van het gebruikte medium. Was er in eerste instantie sprake van een focus op de drukpers, later heeft het Hof in aanmerking genomen dat de audiovisuele media een onmiddellijker en krachtiger effect hebben.<sup>43</sup> Ook publicaties op het internet hebben volgens het Hof een steeds sterker effect. Zij zijn tenminste even invloedrijk als de gedrukte media.<sup>44</sup> Het internet is bovendien tegenwoordig een van de belangrijkste instrumenten voor individuen om invulling te geven aan hun recht op vrijheid van meningsuiting.<sup>45</sup> Aangezien de invloed van internet als medium onmiskenbaar toeneemt, is het aannemelijk dat de margin of appreciation inzake beperkingen van de uitingsvrijheid op internet steeds kleiner wordt.

## Het bepalen van een fair balance

Zoals uit het voorgaande is gebleken, moet de staat zich soms inspannen om de uitingsvrijheid van anderen te beschermen c.q. mogelijk te maken. Bij het bepalen of de staat aan deze positieve verplichting voldoet, kan het Hof niet zonder meer toetsen aan de beperkingsclausules uit het tweede lid van artikel 10. Dit is ook niet goed voorstelbaar, aangezien er bij het toetsen van een positieve verplichting immers geen sprake is van een door de staat opgelegde beperking. De staat heeft alleen niet voorkomen dat de uitingsvrijheid door een ander is beperkt.<sup>46</sup>

Het Hof beperkt zich bij het toetsen van een positieve verplichting daarom tot de vaststelling of er een *fair balance* gevonden is:<sup>47</sup> inherent aan het Verdrag is de zoektocht naar de eerlijke balans tussen enerzijds het algemeen belang, en anderzijds de bescherming van de rechten van het individu.<sup>48</sup> Er worden

31 Vgl. ECRM 26 september 1968, appl. nr. 176/56 (*Greece/The United Kingdom*), ECRM 19 december 1959, appl. nr. 332/57 (*Lawless/Ireland*) en EHRM 7 december 1976, appl. nr. 5493/72 (*Handyside/The United Kingdom*), r.o. 48. Inmiddels is de margin of appreciation een dusdanig integraal onderdeel van de interpretatie van het Verdrag geworden dat zij is gecodificeerd in het te ratificeren Protocol 15. Zie <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/213.htm>.

32 Voor een meer volledig overzicht, zie Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002, p. 101-137.

33 EHRM 29 april 1999, appl. nr. 25088/94 (*Chassagnou and others/France*), r.o. 113.

34 Vgl. EHRM 8 juli 2003, appl. nr. 36022/97 (*Hatton and others/The United Kingdom*), r.o. 103, waarin het Hof bespreekt dat onder omstandigheden een in beginsel grote *margin of appreciation* van de staat beperkt dient te worden wanneer het handelen van de staat aan zeer intieme aspecten van het privéleven raakt. Overigens concludeert het Hof uiteindelijk dat er in casu *Hatton* niet voldoende aanleiding is tot het verkleinen van de *margin*.

35 Vgl. bijv. EHRM 8 juli 1986, appl. nr. 9815/82 (*Lingens/Austria*), r.o. 42.

36 Vgl. EHRM 25 augustus 1998, appl. nr. 25181/94 (*Hertel/Switzerland*), r.o. 47 en EHRM 25 maart 1985, appl. nr. 8734/79 (*Barthold/Germany*).

37 EHRM 26 april 1979, appl. nr. 6538/74 (*Sunday Times/The United Kingdom*), r.o. 65.

38 EHRM 25 maart 1985, appl. nr. 8734/79 (*Barthold/Germany*), r.o. 58.

39 EHRM 26 april 1979, appl. nr. 6538/74 (*Sunday Times/The United Kingdom*), r.o. 65.

40 EHRM 15 februari 2005, appl. nr. 68416/01 (*Steel and Morris/The United Kingdom*), r.o. 89.

41 EHRM 14 april 2009, appl. nr. 37374/05 (*Társaság a Szabadságjogokért/Hungary*), r.o. 36.

42 Vgl. EHRM 26 november 1991, appl. nr. 13585/88 (*Observer and Guardian/The United Kingdom*), r.o. 60.

43 EHRM 23 september 1994, appl. nr. 15890/89 (*Jersild/Denmark*), r.o. 31.

44 EHRM 22 april 2010, appl. nr. 40984/07 (*Fatullayev/Azerbaijan*), r.o. 95.

45 EHRM 18 december 2012, appl. nr. 3111/10 (*Yildirim/Turkey*), *Mediaforum* 2013-2, p. 52, r.o. 54. Vgl. ook EHRM 22 april 2013, appl. nr. 48876/08 (*Animal Defenders International/The United Kingdom*), r.o. 124.

46 Vgl. EHRM 13 juni 1979, appl. nr. 6833/74 (*Marckx/Belgium*), r.o. 31.

47 Bijv. EHRM 30 juni 2009, appl. nr. 32772/02 (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT)/Switzerland (No. 2)*), *Mediaforum* 2009-9, p. 324, r.o. 91.

48 EHRM 7 juli 1989, appl. nr. 14038/88 (*Soering/The United Kingdom*), r.o. 89.

door het hof uiteenlopende belangen in aanmerking genomen bij het toepassen van het *fair-balance-principe*. Dit komt voort uit enerzijds de brede omvang van de rechten uit het Verdrag, en anderzijds uit de verschillende feitencomplexen die in de jurisprudentie worden behandeld.<sup>49</sup>

Uitgangspunt is dat de staat niet alles kan voorkomen. In elke samenleving loopt ieder individu op elk moment een zeker risico op beperking van zijn fundamentele rechten door anderen, omdat mensen nu eenmaal onvoorspelbaar gedrag vertonen. Niet elk risico van het individu behoeft daarom door de staat te worden afgedekt.<sup>50</sup> Dit staat in nauw verband met de budgettaire en praktische beperkingen van de staat. De staat krijgt immers meerdere (soms strijdige) claims om rechten te beschermen, terwijl hij maar een beperkte hoeveelheid middelen heeft om bescherming te realiseren. De staat moet daarom keuzes maken, en krijgt daarvoor ook de ruimte.<sup>51</sup> Kosten en moeite moeten bovendien in redelijke verhouding staan tot het af te dekken risico op aantasting van een recht. Ten slotte kan een verplichting die onmogelijk vervuld kan worden niet worden opgelegd.

In hoeverre de staat moet of mag ingrijpen als een individu ervoor *gekozen* heeft om zijn fundamentele rechten te laten beperken – bijvoorbeeld door het accepteren van de voorwaarden voor het gebruik van een bepaald communicatieplatform – presenteert een volgend dilemma. Het Hof is sceptisch om de vrije wil van het individu zonder meer boven bescherming van de verdragsrechten te plaatsen, onder meer omdat in veel gevallen twijfelachtig is of die wil van het individu wel zo vrij bepaald is.<sup>52</sup> Afzien van bescherming moet daarom ondubbelzinnig plaatsvinden, op basis van *informed consent* en vrij van dwang.<sup>53</sup>

Extra ingewikkeld is het vinden van een fair balance indien er sprake is van een conflict tussen fundamentele rechten. En juist in het kader van communicatiemachthebbers zal de uitingsvrijheid van het individu vrijwel altijd met een ander fundamenteel recht conflicteren.

Ten eerste met de uitingsvrijheid van de communicatiemachthebber. Een verplichting of een verbod voor een communicatiemachthebber om uitingen van derden via hun platform te censureren zal over het algemeen niet alleen een inmenging opleveren met de uitingsvrijheid van die derde, maar ook met de uitingsvrijheid van de communicatiemachthebber zelf.<sup>54</sup> Het ter beschikking stellen van middelen aan anderen om informatie te verzenden en te ontvangen valt namelijk ook onder de bescherming van artikel 10.<sup>55</sup> Ook kan gedacht wor-

den aan de *Jersild*-uitspraak, op grond waarvan ook redactionele vrijheid beschermd wordt door artikel 10.<sup>56</sup>

Een tweede conflicterend recht is het recht op ongestoord genot van eigendom zoals beschermd door artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM (art. P1-1). Het lijkt erop dat het Hof accepteert dat het recht op genot van eigendom – en daarmee het recht om het gebruik van een communicatieplatform te onderwerpen aan eigen voorwaarden – moet worden afgewogen tegen de uitingsvrijheid:<sup>57</sup> wanneer elke effectieve uitoefening van de uitingsvrijheid wordt voorkomen, of wanneer de essentie van het recht op vrijheid van meningsuiting wordt vernietigd is er in elk geval ruimte voor een beperking van eigendomsrechten van communicatiemachthebbers.<sup>58</sup> Het Hof gaat echter niet zo ver dat de uitingsvrijheid ook een vrijheid van forum met zich meebrengt. Zo lang er zinnige alternatieven zijn voor het uitoefenen van de uitingsvrijheid is het beperken van de eigendomsrechten van communicatiemachthebbers niet noodzakelijk.

Een derde fundamentele recht wat regelmatig met de uitingsvrijheid in conflict komt is het recht op een privéleven uit art. 8 EVRM. Voor de beoordeling van dit conflict heeft het Hof inmiddels een vrij expliciet toetsingskader opgesteld.<sup>59</sup>

Ten slotte kunnen ook fundamentele rechten van derden van belang zijn bij de vaststelling van een fair balance. Ook hier zal het vaak gaan om conflicten met art. P1-1, met name vanwege inbreuken op intellectuele eigendommen van derden,<sup>60</sup> en om conflicten met rechten uit artikelen 8 en 10.

## De communicatiemachthebber en artikel 10

Zoals hiervoor uiteengezet is er een scala aan factoren die van invloed zijn bij de beoordeling of de staat met hun handelen of nalaten een fair balance heeft gevonden tussen het algemeen belang en de belangen van het individu, en of de staat dus actie had moeten ondernemen op grond van positieve verplichtingen. Van elk van de geïdentificeerde verplichtingen analyseer ik in deze paragraaf of het handelen van communicatiemachthebbers de betreffende verplichting activeert.

### Bescherming van effectieve uitoefening

Geven communicatiemachthebbers aanleiding tot actie op grond van het feit dat zij een effectieve uitoefening van de uitingsvrijheid bemoeilijken? Het staat buiten kijf dat communicatiemachthebbers de uitingsvrijheid van hun gebrui-

49 A. R. Mowbray, 'A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* (10)2010, afl. 2, p. 312.

50 Vgl. EHRM 28 oktober 1998, appl. nr. 23452/94 (*Osman/The United Kingdom*), r.o. 116.

51 Bijv. EHRM 6 mei 2003, appl. nr. 44306/98 and others/*The United Kingdom*, r.o. 40, zie noot 18.

52 O. De Schutter, *International Human rights law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 431.

53 EHRM 13 november 2007, appl. nr. 57325/00 (*D.H. and others/The Czech Republic*), r.o. 202.

54 Dit blijkt bijvoorbeeld uit EHRM 10 oktober 2013, appl. nr. 64569/09 (*Delfi AS/ Estonia*), r.o. 49-50.

55 EHRM 19 februari 2013, appl. nr. 40397/12 (*Neij and Sunde Kolmisoppi/Sweden*).

56 EHRM 23 september 1994, appl. nr. 15890/89 (*Jersild/Denmark*), r.o. 31.

57 W. Benedek & M. Kettermann, *Freedom of Expression and the Internet*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2014, p. 106.

58 Vgl. EHRM 6 mei 2003, appl. nr. 44306/98 (*Appleby and others/The United Kingdom*), r.o. 39-40, zie noot 18.

59 EHRM 7 februari 2012, appl. nr. 40660/08 (*Von Hannover/Germany II*), r.o. 108-113, *Mediaforum* 2012-5 m.nt. O.G. Trojan.

60 Het Hof heeft bevestigd dat intellectuele eigendommen onder de bescherming van art. P1-1 vallen. Voor octrooien: ECRM 4 oktober 1990, appl. nr. 12633/87 (*Smith Kline and French Laboratories/The Netherlands*); merken: EHRM 11 oktober 2005, appl. nr. 73049/01 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*), r.o. 43; en auteursrecht: EHRM 10 januari 2013, appl. nr. 36769/08 (*Ashby Donald and others/France*), *Mediaforum* 2013-2, nr. 4 m.nt. D. Voorhoof.

kers kunnen beperken, en dat vaak ook inderdaad doen: sociale netwerken hanteren hun eigen – uiteenlopende – standaarden op grond waarvan zij bijdragen van hun gebruikers verwijderen. Ditzelfde geldt voor video- en foto-aggregatiewebsites. Zoekmachines beïnvloeden de ontvangstvrijheid, doordat hun zoekresultaten afhankelijk zijn van de wijze waarop hun zoektechnologie werkt, maar mogelijk ook vanwege manipulatie op grond van commerciële of andere motieven. Dit is op zich niets nieuws: zo publiceert een krant ook niet elke ingezonden brief, en ook een krant beïnvloedt de ontvangstvrijheid van haar lezer door de selectie en rangschikking van hun artikelen.

De uitspraken van het Hof geven dan ook maar een magere rechtvaardiging om op grond van deze positieve verplichting verboden of verplichtingen aan private communicatiemachthebbers op te leggen. De eigendomsvrijheid van communicatiemachthebbers uit art. 11-1 heeft in zoverre voorrang, dat beperkingen op deze eigendomsvrijheid volgens het Hof pas noodzakelijk zijn wanneer de acties van communicatiemachthebbers ertoe leiden dat elke effectieve uitoefening van de uitingsvrijheid wordt voorkomen, of dat de essentie van het recht op vrijheid van meningsuiting wordt vernietigd.<sup>61</sup> Dit zal niet snel het geval zijn.

Als een video van een gebruiker van YouTube wordt verwijderd, heeft de gebruiker immers legio alternatieven om deze via een andere videowebsite te publiceren. Zijn bijvoorbeeld communistische denkbeelden op een bepaald forum niet welkom, heeft degene die die denkbeelden wil uiten alle ruimte om een forum te zoeken met meer gelijkgestemden. Zo lang er nog voldoende ruimte voor het individu overblijft om, ondanks beperkingen door een communicatiemachthebber, alsnog op een andere wijze effectief gebruik te maken van zijn uitingsvrijheid, zal ingrijpen in de eigendomsrechten van die communicatiemachthebber vrij snel disproportioneel zijn.

Dit oordeel valt anders uit wanneer de mogelijkheid tot effectief gebruik van de uitingsvrijheid ernstig wordt beperkt. Hierbij speelt ook de indringendheid en het effect van het medium waarop de uiting wordt beperkt een rol. Bij zeer grote communicatiemachthebbers, waarbij bijvoorbeeld netwerk-effecten<sup>62</sup> een rol spelen, is ingrijpen in hun eigendomsrechten daarom wel te verantwoorden; sociale netwerken zoals Facebook en Twitter, met respectievelijk 1,3 miljard<sup>63</sup> en 240 miljoen<sup>64</sup> gebruikers, zijn hiervan goede voorbeelden. Door hun gigantische gebruikersaantallen, en het feit dat hun gebruikers niet redelijkerwijs op een andere manier te bereiken zijn, is te verdedigen dat de staat ervoor moet zorgen dat deze communicatiemachthebbers zich van bepaalde beperkingen onthouden. In dat licht is het de vraag of het blokkeren van de video van James Foley – die zeker deel uitmaakt van een debat van algemeen belang – zonder meer geoorloofd was.

Eenzelfde situatie kan zich voordoen bij manipulatie van zoekresultaten door zoekmachines. Zoekmachines met een groot marktaandeel – Google Search heeft een marktaandeel van meer dan 90% in Nederland<sup>65</sup> – kunnen significante invloed hebben op de ontvangstvrijheid van hun gebruikers. Daarmee hebben zij ook dusdanige invloed op de uitingsvrijheid van diegene wiens zoekresultaten worden verwijderd of anderszins worden gerangschikt. Het feit dat een zoekmachine hierin zeker enige vrijheid heeft op grond van het feit dat er niet één eenduidig juiste wijze van selectie en rangschikking van resultaten bestaat, betekent immers niet dat er te dien aanzien geen ontoelaatbare keuzes bestaan.<sup>66</sup> Ook ten aanzien van een zoekmachine kan ingrijpen dus geboden zijn.<sup>67</sup>

Of regulering in een concreet geval inderdaad geboden is, hangt in sterke mate samen met de aspecten die in dit hoofdstuk aan bod zijn gekomen bij de beoordeling of er een fair balance is gevonden, en de margin of appreciation die de staat daarbij gegund wordt. Zo zal regulerend optreden door de staat eerder noodzakelijk zijn wanneer een grote communicatiemachthebber selectief bepaalde politieke standpunten van zijn platform weert, dan wanneer diezelfde communicatiemachthebber beperkingen aanbrengt op het gebied van bijvoorbeeld reclame of seksueel getint materiaal.

Dit neemt niet weg dat het de staat vrij staat om maatregelen te treffen die bescherming bieden aan de uitingsvrijheid van individuen, zonder dat die maatregelen de rechten van communicatiemachthebbers beperken. Dit kan aansluiten bij de volgende geïdentificeerde positieve verplichting.

### **Realiseren van een enabling environment**

In de huidige informatiemaatschappij spelen private communicatiemachthebbers een zeer belangrijke rol bij het scheppen van het klimaat voor de uitingsvrijheid. Voor zover communicatiemachthebbers niet volledig vrijwillig voldoen aan voorwaarden die noodzakelijk zijn voor een *enabling environment*, is de staat mijns inziens op grond van art. 10 van het Verdrag verplicht om ten aanzien hiervan actie te ondernemen.

Ik heb uiteengezet dat aspecten van rechtsstatelijkheid – vooral duidelijke en toegankelijke regels, eerlijke handhaving en onpartijdige geschilbeslechting – essentiële ingrediënten zijn voor een enabling environment. De staat kan hieraan een belangrijke bijdrage leveren als zij communicatiemachthebbers ertoe weet te bewegen om transparanter te zijn over hun regels, consequent te zijn bij de handhaving ervan en mogelijkheden te bieden voor geschilbeslechting.

De vele conflicterende fundamentele rechten in aanmerking genomen die hierbij een rol spelen, doet de staat er verstandig aan om niet alleen te kijken naar top-down wetgeving, maar ook mogelijkheden van zelf- en co-regulering voor communicatiemachthebbers te onderzoeken.

61 Vgl. EHRM 6 mei 2003, appl. nr. 44306/98 (*Appleby and others/The United Kingdom*), r.o. 39-40 (zie noot 18), waarin demonstranten die geen toestemming kregen van de eigenaren van een winkelcentrum om een petitie te houden en geen gehoor vonden bij het Hof toen zij klaagden over schending van een positieve verplichting door de staat.

62 Een (positief) netwerk-effect is het effect dat een dienst meer waardevol is naarmate er meer gebruikers op zijn aangesloten.

63 *Facebook Reports First Quarter 2014 Results*, <http://bit.ly/1ugGNag>.

64 *Twitter Annual Report*, p. 45, <https://investor.twitterinc.com/annuals.cfm>, beschikbaar 28 mei 2014.

65 2013 search engine market share by country, <http://bit.ly/1nwgGrw>, beschikbaar 28 mei 2014.

66 J. van Hoboken, *Search engine freedom: on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines* (diss. Amsterdam UvA), 2012, <http://dare.uva.nl/record/1/392066>, beschikbaar 5 december 2014, p. 348.

67 Dat zoekmachines inderdaad een eigen, significante invloed hebben op het effect van bestaande publicaties, waardoor de zoekmachine beperkt moet worden in zijn uitingsvrijheid, komt bijvoorbeeld naar voren in HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12 (*Google Spain SL and Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*).

## Garantie pluralistisch informatieaanbod

In zekere zin heeft de architectuur van het internet gezorgd voor een enorme vergroting van het pluralisme van het media-aanbod. Uitingen, opinies en meningen waarvoor vóór de opkomst van het internet geen ruimte was binnen de audiovisuele media en de pers, kunnen nu via allerlei internetmedia worden geuit. Aangezien er op het internet geen schaarste is aan zendtijd, frequentiebanden of papierruimte, kan een ieder er zijn mening kwijt.

Toch is aandacht voor een pluralistisch media-aanbod ook in de context van het internet op zijn plaats. In tegenstelling tot een situatie met een pluralistisch informatieaanbod op een beperkt aantal televisiezenders, moet het individu op het internet immers *kiezen* om zichzelf bloot te stellen aan een divers media-aanbod: *exposure diversity*. Het feit dat er een zeer divers informatieaanbod beschikbaar is, wil immers nog niet zeggen dat dit diverse aanbod het publiek ook bereikt.<sup>68</sup> Zoekmachines, portals en andere aggregatiesites spelen daarbij een minstens zo belangrijke rol als de informatieproducenten zelf.<sup>69</sup>

Een speler met een dominante positie op de zoekmarkt kan aldus afbreuk doen aan het pluralistische karakter van het aanbod van informatie op internet, althans aan het pluralistische karakter van het *geconsumeerde* informatieaanbod.<sup>70</sup> Gezien de zeer dominante positie van Google op de zoekmarkt in Europa is hier ruimte weggelegd voor actie van de staat.

## Een kritische noot

Het Hof gebruikt de fair-balance-test voor de meeste situaties waarin verdragsrechten van private partijen met elkaar in conflict komen. Hoewel sommigen dit als een noodzakelijkheid zien<sup>71</sup> en het Hof de zoektocht naar de fair balance zelfs als een inherent onderdeel van het verdrag ziet, is er zeker ook kritiek mogelijk op deze aanpak.<sup>72</sup>

Ten eerste is het zoeken naar een fair balance een casuïstische bezigheid bij uitstek. Dit leidt tot aanzienlijke rechtsonzekerheid, temeer nu staten in dergelijke zaken veelal een grote margin of appreciation toebedeeld krijgen. Het Hof kan de rechtzekerheid verbeteren door het opstellen en toepassen van een meer gestructureerd analytisch model. Ten tweede impliceert het fair-balance-principe dat er in elke zaak een fundamenteel recht is wat in casu zwaarder moet wegen dan het andere. De uitkomst van de afweging is per definitie dat het ene recht in een bepaalde omstandigheid – gedeeltelijk of geheel – moet

worden opgeofferd voor het andere. Voor de bescherming van het recht dat in concreto het onderspit delft is deze uitkomst dramatisch.

De Schutter noemt een aantal opties om verbetering aan te brengen in de rechtzekerheid.<sup>73</sup> Hij oppert ten eerste het aanbrenge van een rangorde in *duties*, op zodanige wijze dat een positieve beschermingsverplichting nooit verder kan gaan dan een proportionele inmenging op een conflicterend recht. De juiste oplossing voor het conflict is dan altijd die oplossing met het minimum aan staatsinterventie. Ik ben hier kritisch over, omdat dit impliceert dat de uitkomst van een zaak afhankelijk is van het perspectief van de klager. Ook valt deze oplossing moeilijk te rijmen met de eerder gemaakte constatering dat positieve en negatieve verplichtingen niet meer altijd duidelijk te scheiden zijn.

Een tweede oplossing die De Schutter aanvoert is het ruim maken dan wel ruim houden van de margin of appreciation in zaken van conflicterende verdragsrechten van private partijen. Ook hierover ben ik kritisch: het vergroten van de margin of appreciation is geen oplossing maar slechts een verschuiving van het probleem: een onzekere rechtsbedeling op pan-Europees niveau wordt vervangen door diezelfde onzekere rechtsbedeling op nationaal niveau.<sup>74</sup> Bovendien doen mondialisering in het algemeen, en het grensoverschrijdende karakter van het internet in het bijzonder een van de belangrijkste rechtvaardigingen voor de margin of appreciation teniet. Bij grensoverschrijdende problemen kan immers niet worden ingezien waarom nationale autoriteiten in een betere positie zijn dan het Europese hof om de aanwezigheid van een zwaarwegend maatschappelijk belang te bepalen;<sup>75</sup> het is eerder andersom! Tenslotte moet de steeds belangrijker rol die het internet speelt voor het verwezenlijken van uitingsvrijheid en democratie juist aanleiding zijn voor het Hof om toetsing te verscherpen en de *margin* te verkleinen.<sup>76</sup>

Een laatste optie voor verbetering die De Schutter propageert is het oog hebben voor de moeite die de staat gestoken heeft in het *voorkomen* van het conflict, in plaats van het conflict wegen en arbitrerend als het eenmaal is ontstaan.<sup>77</sup> De staat zou moeten streven naar meer *praktische Konkordanz*: meer aandacht voor oplossingen die zo veel mogelijk ruimte bieden voor het uitoefenen van *beide* rechten zonder dat er een conflict ontstaat.<sup>78</sup> Hier kan ik mij goed in vinden. In dit kader zou het behulpzaam zijn als het Hof systematischer een subsidiariteitstoets zou uitvoeren, om zo vast te stellen of er geen oplossing bestaat die voor beide rechten in een geding minder beperkend was geweest.<sup>79</sup>

68 Zie P.M. Napoli, 'Rethinking Program Diversity Assessment: An Audience-Centered Approach', *Journal for Media Economics* 1997, afl. 10, p. 59.

69 E. Goodman, 'Public media 2.0', 2008, DOI 10.2139/ssrn.1299685, p. 20.

70 Vgl. Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers of the Council of Europe (7 november 2007).

71 Bijv. J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhoff 2009.

72 Bijv. P. Van Dijk e.a., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006.

73 O. De Schutter, *International Human rights law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 446-460.

74 Ook: K. Henrard, 'Botsende grondrechten en het EHRM: een pleidooi voor meer zorgvuldige argumentatie en minder "margin of appreciation" voor staten', in: E. Brems, K. Henrard & R. De Lange, *Botsing van grondrechten*, Den Haag: BJu 2008.

75 Vgl. EHRM 29 april 1999, appl. nr. 25088/94 (*Chassagnou and others/France*), r.o. 113.

76 Vgl. EHRM 13 juli 2012, appl. nr. 16354/06 (*Mouvement Raëlien Suisse/Switzerland*), dissenting opinion van rechter Pinto de Albuquerque, p. 56. Zie *Mediaforum* 2011-3, p. 81.

77 Vgl. ook O. De Schutter & F. Tulkens/E. Brems, 'Rights in conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution', in: *Conflicts between fundamental rights*, Antwerpen: Intersentia 2008.

78 Vgl. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: Mueller 1999.

79 K. Henrard, 'Botsende grondrechten en het EHRM: een pleidooi voor meer zorgvuldige argumentatie en minder "margin of appreciation" voor staten', in: E. Brems, K. Henrard & R. De Lange, *Botsing van grondrechten*, Den Haag: BJu 2008.

## Positieve verplichtingen ingevuld

Ik heb uiteengezet dat enerzijds het Hof positieve verplichtingen in het leven heeft geroepen ter bescherming en ter stimulering van de uitingsvrijheid, maar dat zij spaarzaam is met het vellen van een oordeel dat die verplichting geschonden is als er meerdere verdragsrechten in conflict zijn. Ook is aan bod gekomen dat juist in de context van communicatiemachthebbers er vrijwel altijd sprake is van meerdere conflicterende verdragsrechten. In deze context zou het Hof in haar toetsing meer oog moeten hebben voor *praktische Konkordanz*. Ditzelfde doel zou ook de staat moeten nastreven bij het invullen van zijn verplichtingen. Een belangenafweging is ook voor de staat hierbij een nuttig gereedschap, maar het doel zou moeten zijn om meer praktische Konkordanz te realiseren.

Er zijn drie probleemgebieden aangewezen die aanleiding geven tot actie van de staat. Ten eerste kunnen communicatiemachthebbers in uitzonderlijke gevallen het recht op de vrijheid van meningsuiting dusdanig beperken dat op grond van de plicht tot verzekeren van een effectieve uitvoering van de uitingsvrijheid de staat moet ingrijpen. Hiervoor is nodig dat de machtspositie van de communicatiemachthebber zeer groot is, en dat de communicatiemachthebber die machtspositie bovendien om invloed uit te oefenen op de uitingen van anderen op een voor het functioneren van de democratie gevoelig gebied. Ten tweede is de staat verplicht een gunstig klimaat te scheppen voor de uitingsvrijheid. Hiervoor moet hij onder meer zorgen dat communicatiemachthebbers duidelijke regels hanteren, deze op consequente wijze handhaven en mogelijkheden bieden voor beroep. Het derde probleemgebied betreft pluralisme van het informatieaanbod in de context van dominante zoekmachines.

Ik stel vier wijzen voor waarop de staat invulling kan geven aan de verplichtingen op dit gebied: ten eerste door verbeteren van de digitale geletterdheid van de bevolking door middel van onderwijs en informatieverstrekking; ten tweede door het aanmoedigen van zelfregulering en verminderen van stimuli voor zelfcensuur bij communicatiemachthebbers; ten derde door het beperken van aansprakelijkheid van communicatiemachthebbers voor zover zij een rol spelen als tussenpersoon en tenslotte door het opleggen van verplichtingen aan communicatiemachthebbers door middel van wetgeving.

### Verbeteren digitale geletterdheid

Een eerste wijze waarop de bescherming van de uitingsvrijheid verbeterd kan worden, is het bevorderen van de digitale geletterdheid van de bevolking. Een deel van de in deze bijdrage geïdentificeerde problemen heeft immers direct te maken met keuzes die de gebruiker zelf maakt. Eenzijdige informatievoorziening als gevolg van de dominante marktpositie van Google kan bijvoorbeeld – althans in theorie – eenvoudig worden ondervangen als gebruikers ook regelmatig hun zoekop-

dracht indienen bij een van de concurrerende zoekmachines. Bewustwording van de burger kan hieraan bijdragen.

Bovendien kan betere informatievoorziening er toe leiden dat individuen beter geïnformeerde keuzes maken betreffende de uitoefening van hun rechten en vrijheden. De zojuist genoemde keuze voor een zoekmachine is hiervan een voorbeeld, maar ook de keuze om al dan niet blindelings met beperkende voorwaarden van een communicatiemachthebber akkoord te gaan. Vergelijk hier de stelling van het Hof dat het contractueel afzien van rechten geen inbreuk op dat recht hoeft op te leveren, mits er sprake is van onder meer *informed consent*.

Betere digitale geletterdheid kan er ten slotte nog toe leiden dat gebruikers zelf minder inbreuk maken op de rechten van anderen.<sup>80</sup> Zo kan bekendheid met het feit dat informatie die eenmaal op internet staat moeilijk te verwijderen is individuen er van weerhouden om gevoelige informatie over een ander te publiceren. De staat kan bijdragen aan betere digitale geletterdheid door middel van actieve informatieverstrekking, of communicatiemachthebbers verzoeken of opdragen voor goede informatieverstrekking zorg te dragen.<sup>81</sup>

### Corporate responsibility

Een tweede optie is het aangaan van de dialoog met communicatiemachthebbers, en hen aan te spreken op hun *corporate responsibility* tot het respecteren van de fundamentele rechten van hun gebruikers.<sup>82</sup> In diverse gremia wordt er aan deze invalshoek aandacht besteed. Zo hebben een aantal grote communicatiemachthebbers, waaronder Google en Facebook, zich verenigd in het Global Network Initiative, waarbinnen zij zich verbinden zich te houden aan een aantal principes die privacy en uitingsvrijheid moeten waarborgen op het gebied van informatie- en communicatietechnologie.<sup>83</sup> Meer algemeen is in VN-verband het Ruggie-framework ontwikkeld, waarmee de VN aandacht vraagt voor de verantwoordelijkheden van bedrijven voor het respecteren van mensenrechten.<sup>84</sup>

Het aanzetten tot meer zelfregulering is een belangrijke stap die alle drie de genoemde probleemgebieden voor een deel kan adresseren. Tegen communicatiemachthebbers die zelf bewust zijn van hun verplichtingen en geen misbruik maken van hun machtspositie behoeft de burger immers niet beschermd te worden. Ook kunnen communicatiemachthebbers zelf meer doen aan de realisatie van een enabling environment en – voor zover van toepassing – het aanbieden van meer diverse informatie.<sup>85</sup>

### Beperken van aansprakelijkheid

Een derde mogelijkheid om de bescherming van de uitingsvrijheid te verbeteren zonder vergaande beperking van de rechten van anderen is het verminderen van de aansprakelijkheid van communicatiemachthebbers voor zover zij een rol spelen

80 Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers of the Council of Europe (4 april 2012).

81 De Raad van Europa geeft wat dat betreft een goede voorzet met een *Guide to human rights for Internet users*: Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers of the Council of Europe (16 april 2014).

82 Recommendation CM/Rec(2007)11 of the Committee of Ministers of the Council of Europe (26 september 2007).

83 Zie *Global Network Initiative*, <https://www.globalnetworkinitiative.org/>, beschikbaar

baar 27 mei 2014.

84 Zie Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie (21 maart 2011), *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*, UN Doc A/HRC/17/31.

85 Vgl. N. Helberger, 'Diversity by design', *Journal of information policy* 2011, afl. 1, p. 441–469 over *Diversity by design*.



als internettussenpersoon. Zo kan voorkomen worden dat een communicatiemachthebber preventief overgaat tot censuur van uitingen van anderen om zelf aansprakelijkheid voor die uitingen te voorkomen.

In mijn optiek moet een tussenpersoon weinig of zelfs geen enkele *ex-ante-filterverplichting* opgelegd worden. De tussenpersoon kan immers een dergelijke verplichting alleen vervullen als zij alle communicatie via haar platform in de gaten houdt. Dit staat op gespannen voet met onder meer art. 8 en 10 van het Verdrag. Bovendien is de communicatiemachthebber niet de juiste partij om een objectief oordeel te vellen of een uiting gefilterd moet worden of niet. *Ex-ante-filtering* is een gevaarlijk gereedschap en het is moeilijk in te zien waarom communicatiemachthebbers een dergelijk gereedschap verplicht moeten toepassen als staten bij gebruik van *ex-ante-filtering* juist zeer streng worden getoetst.<sup>86</sup>

Naast het (vrijwel) afschaffen van *ex-ante-verplichtingen* moeten alle aanwezige *ex-post-filterverplichtingen* worden onderworpen aan betere procedurele waarborgen. Dit kan voorkomen dat risico-averse tussenpersonen zonder enige toetsing overgaan tot verwijdering van uitingen na een klacht van een derde, zonder dat de uiter hiertegen een protestmogelijkheid heeft.<sup>87</sup>

Waar een complete vrijwaring van aansprakelijkheid wellicht te ver gaat, en tot teveel inbreuken op rechten van derden leidt, is een uitbreiding van procedurele waarborgen mijns inziens een goede middenweg. Ik denk hierbij aan uitbreiding van de *safe-harbourregeling* uit de E-commercerichtlijn<sup>88</sup> van de Europese Unie met een aantal waarborgen. De notice- and takedown-systematiek moet met meer procedurele waarborgen worden omkleed: individuen wiens uitingen worden beperkt moeten hiervan op de hoogte worden gesteld en zij moeten een mogelijkheid krijgen om hun uiting gemakkelijk weer terug te laten plaatsen indien zij het met het oordeel van de tussenpersoon oneens zijn.

In dit kader is de recente *Delfi*-uitspraak van het Hof erg teleurstellend.<sup>89</sup> Het Hof oordeelde dat aansprakelijkheid van een nieuwsportal voor beledigende uitlatingen door derden op haar platform niet in strijd was met artikel 10, ondanks dat de portal zich behoorlijk ingezet had om de impact door schadelijke publicaties door derden tot een minimum te beperken. Het is voor een betere bescherming van de uitingsvrijheid te hopen dat de grote kamer in deze zaak tot een ander oordeel komt.

### Opleggen van verplichtingen

Een vierde aanbeveling die tegemoet komt aan een enabling environment, maar ook poogt recht te doen aan de fundamentele rechten van communicatiemachthebbers is het opleggen van verplichtingen. Door het opleggen van een transparantie-

verplichting worden communicatiemachthebbers bijvoorbeeld in beginsel vrijgelaten in de voorwaarden en wijzen waarop zij ingrijpen in de uitingsvrijheid van hun gebruikers, mits zij vooraf duidelijk maken op grond van welke regels zij ingrijpen en een mogelijkheid bieden voor beroep.<sup>90</sup>

Een soortgelijke verplichting kan worden opgelegd aan zoekmachines. Zij kunnen verplicht worden om duidelijk te maken wanneer er sprake is van manipulatie van zoekresultaten, en met welk oogmerk en in wiens opdracht die manipulatie heeft plaatsgevonden.<sup>91</sup>

Dit doet enerzijds recht aan de fundamentele rechten op eigendom en uitingsvrijheid van de communicatiemachthebber: zij mogen immers zelf de regels stellen die op hun platform van toepassing zijn. Anderzijds draagt transparantie wel bij aan een enabling environment, doordat in elk geval de regels op basis waarvan wordt ingegrepen in de uitingsvrijheid van de gebruiker vooraf duidelijk zijn.

Ten behoeve van het realiseren van een pluralistisch media-aanbod kan bovendien ook gedacht worden aan het opleggen van diversiteitsverplichtingen aan dominante zoekmachines en/of aggregatieplatforms, opdat hun gebruikers vanzelf blootgesteld worden aan een meer divers aanbod van informatie.<sup>92</sup>

Brown en Marsden suggereren voorts een mogelijkheid tot verplichting tot interoperabiliteit.<sup>93</sup> Interoperabiliteitsverplichtingen zien erop om de negatieve effecten van communicatiemachthebbers te verminderen door de communicatiemachthebber niet meer ‘alleenheerser’ op zijn eigen platform te maken. Het doel is om een communicatiemachthebber de mogelijkheid te ontnemen om zijn positie in de markt te beschermen door de opkomst van concurrenten op oneigenlijke wijze te belemmeren.

Dit komt tegemoet aan situaties waarin een communicatiemachthebber dusdanig groot is dat hij in staat is om de essentie van het recht op vrijheid van meningsuiting van zijn gebruikers teniet te doen. Door de mogelijkheid voor concurrenten te introduceren om hun eigen platform te verbinden met dat van de communicatiemachthebber verkleinen de netwerkeffecten en wordt de macht van de communicatiemachthebber vermindert met gunstig resultaat voor zijn invloed op de uitingsvrijheid.

Brown en Marsden suggereren een drietal interoperabiliteitsverplichtingen. Ten eerste een *must-carry*-verplichting, analoog aan verplichtingen die aan televisiezenderexploitanten en kabelmaatschappijen worden opgelegd. Een *must-carry*-verplichting zou een communicatiemachthebber verplichten om content van een ander te tonen op zijn platform. Ten tweede wordt een verplichting gesuggereerd om Application Programming Interfaces (API's) te publiceren. Dit opent de mogelijk-

86 EHRM 26 november 1991, appl. nr. 13585/88 (*Observer and Guardian/The United Kingdom*), r.o. 60.

87 Vgl. Declaration H/Inf(2003)7 of the Committee of Ministers of the Council of Europe (28 mei 2003), p. 11 en Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue (16 mei 2011), UN Doc A/HRC/17/27.

88 Art. 12-15 Richtlijn 2000/31/EG.

89 EHRM 10 oktober 2013, appl. nr. 64569/09 (*Delfi AS/Estonia*), EHRC, 2014-1, appl. nr. 14. Vgl ook de noot van B. van der Sloot.

90 Vgl W. Benedek & M. Kettermann, *Freedom of expression and the Internet*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2014, p. 165.

91 Vgl. J. van Hoboken, *Search engine freedom: on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines* (diss. Amsterdam UvA), 2012, <http://dare.uva.nl/record/1/392066> beschikbaar 5 december 2014, p. 354-355.

92 Vgl. N. Helberger, 'Diversity by design', *Journal of Information Policy* 2011, afl. 1, p. 441-469.

93 I. Brown & C.T. Marsden, *Regulating Code. Good governance and better regulation in the information age*, Cambridge, Mass.: MIT Press 2013, p. 190-191.

heid om met programmatuur van een derde gebruik te maken van het platform van een communicatiemachthebber. Ten slotte wordt een interconnectieverplichting geopperd. Hiermee wordt een communicatiemachthebber verplicht om te koppelen met het platform van een andere partij met als gevolg het wederzijds bereikbaar maken van de gebruikers.

## Conclusie

Dat de uitingsvrijheid aanleiding kan zijn voor positieve verplichtingen van de staat is inmiddels duidelijk. De *landmark cases* betreffen bescherming van media-actoren tegen geweld, maar het is duidelijk dat het Hof meent dat de uitingsvrijheid ook bescherming verdient tegen andere bedreigingen. De jurisprudentie van het Hof levert drie soorten verplichtingen die – binnen de context van communicatiemachthebbers – aanleiding geven tot handelen van de staat.

Ten eerste moet de uitingsvrijheid in uitzonderlijke gevallen worden beschermd tegen aantasting door communicatiemachthebbers. Dit zal zich voordoen in gevallen waarbij een communicatiemachthebber een zeer sterke machtspositie misbruikt waardoor de essentie van het recht op uitingsvrijheid wordt aangetast. Ten tweede moet de staat zorg dragen voor een gunstig klimaat ten behoeve van de uitingsvrijheid. Ik heb hier aansluiting gezocht bij het concept *enabling environment*, wat onder meer met zich meebrengt dat regels met betrekking tot beperkingen van de uitingsvrijheid toegankelijk en doorzichtig zijn, en dat er voldoende mogelijkheden bestaan om zich tegen een beperking door een communicatiemachthebber te verzetten. Tenslotte moet de staat ingrijpen als een dominante partij een dusdanige invloed heeft op het informatieaanbod dat het pluralisme van dat aanbod in gevaar komt.

Hoe kan de staat nu aan deze verplichtingen voldoen? Ik concludeer vooreerst dat de staat moet zoeken naar oplossingen die zoveel mogelijk ruimte bieden aan alle fundamentele rechten in het geding, zogenaamde praktisch Konkordanz. Het Hof besteedt hier helaas wat minder aandacht aan. In plaats van de toets of een staat in een bepaalde zaak het juiste recht voorrang heeft gegeven door middel van de fair balance-test, zou zij eerst moeten toetsen of de staat die oplossing heeft gekozen die voor alle conflicterende rechten in het geding het minst beperkend is. Bovendien zou het Hof mijns inziens, gegeven het belang van het internet als forum in de moderne democratische samenleving, de staten een veel kleinere margin of appreciation moeten verlenen in zaken waarbij beperkingen van uitingen op internet aan de orde zijn. Ik kies daarom voor een aantal beleidsinstrumenten die de uitoefening van de uitingsvrijheid verbeteren met minimale impact op de vrijheden van de communicatiemachthebbers en van derden.

Ten eerste kan de staat actie ondernemen op het gebied van onderwijs en informatievoorziening, om de digitale geletterdheid van de bevolking te verbeteren. Dit kan tegemoetkomen aan de verplichting een meer pluralistisch aanbod te bewerkstelligen doordat individuen op de hoogte zijn van de risico's van blind varen op één zoekmachine. Voorts kan dit leiden tot beter geïnformeerde keuzes van gebruikers, waardoor communicatiemachthebbers een beweegreden hebben om meer respect te tonen voor de fundamentele rechten van hun gebruikers.

Ten tweede kan de staat een beroep doen op de corporate responsibility van communicatiemachthebbers. Ik heb in dit kader gewezen op de aanwezigheid van het Ruggie-framework en het Global Network Initiative. Zelfregulering is een belangrijke stap die tegemoet komt aan alle drie de geïdentificeerde problemen. Zelfregulering alleen is echter niet voldoende, in sommige gevallen zal de staat ook wetgevend moeten optreden. Dit kan bijvoorbeeld door betere procedurele waarborgen vast te stellen in de regelgeving rond internettussenpersonen. Notice-and takedown-systematieken moeten met meer procedurele waarborgen worden omkleed, en ex-ante-filterverplichtingen moeten worden afgeschaft. Zo wordt voorkomen dat tussenpersonen een incentive hebben om legitiem materiaal te censureren ter voorkoming van aansprakelijkheid. Dit komt een enabling environment ten goede.

Ten behoeve van een enabling environment kan de staat aan communicatiemachthebbers voorts de verplichting opleggen om transparant te zijn over de regels die zij hanteren bij het beperken van uitingen van hun gebruikers. Dit doet enerzijds recht aan de fundamentele rechten op eigendom en uitingsvrijheid van de communicatiemachthebber, en draagt anderzijds bij aan een enabling environment, doordat in elk geval de regels op basis waarvan wordt ingegrepen vooraf duidelijk zijn.

Als laatste wettelijke maatregel kan de staat in voorkomende gevallen communicatiemachthebbers een aantal interoperabiliteitsverplichting opleggen, analoog aan de verplichtingen die in het verleden aan telefoniemaatschappijen zijn opgelegd. Zo worden netwerkeffecten verminderd en kunnen dominante communicatiemachthebbers niet op oneigenlijke wijze hun machtspositie, en daarmee hun bedreiging voor de uitingsvrijheid, in stand houden.

Het internet wordt in snel tempo het belangrijkste communicatiemiddel ter wereld. Voor het Hof en de lidstaten is de taak weggelegd om ervoor te zorgen dat alle nieuwe mogelijkheden tot gebruik van de uitingsvrijheid in de toekomst op zullen blijven wegen tegen de nieuwe mogelijkheden voor publieke en private censuur.