

Van catalogusformules en strong reasons: de ontwikkeling van de artikel 10 jurisprudentie van het EHRM van 2010 tot en met 2016 (deel I)

Deze bijdrage geeft een overzicht en analyse van de jurisprudentie van het EHRM over de afgelopen zeven jaar. Daarbij wordt eerst kort ingegaan op de reikwijdte en beperkingsvoorwaarden, waarna de behandeling een meer thematisch karakter krijgt. Zo passeren onder meer ‘persvrijheid en privacy’, ‘uitlatingen over rechtszaken’, en ‘hate speech’ de revue. In dit nummer vindt de lezer het eerste deel van de bijdrage. In één van de volgende nummers volgt het tweede deel.

Inleiding

Het EVRM bestaat al 67 jaar, maar het EHRM is nog niet in ruste. Het aantal klachten is hoog en ieder jaar wordt een aanzienlijk aantal arresten gewezen. Als er al kritiek is, betreft deze dan ook niet de inzet van het Hof, maar eerder bepaalde arresten, waaruit zou blijken dat het Hof zich teveel bemoeit met de democratische besluitvorming in landen waar zij geen voeling mee heeft.¹ Kritiek richt zich tevens op de ontwikkeling van bepaalde leerstukken, zoals dat van de positieve verplichtingen.² Dat geldt in het bijzonder de – positieve – verplichting om bepaalde gedragingen strafbaar te stellen of bepaalde grondrechten van derden in te perken.

Zo kan de positieve verplichting om het recht op privacy te beschermen nopen tot inmengingen in de persvrijheid. Het is de vraag in hoeverre het Hof op dit gebied ruimte laat voor te onderscheiden nationale benaderingen. Het Hof heeft meermalen overwogen dat er een relatief ruime marge bestaat in geval van botsing van grondrechten; daar staat tegenover dat er bij beperkingen van het maatschappelijk en politiek debat in het algemeen een relatief smalle marge bestaat. Hoe deze uitgangspunten zich tot elkaar verhouden, is niet zonder meer duidelijk. Om genoemde problemen het hoofd te bieden lijkt het Hof steeds vaker te kiezen voor een ‘catalogusformule’ in combinatie met een ‘strong reasons’ benadering. Het Hof gaat na of de nationale rechter alle door het Hof als relevant aange-

merkte factoren (voldoende) in rekening heeft gebracht. Is dat het geval, dan moeten er ‘hele goede redenen’ zijn om het eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de nationale rechter.

Mogelijke kritiek op het EHRM doet ondertussen weinig af aan de betekenis van de jurisprudentie van het Hof binnen de Nederlandse rechtsorde. Het journalistiek brongeheim, de grens van de politieke meningsvorming, en de verhouding tussen persvrijheid en privacy moeten alle mede in het licht van artikel 10 EVRM worden geanalyseerd. Mediaforum wijdt daarom regelmatig aandacht aan de jurisprudentie van het EHRM, niet alleen in thematische artikelen en door het signaleren en annoteren van de rechtspraak, maar ook door onderzoek van de jurisprudentie in een bepaalde periode. In het verleden is een reeks overzichten daarvan verschenen.³ Deze bijdrage kan als een voortzetting daarvan worden beschouwd. Wel is gekozen voor een andere titel, omdat er een andere auteur is, die inmiddels met de nodige bewondering naar de eerdere overzichten opziet.

Enkele cijfers

Het voorliggende overzicht beslaat de periode 2010 t/m 2016. Wat klachten en veroordelingen betreft, neemt artikel 10 EVRM ten opzichte van andere verdragsbepalingen (weer) een

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

1 Bijv. EHRM 6 oktober 2005, no. 74025/01 (Hirst/VK no. 2); categorisch ontnemen van het kiesrecht aan gevangenen vormt een schending van het verdrag.

2 Zie o.a. L. Lavrysen, *Human Rights in a positive state*, Intersentia, Cambridge 2016.

3 Al deze overzichten waren van de hand van Dirk Voorhoof: ‘De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van de ECRM en het EHRM betreffende art. 10 EVRM (1958-1994)’, *Mediaforum* 1994/11-12, 116-124; ‘Het Europese “first amendment”’. De vrijheid van expressie en informatie en de rechtspraak van het EHRM betreffende art. 10 EVRM (1994-1995)’, *Mediaforum*, 1995/11-12, 128-137; ‘Het Europese “First Amendment”’. De Straatsburgse jurisprudentie over

artikel 10 EVRM (1996 – juli 1999) deel 1’, *Mediaforum*, 1999/10, 264-271; ‘Het Europese “First Amendment”’. De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM (1996 – juli 1999) deel 2’, *Mediaforum*, 1999/11-12, 304-313; ‘Het Europese “First Amendment”’. De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM: september 1999-december 2003 (deel 1)’, *Mediaforum* 2004/4, 108-116; ‘Het Europese “First Amendment”’. De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM: september 1999-december 2003 (deel 2)’, *Mediaforum* 2004/6, 198-211; ‘Het Europese “First Amendment”’. De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM: 2004-2009 (Deel 1)’, *Mediaforum* 2010/4, 106-116; ‘Het Europese “First Amendment”’. De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM: 2004-2009 (Deel 2)’, *Mediaforum* 2010/6, 186-201.

middenpositie in. Het Hof dient beduidend vaker te oordelen over klachten ten aanzien van het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM), het recht op respect voor het privé leven (art. 8 EVRM) en het recht op eigendom (art. 1 EP). Er zijn minder klachten betreffende onder meer het recht op vrijheid van godsdienst (art. 9 EVRM) en het recht op vrijheid van verplaatsing (art. 2 Vierde Protocol).

Wat schending van artikel 10 EVRM betreft, was Turkije in de periode van 2010 t/m 2016 koploper met zo'n zestig veroordelingen. Een heel stuk daarachter komt een groep achtervolgers met meer dan tien veroordelingen: Roemenië, Frankrijk, Hongarije, Rusland, Polen en Portugal. Nederland bevindt zich tamelijk ver in de achterhoede met twee veroordelingen. Opvallend is ook het terugvallen naar de achterhoede van Oostenrijk en Moldavië, die in een eerdere periode nog bij de eerste groep achtervolgers hoorden. Het lijkt niet moeilijk te voorspellen dat Turkije in een komende periode wederom hoog zal eindigen. De afgelopen paar jaar hebben er alleen al duizenden strafvervolgingen plaatsgevonden wegens belediging van het staatshoofd.⁴

Het is overigens te simpel de mate van persvrijheid in een land één op één te linken aan het aantal veroordelingen door het EHRM. Men denke onder meer aan het intimideren of vermoorden van journalisten en publicisten. Het Hof kan daar onder omstandigheden wel een oordeel over uitspreken in het licht van de positieve verplichtingen, maar dat wil niet zeggen dat er niet een klimaat van angst kan worden gecreëerd.

Opzet

Voor de analyse van de jurisprudentie van het EHRM over de genoemde periode⁵ zijn in de eerste plaats alle artikel 10 EVRM arresten van de Grote Kamer bestudeerd. Deze hebben bij uitstek groot gezag. Ook het Hof zelf beoordeelt het belang daarvan vrijwel steeds als groot; in een enkel geval als gemiddeld. In de tweede plaats zijn alle arresten van de gewone kamer, waarvan het Hof het belang als groot of gemiddeld heeft aangeduid, onderzocht. Voor een analyse van de ontwikkelingen is het overigens niet per se nodig dat deze arresten ook allemaal behandeld worden. Arresten die het Hof een klein belang toekent, komen alleen aan bod indien daar een speciale aanleiding voor bestaat. Datzelfde geldt voor de talrijke ontvankelijkheidsbeslissingen. Wel is er een aantal artikel 8 EVRM arresten toegevoegd, waarin een afweging met de persvrijheid plaatsvindt.

De opzet volgt in eerste instantie de systematiek van artikel 10 EVRM. Eerst komen drie aspecten van de reikwijdte aan bod (de verhouding met de vrijheid van betoging, de positie van 'symbolic conduct', en positieve verplichtingen op grond van artikel 10 EVRM). Na een betrekkelijk korte behandeling van de verschillende beperkingsvoorwaarden (voorzien bij wet, legitiem doel en noodzakelijk in een democratische samenleving), krijgt het overzicht een meer thematisch karakter. De verhouding tussen persvrijheid en privacy wordt geanalyseerd met een blik op de door het Hof genoemde relevante factoren (publiek debat, publiek persoon, eerder gedrag, wijze van vergaren, het samenstel van inhoud, vorm en consequenties, en de zwaarte van de sanctie). In dit verband wordt ook ingegaan op de appreciatiemarge en de uitleg van gewraakte uitlatingen). Daarna komt de specifieke positie van pers en journalist

(bewijslast, brongeheime en garingsvrijheid) over het voetlicht. Apart aandacht krijgen uitlatingen over rechtszaken (berichtgeving over verdachten/veroordeelden, kritiek op rechters, uitlatingen van advocaten). Een volgend cluster is openbaarheid van informatie en klokkenluiden. Als laatste twee onderwerpen komen 'internet', en vervolgens 'hate speech' en misbruik van recht aan bod. Zodoende wordt aan alle belangrijke thema's aandacht besteed.

De genoemde thema's kunnen elkaar overlappen. Zo kan berichtgeving over verdachten deels als een species van de verhouding tussen persvrijheid en privacy worden gezien terwijl er ook vertrouwelijke informatie in het geding kan zijn. Het belang van het antwoord op de vraag wat voor uitlatingen een bijdrage leveren aan het maatschappelijke debat is vrijwel steeds relevant, maar zal hier behandeld worden bij de verhouding met de privacy. Bij de introductie van een (deel) onderwerp zal zo nu en dan summier de stand van zaken bij het begin van de bestudeerde periode worden weergegeven om duidelijk te maken in hoeverre er sprake is van een ontwikkeling in de jurisprudentie. In een uitleiding wordt een poging gedaan een rode draad in het geheel te ontwaren.

Reikwijdte

Onder deze noemer passeren als gezegd de verhouding met de betogingsvrijheid, 'symbolic conduct' en positieve verplichtingen de revue. Het ontzeggen van een beroep op artikel 10 EVRM wegens misbruik van recht (art. 17 EVRM) vindt elders behandeling.

Tussen meningsuiting en betoging

De verhouding tussen de reikwijdte van artikel 10 EVRM en de in artikel 11 EVRM vastgelegde betogingsvrijheid heeft deze periode aan duidelijkheid gewonnen.⁶ In beginsel, zo was al gebleken, is artikel 10 EVRM van toepassing indien de beperking in het bijzonder op de uitgedragen boodschap ziet,⁷ bijvoorbeeld wanneer er propaganda gemaakt wordt voor een illegale organisatie.⁸ Staan openbare orde aspecten voorop en ziet het geschil bijvoorbeeld op de te volgen route, dan is artikel 11 EVRM in het geding. Die bepaling kan dan nog wel mede in het licht van artikel 10 worden geïnterpreteerd: 'There has therefore been no violation of Article 11 of the Convention, read in the light of Article 10'.⁹ Het kunnen demonstreren op een bepaalde plaats kan bovendien een symbolische waarde hebben.¹⁰

Soms is het niet zonder meer duidelijk wat precies de reden voor de inmenging is. Ter zake van een anti-Putin actie door een veertigtal nationaal-bolsjewieken in een regeringsgebouw in Moskou loste het EHRM dat op door de vrijheid van meningsuiting mede in het licht van artikel 11 EVRM te beoordelen. In elk geval was de langdurige voorlopige hechtenis van een deelnemer disproportioneel: There has therefore been a violation of Article 10 of the Convention interpreted in the light of Article 11.¹¹

Artikel 11 EVRM is sowieso niet relevant indien het om een 'demonstratie' van een of twee personen gaat. In casu was de op de website van de twee performers aangekondigde actie niet aangemeld bij de bevoegde autoriteiten, wat tot het opleggen

4 <http://www.bbc.com/news/world-europe-36419723> (31 mei 2016). Dat was nog voor de coupogging.

5 Met dank aan Tessel Bossen voor een eerste inventarisatie van de jurisprudentie.

6 Zie ook noot Gerards onder EHRM 1 dec 2012, no. 80880/08 en 8577/08 (Schwabe & M.G./Duitsland), EHRC 2012/174.

7 Bijv. EHRM 8 juli 2008, no. 33629/06 (Vajnai/Hongarije).

8 EHRM 8 juni 2010, no. 4870/02 (Gül e.a./Turkije).

9 EHRM 10 juli 2012, no. 34202/06 (Berladir/Rusland).

10 EHRM 24 mei 2016, no. 37273/10 (Süleyman Çelebi e.a./Turkije).

11 EHRM 15 mei 2014, no. 19554/05 (Taranenko/Rusland).

van een boete van 80.000 Hongaarse forinten¹² leidde. Het feit dat het hier niet om een betoging in eigenlijke zin gaat, impliceert volgens het EHRM dat de nationale wetgeving, waarin een voorafgaande kennisgeving wordt vereist, niet mag worden toegepast. Dat is anders bij een echte betoging, die door haar omvang als vanzelf openbare orde aspecten heeft.¹³

Tussen meningsuitingen en andere gedragingen

Een specifieke vraag is in hoeverre artikel 10 EVRM van toepassing is op 'symbolic conduct': gedragingen die door intentie en context het karakter van een meningsuiting kunnen krijgen. Het Hof heeft tal van dergelijke gedragingen bescherming verleend, zoals het ophangen van vuil wasgoed bij het parlamentsgebouw¹⁴ en het plaatsen van een goudkleurige kruiwagen met aarde op het bureau van de voorzitter van het parlement.¹⁵

Zeker zo interessant is de zaak Murat Vural. Klager had een aantal keren standbeelden van Atatürk, de grondlegger van het moderne Turkije, met verf overgoten. Het beledigen van zijn nagedachtenis is in Turkije strafbaar en de feiten samen leverde een gevangenisstraf op van 13 jaar. Turkije stelt dat vandalisme buiten de reikwijdte van artikel 10 EVRM valt. Het Hof overweegt echter dat 'in deciding whether a certain act or conduct falls within the ambit of Article 10 of the Convention, an assessment must be made of the nature of the act or conduct in question, in particular of its expressive character seen from an objective point of view, as well as of the purpose or the intention of the person performing the act or carrying out the conduct in question'. In dit geval waren de gedragingen van de klager als uitdrukking van zijn anti-kemalistische opvatting te beschouwen. Klager was bovendien niet veroordeeld wegens vandalisme maar op grond van een uitingsdelict. Nu de gedragingen binnen de reikwijdte vielen, leidde de disproportionaliteit van de gevangenisstraf vrij simpel tot het oordeel dat artikel 10 EVRM geschonden was.¹⁶

De zaak Gough verdient eveneens aandacht. Klager was naakt van het zuiden van Engeland naar het noorden van Schotland gelopen. Het Hof acht de gedraging beschermd door artikel 10 EVRM, omdat hij zijn overtuiging, dat sociale naaktheid een groot goed is, tot uitdrukking bracht. De verhouding tussen gedrag en opvatting is hier echter een andere dan in de eerder genoemde zaken. Daar verwijst het gedrag symbolisch naar een bepaald standpunt; Gough's standpunt is dat zijn gedrag – dat verboden is – toegestaan moet zijn. De bescherming van artikel 10 EVRM leverde de klager overigens weinig op, nu het Hof bij de beoordeling van de noodzakelijkheid wel degelijk een onderscheid maakt tussen de opvatting van klager en de wijze waarop deze wordt uitgedragen.¹⁷

Tussen algemene en concrete positieve verplichtingen

Bij een inmenging van overheidswege is de onthoudingsplicht in het geding. 'Van overheidswege' dient niet eng te

worden uitgelegd. Saliyev betrof het door de hoofdredacteur terughalen van een blad uit de kiosken, omdat er een artikel in stond dat mogelijk tot gerechtelijke procedures zou leiden. Gezien de institutionele en economische banden tussen blad en gemeentebestuur, achtte het Hof het besluit van de hoofdredacteur de uitvoering van het beleid van de gemeente. Er werd getoetst aan de onthoudingsplicht.¹⁸

De zaak Palomo Sanchez daarentegen ziet op het ontslag van een werknemer van een particulier bedrijf wegens kwetsende uitlatingen in een personeelsblad. In zo'n geval kunnen er positieve verplichtingen in het geding zijn: 'The Court will therefore ascertain whether, in the present case, the Spanish judicial authorities, in dismissing the applicants' claims, adequately secured their right to freedom of expression in the context of labour relations'. De Grote Kamer herhaalt, dat bij negatieve en positieve verplichtingen dezelfde beginselen van toepassing zijn. Het gaat in beide contexten om een billijk evenwicht tussen de 'competing interests of the individual and of the community as a whole (...)'.¹⁹ In een eerdere zaak had het Hof op een ontslag wegens bepaalde uitlatingen overigens gewoon de noodzakelijkheidstoets toegepast.²⁰

De eerste positieve verplichting ooit die het Hof op grond van artikel 10 EVRM formuleerde, in Özgür Gündem,²¹ betrof het beschermen van het leven van bedreigde journalisten en het doen van adequaat onderzoek naar aanslagen. In Dink behandelt het Hof de plicht om het leven van een door ultranationalisten bedreigde journalist te beschermen daarentegen in het kader van artikel 2 EVRM; klager had daar ook uitdrukkelijk een beroep op gedaan. Bovendien was in Özgür Gündem ook de bescherming van 'de krant' in het geding.

Desondanks heeft Dink betekenis voor de positieve verplichtingen op grond van artikel 10: staten moeten niet alleen een effectief systeem in het leven roepen voor bescherming van auteurs en journalisten, maar ook 'un environnement favorable à la participation aux débats publics de toutes les personnes concernées', zodat iedereen zonder vrees zijn opvattingen kan verkondigen, ook indien deze haaks staan op de denkbepelden van de autoriteiten of volledig tegen de publieke opinie ingaan.²²

Een meer concrete positieve verplichting komt naar voren uit Frasila & Ciocirlan.²³ Nadat een deel van een mediabedrijf was verkocht, verleenden de nieuwe eigenaren aan klagers geen toegang meer tot de bedrijfsgebouwen, hoewel was overeengekomen dat zij van daaruit radio-uitzendingen zouden kunnen blijven verzorgen. Pogingen om het rechterlijk vonnis, dat zulks bevestigde, te doen eerbiedigen liepen op niets uit. Het Hof meent dat Roemenië haar positieve verplichtingen heeft geschonden, gezien het belang van de media als 'watchdog' en de uitwerking van de meer algemene rol van de staat als 'ultimate guarantor' van het pluralisme in de media, inzonderheid ook de audiovisuele media met een groot publieksbereik.

Een andere vrij concrete 'pluralisme verplichting' is te vinden in Centro Europa 7 S.R.L & Di Stefano.²⁴ De Grote Kamer merkt op dat 'in such a sensitive sector as the audio-visual

12 Ongeveer 250 Euro.

13 EHRM 12 juni 2012, no. 26005/08 (Tatar & Faber/Hongarije). Voor een solo-demonstratie zie EHRM 26 april 2016, no. 25501/07 (Novikova/Rusland).

14 EHRM 12 juni 2012, no. 26005/08 (Tatar & Faber/Hongarije).

15 EHRM 16 september 2014, no. 44357/13 (Szel e.a./Hongarije).

16 EHRM 14 oktober 2014, no. 9540/07 (Murat Vural/Turkije).

17 EHRM 28 oktober 2014, no. 49327/11 (Gough/Verenigd Koninkrijk).

18 EHRM 21 oktober 2010, no. 35016/03 (Saliyev/Rusland). Vgl. ook EHRM 10 mei 2012, no. 25329/03 (Frasila & Ciocirlan/Roemenië): "In order to determine whether any given legal person other than a territorial authority falls within the category [of 'governmental organisations'], account must be taken of its

legal status and, where appropriate, the rights that status gives it, the nature of the activity it carries out and the context in which it is carried out, and the degree of its independence from the political authorities."

19 EHRM (GK) 12 september 2011, no. 28955/06 (Palomo Sanchez e.a./Spanje), Mf 2012, jur.nr. 1 m.nt D.Griffiths.

20 EHRM 29 februari 2000, no. 39293/98 (Fuentes Bobo/Spainje).

21 EHRM 16 maart 2000, no. 23144/93 (Özgür Gündem/Turkije).

22 EHRM 14 september 2010, no. 2668/07 (Dink/Turkije).

23 EHRM 10 mei 2012, no. 25329/03 (Frasila & Ciocirlan/Roemenië).

24 EHRM (GK) 7 juni 2012, no. 38433/09 (Centro Europa 7 S.R.L. & Di Stefano/Italië).

media, in addition to its negative duty of non-interference the State has a positive obligation to put in place an appropriate legislative and administrative framework to guarantee effective pluralism'. Dat is in het bijzonder van belang, nu het nationale omroepstelsel als een duopolie kan worden aangemerkt. Vervolgens toetst het Hof de vergunningsverlening aan het vereiste van voorzienbaarheid uit het tweede lid, dat van oorsprong is toegesneden op een *inmenging* van overheidswege. Het komt tot de conclusie dat de regelgeving, die het kennelijk mogelijk maakte dat een bedrijf, dat in een tenderprocedure een licentie had bemachtigd, tien jaar later nog steeds niet kon uitzenden, te vaag was.

Een specifieke vraag deed zich voor in Remuszko.²⁵ Een journalist had een boek gepubliceerd waarin de ontstaansgeschiedenis van de krant *Gazeta Wyborcza* op weinig positieve wijze uit de doeken werd gedaan. Een advertentie voor het boek werd door zeven verschillende krantenuitgevers geweigerd. Het Hof maakt een duidelijk onderscheid tussen deze zaak en eerdere zaken waarin de weigering van een advertentie gebaseerd was op regelgeving voor de media. De persvrijheid geeft een uitgever van een krant ook het recht 'to establish and apply their own policies in respect of the content of advertisements'. Er bestaat in beginsel geen positieve verplichting van de overheid om toegang te garanderen. Bovendien kon klager nog steeds informatie over het boek naar buiten brengen, bijvoorbeeld op zijn eigen website.

Drie voorwaarden

Is er een inmenging in de vrijheid van meningsuiting dan zal de inmenging in beginsel aan de voorwaarden uit het tweede lid van artikel 10 EVRM dienen te voldoen.²⁶ Artikel 16 EVRM, dat speciale beperkingen ten aanzien van buitenlanders lijkt toe te staan, heeft alleen een zelfstandige betekenis indien buitenlanders zich direct mengen in het politiek proces, aldus de Grote Kamer.²⁷ Voor de rest wijkt de beoordeling niet af van inmengingen bij eigen burgers, zo komt ook naar voren uit *Cox v. Turkije*.²⁸ Klaagster was de toegang tot Turkije geweigerd wegens eerdere uitlatingen over de verhouding tussen Turken en Koerden en over de massamoord op de Armeniërs. De toepassing van artikel 10 EVRM op het niet toelaten van personen tot een land wegens uitlatingen of opvattingen is overigens niets nieuws.²⁹

Voorzien bij wet

De eerste voorwaarde is dat een inmenging 'voorzien bij wet' dient te zijn. Daarbij doen zich in het algemeen weinig problemen voor. Een mogelijke uitzondering komt naar voren in *Dink*.³⁰ Het EHRM heeft de nodige twijfels aan de voorzienbaarheid van de wetgeving die het verbiedt zich denigrerend uit te laten over de 'Turksheid' ook omdat het onduidelijk is of daarmee etniciteit of nationaliteit wordt bedoeld. Het Hof onthoudt zich echter van een oordeel daarover, nu de opgelegde sanctie sowieso disproportioneel is. De 'concurring

opinion' is minder gelukkig met die benadering; het verbod past überhaupt niet in een democratische samenleving. In een latere zaak heeft het EHRM vastgesteld dat de burger zijn gedrag niet voldoende op de norm kan afstemmen. Dat 'Turksheid' inmiddels was vervangen door 'Turkse natie' deed daar niet aan af; het Hof zag geen verandering in de toepassing van de bepaling.³¹

Betreffen deze arresten de voorzienbaarheid van de inmenging in eigenlijke zin, de vereiste kwaliteit van de wetgeving moet soms ook specifieke garanties tegen misbruik van bevoegdheid omvatten. Wat artikel 10 EVRM aangaat, valt ook in deze periode weer te wijzen op inmengingen in het journalistiek brongeheem (zie aldaar) en publicatieverboden (zie aldaar). Procedurele garanties kunnen overigens ook een rol spelen bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van een inmenging. Wanneer het parlement aan een van de leden een sanctie oplegt, is het bijvoorbeeld van belang of dat lid een faire mogelijkheid heeft de sanctie aan te vechten.³²

Legitiem doel

Het vereiste van een 'legitimate aim' speelt in de jurisprudentie van het EHRM veelal een bijrol, omdat er de nodige beperkingsgronden worden genoemd en de vraag of een maatregel geschikt is om het genoemde doel te dienen pas bij de noodzakelijkheidstoets aan bod komt. Wél is de Grote Kamer expliciet ingegaan op de vraag of ten aanzien van één van de genoemde gronden de Engelse verdragstekst – 'prevention of disorder' – of de Franse tekst – 'la défense de l'ordre' – moet worden gevolgd. Gezien het feit dat beperkingsmogelijkheden restrictief dienen te worden uitgelegd, kiest de Grote Kamer voor de 'Engelse term'.³³ De Nederlandse vertaling 'voorkomen van wanordelijkheden' is dus juist. De ruime uitleg die de Nederlandse rechter al snel aan dat begrip gaf, zodat bijvoorbeeld ook de bescherming van het stadsschoon eronder viel,³⁴ laat zich echter niet meer verdedigen.

Eén van de weinige voorbeelden van een zaak waarin de Grote Kamer een aangevoerde beperkingsgrond afwijst, is *Baka*. Hongarije had het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht aangevoerd als legitieme grond voor het voortijdig beëindigen van de aanstelling van de president van het Hoogerechtshof. Op zichzelf zou een verandering van ambtstermijn deze grond kunnen dienen, aldus het Hof, maar in het onderhavige geval was de beëindiging kennelijk ingegeven door zijn kritische uitlatingen over wetsvoorstellen die zagen op een reorganisatie van de rechterlijke macht.³⁵

Het vereiste van een legitieme grond speelt ook een rol in *Vurat Mural*. Rechter Sajo betoogt in een deels 'concurring' en deels 'dissenting opinion' dat een beperking van het maatschappelijk debat ter bescherming van de nagedachtenis van een staatshoofd dat al decennia dood is, sowieso niet past in een democratische samenleving.³⁶ Volgt de schending pas uit de noodzakelijkheidstoets, dan wordt de suggestie gewekt dat een beperking die dat doel dient in een ander geval geen schending hoeft te vormen.³⁷

25 EHRM 16 juli 2013, no. 1562/10 (Remuszko/Polen).

26 Voor misbruik van recht, zie aldaar.

27 EHRM (GK) 15 oktober 2015, no. 27510/08 (Perinçek/Zwitserland).

28 EHRM 20 mei 2010, no. 2933/03 (Cox/Turkije).

29 EHRM 27 april 1995, no. 45773/89 (Piermont/France). Voor het niet toelaten van een 'abortus-boat' tot de nationale wateren zie EHRM 3 februari 2009, no. 31276/05 (Women On Waves e.a./Portugal).

30 EHRM 14 september 2010, no. 2668/07 (Dink/Turkije).

31 EHRM 25 oktober 2011, no. 27520/07 (Altuğ Taner Akçam/Turkije).

32 EHRM (GK) 17 mei 2016, no. 42461/13 (Karácsony e.a./Hongarije).

33 EHRM (GK) 15 oktober 2015, no. 27510/08 (Perinçek/Zwitserland).

34 ABRvS 10 oktober 1978, NJCM-bulletin 1979, nr. 14 (Antenneverbod Leerdam).

35 EHRM (GK) 23 juni 2016, no. 20261/12 (Baka/Hongarije).

36 EHRM 14 oktober 2014, no. 9540/07 (Murat Vural/Turkije).

37 Bijvoorbeeld als het Hof er bij toepassing van dezelfde strafbepaling er de nadruk op legt dat de betreffende uitlating slechts in kleine kring was gedaan, EHRM 23 juni 2015, no. 34823/05 (Özçelebi/Turkije). Overigens ging het hier in het bijzonder ook om de kwalificatie van het Turkse 'kelle', dat 'hoofd' betekent, maar ook wel voor de kop van een dier gebruikt wordt.

Noodzakelijk in een democratische samenleving³⁸

Een inmenging dient noodzakelijk in een democratische samenleving te zijn. Van oudsher heeft het Hof daaruit afgeleid dat de vrijheid van meningsuiting ook van toepassing is op informatie en ideeën die kwetsen, shockeren of verontrusten.³⁹ Dat is ook zo bij zeer gevoelige onderwerpen, zoals de oorlog in Nagorno-Karabakh. Dat het omkomen van honderden burgers in Khojaly zorgt voor een diepgevoeld nationaal verdriet is op zichzelf onvoldoende reden voor een sanctie naar aanleiding van een artikel dat grote vraagtekens zet bij beslissingen van de eigen strijdkrachten.⁴⁰

Bij de noodzakelijkheidstoets is van belang op welk terrein de vrijheid van meningsuiting wordt uitgeoefend, zo herhaalt het Hof keer op keer. Er is weinig ruimte voor beperkingen 'in two fields, namely political speech and matters of public interest'.⁴¹ Er bestaat in het verlenge daarvan een verhoogd niveau van bescherming voor uitlatingen in het parlement, zoals ook naar voren komt uit de parlementaire onschendbaarheid, aldus de Grote Kamer. Ondanks het belang van de parlementaire autonomie en een appreciatiemarge ten aanzien van maatregelen om een ordentelijke discussie in het parlement te waarborgen, kan het Hof daarom wel degelijk de proportionaliteit van door het parlement aan parlementariërs opgelegde sancties beoordelen.⁴² Zo komt het Hof onder meer tot het oordeel dat voor het uitsluiten van een parlementariër van het debat wegens 'een middelvinger' naar een andere fractie geen 'compelling reason' bestond.⁴³

De nadruk op 'political speech and matters of public interest' impliceert niet dat andersoortige publicaties per se minder bescherming toekomt. Zo dragen kunstenaars bij aan de uitwisseling van ideeën, die wezenlijk is voor een democratische samenleving. In hoeverre dat een adequate omschrijving is die ook op instrumentale muziek en abstracte kunst van toepassing is, kan hier in het midden blijven. In elk geval mag de vrijheid van de artiest niet 'unduly' worden beperkt.⁴⁴ Een beperking blijkt in elk geval nauwelijks mogelijk, in geval literatuur behoort tot het 'Europese erfgoed'. De zaak zag op de erotische roman 'Les onze mille verges (roeden)' van Guillaume Apollinaire, die heel wat sadomasochistische en pedoseksuele passages kent. De uitgever van de Turkstalige uitgave was strafrechtelijk veroordeeld wegens de publicatie ervan, maar het EHRM acht de beperking niet proportioneel.⁴⁵

Het Hof heeft in het verleden ook overwogen dat artistieke publicaties niet 'letterlijk' hoeven te worden genomen. Eenzelfde benadering volgt het Hof regelmatig bij satire⁴⁶ en parodie; een kenmerk daarvan is immers de verdraaiing van de werkelijkheid.⁴⁷ De term 'satire' komt opmerkelijk genoeg niet voor in de overwegingen van de Grote Kamer in Palomo Sanchez.⁴⁸ Het arrest ziet op een cartoon, die suggereert dat een personeelsfunctionaris onder zijn bureau oraal wordt bevredigd door een werknemer. De 'dissenting opinion' refe-

ert wel aan het satirische karakter.⁴⁹ Dat lijkt mij terecht, omdat het Hof regelmatig benadrukt dat alle relevante factoren in overweging dienen te worden genomen. De meerderheid neemt de cartoon echter 'naar de letter': de tekening 'beticht' de personeelsfunctionaris van schanddaden en andere werknemers van het te grabbel gooien van hun waardigheid om hun baan te behouden.

De aard van de inmenging is uiteraard ook van belang voor de noodzakelijkheidstoets. De zwaarte van de sanctie wordt elders in ogenschouw genomen, hier een enkel woord over voorafgaande controle. In Cumhuriyet Vakfi heeft het Hof herhaald dat artikel 10 EVRM zich niet per se verzet tegen in kort geding opgelegde voorafgaande beperkingen, maar dat de risico's daarvan tot 'the most careful scrutiny' nopen, waarbij ook de procedurele waarborgen worden onderzocht. In het onderhavige geval wijst het Hof op de vaagheid en ambiguïteit van het publicatieverbod, dat vrijwel zonder motivering was opgelegd. Bovendien had klager zijn argumenten pas naar voren kunnen brengen nadat het verbod al een maand van kracht was geweest. Door deze gebreken is de inmenging niet als proportioneel te beschouwen.⁵⁰

Een bijzondere vorm van 'voorafgaand verlof' staat centraal in de zaak Wizerkaniuk.⁵¹ Een parlamentslid dat door twee journalisten was geïnterviewd wilde geen toestemming geven voor publicatie van het interview en de Poolse strafwet verbodt het publiceren van interviews zonder uitdrukkelijke toestemming. Na twee maanden publiceerde de krant toch bepaalde gedeeltes. Het EHRM wil nog wel aannemen dat de strafbepaling dient om de reputatie van geïnterviewde personen te beschermen, maar in casu – bijdrage aan het publiek debat, parlementariër, en de woorden accuraat weergegeven – is een strafrechtelijke sanctie een disproportionele maatregel.

Mosley vormt het spiegelbeeld. Het arrest betreft de publicatie door News of the World van beelden, waarop klager, de voorzitter van een internationale federatie van autoclubs, te zien is bij gedragingen, die door News of the World sadomasochistisch van aard worden genoemd. De nationale rechter oordeelde de publicatie onrechtmatig. Klager achtte zijn privacy desondanks te weinig beschermd, omdat er vóór publicatie rechtegens geen kennisgeving aan de betrokkene is vereist. Het EHRM wijst op de risico's die een dergelijke systeem van voorafgaande controle met zich mee zou brengen; er bestaat geen positieve verplichting op grond van artikel 8 EVRM om zo'n systeem in het leven te roepen.⁵²

Bij publicatieverboden let het Hof op alternatieve mogelijkheden. Aan de radicale dierenbeschermingsorganisatie PETA was verboden om posters te gebruiken waarop bio-industrie en holocaust op een aanschouwelijke wijze met elkaar in verband gebracht werden. De slotoverweging van het EHRM is dat de klager het probleem ook op andere manieren onder de aandacht kan brengen.⁵³ Het arrest Mouvement Raëlien ziet op het weigeren van toestemming voor een posteractie; de

38 Zie al EHRM 7 december 1976, no. 5493/72 (Handyside/V.K.).

39 O.a. EHRM (GK) 29 maart 2016, no. 56925/08 (Bédat/Zwitserland).

40 EHRM 22 april 2010, no. 40984/07 (Fatullayev/Azerbeidjan); de vaststelling van de nationale rechter dat de uitlatingen voor paniek zorgden moet volgens het Hof als overtrokken worden beschouwd.

41 EHRM (GK) 29 maart 2016, no. 56925/08 (Bedat/Zwitserland), par. 49.

42 EHRM (GK) 17 mei 2016, no. 42461/13 (Karácsony/c.a./Hongarije).

43 EHRM 8 november 2016, no. 35493/13 (Szanyi/Hongarije).

44 Zie EHRM 24 mei 1988, no. 10737/84 (Müller/Zwitserland).

45 EHRM 16 februari 2010, no. 41056/04 (Akdaş/Turkije). Beperkingen op grond van de moraal zullen ook aan de eis van subsidiariteit moeten voldoen. Voor de bescherming van jeugdigen bijvoorbeeld is het niet nodig de totale oplage van een nummer van tijdschrift dat over homo-erotische pornografie handelt in beslag te nemen, EHRM 22 november 2016, no. 4982/07 (Kaos/Turkije).

46 Zie bijvoorbeeld EHRM 2 juli 2016, no. 1799/07 (Ziembinski/Polen). Voor het kenmerken van een grap als satire, EHRM 22 maart 2016, no. 70434/12 (Sousa

Goucha/Portugal). Zie voor ironie onder meer EHRM 30 augustus 2016, no. 55442/12 (Medipresse-Sociedade Jornalística LDA/Portugal).

47 Bijv. EHRM 22 november 2016, no. 8918/05 (Grebneva & Alisimchik/Rusland) ten aanzien een denkbeeldig interview met een als prostitué opgevoerde officier van justitie.

48 EHRM (GK) 12 september 2011, no. 28955/11 (Palomo Sanchez e.a./Spain).

49 Zie voor het belang van de satirische aard van een publicatie onder meer EHRM 2 juni 2016, no. 61561/08 (Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov/Oekraïne).

50 EHRM 8 oktober 2013, no. 28255/07 (Cumhuriyet Vakfi e.a./Turkije); voor een niet noodzakelijke inbeslagname van een boek zie EHRM 8 juni 2010, no. 44102/04 (Sapan/Turkije).

51 EHRM 5 juli 2011, no. 18990/05 (Wizerkaniuk/Polen).

52 EHRM 10 mei 2011, no. 48009/08 (Mosley/VK).

53 EHRM 8 november 2012, no. 43481/09 (PETA Deutschland/Duitsland).

Grote Kamer overweegt vrij dat die weigering mede daarom geoorloofd is, omdat de vereniging alleen van dit verspreidingsmiddel moet afzien.⁵⁴ Door een dergelijke laconieke redenering wordt het afsluiten van een bepaald 'kanaal' waarmee men een boodschap kan verkondigen, wel erg snel proportioneel.

Persvrijheid en het recht op respect voor het privé leven

Er is veel jurisprudentie over de verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en respect voor het privé leven. De Grote Kamer heeft bevestigd dat artikel 8 EVRM niet alleen in het geding is bij een inbreuk op de privacy maar ook bij een ernstige aantasting van iemands reputatie, die nadeel oplevert voor de 'personal enjoyment of the right to respect for private life'.⁵⁵ De door artikel 8 EVRM gedekte rechten kunnen onder omstandigheden overigens ook worden aangetast door uitlatingen over de (voor)ouders van een bepaald persoon.⁵⁶ Ze kunnen tevens in het geding zijn wanneer de identiteit van een bepaalde groep op de korrel wordt genomen.⁵⁷

Artikel 8 EVRM kan daarentegen niet worden ingeroepen om te klagen over reputatieverlies dat het voorzienbaar gevolg is van eigen handelen, bijvoorbeeld het begaan van een misdrijf.⁵⁸ Evenmin zal de reputatie van een instelling snel onder artikel 8 vallen, zo blijkt uit *Kharlamov*. De zaak ziet op uitlatingen van een hoogleraar over de volgens hem niet legitieme verkiezing van de leden van de universitaire senaat. Volgens het EHRM is de bescherming van het gezag van de universiteit louter een 'institutional interest'.⁵⁹ Op vergelijkbare wijze weegt de reputatie van een ziekenhuis minder zwaar dan de reputatie van de daar werkzame artsen:⁶⁰ 'il y a une différence entre les intérêts liés à la réputation d'une personne morale et ceux liés à la réputation d'une personne physique. La Cour réitère à cet égard que les intérêts liés à la réputation d'une personne morale sont dépourvus de la dimension morale'.⁶¹

Is er sprake van een botsing tussen persvrijheid en privacy, dan onderzoekt het Hof of er een 'fair balance' tussen de in het geding zijnde belangen tot stand is gebracht. Het maakt geen verschil of de klacht ziet op een beperking van de persvrijheid ter bescherming van de privacy (onthoudingsplicht o.g.v. artikel 10 EVRM) of juist op het onvoldoende bescherming bieden aan de privacy (positieve verplichting o.g.v. artikel 8 EVRM). Dat blijkt ook uit twee op dezelfde dag gewezen arresten van de Grote Kamer. *Axel Springer AG* klaagde over de inmenging naar aanleiding van berichtgeving over de arrestatie van een bekende acteur wegens het in bezit hebben van drugs⁶² en *Caroline von Hannover* klaagde over onvoldoende bescherming van haar privacy tegen met foto's verluichtigde berichtgeving over haar vakantie.⁶³

Lijst met factoren

Bij de afweging, zo stelt de Grote Kamer in beide arresten, dient een aantal criteria in aanmerking te worden genomen. Dat zijn achtereenvolgens de vraag of de publicatie een 'contribution to a debate of general interest' vormt; de vraag hoe bekend de betrokken persoon is en wat het onderwerp van de berichtgeving is; het eerdere gedrag van de persoon ten opzichte van de media; de wijze van garing van informatie en de waarheidsgetrouwheid ('veracity') ervan; en de inhoud, vorm en consequenties van de publicatie. Een laatste factor, de ernst van de opgelegde sanctie speelt vooral een rol indien de klacht op een beperking van de vrijheid van meningsuiting ziet. Een klacht over onvoldoende bescherming van de privacy ziet immers veeleer op het niet opleggen van een sanctie.⁶⁴

Het Hof noemde dergelijke factoren reeds eerder.⁶⁵ Wél komt het in *Springer en Von Hannover* opgestelde lijstje hierna met grote regelmaat in de rechtspraak terug,⁶⁶ onder meer om vast te stellen dat de nationale rechter een bepaalde factor niet of onvoldoende in rekening heeft gebracht. Ook dat gebeurde al eerder; zie in de onderzochte periode bijvoorbeeld *Kubaszewski*, waarin het EHRM vaststelt dat de nationale rechter niet of nauwelijks acht heeft geslagen op het feit dat de kritiek zich richtte op politici.⁶⁷

Onder omstandigheden dient ook aandacht besteed te worden aan de bron van de informatie, de stappen die genomen zijn ter verificatie en de urgentie om over de kwestie te publiceren.⁶⁸ Het onderscheid tussen feit en waardeoordeel heeft evenmin aan belang ingeboet,⁶⁹ daarbij is het van belang dat het Hof heeft herhaald dat het toeschrijven van bepaalde motieven aan een persoon onder omstandigheden als waardeoordeel kan gelden.⁷⁰

De in *Springer en Von Hannover* uitgezette lijn is desondanks van groot belang. Wanneer de nationale rechter de afweging tussen persvrijheid en privacy heeft verricht 'in conformity' met deze criteria, zal het EHRM zijn oordeel namelijk alleen dan in de plaats van dat van de nationale rechter stellen, indien daar 'strong reasons' voor zijn. Deze formulering, die op zichzelf evenmin geheel nieuw is,⁷¹ ziet op appreciatie-marge en toetsingsintensiteit. Deze bijdrage zal eerst uitgebreid stilstaan bij de genoemde factoren, alvorens aandacht te besteden aan de 'strong reasons'.

Publiek debat

De eerste factor is de vraag of de publicatie een bijdrage aan het publiek debat vormt. Dat geldt niet voor 'commercial speech', waaronder bijvoorbeeld ook foto's van modeshows kunnen vallen.⁷² Het is overigens niet uitgesloten dat reclame in een bepaalde context – en in casu ook door het satirisch karakter – toch een bijdrage levert aan een debat van algemeen belang.⁷³ Bij reclame voor een boek dat het reilen en zei-

54 EHRM (GK) 13 juli 2012, no. 16354/06 (*Mouvement Raëlien Suisse/Zwitserland*).

55 EHRM (GK) 7 februari 2012, no. 39954/08 (*Axel Springer AG/Duitsland*), *Mf* 2012, jur.nr. 17 m.nt W.Korthals Altes.

56 EHRM (GK) 15 oktober 2015, no. 27510/08 (*Perinçek/Zwitserland*), § 201-203, met verwijzing naar arresten.

57 EHRM (GK) 15 maart 2012, no. 4149/04 (*Aksu/Turkije*), herhaald in EHRM (GK) 15 oktober 2015, no. 27510/08 (*Perinçek/Zwitserland*).

58 EHRM (GK) 7 februari 2012, no. 39954/08 (*Axel Springer AG/Duitsland*).

59 EHRM 8 oktober 2015, no. 27447/07 (*Kharlamov/Rusland*).

60 EHRM 2 februari 2016, no. 23497/05 (*Erdener/Turkije*).

61 Onderscheid tussen reputatie natuurlijk en rechtspersoon juist weer niet gemaakt in *Publico* inzake een publicatie over de voetbalclub Sporting Lissabon. Wel vond het EHRM de opgelegde sancties om andere redenen niet noodzakelijk in een democratische samenleving, EHRM 7 december 2010, no. 39324/07 (*Público – Comunicação Social, S.A. e.a./Portugal*).

62 EHRM (GK) 7 februari 2012, no. 39954/08 (*Axel Springer AG/Duitsland*).

63 EHRM (GK) 7 februari 2012, no. 40660/08 (*Von Hannover/Duitsland* no. 2), *Mf* 2012, jur.nr 14 m.nt O.G. Trojan.

64 Het is uiteraard mogelijk dat wordt geklaagd over een te lichte sanctie.

65 Bijv. EHRM 11 februari 2010, no. 33333/04 (*Fedchenko/Rusland*).

66 EHRM 3 december 2013, no. 64520/10 (*Ungváry & Irodalom Kft/Hongarije*).

67 EHRM 22 februari 2010, no. 571/04 (*Kubaszewski/Polen*).

68 EHRM 2 oktober 2012, no. 5126/05 (*Yordanova & Toshev/Bulgarije*).

69 Bijv. EHRM 4 oktober 2016, no. 53139/11 (*Do Carmo de Portugal & Castro/Portugal*).

70 EHRM 2 juni 2016, no. 61561/08 (*Institut Ekonomichnykh Reform, Tov/Oekraïne*).

71 Bijv. EHRM (GK) 12 september 2011, no. 28955/11 (*Palomo Sanchez e.a./Spain*).

72 EHRM 10 januari 2013, nr. 36769/08 (*Ashby Donald e.a./Frankrijk*), *Mf* m. nt D. Voorhoof.

73 EHRM 19 februari 2015, no. 53495/09 (*Bohlen/Duitsland*).

len van de pers behandelt, een onderwerp dat bij uitstek van publiek belang is, overwegen volgens het EHRM toch de commerciële belangen, zodat de advertentie niet dezelfde mate van bescherming toekomt als het boek.⁷⁴ De posters van de Mouvement Raëlien werden door de Grote Kamer eveneens als een soort reclame beschouwd.⁷⁵ Dat is niet onbegrijpelijk, maar het verbod om de posters op te hangen was niet ingegeven door de posters zelf, maar door de ideeën van de betreffende vereniging (geriocratie, klonen van mensen, sensuele contacten met jeugdigen).

Een uitlating in het kader van een privé geschil, ook met de belastingdienst, is evenmin een publicatie over een vraagstuk van algemeen belang.⁷⁶ Wel dient de context in ogenschouwen genomen te worden. Indien bijvoorbeeld de voorzitter van een culturele vereniging een conflict met het gemeentebestuur heeft over het uitgeven van een boek, dienen de uitlatingen van deze voorzitter een particulier belang, maar maken tegelijkertijd deel uit van een debat van algemeen belang, nu zij zien op de wijze waarop de gemeente bestuurd wordt en publieke gelden worden aangewend.⁷⁷ Het de grond in boren van de kwaliteit van een bepaalde wijn kan ook een bijdrage aan het maatschappelijk debat vormen. Het EHRM wijst erop dat de journalist eerder een waardeoordeel over het staats eigendom van bedrijven tot uitdrukking bracht dan dat hij afbreuk wilde doen aan de producten.⁷⁸

Een interessante vraag is of er verschil is tussen een bijdrage aan een 'ongoing debate' en een publicatie die een nieuwe kwestie poogt aan te kaarten. Dat is bijvoorbeeld relevant indien de pers de capaciteiten van een kinderpsycholoog en getuige-deskundige in twijfel trekt op grond van een zeventien jaar oud rapport over haar mentale stabiliteit. Tussen het Hof en de dissenters bestaat in dezen een principieel verschil van mening. Anders gezegd: de dissenters laten de privacy zwaarder wegen.⁷⁹

Een publicatie dient in haar geheel beoordeeld te worden. Couderc ziet op een interview met een vrouw die een relatie had gehad met het staatshoofd van Monaco; ze hadden ook een kind. De Franse rechter had gewezen op bepaalde details die het privé leven en zelfs het intieme leven betroffen. De Grote Kamer hanteert daarentegen het uitgangspunt dat het artikel over een kind van een 'erfelijk staatshoofd' bedoelt een bijdrage te leveren aan het maatschappelijk debat. Mede om die reden acht de Grote Kamer de inmenging niet noodzakelijk in een democratische samenleving.⁸⁰

De zaak Ruusunen kan als contrapunt worden beschouwd. De ex-vriendin van de premier van Finland had een autobiografie geschreven met daarin ook details van hun relatie. Het Hof wijst erop dat het privé leven van de auteur het onderwerp is, maar dat bepaalde elementen van algemeen belang zijn, zoals de mogelijke oneerlijkheid en het gebrek aan oordeelsvermogen van de premier en de passages over de beveiliging. Dat gold uitdrukkelijk niet voor de aandacht voor het seksleven van de premier en voor de gevoelens en het gedrag van zijn kinderen. Om die reden was de klacht over schending van artikel 10 EVRM kennelijk ongegrond.⁸¹ Het verschil tussen beide zaken lijkt te zijn dat bij de autobiografie het privé leven de invalshoek vormt en de informatie van publiek belang bijvangst is, terwijl dat in Couderc precies andersom is.

Uit Von Hannover no. 2 blijkt eveneens dat een publicatie in haar geheel moet worden beoordeeld. Het gedeelte over de skivakantie van prinses Caroline noch de bijbehorende foto's waren op zichzelf bijdragen aan een 'debate of general interest'. Dat was anders voor het gedeelte dat zag op de ziekte van Prins Reinier III, het staatshoofd van Monaco. In het verleden daarvan was het de pers ook toegestaan te berichten hoe de kinderen van de prins hun familieverplichtingen trachtten te verzoenen met hun privé aangelegenheden. Ook de foto's hielden dus voldoende verband met een onderwerp van algemeen belang. Het EHRM acht deze redenering van de Duitse rechter niet onredelijk en accepteert dat de foto's – 'to some degree' – bijdroegen aan een publiek debat. Daarbij wijst het EHRM erop dat de Duitse rechter heeft onderkend dat een dergelijke link geen voorwendsel moet worden om foto's te publiceren.

De Grote Kamer gebruikt hier de term 'to some degree'. Ook uit andere arresten blijkt dat het onderscheid tussen bijdrage of niet gradueel van aard kan zijn. Zo overweegt de Grote Kamer in Axel Springer dat de gewraakte publicatie, die zag op de arrestatie en veroordeling van een bekend televisie-acteur wegens het bezit van drugs 'public judicial facts' betrof die een 'degree of general interest' in zich droegen. Een publicatie in het kader van een arbeidsgeschil binnen een bepaald bedrijf heeft volgens de Grote Kamer niet een zuiver privé karakter: 'it was at least a matter of general interest for the workers of the company'.⁸² In Rubins stuurde de klager, hoogleraar aan de universiteit, een aantal e-mails naar de rector en de leden van de senaat met stevige kritiek op het besluit om de door hem geleide afdeling op te heffen. Het EHRM wijst erop dat de universiteit een door de overheid gefinancierde instelling is en de door de klager aangevoerde kwesties 'enig' publiek belang hadden.⁸³

Een andere complicatie is dat het *onderwerp* van de berichtgeving een 'matter of public interest' kan zijn, maar dat de publicatie daarmee nog geen *bijdrage* aan de discussie hoeft te vormen. Hét voorbeeld is Bédat, waarin een publicatie over een ernstig en spectaculair auto-ongeluk centraal stond.⁸⁴ De Grote Kamer acht de tragedie een zaak van publiek belang, ook wegens de bij de bevolking veroorzaakte beroering. De inhoud van het artikel in kwestie, in het bijzonder ook de daarin opgenomen vertrouwelijke informatie uit de verhoren van de verdachte, hoeft desondanks niet als een bijdrage aan het debat beschouwd te worden. Het EHRM wijst op de grondige analyse van de nationale rechter die redelijkerwijs tot de conclusie kon komen dat de publicatie slechts de ongezonde nieuwsgierigheid van het publiek bevredigde. Een ander voorbeeld is Gaunt, waarin het Hof onderscheid maakt tussen het onderwerp van de discussie en de onnodig grievend geachte persoonlijke aanvallen op een gezagdrager, die een contextuele rechtvaardiging ontberen.⁸⁵

'Publiek persoon'

Als tweede factor noemt de Grote Kamer: 'How well known is the person concerned and what is the subject of the report?'. Direct daarna komt het Hof met andere bekende overwegingen over het verschil tussen privé personen en personen die als politicus of 'public figure' optreden.

74 EHRM 16 juli 2013, no. 1562/10 (Remuszko/Polen).

75 EHRM (GK) 13 juli 2012, no. 16354/06 (Mouvement Raëlien Suisse/Zwitserland).

76 EHRM 19 februari 2010, no. 42396/04 (Taffin/Frankrijk).

77 EHRM 22 januari 2015, no. 26671/09 (Pinto Pinheiro Marques/Portugal).

78 EHRM 19 juli 2011, no. 23954/10 (Uj/Hongarije).

79 EHRM 16 mei 2016, no. 33677/10 (Fürst-Pfeifer/Oostenrijk).

80 EHRM 10 november 2015, no. 40454/07 (Couderc & Hachette, Filipacchi Associés/Frankrijk), Mf 2016, jur.nr 8, m.nt W. Korthals Altes.

81 EHRM 14 januari 2014, no. 73579/10 (Ruusunen/Finland).

82 EHRM (GK) 12 september 2011, no. 28955/11 (Palomo Sanchez e.a./Spanje).

83 EHRM 13 januari 2015, no. 79040/12 (Rubins/Letland).

84 EHRM (GK) 29 maart 2016, no. 56925/08 (Bédat/Zwitserland).

85 EHRM 6 september 2016, no. 26448/12 (Gaunt/VK).

Bekendheid en gezagdrager kunnen uiteraard samenvallen, zoals bij de minister-president van een land. Deze zal dan ook bij uitstek meer moeten verdragen.⁸⁶ Er hoeft echter geen samenval te zijn. Caroline von Hannover geniet een zeer grote bekendheid en de Grote Kamer komt dan ook terecht tot de conclusie dat zij niet gelijkgesteld kan worden aan een privé persoon. Tegelijkertijd is in Von Hannover no. 1 en 3 uitdrukkelijk overwogen dat zij geen enkele officiële functie binnen de Monegaskische staat vervult.⁸⁷ Juist dáárom lijkt in Von Hannover no. 2 slechts de link met de ziekte van het staats-hoofd de publicatie te kunnen redden. Omgekeerd zijn niet alle gezagdragers even bekend. Ten aanzien van een algemeen directeur van een door de overheid gesubsidieerde sociale zekerheidsinstelling overweegt het Hof uitdrukkelijk dat deze niet zo'n grote bekendheid geniet, maar desondanks gelijkgesteld kan worden aan een 'public figure'.⁸⁸

Het tweede gedeelte van de gebruikte formule – 'what is the subject of the report' – betekent dat de eerstgenoemde factor (publiek debat) relevant blijft. In Sabanović had de directeur van een waterleidingbedrijf en lid van de oppositie zich negatief uitgelaten over een overheidsinspecteur 'waterkwaliteit'. Deze uitlatingen zagen op een zaak van groot algemeen belang, de kwaliteit van het drinkwater, en hadden alleen betrekking op het werk van de functionaris.⁸⁹ Er zal dan niet snel mogen worden aangenomen dat een uitlating in de context van het maatschappelijke en politiek debat een op de persoon gerichte aantijging is. Evenzo moest de in een artikel over een wetsvoorstel opgeworpen vraag, of de minister-president het had goedgekeurd in een door hard drugs veroorzaakte roes, vooral begrepen worden als ironische kritiek en niet als een versterking van het gerucht dat de minister-president daadwerkelijk hard drugs zou gebruiken.⁹⁰ Ontaardt de kritiek op een gezagdrager in een onnodig grievende, op de persoon gerichte aanval, dan is een beperking onder omstandigheden wel geoorloofd.⁹¹

Uit eerdere jurisprudentie was al gebleken dat staatshoofden,⁹² waaronder koningen, als gezagdrager zijn te beschouwen en hen niet zonder meer speciale bescherming toekomt. Dat wordt in Gutierrez Suarez⁹³ bevestigd voor andere personen van koninklijke bloede die een functie binnen een – in dit geval het Saoedische – koninkrijk vervullen.⁹⁴

Wat (lagere) ambtenaren betreft, heeft het Hof wederom benadrukt dat 'les fonctionnaires doivent, pour s'acquitter de leurs fonctions, bénéficier de la confiance du public sans être indûment perturbés, et qu'il peut dès lors s'avérer nécessaire de les protéger particulièrement contre des attaques verbales offensantes lorsqu'ils sont en service'.⁹⁵ In de media is er wel kritiek mogelijk, voor zover die kritiek hun functioneren betreft. Zo stond in Bargao het gedrag van een administratieve medewerker in een openbaar gezondheidscentrum centraal. Dat gedrag was stevig bekritiseerd (niet aanwezig tijdens

werktijden en willekeur ten aanzien van patiënten) door klagers, die voor smaad waren veroordeeld. Volgens het EHRM gaat de brief, die in de pers was gepubliceerd en die op feiten berustte, de grenzen van de geoorloofde kritiek niet te buiten.⁹⁶

Een door een particuliere instelling in het leven geroepen kinderombudsman is geen gezagdrager of politicus. Deze kan echter ook niet volledig als privé persoon worden beschouwd, nu ze in het openbaar de ideeën en doelen van de instelling promoot en daarom al enige jaren zichtbaar is in de media.⁹⁷ Een kinderpsycholoog, die vaak optreedt als getuige-deskundige in rechtszaken, is weliswaar geen ambtenaar, maar zal op vergelijkbare wijze kritiek moeten dulden.⁹⁸ Een leraar die regelmatig ook als moslimleider spreekt, stelt zich in elk geval in die laatste hoedanigheid open voor journalistieke kritiek.⁹⁹

In de zaak Björk komt het EHRM tot de conclusie dat een nachtclubondernemer, gezien ook de discussies over vrouwenhandel, prostitutie en drugsgebruik, beschouwd moet worden als een persoon die het publieke domein heeft betreden. Om die reden moet hij meer kritiek dulden dan een privé persoon of een 'ordinary professional'. De vriendin van de Finse 'National Conciliator', die betrokken was bij een 'widely publicized' incident voor de woning van genoemde Conciliator, had eveneens 'het publieke domein betreden'.¹⁰⁰

Het is de vraag in hoeverre de reputatie van overledenen bescherming verdient. Mizzi¹⁰¹ betrof een publicatie over een oud minister-president. Het Hof is zich er van bewust dat in veel landen voor nabestaanden een gang naar de rechter openstaat, maar als de betrokkene al dertig jaar dood is, ziet het Hof weinig relevante schade door verlies aan reputatie. Het Hof brengt in herinnering dat in de zaak Plon de betrokkene, president Mitterrand, nog maar net overleden was.¹⁰² Dat komt terug in Genner tegen Oostenrijk. Klager had een dag na het overlijden van een minister op zijn website zijn tevredenheid daarover uitgesproken omdat de minister volgens hem indirect schuldig was aan foltering. Het Hof acht zijn veroordeling wegens smaad niet in strijd met artikel 10 EVRM. In dit verband valt nog op te merken dat het Hof in de zaak Mural, waarin de nagedachtenis van Atatürk de hoofdrol speelde, juist geen aandacht wijdde aan het feit dat deze al decennia lang dood is.¹⁰³

Wanneer zich de vraag voordoet of een bepaald persoon in een publicatie met naam en toenaam mag worden genoemd, is zijn positie eveneens van belang.¹⁰⁴ Een voorbeeld van een zaak waarin de pers (veel) te ver was gegaan, vinden we in Krone Verlag. De publicaties betroffen het geschil tussen twee partners over het ouderlijk gezag over hun zoon. De artikelen onthulden zijn identiteit, gaven details over zijn leven in het gezin en gingen vergezeld van foto's, die zijn pijn en wanhoop toonden. De publicatie was niet te rechtvaardigen.¹⁰⁵

86 Bijv. EHRM 30 augustus 2016, no. 55442/12 (Mediapresse-Sociedade Jornalística LDA/Portugal).

87 EHRM 24 juni 2004, no. 59320/00 (Von Hannover/Duitsland no.1) en EHRM 19 september 2013, no. 8772/10 (Von Hannover/Duitsland no.3).

88 EHRM 19 juni 2012, no. 3490/03 (Tanasoica/Roemenië).

89 EHRM 31 mei 2011, no. 5995/06 (Sabanovic/Montenegro & Servië).

90 EHRM 30 augustus 2016, no. 55442/12 (Mediapresse-Sociedade Jornalística LDA/Portugal).

91 EHRM 6 september 2016, no. 26448/12 (Gaunt/VK). Vgl. EHRM (GK) 12 september 2011, no. 28955/11 (Palomo Sanchez e.a./Spanje); EHRM 4 oktober 2016, no. 53139/11 (Do Carmo de Portugal & Castro/Portugal).

92 Zie in de onderzochte periode EHRM 14 maart 2103, no. 26118/10 (Eon/France).

93 EHRM, 1 juni 2010, no. 16023/07 (Gutiérrez Suárez/Spanje).

94 EHRM 21 januari 2016, no. 29313/10 (Carolis & France Television /Frankrijk).

95 EHRM 18 februari 2010, no. 42396/04 (Taffin/Frankrijk), zie al Janowski c. Pologne [GC].

96 EHRM 15 november 2012, no. 53579/09 (Bargao & Domingos Correia/Portugal).

97 EHRM 6 juli 2010, no. 37520/07 (Niskasaari e.a./Finland).

98 EHRM 17 mei 2016, no. 33677/10 (Fürst-Pfeifer/Oostenrijk).

99 EHRM 6 mei 2010, no. 17265/05 (Brunet Lecomte & Lyon Mag/Frankrijk).

100 EHRM 6 maart 2016, no. 25576/04 (Flinkkilä e.a./Finland). De Conciliator bemiddelt in geschillen tussen werkgevers en werknemers.

101 EHRM 22 november 2011, no. 17320/10 (John Anthony Mizzi/Malta).

102 EHRM 18 mei 2004, no. 58148/00 (Éditions Plon/Frankrijk).

103 EHRM 21 oktober 2014, no. 9540/07 (Murat Vural/Turkije). Vgl. in dezen de klacht van de kleinzoon van Stalin n.a.v. de aanvallen op de goede naam van zijn grootvader, EHRM 9 december 2014, no. 41123/10 (Dzhughashvili/Rusland).

104 EHRM 10 januari 2012, no. 34702/07 (Standard Verlags GMBH/Oostenrijk); vgl. ook EHRM 25 oktober 2016, no. 60818/01 (Verlagsgruppe News GmbH/Oostenrijk).

105 EHRM 19 juni 2012, no. 27306/07 (Krone Verlag GMBH/Oostenrijk).

Eerder gedrag

In Axel Springer wijst de Grote Kamer op de eerdere houding van de betreffende acteur ten opzichte van de media. Hij had in een aantal interviews details uit zijn privé leven prijsgegeven en de schijnwerpers opgezocht. Dat vermindert de gerechtvaardigde privacy verwachting.¹⁰⁶ Deze factor speelde ook een rol bij de berichtgeving over Naomi Campbell. Zij had namelijk in het verleden drugsgebruik steeds ontkend. Mede daarom was de berichtgeving over haar verslaving en behandeling 'legitimately a matter of public interest and capable of being published'.¹⁰⁷ Dat blijft een merkwaardige redenering. Een bekend persoon heeft blijkbaar de keuze om bepaalde privé aangelegenheden tegenover de media toe te geven of ze te ontkennen, maar dan zijn het blijkbaar geen privé aangelegenheden meer.

Wijze van vergaren

In Axel Springer en Von Hannover no. 2 herhaalt de Grote Kamer al bij haar algemene overwegingen dat foto's, die verschijnen in sensatiebladen, vaak genomen zijn in een 'climate of continual harassment which may induce in the person concerned a very strong sense of intrusion into their private life or even of persecution'.¹⁰⁸ In Von Hannover no. 1 had het Hof in rekening gebracht dat prinses Caroline nauwelijks meer kon winkelen zonder belaagd te worden door paparazzi. Een ander voorbeeld vinden we in Von Hannover no. 3. Daarin buigt het EHRM zich over bepaalde foto's waarop te zien is dat klaagster struikelt tijdens een verblijf in de Beach Club Monte Carlo. De foto's blijken heimelijk genomen, waarschijnlijk vanaf een enkele honderden meters verderop gelegen gebouw; voor fotografen is de toegang tot de club juist strikt gereguleerd.¹⁰⁹ In MGN was eveneens van belang dat de foto's van Naomi Campbell heimelijk met een telelens waren genomen.¹¹⁰

Het is overigens niet zo dat het recht steeds bescherming moet bieden tegen de publicatie van zonder toestemming met telelens gemaakte foto's. Een voorbeeld vormen de foto's van het huwelijk van een zanger en actrice op een niet voor het algemene publiek afgesloten eilandje.¹¹¹ Met de wijze van vergaren is meer in het algemeen weinig mis indien de foto's gemaakt zijn bij openbare gelegenheden of eerder door de betrokkene zelf zijn gepubliceerd, en geen intieme details tonen.¹¹² De pers mag uiteraard ook gebruik maken van informatie die van overheidswege verstrekt is.¹¹³

Inhoud, vorm en consequenties

Ziet de vorige factor mede op de door het *garen* gemaakte inbreuk op de privacy; deze factor betreft de aard en ernst van de door de *publicatie* gemaakte inbreuk. Het Hof maakt in dezen onderscheid tussen de privé sfeer in algemene zin en de intieme sfeer, waarbinnen medische gegevens,¹¹⁴ seks en seksuele gerichtheid vallen. Berichtgeving daarover lijkt niet snel een bijdrage aan een publiek debat te kunnen vormen. De

inbreuk is uiteraard minder groot indien iemand zijn gerichtheid zelf uitdrukkelijk bekend heeft gemaakt. Mede om die reden hoefde de nationale rechter een satire over een homoseksuele talkshow host niet te sanctioneren.¹¹⁵ Omgekeerd was het in Axel Springer van belang dat de berichtgeving die zag op de arrestatie van de acteur, verder geen details uit zijn privé leven onthulde. Er was ook niet aangetoond dat de berichtgeving ernstige consequenties voor de betrokkene had gehad. Dat is bijvoorbeeld anders wanneer iemand in een publicatie – zonder voldoende onderbouwing – van antisemitisme wordt beschuldigd.¹¹⁶

De pers heeft de vrijheid in beginsel zelf de vorm van de publicatie te kiezen. In Axel Springer deed het feit dat bepaalde bewoordingen vooral bedoeld waren de aandacht van het publiek te trekken, niet af aan de reeds genoemde overwegingen. In een ander arrest stelt het Hof dat gemeenzaam taalgebruik niet bezwaarlijk hoeft te zijn. Daarbij valt het hantieren van een afkeurende of minachtende toon onder de vrijheid om een waardeoordeel uit te spreken en dienen ironisch bedoelde termen niet naar de letter te worden genomen.¹¹⁷

Het Hof laat de pers dus een zekere vrijheid om door de koppen de aandacht van de lezer te trekken;¹¹⁸ kop en artikel moeten in samenhang worden beoordeeld. De publicatievorm moet echter geen kwalijke praktijken suggereren, terwijl de journalist weet dat deze zich niet hebben voorgedaan. Een inmenging naar aanleiding van koppen op de voorpagina die suggereerden dat een politiek gezagdrager was omgekocht met een fraaie sportwagen, vormde geen schending van de persvrijheid: 'In the present case, the title and questions criticised by the domestic courts cannot be said to amount to an acceptable journalistic technique consisting of giving a sensationalist title or leading paragraph to a text providing a reader with objective information'.¹¹⁹ In een andere zaak suggereerde de kop ten onrechte dat een politieke gezagdrager een verbond was aangegaan met twee zware criminelen.¹²⁰

Sancties

Bij de beoordeling van de proportionaliteit van de inmenging zijn de aard en hoogte van de sanctie ook relevant.¹²¹ Deze worden soms meegewogen in het geheel aan factoren,¹²² in andere gevallen maakt het Hof expliciet duidelijk dat niet het sanctioneren op zich disproportioneel is, maar de opgelegde sanctie wél. Een schoolvoorbeeld is Belpietro. De directeur van het dagblad *Il Giornale* was veroordeeld wegens publicatie van een artikel waarin een aantal leden van het OM werd bekritiseerd. Twee van hen deden aangifte van smaad. Klager werd veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf en tot het betalen van een schadevergoeding van ruim een ton. Dat was een schending van artikel 10 EVRM, ook al kon een inmenging op zichzelf als noodzakelijk in een democratische samenleving worden beschouwd.¹²³

Strafvervolgning van een journalist wegens medeplichtigheid aan het verspreiden van andermans strafbare uitlatingen is alleen voorstelbaar indien daar 'particularly strong reasons' voor zijn.¹²⁴ Gevangenisstraf voor een persdelict is sowieso

106 EHRM (GK) 7 februari 2012, no. 39954/08 (Axel Springer AG/Duitsland).

107 EHRM 18 januari 2011, no. 39401/04 (Mgn Limited/VK).

108 EHRM (GK) 7 februari 2012, no. 39954/08 (Axel Springer AG/Duitsland).

109 EHRM 19 september 2013, no. 8772/10 (Von Hannover/Duitsland no.3), Mf 2014, jur.nr. 1 m.nt O.G. Trojan.

110 EHRM 18 januari 2011, no. 39401/04 (Mgn Limited/VK).

111 EHRM 16 januari 2014, no. 13258 (Lillo-Stenberg & Sæther/Noorwegen).

112 EHRM 8 juni 2010, no. 44102/04 (Sapan/Turkije).

113 EHRM (GK) 7 februari 2012, no. 39954/08 (Axel Springer AG/Duitsland).

114 EHRM (GK) 29 maart 2016, no. 56925/08 (Bédat/Zwitserland).

115 EHRM 22 maart 2016, no. 70434/12 (Sousa Goucha/Portugal).

116 EHRM 7 juni 2016, no. 17676/09 (CICAD/Zwitserland).

117 EHRM 11 februari 2010, no. 33333/04 (Fedchenko/Rusland).

118 Axel Springer 108; vgl. ook EHRM 2 oktober 2012, no. 5126/05 (Yordanova & Toshev/Bulgarije).

119 EHRM 21 juni 2011, no. 35105/04 (Kania&Kittel/Polen).

120 EHRM 2 februari 2012, no. 20240/08 (Růžový panter/Tsjechië).

121 EHRM 4 oktober 2016, no. 44436/13 (Dorota Kania/Poland no.2).

122 EHRM 21 oktober 2014, no. 9540/07 (Murat Vural/Turkije).

123 EHRM 24 september 2013, no. 43612/10 (Belpietro/Italië).

124 EHRM 10 juli 2012, no. 43380/10 (Hlynisdottir/IJsland).

alleen in uitzonderlijke gevallen te billijken. Daarbij valt te denken aan ‘hate speech’ en oproepen tot geweld.¹²⁵ Louter de mogelijkheid dat journalisten wegens smaad in de gevangenis komen, kan al een chilling effect op hun (onderzoeks)werk hebben.¹²⁶ Tegen een boete bestaan niet dezelfde bezwaren; toch kan ook een beperkte boete onder meer door het afschrikwekkend effect disproportioneel zijn.¹²⁷

Een strafvervolgning wegens smaad kan soms wél als noodzakelijk in een democratische samenleving worden beschouwd, bijvoorbeeld wanneer een burger op grond van wat natte-vingerwerk stevige beschuldigingen uit aan het adres van een politicus.¹²⁸ Ook bij het opleggen van straffen aan burgers is echter gematigdheid geboden. De in deze kroniek al genoemd gevangenisstraf van dertien jaar wegens het met verf overgieten van aantal standbeelden van Atatürk is daarmee uiteraard in strijd.¹²⁹

Indien er inbreuk is gemaakt op het recht op respect voor het privé leven, dan zal voor de betrokkene veelal een civiele procedure openstaan. Maakt hij daar geen gebruik van, dan zou men daaruit af kunnen leiden dat er (ook) geen dwingende reden is voor een strafvervolgning. In het arrest *Bédat* is daar een korte overweging aan gewijd. Nu de betrokkene in voorarrest zat, en ook meer in het algemeen een kwetsbare indruk maakte, mochten de autoriteiten een strafrechtelijke procedure starten om zo aan hun positieve verplichting in het kader van artikel 8 EVRM te voldoen, aldus de Grote Kamer.¹³⁰

In civiele zaken kijkt het Hof uiteraard naar de hoogte van de toegekende schadevergoeding. De Grote Kamer achtte de schadevergoeding, inclusief proceskosten, van enkele tonnen wegens de berichtgeving over de drankverslaving van Naomi Campbell niet disproportioneel, met name omdat die vergezeld ging van een met telelens gemaakte foto, die het model in beeld bracht bij het verlaten van een bijeenkomst van de AA. De daarnaast opgelegde vergoeding van de ‘success fees’ van enkele tonnen ging de appreciatiemarge van de Britse rechter echter te buiten, aldus het Hof.

Bij het vaststellen van de hoogte van de opgelegde schadevergoeding houdt het EHRM rekening met persoonlijke omstandigheden.¹³¹ Een schrijnende zaak is *Tesić* tegen Servië. Een gepensioneerde, zieke vrouw werd op grond van haar negatieve uitslatingen over haar advocaat veroordeeld wegens smaad. De rechter legde een schadevergoeding van ongeveer 5000 Euro op en besloot in zijn wijsheid dat iedere maand twee derde van haar pensioen overgemaakt moest worden naar de bankrekening van de advocaat. Dat liet de klagster 60 Euro per maand om van te leven. Het EHRM had dan ook weinig moeite met het oordeel dat de inmenging niet noodzakelijk in een democratische samenleving kon worden genoemd.¹³²

Appreciatiemarge

Het Hof heeft in het verleden meermalen overwogen dat er in geval van botsing van grondrechten over het algemeen een relatief grote marge bestaat voor de nationale autoriteiten.

Die overweging vinden we ook in zaken waarin persvrijheid en privacy¹³³ en persvrijheid en auteursrecht¹³⁴ tegenover elkaar staan. Tegelijkertijd hanteert het EHRM in zaken die zien op inmengingen in het maatschappelijk debat het uitgangspunt dat de marge relatief klein is. Deze twee uitgangspunten kunnen haaks op elkaar staan.

In de onderzochte periode lijkt het Hof de marge bij een afweging tussen persvrijheid en privacy een enigszins nieuwe invulling te willen geven. Het let erop of de nationale rechter de hierboven genoemde factoren verdisconteerd heeft. Is dat het geval, ‘the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts’.¹³⁵ Het Hof wijst hier terug naar *Mgn Limited*. Daarin liep het EHRM de overwegingen van het House of Lords, de hoogste Engelse rechter, na en oordeelde de aangevoerde redenen zodanig relevant en ‘sufficient’ dat er geen ‘strong reasons’ waren.¹³⁶ De dissenting opinion zag hierin een onterechte afwijking van de eerdere benadering van het Hof, dat juist een eigen oordeel over het geheel aan feiten zou moeten geven. In *Palomo Sanchez* meent de Grote Kamer eveneens dat er geen ‘strong reasons’ zijn om haar oordeel in de plaats van dat van de nationale rechter te stellen, terwijl de ‘dissenting opinion’ stelt dat bepaalde aspecten van de zaak in de nationale rechtsgang onvoldoende gewicht hebben gekregen.¹³⁷

In *Axel Springer* is de conclusie van de Grote Kamer daarentegen dat de voor de inmenging in de persvrijheid aangevoerde redenen weliswaar relevant waren maar onvoldoende. Deze keer wordt juist in de ‘dissenting opinion’ naar voren gebracht dat het Hof te weinig terughoudend is geweest, omdat de nationale rechter alle factoren in rekening heeft gebracht en dat op geen enkel punt op onredelijke wijze heeft gedaan. Dan is er volgens de ‘dissenting opinion’ verder geen rol voor het EHRM weggelegd. De vraag hoe de toetsing aan de hand van een catalogusformule, waarmee de redenering van de nationale rechter wordt onderzocht, zich verhoudt tot een zelfstandige oordeelsvorming door het EHRM, wordt dus verschillend beantwoord.

De toetsing is niet moeilijk indien de nationale rechter een relevant criterium geheel terzijde laat of er nauwelijks aandacht aan schenkt; dan zijn er al snel ‘strong reasons’. De zaak *Ringier Axel Springer* kan als voorbeeld dienen. De publicatie zag op het restaurantbezoek van een politicus en een hoge politiefunctionaris. De zwaar aangeschoten politicus zou vervolgens op het plaveisel hebben geürineerd; de publicatie maakte tevens melding van oproerige uitslatingen van de politiefunctionaris. Het EHRM komt tot de conclusie dat de nationale rechter de mate van publiek belang onvoldoende heeft onderzocht.¹³⁸

Het wordt moeilijker wanneer de nationale rechter alle criteria uitdrukkelijk in zijn afweging heeft betrokken.¹³⁹ Zijn er dan alleen ‘strong reasons’ indien dat op een onredelijke wijze is geschied? Is de appreciatiemarge bij de afweging dus relatief ruim, nu het Hof vooral toetst of in de nationale procedure alle relevante factoren aan bod zijn gekomen?¹⁴⁰ Of dient het EHRM de afweging sowieso nog een keer over te doen, waarbij de catalogusformule een hulpmiddel¹⁴¹ vormt? Dat laatste

125 EHRM 22 april 2010, no. 40984/07 (*Fatullayev/Azerbeidjan*).

126 EHRM 19 april 2011, no. 22385/03 (*Kasabova/Bulgarije*).

127 EHRM 28 juni 2011, no. 2643/08 (*Pinto Coelho/Portugal*).

128 EHRM 21 februari 2012, no. 3447/07 (*Gąsior/Polen*).

129 EHRM 27 november 2007, no. 33446/02 (*Mural/Turkije*).

130 EHRM 29 maart 2016, no. 56925/08 (*Bédat/Zwitserland*).

131 EHRM 2 maart 2010, no. 26732/03 (*Antica & SC “R” SA/Roemenië*).

132 EHRM 11 februari 2014, no. 4678/07 (*Tesić/Servië*).

133 *Bijv.*, EHRM 18 januari 2011, no. 39401/04 (*Mgn Limited/VK*).

134 EHRM 10 januari 2013, nr. 36769/08 (*Ashby Donald e.a./Frankrijk*), Mf m. nt

D. Voorhoof. Het auteursrecht maakt deel uit van het door art. 1 Eerste Protocol beschermde eigendomsrecht.

135 *Springer, Von Hannover*, zie ook *la Palomo Sanchez* en *Mgn*.

136 EHRM 18 januari 2011, no. 39401/04 (*Mgn Limited/VK*).

137 EHRM (GK) 12 september 2011, no. 28955/11 (*Palomo Sanchez e.a./Spanje*).

138 EHRM 26 juli 2011, no. 41262/05 (*Ringier/Slowakije*).

139 *Vgl.* EHRM 7 juni 2016, no. 17676/09 (*CICAD/Zwitserland*).

140 *J. Gerards, EVRM, Algemene beginselen, Den Haag 2011, p. 191, gebruikt hier de term ‘procedurele toetsing’.*

141 *Idem*, p. 166.

lijkt in Axel Springer het geval. En in de zaak Couderc zal de Franse rechter er vanuit zijn gegaan dat hij, alle belangen in overweging nemende, de publicatie onrechtmatig kon oordelen. De Grote Kamer is daarentegen unaniem van oordeel dat het feit dat de uitlatingen, in elk geval voor een deel, een zaak van publiek belang betroffen, onvoldoende gewicht heeft gekregen.¹⁴² Het Hof wees er overigens ook op, dat de vrouw zelf van haar vrijheid van meningsuiting gebruik maakte, mede in het belang van het kind.

Bij het toekennen van een marge kan de specifieke geschiedenis van een staat overigens ook een zekere rol spelen. Zo moest in Hoffer & Annen de vergelijking van abortus en holocaust gezien worden in de 'specific context of the German past'. Om die reden accepteert het EHRM de conclusie van de nationale rechter dat de uitlating een zeer ernstige schending van de persoonlijkheidsrechten van de betrokken arts vormde.¹⁴³ Deze specifieke context zien we terug in PETA, waarin posters in het geding waren met foto's van gevangenen in concentratiekampen en daarnaast afbeeldingen van dieren in de bio-industrie.¹⁴⁴

Uitleg van de uitlating

De vraag welke ruimte het EHRM aan de nationale rechter laat, is ook belangrijk ten aanzien van de interpretatie van de gewraakte uitlating. Mizzi tegen Malta zag op de uitlating dat er een vergunning was gegeven om een jachthaven aan te leggen omdat de toenmalige premier 'daar wilde bouwen'. De nationale rechter had dat uitgelegd als 'wilde bouwen voor zichzelf'. Het EHRM wijst erop dat de uitlating ook kan betekenen dat hij het een politiek wenselijke beslissing achtte.¹⁴⁵ In de zaak Hlynisdottir had de journalist over een eigenaar van een stripclub geschreven dat 'he had the Lithuanian mafia in there'. De nationale rechter had dat zo opgevat dat de eigenaar leiding zou geven aan een criminele organisatie. Volgens het EHRM had op zijn minst gemotiveerd moeten worden waarom de uitlating niet begrepen kon worden als een mededeling over de klandizie van de club.

In geval van mondelinge uitlatingen acht het Hof vaak enige coulance ten aanzien van ambigue termen op zijn plaats. De zaak Reznik betreft de uitlatingen van de voorzitter van de Bar Council van Moskou. Deze had in een televisieprogramma

kritische opmerkingen gemaakt over het gedrag van enkele mannelijke gevangenisbewaarders, die een vrouwelijke advocate van een prominente zakenman hadden 'onderzocht'. Volgens de nationale rechter suggereerde de gebruikte term dat ook een fouillering aan het lichaam had plaatsgevonden, wat niet het geval geweest zou zijn. Het EHRM merkt op dat de bewoordingen, zekere wanneer die in een interview gebruikt worden, ook kunnen zien op een onderzoek van meer bescheiden aard.¹⁴⁶ Klagers kennis van de juridische terminologie wordt hem niet tegengeworpen.

Dat was anders bij het hoofd van de juridische afdeling van een gemeentelijk woningbedrijf die de locoburgemeester van een 'perversion of justice' inzake de sloop van een gebouw betichtte. Het EHRM is het eens met de nationale rechter, dat de klager met zijn juridische achtergrond had moeten weten dat de uitlating niet alleen betekent dat de sloop in strijd met de wet was, maar ook dat de betrokkene bewust misbruik van zijn bevoegdheid had gemaakt. De uitlating is daarmee niet zozeer een vorm van kritiek op het overheidsbeleid als wel een ongefundeerde beschuldiging van een ernstig misdrijf.¹⁴⁷

De vraag hoe de uitlatingen uitgelegd moeten worden, speelt ook in Annen. Klager had bij een abortuskliniek pamfletten uitgedeeld, waarin te lezen is dat abortus onwettig is; in de kleine letters wordt uitgelegd dat het niet in strijd is met de bestaande strafwet. Voorts wordt gesteld dat de moord op menselijke wezens in Auschwitz ook onwettig was, al werd het door het nazi-regime toegestaan. De nationale rechter achtte de in het pamflet gemaakte vergelijking tussen abortus en de holocaust onrechtmatig jegens de in het pamflet genoemde artsen. Het EHRM overweegt echter dat de betreffende passage ook begrepen kan worden als een verduidelijking van het onderscheid tussen 'onwettig in hogere zin' en 'toegestaan door de bestaande overheid'.¹⁴⁸ Een eerdere zaak bij het Hof met dezelfde klager zag op uitlatingen die holocaust en abortus meer direct aan elkaar gelijkstelden.¹⁴⁹

Een punt van discussie is soms ook de grievendheid van de in een bepaalde taal gebruikte termen. Zo menen de twee dissenters in Ziembinski dat het Hof de Poolse termen niet op juiste waarde heeft geschat en daarmee het zeer beledigende karakter heeft miskend.¹⁵⁰

(wordt vervolgd)

142 EHRM 10 november 2015, no. 40454/07 (Couderc and Hachette Filipacchi Associés/Frankrijk), Mf 2016, jur.nr. 8 m.nt W. Korthals Altes.

143 EHRM 13 januari 2011, no. 397/07 en 2322/07 (Hoffer & Annen/Duitsland).

144 EHRM 8 november 2012, no. 43481/09 (PETA Deutschland/Duitsland).

145 EHRM 22 november 2011, no. 17320/10 (Mizzi/Malta).

146 EHRM 4 april 2013, no. 4977/05 (Reznik/Rusland).

147 EHRM 17 september 2015, no. 14464/11 (Langner/Duitsland).

148 EHRM 26 november 2015, no. 3690/10 (Annen/Duitsland).

149 EHRM 13 januari 2011, no. 397/07 en 2322/07 (Hoffer & Annen/Duitsland).

150 EHRM 2 juli 2016, no. 1799/07 (Ziembinski/Polen).