

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

Deze bijdrage vormt het tweede deel van het overzicht en de analyse van de jurisprudentie van het EHRM over de afgelopen zeven jaar. Het eerste deel werd gepubliceerd in het eerste nummer van dit jaar. Ditmaal is er aandacht voor de speciale positie van de pers, voor uitlatingen over rechtszaken, voor klokkenluiden en openbaarheid van bestuur, voor uitlatingen op internet en voor 'hate speech'. Een uitleiding sluit het geheel af.

Speciale positie van de pers

Van oudsher krijgt de pers door het EHRM een essentiële rol in een democratische samenleving toebedeeld. Zij verschaft informatie van publiek belang en treedt als waakhond op. Zij mag tot op zekere hoogte overdrijven of provoceren en zelf de aangewezen wijze van berichtgeving kiezen.¹ Tegelijkertijd is van belang dat journalisten 'are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism.'² Bronnen dienen gecheckt³ te worden en voor aantijgingen moet een feitelijke basis bestaan.⁴ Aan een journalist die zonder een dergelijke basis de suggestie wekt dat een gezagdrager betrokken is bij frauduleuze plannen mag derhalve een sanctie worden opgelegd.⁵ De verplichtingen voor journalisten mogen overigens niet te zwaar aangezet worden. De nationale rechter dient niet alleen de ernst van een inmenging in het voorliggende geval mee te wegen maar ook de vermoedelijke invloed op de media als geheel.⁶

De speciale positie die het EHRM aan journalisten toekent, is niet exclusief van aard, zo is in de onderzochte periode weer bevestigd. Een natuurbeschermingsorganisatie⁷ of een organisatie die zich inzet voor naleving van de mensenrechten⁸ kan onder omstandigheden een zelfde positie innemen. Ook aan een historicus die persartikelen schrijft, die bijdragen aan het publiek debat, mag geen zwaardere bewijslast worden opgelegd dan aan een journalist, alleen omdat hij naar nationaal recht geen journalist is.⁹ En in Sapan merkt het EHRM

fijntjes op dat een proefschrift over het 'sterrendom' een serieuze publicatie is die niet gelijkgesteld kan worden aan publicaties van sensatiebladen.¹⁰

Bewijslast

Bij het antwoord op de vraag welke bewijslast aan de pers opgelegd mag worden, heeft het onderscheid tussen feiten en waardeoordelen niet aan belang ingeboet. In Fedchenko stelt het Hof vast dat de Russische wetgeving in dezen onvoldoende onderscheid maakt.¹¹ Uitlatingen mogen ook niet te snel als een louter feitelijke bewering worden aangemerkt. Men denke aan de term 'nazi' of 'neofascist' of 'een bijzonder gevaarlijke neonazi organisatie'.¹² Zulke vergaande waardeoordelen behoeven overigens wel enige feitelijke basis.

Indien er feitelijke beschuldigingen worden geuit, verzet artikel 10 EHRM er zich niet tegen dat de bewijslast in een smaadproces bij de gedaagde journalist wordt gelegd. Dat is bevestigd in Kasabova,¹³ waarin het Hof zeer uitgebreid ingaat op zijn eigen jurisprudentie in dezen. In de eerste plaats zijn ook andere rechten dan de persvrijheid van betekenis, zoals het recht op respect voor het privé leven en de onschuld-presumptie. In de tweede plaats moet naar de rechterlijke beoordeling in zijn geheel gekeken worden en de veronderstelling van onjuistheid wordt in casu sterk gemitigeerd door het opzetvereiste: wanneer een journalist 'fairly' en 'responsibly' heeft gehandeld, is hij niet schuldig aan smaad. In casu acht het EHRM het oordeel van de nationale rechter dat de

* Hoofddocent staatsrecht UvA, gelieerd aan het IViR en redacteur van dit blad.
1 EHRM (GK) 7 februari 2012, no. 39954/08 (Axel Springer AG/Duitsland), par.80 e.v.
2 Vgl. EHRM (GK) 29 maart 2016, no. 56925/08 (Bedat/Zwitserland); EHRM 30 augustus 2016, no. 55442/12 (Medipresse-Sociedade Jornalística LDA/Portugal).
3 Wat ook naar voren komt uit de 'guidelines' voor journalisten, EHRM 6 juli 2010, no. 37520/07 (Niskasaari/Finland).
4 EHRM 4 oktober 2016, no. 44436/13 (Dorota Kania/Poland no.2).
5 EHRM 28 maart 2013, no. 14087/08 (Novaya Gazeta & BORODYANSKIY/Rusland).

6 EHRM 2 oktober 2012, no. 5126/05 (Yordanova & Toshiev/Bulgarije).
7 EHRM 28 november 2013, no. 39534/07 (Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes/Oostenrijk).
8 EHRM 25 juni 2013, no. 48135/06 (Youth Initiative for Human Rights/Servie).
9 EHRM 4 november 2014, no. 30162/10 (Braun/Polen).
10 EHRM 8 juni 2010, no. 44102/04 (Sapan/Turkije).
11 EHRM 11 februari 2011, no. 33333/04 (Fedchenko/Rusland).
12 EHRM 17 april 2014, no. 5709/09 (Brosja/Duitsland).
13 EHRM 19 april 2011, no. 22385/03 (Kasabova/Bulgarije).

journalist niet verantwoordelijk te werk was gegaan, omdat zij de betrouwbaarheid van haar bronnen niet echt had gecheckt alvorens de zeer stevige beschuldigingen aan het adres van vier ambtenaren openbaar te maken, op het eerste gezicht niet onredelijk. Dat oordeel hoeft overigens niet uitgediept te worden, omdat de zware sanctie sowieso niet als noodzakelijk in een democratische samenleving kan worden beschouwd.

Ook in andere zaken let het EHRM erop dat de nationale rechter voldoende onderzocht heeft, of een journalist die bepaalde aantijgingen doet, dat wellicht te goeder trouw heeft kunnen doen. Daarbij moet in beginsel uitgegaan worden van de situatie, zoals die bij de betreffende journalist bekend was op het moment van publicatie.¹⁴

Brongeheim

Het EHRM hecht grote waarde aan het journalistiek brongeheim. Nederland is in de onderzochte periode opnieuw tegen de lamp gelopen.¹⁵ In de zaak Sanoma ging het om foto-opnamen van een straatrace. De journalisten van Autoweek waren door de organisatoren in de gelegenheid gesteld foto's te maken, nadat afgesproken was dat de identiteit van de deelnemers geheim zou blijven. Justitie was geïnteresseerd in het fotomateriaal, dat mogelijk anderszins aanwijzingen bevatte om een ramkraak op te lossen. Een tweetal inspecteurs van politie vervoegde zich bij de redactie burelen met een bevelschrift van de officier van justitie. Na het nodige geharrewar werd er uiteindelijk toch een rechter ingeschakeld om het bevel tot afgifte te beoordelen. Om die reden oordeelt de Kamer dat artikel 10 EHRM niet is geschonden. De Grote Kamer is echter unaniem van oordeel dat de Nederlandse regelgeving niet aan het vereiste 'voorzien bij wet' voldoet. De kwaliteit van de regelgeving is onder de maat nu zij niet in de tussentijd van een rechter voorziet, voorafgaand aan de inbeslagname van journalistiek materiaal.¹⁶

Het af luisteren van journalisten door de AIVD om erachter te komen, hoe zij aan vertrouwelijke stukken van de AIVD komen, kende een soortgelijk manco. De wetgeving voorzorg slechts in toestemming door de minister. Het EHRM eist echter een regeling met voldoende garanties, wat betekent dat slechts na toestemming door een rechter, of in elk geval een onafhankelijke instantie, tot een dergelijke tap mag worden overgegaan.¹⁷

Het belang van het journalistiek brongeheim impliceert dat bevelschriften, die betrekking hebben op persorganen, nauwkeurig omschreven dienen te zijn. Zo hoeft het brongeheim op zichzelf niet in het geding te zijn indien justitie er alleen maar achter wil komen welke journalist voor een bepaald artikel verantwoordelijk is. Het bevelschrift in casu was echter in zodanige bewoordingen gesteld dat er ook materiaal onder zou kunnen vallen dat bronnen betreft.¹⁸ Een schoolvoorbeeld van een disproportionele maatregel is Görmus. Een weekblad berichtte dat de generale staf van het leger een systeem hanteerde om 'vijandige' journalisten geen uitnodigingen te doen toekomen. Het bericht was gebaseerd op als vertrouwelijk bestempelde documenten en daarom gaf een militaire rechtbank het bevel de burelen van het blad te doorzoeken; van zesenveertig aanwezige computers werden de bestanden

gekopieerd.¹⁹ In Nagla ging het om een journaliste die informatie had ontvangen over mogelijke onjuistheden in het databestand van de belastingen, in het bijzonder ook ten aanzien van de hoogte van de salarissen van hogere ambtenaren. Toen zij weigerde de identiteit van haar bron te onthullen, werd haar woning doorzocht en werden een laptop en een viertal 'flash drives' in beslag genomen, wederom een disproportionele inbreuk.²⁰

Het journalistiek brongeheim dient overigens niet te zeer opperekend te worden. Indien een organisatie die verantwoordelijk is voor een bomaanslag aan de redactie van een blad een verklaring daaromtrent doet toekomen, valt deze verklaring niet onder het brongeheim. Het EHRM wijst erop dat de 'bron' niets anders wil dan publiciteit voor een door haar ideologie ingegeven misdrijf.²¹ Het op anonieme wijze de publiciteit zoeken was hier slechts bedoeld om onder de eigen strafrechtelijke verantwoordelijkheid uit te komen, aldus het Hof.

Indien een journalist voor de rechter moet aantonen dat hij voldoende aanwijzingen bezat ter onderbouwing van een artikel kan het brongeheim ook een rol gaan spelen. In Kasabova was het Hof er niet van overtuigd dat het voor de journalist onmogelijk was geweest om naar tevredenheid van de nationale rechter aan te tonen dat zij de betrouwbaarheid van haar bronnen had gecheckt 'without exposing those sources'.²²

Garingsvrijheid

De speciale positie van de pers heeft ook gevolgen voor de garingsvrijheid van de journalist. In Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft stond het verzoek van een omroeporganisatie om een gevangene te mogen filmen en interviewen centraal. De gevangene zelf was akkoord. Het interview zou gebruikt worden in het kader van een uitzending over het proces tegen een andere verdachte in dezelfde zaak, die veel aandacht in de media had getrokken. Het EHRM oordeelt tot een schending, omdat de afwijzing van het verzoek en de beoordeling daarvan door de nationale rechter te summier waren gemotiveerd. Er dient sprake te zijn van een werkelijke afweging van belangen, waaronder het belang van de pers. Daarbij bestaat een beperkte appreciatiemarge, maar het EHRM voegt daaraan toe dat de nationale autoriteiten in een betere positie verkeren om bijvoorbeeld het belang van de orde in de gevangenis te waarderen.²³

Een journalist moet ook zijn werk kunnen doen, wanneer de politie een ongeoorloofde demonstratie met de wapenstok uiteendrijft. In casu had de politie kunnen vaststellen dat de klager, die de nodige klappen had gekregen, journalist was. Hij had een badge op en zijn beroep kenbaar gemaakt.²⁴ In een andere zaak trok een journalist aan het kortste eind. Om een demonstratie die uit de hand aan het lopen was te beëindigen werd aan alle aanwezigen opgedragen zich te verspreiden. Men kon op dat moment het door een politiecordon afgesloten gebied verlaten. De journalist besloot echter bij de demonstranten te blijven, die dat bevel negeerden. Net als een groot aantal demonstranten werd hij daarop zeventien uur vastgehouden. Het EHRM vindt het optreden binnen de marge.²⁵

Van een verborgen camera mag volgens het Hof hooguit terughoudend gebruik worden gemaakt. Desalniettemin kan

14 EHRM 22 oktober 2013, no. 11867/09 (Soltész/Slowakije).

15 Zie ook EHRM 30 augustus 2016, no. 33847/11 (Telegraaf Media & Van der Graaf/Nederland).

16 EHRM 14 september 2010, no. 38224/03 (Sanoma Uitgevers/Nederland).

17 EHRM 22 november 2012, no. 39315/06 (Telegraaf Media e.a./Nederland), MF 2013, jur.nr 1 m.nt A.W. Hins.

18 EHRM 18 april 2013, no. 26419/10 (St Paul Luxembourg S.A./Luxemburg).

19 EHRM 19 januari 2016, no. 49085/07 (Görmüş/Turkije).

20 EHRM 16 juli 2013, no. 73469/10 (Nagla/Letland).

21 EHRM 27 mei 2014, no. 8406/06 (Ostade Blade/Nederland), MF 2014, jur.nr. 15 m.nt WFKa.

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

23 EHRM 21 juni 2012, no. 34124/06 (Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG/Zwitserland).

24 EHRM 2 oktober 2012, no. 2594/07 (Najafl/Azerbeidzjan).

25 EHRM (GK) 20 oktober 2015, no. 11882/10 (Pentikäinen/Finland).

het gebruik soms noodzakelijk zijn voor de journalist, bijvoorbeeld als informatie moeilijk op een andere manier te verkrijgen is. Bij het heimelijk filmen van een christelijke zelloot en boekverkoper ten behoeve van een Turks televisieprogramma had de privacy van de klager moeten prevaleren.²⁶ Het Hof was coulanter inzake het gebruik van een verborgen camera door een Zweedse journalist om de slechte kwaliteit van adviezen van tussenpersonen op het gebied van verzekeringen aan te tonen.²⁷ Daarbij was van belang dat betrokkene niet herkenbaar in beeld was gebracht.

De garingsvrijheid gaat niet zover dat de overheid niet zou kunnen optreden tegen journalisten van een plaatselijk nieuwsblad die apparatuur gebruikten om de politieradio af te luisteren. De strafrechtelijke veroordeling tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van meer dan een jaar vormt geen schending van artikel 10 EVRM.²⁸ Een journalist zal zich in beginsel aan de strafwet moeten houden, hoewel het Hof niet uitsluit dat er uitzonderingssituaties denkbaar zijn. Het aankopen en vervoeren van illegaal vuurwerk als onderdeel van een reportage over de handel daarin draagt echter teveel risico's in zich dan dat het voor journalisten geoorloofd zou moeten zijn.²⁹

Uitlatingen in verband met rechtszaken

Onder deze noemer komen drie verschillende soorten zaken aan bod: berichtgeving over 'verdachten', kritiek op de rechterlijke macht, en uitlatingen van advocaten. Overlap is mogelijk.

Over de verdachte

De Grote Kamer heeft zich in 2016 in *Bédat* uitgebreid gebogen over de berichtgeving over een verdachte.³⁰ Het gewraakte artikel was gewijd aan een geruchtmakend ongeluk en droeg als ondertitel 'de versie van de wegpiraat, het verhoor van de geschifte bestuurder'. Het beschreef de vragen die de politie had gesteld, berichtte dat moord of doodslag ten laste was gelegd en dat verdachte geen berouw toonde. Het Hof wijst enerzijds op het belang van de pers om het publiek te informeren en anderzijds op een aantal andere belangen, die gediend worden door de betrouwbaarheid van het strafrechtelijk onderzoek: het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht, de effectiviteit van het onderzoek, de onschuldpresumptie, en het recht van de beschuldigde op bescherming van zijn privé leven. Er moet een afweging gemaakt worden; het publiceren van vertrouwelijk materiaal kan niet automatisch strafbaar zijn. Dat was in 2011 al naar voren gekomen in *Pinto Coelho*.³¹

Om een juiste afweging te maken, somt het Hof in *Bédat* een aantal criteria op. De gebruikte catalogusformule is uiteraard toegesneden op dit soort casus: hoe is de journalist in het bezit gekomen van deze informatie, wat is de inhoud van de berichtgeving, in hoeverre is er sprake van een bijdrage aan het publiek debat, en wat is de mogelijke invloed van de publicatie op het strafproces? Zo kan geheimhouding onder meer nodig zijn om bewijs veilig te stellen en om de al genoemde

onschuldpresumptie te beschermen. Een laatste factor is de mate van inbreuk op het privé leven.

In dit geval was de informatie niet onrechtmatig verkregen, maar had de journalist zich bewust geweest moeten zijn van het vertrouwelijke karakter. Wat de inhoud betreft, wijst de Grote Kamer op de sensationele aanpak. Dat leidt tot de constatering dat het ongeluk weliswaar een onderwerp van algemeen belang was, maar dat de nationale rechter kon oordelen dat de publicatie alleen maar diende om de nieuwsgierigheid van het publiek te bevredigen. Het is met name op dit punt dat de redenering van de Grote Kamer verschilt van die van de Kamer. Twijfel is hier mogelijk. De redenering van de Grote Kamer lijkt vooral ingegeven doordat ze de andere genoemde belangen, in het bijzonder de privacy, zwaarder wil laten wegen. Ze noemt een deel van de informatie – uitlatingen van de dokter van de betrokkene, een brief van betrokkene aan de onderzoeksrechter – hoogstpersoonlijk van aard. De betrokkene was bovendien niet bekend bij het publiek; het feit dat hij verdachte is, maakt hem nog niet tot een 'public figure'. In die omstandigheid rust volgens de Grote Kamer op de staat de positieve verplichting het respect op privé leven van de verdachte te beschermen tegen derden, in casu tegen de pers. Heeft het in de media tonen van procesbescheiden daarentegen geen nadelige invloed op privacy en onschuldpresumptie, dan is een sanctie voor de journalist juist niet als proportioneel te beschouwen.³²

Ook bij de vraag of de naam van een verdachte genoemd mag worden, is de aard van de berichtgeving van groot belang. De verdachte van bepaalde malversaties in een bankenschandaal mocht bij name genoemd worden, omdat de overheid er als mede-eigenaar van een bank bij betrokken was, politieke partijen elkaar de zaak in de schoenen trachten te schuiven, en ook persoonlijke verhoudingen mogelijkwerwijs een rol speelden.³³ Daartegenover oordeelde het EHRM de klacht van Van Beukering en het Parool tegen Nederland, dat de nationale rechter de persvrijheid te weinig gewicht had gegeven, kennelijk ongegrond en daarom niet ontvankelijk. De zaak zag op het publiceren van een herkenbaar portret van een verdachte van een zeer ernstig misdrijf. De afbeelding was afkomstig uit een documentaire waaraan verdachte een paar jaar eerder zelf had meegewerkt. Deze bekendheid ('a certain notoriety') was echter onvoldoende om de inmenging in de privacy te rechtvaardigen, aldus het Hof.³⁴

Berichtgeving over het *slachtoffer* van een misdrijf kent ook bepaalde grenzen. Een slachtoffer van een ontvoering was gemarteld en in zeer slechte conditie achtergelaten; hij overleed op weg naar het ziekenhuis. Samen met de eis van een losgeld had de familie een foto van het geboeide slachtoffer ontvangen. Die foto was bij een tijdschrift terechtgekomen, dat de foto op de omslag afdruckte ten tijde van het proces tegen de verdachten van de ontvoering. De publicatie kan volgens het EHRM de gevoelens van moeder en zusters ernstig kwetsen en is ook een zware inbreuk op de menselijke waardigheid.³⁵ Daarbij is het van belang dat de gebeurtenissen relatief kort geleden hebben plaatsgevonden.

Wordt iemand in een publicatie beticht van strafbare feiten, dan speelt de ernst van de beschuldiging een belangrijke rol,

26 EHRM 13 oktober 2015, no. 37428 (*Bremner/Turkije*).

27 EHRM 24 februari 2015, no. 21830/09 (*Haldimann/Zwitserland*).

28 EHRM 23 juni 2016, no. 22567/09 (*Brambillae.a./Italië*).

29 EHRM 24 mei 2011, nr. 22918 (*Mikkelsen & Christensen/Denemarken*), *MF* 2011, jur.nr. 18.

30 EHRM (GK) 29 maart 2016, no. 56925/08 (*Bédat/Zwitserland*), *MF* 2016, jur.nr. 10 m. nt WFKa.

31 EHRM 28 juni 2011, no. 28439/08 (*Pinto Coelho/Portugal*), *MF* 2016, jur.nr. 10 m. nt WFKa.

32 EHRM 22 maart 2016, no. 48718/11 (*Pinto Coelho/Portugal* no. 2), *MF* 2016, jur. nr. 10 m. nt WFKa.

33 EHRM 10 januari 2012, no. 34702/07 (*Standard Verlags GmbH/Oostenrijk*).

34 EHRM 20 september 2016, no. 27323/14 (*Van Beukering & Het Parool B.V./Nederland*).

35 EHRM 25 februari 2016, no. 4683/11 (*Société de Conception et de Presse et d'Édition/Frankrijk*).

bijvoorbeeld wanneer een arts misbruik van bevoegdheid wordt verweten.³⁶ Men vergelijk de berichtgeving over de verkrachting van een studente die plaatsgevonden zou hebben toen het plaatselijk honkbalteam een overwinning vierde. Hoewel het artikel zakelijk van toon was, en er geen namen genoemd werden, konden de betrokken spelers van het team wel geïdentificeerd worden. Het EHRM onderbouwt haar oordeel dat de vrij zware sancties, die opgelegd waren aan hoofdredacteur en journalist, toch proportioneel zijn door te wijzen op de ernst van de ongegronde beschuldiging.³⁷

Een zeer specifiek arrest inzake uitlatingen over misdrijven vormt Bidart tegen Frankrijk. Een voor ernstige misdrijven tot levenslang veroordeelde Baskische separatist werd vervoegd vrijgelaten. Hij stelde zich daarna weer militant op in zijn uitlatingen. Om die reden legde de rechter hem aanvullende voorwaarden bij zijn vrijlating op; hij moest zich onder meer onthouden van openbare uitlatingen over zijn eigen misdrijven. Het EHRM ziet deze inmenging, gezien het beperkte karakter, niet als een schending, ondanks het feit dat de Franse rechter het belang van de vrijheid van meningsuiting nauwelijks heeft meegewogen.³⁸

Over de rechterlijke macht

Een tweede species van uitlatingen over rechtszaken betreft kritiek op rechters en het OM. Al ruim twintig jaar geleden stelde het Hof dat rechters beschermd moeten kunnen worden tegen aanvallen die het vertrouwen in de rechterlijke macht aantasten, ook om de reden dat het hen niet vrijstaat het debat aan te gaan.³⁹ Dat adagium heeft ook in deze periode weer toepassing gevonden; de pers past een zekere terughoudendheid in geval berichtgeving de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en de objectiviteit betreft. Zo is een inmenging naar aanleiding van de beschuldiging dat een rechter vooringenomen is en bewust bepaald bewijsmateriaal heeft genegeerd al snel als noodzakelijk in een democratische samenleving te beschouwen. Dat zou anders kunnen zijn indien het persorgaan de beschuldiging op overtuigende wijze had kunnen staven.⁴⁰

Niet alleen journalisten, maar ook de procespartijen zelf dienen terughoudend te zijn. Zo acht het EHRM een veroordeling wegens 'contempt of court' voor botte uitlatingen niet in strijd met artikel 10 EVRM. In casu had de verdachte op de vraag van de rechter of hij een rekening ging betalen geantwoord 'hoe haalt u dat in uw hoofd' en had hij de rechter gevraagd of zij het dossier wel had doorgenomen.⁴¹ Ook een advocaat, die het belang van zijn cliënt denkt te verdedigen, zal gesanctioneerd mogen worden indien hij een rechter in een open brief, verspreid in de rechtbank, beschuldigt van willekeur en arrogantie.⁴²

Het Hof gaat er tegelijkertijd vanuit dat beperkingen van de uitingenvrijheid van de advocaat slechts in uitzonderlijke gevallen geoorloofd zijn.⁴³ Ook vergaande uitlatingen moeten onder omstandigheden worden toegestaan. Dat gold voor de in de rechtszaal gemaakte opmerking, dat Franse rechters medeplichtig waren aan marteling. De advocaat verdedigde

een verdachte van terroristische misdrijven. Deze was aangehouden en verhoord in Syrië, waarheen ook een Franse onderzoeksrechter was afgereisd. Het EHRM weegt mee dat in Syrië vaak gemarteld wordt en dat de uitlating was gedaan ten behoeve van de verdediging van zijn cliënt.⁴⁴ Waar de grens precies ligt, is niet makkelijk aan te geven, gezien ook de complexiteit van bepaalde zaken.⁴⁵

Het vertrouwen in de rechterlijke macht is veel minder in het geding indien de aantijgingen niet in het openbaar plaatsvinden, maar bijvoorbeeld in een brief aan de rechtbank⁴⁶ of het OM.⁴⁷ De aard van de kritiek is overigens ook belangrijk. Zo moet er ruimte zijn voor een zeer kritisch commentaar van een hoogleraar constitutioneel recht op de beslissing van het Constitutionele Hof om een politieke partij te ontbinden, ook als de betreffende publicatie de competentie en onpartijdigheid van rechters betwijfelt.⁴⁸ Het partijverbod was een zaak van groot publiek belang, waarover heftige discussies plaatsvonden en de publicatie wordt tevens beschermd door de academische vrijheid.

Rechters zelf moeten hun vrijheid van meningsuiting terughoudend uitoefenen, gelet op het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht, aldus de Grote Kamer in Baka.⁴⁹ Gezien het groeiende belang van de machtscheiding dient desondanks iedere inmenging in de vrijheid van meningsuiting van een rechter nauwlettend onderzocht te worden. In casu had klager in zijn hoedanigheid van president van het Hooggerechtshof niet alleen het recht maar ook de plicht om in het openbaar te reageren op de betreffende wetsvoorstellen. Zijn uitlatingen droegen bij aan het publieke debat, zodat de appreciatiemarge klein is.

Over het algemeen moeten rechters echter voorzichtig zijn bij het benutten van de media. Dat volgt uit 'les impératifs supérieurs de la justice et la grandeur de la fonction judiciaire'.⁵⁰ Zo zal een rechter niet te snel in een interview in de pers op mogelijke vriendjespolitiek bij de aanname van rechters mogen wijzen. De daarop volgende berisping was niet in strijd met artikel 10 EVRM, nu de uitlatingen alleen maar een gerucht hadden versterkt dat uiteindelijk onjuist bleek te zijn.⁵¹ De gevraagde discretie ziet vooral op het functioneren als rechter. Zo overweegt het EHRM dat een rechter van het Constitutionele Hof wel vrijelijk had kunnen reageren op de kritiek op zijn functioneren als partijfunctionaris, als 'public figure', decennia eerder.⁵²

Uitlatingen van advocaten

Hierboven zijn al kritische uitlatingen van advocaten over rechters beschreven. Advocaten zullen hun pijlen soms ook op het OM richten. Daarbij is het van belang dat het EHRM de officier van justitie een tot op zekere hoogte met de rechter vergelijkbare positie toekent,⁵³ wat betreft beschuldigingen die afbreuk kunnen doen aan het vertrouwen in de rechtspraak.⁵⁴ Wel lijkt de ruimte voor kritiek hier groter te zijn. Alfantakis zag op het feit dat klager, de advocaat van een bekende Griekse zanger, in een actualiteitenprogramma op

36 EHRM 11 januari 2011, no. 4035/08 (Barata Monteiro da Costa Nogueira & Patrício Pereira/Portugal).

37 EHRM 6 april 2010, no. 45130/06 (Ruokanen e.a./Finland).

38 EHRM 12 november 2015, no. 52363 (Bidart/Frankrijk).

39 EHRM 26 april 1996, no. 15974/90 (Prager en Oberschlick/Oostenrijk).

40 EHRM 24 september 2013, no. 43612/10 (Belpietro/Italië); EHRM 11 juli 2013, no. 29369/10 (Morice/Frankrijk).

41 EHRM 31 mei 2011, no. 3699/08 (Žugjić/Kroatië).

42 EHRM 30 juni 2015, no. 39294/09 (Peruzzi/Italië).

43 Bijv. EHRM 15 december 2010, no. 28198/09 (Mor/Frankrijk).

44 EHRM 15 december 2015, no. 29024/11 (Bono/Frankrijk).

45 Bijv. EHRM 11 juli 2013, no. 29369/10 (Morice/Frankrijk).

46 EHRM 12 januari 2016, no. 48074/10 (Rodriguez Ravelo/Spanje); EHRM 10 november 2016, nr. 18288/06 (Boykanov/Bulgarije).

47 EHRM 8 maart 2016, no. 10941/03 (Bezmyanny/Rusland).

48 EHRM 27 mei 2014, no. 346/09 en 39779/04 (Mustafa Erdogan e.a./Turkije).

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

50 EHRM 7 december 2010, no. 15966/06 (Poyraz/Turkije); zie al eerder o.a. EHRM 13 januari 2008, no. 64119/00 (Kayasu/Turkije); EHRM 16 september 1999 (Buscemi/Italië).

51 EHRM 11 juli 2013, no. 29369/10 (Morice/Frankrijk).

52 EHRM 3 december 2013, no. 64520/10 (Ungvary & Rodalom Kft/Hongarije).

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

54 EHRM 27 mei 2014, no. 346/04 (Mustafa Erdogan e.a./Turkije).

televisie vertelde dat hij in lachen was uitgebarsten toen hij het requisitoir van de officier van justitie had gelezen. Dat kwam hem op een veroordeling te staan tot het betalen van 12.000 Euro. Het EHRM is van oordeel dat de nationale rechters te zeer zijn uitgegaan van hun eigen uitleg van de uitlating, zonder rekening te houden met het onderscheid tussen feiten en waardeoordelen. Bovendien had de nationale rechter de media-aandacht voor de zaak en het feit dat het een mondelinge uitlating betrof niet voldoende in rekening gebracht.⁵⁵

Indien een advocaat informatie uit bepaalde vertrouwelijke processtukken naar buiten brengt, zal gekeken moeten worden naar het publieke belang dat met de informatie is gemoeid. In de zaak *Mor* is klager de advocaat van de ouders van een jongen van twaalf die na een hepatitis B vaccinatie is overleden. In het kader van het gerechtelijk onderzoek schrijft een deskundige een rapport, dat wijst op grote onregelmatigheden bij de productie van de vaccins. *Mor* brengt deze informatie naar buiten. Het bedrijf dat de vaccins produceert, doet aangifte wegens schending van het strafprocesueel geheim en *Mor* wordt veroordeeld. Het Hof ziet hierin een disproportionele inmenging in het door artikel 10 EVRM beschermde recht op vrijheid van meningsuiting.⁵⁶

Openbaarheid van bestuur en klokkenluiden

Onder dit kopje zijn twee onderwerpen samengebracht, die beide te maken hebben met de verhouding tussen artikel 10 EVRM en het openbaar maken van informatie.

Openbaarheid van bestuur

Reeds eerder was vast komen te staan dat artikel 10 EVRM een recht op specifieke, bij de overheid berustende informatie kan omvatten. OVESSG ziet op de verhouding tussen artikel 10 EVRM en een veel algemener verzoek om informatie.⁵⁷ Het Hof herhaalt eerst dat ook andere organisaties dan de pers de rol van ‘watchdog’ kunnen vervullen. In casu geldt dat voor een NGO die onderzoek doet naar de overgang van eigendom van bouwland en bospercelen in het licht van natuurbehoud en de bijbehorende wetgeving. De organisatie verzoekt om afschriften van alle beslissingen van een Commissie die bepaalde bouwvrijstellingen kon verlenen. Het Hof overweegt dat een verplichting met een dergelijke reikwijdte niet uit artikel 10 EVRM kan worden afgeleid. Toch stuit de onvoorwaardelijke afwijzing van het verzoek op bezwaren, ook omdat het verzoek mede was ingegeven door de praktijk van de commissie geen enkele van haar beslissingen, die wel degelijk het publiek belang raken, te publiceren. Die overwegingen leiden tot de slotsom dat artikel 10 EVRM geschonden is.

Veel principiëler van aard is het arrest van de Grote Kamer in de zaak *Magyar Helsinki Bizottsag*. Dat ziet op het verzoek van de betreffende mensenrechtenorganisatie om de namen te krijgen van de in een bepaalde periode ambtshalve toegewezen strafrechtadvocaten, nu de organisatie vermoedt dat het systeem van toewijzing grote gebreken kent. De Grote Kamer onderzoekt eerst ten gronde of een weigering door de overheid om informatie te verschaffen als een inmenging op het in artikel 10 EVRM vastgelegde recht kan worden

beschouwd. Onder meer op grond van het internationale recht en de ontwikkeling van de openbaarheidswetgeving in vrijwel alle Europese landen, komt zij tot de conclusie dat artikel 10 EVRM een recht op informatie omvat, waarbij wel een drempel wordt opgeworpen door een viertal criteria: behoeft de verzoeker de informatie om zijn recht op uitingsvrijheid uit te oefenen?; is de aard van de informatie zodanig dat deze een ‘public interest test’ doorstaat?; is de verzoeker een persorgaan of een als ‘watchdog’ te beschouwen NGO?; is de informatie ‘ready and available’? Aan de eerste twee criteria moet zonder meer voldaan zijn; bij de twee laatste is dat minder duidelijk. Leidt een onderzoek van de factoren tot de conclusie dat er een recht op informatie bestaat, dan zal vervolgens de weigering van een verzoek aan de noodzakelijkheidstoets uit het tweede lid van artikel 10 EVRM moeten voldoen. In casu bestond er een recht op informatie en oordeelde de Grote Kamer tot een schending.⁵⁸

Dit arrest van de Grote Kamer kan als richtinggevend worden beschouwd. Het zal echter in de jurisprudentie nader uitgewerkt moeten worden. Wat als het doel van de verzoeker ook commercieel van aard is; in hoeverre heeft een individu een veel beperkter recht dan de pers; hoeveel inspanning mag van de overheid gevraagd worden om informatie ‘ready and available’ te maken? Moet de overheid onder omstandigheden ook zeer grote hoeveelheden gegevens beschikbaar stellen?

Ook andere arresten zijn het vermelden waard. Een Human Rights Group verzocht de Servische geheime dienst gegevens omtrent het aantal telefoontaps. De dienst weigerde; de Information Commissioner stelde vervolgens vast dat de dienst wel degelijk de wettelijke plicht had om de gegevens te verstrekken. Na verloop van tijd berichtte de dienst aan klager dat zij de gevraagde informatie niet had. Het EHRM ziet in de ‘hardnekkige tegenzin’ om aan de opdracht van de Commissioner te voldoen een schending van artikel 10 EVRM.⁵⁹ Tot op zekere hoogte vergelijkbaar is *Guseva*, waarin een burgemeester weigerde klagster informatie te verschaffen over de behandeling van zwerfhonden, ondanks de nodige uitspraken van de hoogste administratieve rechter, dat zulks wel diende te geschieden.⁶⁰

Klokkenluiden

Wat de positie van de klokkenluider betreft, is het arrest *Guja* uit 2008 nog steeds leidend.⁶¹ Een ambtenaar dient een misstand in beginsel aan zijn leidinggevende of het bevoegd gezag te melden. Waar dat praktisch onwerkbaar is, hangt de proportionaliteit van een sanctie af van – ook hier – een catalogusformule. Het zal niet verbazen dat het eerste van de relevante criteria ‘the public interest involved in the disclosed information’ is. Dan volgt de waarachtigheid van de informatie, de door de openbaarmaking geleden schade, het motief van de klokkenluider en de zwaarte van de sanctie.

Deze lijst van factoren kan ook worden toegepast op werknemers in de particuliere sector, zo blijkt uit *Heinisch*. Bij de beoordeling van de waarachtigheid benadrukt het Hof bovendien dat er enige feitelijke onderbouwing was en de betrokkene niet willens en wetens verkeerde informatie naar buiten had gebracht.⁶² Een afweging is overigens ook geboden, wanneer een werknemer zich niet houdt aan de in zijn contract vastgelegde afspraken over het vertrouwelijk houden van

55 EHRM 11 februari 2010, no. 49330/07 (*Alfantakis/Griekenland*).

56 EHRM 15 december 2011, no. 28198/09 (*Mor/Frankrijk*).

57 EHRM 28 november 2013, no. 39534/07 (*Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes/Oostenrijk*).

58 EHRM (GK) 8 november 2016, nr. 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottsag/Hongarije*).

59 EHRM 25 juni 2013, no. 48135/06 (*Youth Initiative for Human Rights/Servië*).

60 EHRM 17 februari 2015, no. 6987/07 (*Guseva/Bulgarije*). Vgl. ook het geval van de onwillige burgemeester van *Baia Mare* in Roemenië, die zich evenmin door de rechter liet porren om informatie te verschaffen: EHRM 24 juni 2014, no. 27329/06 (*Roşianu/Roemenië*).

61 EHRM (GK) 12 februari 2008, 14277/04 (*Guja/Moldavië*).

62 EHRM 21 juli 2011, no. 28774/08 (*Heinisch/Duitsland*).

informatie. In casu had een journalist, werkzaam bij de Hongaarse staats televisie, een boek gepubliceerd over de censuur, die een directeur zou uitoefenen. Het EHRM acht het daarop gevolgde ontslag een schending van art. 10 EVRM.⁶³

De in Guja genoemde factoren worden door het Hof uitgebreid onderzocht in Bucur en Toma tegen Roemenië. Klager werkte bij een afdeling van de militaire geheime dienst, die zich met telefoontaps bezighield, en bemerkte dat de telefoons van een aanzienlijk aantal journalisten, politici en zakenlieden werden getapt. Hij gaf daarover een persconferentie die de internationale 'headlines' haalde en rechtvaardigde zijn optreden door de wens de wetten van zijn land gerespecteerd te zien, maar kreeg wel twee jaar voorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd.⁶⁴ Het Hof acht dat niet noodzakelijk in een democratische samenleving.

De beoordeling viel anders uit in Poyraz. De klager, hoofd van de inspectie van het ministerie van justitie, had mee geschreven aan een verslag van het onderzoek naar het gedrag van een rechter; in het rapport kwamen personen aan het woord die deze rechter van ongewenste intimiteiten beschuldigden. Klager deed de pers informatie toekomen uit het vertrouwelijke rapport. De betrokken rechter spande een smaadproces aan en kreeg uiteindelijk 15.000 Euro smartengeld toegekend. Het EHRM verwijst naar Guja maar overweegt nadrukkelijk dat bij (bepaalde) gezagdragers de in het tweede lid van artikel 10 EVRM genoemde plichten en verantwoordelijkheden een bijzonder belang krijgen, bij uitstek indien zij gebonden zijn aan geheimhouding in het belang van een 'bonne administration de la Justice'.⁶⁵ Hogere ambtenaren kunnen overigens ook meer in het algemeen een plicht opgelegd krijgen zich niet al te heftig uit te laten over politieke kwesties, bijvoorbeeld over het verloop van de verkiezingen.⁶⁶

Internet

Het EHRM heeft inmiddels meermalen moeten oordelen over publicaties op internet. Daarbij wijst het Hof steeds zowel op de voordelen, bijvoorbeeld de mogelijkheden tot publiceren indien men elders geen toegang krijgt,⁶⁷ als op de risico's, met name voor inbreuken op het recht op respect voor het privé leven.⁶⁸ Eerder had de Grote Kamer in Stoll het grote belang van de journalistieke ethiek benadrukt, nu het individu op internet met een enorme hoeveelheid informatie wordt geconfronteerd.⁶⁹

In Delfi AS herhaalt de Grote Kamer dat het internetgebruikers ongekende mogelijkheden biedt voor de uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting.⁷⁰ Daartegenover bestaan er bepaalde gevaren: 'Defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online.' Het conflict tussen mogelijkheden en gevaren vormt de kern van deze zaak, aldus de Grote Kamer.

Het arrest betrof de aansprakelijkheid van de eigenaar van een internet news portal voor door lezers geposte commentaren. Op de news site verschenen zo'n 330 berichten per dag die door lezers ongeveer 10.000 keer per dag werden becommentarieerd. Een bepaald bericht had veel heftige reacties opge-

roepen waaronder ook de nodige uitlatingen die volgens de Grote Kamer als belediging en 'hate speech' zijn aan te merken. Deze uitlatingen waren ongeveer zes weken te lezen geweest. De nationale rechter had Delfi AS daarvoor aansprakelijk gehouden ondanks het feit dat er een 'notice and take down' procedure bestond, die ook ten aanzien van de gewraakte uitlatingen toepassing had gevonden.

De Grote Kamer acht een aantal factoren van belang. Delfi AS is een nieuwssite die actief oproept om commentaar te geven en dat commentaar is regelmatig pittig van aard. Er bestaat niet altijd een effectieve mogelijkheid degenen die de uitlatingen doen voor de rechter te brengen en Delfi AS voert ook geen tegen anonimiteit gericht beleid. Delfi AS haalde zo nu en dan uit eigen beweging een commentaar weg, maar stelde pas na de onderhavige kwestie een team van moderatoren aan. Die factoren in samenhang leiden ertoe dat aansprakelijkheid van Delfi AS inzake uitlatingen, die als 'hate speech' en fysieke bedreigingen zijn te kenmerken, niet een te vergaande inmeniging op artikel 10 vormt.⁷¹

Hieruit mag niet worden afgeleid dat news portals altijd voor commentaar van derden aansprakelijk mogen worden gesteld. Uit een Hongaarse zaak⁷² blijkt dat het anders kan liggen wanneer vulgaire uitlatingen niet als 'hate speech' zijn aan te merken en niet op het eerste gezicht duidelijk onrechtmatig zijn. Van belang is ook dat de opmerkingen over een rechtspersoon gingen en de zaak mede daarom niet op een botsing tussen artikel 10 en artikel 8 EVRM ziet. Dat alles leidt ertoe dat het aansprakelijk stellen van de news portal in dit geval wel een schending van artikel 10 EVRM vormt. In deze uitspraken gaat het Hof overigens niet expliciet in op de consequentie van de gekozen benadering. Wanneer de mogelijkheid tot aansprakelijk stellen mede afhangt van de inhoud van de geposte berichten is een door de news portal op te zetten inhoudelijk controle systeem, dat verder gaat dan notice en take down, al snel onontbeerlijk.

Digitalisering zorgt ook voor een veel gemakkelijker toegang tot bepaalde persoonsgegevens. Zo is in Finland ieders belastbaar inkomen en vermogen openbaar; de zaak voor het Hof ziet in het bijzonder op de publicatie van deze gegevens per regio en met name op de geboden mogelijkheid om via een SMS met de naam van iemand direct zijn gegevens te verkrijgen. De nationale rechter neemt in rekening dat de privacyrichtlijn van de EU ook van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens die al openbaar zijn, zoals het antwoord van het Hof van Justitie op prejudiciële vragen luidde. Dat antwoord gaf ook aan dat de nationale rechter diende vast te stellen of de activiteiten in kwestie als journalistiek in de zin van de richtlijn zijn te beschouwen. De Finse rechter meende van niet en mede om die reden woog het belang gemoeid met de bescherming van de privacy volgens hem zwaarder. Het EHRM stelt dat persvrijheid en privacy moeten worden afgewogen en dat de nationale rechter dat op een acceptabele wijze heeft gedaan. Er zijn geen redenen een eigen beslissing in de plaats te stellen van die van de nationale rechter.⁷³ De vrij summiere toets van het EHRM is mogelijkterwils ingegeven door de betrokkenheid van het Hof van Justitie van de EU.

Wanneer internet de bron van informatie wordt, kan ook de vraag opkomen of en in hoeverre gevangenen een recht op

63 EHRM 21 oktober 2014, no. 73571/10 (Matúz/Hongarije).

64 EHRM 8 januari 2013, no. 40238/02 (Bucur & Toma/Roemenië).

65 EHRM 7 december 2010, no. 15966/06 (Poyraz/Turkije).

66 EHRM 17 november 2016, no. 59001/08 (Karapetyan/Armenië).

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

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

69 EHRM (GK) 10 december 2007, no. 69698/01 (Stoll/Zwitserland).

70 "That is undisputed and has been recognised by the Court on previous occasions (see EHRM 18 december 2012, no. 3111/10 § 48 (Ahmet Yıldırım/Turkije) en EHRM 10 maart 2009, nos. 3002/03 en 23676/03 (Times Newspapers Ltd/VK))."

71 EHRM 10 oktober 2013, no. 64569/09 (Delfi AS/Estland).

72 EHRM 2 februari 2016, no. 22947/13 (Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete & Index.hu Zrt/Hongarije).

73 EHRM 21 juli 2015, no. 931/13 (Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy/Finland).

toegang tot internet toekomt. Het Hof gaat ervan uit dat er goede redenen kunnen zijn om gevangenen niet zonder meer toegang te geven. Is er echter een regeling, die hen toegang geeft tot bepaalde sites met juridische informatie, dan is het weigeren van toegang tot de site van het nationale informatiebureau van de Raad van Europa niet noodzakelijk in een democratische samenleving.⁷⁴ Uit een nog recenter arrest blijkt dat een gevangene, die zich wil informeren over studiemogelijkheden, de toegang tot de relevante site van het ministerie van onderwijs niet mag worden geweigerd.⁷⁵

Misbruik van recht en hate speech

In bepaalde gevallen is een beroep op artikel 10 EVRM niet mogelijk op grond van artikel 17 EVRM, de misbruik van recht bepaling. De toepassing daarvan is in het verleden weinig consistent geweest. De Grote Kamer tracht in *Perinçek* een helder uitgangspunt te formuleren.⁷⁶ De bepaling kan volgens het Hof slechts toegepast worden 'on an exceptional basis and in extreme cases',⁷⁷ namelijk wanneer het onmiddellijk duidelijk is 'that the impugned statements sought to deflect this Article from its real purpose by employing the right to freedom of expression for ends clearly contrary to the values of the Convention'. Wanneer het niet direct duidelijk is, dat uitlatingen trachten haat en geweld aan te wakkeren en de gedragingen van klager gericht zijn op de vernietiging van de verdragsrechten van anderen, zal gewoon een toetsing aan het tweede lid van artikel 10 EVRM plaats dienen te vinden, waarbij artikel 17 EVRM op de achtergrond nog wel een rol kan spelen.

Klager had in Zwitserland op persconferenties de Armeense genocide als een internationale leugen betiteld, bedoeld om de imperialistische politiek van de VS te legitimeren, en was daarvoor veroordeeld. In het verloop van het arrest gaat het Hof ook in op de toepassing van artikel 17 EVRM op de ontkenning van de holocaust. Het noemt twee verschillen met de huidige zaak. Over het bestaan van de holocaust bestaat geen serieus meningsverschil onder historici. Bovendien ging het om gevallen waarin de ontkenning van de holocaust bedoeld was om het nazisme te rehabiliteren of minachting voor de slachtoffers uitdrukte.

De geschetste benadering strookt met *Fatullayeh*, waarin de regering van Azerbeidzjan een beroep op artikel 17 EVRM deed. Het betrof een publicatie over een massaslachting van burgers tijdens het conflict met Armenië. Het Hof benadrukt de verschillen met de ontkenning van de holocaust die het in *Lehideux* en *Isorni* wel onder artikel 17 EVRM had geschaard. Daar ging het om de ontkenning van 'clearly established historical facts'. In casu ontkent de schrijver de gebeurtenissen niet, noch drukt hij minachting uit voor de slachtoffers. De vraag of sommige Azeri strijders ook een zekere verantwoordelijkheid toekomt nu zij de burgers niet van een veilige corridor gebruik hebben laten maken, staat open voor 'ongoing debate among historians, and as such should be a matter of general interest in modern Azerbaijani society'. De uitlatingen van klager 'did not amount to any activity infringing the essence of the values underlying the Convention or calculated to destroy or restrict the rights and freedoms guaranteed by it.'

In de zaak *Hizb Ut-Tahrir* past het Hof artikel 17 EVRM wél toe. Het betrof uitlatingen die zelfmoordaanslagen op burgers

rechtvaardigden als onderdeel van de gewapende strijd tegen Israël. Het Hof acht deze 'clearly contrary to the values of the Convention, notably the commitment to the peaceful settlement of international conflicts and to the sanctity of human life.' Daarom is er sprake van misbruik van recht.⁷⁸ Een als onbetwifelbaar antisemitisch gekwalificeerde belediging viel ook binnen de reikwijdte van artikel 17 EVRM. De zaak zag op een satirische scène tijdens het optreden van de omstreden Franse komiek *Dieudonné*. In de scène kreeg de holocaustontkenner *Faurisson* een prijs uitgereikt door een in concentratiekampkleding gehuld persoon.⁷⁹

Hate speech

Terug naar *Perinçek*. Is er geen misbruik van recht, maar toch van 'hate speech' dan is een inmenging in beginsel als noodzakelijk in een democratische samenleving te beschouwen. Of een uitlating als 'hate speech' kan worden aangemerkt, hangt van een aantal factoren in onderling verband af. Hier dus ook weer een catalogusformule: een gespannen sociale en politieke situatie, de vraag of de uitlatingen als een directe of indirecte oproep tot gebruik van geweld kunnen worden gezien of als een rechtvaardiging van geweld, haat of onverdraagzaamheid. In dat verband let het Hof bij uitstek op 'sweeping statements attacking or casting in a negative light entire ethnic, religious or other groups'.⁸⁰ Indien het EHRM daarentegen vaststelt dat een publicatie naar haar aard vooral als kritiek op de overheid of de regering is aan te merken, dan moet er wel heel wat aan de hand zijn alvorens een inmenging geoorloofd is. De laatste factor is de wijze waarop de uitlatingen zijn ingekleed en op hun 'capacity to lead to harmful consequences'.

De Grote Kamer accepteert in *Perinçek* overigens dat de rechten van anderen een legitieme beperkingsgrond kunnen vormen ten aanzien van de ontkenning van de Armeense genocide, mede omdat de strafbepaling bedoeld is om de identiteit en waardigheid van de Armeniërs te beschermen. De uitlatingen in kwestie waren echter onderdeel van een betoog tegen de imperialistische grootmachten. De Grote Kamer beoordeelt de uitlatingen daarom vooral als standpunten over zaken van publiek belang, waarbij relevant is dat de genocide door klager zeker niet gerechtvaardigd wordt. De uitlatingen drukken evenmin minachting uit voor de slachtoffers van inmiddels een eeuw geleden. Om die redenen is de inmenging volgens de Grote Kamer disproportioneel.⁸¹ Een kanttekening is wel dat zeven van de zeventien rechters de inmenging niet disproportioneel achten.

Ook in *Vejdeland* ging het om een beoordeling van uitlatingen in context.⁸² Een politieke groepering had pamfletten met suggestieve teksten over homoseksuelen (destructief effect op de samenleving, verantwoordelijk voor aids en welwillend ten aanzien van pedofilie) verspreid. Dat was gebeurd op een middelbare school om te wijzen op het gebrek aan objectief onderwijs in dezen. Onder verwijzing naar *Féret* stelt het EHRM vast dat ook aanvallen op personen door belediging, bespotting of belastering van bepaalde bevolkingsgroepen een reden voor een inmenging kunnen vormen. Het arrest is in het bijzonder van belang omdat het Hof discriminatie op grond van seksuele gerichtheid even ernstig noemt als die op grond van ras. Het oordeel van het Hof dat de sanctionering

74 EHRM 19 januari 2016, no. 17429/10 (Kalda/Estland).

75 EHRM 17 januari 2017, no. 21575/08 (Jankovskis/Litouwen).

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

77 Onder verwijzing naar EHRM (GK) 6 januari 2011, no. 34952/04 (Paksas/Litouwen), een kiesrechtzaak.

78 EHRM 12 juni 2012, no. 31098/08 (Hizb Ut-Tahrir/Duitsland).

79 EHRM 20 oktober 2015, no. 25239/13 (M'Bala M'Bala/Frankrijk).

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

81 EHRM (GK) 15 oktober 2015, no. 27510/08 (Perinçek/Zwitserland). Gezien het feit dat de uitlatingen niet als 'hate speech' te beschouwen zijn, rustte volgens de Grote Kamer op Zwitserland ook geen internationale verplichtingen tot strafbaarstelling.

82 EHRM 9 februari 2012, no. 1813/07 (Vejdeland e.a./Zweden).

van de klagers geen schending van artikel 10 vormde, wordt overigens mede gedragen door drie 'concurring opinions', waaruit blijkt dat zeker twee rechters de sanctie alleen vanwege de verspreidingswijze (ongevraagd op je locker) niet te vergaand achten.

De jurisprudentie ten aanzien van 'hate speech' ziet vrijwel steeds op de vraag of een inmenging in de vrijheid van meningsuiting geoorloofd was. Het Hof wijst daarbij op het grote belang van de strijd tegen discriminatie, maar laat zich in zijn algemeenheid niet uit over de vraag of een bepaalde inmenging op grond van het EVRM geboden zou kunnen zijn.⁸³ Dat is anders in de zaak Aksu. De klacht betrof het verschijnen van een studie waarin Roma op een bepaalde manier getypeerd worden en over het uitkomen van een woordenboek waarin bij het lemma 'zigeuner' negatieve connotaties vermeld staan. Had het Hof in 2010 al vastgesteld dat ook de etnische identiteit van een persoon een element is van het door artikel 8 EVRM beschermde rechtsgoed,⁸⁴ in Aksu overweegt de Grote Kamer als volgt: 'In particular, any negative stereotyping of a group, when it reaches a certain level, is capable of impacting on the group's sense of identity and the feelings of self-worth and self-confidence of members of the group. It is in this sense that it can be seen as affecting the private life of members of the group.'⁸⁵

Op de staat kan derhalve een positieve verplichting rusten om personen tegen dergelijke uitlatingen te beschermen. Tegenover die mogelijke verplichting stelt het EHRM het belang van de vrijheid van meningsuiting. Net als op andere terreinen dient er sprake te zijn van een 'fair balance', bij het vaststellen waarvan de nationale autoriteiten een appreciatie-marge toekomt. Hebben de nationale autoriteiten de beginselen uit de jurisprudentie van het Hof in hun oordeel betrokken, 'the Court would require strong reasons to substitute its own view for that of the domestic courts'. Het Hof komt in casu tot de conclusie dat de afweging van de nationale rechter niet onredelijk is geweest en de overheid niet de plicht had op te treden tegen de gewraakte uitgaven, die een wetenschappelijk karakter hebben en bovendien in hun geheel beoordeeld moeten worden.

Een recenter arrest ziet op uitlatingen van extreemrechtse demonstranten. Deze zouden langs de route wonende Roma in het voorbijlopen beledigende en bedreigende opmerkingen hebben toegevoegd. Het EHRM herhaalt het uitgangspunt dat negatieve etnische stereotypingen het recht op respect voor het privé leven in het geding brengen. Ondanks de relatief ruime appreciatie-marge was volgens het Hof in deze situatie een uitgebreider strafrechtelijk onderzoek op zijn plaats geweest.⁸⁶ De toekomst zal moeten uitwijzen wanneer het niet sanctioneren van bepaalde uitlatingen niet meer als een 'fair balance' tussen de vrijheid van meningsuiting en de betreffende positieve verplichting kan worden gezien.

Uitleiding

Het zou van hubris getuigen om een simpele conclusie te trekken op grond van de in dit overzicht behandelde en geanalyseerde jurisprudentie. De deelonderwerpen verschil-

len in aanzienlijke mate en de benadering van het Hof is vaak casuïstisch van aard. Daarbij komt nog de onenigheid binnen het Hof. Toch is het mogelijk enige algemene opmerkingen te maken.

In de eerste plaats heeft het Hof zijn benadering voortgezet dat onder het vereiste van voorzienbaarheid ook de kwaliteit van de wetgeving en daarmee procedurele waarborgen kunnen vallen. Men denke aan de tegen Nederland gewezen arresten inzake het brongeheim. In de tweede plaats lijkt het Hof in een enkel geval kritischer dan voorheen het vereiste van een legitiem doel te beoordelen.

Dat doet er niet aan af dat het noodzakelijkheidsvereiste nog steeds de belangrijkste rol speelt bij de beoordeling van inmengingen in de persvrijheid. Te dien aanzien kan een rode draad worden ontwaard, namelijk de grote voorkeur van het Hof voor een catalogusformule gecombineerd met een 'strong reasons' benadering. Die komt op tal van verschillende terreinen naar voren, zowel bij de afweging tussen persvrijheid en privacy, bij het beoordelen van het klokkenluiden, bij het gebruikmaken van vertrouwelijk materiaal over een verdachte, en bij het oordeel over hate speech. Bij de positieve verplichting om hate speech tegen te gaan spreekt het Hof eveneens over 'strong reasons'; alleen die maken het mogelijk het eigen oordeel boven dat van de nationale rechter te laten prevaleren.

In de catalogusformule staat de vraag of een uitlating als bijdrage aan het maatschappelijke of politieke debat is aan te merken vaak voorop. Dat is niet toevallig. Al sinds jaar en dag hangt de door artikel 10 EVRM geboden bescherming mede af van het antwoord op deze vraag. Dat wordt in deze periode bevestigd. Men hoeft alleen maar een aantal door de Grote Kamer behandelde zaken te noemen: de berichtgeving over het buitenechtelijk kind van de vorst van Monaco⁸⁷, de ontkenning van de Armeense genocide in een anti-imperialistische tirade⁸⁸, de te sensationele berichtgeving over een verdachte.⁸⁹ Steeds vormt het oordeel van de Grote Kamer of er wel of niet sprake was van een bijdrage aan het maatschappelijk debat een centraal element in haar redenering. In dit verband valt te wijzen op het 'public interest' criterium, dat de Grote Kamer hanteert bij de vaststelling van een recht op toegang tot informatie die bij de overheid berust.⁹⁰

De aanpak met catalogusformules is evenmin een nieuw fenomeen. De combinatie van deze aanpak met de 'strong reasons' benadering zorgt wel voor een op het eerste gezicht betrekkelijk helder kader voor de beoordeling van veel inmengingen in de persvrijheid. De meningsverschillen binnen het Hof zijn daarmee echter niet verdwenen. Deze zien niet alleen op de waardering van bepaalde belangen, maar ook op de vraag welke ruimte de nationale autoriteiten moet worden gelaten. Is het voldoende dat de nationale rechter op zorgvuldige wijze de in de relevante catalogusformule genoemde factoren in rekening brengt? Of kan het EHRM pas vaststellen dat er geen 'strong reasons' zijn, nadat het eerst een eigen afweging van belangen heeft verricht? De jurisprudentie geeft voorslagnog geen eenduidig antwoord op deze vraag.

83 Dat geldt overigens evenmin voor uitlatingen die het Hof als misbruik van recht als kwalificeert.

84 EHRM 27 april 2010, no. 27138/04 (Ciubotaru/Moldavië).

85 EHRM (GK) 15 maart 2012, no. 4149/04 en 41029/04 (Aksu/Turkije).

86 EHRM 12 april 2016, no. 64602 (R.B./Hongarije).

87 EHRM (GK) 10 november 2015, no. 40454/07 (Couderc and Hachette Filipacchi Associés/Frankrijk).

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

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

90 EHRM (GK) 8 november 2016, nr. 18030/11 (Magyar Helsinki Bizottsag/Hongarije).