

# Op zoek naar het publieke debat. Over de afbakening door het EHRM van een bij uitstek beschermde categorie uitlatingen

*De vrijheid van meningsuiting heeft meer gewicht bij uitlatingen die deel uitmaken van het publiek debat. Dat is een bekend uitgangspunt dat ook door het EHRM gehanteerd wordt. Daarmee is de vraag hoe deze categorie met name beschermde uitlatingen wordt afgebakend nog niet beantwoord. Deze bijdrage tracht op grond van een analyse van de jurisprudentie van het EHRM antwoord op deze vraag te geven. Er wordt in het bijzonder ook onderzocht of de benadering van het Hof consistent is.*

## Inleiding

Het recht op vrijheid van meningsuiting bestrijkt een groot scala van uitlatingen, van redactionele commentaren in kranten tot roddel, van politieke redevoeringen tot pornografie. Binnen dat grote bereik wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen twee soorten uitlatingen, die kunnen worden aangeduid met de termen 'public speech' en 'private speech'. Deze begrippen worden in het verloop van dit artikel geanalyseerd; voornamelijk kan worden gezegd dat 'public speech' ziet op uitlatingen die betrekking hebben op zaken van algemeen belang en daarom een rol spelen bij de maatschappelijke en politieke meningsvorming, terwijl de term 'private speech' ziet op uitlatingen die niet een dergelijk belang hebben.

De eerst genoemde categorie van uitlatingen krijgt in beginsel een grotere bescherming. Dat zien we in tal van rechtsstelsels.<sup>1</sup> Deze bevoorrechte positie van 'public speech' wordt vaak in verband gebracht met de grondslagen van de vrijheid van meningsuiting. Dat zijn niet alleen individuele belangen als zelfontplooiing maar ook boven-individuele belangen als vooruitgang en democratie. Uitlatingen die gaan over politieke en maatschappelijke kwesties komen daarom minder snel voor een beperking in aanmerking. Het EHRM hanteert als uitgangspunt dat: 'Under the Court's case-law, expression on matters of public interest is in principle entitled to strong protection'.<sup>2</sup> In directe samenhang daarmee hecht het Hof veel waarde aan de rol van de pers, die het publiek van informatie

voorziet over de politiek en andere zaken van algemeen belang.

In het kader van de noodzakelijkheidstoets onderzoekt het EHRM dan ook regelmatig of een uitlating tot de door het Hof omschreven categorie behoort. Is dat niet het geval, zoals bijvoorbeeld bij commerciële informatie, dan is het Hof in het algemeen makkelijker te overtuigen van de proportionaliteit van een beperking.<sup>3</sup> Ook in de zogeheten catalogusformules waar het Hof mee werkt, is de vraag of een uitlating ziet op een onderwerp van publiek belang prominent aanwezig.<sup>4</sup>

Het kwalificeren van een uitlating is niet altijd even makkelijk. In de eerste plaats kunnen er grensgevallen bestaan. Het EHRM heeft daarnaast wel overwogen dat een uitlating 'to some degree' over een zaak van algemeen belang ging. Bovendien kan een uitlating die op zichzelf niet op een zaak van algemeen belang ziet, binnen de publicatie als geheel of in bredere context van karakter veranderen.<sup>5</sup> Dan is overigens nog steeds het onderwerp – in context – de beslissende factor.

Soms lijkt het Hof echter bijkomende voorwaarden te stellen, bijvoorbeeld aan de motieven achter de publicatie, of aan de veronderstelde motieven van het publiek. Het Hof heeft zich daarnaast een enkele maal afgevraagd of de publicatie wel nieuwe informatie over een onderwerp bood. Wanneer niet aan deze voorwaarden was voldaan, kregen de uitlatingen niet de verhoogde bescherming.<sup>6</sup>

In weer andere gevallen wordt er niet zozeer een grens getrokken tussen uitlatingen die meer en minder bescherming toekomt maar veeleer tussen bijdragen aan het maat-

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

1 Het Amerikaanse Supreme Court vraagt zich bijvoorbeeld in *Snyder v. Phelps* (256 U.S. 443) af of borden met denigrerende uitlatingen over homoseksuelen en de katholieke kerk die door de leden van de geloofsgemeenschap in de buurt van de begrafenis van een omgekomen militair omhoog werden gehouden, als 'public speech' te beschouwen zijn. Nu het Supreme Court deze vraag bevestigend heeft beantwoord, zijn de uitlatingen niet onrechtmatig jegens de nabestaanden. Het Duitse Bundesverfassungsgericht heeft het uitgangspunt

ontwikkeld dat er bij bijdragen aan de 'geistige Meinungskampf' over kwesties van openbaar belang een vermoeden ten gunste van de vrijheid van meningsuiting bestaat, bijv. BVerfG 15 jan 1985, E 69, 112, zie al BVerfG 15 januari 1958, E 7, 198.

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

3 Bijv. EHRM 20 november 1989, 10572/83 (*Markt Intern/Duitsland*).

4 Zie hieronder §2.

5 SDU 891.

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

schappelijk debat en uitlatingen die verboden mogen worden. Dat is het duidelijkst indien het Hof oordeelt dat er sprake is van misbruik van recht, maar het antwoord op de vraag of er nog van in het bijzonder beschermde 'public speech' sprake is, hangt wel vaker samen met de vraag of er gronden voor een beperking zijn.<sup>7</sup>

Deze complicaties zouden tot de conclusie kunnen leiden dat er weinig algemene uitspraken over het afbakenen van de categorie 'public speech' gedaan kunnen worden. Een analyse van de jurisprudentie van het EHRM kan echter op zijn minst de afgrenzingsproblemen verhelderen. De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is dan ook of het criterium dat een uitlating ziet op een zaak van publiek belang niet voldoende is om de categorie extra beschermde uitlatingen af te bakenen.

De opbouw van het stuk is als volgt. In de eerste paragraaf na deze inleiding wordt geschetst waarom het relevant is of een uitlating als 'public speech' is aan te merken. Daarna trachten we tot een eerste afbakening te komen, zowel door de categorie uitlatingen nader af te bakenen en door een opsomming van onderwerpen, waarover uitlatingen door het Hof als zodanig zijn aangeduid als door een onderzoek van de uitlatingen die buiten de boot vallen.

In de daarop volgende paragrafen worden de eerste twee genoemde complicaties geschetst; de graduele benadering en de context. Daarna komt de inperking van de reikwijdte aan bod zowel die door het stellen van extra voorwaarden als die door het verdisconteren van beperkingsgronden. Een laatste opmerking is dat het EHRM artistieke<sup>8</sup> en wetenschappelijke uitlatingen<sup>9</sup> ook een speciale positie toekent. Deze categorieën maken geen deel uit van het onderzoek.<sup>10</sup>

## Belang onderscheid

Een inmenging in de vrijheid van meningsuiting is op grond van artikel 10 lid 2 EVRM geoorloofd indien deze voorzien is bij wet, een legitiem doel dient en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Dat laatste vereiste impliceert dat er een 'pressing social need' voor de inmenging dient te zijn en dat de ernst van de inmenging in redelijke verhouding dient te staan tot het met inmenging te dienen doel. Er dienen met andere woorden relevante en voldoende redenen te zijn voor de inmenging. Bij deze proportionaliteitstoets doet het onderscheid tussen 'public' en 'private speech' zich gevoelen. Een inmenging in het debat over zaken van algemeen belang is als ernstiger te beschouwen en minder snel te rechtvaardigen:<sup>11</sup> 'the Court recalls that there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate on matters of public interest.'<sup>12</sup>

Daarbij komt dat het Hof ten aanzien van inmengingen in het maatschappelijk debat de nationale autoriteiten over het

algemeen een kleinere appreciatiemarge laat dan bij andere uitlatingen. Al sinds het *Sunday Times*-arrest loopt het idee dat er weinig ruimte is voor een inmenging in 'in two fields, namely political speech and matters of public interest',<sup>13</sup> dan ook als een rode lijn door de jurisprudentie.<sup>14</sup>

Wanneer de vrijheid van meningsuiting afgewogen moet worden tegen andere belangen, hanteert het Hof tegenwoordig vaak zogeheten catalogusformules.<sup>15</sup> Daarin zijn de factoren te vinden die de nationale rechter bij deze afweging in rekening moet brengen. Het zal geen verbazing wekken dat de vraag of de uitlating een bijdrage vormt aan een debat over een zaak van publiek belang een belangrijke factor is. Het is de eerste factor die het Hof noemt wanneer er een publicatie in het geding is die een inmenging vormt op recht op respect voor het privéleven van een ander zodat beide grondrechten afgewogen dienen te worden.<sup>16</sup> Daarnaast wijst het Hof op de bekendheid van de persoon, waarover wordt bericht, op het onderwerp van de berichtgeving; op het eerdere gedrag van de persoon ten opzichte van de media; op de wijze van garing van informatie en de waarheidsgetrouwheid ('veracity') ervan; en op 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.<sup>17</sup>

Mijns inziens is het niet toevallig dat de vraag naar de bijdrage aan het debat op de eerste plaats staat. Zo dient bij berichtgeving over een bekende politiek gezagdrager (factor 2) nog steeds onderscheid gemaakt te worden tussen berichtgeving of kritiek die in verband staat met het functioneren (en dus ziet op een zaak van publiek belang) en berichtgeving en die de privésfeer betreft of kritiek die louter op de persoon ziet.

Ook bij de afweging tussen vrijheid van meningsuiting en het 'necessary level of respect for the group's identity'<sup>18</sup> neemt de vraag of de uitlating deel uitmaakt van het publieke debat een prominente plaats in.<sup>19</sup> Wanneer het gaat om de vraag of een klokkenluider al dan niet gesanctioneerd mag worden, is de 'public interest involved in the enclosed information' wederom de eerste genoemde factor.<sup>20</sup> Het Hof heeft daarnaast onder meer vastgesteld dat artikel 10 EVRM een recht op bij de overheid berustende informatie kan omvatten, indien de betreffende informatie een 'public interest test' doorstaat.<sup>21</sup>

In geval de nationale rechter alle factoren uit de relevante catalogusformule in zijn afweging heeft betrokken, zal het Hof slechts dan zijn eigen oordeel in de plaats stellen van het oordeel van de nationale rechter indien het daar 'strong reasons' voor heeft. Daarin drukt zich de appreciatiemarge uit, die nog steeds mede bepaald wordt door het antwoord op de vraag of er sprake is van 'public speech'.<sup>22</sup>

7 Vgl. de 'dissenting opinion' in EHRM(GK) 15 October 2015, no. 27510/08 (*Perinçek/Zwitserland*).

8 Zie: A.J. Nieuwenhuis & S. Koning, 'Kunst in Straatsburg. Een analyse van de jurisprudentie van het EHRM', *Mediaforum* 2010-3, p. 70-78.

9 Bijv. EHRM 8 juni 2010, no. 44102/04 (*Sapan/Turkije*).

10 Evenmin worden controverses over de geschiedenis als zodanig geanalyseerd; deze kunnen in de regel gezien worden als 'touching upon matters of public interest', vgl. o.a. EHRM 23 september 1998, no. 24662/94 (*Lehideux & Isorni/Frankrijk*); EHRM 2 oktober 2001, no. 29221/95 (*Stankov & Ilinden/Bulgarije*).

11 EHRM 6 oktober 2012, no. 32820/09 (*Vellutini & Michel/Frankrijk*).

12 EHRM (GK) 8 juli 1999, no. 26682/95 (*Sürek/Turkije* no. 1).

13 Bijv. EHRM (GK) 29 maart 2016, no. 56925/08 (*Bédat/Zwitserland*), par. 49.

14 Men vergelijk al EHRM 8 juli 1986, no. 9815/87 (*Lingens/Oostenrijk*); EHRM 23 september 1994, no. 15890/89 (*Jersild/Denemarken*).

15 Zie: A.J. Nieuwenhuis, 'Van catalogusformules en strong reasons', *Mediaforum* 2017-1, p. 2-14.

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

17 Een klacht over onvoldoende bescherming van de privacy ziet immers veeleer op het *niet* opleggen van een sanctie; het is uiteraard mogelijk dat wordt geklaagd over een te lichte sanctie.

18 EHRM (GK) 15 October 2015, no. 27510/08 (*Perinçek/Switserland*).

19 EHRM (GK) 15 October 2015, no. 27510/08 (*Perinçek/Switserland*): 'whether the utterances were part of a public debate; the historical, geographical, and temporal context; the extent to which rights of others are impaired; an European consensus or lack thereof; international law obligations; the manner in which the interference was justified; and the sanction, if any, that was imposed.'

20 EHRM (GK) 12 januari 2008, no. 14277/04 (*Guja/Moldavië*).

21 EHRM (GK) 8 november 2016, no. 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottsag/Hongarije*).

22 Bijv. EHRM 17 juni 2017, no. 931/13 (*Satakunnan Oy & Satamedia Oy/Finland*).

Het antwoord op de vraag of er sprake is van 'public speech' is dus veelal beslissend voor de vraag of er sprake is van een schending. Om twee voorbeelden te geven: het EHRM (GK) oordeelt in *Perinçek* dat de ontkenning van de Armeense genocide als onderdeel van een betoog tegen de imperialistische bemoeienis met Turkije een zaak van publiek belang betrof: 'It follows that the applicant's statements, which concerned a matter of public interest, were entitled to heightened protection under Article 10 of the Convention, and that the Swiss authorities only had a limited margin of appreciation to interfere with them.' Daarom oordeelt het EHRM tot een schending. Een grote minderheid van rechters meende dat de ontkenning geen zaak van publiek belang betrof en er geen sprake was van een schending.

In *Bédat* oordeelde de Grote Kamer dat de publicatie juist niet in de extra beschermde categorie viel en de inmenging geoorloofd was; een kleine minderheid meende dat de publicatie wel grote bescherming toekwam en de inmenging een schending vormde. Het komt overigens ook wel voor dat de rechters het eens zijn dat er sprake is van een publicatie over een zaak van algemeen belang, maar toch tot een andere conclusie komen<sup>23</sup>

## Afbakening 'public speech' door het EHRM

### Achtergrond

Binnen de Raad van Europa worden fundamentele rechten en democratie in samenhang gezien, niet alleen als reactie op de verschrikkingen teweeggebracht door het naziregime maar ook als reactie op de communistische overheersing van de landen in Oost-Europa. Deze samenhang geldt bijvoorbeeld ook het recht op vrijheid van godsdienst als 'een van de grondslagen van de democratische samenleving within the meaning of the Convention'. Het idee dat beperkingen van fundamentele rechten in een democratie niet licht gerechtvaardigd kunnen worden,<sup>24</sup> komt terug in de beperkingsclausule bij een reeks grondrechten. Een beperking is pas geoorloofd indien deze noodzakelijk is in een *democratische* (curs. ajn) samenleving. Democratie is dan ook het enige politieke model dat met de Conventie verenigbaar is.<sup>25</sup>

Deze algemene samenhang doet er niet aan af dat er bij de vrijheid van meningsuiting – en andere politieke vrijheden – een nauwer verband met de democratie gelegd kan worden. De vrijheid van meningsuiting is volgens het Hof 'one of the essential (curs. ajn) foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for the development of every man and woman'.<sup>26</sup> Mede daarom dient in een democratische samenleving plaats te zijn voor informatie en meningen 'that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb'.<sup>27</sup>

## Functioneren democratie

Bovendien zijn bepaalde categorieën uitlatingen van wezenlijke betekenis voor het functioneren van de democratie. Man denke hier aan de gemeenschappelijke menings- en besluitvorming, aan de openbare controle op de machthebbers, en meer in het algemeen op de meningsvorming over maatschappelijke kwesties. Het EHRM geeft juist dat soort uitlatingen een verhoogde bescherming. In de eerste plaats valt te wijzen op *uitlatingen van politici* die hun standpunt over politieke kwesties naar voren brengen. De Grote Kamer<sup>28</sup> heeft in dezen ook gewezen op de speciale positie die uitlatingen in het parlement in veel landen toekomt. Maar ook daarbuiten moeten parlementariërs en politici de nodige ruimte hebben.<sup>29</sup>

Evenzeer beschermd is – andere – *berichtgeving over de overheid, politieke gezagdragers en andere politici*: 'Freedom of the press affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of their political leaders. In particular, it gives politicians the opportunity to reflect and comment on the preoccupations of public opinion; it thus enables everyone to participate in the free political debate which is at the very core of the concept of a democratic society'.<sup>30</sup>

Het Hof heeft daarnaast gewezen op het publiek belang gemoeid met berichtgeving over *rechtszaken*: 'Not only do the media have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them'.<sup>31</sup> Daarbij overwoog het Hof dat de rechtspleging geacht wordt te geschieden in het algemeen belang en dat soms ook de medewerking van een goed geïnformeerd publiek nodig is.

Daarmee is de categorie public speech zeker nog niet uitgeput. Men denke niet alleen aan berichtgeving over illegale praktijken zoals fraude in de bosbouw<sup>32</sup> of de internationale drughandel, maar ook over andere zaken die mogelijkerwijs als *maatschappelijke misstanden* beschouwd kunnen worden. Dat loopt van de kwalijke praktijken bij de jacht op zeehonden<sup>33</sup> tot de werkwijze van sektes<sup>34</sup> en de afwezigheid van spoedeisende hulp voor huisdieren.<sup>35</sup> In veel gevallen zal de grens tussen deze categorie en de eerder genoemde niet dan met een stippelijijn getrokken kunnen worden. Zo noemt het Hof geweldmisbruik door de politie een zaak van publiek belang,<sup>36</sup> maar het valt te verdedigen, dat het gezien ook de verantwoordelijkheid van politieke gezagdragers het ook direct een politieke kwestie is. Het Hof heeft meer in het algemeen benadrukt dat het geen scherp onderscheid wil maken tussen politiek in enge zin en andere discussies over zaken van algemeen belang; daaraan wordt ook een 'heightened level of protection' toegekend.<sup>37</sup>

Het begrip publiek belang kan in elk geval ook betrekking hebben op *maatschappelijke problemen*, waar politieke gezagdragers in elk geval niet direct bij betrokken hoeven te zijn. Men denke aan berichtgeving over de bedrijfsvoering van grote ondernemingen, zoals de werkwijze van een groot concern als McDonalds<sup>38</sup> of aan berichtgeving over problemen in de sport.<sup>39</sup> Het Hof heeft zelfs 'matters of consumer protection of

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

24 De lat zou met andere woorden hoger kunnen liggen dan onder een mogelijk-kerwijs te verwachten VN verdrag.

25 EHRM (GK) 13 februari 2003, no. 1340/98 (*Refah Partisi e.a./Turkije*).

26 Zie al EHRM 7 december 1976, no. 5493/72 (*Handyside/VK*); vgl. ook EHRM (GK) 15 October 2015, no. 27510/08 (*Perinçek/Switzerland*).

27 Idem.

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

29 EHRM 23 april 1992, no. 11798/85 (*Castells/Spanje*).

30 Idem

31 Zie al EHRM 26 april 1979, no. 6538/74 (*Sunday Times/VK*).

32 EHRM 29 maart 2001, 38432/97 (*Thoma/Luxemburg*).

33 EHRM 20 mei 1999, 21980/93, *Mediaforum* 1999/42 (*Bladet Tromsø & Stensaas/Noorwegen*).

34 EHRM 22 december 2005, 54968/00 (*Paturel/Frankrijk*).

35 EHRM 25 maart 1985, no. 8734/79 (*Bathold/Duitsland*).

36 EHRM 25 juni 1992, 13778/88 (*Thorgerir Thorgerirson/IJsland*).

37 EHRM 25 juni 1992, 13778/88 (*Thorgerir Thorgerirson/IJsland*).

38 EHRM 15 februari 2005, 68416/01 (*Steel & Morris/VK*).

39 EHRM 7 mei 2002, 46311/99 (*McVicar/VK*); EHRM 26 april 2007, no. 11182/03 (*Colaço Mestre and SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A./Portugal*).

direct concern to the local and national public' als zodanig betiteld, bijvoorbeeld in geval van berichtgeving over de weinig verheffende praktijk van een plastisch chirurg<sup>40</sup> en bij een artikel over de vermeende gevaren van magnetrons.<sup>41</sup>

In veel van deze zaken is de benadering van het Hof verbonden met de belangrijke rol die aan de pers als 'public watchdog' wordt toegekend. Dat wil zeker niet zeggen dat alleen inmengingen in de vrijheid van pers – of van actiegroepen die een openbaar belang behartigen<sup>42</sup> – in dit licht kunnen worden gezien. Ook de 'lonely pamphleteer'<sup>43</sup> die een zaak aan de kaak stelt, komt verhoogde bescherming toe, net als een burger die in zijn eentje een nieuwe kwestie, die mogelijk van algemeen belang is, op de agenda wil zetten.<sup>44</sup>

### Algemene omschrijving

In zijn algemeenheid heeft het Hof de volgende omschrijving gegeven: 'Public interest ordinarily relates to matters which affect the public to such an extent that it may legitimately take an interest in them, which attract its attention or which concern it to a significant degree, especially in that they affect the well-being of citizens or the life of the community. This is also the case with regard to matters which are capable of giving rise to considerable controversy, which concern an important social issue, or which involve a problem that the public would have an interest in being informed about.'<sup>45</sup> Deze omschrijving biedt geen volledige klaarheid, alleen al vanwege het enigszins circulaire karakter. Wel zij hier reeds gewezen op het belang van de term 'legitimate', die voor een afscheiding met de ongezonde nieuwsgierigheid van het publiek naar het privéleven van derden moet zorgen.<sup>46</sup>

### 'Private speech'

Tegenover onderwerpen van algemeen belang staan onderwerpen met een particulier belang. Het duidelijkste voorbeeld van uitlatingen die zien op de behartiging van privébelangen is 'commercial speech'.

### Reclame

Dat krijgt dan ook minder bescherming: 'the level of protection must be less than that accorded to the expression of 'political' ideas in the broadest sense, with which the values underpinning the concept of freedom of expression in the Convention are chiefly concerned'.<sup>47</sup> Dat reclame bijvoorbeeld boeken aan kan prijzen die zelf als bijdragen aan het debat zijn te beschouwen hoeft dat niet anders te maken.<sup>48</sup> De term 'commercial speech' kan overigens niet alleen reclame in eigenlijke zin omvatten, maar bijvoorbeeld ook foto's van modeshows.<sup>49</sup>

Daar staat tegenover dat reclame, onder meer door het satirische karakter en een link met de actualiteit soms toch

een bijdrage levert aan een debat van algemeen belang.<sup>50</sup> Een advertentie die een maatschappelijk probleem aan de orde wil stellen, krijgt zeker gerede bescherming: 'Moreover, the television commercial concerned battery pig farming. Accordingly, as it related to consumer health and to animal and environmental protection, it was undeniably in the public interest.'<sup>51</sup>

De in het algemeen kleinere bescherming voor reclame impliceert overigens niet dat het Hof beperkingen niet echt toetst. Hét voorbeeld is *Sekmadienis*, waarin het Hof een aan een adverteerder opgelegd sanctie wegens een affiche in strijd met de publieke moraal toch als schending beoordeelt, nu het algemene uitgangspunt dat het uitoefenen van een fundamenteel recht niet afhankelijk kan zijn van de gevoeligheden van de meerderheid met voeten is getreden.<sup>52</sup>

### Privézaken

Een uitlating naar aanleiding van een privégeschied zal evenmin vaak een zaak van algemeen belang betreffen. Het feit dat het om een geschil met de Belastingdienst gaat, maakt dat niet per se anders.<sup>53</sup> Wel is het mogelijk dat een uitlating naar aanleiding van een privégeschied tegelijkertijd ziet op een kwestie die wel een publiek belang in zich draagt. Zo kunnen de uitlatingen van de voorzitter van een culturele vereniging die een geschil heeft met het gemeentebestuur over de uitgave van een boek bijdragen aan een debat van algemeen belang. De uitlatingen hebben immers ook betrekking op het bestuur van de gemeente en op de besteding van publieke gelden.<sup>54</sup>

Uitlatingen die louter zien op de privépersoon en/of voortkomen uit 'personal animosity' zullen in beginsel niet op verhoogde bescherming kunnen rekenen. Zo achtte het Hof dat het gebruik van de negatieve termen 'huwelijksbreker' en 'slechte moeder' ten aanzien van een ex-politica niet zag op een zaak van publiek belang.<sup>55</sup> Toen een presentator die een politicus interviewde geen vragen meer stelde maar eerder een scheldkanonnade afvuurde, zagen zijn uitlatingen ook niet (meer) op een zaak van publiek belang.

### Bevredigen nieuwsgierigheid

Uitlatingen die zich louter richten op de bevrediging van de nieuwsgierigheid van het publiek, zonder dat er 'publieke belangen' in het geding zijn, vallen ook buiten de boot. Zo heeft het Hof tal van malen overwogen dat het in een democratische samenleving essentiële recht van het publiek om geïnformeerd te worden zich onder omstandigheden kan uitstreken tot aspecten van het privéleven van 'public figures', maar daar is wel een grens aan: 'articles aimed solely at satisfying the curiosity of a particular readership regarding the details of a person's private life, however well-known that person might be, cannot be deemed to contribute to a debate of public interest'.<sup>56</sup>

40 EHRM 2 mei 2000, no. 26132/95 9 (*Bergens Tidende e.a./Noorwegen*).

41 EHRM 25 augustus 1998, 25181/94 (*Hertel/Zwitserland*).

42 EHRM 15 februari 2005, 68416/01 (*Steel & Morris/VK*).

43 Bijv. EHRM 26 november 2015, no. 3690/10 (*Annen/Duitsland*).

44 Vgl. ook EHRM 28 oktober 2014, no. 49327/11 (*Gough/VK*).

45 EHRM (GK) no. 931/13 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy/Finland*).

46 Zie de rest van dit artikel.

47 ECRM 5 mei 1979, 7805/77 (*X. & Church of Scientology/Zweden*).

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

49 EHRM 10 januari 2013, no. 36769/08 (*Ashby Donald e.a./Frankrijk*).

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

51 EHRM (GK) 30 juni 2009, no. 3772/02 (*Vereinigung gegen Tierfabriken/Zwitserland (no. 2)*).

52 EHRM 30 januari 2018, no. 69317/14, (*Sekmadienis Ltd/Litouwen*).

53 EHRM 19 februari 2010, no. 42396/04 (*Taffin/Frankrijk*). Elle relève sur ce point que l'article en cause concernait un litige privé ayant opposé une personnalité très connue à une fonctionnaire du fisc et n'avait donc pas pour but de donner des informations générales sur les impôts.

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

55 EHRM 6 februari 2001, no. 41205/98 (*Tammer/Estland*).

56 EHRM (GK) no. 931/13 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy/Finland*); vgl. EHRM 24 juni 2004, 59320/00 (*Von Hannover/Duitsland (no. 1)*); EHRM 18 januari 2011, no. 39401/04 (*MGN Limited/VK*); EHRM 9 oktober 2012, no. 42811/06 (*Alkaya/Turkije*).

Met het lessen van de 'public's thirst' naar informatie over het privéleven van anderen en het bevredigen van sensatie-zucht en voyeurisme, is dus geen publiek belang gemoeid.<sup>57</sup> Daarom kunnen het weergeven van de ongegronde geruchten over huwelijksproblemen van de president<sup>58</sup> en berichtgeving over de veronderstelde financiële problemen van een beroemde zanger op zichzelf niet als bijdragen aan het publiek debat worden beschouwd. Dat sluit overigens niet uit dat een inmen-ging toch een schending vormt.<sup>59</sup>

### Verstrooiing

Andere publicaties die louter de verstrooiing van het publiek dienen, krijgen evenmin de sterke bescherming.<sup>60</sup> In dit verband valt er op te wijzen dat pornografie in het algemeen geen grote bescherming toekomt. Zo overweegt het Hof in *Perrin* dat 'the purpose of the present expression was purely commercial and there is no suggestion that it contributed to any public debate on a matter of public interest or that it was of any artistic merit'.<sup>61</sup>

Het feit dat dergelijke uitlatingen soms een groot publiek aanspreken, is met andere woorden niet beslissend. Het publiek belang is meer dan een optelsom van particuliere belangen. Informatie over onderwerpen van publiek belang dient de gemeenschappelijke besluitvorming, de controle op de overheid of op zijn minst de discussie over maatschappelijk kwesties te voeden.

### Glijdende schaal?

Tot dusverre is er stilzwijgend van uitgegaan dat er een duidelijke tweedeling bestaat tussen uitlatingen die betrekking hebben op een zaak van publiek belang en andere uitlatingen. De ene categorie krijgt een verhoogde bescherming, de andere categorie niet. Dat is een te simpele weergave van de jurisprudentie van het Hof. Een publicatie kan in meer of mindere mate een zaak van publiek belang betreffen.

Sommige uitlatingen zijn ideaaltypische bijdragen aan het publiek debat. Men denke aan kritische uitspraken van een parlementariër over – het beleid van – de regering. Het Hof overwoog in *Castells* dat een beknotting daarvan in een democratie zeer moeilijk voorstelbaar is. De opgelegde sanctie raakte de vrijheid van meningsuiting in de kern.<sup>62</sup> In andersoortige zaken is de verbinding met een publiek belang wel aanwezig maar minder sterk. De Grote Kamer moest in *Axel Springer* een publicatie beoordelen die betrekking had op de arrestatie en veroordeling van een bekend televisieacteur wegens het bezit van drugs. Het ging volgens het Hof over 'public judicial facts' die 'a degree of general interest' (curs. ajn) in zich droegen. Ook in *Von Hannover III* accepteert het Hof dat de foto in de context van het artikel over het feit dat steeds meer leden van de 'high society' hun vakantiehuizen verhuren ten minste 'to some degree' een bijdrage leverde aan een debat over een zaak van algemeen belang.<sup>63</sup>

De klager in de zaak *Rubins* was een hoogleraar die enkele mails aan de rector en de leden van de senaat van de universi-

teit had gestuurd met daarin fikse kritiek op het besluit om de door hem geleide afdeling op te heffen. Volgens het EHRM hadden de aangeroerde kwesties 'enig' publiek belang,<sup>64</sup> ook gelet op het feit dat de universiteit met publieke gelden wordt bekostigd. En een publicatie in het kader van een arbeidsgeschil binnen een bepaald bedrijf had volgens de Grote Kamer evenmin een zuiver privé-karakter: 'it was at least a matter of general interest for the workers of the company'.<sup>65</sup>

In *Karhuvaara & Iltalehti* oordeelde het Hof over een publicatie, die zag op het feit dat de echtgenoot van een bekende politica strafrechtelijk veroordeeld was. De nationale rechter had er in casu op gewezen dat de veroordeling van de echtgenoot van een politica voor de kiezer van belang kan zijn bij het bepalen van zijn stem. Dat wijst er volgens het Hof op dat 'at least to some degree a matter of public interest was involved in the reporting'.<sup>66</sup>

Het feit dat de publicatie 'tot op zekere hoogte' een zaak van algemeen belang betrof, lijkt in veel van de genoemde zaken beslissend te zijn geweest. Dat zou erop kunnen wijzen dat in deze gevallen het gewicht van de vrijheid van meningsuiting eigenlijk even groot is als in zaken waarin de publicatie zonder meer ziet op een zaak van publiek belang. Daar staat tegenover dat het Hof in het algemeen een voorkeur heeft voor een afweging in concreto;<sup>67</sup> de proportionaliteitstoets lijkt dan in de richting te wijzen van een glijdende schaal. Men vergelijk hier ook de overweging in de 'dissenting opinion' in de *Rubins*-zaak: 'It goes without saying that the lower the degree of public interest involved in the expression of opinion or the dissemination of information in question, the lower will be the level of protection afforded under Article 10 of the Convention.' Nu de betreffende mail van *Rubins* volgens hen vooral zag op het behoud van zijn eigen positie achten zij de inmen-ging wel proportioneel.<sup>68</sup>

### Contextueel

Een uitlating dient te worden beoordeeld binnen het geheel van de publicatie, en daarnaast soms ook in nog ruimere context.

### Publicatie als geheel

In *Von Hannover no. 2* overweegt het EHRM dat het gedeelte over de skivakantie van prinses Caroline noch de bijbehorende foto's op zichzelf op een zaak van publiek belang zagen. Dat was anders voor het gedeelte dat berichtte over de ziekte van Prins Reinier III, het staatshoofd van Monaco. Het Hof accepteert vervolgens de redenering van de Duitse rechter dat in samenhang met de berichtgeving over de zieke vorst, ook de berichtgeving over de vakantie van zijn familieleden relevant was, 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 dergelijke foto's te publiceren.<sup>69</sup>

De grens is niet altijd eenvoudig te trekken. Het weergeven van de 'roddel over het huwelijk van de president' in een arti-

57 EHRM (GK) no. 931/13 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy/Finland*), § 171; Vgl. o.a. EHRM 10 november 2015, no. 40454/07 (*Couderc and Hachette Filipacchi Associés/Frankrijk*).

58 EHRM 4 juni 2009, no. 21277/05 (*Standard Verlags GmbH/Oostenrijk*).

59 EHRM 23 juli 2009, no. 12268/03 (*Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris)/Frankrijk*).

60 C. Jacq & F. Teitgen, 'The Press', in: M. Delmas-Marty (ed.), *The European Convention for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1992, p. 64 e.v.

61 EHRM 18 oktober 2005, no. 5446/03 (*Perrin/VK*).

62 EHRM 23 april 1992, 11798/85, *NJ* 1994/102 (*Castells/Spanje*).

63 EHRM (GK) 7 februari 2012, no. 40660/08 (*Von Hannover/Duitsland (no. 2)*).

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

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

66 EHRM 16 november 2004, no. 53678/00 (*Karhuvaara & Iltalehti/Finland*).

67 Vgl. het afwijzen door het Hof van de Duitse tweedeling in personen 'der Zeitgeschichte' en anderen, EHRM 24 juni 2004, no. 59320/00 (*Von Hannover/Duitsland (no. 1)*).

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

69 EHRM 7 februari 2012, no. 40660/08 (*Von Hannover/Duitsland (no. 2)*).

kel over nadelen van het vervullen van hoge ambten heeft waarschijnlijk een ander karakter dan het simpelweg weergeven van de roddel. Een dergelijke context dient wel duidelijk kenbaar te zijn. Het feit dat de berichtgeving over de financiële problemen van een bekende zanger volgens de uitgever ook over het Franse culturele leven ging, was volgens het Hof onvoldoende om berichtgeving en foto's te kunnen beschouwen als 'ayant participé ou contribué à un « débat d'intérêt général » pour la collectivité, au sens donné par la jurisprudence de la Cour'.<sup>70</sup>

Het de grond in boren van de kwaliteit van een bepaalde wijn kan in een bepaalde context ook een bijdrage aan het maatschappelijk debat vormen. Het EHRM wijst erop dat de journalist eerder een waardeoordeel over het staatseigendom van bedrijven tot uitdrukking bracht dan dat hij enkel afbreuk wilde doen aan de producten.<sup>71</sup>

### Ruimere context

Ook de context in ruimere zin kan relevant zijn. Zo zal de uitlating 'scheer je weg, ouwe zak' niet zonder meer als uitlating over een zaak van algemeen belang kunnen worden beschouwd, ook als deze gericht is tegen de president van de Franse Republiek. Gezien het feit dat de president eerder zelf deze uitlating had gebruikt, en er daarover discussie was ontstaan, valt de uitlating volgens het Hof wel degelijk te kenmerken als een – satirische – bijdrage aan een debat over een kwestie van algemeen belang.<sup>72</sup> Ook een impliciete verwijzing naar een discussie over een zaak van algemeen belang kan ervoor zorgen dat een publicatie zelf ook enig publiek belang toekomt.<sup>73</sup>

### Onderwerp maar geen bijdrage

Tot dusverre is het uitgangspunt geweest dat vooral het onderwerp van een uitlating of een publicatie beslissend is voor het antwoord op de vraag of er van verhoogde bescherming sprake moet zijn. Het Hof lijkt in bepaalde gevallen echter extra voorwaarden te stellen, mede geïnspireerd door de afbakening van de categorie 'private speech'. Het *onderwerp* van de berichtgeving kan met andere woorden een 'matter of public interest' zijn, maar de publicatie hoeft daarmee volgens het Hof nog geen – *relevante of nuttige – bijdrage aan de discussie* te vormen. Dat kan volgens het Hof wanneer de publicatie vooral gericht is op de sensatiezucht van het publiek en/of niets nieuws bijdraagt.

### Ongezonde nieuwsgierigheid

De zaak *Bédat* zag op de berichtgeving over een spectaculair auto-ongeluk met dodelijke afloop en het strafrechtelijk onderzoek daarnaar.<sup>74</sup> Het EHRM beschouwde het ongeluk als een zaak van publiek belang, gezien ook het feit dat het ongeluk bij de bevolking de nodige beroering had veroorzaakt. Dat betekende volgens de gewone Kamer dat de gewraakte publicatie over de verdachte als een bijdrage aan het debat over een zaak van publiek belang was te beschouwen. De Grote Kamer volgde een andere redenering. De nationale rechter was na een – volgens de Grote Kamer – grondige analyse tot de slot-

som gekomen dat de publicatie slechts de ongezonde nieuwsgierigheid van het publiek bevredigde. Daarbij speelde de sensationele aanpak en de suggestieve bewoordingen een belangrijke rol. Daarom hoefde de nationale rechter de publicatie in kwestie, en in het bijzonder de daarin weergegeven vertrouwelijke informatie uit de verhoren van de verdachte, niet als een bijdrage aan het maatschappelijk debat te beschouwen. De redenering van de Grote Kamer lijkt verweven met het oordeel dat de privacy in casu zwaarder moest wegen, nu een gedeelte van de publicatie betrekking heeft op hoogst-persoonlijke zaken als de uitlatingen van de dokter van de betrokkene en een brief van betrokkene aan de onderzoeks-rechter.<sup>75</sup> De twee 'dissenters' betwisten de benadering van het Hof, waarbij één van hen uitdrukkelijk stelt dat de interesse van de lezers geen zaak van 'unhealthy curiosity' was maar dat ze zekerheid wilden dat het recht zijn loop zou hebben. Nu is die laatste inschatting even speculatief als de opvatting van het Hof. Het geeft wel aan dat het gebruik van deze bijkomende factor tot onenigheid kan leiden.

De zaak *Satakunnan* verdient hier ook vermelding. Belastinggegevens zijn in Finland in beginsel openbaar, mede om de belastingheffing door de overheid te kunnen controleren. De klager had de openbare gegevens zodanig verwerkt dat iedereen op simpele, digitale wijze te weten kon komen hoe de aangifte en aanslag van enig ander persoon eruitzag. Het Hof wijst erop dat openbaarheid van bestuur, ook met betrekking tot belastingen, in het algemeen tot doel heeft een debat over zaken van publiek belang mogelijk te maken. De openbaarheid in Finland is volgens het Hof echter niet bedoeld om burgers elkaar te laten controleren en zodoende belastingontduiking te voorkomen.

Mede daarom is het Hof er niet van overtuigd dat de publicatie van belastinggegevens 'in the manner and to the extent done' bijdroeg aan 'such a debate or indeed that its principal purpose was to do so'. De informatie als aangeboden maakt het mogelijk dat nieuwsgierige individuen simpelweg de financiële positie van tal van personen, ook van hen die geen 'public figures' zijn, vaststellen. Dat kan beschouwd worden als een 'manifestation of the public's thirst for information about the private life of others and, as such, a form of sensationalism, even voyeurism'.<sup>76</sup> Een kleine minderheid achtte deze redenering gebrekkig.

### Weinig nieuws

De zaak *Leempoel* is in bepaalde opzichten vergelijkbaar. Deze betreft berichtgeving over de parlementaire enquête-commissie die een onderzoek naar de zaak *Dutroux* instelde. Het verhoor van een onderzoeksrechter door de commissie was integraal op televisie uitgezonden. Een krant berichtte ook uitgebreid over het niet openbare dossier dat door de rechter eerder aan de parlementaire enquêtecommissie was gezonden, met de nodige citaten uit de persoonlijke aantekeningen van de rechter daarin. Het EHRM overweegt dat het publiek door de integrale live uitzending van de zittingen van de commissie volledig geïnformeerd kon zijn. Klagers hadden niet aangetoond dat publicatie van de persoonlijke aantekeningen van de gehoorde rechter nieuwe elementen van publiek belang onthulden en bijdroegen aan het debat over de werkzaamheden van de commissie. De benadering van het

<sup>70</sup> EHRM 23 juli 2009, no. 12268/03 (*Hachette Filipacchi Associés (Ici Paris)/Frankrijk*).

<sup>71</sup> EHRM 19 juli 2011, no. 23954/10 (*Uj/Hongarije*).

<sup>72</sup> EHRM 14 maart 2015, no. 26118/10 (*Eon/Frankrijk*).

<sup>73</sup> EHRM 19 februari 2015, 53495/09 (*Bohlen/Duitsland*).

<sup>74</sup> EHRM (GK) 29 maart 2016, no. 56925/08 (*Bédat/Zwitserland*).

<sup>75</sup> 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, EHRM 22 maart 2016, no. 48718/11 (*Pinto Coelho/Portugal (no. 2)*).

<sup>76</sup> EHRM (GK) 27 juni 2017, no. 913/13 (*Satakunnan Markkinapörssi Oy & Satamedia Oy/Finland*).

Hof is mede ingegeven door de toonzetting van het artikel, dat vooral in de persoon van de rechter geïnteresseerd lijkt.<sup>77</sup>

### **Nog geen discussie**

In een enkel geval heeft het Hof als een extra voorwaarde gesteld dat er al een discussie over het betreffende onderwerp gaande moet zijn alvorens een uitlating verhoogde bescherming toe kan komen.<sup>78</sup> Dat lijkt echter in zijn algemeenheid niet de benadering van het Hof.<sup>79</sup> Het aan de orde stellen van nieuwe kwesties komt ook bescherming toe.<sup>80</sup> Wel wijst het Hof er met enige regelmaat op dat er al een maatschappelijke discussie over een onderwerp gaande is om bij uitstek duidelijk te maken dat er van een maatschappelijke kwestie sprake is.

Het lijkt niet onmogelijk dat zulks soms toch beslissend kan zijn. Zo achtte een minderheid in het Hof het door de pers in twijfel trekken van de capaciteiten van een kinderpsycholoog en getuige-deskundige op grond van een zeventien jaar oud rapport over haar mentale stabiliteit geen bijdrage aan het publiek debat. Dat was waarschijnlijk anders geweest indien de stabiliteit al ter discussie had gestaan. De meerderheid van het Hof meent overigens dat de publicatie wel een zaak van publiek belang betrof en de persvrijheid voorgaat op de privacy.<sup>81</sup>

### **Beperkingsgrond erbij betrokken**

In de laatstgenoemde zaken lijken de afbakening van de extra beschermde categorie en de vraag of er relevante redenen voor een inmenging zijn soms dooreen te lopen. Door de extra voorwaarden krijgen de uitlatingen in elk geval geen verhoogde bescherming, waardoor beperkingen eerder geoorloofd zijn.

Het verdisconteren van beperkingsgronden in de afbakening van de categorie uitlatingen die in het bijzonder bescherming verdient, blijkt nog duidelijker bij de beoordeling van uitlatingen die als 'hate speech'<sup>82</sup> te kenmerken zijn. Het Hof heeft regelmatig overwogen dat uitlatingen die zien op zaken van publiek belang in beginsel aanspraak kunnen maken op sterke bescherming, terwijl 'expression that promotes or justifies violence, hatred, xenophobia or another form of intolerance cannot normally claim protection'.<sup>83</sup> Er wordt hier niet zozeer een grens getrokken tussen de categorie uitlatingen die een relatief grote bescherming toekomt en uitlatingen die minder bescherming toekomt, als wel een grens tussen bijdragen aan het publiek debat en (andere) uitlatingen die verboden mogen worden.

### **Misbruik van recht**

Deze nadere afgrenzing komt bij uitstek naar voren uit de misbruik van recht bepaling. Er is op grond van artikel 17 EVRM geen beroep mogelijk op het recht op vrijheid van

meningsuiting indien er gestreefd wordt naar het vernietigen van de verdragsrechten. Een uitlating moet dan wel zo extreem zijn dat het direct duidelijk is dat de strekking in strijd is met de waarden van de Conventie,<sup>84</sup> bijvoorbeeld indien zelfmoordaanslagen op burgers gerechtvaardigd worden,<sup>85</sup> bij kennelijk antisemitische uitlatingen<sup>86</sup> of bij het oproepen tot strijd tegen ongelovigen.<sup>87</sup> Deze mogelijkerwijs als 'politiek' te beschouwen uitlatingen kunnen qualitate qua niet als een bijdrage aan het *democratisch* debat worden beschouwd, nu het EVRM een materiële democratieopvatting vastlegt. De term 'political speech' die gebruikt wordt om uitlatingen te omschrijven dient met andere woorden van de kwalificatie 'democratic' te worden voorzien, wat gezien de geest van het verdrag niet vreemd is. Het onderwerp van de uitlating kan daarom met andere woorden wel een publiek belang betreffen, maar het in de uitlating uitgedrukte streven zorgt ervoor dat het recht op vrijheid van meningsuiting geen bescherming biedt.

### **Andere vormen van hate speech**

In de tweede plaats kan men denken aan vormen van 'hate speech' die niet zonder meer als misbruik van recht zijn aan te merken, bijvoorbeeld door de minder vergaande of minder heftige bewoordingen.<sup>88</sup> Ook deze uitlatingen krijgen niet de bescherming die (andere) bijdragen aan het maatschappelijk debat wél toekomt: 'it's in the nature of political speech to be controversial and often virulent. That does not diminish its public interest, provided of course that it does not cross the line and turn into a call for violence, hatred or intolerance'.<sup>89</sup> Reden om geen – verhoogde – bescherming te geven en beperkingsgrond vallen hier min of meer samen. De term 'hate speech' wordt door het EHRM namelijk gehanteerd 'to draw the line between, on the one hand, permissible contributions to the public debate – in particular the debate on immigration and the integration of minorities – and, on the other, discriminatory utterances that may be punishable'.<sup>90</sup>

Het is overigens de vraag of het Hof hier een consistente benadering volgt. In *Soulas*<sup>91</sup> en *Le Pen*<sup>92</sup> is de redenering dat de gewraakte discriminatoire uitlatingen wél deel uitmaken van het publiek debat maar gezien het belang van de beperkingsgronden en gezien de bij uitzondering relatief ruime appreciatiemarge toch mogen worden verboden. In andere zaken als *Féret*<sup>93</sup> wordt de vraag of de uitlatingen deel uitmaken van het publiek debat niet expliciet beantwoord; de redenering lijkt echter te zijn dat de uitlatingen als 'hate speech' kunnen worden beschouwd en dus geen deel uitmaken van de categorie uitlatingen die verhoogde bescherming toekomt. Politici moeten volgens het Hof wel oplossingen voor de met immigratie verbonden problemen kunnen aanpakken, maar die vrijheid geldt niet voor op discriminatie gerichte pleidooien.

Ook in *Vejdeland* munt de kwalificatie van de uitlatingen niet uit in helderheid; de gewraakte pamfletten wilden weliswaar

77 EHRM 9 november 201, no. 64772/01 (*Leempoel/België*).

78 EHRM 11 mei 2010, no. 29784/06 (*Fleury/Frankrijk*).

79 *Fleury* is dan een eenmalige vergissing, SDU p. 893.

80 EHRM 28 november 2014, no. 49327/11 (*Gough/VK*).

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

82 Voor een omschrijving van 'hate speech' heeft het Hof wel verwezen naar Council of Europe, Committee of Ministers, *Recommendation No. R (97) 20* on 'hate speech': 'hate speech' shall be understood as covering 'all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin'.

83 EHRM (GK) 15 oktober 2015, no. 27510/08 (*Perinçek/Zwitserland*), § 230.

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

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

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

87 EHRM 27 juni 2017, no. 34367/14 (*Belkacem/België*).

88 EHRM 10 juli 2008, no. 15948/03 (*Soulas e.a./Frankrijk*).

89 EHRM (GK) 15 oktober 2015, no. 27510/08 (*Perinçek/Zwitserland*), § 231.

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

91 EHRM 10 juli 2008, no. 15948 (*Soulas e.a./Frankrijk*).

92 EHRM 20 april 2010, no. 18788/09 (*Le Pen/Frankrijk*).

93 EHRM 16 juli 2009, no. 15615/07 (*Féret/België*).

een debat starten, maar worden door het Hof toch als ‘hate speech’ gekwalificeerd.<sup>94</sup>

### Godslastering

Het Hof heeft ook een grens getrokken tussen enerzijds geoorloofde kritiek op een godsdienst<sup>95</sup> of op kerkelijke hoogwaardigheidsbekleders<sup>96</sup> en anderzijds het aanvallen en bespotten van objecten van verering. Het eerste is al snel een bijdrage aan het maatschappelijk debat terwijl in het tweede geval zeker geen extra bescherming wordt geboden. Het Hof heeft een aantal malen de redenering gevolgd dat de uitlatingen, die jegens objecten van verering onnodig grievend (‘gratuitously offensive’) zijn, dáárom geen deel uitmaken van het maatschappelijk debat. Het Hof wees daarbij op de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde plichten en verantwoordelijkheden die het gebruikmaken van de vrijheid van meningsuiting met zich meebrengt.<sup>97</sup> Deze verplichting geldt in zonderheid ook ten aanzien van gelovigen. Het – onnodig – grievende karakter is hier zowel de reden om de uitlatingen niet te beschouwen als bijdragen aan het debat als de rechtvaardiging van een mogelijke beperking.

### Ongefundeerde aantijgingen

In geval een publicatie een persoon beschuldigt van onwettige of onoorbare gedragingen kan de vraag of de uitlatingen verhoogde bescherming toekomt en de vraag naar relevante beperkingsgronden ook dooreen lopen. Bestaan er (enigszins) betrouwbare aanwijzingen dat een persoon zich schuldig maakt aan zulke praktijken, dan zal de berichtgeving in de pers daarover onder omstandigheden, zeker als het om een gezagdrager of ander publiek persoon gaat, als ‘public speech’ kunnen worden aangemerkt.<sup>98</sup> Daar staat tegenover dat de vrijheid van meningsuiting niet hetzelfde gewicht toekomt in geval van wilde beschuldigingen zonder feitelijke basis, zelfs als het uitlatingen van een parlementariër over een minister betreft.<sup>99</sup> Hetzelfde geldt bij ongefundeerde aantijgingen aan het adres van ambtenaren door een journalist.<sup>100</sup> Het beslissende criterium is daarbij overigens niet of de aantijging waar is of waar blijkt te zijn, maar of de publicist te goeder trouw had mogen aannemen dat zulks het geval was. Daarbij moet in beginsel uitgegaan worden van de situatie, zoals die bij de betreffende journalist bekend was op het moment van publicatie.<sup>101</sup> Het door de Conventie beschermde recht om informatie over zaken van algemeen belang te publiceren geldt met andere woorden voor zover ‘il est exercé de bonne foi, sur la base de faits exacts, et en apportant des informations “fiables et précises”’.<sup>102</sup>

Waar precies het kantelpunt ligt, tussen voldoende gefundeerde berichtgeving, waarin bijvoorbeeld ook al dan niet suggestieve vragen kunnen worden gesteld, en ongefundeerde aantijgingen is niet altijd makkelijk vast te stellen. Ook binnen het Hof kunnen de opvattingen uiteenlopen. In de zaak *Pedersen en Baadsgaard* is de Grote Kamer van het Hof van oordeel dat de publicatie zonder voldoende grond insinueert dat een politiecommissaris zich schuldig maakt aan een ambts-

misdrijf. De grootst mogelijke minderheid ziet de publicatie als kritische berichtgeving over de wijze waarop de politie en de betreffende commissaris te werk zijn gegaan en dus als in het bijzonder beschermde uitlatingen.<sup>103</sup> Dit onderscheid is – uiteraard – beslissend voor het antwoord op de vraag of de inmenging een schending vormde.

### Combinaties

De hierboven genoemde perspectieven bij de afbakening van de categorie ‘public speech’ kunnen ook in combinatie voorkomen. Zo hangt het antwoord op de vraag of een uitlating binnen een bepaalde context als een uitlating over een zaak van algemeen belang kan worden gezien mede af van het al dan niet bestaan van goede redenen voor een beperking.

Ontaardt de kritiek op een gezagdrager bijvoorbeeld in een onnodig, op de persoon gerichte aanval, dan kan, ondanks de context, eigenlijk niet meer gesproken worden van een bijdrage aan het maatschappelijk debat en is een beperking eerder geoorloofd.<sup>104</sup> Zo maakt het Hof in *Gaunt* onderscheid tussen het onderwerp van de discussie en de onnodig geachte persoonlijke aanvallen op de gezagdrager, die deelnam aan de discussie. Deze aanvallen worden volgens het Hof niet door de context gerechtvaardigd.<sup>105</sup> De zaak betrof een radio-interview met een politicus, waarbij de interviewer ‘over de rooie’ was gegaan en de politicus op een gegeven moment beledigingen had toegeschreeuwd. Hoewel een interview met een politicus over zaken van publiek belang grote bescherming verdient en er deswege weinig ruimte is voor beperkingen, overweegt het Hof dat het niet voldoende is dat het onderwerp van een publicatie ‘in the public interest’ is, ook ‘the content must also be capable of contributing to the debate on the issue concerned’.

In de context van een discussie over een zaak van algemeen belang mag overigens niet te snel worden aangenomen dat er sprake is van een onnodig persoonlijke aanval die gespeend is van enig publiek belang. Het Hof heeft dat als volgt verwoord: ‘Par ailleurs et au regard de ce qui précède, la Cour ne considère pas qu’en l’espèce les expressions utilisées par les requérants relèvent d’une animosité personnelle manifeste, s’inscrivant au contraire dans les limites de la critique admissible s’agissant de représentants syndicaux engagés dans un débat d’intérêt général.’<sup>106</sup>

Een bijzondere zaak ziet op de berichtgeving over de succesvolle moordaanslag op de préfet van Corsica. Het weekblad *Paris-Match* berichtte daarover onder de kop ‘Le République assassinée’ en plaatste daarbij een twee pagina’s grote foto van het lichaam van de préfet direct na de aanslag. De nabestaanden spanden daartegen een procedure aan en het blad werd tot in hoogste instantie veroordeeld tot het opnemen van een verklaring dat de plaatsing van de foto inbreuk had gemaakt op het recht op bescherming van het privéleven van de nabestaanden. Het EHRM acht deze beperking van de persvrijheid geoorloofd; een overweging dat de foto, zeker ook in de context van de verdere berichtgeving, als een uitlating over een

94 EHRM 9 februari 2012, no. 1813/07 (*Vejdeland e.a./Zweden*); de moeilijkheid wordt nog vergroot doordat het een ‘plurality opinion’ is.

95 O.a. EHRM 31 januari 2006, no. 64016/00 (*Giniewski/Frankrijk*).

96 EHRM 31 oktober 2006, no. 72208/01 (*Klein/Slowakije*).

97 EHRM 20 september 1994, no. 13470/87 (*Otto-Premiger-Institut/Oostenrijk*).

98 Dat kan bijvoorbeeld ook een directielid van een grote industriële onderneming zijn, bijv. EHRM 1 maart 2007, no. 510/04 (*Tonsbergs Blad AS & Haukom/Norwegen*).

99 EHRM 4 april 2006, no. 33352/02 (*Keller/Hongarije*).

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

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

102 EHRM (GK) 21 januari 1999, no. 29183/95 (*Fressoz & Roire/Frankrijk*).

103 EHRM (GK) 17 december 2004, no. 49017/39 (*Pedersen & Baadsgaard/Denemarken*).

104 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*).

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

106 EHRM 6 oktober 2011, no. 32820/09 (*Vellutini & Michel/Frankrijk*).



zaak van publiek belang kan worden gezien, ontbreekt. Door daarover te zwijgen lijkt het Hof ruimte te scheppen voor een inmenging uit piëteit met de nabestaanden.<sup>107</sup> De ‘dissenting opinion’ komt tot de conclusie dat de inmenging een schending vormde van artikel 10 EVRM, juist gezien het publieke belang van de berichtgeving over de aanslag.

Het idee dat de publicatie van extra informatie soms overbodig is en ook daarom geen public speech is, omdat de privacy te zeer wordt aangetast, komt naar voren uit *Mgn Info*. Het Hof achtte de berichtgeving over de verslaving van Naomi Campbell wel ‘in the public interest’, mede omdat zij zulks eerder had ontkend. Dat gold volgens het Hof niet voor het bijkomende materiaal, in zonerheid de met een teleens gemaakte foto die haar toont bij het verlaten van een AA-bijeenkomst: ‘On the other hand, the publication of the additional material was found not necessary to ensure the credibility of the story (...) Nor was it considered that there was any compelling need for the public to have this additional material, the public interest being already satisfied by the publication of the core facts of her addiction and treatment.’

## Conclusie

Het EHRM maakt een onderscheid tussen uitlatingen die zien op zaken van publiek belang en andere uitlatingen. Daarbij is in eerste instantie het onderwerp van de uitlating beslissend; uitlatingen die een bepaald beleid bepleiten, kritiek leveren op de overheid, of maatschappelijke problemen ‘aan kaarten’ mogen op verhoogde bescherming rekenen. Bovendien is van belang dat niet alleen meningen extra beschermd zijn maar ook voor het publiek relevante informatie over deze onderwerpen.

Het publiek belang is daarbij meer dan de optelsom van individuele belangen. Dat zeer veel individuen graag ergens kennis van willen nemen is op zichzelf niet voldoende. Zou dat wel het geval zijn, dan zouden veel reclames (aanbiedingen) en roddelsites meer bescherming verdienen dan een politiek pamflet dat weinigen willen lezen. Deze afbakening heeft te maken met de verbinding tussen vrijheid van meningsuiting enerzijds en vooruitgang en democratie anderzijds. Een uitlating die niet relevant is voor de gemeenschappelijke besluitvorming of op zijn minst voor de discussie over maatschappelijke kwesties, krijgt in beginsel niet de relatief grote bescherming. Dat dit onderscheid in de praktijk niet altijd simpel is te maken, blijkt onder meer uit het feit dat de context van de uitlating soms beslissend is. Bovendien hanteert het EHRM een glijdende schaal, zodat er ook uitlatingen zijn met ‘een zekere mate’ van publiek belang.

In het EVRM is een materiële democratie-opvatting neerge-slagen, zoals ook naar voren komt in de misbruik van recht-bepaling. De verbinding tussen vrijheid van meningsuiting en democratie leidt daarom niet tot verhoogde bescherming voor *alle* politieke opvattingen.<sup>108</sup> Duidelijk racistische of anti-semitische opvattingen krijgen bijvoorbeeld op grond van artikel 17 EVRM helemaal geen bescherming; artikel 10 EVRM blijft dan buiten zicht.

Andere discriminatoire uitlatingen worden wel beoordeeld op grond van artikel 10 EVRM, maar een beperking kan vol-

gens het EHRM geoorloofd zijn, wegens het belang van de gelijke menselijke waardigheid en om intolerantie en haat te voorkomen. In bepaalde gevallen heeft het EHRM deze uitlatingen – over immigratie en integratie – als uitlatingen over onderwerpen van publiek belang gekenmerkt, maar was een beperking, gezien het gewicht van de daarmee gemoeide belangen en de specifieke appreciatiemarge, toch toegestaan. In andere gevallen werden de uitlatingen niet gerekend tot de in het bijzonder beschermde categorie en was een beperking mede om die reden geoorloofd.

De achtergrond van het publiek belang doet zich ook gevoelen bij wilde, ongefundeerde beschuldigingen. In letterlijke zin (de minister heeft gefraudeerd met zijn belastingaangifte) zien die op een onderwerp van publiek belang, maar zonder enige feitelijke basis is de informatie niet als bijdrage aan de maatschappelijke meningsvorming te kenmerken. Het is dan ook niet vreemd dat het EHRM aan dergelijke uitlatingen geen verhoogde bescherming toekent. Het feit dat de beschuldiging ongefundeerd is, zal vervolgens ook een belangrijke factor zijn bij de beoordeling van een eventuele inmenging.

Deze nadere uitwerking van het begrip ‘political speech and matters of public interest’ is dan ook begrijpelijk. Het is de vraag of dat ook geldt voor de extra voorwaarden die het EHRM soms stelt. Dat zijn de gevallen waarin een publicatie geen verhoogde bescherming krijgt, ondanks het feit dat deze ziet op een onderwerp van publiek belang, niet strijdt met de democratische uitgangspunten, en evenmin wilde beschuldigingen bevat. De benadering van het EHRM lijkt dan onnodig ‘paternalistisch’. Het stelt eigenlijk dat de informatie wel degelijk relevant is of kan zijn, maar inspeelt op de ‘ongezonde nieuwsgierigheid’ van het publiek. In de eerste plaats lijkt dat een ongerechtvaardigde generalisatie; in de tweede plaats zou men het adagium ‘private vice public virtue’ naar voren kunnen brengen. Het publiek neemt namelijk nog steeds relevante informatie tot zich. Zo is ook de mogelijkheid dat een onderzoeksjournalist vooral zijn eigen faam najaagt niet direct relevant voor het beoordelen van zijn publicaties. Ook de beoordeling dat alles wat relevant is, al over een bepaalde zaak is gezegd, lijkt onnodig paternalistisch. Het feit dat nog eens op een andere manier dezelfde kwestie over het voetlicht wordt gebracht, maakt een publicatie nog steeds relevant.

De benadering door het Hof lijkt in deze gevallen vooral ingegeven door de wens om ruimte te scheppen voor een volgens het Hof geoorloofde inmenging. In elk geval in *Bédat* was ook een andere benadering mogelijk geweest, namelijk dat de met de inmenging gediende belangen (bescherming intieme sfeer, medische vertrouwelijkheid, eerlijke procesgang) zo groot waren dat ook een inmenging naar aanleiding van een publicatie die ziet op een onderwerp van algemeen belang te rechtvaardigen was.

Het EHRM heeft echter een voorkeur voor het afbakenen van de categorie ‘political speech and matters of public interest’ op een wijze die ervoor zorgt dat een inmenging vrijwel steeds een schending vormt. In zo’n benadering ligt het eigenlijk voor de hand om de met een beperking gediende belangen steeds te verdisconteren in de afbakening van de genoemde categorie.<sup>109</sup> Daar dient echter onmiddellijk aan toegevoegd te worden, dat het Hof ook hier weer geen consistente lijn voert. Bovendien gaat het Hof soms de moeilijkheden die besloten liggen in de afbakening bewust uit de weg. Beide factoren maken het er niet makkelijker op de jurisprudentie van het Hof inzichtelijk te maken.

107 Het Hof overweegt overigens evenmin dat de publicatie van de foto alleen ziet op de bevrediging van een ongezonde nieuwsgierigheid van het publiek, EHRM 14 juni 2007, no. 71111/01 (*Hachette Filipacchi Associés/Frankrijk*).

108 Zoals in de VS het geval is.

109 De zaak *Stoll* is een van de weinige zaken waarin de Grote Kamer een beperking geoorloofd acht, ondanks het feit dat de publicatie wel verhoogde bescherming toekwam, EHRM (GK) 10 december 2007, no. 69698/01 (*Stoll/Zwitserland*).