Annotatie bij EHRM 9 februari 2012 (Vejdeland / Sweden), *European Human Rights Cases,* 2012-5, p. 1062-1069.
Mr. A.J.Nieuwenhuis

1. Het EHRM heeft zich eerder uitgesproken over feitelijke achterstelling op grond van homoseksuele geaardheid (*Smith en Grady* t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1999, nrs. 33985/96 en 33986/96, *Reports* 1999-VI). Daarbij werd deze vorm van discriminatie door het Hof vergeleken met discriminatie op grond van ras of geloof (par. 97). De onderhavige uitspraak is de eerste waarin discriminatoire uitlatingen over homoseksualiteit centraal staan. De betekenis van het arrest ligt dan ook daarin dat het Hof de vergelijking met andere vormen van discriminatie doortrekt naar uitlatingen.

2. Het gevolg is wel dat de meningsverschillen die binnen het Hof bestaan over de verhouding tussen het belang van de vrijheid van meningsuiting en het belang gemoeid met het tegengaan van discriminatoire uitlatingen, ook hier de kop opsteken. Daarbij kan onder meer gewezen worden op de vraag in hoeverre uitlatingen aan moeten zetten tot concrete handelingen alvorens zij als "hate speech" verboden mogen worden. De meerderheid van het Hof kwam in *Féret* t. *België* (EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07, «EHRC» 2009/111 m.nt. Voorhoof, *NJ* 2009, 412 m.nt. Dommering, *Mediaforum* 2009-10, nr. 29 m.nt. Voorhoof) tot de conclusie dat een dergelijk verband niet is vereist; een nadelige invloed op het maatschappelijk klimaat kan onder omstandigheden ook voldoende zijn om een beperking van de vrijheid van meningsuiting te rechtvaardigen. Deze opvatting wordt *in casu* bevestigd. Het Hof overweegt in de onderhavige zaak immers dat de gewraakte uitlatingen op zichzelf niet oproepen tot handelingen gericht tegen homoseksuelen. Daarna volgt de overweging dat aanzetten tot haat ook mogelijk is zonder dergelijke oproepen.

3. Deze gedachtengang werd in de zaak *Féret* heftig bekritiseerd in een "dissenting opinion" van drie van de zeven rechters. Zij meenden, kort gezegd, dat een grote ruimte voor bijdragen aan het debat over de negatieve kanten van immigratie en integratie belangrijker is dan de bescherming van een tolerant klimaat of de maatschappelijke vrede in abstracto. De in die "dissenting opinion" gegeven benadering is in de onderhavige zaak terug te vinden in de "concurring opinion" van de rechters Spielmann en Nußberger. Zij stellen zich op het standpunt dat een veroordeling wegens uitlatingen die niet aanzetten tot concrete strafwaardige handelingen, niet te snel als noodzakelijk in een democratische samenleving beschouwd mag worden. Gebeurt dat toch, dan wordt er naar hun mening onder de uitlatingen eigenlijk een verborgen agenda geschoven, waaruit zou moeten blijken dat de bedoeling uiteindelijk toch is dat homoseksuelen op een bepaalde wijze behandeld worden. Het bestaan van zo'n agenda wordt huns inziens door het Hof *in casu* echter op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt. Bovendien bekritiseren zij het door de Zweedse rechter aangelegde criterium "to avoid as far as possible statements that are unwarrantably offensive to others, constituting an assault on their rights". Waar het Hof dit criterium zonder meer lijkt te accepteren, achten zij het vaag en niet consistent met het uitgangspunt dat uitlatingen die "offend, shock and disturb" ook beschermd zijn. De belangrijkste reden dat zij toch kunnen instemmen met het eindoordeel van het Hof dat art. 10 EVRM niet is geschonden, is de setting waarbinnen de pamfletten verspreid werden. Deze zorgt volgens de rechters voor een relatief ruime appreciatiemarge voor de nationale autoriteiten, waar de veroordeling volgens hen binnen blijft.

4. Ook in de "concurring opinion" van rechter Zupančič is de setting uiteindelijk beslissend om in te stemmen met het oordeel dat art. 10 EVRM niet is geschonden. Los daarvan, lijkt ook hij de vrijheid van meningsuiting een groter gewicht te willen geven dan het Hof doet. In zijn "concurring opinion" staat het reeds genoemde adagium van het Hof centraal dat ook uitlatingen die kwetsen, choqueren en verontrusten bescherming van art. 10 EVRM verdienen. Hij trekt te dien aanzien een vergelijking met de Amerikaanse zaak *Snyder* v. *Phelps* (USA Supreme Court 2 maart 2011, 09-751). Daarin achtte het "Supreme Court" een inmenging wegens uitlatingen als "Thank God for dead soldiers" en "Fag troops" ("flikkertroepen"), gedaan in de nabijheid van de begrafenis van een in Irak omgekomen Amerikaanse militair, in strijd met het "First Amendment". Hoewel de Amerikaanse benadering door Zupančič wel erg ongevoelig wordt geacht, vraagt hij zich af of de Zweedse rechter de verspreiding van de pamfletten niet juist te hoog opneemt, gezien ook het relatief onschuldige ("inoffensive") karakter ervan. Uiteindelijk kan hij zich toch verenigen met het oordeel dat er geen schending is van art. 10 EVRM nu de leerlingen die de pamfletten ontvingen tot op zekere hoogte als "captive audience" zijn te beschouwen, nu zij de pamfletten niet konden weigeren.

5. De "concurring opinion" van de rechters Yudkivska en Villiger staat haaks op de twee andere. Zij komt erop neer dat het Hof aan de vrijheid van meningsuiting in een zaak als de onderhavige niet of nauwelijks gewicht zou moeten toekennen. Er bestaat namelijk slechts een smalle marge tussen "verbal abuse" en "incitement to violence". In het verlengde daarvan zijn deze rechters uitdrukkelijk van mening dat de uitlatingen zonder meer als "hate speech" in eigenlijke zin kunnen worden beschouwd en om die reden eigenlijk buiten de bescherming van art. 10 EVRM horen te vallen. Ook uit de verwijzing naar de zaak *Norwood* t. *Verenigd Koninkrijk* (EHRM 16 november 2004 (ontv.besl.), nr. 23131/03, *Reports* 2004-XI) valt op te maken dat er volgens hen sprake is van misbruik van recht. De *Norwood*-zaak zag op het direct na 9/11 ophangen van een poster met als achtergrond de tekst "Islam out of Britain – Protect the British People" en een foto van de brandende Twin Towers. Het Hof achtte deze uitlatingen een heftige aanval op een godsdienstige groepering en als zodanig een vorm van misbruik van recht.

6. De unanimiteit van het Hof in de onderhavige zaak is dus niet te danken aan overeenstemming over het gewicht van de vrijheid van meningsuiting ten aanzien van dit soort uitlatingen, maar vooral aan de specifieke omstandigheid van de verspreiding van de pamfletten op en in de lockers van de leerlingen. Uit de "concurring opinions" komt op zijn minst een drietal meningsverschillen over de betekenis van de vrijheid van meningsuiting naar voren. Deze verschillen zien in de eerste plaats op de reikwijdte van de misbruik van recht-bepaling (art. 17 EVRM), in de tweede plaats op de toepassing van het begrip "hate speech", en in de derde plaats op de positie van kwetsende uitlatingen in het maatschappelijk debat. Over deze drie kwesties hieronder enige opmerkingen. Daarna komt afzonderlijk het verwijzen naar de Amerikaanse jurisprudentie nog aan bod.

7. In de jurisprudentie van het Hof ten aanzien van art. 17 EVRM ligt een zekere nadruk op het feit dat art. 17 EVRM in het bijzonder ziet op politieke activiteiten gericht op het daadwerkelijk tenietdoen van de verdragsrechten (bijv. *Marais* t. *Frankrijk*, ECieRM 24 juni 1996, nr. 31159/96). De democratie dient tegen groeperingen die dergelijke activiteiten ontplooien beschermd te worden : "The Court observes that the general purpose of Article 17 is to prevent totalitarian groups from exploiting in their own interests the principles enunciated by the Convention" (*W.P. e.a.* t. *Polen*, EHRM 2 september 2004 (ontv.besl.), nr. 42264/98, *Reports* 2004-VII; vgl. ook *Refah Partisi e.a.* t. *Turkije*, EHRM 13 februari 2003 (GK), nr. 41340/98, *Reports* 2003-II (par. 99), *NJ* 2005, 73 m.nt. Alkema). In andere zaken lijkt art. 17 EVRM een wat ruimere omschrijving te krijgen. Het ziet op uitlatingen die "ran counter to the text and the spririt of the Convention" (*Witzsch* t. *Duitsland*, EHRM (ontv.) 13 december 2005, nr.7485/03). Dat impliceert dat art. 17

EVRM in het geding kan zijn wanneer uitlatingen niet direct een politiek streven tot uitdrukking brengen of expliciet op de aantasting van bepaalde rechten zijn gericht.

8. De "concurring opinion" van Yudkivska en Villiger trekt deze laatste lijn door naar homofobe uitlatingen. Die zijn volgens hen ook in strijd met de geest van de Conventie. Overigens zij gezegd dat het Hof in het verleden ook de heftigheid van de bewoordingen heeft laten meetellen bij het beantwoorden van de vraag of islamofobe en tegen immigranten gerichte uitlatingen als misbruik van recht gekwalificeerd moesten worden (zie bijv. *Soulas* t. *Frankrijk*, EHRM 10 juli 2008, nr. 15948/03, «EHRC» 2008/112 m.nt. Gerards). Dat komt in het oordeel van Yudkivska en Villiger niet terug. Meer in het algemeen is het de vraag of een ruime uitleg van de reikwijdte van art. 17 EVRM voor de hand ligt. De consequentie is immers dat er geen beroep op art. 10 EVRM meer mogelijk is, terwijl het tweede lid van dit artikel nu net de criteria bevat om een inmenging in de vrijheid van meningsuiting te toetsen. Dat pleit naar mijn mening voor een restrictieve uitleg van art. 17 EVRM.

9. Het begrip "hate speech" is door het Hof in bepaalde zaken dicht in de buurt van het aanzetten tot geweld geplaatst. In veel zaken tegen Turkije concludeerde het Hof tot een schending van art. 10 EVRM omdat zeer negatieve uitlatingen over – het beleid van – de overheid niet als aanzetten tot geweld of als "hate speech" waren te beschouwen (zie onder meer *Sürek en Özdemir* t. *Turkije*, EHRM 8 juli 1999 (GK), nr. 23927/94 en 24277/94; *Sürek* t. *Turkije (no. 4),* EHRM 8 juli 1999 (GK), nr. 24762/94, *Mediaforum* 1999, 43 m.nt. Schuijt; *Sener* t. *Turkije*, EHRM 18 juli 2000, nr. 26680/95, en ook *Dagtekin e.a.* t. *Turkije*, EHRM 13 januari 2005, nr. 36215/97). Art. 10 EVRM bood daarmee bescherming aan heftige kritiek en aan uitlatingen die de Koerdische kwestie vanuit een ander dan het officiële Turkse perspectief benaderden. In een aantal gevallen was de conclusie anders, bijvoorbeeld omdat geweld werd verheerlijkt (*Sürek* t. *Turkije (no. 1),* EHRM 8 juli 1999, nr. 26682/95, *Reports* 1999-IV) of er een oproep tot specifieke geweldsdaden in een uitlating besloten lag (*Gündüz* t. *Turkije*, EHRM 13 november 2003, nr. 59745/00, *Reports* 2003-XI, «EHRC» 2004/5). Daarnaast heeft het Hof voor de uitleg van de term "hate speech" gerefereerd aan de omschrijving van het Comité van Ministers van de Raad van Europa: "All forms of expression which spread, incite, promote, or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance" (appendix Recommendation R (97) 20). Met toepassing van deze omschrijving kunnen uitlatingen door hun intolerante karakter als "hate speech" gekwalificeerd worden. Het is deze lijn die door het Hof uit *Féret* lijkt te worden doorgetrokken naar de homofobe uitlatingen in *Vejdeland*.

Men vergelijke hier overigens ook de vormgeving van het relevante Zweedse recht (par. 18-20). De werkingssfeer van de strafbepalingen is ook daarom uitgebreid tot uitlatingen over homoseksuelen omdat zij regelmatig slachtoffer van bepaalde delicten worden. Daarbij is ook het uitdrukking geven aan minachting strafbaar gesteld. De term "minachting" moet daarbij weer niet te ruim worden uitgelegd nu de strafbepaling vooral ziet op het "aanzetten tot".

10. Overlap tussen misbruik van recht en "hate speech" is mogelijk (vgl. Principle 4, Recommendation ECRI 13 december 2002). Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt echter tegelijkertijd dat "hate speech" niet per definitie misbruik van recht vormt. In een aantal gevallen oordeelde het Hof uitdrukkelijk dat er geen sprake was van misbruik van recht, maar dat de betreffende uitlatingen wel als "hate speech" beschouwd konden worden (bijv. *Soulas* t. *Frankrijk*, EHRM 10 juli 2007, nr. 15948/03; *Féret* t. *België*, EHRM 16 juli 2007, nr. 15615/07). De "concurring opinion" van Yudkivska en Villiger lijkt wel een dergelijke samenval aan te nemen. De redenering van deze rechters komt er kort gezegd op neer dat "hate speech" steeds tegen de geest van de Conventie ingaat en daarom tegelijkertijd onder een ruime uitleg van misbruik van recht valt. Overigens gaat ook de "concurring opinion" van Spielmann en Nußberger in zekere

zin uit van een samenval van *hate speech* en misbruik van recht. Bij hen is de redenering uiteraard net omgekeerd. Een enge uitleg van "hate speech" beperkt de reikwijdte tot uitlatingen die daadwerkelijk zijn gericht op het ontnemen c.q. het vernietigen van rechten.

11. Een volgend verschil van mening betreft de vraag hoeveel ruimte er in het maatschappelijk debat dient te zijn voor kwetsende uitlatingen. In het algemeen gaat het Hof er immers vanuit dat er in een democratie een grote ruimte voor het maatschappelijk debat dient te zijn en dat art. 10 EVRM ook ziet op uitlatingen die kwetsen, choqueren en verontrusten (zie *Handyside* t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Series A, Vol. 24, *NJ* 1978, 236; veelvuldig herhaald). Tegelijkertijd heeft het Hof in het verleden enkele malen gesteld dat een uitlating die onnodig ("gratuitiously") kwetsend is, daarom geen bijdrage kan leveren aan een maatschappelijk debat dat tot vooruitgang leidt (*Otto Preminger Institut* t. *Oostenrijk*, EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87, *Series A*, Vol. 295-A, *NJ* 1994, 366 m.nt. Dommering, met een "dissenting opinion" van drie rechters die deze redenering niet bijtreden). In het onderhavige arrest is het Hof, in navolging van de Zweedse rechter, bereid te veronderstellen dat de uitlatingen bedoeld waren als een bijdrage aan het maatschappelijk debat, over de behandeling van homoseksualiteit in het onderwijs. Het Hof accepteert echter ook de overweging van de Zweedse rechter dat er een plicht bestaat om ook dan zoveel mogelijk onnodig grievende uitlatingen te vermijden.

De redenering van het Hof is op dit punt betrekkelijk summier. Het wijst erop dat ook de bewoordingen van een (mogelijke) bijdrage aan het maatschappelijk debat in ogenschouw moeten worden genomen. Dat zou op zichzelf kunnen betekenen dat de vorm waarin de uitlatingen zijn gegoten, bijvoorbeeld het wel of niet gebruiken van bijzonder denigrerende termen, beslissend is. Het lijkt er echter *in casu* meer op dat de inhoud van de beweringen als onnodig grievend wordt beschouwd.

12. De Nederlandse rechter heeft in het verleden de gelijkstelling van homoseksualiteit en diefstal (HR 9 januari 2001, *LJN* AA9368, *NJ* 2001, 203 m.nt. De Hullu; HR 9 januari 2001, *LJN* AA9367, *NJ* 2001, 204 m.nt. De Hullu), het beschouwen van homoseksualiteit als een ziekelijke afwijking die bedreigend is voor de maatschappij (Hof Den Haag 18 november 2002, *LJN* AF0667, *NJ* 2003, 24) en een vergelijking tussen homoseksualiteit en pedofilie (HR 14 januari 2003, *LJN* AE7632, *NJ* 2003, 261m.nt. Mevis) geen van alle strafbaar geacht. Deze uitlatingen waren volgens de rechter niet onnodig grievend en ze waren gedaan in het kader van de uiteenzetting van de geloofsovertuiging en bedoeld als bijdrage aan het maatschappelijk debat. Daarom kwam aan de uitlatingen het beledigend karakter in de zin van art. 137c Sr te ontvallen. In deze gevallen lijkt de term "onnodig grievend" in het bijzonder op de vorm van de uitlatingen te zien.

13. Dan nog een enkel woord over het verwijzen naar de "First Amendment"-doctrine van het "Supreme Court" van de VS. Dergelijke verwijzingen zijn met enige regelmaat zichtbaar in de jurisprudentie van het EHRM, met name in "dissenting" en "concurring opinions". Dat is ook in deze zaak het geval. Nu zijn er onmiskenbaar bepaalde overeenkomsten tussen deze doctrine en de jurisprudentie van het EHRM op grond van art. 10 EVRM. Men denke aan het belang van ruimte voor een robuust politiek debat en in het verlengde daarvan aan het uitgangspunt dat een gezagdrager of politicus de nodige, ook kwetsende, kritiek zal moeten velen. Tegelijkertijd bestaan er belangrijke verschillen tussen de Amerikaanse en de Europese benadering van de vrijheid van meningsuiting. Zo is de idee van misbruik van recht geheel vreemd aan de "First Amendment"-doctrine. Racistische en antisemitische propaganda krijgen in de VS in beginsel dezelfde bescherming als andere – politieke – opvattingen. Het Amerikaanse recht eist voorts een vrijwel onmiddellijk verband tussen een uitlating en de strafbare feiten waartoe daarin wordt aangezet ("incitement to imminent lawless action", zie *Brandenburg* v. *Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)),

alvorens politieke of andere propaganda strafwaardig is. Daarvoor is zelfs het verheerlijken van geweld nog onvoldoende (vgl. de "dissenting opinion" van judge Bonello bij de zaak *Sürek* t. *Turkije (no. 1)*.).

14. De term "captive audience", waar rechter Zupančič in zijn "dissenting opinion" naar verwijst, speelt in de "First Amendment"-doctrine onder meer een rol bij indecent taalgebruik. De bescherming daarvan is niet groot bij een volstrekt onontkoombare confrontatie (*Cohen* v. *California*, 403 U.S. 15 (1971)) dan wel, wat de etheromroep betreft, bij een onverwachte confrontatie (*FCC* v. *Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978). In de door Zupančič aangehaalde zaak *Snyder* v. *Phelps* achtte het "Supreme Court" de deelnemers aan de begrafenis en in het bijzonder de vader van de omgekomen soldaat geen "captive audience" ook al omdat degenen die de borden met homofobe uitlatingen omhooghielden, niet op de begraafplaats zelf aanwezig waren. Het begrip "captive audience" speelt ook een rol bij de regulering van uitlatingen op openbare scholen en universiteiten, in het bijzonder ook ten aanzien van godsdienstige uitlatingen. Daarbij heeft het "Supreme Court" de aanwezigen bij een plechtige buluitreiking gekwalificeerd als een "captive audience" (*Lee* v. *Weisman*, 505 U.S. 577 (1992). Daarom vormde het gebed als onderdeel van die bijeenkomst een inbreuk op de scheiding van staat en godsdienst, zoals vastgelegd in de "Establishment Clause" (zie voor een recente zaak, waarin leerlingen als een "captive audience" worden beschouwd ten opzichte van een op de muur van het auditorium aangebracht gebed, U.S. District Court (Rhode Island) 11 januari 2012, *Ahlquist* v. *City of Cranston*, C.A. No. 11-138L).

15. Het bovengenoemde verschil in uitgangspunt tussen de Europese en de Amerikaanse benadering van de vrijheid van meningsuiting betekent dat het aanhalen van de "First Amendment" moeilijk steeds een doorslaggevend argument kan vormen voor de uitleg van art. 10 EVRM, juist ook waar het gaat om uitlatingen over minderheden. Wel kan tot op zekere hoogte bepaald worden welke van de verschillende opvattingen binnen het Hof verder van en welke dichter bij de "First Amendment"-doctrine liggen. In de onderhavige zaak bijvoorbeeld staat de "concurring opinion" van Yudkivska en Villiger het verst van de "First Amendment"-doctrine af, terwijl de "concurring opinions" van zowel Spielmann en Nußberger als van Zupančič daar dichter in de buurt komen, zonder overigens deze leer integraal over te nemen. De opinie van het Hof op zijn beurt geeft de vrijheid van meningsuiting meer gewicht dan de "concurring opinion" van Yudkivska en Villiger, maar minder dan de twee andere "concurring opinions".

mr. A. Nieuwenhuis, Hoofddocent staatsrecht Universiteit van Amsterdam, gelieerd aan het Instituut voor Informatierecht