



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Vrijheid van meningsuiting

Nieuwenhuis, A.

Publication date

2013

Document Version

Final published version

Published in

Grondrechten: de nationale, Europese en internationale dimensie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Nieuwenhuis, A. (2013). Vrijheid van meningsuiting. In J. Gerards (Ed.), *Grondrechten: de nationale, Europese en internationale dimensie* (pp. 69-101). Ars Aequi Libri.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

HOOFDSTUK 4.

Vrijheid van meningsuiting

Aernout Nieuwenhuis

1. Inleiding

De vrijheid van meningsuiting is in 1815 in de Grondwet vastgelegd. Vanaf de wijziging in de Grondwet van 1848 stemt de bepaling grotendeels overeen met art. 7 lid 1 van de huidige Grondwet. Pas vanaf 1983 is naast de vrijheid van drukpers ook de omroepvrijheid (art. 7 lid 2) en de vrijheid gedachten en gevoelens te openbaren door andere middelen (art. 7 lid 3) beschermd. De vrijheid van meningsuiting is in meer algemene zin vastgelegd in art. 19 IVBPR en art. 10 EVRM. Laatstgenoemde bepaling heeft grote invloed op het Nederlandse recht. Dat rechtvaardigt mede de uitgebreide aandacht in dit hoofdstuk voor de in het tweede lid van art. 10 EVRM opgenomen beperkingsmogelijkheden.

De vrijheid van meningsuiting wordt – samen met de vrijheid van vereniging, vergadering en betoging, het kiesrecht en het petitierecht – wel tot de politieke vrijheidsrechten gerekend. Dat wil niet zeggen dat de betekenis van de vrijheid van meningsuiting beperkt blijft tot 'de politiek'; men hoeft alleen maar aan kunst en cultuur te denken. Wel maakt de betiteling als 'politiek vrijheidsrecht' duidelijk dat het grondrecht in het bijzonder ook ziet op kritiek op de overheid en de politieke meningsvorming.

In de jurisprudentie van het EHRM is de verbinding tussen vrijheid van meningsuiting, maatschappelijk debat en democratie uitdrukkelijk aanwezig. Deze jurisprudentie maakt in zeker opzicht duidelijk welke uitlatingen wel en niet verboden mogen worden. Art. 7 Gw is veel minder toegesneden op een dergelijke beoordeling. Daar staat tegenover dat er mede op grond van art. 7 Gw een gedetailleerde verspreidingsjurisprudentie tot stand is gekomen. Deze wordt op hoofdpunten uiteengezet in de paragraaf over de Grondwet.

2. Europa

2.1 EVRM

2.1.1 Inleiding

Het recht op vrijheid van meningsuiting is vastgelegd in art. 10 EVRM:

Artikel 10 EVRM

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.
2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de

nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

De vrijheid van meningsuiting is volgens het EHRM: '(...) one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for the development of every man and woman'.¹ In plaats van 'the development of every man and woman' komt ook de term 'each individual's self-fulfilment' voor.²

Indien art. 10 EVRM verbonden wordt met de democratische samenleving dient overigens niet alleen gedacht te worden aan het politiek systeem en de politieke meningsvorming, maar meer in het algemeen aan een pluralistische, open en tolerante samenleving. Dat kan het beste geïllustreerd worden door te wijzen op het feit dat het Hof bijvoorbeeld ook de godsdienstvrijheid als een van de 'foundations of a democratic society within the meaning of the convention' heeft gekarakteriseerd.³ Al eerder had het Hof overwogen dat ook een pluralistisch bestel in het onderwijs essentieel kan zijn voor het behoud van een democratische samenleving.⁴

2.1.2 Reikwijdte

Art. 10 EVRM beschermt niet alleen de vrijheid zich te uiten. Ook het koesteren van bepaalde meningen en het ontvangen van informatie en ideeën zijn expliciet beschermd. Het EHRM heeft daarnaast uitdrukkelijk de mogelijkheid opengelaten dat art. 10 EVRM in het algemeen de vrijheid beschermt om zich *niet* te uiten.⁵

Art. 10 EVRM ziet zowel op openbare als niet-openbare communicatie.⁶ Alle soorten uitdagingen zijn in beginsel beschermd: '(...) as far as the Court is concerned, no type of speech falls outside the scope of Article 10, because of its content'.⁷ Een uitzondering moet wellicht worden gemaakt voor uitdagingen die alleen maar beledigend van aard zijn en geen enkele informatie bevatten.⁸ In het algemeen geldt echter dat uitdagingen die kwetsen, choqueren of verontrusten zeker niet bij voorbaat uitgesloten zijn van bescherming. In een tolerante samenleving dient immers een open discussie plaats te kunnen vinden.

Bijdragen aan het maatschappelijk of politiek debat verdienen aparte vermelding, omdat zij een 'heightened level of protection' toegekend krijgen. Andere uitdagingen vallen echter ook binnen de reikwijdte. Dat geldt voor kunst met een grote K maar ook voor lichte muziek⁹ en meer in het algemeen voor entertainment.¹⁰ In het verleden heeft er een tijdlang onzekerheid bestaan over het antwoord op de vraag of art. 10 EVRM commerciële informatie dekt. Sinds de uitspraak van het Hof in de *Markt Intern*-zaak kan daar weinig twijfel meer over bestaan.¹¹ Wel lijkt het Hof soms een slag om de arm te houden, bijvoorbeeld door aan te geven dat het om voor het publiek nuttige reclame

1 O.a. EHRM 25 maart 1985, nr. 8734/79 (*Barthold/Duitsland*), waarin verwezen naar EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

2 EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingens/Oostenrijk*).

3 EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88 (*Kobkinakis/Griekenland*).

4 EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71 (*Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen/Denemarken*).

5 EHRM (GK) 3 april 2012, nr. 41723/06 (*Gillberg/Zweden*), § 85-86, met daarin ook de beperkte hoeveelheid relevante jurisprudentie.

6 Bijvoorbeeld een gesprek met een arts, EHRM 2 december 2008, nr. 18620/03 (*Juppala/Finland*).

7 Jacq & Teitgen 1992, p. 65; voor misbruik van recht zie hieronder.

8 EHRM 2 oktober 2012 (ontv.), nr. 57942 (*Rujak/Kroatië*).

9 EHRM 28 maart 1990, nr. 10890/84 (*Groppera/Zwitserland*).

10 EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06 (*Khurshid Mustafal/Zweden*).

11 EHRM 20 november 1989, nr. 10572/83 (*Markt Intern/Zwitserland*).

moet gaan.¹² In elk geval is het niveau van bescherming relatief laag.¹³ Amusement krijgt evenmin dezelfde bescherming als het maatschappelijk debat.¹⁴ Het motief van de zender – bijvoorbeeld het maken van winst – doet een uitlating in het algemeen niet buiten de reikwijdte van art. 10 EVRM belanden. Commerciële bedrijven kunnen dus ook een beroep doen op het grondrecht.¹⁵

'Symbolic speech' zoals het dragen van bepaalde kentekenen als een rode ster,¹⁶ het zwaaien met een vlag met een controversieel karakter,¹⁷ en het ophangen van vuile was bij het parlamentsgebouw¹⁸ kan binnen de reikwijdte vallen.¹⁹ Dat geldt zelfs voor het bivakkeren met een tent voor een parlamentsgebouw.²⁰ Een aardig voorbeeld van beschermde 'symbolic speech' is ook het blazen op een jachthoorn om te protesteren tegen de jacht en deze te verstoren.²¹ Daar staat tegenover dat het begrip 'expression' in de eerste zin van art. 10 EVRM niet ziet op een algemene expressievrijheid, waaronder een groot deel van het menselijk handelen zou kunnen vallen. Het dient om het uiten van ideeën of inlichtingen, om communicatie te gaan.

Art. 10 EVRM ziet op alle media, zoals boeken,²² films²³ en internet.²⁴ Wel maakt het Hof onder omstandigheden onderscheid: televisie wordt bijvoorbeeld in het algemeen als een meer indringend medium dan de pers gezien,²⁵ zodat bepaalde beperkingen eerder te rechtvaardigen zijn.

Art. 10 EVRM beschermt ook de mogelijkheid om van de verschillende media gebruik te maken.²⁶ Beperkingen ten aanzien van het gebruik van bepaalde communicatiemiddelen kunnen derhalve ook aan het tweede lid getoetst worden.²⁷ De ontvangst is eveneens beschermd, zodat bijvoorbeeld het plaatsen van een schotelantenne binnen de reikwijdte valt.²⁸

Het proces dat aan het publiceren voorafgaat, is eveneens beschermd; dat is in het bijzonder van belang voor informatieverzameling door de pers. Op art. 10 EVRM kan een journalistiek brongeheime gebaseerd worden²⁹ en de inbeslagname van journalistiek materiaal is een ernstige inmenging in de persvrijheid.³⁰ Datzelfde geldt voor het doorzoeken van redactielokalen naar materiaal waaruit

12 EHRM 24 februari 1994, nr. 15450/89 (*Casado Coca/Spanje*).

13 Zie al ECieRM 5 mei 1979, nr. 7805/77 (*X. en Church of Scientology/Zweden*): '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'.

14 Jacq & Teitgen 1992, p. 64 v. Uit onder meer het eerste *Caroline von Hannover*-arrest blijkt dat de vrijheid van meningsuiting beduidend minder gewicht heeft indien een publicatie slechts verstrooiend van aard is, EHRM 24 juni 2004, nr. 59320/00 (*Von Hannover/Duitsland*).

15 EHRM 22 mei 1990, no. 12726/87 (*Autronic/Zwitserland*).

16 EHRM 8 juli 2008, nr. 33629/06 (*Vajnai/Hongarije*).

17 EHRM 24 juli 2012, nr. 40721/08 (*Fáber/Hongarije*).

18 EHRM 12 juni 2012, nr. 26005/08 (*Tatar en Fábér/Hongarije*).

19 Zie voor het dragen van een zogeheten Eastern Lily, EHRM 25 januari 2011, nr. 56975/09 (*Donaldson/Verenigd Koninkrijk*); voor symbolische kleding ECieRM 3 maart 1986, nr. 11674/85 (*Stevens/Verenigd Koninkrijk*).

20 ECRM 3 oktober 1983, nr. 9278/81 (*G. en E./Noorwegen*).

21 EHRM 25 november 1999, nr. 25594/94 (*Hashman en Harrup/Verenigd Koninkrijk*).

22 Bijv. EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00 (*Éditions Plon/Frankrijk*).

23 Bijv. EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (*Otto-Preminger-Instituut/Oostenrijk*).

24 Bijv. EHRM 10 maart 2009, nr. 3002/03 (*Times Newspapers Ltd./Verenigd Koninkrijk*).

25 O.a. EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89 (*Jersild/Denemarken*); EHRM 28 juni 2001, nr. 24699/94 (*Vereinigung gegen Tierfabriken/Oostenrijk*); EHRM 10 juli 2003, nr. 44179/98 (*Murphy/Ierland*); EHRM (GK) 17 december 2004, nr. 49017/99 (*Pedersen en Baadsgaard/Denemarken*); EHRM 11 december 2008, nr. 21132/05 (*TV Vest As Rogeland Pensjonist Partij/Noorwegen*).

26 EHRM 24 november 1993, nr. 13914/88 (*Informationsverein Lentia e.a./Oostenrijk*).

27 Centro frequenties

28 EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06 (*Khurshid Mustafal/Zweden*).

29 EHRM 27 maart 1996, nr. 17488/90 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*), vrij snel daarna HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 578.

30 EHRM (GK) 14 september 2010, nr. 38224/03 (*Sanoma/Nederland*). Vgl. in dezen de benadering van de HR die in het verleden wel de nadruk heeft gelegd op het feit dat het ging om opnamen van rellen op de openbare weg, HR 9 november 1999, *NJ* 2000, 461.

de identiteit van bepaalde bronnen moet blijken.³¹ Ook het afluisteren van journalisten wordt mede beoordeeld op grond van art. 10 EVRM.³²

Het belang van de informatievoorziening over onderwerpen van publiek belang zorgt er tevens voor dat het recht om bij de overheid berustende informatie te ontvangen binnen de reikwijdte van art. 10 EVRM kan vallen.³³ Het is vooralsnog niet duidelijk hoever dit recht op informatie strekt. Art. 10 EVRM geeft de pers in elk geval niet zonder meer een recht op toegang tot allerlei specifieke informatiebronnen.³⁴

2.1.3 Samenloop

Over de mogelijke samenloop met andere grondrechten hier slechts een beperkt aantal opmerkingen. In de eerste plaats ziet art. 10 EVRM ook op niet-openbare communicatie. In dat opzicht is er een overlap mogelijk met art. 8 EVRM dat niet alleen het respect voor het privéleven beschermt maar meer in het bijzonder ook de 'correspondence'. Het EHRM heeft met enige regelmaat het verhinderen van en de controle op de briefwisseling van gevangenen beoordeeld op grond van art. 8 EVRM;³⁵ datzelfde geldt voor het schrappen van bepaalde passages uit de correspondentie van gevangenen.³⁶ Daar staat tegenover dat het Hof de sanctie naar aanleiding van een brief, geschreven aan een meerdere in het leger, heeft beoordeeld op grond van art. 10 EVRM.³⁷

Wat betreft de mogelijke samenloop tussen het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op vrijheid van godsdienst zij verwezen naar de behandeling van de vrijheid van godsdienst (hoofdstuk 3). Hier zij alleen herhaald dat het EHRM beperkingen ten aanzien van religieus gemotiveerde bijdragen aan het maatschappelijk debat pleegt te beoordelen in het licht van art. 10 EVRM.

De mogelijke samenloop met de in art. 11 EVRM vastgelegde vrijheid van betoging komt aan bod in hoofdstuk 5. Reeds gezegd zij dat het EHRM de vrijheid van betoging in bepaalde opzichten uitlegt in het licht van de vrijheid van meningsuiting.

2.1.4 Beperkingsmogelijkheden

Inmenging

Een inmenging in het recht op vrijheid van meningsuiting kan verschillende vormen aannemen. Onder de in het tweede lid genoemde 'formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties' valt uiteraard een veroordeling tot een boete of gevangenisstraf naar aanleiding van een publicatie; datzelfde geldt voor een publicatie- of verspreidingsverbod³⁸ of een invoerverbod.³⁹ Ook maatregelen als inbeslagname, verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer van drukwerk, schilderijen of

31 EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99 (*Roemen en Schmitt/Luxemburg*); zie ook EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96 (*Ernst e.a./België*).

32 EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06 (*Telegraaf Media Nederland e.a./Nederland*).

33 EHRM 14 april 2009, nr. 37374/05 (*Társaság a Szabadságjogokért/Hongarije*). Daarvoor anders, zie EHRM (GK) 19 februari 1998, nr. 14967/89 (*Guerra/Spanje*). Ook wanneer legitiem historisch onderzoek stuit op het als vertrouwelijk classificeren van overheidsdocumenten kan art. 10 EVRM in het geding zijn, EHRM 26 mei 2009, nr. 31475/05 (*Kenedi/Hongarije*).

34 EHRM 13 maart 2012 (ontv.), nr. 44585/10 (*Axel Springer AG/Duitsland*); het betrof toegang tot een besloten zitting van de rechtbank, waarbij een beperkt aantal persvertegenwoordigers was toegelaten.

35 Bijv. EHRM 25 maart 1983, nr. 5947/72 (*Silver/Verenigd Koninkrijk*).

36 EHRM 25 februari 1992, nr. 10802/84 (*Pfeifer en Plankl/Oostenrijk*).

37 EHRM (GK) 25 november 1997, nr. 24348/94 (*Grigoriades/Griekenland*).

38 EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00 (*Éditions Plon/Frankrijk*).

39 EHRM 17 juli 2001, nr. 39288/98 (*Ekin Association/Frankrijk*).

films vormen een inmenging.⁴⁰ Een door de civiele rechter opgelegde schadevergoeding of rectificatie naar aanleiding van een publicatie wordt door het Hof eveneens beoordeeld op grond van het tweede lid van art. 10 EVRM.⁴¹

Maatregelen van tuchtrechtelijke aard, genomen wegens bepaalde uitlatingen zijn eveneens als inmenging te beschouwen.⁴² Dat zelfde geldt voor ontslag wegens bepaalde uitlatingen⁴³ en de sanctionering van een klokkenluider.⁴⁴ Daarnaast valt te wijzen op het weigeren van een omroepvergunning⁴⁵ en het weigeren van de registratie van een titel van een blad, wanneer dat bepaalde belemmeringen met zich brengt.⁴⁶ Hierboven is reeds gebleken dat doorzoekingen van redactielokalen⁴⁷ en (andere) beperkingen van het journalistiek verschoningsrecht⁴⁸ als inmenging in de vrijheid van meningsuiting zijn te aan te merken.

Tot slot zij vermeld dat ook maatregelen als het uitzetten of het weigeren van toelating tot het grondgebied⁴⁹ of zelfs het weigeren van toelating tot de territoriale wateren⁵⁰ als een inmenging kunnen worden gekwalificeerd, indien zij de strekking hebben om het doen van uitlatingen tegen te gaan. Wanneer er een inreisverbod bestaat wegens eerdere uitlatingen is dat ook het geval.⁵¹

Misbruik van grondrecht: artikel 17 EVRM

Een inmenging dient in beginsel aan de in het tweede lid geformuleerde beperkingsvoorwaarden te voldoen. Op die regel bestaat een tweetal uitzonderingen. In de eerste plaats is het mogelijk dat het doen van bepaalde uitlatingen als misbruik van grondrecht in de zin van art. 17 EVRM is te kwalificeren. Dat is volgens genoemde bepaling het geval bij activiteiten gericht op het daadwerkelijk tenietdoen van de verdragrechten.⁵² Er zijn overigens ook zaken waarin het Hof art. 17 EVRM een wat minder strikt omschreven toepassingsbereik lijkt te geven. Een voorbeeld vormt de zaak *Witzsch* die zag op uitlatingen waarin de schuld van Hitler en de nazi's aan de holocaust werd ontkend. Het Hof meent dat een dergelijke minachting voor de slachtoffers van de Holocaust onder art. 17 EVRM kan vallen, nu deze uitlatingen 'ran counter to the text and the spirit of the Convention'.⁵³ Al eerder had het Hof vastgesteld dat de ontkenning van de holocaust onder de reikwijdte van art. 17 EVRM valt.⁵⁴ Het Hof blijkt er in dezen vanuit te gaan dat de ontkenning van de holocaust vrijwel per definitie gekoppeld is aan een antisemitisch streven.⁵⁵

Uit de jurisprudentie blijkt dat het Hof art. 17 EVRM in het bijzonder in het geding acht wanneer uitlatingen een racistische, antisemitische of islamofobe strekking hebben.⁵⁶ Een oproep

40 Resp. EHRM 9 februari 1995, nr. 16616/90 (*Vereniging Weekblad Bluff/Nederland*); EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84 (*Müller/Zwitserland*); EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (*Otto-Preminger-Instituut/Oostenrijk*).

41 EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91 (*Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 27 februari 2001, nr. 26958/95 (*Jerusalem/Oostenrijk*).

42 Bijv. EHRM 28 oktober 2003, nr. 39657/98 (*Stuur/Nederland*); EHRM 26 april 1991, nr. 11800/85 (*Ezelin/Frankrijk*).

43 EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/98 (*Fuentes Bobol/Spanje*).

44 EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04 (*Gujal/Moldavië*).

45 EHRM 24 november 1993, nr. 13914/88 (*Informationsverein Lentia e.a./Oostenrijk*).

46 EHRM 14 maart 2002, nr. 26229/95 (*Gawedal/Polen*).

47 EHRM 25 februari 2002, nr. 51772/99 (*Roemen en Schmitt/Luxemburg*).

48 EHRM 27 maart 1996, nr. 17488/90 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*).

49 EHRM 27 april 1995, nr. 15773/89 (*Piermont/Frankrijk*); EHRM 20 mei 2010, nr. 2933/03 (*Cox/Turkije*).

50 EHRM 3 februari 2009, nr. 31276/05 (*Women on Waves/Portugal*).

51 EHRM 20 mei 2010, nr. 2933/03 (*Cox/Turkije*).

52 ECieRM 24 juni 1996, nr. 31159/96 (*Marais/Frankrijk*); EHRM 2 oktober 2008, nr. 36109/03 (*Leroy/Frankrijk*).

53 EHRM 13 december 2005 (ontv.), nr. 7485/03 (*Witzsch/Duitsland*). Het ging opmerkelijk genoeg om een brief, niet om een openbaar pleidooi.

54 EHRM 23 september 1998, nr. 24662/94 (*Lebidoux en Isornil/Frankrijk*).

55 EHRM 24 juni 2003 (ontv.), nr. 65831/01 (*Garaudy/Frankrijk*).

56 EHRM 2 oktober 2008, nr. 36109/03 (*Leroy/Frankrijk*), § 27.

alle moslims uit Engeland te verwijderen is bijvoorbeeld als misbruik van recht te kwalificeren.⁵⁷ Utlatingen die zonder meer als doel hebben oorlogsmisdaden te rechtvaardigen vallen eveneens binnen de reikwijdte van art. 17 EVRM.⁵⁸ De heftigheid van de gebruikte bewoordingen blijkt ook een factor van betekenis te kunnen zijn.⁵⁹ Overigens is het moeilijk voorstelbaar dat een verbod van bepaalde utlatingen, die onder de reikwijdte van art. 17 EVRM vallen, de noodzakelijkheidstoets uit het tweede lid van art. 10 EVRM niet zou kunnen doorstaan.⁶⁰

De tweede mogelijkheid dat een inmenging niet aan de in het tweede lid geformuleerde beperkingsvoorwaarden hoeft te voldoen is onder een noodtoestand (art. 15 EVRM). Op die mogelijkheid wordt hier niet apart ingegaan. Jarenlang heeft in de literatuur de opvatting bestaan dat er nog een derde mogelijkheid was: een vergunningstelsel voor de omroep of de bioscoop zou niet aan het tweede lid getoetst hoeven te worden, nu de mogelijkheid van een dergelijk stelsel expliciet in het eerste lid is opgenomen. In de *Groppera* zaak heeft het Hof duidelijkheid geschapen.⁶¹ Het vergunningstelsel voor de omroep werd wel degelijk beoordeeld op grond van tweede lid. De tweede zin van het eerste lid heeft daarmee met name de betekenis dat dergelijke vergunningstelsels niet *als zodanig* al in strijd zijn met art. 10 EVRM. Daarnaast heeft het Hof in het *Lentia*-arrest de mogelijkheid geopend dat een vergunningstelsel voor de omroep doeleinden dient, die niet uitdrukkelijk in het tweede lid worden genoemd.⁶²

Voorzien bij wet

Het tweede lid van art. 10 EVRM formuleert drie voorwaarden waaraan een inmenging moet voldoen. Een inmenging dient in de eerste plaats 'voorzien te zijn bij wet'. Beperkingen van de uitingsvrijheid in het ongeschreven recht kunnen ook aan deze eis voldoen, indien de jurisprudentie maar duidelijk maakt, waar ongeveer de grens ligt tussen wat wel en niet geoorloofd is.⁶³ Het gaat erom dat een inmenging 'accessible' and 'foreseeable' is voor de burger. De burger dient met andere woorden zijn gedrag op de normen af te kunnen stemmen.⁶⁴ Deze voorwaarde leidt bij beperkingen van de vrijheid van meningsuiting niet vaak tot problemen.⁶⁵

In bepaalde gevallen stelt het EHRM op grond van het criterium 'voorzien bij wet' verdergaande eisen. De regelgeving moet dan bijvoorbeeld ook waarborgen tegen misbruik van bepaalde bevoegdheden bevatten. Een goed voorbeeld is dat er bij de inbeslagname van journalistiek materiaal een vorm van voorafgaande rechterlijke controle op deze maatregel dient te bestaan.⁶⁶

Legitiem doel

In de tweede plaats dient een inmenging één van de in het tweede lid genoemde doelen te dienen. Wij noemen de staatsveiligheid,⁶⁷ de nationale veiligheid,⁶⁸ het tegengaan van strafbare feiten en

57 EHRM 16 november 2004 (ontv.), nr. 23131/01 (*Norwood/Verenigd Koninkrijk*).

58 EHRM 15 januari 2009, nr. 20985/05 (*Orban e.a./Frankrijk*).

59 EHRM 10 juli 2008, nr. 15948/03 (*Soulas e.a./Frankrijk*), § 48.

60 Zo beschouwd is het ook niet vreemd dat de Commissie in het verleden de belangen, beschermd door artikel 17, in de noodzakelijkheidstoets heeft geïntegreerd, bijv. ECieRM 11 januari 1995, nr. 21128/92 (*Walendy/Germany*).

61 EHRM 28 maart 1990, nr. 10890/84 (*Groppera/Zwitserland*).

62 EHRM 24 november 1993, nr. 13914/88 (*Informationsverein Lentia e.a./Oostenrijk*).

63 EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

64 EHRM 5 mei 2011, nr. 33014/05 (*Editorial Board of Pravoye Delo en Shtetkel/Oekraïne*).

65 Drie voorbeelden van zaken waarin dat wel het geval was: EHRM 25 oktober 2011, nr. 27520/07 (*Altug Tuner Aksu/Turkije*); EHRM 25 november 1999, nr. 25594/94 (*Hashman en Harrup/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 7 juni 2012, nr. 38433/09 (*Centro Europa 7 S.R.L./Italië*).

66 EHRM (GK) 14 september 2010, nr. 38224/03 (*Sanoma/Nederland*); het verweer van Nederland dat het toenmalige artikel 96a Sv voldoende kwaliteit had, mocht niet baten.

67 Bijv. EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88 (*Observer en Guardian/Verenigd Koninkrijk*).

68 Bijv. EHRM (GK) 9 juni 1998, nr. 22678/93 (*İncal/Turkije*).

wanordelijkheden,⁶⁹ de bescherming van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht,⁷⁰ de bescherming van vertrouwelijke informatie,⁷¹ de goede zeden,⁷² en de goede naam.⁷³ Aparte vermelding verdient de bescherming van de rechten van anderen gezien het ruime bereik ervan. Hieronder vallen niet alleen de rechten vastgelegd in het verdrag, zoals het recht op respect voor het privéleven,⁷⁴ maar ook bijvoorbeeld het recht om niet oneerlijk beconcurrereerd te worden.⁷⁵ Het vereiste van een geoorloofd doel levert in de jurisprudentie meestal geen groot probleem op.

Noodzakelijk in een democratische samenleving

De vraag of een inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving wordt beantwoord tegen de achtergrond van de al eerder genoemde uitgangspunten. De vrijheid van meningsuiting bestaat in een democratische samenleving, die zonder pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid ondenkbaar is, niet alleen voor inlichtingen en denkbeelden die op instemming kunnen rekenen, maar ook voor inlichtingen en denkbeelden die kwetsen, shockeren of voor verwarring zorgen ('offend, shock or disturb').

Wanneer het Hof vervolgens onderzoekt of een inmenging in de vrijheid van meningsuiting voldoet aan de voorwaarde, dat zij noodzakelijk is in een democratische samenleving, voert het Hof in de meeste gevallen een belangenafweging uit. Er dienen met andere woorden relevante en voldoende redenen voor de inmenging te zijn; de inmenging mag niet disproportioneel zijn. Veelal is een bijkomende eis dat er een 'pressing social need' is voor de inmenging. In elk geval is een beperking niet noodzakelijk indien het met de beperking gediende belang minder gewicht heeft dan de – beperking van de – vrijheid van meningsuiting.

Preventieve beperkingen worden door het Hof over het algemeen met meer argwaan bekeken dan repressieve.⁷⁶ Daarbij kan in de eerste plaats aan de pers en andere media worden gedacht,⁷⁷ maar ook aan boeken.⁷⁸ Het Hof houdt er rekening mee dat nieuws een 'aan bederf onderhevig goed' is, zodat een publicatieverbod fnuikend kan zijn.⁷⁹ Van groot belang is ook of een inmenging de publicatie van een uitlating met een bepaalde inhoud in zijn algemeenheid verbiedt of dat de inmenging slechts de wijze van verspreiding trefte. In het laatste geval is het Hof in beginsel milder.⁸⁰

Een inmenging kan ook op de noodzakelijkheidstoets stranden als deze niet geschikt is om het beoogde doel te dienen. Op het gebied van de uitingsvrijheid komt dat onder meer voor, wanneer er een publicatieverbod wordt opgelegd terwijl de betreffende, 'vertrouwelijke' informatie al bij het publiek bekend is.⁸¹

69 EHRM (GK) 8 juli 1999, nr. 23168/94 (*Karatas/Turkije*).

70 Bijv. EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*).

71 EHRM 21 januari 1999, nr. 29183/95 (*Fressoz en Roirel/Frankrijk*).

72 Bijv. EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

73 EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingens/Oostenrijk*).

74 EHRM 6 februari 2001, nr. 41205/98 (*Tammer/Estland*).

75 EHRM 23 juni 1994, nr. 15088/89 (*Jacobowski/Duitsland*).

76 EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88 (*Observer en Guardian/Verenigd Koninkrijk*).

77 EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88 (*Observer en Guardian/Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook EHRM 10 mei 2011, nr. 48009/08 (*Mosley/Verenigd Koninkrijk*), en EHRM 7 december 2010, nr. 10734/05 (*Markay en BBC Scotland/Verenigd Koninkrijk*).

78 EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00 (*Éditions Plon/Frankrijk*): 'Dangers inherent in prior restraint are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court'.

79 Dat speelt niet alleen bij kranten maar eventueel ook bij andere publicaties als boeken, EHRM 29 maart 2005, nr. 40287/98 (*Alinaki/Turkije*).

80 Vgl. EHRM 4 mei 2000 (ontv.), nr. 33678/96 (*Drieman e.a./Noorwegen*).

81 Bijv. EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88 (*Observer en Guardian/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 9 februari 1995, nr. 16616/90 (*Vereniging Weekblad Bluf!/Nederland*).

In de noodzakelijkheidstoets ligt voorts een vereiste van subsidiariteit besloten. Is een minder vergaande maatregel voldoende om het gestelde doel te bereiken, dan is de verdergaande maatregel disproportioneel.

Kan een inlegvel bij een boek de ergste schade aan de eer en goede naam voorkomen, dan gaat een verspreidingsverbod voor het boek te ver.⁸² Wordt een journalist gegijzeld – een zeer vergaande maatregel – om hem te dwingen tot het geven van voor een strafproces relevante informatie over zijn bron, terwijl de waarheidsvinding ook op een andere wijze kan geschieden, dan is die gijzeling allesbehalve noodzakelijk.⁸³ Een derde voorbeeld van de toepassing van de ‘subsidiariteitstoets’ is dat de positie van de publieke omroep ook beschermd kan worden zonder dat alle andere potentiële aanbieders de toegang tot de ether wordt ontzegd.⁸⁴

Bij het onderzoek van de noodzakelijkheid en de afweging van belangen maakt het Hof een aantal belangrijke onderscheidingen. Wij zetten die hieronder uiteen.⁸⁵ In het verlengde van deze onderscheidingen komt de appreciatiemarge aan bod.

Maatschappelijk debat en andere uitlatingen

De door het Hof geformuleerde uitgangspunten ten aanzien van het belang van de vrijheid van meningsuiting gelden in het bijzonder het maatschappelijk debat; daarom is het begrijpelijk dat in de jurisprudentie een onderscheid wordt gemaakt tussen bijdragen aan het maatschappelijk debat en andere uitlatingen. Voor een inmenging in de eerstgenoemde uitlatingen zal op zijn minst een dringende maatschappelijke behoefte dienen te bestaan en zal het Hof de nationale autoriteiten over het algemeen een relatief kleine appreciatiemarge geven.⁸⁶

Het maatschappelijk debat is ruimer dan de politieke discussie in enge zin, nu het Hof zelf heeft aangegeven dat uitlatingen over ‘other matters of public concern’ dezelfde grote bescherming verdienen.⁸⁷ Willen we alles onder één noemer brengen dan kunnen we een omschrijving gebruiken die het Hof zelf ook wel hanteert, namelijk ‘political speech or debate on questions of public interest’.⁸⁸ Deze omschrijving maakt duidelijk dat in de grote mate van bescherming, die het grondrecht aan deze uitlatingen biedt, het belang van het publiek verdisconteerd is.⁸⁹

Daartegenover beschouwt het Hof uitlatingen, die vooral op de verstrooiing of de bevrediging van de nieuwsgierigheid van het publiek zijn gericht, niet als bijdragen aan het maatschappelijk debat.⁹⁰ Met nadruk zij herhaald dat uitlatingen die niet als bijdragen aan het maatschappelijke debat zijn

82 EHRM 29 juni 2004, nr. 64915/01 (*Chauvy/Frankrijk*). Het zal duidelijk zijn dat deze subsidiariteitstoets en de belangafweging in enge zin veelal sterk samenhangen.

83 EHRM 22 november 2007, nr. 64752/01 (*Voskuil/Nederland*).

84 EHRM 24 november 1993, nr. 13914/88 (*Informationsverein Lentia e.a./Oostenrijk*).

85 Vgl. ook de door het EHRM genoemde factoren in EHRM (GK) 7 februari 2012, nr. 39954/08 (*Springer/Duitsland*).

86 Overigens laat het Hof de beantwoording van de vraag in hoeverre de problemen van immigratie en integratie noodzakelijk tot een beperking van de vrijheid van meningsuiting tot op zekere hoogte juist over aan de nationale autoriteiten, EHRM 10 juli 2008, nr. 15948/03 (*Soulas/Frankrijk*).

87 EHRM 25 juni 1992, nr. 13778/88 (*Thorgeir Thorgeirson/IJsland*).

88 EHRM 25 november 1999, nr. 23118/93 (*Nilsen en Johnsen/Noorwegen*); EHRM 12 juli 2001, nr. 29032/95 (*Feldek/Slowakije*).

89 Vgl. EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*).

90 Klachten van bladen die zich met name bezighouden met roddel en berichtgeving over het privé leven van bekendheden maken in Straatsburg betrekkelijk weinig kans, vgl. EHRM 12 december 2000 (ontv.), nr. 5224/00 (*De Revenga en Perona/Spanje*); EHRM 13 mei 2003 (ontv.), nr. 142929/02 (*Bou Gibert/Spanje*); EHRM 1 juni 2003 (ontv.), nr. 66910/01 (*Prisma Press/Frankrijk*).

te kenmerken, in beginsel wel degelijk onder de bescherming van art. 10 EVRM vallen.⁹¹ Ook inmengingen ten aanzien van bijvoorbeeld commerciële informatie zullen derhalve aan de beperkingsvoorwaarden van het tweede lid dienen te voldoen.⁹² Wel zal het Hof de nationale autoriteiten meer ruimte laten. Mede om die reden zal een beperking minder snel disproportioneel zijn. Dat geldt onder meer voor beperkingen ten aanzien van tabaksreclame. In het verlengde daarvan is zelfs een regeling die het de media verbiedt foto's te publiceren van sportwedstrijden, indien daarop het logo staat van het sigarettenmerk, dat als sponsor optreedt, geoorloofd.⁹³

Het is niet zonder meer duidelijk welke positie kunst in de jurisprudentie van het Hof krijgt toebedeeld. Enerzijds lijkt het Hof het belang van kunstzinnige uitlatingen te benadrukken en kunst een bescherming te willen geven die op zijn minst vergelijkbaar is met die van (andere) bijdragen aan het maatschappelijk debat, omdat kunst bijdraagt aan de ‘uitwisseling van ideeën en meningen’.⁹⁴ Bovendien worden beperkingen soms minder snel nodig geacht omdat kunst maar een beperkt bereik heeft.⁹⁵ Anderzijds lijkt de bescherming voor kunst in bepaalde arresten toch niet zo groot.⁹⁶ Dat heeft mogelijkkerwijs vooral te maken met de beperkingsgronden (goede zeden, godsdienstige gevoeligheden), die over het algemeen tot een ruime appreciatiemarge leiden (zie ook hieronder).

Gezagdragers en anderen

Het uitgangspunt dat het maatschappelijk debat de nodige ruimte moet hebben heeft gevolgen voor de mate waarin eer en goede naam van gezagdragers en politici bescherming verdienen. Zij zullen meer moeten velen dan gewone burgers; anders zou kritiek op de overheid gesmoord kunnen worden door een actie op grond van belediging. Dat geldt zowel voor kritiek op een orgaan als de regering als geheel als voor kritiek op individuele gezagdragers.⁹⁷ Daaruit volgt weer niet dat het gebruik van invectieven zonder meer geoorloofd is.⁹⁸

Ook de persoon van het staatshoofd kan onderwerp van het maatschappelijk debat zijn.⁹⁹ In een monarchie is dat in beginsel niet anders. Gevangenisstraf wegens majesteitsschennis zal in elk geval al snel disproportioneel geoordeeld moeten worden.¹⁰⁰ Voorts kunnen strengere regels voor de bewijslast ter rechtvaardiging van een belediging in geval van een (buitenlands) staatshoofd in strijd komen met art. 10 EVRM.¹⁰¹

Niet alleen politieke gezagdragers zullen meer moeten velen dan gewone burgers. ‘Captains of industry’, die in een debat over de beloning van managers de revue passeren, zullen zich eveneens

91 Bijv. EHRM 23 juni 1994, nr. 15088/89 (*Jacobowski/Duitsland*), EHRM 14 maart 2002, nr. 46833/99 (*Diego Nafrial/ Spanje*).

92 Bijv. EHRM 24 februari 1994, nr. 15450/89 (*Casado Cocal/Spanje*).

93 EHRM 5 maart 2009, nr. 13353/05 (*Hachette Filipacchi Presse Automobile en Dupuy/Frankrijk*).

94 EHRM 25 januari 2007, nr. 68354/01 (*Vereinigung Bildender Künstler/Oostenrijk*); zie ook EHRM (GK) 22 oktober 2007, nr. 21279/02 (*Lindon, Oshakovsky-Lavrens en July/Frankrijk*).

95 EHRM 29 maart 2005, nr. 40287/98 (*Alinak/Turkije*). Religieuze uitlatingen die onder vigeur van artikel 10 EVRM worden beoordeeld, krijgen onder omstandigheden evenmin dezelfde bescherming als bijdragen aan het maatschappelijk debat. Ook hier is de reden mogelijkkerwijs dat als beperkingsgrond de religieuze gevoelens van derden kunnen gelden, EHRM 10 juli 2003, nr. 44179/98 (*Murphy v. Ierland*). Zie ook EHRM (GK) 13 juli 2012, nr. 16354/06 (*Mouvement Raïlien Suisse/Zwitserland*).

96 EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (*Otto-Preminger-Instituut/Oostenrijk*).

97 Resp. EHRM 23 april 1992, nr. 11798/85 (*Castells/Spanje*) en EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/81 (*Lingens/Oostenrijk*). Zie ook HR 16 juni 2009, Ljn BG7750.

98 Voor een voorbeeld Hof Den Haag 30 oktober 2008, Ljn BG2059.

99 EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00 (*Éditions Plon/Frankrijk*).

100 EHRM 15 maart 2011, nr. 2034/07 (*Otegi Mondragon/Spanje*).

101 EHRM 25 juni 2002, nr. 51279/99 (*Colombani/Frankrijk*).

meer moeten laten welgevalen.¹⁰² Dat zelfde geldt bijvoorbeeld voor een politicommissaris, maar zijn positie is evenmin volledig vergelijkbaar met die van een politieke gezagdrager.¹⁰³

Personen die in de openbaarheid zijn getreden, zijn evenmin als gewone burgers te beschouwen. Dat geldt zeker ook voor journalisten. Indien zij actief deelnemen aan een discussie, moeten zij rekening houden met de mogelijkheid dat zij op hun beurt bekritiseerd worden.¹⁰⁴ Daarbij geldt wederom dat niet alles is toegestaan.¹⁰⁵ Ook bijvoorbeeld de voorzitter van een beroepsvereniging van historici is tot op zekere hoogte te beschouwen als een 'public figure'.¹⁰⁶ Publieke bekendheden zoals sporthelden nemen in de jurisprudentie van het Hof een positie in ergens tussen gezagdragers en gewone burgers.¹⁰⁷

Rechters hebben een bijzondere positie. Enerzijds moet de rechtspraak kritisch gevolgd kunnen worden.¹⁰⁸ Anderzijds kunnen rechters, anders dan de meeste andere gezagdragers, zich moeilijker verdedigen tegen aantijgingen en kritiek op hun functioneren;¹⁰⁹ zij mengen zich in beginsel niet zelf in het debat over hun vonnissen. Afbrekende berichtgeving zou bovendien het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak kunnen aantasten en het belang dat met de bescherming daarvan is gemoeid moet worden meegewogen.¹¹⁰

Overigens heeft het Hof geen scherp onderscheid gemaakt tussen kritiek op de zittende en staande magistratuur; het vertrouwen in het OM lijkt eveneens de nodige bescherming te verdienen.¹¹¹ Dat is naar onze mening in zoverre opmerkelijk dat het OM tot de uitvoerende macht behoort, ingrijpende bevoegdheden heeft en meer mogelijkheden heeft om haar beslissingen in de media te verdedigen.

Bij berichtgeving over en kritiek op lagere ambtenaren is het gewicht van de vrijheid van meningsuiting eveneens kleiner dan in geval van politici. Zo is een veroordeling wegens het voor 'sukkel' en 'dom' uitmaken van politieagenten die op straat met hun werk bezig zijn niet in strijd met art. 10 EVRM¹¹² terwijl het gebruik van deze term in de krant in een bericht over een politicus waarschijnlijk ongemoeid moet worden gelaten.¹¹³ De redenering dat de berichtgeving in de krant veel duidelijker deel uitmaakt van het publiek debat leidt overigens tot dezelfde conclusie.

Worden gewone burgers onderwerp van het publiek debat, dan gelden evenmin dezelfde uitgangspunten als ten aanzien van politieke gezagdragers. Wanneer het berichtgeving over een wijd verspreide misstand betreft, lijkt het Hof lijkt ervan uit te gaan dat het voor de berichtgeving vaak niet nodig zal zijn specifieke namen te noemen.¹¹⁴ Gaat het er daarentegen om de gedragingen van bijvoorbeeld één bepaalde plastisch chirurg aan de kaak te stellen, dan zal de betreffende persoon weer wel bij

102 EHRM 21 januari 1999, nr. 29183/95 (*Fressoz en Roirel/Frankrijk*).

103 EHRM (GK) 17 december 2004, nr. 49017/99 (*Pedersen en Baadsgaard/Denemarken*).

104 EHRM 17 oktober 2007, nr. 28949/03 (*Sanocki/Polen*).

105 EHRM 15 november 2007, nr. 12556/03 (*Pfeifer/Oostenrijk*).

106 EHRM 30 maart 2010, nr. 20928/05 (*Petrenco/Moldavië*).

107 EHRM 7 mei 2002, nr. 46311/99 (*McVicar/Verenigd Koninkrijk*).

108 EHRM 24 februari 1997, nr. 19983/92 (*De Haes en Gijssels/België*).

109 EHRM 24 februari 1997, nr. 19983/92 (*De Haes en Gijssels/België*); EHRM 7 december 2010, nr. 15966/06 (*Poyraz/Turkije*).

110 EHRM 22 februari 1989, nr. 11508/85 (*Barfod/Denemarken*); EHRM 6 mei 2003, nr. 48898/99 (*Perna/Italië*).

111 EHRM 11 maart 2003, nr. 35640/97 (*Lesnik/Slowakije*).

112 EHRM 21 januari 1999, nr. 25716/94 (*Jamowski/Polen*).

113 Vgl. EHRM 1 juli 1997, nr. 20834/92 (*Oberschlick/Oostenrijk* (nr. 2)).

114 EHRM 20 mei 1999, nr. 21980/93 (*Bladet Tromsø/Noorwegen*).

name genoemd moeten kunnen worden.¹¹⁵ Het publiceren van een foto van iemand die verdacht wordt van belastingfraude wordt onder omstandigheden ook beschermd door art. 10 EVRM.¹¹⁶

Rol pers

De grote bescherming van het maatschappelijk debat, van de mogelijkheid om gezagdragers kritisch te volgen, en van het belang van het publiek komen terug in de overwegingen die het Hof in het algemeen aan de rol van de pers wijdt. De pers heeft bij uitstek de rol om het publiek van informatie te voorzien. Zij kan berichten over mogelijke misstanden en zij maakt de meningsvorming van het publiek over houding en opvattingen van politieke leiders mogelijk.¹¹⁷ Daarbij moet zij als 'public watchdog' kunnen optreden. Het Hof heeft tevens de rol die internetpublicaties op dit gebied kunnen spelen erkend.¹¹⁸ Overigens opent het Hof de mogelijkheid dat bijvoorbeeld ook verenigingen of actiegroepen een dergelijke rol toekomt.¹¹⁹

Het publiceren van interviews vormt voor de pers een belangrijk middel om haar rol te spelen.¹²⁰ Daarbij hoeft de journalist zich niet steeds te distantiëren van beschuldigende uitlatingen.¹²¹ Meer in het algemeen mag de pers in beginsel zelf de vorm van de berichtgeving kiezen. En omdat de pers een essentiële rol in een democratische samenleving speelt, is in de journalistieke vrijheid de mogelijkheid meegegeven te overdrijven of te provoceren.¹²² De conclusie moet dan ook zijn dat voor een inmenging in de persvrijheid een bijzonder goede reden dient te zijn. Dat geldt in het bijzonder ook voor een vergaande maatregel als de doorzoeking van een redactielokaal.¹²³ Dan eist het Hof een 'overriding requirement in the public interest', net zoals bij een (andere) inmenging in het journalistiek brongeheim.¹²⁴ Dat is mogelijk anders indien niet het brongeheim in eigenlijke zin geraakt wordt.¹²⁵

Het EHRM laat tevens meewegen of een maatregel niet een 'chilling effect' kan hebben op het functioneren van de pers. Dat is bijvoorbeeld het geval indien het citeren van een geïnterviewd persoon, zonder dat de citaten door hem zijn goedgekeurd, strafbaar is.¹²⁶ Bij onjuiste citaten zijn er immers minder ver gaande maatregelen als een rectificatie voorstelbaar. Een wettelijke verplichting voor de media om een persoon, over wie privacygevoelige informatie gepubliceerd zal worden, vooraf op de hoogte te stellen zou volgens het Hof eveneens een ernstig chilling effect hebben op het functioneren van de pers.¹²⁷

Komt aan de pers dus op grond van haar rol een bij uitstek beschermde positie toe, daar staat tegenover dat het EHRM er met enige regelmaat op wijst dat de pers op een verantwoordelijke wijze gebruik dient te maken van haar vrijheid.¹²⁸ Het Hof heeft meermalen naar de journalistieke ethiek verwezen.¹²⁹ De pers dient bijvoorbeeld zorgvuldig te werk te gaan wanneer zij beschuldigingen uit

115 EHRM 2 mei 2000, nr. 26132/95 (*Bergens Tidende e.a./Noorwegen*).

116 EHRM 10 februari 2009, nr. 3514/02 (*Eerikäinen e.a./Finland*).

117 Resp. EHRM 25 maart 1985, nr. 8734/79 (*Barthold/Duitsland*) en EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingens/Oostenrijk*).

118 EHRM 5 mei 2011, nr. 33014/05 (*Editorial Board of Pravoye Delo en Shrekell/Oekraïne*).

119 Resp. EHRM 27 mei 2004, nr. 57829/00 (*Vides Aizsardzibas Klub/Letland*) en EHRM 15 februari 2005, nr. 68416/01 (*Steel en Morris/Verenigd Koninkrijk*).

120 EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89 (*Jersild/Denemarken*).

121 EHRM 10 juli 2012, no. 46443/09 (*Björk Eidsdottir/IJsland*).

122 EHRM 26 april 1995, nr. 15974/90 (*Prager en Oberschlick/Oostenrijk*).

123 EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99 (*Roemen en Schmitt/Luxemburg*); zie ook EHRM 15 juli 2003, nr. 33400/96 (*Ernst e.a./België*).

124 EHRM 22 november 2007, nr. 64752/01 (*Voskuil/Nederland*).

125 Zie EHRM 8 december 2005 (ontv.), nr. 40485/02 (*Nordisk Film & TV AIS/Denemarken*).

126 EHRM 5 juli 2011, nr. 18990/05 (*Wizerkaniuk/Polen*).

127 EHRM 10 mei 2011, nr. 48009/08 (*Mosley/Verenigd Koninkrijk*).

128 EHRM 28 maart 2013, nr. 14087/08 (*Novaya Gazeta and Borodianskiy/Rusland*).

129 O.a. EHRM 20 mei 1999, nr. 21980/93 (*Bladet Tromsø/Noorwegen*); EHRM 29 maart 2001, nr. 38432/97 (*Thomal/Luxemburg*); EHRM (GK) 17 december 2004, nr. 49017/99 (*Pedersen en Baadsgaard/Denemarken*).

In dat geval is het onder meer van belang of zij de beschuldigingen aan het betreffende individu heeft voorgelegd en deze de mogelijkheid van een weerwoord heeft geboden.¹³⁰ Ook zal de pers niet zomaar op iedere bron mogen vertrouwen, en bronnen in elk geval accuraat moeten weergeven.¹³¹

Feiten of waardeoordelen

Het Hof heeft een belangrijk onderscheid gemaakt tussen feitelijke berichtgeving en waardeoordelen. Voor waardeoordelen mag niet de eis gesteld worden dat zij bewezen (kunnen) worden.¹³² Wel dient met name voor vergaande kwalificaties als 'racist' of 'nazi-methoden'¹³³ een feitelijke basis te bestaan.

Feitelijke berichtgeving, vooral indien deze beschuldigingen bevat, zal in het algemeen een steviger basis moeten hebben.¹³⁴ Ook ten aanzien van gezagdragers is niet alles geoorloofd.¹³⁵ Wanneer een raadslid een ernstige beschuldiging uit aan het adres van de burgemeester, zonder dat deze een feitelijke basis heeft en zonder dat er enig verband is met een bestaand debat, dan is een sanctie niet in strijd met art. 10 EVRM.¹³⁶ Soms zal het voor de pers mogelijk zijn te verwijzen naar gezaghebbende bronnen.¹³⁷ Doet de pers zelf onderzoek, dan zal dat zeker bij het uiten van ernstige beschuldigingen als het begaan van misdrijven zorgvuldig van aard moeten zijn.¹³⁸

Openbare sfeer of privéleven

In veel van de bovengenoemde gevallen betreft de kritiek het openbaar functioneren. Voor berichtgeving over het privéleven, ook dat van gezagdragers, moet de grens strikter worden getrokken.¹³⁹ Het staat de pers zeker niet vrij zomaar over het privéleven te berichten indien de berichtgeving geen enkel verband houdt met het publiek debat.¹⁴⁰

De jurisprudentie van het EHRM geeft niet simpelweg uitsluitel hoe de grens tussen openbaar belang en bescherming van de privacy getrokken dient te worden. Het is overigens niet onmogelijk dat berichtgeving over zelfs het meer intieme deel van het privéleven toch een bijdrage kan leveren aan het maatschappelijk debat. De verspreiding van het boek over de ziektegeschiedenis van de Franse president Mitterrand, mede geschreven door zijn ex-arts, bijvoorbeeld, mocht niet blijvend verboden worden.¹⁴¹

Wijze van vergaren van informatie en gebruik van vertrouwelijke stukken

De inbreuk die de *publicatie* op het privéleven maakt, dient onderscheiden te worden van de *wijze waarop informatie is vergaard*. Het enkele feit dat een radio-omroep de illegaal gemaakte opname van een telefoongesprek tussen twee leden van de regering uitzendt, was onvoldoende om een inmenging naar aanleiding van de uitzending te rechtvaardigen, nu de inhoud van het telefoongesprek politiek van aard was en niet het privéleven betrof. Daarbij speelde een rol dat de opname uitdrukkelijk niet

130 EHRM 2 mei 2000, nr. 26132/95 (*Bergens Tidende e.a./Noorwegen*).

131 EHRM 2 mei 2000, nr. 26132/95 (*Bergens Tidende e.a./Noorwegen*).

132 EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingsen/Oostenrijk*).

133 EHRM 21 maart 2000, nr. 24773/94 (*Wabl/Oostenrijk*).

134 EHRM 21 september 2010, nr. 34147/06 (*Polanco Torres en Movilla Polanco/Spanje*).

135 EHRM 28 maart 2013, nr. 14087/08 (*Novaya Gazeta and Borodianskyi/Rusland*).

136 EHRM 11 mei 2010, nr. 29784/06 (*Fleury/Frankrijk*).

137 Resp. EHRM 20 mei 1999, nr. 21980/93 (*Bladet Tromsø/Noorwegen*) en EHRM 25 juni 2002, nr. 51279/99 (*Colombanil Frankrijk*).

138 EHRM (GK) 17 december 2004, nr. 49017/99 (*Podersen en Baadsgaard/Denemarken*).

139 EHRM 24 februari 1997, nr. 19983/92 (*De Haes en Gijssels/België*); EHRM 6 februari 2001, nr. 41205/98 (*Tammer Estland*).

140 Ook de Nederlandse rechter houdt er uitdrukkelijk rekening mee of bijvoorbeeld beschuldigingen de privésfeer of het functioneren als gezagdrager of chirurg betreffen, zie bijv. HR 11 november 2011, LJN BY3917; HR 11 mei 2012, LJN BV1031, resp. Hof Amsterdam 30 november 2010.

141 EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00 (*Éditions Plon/Frankrijk*).

door het radiostation zelf was gemaakt.¹⁴² Het normeren van het vergaren is bij uitstek ook relevant voor de fotojournalistiek.¹⁴³ Foto's die, al is het jaren eerder, met toestemming van de betrokkene in de openbaarheid zijn gebracht,¹⁴⁴ zijn anders te waarderen dan met enige moeite met een telelens gemaakte opnamen, ook al is dat op de openbare weg gebeurt.¹⁴⁵ Dat geldt niet alleen bij een klacht over een inmenging in de persvrijheid maar ook bij een klacht over een gebrek aan bescherming van het respect voor het privéleven. Daarbij kan het Hof bijvoorbeeld ook een permanente achtervolging door persmuskieten in rekening brengen.¹⁴⁶

Een andere vraag is in hoeverre de pers gebruik mag maken van vertrouwelijke stukken en deze stukken mag publiceren. Het EHRM heeft daarbij enerzijds oog voor het belang van vertrouwelijkheid; anderzijds kan publicatie ervan toch een bijdrage aan het maatschappelijk en politiek debat vormen.¹⁴⁷ Volgens het EHRM dient er dus een afweging gemaakt te (kunnen) worden; een absoluut verbod gebruik te maken van vertrouwelijke informatie gaat in elk geval te ver.¹⁴⁸ Een boek over een afluisterschandaal,¹⁴⁹ bij de organisatie waarvan de kabinetschef van de Franse president was betrokken, leverde een bijdrage aan de discussie over een vraagstuk van aanzienlijk belang. Het gebruik van vertrouwelijke stukken uit het gerechtelijk onderzoek naar de betrokkenheid van de kabinetschef was ook daarom acceptabel, omdat een belangrijk deel van de informatie al in de openbaarheid terecht was gekomen. Daarom weegt de persvrijheid zwaarder dan de vertrouwelijkheid, die mede bedoeld is ten behoeve van 'the administration of justice en van the right of persons under investigation to be presumed innocent'. In een andere zaak valt het oordeel over het citeren uit verslagen van politieverhoren, daarentegen in het nadeel van de persvrijheid uit.¹⁵⁰

Oproepen tot geweld en haat

Een ander belangrijk onderscheid is dat tussen uitlatingen die aanzetten of inspireren tot geweld en andere uitlatingen. In een democratie is kritiek op de overheid, het aan de kaak stellen van het regeringsbeleid alsmede het streven naar verandering van het staatsbestel in beginsel geoorloofd. Een uitlating verliest echter haar democratisch gehalte, indien zij overgaat in een oproep om de regering gewapenderhand om ver te werpen of om gewelddadigheden te plegen.

Het Hof onderzoekt in voorkomende gevallen zelf of een bepaalde publicatie als een oproep tot of als een verheerlijking van geweld kan worden beschouwd.¹⁵¹ De vraag of een inmenging noodza-

142 EHRM 19 december 2006, nr. 62202/00 (*Radio Twist/Slowakije*).

143 Vgl. EHRM 15 januari 2009, nr. 1234/05 (*Reklos en Davourlis/Griekenland*), EHRM 26 februari 2002, nr. 34315/96 (*Krone Verlag GmbH & Co. KG/Oostenrijk*) en EHRM 18 januari 2011, nr. 39401/04 (*MGN Limited/Vereinigd Koninkrijk*).

144 De vraag of de betrokkene zelf informatie in de openbaarheid heeft gebracht beperkt zich overigens niet tot foto's. In de zaak betreffende Johnny Halliday overwoog het Hof bijvoorbeeld dat de popster zelf ook al had gepubliceerd over zijn financiële perikelen. Indien een persoon een bepaald publiek imago ophoudt, zal deze ook eerder moeten accepteren dat het imago in kwestie door berichtgeving doorbroken wordt, EHRM 23 juli 2009, nr. 12268/03 (*Flachette Filipacchi Associés ('L'Espresso')/Frankrijk*); vgl. EHRM 18 januari 2011, nr. 39401/04 (*MGN Limited/Vereinigd Koninkrijk*).

145 EHRM 10 februari 2009, nr. 3514/02 (*Eerikäinen e.a./Finland*). Overigens heeft het Hof opgemerkt dat er ten aanzien van het plaatsen van foto's van personen die veroordeeld zijn wegens een misdrijf geen 'common standard' in Europa is aan te wijzen, zodat er een ruime appreciatiemarge geldt, EHRM 16 april 2009, nr. 34438/04 (*Egeland en Hanseid/Noorwegen*); de marge is overigens in de wijze van toetsing niet onmiddellijk terug te vinden; zie noot Gerards onder het arrest in «EHRC».

146 EHRM 9 april 2009, nr. 28070/06 (*A./Noorwegen*); vgl. uiteraard ook EHRM 24 juni 2004, nr. 59320/00 (*Von Hannover/Duitsland*).

147 Zie voor enkele overwegingen EHRM (GK) 10 december 2007, nr. 69698/01 (*Stoll/Zwitserland*), § 125.

148 EHRM 28 juni 2011, nr. 28439/08 (*Pinto Coelho/Portugal*).

149 EHRM 7 juni 2007, nr. 1914/02 (*Dupuis e.a./Frankrijk*).

150 EHRM 24 november 2005, nr. 53886/00 (*Tourancheau en Juby/Frankrijk*).

151 EHRM 8 juli 1999, nr. 26682/95 (*Süreli/Turkije* nr. 1); EHRM (GK) 8 juli 1999, nr. 23168/94 (*Karatas/Turkije*).

kelijk is, kan vervolgens moeilijk beantwoord worden zonder te letten op de situatie waarin de uitlating wordt gedaan.¹⁵² Bestaat er een gespannen situatie, is er bijvoorbeeld sprake van een sluimerende burgeroorlog, dan zal vergaande stemmingmakerij mogelijkerwijs eerder leiden tot het daadwerkelijk gebruik van geweld. Bij de beoordeling of een uitlating, die inspireert tot geweld, verboden moet worden, laat het Hof de nationale autoriteiten mede daarom een zekere beoordelingsruimte.¹⁵³

Indien uitlatingen de regering of het beleid van de regering aanvallen, is een beperking echter in het algemeen niet snel toegestaan.¹⁵⁴ Dat is anders bij tegen bepaalde bevolkingsgroepen gerichte uitlatingen. In dat geval kan er ook van strafwaardige uitlatingen sprake zijn indien deze de gelijke menselijke waardigheid van (de leden van) een groep aanvallen, bijvoorbeeld door de moslim gemeenschap als criminogeen voor te stellen.¹⁵⁵ Dat zelfde geldt voor het leggen van suggestieve verbanden tussen homoseksuelen, AIDS, en het streven om pedoseksualiteit toelaatbaar te maken.¹⁵⁶

Uitlatingen die het democratisch bestel willen afschaffen, hoeven evenmin per definitie op te roepen tot geweld. Toch zal een beperking onder het EVRM geoorloofd kunnen zijn. In bepaalde gevallen zal er sprake zijn van misbruik van grondrecht.¹⁵⁷ Tegelijkertijd zal een beperking al snel de noodzakelijkheidstoets kunnen doorstaan. De op dit gebied relevante jurisprudentie van het EHRM ziet in het bijzonder ook op partijverboden en dus met name op beperkingen van de in art. 11 EVRM vastgelegde vrijheid van vereniging. Om die reden komen we daar te bestemder plaatse op terug; zie nader hierover hoofdstuk 5.

Wie doet de uitlating?

Het kan ook van belang zijn wie de uitlating doet. Over de pers is reeds gesproken. Misschien nog meer dan de pers hoort een volksvertegenwoordiger – van de oppositie – de ruimte te hebben om deel te nemen aan de maatschappelijke discussie en om kritiek op de regering uit te oefenen.¹⁵⁸ Dat ligt in het hart van de democratische samenleving, zeker ook wanneer een volksvertegenwoordiger ervoor kiest zijn uitlatingen in een vergadering van het vertegenwoordigend orgaan te doen.¹⁵⁹ Daarmee is overigens niet gezegd dat de vrijheid van meningsuiting van een volksvertegenwoordiger niet beperkt zou kunnen worden.¹⁶⁰

Het Hof schrijft aan politici overigens soms tegelijkertijd een speciale verantwoordelijkheid toe. Dat is zeker het geval indien het gaat om politieke gezagdragers als een burgemeester.¹⁶¹ De overwegingen betreffende andere politici zijn enigszins anders van aard. Het EHRM lijkt vooral mee te wegen dat politici er *qualitate qua* op gericht zijn om aanhang te verwerven en zich daarom van de effecten van hun woorden bewust moeten zijn.¹⁶² Bovendien moeten zij bij uitstek rekening houden met de uitgangspunten van de democratie, omdat zij op macht uit zijn.¹⁶³ Deze specifieke verantwoordelijkheid van politici, niet zijnde gezagdragers, lijkt met name te zien op uitlatingen die als haatzaaien gekwalificeerd kunnen worden.

152 Bijv. EHRM (GK) 9 juni 1998, nr. 22678/93 (*İncal/Turkije*).

153 EHRM 8 juli 1999, nr. 26682/95 (*Sürek/Turkije* (nr. 1)); zie ook Hof Amsterdam 20 juni 2008, LJN BD7024.

154 Bijv. EHRM (GK) 8 juli 1999, nr. 23927/94 (*Sürek en Özdemir/Turkije*); EHRM 1 januari 2011, nr. 16853/05 (*Faruk Temel/Turkije*).

155 EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07 (*Féret/België*).

156 EHRM 9 mei 2012, nr. 1813/07 (*Vejdeland e.a./Zweden*).

157 Bijv. ECieRM 20 juli 1957, nr. 250/57 (*DKP/Duitsland*).

158 EHRM 23 april 1992, nr. 11798/85 (*Castells/Spanje*).

159 EHRM 2 februari 2010, nr. 571/04 (*Kubaszewski/Polen*).

160 Zie EHRM 13 mei 2004 (ontv.), nr. 74245/01 (*Öllinger/Oostenrijk*) en EHRM 4 april 2006 (ontv.), nr. 33352/02 (*Kalder/Hongarije*).

161 Het oordeel in het arrest Karatepe is daar mede op gebaseerd: EHRM 31 juli 2007, nr. 41551/98 (*Karatepe/Turkije*).

162 EHRM 6 juli 2006, nr. 59405/00 (*Erbakan/Turkije*).

163 EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07 (*Féret/België*); uit deze zaak blijkt overigens dat er binnen het Hof verschil van mening bestaat over welke grenzen aan de vrijheid van meningsuiting van politici gesteld kunnen worden.

Ambtenaren verkeren in een positie die bepaalde beperkingen eerder kan rechtvaardigen. De verplichting voor een ambtenaar om zich in het openbaar betrekkelijk neutraal op te stellen levert niet zonder meer een schending van art. 10 EVRM op.¹⁶⁴ Het Hof heeft in het verleden deze beperkingen wel gerechtvaardigd door te wijzen op de 'duties and responsibilities' waar art. 10 lid 2 EVRM mee opent. Men kan ook stellen dat iemands positie mede van belang is om de noodzakelijkheid van een inmenging vast te stellen.

Een advocaat ten slotte, die in de media de belangen van zijn cliënt behartigt, moet daarvoor een voldoende mate van vrijheid van meningsuiting hebben.¹⁶⁵ Daar staat tegenover dat een advocaat niet al te snel met beschuldigingen naar de pers moet lopen om zodoende de verdediging van zijn cliënt buiten het proces om te voeren.¹⁶⁶ Zijn functie kan tot een zekere gematigdheid verplichten.¹⁶⁷

Klokkenluiders

De bijzondere verantwoordelijkheid en loyaliteit van ambtenaren sluit niet uit dat het sanctioneren van een ambtenaar, die informatie over een misstand naar buiten brengt, in strijd is met art. 10 EVRM. Het antwoord op de vraag of art. 10 EVRM in een dergelijk geval geschonden is, hangt af van een aantal door het Hof geformuleerde factoren: heeft de klokkenluider zich eerst tot zijn meedelen of een aangewezen instantie gewend, welk openbaar belang is in het geding, is de informatie 'echt', in hoeverre is het openbaar gezag geschaad, heeft de ambtenaar te goeder trouw gehandeld en welke sanctie is opgelegd?¹⁶⁸ De beoordeling ingeval een personeelslid bij een particuliere verpleeginstelling naar buiten treedt om bepaalde gebreken aan de kaak te stellen, is overigens in belangrijke mate vergelijkbaar. Het Hof wijst op het feit dat het dienen van het algemeen belang vooropstaat, er niet willens en wetens onjuiste informatie naar buiten is gebracht, en dat door de werkgever de zwaarst mogelijke sanctie – ontslag – is opgelegd.¹⁶⁹

Aard en zwaarte sanctie

Een laatste te noemen factor is de aard en zwaarte van de opgelegde sanctie. Deze kan beslissend zijn bij voor de uitkomst van de proportionaliteitstoets. Strafrechtelijke sancties worden in het algemeen ingrijpender van aard geacht dan civielrechtelijke.¹⁷⁰ Het Hof acht strafsancities wegens uitlatingen alleen in bijzondere gevallen aanvaardbaar, bijvoorbeeld indien uitlatingen inbreuk maken op de fundamentele rechten van derden.¹⁷¹

Het opleggen van een gevangenisstraf wegens een uitlating gedaan in de context van het publiek debat zal slechts in uitzonderlijke omstandigheden met art. 10 EVRM verenigbaar zijn.¹⁷² Deze aandacht voor het ingrijpende karakter van een gevangenisstraf betekent uiteraard niet dat het opleggen van een boete niet ook disproportioneel kan zijn.¹⁷³

Bij civielrechtelijke sancties is eveneens een nader onderscheid geboden. Het Hof ziet de verplichting tot het plaatsen van een rectificatie bijvoorbeeld niet als een vergaande inmenging in de

164 EHRM 2 september 1998, nr. 22954 (*Ahmed e.a./Verenigd Koninkrijk*); EHRM (GK) 20 mei 1999, nr. 25390/94 (*Rekvenyi/Hongarije*).

165 EHRM 21 maart 2002, nr. 31611/06 (*Nikula/Finland*); EHRM 15 december 2011, nr. 28198/09 (*Mor/Frankrijk*).

166 EHRM 20 mei 1998, nr. 25405/04 (*Schöpfer/Zwitserland*).

167 EHRM 24 januari 2008, nr. 17155/03 (*Contant/Frankrijk*).

168 EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 14277/04 (*Gujal/Moldavië*).

169 EHRM 21 juli 2011, nr. 28274/08 (*Heinisch/Duitsland*).

170 Overweging bijv. al in EHRM 23 september 1998, nr. 24662/94 (*Lehideux en Isorni/Frankrijk*), zie ook de concurring opinion in EHRM 24 februari 2009, nr. 23806/03 (*Długolecki/Polen*).

171 EHRM 15 december 2009, nr. 25464/05 (*Gavrilovici/Moldavië*), onder verwijzing naar EHRM (GK) 17 december 2004, nr. 33348/96 (*Cumpana en Mazavel/Roemenië*).

172 EHRM (GK) 17 december 2004, nr. 33348/96 (*Cumpana en Mazavel/Roemenië*); EHRM 12 oktober 2010, nr. 184/06 (*Saaristo e.a./Finland*).

173 Bijv. EHRM 10 juli 2012, nr. 43380/10 (*Hlynsdottir/IJsland*).

vrijheid van meningsuiting.¹⁷⁴ Een dergelijke maatregel heeft volgens het Hof in beginsel ook geen 'chilling effect'.¹⁷⁵ Bij toegewezen schadevergoedingen is uiteraard de hoogte van belang.¹⁷⁶ Een al te lage schadevergoeding kan onder omstandigheden overigens een schending van een positieve verplichting op grond van art. 8 EVRM vormen.¹⁷⁷

Ook bij andere maatregelen moet het Hof de zwaarte beoordelen. Zo is het schrappen van een advocaat van het tableau een zware sanctie.¹⁷⁸ Dat zelfde geldt uiteraard ook voor het ontnemen van het recht om als journalist te werken. Het ontslag van een werknemer wegens bepaalde uitlatingen is ook een vergaande maatregel.¹⁷⁹ Dat sluit overigens weer niet uit dat deze maatregel proportioneel kan zijn.¹⁸⁰

Afweging in concreto

Tot dusverre is getracht de proportionaliteitstoets uiteen te zetten door een aantal onderscheidingen weer te geven die het Hof hanteert: maatschappelijk debat of niet, gezagdrager of niet, aard sanctie, etc. Dat wil niet zeggen dat het Hof simpelweg op grond van bovengenoemde onderscheidingen vaststelt of een inmenging toegestaan is of niet. Dat is hooguit het geval wanneer de te maken onderscheidingen alle in dezelfde richting wijzen. Zo heeft de vrijheid van meningsuiting een zeer groot gewicht indien een parlementair een waardeoordeel geeft over het beleid van de overheid. Wanneer er, omgekeerd, lichtvaardig verdachtmakingen worden geuit, die niet als bijdrage aan het maatschappelijk debat zijn te kenmerken, is een beperking al snel noodzakelijk te achten.¹⁸¹

Het Hof stelt vrijwel steeds *in concreto* vast of er voldoende en relevante redenen zijn voor de inmenging. Hoe groter de beperking, hoe zwaarder het belang moet zijn dat de inmenging rechtvaardigt. De genoemde onderscheidingen vormen een hulpmiddel bij de afweging en hoeven in een concreet geval natuurlijk niet alle in dezelfde richting te wijzen. Een bijdrage aan het debat kan over een gewone burger gaan. De pers kan haar taak uitvoeren door uitgebreid racisme aan het woord te laten.¹⁸² Vergaande kritiek op rechters kan betrekkelijk zorgvuldig geformuleerd worden.¹⁸³

De afweging *in concreto* zorgt ervoor dat het Hof alle omstandigheden van het geval in rekening kan brengen. In een al fel debat zijn heftige bewoordingen sneller geoorloofd.¹⁸⁴ Ook bij een tegenaanval is meer toegestaan.¹⁸⁵ De toetsing *in concreto* kan ook rekening houden met de heftige gevoelens die bepaalde bewoordingen in bepaalde landen oproepen.¹⁸⁶

De toetsing *in concreto* impliceert ook dat het Hof dat de inmenging ten aanzien van een bepaalde uitlating niet noodzakelijk is, niet betekent dat een inmenging ten aanzien van diezelfde uitlating in andere omstandigheden hetzelfde moet worden beoordeeld. Dat heeft het Hof ook uitdrukkelijk overwogen aangaande het zwaaien met een als controversieel beschouwde vlag.¹⁸⁷

174 EHRM 4 april 2006 (ontv.), nr. 33352/02 (*Keller/Hongarije*).

175 EHRM 23 juli 2009, nr. 12268/03 (*Hachette Filipacchi Associés ('Ici Paris')/Frankrijk*).

176 O.a. EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91 (*Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 19 april 2004, nr. 22385/03 (*Kasabova/Bulgarije*); EHRM 7 december 2010, nr. 39324/07 (*Publico-Comunicacao Social S.A. e.a./Portugal*); zie ook EHRM 18 januari 2011, nr. 39401/04 (*MGN Limited/Verenigd Koninkrijk*).

177 EHRM 25 november 2008, nr. 36919/02 (*Armonien/Litouwen*).

178 EHRM 3 februari 2011, nr. 8921/05 (*Igor Kabanov/Rusland*).

179 EHRM 29 februari 2000, 39293/98 (*Fuentes Bobo/Spanje*).

180 EHRM (GK) 12 september 2011, nr. 28955/06 (*Palomo Sanchez e.a./Spanje*).

181 EHRM 14 maart 2002, nr. 46833/99 (*Diego Nafria/Spanje*).

182 EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89 (*Jersild/Denemarken*).

183 EHRM 24 februari 1997, nr. 19983/92 (*De Haes en Gijssels/België*).

184 EHRM 29 november 2005, nr. 75088/01 (*Urbino Rodrigues/Spanje*).

185 EHRM 17 juli 2007, nr. 28949/03 (*Sanocki/Polen*); EHRM 25 januari 2007, nr. 68354/01 (*Vereniging Bildender Künstler/Oostenrijk*).

186 EHRM 13 januari 2011, nr. 3971/07 (*Hoffer en Annen/Duitsland*), vgl. ook EHRM 8 november 2012, nr. 43481/08 (*PETA Deutschland/Duitsland*).

187 EHRM 24 juli 2012, nr. 40721/08 (*Fáber/Hongarije*).

2.1.5 Appreciatiemarge

Bij de beoordeling van beperkingen is de beoordelingsmarge die het EHRM aan de nationale autoriteiten laat van grote betekenis. Deze marge hangt af van zowel de aard van de uitlating als de aard van de beperkingsgrond. Bij bijdragen aan het publiek debat is de marge in beginsel kleiner dan bij andere uitlatingen.¹⁸⁸ Hierboven is reeds beschreven dat het Hof de nationale autoriteiten desondanks een zekere ruimte gunt om te beoordelen of de problemen die samenhangen met immigratie en integratie noodzaken tot een beperking van de maatschappelijke discussie.¹⁸⁹

Bij bepaalde beperkingsgronden – de bescherming van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht of de bescherming van de eer en goede naam van een politiek gezagdrager – is de marge die het Hof de autoriteiten laat relatief klein. Voor andere beperkingsgronden als de goede zeden¹⁹⁰ of de bescherming van religieuze gevoelens¹⁹¹ stelt het Hof daarentegen uitdrukkelijk dat nationale autoriteiten beter in staat zijn om het belang daarvan te beoordelen. Dat zelfde geldt in veel opzichten voor beperkingsgronden die uit wetgeving op het gebied van de mededinging voortvloeien.

Het Hof toetst een beperking van een bijdrage aan de maatschappelijke discussie bedoeld om de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te beschermen derhalve op een volstrekt andere wijze dan een beperking van commerciële uitlatingen op grond van mededingingswetgeving.¹⁹² In het laatste geval zal het Hof zich in belangrijke mate kunnen laten leiden door het oordeel van de nationale autoriteiten.

Overigens is het goed mogelijk dat het Hof zelf vrij nauwkeurig de feiten onderzoekt en vervolgens de nationale autoriteiten een zekere marge geeft om op grond daarvan te besluiten. Zo is al gezegd dat het Hof vrij nauwkeurig onderzoekt of een bijdrage aan het maatschappelijke debat kon oproepen of inspireren tot geweld. Bij een positief antwoord laat het Hof de nationale autoriteiten vervolgens een zekere marge om te beoordelen of er daadwerkelijk tegen moest worden opgetreden.¹⁹³

2.1.6 Positieve verplichtingen

Art. 10 EVRM gaat niet volledig op in een onthoudingsplicht voor de staat. Er bestaan op grond van dit artikel ook positieve verplichtingen. En treffend voorbeeld is de zaak *Özgür Gündem*.¹⁹⁴ Deze journalist werd wegens zijn publicaties het slachtoffer van bedreigingen. Het Hof oordeelde dat Turkije niet aan zijn verplichtingen had voldaan nu de overheid te weinig bescherming had geboden en de gebeurtenissen onvoldoende had onderzocht.

Op grond van art. 10 EVRM heeft de overheid ook een taak ten aanzien van het handhaven van het pluralisme in de media. Dat is te meer van belang omdat er zonder pluralisme geen democratie bestaat. Daarom ook moet de staat er op het gebied van de omroep voor zorg dragen: 'that the public has access through television and radio to impartial and accurate information and a range of opinion and comment, reflecting inter alia the diversity of political outlook within the country'.¹⁹⁵ Ook al kan pluralisme voor een belangrijk deel als het resultaat van overheidsonthouding worden

188 Zie o.a. EHRM 7 februari 2012, nr. 40660/08 (*Von Hannover/Duitsland* (nr. 2)), §§ 104-105, vgl. ook EHRM (GK) 13 juli 2012 nr. 16354/06 (*Mouvement Raëlien Suisse/Zwitserland*).

189 EHRM 10 juli 2008, nr. 15948/03 (*Soulas e.a./Frankrijk*).

190 EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Nj 1978, 236 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

191 EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (*Otto-Preminger-Instituut/Oostenrijk*).

192 Resp. EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 23 juni 1994, nr. 15088/89 (*Jacobowski/Duitsland*).

193 EHRM 8 juli 1999, nr. 26682/9543 (*Sürek/Turkije* (nr.1)).

194 EHRM 16 maart 2000, nr. 23144/93 (*Özgür Gündem/Turkije*), zie ook EHRM 14 sept 2010, nr. 2668/07 (*Dink/Turkije*).

195 EHRM 17 september 2009, nr. 13936/02 (*Manole/Moldavië*).

beschouwd, de staat heeft een rol te spelen bij het waarborgen ervan. Het Hof kenmerkt de staat als 'the ultimate guarantor of pluralism (...)'.¹⁹⁶

Eén van de middelen om zorg te dragen voor pluralisme is de organisatie van de publieke omroep. In dit verband valt op te merken dat een absoluut monopolie voor de publieke omroep zeker te ver gaat, zeker als er nog frequenties beschikbaar zijn, zo overwoog het Hof in *Lentia*. Het ongebruikt laten van die frequenties beperkt de vrijheid van ander aanbieders te zeer nu er ook andere minder vergaande maatregelen zijn om de publieke omroep te steunen.¹⁹⁷

Het pluralisme in de media kan onder meer bedreigd worden door machtsmisbruik door machtige financiële groeperingen¹⁹⁸ of door een vergaande monopolisering in de mediasector.¹⁹⁹ De overheid dient door passende regelgeving te voorkomen dat machtige politieke of economische groeperingen gaan domineren.²⁰⁰ Daarbij geeft de jurisprudentie geen uitsluitel in welke situatie of op welk moment overheidsingrijpen is geboden. De grote opkomst van de internetmedia, die de vrees voor een gebrek aan verscheidenheid van aanbieders kunnen verminderen, zal mogelijk ook in rekening gebracht kunnen worden.

Het eerder besproken recht op informatie ten aanzien van bij de overheid berustende documenten is door het Hof niet in de sleutel van de positieve verplichtingen geplaatst.²⁰¹ Het Hof vat het achterhouden van de informatie op als een inmenging in het door art. 10 EVRM beschermde proces van informatievoorziening.

Burgers die niet door de overheid maar door derden in hun uitingsvrijheid worden beperkt, kunnen er in Straatsburg over klagen dat de staat zijn positieve verplichtingen niet is nagekomen nu het nationale recht voor een dergelijke beperking ruimte laat. In een zaak betreffende een werknemer van een particuliere omroeporganisatie die wegens zijn uitlatingen over de gang van zaken bij de omroep werd ontslagen, lijkt het Hof de beperking overigens te toetsen als ware het een beperking van overheidswege.²⁰²

In een geval waarin journalisten ondanks een rechterlijk vonnis feitelijk belemmerd werden een studio binnen te gaan, oordeelde het Hof onder verwijzing naar het belang van het pluralisme dat de positieve verplichting was geschonden.²⁰³ Dat was weer niet het geval bij het ontslag van een werknemer naar aanleiding van een onbeschofte karikatuur – van de personeelschef – in het personeelsblad.²⁰⁴ Ook in andere gevallen laat het Hof ruimte voor beperkingen door particulieren. Toen de eigenaar van een winkelcentrum en het bijbehorende parkeerterrein verbood dat er op zijn eigendom een informatiestand werd opgezet, oordeelde het Hof dat er in dezen geen positieve verplichting van de overheid bestond, onder meer omdat er voldoende mogelijkheden overbleven om elders informatie te verspreiden.²⁰⁵

Het EHRM heeft ook privaatrechtelijke overeenkomsten tegen het licht van art. 10 EVRM gehouden. In dat geval kan eventueel tot een schending geoordeeld worden omdat – het recht van – de

196 Vgl. EHRM 24 november 1993, nr. 13914/88 (*Informationsverein Lentia e.a./Oostenrijk*).

197 Vgl. EHRM 24 november 1993, nr. 13914/88 (*Informationsverein Lentia e.a./Oostenrijk*).

198 EHRM 28 juni 2001, nr. 24699/94 (*Vereeniging tegen de Erfvervalsers/Zwitserland*).

199 ECRM 6 juli 1976, nr. 5178/71 (*De Geïllustreerde Pers N.V./Nederland*).

200 EHRM (GK) 7 juni 2007, nr. 38433/09 (*Centro Europeo 7 s.r.l. en Di Stefano/Italië*).

201 EHRM 14 april 2009, nr. 37374/05 (*Társaság a Szabadságjogokért/Hongarije*).

202 EHRM 29 februari 2000, nr. 39293/98 (*Fuentes Bobo/Spanje*).

203 EHRM 10 mei 2012, nr. 25329/03 (*Frasila en Ciocirlan/Roemenië*).

204 EHRM (GK) 12 september 2011, nr. 28955/06 (*Palomo Sanchez e.a./Spanje*).

205 EHRM 6 mei 2003, nr. 44306/98 (*Appleby/Vereenigd Koninkrijk*).

staat blijkbaar een dergelijke overeenkomst toelaat. Zo werd een bepaling uit een huurcontract die het aanbrengen van schotelantennes verbood vrij strikt op haar noodzakelijkheid beoordeeld.²⁰⁶

2.2 EU

Het EU-Grondrechtenhandvest legt de vrijheid van meningsuiting en informatie vast in art. 11:

Artikel 11 EU-Grondrechtenhandvest

1. Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.
2. De vrijheid en de pluriformiteit van de media worden geëerbiedigd.

Het eerste lid doet sterk denken aan het eerste lid van art. 10 EVRM. Art. 11 Hv kent daarentegen geen specifieke beperkingsclausule. Het Handvest voorziet in een algemene beperkingsclausulering (art. 52 lid 1), waarin is vastgelegd dat beperkingen bij wet moeten worden gesteld, de wezenlijke inhoud van de rechten moeten eerbiedigen, en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel noodzakelijk zijn en aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden. Op een aantal punten lijkt dat sterk op de clausulering in het tweede lid van art. 10 EVRM. Art. 52 lid 3 Hv bepaalt daarnaast expliciet dat grondrechtsbepalingen die vergelijkbaar zijn met die vastgelegd in het EVRM dezelfde reikwijdte en inhoud hebben.

Art. 11 Hv speelt in de jurisprudentie van het HvJ voornamelijk een vrij bescheiden rol. Zo onderzocht het Hof de vraag of providers een algemene verplichting tot filteren kan worden opgelegd ter bescherming van het auteursrecht vooral in het licht van de richtlijn inzake elektronische handel en in het licht van de vrijheid van ondernemerschap als vastgelegd in art. 16 Hv.²⁰⁷ Wel overwoog het Hof dat zijn oordeel tot afwijzing van een dergelijke verplichting versterkt werd door het recht op privacy en het recht van de gebruikers om informatie te ontvangen.

De zaak *Sky Österreich* betreft de op grond van de richtlijn 'audiovisuele mediadiensten (Richtlijn 2010/13 EU) geschapen mogelijkheid korte fragmenten van sportwedstrijden uit te zenden, ondanks het feit dat een andere aanbieder de uitzendrechten heeft verworven. Het Hof van Justitie acht deze beperking van het recht op vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Hv) gerechtvaardigd mede gezien het belang van de fundamentele vrijheid om informatie te vergaren (art. 11 lid 1 Hv) en het belang van pluralisme in de media (art. 11 lid 2 Hv).²⁰⁸

In de jurisprudentie van het HvJ heeft ook art. 10 EVRM een rol gespeeld. De zaak *Connolly* betrof bijvoorbeeld het ontslag van een bij een EU-instelling werkzame ambtenaar wegens het publiceren van een boek over de praktijken bij de betreffende instelling. Het HvJ oordeelde het ontslag niet onrechtmatig, gezien ook de bijzondere verantwoordelijkheid van de ambtenaar die van zijn vrijheid van meningsuiting gebruik maakt.²⁰⁹

206 EHRM 11 december 2008, nr. 21132/05 (*TV Vest As Rogeland Pensjonist Parti/Noorwegen*).

207 HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet Extended NV/SABAM*); HvJ EU 16 februari 2012, zaak C-360/10 (*Sabam/Netlog*).

208 HvJ EU 22 januari 2013, zaak C-283/11 (*Sky Österreich GmbH/Oostenrijksche Rundfunk*).

209 HvJ EG 6 maart 2001, zaak C-274/99 (*Connolly*).

Het HvJ hoeft de vraag welk gewicht de vrijheid van meningsuiting toekomt, pas te beantwoorden indien een beperking ervan binnen de reikwijdte van het EU-recht valt. Om die reden kwam het HvJ in de *Grogan*-zaak niet tot een inhoudelijk oordeel.²¹⁰ Het verbod om in Ierland informatie te verspreiden over de mogelijkheid om een abortus – in het Verenigd Koninkrijk – te ondergaan was niet als een beperking van het dienstenverkeer te beschouwen nu er geen relatie bestond tussen de Britse abortusklinieken en de verspreiders van de betreffende informatie.²¹¹

Het omroepmonopolie, waar de zaak *ERT* om draaide, viel, mede in het licht van de invloed ervan op de mogelijkheden voor buitenlandse aanbieders om programma's te leveren, wel 'binnen het kader van het gemeenschapsrecht'. Het Hof bepaalde dat de relevante verdragsbepaling, waarin is vastgelegd dat maatregelen met een discriminerend effect zijn toegestaan om reden van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, mede in het licht van art. 10 EVRM moest worden uitgelegd.²¹²

Het arrest *Familiapress* kan als een vervolg op *ERT* worden beschouwd.²¹³ In geschil was het verbod om in Oostenrijk tijdschriften te verspreiden met daaraan gekoppelde loterijen. De Oostenrijkse regeling, bedoeld om de pluriformiteit in de perssector te beschermen, belemmerde de invoer van tijdschriften uit het buitenland en daarmee het vrije verkeer van goederen. Het HvJ maakte duidelijk dat ook wanneer een lidstaat zich beroept op de 'rule of reason' als rechtvaardiging van een belemmering van het vrije goederenverkeer, deze rechtvaardigingsgrond mede in het licht van de grondrechten beoordeeld kan worden.

Het HvJ overweegt dat de vrijheid van meningsuiting, die is neergelegd in art. 10 EVRM, een fundamenteel recht is en een verbod op de verkoop van publicaties die de mogelijkheid bieden om deel te nemen aan prijsspelen, als een inmenging op die vrijheid kan worden beschouwd. Krachtens lid 2 van art. 10 EVRM kan de uitoefening van deze vrijheid evenwel aan beperkingen worden onderworpen teneinde de pluriformiteit van de pers in stand te houden, mits zij bij de wet worden voorzien en in een democratische samenleving nodig zijn. Mede daarom kan een verbod rechtmatig zijn indien het evenredig is aan het genoemde doel en er geen minder vergaande beperkingen zijn om dat doel te bereiken. Het Hof van Justitie had overigens al eerder geoordeeld dat art. 10 EVRM ook het belang van de verscheidenheid van de openbare informatievoorziening dekt.²¹⁴

Binnen de EU bestaat al sinds jaar en dag zorg over de verscheidenheid van de publieke informatievoorziening, die onder druk zou kunnen komen te staan door concentratietendenzen in de mediasector. Zo bevat de richtlijn 'Televisie zonder grenzen' (1989) de overweging: 'Whereas it is essential for the member States to ensure the prevention of any acts which may prove detrimental to freedom of movement and trade in television programmes or which may promote the creation of dominant positions which would lead to restrictions on pluralism and freedom of televised information and the information sector as a whole.'²¹⁵

Art. 11 lid 2 Hv kan als een grondrechtelijke erkenning van dit belang gelden. Wel zij gezegd dat de formulering tijdens de voorbereiding van de tekst van het Handvest afgezwakt werd van 'gegaran-

²¹⁰ HvJ EG 4 oktober 1991, zaak C-159/90 (*Grogan*).

²¹¹ De beperking is wel beoordeeld door het EHRM, EHRM 29 oktober 1992, nr. 14234/88 (*Open Door en Dublin Well Women/Ierland*). Het Hof achtte de beperking een schending van artikel 10 EVRM.

²¹² HvJ EG 18 juni 1991, zaak C-260/89 (*ERT*).

²¹³ HvJ EG 26 juni 1997, zaak C-368/95 (*Familiapress*).

²¹⁴ HvJ EU 25 juli 1991, zaak C-288/89 (*St. Coll. Antenne Gouda*).

²¹⁵ Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, overweging 44, gewijzigd door Richtlijn 97/36/EEG van de Raad en het Europees Parlement van 30 juni 1997.

deerd' tot 'geëerbiedigd'.²¹⁶ Het valt dan ook sterk te betwijfelen of er sprake is van een subjectief en afdwingbaar recht. Het handhaven en bevorderen van 'de pluriformiteit' is veelal doortrokken van beleidsmatige overwegingen en een te eerbiedigen minimum is niet duidelijk omschreven.

3. Nederland

3.1 Algemeen

De vrijheid van meningsuiting is vastgelegd in art. 7 Gw:

Artikel 7 Grondwet

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

De vrijheid van meningsuiting is volgens de regering van belang voor intermenselijk contact en individuele ontplooiing. Tegelijkertijd vormt zij een voorwaarde voor de participatie van de burger in de publieke zaak.²¹⁷ Meer in het algemeen legt de grondwetgever verband tussen vrijheid van meningsuiting en democratie.²¹⁸ Mede onder invloed van de Straatsburgse jurisprudentie is deze verbinding tussen vrijheid van meningsuiting, democratie en maatschappelijk debat in toenemende mate in de Nederlandse jurisprudentie terug te vinden, zonder dat het belang van het individu om zijn overtuiging uiteen te zetten daarmee uit zicht verdwijnt.

Wat onmiddellijk opvalt, is dat de Grondwet onderscheid maakt naar communicatiemiddel. In het eerste lid leeft de van oudsher bestaande bescherming van de drukpersvrijheid voort. Deze is in 1983 aangevuld met een lid dat ziet op radio en televisie (lid 2) en een lid betreffende de andere middelen van communicatie (lid 3). Het antwoord op de vraag welk communicatiemiddel wordt gebruikt, is beslissend voor de beperkingsmogelijkheden, zo blijkt uit het verschil in clausulering tussen de drie leden. Art. 7 lid 4 Gw ten slotte bepaalt dat de grondwettelijke bescherming van de uitingsvrijheid zich niet uitstrekt tot het maken van handelsreclame.

3.2 Reikwijdte

De vraag naar de reikwijdte van de grondwettelijk beschermde vrijheid van meningsuiting kent een aantal aspecten. Lid 1 en 3 leggen de vrijheid vast om 'gedachten en gevoelens' te 'openbaren'. Aan beide elementen moet dus aandacht worden besteed, waarbij ook de afgrenzing tussen gedachten en gevoelens en handelsreclame aan bod dient te komen. Lid 2 ziet op radio- en televisie(uitzendingen);

²¹⁶ Meyer 2011, p. 289.

²¹⁷ Bijv. *Kamerstukken I 1976/77*, 13872, 55b, p. 49.

²¹⁸ Bijv. 'vrije nieuwsstroom voorwaarde voor ons staatsbestel', *Kamerstukken I 1976/77*, 13872, nr. 55b, p. 37.

reikwijdte en gebruikt middel vallen in zekere zin samen. Het onderscheid naar communicatiemiddel dwingt in elk geval tot het beantwoorden van de vraag wat 'drukkers' is, wat 'radio en televisie' is, en wat 'andere communicatiemiddelen' zijn.

3.2.1 Openbaren en verspreiden

Van openbaren is sprake als de – mogelijke – ontvangers geen kleine en duidelijk omschreven groep vormen. Het is niet zonder meer vereist dat een uitlating voor iedere mogelijke ontvanger beschikbaar wordt gesteld. Is er geen sprake van openbaren, dan is het niet onmogelijk dat andere grondwetsbepalingen bescherming bieden. Te denken valt aan art. 13 Gw (brief- en telefoongheim) en art. 10 Gw dat bijvoorbeeld in het geding is bij gesprekken in de familiesfeer.

Niet iedere wijze van openbaren wordt door art. 7 Gw beschermd. De vrijheid van meningsuiting is bijvoorbeeld te onderscheiden van de demonstratievrijheid. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat het houden van een optocht, waarbij leuzen worden meege dragen, als wijze van openbaren te zeer verschilt van hetgeen waaraan art. 7 Gw bescherming biedt.²¹⁹ Omdat het rondlopen met een posterbord door één persoon onder de vrijheid van drukpers valt, moet de grens liggen bij een bepaald aantal personen.²²⁰

Art. 7 Gw ziet in formulering alleen op het openbaren; de vraag is of de bescherming zich tot het ontvangen uitstrekt. Eén van de voorontwerpen van de nieuwe grondwet beschermde het ontvangen expliciet, maar de keus viel toch op de traditionele formulering. Wel gaf de regering te kennen dat het recht om inlichtingen te garen, te ontvangen en door te geven voor een belangrijk deel besloten ligt in de vrijheid van meningsuiting, zoals geformuleerd.²²¹

De Hoge Raad heeft in het Tilburg-arrest bepaald dat art. 7 lid 1 Gw alleen het recht te openbaren en niet het recht te verspreiden vastlegt. Het eerste recht betreft het geestelijk domein, het *id quod* van de uitlating; het tweede betreft de *modus quo*, het ruimtelijk aspect.²²² Toch stelt art. 7 lid 1 Gw bepaalde voorwaarden aan het regelen van het verspreiden omdat het verspreidingsrecht als een connex recht te beschouwen is: het verspreiden is weliswaar ondergeschikt aan, maar tegelijkertijd onmisbaar voor het openbaren. We komen op die voorwaarden terug bij de beperkingsmogelijkheden.

De jurisprudentie kent ten aanzien van het gebruik van de door lid 3 beschermde middelen van communicatie niet eenzelfde dogmatisch onderscheid tussen openbaren en verspreiden. In sommige gevallen laat zich dat ook moeilijk maken. Zo is het bij het houden van een redevoering het openbaren en het verspreiden niet eenvoudig te onderscheiden. Er is hier overigens geen sprake van een principieel verschil tussen lid 1 en 3. Ook bij het spuiten van teksten op een schutting (lid 1) is dat verschil er niet, terwijl bij het uitgeven en verkopen van dvd's (lid 3) een onderscheid tussen openbaren en verspreiden zich juist goed laat maken.

De aanzetten in de jurisprudentie om bij lid 3 ook een connex recht te construeren betreffen in het bijzonder de geluidsversterking. De redenering van de Afdeling is dat de beperking van zo'n connex recht haar weerslag kan hebben op de uitoefening van het grondrecht zelf. Bij de besluitvorming over het opleggen van dergelijke beperkingen – waarvoor een autonome gemeentelijke verordening in beginsel de grondslag kan bieden – zal daarom de nodige zorgvuldigheid in acht moeten worden genomen.²²³

219 HR 30 mei 1967, *NJ* 1968, 5.

220 Vgl. HR 17 februari 1981, *NJ* 1981, 299. Volgens de AG was de grens nog niet bereikt.

221 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, 3, p. 33. Welk deel dat is, blijft vaag.

222 HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 37.

223 ABRvS 5 januari 1996, *AB* 1996, 179.

3.2.2 Gedachten en gevoelens

De reikwijdte van lid 1 en 3 van art. 7 Gw wordt voorts bepaald door de invulling van de term 'gedachten en gevoelens'. Deze bewoordingen zouden ten onrechte kunnen doen vermoeden dat inlichtingen buiten de boot vallen. De regering heeft bij de grondwetswijziging in 1983 verzekerd dat zulks niet het geval is. Anders zou bijvoorbeeld een groot deel van de krant niet beschermd zijn. Bovendien ligt in de selectie van de feiten vaak al een mening besloten.²²⁴ De bescherming die het grondrecht biedt, strekt zich dus ook uit tot inlichtingen.

In veel landen nemen onjuiste inlichtingen of meer in het bijzonder leugens een aparte positie in.²²⁵ In Nederland heeft de grondwetgever zich daarover niet expliciet uitgelaten. Uit wetgeving en rechtspraak kan opgemaakt worden dat deze uitlatingen in het algemeen eerder aan beperkingen onderhevig zijn, zonder dat daaruit valt af te leiden dat ze van meet af aan buiten de reikwijdte van de uitingsvrijheid vallen. Overigens kunnen redelijk betrouwbare bronnen elkaar tegenspreken.²²⁶ De discussie over de juiste feiten is in dat geval zeker beschermd.

Uit het bovenstaande blijkt dat de term 'gedachten en gevoelens' niet restrictief moet worden uitgelegd. Zij is in de van oudsher bestaande jurisprudentie echter niet geheel 'leegeïnterpreteerd'.²²⁷ Handelsreclame is sinds 1983 weliswaar expliciet uitgesloten van bescherming, maar volgens de grondwetgever zijn er daarnaast nog andere gevallen denkbaar 'waarin het geven van inlichtingen zozeer buiten de sfeer van het artikel gelegen is, dat toepassing van het artikel oneigenlijk zou aandoen'.²²⁸ De regering gaf als voorbeeld de vermelding van de samenstelling van een product op de verpakking.²²⁹ Meer in het algemeen gaat het om standaardmededelingen in de bedrijfsfeer.

Er zal voor het overige niet snel aangenomen mogen worden dat gedachten of gevoelens ontbreken. Opende de AG ten aanzien van het 'uitjouwverbod' in de APV Eindhoven nog de mogelijkheid dat 'het zuivere uitjouten' eventueel geen gedachten of gevoelens bevat, de Hoge Raad oordeelde zeer summier dat: 'het recht in vrijheid de inhoud van de te openbaren gedachten of gevoelens te bepalen' alleen bij wet in formele zin beperkt mag worden.²³⁰ Er is dus geen kwalitatieve toets om vast te stellen of er wel van gedachten of gevoelens sprake is. Dat blijkt ook uit het Koninklijk Besluit waarbij een gemeentelijk vloekverbod werd vernietigd: 'Elke uiting van een gedachte of gevoel, ongeacht de intenties of motieven van degene die zich uit, wordt door art. 7 Gw beschermd'.²³¹

Het uiten van gevoelens dekt ook het uiten van bepaalde gemoedsbewegingen; muziek is zeker beschermd.²³² Niet iedere vorm van expressief gedrag valt echter onder het derde lid. Wel is er enige ruimte voor bescherming van 'symbolic speech', maar de rechter is daar niet steeds heel scheutig mee. Het gooien met (rotte) sinaasappelen naar een landkaart van Zuid-Afrika verschilde volgens de Hoge Raad te veel van het openbaren van gedachten of gevoelens om voor bescherming in aanmerking te komen.²³³ Daar staat tegenover dat het opslaan van een kampement in het kader van een protestactie wel bescherming kreeg van de vrijheid van meningsuiting.²³⁴

224 *Kamerstukken I* 1976/77, 13872, nr. 55b, 37.

225 Nieuwenhuis 2011.

226 Bijv. Hof Amsterdam 4 april 1974, *NJ* 1974, 528 (*Paser Kotte*).

227 Vgl. Boon 1993, p. 32.

228 *Kamerstukken I* 1976/77, 13872, nr. 55b, p. 38.

229 *Kamerstukken I* 1976/77, 13872, nr. 55b, p. 38.

230 HR 9 februari 1993, *NJ* 1993, 646.

231 Zie KB 5 juni 1986, *AB* 1986, 569.

232 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 90.

233 HR 15 april 1975, *NJ* 1976, 23; wel zij gezegd dat toen alleen de vrijheid van drukpers in de Grondwet vastlag.

234 ABRvS (vz.) 27 mei 1982, *AB* 1983, 62; ABRvS (vz.) 13 juni 1985, *AB* 1986, 153; zie verder *De Meij* 2000, p. 219.

3.2.3 Handelsreclame

Handelsreclame valt buiten de reikwijdte van het grondrecht. Het vierde lid van art. 7 Gw laat daarover geen twijfel. Handelsreclame is commercieel van aard en omvat elk aanbod van goederen en diensten. Het begrip is niet van toepassing op propaganda voor ideële doeleinden. Bij de behandeling van het grondwetsvoorstel werd van regeringswege betoogd dat ook reclame voor bijvoorbeeld kranten, boeken en onderwijs geen handelsreclame zou zijn. Daar staat tegenover dat de rechter het begrip wel degelijk van toepassing achtte op reclame voor culturele activiteiten, waarvoor entree wordt geheven.²³⁵

Door het uitsluiten van handelsreclame is wel een reden vervallen om de rest van het artikel eng te interpreteren.²³⁶ Vóór 1983 moest handelsreclame immers buiten de bescherming van het grondrecht blijven door een restrictieve interpretatie van de term 'gedachten en gevoelens'.

Bij de grondwetsbehandeling legde de regering er vooral de nadruk op dat handelsreclame zo indringend en agressief is.²³⁷ Dat is echter eerder een reden voor mogelijkheden tot beperking dan voldoende reden voor het onthouden van iedere grondrechtelijke bescherming. Met de uitsluiting van handelsreclame lijkt veeleer een praktisch juridisch probleem opgelost. De grondwetgever achtte het namelijk ondoenlijk om op dit terrein alle inhoudelijke beperkingen bij formele wet vast te stellen.²³⁸ De grondwetgever wilde daarnaast de mogelijkheid van enig voorafgaand toezicht op de inhoud van handelsreclame behouden.

3.2.4 Drukpers, radio en televisie en andere middelen

Het begrip 'drukkers' mag niet al te restrictief worden uitgelegd. Het zou vreemd zijn wanneer bijvoorbeeld het openbaren van handgeschreven stukken buiten de reikwijdte van het eerste lid zou vallen. Tekeningen en foto's delen ook in de bescherming. In de jurisprudentie is het aanbrengen van (enorme) neonletters op een fabriekspijp eveneens onder de reikwijdte van de vrijheid van drukpers gebracht.²³⁹ Voor zover er een algemene formule mogelijk lijkt, zou deze kunnen luiden dat teksten en afbeeldingen, die het publiek kan lezen en bekijken, zonder dat de tussenkomst van een technisch hulpmiddel nodig is, onder het eerste lid vallen. Daar staat tegenover dat de tekst 'Jezus redt', met witte dakpannen aangebracht op de dak van een boerderij door de Afdeling Bestuursrechtspraak beoordeeld werd onder het derde lid van art. 7 Gw.²⁴⁰

Bij radio en televisie-uitzendingen denken we in de eerste plaats aan uitzendingen die via de ether of de kabel een algemeen publiek (kunnen) bereiken. Daarbij kan als beslissend worden gezien dat de uitzender de tijd van uitzending bepaalt en het publiek al dan niet op deze uitzendingen kan afstemmen. Ook digitale omroep valt derhalve onder de reikwijdte. Niet beslissend is het antwoord op de vraag of het publiek gratis kennis kan nemen van de uitzending, voor een geheel pakket betaalt of per programma-onderdeel. De gegeven benadering impliceert dat lid 2 niet van toepassing is, wanneer de ontvanger kan bepalen wat op een bepaald tijdstip aan hem wordt geleverd. Video-on-demand en talloze andere diensten vallen derhalve onder lid 3.

Lid 3 bestrijkt immers alle middelen die niet als drukpers in ruime zin of als omroep zijn aan te merken: spreken in het openbaar, toneel, film, cd's, geluidswagens, openbare 06-nummers, video-on-demand en internetgebruik dat als openbaren is aan te merken; een e-mail aan een kennis bijvoorbeeld is geen 'openbaring'.

235 Rb. Amsterdam, zoals vermeld in HR 8 april 1997, *NJ* 1997, 458.

236 Vgl. Boon 1993, p. 32.

237 *Handelingen II* 1976/177, 2196.

238 *Handelingen II* 1976/177, 2196.

239 HR 24 januari 1967, *NJ* 1967, 270.

240 ABRvS 14 juli 2010, LJN BN1135.

Tussen lid 1, 2 en 3 bestaan allerlei afbakeningsproblemen. Het tonen van één tekening of schilderij valt onder het eerste lid; het organiseren van een tentoonstelling van schilderijen valt binnen de reikwijdte van het derde lid. Het aantal grensproblemen wordt groter naarmate de technische ontwikkelingen voortschrijden. Deze afbakeningsproblemen hebben een rol gespeeld bij het streven om art. 7 Gw ingrijpend te wijzigen en techniek-afhankelijke onderscheidingen te doen vervallen.²⁴¹ Tot dusverre is het echter niet tot een wijziging gekomen.

3.3 Beperkingsmogelijkheden

In Nederland dienen in beginsel alle beperkingen van het openbaren aan de clausulering van het grondrecht te voldoen.²⁴² De Nederlandse Grondwet kent geen misbruik van grondrecht. Bij de laatste grondwetsherziening is deze mogelijkheid – mede ten aanzien van de uitingsvrijheid – wel aan de orde geweest.²⁴³ De grondwetgever achtte de gewone beperkingsmogelijkheden voldoende om ernstig misbruik tegen te gaan. In het bestaande Nederlandse recht was volgens de regering reeds een pakket van normen aanwezig dat bescherming bood tegen aantasting van grondrechten door het uitoefenen van grondrechten: de strafrechtelijke normen tegen racistische uitlatingen maken daar deel van uit.²⁴⁴

De weg via de clausulering komt, aldus de regering, beter tegemoet aan het waarborgkarakter van de grondrechten. De regering wenste bovendien de rechter niet met politieke vragstukken op te zadelen. Het zou niet makkelijk zijn met een simpel criterium aan te geven wanneer gebruik in misbruik omslaat. Het bepleiten van welke wijzigingen in het staatkundig bestel zou als misbruik van de vrijheid van meningsuiting moeten worden aangemerkt? Zou bijvoorbeeld het verwerpen van de gelijkheid van man en vrouw misbruik van recht opleveren?²⁴⁵

Er is mogelijkserwijs nog een ander bezwaar: het zou gemeenten in beginsel vrijstaan uitlatingen, die als misbruik van recht zijn aan te merken, op grond van hun inhoud te verbieden.

3.3.1 Clausulering

Het eerste lid en het derde lid van art. 7 Gw kennen enerzijds een verbod van voorafgaand verlot en anderzijds het competentievoorschrift 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet', dat van toepassing is op beperkingen *na* openbaarmaking.

Het verbod van voorafgaand verlot is voor de drukpers het meest vergaand: het is niet alleen verboden om voorafgaand inzage te vragen in hetgeen gepubliceerd gaat worden, maar een vergunningstelsel voor uitgever of journalisten is eveneens in strijd met de Grondwet, ook indien zo'n stelsel los staat van de inhoud. Het censuurverbod gaat overigens niet zo ver dat de rechter geen publicatieverbod zou kunnen opleggen. Rechtspraak en literatuur achten dat mogelijk indien in voldoende mate vaststaat wat de inhoud van de publicatie zal zijn.²⁴⁶ In dat geval – zo zou men kunnen redeneren – is het 'id quod' al bepaald en is er derhalve geen sprake van voorafgaand verlot. Is dat niet het geval en/of is het gevraagde verbod te algemeen, dan zal de rechter een verbod niet toewijzen²⁴⁷ Ook een eis van voorafgaande inzage zal al snel te ver gaan.²⁴⁸

241 Zie voor de meest recente bevindingen Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 70.

242 De mogelijkheden ten tijde van een noodtoestand (art. 103 Grondwet) blijven buiten beschouwing.

243 *Kamerstukken II* 1975/176, 13872, nr. 3, p. 8.

244 *Kamerstukken II* 1975/176, 13872, nr. 7, p. 4. De Meij 1996, p. 55, acht een dergelijke misbruik-van-recht-constructie evenmin gewenst.

245 *Kamerstukken II* 1975/176, 13872, nr. 7, p. 4.

246 Zie uitgebreider De Meij 2000, p. 99 en 281.

247 Bijv. Hof Amsterdam 27 februari 1997, *Mediaforum* 1997-5, B69; Rb. Breda 17 januari 2011, LJN BP1094.

248 Hof Den Haag 15 november 2011, LJN BU4306.

Het derde lid kent ook een verbod van voorafgaand verlof, maar is minder verstrekkend; zo is een vergunningstelsel voor geluidswagens op zichzelf niet in strijd met lid 3.²⁴⁹ Dat is wel het geval indien de inhoud van de mededelingen of de opvattingen van de aanvrager een rol gaan spelen. Het derde lid maakt één uitzondering op het verbod van voorafgaand verlof wegens de inhoud: 'De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.' De wetgever maakt echter sinds 2001, toen de Wet op de Filmvertoningen is vervallen, geen gebruik meer van deze grondwettelijke bevoegdheid tot voorafgaand toezicht.

De voorwaarde voor beperkingen ná het openbaren, voor het opleggen van sancties achteraf, is in lid 1 en 3 hetzelfde: 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Dat laat de wetgever geen ruimte voor delegatie. In de strafwet is een reeks van uitingsdelicten opgenomen: belediging, smaad, laster, opruiing, majesteitsschennis en het verspreiden en in bezit hebben van kinderpornografie vormen voorbeelden. Voorts kunnen op grond van het BW uitlatingen onrechtmatig zijn. Voor ambtenaren kent de Ambtenarenwet een specifieke bepaling: art. 125a.

Art. 7 lid 2 Gw ziet op de omroep. Daarvoor bestaat geen verbod van voorafgaand verlof: een vergunningstelsel voor de omroep is derhalve toegestaan. Gezien de bewoordingen van lid 2 mag dat vergunningstelsel ook rekening houden met de inhoud van het uit te zenden programma. Uitsluitend is alleen voorafgaand toezicht op de inhoud van specifieke uitzendingen. Een regeling, die de minister de bevoegdheid gaf te onderzoeken of de uitzendingen op Nederland gerichte reclame bevatten en op grond van die bevindingen de doorgifte al dan niet toe te staan, ging daarom te ver.²⁵⁰

Uit de term 'regelt' in lid 2 blijkt voorts dat de wetgever de bevoegdheid om regelingen ten aanzien van de omroep vast te stellen mag delegeren. Daaruit zou kunnen worden opgemaakt dat – ook inhoudelijke – beperkingen van de omroepvrijheid, die niet met de organisatie van de omroep en het omroepbestel samenhangen, bij gedelegeerde regelgeving kunnen worden gesteld. Ziet men art. 7 Gw echter als één geheel dan kan een verbod om bijvoorbeeld in omroepprogramma's beledigende uitlatingen te doen naar onze mening alleen in de wet in formele zin staan.

3.3.2 Beperking verspreidingsrecht

Het verspreiden mag ook door lagere wetgevers zoals de gemeenteraad worden beperkt. Wel heeft de Hoge Raad in het Tilburg-arrest twee voorwaarden gesteld: een algeheel verspreidingsverbod is ongeoorloofd omdat daarmee praktisch gezien ook het openbaren wordt verboden, en het verspreiden mag niet aan een vergunningstelsel worden onderworpen. De bewoordingen van het arrest maken niet duidelijk of alleen een algemeen vergunningstelsel verboden is of ook een gedeeltelijk vergunningstelsel. Gezien het grote belang van het verbod van voorafgaand verlof achten wij beide vormen in strijd met art. 7 lid 1 Gw.

Het regime is in de latere verspreidingsjurisprudentie verfijnd.²⁵¹ Hier kunnen slechts de hoofdlijnen worden weergegeven. In de eerste plaats heeft de Hoge Raad het begrip 'zelfstandig verspreidingsmiddel' geïntroduceerd. Folderen, venten van drukwerk, en aanplakken van affiches zijn bijvoorbeeld dergelijke zelfstandige verspreidingsmiddelen. Van belang is dat de voorwaarden, gesteld in het Tilburg-arrest, voor ieder zelfstandig verspreidingsmiddel in acht genomen moeten worden. De redenering dat een algemeen plakverbod is toegestaan, omdat de mogelijkheid blijft bestaan om te openbaren door te folderen, moet derhalve worden verworpen. De Hoge Raad heeft voorts gewezen op middelen van verspreiding die 'bij uitstek geschikt zijn het openbaren te dienen'. De

249 Vgl. ARRvS 19 januari 1987, AB 1988, 58.

250 HR 11 december 1987, NJ 1990, 73.

251 HR 27 februari 1951, NJ 1951, 357. Zie ook De Winter 1993.

boekhandel en de bibliotheek zijn daar voorbeelden van.²⁵² Deze middelen krijgen op zijn minst de bescherming die toekomt aan een zelfstandig verspreidingsmiddel.

In de tweede plaats heeft de Hoge Raad de voorwaarde dat de verspreiding – per zelfstandig middel – niet in haar geheel verboden mag worden nader uitgewerkt. Een verbod mag niet zover gaan dat er geen 'gebruik van enige betekenis' overblijft.²⁵³ Dat is voor een belangrijk deel een feitelijk oordeel dat mede berust op de plaatselijke omstandigheden. Is er bijvoorbeeld sprake van een aanzienlijk aantal 'officiële' plakplaatsen, dan zal een algemeen verbod om elders te plakken, minder snel sneuvelen.²⁵⁴

We hebben hierboven gezien dat de rechter ook bij lid 3 een aanzet heeft gegeven tot het construeren van connexe rechten, in het bijzonder het recht op geluidsversterking. Bepaalde voorwaarden die de rechter aan de beperking van dergelijke connexe rechten heeft gesteld, zijn vergelijkbaar met de voorwaarden gesteld aan de beperking van het recht om drukwerk te verspreiden. Een beperking mag geen verband houden met de inhoud en een beperking mag niet zover gaan dat van het connexe recht geen gebruik van betekenis overblijft.²⁵⁵

3.4 Horizontale werking

Het grondrecht richt zich in de eerste plaats tegen de overheid. De grondwetgever heeft de beantwoording van de vraag naar de horizontale werking van grondrechten grotendeels doorgeschoven naar de rechter. Deze moet uitmaken in hoeverre het recht op uitingsvrijheid ingeroepen kan worden tegen particulieren.

Van horizontale werking in eigenlijke zin is sprake als de ene burger zich voor de rechter kan beroepen op de vrijheid van meningsuiting om vast te doen stellen dat een gedraging van een andere burger onrechtmatig is. Als voorbeeld kunnen twee zaken naar aanleiding van uitspraken van de Reclame Code Commissie dienen.²⁵⁶

Wat vaker voorkomt is dat de rechter, die moet beoordelen of een publicatie onrechtmatig is, de vrijheid van meningsuiting in zijn afweging betreft; bijvoorbeeld wanneer een publicatie beschuldigen bevat of inbreuk maakt op de privacy.²⁵⁷ Wat het publiceren van verdachtmakingen betreft, heeft de Hoge Raad in 1983 een toetsingskader opgesteld. Volgens de Hoge Raad stonden er: 'twee ieder voor zich hoogwaardige maatschappelijke belangen tegenover elkaar: aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publicaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen; aan de andere kant het belang dat niet door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan (...)'.²⁵⁸ Welk van beide belangen, de doorslag moest geven, hangt af van een aantal omstandigheden als de aard van de verdenkingen, de ernst van de misstand, de beschikbare feiten, de inkleding van de verdachtmaking, de mate van waarschijnlijkheid dat de misstand langs andere weg uit de wereld was te helpen, en het antwoord op

252 HR 29 november 1960, NJ 1961, 206; HR 22 maart 1960, NJ 1960, 274.

253 HR 29 mei 1951, NJ 1952, 367; HR 10 juni 1952, NJ 1952, 688.

254 Zie uitgebreider De Meij e.a. 2000, p. 118.

255 ABRvS 5 januari 1996, AB 1996, 179; daarnaast formuleerde de rechter een eis van noodzakelijkheid en subsidiariteit.

256 Na de afkeuring door de RCC kon de prent van de BOA (Boycot Outspan Actie) vrijwel nergens meer worden geplaatst en daarmee was die afkeuring onrechtmatig Hof Amsterdam 30 oktober 1981, NJ 1981, 422. Daarnaast Hof Amsterdam 27 mei 1982, NJCM-bulletin 1982, 246-255.

257 De maatschappelijke zorgvuldigheid valt als norm bij een strikt vereiste van onrechtmatigheid mogelijkterwijs buiten de boot, noot bij HR 24 juni 1983, AB 1983, 548.

258 HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (Gemeenteraadslid).

de vraag of de verdenking anders toch in de pers was gekomen. Hoewel deze lijst van factoren niet uitputtend bedoeld is, is het toetsingskader als zodanig nog steeds geldend recht.²⁵⁹

In deze benadering ligt de nadruk op het aan de kaak stellen van misstanden. In andere gevallen is het wel degelijk het belang van de vrijheid van meningsuiting als zodanig dat in de afweging betrokken wordt. Zo spreekt de Nederlandse rechter bij de beoordeling van perspublicaties die het recht op respect voor het privéleven raken over twee fundamentele rechten,²⁶⁰ die geen van beide als zodanig voorrang toekomt.²⁶¹ Alle bijzonderheden van het gegeven geval dienen te worden meegewogen.²⁶² In de jurisprudentie zijn bijvoorbeeld regelmatig overwegingen aan het belang van de media gewijd en aan de vraag of de publicatie een politicus of een gewone burger betreft ziet. De rechter is in zijn motivering ook steeds vaker plaats gaan inruimen voor de Straatsburgse noodzakelijkheidstoets.²⁶³ Dat betekent dat een beperking noodzakelijk moet zijn en de vrijheid van meningsuiting een zeker eigen gewicht toekomt, ook al zal dat gewicht verder in belangrijke mate van de bijzondere omstandigheden van het geval af kunnen hangen. De afweging van de Nederlandse rechter is daarmee vergelijkbaar met die van het EHRM.²⁶⁴

4. Internationaal

4.1 IVBPR

Art. 19 IVBPR legt de uitingsvrijheid vast:

Artikel 19 IVBPR

1. Een ieder heeft het recht zonder inmenging een mening te koesteren.
2. Een ieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting; dit recht omvat mede de vrijheid inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook te garen, te ontvangen en door te geven, ongeacht grenzen, hetzij mondeling, hetzij in geschreven of gedrukte vorm, in de vorm van kunst, of met behulp van andere media naar zijn keuze.
3. Aan de uitoefening van de in het tweede lid van dit artikel bedoelde rechten zijn bijzondere plichten en verantwoordelijkheden verbonden. Deze kan derhalve aan bepaalde beperkingen worden gebonden, doch alleen beperkingen die bij de wet worden voorzien en nodig zijn:
 - a. in het belang van de rechten of de goede naam van anderen;
 - b. in het belang van de nationale veiligheid of ter bescherming van de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden.

Het recht een mening te koesteren in het eerste lid is absoluut geformuleerd; beperkingen zijn niet toegestaan. Het hebben van bepaalde opinies kan derhalve niet strafbaar gesteld worden.²⁶⁵ Opmerkelijk genoeg behoort art. 19 lid 1 IVBPR niet tot de in art. 4 lid 2 IVBPR expliciet genoemde 'notstandsfeite' bepalingen.

259 HR 11 november 2011, LjN BU3917.

260 Bijv. HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (*Van Gasteren I*).

261 Vgl. HR 4 maart 1988 (*De Bourbon-Parma*).

262 Vgl. HR 4 maart 1988 (*De Bourbon-Parma*).

263 HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (*Van Gasteren I*).

264 Zie bijv. HR 18 januari 2008, LjN BB3210 (*Van Gasteren II*).

265 HRC 8 november 1996, nr. 550/93 (*Faurisson/Frankrijk*).

Het tweede lid van art. 19 IVBPR ziet op het garen, ontvangen en doorgeven van inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook; ook het recht om zich niet te uiten is beschermd.²⁶⁶ De in het tweede lid genoemde rechten zijn niet absoluut van karakter; het derde lid legt de beperkingsvoorwaarden vast.

Binnen de reikwijdte van art. 19 IVBPR vallen: 'political discourse, commentary on one's own and on public affairs, canvassing, discussion of human rights, journalism, cultural and artistic expression, reaching, and religious discourse', zo ook 'commercial advertising'.²⁶⁷ Bovendien zijn alle middelen van expressie beschermd, zoals 'spoken, written and sign language and such non-verbal expression as images and objects of art' en alle communicatiemiddelen als 'books, newspapers, pamphlets, posters, banners, dress and legal submissions' en 'all forms of audio-visual as well as electronic and internet-based modes of expression'.²⁶⁸

Art. 19 IVBPR noemt – anders dan art. 10 EVRM – uitdrukkelijk het garen van inlichtingen. Daaronder dient in de eerste plaats het verzamelen van inlichtingen uit algemeen toegankelijke bronnen te worden begrepen.²⁶⁹ Daarnaast kan dit recht een meer speciale betekenis hebben voor het werk van journalisten.²⁷⁰ Deze hebben onder meer recht op bronbescherming.²⁷¹ Onder omstandigheden kan op art. 19 IVBPR ook een recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie worden gebaseerd.²⁷²

Anders dan art. 10 EVRM eist art. 19 lid 3 IVBPR niet dat een beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het Comité voor de rechten van de mens legt overigens wel degelijk een verbinding tussen democratie en vrijheid van meningsuiting. Critiek op de regering moet in beginsel goorloofd zijn.²⁷³ Meer in het algemeen gaat het Comité ervan uit dat een beperking van politieke meningsuitingen strikt beoordeeld moet worden, in het bijzonder ook als deze ziet op een 'public figure'.²⁷⁴ Daar staat tegenover dat bijvoorbeeld bedreigingen mogen worden bestraft.²⁷⁵

Lid 3 van art. 19 IVBPR kent een kleiner aantal expliciet genoemde beperkingsdoelinden dan lid 2 van art. 10 EVRM. Zo ontbreken onder meer het voorkomen van de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen en het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht. De bescherming van 'de openbare orde' is overigens wel een legitiem doel van een beperking. Dat begrip kan ook de eerder genoemde doelinden uit art. 10 lid 2 EVRM dekken.²⁷⁶ Een vergunningstelsel voor de omroep kan ook geacht worden de openbare orde te dienen.

Art. 19 IVBPR ziet niet alleen op de verhouding overheid burger. De overheid heeft ook verplichtingen inzake de verhouding tussen burgers onderling.²⁷⁷ Dat is inzonderheid het geval wanneer een publicist bedreigd wordt.²⁷⁸ Gezien het belang van verscheidenheid in de informatievoorziening

266 General Comment No. 34 (2011) § 10.

267 Zie General Comment No. 34 (2011) § 11; voor reclame zie o.a. HRC 31 maart 1993, nr. 385/1989 (*J. Ballantyne e.a./Canada*).

268 Zie General Comment No. 34 (2011), § 11.

269 Nowak 2005, p. 446.

270 Zie bijv. HRC 7 april 1999, nr. 633/1995 (*Gauthier/Canada*).

271 General Comment No. 34 (2011), § 45.

272 HRC 28 maart 2011, nr. 1470/2006, (*Toktakunov/Kirgizië*).

273 HRC 12 juli 1996, nr. 458/1991 (*Aduayom e.a./Togo*).

274 HRC 31 oktober 2005, nr. 1180/2003 (*Bodrozic/Servië en Montenegro*); zie ook General Comment nr. 34.

275 HRC 16 maart 2004, nr. 926/2000 (*Shin/Koreaanse Republiek*).

276 Zie voor een zaak waarin het überhaupt onduidelijk was wat de beperkingsgronden waren HRC 28 maart 2011, nr. 1604/2007 (*Zaleskaya/Wit-Rusland*).

277 HRC 7 april 1999, nr. 633/1995 (*Gauthier/Canada*).

278 General Comment nr. 34 (2011), § 23.

dient de overheid voorts te waken tegen bovenmatige machtsposities bij de media. Tegelijkertijd verzet art. 19 IVBPR zich tegen een staatsmonopolie.²⁷⁹

Het IVBPR kent net als het EVRM een bepaling over misbruik van grondrechten (art. 5 IVBPR). Verdragsrechten houden niet het recht in activiteiten te ontplooiën die ten doel hebben de in het verdrag erkende rechten te vernietigen of verder te beperken dan het verdrag toestaat. Voorts is het mogelijk de uitingsvrijheid ten tijde van een noodtoestand verder te beperken dan de beperkingsclausule toestaat (art. 15 EVRM).

Het IVBPR verplicht de verdragspartijen niet alleen de vrijheid van meningsuiting te respecteren, maar dwingt tegelijkertijd ook tot bepaalde beperkingen van deze vrijheid. Art. 20 IVBPR bevat de verplichting oorlogspropaganda (lid 1) en het propageren van op nationale afkomst, ras of godsdienst gebaseerde haatgevoelens die aanzetten tot discriminatie, vijandigheid of geweld (lid 2) bij de wet te verbieden. Nederland heeft een voorbehoud gemaakt bij het eerste lid van art. 20 IVBPR, nu niet iedere oorlog zonder meer te veroordelen is het oproepen ertoe dan ook in een ander licht komt te staan.

Art. 20 IVBPR is van invloed op de uitleg van de vrijheid van meningsuiting vastgelegd in art. 19 IVBPR.²⁸⁰ Het Comité neemt het standpunt in dat de uit art. 20 IVBPR voortvloeiende beperkingen van de uitingsvrijheid in overeenstemming zijn met het recht op vrijheid van meningsuiting, de uitoefening waarvan immers plichten en verantwoordelijkheden met zich mee brengt. Omgekeerd hanteert het Comité het uitgangspunt dat blasfemie wetgeving alleen in overeenstemming met art. 19 van de Conventie is in de omstandigheden genoemd in art. 20 lid 2 IVBPR.²⁸¹

Uit de inzichten van het Comité naar aanleiding van individuele klachten op het gebied van de vrijheid van meningsuiting²⁸² blijkt onder meer dat het IVBPR ruimte laat om antisemitische uitlatingen te verbieden, als ook de ontkenning van de Holocaust. Een klacht uit Canada betrof de veroordeling van de organisator van een antisemitische telefoonlijn. Het publiek kon een telefoonnummer bellen en kreeg dan een bandje te horen met daarop een verhaal over het bestaan van een internationale joodse samenzwering. Het Comité oordeelde dat een dergelijke boodschap onder art. 20 lid 2 IVBPR valt. De boodschap roept op tot haat op grond van ras of godsdienst. De veroordeling vormde daarom geen schending van het recht op vrijheid van meningsuiting.²⁸³

De klacht van de Fransman Faurisson betrof zijn veroordeling wegens publicaties, waarin de vergassing van joden in Auschwitz werd betwijfeld. De veroordeling was gebaseerd op Franse wetgeving die het ontkennen van misdaden tegen de menselijkheid strafbaar stelt. De veroordeling kon de toets aan de beperkingsclausulering doorstaan. Het Comité meende dat het doel van de beperking de bescherming van de rechten en goede naam van anderen was. In casu ging het in het bijzonder om de bescherming van de Joodse gemeenschap om te leven zonder vrees voor antisemitisme. Het Comité hield bij zijn oordeel rekening met de verklaring van de Franse regering dat de ontkenning van de Holocaust een belangrijk vehikel voor antisemitisme was.²⁸⁴

In dergelijke zaken speelt soms art. 20 IVBPR en soms art. 19 lid 3 IVBPR de hoofdrol. De twee genoemde elementen worden ook wel geïntegreerd: beperkingen op grond van art. 20 IVBPR dienen volgens het Comité tezelfdertijd te voldoen aan de clausulering van art. 19 IVBPR. Het Comité volgde deze benadering onder meer in de zaak van een leraar die in de klas zijn christelijk gemotiveerde, anti-joodse opvattingen naar voren had gebracht en daarom was ontslagen. Het Comité was van oordeel dat juist een leraar de plicht heeft zich van dergelijke uitlatingen te onthouden.²⁸⁵

4.2 Andere VN-verdragen

In andere VN-verdragen zijn eveneens bepalingen te vinden die de verdragspartijen verplichten tegen bepaalde uitlatingen op te treden. Het Genocideverdrag legt de verplichting vast om 'direct and public incitement to commit genocide' strafbaar te stellen (art. III sub c). Verder moet uiteraard gewezen worden op het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie. Art. 4 IVuRD verplicht de staten strafbaar bij wet te verklaren: het verspreiden op welke wijze ook van denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat, aanzetting tot rassendiscriminatie, zomede alle daden van geweld of het aanzetten daartoe, die zijn gericht tegen een ras of een groep personen van een andere huidskleur of etnische afstamming (...). Deze verplichting reikt verder dan die van art. 20 lid 2 IVBPR. In de eerste plaats is uitdrukkelijk strafbaarstelling geboden; in de tweede plaats gaat het ook om uitlatingen die niet per se (direct) hoeven aan te zetten tot strafwaardige handelingen. Mede om de vrijheid van meningsuiting te beschermen heeft een aantal staten een voorbehoud gemaakt bij de ratificatie van het IVRD.²⁸⁶

5. Vergelijking en integratie

In de voorafgaande paragrafen is gebleken dat de bescherming, die geboden wordt door de behandelde grondrechtsbepalingen, overeenkomsten en verschillen vertoont. Zo is art. 19 IVBPR in paragraaf 4 uitdrukkelijk afgezet tegen art. 10 EVRM. In deze paragraaf wordt een beknopt overzicht gegeven van de verschillen tussen art. 10 EVRM en art. 7 Gw.

Allereerst valt de reikwijdte van beide artikelen te onderscheiden. Naar de letter beschermt de Grondwet alleen de 'zender'; wel heeft de regering aangegeven dat ook het ontvangen en zelfs het garen impliciet beschermd kan zijn. Art. 10 EVRM legt zowel een recht om te uiten als een recht om te ontvangen vast. De jurisprudentie van het EHRM maakt duidelijk dat bovendien het garen van informatie is beschermd.

Een tweede verschil is dat art. 7 Gw alleen ziet op het openbaren van informatie; gesprekken in de privésfeer worden met andere woorden niet beschermd door deze bepaling; ze kunnen uiteraard wel binnen de reikwijdte van art. 10 Gw vallen. Art. 10 EVRM ziet uitdrukkelijk ook op privégesprekken of op een brief. Een volgend verschil is dat art. 7 lid 4 Gw handelsreclame uitsluit van bescherming, terwijl de jurisprudentie van het EHRM heeft duidelijk gemaakt dat reclame in beginsel ook beschermd wordt, ook al weegt het grondrecht op dit gebied minder zwaar dan bijvoorbeeld ten aanzien van de maatschappelijke discussie.

²⁸⁵ HRC 26 oktober 2000, nr. 736/1997 (*Ross/Canada*).

²⁸⁶ Dat geldt niet voor Nederland. Het EHRM gaat er overigens van uit dat de verplichting op grond van artikel 4 IVRD in elk geval niet zover strekt dat een journalist, die in een documentaire racismen aan het woord laat, gesanctioneerd zou moeten worden, EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89 (*Jersild/Denemarken*).

²⁷⁹ General Comment No. 34 (2011), § 40.

²⁸⁰ Nowak 2005, p. 455.

²⁸¹ General Comment No. 34 (2011).

²⁸² Zie Nowak 2005, p. 454.

²⁸³ HRC 6 april 1983, nr. 104/1981 (*Western Guard Party/Canada*). Een ander geval betrof een Italiaan die trachtte de fascistische partij nieuw leven in te blazen. Het Comité oordeelde de klacht 'inadmissible' omdat een beroep op de verdragsrechten in casu als misbruik van recht te beschouwen was, HRC 10 april 1984, nr. 117/1981 (*M.A./Italië*).

²⁸⁴ HRC 8 november 1996, nr. 550/1993 (*Faurisson/Frankrijk*).

Daarmee is een volgend verschil aangeduid. In art. 7 Gw staat het verschil in gebruikte techniek (drukkers, omroep, overige) voorop. Dit verschil kan bij de beoordeling van een beperking door het EHRM wel degelijk een rol spelen maar minstens zo belangrijk zijn andere factoren zoals de vraag of de uitlating bijdraagt aan het maatschappelijk debat, over wie de uitlating gaat, etc. Binnen een dergelijke structuur lijkt het minder moeilijk nieuwe media als het internet recht te doen. In de Grondwet valt internet, los van internetomroep, in beginsel onder lid 3 van art. 7 terwijl er mogelijk-kerwijs weinig reden is voor een ander regime dan dat voor de drukpers.

Een volgende opmerking is dat het verspreiden, in elk geval van drukpersproducten, niet onmiddellijk binnen de reikwijdte van art. 7 Gw valt, maar slechts indirect is beschermd. Bij art. 10 bestaat niet een dergelijke constructie. Verspreidingsactiviteiten vallen gewoon binnen de reikwijdte van de grondrechtenbepaling.

Deze onderscheiden binnen de reikwijdte zijn uiteraard in het bijzonder van belang voor het beperkingsstelsel. Het stelsel van de Grondwet is in belangrijke mate formeel van aard. Van wezenlijk belang is de eis van een formeel wettelijke grondslag en het al dan niet bestaan van de mogelijkheid van delegatie. De eis van toegankelijkheid en voorzienbaarheid op grond van art. 10 lid 2 EVRM strekt in dit opzicht minder ver, nu ook lagere regelgeving een voldoende basis voor een beperking kan vormen. Daar staat tegenover dat art. 10 EVRM een meer materiële toets kent; de eis van noodzakelijkheid in een democratische samenleving. Op grond daarvan is een oordeel geboden over de verhouding tussen de ernst van de inmenging en het daarmee gediende belang, en over de vraag of er niet minder vergaande beperkingen mogelijk zijn die hetzelfde doel dienen.

Het vereiste van proportionaliteit komt overigens ook zo nu en dan naar voren in de rechtspraak op grond van art. 7 Grondwet. Men denke bijvoorbeeld aan de vraag of een inperking van het connexe recht van geluidsversterking acceptabel is.²⁸⁷ Veel sterker nog blijkt de idee van proportionaliteit uit de civielrechtelijke jurisprudentie over de onrechtmatige perspublicatie. De Nederlandse rechter maakt daar van oudsher een afweging, waarbij het belang van de vrijheid van meningsuiting wordt meegewogen. Deze afweging, waarbij tal van factoren een rol spelen, heeft zich zodanig ontwikkeld dat er inmiddels in veel opzichten sprake is van een samenval met de noodzakelijkheidstoets op grond van art. 10 EVRM. Komt de rechter op grond van de afweging tot de conclusie dat andere belangen voorgaan, dan is daarmee de noodzakelijkheid in een democratische samenleving van een beperking van de vrijheid van meningsuiting gegeven.²⁸⁸

Op bepaalde punten biedt het grondwettelijk regime meer bescherming dan het EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Het vereiste van een formele wet voor inhoudelijke beperkingen is al besproken. De clausulering van art. 10 EVRM laat op zichzelf ruimte voor inhoudelijke verboden, die lokaal verschillen.²⁸⁹

Wij noemen hier nog een ander aspect. Art. 7 Gw legt uitdrukkelijk een censuurverbod vast. Dat is in art. 10 EVRM niet het geval. Wel blijkt uit de jurisprudentie dat het EHRM preventieve beperkingen zeer strikt beoordeeld. Nu ook het censuurverbod van art. 7 lid 1 Gw toelaat dat de rechter in een concreet geval een bepaalde publicatie verbiedt, hoeft de betekenis van beide bepalingen op dit punt niet heel ver uit elkaar te lopen.

Aan het eind van deze uiteenzetting van de verschillen tussen in het bijzonder art. 7 Gw en art. 10 EVRM dient benadrukt te worden dat de het EHRM de nationale autoriteiten een zekere ap-

preciatiemarge laat. Het gegeven dat het EHRM een beperking van de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk in een democratische samenleving acht, sluit derhalve niet uit dat de vrijheid van meningsuiting in Nederland zwaarder kan wegen. Zo mogen volgens het EHRM uitlatingen, die een religie of godsdienstige symbolen aanvallen, onder omstandigheden strafbaar gesteld worden, mede op grond van het belang van de vrijheid van godsdienst. Dat wil niet zegen dat Nederland ook de verplichting heeft zulke uitlatingen te verbieden.

6. Literatuur

- Barendt, E. (2005), *Freedom of Speech*, Oxford: Oxford University Press 2005
- Barendt, E. (2009), 'Balancing Freedom of Expression and Privacy: The jurisprudence of the Strasbourg Court', in: *Journal of Media Law* 2009, p. 49-72
- Boon, P.J. (1992), *Zonder voorafgaand verlof: de vrijheid van meningsuiting in het Nederlandse recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993
- Boukema, P.J. (1966), *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Polak & Van Gennip 1966
- Van Dijk, P. & Van Hoof, G.J.H. (1990), *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1990
- Gerards, J.H. (2013), 'Artikel 10 EVRM – Vrijheid van meningsuiting', in: Gerards, J.H., e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM – Deel 1, materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013
- Van der Hoeven, J. (1969), *Dient de uitoefening van de grondrechten welke meningsvorming, meningsuiting en informatie betreffen, grondwettelijk nader te worden geregeld?* (Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1969), Zwolle: Tjeenk Willink 1969
- Jacq, J. & Teitgen, F. (1992), 'The Press', in: M. Delmas-Marty (red.), *The European Convention for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Nijhoff 1992
- De Meij, J.M. e.a. (2000), *Uitingsvrijheid: de vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinckel 2000.
- Meyer, J. (2011), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden Baden: Nomos 2011
- Nieuwenhuis, A.J. (2011), *Over de Grens van de Vrijheid van Meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011
- Nowak, M. (2005), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl: Engel 2005
- Velaers, J. (1991), *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen: Maklu Uitgevers 1991
- Voorhoof, D. (1989), *Mediarecht en communicatievrijheid*, diss. Gent 1989
- De Winter, R. (1993), *De heersende leer, honderd jaar verspreidingsjurisprudentie: 1892-1992* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1993

287 ABRvS 5 januari 1996, AB 1996, 179; de rechter formuleerde onder meer het vereiste van noodzakelijkheid en subsidiariteit.

288 HR 18 januari 2008, LJN BB3210 (*Van Gasteren II*).

289 Vgl. bijv. EHRM (GK) 13 juli 2012, nr. 16354/06 (*Mouvement Raëlien Suisse/Zwitserland*).