

# 2023

vijfendertigste jaargang

Tijdschrift voor  
Media- en  
Communicatierecht

# Mediaforum

## Studenteneditie

### **Voorwoord**

*Anouck Bakhuis, Lotte van den Bosch en  
Vera de Zwaan*

### **Inleiding**

**Een primeur voor het mediarecht in  
Nederland: de allereerste studenteneditie  
van *Mediaforum***

*Tarlach McGonagle*

**Sharenting en de digitale voetafdruk van  
een kind – De juridische mogelijkheden  
voor het kind om de door de ouders  
gecreëerde online identiteit te laten wissen**

*Melissa de Klein*

**De Wob is dood, leve de Woo? – De Wet  
open overheid, artikel 10 EVRM en  
de bescherming van informatievrijheid,  
mediavrijheid en de media als  
public watchdog**

*Emma de Vries*

**Maatregelen rond influencermarketing  
op videoplatformdiensten – In lijn met  
mediarechtelijke normen maar een gevaar  
voor de uitingsvrijheid van influencers?**

*Claire ten Heuvelhof*

### **Column**

**De procedurele wending van de DSA:  
het recht op menselijke tussenkomst  
in content moderation**

*Ljubiša Metikoš*

**De grenzeloze vrijheid van maatschappelijke  
kaders – Een verkenning van de grenzen  
van de vrijheid van meningsuiting tegen  
het licht van de theorieën van Waldron  
en Dworkin**

*Dries van de Voort*

**De macht van het medium – Een exploratieve  
analyse van het EHRM-onderscheid  
tussen mediavormen in uitspraken over  
de journalistieke vrijheid van menings-  
uiting (ex artikel 10 EVRM) in het licht  
van Marshall McLuhan's mediatheorie**

*Lotte van den Bosch*

**De lange arm van de SLAPP – Een evaluatie  
van voorstel 2022/0117 ter bescherming  
van journalisten en andere publieke waak-  
honden tegen grensoverstijgende SLAPP's  
in Europa**

*Fenna van Haften*

**Mediaforum** is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (vmc), en verschijnt zes maal per jaar.

**Bestuur vmc:** mr. O.M.B.J. Volgenant (voorzitter), mr. J.V. Willems (penningmeester), mr. M. van Waveren (secretaris), mr. A.L.M. Bakhuis, mr. L.M. van den Bosch MA, mr. S.A. Kooter, prof. dr. T. McGonagle  
Erelid: mr. W.F. Korthals Altes

**Mediaforum** wordt in opdracht van de vmc uitgegeven door deLex Media, [www.delex.nl](http://www.delex.nl).

Mr. C.A. Zuidema, [czuidema@delex.nl](mailto:czuidema@delex.nl)

**Citeertitel:** *Mediaforum* 2023-studenteneditie, p. [ ]  
**ISSN:** 0924 - 5057

#### **Redactie**

mr. A.L.M. Bakhuis, mr. L.M. van den Bosch MA en V.F. de Zwaan

#### **Redactiesecretariaat/eindreductie**

Weteringschans 28, 1017 SG Amsterdam  
e-mail: [mstoppel@delex.nl](mailto:mstoppel@delex.nl) (niet voor vragen over abonnementen). [@Mediaforum1](https://twitter.com/Mediaforum1)

#### **Opmaak**

az grafisch serviceburo bv, Den Haag, [www.az-gsb.nl](http://www.az-gsb.nl)

#### **Abonnementen & lidmaatschap**

Abonnementen worden per jaargang (januari-december) afgesloten. Opzegging dient te geschieden uiterlijk op 1 december van het lopende abonnementsjaar; bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voortgezet.

**Leden vmc:** Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement per lid per kalenderjaar.

*Mediaforum in print:* € 155 (voor natuurlijke personen); € 280 (voor rechtspersonen).

*Mediaforum als pdf:* € 110 (enkel voor natuurlijke personen). Tussentijdse wijzigingen van abonnementsvormen zijn niet mogelijk.

Aanmelding, afmelding, adres- of naamswijziging graag per e-mail ([vmc@mediaforum.nl](mailto:vmc@mediaforum.nl)).

**Niet-leden:** € 165 per kalenderjaar. Abonnees in het buitenland betalen € 70 verzendkosten. Opgave nieuw abonnement, opzegging (uiterlijk 1 december), adreswijziging e.d. schriftelijk bij deLex, e-mail: [service@delex.nl](mailto:service@delex.nl)

Het verlenen van toestemming tot publicatie in dit tijdschrift strekt zich tevens uit tot het in enige vorm elektronisch beschikbaar stellen.

© 2023 Vereniging voor Media- en Communicatierecht

# Mediaforum

## Tijdschrift voor Media- en Communicatierecht

Studenteneditie 2023

### Inhoud

- 1 Voorwoord**  
*Anouck Bakhuis, Lotte van den Bosch en Vera de Zwaan*
- 2 Inleiding** Een primeur voor het mediarecht in Nederland: de allereerste studenteneditie van *Mediaforum*  
*Tarlach McGonagle*
- 3** Sharenting en de digitale voetafdruk van een kind – De juridische mogelijkheden voor het kind om de door de ouders gecreëerde online identiteit te laten wissen  
*Melissa de Klein*
- 8** De Wob is dood, leve de Woo? – De Wet open overheid, artikel 10 EVRM en de bescherming van informatievrijheid, mediavrijheid en de media als public watchdog  
*Emma de Vries*
- 17** Maatregelen rond influencermarketing op video-platformdiensten – In lijn met mediarechtelijke normen maar een gevaar voor de uitingsvrijheid van influencers?  
*Claire ten Heuvelhof*
- 22** **Column** De procedurele wending van de DSA: het recht op menselijke tussenkomst in content moderation  
*Ljubiša Metikoš*
- 23** De grenzeloze vrijheid van maatschappelijke kaders – Een verkenning van de grenzen van de vrijheid van meningsuiting tegen het licht van de theorieën van Waldron en Dworkin  
*Dries van de Voort*
- 30** De macht van het medium – Een exploratieve analyse van het EHRM-onderscheid tussen mediavormen in uitspraken over de journalistieke vrijheid van meningsuiting (ex artikel 10 EVRM) in het licht van Marshall McLuhan's mediatheorie  
*Lotte van den Bosch*
- 37** De lange arm van de SLAPP – Een evaluatie van voorstel 2022/0117 ter bescherming van journalisten en andere publieke waakhonden tegen grensoverstijgende SLAPP's in Europa  
*Fenna van Haeften*

Voor u ligt de eerste studenteneditie van *Mediaforum*. Een klein jaar geleden ging de call for papers, die tot de in dit exemplaar verzamelde bijdragen leidde, de deur uit. “Het doel van deze studenteneditie”, zo schreven we daarin, “is om studenten die gefascineerd zijn door juridische vraagstukken op het snijvlak van media en recht de kans te bieden daarover te publiceren.” Met trots kunnen we als redactie concluderen dat dat doel bereikt is. Het resultaat is kleurrijk; het geheel van de verschillende inzendingen laat de breedte van het mediarechtelijke landschap duidelijk zien. De artikelen in deze editie variëren van meer positiefrechtelijke onderwerpen zoals sharenting en de digitale voetafdruk van een kind, tot meer filosofische onderwerpen zoals de grenzen van de vrijheid van meningsuiting.

Om de betrokken (ex-)studenten die bijdroegen aan deze uitgave een representatieve kennismaking met de academische publicatieprocedure te bieden, hebben wij er als redactie zorg voor gedragen dat alle stukken in deze editie door anonieme peer reviewers werden becommentarieerd en beoordeeld (double-blind peer review). Bij dezen bedanken we de peer reviewers in kwestie nogmaals voor hun vakkundige en constructieve commentaar op de stukken. Ook de auteurs van de stukken bedanken we hierbij expliciet voor het harde werk dat een proces zoals we dat hierboven beschreven vergt. Daar-

naast zijn we Tarlach McGonagle dankbaar voor het nemen van het initiatief tot deze eerste studenteneditie en voor zijn betrokkenheid gedurende het redactionele proces. Toen wij – een groep onbekenden afkomstig van verschillende universiteiten en uit verschillende (juridische) disciplines – gezamenlijk onze tanden in dit project zetten, kenden we elkaar zoals velen destijds alleen van een scherm. Die groep onbekenden veranderde al snel in een goed functionerende redactie waarbinnen de sfeer ondanks regelmatige deadlines altijd goed bleef. In de loop van afgelopen jaar veranderde de samenstelling van de redactie zo nu en dan, dus dit is ook de plaats om Philip Schreurs en Menno Mulder te bedanken voor hun ideeën en bijdragen in een vroeger stadium van het proces dat tot deze editie leidde.

Een leerzaam jaar komt voor ons als redactie met de publicatie van deze studenteneditie ten einde. Hopelijk geniet u evenzeer van de artikelen in deze eerste editie als wij. We hopen van harte dat deze studenteneditie navolging mag vinden in een tweede uitgave.

*Anouck Bakhuis*  
*Lotte van den Bosch*  
*Vera de Zwaan*

# Een primeur voor het mediarecht in Nederland: de allereerste studenteneditie van *Mediaforum*

## Het plan

Het idee voor een studenteneditie van *Mediaforum* is ontstaan in het vak International Media Law, Policy & Practice (IMLPP) – een keuzemodule binnen de masteropleiding Informatierecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam.

Het IMLPP-vak maakt deel uit van het ervaringsgerichte leerprogramma van de faculteit, Amsterdam Law Practice, waarin alles draait om ‘leren door te doen’. Alle studenten die het vak volgen, kiezen een praktijkgerichte rol, waarin zij hun inhoudelijke kennis van mediarecht en -beleid toepassen. Hierbij maken ze gebruik van communicatieve, technologische, besluitvormings-, onderhandelings-, presentatie- en andere vaardigheden. Ook reflecteren ze op de rollen die ze hebben uitgevoerd.

Tijdens het vak schrijven studenten blogposts en research papers; ze maken infographics en nemen deel aan simulaties van bijvoorbeeld *Jinek* (een gemodererde discussie waarin de studiogasten juridische en ethische aspecten van journalistieke vrijheden en mediavrijheden bespreken) en een redactievergadering bij *The Guardian* (twee studenten modereren een discussie over geselecteerde controversiële cartoons, waarbij ze de juridische en ethische argumenten over het al dan niet publiceren afwegen). Daarnaast kunnen studenten ervoor kiezen om conferentiepanels te bedenken en te organiseren, hun standpunten met hand en tand te verdedigen in pleitwedstrijden, of podcasts te maken.

In 2021 koos een aantal studenten voor de optie om een projectvoorstel op te stellen voor de allereerste studenteneditie van *Mediaforum*. Het doel was om een publicatiekanaal te creëren voor hoogwaardige onderzoekspapers en scripties van (master)studenten over verschillende aspecten van het mediarecht. Ik gaf feedback op de (toen al heel professionele) eerste concepten, die de studenten vervolgens uitwerkten.

## De uitvoering

De tijd vliegt, omstandigheden veranderen, studenten studeren af, carrières beginnen en het leven gaat verder. Zo ook de planning van deze studenteneditie. Het team werd opnieuw gevormd door een samenwerking tussen IMLPP-studenten en studenten van mijn vak Mediarecht & Informatiesamenleving,

een keuzemodule binnen de masteropleiding Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Zij hebben het projectvoorstel herzien, verfijnd en voorgelegd aan de redactie van *Mediaforum*. Na groen licht en nuttige feedback van de redactie, alsook praktische en creatieve ideeën van Claudia Zuidema (Uitgeverij deLex), was het tijd voor een ‘call for papers’ en vervolgens een double-blind peer-reviewproces met medewerking van een aantal academici en professionals gespecialiseerd in het mediarecht.

## De uitkomst en dankwoorden

Het verheugt me dat er aan het einde van het proces maar liefst zes artikelen zijn verschenen in deze studenteneditie. Ik wil de studentenauteurs dan ook heel hartelijk feliciteren met hun hoogwaardige artikelen en de lezers veel leesplezier toewensen.

Enkele dankwoorden zijn zeker op hun plaats: ik bedank het bestuur van de VMC, de redactie van *Mediaforum* en Uitgeverij deLex voor hun steun gedurende het proces; alle studenten die abstracts hebben ingestuurd; de reviewers voor hun deskundige commentaar; Maria Streppel voor haar nauwkeurige redactionele controles; de IMLPP-studenten van het eerste uur<sup>1</sup> en de nieuwe studentenredactie die alles op de rails kreeg.<sup>2</sup> *Last, but certainly not least*: mijn dank gaat in het bijzonder uit naar Philip Schreurs voor zijn schakelrol in het proces en naar het kernteam dat alles in goede banen heeft geleid tot het feestelijke einde van het proces: Anouck Bakhuis, Lotte van den Bosch en Vera de Zwaan. Hun fantastische inzet heeft ervoor gezorgd dat het project zo’n groot succes is geworden!

## De toekomst

Wij willen heel graag voortbouwen op deze succesvolle pilot. We hebben goede werkmethoden ontwikkeld en een ‘community of interest’ opgebouwd. De volgende uitdaging zal zijn om van een 020-071 samenwerking uit te groeien tot een echt nationaal project. Zoals Leonard Cohen het wel eens zo treffend uitdrukte: “First we take Manhattan, then we take Berlin”.

Prof. dr. Tarlach McGonagle  
Amsterdam/Leiden, april 2023

<sup>1</sup> Francien Giebels, Ljubiša Metikoš, Max Mohrmann, Marije Rijsenbrij en Philip Schreurs.

<sup>2</sup> Anouck Bakhuis, Lotte van den Bosch, Menno Muller, Philip Schreurs en Vera de Zwaan.

# Sharenting en de digitale voetafdruk van een kind

## De juridische mogelijkheden voor het kind om de door de ouders gecreëerde online identiteit te laten wissen

### 1. Inleiding

Tegenwoordig delen veel ouders berichten, foto's of video's – ook wel content genoemd – van hun kinderen op verschillende sociale media. Het door ouders delen van content over hun kinderen wordt ook wel aangeduid met de term *sharenting*: de gewoonte van een ouder om regelmatig gebruik te maken van sociale media om informatie over het kind te delen.<sup>1</sup> De term is een samenstelling van het woord *share*, wat delen betekent en het woord *parenting*, wat ouderschap betekent. Het gevolg van sharenting is het ontstaan van een digitale voetafdruk van het kind: een dataspoor op het internet waarmee een persoon geïdentificeerd kan worden.<sup>2</sup> Vanuit het oogpunt van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: AVG) is sharenting daarom een relevant onderwerp. Het belangrijkste doel van de AVG is het verzekeren van controle van individuen over hun data.<sup>3</sup> Dit staat op gespannen voet met de positie van kinderen wier persoonsgegevens door ouders online geplaatst worden. Dit artikel beoogt dan ook de vraag te beantwoorden of een kind de juridische mogelijkheid heeft om op latere leeftijd de online identiteit die door de ouders gecreëerd is te laten verwijderen.

### 2. Kinderen en de AVG

De AVG definieert de term 'het kind' niet. De definitie van de term 'het kind' volgt voor dit artikel uit het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (hierna: IVRK). Artikel 1 IVRK stelt dat met 'het kind' ieder mens jonger dan achttien jaar wordt bedoeld. De content die ouders online delen over hun kind bevat vaak persoonsgegevens: alle gegevens over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, ook wel 'de betrokkene' genoemd.<sup>4</sup> Wanneer de ouder een foto, waar het kind herkenbaar op staat, online deelt, is het kind in kwestie doorgaans identificeerbaar. Het delen van foto's en video's op sociale media is daarom meestal een verwerking van persoonsgegevens. De vraag is aan de orde of het kind het recht heeft om zijn<sup>5</sup> persoonsgegevens te laten verwijderen, als zijn ouder hier niet zorgvuldig mee is omgegaan door het veelvuldig delen van content op sociale media. Het verwerken van per-

soonsgegevens is pas rechtmatig indien sprake is van een specifieke verwerkingsgrondslag uit de AVG.<sup>6</sup> De AVG is echter niet in alle situaties van toepassing en kent verschillende uitzonderingsgronden. De volgende paragraaf weidt daarom uit over het toepassingsbereik van de AVG in het geval van sharenting.

### 3. Toepassingsbereik van de AVG

De AVG is van toepassing op een geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens.<sup>7</sup> Zoals eerder beschreven, is het delen van een foto of video op sociale media aan te merken als een verwerking van persoonsgegevens. Sharenting valt dus binnen het toepassingsbereik van de AVG. De AVG kent echter verschillende uitzonderingsgronden op het toepassingsbereik.<sup>8</sup> Uit artikel 2 lid 2 aanhef en onder c AVG volgt dat de AVG niet van toepassing is op de verwerking van persoonsgegevens door een natuurlijke persoon bij de uitoefening van een zuiver persoonlijke of huishoudelijke activiteit. Het is de vraag of deze uitzondering van toepassing is wanneer een ouder foto's of video's van het kind op sociale media plaatst.

De preambule van de AVG stelt dat deze uitzondering van toepassing is wanneer de persoonlijke of huishoudelijke activiteit geen enkel verband houdt met een beroeps- of handelsactiviteit.<sup>9</sup> Indien een *influencer* een foto van haar kind op Instagram plaatst met een commercieel oogmerk zal al sprake zijn van een beroeps- of handelsactiviteit en is er dus geen sprake van de uitzondering. De AVG is in dat geval van toepassing op de verwerking van de persoonsgegevens. Wat volgens de preambule van de AVG wel onder een louter persoonlijke of huishoudelijke activiteit valt is bijvoorbeeld het bijhouden van een adresboek, het voeren van correspondentie, maar ook sociaal netwerken.<sup>10</sup> Valt het delen van content over het kind, zonder commercieel oogmerk, dan onder sociaal netwerken en daarmee onder de uitzondering van 'huishoudelijke en persoonlijke activiteit'?

Het Hof van Justitie (hierna: HvJ) stelt in het *Lindqvist*-arrest dat geen sprake is van een louter huishoudelijke en persoonlijke activiteit als persoonsgegevens openbaar gemaakt worden op internet en deze gegevens vervolgens voor een onbepaald aantal personen toegankelijk zijn.<sup>11</sup> Hieruit valt af te leiden dat

\* Mr. M. de Klein rondde in november 2022 de master IT-recht af aan de Rijksuniversiteit Groningen. Per 1 februari 2023 is zij werkzaam als advocaat-stagiair te Utrecht (Gresnigt & Van Kippersluis Advocaten).

1 Blum-Ross & Livingstone, *Popular Communication* 2017/15(2), p. 110, zie ook: Siibak & Traks, *Catalan Journal of Communication & Cultural Studies* 2019/11(1), p. 115.

2 Dictionary, 'Digital footprint', te vinden op [www.dictionary.com](http://www.dictionary.com) (laatst geraadpleegd op 22 februari 2022).

3 Preambule 7 AVG.

4 Artikel 4 onder 1 AVG.

5 In dit artikel wordt naar 'het kind' verwezen met 'hij' of 'zijn' gezien het feit dat het woord 'kind' onzijdig is. Hier kan ook steeds 'zij' of 'haar' worden gelezen.

6 Artikel 6 AVG.

7 Artikel 2 lid 1 AVG.

8 Artikel 2 lid 2 AVG.

9 Preambule 18 AVG.

10 Preambule 18 AVG.

11 HvJ 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596, NJ 2004/248, r.o. 47 (*Lindqvist*).

het delen van een foto van het kind door de ouder, zonder commercieel oogmerk, niet altijd onder de uitzondering van artikel 2 lid 2 aanhef en onder c AVG valt. Indien een ouder geen afgeschermd account heeft, zal de content doorgaans voor een onbeperkt aantal personen beschikbaar zijn. De AVG is in dat geval van toepassing op de verwerking van persoonsgegevens door de ouder. Wanneer een ouder een afgeschermd account heeft op sociale media, is het echter verdedigbaar dat de ouder wel onder de uitzondering valt. In een dergelijk geval kan gesteld worden dat de content voor een bepaald aantal personen toegankelijk is, namelijk enkel de vrienden of volgers van het account.<sup>12</sup> Het is in dat geval dan wel van belang dat de gegevens niet vindbaar zijn via een internetzoekmachine, anders heeft alsnog een onbeperkt aantal personen toegang tot de gegevens.<sup>13</sup> Wanneer de ouder niet selectief is in het toevoegen van contacten op sociale media en een groot aantal volgers of vrienden ontstaat, is dit weer een indicatie dat geen sprake is van een zuiver huishoudelijke of persoonlijke activiteit.<sup>14</sup>

Waar de precieze grens ligt bij toepassing van de AVG en de uitzondering van de zuiver huishoudelijke of persoonlijke activiteit op het toepassingsbereik, is lastig te bepalen.<sup>15</sup> Van geval tot geval zal dus gekeken moeten worden of een ouder onder het toepassingsbereik van de AVG valt of dat de uitzondering op het delen van content door de ouder van toepassing is. Door twee recente uitspraken is wel al meer duidelijkheid ontstaan over de toepasselijkheid van de uitzondering voor louter persoonlijke of huishoudelijke activiteit.

De eerste relevante zaak betreft die van de rechtbank Gelderland van 13 mei 2020. Centraal stond een geschil tussen een dochter (eiseres) en haar moeder (gedaagde).<sup>16</sup> De gedaagde had foto's van haar kleinkinderen op Facebook gedeeld. Eiseres vordert dat de rechter gedaagde zal verbieden om foto's van de kinderen op sociale media te delen en zal veroordelen om reeds geplaatste foto's te verwijderen.<sup>17</sup> De rechtbank stelt dat geen sprake is van een zuiver persoonlijke of huishoudelijke activiteit, omdat het niet duidelijk is in hoeverre het account van de gedaagde is afgeschermd en of de foto's via Google te vinden zijn.<sup>18</sup> Vervolgens stelt de rechter vast dat eiseres geen toestemming heeft verleend aan gedaagde voor het delen van een dergelijke foto van het kind, zoals bedoeld in artikel 5 van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: UAVG).<sup>19</sup> De rechter veroordeelt gedaagde dan ook om de foto van het kind te verwijderen van Facebook.<sup>20</sup> In een soortgelijk geval deed de rechtbank Overijssel (7 april 2021) uitspraak in een zaak waarin de gezaghebbende ouder van een kind de ex-stiefouder van dat kind verzocht had om foto's van het kind te verwijderen van Facebook.<sup>21</sup> Ook hier oordeelt de rechter dat geen sprake is van een zuiver persoonlijke of huishoudelijke activiteit, omdat sprake was van een openbaar Facebookaccount.<sup>22</sup> Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de gedaagde de foto's van het minderjarige kind van Facebook moet verwijderen, omdat haar wettelijke vertegenwoordiger geen toestemming op grond van artikel 5 lid 1 UAVG heeft verleend voor deze verwerking van persoonsgege-

vens.<sup>23</sup> Aan het belang van de ex-stiefouder lijkt de rechtbank weinig tot geen waarde te hechten.<sup>24</sup>

Uit bovenstaande uitspraken volgt dat een ouder niet snel onder de uitzondering voor persoonlijk of huishoudelijk gebruik valt als onduidelijk is in hoeverre het Facebook-account openbaar is. Ook wordt gesteld dat een ouder niet onder de uitzondering valt wanneer het niet geheel duidelijk is of de geplaatste content ook via Google te raadplegen is. Het ligt in de lijn der verwachting dat de AVG verder zonder twijfel van toepassing is op de ouder met een openbaar account. De content van deze ouder staat ter beschikking aan een onbepaald aantal socialemediagebruikers. Daarnaast zijn de foto's en video's doorgaans te vinden via een internetzoekmachine. Beide punten duiden op toepasbaarheid van de AVG.

#### 4. De ouder als verwerkingsverantwoordelijke en het kind als datasubject

Door plaatsing van een bericht op sociale media is sprake van verwerking van persoonsgegevens als het kind identificeerbaar is of geïdentificeerd kan worden. De ouder is in deze situatie de verwerkingsverantwoordelijke, zoals bedoeld in artikel 4 onder 7 AVG. Het kind is de identificeerbare of geïdentificeerde natuurlijke persoon, ook wel de betrokkene of het datasubject.<sup>25</sup> Verwerking van persoonsgegevens is rechtmatig wanneer sprake is van een geldige verwerkingsgrondslag. In deze paragraaf worden de voor sharenting mogelijk relevante grondslagen besproken.

Naast de ouder kan het socialemediaplatform in sommige gevallen ook worden aangemerkt als verwerkingsverantwoordelijke. Het platform verwerkt content door bepaalde content samen te voegen en te organiseren om zo een overzichtelijk geheel te creëren.<sup>26</sup> Ook zorgt het platform ervoor dat door gebruikers geplaatste content gemakkelijk terug te vinden is, door de content te rangschikken en classificeren.<sup>27</sup> Een socialemediaplatform als Facebook analyseert de inhoud van geplaatste berichten met het doel om vervolgens aan de gebruikers van het platform specifieke aanbevelingen te kunnen doen.<sup>28</sup> Het socialemediaplatform bepaalt daarmee dus het doel en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens in content, nadat de content geplaatst is. Het platform is in dat geval aan te merken als verwerkingsverantwoordelijke.<sup>29</sup> Dit artikel richt zich echter op het moment van plaatsing van persoonsgegevens op sociale media en merkt daarom de ouder in eerste instantie aan als verwerkingsverantwoordelijke.

##### 4.1 Toestemming als rechtmatige verwerkingsgrondslag

Het geven van toestemming door de betrokkene aan de verwerkingsverantwoordelijke is één van de zes rechtmatige verwerkingsgrondslagen.<sup>30</sup> Aangezien kinderen zich vaak minder bewust zijn van de risico's van de verwerking van per-

12 Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 5/2009 over sociale netwerken, (WP163), 12 juni 2009, p. 6.

13 Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 5/2009 over sociale netwerken, (WP163), 12 juni 2009, p. 6.

14 Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 5/2009 over sociale netwerken, (WP163), 12 juni 2009, p. 6.

15 *Kamerstukken II 2017/18*, 34851, nr. 7, p. 10.

16 Rb. Gelderland 13 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2521.

17 Rb. Gelderland 13 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2521, r.o. 3.1.

18 Rb. Gelderland 13 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2521, r.o. 4.5.

19 Rb. Gelderland 13 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2521, r.o. 4.6.

20 Rb. Gelderland 13 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2521, r.o. 4.6.

21 Rb. Overijssel 7 april 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1506.

22 Rb. Overijssel 7 april 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1506, r.o. 4.4.

23 Rb. Overijssel 7 april 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1506, r.o. 4.5.

24 Rb. Overijssel 7 april 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1506, r.o. 4.5.

25 Waar de Azevelo versie van Verordening 2016/679 het over 'datasubject' heeft, spreekt de Nederlandse versie over 'betrokkene', zie bijv. van beide versies artikel 4 onder 1 AVG.

26 Erdos, *International Journal of Law and Information Technology* 2018/26, p. 214.

27 Viola de Azevedo Cunha, Marin & Sartor *International Data Privacy Law* 2012/2, p. 51.

28 Erdos, *International Journal of Law and Information Technology* 2018/26, p. 214, zie ook HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, r.o. 28 (*Google Spain*).

29 Artikel 4 onder 7 AVG.

30 Artikel 6 lid 1 onder a AVG.

soonsgegevens, hebben zij recht op specifieke bescherming.<sup>31</sup> De UAVG bevat een nadere regeling omtrent toestemming voor verwerking van persoonsgegevens van een kind. De wettelijk vertegenwoordiger van het kind onder de zestien jaar dient in dat geval toestemming te verlenen voor verwerking van persoonsgegevens van het kind, dit volgt uit artikel 5 lid 1 UAVG. In de situatie waarin de ouder degene is die persoonsgegevens van het kind verwerkt, door het delen van content op sociale media, kan dit problematisch zijn. De ouder dient zichzelf dan toestemming te geven voor de verwerking van persoonsgegevens van het kind. Het intrekken van de toestemming lijkt voorsnog ook voorbehouden aan de ouder van het kind. Dit volgt uit artikel 5 lid 4 UAVG. Het artikel stelt dat de wettelijke vertegenwoordiger de rechten, zoals neergelegd in hoofdstuk drie AVG, uitoefent van de betrokkene die de leeftijd van zestien nog niet heeft bereikt.

Dit lijkt erop te duiden dat een kind, naargelang het meer bewustzijn krijgt van de risico's die kleven aan de online identiteit, de toestemming die door de ouder is verleend niet zelf kan intrekken. Pas wanneer het kind de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt kan het zelf beslissen over het al dan niet verlenen van toestemming voor de verwerking van zijn persoonsgegevens. Op 20 mei 2020 is echter een wetsvoorstel tot wijziging van onder andere de UAVG in consultatie gegaan.<sup>32</sup> Het wetsvoorstel betreft ook een wijziging van artikel 5 lid 4 UAVG. Door de wijziging kan een betrokkene, ouder dan twaalf jaar, ook zelf de rechten, zoals neergelegd in hoofdstuk 3 AVG, uitoefenen als het zijn eigen persoonsgegevens betreft.<sup>33</sup> De wetswijziging lijkt dus een stap in de goede richting wat betreft het recht op privacy van het kind.

#### 4.2 **Gerechvaardigd belang als rechtmatige verwerkingsgrondslag**

Artikel 6 lid 1 onder f AVG stelt verder dat verwerking van persoonsgegeven ook rechtmatig is indien de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of van een derde.<sup>34</sup> Deze rechtmatigheid komt weer te vervallen wanneer de grondrechten en de fundamentele vrijheden van de betrokkene die tot bescherming van persoonsgegevens nopen, zwaarder wegen dan de gerechtvaardigde belangen.<sup>35</sup> In artikel 6 lid 1 onder f AVG wordt als laatste extra gewicht toegekend aan de rechten van het kind als betrokkene.

Een gerechtvaardigd belang van de ouder kan dus mogelijk ook als rechtmatige verwerkingsgrondslag dienen bij sharenting. Ouders kunnen stellen dat zij in het kader van uitoefening van vrijheid van meningsuiting content over het kind delen, of een legitiem belang hebben bij het delen van content met vrienden en familie.<sup>36</sup> Ouders die werkzaam zijn als influencer hebben vaak een commercieel belang bij het delen van content over hun kinderen. Zij krijgen immers betaald

voor het delen van bepaalde foto's of video's ter promotie van een bepaald merk.<sup>37</sup> De Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: AP) stelt dat een zuiver commercieel belang niet te kwalificeren is als gerechtvaardigd belang.<sup>38</sup> De rechtbank Midden-Nederland oordeelde hier echter anders over in de zaak *Voetbal TV* van 23 november 2020.<sup>39</sup> De AP stelt zich in deze uitspraak op het standpunt dat van een gerechtvaardigd belang enkel sprake is wanneer dit belang uit een geschreven of ongeschreven rechtsregel of rechtsbeginsel voortvloeit.<sup>40</sup> Een zuiver commercieel belang vloeit niet specifiek genoeg voort uit zo'n rechtsregel of -beginsel.<sup>41</sup> Advocaat-generaal Bobek stelt in zijn conclusie in de zaak *Fashion ID* dat het begrip 'gerechtvaardigd belang' geen specifieke definitie kent – eerder een open invulling.<sup>42</sup> De Groep Gegevensbescherming Artikel 29 heeft in haar advies uit 2014 ook gesteld dat het gerechtvaardigd belang veel verschillende belangen kan omvatten.<sup>43</sup> Met verwijzing naar het bovenstaande komt de rechtbank uiteindelijk tot de conclusie dat het gerechtvaardigd belang aan de hand van een negatieve toets beoordeeld dient te worden.<sup>44</sup> Het komt er dus op neer dat het belang dat de verwerker van persoonsgegevens nastreeft in ieder geval niet in strijd mag zijn met de wet.<sup>45</sup> Een economisch belang kan dus ook gelden als gerechtvaardigd belang in de zin van artikel 6 lid 1 onder f AVG.

Voor een geslaagd beroep op artikel 6 lid 1 onder f AVG moet de verwerking ook noodzakelijk zijn voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang. Deze noodzakelijkheidstoets is strenger wanneer de betrokkene zich in een afhankelijke positie bevindt ten opzichte van de verwerkingsverantwoordelijke.<sup>46</sup> Hiervan is sprake bij de ouder-kindrelatie, aangezien een kind in een afhankelijke positie staat ten opzichte van zijn ouders. Vervolgens brengt dit noodzakelijkheidsvereiste, volgens het HvJ, een afweging van de belangen en rechten van verwerkingsverantwoordelijke en betrokkene met zich mee.<sup>47</sup> In de zaak *ASNEF* stelt het HvJ dat deze afweging afhangt van de omstandigheden van het geval; daarbij dient de verwerkingsverantwoordelijke rekening te houden met het belang van de uit artikelen 7 en 8 Handvest voortvloeiende rechten van betrokkene.<sup>48</sup> Dit in acht nemende prevaleert het recht op bescherming van de privacy van het kind mijns inziens boven het gerechtvaardigde belang van de ouder. Zoals eerder besproken verdient het kind namelijk bijzondere bescherming, vanwege zijn kwetsbare positie. De kans op een geslaagd beroep op artikel 6 lid 1 onder f AVG voor een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens van het kind door ouders is mijns inziens dan ook niet groot.

## 5. Het recht op vergetelheid voor kinderen

De vraag is nu aan de orde of kinderen de door ouders online geplaatste content kunnen laten verwijderen. Het recht om

31 Preambule 38 AVG.

32 Concept regeling Verzamelwet gegevensbescherming, te vinden op: [www.internetconsultatie.nl/verzamelwetgegevensbescherming](http://www.internetconsultatie.nl/verzamelwetgegevensbescherming) (laatst geraadpleegd op 9 mei 2020).

33 Memorie van Toelichting Verzamelwet gegevensbescherming, te vinden op: [www.internetconsultatie.nl/verzamelwetgegevensbescherming](http://www.internetconsultatie.nl/verzamelwetgegevensbescherming) (laatst geraadpleegd op 9 mei 2020), p. 5.

34 Artikel 6 lid 1 sub f AVG.

35 Artikel 6 lid 1 sub f AVG.

36 Bessant, *Communications Law* 2018/23(1), p. 5.

37 Verdoodt, Van der Hof & Leiser 2020, p. 99-100.

38 Autoriteit Persoonsgegevens, 'Normuitleg grondslag 'gerechtvaardigd belang'', 1 november 2019, te vinden op [www.autoriteitpersoonsgegevens.nl](http://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl) (laatst geraadpleegd op 2 juni 2022), p. 3.

39 Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111 (*Voetbal TV*).

40 Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 11 (*Voetbal TV*).

41 Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 11 (*Voetbal TV*).

42 Concl. A-G M. Bobek, ECLI:EU:C:2018:1039, punt 122, bij HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 (*Fashion ID*).

43 Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 06/2014 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke" in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG, 9 april 2014, te vinden op [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) (laatst geraadpleegd op 6 juni 2022), p. 30.

44 Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 16 (*Voetbal TV*).

45 Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111, r.o. 16 (*Voetbal TV*).

46 Kranenborg & Verhey 2018, p. 157-158.

47 Kranenborg & Verhey 2018, p. 159.

48 HvJ 24 november 2011, C-468/10 en C-469/10, ECLI:EU:C:2011:777, r.o. 40 (*ASNEF*).

vergeten te worden is opgenomen in artikel 17 AVG. Dit recht is voor de inwerkingtreding van de AVG door het HvJ al erkend in de zaak *Google Spain*.<sup>49</sup> Uit de preambule van de AVG volgt dat een betrokkene over het recht om vergeten te worden moet beschikken.<sup>50</sup> Het recht beoogt de betrokkene zeggenschap te geven over zijn persoonsgegevens.<sup>51</sup> In situaties waarin verwerking van persoonsgegevens niet langer rechtmatig is op grond van de AVG, kan een betrokkene het recht invoeren. Van een dergelijke situatie is bijvoorbeeld sprake wanneer een betrokkene zijn toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens intrekt.<sup>52</sup> Het intrekken van de toestemming wordt ook expliciet benoemd in artikel 17 lid 1 sub b AVG. Wanneer geen sprake is van een andere verwerkingsgrondslag moet de verwerkingsverantwoordelijke de persoonsgegevens wissen bij het intrekken van de toestemming.<sup>53</sup>

Indien de ouder gedeelde content moet verwijderen, kan de content alsnog ergens anders op internet staan. Een ouder dient in een dergelijk geval ook andere verwerkingsverantwoordelijken op de hoogte te brengen van het verzoek van het kind.<sup>54</sup> Andere verwerkingsverantwoordelijken kunnen zich echter beroepen op het recht op vrijheid van meningsuiting als een gerechtvaardigd belang. In dat geval dient weer een belangenafweging plaats te vinden tussen het gerechtvaardigde belang van de verwerkingsverantwoordelijke en het privacybelang van het kind.

Het recht om vergeten te worden kan verder ook niet toegepast worden voor zover de verwerking van persoonsgegevens nodig is voor de uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting.<sup>55</sup> Dit laat zien dat aan het recht op vrijheid van meningsuiting net zoveel waarde toekomt als aan het recht op bescherming van persoonsgegevens. Op basis van een belangenafweging dient beoordeeld te worden aan welk van de rechten meer gewicht toekomt. Gesteld kan echter worden dat het recht van het kind om persoonsgegevens te laten verwijderen vaak zwaarder weegt.<sup>56</sup> De informatie zal namelijk niet gauw relevant zijn voor het publieke debat.<sup>57</sup>

## 6. Uitoefening van het recht op vergetelheid door kinderen in de praktijk

Op grond van de huidige wetgeving kan een kind de door zijn ouders gegeven toestemming voor verwerking van persoonsgegevens pas intrekken wanneer het de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt. Uit artikel 5 lid 4 UAVG volgt namelijk dat de wettelijke vertegenwoordiger de rechten, zoals neergelegd in hoofdstuk 3 AVG, uitoefent van de betrokkene die de leeftijd van zestien nog niet heeft bereikt. Het intrekken van toestemming, op grond van artikel 17 lid 1 sub b AVG, is één van die rechten.

Niet alleen de AVG stelt dat ouders ondersteuning dienen te geven bij uitoefening van de rechten van hun kinderen, ook in het IVRK is een dergelijke bepaling te vinden. Artikel 5 IVRK stelt dat de ouder passende leiding en begeleiding aan het kind moet geven bij uitoefening van zijn rechten. Artikel 5 IVRK dient daarnaast in samenhang gelezen worden met artikel 12 IVRK,<sup>58</sup> waaruit volgt dat een ouder passend belang aan

de mening van het kind moet hechten in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid. Een ouder dient dus aan de hand van de ontwikkeling van het kind meer of minder waarde te hechten aan diens mening. Mijns inziens is het in het belang van het kind om geen digitale identiteit te hebben of te creëren, omdat een digitale identiteit risico's met zich meebrengt zoals identiteitsfraude. Ouders dienen hier naar mijn mening dan ook rekening mee te houden als het overduidelijk is dat een kind door zijn jonge leeftijd nog niet in staat is een mening te vormen over het plaatsen van content op sociale media met inachtneming van de risico's.

Zoals hiervoor al aangegeven dient een ouder op grond van artikel 5 IVRK passende leiding en begeleiding te geven aan het kind bij de uitoefening van zijn rechten, rekening houdend met het ontwikkelde vermogen van het kind. Een ouder kind heeft daarbij doorgaans minder sturing nodig van zijn ouders dan een jonger kind.<sup>59</sup> Een kind is nog niet altijd in staat om zelf zijn privacy te beschermen. Indien het kind dit inderdaad nog niet kan, dient de ouder het kind te helpen om zijn privacy te beschermen.<sup>60</sup> Het recht van privacy is ook van toepassing op de ouder-kindrelatie.<sup>61</sup> Het geven van passende leiding en begeleiding betekent dus ook dat de ouder de privacy van het kind moet respecteren.<sup>62</sup> Het delen van content van het kind op sociale media door een ouder kan een ongerechtvaardigde inbreuk op de privacy van het kind opleveren.<sup>63</sup>

Ouders bekleden een dubbele rol als het gaat om privacy van het kind. Ten eerste dient de ouder het recht van privacy van het kind te respecteren en ten tweede dient de ouder het kind ook te beschermen tegen privacyinbreuken.<sup>64</sup> Daarnaast is het ook een recht van de ouders om zelf te bepalen hoe zij hun kinderen willen opvoeden.<sup>65</sup> Het ouderlijk gezag wordt beschermd onder artikel 8 EVRM.<sup>66</sup> Ouders dienen wel verantwoordelijk om te gaan met het recht om de opvoeding van het kind zelf in te richten. Zij dienen hierbij het belang van het kind voorop te stellen.<sup>67</sup> Het belang van het kind lijkt dan ook bepalend te zijn voor de grenzen van ouderlijk gezag.<sup>68</sup>

## 7. Resumé

Uit bovenstaande volgt dat een kind op basis van artikel 17 AVG wel degelijk de mogelijkheid heeft om de door ouders online gecreëerde identiteit te laten verwijderen. Het kind kan de door ouders gegeven toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens namelijk intrekken zodra het de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt. In de praktijk lijkt het mijns inziens, gelet op de verhouding tussen de ouder en het kind, niet aannemelijk dat een kind van zestien jaar of ouder daadwerkelijk tegen zijn ouders zal optreden. Het kind zou bij zijn ouders terecht moeten kunnen om het recht, zoals bedoeld in artikel 17 AVG, uit te oefenen. Wanneer het kind dit recht tegenover zijn ouders wil uitoefenen, kan het kind niet leunen op zijn ouder voor leiding en begeleiding. Een ouder zal immers geen rechtszaak tegen zichzelf beginnen. Hoe een dergelijke situatie zich in de praktijk daadwerkelijk zal uiten is momenteel nog niet bekend en zal nog moeten blijken in de toekomst. Het kind lijkt in ieder geval in zijn recht te staan.

49 HvJ 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain*).

50 Preambule 65 AVG.

51 Ausloos 2020, p. 196.

52 Preambule 65 AVG.

53 Artikel 17 lid 1 sub b AVG.

54 Artikel 17 lid 2 AVG.

55 Artikel 17 lid 3 aanhef en onder a AVG.

56 Ciavarella & De Terwangne 2014, p. 167.

57 Ciavarella & De Terwangne 2014, p. 167.

58 VN-Kinderrechtencomité CRC/C/GC/12, par. 69.

59 Mulder, *FJR* 2016/28, p. 112.

60 Mulder, *FJR* 2016/28, p. 114.

61 *Kamerstukken II* 1992/93, 22855, nr. 3 (MvT), p. 16-17.

62 Kamchedzera 2012, par. 64, zie ook: Mulder *FJR* 2016/28, p. 114.

63 Rb. Almelo 15 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BKO555, *NJF* 2009/489.

64 Mulder, *FJR* 2016/28, p. 113.

65 Mulder, *FJR* 2016/28, p. 113.

66 De Bruijn-Lückers 1994, p. 99.

67 Mulder, *FJR* 2016/28, p. 115.

68 Mulder, *FJR* 2016/28, p. 115.



## BIBLIOGRAFIE

### Literatuur

#### Ausloos 2020

J. Ausloos, *The right to erasure in EU data protection law* Oxford, United Kingdom: Oxford University Press 2020.

#### Bessant Communications Law 2018/23

C. Bessant, 'Sharenting: Balancing the Conflicting Rights of Parents and Children', *Communications Law* 2018/23(1), p. 7-24.

#### Blum-Ross & Livingstone Popular Communication 2017/15

A. Blum-Ross & S. Livingstone, 'Sharenting, parent blogging, and the boundaries of the digital self', *Popular Communication* 2017/15(2), p. 110-125.

#### De Bruijn-Lückers 1994

M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag 'A whole code of juvenile law?'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

#### Ciavarella & De Terwangne 2014

R. Ciavarella & C. De Terwangne, 'Online Social Networks and Young People's Privacy Protection: The Role of the Right to be Forgotten', in: S. Van der Hof ea. *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*, Den Haag: Asser Press 2014, p. 157-172.

#### Erdos, International Journal of Law and Information Technology 2018/26

D. Erdos, 'Delimiting the Ambit of Responsibility of Intermediary Publishers for Third Party Rights in European Data Protection: Towards a Synthetic Interpretation of the EU Acquis', *International Journal of Law and Information Technology* 2018/26, p. 189-225.

#### Kamchedzera 2012

G. Kamchedzera: *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 5*, Leiden: Nijhoff 2012.

#### Kranenborg & Verhey 2018

H.R. Kranenborg & L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

#### Mulder FJR 2016/28

E. Mulder, 'Ouderlijk toezicht en het recht op privacy van het kind anno 2016', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2016/28, afl. 5, p. 112-117.

#### Siibak & Traks CJCS 2019/11

A. Siibak & K. Traks, 'The dark sides of sharenting', *Catalan Journal of Communication & Cultural Studies*, 2019/11(1), p. 115-121.

#### Verdoodt, Van der Hof & Leiser 2020

V. Verdoodt, S. Van der Hof & M. Leiser, 'Child labour and online protection in a world of influencers', In: C. Goanta & S. Ranchordás (red.) *The Regulation of Social Media Influencers, Elgar Law, Technology and Society series*, Cheltenham: Edward Elgar 2020, p. 98-124.

#### Viola de Azevedo Cunha, Marin & Sartor International Data Privacy Law 2012/2

M. Viola de Azevedo Cunha, Luisa Marin en Giovanni Sartor, 'Peer-to-peer privacy violations and ISP liability: data protection in the user-generated web', *International Data Privacy Law* 2012/2, p. 50-68.

### Digitale bronnen

#### Autoriteit Persoonsgegevens 2019

Autoriteit Persoonsgegevens, 'Normuitleg grondslag 'gerechtvaardigd belang''. 1 november 2019, te vinden op [www.autoriteitpersoonsgegevens.nl](http://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl) (laatst geraadpleegd op 2 juni 2022).

#### Centraal Bureau voor de Statistiek 2020

Centraal Bureau voor de Statistiek, 'Internet jongeren; toegang, gebruik en faciliteiten 2012-2019', 24 maart 2020, te vinden op [www.jmopendata.cbs.nl](http://www.jmopendata.cbs.nl) (laatst geraadpleegd op 13 juni 2022).

#### Collins Dictionary 2013

Collins Dictionary, 'Sharenting' 2013, te vinden op [www.collinsdictionary.com](http://www.collinsdictionary.com) (laatst geraadpleegd op 21 februari 2022).

#### Dictionary

Dictionary, 'Digital footprint', te vinden op [www.dictionary.com](http://www.dictionary.com) (laatst geraadpleegd op 22 februari 2022).

#### Groep Gegevensbescherming Artikel 29 2009

Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 5/2009 over sociale netwerken, (WP163), 12 juni 2009, te vinden op: [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) (laatst geraadpleegd op 11 april 2022).

#### Groep Gegevensbescherming Artikel 29 2014

Groep Gegevensbescherming Artikel 29, Advies 06/2014 over het begrip "gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke" in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG, 9 april 2014, te vinden op [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) (laatst geraadpleegd op 6 juni 2022).

#### Internationale en Europese praktijkstukken en aanbevelingen

#### VN-Kinderrechtencomité 2009

VN-Kinderrechtencomité, 'General Comment no. 12 on the right of the child to be heard', CRC/C/GC/12, 20 juli 2009.

#### Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1992/93, 22855, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 7.

#### Jurisprudentie

##### Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 29 juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 (*Fashion ID*) met conclusie van A-G M. Bobek, ECLI:EU:C:2018:1039.

HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, *NJ* 2014/385, m.nt. M.R. Mok (*Google Spain*).

HvJ 24 november 2011, C-468/10 en C-469/10, ECLI:EU:C:2011:777 (*ASNEF*).

HvJ EG 6 november 2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596, *NJ* 2004/248 (*Lindqvist*).

##### Rechtbank

Rb. Overijssel 7 april 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:1506.

Rb. Gelderland 13 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2521.

Rb. Midden-Nederland 23 november 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5111 (*Voetbal TV*).

Rb. Almelo 15 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK0555, *NJF* 2009/489.

Emma de Vries\*

## De Wet open overheid, artikel 10 EVRM en de bescherming van informatievrijheid, mediavrijheid en de media als public watchdog

### 1. Inleiding

Het Nederlandse openbaarheidsregime heeft met de komst van de op 1 mei 2022 in werking getreden Wet open overheid (Woo) een verandering ondergaan.<sup>1</sup> De nieuwe wet behelst een moderniseringsslag ten opzichte van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en heeft uitdrukkelijk(er) ten doel de overheid transparanter te maken.<sup>2</sup> Openbaarheid van informatie hangt samen met de bescherming van vrijheid van meningsuiting. Artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) beschermt de vrijheid van meningsuiting, informatievrijheid, mediavrijheid, de *public watchdog*-rol (publieke waakhond) van de media, en mogelijk een recht op toegang tot (overheids)informatie.<sup>3</sup>

Dat tussen de Nederlandse openbaarheidspraktijk onder de Wob en artikel 10 EVRM spanning bestond, blijkt bijvoorbeeld uit de vers in het geheugen liggende procedure omtrent de door NOS en NTR in mei 2020 ingediende Wob-verzoeken ter verkrijging van coronagerelateerde informatie.<sup>4</sup> De kritiek op de overheid in dit geval was gerelateerd aan de rol van de media als *public watchdog*, in de hoedanigheid waarin de media de overheid en andere machtsstructuren van controle voorzien.<sup>5</sup> Die rol zou niet goed genoeg zijn erkend en door de procedure maar te laten doormodderen gaf het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn & Sport (VWS) er geen blijk van goed oog te hebben voor de actualiteit van de gevraagde informatie waarbij de media baat hebben.<sup>6</sup> De Woo heeft in dat kader nieuwe ambities, maar laat ook een deel van de Wob (inhoudelijk) in stand.<sup>7</sup>

In deze bijdrage wordt de vraag aan de orde gesteld in hoeverre de Nederlandse praktijk van informatievoorziening op grond van de Woo op gespannen voet staat met de bescherming van media- en informatievrijheid en een potentieel recht op toegang tot (overheids)informatie onder artikel 10 EVRM en het Verdrag van Trosjø. Vervolgens wordt gezien of en

welke remedies daarvoor denkbaar zijn. Daarbij wordt in het bijzonder ingegaan op de rol van de media als *public watchdog*.

Ter beantwoording van die vraag zal in deze bijdrage allereerst aan de orde worden gesteld hoe de informatie- en mediavrijheid en de rol van de media als *public watchdog* beschermd worden door artikel 10 EVRM en in hoeverre dat ook een recht op toegang tot overheidsinformatie oplevert. Wat volgt is een beknopte bespreking van de systematiek van de Woo. Daarna zal worden gezien op welke punten het Nederlandse openbaarheidsregime onder de Woo (potentieel problematische) spanning oplevert met artikel 10 EVRM. Afgesloten wordt met een conclusie en enkele aanbevelingen.

### 2. Europeesrechtelijk kader: artikel 10 EVRM en het Verdrag van Trosjø

#### 2.1 Algemeen: letter en geest van artikel 10 EVRM

Vrije meningsuiting fungeert als fundament van democratische, politieke stelsels. Het recht daarop is in veelomvattende termen als volgt in artikel 10 EVRM opgetekend:<sup>8</sup>

“(1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others,

\* Mr. E.A. de Vries is in februari 2023 afgestudeerd in Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en is sindsdien werkzaam als onderwijs- en onderzoeksmedewerker bij de afdeling Europees Recht aan diezelfde universiteit.

1 Wet van 25 oktober 2021, houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid), *Stb.* 2021, 499; Het Woo-project was er een van lange adem. Zie daarover bijv.: M.L.M. van der Loop, ‘De Wet open overheid, een nieuw tijdperk?’, *Ars Aequi* 2022/05, p. 400-411.

2 Drahmann, Honée & al Khatib, *Openbaarmaking van overheidsinformatie: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de wetgeving in Zweden, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk, Slovenië en Estland*, Universiteit Leiden 2022, op verzoek van het Ministerie van BZK, p. 21.

3 Zie bijv. Mendel, ‘Freedom of Expression: A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights’, *Council of Europe*, Strasbourg 2021, p. 14 en 22 e.v.

4 Osnabrugge, ‘Raad van State stelt De Jonge ultimatum over beslissing in afhandelen Wob-verzoeken’, *Trouw*, 20 oktober 2021; ABRvS 20 oktober 2021,

AB 2022/12 (p. 128-132), ECLI:NL:RVS:2021:2348, m.nt. A. Drahmann en L.F.D. Honée (*Wob VWS*); Rijksoverheid (nieuwsbericht), ‘Extra maatregelen om Wob-verzoeken over corona sneller en beter af te handelen’, 7 september 2021; Redactie *Nieuwsuur*, ‘Minister De Jonge moet voor 30 november over Wob-verzoek Nieuwsuur besluiten’, *Nieuwsuur*, 20 oktober 2021.

5 Zie o.m. Oosterveld & Oostveen 2013, p. 146-147; Coronel 2008, p. 10 e.v.

6 ABRvS 20 oktober 2021, AB 2022/12 (p. 128-132), ECLI:NL:RVS:2021:2348, m.nt. A. Drahmann en L.F.D. Honée (*Wob VWS*); zie ook ABRvS 20 oktober 2021, *Mediaforum* 2021/15, ECLI:NL:RVS:2021:2348, m.nt. C.J. Wolswinkel (par. 3) (*Wob VWS*).

7 Zie bijv. Daalder, *Handboek Openbaarheid van Bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 156 e.v.

8 EHRM, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights: Freedom of expression*, 2021, p. 11; EHRM 7 december 1976, 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), par. 49.

for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

## 2.2 Bescherming van informatie- en mediavrijheid: een recht op het verkrijgen van overheidsinformatie?

### *Informatie- en mediavrijheid en de bijzondere positie van publieke waakhonden*

In artikel 10 EVRM valt te lezen dat het een recht op “freedom... to receive and impart information” inhoudt: informatie-vrijheid.<sup>9</sup> Voor bij het EVRM aangesloten staten betekent dit dat zij zich niet onnodig mogen mengen in het proces van informatie-uitwisseling.<sup>10</sup> Of er ook actie wordt verlangd van staten is afhankelijk van een weging van belangen.<sup>11</sup> Staten dienen er in ieder geval voor te waken dat het recht op vrije meningsuiting “practical and effective” is en niet “theoretical and illusory”.<sup>12</sup>

De informatie-vrijheid is breed. In de *Sunday Times*-uitspraak werd door het EHRM reeds aangenomen dat artikel 10 EVRM het recht van het publiek behelst om juist geïnformeerd te worden.<sup>13</sup> De vrijheid (van de media) om informatie te garen en te delen is daaraan expliciet verbonden.<sup>14</sup> Het garen van nieuws en andere informatie is essentieel in de voorbereiding van journalistieke publicaties en derhalve zijn informatie- en mediavrijheid in dat opzicht met elkaar verweven.<sup>15</sup> Het is *part en parcel* aan het grondrecht van vrije meningsuiting en de daaruit volgende mediavrijheid dat de media vrijelijk aan nieuwsgaring kunnen doen.<sup>16</sup> Openbaarheid van informatie is daarvoor essentieel.<sup>17</sup> In dat kader verdienen beperkingen van bijvoorbeeld de voorbereidende werkzaamheden van journalisten “the most careful scrutiny”.<sup>18</sup> Staten komt een nauwere *margin of appreciation* toe.<sup>19</sup> De media worden in verband met hun rol van *public watchdog* door het EHRM dus in het bijzonder beschermd.

Steeds meer verschillende actoren, waaronder ‘klassieke’ journalisten, *bloggers*, *citizen journalists*, maatschappelijke organisaties, klokkenluiders, academici en gebruikers van de sociale media in het algemeen, worden onder ‘media’ geschaard en hun bijdragen aan het publieke debat worden door artikel 10 EVRM extra beschermd.<sup>20</sup> Deze verschillende actoren vervullen heden ten dage gezamenlijk de rol van publieke waakhond, hetgeen die bijzondere bescherming rechtvaardigt.<sup>21</sup> Als gezegd dienen deze publieke waakhonden namelijk de controle op machtsstructuren, zoals overheden, en daarom hebben zij in het bijzonder baat bij bescherming van hun expressie- en informatievrijheid.<sup>22</sup> Overigens heeft het EHRM in het bijzonder ook NGOs genoemd als publieke (i.c. sociale) waakhond, met een rol “of similar importance to that of the press”, evenals academici.<sup>23</sup> Ten aanzien van bloggers en burgerjournalisten is die positie enigszins discutabel.<sup>24</sup>

### *Een (afgeleid) recht op het verkrijgen van toegang tot overheidsinformatie*

Lang werd de lijn aangehouden dat artikel 10 EVRM geen individualiseerbaar recht op toegang tot overheidsinformatie inhield.<sup>25</sup> In de zaak *Matky* bepaalde het EHRM echter dat het niet verstrekken van bepaalde informatie door de overheid onder omstandigheden een inmenging in de zin van lid 2 van artikel 10 kan opleveren, die de daarin neergelegde toets moet doorstaan.<sup>26</sup> Daarmee liet het Hof ruimte voor de mogelijke erkenning van een recht op toegang tot (overheids)informatie.<sup>27</sup> In de *TASZ*-zaak heeft het Hof daarin verdere stappen gezet.<sup>28</sup> Het Hof oordeelde dat het niet verschaffen van toegang tot, *in casu*, parlementaire stukken (aan een NGO in *public watchdog*-functie) een klassieke inmenging inhield in het recht op vrijheid van meningsuiting en de informatievrijheid – er was sprake van een informatiemonopolie aan de zijde van de overheid – en dus moest worden getoetst aan lid 2 van artikel 10 EVRM.<sup>29</sup>

Of een weigering toegang tot bepaalde informatie te verschaffen een *gerechtvaardigde* inmenging in de zin van arti-

9 Art. 10 lid 1 EVRM; Zie o.m. Hins & Voorhoof, ‘Access to state-held information as a fundamental right under the European Convention on Human Rights’, *European Constitutional Law Review* 2007 (3), no. 1, 117; Mendel 2012, p. 9; Wiersma ‘Scoping the Journalists’ Freedom to Conduct Newsgathering at the European Court of Human Rights: A Step Toward a More Human Rights-Based Approach to the Coverage of ECHR Article 10?’, *Communication Law and Policy* 2021 (26), no. 4, p. 508.

10 De zinsnede “without interference” duidt daarop, art. 10 lid 1 EVRM; zie ook bijv. EHRM 19 februari 1998, application no. 14967/89 (*Guerra/Italië*), par. 53.

11 Mendel 2012, p. 9.

12 McGonagle 2015, p. 12; art. 1 EVRM.

13 Voorhoof, ‘The right to freedom of expression and information under the European Human Rights system: towards a more transparent democratic society’, *EUJ working paper* 2014, 9; EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*), par. 50.

14 EHRM 2021, par. 51; Schuijt, ‘Vrijheid van nieuwsgaring en toegang tot informatie’, in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van Ontvanger naar zender 2003*, p. 343.

15 Schuijt 2003(1), p. 345; M. Oosterveld & M. Oostveen, “Van ‘public watchdog’ naar ‘public watchdog’: het EHRM en journalistieke weblogs”, *Mediaforum* 2013-6, p. 149.

16 Schuijt 2003(1), p. 347; EHRM 2021, par. 52; mede bepaald in EHRM (GK) 8 november 2016, application no. 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*), par. 130 en EHRM 25 april 2006, application no. 77551/01 (*Dammann/Zwitserland*), par. 52.

17 Schuijt 2003(1), p. 349; Coronel, ‘The Media as Watchdog’, *Harvard-World Bank Workshop* 2008, p. 4.

18 EHRM 2021, par. 52; EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*), par. 51; EHRM 25 april 2006, application no. 77551/01 (*Dammann/Zwitserland*), par. 52; Voorhoof 2014, p. 3.

19 Mendel 2012, p. 14; EHRM 2021, par. 51; Zie ook EHRM 3 mei 2005, application no. 69698/01 (*Stoll/Zwitserland*), par. 105; Mendel 2012, p. 14; EHRM 25 mei 2000, application no. 38432/97 (*Thoma/Luxemburg*), par. 48.

20 McGonagle e.a., *Safety of journalists and the fighting of corruption in the EU*, onderzoek in opdracht van Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs van het Europees Parlement, 2020, 12; De rol van academici staat echter wel ter discussie. In de zaak *Akdeniz e.a./Turkije* (EHRM 4 mei 2021, application no. 41139/15, bijv., werd aan een groep academici in relatie tot een inbreuk als bedoeld in art. 10 EVRM geen ‘victim status’ in de zin van art. 34 van het EVRM toegekend, waar journalisten vaak wel als slachtoffer in relatie tot art. 10 EVRM worden aangemerkt. En dat terwijl het EHRM eerder de academische vrijheid expliciet verbond aan het recht van het publiek om juist geïnformeerd te worden en het recht om effectief aan het publieke debat deel te nemen. Zie ook de annotatie van T.E. McGonagle bij die zaak, ECLI:CE:ECHR:2021:05:04JUD004113915.

21 Oosterveld & Oostveen 2013, p. 147-148.

22 Zie o.m. Oosterveld & Oostveen 2013, p. 146-147; Coronel 2008, p. 10 e.v.

23 EHRM 2021, 51; EHRM 14 april 2009, application no. 13374/05 (*Társaság a Szabadságjogokért (TASZ)/Hongarije*), par. 38; EHRM 2021, par. 51; EHRM 22 april 2013, application no. 44876/08 (*Animal Defenders International/United Kingdom*), par. 103; Al gelden voor academici wel bepaalde voorwaarden. Zie daarover nogmaals voetnoot 24.

24 Zie daarover nader Oosterveld & Oostveen 2013.

25 Mendel 2012, p. 22; Hins, ‘Toegang tot overheidsinformatie’, in: M.J. Geus, A.W. Hins, Q.R. Kroes, A.J. Nieuwenhuis, E.C. Pietermaat, C.J. Turner & D. Voorhoof, *25 jaar Mediaforum, een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel: 25 jaar recht-spraak media- en communicatierecht*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2013, p. 152; EHRM 26 maart 1987, application no. 9248/81 (*Leander/Zweden*), par. 74.

26 Hins & Voorhoof 2007, p. 123-125; EHRM (GK) 10 juli 2006, application no. 19101/03 (*Sdruzeni Jihoceske Matky/Tsjechië*).

27 Hins 2013, p. 152; EHRM (GK) 10 juli 2006, application no. 19101/03 (*Sdruzeni Jihoceske Matky/Tsjechië*).

28 Zie o.m. Mendel 2012, p. 23.

29 Hins 2013, p. 152; EHRM 14 april 2009, application no. 13374/05 (*Társaság a Szabadságjogokért (TASZ)/Hongarije*), par. 28-29.

kel 10, tweede lid, EVRM is, hangt af van de weging van een aantal factoren, blijkens de zaak *Magyar Helsinki Bizottság/Hungary*.<sup>30</sup> Allereerst: het doel van het informatieverzoek.<sup>31</sup> Betreft het een essentieel onderdeel van de uitingsvrijheid, waaronder begrepen de werkzaamheden van journalisten?<sup>32</sup> Vervolgens moet worden gezien of de informatie in het betreffende geval “of public interest” is.<sup>33</sup> De rol van degene die om informatie verzoekt is een derde te wegen factor.<sup>34</sup> In dit kader gaat speciale aandacht uit naar potentiële *public watchdogs*.<sup>35</sup> Ten slotte moet worden gezien of er een informatiemonopolie bestaat, of dat de betreffende informatie voor anderen reeds (publiek) toegankelijk is.<sup>36</sup>

De informatie- en mediavrijheid uit artikel 10 EVRM houden dus met name een (potentieel) recht op toegang tot informatie in, in gevallen waarin de toegang tot informatie instrumenteel is voor het gebruik van het recht op vrije meningsuiting, waarbij een bijzondere rol is weggelegd voor *public watchdogs*.<sup>37</sup>

#### *Het Verdrag van Tromsø en een algemeen recht op toegang tot overheidsinformatie*

Het Verdrag van Tromsø, ofwel de *Council of Europe Convention on Access to Official Documents*, is in 2009 gesloten.<sup>38</sup> In artikel 2 van het verdrag staat het recht van eenieder om op verzoek toegang te krijgen tot officiële documenten die zich onder publieke autoriteiten bevinden.<sup>39</sup> Het verdrag legt minimumstandaarden vast voor de manier waarop met verzoeken om toegang tot publieke documenten moet worden omgegaan.<sup>40</sup> In combinatie met het hierboven in het licht van artikel 10 EVRM besprokene vormt dit artikel een belangrijke basis voor een recht op toegang tot overheidsinformatie. Nederland heeft het Verdrag nog niet ondertekend, maar toch zal het ook voor Nederland van belang blijken.<sup>41</sup> Het Verdrag behelst namelijk een reeks nieuwe normen die voor de rechtspraak van het EHRM een belangrijke inspiratiebron kunnen vormen.<sup>42</sup> Via de rechtspraak van het EHRM kunnen de normen uit het Verdrag zo voor Nederland ook (via een omweg) bindend worden.

### **3. De Wet open overheid: openbaarheid voor wie, van wat, van wie en hoe?<sup>43</sup>**

#### *Eenieder (artikel 1.1 Woo)*

Het eerste artikel van de Wet open overheid behelst een recht op informatie voor ‘eenieder’. Het artikel luidt:

“Eenieder heeft recht op toegang tot publieke informatie zonder daartoe een belang te hoeven stellen, behoudens bij deze wet gestelde beperkingen.”

Dit mag op zich geen verbazing wekken, nu openbaarheid van overheidsinformatie in zijn algemeenheid geen belang van een selecte groep is, doch wel van – inderdaad – ‘eenieder’.<sup>44</sup> Toegang tot publieke informatie dient “de bescherming van de democratische rechten van de burger” in het algemeen.<sup>45</sup> Opvallend is dat in de Woo echt voor een formulering als recht gekozen is, terwijl de Wob terughoudender termen hanteerde (“een ieder kan een verzoek om informatie...”).<sup>46</sup>

#### *Publieke informatie neergelegd in documenten (artikel 1.1 jo. 2.1 Woo)*

Het recht op informatie in de Wob ziet op ‘publieke informatie’, waaronder wordt verstaan:

“informatie neergelegd in documenten die berusten bij een orgaan, persoon of college als bedoeld in artikel 2.2, eerste lid, of informatie die krachtens artikel 2.3 door een bestuursorgaan kan worden gevorderd.”

Zowel openbaarmaking op verzoek als openbaarmaking uit eigen beweging moet informatie betreffen die in een document terug te vinden is. Een informatiedrager is een document indien de daarin vastgelegde gegevens verband houden met de publieke taak van het desbetreffende orgaan.<sup>47</sup> Het documentbegrip is materieel niet anders dan onder de Wob.<sup>48</sup> Ook berichten die verband houden met een ‘publieke taak’, maar verzonden via een privé-emailadres of privételefoon, vallen onder het documentbegrip.<sup>49</sup> Onder de Woo valt ook informatie over zaken als bedrijfsvoering, nu dat ook betrekking heeft op de ‘publieke taak’.<sup>50</sup>

#### *Informatie van wie? Reikwijdte (artikel 2.2 Woo)*

Het openbaarheidsregime van de Woo is van toepassing op bestuursorganen (organen van publiekrechtelijke rechtspersonen en andere entiteiten met openbaar gezag bekleed),<sup>51</sup> de Kamers en de verenigde vergadering der Staten-Generaal, de Raad van State (behalve wanneer deze Koninklijk gezag uitoefent en met uitzondering van de Afdeling bestuursrecht-spraak), de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman en substituut-ombudsmannen – zo staat geschreven in artikel 2.2 van de Woo. Verzoeken om informatie op grond van de Woo kunnen ook gedaan worden bij onder de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instellingen,

30 EHRM (GK) 8 november 2016, application no. 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*), par. 160 e.v.

31 Ibid.

32 Ibid.; EHRM 2021, par. 71.

33 EHRM 2021, par. 72.

34 Ibid.

35 EHRM 2021, par. 73; Wiersma, “Scoping the Journalists’ Freedom to Conduct Newsgathering at the European Court of Human Rights: A Step Toward a More Human Rights-Based Approach to the Coverage of ECHR Article 10?”, *Communication Law and Policy* 2021 (26) no. 4, 531; Hins 2013, par. 153.

36 EHRM 2021, par. 73.

37 EHRM 2021, par. 70; dit volgt met name uit EHRM (GK) 8 november 2016, application no. 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*).

38 Council of Europe Convention on Access to Official Documents, Tromsø 18.VI.2018, Council of Europe Treaty Series no. 205.

39 Art. 2 lid 1 Verdrag van Tromsø.

40 Klingenberg, “Tijd voor verandering: leidt de Wet open overheid tot meer openheid?”, *Ars Aequi* 2017/1, p. 21.

41 Wiersma, “Met de jaren komt... openbaarheid? Tijd om het Tromsø-Verdrag te omarmen”, *Mediaforum* 2021-1, p. 17.

42 Klingenberg, “Tijd voor verandering: leidt de Wet open overheid tot meer openheid?”, *Ars Aequi* 2017/1, p. 21.

43 Om meer te lezen over de systematiek van de Woo, verwijs ik de lezer graag door naar het – tevens door mij geraadpleegde – rapport van Drahmman, Honée & al Khatib (2022), alsmede naar de bijdrage van Van der Loop, die ook de wetgevingsprocedure uitvoerig bespreekt (M.L.M. van der Loop, “De Wet open overheid, een nieuw tijdperk?”, *Ars Aequi* 2022/05, p. 400-411) en naar de geconsolideerde Memorie van Toelichting bij het uiteindelijke voorstel (*Kamerstukken I 2020/21*, 33328, AB, p. 41-121).

44 *Kamerstukken I 2020/21*, 33 328, AB, p. 41.

45 Ibid.

46 Artikel 3 (oud) Wet openbaarheid van bestuur (Wob).

47 Artikel 2.1 Woo; Van der Loop 2022, p. 406; *Kamerstukken I 2020/21*, 33328, AB, p. 42.

48 Van der Loop 2022, p. 406; *Kamerstukken I 2020/21*, 33328, AB, p. 42.

49 Drahmman, Honée & al Khatib 2022, p. 24.

50 *Kamerstukken I 2020/21*, 33 328, nr. 42.

51 Drahmman, Honée & al Khatib 2022, p. 21.

diensten of bedrijven.<sup>52</sup> De semipublieke sector is uitdrukkelijk niet onder de reikwijdte van de Woo gebracht.<sup>53</sup>

### Belang (artikel 2.5 Woo)

“Bij de toepassing van deze wet wordt uitgegaan van het algemeen belang van openbaarheid van publieke informatie in de democratische samenleving.”

Ten principale houdt de Woo met deze bewoordingen vast aan het uitgangspunt dat degene die bepaalde informatie wenst te krijgen van de overheid, geen speciaal belang hoeft te hebben en derhalve geen belang hoeft te stellen bij het doen van een verzoek. Openbaarheid is in het algemeen belang.<sup>54</sup> Heeft iemand toch belangen en doelen anders dan het werkelijk willen verkrijgen van informatie, bijvoorbeeld: men wil doelbewust het systeem belasten met een veelheid aan openbaarmakingsverzoeken, dan kan dat verzoek buiten behandeling gelaten worden.<sup>55</sup>

### Wijzen van openbaarmaking: actief en passief

De Woo behelst een inspanningsverplichting om bepaalde categorieën informatie actief – dat wil zeggen: uit eigen beweging – openbaar te maken. Deze verplichting staat beschreven in artikel 3.1 van de Woo. Welke categorieën informatie actief openbaar gemaakt moeten worden, staat in (deels nog in werking te treden) artikel 3.3 van de Woo, inclusief enkele uitzonderingen. Bestuursorganen kunnen hierop beleid maken.<sup>56</sup> Wordt informatie niet uit eigen beweging door de overheid openbaar gemaakt, dan bestaat er op grond van artikel 4.1 van de Woo de mogelijkheid om openbaarheid te verzoeken. Uitdrukkelijk wordt het verkrijgen van informatie op verzoek de uitzondering, althans: idealiter.<sup>57</sup> Zowel wat betreft passieve als actieve openbaarmaking gelden bovengenoemde uitgangspunten, alsmede de in de Woo opgenomen uitzonderingsgronden.

### Uitzonderingsgronden

De Woo kent een uitgebreider scala aan uitzonderingsgronden dan de Wob.<sup>58</sup> Het onderscheid tussen absolute en relatieve uitzonderingsgronden is gehandhaafd. Ingeval zich een absolute weigeringsgrond voordoet, wordt de gevraagde informatie niet openbaar gemaakt. In het geval van een relatieve uitzonderingsgrond vindt nog een belangenafweging

plaats, waarna alleen dan niet openbaar wordt gemaakt als het andere belang zwaarder weegt.<sup>59</sup> De uitzonderingsgronden worden allen restrictief uitgelegd.<sup>60</sup>

## 4. De Woo in het licht van artikel 10 EVRM

Nu de kaders van zowel artikel 10 EVRM als de Woo staan, is het tijd om in te gaan op de mate waarin het Nederlandse openbaarheidsregime onder de Woo recht doet aan media- en informatievrijheid en het (onder voorwaarden) recht op toegang tot (overheids)informatie zoals beschermd door artikel 10 EVRM.

### 4.1 Praktische bezwaren verlicht

#### Praktijkperikelen

De praktijk van informatievoorziening door de Nederlandse overheid verloopt al langere tijd moeizaam.<sup>61</sup> Al onder de Wob klaagde men over lange procedures en het ruimschoots overschrijden van wettelijke reactietermijnen.<sup>62</sup> Ook sterke juridisering is een probleem, getuige dat het voor zowel burgers als journalisten soms bijna ondoenlijk is gebleken om zonder (kostbaar) juridisch advies succesvolle Wob-verzoeken te doen.<sup>63</sup> Capaciteit bij de overheid om Wob-verzoeken goed en snel te behandelen en kennis en ervaring daartoe zijn eveneens hekelpunten.<sup>64</sup> Journalisten ervaren in dit kader dat overheidsinstanties lang niet altijd voldoende oog hebben voor het belang van actualiteit.<sup>65</sup> En aangezien “news is a perishable commodity”, is dat zorgelijk.<sup>66</sup> Hiermee hangt samen dat de informatiehuishouding van de overheid al langer te wensen overlaat.<sup>67</sup> Zo zijn in het verleden weleens Wob-verzoeken afgewezen om de reden dat de gevraagde informatie onrechtmatig verwijderd was.<sup>68</sup> Daarbij komt dat besluiten inhoudende afwijzingen van Wob-verzoeken lang niet altijd goed gemotiveerd zijn en daardoor niet zelden de indruk bij verzoekers achterblijft dat openbaarheidsverzoeken als een last worden ervaren, mede vanwege politieke gevoeligheid van de gevraagde informatie.<sup>69</sup>

#### De Woo biedt soelaas?

Met de komst van de Woo zijn deze problemen naar verwachting niet zomaar opgelost. Onderkend moet echter worden dat de Woo een aantal significante handreikingen doet om

52 Ibid., p. 22.

53 Ibid.

54 Zo merkt ook Daalder op, in het verlengde van Drahmman, zie: E.J. Daalder, ‘De wet open overheid als tussenstap? Bespreking van het preadvies van A. Drahmman voor de VAR 2022’, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2022, afl. 5, no. 143, p. 274.

55 Daalder 2022, p. 274; artikel 4.6 Woo; Drahmman, Honée & al Khatib 2022, p. 29.

56 *Kamerstukken I 2020/21*, 33 328, AB, p. 52.

57 Ibid., p. 51.

58 Tingen & Jak 2019, p. 42; Het ‘belang van het milieu’ en weigering ter ‘beveiliging van personen of bedrijven ter voorkoming van sabotage’ zijn als absolute weigeringsgronden toegevoegd. Daarentegen wordt de absolute weigeringsgrond ‘bedrijfs- en fabricagegegevens’ relatief. Daarbij worden ook vier nieuwe relatieve uitzonderingsgronden toegevoegd, zie *Kamerstukken I 2020/21*, 33 328, AB, p. 83.

59 Drahmman, Honée & al Khatib 2022, p. 33.

60 *Kamerstukken I 2020/21*, 33 328, AB, p. 83.

61 Klingenberg 2017, p. 20.

62 Ibid.; Klingenberg e.a., *Ervaringen van journalisten bij het zoeken van nieuwswaardige overheidsinformatie*, onderzoek voor Bureau Jansen, Rijksuniversiteit Groningen 2011, 6; Brandsen e.a., *Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2004, p. 56.

63 Van Oostveen & Van Loenen, ‘De praktijk van de Wet openbaarheid van bestuur: een gebruikersperspectief’, *B&G* 2014 (mei/juni), p. 37; Nienhuis e.a., ‘De enquête – Gebruikers en gebruik’, in: M. Smit (red.), *Een muur van rubber: de WOB in de journalistieke praktijk*, Diemen: AMB 2009, p. 10-11.

64 Voermans, *Het land moet bestuurd worden: Machiavelli in de polder*, Amsterdam: Prometheus 2021, p. 183; zie ook Mostert, *Onderzoeksrapport: onderzoek naar compromittering van Stg. Informatie in Wob-publicatie*, Ministerie van Buitenlandse Zaken 2019, p. 23.

65 Klingenberg ‘Persvrijheid, transparantie en privacy’, in: A.T. Marseille & H.B. Winter (red.), *In wetenschap voor de praktijk. Liber Amicorum Michiel Herweijer*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 137.

66 EHRM 26 november 1991, par. 13585/88 (*Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk*), par. 60.

67 Zie daarover nader Drahmman ‘De Wet open overheid: een verbetering van de digitale informatiehuishouding van de overheid?’, *Computerrecht* 2021/156, p. 321-329.

68 Bakkum & Drahmman, ‘Tussen recht en praktijk: versterk het toezicht op en de handhaving van de informatiehuishouding van de overheid’, *NJB* 2021/1226, p. 1383; ABRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1342, AB 2020/301, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum.

69 Pietermaat & Bontje, ‘Openbaarheid en behoorlijkheid’, *NTB* 2021/76, p. 191; Van Oostveen & Van Loenen 2014, p. 36-37; Nienhuis e.a. 2009, p. 11.

deze uitvoeringsproblemen deels weg te nemen. Actieve openbaarmaking maakt dat men laagdrempeliger aan informatie kan komen. Juridisering zal dan minder problematisch blijken. Daar staat echter wel tegenover dat openbaarmaking uit eigen beweging in veel gevallen een werkwijze-verandering betekent voor instanties. Gegeven de al gebrekkige capaciteit om verzoeken te beantwoorden en de povere informatiehuishouding, zou het dus wel even kunnen duren voordat dit nieuwe regime goed uit de verf komt. De toegankelijkheid van informatie wordt overigens verder gestimuleerd door het aanstellen van een contactpersoon binnen instanties die vragen van (ver)zoekenden beantwoorden.<sup>70</sup> Ten aanzien van de informatiehuishouding moet op grond van de Woo een meerjarenplan worden gemaakt met betrekking tot de ordening van informatie, en voor (onder meer) journalisten komt er een Adviescollege dat klachten behandelt.<sup>71</sup> Beide ontwikkelingen leiden idealiter tot voortvarender openbaarheid en de onderkenning van het belang dat journalisten en andere *public watchdogs* hebben bij actuele informatie.

In ieder geval moet de Woo leiden tot een cultuuromslag die de uitvoering meer in lijn brengt met het uitgangspunt van 'actief openbaar, tenzij'. Zo'n cultuuromslag zal niet gemakkelijk gemaakt zijn, zeker indien Voermans' beschrijving van de openbaarheidscultuur in Nederland – een “moeras van bestuurlijke onwil” – klopt.<sup>72</sup> Daarnaast moet bij actieve openbaarheid de kanttekening geplaatst worden dat het niet altijd tot meer transparantie zal leiden. Openheid zonder gedegen structuur kan het zicht doen vertroebelen, doordat de belangrijkste informatie potentieel in een stortvloed aan minder relevantie informatie verdwijnt. Daarbij kan het nieuwe openbaarheidsregime ook leiden tot terughoudender omgaan met het opschrijven en vastleggen van bepaalde zaken, bijvoorbeeld door angst voor bepaalde beeldvorming. Daarbij zijn openheid en transparantie niet gebaat.

## 4.2 Spanning en ontspanning in de wetssystematiek

### Reikwijdte en uitzonderingsgronden

Hoewel het in de Woo geformuleerde recht op toegang tot publieke informatie aansluit bij de jurisprudentie van het EHRM inzake het bestaan van een recht op toegang tot overheidsinformatie, behelst het niet een recht op informatie van de overheid in zijn algemeenheid. De Woo ziet op een selectie van organen van de Rijksoverheid en lagere overheden. Artikel 10 EVRM legt die beperking niet op. Ook het Verdrag van Tromsø houdt een significant breder begrip van de overheid aan (*public authority*).<sup>73</sup> Een geluk is dat de Woo op dit punt wel een belangrijke stap verder zet dan de Wob: documenten van de Staten-Generaal en de Raad van State vallen er bijvoorbeeld (nieuw) onder.<sup>74</sup> Het uitgangspunt was dat de semipublieke sector, van groot belang bij het uitvoeren van overheidsbeleid en potentieel wel tot de categorie *public authorities* behorend, onder de reikwijdte van de Woo zou komen te vallen. Met een amendement is dat echter teruggedraaid.<sup>75</sup> Ook met de Woo

blijft er dus een spanning bestaan tussen de reikwijdte van het Europese recht op toegang tot overheidsinformatie en het Nederlandse recht daarop.

### Weigeringsgronden

Artikel 10 EVRM gaat uit van een weging van rechten en belangen, met name in de context van de noodzakelijkheidstoets ingeval van beperkingen.<sup>76</sup> De in de Woo genoemde weigeringsgronden geven aan dat ook andere belangen dan openbaarheid een rol spelen.<sup>77</sup> De Afdeling meent dat zowel relatieve als absolute weigeringsgronden in principe in lijn zijn met artikel 10 EVRM en de bijbehorende toets van lid 2.<sup>78</sup> De aard van de absolute weigeringsgronden in de Woo, weigering zonder meer, staat echter wel haaks op de idee van belangenafweging. Volgens Barkhuysen en Van Emmerik mag er in het licht van artikel 10 EVRM geen informatie categorisch van openbaarmaking worden uitgezonderd, ook niet indien wettelijk vastgelegd.<sup>79</sup> De initiatiefnemers bij de wet achten dit wel verdedigbaar, nu zij met de absolute gronden wel een “afweging in abstracto” hebben gemaakt.<sup>80</sup> Dat lijkt onvoldoende te zijn, nu het EHRM afweging in concrete gevallen verlangt.

De Afdeling houdt de lijn aan dat onder “zeer bijzondere omstandigheden” een absolute weigeringsgrond tot relatief gemaakt kan worden, doch valt nog te bezien of en in welke gevallen de Afdeling zal aannemen dat zo'n geval zich werkelijk voordoet. Onduidelijk is in dat kader bijvoorbeeld of de media als *public watchdog*, in de geest van artikel 10 EVRM, in het bijzonder een beroep op deze “zeer bijzondere omstandigheden” zouden kunnen doen. Met de komst van de Woo is de lijn van de Afdeling in ieder geval nog niet gecodificeerd.

Wel is er in artikel 5.2, derde lid een opening bij gekomen waardoor de absolute weigeringsgrond inzake persoonlijke beleidsopvattingen is verzacht.<sup>81</sup> Daarnaast voorziet de Woo in een aantal manieren waarop een uitzonderingsgrond in een concreet geval terzijde kan worden geschoven, in artikelen 5.5 (op verzoek informatie verkrijgen over jezelf) en 5.7 (informatie verkrijgen in verband met een bijzonder onderzoeksbelang, bijvoorbeeld voor journalistiek onderzoek). In die zin ligt in de rede dat de media inderdaad sneller in een “zeer bijzondere omstandigheid” zoals de Afdeling bedoelt, verkeren. Daarnaast kan er ingeval van klemmende redenen aan een verzoeker individueel informatie verstrekt worden (artikel 5.6) en kan een bestuursorgaan wegens een (zeer) zwaarwegend algemeen belang bepaalde informatie uit zichzelf openbaren (artikel 3.4).<sup>82</sup>

### Bijzonder onderzoeksbelang van artikel 5.7 Woo: wettelijke censuur?

Anders dan het uitgangspunt van ‘geen belang’, doet het er in sommige gevallen wel toe of iemand een bepaald belang bij informatie heeft. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de toepassing van artikel 5.7 van de Woo, dat onder voorwaarden toe-

70 Artikel 4.7 Woo.

71 Artikelen 6.2 respectievelijk 7.2 Woo.

72 Voermans 2021, p. 183-184.

73 Tingen & Jak 2019, p. 43; art. 1, lid 2 Verdrag van Tromsø (“public authorities”).

74 Dat was ingeval van de Wob niet zo. De ontwikkeling op dit punt is in lijn met bijv. de TASZ-uitspraak, waarin het Hof verklaarde dat ook informatie van het parlement onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM valt. EHRM 14 april 2009, application no. 13374/05 (*Társaság a Szabadságjogokért (TASZ)/Hongarije*).

75 Kamerstukken I 2020/21, 33 328, AB, p. 44.

76 Tingen & Jak 2019, p. 39.

77 Daalder, ‘Toegang tot overheidsinformatie in beweging’, *Ars Aequi* 2013, no. 9, p. 658.

78 Tingen & Jak 2019, p. 38; ABRvS 25 oktober 2017, *NJB* 2017/2153 (2970-2972), ECLI:NL:RVS:2017:2883, m.nt. A.W. Hins (*MH17*); ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1708.

79 Molendijk, ‘Recente jurisprudentie over de Wet openbaarheid van bestuur en de mogelijke gevolgen daarvan voor de dagelijkse Wob-praktijk’, *Gemeentestem* 2018/110, p. 5; Barkhuysen & Van Emmerik onder EHRM 8 november 2016, application no. 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*), AB 2017/1.

80 Kamerstukken I 2020/21, 33 328, AB, p. 85.

81 Daalder 2022, p. 275; Van der Loop 2022, p. 405.

82 Drahmman, Honée & al Khatib 2022, p. 34; N.N. Bontje, ‘Maatwerk op grond van de Wet open overheid’, *Mediaforum* 2022-5, p. 144-145.

gang geeft tot bepaalde overheidsinformatie aan personen met een bijzonder onderzoeksbelang.<sup>83</sup> Artikel 10 EVRM biedt bijzondere bescherming aan bepaalde belanghebbenden, zoals de media en andere *public watchdogs*.<sup>84</sup> Deze groepen zouden een beroep kunnen doen op artikel 5.7.<sup>85</sup> Hins e.a. hebben er in dit licht reeds voor gepleit het maatschappelijk debat beter te beschermen in openbaarheidswetgeving en de belangen die daarmee samenhangen derhalve bij informatieverzoeken mee te wegen.<sup>86</sup> Artikel 5.7 van de Woo sluit daar in zekere zin bij aan.

Echter, op grond van artikel 5.7, tweede lid, kunnen eisen gesteld worden aan het verstrekken van informatie aan personen met een bijzonder onderzoeksbelang, zoals journalisten. De constructie van artikel 5.7 is derhalve kwetsbaar: als voorwaarde voor toegang, of achteraf, kan worden bepaald dat de betreffende informatie niet gepubliceerd mag worden nadat het is ingezien, hetgeen ertoe kan leiden dat de betreffende informatie de onderzoeksresultaten helemaal niet of nauwelijks kan baten.<sup>87</sup> Voor journalisten en andere *public watchdogs* kan dat betekenen dat hun rechten onder artikel 10 EVRM wat betreft *practicality* en *effectiveness* in het gedrang komen.

Artikel 10 EVRM roept niet als enige weerstand op in relatie tot artikel 5.7 van de Woo. Artikel 7 van de Nederlandse Grondwet vormt de nationaalrechtelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting. Die bescherming heeft de vorm van een verbod op voorafgaand verlot of voorafgaand toezicht, zeker voor wat betreft de inhoud van de concrete uitingen, ook wel: een censuurverbod.<sup>88</sup> De hierboven beschreven, mogelijke praktijk van artikel 5.7 Woo zou kunnen neerkomen op censuur, te meer wanneer gestelde eisen te maken zouden hebben met de inhoud van de betreffende informatie en wat ermee gedaan wordt.<sup>89</sup> Openbaarmaking in ruil voor het instemmen met censuur kan slecht door de constitutionele beugel, zeker wanneer de overheid daarom zou vragen.<sup>90</sup> Het voert te ver om in deze bijdrage de praktijk van het censuurverbod uitvoerig uit de doeken te doen. Wel kan gesteld worden dat artikel 5.7 van de Woo in potentie ongrondwettelijk kan uitpakken door de mogelijkheid van censuur open te laten.<sup>91</sup>

Artikel 10 EVRM houdt geen censuurverbod in, en laat zelfs de weg open voor voorafgaand toezicht dan wel voorafgaand vereist verlot (hoewel het EHRM dergelijke maatregelen wel streng toetst), terwijl de Nederlandse Grondwet daartegen wel uitdrukkelijk bescherming biedt.<sup>92</sup> Gezien het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet kan de rechter zich over potentiële strijd tussen artikel 5.7 van de Woo en artikel 7 Grondwet echter niet uitlaten.<sup>93</sup> Wel kan de rechter concrete besluiten genomen op grond van artikel 5.7 van de Woo aan de Grondwet toetsen, evenals aan artikel 10 EVRM.<sup>94</sup> Het is mede in dat licht afwachten of de hier geconstateerde spanning in de rechtspraktijk in individuele gevallen ook tot moeilijkheden zal leiden.

## 5. Tot slot: conclusie en aanbevelingen

Kort en goed zijn de ambities van de Woo in het licht van artikel 10 EVRM prijzenswaardig, hoewel onzeker is hoe die ambities uit de verf zullen komen. Niettemin bestaan er met name in de wetssystematiek nog enkele spanningen, die het (her)overwegen wellicht waard zijn. Enkele aanbevelingen zijn op hun plaats.

- Zoals de Woo ook onderkent – getuige verschillende in het leven geroepen initiatieven ten gunste van de informatievoorziening vanuit de overheid – blijven er uitdagingen bestaan voor de uitvoerbaarheid wat betreft capaciteit, informatiehouding en procedurele toegankelijkheid. Dat zal ongetwijfeld worden geëvalueerd, maar in dat kader strekt toch tot aanbeveling om extra aandacht te besteden aan de ook onder de Wob al aanwezige praktische uitdagingen. Op die manier valt te achterhalen wat de Woo precies voor gunstige effecten heeft gehad en zal hebben en derhalve of wetgeving wel de oplossing is voor de problemen die met de Woo zouden moeten worden opgelost.
- Wat betreft de reikwijdte valt op te merken dat met name slecht verdedigbaar is dat de semipublieke sector uit de Woo is gebleven, nu uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de reikwijdte zich daartoe in eerste instantie wel zou uitstreken. De wetgever zou er goed aan doen dat nog eens onder de loep te nemen. De semipublieke sector vormt namelijk zeker wat betreft uitvoering een belangrijk verlengde van de overheid.
- De idee van het categorisch niet openbaar maken van bepaalde informatie verhoudt zich slecht tot de door artikel 10, tweede lid, EVRM gevestigde belangenafweging. Daarom blijft een pijnpunt dat de absolute weigeringsgronden in stand zijn gelaten en dat die categorie zelfs is uitgebreid. Een “belangenafweging in abstracto” ingeval van absolute weigeringsgronden zal niet altijd voldoende zijn. Toepassing van artikel 10 vergt namelijk concretisering. Het strekt tot aanbeveling te bezien of niet alle uitzonderingsgronden aan een belangenoverweging onderworpen moeten worden. Gedacht zou ook kunnen worden aan de codificering van de “zeer bijzondere omstandigheden”-toets van de Afdeling.
- Aandacht verdienen met name ook de potentiële risico's die kleven aan de systematiek van artikel 5.7 van de Woo. Eisen stellen aan journalisten en andere onderzoekers (zoals academici) – ook wel: publieke waakhonden – die bepaalde informatie willen, is in het licht van artikel 10, tweede lid uiterst kwetsbaar. Zeker wanneer die eisen te maken hebben met de inhoud van eventuele publicaties waarvoor de betreffende informatie gebruikt zou worden. Ook in het licht van artikel 7 van de Grondwet, inhoudende een verbod op censuur, zou de praktijk van artikel 5.7 Woo problematisch kunnen uitpakken. Het strekt tot aanbeveling één en ander nauwlettend in de gaten te houden. De wetgever zou in ieder geval uitdrukkelijker kunnen bepalen waarom de regeling van artikel 5.7 Woo wordt geacht vanuit constitutioneel oogpunt in de haak te zijn.

83 Art. 3 lid 3 Wob jo. (vb.) art. 5.6 & 5.7 Woo.

84 EHRM (GK) 8 november 2016, application no. 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*); EHRM 14 april 2009, application no. 13374/05 (*Társaság a Szabadságjogokért (TASZ)/Hongarije*).

85 Ibid.

86 Hins 2011, p. 117.

87 *Kamerstukken I 2020/21*, 33 328, nr. 108; Tingen & Jak 2019, p. 42.

88 Besselink, 'Censuur in Nederland: het publiceren uit bij de overheid berustende stukken', in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van Ontvanger naar zender: opstellen aangeboden aan prof.mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2003, p. 4-5 (afwijkende paginanummers, zie bibliografie).

89 Ibid., p. 17-18 (afwijkende paginanummers, zie bibliografie).

90 Besselink 2003, p. 16 (afwijkende paginanummers, zie bibliografie).

91 Voor een uitvoeriger behandeling van het censuurverbod van artikel 7 Grondwet, zij hier gewezen op de bijdragen van Besselink (2003) en Schuijt (2003) (2).

92 Nieuwenhuis, 'Achtergrond en huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlot', *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, jaargang 36, no. 1, 24.

93 Schuijt, 'Het censuurverbod in de Nederlandse grondwet en de rechtspraak', in: Berenboom e.a. (eds.) *Censuur. Referaten van het colloquium van 16 mei 2003*, Larcier: Brussel 2003, p. 2 (afwijkende paginanummers, zie bibliografie).

94 Ibid.

## BIBLIOGRAFIE

### Literatuur

#### Bakkum & Drahmman 2021

M. Bakkum & A. Drahmman, 'Tussen recht en praktijk: versterk het toezicht op en de handhaving van de informatiehuishouding van de overheid', *NJB* 2021/1226, p. 1383-1389.

#### Besselink 2003

L.F.M. Besselink, 'Censuur in Nederland: het publiceren uit bij de overheid berustende stukken', in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van Ontvanger naar zender: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Otto Cramwinckel Uitgever, Amsterdam 2003, p. 15-32. (Paginanummers wijken af van gedrukte versie. Gedrukte versie niet vindbaar/beschikbaar. Geraadpleegd via: <https://www.narcis.nl/publication/RecordID/oai:dSPACE.library.uu.nl:1874%2F19511>)

#### Branden e.a. 2004

T. Branden, E. Cornelissen, S. van der Hof, G. Leenknecht, C. Prins, M. de Vries, m.m.v. L. Griep, A. Jasiak, R. Loermans, *Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2004.

#### Bontje 2022

N.N. Bontje, 'Maatwerk op grond van de Wet open overheid', *Mediaforum* 2022-5, p. 143-145.

#### Coronel 2008

S.S. Coronel, 'The Media as Watchdog', Harvard-World Bank Workshop, Harvard Kennedy School 2008.

#### Daalder 2013

E.J. Daalder, 'Toegang tot overheidsinformatie in beweging', *Ars Aequi* 2013, no. 9, p. 658-661.

#### Daalder 2015

E.J. Daalder, *Handboek Openbaarheid van Bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015.

#### Daalder 2022

E.J. Daalder, 'De wet open overheid als tussenstap? Bespreking van het preadvies van A. Drahmman voor de VAR 2022', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2022, afl. 5, no. 143, p. 273-279.

#### Drahmann 2021

A. Drahmman, 'De Wet open overheid: een verbetering van de digitale informatiehuishouding van de overheid?', *Computerrecht* 2021/156, p. 321-329.

#### Drahmann, Honée & al Khatib 2022

A. Drahmman, L.F.D. Honée & O.A. al Khatib, *Openbaarmaking van overheidsinformatie: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de wetgeving in Zweden, het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk, Slovenië en Estland*, Universiteit Leiden 2022, op verzoek van het Ministerie van BZK.

#### Hins 2011

A.W. Hins, 'Openbaarheid van documenten als grondrecht', in: Nieuwenhuis e.a. (red.), *Rechterlijk activisme. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.A. Peters*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 109-120.

#### Hins 2013

W. Hins, 'Toegang tot overheidsinformatie', in: M.J. Geus, A.W. Hins, Q.R. Kroes, A.J. Nieuwenhuis, E.C. Pietermaat, C.J. Turner & D. Voorhoof, *25 jaar Mediaforum, een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel: 25 jaar rechtspraak media- en communicatierecht*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2013, p. 151-159.

#### Hins & Voorhoof 2007

W. Hins & D. Voorhoof, 'Access to state-held information as a fundamental right under the European Convention on Human Rights', *European Constitutional Law Review* 2007 (3), no. 1, p. 114-126.

#### Klingenberg e.a. 2011

A.M. Klingenberg, M. Herweijer & K. Spanninga, *Ervaringen van journalisten bij het zoeken van nieuwswaardige overheidsinformatie*, onderzoek voor Buro Jansen, Rijksuniversiteit Groningen 2011.

#### Klingenberg 2012

A.M. Klingenberg, 'Persvrijheid, transparantie en privacy', in: A.T. Marseille & H.B. Winter (red.), *In wetenschap voor de praktijk. Liber Amicorum Michiel Herweijer*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 133-142.

#### Klingenberg 2017

A. Klingenberg, 'Tijd voor verandering: leidt de Wet open overheid tot meer openheid?', *Ars Aequi* 2017/1, p. 20-24.

#### McGonagle 2015

T. McGonagle, 'Positive obligations concerning freedom of expression: mere potential or real power?', in: Onur Andreotti (ed.), *Journalism at risk: Threats, challenges and perspectives*, Strasbourg: Council of Europe Publishing 2015, p. 9-35.

#### McGonagle e.a. 2020

T. McGonagle, R. Ó Fathaigh, G. Bouché, M. Rucz, S. Stapel, M. Seel & A. Van der Sangen, *Safety of journalists and the fighting of corruption in the EU*, onderzoek namens de Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs van het Europees Parlement op verzoek van de Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, juli 2020.

#### Mendel 2012

T. Mendel, 'Freedom of Expression: A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights', *Council of Europe*, Straatsburg 2012.

#### Molendijk 2018

R. Molendijk, 'Recente jurisprudentie over de Wet openbaarheid van bestuur en de mogelijke gevolgen daarvan voor de dagelijkse Wob-praktijk', *de Gemeentestem* 2018/110, p. 566-577.

#### Mostert 2019

A. Mostert, *Onderzoeksrapport: onderzoek naar compromittering van Stg. Informatie in Wob-publicatie*, Ministerie van Buitenlandse Zaken 2019.

#### Nienhuis e.a. 2009

J. Nienhuis, K. Platteau, W. van der Schans & A. Verbraeken, 'De enquête - Gebruikers en gebruik', in: M. Smit (red.), *Een muur van rubber: de WOB in de journalistieke praktijk*, Diemen: AMB 2009, p. 9-13.



## Nieuwenhuis 2011

A. Nieuwenhuis, 'Achtergrond en huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlof', *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, jaargang 36, no. 1, p. 24-43.

## Oosterveld & Oostveen 2013

M. Oosterveld & M. Oostveen, 'Van "public watchdog" naar "public watchblog": het EHRM en journalistieke weblogs', *Mediaforum* 2013-6, p. 146-152.

## Pietermaat & Bontje 2021

E.C. Pietermaat & N.N. Bontje, 'Openbaarheid en behoorlijkheid', *NTB* 2021/76, p. 183-205.

## Schuijt 2003(1)

G.A.I. Schuijt, 'Vrijheid van nieuwsgaring en toegang tot informatie', in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van Ontvanger naar zender: opstellen aangeboden aan prof.mr. J.M. de Meij*, Otto Cramwinkel Uitgever, Amsterdam 2003, p. 341-356.

## Schuijt 2003(2)

G.A.I. Schuijt, 'Het censuurverbod in de Nederlandse grondwet en de rechtspraak', in Berenboom e.a. (eds.) *Censuur. Referaten van het colloquium van 16 mei 2003*, Larcier: Brussel 2003, p. 1-19 (gedrukte versie: p. 125-154). (Paginanummers wijken af van gedrukte versie. Gedrukte versie niet vindbaar/beschikbaar. Geraadpleegd via: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/1671.pdf>)

## Tingen & Jak 2019

J. Tingen & N. Jak, 'Is het Nederlandse recht op toegang tot overheidsinformatie EVRM-proof?', *JBPlus* 2019 (3), p. 33-51.

## Van der Loop 2022

M.L.M. van der Loop, 'De Wet open overheid, een nieuw tijdperk?', *Ars Aequi* 2022/05, p. 400-411.

## Van Oostveen & Van Loenen 2014

J. Van Oostveen & B. Van Loenen, 'De praktijk van de Wet openbaarheid van bestuur: een gebruikersperspectief', *B&G* 2014 (mei/juni), p. 34-37.

## Voermans 2021

W.J.M. Voermans, *Het land moet bestuurd worden: Machiavelli in de polder*, Amsterdam: Prometheus 2021.

## Voorhoof 2014

D. Voorhoof, 'The right to freedom of expression and information under the European Human Rights system: towards a more transparent democratic society', *EUI working paper*, EUI RSCAS 2014/12 – Centre for Media Pluralism and Media Freedom (CMPF) 2014, European University Institute, Florence, Italy.

## Voorhoof & McGonagle 2021

D. Voorhoof & T. McGonagle, *Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case-Law of the European Court of Human Rights*, IRIS Themes, vol. III, zesde editie, European Audiovisual Observatory 2021.

NB: naar deze bron heb ik niet direct in voetnoten verwezen. Ik heb het als ingang gebruikt om relevante jurisprudentie te vinden. Naar de gevonden zaken is direct verwezen in de voetnoten. De gebruikte zaken staan hieronder in de lijst met jurisprudentie opgenomen.

## Wiersma 2021

C. Wiersma, 'Scoping the Journalists' Freedom to Conduct Newsgathering at the European Court of Human Rights: A Step Toward a More Human Rights-Based Approach to the Coverage of ECHR Article 10?', *Communication Law and Policy* 2021 (26) no. 4, p. 507-557.

## Wiersma 2021 (2)

C. Wiersma, 'Met de jaren komt openbaarheid? Tijd om het Tromsø-Verdrag te omarmen', *Mediaforum* 2021-1, p. 17-19.

## Wet- en regelgeving

### Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)

Raad van Europa Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome 4 november 1950, Europe Treaty Series no. 005.

### Wet openbaarheid van bestuur

Wet van 31 oktober 1991, houdende regelen betreffende de openbaarheid van bestuur (Wet openbaarheid van bestuur), *Staatsblad* 1991, 703.

### Verdrag van Tromsø

Raad van Europa Verdrag inzake de toegang tot officiële documenten, Tromsø 18 juni 2009, Council of Europe Treaty Series no. 205.

### Wet open overheid

Wet van 25 oktober 2021, houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid), *Staatsblad* 2021, 499.

## Jurisprudentie

### Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 7 december 1976, application no. 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 26 april 1979, application no. 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 26 maart 1987, application no. 9248/81 (*Leander/Zweden*).

EHRM 26 november 1991, application no. 13585/88 (*Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 19 februari 1998, application no. 14967/89 (*Guerra/Italië*).

EHRM 25 mei 2000, application no. 38432/97 (*Thoma/Luxemburg*).

EHRM 3 mei 2005, application no. 69698/01 (*Stoll/Zwitserland*).

EHRM 25 april 2006, application no. 77551/01 (*Dammann/Zwitserland*).

EHRM (GK) 10 juli 2006, application no. 19101/03 (*Sdruzeni Jihoceske Matky/Tsjechië*).

EHRM 14 april 2009, application no. 13374/05 (*Társaság a Szabadságjogokért/Hongarije*).

EHRM 22 april 2013, application no. 44876/08 (*Animal Defenders International/United Kingdom*).

EHRM (GK) 8 november 2016, application no. 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*) en annotatie

T. Barkhuysen en M.E. Van Emmerik bij die zaak, AB 2017/1. EHRM 4 mei 2021, application no. 41139/15 (*Akdeniz/Turkije*) en annotatie van T.E. McGonagle bij die zaak,

ECLI:CE:ECHR:2021:0504JUD004113915. Geraadpleegd via: [https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/211626?skip\\_boomportal\\_auth=1](https://www.ehrc-updates.nl/commentaar/211626?skip_boomportal_auth=1)

### *Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*

ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1708.  
ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2883, *NJB* 2017/2153 (p. 2970-2972), m.nt. A.W. Hins (*MH17*).  
ABRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1342, *AB* 2020/301, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum.  
ABRvS 20 oktober 2021, *AB* 2022/12 (p. 128-132), ECLI:NL:RVS:2021:2348, m.nt. A. Drahmman en L.F.D. Honée;  
ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2348, *Mediaforum* 2021/15, m.nt. C.J. Wolswinkel (par. 3) (*Wob VWS*)

### **Overige bronnen**

#### **EHRM 2021**

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 'Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights: Freedom of expression', versie 30 april 2021.

#### **Kamerstukken I 2020/21, 33 328**

Eerste Kamer der Staten-Generaal, Kamerstukken I 2020/21, 33 328, *AB*, p. 41-121. (*Geconsolideerde artikelsgewijze toelichting bij de Wet open overheid zoals gewijzigd door de verwerking van de door de tweede Kamer aanvaarde Wijzigingswet Woo*).

#### **Osnabrugge 2021**

G. Osnabrugge, 'Raad van State stelt De Jonge ultimatum over beslissing in afhandelen Wob-verzoeken', *Trouw*, 20 oktober 2021. Geraadpleegd: <https://www.trouw.nl/politiek/raad-van-state-stelt-de-jonge-ultimatum-over-beslissing-in-afhandelen-wob-verzoeken~b69e1b5b/>

#### **Redactie Nieuwsuur 2021**

Redactie *Nieuwsuur*, 'Minister De Jonge moet voor 30 november over Wob-verzoek Nieuwsuur besluiten', *Nieuwsuur*, 20 oktober 2021. Geraadpleegd: <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2402370-minister-de-jonge-moet-voor-30-november-over-wob-verzoek-nieuwsuur-besluiten>

#### **Rijksoverheid 7 september 2021**

Rijksoverheid (nieuwsbericht), 'Extra maatregelen om Wob-verzoeken over corona sneller en beter af te handelen', 7 september 2021. Geraadpleegd: <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/09/07/extra-maatregelen-om-wob-verzoeken-over-corona-sneller-en-beter-af-te-handelen>

# Maatregelen rond influencermarketing op videoplatformdiensten

Artikel

Claire ten Heuvelhof\*

## In lijn met mediarechtelijke normen maar een gevaar voor de uitingsvrijheid van influencers?

### 1. Inleiding

Vanwege een herziening van de Audiovisuele Mediadiensten Richtlijn<sup>1</sup> (hierna: AVMD) in 2018 en als gevolg daarvan een wijziging van de Mediawet per 1 november 2020, zullen videoplatformdiensten zich aan bepaalde mediarechtelijke normen moeten houden. Zo zullen zij passende maatregelen moeten treffen jegens influencers die hun platforms gebruiken in strijd met de regels van de AVMD, bijvoorbeeld op het gebied van audiovisuele commerciële communicatie (hierna: reclame).<sup>2</sup> Het is maar de vraag hoe videoplatformaanbieders deze taak precies zullen vormgeven en welke complicaties, bijvoorbeeld voor de uitingsvrijheid van influencers, hierbij komen kijken. In dit artikel zal ik nader ingaan op de vraag hoe videoplatformaanbieders bij het opstellen en uitvoeren van maatregelen met betrekking tot reclame zowel aan mediarechtelijke normen kunnen voldoen als voldoende rekening kunnen houden met de uitingsvrijheid van influencers. Hierbij zal ik aandacht besteden aan de rol die de Digital Services Act (hierna: DSA)<sup>3</sup> hierbij kan en zal spelen.

### 2. Passende maatregelen

De artikelen 28ter lid 2 en 9 lid 1 AVMD bevatten regels inzake reclame in de door influencers geplaatste video's waarop videoplatformaanbieders geen directe invloed uitoefenen. Videoplatformaanbieders zullen voor die gevallen passende maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat de voorschriften uit artikel 9 lid 1 AVMD worden nageleefd. Deze voorschriften zien zowel op de herkenbaarheid van reclame als op de inhoud van reclame.<sup>4</sup> Wat in het licht van de AVMD als een passende maatregel wordt beschouwd, dient volgens arti-

kel 28ter lid 3 te worden bepaald aan de hand van de aard van de content, de schade die deze content kan veroorzaken, de kenmerken van de te beschermen categorie mensen, de rechten en legitieme belangen van videoplatformaanbieders, de gebruikers die de video's hebben geüpload en het algemeen openbaar belang.<sup>5</sup> De maatregelen die ten aanzien van influencermarketing passend kunnen zijn, verdeel ik onder in drie categorieën: (1) maatregelen die zien op de herkenbaarheid van reclame, (2) maatregelen die zien op de inhoud van reclame en (3) maatregelen die zien op het in het leven roepen van doeltreffende procedures en afhandeling van klachten met betrekking tot de uitvoering van bovenstaande maatregelen.

### 3. Disproportionele beperking uitingsvrijheid influencers?

Influencers hebben net als ieder ander recht op uitingsvrijheid ex artikel 10 EVRM. Dit recht kunnen zij uitoefenen door middel van het plaatsen van video's op videoplatformdiensten. De eerste twee categorieën maatregelen zien op de content van videoplatformdiensten, waaronder video's van influencers, en kunnen de uitingsvrijheid van influencers beperken. Voor de vraag in hoeverre deze beperking gerechtvaardigd is, is van belang in welke mate het goed functioneren van een democratische samenleving op het spel staat.<sup>6</sup> Indien het EHRM ervan overtuigd is dat het om zuiver commerciële uitingen gaat, hetgeen betekent dat hiermee het publiek wordt aangezet tot het kopen van bepaalde producten, zal een beperking (eerder) gerechtvaardigd zijn.<sup>7</sup> Anderzijds heeft het EHRM, indien het van oordeel was dat het ging om hybride uitingen<sup>8</sup>, het recht op uitingsvrijheid wel beschermd tegen beperkingen.<sup>9</sup> De bijdrage aan het publieke debat van politie-

\* Mr. C.D. ten Heuvelhof rondde in 2021 een master Privaatrecht af aan de Universiteit van Utrecht. Daarnaast heeft zij in 2022 haar master Informatierecht afgesloten aan de Universiteit van Amsterdam. Inmiddels is ze als advocaat werkzaam te Rotterdam (Windt Le Grand Leeuwenburgh).

1 Richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie (2018) PB L 303.

2 Hoofdstuk 3a Mediawet; Art. 28ter lid 2 AVMD.

3 Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitale dienstenverordening) (2022) L 277/1.

4 Artikel 9 lid 1 (a) tot en met (g) AVMD.

5 Artikel 28ter lid 3 AVMD.

6 E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 394.

7 EHRM 20 november 1989, nr. 10572/83, ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001057283 (Markt Intern/Duitsland), r.o. 36; EHRM 28 juni 1993, nr. 16632/90, ECLI:CE:ECHR:1993:0628JUD001663290, (Colman/Verenigd Koninkrijk), r.o. 12; EHRM 23 juni 1994, nr. 15088/89, ECLI:CE:ECHR:1994:0623JUD001508889 (Jacubowski/Duitsland), r.o. 27.

8 Denk hierbij aan uitingen die zowel politiek of journalistiek als commercieel van aard zijn.

9 EHRM 25 maart 1985, nr. 8734/79 ECLI:CE:ECHR:1985:0325JUD00087347 (Barthold/Duitsland), r.o. 58; EHRM 28 juni 2001, nr. 24699/94, ECLI:CE:ECHR:2001:0628JUD002469994 (VgT/Zwitserland), r.o. 75; EHRM 17 oktober 2002 nr. 37928/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1017JUD003792897 (Stambuk/Duitsland), r.o. 50; EHRM 29 maart 2016, nr. 56925/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0329JUD005692508 (Bédat/Zwitserland), r.o. 49.

ke of journalistieke uitingen is immers groter dan bij zuiver commerciële uitingen.

Wat een belangrijke rol speelt bij beoordeling van de vraag of er sprake is van een gerechtvaardigde beperking, is de proportionaliteitstoets. Hierbij spelen verschillende factoren een rol. Zo wordt naar het effect van de beperking op het slachtoffer gekeken. Hierbij zijn de belangrijkste indicatoren de aard, duur en ernst van de beperking.<sup>10</sup> Ook de procedurele waarborgen waarmee een sanctie is omkleed, spelen hierbij een rol.<sup>11</sup> Een andere factor is het gevolg dat een beperking kan hebben op anderen. Een beperking van de uitingsvrijheid van de één, kan immers tot zelfensuur bij anderen leiden (*chilling effect*). Dit kan tot de conclusie leiden dat een beperking disproportioneel is.<sup>12</sup> Ook is de beschikbaarheid van alternatieve media een belangrijke factor.<sup>13</sup> Hierbij geldt dat de beschikbare alternatieve media wel enigszins vergelijkbaar moeten zijn.<sup>14</sup>

Bij de proportionaliteitstoets zijn in de context van dit artikel twee omstandigheden relevant. De eerste omstandigheid is dat video's van influencers meer dan alleen commerciële content (kunnen) bevatten. Influencers delen in hun video's momenten van hun dagelijks leven, adviseren inzake verschillende onderwerpen (denk hierbij aan fitness, cosmetica en voedsel) en bevelen hierbij, betaald of onbetaald, verschillende producten of diensten aan.<sup>15</sup> Echter, deze video's hoeven zich niet alleen te beperken tot leefstijladvies.<sup>16</sup> Video's van influencers kunnen bredere maatschappelijke gevolgen hebben dan men in eerste instantie kan denken en daarmee dus ook een grotere bijdrage leveren aan het publieke debat. Omdat het goed functioneren van een democratische samenleving hierbij dus op het spel kan staan, zal een beperking hiervan sneller disproportioneel zijn dan de situatie waarin het om zuiver commerciële content gaat.

De tweede omstandigheid is dat het door het gebruik van automatische besluitvorming middels artificiële intelligentie (hierna: AI) bij contentmoderatie vaker kan voorkomen dat video's of accounts van influencers onterecht worden verwijderd. Algoritmes zijn vaak wel in staat om duidelijke gevallen van strafbare en anderszins illegale content te verwijderen, maar algoritmes kunnen onnauwkeurig zijn en daardoor fouten maken.<sup>17</sup> Door het gebruik van AI neemt aldus de kans toe dat ook rechtmatige content wordt verwijderd. Dit zal niet alleen een groot effect op slachtoffers, maar ook op anderen kunnen hebben. Indien een video mogelijk in strijd is met de voorwaarden van de videoplatformdienst, kunnen algoritmes het plaatsen van deze video verhinderen of ongedaan maken.

Dit kan een *chilling effect* opleveren en dus leiden tot het oordeel dat dit disproportioneel is. Deze wetenschap kan er namelijk toe leiden dat influencers vaker de 'veilige' kant kiezen en bepaalde content niet langer zullen plaatsen.

Naast dat het gebruik van AI bij contentmoderatie een disproportionele beperking kan opleveren, doet het ook vragen rijzen in verband met de legitimiteit van de sancties en toegang tot de rechter. Voor influencers waarvan video's of hun account van het videoplatform is verwijderd en die niet op de hoogte zijn van het black-box algoritme dat wordt gebruikt door het platform, is het immers lastig te bewijzen dat deze verwijderingen onterecht zijn.<sup>18</sup> Hierdoor kan de *rule of law*<sup>19</sup> in het geding komen, hetgeen van belang is voor het scheppen van een gunstig klimaat voor deelname aan het publieke debat.<sup>20</sup>

#### 4. (Disproportionele) beperking uitingsvrijheid influencers voorkomen

Videoplatformaanbieders dienen, gezien de verantwoordelijkheden die zij dragen, een (disproportionele) beperking van artikel 10 EVRM te voorkomen. Hoewel het wellicht voor de hand ligt om het effect van een beperking op het slachtoffer en/of op anderen minder groot te maken door de aard, duur en/of ernst van de beperking minder ingrijpend te maken, is het van belang dat videoplatformaanbieders in beginsel vrij zijn in het bepalen van hun voorwaarden.<sup>21</sup> Influencers, maar ook andere gebruikers, zijn door gebruik te maken van het platform een civielrechtelijke overeenkomst aangegaan met de videoplatformaanbieder. In het kader van contractsvrijheid staat het de videoplatformaanbieder vrij om het soort content dat op hun platform mag worden geplaatst en de manier waarop hun platform wordt gebruikt te bepalen. Indien hun algemene voorwaarden worden overtreden, staat het hen ook vrij actie te ondernemen. Zo kan de videoplatformaanbieder content verwijderen, gebruikers schorsen door accounts tijdelijk of permanent op te heffen, niet langer bepaalde vormen van content aanbevelen, waarschuwingen bij het delen van bepaalde vormen van content geven of content labelen met bijvoorbeeld advertentielabels.<sup>22</sup> Hoewel verschillende acties denkbaar zijn, mag dit niet tot willekeur leiden.<sup>23</sup> Door procedurele waarborgen kunnen videoplatformaanbieders dit voorkomen.<sup>24</sup> Daarnaast dienen videoplatformaanbieders in het oog te houden dat meer ingrijpende beperkingen aan strengere (procedurele) eisen moeten voldoen dan geringere beperkingen.<sup>25</sup> Willen videoplatformaanbieders ervoor

10 R. Broekstra, 'Private communicatiemachthebbers en onze uitingsvrijheid', *Mediaforum* 2015-1, p. 4.

11 EHRM 19 juni 2012, nr. 27306/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003349707 (*Krone Verlag GmbH/Oostenrijk*), r.o. 58-62.

12 R. Broekstra, 'Private communicatiemachthebbers en onze uitingsvrijheid', *Mediaforum* 2015-1, p. 4.

13 EHRM 22 april 2013, nr. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 124.

14 EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06, ECLI:CE:ECHR:2008:1216JUD002388306 (*Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden*), r.o. 45.

15 C. Goanta & S. Ranchordás, 'The Regulation of Social Media Influencers: an introduction', in: C. Goanta & S. Ranchordás (red.), *The Regulation of Social Media Influencers*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2020, p. 1.

16 Denk hierbij aan de Duitse YouTuber Rezo. Op 18 mei 2019 publiceerde Rezo een video waarin hij de German Christian Democratic Union partij bekritiseerde voor haar gebrek aan inzet inzake het tegengaan van de opwarming van de aarde. Rezo, YouTube channel (YouTube, 2019), <https://www.youtube.com/watch?v=4Y1ZQsYsUQ>

17 J. Gerards & R. Nehmelman, 'Algoritmes en grondrechten', Utrecht: Universiteit Utrecht 2018, [https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo-montaigne-algoritmes\\_en\\_grondrechten.pdf](https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo-montaigne-algoritmes_en_grondrechten.pdf), p. 30 en 31.

18 C. Goanta & S. Ranchordás, 'The Regulation of Social Media Influencers: an introduction', in: C. Goanta & S. Ranchordás (red.), *The Regulation of Social Media Influencers*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2020, p. 16.

19 De *rule of law* kan in het Nederlands worden vertaald naar rechtsstatelijkheid waardoor onder meer toegankelijke, voorspelbare, onpartijdige, transparante en effectieve geschilbeslechting van belang zijn voor de realisatie van een gunstig klimaat, zie R. Broekstra, 'Private communicatiemachthebbers en onze uitingsvrijheid', *Mediaforum* 2015-1, p. 4.

20 M.E. Price & P. Krug, *The enabling environment for free and independent media: Contribution to transparent and accountable governance*, Washington, DC: USAID 2002.

21 Hierbij dienen zij wel rekening te houden met bijvoorbeeld art. 14 DSA.

22 Brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 21 september 2021, 2021Z11451, p. 2.

23 J. Balkin, 'Free Speech is a Triangle', *Colum L. Rev.* 2018/118, afl. 7, p. 2045.

24 M. Klos, 'Wrongful moderation', *NJB* 2020/2976, afl. 43, p. 3221-3222.

25 A.W. Hins, annotatie bij Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8539, *Mediaforum* 2021-6, p. 207.

zorgen dat ook hun meer ingrijpende beperkingen in lijn met het recht op uitingsvrijheid zijn, dan zullen ze dus procedurele waarborgen moeten treffen.

#### 4.1 Procedurele waarborgen: anticiperen op de DSA

Het treffen van procedurele waarborgen komt terug in de derde categorie maatregelen: “maatregelen die zien op het in het leven roepen van doeltreffende procedures en afhandeling van klachten met betrekking tot de uitvoering van bovenstaande maatregelen.”<sup>26</sup> Hoe videoplatformaanbieders deze maatregelen meer specifiek dienen in te vullen, zal ik uiteenzetten aan de hand van de DSA.

Hoewel de DSA pas 1 januari 2024 in werking treedt, verdient het aanbeveling aan videoplatformaanbieders om hierop te anticiperen. Zo blijkt uit de procedure tussen Van Haga en LinkedIn over het verwijderen van content en het beëindigen van het account vanwege desinformatie over corona dat de eisen van redelijkheid en billijkheid wel al worden ingevuld aan de hand van de DSA.<sup>27</sup> In de DSA is immers de bescherming van het recht op uitingsvrijheid ‘opgewaarderd’ tot het niveau van de doelstelling van de regulering als zodanig.<sup>28</sup> Dit is terug te zien in diverse specifieke bepalingen. Zo zullen de *notice and action*-mechanismen een belangrijke bijdrage leveren door aan de ene kant de snelle verwijdering van onrechtmatige content te bevorderen, maar aan de andere kant de kans op het onbedoeld verwijderen van rechtmatige content te verkleinen.<sup>29</sup> Ook zullen tussenpersonen de fundamentele rechten van hun gebruikers, en dus ook hun recht op uitingsvrijheid, in acht moeten nemen bij het toepassen van hun relevante contractuele voorwaarden.<sup>30</sup> Daarnaast zullen zeer grote onlineplatforms de uitoefening van bepaalde grondrechten, waaronder het recht op uitingsvrijheid, moeten meenemen in hun jaarlijkse risicobeoordeling.<sup>31</sup> Bovendien wordt in de DSA een specifiek rechtskader gecreëerd voor inhoudsmoderatie. Zo wordt hierover vooraf duidelijkheid vereist in de contractuele voorwaarden (art. 14 lid 1 DSA), worden eisen gesteld aan de toepassing daarvan (art. 14 lid 4 DSA), gelden hiervoor transparantievereisten (art. 15 DSA), motiveringsplichten (art. 17 DSA) en beroepsmogelijkheden (art. 20 en 21 DSA). Ik zal deze onderverdelen in drie categorieën: algemene voorwaarden, beroepsmogelijkheden en transparantie.

##### Algemene voorwaarden

De DSA staat de mogelijkheid toe voor tussenhandelsdiensten om in hun algemene voorwaarden vast te stellen wat wel of niet is toegestaan. Met name indien het gaat om inhoudsmoderatie, neemt het belang van duidelijke, vooraf kenbare regels toe.<sup>32</sup> Videoplatformaanbieders kunnen hierin voorzien door in lijn met artikel 14 DSA hun algemene voorwaarden op te stellen. Het eerste lid van artikel 14 DSA bepaalt dat aanbieders van tussenhandelsdiensten in goed toegankelijke algemene voorwaarden moeten neerleggen welke voorwaarden

worden gehanteerd, hoe deze worden gehandhaafd en welke middelen worden ingezet bij de handhaving hiervan. Onder andere houdt dit in dat zij moeten expliciteren of zij gebruik maken van algoritmes bij het modereren en of zij (daarnaast) menselijke beoordelaars inzetten.<sup>33</sup> Op grond van het vierde lid van dit artikel moeten zij deze voorwaarden op een ‘zorgvuldige, objectieve en evenredige wijze’ handhaven en hierbij rekening houden met fundamentele rechten van gebruikers.

##### Beroepsmogelijkheden

Aanbieders van hostingdiensten worden op grond van artikel 17 DSA verplicht het opleggen van restricties te motiveren. Dit houdt bijvoorbeeld in dat de influencer wiens informatie wordt verwijderd uiterlijk op het moment van het verwijderen of ontoegankelijk maken, hierover geïnformeerd moet worden. Videoplatformaanbieders zullen hierbij duidelijk moeten maken welke actie zij hebben ondernomen en welke feiten en omstandigheden bij het besluit een rol hebben gespeeld. Ook zullen videoplatformaanbieders de juridische grondslag moeten vermelden en de reden van actie moeten toelichten.<sup>34</sup> Dit geldt zowel voor moderatie die plaatsvindt op grond van de wet als de algemene voorwaarden.<sup>35</sup> Deze motivering zal zo duidelijk moeten zijn dat het voor gebruikers mogelijk is om beroepsmiddelen aan te wenden.<sup>36</sup> Ook zal de videoplatformaanbieder moeten vermelden of bij het besluit gebruik is gemaakt van automatische beoordelingsmiddelen.<sup>37</sup>

Het verdient niet alleen aanbeveling aan videoplatformaanbieders om lessen te trekken uit bovenstaande motiveringsplichten maar ook om een gratis en elektronisch toegankelijk intern klachtenafhandelingssysteem aan te bieden.<sup>38</sup> Hierbij dienen zij gebruikers de mogelijkheid te bieden om te klagen over zowel beslissingen inzake het verwijderen of ontoegankelijk maken van informatie als over beslissingen inzake het opschorten of beëindigen van een account. Dit systeem moet gemakkelijk toegankelijk zijn, gebruiksvriendelijk zijn en zo zijn ingericht dat het de mogelijkheid schept en vergemakkelijkt voldoende nauwkeurige en gemotiveerde klachten in te dienen.<sup>39</sup> Ook dienen videoplatformaanbieders de klacht op een tijdige, zorgvuldige en objectieve wijze te beoordelen. Indien naar aanleiding van een dergelijke klacht blijkt dat een ondernomen actie onterecht was, zullen videoplatformaanbieders deze beslissing onverwijld moeten terugdraaien.<sup>40</sup> Daarnaast zullen zij moeten garanderen dat altijd een voldoende gekwalificeerde menselijke beoordelaar is betrokken bij de klachtenafhandeling.<sup>41</sup> Ook zullen zij de uitkomst van de beoordeling van de klacht onverwijld aan de klager moeten communiceren en hierbij wijzen op de mogelijkheid van buitengerechtelijke geschillenbeslechting en andere beroepsmogelijkheden.<sup>42</sup> Bovengenoemde vereisten inzake de interne klachtenprocedure zullen de kwaliteit van de procedure doen toenemen.<sup>43</sup>

26 Zoals eerder uiteengezet in dit artikel.

27 Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8539 (Van Haga/LinkedIn), r.o. 4.13 & 4.14.

28 Art. 1 lid 1 DSA.

29 F. Wilman, ‘Het voorstel voor de Digital Services Act’, *NtEr* 2021, afl. 1/2, p. 34.

30 Artikel 14 lid 4 DSA.

31 Artikel 34 lid 1 DSA.

32 M.K. Land, ‘Against Privatized Censorship: Proposals for Responsible Delegation’, *Va. J. Int. Law* (60) 2020, afl. 2, p. 408.

33 M. Klos, ‘Wrongful moderation’, *NJB* 2020/2976, afl. 43, p. 138.

34 M. Klos, ‘Wrongful moderation’, *NJB* 2020/2976, afl. 43, p. 141.

35 Overweging 42 en artikel 15 lid 2 DSA.

36 Artikel 15 lid 3 DSA. Hieronder vallen interne klachtenafhandelingsmechanismen, buitengerechtelijke geschillenbeslechting en gerechtelijke beroepsmogelijkheden, zie artikel 15 lid 2 sub f DSA.

37 Artikel 15 lid 1 sub c & e DSA.

38 Artikel 20 DSA.

39 Artikel 20 lid 3 DSA.

40 Artikel 20 lid 4 DSA.

41 Artikel 20 lid 6 DSA.

42 Artikel 20 lid 5 DSA.

43 M. Klos, ‘Wrongful moderation’, *NJB* 2020/2976, afl. 43, p. 143.

Zoals gezegd kan de *rule of law* in het geding komen door het gebruik van algoritmische besluitvorming. Hierdoor is het immers onduidelijk op grond waarvan videoplatformaanbieders sancties opleggen aan gebruikers die zich niet aan de regels houden en is het voor gebruikers dus lastig te bewijzen dat verwijderingen onterecht zijn. De DSA doet verschillende voorstellen om transparantie van tussenhandelsdiensten, en dus ook de controleerbaarheid, te vergroten. Zo dienen tussenhandelsdiensten jaarlijks een rapport te publiceren over de manier waarop zij inhoudsmoderatie toepassen.<sup>44</sup> Hierbij is de bedoeling dat zij duidelijkheid verschaffen inzake het inzetten van automatische middelen in de inhoudsmoderatie. Hierbij dient naar voren te komen met welk doel ze deze middelen inzetten, hoe accuraat deze zijn en welke maatregelen zij hebben genomen om een juiste werking hiervan te waarborgen.<sup>45</sup> Als gevolg van deze transparantieverplichtingen zal publieke controle op videoplatformdiensten mogelijk worden en worden influencers in staat gesteld (rechts)middelen aan te wenden tegen, volgens hen, onjuiste beslissingen.

*Gevolg: kleiner risico op disproportionele beperking uitingsvrijheid*

Door het integreren van bovenstaande aanbevelingen kunnen videoplatformaanbieders zowel in lijn met mediarechtelijke normen uit artikel 28ter lid 2 AVMD jo. 9 lid 1 AVMD handelen als rekening houden met de uitingsvrijheid van influencers. In deze paragraaf zal ik uiteenzetten wat voor effect bovenstaande aanbevelingen zullen hebben op het recht op uitingsvrijheid van influencers.

Bovenstaande aanbevelingen zullen ertoe leiden dat videoplatformaanbieders (meer) procedurele waarborgen in acht nemen. Zoals gezegd kan de wijze waarop videoplatformaanbieders gebruik (zullen) maken van algoritmische besluitvorming middels AI risico's in het leven roepen voor de mogelijkheden om deel te nemen aan het publieke debat. Indien videoplatformaanbieders bovenstaande aanbevelingen zullen naleven, en dus (meer) procedurele waarborgen in acht nemen, zullen zij deze risico's kunnen verkleinen. Met name de aanbevelingen die zien op motivering en transparantie zullen in lijn met de *rule of law* een gunstig klimaat voor deelname aan het publiek debat bevorderen. Hierdoor wordt het immers duidelijk voor influencers, en derden, op grond waarvan videoplatformaanbieders sancties opleggen. Daarnaast wordt er meer openheid gegeven inzake de inzet van algoritmen bij contentmoderatie, waardoor het bij een geschil gemakkelijker te bewijzen wordt dat de sanctie, bijvoorbeeld verwijdering van een video, onterecht is opgelegd. Daarnaast zal een gratis en elektronisch toegankelijk intern klachtenafhandelingsstelsel ertoe leiden dat een laagdrempelige en toegankelijke geschilbeslechting is gewaarborgd. En indien videoplatformaanbieders ook nog eens garanderen dat hierbij gekwalificeerde menselijke beoordelaars betrokken zijn, zullen onterecht genomen sancties, zoals verwijdering van rechtmatige content, eerder worden teruggedraaid. Hierdoor zal het effect op slachtoffers en op anderen minder groot worden waardoor minder aanleiding zal bestaan om steeds de 'veilige' kant te kiezen. Als gevolg daarvan zal de kans op een *chilling effect* kleiner worden.

<sup>44</sup> Artikel 15 lid 1 DSA.

## 5. Conclusie

In dit artikel heb ik aanbevelingen gedaan over hoe videoplatformaanbieders bij het opstellen en uitvoeren van maatregelen met betrekking tot reclame zowel aan mediarechtelijke normen kunnen voldoen als voldoende rekening kunnen houden met de uitingsvrijheid van influencers. Hieruit blijkt dat videoplatformaanbieders verschillende opties hebben. Zo kunnen zij het effect van de beperking op de influencer en op anderen minder groot maken door de aard, duur en/of ernst van de beperking minder ingrijpend te maken. Hierbij kan het gaan om het aanpassen van de inhoud van hun voorwaarden. Een andere, mijns inziens betere optie, is om meer procedurele waarborgen in het leven te roepen bij het gebruik van de videoplatformdienst door te anticiperen op de DSA. Specifiek voor contentmoderatie verdient het aanbeveling duidelijkheid te verschaffen over het bestaan en toepassing van contentmoderatie in de algemene voorwaarden, motiveringsplichten in acht te nemen, te voorzien in beroepsmogelijkheden en ook achteraf transparantie te bieden. Indien videoplatformaanbieders deze aanbevelingen in de voorwaarden van hun videoplatformdiensten zullen integreren, zal dit ten goede komen aan de uitingsvrijheid van influencers. Het gunstige klimaat voor deelname aan het publieke debat wordt hierdoor immers bevorderd en de kans op *chilling effects* wordt verkleind.

## BIBLIOGRAFIE

### Literatuur

#### Balkin 2018

J. Balkin, 'Free Speech is a Triangle', *Colum L. Rev.* 2018/118, afl. 7, p. 2011-2055.

#### Barendt 2007

E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford: Oxford University Press 2007.

#### Broekstra 2015

R. Broekstra, 'Private communicatiemachthebbers en onze uitingsvrijheid', *Mediaforum* 2015-1, p. 2-11.

#### Gerards & Nehmelman 2018

J. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2018, [https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo-montaigne-algoritmes\\_en\\_grondrechten.pdf](https://www.uu.nl/sites/default/files/rebo-montaigne-algoritmes_en_grondrechten.pdf).

#### Goanta & Ranchordás 2020

C. Goanta & S. Ranchordás, 'The Regulation of Social Media Influencers: an introduction', in: C. Goanta & S. Ranchordás (red.), *The Regulation of Social Media Influencers*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2020, p. 1-21.

#### Hins 2021

A.W. Hins, annotatie bij Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8539, *Mediaforum* 2021-6, p. 207.

#### Klos 2020

M. Klos, 'Wrongful moderation', *NJB* 2020/2976, afl. 43.

<sup>45</sup> Artikel 15 lid 1 sub e DSA.

## Land 2020

M.K. Land, 'Against Privatized Censorship: Proposals for Responsible Delegation', *Va. J. Int. Law* (60) 2020, afl. 2, p. 363-431.

## Price & Krug 2002

M.E. Price & P. Krug, *The enabling environment for free and independent media: Contribution to transparent and accountable governance*, Washington, DC: USAID 2002.

## Wilman 2021

F. Wilman, 'Het voorstel voor de Digital Services Act', *NtEr* 2021, afl. 1/2, p. 27-36.

## Rechtspraak

### Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 25 maart 1985, nr. 8734/79 ECLI:CE:ECHR:1985:0325J UD00087347 (*Barthold/Duitsland*).
- EHRM 20 november 1989, nr. 10572/83, ECLI:CE:ECHR:1989:1120JUD001057283 (*Markt ntern/Duitsland*).
- EHRM 28 juni 1993, nr. 16632/90, ECLI:CE:ECHR:1993:0628J UD001663290, (*Colman/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 23 juni 1994, nr. 15088/89 ECLI:CE:ECHR:1994:0623J UD001508889 (*Jacobowski/Duitsland*).
- EHRM 28 juni 2001, nr. 24699/94, ECLI:CE:ECHR:2001:0628J UD002469994 (*VgI/Zwitserland*).
- EHRM 17 oktober 2002 nr. 37928/97, ECLI:CE:ECHR:2002:1017J UD003792897 (*Stambuk/Duitsland*).
- EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06, ECLI:CE:ECHR:2008:1216JUD002388306 (*Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden*).
- EHRM 19 juni 2012, nr. 27306/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0117J UD003349707 (*Krone Verlag GmbH/Oostenrijk*).

EHRM 22 april 2013, nr. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422J UD004887608 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 29 maart 2016, nr. 56925/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0329J UD005692508 (*Bédat/Zwitserland*).

## Rechtbank

Rb. Noord-Holland (vzr.) 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:8539 (*Van Haga/LinkedIn*).

## Regelgeving

### Richtlijn (EU) 2018/1808

Richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie (2018) PB L 303.

### Verordening (EU) 2022/2065

Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitale dienstenverordening) (2022) L 277/1.

## Overige bronnen

- Brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 21 september 2021, 2021Z11451.
- Rezo, YouTube channel (YouTube, 2019), <https://www.youtube.com/watch?v=4Y1lZQsyuSQ>.

# De procedurele wending van de DSA: het recht op menselijke tussenkomst in content moderation

Column

Ljubiša Metikoš\*

Met de hedendaagse vloedgolf aan *mediacontent* worstelen grote socialemediaplatformen met de uitvoering van *content moderation*. Onder druk van de wetgever, aandeelhouders en platformgebruikers, moeten platformen illegale of anderszins problematische content snel en op grote schaal aan kunnen pakken. Het zou echter financieel en praktisch onmogelijk zijn om mensen alle besluiten hierover te laten nemen. Platformen zetten daarom vaak zelflerende algoritmen in die, semiautonom, content verwijderen, lager rangschikken, of uitsluiten van advertentie-inkomsten.<sup>1</sup> Deze algoritmen zijn doorgaans ondoorzichtig, en bevatten vaak ook discriminatoire vooroordelen die moeilijk vooraf uit te bannen zijn.<sup>2</sup> Regelmatig vindt er dan ook onterechte en soms onbedoelde *content moderation* plaats, die in strijd kan zijn met de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van ondernemerschap, of het discriminatieverbod.

In zulke gevallen kan een onterecht benadeelde *content creator* klagen bij een mens. Artikel 13 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en artikel 47 van het Europees Handvest geven eenieder het recht op een effectief rechtsmiddel wanneer diens fundamentele rechten worden geschonden. Een toegankelijke en effectieve rechtsprocedure is echter vaak niet weggelegd voor kleine *content creators*.<sup>3</sup> Het ligt daarom voor de hand platformen te verplichten om platformgebruikers te voorzien van een toegankelijk intern klachtafhandelingssysteem, waar men een oordeel krijgt van een menselijke geschilbeslechter.

Een dergelijk *recht op menselijke tussenkomst* is oorspronkelijk terug te vinden in het Europees privacy- en gegevens-

beschermingsrecht. De *travaux préparatoires* van de Data-beschermingsrichtlijn laten zien dat de Europese wetgever zich al in 1994 zorgen maakte omdat besluitnemers hun eigen verantwoordelijkheid zouden verloochenen wanneer procedures té geautomatiseerd worden.<sup>4</sup> Thans staat in artikel 22 lid 3 AVG de verplichting voor de verwerkingsverantwoordelijke om te waarborgen dat de betrokkene het recht heeft op betekenisvolle menselijke tussenkomst, een recht op een verklaring en een recht van verzet.<sup>5</sup>

Voor grote socialemediaplatformen bevat artikel 20 DSA inmiddels ook specifieke verplichtingen voor het instellen van klachtafhandelingssystemen, die niet *volledig* geautomatiseerd mogen zijn.<sup>6</sup> Platformen hebben nu de verplichting om te voorzien in procedures die tot “snelle, niet-discriminerende, niet-willekeurige en eerlijke resultaten leiden, en die aan menselijke controle worden onderworpen”.<sup>7</sup>

Maar wat maakt menselijke tussenkomst *betekenisvol*?<sup>8</sup> Hoe moet een mens geautomatiseerde processen controleren? Wat als een mens juist méér discrimineert,<sup>9</sup> of anderszins besluiten minder accuraat maakt?<sup>10</sup> Hoe ervaren platformgebruikers klachtafhandelingsprocedures wanneer een mens (niet) betrokken is?<sup>11</sup> Deze onderwerpen werden vroeger vaak slechts besproken binnen de technologie- en rechtsfilosofie, en het privacy- en procesrecht. De *procedurele wending*<sup>12</sup> van de DSA brengt echter met zich mee dat voortaan óók mediarechtjuristen moeten reflecteren op de relatie tussen mens en machine, de waarborgen van een eerlijk proces en de verplichtingen van menselijke geschilbeslechters.

\* Mr. Lj. Metikoš is promovendus ‘Digital Justice’ aan het Instituut voor Informatierecht, Paul Scholten Center for Jurisprudence, RPA Human(e)AI, Universiteit van Amsterdam.

1 Tarleton Gillespie, Hoofdstuk 4, ‘Three Imperfect Solutions to the Problem of Scale’, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*, Yale University Press 2018, <https://www.degruyter.com/document/doi/10.12987/9780300235029-004/html>, geraadpleegd op 14 oktober 2021.  
2 Reuben Binns and others, ‘Like Trainer, Like Bot? Inheritance of Bias in Algorithmic Content Moderation’, Springer International Publishing 2017.  
3 Naomi Appelman e.a., *Access to Digital Justice: In Search of an Effective Remedy for Removing Unlawful Online Content*, Edward Elgar Publishing 2022, <https://www.elgaronline.com/display/book/9781802203820/book-part-9781802203820-18.xml>, geraadpleegd op 20 maart 2023.  
4 Art. 16 Databeschermingsrichtlijn, Explanatory Memorandum for a Council Directive, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, COM(92) 422 final – SYN 287, Brussel, 15 Oktober 1992, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51992PC0422&from=DE>, geraadpleegd op 20 maart 2023.  
5 EDPB, ‘Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679’ (2018), [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guideline/automated-decision-making-and-profiling\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guideline/automated-decision-making-and-profiling_en), geraadpleegd op 20 maart 2023. NB: de betekenis, inhoud en reikwijdte van het ‘recht op een verklaring’ in de AVG, is zeer omstreken in het hedendaagse academische discours. Zie bijv.: Bryan Casey, Ashkon Farhangi and Roland

Vogl, ‘Rethinking Explainable Machines: The GDPR’s “Right to Explanation” Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise’ (2019) 34 *Berkeley Technology Law Journal*, p. 143.

6 Art. 20 lid 6 DSA.

7 Overweging 58 DSA.

8 Riikka Koulu, ‘Proceduralizing Control and Discretion: Human Oversight in Artificial Intelligence Policy’ (2020) 27 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, p. 720.

9 Marco Almada, ‘Human Intervention in Automated Decision-Making: Toward the Construction of Contestable Systems’, *Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Association for Computing Machinery 2019, <https://doi.org/10.1145/3322640.3326699>, geraadpleegd op 20 maart 2023.

10 Ben Green, ‘The Flaws of Policies Requiring Human Oversight of Government Algorithms’, Social Science Research Network (2021) SSRN Scholarly Paper ID 3921216, <https://papers.ssrn.com/abstract=3921216>, geraadpleegd 10 februari 2022.

11 Sarah Myers West, ‘Censored, Suspended, Shadowbanned: User Interpretations of Content Moderation on Social Media Platforms’ (2018) 20 *New media & society* 4366.

12 Christoph Busch & Vanessa Mak, ‘Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation’ (1 May 2021), <https://papers.ssrn.com/abstract=3933675>, geraadpleegd op 20 maart 2023; Pietro Ortolani, ‘If You Build It, They Will Come: The DSA’s “Procedure Before Substance” Approach’ [2022] *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/dsa-build-it/>, geraadpleegd op 20 maart 2023.



# De grenzeloze vrijheid van maatschappelijke kaders

Artikel

Dries van de Voort\*

## Een verkenning van de grenzen van de vrijheid van meningsuiting tegen het licht van de theorieën van Waldron en Dworkin

### 1. Inleiding

Op 23 april 1987 werd Witteman tijdens een uitzending van *Achter het Nieuws* door de Minister van Buitenlandse Zaken Van den Broek gebeld over een pikant fragment dat die uitzending getoond zou worden. Het betrof een fragment uit *Rudis Tagesshow*, een Duits tv-programma van Rudi Carrell. Specifiek ging het om beelden waarop het lijkt alsof vrouwen slippjes gooien naar de Iraanse ayatollah Khomeini.<sup>1</sup> De minister had aanwijzingen gekregen dat het uitzenden van het fragment 'consequenties kan hebben voor Nederlanders in Teheran die hij niet graag zou zien voltrekken.'<sup>2</sup> Hoewel groot voorstander van de vrijheid van meningsuiting, waaronder begrepen persvrijheid, stelde hij de rake vraag: 'Is het ons dit allemaal waard?'<sup>3</sup> Er werd besloten het fragment niet uit te zenden.

Deze vraag heeft over de jaren niet aan relevantie ingeboet. Voorbeelden van gewelddadige consequenties naar aanleiding van (sociale)media-uitingen zijn er de afgelopen tijd te over. Te denken valt aan de 'fakkeldrager' voor het huis van D66-leider Sigrid Kaag naar aanleiding van online circulerende complottheorieën of de mishandeling van Paul Pelosi, waarbij de invloed van 'toespelingen op geweld van de persoon door rechtse media' een niet onbelangrijke rol speelden.<sup>4</sup> Dit niettegenstaande dat deze (sociale)media-uitingen als zodanig niet per definitie als gewelddadig gekwalificeerd behoeven te worden. Het zijn deze gewelddadige consequenties die de samenleving aan het denken zetten over de vraag hoe ver de vrijheid van meningsuiting en publicatie kan gaan. Waar ligt de grens?

Men is het erover eens dat *hate speech* de absolute begrenzing vormt van de vrijheid van meningsuiting. De jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is hierover extensief en uiteenlopend.<sup>5</sup> Toch roept deze grens ook enige vragen op. Aan de ene kant de vraag of deze grens misschien niet te ver ligt: voornoemde voorbeelden geven aan dat een uiting op zichzelf niet gekwalificeerd hoeft

te worden als *hate speech* om toch gevaarlijke maatschappelijke consequenties te hebben. Moet de grens door middel van wetten daarom naar voren worden verlegd? Aan de andere kant kan de grens juist verstikkend werken. Die zou een sta-in-de-weg zijn voor de ontwikkeling van een maatschappelijk en journalistiek verantwoordelijkheidsgevoel. Niet de wet, maar de maatschappij zou in haar doen en laten moeten afrekenen met dergelijke (media-)uitingen.<sup>6</sup>

Deze twee verschillende opvattingen staan in het verlengde van de theorieën van Jeremy Waldron en Ronald Dworkin. Aan de hand van onderscheidenlijk Waldrons *Harm in Hate Speech* en Dworkins *Legitimacy Argument* zal in dit artikel een beschouwing worden gegeven van de grenzen van de vrijheid van meningsuiting. Meer in het bijzonder wordt er stilgestaan bij de vraag hoe overheid en maatschappij moeten omgaan met media-uitingen die op het eerste gezicht niet gekwalificeerd kunnen worden als *hate speech*, maar die door hun maatschappelijke impact de vraag oproepen of de grens van de vrijheid van meningsuiting enige aanpassing behoeft.

### 2. Vrijheid van meningsuiting

Alvorens in te gaan op de verscheidene theorieën van respectievelijk Waldron en Dworkin over de grens van vrijheid van meningsuiting, zal eerst het begrip zelf enige duiding behoeven. Daarom zal ik daar eerst nader op ingaan, alvorens de randen daarvan worden verkend.

In het werk van Barendt, 'Freedom of Speech', is te lezen dat de vrijheid van meningsuiting onderscheiden kan worden in vier kernbeginselen.<sup>7</sup> Ten eerste resulteert het vrij kunnen uitwisselen van informatie en meningen in waarheidsvinding. De gedachte steunt op het uitgangspunt dat in de strijd van concurrerende opvattingen de waarheid overwint. Dit wordt ook wel *the marketplace of ideas* genoemd.<sup>8</sup> Hier kunnen echter

\* Mr. D.T.J. van de Voort is in 2022 afgestudeerd in de richtingen Encyclopedia & Filosofie van het Recht, en Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Momenteel is hij werkzaam als jurist bij de kennisunit van de directie Bestuursrechtspraak van de Raad van State.

1 'DWDD Special: Paul Witteman - Achter het Nieuw en Khomeini', *BNNVARA.nl* 8 februari 2019.

2 'Vrijheid van meningsuiting of de mond gesnoerd?' *YouTube.com* 3 november 2010.

3 *Ibid.*

4 'Fakkelaactie bij Kaag: 'Dit is een relatief kleine groep mensen die heel luid is', *NOS* 6 januari 2022; 'Man van Pelosi aangevallen door indringer, zij was waarschijnlijk het doelwit', *NOS* 28 oktober 2022.

5 Zie [futurefreespeech.com/hate-speech-case-database](https://futurefreespeech.com/hate-speech-case-database) voor een overzichtelijke categorisering van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot *hate speech*.

6 Dit zou de 'Amerikaanse opvatting' genoemd kunnen worden; Grimm 2009, p. 19.

7 Barendt 2005, p. 6-7.

8 Zo zegt *dissenting judge* Mr. Justice Holmes: 'But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas - that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.' *Abrams et al. v United States* 1919, §58.

twee kanttekeningen bij worden geplaatst. De eerste – en meest voorname – kritiek is dat de strijd van meningen niet *ipso facto* leidt tot het vinden van de waarheid. Feit behoort onderscheiden te worden van mening. Botsen ongegronde of ongemotiveerde meningen met elkaar, dan blijft de waarheid in het ongewis. Uit twee keer a kan immers geen b voortkomen.<sup>9</sup> Daarbij betwijfelen postmodernisten – Barendt heeft het over ‘relativisten’<sup>10</sup> – het bestaan van een ‘objectieve waarheid’.<sup>11</sup> Het behoeft geen nadere uiteenzetting dat het ‘subjectiveren’ van de waarheid gedurende de Covid-19-pandemie een impuls heeft gekregen.

Ten tweede vormt vrijheid van meningsuiting een voorwaarde voor zelfontplooiing. Dit hangt nauw samen met het op de voorgrond plaatsen van de autonomie van het individu. Zo zegt Barendt: “A right to express beliefs and political attitudes instantiates or reflects what it is to be human.”<sup>12</sup> Hierin betekent autonomie niet alleen het uiten van gedachten, maar ook het ontvangen daarvan. Het is het recht in een wereld vol informatiestromen een eigen afweging te maken. In de woorden van Scanlon: “To regard himself as autonomous a person must see himself as sovereign in deciding what to believe and in weighing competing reasons for action.”<sup>13</sup>

Hierin schuilt echter zowel aan de kant van de spreker als aan de kant van de ontvanger een probleem. Zo kan de spreker via zijn expressie anderen in hun menselijke waardigheid schaden.<sup>14</sup> *Hate speech* is hiervan een voorbeeld. Aan de kant van de ontvanger gaat men uit van een autonome, *rationele* mens.<sup>15</sup> Men kan echter betwijfelen of de ontvanger de informatie wel altijd op rationele wijze afweegt. Hevige emoties of externe manipulatieve invloeden kunnen de ratio immers vertroebelen.<sup>16</sup>

Ten derde is vrijheid van meningsuiting “not only a precondition for democracy, but one of its defining values or features”.<sup>17</sup> Zo opent Grimm zijn beschouwing in ‘Freedom of Speech in a Globalized World’: “There is no democracy without public discourse and no public discourse without freedom of speech, freedom of the media, and freedom of information.”<sup>18</sup>

Het inperken van deze vrijheid zou een autoritaire sluier werpen over de samenleving waarin minderheden buiten het publieke debat worden gehouden of essentiële informatie verhuuld blijft die noodzakelijk is voor de afweging van de politieke stem. Een strikte lezing van het kernbeginsel leidt echter tot de conclusie dat de vrijheid van meningsuiting alleen ziet op (zuiver) politieke uitingen, nu alleen deze van waarde zijn in een democratie. Deze lezing creëert een voorportaal met even vage grenzen als de grens van de vrijheid van meningsuiting waarnaar in dit artikel gezocht wordt. Eerst zou immers

bepaald moeten worden of de uiting kwalificeert als (zuiver) politiek, om vervolgens alsnog te onderzoeken of de grens van *hate speech* wordt overschreden.

Tot slot heeft “freedom of expression” een controlerende functie. Anders dan een “defining value of democracy” staat het niet ten dienste van het bevorderen van het publieke debat, maar ziet het op de “evils of regulation”.<sup>19</sup> De media als ‘*public watchdog*’ is hiervan een voorbeeld.<sup>20</sup> Het kunnen uiten van kritiek op de overheidsmacht en het bieden van tegenwicht verstevigt immers de legitimiteit van diens wetgeving. Een strikte lezing leidt hier tot de volgende afweging: ziet dit argument louter op politieke wetgeving, of dient deze controlerende functie breder opgevat te worden?<sup>21</sup>

### 3. Dworkins Legitimacy Argument

Een groot tegenstander van *hate speech laws* is Ronald Dworkin. Hij beschouwt *freedom of expression* als een absoluut en universeel geldend mensenrecht. Het vormt de fundering van de legitimiteit van wetten. Zo schrijft hij in het voorwoord van *Extreme Speech and Democracy*: “We can find [the basic principle of freedom of speech] in a condition of human dignity: it is illegitimate for governments to impose a collective or official decision on dissenting individuals, using the coercive powers of the state, unless that decision has been taken in a manner that respects each individual’s status as a free and equal member of the community.”<sup>22</sup>

Met andere woorden: de legitimiteit van een wet is gelegen in het feit dat ieder vrij en gelijk individu zich ertegen kan uitspreken.<sup>23</sup> Zie hier dat Dworkin sterk leunt op het tweede, derde en vierde grondbeginsel van de vrijheid van meningsuiting zoals onderscheiden door Barendt. Zou de vrijheid van meningsuiting ingeperkt worden – bijvoorbeeld door een democratische meerderheid die haatzaaiende uitingen verbiedt – dan wordt hiermee het stemgeluid van die minderheid ondergraven. Zodoende is “freedom of expression crucial to moral agency, and that moral agency is the cornerstone of democratic culture”.<sup>24</sup>

Op de keper beschouwd gaat Dworkins *Legitimacy Argument* zelfs zo ver dat bijvoorbeeld het ontkennen van de Holocaust – iets wat het EHRM ondubbelzinnig strijdig acht met het doel van de rechten en vrijheden van het EVRM<sup>25</sup> – toelaatbaar is.<sup>26</sup> Van belang is hierin het onderscheid te zien tussen enerzijds de *uiting* en anderzijds de *gevolgen* van een mening. Volgens Dworkin verbieden *hate speech laws* het uiten van de mening, terwijl deze geen deel zijn van het strafbare feit.

9 Barendt 2005, p. 9-10.

10 Barendt 2005, p. 8.

11 Zo zegt ook Frankfurt: ‘We live at a time when, strange to say, many quite cultivated individuals consider truth to be unworthy of any particular respect. ... These shameless antagonists of common sense – members of a certain emblematic subgroup of them call themselves “postmodernists” – rebelliously and self-righteously deny that truth has any genuinely objective reality at all.’ Frankfurt 2006, p. 13-14.

12 Barendt 2005, p. 13.

13 Een nadere specificering van autonomie geeft Scanlon later: ‘An autonomous person cannot accept without independent consideration the judgment of others as to what he should believe or what he should do.’ Scanlon, 1972, p. 215-216.

14 Barendt 2005, p. 15. Zie ook: Howard, *Annual Review of Political Science* 2019, p. 98.

15 Scanlon, *Philosophy and Public Affairs* 1972, p. 215.

16 Barendt 2005, p. 17.

17 McGonagle 2015a, p. 1.

18 Grimm 2009, p. 11.

19 Barendt 2005, p. 21.

20 McGonagle 2015a, p. 24-25.

21 Barendt 2005, p. 22.

22 Dworkin, 2009, p. vii.

23 ‘Session 4: Multiculturalism and Human Rights – Part 2/2 – Fritt Ord & NYRB-Conference, Oslo, 2012’, Fritt Ord, *YouTube.com* 29 juni 2012.

24 Levin, 2009, p. 357.

25 In *Garaudy/France* werd art. 17 EVRM ingeroepen op grond dat ‘There could be no doubt that disputing the existence of clearly established historical events, such as the Holocaust, did not constitute historical research akin to a quest for the truth. ... It was incompatible with democracy and human rights and its proponents indisputably had designs that fell into the category of prohibited aims under Article 17 of the Convention.’ *Garaudy/France* 2003, p. 2.

26 R. Dworkin, ‘Even bigots and Holocaust deniers must have their say’, *The Guardian* 14 februari 2006.

Een voorbeeld kan dit verschil verduidelijken. Een *hate speech law* ziet op het verbieden van het uiten van racistische of religieuze haat. Het stelt een grens aan de vrijheid van meningsuiting. Dit zijn zogenaamde *upstream laws*. Er zijn daarnaast wetten die de actie – de handeling naar de uiting – verbieden. Dit zijn discriminatiewetten<sup>27</sup> of wetten die geweld en intimidatie strafbaar stellen. Deze wetten, die de mens juist beschermen tegen discriminatie of geweld, zijn *downstream laws*.<sup>28</sup> De staat moet zich dan ook inspannen minderheden te beschermen die oneerlijk of ongelijk behandeld worden, maar deze bescherming dient zich niet te manifesteren door *upstream* de vrijheid van meningsuiting te beperken. Want “there is only so much we can do about the causes [of violence and discrimination] without forfeiting legitimacy for the laws we most care about”.<sup>29</sup>

Dworkin zegt dus dat het bestaan van *hate speech laws* de legitimiteit van *downstream laws* aantast. In het verlengde hiervan betoogt Dworkin dat het toestaan van *hate speech* niet per definitie leidt tot meer *hate crime* – althans: niet meer dan in landen waar wel *hate speech laws* gelden.<sup>30</sup> *Hate speech laws* hebben naast een negatief effect op de legitimiteit van wetten dus geen effect op het verminderen van de criminaliteit die deze wetten beogen te bestraffen. De staat moet zich dan ook niet richten op *hate speech laws*, maar op het beschermen van minderheden tegen *hate crime*. Aan de voorkant betekent dit bijvoorbeeld preventie door middel van de inzet van politie. Aan de achterkant een sterk, streng en effectief opsporen van criminelen die zich schuldig maken aan *hate crime*. Dworkin legt hierbij ook een grote verantwoordelijkheid bij het autonome individu en de maatschappij zelf. Van de spreker wordt verwacht dat hij als een ‘*responsible agent*’ omgaat met zijn vrijheid.<sup>31</sup> Hoewel niet beperkt door wet, dan toch beperkt door zijn geweten. De maatschappij draagt de verantwoordelijkheid slachtoffers van *hate speech* te beschermen. Niet door de uiting ervan te verbieden, maar door minderheden op te vangen en op te nemen in hun midden en *hate speech*-betogers aan te spreken op hun taal.

#### 4. Waldrons Harm in Hate Speech

Waldron ziet, anders dan Dworkin, niet alleen een rechtvaardiging voor *hate speech laws*, maar ook een noodzaak daartoe. Er is, in zijn woorden, “something socially and legally significant at stake”.<sup>32</sup> Centraal staat de vraag: “How do you think we are going to run a society with different groups if hate speech is allowed?”<sup>33</sup> Hij trekt Dworkins claim in twijfel dat het gebruik van *hate speech laws* werkelijk de legitimiteit van *hate crime laws* aantast. Als voorbeeld stelt hij de vraag of de legitimiteit van de vervolging van *skinheads* die een moslim in elkaar slaan werkelijk wordt aangetast wanneer er een verbod bestaat op het uiten van religieuze haat.<sup>34</sup> De retoriek van de vraag verklapt dat deze volgens Waldron ontkenkend beantwoord moet worden.

Twee uitgangspunten vormen hier de basis voor de legitimatie van *hate speech laws*. Ten eerste bestaat er in de multiculturele samenleving een *public good of inclusiveness*.<sup>35</sup> De mens leeft niet solitair, maar is een gemeenschapswezen dat aangewezen is op anderen.<sup>36</sup> *Hate speech* ondermijnt dit constitutieve element van het mens-zijn; het met elkaar kunnen leven in het publieke domein. Het is een ‘*slow-acting poison*’ dat cumuleert en het op den duur onmogelijk maakt voor de samenleving om in goede verstandhouding verder te gaan.<sup>37</sup>

Ten tweede ondergraaft *hate speech* de maatschappelijke positie van de mens. *Hate speech* zet hem als het ware buiten de maatschappij en bestempelt hem als ongewenst. Zoals Waldron het omschrijft: “[A person’s dignity] is their social standing, the fundamentals of basic reputation that entitle them to be treated as equals in the ordinary operations of society.”<sup>38</sup>

*Hate speech*, anders dan ‘gewoon stoom afblazen’, is gericht op het ondermijnen van de menselijke waardigheid. Het drukt een maatschappelijk gevoel van ‘niet-behoren’ of ‘ongewenstheid’ uit. Het mag volgens Waldron dan ook niet beschouwd worden als een vorm van ‘*autonomous self-expression*’; een vorm van zelfverwerkelijking, nu het tot doel heeft minderheden buiten de samenleving te sluiten.<sup>39</sup> Zie hier de essentieel andere opvatting van ‘minderheden’. Waar Dworkin juist met ‘minderheden’ doelt op personen die haat uiten, richt Waldron zich op het beschermen van minderheden waarop de haat gericht is.

Waldron maakt wél een onderscheid tussen ‘*hate speech*’ en ‘*offence*’. *Offence*, anders dan *hate speech*, raakt niet aan de menselijke waardigheid van een “basic entitlement to be regarded as a member of society in good standing”.<sup>40</sup> Het gaat bij het verbieden van *hate speech* niet om het beschermen van de gevoelens van het individu, maar om het beschermen van zijn plaats in de samenleving.

#### 5. Vrij woord, gewelddadige consequenties

Hoewel Waldron en Dworkin lijnrecht tegenover elkaar staan, hebben ze wel een gemene deler: de onderscheidenlijke theorieën hebben betrekking op uitingen die gekwalificeerd worden als *hate speech*. In de inleiding kwam echter naar voren dat uitingen die niet als *hate speech* gekwalificeerd worden, toch een vergelijkbare maatschappelijke impact kunnen hebben. Hoe helpen voornoemde theorieën ons dan bij het doorgronden van deze uitingsvormen?

Voorop staat dat de mens een sociaal wezen is. Een hermetisch afgesloten kwalificatie van uitspraken als *hate speech*, geabstraheerd van voortdurend onderling menselijk contact in een veranderende leefomgeving, lijkt mij dan ook weinig vruchtbaar om als uitgangspunt te nemen.<sup>41</sup> De (media-) uiting kan niet in isolement beschouwd worden. Sterker nog, het wezenskenmerk van de vrijheid van meningsuiting is het onderlinge menselijke contact; de noodzakelijkheid van

27 Zie bijv. art. 429quater van het Wetboek van Strafrecht.

28 Waldron 2012, p. 178, 185.

29 Waldron 2012, p. 177.

30 Zo zegt hij: ‘There is no evidence that society that have laws restricting free speech, thereby and for that reason have less hate crime.’ ‘Session 4: Multiculturalism and Human Rights – Part 2/2 – Fritt Ord & NYRB-Conference, Oslo, 2012’, *Fritt Ord, YouTube.com* 29 juni 2012.

31 Dworkin 2009, p. vii.

32 Waldron 2012, p. 4.

33 ‘Session 4: Multiculturalism and Human Rights – Part 1/2 – Fritt Ord & NYRB-Conference, Oslo, 2012’, *Fritt Ord, Youtube.com* 28 juni 2012.

34 Hoewel een extreem voorbeeld, waar ook Dworkin zijn vraagtekens bij zou zetten, illustreert het de strekking van Waldrons kritiek. Waldron 2012, p. 185-186.

35 Ibid.

36 Ober 2017, p. 79.

37 Waldron 2012, p. 4.

38 Waldron 2012, p. 5.

39 Waldron 2012, p. 88.

40 Waldron 2012, p. 105.

41 Ook Waldron en Dworkin doen dit overigens niet.

het sociale bestaan van de mens. *The market place of ideas*, zelfontplooiing van het individu, democratie als collectief zelfbestuur en controle op de macht: alle vier van de door Barendt geschetste kernbeginselen van de vrijheid van meningsuiting veronderstellen de aanwezigheid van de andere persoon. De grens sluiten bij de kwalificatie is dus niet voldoende. Er moet verder gekeken worden naar de impact van taal op de samenleving. Hoewel er geen sprake is van *hate speech*, kunnen de theorieën van Waldron en Dworkin ons toch helpen bij het bepalen van de grens van de vrijheid van meningsuiting waar de maatschappelijke consequenties mogelijk gewelddadig zijn. Ze bieden namelijk twee verschillende invalshoeken die zien op de vraag bij wie de verantwoordelijkheid ligt bij het bepalen van de grens. Waldron legt de verantwoordelijkheid hoofdzakelijk bij de staat. Door middel van *hate speech laws* behoort de vrijheid van meningsuiting beperkt te worden ten einde het geweld voor te zijn. Dworkin legt de verantwoordelijkheid juist bij de maatschappij. Niet de wet, maar andere mensen behoren elkaar aan te spreken op hun taal en de mogelijke gevolgen daarvan.

Ter illustratie van Waldrons *Harm in Hate Speech* en Dworkins *Legitimacy Argument* verleg ik graag de focus naar een recent voorbeeld. Door de coronapandemie hebben complotdenkers<sup>42</sup> zich steeds meer in het maatschappelijk debat gemengd. Waar complottheorieën doorgaans onder de oppervlakte smeulen, staan ze nu volop in de schijnwerpers en beheersen ze verschillende (sociale) mediaplatforms. Een van deze complottheorieën, de zogenaemde 'omvolkingstheorie', kreeg het afgelopen jaar ook aandacht van de publieke omroep. Kort en goed houdt deze theorie in dat de "Europese bevolking vervangen wordt door niet-Europeanen die hoofdzakelijk islamitisch zijn".<sup>43</sup> Naar de letter is de theorie niet aan te merken als *hate speech*.<sup>44</sup> Er wordt bijvoorbeeld geen onderscheid gemaakt tussen rassen, of gediscrimineerd. Het stelt in zijn meest elementaire vorm dat economische en politieke elites immigratie bevorderen omwille van eigenbelang (lees: arbeidskrachten of stemmen).<sup>45</sup> Desalniettemin staat onomstotelijk vast dat recente gewelddadige (terreur)daden zijn ontsproten uit deze complottheorie.<sup>46</sup> Hoe zouden Dworkin en Waldron aankijken tegen een mogelijk verbod van het uiten van deze theorie?

## 6. De maatschappelijke arbiter

Dworkin stelt dat de vrijheid van meningsuiting absoluut is. Dit betekent dat ook de media deze vrijheid genieten. Media-actoren, waaronder begrepen de publieke omroep, zouden dus ongemoeid de omvolkingstheorie moeten kunnen uiten. Het *upstream* verbieden van deze vrijheid zou de legitimiteit van waarlijk belangrijke wetten ter voorkoming van geweld en discriminatie *downstream* – zoals wetten die een gelijke behandeling bevorderen bij het aannemen van werkkrachten of het

stemrecht – ondermijnen. Sterker nog: het zou de uiteindelijke democratische legitimiteit van het overheidsgezag kunnen ondergraven en de overheid vermaken tot ultieme arbiter van de vrijheid van meningsuiting waarin het klassieke wantrouwen tegen de grote overheid wederom de kop op steekt.<sup>47</sup> Het opent de ruimte voor complotdenkers om, bijvoorbeeld, te zeggen: "Zie je wel, de overheid maakt ons monddood terwijl migranten steeds makkelijker aan werk kunnen komen."

Daarbij versterkt de Popperiaanse tolerantieparadox<sup>48</sup> dit effect van toenemend wantrouwen. Hieruit volgt dat intolerant optreden tegen andersdenkenden, omwille van tolerantie ten aanzien van andere minderheden, deze groep met (extreme) ideeën steeds verder buiten de samenleving plaatst.<sup>49</sup> Juist een open en rationele houding tegenover andersdenkenden, hoe schokkend hun ideeën ook mogen zijn, laat niet de overheid, maar de maatschappij de arbiter zijn.<sup>50</sup> Zoals ook Dworkin stelt, zegt het verspreiden van *hate speech* meer iets over de persoon die deze uiting doet, dan over de persoon tegen wie de haat is gericht.<sup>51</sup> Het is dan ook niet aan de overheid, maar aan de maatschappij deze persoon te signaleren en hiernaar te handelen. Alleen als de vrijheid van de een gepareerd wordt met de vrijheid van de ander ontstaat er een maatschappelijk evenwicht. Er rust dus een zekere verantwoordelijkheid bij de samenleving naar de gegeven vrijheid (d.i. vrijheid van overheidsingrijpen) te handelen. Dat wil zeggen: waar de complotdenker de vrijheid neemt zijn gedachtegoed te uiten, is het voor de maatschappij noodzakelijk hem hierop aan te spreken. Wellicht ten overvloede: aanspreken is essentieel anders dan verbieden of buitensluiten. Het laatste heeft zoals we zagen juist een versterkend effect.

Duidelijk is dat het verbieden van complottheorieën – ondanks dreigingen – een *chilling effect* heeft op het journalistieke landschap. Het creëert een paternalistische staat waarin de autonomie van het individu – zowel van de spreker als ontvanger – wordt ondermijnd. Het knijpt de ruimte voor het ontwikkelen van een individueel en maatschappelijk bewustzijn af. Een extern opgelegd verbod werkt immers minder sterk door dan een innerlijk ontwikkeld gebod. Wel is het van belang dat de staat *downstream* het recht op vrije meningsuiting kan effectueren. Immers, het recht op vrijheid van meningsuiting is niet *'theoretical or illusory'*, maar behoort *'practical and effective'* te zijn.<sup>52</sup> Concreet betekent dit dat er een positieve verplichting rust op de staat om financiële middelen – bijvoorbeeld voor de beveiliging van kantoren en personen van de media, maar ook op nationaal niveau het intensiveren van de nationale veiligheidsdienst – ter beschikking te stellen ten dienste van het vrije woord.<sup>53</sup>

42 Met deze term doel ik op personen die geloven in theorieën die geen wetenschappelijke basis hebben. Hoewel ik me bewust ben van de verscheidenheid aan theorieën en de mate waarin personen erin geloven, breng ik ze uit overzichtelijkheidsoverwegingen samen onder deze noemer.

43 F. Hofman, 'Kamer stelt vragen na uitzending Ongehoord Nederland over 'omvolkingstheorie'', NRC 19 mei 2022.

44 Het is dan ook niet als zodanig aangemerkt door het EHRM, waar aansporen tot racisme, het ontkennen van de holocaust, neonazistische propaganda dit uitdrukkelijk wel zijn. Voorhoof 2015, p. 90.

45 W. Heck, 'Terreur op basis van een complottheorie', NRC 17 augustus 2019.

46 Ik verwijs naar de schietpartij in Buffalo, New York, Oslo en El Paso.

47 Winfield & Tien 2015, p. 485.

48 Popper 1966 (1945), zie noot 4 van hoofdstuk 7.

49 Bychawska-Siniarska 2017, p. 12; Winfield & Tien 2015, p. 486-487.

50 Winfield & Tien 2015, p. 492-494.

51 'Session 4: Multiculturalism and Human Rights – Part 2/2 – Fritt Ord & NYRB-Conferenzo, Oslo, 2012', YouTube.com 29 juni 2012. Ook het EHRM gaat mee in deze lijn van gedachte. Zo zegt het in *Jersild*: "Taken as a whole, the feature could not objectively have appeared to have as its purpose the propagation of racist views and ideas. On the contrary, it clearly sought – by means of an interview – to expose, analyse and explain this particular group of youths, limited and frustrated by their social situation, with criminal records and violent attitudes, thus dealing with specific aspects of a matter that already then was of great public concern." (Onderstreping DV); *Jersild/Denmark* 1994, par. 33.

52 McGonagle 2015c, p. 12.

53 Zie bijv. *Dink/Turkey* 2010, par. 137.

## 7. De deugd van de vrijheid

Ten aanzien van complottheorieën, en de omvolkingstheorie in het bijzonder, is het lastig de ogen te sluiten voor de geweldadige gevolgen van deze (media-)uitingen. Zeker tegen het licht van de gewelddadige maatschappelijke consequenties spreken Waldrons woorden over de Deense cartoonwedstrijd over de profeet Mohammed in 2005 boekdelen: “Often, the best [Western liberals] could say was that they were upholding their right to publish [the cartoons]. But a right does not give the right-bearer a reason to exercise the right one way or another, nor should it insulate him against moral criticism.”<sup>54</sup>

Dat je een recht hebt, wil niet zeggen dat je dat altijd ten volle behoort te benutten. Ook Waldron onderkent het belang van de eigen verantwoordelijkheid van de maatschappij, maar in tegenstelling tot Dworkin ligt de nadruk op de verantwoordelijkheid en het bewustzijn van de spreker. Daarbij is het bij uitstek een taak voor de overheid dit bewustzijn extern te ontwikkelen via een verbod op of onmogelijk maken van het uiten van (gevaarlijke en ontwrichtende) complottheorieën. Zeker nu de grens van *offence* wordt overschreden. Naar zijn maatschappelijk effect ondermijnt de omvolkingstheorie namelijk wel degelijk de menselijke waardigheid van een ‘*basic entitlement to be regarded as a member of society in good standing*’.<sup>55</sup> Grote bevolkingsgroepen worden als ‘ongewenst’ en ‘middel-tot-doel-verhouding van de elite’ bestempeld. De constante blootstelling aan dergelijke complottheorieën werkt als een gif in de samenleving dat uiteindelijk resulteert in extreem geweld.<sup>56</sup> Hoewel de complottheorie dus naar de letter geen *hate speech* is, is deze dit dus wel naar zijn effect.

Het EVRM als ‘*living instrument*’ creëert ruimte de rechten in de huidige tijd te plaatsen.<sup>57</sup> De geweldadige en ontwrichtende werking van complottheorieën, zoals de omvolkingstheorie, in de democratische rechtsstaat geeft wellicht aanzet de uiting daarvan aan banden te leggen – of in ieder geval de verantwoording ervan te verhogen.<sup>58</sup> Een ‘*sophisticated way of thinking about harm*’ vraagt om een ontwikkeling van het inlevingsvermogen, een maatschappelijk bewustzijn, waarin verder wordt gekeken dan louter naar de directe link tussen ‘*speech*’ en ‘*violence*’.<sup>59</sup> Zo zegt Bari bijvoorbeeld in een discussie over de aanslagen op Charlie Hebdo in 2015: “Freedom of speech is only one part of democracy. But another part is defending all members of society and cultivating an inclusive sense of nationhood”.<sup>60</sup>

Vrijheid van meningsuiting is nooit volledig vrij, maar is in de sociale en historische context geplaatst altijd aan banden gelegd ten dienste van de samenleving.<sup>61</sup> Het is dan ook de vraag of een beroep op neutraliteit van de staat of media ten dienste van de “*marketplace of ideas*” overeind blijft in “een samenleving die door bepaalde racistisch en seksistische denkbeelden overspoeld wordt, waardoor minderheden in steeds sterkere mate niet gehoord worden in de samenleving”.<sup>62</sup>

54 Waldron 2012, p. 126.

55 Waldron 2012, p. 105.

56 Ik verwijs wederom naar de schietpartij in Buffalo, New York, Oslo en El Paso; W. Heck, ‘Terreur op basis van een complottheorie’, *NRC* 17 augustus 2019.

57 McGonagle 2013a, p. 18.

58 Zo moest bijv. een journalist in Canada zichzelf verantwoorden waarom hij cartoons over de profeet had gepubliceerd. Dit vormt niet een absolute beperking van de vrijheid van meningsuiting, maar legt een hogere verantwoordingsplicht – zoals beweegredenen, gedachten en motieven – bij de journalist alvorens de cartoons gepubliceerd mogen worden. Winfield & Tien 2015, p. 484-485.

## 8. Conclusie

De vrijheid van meningsuiting vormt het fundament van de liberale democratie. Naast het controleren van publieke organen bevordert vrijheid van meningsuiting waarheidsvinding, zelfontplooiing en het publieke debat. Maar in de democratische rechtsstaat staat deze vrijheid op gespannen voet met andere grondrechten en rijst de vraag hoe ver de grenzen reiken van dit fundamentele recht. Wat is het ons allemaal waard? Zeker in een tijd waarin complottheorieën alomverteenwoordigd zijn en soms geweldadige ontwrichtende werking hebben, is een kritische blik op de grenzen van de meningsvrijheid geboden.

Uit Dworkin’s *Legitimacy Argument* komt naar voren dat er überhaupt geen grens bestaat waar het de normering van *hate speech* betreft. Bescherming van de botsende grondrechten van het individu moeten niet *upstream*, maar *downstream* beschermd worden. Zou een staat zogenoemde *hate speech laws* in het leven roepen, dan zou dit de legitimiteit van de beschermende wetten tegen ‘*hate crime*’ *downstream* ondergraven. Daarom behoort niet de staat, maar de maatschappij de ‘sociale’ arbiter te zijn die erop toeziet dat mensen die haterlijke uitspraken doen worden aangesproken. Waldron zet zich af tegen een verbod op *hate speech laws*. *Hate speech* resulteert wegens zijn aard in sociale uitsluiting van minderheden en heeft een ontwrichtende werking op de samenleving. Het werkt als een soort gif dat de samenleving infecteert en dient om die reden aan banden gelegd te worden. De inbreuk op de menselijke waardigheid kent geen rechtvaardiging. Het is daarom een taak voor de overheid de vrijheid van meningsuiting te reguleren.

De omvolkingstheorie legt de spanning bloot tussen de vrijheid van meningsuiting en het inperken daarvan omwille van de maatschappelijke veiligheid. Hoewel het naar de letter niet als *hate speech* gekwalificeerd kan worden, kan niet ontkend worden dat het een ontwrichtend effect heeft op de samenleving.

Bedacht moet echter worden dat, volgens Dworkin, de inperking van de vrijheid van meningsuiting de legitimiteit van wetten ondergraaft, hetgeen op zichzelf ook ontwrichtend werkt. Een verbod zou extremisten verder de hoek in kunnen drijven waardoor het wantrouwen jegens de overheid groeit. Aan de andere kant bewijst de praktische uitwerking van de vrijheid van meningsuiting in de multiculturele samenleving dat het publieke debat juist overspoeld kan worden door extreme ideeën waardoor minderheden het onderspit delven.

Hoe dus verder?

Een toenadering van beide theorieën kan een mogelijke uitkomst bieden. Waar de liberale Dworkin overheidsingrijpen door middel van *hate speech laws* onwenselijk acht, kan de overheid de samenleving wel onderwijzen in de verantwoordelijkheden van de vrijheid. In een samenleving met een ontwikkeld maatschappelijk bewustzijn over de kracht van woorden zal men elkaar aan durven én kunnen spreken. Overheidsingrijpen kan over een andere boeg dus wel het door

59 ‘Session 4: Multiculturalism and Human Rights – Part 2/2 – Fritt Ord & NYRB-Conference, Oslo, 2012’, *Fritt Ord*, *YouTube.com* 29 juni 2012.

60 D. Carrier, ‘We are Charlie: ‘freedom of speech needs to be strongly defended’, *The Guardian* 9 januari 2015 (zie video). Zie ook: S. Bari, ‘Like Lee Rigby’s killers, these gunmen were European citizens’, *The New Statesman* 14 januari 2015.

61 Zo zegt ook Dworkin bijv. over de publicatie van de Deense cartoon over de profeet: ‘The British media were right, on balance, not to republish the Danish cartoons that millions of furious Muslims protested against in violent and terrible destruction around the world.’ R. Dworkin, ‘Even bigots and Holocaust deniers must have their say’, *The Guardian* 14 februari 2006.

62 Levin 2010, p. 8.

Dworkin gewenste resultaat bereiken. Naast een taak voor de overheid om *downstream* een veilige ruimte voor het vrije woord te creëren, zou *upstream* door middel van, bijvoorbeeld, versterking van maatschappelijk onderwijs op scholen of het creëren van ontmoetingsplekken tussen andersdenkenden het vrijheidsbewustzijn verstevigd moeten worden. Inherent hiermee verbonden is een ontwikkeling en onderwijzing in de menselijke waardigheid. De vrijheid van meningsuiting staat immers niet op zichzelf, maar is noodzakelijk verbonden met de andere persoon. Het zorgt voor een interne, persoonlijke begrenzing *upstream* zonder daarvoor extensief de vrijheid van meningsuiting via wetten te begrenzen. In de maatschappelijk ontwikkelde samenleving weet men namelijk binnen de grenzeloze vrijheid de juiste maatschappelijke kaders te vinden.

## BIBLIOGRAFIE

### Literatuur

#### Barendt 2005

E. Barendt, *Freedom of Speech*, New York: Oxford University Press 2005.

#### Bychawska-Siniarska 2017

D. Bychawska-Siniarska, *Protecting the right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights: a handbook for legal practitioners*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2017.

#### Dworkin 2009

Dworkin, 'Foreword', in: Hare & Weinstein 2009, p. v-ix.

#### Frankfurt 2006

H.G. Frankfurt, *On Truth*, Random House eBooks 2006 (eBook ISBN: 9781407064574).

#### Grimm 2009

D. Grimm, 'Freedom of Speech in a Globalized World', in: Hare & Weinstein 2009, p. 11-22.

#### Hare & Weinstein 2009

I. Hare & J. Weinstein (red.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford: Oxford University Press 2009.

#### Howard 2019

J.W. Howard, 'Free Speech and Hate Speech', *Annual Review of Political Science* (22) 2019, p. 93-109.

#### Levin 2009

A. Levin, 'Pornography, Hate Speech, and Their Challenge to Dworkin's Egalitarian Liberalism', *Public Affairs Quarterly* (23) 2009, afl. 4, p. 357-373.

#### Levin 2010

A. Levin, *The Cost of Free Speech. Pornography, Hate Speech, and their Challenge to Liberalism*, New York: Palgrave Macmillan 2010.

#### McGonagle 2013a

T. McGonagle, *How to address current threats to journalism?: The role of the Council of Europe in protecting journalists and other media actors*, Expert paper, Doc. No. MCM 2013(009), the Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and Information Society, 'Freedom of Expression and Democracy in the Digital Age: Opportunities, Rights, Responsibilities', Belgrade, 7-8 November 2013, p. 16-33.

#### McGonagle 2013b

T. McGonagle, 'The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges', Expert paper, doc. no. MCM 2013(005), the Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and Information Society, 'Freedom of Expression and Democracy in the Digital Age: Opportunities, Rights, Responsibilities', Belgrade, 7-8 November 2013.

#### McGonagle 2015a

T. McGonagle, *Freedom of expression: still a precondition for democracy?*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2015.

#### McGonagle 2015b

T. McGonagle, 'Positive obligations concerning freedom of expression: mere potential or real power?', in: O. Andreotti (red.), *Journalism at risk: Threats, challenges and perspectives*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2015.

#### McGonagle 2015c

T. McGonagle, 'Positive obligations concerning freedom of expression: mere potential or real power?', in: Onur Andreotti (red.), *Journalism at risk: Threats, challenges and perspectives*, Straatsburg: Council of Europe Publishing 2015.

#### Mill 2003 (1859)

J.S. Mill, *On Liberty*, New Haven & Londen: Yale University Press 2003 (1859, bewerkt door D. Bromwich & G. Kateb).

#### Molnár 2015

P. Molnár (red.), *Free Speech and Censorship around the Globe*, Budapest: Central European University Press 2019.

#### Ober 2017

J. Ober, *Demopolis: Democracy before Liberalism in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press 2017.

#### Popper 1966 (1945)

K.R. Popper, *The Open Society and Its Enemies. Volume 1: The Spell of Plato*, Princeton: Princeton University Press 1966 (1945).

#### Scanlon 1972

T. Scanlon, 'A Theory of Freedom of Expression', *Philosophy and Public Affairs* (1) 1972, afl. 2, p. 204-226.

#### Voorhoof 2015

D. Voorhoof, 'Freedom of Expression, Media and Journalism under the European Human Rights System: Characteristics, Developments, and Challenges', in: Molnár 2015, p. 59-104.

#### Waldron 2012

J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge: Harvard University Press 2012.

#### Winfield & Tien 2015

R.N. Winfield & J. Tien, 'The Danish Cartoons Controversy: Hate Speech Laws and Unintended Consequences', in: Molnár 2015, p. 481-494.

## Jurisprudentie

### Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 7 decembter 1976, Series A, No. 24 (*Handyside/the United Kingdom*).

EHRM 26 april 1979, no. 6538/74 (*Sunday Times* (n° 1)/UK).  
EHRM 23 september 1994, no. 15890/89 (*Jersild/Denmark*).  
EHRM 6 juli 1999, no. 24122/94, 8 (*Süreç/Turkey*).  
EHRM 18 juli 2000, no. 26680/95 (*Sener/Turkey*).  
EHRM 6 juli 2006, no. 59405/00 (*Erbakan/Turkey*).  
EHRM 25 January 2007, no. 68354/01 (*Vereinigung Bildender Künstler/Austria*).  
EHRM 14 september 2010, no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 en 7124/09 (*Dink/Turkey*).

#### *Europese Commissie voor de Rechten van de Mens*

ECRM 2003-IX (extracts), no. 65831/01 (*Garaudy/France*).

#### *US Supreme Court*

250 U.S. 616 (1919) (*Abrams/United States*).

#### **Nieuwsartikelen**

R. Dworkin, 'Even bigots and Holocaust deniers must have their say', *The Guardian* 14 februari 2006.  
R. Dworkin, 'The right to Ridicule', *The New York Review* 23 maart 2006.

ANP/Redactie, 'Deens cartoonist 'voor de rechter' in Jordanië', *AD* 25 april 2011.  
W. Stolk, 'Charlie Hebdo misbruikt persvrijheid al jaren', *Volkskrant* 9 januari 2015.  
S. Bari, 'Like Lee Rigby's killers, these gunmen were European citizens', *The New Statesman* 14 januari 2015.  
E. Claassen, 'Franse docenten na aanslag: 'Het wordt steeds moeilijker om leraar te zijn,' NOS 19 oktober 2020.

#### **Overig**

'Vrijheid van meningsuiting of de mond gesnoerd?'  
*Youtube.com* 3 november 2010.  
'Session 4: Multiculturalism and Human Rights – Part 1/2 – Fritt Ord & NYRB-Conference, Oslo, 2012', *Fritt Ord*, *Youtube.com* 28 juni 2012.  
'Session 4: Multiculturalism and Human Rights – Part 2/2 – Fritt Ord & NYRB-Conference, Oslo, 2012', *Fritt Ord*, *Youtube.com* 29 juni 2012.  
D. Carrier, 'We are Charlie: 'freedom of speech needs to be strongly defended'', *The Guardian* 9 januari 2015.

Lotte van den Bosch\*

## Een exploratieve analyse van het EHRM-onderscheid tussen mediavormen in uitspraken over de journalistieke vrijheid van meningsuiting (ex artikel 10 EVRM) in het licht van Marshall McLuhan's mediatheorie

### 1. Inleiding – over medium en message

“In considering the ‘duties and responsibilities’ of a journalist, the potential impact of the medium concerned is an important factor; audiovisual media often have a much more immediate and powerful effect than print media.”<sup>1</sup> Dat overwoog het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM of Hof) in 2017 in *Orlovskaya Iskra/Rusland*.<sup>2</sup> Centraal in deze zaak stond de uitingsvrijheid van artikel 10 EVRM. Bij de beantwoording van de vraag wat het effect is van een journalistieke uiting en de daarmee corresponderende vraag wanneer zo'n uiting nog mág, is, zo blijkt uit bovenstaande, ook het medium waarbinnen de uiting is gedaan volgens het Hof van evident belang.

De overweging van het EHRM in *Orlovskaya Iskra/Rusland* vertoont verrassende overeenkomsten met een uitspraak die filosoof en mediatheoreticus Marshall McLuhan ruim een halve eeuw eerder deed, toen massamedia net hun intrede deden en sociale media het levenslicht nog niet eens hadden gezien.<sup>3</sup> In 1964 verscheen *Understanding Media: the Extensions of Man*, waarin McLuhan zijn bekendste uitspraak introduceerde: “the medium is the message”.<sup>4</sup> In een baanbrekend hoofdstuk dat, net als andere theoretische uiteenzettingen van McLuhan, veel navolging heeft gekregen,<sup>5</sup> beschreef McLuhan dat media een sterk effect hebben op de manier waarop een boodschap wordt uitgedrukt en gepercipieerd.<sup>6</sup> Concreet: het maakt uit of een botte opmerking in de krant staat, op televisie voorbijkomt, of op Twitter naar iemands hoofd wordt geslingerd. In al die gevallen heeft de boodschap in kwestie, los van andere esthetische kenmerken, andere psychische en sociale effecten.<sup>7</sup>

Zoals blijkt uit het voorbeeld in deze inleiding lijkt het EHRM, evenals McLuhan, gevoel te hebben voor mediaonderscheid. De vraag is dan of het EHRM dat onderscheid ook op

een duidelijke en consequente manier maakt, en zich in zijn uitspraken net als McLuhan bewust toont van het met mediavormen gepaard gaande verschil in effecten zoals dat in de mediatheorie inmiddels breed wordt erkend.<sup>8</sup>

Dat is een heel ruime vraag, die eigenlijk vraagt om een mediatheoretische analyse van alle uitspraken van het EHRM waarin een bepaald medium expliciet wordt besproken. Een dergelijke exercitie voert helaas te ver voor de omvang van dit artikel. Daarom wordt slechts een aantal EHRM-zaken besproken ter indicatie, met als doel een eerste aanzet te geven tot een op de McLuhaniaanse leest geschoeide mediatheoretische reflectie op het arsenaal aan mediageoriënteerde EHRM-zaken. Bij de exploratieve corpusanalyse die ten grondslag ligt aan dit artikel zijn in lijn daarmee twee keuzes gemaakt. Een eerste afbakening houdt in dat dit onderzoek zich slechts richt op EHRM-zaken waarin het gaat om uitingen van *journalisten*. Allereerst zijn het namelijk bij uitstek journalisten die gebruikmaken van een breed scala aan media – bij het uitoefenen van hun rol als ‘publieke waakhond’ schrijven ze, bijvoorbeeld, onderzoeksstukken voor kranten, houden ze (radio-)interviews en maken ze gebruik van sociale media.<sup>9</sup> Ten tweede heeft het EHRM, zoals uit de eerste alinea van deze inleiding blijkt, zich juist in relatie tot (de taken en verantwoordelijkheden van) journalisten expliciet uitgelaten over het belang van het medium.<sup>10</sup>

Een tweede afbakening hangt met de eerste samen: dit onderzoek richt zich uitsluitend op EHRM-zaken waarin het draait om de *uitingsvrijheid* van de journalisten in kwestie en dus om artikel 10 EVRM. In zaken die draaien om uitingsvrijheid speelt het medium namelijk altijd een (al dan niet expliciete) rol; een uiting wordt altijd binnen een specifiek medium gedaan.

\* Mr. L.M. van den Bosch MA is onderzoeks- en onderwijsmedewerker op de afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Daarnaast werkt zij aan een literatuurwetenschappelijk proefschrift binnen het Deutsche Forschungsgemeinschaft-project “Ein Land der mittelmäßigen Literatur.” Literaturkonzepte der juristischen und politischen Eliten in den Niederlanden im 20. Jahrhundert”, aan de Carl von Ossietzky Universität in Oldenburg.

1 EHRM 21 februari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0221JUD004291108 (*Orlovskaya Iskra/Rusland*), par. 109.

2 Ibid., algemeen.

3 Vgl. o.a. J. van Dijck, *A Critical History of Social Media*. Oxford: Oxford University Press 2013, algemeen.

4 M. McLuhan, ‘The Medium is the Message’, in: M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*. Londen: McGraw-Hill 1964, in het algemeen.

5 Vgl. D. McQuail & M. Deuze, *McQuail's Media & Mass Communication Theory*. Londen: Sage Publications 2020, p. 106, 162.

6 M. McLuhan, ‘The Medium is the Message’, in: M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*. Londen: McGraw-Hill 1964, in het algemeen.

7 Ibid., p. 1.

8 Vgl. D. McQuail & M. Deuze, *McQuail's Media & Mass Communication Theory*. Londen: Sage Publications 2020, p. 505-570. De auteurs geven hier een uitgebreid overzicht van de wijze waarop effect, regelmatig in navolging van McLuhan, gestalte heeft gekregen in het mediatheoretische landschap.

9 Voor de rol van journalisten als ‘public watchdog’, vergelijk Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ‘Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights: Freedom of expression’, versie 30 april 2021, p. 51-57. Zie ook verder in dit artikel.

10 Vgl. bijv. EHRM 16 april 1991, app. no. No. 15404/89 (*Purcell e.a./Ierland*).



Bovenstaande afbakeningen resulteren in de vraag hoe het huidige EHRM-onderscheid tussen mediavormen in uitspraken over journalistieke uitingen en de vrijheid van meningsuiting (ex artikel 10 EVRM) zich verhoudt tot McLuhan's mediatheoretische uitgangspunten. In concreto: worden mediavormen slechts onderscheiden, of spelen de met die mediavormen corresponderende effecten ook een aanwijsbare rol in de EHRM-jurisprudentie?

Vier deelvragen vormen de nadere uitwerking van bovenstaande hoofdvraag. Allereerst is het natuurlijk de vraag welke theoretische inzichten over de rol van het medium in de context van uitingen en uitingenvrijheid volgen uit Marshall McLuhan's mediatheorie (paragraaf 2). Bij de beantwoording van die vraag richt ik me primair op het hoofdstuk "The Medium is the Message" in McLuhan's *Understanding Media*.<sup>11</sup> Ter nadere uitwerking en concretisering van McLuhan's kerngedachte ("the medium is the message") bespreek ik zijn "four laws of media", die vier potentiële effecten van media beschrijven.<sup>12</sup> Ook plaats ik McLuhan's theorie binnen de bredere *media effects theory*.<sup>13</sup>

Als duidelijk is hoe de boodschap "the medium is the message" verband houdt met de relevantie van verschillende mediavormen, is de vraag in hoeverre het EHRM expliciet onderscheid maakt tussen mediavormen en hun effecten in zaken over de vrijheid van meningsuiting van journalisten (deelvraag 2). Een daarmee samenhangende vraag is in hoeverre het EHRM dat onderscheid ook impliciet maakt (deelvraag 3). Om die vragen te kunnen beantwoorden (in paragraaf 3) is een corpus nodig van EHRM-uitspraken waarin mediavormen een zichtbare rol spelen. Dat corpus, in paragraaf 3 nader toegelicht, bestaat voor dit artikel uit jurisprudentie die geselecteerd is uit twee toonaangevende overzichtsdocumenten. Het eerste is het overzichtswerk *Freedom of Expression, the Media and Journalists* uit 2016, waarin relevante jurisprudentie betreffende de drie titelonderwerpen systematisch is gecategoriseerd.<sup>14</sup> Een waardevolle aanvulling daarop biedt de factsheet "New Technologies" (2021) van het EHRM, nu daarin nog extra aandacht wordt besteed aan jurisprudentie over moderne mediavormen.<sup>15</sup>

In paragraaf 4 volgt een vergelijking. De vraag is daar: handelt het EHRM in de besproken uitspraken over de vrijheid van meningsuiting van journalisten in lijn met McLuhan's mediatheoretische kernboodschappen? Anders geformuleerd: als McLuhan's mediatheoretische inzichten als maatstaf voor een bewuste houding ten opzichte van media onderscheid en -effect worden gehanteerd, wat valt er dan op aan de behandelde EHRM-jurisprudentie?

Het artikel sluit vanzelfsprekend af met een conclusie, waarin ik hoop de relevantie van een extern perspectief zoals dat van filosoof en mediatheoreticus Marshall McLuhan voor de rechtspraktijk en rechtsvorming te laten zien waar het gaat om de grenzen van journalistieke vrijheid in een multimediale samenleving.

## 2. De relevantie van het medium volgens Marshall McLuhan

Om te kunnen bestuderen hoe het EHRM-onderscheid tussen mediavormen in uitspraken over journalistieke uitingen (ex artikel 10 EVRM) zich verhoudt tot de mediatheorie van McLuhan is het allereerst nodig die mediatheorie nader te karakteriseren. Dat is het doel van deze eerste paragraaf.

### 2.1 McLuhan's "the medium is the message" en "the four laws of media"

Marshall McLuhan's "the medium is the message", de frase die later een begrip werd, werd geboren tussen de kaften van *Understanding Media: the Extensions of Man* (1964), in de eerste zin van het eerste hoofdstuk, dat niet toevallig eveneens "The Medium is the Message" heet. In diezelfde zin plaatst McLuhan de terminologie meteen in zijn eigen sociaal-culturele context. Daarbinnen kan het idee dat het medium de boodschap behelst volgens McLuhan een schok zijn. Het tijdsgewricht waaraan hij refereert is dat van de jaren zestig van de vorige eeuw. Ter indicatie: de televisie had toen pas zo'n tien jaar geleden zijn intrede gedaan in Nederland en begon na een voorzichtig onthaal toch vrij vlot de Nederlandse huiskamers in beslag te nemen.<sup>16</sup> McLuhan volgde dergelijke ontwikkelingen op de voet, waarbij hij voornamelijk geïnteresseerd was in de manier waarop de moderniserende mens met nieuwe mediavormen omsprong. De aandacht ging daarbij, aldus McLuhan, overwegend uit naar wat men beschouwde als de inhoud van het medium, waar het zijns inziens juist om het medium zelf zou moeten draaien, omdat juist dat bepalend was voor de boodschap: "the medium is the message".<sup>17</sup>

Wat McLuhan precies verstaat onder die uitdrukking, wordt duidelijk als hij stelt dat "[t]his is merely to say that the personal and social consequences of any medium – that is, of any extension of ourselves – result from the new scale that is introduced into our affairs by each extension of ourselves, or by any new technology."<sup>18</sup> Uit dit citaat volgen twee cruciale elementen. Allereerst beschouwt McLuhan het medium als verlengde van de mens (preciezer: van de menselijke zintuigen);<sup>19</sup> een kerngedachte die ook prominent terugkeert in de titel van zijn boek – "the extensions of man".<sup>20</sup> Daarnaast – en dat is voor dit artikel primair van belang – maakt hij expliciet dat het de media zelf zijn die persoonlijke en sociale gevolgen hebben voor individu en maatschappij. Die maatschappij wordt ten gevolge van alle nieuwe mediavormen namelijk steeds meer een *global village* – een ander bekend McLuhan-concept – waarin mensen steeds meer met elkaar en met media in verband komen te staan en communiceren.<sup>21</sup> Het is om die reden dat McLuhan zijn adagium later in zijn hoofdstuk aanscherpt naar "the medium is socially the message".<sup>22</sup> Het medium is bepalend voor de betekenis van de boodschap in een globaliserende maatschappij.

11 M. McLuhan, 'The Medium is the Message', in: M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*. Londen: McGraw-Hill 1964, in het algemeen.  
12 M. McLuhan & E. McLuhan, *Laws of Media*. Toronto: University of Toronto Press 1988. Ze houden, zoals later in dit artikel besproken wordt, in dat een medium bepaalde effecten en ontwikkelingen kan aanmoedigen, vernietigen, veranderen en heroveren.  
13 Hiertoe baseer ik mij op D. McQuail & M. Deuze, *McQuail's Media & Mass Communication Theory*. Londen: Sage Publications 2020.  
14 D. Voorhoof & T. McGonagle (ed.), *Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case-law of the European Court of Human Rights, IRIS themes*, Strasbourg: European Audiovisual Observatory 2016.  
15 Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 'New Technologies' (factsheet), EHRM, mei 2021.

16 Op 2 oktober 1951 vond de eerste officiële televisie-uitzending, 'de Toverspiegel', plaats, met als primair thema het nieuwe medium televisie. Het eerste journaal werd uitgezonden op 5 januari 1956.  
17 M. McLuhan, 'The Medium is the Message', in: M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*. Londen: McGraw-Hill 1964, p. 12.  
18 M. McLuhan, 'The Medium is the Message', in: M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*. Londen: McGraw-Hill 1964, p. 19.  
19 Ibid.  
20 Ibid., algemeen.  
21 Vgl. o.a. *ibid.*, p. 6-7, 54, 341-343. Zie ook D. McQuail & M. Deuze, *McQuail's Media & Mass Communication Theory*. Londen: Sage Publications 2020, p. 272.  
22 Ibid., p. 22.

Wat dat laatste precies inhoudt, werkt McLuhan nader uit in *Four Laws of Media*, waarin hij samen met zijn zoon Eric McLuhan vier verschillende effecten van media onderscheidt. Deze ‘mediawetten’ zijn in het leven geroepen “to provide a ready means of identifying the properties of and actions exerted upon ourselves by our technologies and media and artefacts”.<sup>23</sup> Ook in deze formulering komt de primaire focus op media-effecten naar voren, zij het in algemenere zin. De “laws of media” die helpen grip te krijgen op de potentiële effecten van media hebben de vorm van vier vragen. De eerste is de vraag naar welke zaken het medium versnelt, intensiveert of mogelijk maakt.<sup>24</sup> Ten tweede is de vraag wat er opzij wordt geschoven door de (nieuwe) mediavorm.<sup>25</sup> De derde vraag is welke vroegere handelingen, diensten of mediavormen doorklinken in die nieuwe mediavorm.<sup>26</sup> De vierde vraag, ten slotte, is wat het omkeerpotentieel van de mediavorm is, in die zin dat de meeste mediavormen zich dusdanig ontwikkelen dat ze uiteindelijk veranderen in een haast tegengestelde vorm.<sup>27</sup> Dit viertal vragen reflecteert volgens de auteurs het proces dat alle media doormaken en zegt veel over de potentiële invloed die ze hebben op mens en maatschappij.<sup>28</sup> Wil iemand dat effect begrijpen, dan loont het dus om deze vragen en de mogelijke antwoorden daarop in ogenschouw te nemen. Dat een dergelijke exercitie ook vandaag de dag nog relevant zou kunnen zijn, blijkt haast al puur uit het visionaire karakter van McLuhan’s theorie, die niet alleen de *global village* die inmiddels ‘internet’ is gaan heten al leek te hebben voorspeld, maar met zijn aandacht voor het onderscheid tussen verschillende mediavormen en voor het ingrijpende effect dat technologie op mensen kan hebben ook een referentiekader optuigde dat niet alleen goed past in een tijdperk waarin de gedachte ontstaan is, maar ook in de tijd waarin sociale media zegevierden.<sup>29</sup>

## 2.2 Media effects theory

Op grond van bovenstaande kan geconcludeerd worden dat McLuhan zowel bij de bespreking van zijn “the medium is the message” als de “four laws of media” de nadruk legt op het effect van media, waarbij als uitgangspunt geldt dat het medium zelf dat sociale effect bepaalt. McLuhan staat met deze effect-georiënteerde opvatting in een langere traditie van benaderingen van media die wordt aangeduid als *media effects theory*. Daarbinnen worden media-effecten – zoals in het overzichtswerk over deze materie, *McQuail’s Media & Mass Communication Theory* – in navolging van Valkenburg en Peter gekarakteriseerd als de (on)bewuste veranderingen in de gedachten, emoties, houdingen en gedragingen die zich, zowel op korte als op lange termijn, bij een persoon manifesteren ten gevolge van het gebruik van media.<sup>30</sup> Binnen dit theoretisch kader krijgt het onderscheiden tussen verschillende mediavormen

vaak een meer categorisch karakter. Voorbeelden zijn het onderscheid tussen personale media en massamedia<sup>31</sup> en dat tussen nieuwe en oude media.<sup>32</sup> Het aanbrengen van dergelijke verdelingen, betogen de auteurs van McQuails communicatietheorie, is ook hard nodig, omdat de praktijk en wetenschap van vandaag de dag vragen om genuanceerde noties van (sociaal) geconditioneerde, transactie-georiënteerde en context-afhankelijke media-effecten en media-invloed.<sup>33</sup> Daarnaast zijn wij als mensen nauw verbonden geraakt met media, waardoor de effecten van media in zekere mate “interactions between senders, medium properties and receivers” zijn.<sup>34</sup> Media en de effecten van die media zijn overal – ook, zoals hierna zal blijken, in de rechtspraak.

## 3. De relevantie van het medium volgens het EHRM

Hoe zit het met media en hun effecten in die rechtspraak – in dit geval die van het EHRM? Worden media slechts onderscheiden, of wordt het volgens McLuhan daarmee corresponderende effect van die media ook erkend en meegewogen in de oordelen van het EHRM?

Het corpus waarin voor dit artikel antwoorden op die vragen werden gezocht, bestaat, als beschreven, uit het overzichtswerk *Freedom of Expression, the Media and Journalists* uit 2016 en de factsheet ‘New Technologies’ uit 2021. Beide documenten zijn tot stand gekomen in samenspraak met de Raad van Europa – de factsheet daarnaast op instigatie van het EHRM zelf – en bieden een inkijkje in de systematiek die tot op heden te ontwaren is in de EHRM-rechtspraak over media in het kader van artikel 10 EVRM.

Bij het bestuderen van beide overzichtsdocumenten is, in lijn met de eerder geschetste afbakening, de omgang van het EHRM met verschillende mediavormen in zaken betreffende de uitingsvrijheid van journalisten in grove lijnen gereconstrueerd. Dat betekent dat zowel aandacht is geschonken aan wat ik hier *expliciete* erkenning van het verschil in effect tussen mediavormen noem, als aan wat ik beschrijf als de *impliciete* erkenning van het feit dat daarin discrepanties bestaan. Waar mogelijk zijn verbanden gelegd met de functie van journalisten als ‘publieke waakhond’ in de democratische samenleving. Die maakt namelijk dat journalisten versterkte bescherming genieten onder artikel 10 EVRM, mits zij de taken en verantwoordelijkheden (“duties and responsibilities”) die daarmee verband houden in acht nemen (cf. artikel 10 lid 2 EVRM).<sup>35</sup>

23 M. McLuhan & E. McLuhan, *Laws of Media*. Toronto: University of Toronto Press 1988, p. 98.

24 Ibid.: “What does the artefact enhance or intensify or make possible or accelerate?”

25 Ibid., p. 99: ‘If some aspect of a situation is enlarged or enhanced, simultaneously the old condition or unenhanced situation is displaced thereby. What is pushed aside or obsoleted by the new “organ”?’ Vgl. ook G. Sandstrom, ‘Laws of media – The four effects: A McLuhan contribution to social epistemology’. *Social Epistemology Review and Reply Collective* 2012(1), afl. 12, p. 3.

26 Ibid.: ‘What recurrence or retrieval of earlier actions and services is brought into play simultaneously by the new form? What older, previously obsoleted ground is brought back and inheres in the new form?’

27 Ibid.: ‘When pushed to the limits of its potential (another complementary action), the new form will tend to reverse what had been its original characteristics. What is the reversal potential of the new form?’ Zie ook R. K. Logan, *McLuhan in Reverse. His General Theory of Media*. New York: Peter Lang 2021.

28 M. McLuhan & E. McLuhan, *Laws of Media*. Toronto: University of Toronto Press 1988, p. 99.

29 Cf. P. Coe, ‘The social media paradox: an intersection with freedom of expression and the criminal law’, *Information & Communications Technology Law* 2015(1), afl. 24, p. 16-40.

30 D. McQuail & M. Deuze, *McQuail’s Media & Mass Communication Theory*. Londen: Sage Publications 2020, p. 506. Zie P.M. Valkenburg & J. Peter, ‘Five challenges for the future of media effects research’, *International Journal of Communication* 2013(7), p. 199.

31 Ibid., p. 173. Het verschil tussen personale media en massamedia wordt hier in overeenstemming met Lüders beschreven als ‘differences in the type of involvement required from users. Personal media are more symmetrical and require users to perform actively as both receivers and producers of messages’ (zie M. Lüders, ‘Conceptualizing personal media’, *New Media and Society* 2008(10), p. 691).

32 Ibid., p. 175.

33 Ibid.: ‘All in all, most scholarship today converges around nuanced notions of conditional, transactional and context-dependent effects and media influence.’

34 Ibid., p. 529.

35 Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ‘Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights: Freedom of expression’, versie 30 april 2021, p. 51-57.

### 3.1 Expliciete erkenning van het medium

Een eerste voorbeeld van jurisprudentie waarin het EHRM expliciet aandacht besteedt aan het verschil tussen mediavormen en hun effecten werd al gegeven aan het begin van de inleiding van dit artikel: in de uitspraak in de zaak *Orlovskaya Iskra/Rusland* stelt het EHRM letterlijk dat “audiovisual media often have a much more immediate and powerful effect than print media.”<sup>36</sup> Dat was in 2017, en het was noch de eerste, noch de enige keer dat het EHRM die frase gebruikte. Met betrekking tot de relatie tussen audiovisuele en geprinte media is door het Hof consistent herhaald dat audiovisuele media vaak een veel sterker en onmiddellijker effect hebben dan gedrukte media.

Dat blijkt al in 1994, in de zaak *Jersild/Denemarken*. De heer Jersild werd beticht van het helpen en aanmoedigen van een groep jonge mensen met een racistische ideologie, de zogeheten Greenjackets, die hij had geïnterviewd. Dat interview werd op de Deense televisie uitgezonden in 1985. Dat laatste van belang was voor het EHRM blijkt uit een relatief uitvoerige beschouwing,<sup>37</sup> waarin het EHRM eerst stelt dat, bij het beoordelen of de veroordeling en straf die in Denemarken volgden voor Jersild noodzakelijk waren, rekening moest worden gehouden met de beginselen van de EHRM-rechtspraak die zien op de rol van de pers.<sup>38</sup> Daarbij benadrukt het Hof dat de vrijheid van meningsuiting en de waarborgen die daaruit voortvloeien voor journalisten van essentieel belang zijn in een democratische samenleving.<sup>39</sup> De pers heeft niet alleen tot taak het publiek te informeren, maar het publiek heeft ook recht op die informatie. Die beide zaken zijn inherent onderdeel van de rol van de pers als ‘publieke waakhond’.<sup>40</sup> Dat is een gedachte, maakt het EHRM duidelijk, die is ontstaan toen er alleen nog maar gedrukte media waren, maar “these principles doubtless apply also to the audiovisual media.”<sup>41</sup> Hierna volgt een formulering die haast hetzelfde is als die in *Orlovskaya Iskra/Rusland*: “In considering the ‘duties and responsibilities’ of a journalist, the potential impact of the medium concerned is an important factor and it is commonly acknowledged that the audiovisual media have often a much more immediate and powerful effect than the print media.”<sup>42</sup> Het Hof benadrukt dus ook hier weer de relevantie van het onderscheid tussen beide mediavormen. De onderbouwing daarvoor is even betekenisvol als summier: de audiovisuele media beschikken over middelen om met beelden betekenissen over te brengen die de gedrukte media niet kunnen overbrengen.<sup>43</sup>

In enkele andere zaken die dezelfde redenering aanhangen, lijkt het EHRM het onderscheid tussen audiovisuele en geprinte media inmiddels dermate evident te vinden dat een onderbouwing zoals die in *Jersild* ontbreekt. Vergelijk in dit kader

bijvoorbeeld de jaren na *Jersild* gewezen zaak *Delfi/Estland* (2015)<sup>44</sup>, waarin het EHRM volstaat met: “[i]n considering the ‘duties and responsibilities’ of a journalist, the potential impact of the medium concerned is an important factor and it is commonly acknowledged that the audio-visual media often have a much more immediate and powerful effect than the print media.”<sup>45</sup> Dat de praktische toepassing of uitwerking van het onderscheid tussen audiovisuele en geprinte media soms wel wat lastig is, blijkt uit de in 2011 gewezen zaak *RTBF/België*.<sup>46</sup> Daarin wijst de Belgische overheid weliswaar op de “distinction created between the print and audio-visual media in the Court of Cassation’s case-law”<sup>47</sup> en meldt het Hof dat de impact van audiovisuele media duidelijk is geïllustreerd in *Jersild*,<sup>48</sup> maar stelt het Hof ook dat dat onderscheid in de praktijk niet maakt dat essentiële grondwettelijke waarborgen die gelden voor geprinte media niet van toepassing zijn op de omroep die in deze zaak ter discussie staat.<sup>49</sup> Een verschil in medium gaat dus vaak gepaard met een verschil in effect, maar daarmee niet per se óók met een verschil in benadering door het EHRM ten aanzien van essentiële grondrechten. Wanneer zo’n verschil dan wél aan de orde zou kunnen zijn en waar een lidstaat of rechter concreet op moet letten als het gaat om de effecten van geprinte dan wel audiovisuele media, blijft verder onbesproken. Overigens blijkt uit de zaak *Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden* dat ook het globale EHRM-onderscheid tussen mediavormen als zodanig niet altijd kraakhelder is. In die zaak wordt namelijk niet alleen het onderscheid tussen audiovisuele en geprinte media bevestigd, maar ook gesteld dat niet alle audiovisuele media zomaar over één kam geschoren kunnen worden, aangezien nieuws verkregen uit buitenlandse kranten en radioprogramma’s volgens het Hof op geen enkele manier vergeleken kan worden met informatie die beschikbaar is via televisie-uitzendingen.<sup>50</sup>

Niet alleen de bespreking van het globale verschil tussen audiovisuele en geprinte media is een voorbeeld van expliciete erkenning van het effect van verschillende mediavormen. Waar de audiovisuele media misschien de overtreffende trap van de geprinte media waren, stelt het Hof dat audiovisuele media hun meerdere weer moeten erkennen in het internet. Het Hof besteedt in *Redactie van Pravoye Delo en Shtekel/Oekraïne* aandacht aan de “role the Internet plays in the context of professional media activities [...] and its importance for the exercise of the right to freedom of expression generally”.<sup>51</sup> Daarbij merkt het Hof eveneens op dat de afwezigheid van een passend wettelijk kader dat het journalisten mogelijk maakt om informatie die zij online hebben gevonden te gebruiken zonder bang te zijn voor sancties een onrechtvaardige belemmering van hun taak als ‘publieke waakhond’ inhoudt.<sup>52</sup> Specifiek ten aanzien van (het karakter van) het internet wijst het Hof door zijn jurisprudentie heen wel op enkele onderscheidende

36 EHRM 21 februari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0221JUD004291108 (*Orlovskaya Iskra/Rusland*), par. 109.

37 EHRM 23 september 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2162, NJ 1995/387, m.nt. G. Knigge en E.J. Dommering (*Jersild/Denemarken*), par. 31.

38 Ibid.

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Ibid.

42 Ibid.

43 Ibid.: “The audiovisual media have means of conveying through images meanings which the print media are not able to impart.”

44 EHRM 16 juni 2015, app. nr. 64569/09 (*Delfi as/Estland*). Vergelijk voor een zelfde soort redenering EHRM 24 februari 2015, ECLI:NL:XX:2015:137 (*Haldimann e.a./Zwitserland*) (zie ook D. Voorhoof & T. McGonagle (ed.), *Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case-law of the European Court of Human Rights, IRIS themes*, Strasbourg: European Audiovisual Observatory 2016, p. 329-330) en EHRM 19 juli 2003, app. nr. 49017/99 (*Pedersen & Baadsgaard/Denemarken*) (zie

ook D. Voorhoof & T. McGonagle (ed.), *Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case-law of the European Court of Human Rights, IRIS themes*, Strasbourg: European Audiovisual Observatory 2016, p. 115). Overigens is het opvallend dat de zaak waarmee dit artikel begon, EHRM 21 februari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0221JUD004291108 (*Orlovskaya Iskra/Rusland*), niet genoemd wordt in de bestudeerde overzichten.

45 EHRM 16 juni 2015, app. nr. 64569/09 (*Delfi as/Estland*), par. 134.

46 EHRM 29 maart 2011, app. nr. 50084/06 (*RTBF/België*).

47 Ibid., par. 81.

48 Ibid., par. 97.

49 Cf. *ibid.*, par. 110 en 113.

50 EHRM 16 december 2008, app. nr. 23883/06 (*Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden*), par. 45.

51 EHRM 5 mei 2011, app. nr. 33014/05 (*Redactie van Pravoye Delo en Shtekel/Oekraïne*), par. 64.

52 Ibid.

kenmerken, zoals de vele deelmogelijkheden en informatie-toegankelijkheid die het medium eigen zijn,<sup>53</sup> het feit dat veel informatie alleen maar via internet toegankelijk is<sup>54</sup> en de mogelijkheden tot grootschalige burgerjournalistiek die het medium biedt.<sup>55</sup> Het internet, zo valt hieruit af te leiden, is voor het Hof een aparte tak van sport; een eigen medium met een eigen rol in de maatschappij, dat een eigen kader behoeft. Die rol in de maatschappij is een machtige, blijkt uit *Animal Defenders International/het Verenigd Koninkrijk*:

“In particular, the Court recognises the immediate and powerful effect of the broadcast media, an impact reinforced by the continuing function of radio and television as familiar sources of entertainment in the intimacy of the home (Jersild v. Denmark, § 31[...]). In addition, the choices inherent in the use of the internet and social media mean that the information emerging therefrom *does not have the same synchronicity or impact* as broadcasted information. Notwithstanding therefore the significant development of the internet and social media in recent years, there is no evidence of a sufficiently serious shift in the respective influences of the new and of the broadcast media in the respondent State to undermine the need for special measures for the latter.”<sup>56</sup>

Het internet is, als deze zaak gewezen wordt (2013), volgens het Hof nog niet overtuigend genoeg doorontwikkeld om daarvan te kunnen zeggen dat het net zoveel effect heeft op het leven van alledag als de omroepmedia, laat staan méér effect. Dat wordt verder niet echt onderbouwd.<sup>57</sup>

### 3.2 Impliciete erkenning van het medium

Uit voorgaande paragraaf is gebleken dat het Hof, hoewel het de verschillen tussen verschillende mediavormen in globale zin lijkt te erkennen, enige woorden wijdt aan het verschil in effect daartussen, maar weinig aan de redenen daarvoor en de omzetting daarvan naar een transparante EHRM-benadering van de aantoonbare verschillen. In wezen zou daarmee beargumenteerd kunnen worden dat het Hof, als het het verschil in effect tussen media al erkent, dat heel impliciet doet. Daar komt nog bij dat het met bijvoorbeeld de bestudeerde factsheet ‘New Technologies’ op impliciete wijze ruchtbaarheid geeft aan het onderscheid tussen mediavormen, nu daarin heel duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende categorieën van technologieën.<sup>58</sup> Bij een dergelijke vorm van impliciete erkenning van het onderscheid tussen mediavormen en -effecten is des te meer pregnanter dat de afbakening tussen de categorieën niet wordt uitgelegd, net

als ook hier het verschil in impact tussen de vormen niet wordt onderbouwd, waar dat bij de expliciete uitingen over mediavormen ook slechts summier gebeurde.

## 4. Het EHRM-kader bekeken vanuit McLuhan

Leggen we de bevindingen uit de analyse van dit kleine, afgebakende corpus tegen de McLuhan’s mediatheoretische meetlat, dan valt een aantal dingen op. Allereerst geldt: waar het medium volgens McLuhan beschouwd dient te worden als een middel dat zo inherent verbonden is met ons wezen dat het een soort “verlengde van de mens” is,<sup>59</sup> geeft het EHRM van een dergelijke gewaarwording (nog) geen blijk. Het zou interessant zijn als het Hof dat wel zou doen of in ieder geval aandacht zou besteden aan dit perspectief, nu het mogelijk iets zou kunnen zeggen over de mate van effect van het gebruikte medium op zowel zender (hier: journalist) als ontvanger. Het is voorstelbaar dat het Hof daaraan meer genuanceerde conclusies kan verbinden over aansprakelijkheid van de zender in kwestie, en ook over de eventuele risicoaansprakelijkheid van mediagebruikers die met media-uitingen in aanraking komen. Als een medium in wezen een verlengde van de mens (vergelijk McLuhan’s “extensions of man”<sup>60</sup>) is en de mediavormen zijn relevant voor de effecten die ze hebben, dan hebben mediavormen ook inherente consequenties voor de verantwoordelijkheid die hand in hand gaat met het gebruik daarvan. Een dergelijk inzicht leidt tot vragen als: moet iemand die zijn nieuws van sociale media haalt, niet bedacht zijn op de potentieel heftige effecten van uitingen aldaar gedaan? Een eerste aanzet tot een dergelijke gedachte vinden we in *Cicad/Zwitserland*, een zaak over antisemitische uitlatingen waarin het Hof aangeeft dat het amplificerende effect van internet moet worden meegewogen.<sup>61</sup> Er is dus zowel bij McLuhan als in EHRM-jurisprudentie aanleiding te vinden om deze denklijn verder uit te werken.

McLuhan’s tweede kernidee betreft zijn adagium: “the medium is the message”. Hoewel die boodschap misschien niet in letterlijke zin is terug te vinden in EHRM-jurisprudentie, is een opvallende eventuele parallel de besproken formulering uit *Jersild/Denemarken*, waarin het Hof stelt dat ‘de audiovisuele media beschikken over middelen om door middel van beelden betekenissen over te brengen die de gedrukte media niet kunnen overbrengen.’<sup>62</sup> Wat het Hof hier met de term ‘middelen’ bedoelt blijft onverklaard, maar het valt te stellen dat het EHRM hier in zekere zin inziet dat audiovisuele media een andere betekenis over kunnen brengen omdat ze *als medium*

53 EHRM 16 juni 2015, app. nr. 64569/09 (*Delfi as/Estland*), par. 110 en 113.

54 Vgl. EHRM 19 januari 2016, app. nr. 17429/10 (*Kalda/Estland*), par. 52 (“Indeed, an increasing amount of services and information is only available on the Internet”) en EHRM 17 januari 2017, app. nr. 21575/08 (*Jankovskis/Litouwen*), par. 49 (hierin wordt de formulering uit *Kalda/Estland* herhaald).

55 EHRM 1 december 2015, app. nrs. 48226/10 en 14027/11 (*Cengiz e.a./Turkije*), par. 38.

56 EHRM 22 april 2013, app. nr. 48876/08 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*), par. 119, mijn cursivering.

57 Tenzij het feit dat het Hof meent dat het juist de keuzes (om content wel of niet te zien) die inherent zijn aan het gebruik van internet en social media zijn die de invloed van internet anders maken als argument kan worden beschouwd. Vergelijk in dat kader bijv. EHRM 21 september 2012, app. nr. 34124/06 (*Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG/Zwitserland*), par. 64, waarin een telefonisch interview dat online werd uitgezonden wordt gezien als minder impactvol dan een uitzending in een tv-programma. Overigens kan men zich hierbij afvragen of die redenering van het Hof in het huidige tijdsgewricht nog helemaal steekhoudend is, omdat het grote merendeel van de content die we vandaag de dag zien, niet door gebruikers zelf geselecteerd wordt, maar door recommender systems.

In de reeds besproken uitspraak *Delfi* (EHRM 16 juni 2015, app. nr. 64569/09 (*Delfi as/Estland*)) lijkt het EHRM zich overigens al meer bewust van de verre-

gaande invloed van internet, daar het in die zaak (par. 133) beschrijft dat “[t]he Internet plays an important role in enhancing the public’s access to news and facilitating the dissemination of information in general [...]. at the same time, the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press”. Wat hier echter opvalt, is dat het effect van internet primair in relatie tot de geprinte media wordt besproken, en niet in relatie tot audiovisuele media.

58 Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ‘New Technologies’ (factsheet). EHRM, mei 2021. De onderscheiden vormen zijn: elektronische data, e-mail, GPS, mobiele telefoon, copyright in de muziek, *online harassment*, satelliet-schijf, telecommunicatie, gebruik van verborgen camera’s en video surveillance.

59 M. McLuhan, ‘The Medium is the Message’, in: M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*. Londen: McGraw-Hill 1964, p. 19.

60 M. McLuhan, ‘The Medium is the Message’, in: M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*. Londen: McGraw-Hill 1964, p. 19.

61 EHRM 7 juni 2016, app. nr. 17676/09 (*Cicad/Zwitserland*), par. 59.

62 Ibid.: ‘The audiovisual media have means of conveying through images meanings which the print media are not able to impart.’

anders in elkaar steken dan de gedrukte media. Is dat wat het Hof hier eigenlijk bedoelt, dan is dat een reden voor het EHRM om deze vrij impliciete erkenning van het feit dat elk medium, *omdat het een bepaald medium is*, een andere boodschap uitdraagt, nader uit te laten werken in literatuur en jurisprudentie. Het zou bijvoorbeeld productief kunnen zijn als het Hof duidelijker formuleert welke karaktertrekken en effecten we bij verschillende media kunnen verwachten of moeten betrekken, en wat dat betekent voor de aansprakelijkheid van actoren in het mediaveld.

Over de eerste twee *laws of media* – de vraag naar de versterkende en verdringende kracht van het medium –<sup>63</sup> rept het EHRM niet veel, al erkent het wel meermaals expliciet dat er een ontwikkeling valt te bespeuren van geprinte media, naar audiovisuele media, naar internet, en dat daarbij de vraag van belang is of die media-categorieën dermate uiteen gaan lopen dat andere wetgeving gewenst of vereist is.<sup>64</sup> Met betrekking tot de derde mediawet van de McLuhans – het idee dat bepaalde vroegere vormen van of handelingen binnen media doorklinken in nieuwe mediavormen –<sup>65</sup> valt wederom de trits geprinte, audiovisuele en moderne media op. Wellicht zou het productiever zijn als het EHRM niet alleen zou stellen dat mediavormen van elkaar verschillen en dat sommige mediavormen een belangrijk effect hebben, maar ook zou uitleggen *waarom* en *hoe* die mediavormen dan precies verschillen en – belangrijker – wat dat belangrijke effect van (bijvoorbeeld) audiovisuele media dan precies inhoudt. Wie stelt, bewijst – ook het EHRM. De vierde *law of media*, ten slotte, geeft te denken over de manier waarop het EHRM momenteel categoriseert, zoals bijvoorbeeld in de factsheet ‘New Technologies’. Daar zien we een keurige uitsplitsing tussen verschillende ‘new technologies’,<sup>66</sup> maar een dergelijk onderscheid is in wezen ook nooit uitputtend en daarnaast in zekere mate arbitrair, nu mediavormen zich verder kunnen ontwikkelen en de door het Hof onderscheiden categorieën zich eenvoudig weer kunnen vertakken in talloze andere. Is het tijd voor een overzichtsuitspraak?

## 5. Conclusie – EHRM en de *global village*

In dit artikel zijn EHRM-uitspraken over journalistieke uitingen en de vrijheid van meningsuiting (ex artikel 10 EVRM) besproken in het licht van tussen McLuhan’s theorievorming over “the medium is the message” en zijn bijbehorende “laws of media”. Een exemplarische analyse van het gebruikte corpus, bestaand uit het overzichtswerk *Freedom of Expression, the Media and Journalists* uit 2016 en de factsheet “New Technologies” van het EHRM, heeft geleid tot een eerste reconstructie van de expliciete en impliciete uitspraken van het EHRM over de verschillen tussen mediavormen en hun effecten. Opvallend is dat media(-effecten) vooralsnog lijken te worden gedefinieerd in ontkenkende vorm: audiovisuele media zijn *geen* geprinte media, internet is wat anders dan een krant. Die afbakening is er, ook bij het EHRM, maar ten aanzien van mediaeffecten wordt het onderscheid niet altijd even duidelijk en niet-tegenstrijdig doorgevoerd. Desondanks erkent het EHRM wel voorzichtig het belang van het effect van media. Het externe, mediatheoretische perspectief van McLuhan heeft laten zien dat er wat betreft EHRM-transparantie over verschillende mediavormen en hun effecten (en het onderzoek daarnaar), zelfs in onze *global village*, nog een wereld te winnen valt.

63 M. McLuhan & E. McLuhan, *Laws of Media*. Toronto: University of Toronto Press, 1988, p. 98-99.

64 Vergelijk hier de overweging over internet uit EHRM 22 april 2013, app. nr. 48876/08 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*), par. 119.

65 M. McLuhan & E. McLuhan, *Laws of Media*. Toronto: University of Toronto Press, 1988, p. 98-99.

## BIBLIOGRAFIE

### Literatuur

#### Coe 2015

P. Coe, ‘The social media paradox: an intersection with freedom of expression and the criminal law’, *Information & Communications Technology Law* 2015(1), afl. 24, p. 16-40.

#### Dijck, van 2013

J. van Dijck, *A Critical History of Social Media*. Oxford: Oxford University Press 2013.

#### Logan 2021

R. K. Logan, *McLuhan in Reverse. His General Theory of Media*. New York: Peter Lang 2021.

#### Lüders 2008

M. Lüders, ‘Conceptualizing personal media’, *New Media and Society* 2008(10), p. 683-702.

#### McLuhan 1964

M. McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*. Londen: McGraw-Hill 1964.

#### McLuhan & McLuhan 1988

M. McLuhan & E. McLuhan, *Laws of Media*. Toronto: University of Toronto Press 1988.

#### McQuail & Deuze 2020

D. McQuail & M. Deuze, *McQuail’s Media & Mass Communication Theory*. Londen: Sage Publications 2020.

#### Sandstrom 2012

G. Sandstrom, ‘Laws of media – The four effects: A McLuhan contribution to social epistemology’, *Social Epistemology Review and Reply Collective* 2012(1), afl. 12, p. 1-6.

#### Valkenburg & Peter 2013

P.M. Valkenburg & J. Peter, ‘Five challenges for the future of media effects research’, *International Journal of Communication* 2013(7), p. 197-215.

#### Voorhoof & McGonagle 2016

D. Voorhoof & McGonagle T. (ed.), *Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case-law of the European Court of Human Rights, IRIS themes*, Strasbourg: European Audiovisual Observatory 2016.

### Rechtspraak

EHRM 16 april 1991, app. no. No. 15404/89 (*Purcell e.a./Ierland*).

EHRM 23 september 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2162,

m.nt. G. Knigge, E.J. Dommering (*Jersild/Denemarken*).

EHRM 19 juli 2003, app. nr. 49017/99 (*Pedersen & Baadsgaard/Denemarken*).

EHRM 16 december 2008, app. nr. 23883/06 (*Khurshid Mustafa & Tarzibachi/Zweden*).

EHRM 29 maart 2011, app. nr. 50084/06 (*RTBF/België*).

66 Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ‘New Technologies’ (factsheet). EHRM, mei 2021. De onderscheiden vormen zijn: elektronische data, e-mail, GPS, mobiele telefoon, copyright in de muziek, *online harassment*, satelliet-schijf, telecommunicatie, gebruik van verborgen camera’s en video surveillance.

EHRM 5 mei 2011, app. nr. 33014/05 (*Redactie van Pravoye Delo en Shtekel/Oekraïne*).

EHRM 21 september 2012, app. nr. 34124/06 (*Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG/Zwitserland*).

EHRM 22 april 2013, app. nr. 48876/08 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 24 februari 2015, ECLI:NL:XX:2015:137 (*Haldimann e.a./Zwitserland*).

EHRM 16 juni 2015, app. nr. 64569/09 (*Delfi as/Estland*).

EHRM 1 december 2015, app. nrs. 48226/10 en 14027/11 (*Cengiz e.a./Turkije*).

EHRM 19 januari 2016, app. nr. 17429/10 (*Kalda/Estland*).

EHRM 7 juni 2016, app. nr. 17676/09 (*Cicad/Zwitserland*).

EHRM 17 januari 2017, app. nr. 21575/08 (*Jankovskis/Litouwen*).

EHRM 21 februari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0221JUD004291108 (*Orlovskaya Iskra/Rusland*).

### **Overige bronnen**

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 'Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights: Freedom of expression', versie 30 april 2021.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 'New Technologies' (factsheet). EHRM, mei 2021.

Fenna van Haeften\*

## Een evaluatie van voorstel 2022/0117 ter bescherming van journalisten en andere publieke waakhonden tegen grensoverstijgende SLAPP's in Europa

### 1. Inleiding

In de herfst van 2020 staan journalisten Per Agerman en Annelie Östlund voor een doorbraak. De twee doen al geruime tijd onderzoek naar het Zweedse bedrijf Eco Energy World (EEW), dat zich op dat moment aan het voorbereiden is op haar beursgang op de Oslo Børs, de Noorse equivalent van de Nederlandse AEX Index. Agerman en Östlund hebben echter verschillende aanwijzingen gevonden dat de handelspraktijken van EEW op zijn best merkwaardig genoemd kunnen worden.<sup>1</sup> Na uitgebreid onderzoek zijn de journalisten in oktober 2020 klaar om hun bevindingen te publiceren in het online tijdschrift *Realtid*. Voorafgaand aan de publicatie benaderen Agerman en Östlund EEW en CEO Svante Kumlin verschillende keren om hen de mogelijkheid te bieden om hun zienswijze te geven.<sup>2</sup> Als reactie ontvangen zij echter brieven van advocatenkantoren uit Monaco en het Verenigd Koninkrijk, waarin wordt bedreigd met rechtszaken indien Agerman en Östlund niet stoppen met hun onderzoek en publicaties.<sup>3</sup> De journalisten laten zich niet tegenhouden en publiceren kort daarna verschillende artikelen op de website van *Realtid*.<sup>4</sup> Een paar weken later ontvangen Agerman en Östlund, alsmede de hoofdredacteur van *Realtid* en de mediaoutlet zelf, bericht dat Kumlin een smaadzaak tegen hen is gestart in het Verenigd Koninkrijk.<sup>5</sup> Dit is opvallend, gezien het feit dat zowel *Realtid*, Agerman en Östlund, als EEW gevestigd zijn in Zweden.<sup>6</sup> De procedure trekt dan ook internationale belangstelling en verschillende belangenorganisaties spreken zich uit tegen de zaak.<sup>7</sup> Het mag helaas niet baten: pas in januari 2023 komt de zaak, na bijna drie jaar, door een schikking tot een einde.

### 2. (Grensoverstijgende) SLAPP's in het kort

De procedure tegen Agerman en Östlund kan gekenmerkt worden als 'SLAPP': een *strategic lawsuit against public participation*.<sup>8</sup> SLAPP's zijn juridische procedures die door sterke partijen, zoals bedrijven, worden gevoerd tegen zwakkere partijen, zoals journalisten en andere publieke waakhonden, met

als doel de zwakkere partij uit te putten en te censureren.<sup>9</sup> Deze procedures onderscheiden zich dus van andere rechtszaken omdat zij in beginsel niet gericht zijn op het winnen van de zaak, maar op het smoren van het publieke debat.<sup>10</sup>

SLAPP-procedures hebben vaak ernstige consequenties voor slachtoffers. Zo kan het *chilling effect* als gevolg van SLAPP's inhouden dat betrokkenen zich minder snel zullen uitspreken of zich zelfs zullen censureren met betrekking tot het onderwerp van de juridische procedure of de daarbij betrokken partijen. Dit is met name het geval voor journalisten en andere publieke waakhonden, omdat deze partijen meestal beperkte financiële middelen tot hun beschikking hebben. Daardoor zullen zij sneller geneigd zijn om juridische procedures uit de weg te gaan.<sup>11</sup> Daarnaast raken SLAPP's ook het persoonlijke leven van slachtoffers. Zo zijn zij vaak veel geld kwijt aan rechtsbijstand en derven zij bovendien inkomsten doordat zij veel tijd kwijt zijn aan de procedure.<sup>12</sup> Ook ondervinden slachtoffers en hun families vaak een zware emotionele en psychologische last als gevolg van SLAPP's.<sup>13</sup>

#### 2.1 Grensoverstijgende SLAPP's

Grensoverstijgende SLAPP's vormen een bijzonder schadelijk type SLAPP's. Deze procedures kunnen worden onderscheiden van reguliere SLAPP-procedures aan de hand van de volgende vier kenmerken.

##### Kenmerk 1: Grensoverstijgend aspect

Grensoverstijgende SLAPP's onderscheiden zich in de eerste plaats op grond van hun grensoverstijgende aspect: zij worden aanhangig gemaakt in een jurisdictie die verschilt van het domicilie van de gedaagde.<sup>14</sup> Zo werd de zaak tegen journalisten Agerman en Östlund, bijvoorbeeld, niet aanhangig gemaakt in Zweden, waar alle betrokken partijen hun domicilie hadden, maar in het Verenigd Koninkrijk. Dit verschilt van reguliere SLAPP's, die aanhangig worden gemaakt in het domicilie van de gedaagde partij.

\* Mr. E.L. van Haeften is werkzaam als wetgevingsjurist bij het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Daarnaast volgt zij de traineeopleiding van de Academie voor Wetgeving. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1 'Day 1: Anti-SLAPP Conferenc', *Justice for Journalists, YouTube*, 22 november 2021, vanaf 6:20:00.

2 Ibid.

3 Ibid.

4 Zie bijv.: 'Så kan EEW-aktier spridas utan tillstånd från FI', *realtid.se*, 2 november 2020.

5 'Day 1: Anti-SLAPP Conference', *Justice for Journalists, YouTube*, 22 november 2021, vanaf 6:20:00.

6 Ibid.

7 Zie o.a.: 'Slapp lawsuit against Swedish magazine Realtid filed in London', *indexcensorship.org*, 8 december 2020.

8 Het begrip 'SLAPP' is met name bekend geworden door het in 1996 gepubliceerde werk *SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out* van sociologe Penelope Canan en rechtsgeleerde George W. Pring.

9 Pring 1989, p. 5-6; Het begrip 'publieke waakhond' wordt gebruikt om te refereren aan o.a. de pers, NGO's, academici, auteurs en bloggers die publiek debat genereren en hieraan bijdragen. Zie: HvJ EU 8 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011, *EHRC* 2017/36, m.nt. T. McGonagle (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*), par. 109.

10 Pring & Canan 1996, p. 29.

11 Levi 2017, 785.

12 *SLAPPs against journalists across Europe* 2022, 33; Odekerken & Brenninkmeijer 2017, p. 16.

13 *Shutting out Criticism* 2022, p. 50.

14 Ibid., p. 17.

## Kenmerk 2: Forum shopping

Ten tweede onderscheiden grensoverstijgende SLAPP's zich vanwege de connectie met *forum shopping*. Het begrip *forum shopping* wordt gebruikt om te verwijzen naar het strategisch selecteren van een juridisch forum waarbinnen het toepasselijke recht of overige procedurele aspecten gunstig zijn voor de eiser.<sup>15</sup> Zo kunnen bijvoorbeeld de kosten van de procedure een belangrijke reden vormen voor eisers om hun claim in een bepaalde staat aanhangig te maken.<sup>16</sup> Hoe hoger de kosten van de procedure, des te groter de onderhandelingskracht van de eiser met betrekking tot een mogelijke schikking.<sup>17</sup> Dit kan ertoe leiden dat gedaagden eerder akkoord gaan met voorwaarden die zij onder normale omstandigheden niet geaccepteerd zouden hebben.<sup>18</sup>

In Europa is *forum shopping* in het kader van grensoverstijgende SLAPP's relatief eenvoudig. SLAPP's worden namelijk veelal gevoerd door bedrijven die zetels hebben in verschillende Europese lidstaten, waardoor zij makkelijk het meest gunstige forum kunnen selecteren om hun zaak aanhangig te maken.<sup>19</sup> Tevens faciliteert bestaande Europese wetgeving het fenomeen van *forum shopping*. Met name in smaad- en lasterzaken, waar veruit de meeste grensoverstijgende SLAPP's onder vallen, is deze vrijheid groot.<sup>20</sup> In Europa biedt het Verenigd Koninkrijk dan ook een bijzonder populair forum voor grensoverstijgende SLAPP's.<sup>21</sup> Bijna een kwart van alle grensoverstijgende SLAPP's in Europa in de afgelopen tien jaar werd daar gevoerd.<sup>22</sup>

## Kenmerk 3: Gevolgen

Ten derde onderscheiden grensoverstijgende SLAPP's zich vanwege de ernst van hun gevolgen. Zo zijn grensoverstijgende SLAPP's vaak significant duurder dan gewone SLAPP's.<sup>23</sup> Dit kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de forumkeuze van de eiser, die hoge procedurele kosten met zich meebrengt, maar ook in de reis- en verblijfskosten die slachtoffers moeten maken om in persoon te verschijnen, omdat zij bij verstek de procedure kunnen verliezen.<sup>24</sup> Daarbovenop komen nog de kosten van het laten maken van officiële vertalingen van documenten en het eventueel inhuren van een tolk.<sup>25</sup> Bovendien bestaat het risico dat slachtoffers voor één incident in meerdere jurisdicties worden gedaagd, waardoor zij in elk forum een aparte rechtszaak moeten voeren en hiervoor ook kosten moeten maken.<sup>26</sup>

Tot slot hebben grensoverstijgende SLAPP's grotere psychologische gevolgen voor slachtoffers. Zo ervaren zij vaak onzekerheid omdat zij niet weten waar een claim tegen hen aanhangig zal worden gemaakt.<sup>27</sup> Doordat slachtoffers te maken krijgen met een juridisch systeem waarmee zij niet bekend zijn, kunnen zij zich bovendien maar beperkt voorbereiden op de procedure.<sup>28</sup> De onzekerheid die slachtoffers van grensoverstijgende SLAPP's ervaren, wordt bovendien versterkt door eventuele taalbarrières waar slachtoffers mee te maken

krijgen.<sup>29</sup> Verder maakt het grensoverstijgende aspect van de SLAPP het lastiger voor slachtoffers om adequate en effectieve rechtsbijstand te vinden.<sup>30</sup> Dit alles leidt tot een versterkt *chilling effect* dat uitgaat van grensoverstijgende SLAPP's.

## Kenmerk 4: Mensenrechtelijke aspecten

Grensoverstijgende SLAPP's vormen een bijzonder risico voor de fundamentele rechten van betrokkenen. Met name de vrijheid van meningsuiting en het recht op een eerlijk proces kunnen hierdoor in het gedrang komen.

Uit de literatuur blijkt dat gewone SLAPP's een risico vormen voor de vrijheid van meningsuiting uit artikel 10 van het EVRM vanwege het *chilling effect* dat zij hebben op het publieke debat.<sup>31</sup> Zoals gesteld is het *chilling effect* van grensoverstijgende SLAPP's sterker dan dat van reguliere SLAPP-procedures. Dit betekent dat grensoverstijgende SLAPP's dan ook eerder kunnen leiden tot zelfcensuur bij slachtoffers. Dat maakt dat dergelijke procedures zeer schadelijk zijn voor de effectieve bescherming en uitoefening van de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid uit artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM).

Daarnaast kan het recht op gelijke proceskansen in het geding komen als gevolg van grensoverstijgende SLAPP's.<sup>32</sup> Eisers in grensoverstijgende SLAPP-procedures krijgen namelijk veel ruimte om een forum te selecteren dat de voor hen meest gunstige regels hanteert, wat hen een machtsgevoel geeft. Deze ongelijkheid wordt verder versterkt door de hoge kosten van grensoverstijgende SLAPP's.<sup>34</sup> Bovendien maakt het grensoverstijgende aspect van de SLAPP het moeilijker voor slachtoffers om rechtsbijstand te vinden.<sup>35</sup> Uit, onder meer, de SLAPP-zaak *Steel & Morris/Verenigd Koninkrijk* blijkt dat het niet-beschikbaar zijn van rechtsbijstand in combinatie met factoren als de duur, complexiteit en kosten van een juridische procedure kan leiden tot een schending van het recht op een eerlijk proces.<sup>36</sup>

## 3. Het huidige juridische kader: knelpunten en lacunes

### 3.1 De Europese Unie

Zowel de Europese Unie als de individuele lidstaten kennen momenteel geen specifieke wet- of regelgeving betreffende grensoverstijgende SLAPP's. Het huidige juridische kader van de Unie wordt bovendien gekenmerkt door een specifiek probleem: bestaande wetgeving faciliteert grensoverstijgende SLAPP's. Dit probleem zit hem met name in de Brussel I- en Rome II-verordeningen.

De Brussel I-verordening ziet op de harmonisatie van de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van uitspraken in civiele procedures en handelszaken in

15 *Wanted! Real action for media freedom in Europe* 2021, p. 31.

16 Ferrari 2021, p. 144.

17 *Ibid.*, p. 145.

18 Borg-Barthet 2020, p. 16.

19 *Shutting out criticism* 2022, p. 65.

20 *Ibid.*, 17; Borg-Barthet, Lobina en Zabrocka 2021, p. 10.

21 *Shutting out criticism* 2022, p. 24-25.

22 *Ibid.*, p. 25.

23 Borg-Barthet, Lobina & Zabrocka 2021, p. 14.

24 Zie: Ferrari 2021, p. 126-127; Prévost 2019, p. 25-26.

25 Stadler 2012, p. 153-154.

26 Prévost 2019, p. 14.

27 *Ibid.*, 7.

28 Borg-Barthet, Lobina en Zabrocka 2021, p. 37.

29 Stadler 2012, p. 153.

30 *SLAPPs against journalists across Europe* 2022, p. 8.

31 Zie o.a.: Borg-Barthet, Lobina en Zabrocka 2021, 23-28; Bárd e.a. 2021, 19-20; *Shutting out criticism* 2022, p. 40-41.

32 Dit is een onderdeel van het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 van het EVRM.

33 Prévost 2019, p. 8.

34 Bárd e.a. 2021, p. 20.

35 *SLAPPs against journalists across Europe* 2022, p. 8.

36 EHRM 15 februari 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0215JUD006841601 (*Steel & Morris/Verenigd Koninkrijk*), par. 63-72.



Europa.<sup>37</sup> In beginsel geldt: indien partijen geen afspraken hebben gemaakt over het gewenste juridische forum, wordt de zaak aanhangig gemaakt in het domicilie van de gedaagde partij. Op grond van artikel 7, tweede lid, van de Verordening en het *Shevill*-arrest van het Hof van Justitie van de EU mogen eisers in smaad- en lasterprocedures hun zaak echter aanhangig maken bij het gerecht in het domicilie van de gedaagde, het gerecht van de staat waar de lasterlijke publicaties gepubliceerd zijn of het gerecht van de staat waarin de eiser mogelijk schade heeft geleden als gevolg van deze publicatie.<sup>38</sup> Hiermee wordt, volgens de preambule van de verordening, beoogd de toegang tot de rechter voor eisers te verbeteren.<sup>39</sup> In zaken rondom smaad- en laster via het internet genieten eisers nog meer keuzeruimte.<sup>40</sup> Zij kunnen hun zaak aanhangig maken in het gerecht van de staat waarin de uitgever van de publicatie gevestigd is, het gerecht van iedere lidstaat waar de publicatie is verspreid en de eiser mogelijk schade heeft geleden (maar enkel voor de schade die in die specifieke lidstaat veroorzaakt is) en het gerecht van de lidstaat waar de eiser het “centrum van zijn belangen” heeft.<sup>41</sup> Zo ontstaat dus een zeer brede jurisdictiebepaling, op grond waarvan eisers ruime keuze hebben voor het forum waar zij hun procedure aanhangig willen maken.<sup>42</sup> Bovendien laat het voorgaande ruimte voor de zogenoemde “mozaïekbenadering”.<sup>43</sup> Dit houdt in dat eisers hun claim in beginsel aanhangig mogen maken in alle staten waar zij claimen schade te hebben geleden.<sup>44</sup> Dit is bijzonder schadelijk voor journalisten en andere publieke waakhonden, omdat zij het risico lopen in verschillende jurisdicties gedaagd te worden, waardoor de financiële kosten hoog oplopen.<sup>45</sup>

Een eveneens problematische situatie doet zich voor ten aanzien van de Rome II-verordening.<sup>46</sup> Hoewel de Rome II-verordening als doel heeft om nationale regels betreffende civiele procedures over niet-verbintenisrechtelijke verplichtingen te harmoniseren en daarmee dus de voordelen van *forum shopping* weg te nemen, bevat deze geen bepalingen over zaken rondom smaad- en lasterprocedures.<sup>47</sup> Dergelijke zaken vallen dan ook buiten het bereik van de verordening. Dit betekent dat eisers in smaad- en lasterzaken nog altijd kunnen kiezen voor de voor hen meest voordelige regels.<sup>48</sup> Hierdoor worden de voordelen van *forum shopping*, en daarmee de schadelijke gevolgen van grensoverstijgende SLAPP's, dan ook in stand gelaten door de EU-wetgever.

### 3.2 De Raad van Europa

Ook de Raad van Europa kent momenteel geen specifieke regelgeving die grensoverstijgende SLAPP's tegengaat.<sup>49</sup> Echter, dit betekent niet dat de Raad zich niet bezighoudt met de bestrijding van grensoverstijgende SLAPP's. Zo hebben de

organen van de Raad in de loop der tijd verschillende aanbevelingen, verklaringen en resoluties gepubliceerd die betrekking hebben op SLAPP's. In Aanbeveling (2018)2 stelt het Comité van Ministers, bijvoorbeeld, dat lidstaten moeten overwegen om maatregelen te nemen tegen SLAPP's.<sup>50</sup> Ook de Verklaring van het Comité van Ministers van 4 juli 2012 is relevant om hier te noemen, nu deze verklaring ziet op de bestrijding van *forum shopping* in smaad- en lasterzaken.<sup>51</sup> Hoewel het fenomeen van de grensoverstijgende SLAPP niet expliciet wordt genoemd in de Verklaring, is de erkenning van *forum shopping* als probleem een belangrijke stap richting de bestrijding van grensoverstijgende SLAPP's.

Het zal echter niet verbazen dat de behoefte aan concrete actie groot blijft nu specifieke anti-SLAPP-regelgeving ontbreekt. Zo hebben in maart 2021 meer dan honderd belangenorganisaties zich uitgesproken voor een concrete anti-SLAPP-aanbeveling vanuit de Raad.<sup>52</sup> Dit heeft er mede toe geleid dat de Raad in november van datzelfde jaar een expertcomité heeft ingesteld dat de taak heeft gekregen om een voorstel voor een specifieke anti-SLAPP-aanbeveling op te stellen ten behoeve van het Comité van Ministers.<sup>53</sup> Dit voorstel moet voor het einde van 2023 worden aangeleverd.<sup>54</sup> Bovendien heeft het EHRM in maart 2022 een belangrijke stap gezet met het arrest *OOO Memo/Rusland*.<sup>55</sup> Hoewel het Hof al eerder verschillende kenmerken van SLAPP's heeft erkend als problematisch, bijvoorbeeld in de zaak *Ali Gürbüz/Turkije*, waaruit blijkt dat het starten van meerdere juridische procedures een *chilling effect* heeft op de vrijheid van meningsuiting en op zichzelf een effectieve beperking van dit recht vormt, is *OOO Memo/Rusland* het eerste arrest waarin het EHRM expliciet verwijst naar SLAPP's.<sup>56</sup>

## 4. Voorstel 2022/0117 geëvalueerd in het licht van grensoverstijgende SLAPP's

Gelet op het voorgaande zal het niet verbazen dat verschillende belangenorganisaties alsmede het Europees Parlement zich al geruime tijd uitspreken voor concrete maatregelen tegen grensoverstijgende en andere SLAPP's.<sup>57</sup> Dit heeft er dan ook mede toe geleid dat de Europese Commissie begin 2022 een voorstel voor een anti-SLAPP-richtlijn en een aanbeveling heeft gedaan.<sup>58</sup>

Met de voorgestelde richtlijn wordt beoogd slachtoffers van grensoverstijgende SLAPP's met een civiel- of handelsrechtelijk karakter sterkere bescherming te bieden tegen dergelijke procedures en de gevolgen daarvan.<sup>59</sup> De richtlijn vindt zijn rechtsgrondslag dan ook in artikel 81, tweede lid, onderdeel f, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie,

37 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking) (Brussel Ia-verordening).

38 HvJ EU 7 maart 1995, ECLI:EU:C:1995:61 (*Shevill*), par. 33.

39 Preambule, overweging 3, Brussel Ia-verordening.

40 HvJ EU 25 oktober 2011, ECLI:EU:C:2011:685 (*eDate Advertising GmbH*).

41 Ibid. par. 48-50; Dit is vaak het domicilie van de eiser.

42 Bárd e.a. 2020, p. 7-8.

43 Borg-Barthet, Lobina & Zabrocka 2021, p. 40.

44 Ibid.

45 Ibid.

46 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II-verordening).

47 Borg-Barthet, Lobina en Zabrocka 2021, 42; Artikel 1, tweede lid, onder g, van de Rome II-verordening.

48 Borg-Barthet, Lobina en Zabrocka 2021, p. 42-43.

49 McGonagle e.a. 2020, p. 79.

50 Aanbeveling (2018)2, par. 1.3.4.

51 Verklaring van het Comité van Ministers van 4 juli 2012, par. 5 en 11-13.

52 'Statement on The Need for a Council of Europe Recommendation on Combatting SLAPPs', the-case.eu, maart 2021.

53 CM(2021)131, 1.

54 Ibid.

55 EHRM 15 maart 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD000284010 (*OOO Memo/Rusland*).

56 EHRM 12 maart 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0312JUD005249708 (*Ali Gürbüz/Turkije*), par. 68; Voor een uitgebreide analyse van *OOO Memo/Rusland*, zie: D. Voorhoof, 'OOO MEMO v. Russia: EctHR prevents defamation claims by executive bodies', strasbourgobservers.com, 1 april 2022.

57 Zie o.a.: 'The Need for an EU Anti-SLAPP Directive', the-case.eu, 1 maart 2021; Resolutie 2017/2209 van het Europees Parlement (3 mei 2018), *Media pluralism and media freedom in the European Union* (Resolutie 2017/2209).

58 Voorstel 2022/0117 van de Europese Commissie (27 april 2022), *Protecting persons who engage in public participation from manifestly unfounded or abusive court proceedings* ('Strategic lawsuits against public participation') (Voorstel 2022/0117).

59 Voorstel 2022/0117, 3.

dat het Europees Parlement en de Raad de bevoegdheid geeft om maatregelen te stellen die zien op “het wegnemen van de hindernissen voor de goede werking van burgerrechtelijke procedures”.<sup>60</sup> Verder beoogt de Commissie met de richtlijn de verdere verspreiding van grensoverstijgende SLAPP's te voorkomen.<sup>61</sup> De bijbehorende aanbeveling spoort lidstaten bovendien aan om smaad- en lasterwetgeving te decriminaliseren, meer bewustzijn te creëren omtrent SLAPP's en juridische bijstand te bieden aan slachtoffers.<sup>62</sup>

De volgende paragrafen bieden een analyse van vier kernpunten van de voorgestelde richtlijn in het licht van de bestrijding van grensoverstijgende SLAPP's in Europa en de eerder bepaalde ijkpunten.

#### **4.1 Algemene bepalingen: reikwijdte en beschermingsbereik**

Allereerst beoogt het voorstel met de algemene bepalingen een brede reikwijdte te creëren. Zo bepaalt artikel 4 van de richtlijn dat een juridische procedure in beginsel geacht wordt grensoverstijgende gevolgen te hebben, tenzij deze aanhangig wordt gemaakt in de lidstaat waar zowel de eiser als de verweerder hun woon- of vestigingsplaats hebben.<sup>63</sup> Echter, zelfs wanneer de zaak aanhangig wordt gemaakt in de lidstaat waar beide partijen hun domicilie hebben, kan een procedure grensoverstijgende gevolgen hebben. Grensoverstijgende gevolgen worden namelijk eveneens geacht te bestaan indien de publieke participatie relevant is voor meer dan één lidstaat of wanneer de eiser of aan hem gelieerde entiteiten eerder of gelijktijdig met de huidige procedure, in een andere lidstaat tegen de verweerder heeft geprocedeerd.<sup>64</sup> Verder hanteert de richtlijn een ruime definitie van de begrippen “publieke participatie” en “zaak van algemeen belang”, waardoor een rechtszaak al snel onder het bereik van de richtlijn zal vallen.

De brede reikwijdte van de richtlijn is belangrijk om een ruime bescherming tegen grensoverstijgende SLAPP's te verzekeren. Slachtoffers zullen zo meer en eerder instrumenten krijgen om zich effectief te verdedigen tegen de schadelijke gevolgen van grensoverstijgende procedures. Tevens wordt door de brede erkenning van het begrip “grensoverstijgend” beoogd te voorkomen dat partijen de richtlijn kunnen omzeilen, bijvoorbeeld door plots enkel zuiver nationaalrechtelijke procedures te voeren.

Toch bestaan er knelpunten met betrekking tot de praktische en effectieve uitwerking van deze breed gedefinieerde begrippen. Hoewel het wenselijk kan zijn om lidstaten de ruimte te bieden om de richtlijn te implementeren op een voor hen passende manier, kan men zich afvragen of dergelijke vage begrippen voldoende handvatten bieden aan rechters om hun bevoegdheden uit te oefenen. Een voorbeeld hiervan vormt de uitwerking van het begrip “onrechtmatige gerechtelijke procedures tegen publieke participatie”, die als belangrijkste doel moeten hebben om publieke participatie te voorkomen, beperken of bestraffen.<sup>65</sup> Echter biedt de richtlijn enkel een niet-limitatieve opsomming van drie mogelijke aanwijzingen voor het bestaan van een dergelijk doel, zoals de

onevenredige aard van de vordering.<sup>66</sup> Hoe dit beoordeeld moet worden en wat andere factoren kunnen zijn, wordt onbesproken gelaten.

Dit knelpunt wordt ook gesignaleerd door de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen van het ministerie van Buitenlandse Zaken, die stelt: “het voorstel [bevat] vergaande regels voor aanpassing van de civiele procedure voor SLAPP's waarbij door de ruime definities de afbakening niet scherp is. Dit betekent dat deze regels voor de rechtspraak zeer moeilijk uitvoerbaar en toepasbaar zijn.”<sup>67</sup> Een mogelijke remedie voor dit probleem zou kunnen zijn om de definities van het voorstel beter te laten aansluiten op bestaande regelgeving om zo een meer uniforme en duidelijke uitleg van de begrippen te kunnen waarborgen.<sup>68</sup> Dit maakt de richtlijn bovendien eenvoudiger om toe te passen.

#### **4.2 Vroegtijdige ongegrondverklaring**

Op grond van artikel 9 van de richtlijn moeten gerechten de mogelijkheid krijgen om procedures vroegtijdig als kennelijk ongegrond te kunnen afdoen.<sup>69</sup> Een verzoek tot vroegtijdige ongegrondverklaring moet versneld behandeld worden en schorsende werking krijgen.<sup>70</sup> In geval van een dergelijk verzoek ligt de bewijslast bovendien bij de eiser, die zal moeten aantonen dat zijn vordering niet kennelijk ongegrond is.<sup>71</sup>

Deze bepaling biedt een interessante uitbreiding van de mogelijkheden voor vroegtijdige ongegrondverklaring van de zaak. Vooralsnog kunnen in veel lidstaten juridische procedures namelijk enkel worden afgedaan na inhoudelijke behandeling van de zaak, wat betekent dat de slachtoffers van grensoverstijgende procedures hier vaak al veel tijd en geld aan kwijt zijn.<sup>72</sup> Het creëren van meer mogelijkheden voor vroegtijdige ongegrondverklaring is dus belangrijk omdat men hiermee de financiële en mentale belasting voor de slachtoffers van grensoverstijgende SLAPP's beperkt.

Er bestaat echter ruimte voor kritiek. Zo ontbreken duidelijke lijnen met betrekking tot het verschil tussen de begrippen “kennelijk ongegrond” en “onrechtmatig” in de richtlijn. Waar de term “onrechtmatige procedures” wordt gedefinieerd in artikel 3, derde lid, van de richtlijn, ontbreken enige handvatten voor het begrip “kennelijk ongegrond”. Dit is een gemiste kans voor harmonisatie en veroorzaakt bovendien zelfs voor de implementatie van de richtlijn al onduidelijkheid in de lidstaten.<sup>73</sup> Een oplossing zou zijn om de criteria voor een vroegtijdige ongegrondverklaring eenvoudig, duidelijk en toegankelijk te specificeren in de richtlijn. Hierbij kan men inspiratie opdoen uit de model-anti-SLAPP-richtlijn van de Coalition against SLAPP's in Europa uit 2021, waarin deze criteria wel expliciet uiteengezet zijn.<sup>74</sup>

#### **4.3 Voorzieningen tegen onrechtmatige procedures**

Artikel 14 van de richtlijn bepaalt dat lidstaten moeten verzekeren dat eisers in SLAPP's veroordeeld kunnen worden in de kosten van het geding, waaronder de kosten van rechtsbijstand.<sup>75</sup> Tevens moeten lidstaten zorgen dat slachtoffers van SLAPP's alle schade die zij hebben geleden als gevolg van de

60 Artikel 81, tweede lid, onderdeel f, VWEU.

61 Ibid.

62 Ibid.

63 Ibid., 25; Met ‘richtlijn’ wordt vanaf hier verwezen naar het voorstel 2022/0117.

64 Voorstel 2022/0117, 25.

65 Ibid.

66 Ibid.

67 Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Fiche 1*, juni 2022, 5.

68 Ibid.

69 Voorstel 2022/0117, 26.

70 Ibid., 27.

71 Ibid., 15.

72 Ravo, Borg-Barthet & Kramer 2020, p. 10.

73 Zie bijvoorbeeld: Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Fiche 1*, juni 2022, 5.

74 Ravo, Borg-Barthet & Kramer 2020, p. 35-36.

75 Voorstel 2022/0117, 27.

onrechtmatige procedure, vergoed kunnen krijgen.<sup>76</sup> Dit betreft niet alleen materiële, maar ook immateriële schade, reiskosten en medische kosten.<sup>77</sup> Bovendien moeten gerechten de mogelijkheid hebben om partijen die een onrechtmatige procedure tegen publieke participatie aanhangig hebben gemaakt, een sanctie op te leggen.<sup>78</sup>

Deze bepaling ziet op bestrijding van de hoge financiële kosten, een van de meest schadelijke gevolgen van grensoverstijgende SLAPP's. Door slachtoffers de mogelijkheid te bieden deze kosten op de gedaagde te verhalen, versterkt men de procespositie van de slachtoffers en vermindert men de financiële gevolgen, waardoor het *chilling effect* wordt beperkt. Tevens kunnen eisers hierdoor ontmoedigd worden om gebruik te maken van de mozaïekbenadering en hun zaak in meerdere fora aanhangig te maken, omdat zij dan mogelijk in elke staat schadevergoeding verschuldigd zullen zijn.<sup>79</sup> Bovendien kunnen sancties ook een afschrikwekkend effect hebben op eisers, waardoor zij mogelijk minder snel geneigd zullen zijn om grensoverstijgende SLAPP's te starten.

Toch heeft de Commissie ook wat betreft deze voorzieningen kansen gemist. Zo heeft de Commissie geen bepalingen opgenomen over kostenverwijzing of schadevergoeding in kennelijk ongegronde zaken. Vooralsnog bepaalt het voorstel dat een dergelijke maatregel alleen kan worden opgelegd in onrechtmatige procedures. Hierdoor bestaat het risico dat partijen alsnog ernstige financiële consequenties onder vinden van procedures die kennelijk ongegrond worden verklaard, zonder dat zij daarmee ook als onrechtmatig worden afgedaan. Ook hier zou de Commissie voor een remedie echter inspiratie kunnen putten uit de model-anti-SLAPP-richtlijn, waar deze mogelijkheid is geregeld in artikel 11.<sup>80</sup>

#### 4.4 Bescherming tegen SLAPP's in niet-EU-landen

Tot slot voorziet de richtlijn in een versterkte bescherming tegen grensoverstijgende SLAPP's in niet-EU-landen. Zo worden lidstaten verplicht de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen uit niet-EU-landen in zaken betreffende publieke participatie af te wijzen indien de procedure kennelijk ongegrond of onrechtmatig zou zijn bevonden wanneer zij aanhangig zou zijn gemaakt in de lidstaat zelf.<sup>81</sup> Bovendien krijgen partijen die schade hebben geleden als gevolg van een SLAPP in een niet-EU-land, de mogelijkheid om deze schade op de eiser te verhalen in de EU, ongeacht het domicilie van de eiser.<sup>82</sup>

Het versterken van de bescherming tegen grensoverstijgende SLAPP's in niet-EU-landen is een belangrijke verbetering. Dit is in het bijzonder het geval nu het Verenigd Koninkrijk geen lid meer is van de Europese Unie, maar wel een populair forum blijft voor grensoverstijgende SLAPP's.<sup>83</sup> Het is echter belangrijk om op te merken dat de aspecten die SLAPP's in het Verenigd Koninkrijk in het bijzonder schadelijk maken, zoals de hoge procedurele kosten en kosten van rechtsbijstand, nauwelijks beperkt worden door het voorstel.<sup>84</sup> De richtlijn vormt dus een goede eerste stap, maar deze zal moeten worden aangevuld met andere juridische maatregelen om een effectie-

ve en praktische bescherming van partijen te verwerklijken. Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan nationaalrechtelijke hervormingen in het Verenigd Koninkrijk of een aanbeveling van de Raad van Europa.<sup>85</sup>

## 5. Conclusie

In deze bijdrage is onderzocht hoe het voorstel 2022/0117 kan bijdragen aan de bescherming van journalisten en andere publieke waakhonden tegen grensoverstijgende SLAPP's op Europees niveau. Belangrijk is dat grensoverstijgende SLAPP's zich onderscheiden van andere SLAPP-procedures op vier punten: het grensoverstijgende aspect, de relatie tot *forum shopping*, de ernstige gevolgen die deze procedures met zich meebrengen en de mensenrechtelijke aspecten. Dit alles draagt bij aan het versterkte *chilling effect* dat grensoverstijgende SLAPP's veroorzaken.

Het huidige juridische kader op Europees niveau kent echter enkele belangrijke knelpunten. Het voorstel 2022/0117 van de Europese Commissie vormt dan ook een eerste stap in de goede richting om de lacunes in het juridische kader te dichten, de fundamentele rechten van slachtoffers beter te beschermen en de schadelijke gevolgen van grensoverstijgende SLAPP's te beperken. Toch bestaat ook wat betreft het voorstel ruimte voor verbetering. Zo bestaan er vragen over de uitvoering van het voorstel en de daadwerkelijke remedies voor partijen.

Om die reden zal een holistische benadering nodig zijn om grensoverstijgende SLAPP's effectief te kunnen bestrijden. Zo is het in de eerste plaats van belang om niet-EU-landen te betrekken bij de aanpak van SLAPP's. Grensoverstijgende SLAPP's beperken zich nu eenmaal niet tot EU-lidstaten. Een aanbeveling van de Raad van Europa, die ook betrekking heeft op landen als het Verenigd Koninkrijk, kan hierbij een belangrijke rol spelen.

Ten tweede laat het voorstel een van de meest schadelijke kenmerken van grensoverstijgende SLAPP's, namelijk de connectie met *forum shopping*, onbesproken. Het is echter van groot belang om *forum shopping* aan banden te leggen om grensoverstijgende SLAPP's effectief aan te kunnen pakken. Men zou dan ook kunnen denken aan aanpassing van de Brussel I- en Rome II-verordeningen om zo bestaande knelpunten in het juridische kader weg te nemen. Dat is echter makkelijker gezegd dan gedaan. De verordeningen bieden eisers namelijk niet zomaar de mogelijkheid om een gunstig forum te selecteren; hiermee wordt beoogd de effectieve uitoefening van de procedurele rechten van de eiser te verbeteren. Bij een eventuele inperking van de forumkeuze zal dan ook de eeuwige vraag over de weging van de fundamentele rechten van twee partijen een belangrijke rol spelen. Het SLAPP-bestendig maken van de Brussel I- en Rome II-verordeningen zal dus nog niet eenvoudig zijn. Toch betekent dit niet dat aanpassing van de verordeningen achterwege kan worden gelaten. Alleen door te kijken naar het geheel in plaats van de individuele onderdelen zal men journalisten en publieke waakhonden namelijk effectief kunnen beschermen tegen grensoverstijgende SLAPP's.

76 Ibid.

77 Voorstel 2022/0117, 15-16.

78 Ibid., 16.

79 Aldus ook: Concl. A-G G. Hogan, ECLI:EU:C:2021:745, bij HvJ EU 21 december 2021, ECLI:EU:C:2021:1036 (*Giflix Tv*), par. 63.

80 Ravo, Borg-Barthet & Kramer 2020, p. 39.

81 Ibid., 28.

82 Ibid.

83 *Shutting out criticism* 2022, p. 65.

84 Nielsen 2013, p. 269.

85 Zie voor lopende initiatieven: 'Government clampdown on the abuse of British courts to protect free speech', gov.uk, 17 maart 2022.

## BIBLIOGRAFIE

### Regelgeving en beleidsstukken

#### Europese verdragen

#### Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950

*Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*, Rome: 4 november 1950 (Trb. 1951, 154).

#### Regelgeving van de Raad van Europa

#### Aanbeveling (2018)2

Aanbeveling (2018)2 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (7 maart 2018), *The roles and responsibilities of internet intermediaries*.

#### Regelgeving van de Europese Unie

#### Brussel Ia-verordening

Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad (12 december 2012) betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

#### Rome II-verordening

Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad (11 juli 2007) betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

#### Voorstel 2022/0117

Voorstel van de Europese Commissie (27 april 2022), *Protecting persons who engage in public participation from manifestly unfounded or abusive court proceedings* ("Strategic lawsuits against public participation").

#### Europese beleidsstukken

#### CM(2021)131

*Terms of Reference: Committee of experts on Strategic Lawsuits Against Public Participation (MSI-SLP)*, Straatsburg: 1 januari 2022.

#### Resolutie 2017/2209

Resolutie 2017/2209 van het Europees Parlement (3 mei 2018), *Media pluralism and media freedom in the European Union*.

#### Nederlandse beleidsstukken

#### Ministerie van Buitenlandse Zaken, Fiche 1, juni 2022

Ministerie van Buitenlandse Zaken (Werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen), *Fiche 1: Richtlijn en aanbeveling strategische rechtszaken tegen publieke participatie*, juni 2022.

### Jurisprudentie

#### Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 15 februari 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0215J

UD006841601 (*Steel & Morris/Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 12 maart 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0312JUD005249708 (*Ali Gürbüz/Turkije*).

EHRM 15 maart 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD000284010 (*OOO Memo/Rusland*).

#### Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 7 maart 1995, ECLI:EU:C:1995:61 (*Shevill*).

HvJ EU 25 oktober 2011, EU:C:2011:685 (*eDate Advertising GmbH*).

HvJ EU 8 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1108J

UD001803011, EHRC 2017/36, m.nt. T. McGonagle (*Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije*).

Conclusie A-G G. Hogan, ECLI:EU:C:2021:745, bij HvJ EU 21 december 2021, ECLI:EU:C:2021:1036 (*Gtflix Tv*).

### Secundaire bronnen

#### Rapporten

#### Bárd e.a. 2020

P. Bárd e.a., *SLAPP in the EU-context*, Brussel: EU-CITZEN Network 2020.

#### Bárd e.a. 2021

P. Bárd e.a., *Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union: A comparative study*, Brussel: EU-CITZEN Network 2021.

#### Borg-Barthet, Lobina en Zabrocka 2021

J. Borg-Barthet, B. Lobina en M. Zabrocka, *The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society*, Brussel: Europees Parlement 2021.

#### McGonagle e.a. 2020

T. McGonagle e.a., *Safety of journalists and fighting corruption in the EU*, Brussel: Europees Parlement 2020.

#### Odekerken en Brenninkmeijer 2017

M.W.A. Odekerken en A.F.M. Brenninkmeijer, *Een dreigend klimaat: Verslag van het onderzoek 'Bedreigingen van Nederlandse journalisten'*, Utrecht: Nederlandse Vereniging van Journalisten 2017.

#### Prévost 2019

E. Prévost, *Liability and jurisdictional issues in online defamation cases*, Straatsburg: Raad van Europa 2019.

#### Ravo, Borg-Barthet en Kramer 2020

L.M. Ravo, J. Borg-Barthet en X. Kramer, *Protecting Public Watchdogs across the EU: A Proposal for EU Anti-SLAPP Law*, Londen: Article 19 2020.

#### SLAPPs against journalists across Europe 2022

*SLAPPs against journalists across Europe*, Londen: Article 19 2022.

#### Shutting out Criticism 2022

*Shutting out Criticism: How SLAPPs threaten European democracy*, Amsterdam: CASE 2022.

#### Wanted! Real action for media freedom in Europe 2021

*Wanted! Real action for media freedom in Europe. Annual Report by the partner organisations to the Council of Europe Platform to Promote the Protection of Journalism and Safety of Journalists*, Straatsburg: Raad van Europa 2021.

## Boeken en hoofdstukken uit boeken

### Ferrari 2021

F. Ferrari, *Forum Shopping Despite Unification of Law*, Den Haag: Brill Nijhoff 2021.

### Pring en Canan 1996

G.W. Pring en P. Canan, *SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out*, Philadelphia: Temple University Press 1996.

### Kenny en Heffernan 2015

D. Kenny en L. Heffernan, "Defamation and privacy and the Rome II Regulation" in: P. Stone en Y. Farah (eds.), *Research Handbook on EU Private International Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2015.

## Artikelen uit tijdschriften

### Borg-Barthet 2020

J. Borg-Barthet, "The Brussels Ia Regulation as an Instrument for the Undermining of Press Freedoms and the Rule of Law: An Urgent Call for Reform", *Aberdeen School of Law Working Papers* 007/20.

### Levi 2017

L. Levi, "The Weaponized Lawsuit against the Media: Litigation Funding as a New Threat to Journalism" *American University Law Review* 2017/66.

### Nielsen 2013

P.A. Nielsen, "Libel Tourism: English and EU Private International Law", *Journal of Private International Law* 2013/9.

### Pring 1989

G.W. Pring, 'SLAPPs: Strategic Lawsuits against Public Participation', *Pace Environmental Law Review* 1989/7.

### Stadler 2012

A. Stadler, "Practical Obstacles in Litigation and Communication between (EU) Courts", *Erasmus Law Review* 2012/3.

## Nieuwsberichten en weblogs

### realtid.se, 2 november 2020

'Så kan EEW-aktier spridas utan tillstånd från FI', *realtid.se*, 2 november 2020.

### indexonensorship.org, 8 december 2020

'Slapp lawsuit against Swedish magazine Realtid filed in London', *indexonensorship.org*, 8 december 2020.

### strasbourgobservers.com, 1 april 2022

D. Voorhoof, 'OOO MEMO v. Russia: ECtHR prevents defamation claims by executive bodies', *strasbourgobservers.com*, 1 april 2022.

## Video's

### Youtube, 22 november 2021

'Day 1: Anti-SLAPP Conference', *Justice for Journalists*, *Youtube*, 22 november 2021.

## Overige stukken

### the-case.eu, maart 2021

'Statement on The Need for a Council of Europe Recommendation on Combatting SLAPPs', *the-case.eu*, maart 2021.

### the-case.eu, 1 maart 2021

'The Need for an EU Anti-SLAPP Directive', *the-case.eu*, 1 maart 2021.



# Mr. S.K. Martens ACADEMIE

Vanaf november 2023 biedt de Mr. S.K. Martens Academie opnieuw de specialisatie-opleiding 'Intellectueel Eigendoms- en Procesrecht in de commerciële praktijk' aan. Deze opleiding behandelt de bescherming en handhaving van intellectuele eigendomsrechten, met een focus op de praktische commercialisering en het management van deze rechten.

## WILT U OOK:

- uw procesrechtelijke kennis van en inzicht in het intellectueel eigendom verdiepen?
- de valkuilen in IE-procedures herkennen en uw kansen vergroten?
- complexe IE-vraagstukken doorzien en hier soepel op inspelen?
- uw vaardigheden in de commerciële IE-praktijk ontwikkelen?
- uw professionele relaties en netwerk verruimen?

## ERVAREN DOCENTEN UIT DE WETENSCHAP EN PRAKTIJK

De docenten zijn gerenommeerde specialisten uit de academische wereld, de advocatuur, het bedrijfsleven en de rechterlijke macht.

## VOOR WIE?

Deze opleiding is bestemd voor advocaten, bedrijfsjuristen, academici, leden van de rechterlijke macht en andere juristen met minimaal 3 jaar ervaring in de civiele praktijk.

## CERTIFICAAT RECHTSGEBIEDEN

### INTELLECTUEEL EIGENDOMS- EN PROCESRECHT

Na afronding van het bijbehorende examen ontvangt u een certificaat van de Mr. S.K. Martens Academie. Met dit certificaat kunt u zich registreren in het vernieuwde rechtsgebiedenregister voor de rechtsgebieden intellectueel eigendoms- en procesrecht.

Voor meer informatie kunt u contact opnemen met Claudia Zuidema of Vivien Rörsch via [info@delex.nl](mailto:info@delex.nl)

VERGROOT  
UW

PROFESSIONELE  
VAARDIGHEDEN EN  
VERDIEP UW KENNIS BIJ  
DE MARTENS ACADEMIE!

# IE zomer feest

**29 juni 2023**

**House of Watt**

Wegens succes herhaald en nu al legendarisch: het IE Zomerfeest van deLex. Luid de zomer in met IE-deejays, laat kantoorperikelen achter en dance the night away.

Tickets: [www.delex.nl/shop/opleidingen](http://www.delex.nl/shop/opleidingen)  
Extra korting voor sponsors.

*Come dance the night away!*

**DELEXMEDIA**

# 2023

## DELEXMEDIA

# NAJAARSPROGRAMMA

**Deskundig, actueel en to the point: de opleidingen van deLex.**

deLex organiseert, samen met diverse experts, ieder jaar weer nieuwe opleidingen, congressen en seminars die u helpen uw rechtspraktijk te versterken. Wij bieden IE specialisten een platform voor kennisdelen, netwerken, verdieping en vernieuwing.

Het najaarsprogramma voor 2023 is volop in ontwikkeling, maar de volgende onderwerpen staan zeker op de agenda.

06<sub>sep</sub>

### ENTERTAINMENT & RECHT

**Dagvoorzitters:** Marijn Kingma (Höcker),  
Michiel Odink (Leeway)

02<sub>nov</sub>

### START MR.S.K. MARTENS ACADEMIE 2023-2024

dec

### UPC ROUND TABLECONGRES

**Dagvoorzitter:** Willem Hoyng (HOYNG  
ROKH MONEGIER)

22<sub>sept</sub>

### AUTEURSRECHT & COLLECTIEF BEHEER

**Dagvoorzitters:** Stef van Gompel (VU),  
Marcel de Zwaan (Bremer & De Zwaan)

23<sub>nov</sub>

### NATIONAAL MEDIARECHTCONGRES

**Dagvoorzitters:** Jens van den Brink (Kennedy  
VanderLaan) & Remy Chavannes (Brinkhof)

06<sub>dec</sub>

### MERKEN- MODELLEN- EN AUTEURSRECHT

**Spreekers:** Tobias Cohen Jehoram (EUR, De  
Brauw Blackstone Westbroek), Jesse Hof-  
huis (AC&R Advocaten), Joris van Manen  
(HOYNG ROKH MONEGIER)

28<sub>sept</sub>

### BENELUX MERKENCONGRES 2023

**Dagvoorzitters:** Tobias Cohen Jehoram  
(EUR, De Brauw Blackstone Westbroek),  
Martin Senftleben (IViR, Bird & Bird)

29<sub>nov</sub>

### JURISPRUDENTIELUNCH OCTROOIRECHT

**Spreekers:** Bart van den Broek (HOYNG  
ROKH MONEGIER), Willem Hoyng  
(HOYNG ROKH MONEGIER)

14<sub>dec</sub>

### NATIONAAL RECLAMERECHTCONGRES

**Dagvoorzitters:** Ebba Hoogenraad  
(Hoogenraad & Haak), Willem Leppink  
(Ploum)

okt/nov

### HOT LEGAL TECH & IT/IP

**Dagvoorzitters:** Michiel van Ast en Michiel  
Odink (Leeway)

nov/dec

### LIFE SCIENCES EN HEALTH CONGRES

**Dagvoorzitter:** Judith Krens (Pinsent  
Masons)

**SAVE THE DATE: 25 JANUARI  
2024: HET IE-DINER.**

Meer informatie over programma's,  
locaties en aanmelden is te vinden op  
[www.delex.nl/shop/opleidingen](http://www.delex.nl/shop/opleidingen)