Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://hdl.handle.net/11245/2.79460

File ID uvapub:79460
Filename 318011.pdf
Version preprint

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):
Type annotation
Title Mf 2009, 11, (Times Newspapers/United Kingdom)
Author(s) J. van Hoboken
Faculty FdR: Instituut voor Informatierecht (IViR), FdR
Year 2009

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://hdl.handle.net/11245/1.318011

Copyright

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

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)
(pagedate: 2014-11-19)

Annotatie bij EHRM 10 maart 2009 (Times Newspapers/United Kingdom)

Verschenen in *Mediaforum* 2009-4, nr. 11, p. 167-169.

J.V.J. van Hoboken

Welke risico's loopt de pers door het openbaar toegankelijk houden en vindbaar maken van historische publicaties op internet? Welke bescherming mag de pers in dit kader verwachten van Artikel 10 EVRM? En wat is de geëigende manier om aan te geven dat een artikel wegens smaad wordt aangevochten bij de rechter? Dit zijn enkele van de vragen die deze zaak over de bescherming van de pers voor online publicaties opriep. Het Hof gaat echter maar beperkt in op deze interessante kwesties en laat een ruime beoordelingsmarge voor de lidstaten voor wat het ziet als een secundaire taak voor de pers: het beschikbaar houden van het historische overzicht van artikelen op internet.

Feitelijke achtergrond

The Times, uit het Verenigd Koninkrijk, publiceerde op 8 september en 14 oktober 1999 aantijgingen over de betrokkenheid bij ernstige internationale criminaliteit van de internationale zakenman Grigori Louthchansky, op dat moment in Letland woonachtig met een zowel Russische als Israelische nationaliteit. De aantijgingen bestonden er bijvoorbeeld uit dat zijn in Wenen gevestigde bedrijf Nordex betrokken zou zijn bij de smokkel van nucleaire wapens en het witwassen van geld, dat hij het onderwerp van onderzoek was (geweest) van onder meer de Britse autoriteiten, CIA, en Interpol, en dat hij relaties had met bekende figuren uit de internationale maffia. Loutchansky had sinds 1994 een officieel inreisverbod voor het Verenigd Koninkrijk.

Op 6 december 1999 spande Loutchansky een eerste proces wegens smaad aan tegen The Times en op 6 december 2000, meer dan een jaar na de aanvankelijke publicatie, spande hij een tweede proces aan tegen The Times wegens de voortdurende publicatie van de bestreden artikelen op internet. Op 23 december 2000 voegde The Times een kennisgeving toe aan de betreffende artikelen op internet dat deze het onderwerp waren van een juridische procedure met een waarschuwing ten aanzien van het reproduceren of vertrouwen op de inhoud van de artikelen. The Times werd in beide zaken veroordeeld door de Engelse rechter en beklaagde zich bij het Europese Hof op twee punten.

De eerste klacht handelde over de onrechtmatigheid van de betreffende publicaties en het verwerpen van de verdediging op grond 'qualified privilege'. Het Hof achtte deze klacht in 2005 kennelijk ongegrond.[1] De verdediging op grond van qualified privilege in smaad procedures is absoluut en komt er op neer dat er speciale, door het publieke belang ingegeven redenen kunnen zijn voor het

communiceren van bepaalde informatie, zonder dat de feitelijke juistheid eerst dient te worden gecontroleerd. Het Hof concludeerde, met verwijzing naar zijn vaste jurisprudentie over de plichten en verantwoordelijkheden ten aanzien publicaties van feitelijke aard, dat het verwerpen van dit beroep niet in strijd was met Artikel 10 EVRM. Het wees daarbij in het bijzonder op het ontbreken van bijzondere urgentie, de ernst van de aantijgingen en de dubieuze status van de gebruikte bronnen.

De tweede klacht van The Times, waar dit arrest over handelt, verzet zich tegen de in het tweede proces toegepaste verjaringsregel voor de publicaties op internet, de zogenaamde 'Internet publication rule'. Deze door de Engelse rechter toegepaste regel komt er op neer dat de normale verjaringstermijn voor smaadacties van een jaar, na elke nieuwe opvraging van het artikel op de website opnieuw begint te lopen. The Times is van mening dat de toepassing van deze regel onverenigbaar is met Artikel 10 EVRM.

Artikel 10 EVRM en de 'archivering' van online publicaties

Het Hof onderschrijft allereerst de door internetarchieven geleverde bijdrage aan het duurzaam bewaren en het toegankelijk maken van nieuws en informatie. Het stelt vast dat dergelijke archieven een belangrijke bron zijn voor educatie en onderzoek, in het bijzonder vanwege het gemak van toegang en het in zijn algemeenheid gratis karakter van dergelijke bronnen. Het Hof wijdt daarnaast ook voor het eerst in zijn geschiedenis een expliciete, algemene, en naar mijn mening wat lauwe overweging aan het belang van internet voor de communicatievrijheid:

> "*In light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information generally. The maintenance of Internet archives is a critical aspect of this role and the Court therefore considers that such archives fall within the ambit of the protection afforded by Article 10.*"[2]

Voor wat betreft de bescherming van publicaties onder Artikel 10 EVRM maakt het Hof een onderscheid tussen historisch materiaal en publicaties met betrekking tot de actualiteit. Het Hof stelt dat het bijhouden en toegankelijk maken van archieven met historische publicaties gezien moet worden als een secundaire taak van de pers, naast de primaire functie van de pers als 'public watchdog'.

Het Hof concludeert dat ten aanzien van deze secundaire taak de 'margin of appreciation' van de lidstaten om een balans te treffen tussen openbaarheid en daarmee botsende belangen waarschijnlijk[3] groter is dan in het geval van publicaties met betrekking tot de actualiteit. Het stelt in dat verband tevens vast dat de verplichting van de pers om de juistheid van historisch, in tegenstelling tot vergankelijk, materiaal te waarborgen (overeenkomstig de beginselen van verantwoorde journalistiek), waarschijnlijk[4] groter is in het geval van het ontbreken van een dringende noodzaak bij de publicatie van het materiaal.

De door het Hof aangebrachte scheiding voor online publicaties is problematisch. Terwijl archivering voor wat betreft papieren publicaties vrij duidelijk te onderscheiden is van de reguliere

verspreiding, is dit voor publicaties op internet niet het geval. Archivering, begrepen als het publiek toegankelijk houden van publicaties, is op het internet namelijk de standaard praktijk, die plaatsvindt via hetzelfde kanaal als waar nieuwe publicaties worden geplaatst. Is een bericht dat na 1 maand nog op de site van een krant staat deel van het archief? En na 2 weken, 34 uur, of 20 minuten? Het is daarom beter te spreken van toegankelijk houden dan van archivering. Oftewel, het online aanbod onderscheidt zich onder meer van het papieren aanbod, doordat het online aanbod per definitie bestaat uit een historische verzameling publicaties, vaak geordend met behulp van aandachtsgebieden en speciale themadossiers en een zoekfunctionaliteit. De toegevoegde waarde van de elektronische omgeving voor online media voor de eindgebruiker bestaat er mede uit dat een economische afweging de krant er juist toe brengt de omvang van dit 'archief', dat wil zeggen elektronische aanbod van publicaties, te vergroten. Hoe meer publicaties, hoe meer (waarde voor) bezoekers, hoe meer opbrengsten uit advertenties. Het geheel van historische en actuele publicaties over een onderwerp geeft de eindgebruiker de mogelijkheid kennis te nemen van de historische achtergronden. Het beschikbaar houden en vindbaar maken van online publicaties, bijvoorbeeld via het aanbieden van zogenaamde permalinks, heeft ook een belangrijke waarde voor andere informatieaanbieders. Het faciliteert namelijk de mogelijkheid naar de betreffende publicaties te linken en de publicaties daarmee blijvend te integreren in het netwerk van de online informatie omgeving. Ik vind het om deze redenen betreurenswaardig dat het Hof met een uit het papieren tijdperk stammende scheiding een beperkende rol blijkt te willen spelen voor wat betreft de toch al moeizame zoektocht van de pers naar zijn toekomst in tijden van internet.

Artikel 10 EVRM, de 'single publication rule' en de 'Internet publication rule'

The Times had vanwege de negatieve effecten op de aantrekkelijkheid van het aanbieden van historische artikelen betoogd dat de zogenaamde Internet publication rule de pers blootstelt aan een chilling effect voor wat betreft de openbare online archivering van nieuws. Het voerde aan dat op grond van Artikel 10 EVRM uitgegaan zou moeten worden van de in het Amerikaanse recht gehanteerde 'single publication rule',[5] met een verjaringstermijn aanvangend na de eerste publicatie, in plaats van de 'Internet publication rule', met een verjaringstermijn aanvangend bij elke nieuwe opvraging van het betreffende artikel.

Het Hof geeft maar beperkt antwoord op deze stelling. Het stelt dat het in beginsel aan de lidstaten is om binnen de door het Hof gestelde beoordelingsmarge in een geschikte verjaringstermijn te voorzien, evenals in mogelijke uitzonderingen op deze termijn. De lidstaten dienen daarbij Artikel 10 EVRM af te wegen tegen het fundamentele recht op de bescherming van reputatie en toegang tot de rechter.

Twee kennelijk doorslaggevende overwegingen met betrekking tot deze balans aan het begin van rechtsoverweging 47 zijn enigszins verwarrend. Het Hof neemt in aanmerking dat The Times, blijkens de uitspraak van het Court of Appeals, had kunnen volstaan met de toevoeging van een enkele kennisgeving dat het materiaal onder de rechter was en dat een dergelijke kennisgeving door The Times pas na de aanvang van de tweede actie in het gearchiveerde artikel was

opgenomen. Met deze overwegingen lijkt het Hof te willen aangeven dat de Engelse rechter geen disproportionele eisen stelde aan The Times.

Echter, de toevoeging van een kennisgeving heeft natuurlijk geen invloed op de verjaring van een actie tot smaad. Het Hof gaat er hier met het Court of Appeals van uit, dat de eerste zaak, die vrij kort na de aanvankelijke publicatie was aangespannen, aanleiding had moeten zijn voor de toevoeging van een kennisgeving. Een dergelijk kennisgeving had er voor gezorgd dat The Times de tweede zaak in beginsel gewonnen had. Het Hof concludeert dat de verplichting om een kennisgeving te publiceren bij een artikel niet neerkomt op een disproportionele inmenging met de persvrijheid. Het neemt daarbij in aanmerking dat het betreffende archief door The Times zelf wordt bijgehouden, dat het Court of Appeals er niet vanuit ging dat de bestreden artikelen geheel verwijderd zouden worden vanwege de aangespannen zaak, en dat uit de door The Times gebruikte kennisgeving bleek dat deze niet moeilijk te formuleren was.

Het Hof gaat echter niet in op de situatie waarin een procedure over smaad over publicaties op internet pas zou worden aangespannen na het verstrijken van een jaar of langer. Het is juist deze mogelijkheid die The Times mijns inziens brengt tot de stelling dat de gehanteerde regel in strijd is met artikel 10 EVRM. Het gaat er om dat het toegankelijk houden van een publicatie op Internet een blijvende mogelijkheid schept tot een juridische procedure om smaad en dat dit risico de bereidheid van de pers tot het toegankelijk houden van publicaties aantast.

Het Hof is evenwel van mening dat het die vraag niet in zijn algemeenheid hoeft te beantwoorden. Het beperkt de analyse met betrekking tot het mogelijke chilling effect van de Internet publication rule tot de bestreden publicaties van The Times en stelt dat er in het voorliggende geval geen sprake is van een dergelijk effect. De eerste zaak was binnen een jaar aangespannen en de verdediging in de tweede zaak, die buiten de termijn van een jaar na de eerste publicatie was aangespannen maar gedurende het verloop van de eerste procedure, werd naar het oordeel van het Hof niet bemoeilijkt door het verstrijken van de tijd. Het Hof gaat er aan voorbij dat de Internet publication rule een categorische uitzondering betekent voor de verjaring van smaadacties voor publicaties op internet en in zijn algemeenheid negatieve effecten kan hebben op de bereidheid van de pers om een openbaar archief met publicaties bij te houden, en in het bijzonder om zich te verzetten tegen verzoeken van derden tot verwijdering van publicaties uit een dergelijk archief. Hoe ouder het bericht, hoe minder economische waarde het zal hebben voor de pers om dit openbaar toegankelijk te houden.[6] Hoewel de inkomsten die dergelijke artikelen genereren het aantrekkelijk maken om deze artikelen blijvend toegankelijk te maken, wegen deze waarschijnlijk niet op tegen de kosten voor het toevoegen van de juiste kennisgevingen *én* de verdediging tegen de aantijgingen van smaad. Economische overwegingen zullen er dus vaak voor zorgen dat bij een piep het betreffende historische artikel wordt verwijderd.

Mijns inziens is de integriteit van verzamelingen van online publicaties en het belang van de vrije toegang tot informatie dus wel degelijk in gevaar.[7] Het gaat er juist om dat de prikkel ontstaat om controversiële publicaties na verloop van tijd te verwijderen of onvindbaar te maken. De eindgebruikers die er bij het doorzoeken van het Web en de website van de krant vanuit gaan dat zij het

gehele historische aanbod doorzoeken komen daarmee bedrogen uit. Zij krijgen een rooskleuriger beeld van de wereld dan wat zij van een vrije pers zouden moeten mogen verwachten. Het belang dat zoekmachines daarbij spelen moet ook niet onderschat worden. Het is juist het succes van effectieve zoektechnologie dat er de oorzaak van is dat er druk wordt uitgeoefend op de relatieve vindbaarheid van informatie. Dat een publicatie ergens in een papieren archiefje nog wel te vinden is, is voor de moderne censor niet het grootste probleem. Als het maar uit het blikveld van de massa verdwijnt.

Is met dit arrest de Internet publication rule, of de mijns inziens beter gekozen benaming 'multiple publication rule',[8] in alle gevallen in overeenstemming met Artikel 10 EVRM? Nee, dat is deze mogelijk niet. Het Hof legt, zoals reeds besproken, wel een verband tussen de lengte van de verjaringsregel en de vrijheid van meningsuiting maar laat het over aan de lidstaten hieraan invulling te geven. Het blijft dus mogelijk dat de toepassing van een verjaringsregel in strijd is met Artikel 10 EVRM. Het Hof sluit dan ook niet uit dat het zo zou kunnen zijn dat procedures over smaad tegen de pers na het verstrijken van een aanzienlijke tijdsperiode neerkomen op een disproportionele inmenging met de persvrijheid onder Artikel 10, behoudens de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden.

Hoe verhouden deze uitgangspunten zich tot de juridische en journalistieke praktijk in Nederland? Het Nederlandse recht kende vroeger een specifieke verjaringsregel, of beter gezegd een zogenaamde vervaltermijn, voor onrechtmatige belediging (met oogmerk) in art. 1416 BW (oud). Dit artikel isbij de herziening van het Burgerlijk Wetboek, samen met artt. 1408 e.v. BW (oud) komen te vervallen.[9] Het huidige Nederlandse recht kent geen vergelijkbare bepaling, zoals de Internet publication rule in het Engelse recht, de single publication rule in het Amerikaanse recht, of de specifieke verjaringstermijn van drie maanden in het Franse recht.[10] Het is een interessante vraag in hoeverre de Nederlandse rechter zich, bij gebrek aan een specifieke regeling waarin de vrijheid van meningsuiting is meegewogen, rekenschap zal moeten geven van Artikel 10 EVRM bij smaadprocedures na het verstrijken van veel tijd. Het is tenslotte het vermelden waard dat de Raad voor de Journalistiek recentelijk een specifiek standpunt over het belang van de integriteit van archieven op internet aan zijn leidraad heeft toegevoegd. Daarin onderkent het allereerst dat de toegankelijkheid van archieven sterk is vergroot door zoekmachines. Het stelt vervolgens dat "*het publieke belang van zo volledig mogelijke, betrouwbare archieven waarvan de inhoud niet kan worden gewijzigd, [...] in beginsel zwaarder [weegt] dan het belang dat personen kunnen hebben bij het verwijderen of anonimiseren van gearchiveerde artikelen met een voor hen onwelgevallige inhoud*."[11]

Conclusie

Gezien de vele mitsen, maren, waarschijnlijkheden, en beperkingen ten aanzien van het specifieke feitencomplex in de overwegingen van het Hof nodigt deze uitspraak niet uit tot het trekken van algemene inhoudelijke conclusies over de reikwijdte van Artikel 10 EVRM. Dit is gezien de transformatie van de pers op internet en de toch principiële vragen over de bescherming van de integriteit van de publieke informatievoorziening die deze zaak opriep mijns inziens een gemiste kans. De regering van het Verenigd Koninkrijk lijkt gelukkig positief gebruik te willen maken van de toegekende beoordelingsmarge en

heeft naar aanleiding van de uitspraak besloten tot een consultatie over het mogelijke chilling effect van de Engelse verjaringstermijn voor publicaties op internet.[12] Mogelijk is deze Engelse verjaringsregel voor internetpublicaties toch geen lang leven beschoren.

---

[1] Zie EHRM, beslissing van 11 oktober 2005 (*Times Newspaper Ltd (no. 1) / het Verenigd Koninkrijk*). De naam van de betreffende zakenman, Grigori Loutchansky, is in deze eerdere beslissing van het Hof overigens nog niet geanonimiseerd. De vraag of publicaties in openbare archieven (na verloop van tijd) eventueel geanonimiseerd zouden moeten worden, wordt in deze zaak overigens niet behandeld. Een dergelijke verplichting kan mogelijk op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens worden geconstrueerd, Zie hierover A.H. Hins, Het ijzeren geheugen van internet, Ars Aequi, 2008-07/08, p. 558-564.

[2] Zie r.o. 27.

[3] De woordkeuze van het Hof (in het Engels: “is likely to be greater”) is mijns inziens opmerkelijk, aangezien het hier gaat om de formulering van een algemene juridische standaard door het Hof zelf. Het antwoord op de vraag of de woordkeuze van het Hof ongelukkig gekozen is, of dat een vertaling met ‘in beginsel’ beter op zijn plaats is, laat de auteur graag over aan de lezer.

[4] Id.

[5] Zoals het Hof aangeeft in r.o. 24-25, gaat het Amerikaanse recht uit van deze striktere verjaringsregel voor acties over smaad.

[6] Zo ook OUT-LAW.COM, ‘Indefinite liability for online libel must end’, redactioneel commentaar van 12 maart 2009, online beschikbaar op http://www.out-law.com/page-9865.

[7] Voor een uitgebreide rechtsvergelijkende bespreking over de juridische en beleidsmatige problematiek bij het veiligstellen van de integriteit van digitale archivering en, zie June M. Besek & Philippa S. Loengard, ‘Maintaining the integrity of digital archives’, The Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 31, no. 3, Spring 2008, pp. 267-354.

[8] De benaming ‘Internet publication rule’ is mijns inziens in het bijzonder ongelukkig omdat deze regel niet neerkomt op een moderne verjaringsregel voor online publicaties, maar uit de toepassing van een toch al wat archaïsche negentiende-eeuwse common law standaard.

[9] Zie voor een arrest over art. 1416 BW (oud) bijvoorbeeld Hoge Raad 7 februari 1992, nr. 14620, NJ 1993/78. Voor een algemene verhandeling over verjaring in het Nederlandse recht, zie J.L. Smeehuizen, De bevrijdende verjaring, Recht en Praktijk nr. 162, Kluwer, 2008.

[10] De Franse regel is ook voor publicaties op internet 3 maanden, die beginnen te lopen na de aanvankelijke publicatie. Voor materiaal dat eerst in papieren vorm en vervolgens op internet wordt gepubliceerd, geldt dat de termijn opnieuw begint te lopen bij de plaatsing op internet. Voor een bespreking met verwijzingen naar de Franse jurisprudentie, zie Besek & Loengard 2008, p. 312-313.

[11] Aanpassing Leidraad Raad voor de Journalistiek april 2008, online beschikbaar op http://www.rvdj.nl. Voor een bespreking van dit standpunt en een aantal relevante uitspraken van de Raad van de Journalistiek, zie Hins 2008.

[12] Zie Times Online, ‘Jack Straw to probe internet libel law’, door

Frances Gibb, 11 maart 2009, online beschikbaar (!) op http://business.timesonline.co.uk/tol/business/law/article5889539.ece.

Op dit werk is een Creative Commons Licentie van toepassing.

Geplaatst 28.04.2009