*Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)*
*http://dare.uva.nl/document/61914*

| | |
|---|---|
| File ID | 61914 |
| Filename | 5. Artikel 10 EVRM |

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

| | |
|---|---|
| Type | Dissertation |
| Title | Communicatiegrondrechten: een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving |
| Author | L.F. Asscher |
| Faculty | Faculty of Law |
| Year | 2002 |
| Pages | 268 |
| ISBN | 9075727097 |

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/111148

*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.*

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

# 5. Artikel 10 EVRM

Artikel 10 EVRM:

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen. Dit artikel belet niet, dat Staten radio-, omroep-, bioscoop-, of televisieondernemingen kunnen onderwerpen aan een systeem van vergunningen.
2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij wet worden voorzien, en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van 's lands veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

### *5.1.1 Grondslag*

De grondslag voor artikel 10 EVRM is een dubbele. Velaers heeft het over de Januskop van de vrijheid van meningsuiting.[1] Het recht op vrije expressie is zowel van belang voor de mogelijkheid van het individu zich te uiten als voor het democratische proces. Deze grondslagen kunnen gedeeltelijk worden verenigd in het model van de *free marketplace of ideas*. Het belang van de vrijheid van meningsuiting binnen de Europese Conventie is door het EHRM mooi samengevat in de zaak *Handyside*, 'Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a [democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of article 10, it is appliccable not only to 'information 'or' 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive but also to those that offend, shock or disturb the state or any sector of the population. Such

[1] Velaers 1991, p. 37.

are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'.[2]

*5.1.2. Object en reikwijdte*

Artikel 10 EVRM beschermt alle expressie, ongeacht de inhoud. In talloze uitspraken wordt het belang van de vrije politieke meningsvorming voor het democratisch proces onderstreept. Er zijn ook daarbuiten geen categorieën uitingen uitgesloten van bescherming. Zo is door het Hof aangegeven dat politieke, artistieke, maar ook commerciële informatie alle onder artikel 10 EVRM vallen.[3] Wel zien we bij de bepaling van het beschermingsniveau dat rekening wordt gehouden met de inhoud van de communicatie.[4]

Het begrip expressie strekt zich uit naast gesproken en geschreven woorden tot plaatjes, beelden en handelingen die bedoeld zijn een idee of gedachte tot uitdrukking te brengen. Artikel 10 beschermt ook de vrijheid informatie door te geven en te ontvangen. Echter, artikel 10 bevat daarmee nog geen recht op informatie. In *Leander* wordt door het EHRM dan ook geen recht erkend om op grond van artikel 10 toegang te verkrijgen tot geheime bij de overheid berustende informatie. Later werd in *Gaskin* wel een beperkt inzagerecht erkend, zij het op grond van artikel 8 EVRM .[5] Ook in de zaak *Guerra* levert het achterhouden van bepaalde milieu informatie geen schending op van artikel 10 EVRM, maar een schending van artikel 8 EVRM.[6]

Het is onduidelijk of de vrijheid om anoniem een mening te uiten ook beschermd wordt door artikel 10 EVRM. Over dit vraagstuk heeft het EHRM zich nog niet uitgesproken. Wel is in de zaak *Goodwin* uitgemaakt dat journalisten onder omstandigheden een verschoningsrecht hebben.[7] Het EHRM overweegt in r.o. 39: 'without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public watching dog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected.' Even later noemt het Hof het 'potentially chilling effect' van een bevel tot bekendmaking van de identiteit van een bron. De uitspraak lijkt te suggereren dat het openbaar debat voorgaat op het belang van de pro-

2 *Handyside* 7 december 1976, *NJ* 1978, 236.
3 Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p. 377-378.
4 Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 558-561.
5 Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p. 379-380.
6 EHRM 19 februari 1998 (*Guerra*), *NJ* 1999, 690, m.nt. EJD.
7 EHRM 27 maart 1996 (*Goodwin*), *NJ* 1996, 577.
8 Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 558.

cesgang om bronnen te achterhalen. Wellicht geeft de uitspraak ook een indicatie over hoe het Hof een recht op anonimiteit onder artikel 10 EVRM zou beoordelen. Wel moet daaraan worden toegevoegd dat het Hof deze uitspraak nadrukkelijk richt op de pers. Weliswaar is het woord 'press' hier institutioneel bedoeld, het is onduidelijk wat dit betekent voor een recht op anonimiteit bij andere media.

Het object van artikel 10 EVRM omvat mede het recht een mening te *hebben (to hold an opinion)*. Deze vrijheid is nauwelijks te onderscheiden van de gewetensvrijheid van artikel 9 EVRM .[8] Dit betekent dat artikel 10 ook bescherming biedt tegen negatieve gevolgen van het koesteren van een bepaalde mening en tegen het gedwongen uiten van zo'n mening, *the right to remain silent*. Vooralsnog is in de interpretatie door het EHRM niet aangenomen dat artikel 10 ook het recht omvat van vrije taalkeuze.[9]

Daarnaast beschermt artikel 10 met zoveel woorden het recht informatie te ontvangen en door te geven. In *Sunday Times* gaf het EHRM aan dat het hier een zelfstandig recht betreft van het publiek om informatie ongehinderd te ontvangen.[10] Dat betekent dat de Staat de ontvangst van informatie alleen mag hinderen wanneer is voldaan aan de eisen van het tweede lid van artikel 10. De ontvangstvrijheid omvat mede het recht informatie te garen, zij het dat dit recht niet verder gaat dan een garingsvrijheid van toegankelijke informatie.[11]

Ook het recht ongehinderd te corresponderen wordt wel onder artikel 10 EVRM gebracht. Met name gedetineerden hebben vaak geen andere mogelijkheid zich te uiten dan via een briefwisseling.[12]

Het recht informatie door te geven impliceert geen recht op toegang tot bepaalde communicatiemiddelen als televisie of pers. Het is met andere woorden geen 'recht op zendtijd'. Weliswaar kan een discriminatoir toegangsbeleid wel eens in strijd zijn met de conventie, een hard recht op toegang zou weer conflicteren met de uitingsvrijheid van de eigenaar van het communicatiemiddel.[13]

De derde zin van het eerste lid van artikel 10 is op het eerste gezicht een wat vreemde eend in de bijt. Deze bepaling vormt de neerslag van de

9 Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p. 379.
10 EHRM 26 april 1979 (*Sunday Times*), *NJ* 1980, 146, para 65.
11 Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p. 380.
12 Zie Silver; Vgl. Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 567.
13 Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p. 380-381.

feitelijke situatie ten tijde van de totstandkoming van het verdrag.[14] Men zou kunnen betogen dat de zin een inperking beoogt van het object van artikel 10, immers, anders had deze zin ook in het tweede lid kunnen staan. Op de implicaties van deze bepaling kom ik hieronder terug.

### *5.1.3 Beperkingen*

De vrijheid van meningsuiting is niet absoluut. Het EVRM heeft een geraffineerd systeem om beperkingen van de vrijheid aan te toetsen. Om vast te stellen of er sprake is van een inbreuk en om vervolgens vast te stellen of die toelaatbaar is beoordeelt het EHRM een concreet geval van eventuele inbreuk volgens een stappenplan:

a. Wordt de uitingsvrijheid beperkt?
b. Is die beperking '*prescribed by law*'?
   i Is er een basis in het nationale recht?
   ii Is dat recht voldoende toegankelijk en kenbaar?
   iii Is de norm voldoende precies geformuleerd zodat de beperking voorzienbaar was?
c. Dient de inbreuk een *legitimate aim* uit artikel 10 lid 2 EVRM?
d. Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving?
   i Is er een pressing social need?
   ii Is de beperking proportioneel?[15]

In *Sunday Times* bepaalde het Hof dat ook ongeschreven recht kan voldoen aan het vereiste *prescribed by law*.[16] Het verschil met de beperkingsclausule van artikel 7 lid 1 Grondwet is duidelijk. In plaats van strenge formele eisen aan de beperking – niet preventief, uitsluitend wet in formele zin – wordt een verfijnd toetsingskader ontwikkeld waarmee beperkingen beoordeeld kunnen worden.

### *5.1.4 Positieve verplichting*

Hoewel artikel 10 beschermt tegen inmenging door de overheid, staat het vast dat de Lidstaten een positieve verplichting hebben op te treden indien de uitingsvrijheid beperkt wordt door een private partij. De precieze omvang van deze positieve verplichting staat echter niet vast.

In ieder geval kan worden aangenomen dat artikel 10 discriminatie door de Lidstaten verbiedt. Dat wil zeggen dat wanneer de overheid zich begeeft op de marketplace of ideas dat zij niet mag discrimineren tus-

14 Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 579-581.
15 Vgl. Velaers 1991.
16 EHRM 26 april 1979 (*Sunday Times*), *NJ* 1980, 146 m.nt. EAA.

sen de verschillende vragers en aanbieders. Het is bijvoorbeeld niet toegestaan advertentieopdrachten alleen te verstrekken aan één bepaalde krant omdat juist die krant gunstig oordeelt over de regering.[17]

Een ander aspect van de positieve verplichting van artikel 10 EVRM is de zorgplicht een pluriform informatieaanbod te garanderen. Dit wordt wel de richtlijn- of instructiefunctie van artikel 10 genoemd.[18] Deze verplichting komt hier op neer dat overheden teneinde werkelijke uitingsvrijheid te garanderen de plicht hebben te zorgen dat het publieke informatieaanbod verscheidenheid kent en de mogelijkheid, juist ook voor minderheden, om gehoord te worden. Uit deze verplichting kan ook de bevoegdheid een systeem voor publieke omroep op te zetten, worden afgeleid. Uiteraard staat dit aspect van de uitingsvrijheid op gespannen voet met het afweerkarakter dat ook aan artikel 10 wordt toegeschreven.

Met de komst van de informatierevolutie is de kwestie van de horizontale werking alleen maar in belang toegenomen. De aanwezigheid van enkele dominante partijen op de informatiemarkt doet de behoefte aan een effectieve bescherming van de uitingsvrijheid juist ook tegen anderen dan de overheid, gevoelen. Hier spint zich een web van mededingingsrecht, de zorgplicht van de overheid vrijheid van meningsuiting te garanderen, tegelijkertijd de zorgplicht een pluriform informatieaanbod te stimuleren en aan de andere kant de karakteristieke boodschap van artikel 10 EVRM: 'Overheid, blijf op afstand!'.

## 5.2 TECHNIEK

### *5.2.1 Algemeen*

De bescherming van de vrije meningsuiting impliceert reeds dat de bescherming zich ook uitstrekt tot de uitingsmiddelen of communicatiemiddelen.[19] Iedere beperking die gericht is tegen het gebruik van communicatiemiddelen zal ook gevolgen hebben voor de uitingsvrijheid. Dat neemt niet weg dat de bescherming voor een specifiek communicatiemiddel alleen wordt geboden indien het communicatiemiddel van zelfstandige betekenis is voor de uitingsvrijheid. Onder die omstandigheden kan de eigenaar van het communicatiemiddel een zelfstandige aanspraak hebben op bescherming door artikel 10 EVRM.[20] In deze paragraaf wordt een beeld geschetst van het belang van de gebruikte com-

17 Vgl. Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p. 383.
18 Burkens/Kummeling 1993, p. 259-260.
19 Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 558.
20 Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 558-559, geven als voorbeeld het zelfstandige beroep op artikel 10 EVRM dat de organisator van de tentoonstelling in *Muller* toekwam.

municatietechniek voor het beschermingsniveau op grond van artikel 10.[21] Vraag is of verschillende communicatiemiddelen een verschillend beschermingsniveau kennen.[22]

### 5.2.2 *Pers*

De bijzondere positie van de pers is door het Hof onderstreept in de zaak *Sunday Times*. Het Hof herhaalt in Sunday Times dat de vrijheid van meningsuiting er ook is om te beledigen en te shockeren en voegt daaraan toe: 'These principles are of particular importance to the press'.[23] Daar sprak het Hof over de rol van de pers als 'whilst the mass media must not overstep the bounds imposed in the interests of the proper administration of justice, it is incumbent to them to impart information and ideas concerning matters that come before the courts just as in other areas of public interest. Not only do the media have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them.'[24] Opvallend is dat het Hof het over de pers als institutie heeft en zich, gezien het feit dat 'press' en 'mass media' naast elkaar gebezigd worden, niet bekommert om het gebruikte communicatiemiddel.[25]

In een groot aantal zaken over journalisten heeft het EHRM de rol van de pers als essentiële voorwaarde van een democratische samenleving benadrukt.[26] Het is de taak van de pers, en dat geldt ook voor de audiovisuele media, om informatie en ideeën door te geven. Het publiek heeft vervolgens recht op ontvangst van die informatie. Op die manier kan de pers zijn rol als waakhond vervullen.[27] Daarom wordt ook het journalistiek brongeheim beschermd als onderdeel van de uitingsvrijheid.[28] Daarom ook wordt in de uitspraak Fressoz & Roire[29] wederom als uitgangspunt geformuleerd dat de pers een essentiële rol vervult in een democratische samenleving, hetgeen in casu leidt tot bescherming van de journalist.[30]

21 Zie ook Uyttendaele 2002, paragraaf 2.1.7 over specifieke communicatievrijheid voor de media.

22 'Do different principles apply to different media? (ii) How should the various rights be interpreted in this context? Does freedom of expression, for example, serve merely to 'protect' broadcasters from state intervention or does it guarantee the public a right to diverse and varied information?', Craufurd Smith 1997, p. 100.

23 EHRM 26 april 1979 (*Sunday Times*), *NJ* 1980, 146, para 65.

24 Idem, para 65.

25 Vgl. Nieuwenhuis 1991, p. 66-81.

26 Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 559.

27 EHRM 27 maart 1996 (*Goodwin*), *NJ* 1996, 577 m.nt. EJD.

28 EHRM 21 januari 1999, (*Fressoz & Roire*), *NJ* 1999, 713 m.nt. EJD.

29 D. Voorhoof, 'Het Europese First Amendment. De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM (1996-juli-1999) deel I en II', *Mediaforum* 1999-10/11-12, p. 264-271/304-313.

30 EHRM 26 november 1991 (*Spycatcher*), *NJ* 1992, 457, m.nt. EJD.

In de zaak *Spycatcher* beoordeelde het EHRM een preventief verbod op de verspreiding van een boek over de Britse geheime dienst. Het Hof constateert dat na het verschijnen van het boek de informatie dusdanig beschikbaar is dat daarmee de noodzakelijkheid aan het verbod is ontvallen. Doordat het object van de geheimhoudingsplicht niet langer vertrouwelijk was, mocht worden gepubliceerd.[31] Zo krijgt het proportionaliteitsvereiste de betekenis van een sterke waarborg tegen censuur. Immers, zeker in het Internettijdperk is informatie die onder een verspreidingsverbod valt in veel gevallen toch elders verkrijgbaar. In het arrest *Ekin* heeft het EHRM een verspreidingsverbod van een boek over de Baskische oorlog beoordeeld. De Franse minister van binnenlandse zaken heeft de bevoegdheid de verspreiding van persproducten in een buitenlandse taal of 'van buitenlandse herkomst' te verbieden. Aangezien het hier gaat om een vorm van censuur, namelijk beperking voorafgaand aan publicatie, wordt door het EHRM streng getoetst. Aangezien een effectieve controle ontbrak alsmede andere waarborgen tegen misbruik van deze bevoegdheid, acht het Hof de regeling niet noodzakelijk. Nieuwenhuis merkt op dat het feit dat de regeling geldt voor publicaties 'van buitenlandse afkomst' op zichzelf reeds in strijd zou kunnen zijn met de bewoordingen van artikel 10 EVRM.[31] Anderzijds zou een van de redenen van het aparte regime voor buitenlandse publicaties – het niet kunnen vervolgen van de auteurs – in een Internetomgeving nieuwe betekenis kunnen krijgen.

Hierboven noemde ik reeds de derde zin van het eerste lid van artikel 10. Daarin worden radio, televisie en film expliciet genoemd. Een vergunningssysteem is klaarblijkelijk toegestaan. Vraag was of het feit dat deze bepaling in het eerste lid is opgenomen betekent dat de eisen in het tweede lid aan beperkingen gesteld, niet golden voor omroep en film.

### *5.2.3 Film*

Net als bij omroep blijkt film een medium waarbij altijd gevreesd wordt voor het morele welzijn van het publiek. Vermoedelijk heeft dit te maken met de perceptie van indringendheid die over dit toch al niet meer zo heel nieuwe communicatiemiddel bestaat. Dat film een krachtig communicatiemiddel is, behoeft nauwelijks betoog. Thans doet het echter wat vreemd aan dat juist de genoemde drie communicatiemiddelen een quasi-uitzonderingspositie hebben gekregen in het eerste lid van artikel 10 EVRM.

[31] EHRM 17 juli 2001 (*Ekin*), *Mediaforum* 2001-9, p. 270-273, m.nt. A.J. Nieuwenhuis.

In de zaak *Otto Preminger*, een filminstituut dat een film wilde uitzenden met voor het katholieke volksdeel mogelijk aanstootgevende beelden, gaf het EHRM aan dat film wel wordt beschermd door artikel 10 EVRM. Echter, hier volstond de mogelijke 'gerechtvaardigde verontwaardiging' van de plaatselijke bevolking van Tirol als rechtvaardiging van het in beslag nemen van een film die binnen een filminstituut zou worden gedraaid.[32] Hier zien we dat de *margin of appreciation* groot is zodra het gebied van zeden en religie in beeld komt. Bij gebreke aan een Europese moraal, krijgen Lidstaten veel ruimte om zelf te bepalen hoe zij obscene uitingen willen reguleren.[33]

Ook onderstreept deze uitspraak dat artistieke expressie weliswaar beschermd wordt door artikel 10 EVRM maar dat daaraan niet een sterkere bescherming toekomt dan aan andere vormen van expressie.[34] Opvallend was dat in de casus in het geheel geen sprake was van een onwillend publiek of zogenaamd *captive audience* (zie over dat begrip ook hoofdstuk 9). De film werd verboden op grond van de advertenties die juist bestemd waren mensen te waarschuwen voor de inhoud van de film. Zelfs in die advertenties zag het EHRM een mogelijke oorzaak van grote verontwaardiging onder de brave Tiroler bevolking. Ook in de zaak *Wingrove* werd de combinatie van seks en religie een nationale zaak geacht.[35] Het Hof verwijst naar de derde volzin van artikel 10 lid 1 EVRM dat een vergunningstelsel mogelijk maakt voor omroep en film. Anders dan bij omroep wordt het stelsel echter niet getoetst aan artikel 10 lid 2 EVRM. De Britste filmkeuring keurde de video 'visions of extacy' af. Het Hof doet geen uitspraak over de toelaatbaarheid van voorafgaand verlof en besteedt evenmin aandacht aan de verspreidingsvorm.[36] Toch lijkt de kans dat mensen onvrijwillig met de video van 'visions of extacy' geconfronteerd hadden kunnen worden niet groot.

### 5.2.4 *Omroep en telecommunicatiemiddelen*

We zagen dat de derde zin van het eerste lid van artikel 10 EVRM geen grote rol speelde bij de beoordeling van de beperkingsvereisten als het om film gaat. Vraag is hoe het EHRM die bepaling interpreteert als het gaat om de omroep.[37]

32 EHRM 20 september 1994 (*Otto Preminger*), *NJ* 1995, 366, m.nt. EJD.
33 Schokkenbroek 1996, p. 79-83.
34 Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p.405.
35 Dommering noemt deze combinatie in zijn noot bij het arrest 'springstof in het gebied van de vrijheid van meningsuiting'.
36 EHRM 25 november 1996 (*Wingrove*), *NJ* 1998, 359, m.nt. EJD.
37 Daarbij dient bedacht te worden dat de omroepvrijheid eerstens een institutionele vrijheid van de omroeporganisatie is, eerder dan een individueel recht om vrij te spreken op radio en televisie, aldus Uyttendaele 2002, paragraaf 2.1.7.

De belangrijkste uitspraak met betrekking tot de omroep werd gewezen in de *Groppera* zaak. Ten eerste oordeelde het Hof in die zaak dat de omroepvrijheid niet alleen de zender geldt, maar ook de kabeldistributeur. Het EHRM oordeelde in *Groppera* voorts dat de derde zin van artikel 10 lid 1 EVRM Lidstaten de mogelijkheid gaf om de omroepsector te reguleren, met name daar waar het gaat om technische aspecten. Echter, dergelijke regulering dient wel te voldoen aan de eisen die artikel 10 lid 2 stelt aan beperkingen van de uitingsvrijheid. Weliswaar suggereert het Hof even verderop dat regulering van de omroep onder omstandigheden kan vallen onder het doelcriterium van bescherming van de rechten van anderen. Dat neemt niet weg dat de regulering nog steeds dient voldoen aan het vereiste dat het noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving.[38] Anders dreigt het gevaar dat overheden via de vergunningvoorschriften inhoudelijke beïnvloeding nastreven van de omroep: 'Equally, the legitimate interest of the state to control the commercial operations of the media and to regulate technologically complex industries provides the opportunity for disguised interference with the output of newspapers and television'.[39] In de Groppera zaak werd de getoetste beperking wel proportioneel geacht.

Ook in *Autronic* ging het om de uitingsvrijheid van een commerciële onderneming.[43] In *Autronic* maakt het Hof nog eens duidelijk dat de vrijheid die artikel 10 beschermt zich uitstrekt tot de toegang tot communicatiemiddelen. Belangrijkste vraag in casu was weer of de weigering van een vergunning noodzakelijk was in een democratische samenleving.

Anders ging het in de *Lentia* zaak.[40] In *Lentia* ging het Hof uit van een beperking van het recht van vrije meningsuiting. Het feit dat Oostenrijk een omroepmonopolie had gevestigd met het oog op objectieve en pluriforme informatievoorziening was slechts relevant voor de vraag of de beperking proportioneel en noodzakelijk in een democratische samenleving was. Overigens wil het feit dat het EHRM er van uit ging dat er een beperking van de vrijheid was, nog niet zeggen dat daarmee een individueel recht om omroep te bedrijven geïmpliceerd was. Veeleer zag het Hof een recht op de mogelijkheid om in aanmerking te komen voor een omroepvergunning. Er bestaat geen recht van ieder individu dat aanspraak geeft op zendtijd teneinde zijn of haar gedachten te uiten. In casu werd het Oostenrijkse omroepmonopolie in strijd met artikel 10 EVRM geacht.

38 Vgl. Craufurd Smith 1997, p. 137-138.
39 Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p. 415.
40 EHRM 22 mei 1990 (*Autronic*), *NJ* 1991, 740, m.nt. EAA; Dommering 1990, p. 55-70.
41 EHRM 24 november 1993 (*Lentia*), *NJ* 1994, 559 m.nt. EJD.

Het EHRM erkent dat de beperkte beschikbaarheid van het spectrum aanleiding kan geven tot regulering van de omroep. Een van de legitieme beperkingsdoeleinden van artikel 10 lid 2 EVRM is het voorkomen van wanorde. Uit *Groppera* en *Autronic* blijkt dat ook het voorkomen van wanorde in de internationale telecommunicatie daaronder kan vallen.

In *Radio ABC* ging het eveneens om toegang tot communicatiemiddelen.[42] Radio ABC klaagde erover dat de Oostenrijkse autoriteiten artikel 10 EVRM hadden geschonden door een vergunning om een radiostation op te zetten en in bedrijf te houden en voor de allocatie van een frequentie waarop het programma's kan uitzenden, tot twee maal toe te weigeren. Het EHRM constateert dat sprake is van een inbreuk op het recht van verzoeker om inlichtingen en denkbeelden te verstrekken. Het Hof refereert aan *Lentia*[43] waarin het bepaalde dat het monopoliesysteem in Oostenrijk weliswaar een legitiem doel diende maar niet meer noodzakelijk was in een democratische rechtsorde. Ook in *Radio ABC* is het doel legitiem en volstaat het Hof met de noodzakelijkheidstoets. Er was sprake van een schending van artikel 10 nu er geen wettelijke basis bestond voor een ander dan de ORF om een vergunning te verkrijgen. De situatie waarin *Radio ABC* zich toentertijd bevond verschilde niet van die waarin de verzoekers in de zaak *Lentia* zich bevonden.

*Radio ABC* moet worden gezien in de lijn van de zaak *Lentia* waarin ook de toegang tot de omroepmiddelen centraal stond. De monopoliepositie van de Oostenrijkse omroeporganisatie werd hier in strijd met artikel 10 EVRM bevonden. Artikel 10 EVRM staat dus wel een vergunningenstelsel voor omroep toe, waarbij technische voorwaarden een rol spelen, maar de voorwaarden waaronder vergunningen worden verstrekt moeten voldoen aan de voorwaarden van het tweede lid. De weigering of verlening van een vergunning mag volgens het Hof ook afhankelijk worden gemaakt van andere overwegingen dan genoemd in het tweede lid, zoals de aard en de doelen van het station of het potentiële publiek.[44]

Daarnaast geeft het Hof aan dat er gezien de technische vooruitgang gedurende de laatste decennia geen rechtvaardiging meer bestaat op grond van de beschikbare frequenties en kanalen een monopoliesitu-

42 EHRM 20 oktober 1997, (Radio ABC versus Oostenrijk), 109/1996/728/925.
43 EHRM 24 november 1993, (Lentia), *NJ* 1994, 559, m.nt. EJD.
44 Zie in die zin tevens G.A.I. Schuijt in zijn annotatie bij HR 15 november 1996 (*Antilliaanse omroepmonopolie*), *NJ* 1997, 482.

atie te handhaven. Er zijn minder ingrijpende oplossingen mogelijk.[45] Uit het verschil tussen *Radio abc* en *Tele1* kan worden opgemaakt dat het Hof onderkent dat voor tv frequenties kabel een goed alternatief is, terwijl dat voor radiofrequenties niet het geval is.

Het Hof houdt expliciet rekening met het publiek in zijn beoordeling van omroepzaken. Daarbij speelt een rol dat radio en televisie geacht worden eerder binnen te dringen bij de onwillende ontvanger waardoor beperkingen eerder gerechtvaardigd zijn. Dat nadrukkelijk naar het publiek wordt gekeken blijkt uit de zaak *Jersild*.[46] In *Jersild* werd een uitzendverbod niet gerechtvaardigd geacht omdat de gewraakte passage onderdeel was van een serieus nieuwsprogramma, bestemd voor een serieus publiek. Hoewel de geïnterviewde ongestraft racistische uitingen kon doen kon het publiek begrijpen dat het programma juist beoogde racisme aan de kaak te stellen.[47]

Ook bij de overige communicatiemiddelen houdt het Hof rekening met het publiek. Zo werd een beperking van de verspreiding van pornofilms die ook onder ogen van kinderen zouden kunnen komen door de commissie niet in strijd met artikel 10 EVRM geacht terwijl een dergelijke beperking niet werd toegestaan toen het ging om pornovideo's die in een privé-club werden vertoond.[48] Er zijn nog geen uitspraken gedaan over de nieuwste vormen van informatietechnologie. Echter, de techniekonafhankelijke formulering van artikel 10 en de brede interpretatie van het eerste lid maken het waarschijnlijk dat ook het Internet als gewoon communicatiemiddel beschermd zal worden.[49] Een interessante uitspraak in dit verband deed het Hof in de zaak *News Verlag*. Het Hof stelt: 'Article 10 protects not only the substance of ideas and information but also the form in which they are conveyed.'[50] Dommering geeft in zijn noot bij dit arrest aan dat dit impliceert dat daarmee ook alle informatie die via het Internet wordt overgebracht onder de bescherming van artikel 10 is gebracht. Of ook informatie in de vorm van een computerprogramma onder de reikwijdte van artikel 10 zal worden gebracht blijft de vraag. Het zou goed zijn als het EHRM in zaken over Internet en artikel 10 EVRM die raken aan het openbaar debat dezelfde normen hanteert als

45 Dommering e.a. 2000.
46 EHRM 23 september 1994 (*Jersild*), *NJ* 1995, 387 m.nt. EJD.
47 EHRM 23 september 1994 (*Jersild*), *NJ* 1995, 387 m.nt. EJD.
48 Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p. 407; Scherer v Zwitserland, X ad Y v Switzerland.
49 Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 563.
50 EHRM 11 januari 2000 (*News Verlag*), *NJ* 2001, 74 m.nt. EJD; Eerder had het Hof in de zaak *Jersild* reeds gesteld dat het niet aan het Hof was zich te bemoeien met de door journalisten gebruikte techniek om hun boodschap over te brengen, EHRM 23 september 1994, *NJ* 1995, 387, met name paragraaf 31.

bij de beoordeling van perspublicaties. Dat wil zeggen dat bijvoorbeeld een website met kritische uitlatingen over een regering evenzeer beschermd wordt als een krant met een dergelijke inhoud.[51]

Een belangwekkende vraag is hoe het EHRM zal omgaan met de margin of appreciation op Internet.[52] In de *Yahoo* zaak gaf de Franse rechter een joodse organisatie gelijk en verbood Yahoo de veiling van Nazi parafernalia mogelijk te maken. Dit betekende in concreto dat op sites van Yahoo die toegankelijk waren in Frankrijk geen informatie meer over dergelijke veilingen aanwezig mocht zijn. Daar het technisch niet mogelijk is een dergelijke geografische scheiding waterdicht te maken kwam dit in feite neer op een wereldwijd verbod.[53] Het Hof kan een dergelijke zaak op twee manieren gaan beslissen. Enerzijds is denkbaar dat het EHRM onder verwijzing naar de nationale beoordelingsvrijheid zo'n verbod in stand laat. Een benadering als in *Wingrove* ligt dan voor de hand.[54] Anderzijds kan het Hof bepalen dat een dergelijk alomvattend verbod niet noodzakelijk is in een democratische rechtsstaat. Aanwijzingen daarvoor zijn te vinden in *Spycatcher*, waar de effectiviteit van een verbodsactie wordt meegewogen in de noodzakelijkheidstoets en in *Open Door Dublin* waar de free flow of information wordt benadrukt.[55] Dommering pleit voor de toepassing van een 'pluriforme norm' op Internet bij de beoordeling van zaken over moraal en fatsoen.[56] Overigens zou het EHRM in een zaak als *Yahoo* ook misbruik van recht kunnen aannemen, en op die grond de beperking van de vrijheid van meningsuiting gerechtvaardigd kunnen achten.[57] Zie voorts paragraaf 9.5.8 over het First Amendment en de *Yahoo!* uitspraak.

## 5.3 CONCLUSIE

Uit de jurisprudentie op artikel 10 EVRM lijkt te volgen dat het Hof nauwelijks kijkt naar het gebruikte communicatiemiddel. Het artikel wordt techniekonafhankelijk geïnterpreteerd. Het Hof kijkt wel duidelijk naar de gebruikte communicatietechniek als het gaat om de vraag of een bepaald communicatiemiddel mogelijk toegang biedt aan mensen die van

51 Dommering (Internet en Recht) 2001, p. 504.

52 Het verschil in waarden en gevoeligheden binnen Europa maakt wereldwijde overeenstemming over de regulering van inhoud weinig realistisch, Uyttendaele 2002, paragraaf 2.3.2, onder 2.

53 TGI Paris, Ordonnance de referé du 20 nov. 2000 (*Yahoo*).

54 EHRM 25 november 1996 (*Wingrove*), *NJ* 1998, 359, m.nt. EJD.

55 EHRM 26 november 1991 (*Spycatcher*), *NJ* 1992, 457, m.nt. EJD; EHRM 29 oktober 1992 (*Open Door Dublin*), *NJ* 1993, 544, m.nt. EJD.

56 Dommering (Internet en Recht) 2001, p. 504-505.

57 Artikel 53 EVRM: Geen bepaling van dit Verdrag zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is.

informatie gevrijwaard willen of moeten blijven.[58]

Artikel 10 EVRM beschermt niet het communicatiemiddel maar het communicatieproces. In de bescherming van de communicatievrijheid door het EHRM kan de techniek dan ook niet direct op grond van de letterlijke tekst van artikel 10 EVRM een rol spelen, maar alleen op grond van de interpretatie daarvan door het Hof. In *Groppera* werd geoordeeld dat ook vergunningenstelsels met betrekking tot film of omroep moeten voldoen aan de vereisten van artikel 10 lid 2 EVRM.

Vergelijking van de uitspraken *Tele 1* en *Radio ABC* met *Lentia* laat zien dat het Hof televisie en radio niet geheel op dezelfde wijze behandelt. Zowel bij de omroepvrijheid als bij de persvrijheid staat de vrijheid inlichtingen en denkbeelden te verstrekken centraal. De persvrijheid wordt echter vaak op een andere manier beperkt dan de omroepvrijheid. Beperking van de persvrijheid geschiedt meestal achteraf en ziet op een boodschap met een concrete inhoud. Bij de omroepvrijheid daarentegen gaat het om een beperking vooraf: de toegang tot de omroepmarkt of de omroepcommunicatiemiddelen wordt beperkt. Voorwaarden worden niet gesteld ten aanzien van een concrete boodschap maar ten aanzien van de instelling als geheel: de aard van de instelling, het kijkersbereik enzovoort. Het EHRM heeft er blijk van gegeven te kijken naar de huidige omstandigheden, en de huidige technieken bij de interpretatie van het EHRM. In wezen wordt telkens gekeken naar de achterliggende belangen van de te beschermen grondrechten en wordt vervolgens techniekonafhankelijk geïnterpreteerd. Alles wijst er op dat het EHRM ook bij de bescherming van nieuwe communicatietechnieken zal kijken naar de bedoeling van het verdrag en naar die strekking bescherming zal aannemen.

De persvrijheid en de omroepvrijheid verschillen van elkaar en worden verschillend gewaardeerd, maar de techniek is niet bepalend voor dit onderscheid. De voortschrijdende technische convergentie, die ervoor zorgt dat het traditionele onderscheid tussen pers, omroep en telecommunicatie vervaagt, versterkt dit beeld. Wat betreft het beschermingsniveau dat de nieuwe media ten deel zal vallen, is nog weinig met zekerheid te zeggen. Verondersteld mag worden dat het belang dat het Hof hecht aan de taak van de massamedia ook zal worden meegewogen als het gaat om de functie van bijvoorbeeld het Internet. Tegelijkertijd zagen we dat Lidstaten zeker als het gaat om religie en openbare zeden een grote autonomie behouden. Het is dan ook de vraag hoe het Hof

58 Harris/O'Boyle/Warbrick 1995, p. 407.

zal oordelen bij een casus die gaat over die onderdelen van de uitingsvrijheid. Daarbij zal de neiging van het Hof bepaalde kwesties over te laten aan nationale rechters onder druk komen te staan als gevolg van de internationalisering van de communicatietechnologie.

Dit kan leiden tot enerzijds een lager niveau van de vrijheid als geheel, doordat het Hof terugschrikt van het corrigeren van overheden die hun beoordelingsruimte gebruiken. Anderzijds kan dit ertoe leiden dat het Hof op zoek moet naar een Europese consensus over bepaalde uitingsvormen waardoor het beschermingsniveau zou kunnen stijgen. Het Hof zou Internetzaken met betekenis voor het openbaar debat op dezelfde wijze kunnen behandelen als de traditionele pers. Daarnaast zal het EHRM de betekenis van de *margin of appreciation* bij zaken over moraal of fatsoen opnieuw moeten bezien in het licht van de toenemende grenzenloosheid van nieuwe media.