



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Kroniek van het Nederlandse mediarecht 2006-2011

Hins, A.W.; Schuijt, G.A.I.

Citation

Hins, A. W., & Schuijt, G. A. I. (2011). Kroniek van het Nederlandse mediarecht 2006-2011. *Auteurs & Media*, (3), 287-305. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18238>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18238>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

& Auteurs Media

3
2011

Revue bimestrielle
septembre 2011

Tweemaandelijks tijdschrift
september 2011

Doctrine/
Rechtsleer

Droit d'auteur/
Auteursrecht

La propriété littéraire
et artistique en droit
patrimonial de la famille

Prof. Dr. Charlotte Declerck

Chronique
étrangère/
Buitenlandse
kroniek

Kroniek van het Nederlandse
mediarecht
2006-2011

*A.W. Hins
en G.A.I. Schuijt*

Actualités/
Actualiteiten

SOCIÉTÉ DE GESTION
COLLECTIVE ET CREATIVE
COMMONS: L'IMPOSSIBLE
CONCILIATION?

VLAAMSE REGULATOR
VOOR DE MEDIA

CONSEIL SUPÉRIEUR DE
L'AUDIOVISUEL (C.S.A.)

RAAD
VOOR DE JOURNALISTIEK

Jurisprudence/
Rechtspraak

Business Software Association/
Ministère de la Culture

Must carry Brussels

McDonald/Savage

*Revue bimestrielle
septembre 2011*



larcier

Kroniek van het Nederlandse mediarecht 2006-2011

A.W. Hins en G.A.I. Schuijt

Deze kroniek beslaat een periode van bijna vijf jaar: van eind mei 2006 tot begin mei 2011. In die periode vonden twee belangrijke kabinetswisselingen plaats. Kort nadat de vorige kroniek werd afgesloten kwam op 30 juni 2006 het kabinet Balkenende II ten val, dat steunde op een coalitie van CDA (christendemocraten), VVD (rechtsliberalen) en D66 (sociaalliberalen). De bewindslieden van D66 stapten op, nadat de Tweede Kamerfractie van D66 haar vertrouwen had opgezegd in de minister voor Vreemdelingenzaken. Een rompkabinet Balkenende III schreef vervroegde verkiezingen uit, die plaats vonden op 22 november 2006. Op basis van de uitslag daarvan kwam op 22 februari 2007 het kabinet Balkenende IV tot stand, bestaande uit CDA, PvdA (sociaaldemocraten) en ChristenUnie (christelijk-sociaal). Het politieke roer ging om. Voor deze kroniek is relevant dat het kabinet Balkenende IV veel positiever dacht over de wenselijkheid van een sterke publieke omroep dan zijn voorganger. Het kabinet heeft geregeerd tot het voorjaar van 2010, toen interne meningsverschillen over een eventuele verlenging van de militaire missie naar Afghanistan onoverbrugbaar bleken. Dit keer waren het de bewindslieden van de PvdA die opstapten. Er volgde een rompkabinet Balkenende V, dat wederom vervroegde verkiezingen uitschreef.

Laatstgenoemde Tweede Kamerverkiezingen vonden plaats op 9 juni 2010. De VVD won fors en werd voor het eerst in haar bestaan de grootste partij. Dat betekende dat deze partij de minister-president mocht leveren. Grootste winnaar was de rechts-populistische PVV van Geert Wilders. Op 14 oktober 2010 is het huidige kabinet Rutte beëdigd. Dit is een minderheidskabinet van VVD en CDA, met gedoogsteun van de PVV. Met name de PVV zou graag zien dat de publieke omroep een paar koppen kleiner wordt gemaakt en ook de VVD staat kritisch tegenover een publieke financiering van de media. Het roer ging voor de tweede keer om. Wel is het zo dat het kabinet steunt op slechts 77 van de 150 Tweede Kamerleden en de politieke basis in de Eerste Kamer is nog hachelijker. Dat dwingt het kabinet bij allerlei onderwerpen steun te zoeken bij één of meer oppositiepartijen, die daar iets voor terugverlangen. Een niet onbelangrijke minderheid van het CDA heeft bovendien grote aarzelingen bij

de samenwerking met de PVV, die weigert de islam als een normale godsdienst te erkennen. Voor een consequent rechts beleid ontbreekt daarom de politieke ruimte. De politieke verschillen tussen het kabinet Rutte en het centrumlinkse kabinet Balkenende IV zijn echter evident.

In het overzicht dat hierna volgt besteden wij eerst aandacht aan de bestuursrechtelijke wetgeving. De nadruk ligt daarbij op de rechtspositie van mediabedrijven. Achtereenvolgens bespreken we de Grondwet, de Mediawet, de Tijdelijke wet mediaconcentraties en enkele bijzondere aspecten van het mediabeleid. Daarna verschuiven we de aandacht naar ontwikkelingen in het privaatrecht en het strafrecht. In dat tweede gedeelte staat de individuele journalist centraal. Het zal duidelijk worden dat de politieke besluitvorming in Den Haag een belangrijke invloed heeft, maar niet de enige factor is. Het Nederlandse mediarecht wordt ook gestuurd door Europa. Het woord «Europa» omvat zowel de Europese Unie als de Raad van Europa. Besluiten die zijn gevallen in Brussel, Luxemburg en Straatsburg hebben onmiskenbaar een stempel gedrukt op de rechtsontwikkeling in Nederland.

I. Grondwetsherziening

In het coalitieakkoord van het vierde kabinet Balkenende van 7 februari 2007 was afgesproken dat een staatscommissie zou worden ingesteld om advies uit te brengen over een herziening van de Grondwet⁽¹⁾. Na een advies van de Raad van State over de precieze formulering van de opdracht, werd de staatscommissie bij koninklijk besluit van 3 juli 2009 ingesteld. Voorzitter werd mevrouw W.M.E. Thomassen, lid van de Hoge Raad en voormalig rechter in het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Eén van de onderwerpen waarover de commissie zou moeten adviseren was blijkens het instellingsbesluit «de grondrechten in het digitale tijdperk». In het eindrapport, dat op 11 november 2010 werd uitgebracht, zijn voorstellen te vinden tot wijziging van het huidige art. 7 (vrijheid van meningsuiting), art. 10 (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) en art. 13 (brief-, telefoon- en telegraafgeheim) van de Grondwet⁽²⁾. Een reeds lang

(1) Zoals in de vorige kroniek besproken, was een eerdere poging tot Grondwetsherziening in 2004 gestrand: zie G.A.I. SCHUIJT, «Kroniek van het Nederlandse mediarecht 2001-2006», *A&M*, 2006/3, 238-256.

(2) Het rapport van de Staatscommissie Grondwet is digitaal gepubliceerd op www.rijksoverheid.nl. De website www.staatscommissiegrondwet.nl bevat behalve de tekst van het rapport ook veel achtergrondinformatie, maar deze site zal op 1 december 2011 *offline* gaan.

gevoeld bezwaar is het gebruik van techniekafhankelijke onderscheidingen, die niet op het internettijdperk zijn afgestemd. Zo bevat art. 7 verschillende regiem's voor «drukkers», «radio en televisie» en «andere middelen». In art. 13 wordt gesproken van communicatiemiddelen die grotendeels verdrongen zijn door nieuwe elektronische technieken.

Voor deze kroniek is vooral het voorstel van de staatscommissie inzake art. 7 van de Grondwet van belang. De commissie stelt de volgende tekst voor:

«1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten en meningen te openbaren behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

2. Het ontvangen van informatie is vrij, behoudens beperkingen bij de wet gesteld.

3. De overheid eerbiedigt de pluriformiteit van de media».

Ten opzichte van de huidige Grondwet zijn er drie belangrijke verschillen. Deze verschillen hebben betrekking op de bescherming van handelsreclame, de ontvangstvrijheid en de pluriformiteit⁽³⁾.

Wat betreft handelsreclame bepaalt het huidige art. 7 vierde lid van de Grondwet dat deze categorie geheel buiten de reikwijdte van het artikel valt. Deze algemene uitsluiting komt in het voorstel van de commissie te vervallen. De commissie is echter verdeeld. Drie van de tien leden delen het standpunt dat een volledige uitsluiting te ver gaat, maar vinden dat aan handelsreclame minder bescherming toekomt dan aan andere uitingen. Volgens hen zou de Grondwet moeten bepalen dat handelsreclame vrij is «behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen». Daarmee zou de formele wetgever de bevoegdheid krijgen regelgevende taken ten aanzien van handelsreclame te delegeren aan lagere organen. Bovendien zou het verbod van voorafgaand verlof niet van toepassing zijn.

Nieuw is verder de vermelding van de ontvangstvrijheid. Twee leden van de commissie vinden dat ook het recht om actief op zoek te gaan naar informatie moet worden gewaarborgd. Zij stellen voor aan de tekst van het tweede lid toe te voegen: «Bij of krachtens de wet kan het recht om inlichtingen te vergaren worden beperkt.» De derde vernieuwing betreft de pluriformiteit van de media, waaronder de huidige Grondwet zwijgt. Het woord «eerbiedigt» in het derde lid is blijkens de toelichting van de commissie bewust gekozen. Binnen de commissie bleek men verschillend te denken over de wenselijkheid van een actief optreden door de over-

heid ter bevordering van de pluriformiteit. Daarom heeft de commissie afgezien van het opnemen van een plicht tot overheidsinterventie. Een voordeel van deze keuze is dat bestaande waarborgen tegen vrijheidsbeperkingen niet onder valse voorwendselen kunnen worden uitgehold. Nadeel is dat het voorgestelde derde lid weinig toegevoegde waarde heeft.

De grote vraag is natuurlijk wat er nu gaat gebeuren. Politici maakten geen deel uit van de commissie. Het vierde kabinet Balkenende heeft gekozen voor een commissie die vooral bestond uit hoogleraren staatsrecht, vanuit de gedachte dat het minder gepast is dat de politiek zichzelf adviseert. Een praktisch gevolg is dat politici hun handen vrij hebben gehouden⁽⁴⁾. Eerst zal een kabinetsreactie moeten worden opgesteld. Bij brief van 15 februari 2011 heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer laten weten dat de gebruikelijke termijn van drie maanden niet is gehaald, mede als gevolg van de veelomvattendheid van het advies⁽⁵⁾. Als de Tweede Kamer in grote lijnen akkoord gaat met het kabinetsstandpunt, zullen wetsvoorstellen moeten worden ingediend en door beide Kamers met gewone meerderheid moeten worden aangenomen. Daarna volgen nieuwe verkiezingen en de indiening van wetsvoorstellen in tweede lezing. Beide Kamers moeten deze met een meerderheid van twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen aannemen. Met andere woorden: de procedure kan nog jaren duren.

II. Algehele herziening van de Mediawet

In de vorige kroniek kon nog net vermeld worden dat het tweede kabinet Balkenende op 24 mei 2006 een wetsvoorstel indiende voor een nieuwe Mediawet. Wetsvoorstel 30571 beoogde een complete reorganisatie van de publieke omroep, die zou worden omgedoopt tot «publieke mediadienst». Een jaar eerder had het kabinet daarvoor de contouren geschetst. Dat was gebeurd in de beleidsnota «Met het oog op morgen... De publieke omroep na 2008». Politiek gevoelig waren de voorstellen tot het opheffen van de culturele omroep «Nederlandse Programma Stichting» en het vergroten van de macht van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Omroep Stichting. Belangrijk was verder

(3) L.F.M. VERHEY, «Grondrechten in het digitale tijdperk: driemaal is scheepsrecht?», *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011/2, pp. 152-167 en B.J. KOOPS, «Digitale grondrechten en de Staatscommissie: op zoek naar de kern», *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011/2, pp. 168-185.

(4) G. BOOGAARD, «Staatscommissie Grondwet: schepen in de nacht?», *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011/2, pp. 112-121.

(5) *Kamerstukken II*, 2010/11, 31570, nr. 19.

dat de publieke omroep actief zou kunnen worden op het terrein van nieuwe elektronische media. In beginsel zou de publieke omroep zelf mogen bepalen hoe men het publiek wil bereiken. Dat zou kunnen via algemene zenders, maar ook via gespecialiseerde themakanalen op de kabel en internetdiensten. De overheid zou echter controle houden via de goedkeuring van het vijfjaarlijkse beleidsplan en het sluiten van een prestatieovereenkomst⁽⁶⁾.

Het kabinet streefde ernaar de wet begin 2007 in het *Staatsblad* te publiceren, waarna de inwerkingtreding zou volgen in september 2008. Door de val van het kabinet op 29 juni 2006 viel die ambitieuze planning in het water. De verantwoordelijke staatssecretaris was lid van D66 en juist de bewindslieden van die partij waren collectief opgestapt. Het rompkabinet Balkenende III zou er nooit in slagen het wetsvoorstel succesvol door de Tweede Kamer te loodsen, want de fracties van CDA en VVD dachten zeer verschillend over de gewenste taak en organisatie van de publieke omroep. Zij wilden het resultaat van de vervroegde verkiezingen afwachten om te bezien of zij daarna meer van hun doelstellingen zouden kunnen bereiken. Op 31 augustus 2006 besloot de Tweede Kamer daarom de behandeling van wetsvoorstel 30571 aan te houden. In een brief van 22 september 2006 zette de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, die de zorg voor het mediabeleid van de opgestapte staatssecretaris had overgenomen, uiteen hoe zij wilde handelen in de tussenliggende periode⁽⁷⁾.

Zoals gezegd, steunde het nieuwe kabinet Balkenende IV op een coalitie van christendemocraten (CDA) en sociaaldemocraten (PvdA), aangevuld met de kleine Christen-Unie. De rechts-liberale VVD kwam in de oppositie. Bij de kabinetsformatie werd afgesproken dat wetsvoorstel 30571 zou worden vervangen door een nieuw wetsvoorstel, waarin hoofd- en neventaken van de publieke omroep «toekomstgericht worden herijkt»⁽⁸⁾. Het taalgebruik van politici is wel vaker een beetje zonderling. Op 25 februari 2008 diende de regering inderdaad een nieuw wetsvoorstel in onder gelijktijdige intrekking van het oude voorstel⁽⁹⁾. Toch was niet alle energie die wetgevingsjuristen in het eerdere wetsvoorstel hadden gestoken voor niets geweest. Sommige teksten zijn letterlijk overgenomen. Na een redelijk vlotte behandeling in het parlement haalde het voorstel eind december 2008 het *Staatsblad*. De officiële naam luidt «Mediawet 2008». De meeste artikelen zijn in werking getreden op 1 januari 2009, tegelijk met een algemene maatregel

van bestuur (Mediabesluit 2008) en een ministeriële regeling (Mediaregeling 2008)⁽¹⁰⁾.

Wat bracht de Mediawet 2008 voor nieuws? Het meest principiële element is de uitbreiding van de taak van de publieke omroep. Volgens de memorie van toelichting behoren themakanalen, websites en audiovisuele diensten zoals «Uitzending gemist» onlosmakelijk bij de publieke taak. Het onderscheid tussen hoofdtaken en neventaken is daarom verval- len. Eens in de vijf jaar moet de stichting Nederlandse Publieke Omroep een plan indienen voor het totale aanbod van de «publieke mediadienst». De minister van Onderwijs moet het plan goedkeuren, waarna een prestatieovereenkomst wordt gesloten. Een tweede doelstelling van de wet is het versoepelen van de regels inzake reclame en sponsoring. Daarmee is een concurrentienadeel weggenomen dat Nederlandse commerciële omroepen ondervonden ten opzichte van zenders die vanuit Luxemburg opereren. Tenslotte bevat de wet nieuwe regels inzake het programma- pakket op de kabel, bestuurlijke handhaving en het bestrijden van haatzaaiende uitingen. De bepalingen over haat zaaien echter nooit in werking getreden, omdat de Eerste Kamer tot de conclusie kwam dat zij te absoluut waren geformuleerd en in strijd waren met art. 10 EVRM. Omdat de Eerste Kamer geen recht van amendement heeft, leiden deze gebrekkige bepalingen nu een slapend bestaan. Alleen een nieuwe wet kan ze laten vervallen⁽¹¹⁾.

III. Salami-tactiek

Bij de indiening van het wetsvoorstel dat zou leiden tot de Mediawet 2008, kondigde de regering al aan dat dit maar een eerste stap was. Er zouden meer wetswijzigingen volgen. De regering achtte het wenselijk de hoeveelheid zendtijd en de financiële vergoeding voor publieke omroepverenigingen nauwkeurig te koppelen aan het aantal leden. In plaats van de bestaande ruwe tweedeling tussen A-omroepen en B-omroepen zou er een glijdende schaal moeten komen. Een tweede wetswijziging was nodig in verband met de EU Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten van 11 december 2007, die uiterlijk op 19 december 2009 in Nederlands recht moest worden omgezet. De Raad van State was kritisch over het plan de herziening van de Mediawet in drie stukken te hakken, maar de regering heeft dit advies genegeerd⁽¹²⁾. Omdat de toekomstige

(6) *Kamerstukken II*, 2005/06, 30571, nrs. 1-3.

(7) *Kamerstukken II*, 2006/07, 30571, nr. 5.

(8) *Kamerstukken II*, 2006/07, 30891, nr. 4, p. 31.

(9) *Kamerstukken II*, 2007/08, 31356, nrs. 1-3.

(10) *Staatsblad* 2008, 583-585 en *Staatscourant* 2008, 252, p. 43).

(11) Zie de Nota van toelichting bij het koninklijk besluit van 29 december 2008 tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding, *Staatsblad* 2008, 585.

(12) *Kamerstukken II*, 2007/08, 31356, nr. 4.

Mediawet onder meer betrekking zou hebben op audiovisuele internetdiensten leek het de regering verstandig eerst het begrippenapparaat goed te regelen. Het wetsvoorstel inzake de interne organisatie van de publieke mediadienst («Erkenningswet») en het wetsvoorstel inzake de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten («Implementatiewet») konden dan wijzigingen aanbrengen in de Mediawet 2008.

IV. Organisatie van de publieke mediadienst

Bij Koninklijke boodschap van 8 december 2008 – enkele dagen voor de totstandkoming van de Mediawet 2008 – diende de regering het wetsvoorstel in voor de Erkenningswet⁽¹³⁾. Op het moment van indiening was het een «novelle», een voorstel tot wijziging van een wet die nog niet bestaat. Zoals gezegd, beoogde de ontwerp-Erkenningswet het onderscheid tussen A- en B- omroepen te vervangen door een glijdende schaal. De glijdende schaal is als volgt vorm gegeven. Boven het minimale ledental van 150 000 krijgt een omroepvereniging voor ieder extra lid meer zendtijd en meer geld. Dat gaat door tot een bovengrens van 400 000 leden. Aspirant-omroepen kunnen een «voorlopige» erkenning krijgen als zij minimaal 50 000 leden hebben. Voorwaarde is dat zij een specifieke achterban vertegenwoordigen en naar verwachting een toegevoegde waarde zullen hebben. Om de nieuwe regels toe te kunnen passen op de concessieperiode 2010-2015 moest de wet voor 1 augustus 2009 in werking treden. Dat is gelukt. De Tweede Kamer nam het voorstel aan op 26 maart 2009, de Eerste Kamer op 30 juni 2009. De artikelen die betrekking hadden op de erkenning van verenigingen traden in werking op 17 juli 2009⁽¹⁴⁾. Dat gold echter niet voor de bepalingen die een scheiding aanbrachten tussen het bestuurlijke coördinatieorgaan Nederlandse Publieke Omroep (NPO) en het omroepbedrijf Nederlandse Omroep Stichting (NOS). Deze traden pas in werking op 1 september 2010, het begin van de nieuwe concessieperiode⁽¹⁵⁾.

Op basis van de Erkenningswet heeft de minister van Onderwijs op 4 november 2009 de aspirant-omroepen «Wakker Nederland» en «Powned» een voorlopige erkenning gegeven. Daardoor maken zij sedert 1 september 2010 deel uit van de publieke mediadienst. Beide nieuwkomers hebben een meer

of minder rechtse signatuur. De omroep voor senioren Max had in de periode 2005-2010 een voorlopige erkenning gehad en kreeg een definitieve erkenning voor de periode 2010-2015. Het Commissariaat voor de Media had vastgesteld dat Max op de peildatum van 1 april 2009 de grens van 150.000 leden ruimschoots had gehaald. Bovendien stelde de minister op basis van diverse adviezen vast dat Max voldeed aan de kwalitatieve criteria van de Erkenningswet. Dat laatste was niet het geval bij de ecologische omroep Llink, die de afgelopen vijf jaar eveneens met een voorlopige erkenning had gefunctioneerd. Llink was er volgens de wettelijke adviseurs niet in geslaagd een toegevoegde waarde voor het publieke bestel te leveren. De minister schreef daarom dat hij voornemens was aan deze vereniging geen definitieve erkenning te verlenen. Enkele weken later besloot hij inderdaad de aanvraag af te wijzen, welk besluit bij de rechter in stand bleef⁽¹⁶⁾.

V. Omzetting van EU Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten

Op 19 december 2009 moest de EU-richtlijn Audiovisuele Mediadiensten in nationale wetgeving zijn omgezet. Dat is op het nippertje gelukt. Een daartoe strekkend wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet, ingediend op 27 februari 2009, bereikte op 18 december 2009 het Staatsblad. Krachtens een Koninklijk Besluit trad de wet de volgende dag in werking⁽¹⁷⁾. Het Commissariaat voor de Media moet nu controleren of non-lineaire televisie – televisie waarbij de kijker het moment van uitzending bepaalt – aan Europese minimumeisen voldoet.

Niet alle websites die videobeelden aanbieden vallen onder dit toezicht. Er moet sprake zijn van een massamedium, waarbij de consument kan volstaan met standaardapparatuur. Verder moet het aanbieden van video het hoofddoel zijn. Een illustrerend filmpje op de site van een dagblad is geen audiovisuele mediadienst in de zin van de richtlijn. Tenslotte is belangrijk dat de aanbieder redactionele verantwoordelijkheid uitoefent. Dat betekent dat hij zowel invloed moet kunnen uitoefenen op de presentatie en organisatie als op de selectie van de inhoud. Op grond van art. 3.29 Mediawet moeten aanbieders zich melden bij het Commissariaat voor de Media, dat vervolgens zal beslissen of de desbetreffende dienst inderdaad onder de Mediawet valt.

(13) *Kamerstukken II*, 2008/09, 31804, nrs. 1-4. Een kritisch commentaar op dit wetsvoorstel gaf R. Chavannes, «Waar is de uitgang?», *Mediaforum* 2009-2, p. 41.

(14) *Staatsblad* 2009, 300 en 301.

(15) *Staatsblad* 2009, 528.

(16) Rb Amsterdam 26 maart 2010, *LJN* BL9514 (*Vereniging Llink t. minister van OCW*) en Rb Amsterdam 28 april 2011, *LJN* BQ3068 (*Vereniging Llink t. minister van OCW*).

(17) *Stb.* 552 en 553.

In december 2010 heeft het Commissariaat een conceptbeleidsregel gepubliceerd waarin de criteria zijn uitgewerkt op basis waarvan het Commissariaat zal bepalen of sprake is van een onder zijn toezicht vallende commerciële mediadienst op aanvraag⁽¹⁸⁾.

Bij de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel is uitvoerig gedebatteerd of voorafgaand toezicht door het Commissariaat in overeenstemming is met de grondwettelijke vrijheid van meningsuiting. Zijn mediadiensten op aanvraag gelijk te stellen met «televisie» in de zin van art. 7, tweede lid, van de Grondwet? Die bepaling verbiedt voorafgaand toezicht op de inhoud van afzonderlijke programma's, maar sluit een vergunningstelsel niet uit. Een probleem ontstaat echter wanneer de mediadiensten op aanvraag worden beschouwd als «een ander middel van bekendmaking» dan radio of televisie. Art. 7 van de Grondwet verbiedt in dat geval vergunningstelsels die betrekking hebben op de inhoud. In het verleden heeft de Tweede Kamer diverse keren uitgesproken dat de beperkte uitingsvrijheid volgens art. 7, tweede lid, van de Grondwet alleen van toepassing is op traditionele radio en televisie. Mediadiensten op aanvraag zouden vallen onder het eerste of derde lid⁽¹⁹⁾. Bij een eerdere poging om art. 7 van de Grondwet te moderniseren stelde de regering zich in het vergaderjaar 2000/01 op hetzelfde standpunt.

Bij deze uitleg zouden sommige bepalingen van het wetsvoorstel ongrondwettig zijn. Een motie van de VVD en de PVV stelde voor dat de Tweede Kamer nogmaals zou uitspreken dat mediadiensten op aanvraag geen gewone televisie zijn en dus niet vallen onder art. 7, tweede lid, van de Grondwet. Die motie is echter op 30 juni 2009 verworpen, omdat de regeringspartijen het wetsvoorstel niet wilden afwijzen. Zolang de Nederlandse rechter geen wetten aan de Grondwet mag toetsen, heeft de wetgever het laatste woord⁽²⁰⁾.

VI. Persbeleid

De geschreven pers kijkt van oudsher argwanend naar de concurrentie die zij ondervindt van de publieke omroep die door de Staat financieel wordt gesteund. Uitgevers van kranten en tijdschriften roepen de overheid op twee dingen te doen: verbied de publieke omroep activiteiten te verrichten

waardoor wij schade lijden (reclame uitzenden, tijdschriften uitgeven, websites exploiteren) of maak het mogelijk dat wij in samenwerking met de publieke omroep geld verdienen. Tot 2008 waren de mogelijkheden voor publiek-private samenwerking in de omroep zeer beperkt. In een brief aan de Tweede Kamer van 6 oktober 2006 kondigde het derde kabinet Balkenende echter een liberalisering aan⁽²¹⁾. Zo zou het mogelijk moeten worden dat een publieke omroepinstelling samenwerkt met de redactie van een krant en dat tot uitdrukking brengt in de titel van een programma («Volkskrant-TV»). Een pleidooi daarvoor was gehouden in een onderzoeksrapport van de Universiteit van Utrecht. Op 19 februari 2008 heeft ook het Commissariaat voor de Media zijn beleid op dit punt versoepeld⁽²²⁾.

De minister van Onderwijs uit het vierde kabinet-Balkenende schreef op 14 november 2008 een brief aan de Tweede Kamer over het persbeleid, waarin hij aandacht besteedde aan de regelgeving, de steunverlening door het Stimuleringsfonds voor de pers en het bevorderen van zelfregulering. De minister wilde de mogelijkheden om steun te verlenen aan de pers verruimen. Ook gratis dagbladen zouden gesteund moeten kunnen worden. De brief is door de Tweede Kamer besproken in een algemeen overleg op 18 december 2008. De Kamer nam een motie aan waarin de regering werd gevraagd een tijdelijke adviescommissie voor het persbeleid in te stellen⁽²³⁾. Die commissie is er inderdaad gekomen in de vorm van de Tijdelijke Commissie Innovatie en Toekomst Pers (Commissie-Brinkman). Op 23 juni 2009 bracht deze commissie haar rapport uit. Eén van de aanbevelingen van de commissie was dat de stichting Nederlandse Publieke Omroep tegen redelijke condities videomateriaal zou moeten leveren voor websites van derden die primair gericht zijn op het verschaffen van journalistieke informatie⁽²⁴⁾.

VII. Staatssteun en concurrentievervalsing

Op 27 april 2010 zond de staatssecretaris van Onderwijs een notitie aan de Tweede Kamer over het overleg dat de regering gevoerd had met de Europese Commissie inzake de publieke omroep. De staatssecretaris schreef dat de Commissie op 18 (lees: 26) janu-

(18) Gepubliceerd op www.cvdm.nl.

(19) *Kamerstukken II*, 1983/84, 18035, nrs. 23 en 70 en *Kamerstukken II*, 1983/84, 17370, nrs. 14 en 15.

(20) *Kamerstukken II*, 2008/09, 31876, nr. 17.

(21) *Kamerstukken II*, 2006/07, 29692, nr. 15, pp. 5-6.

(22) Beleidsbrief ontheffing programmatitel publieke omroep van 19 februari 2008, alsmede de beleidsbrief

publiek-private samenwerking van 4 maart 2008, gepubliceerd op www.cvdm.nl.

(23) *Kamerstukken II*, 2008/09, 31777, nrs. 1 en 6.

(24) Adviesrapport Tijdelijke Commissie Innovatie en Toekomst Pers, «De volgende editie», p. 9. Te vinden op http://vorige.nrc.nl/multimedia/archive/00232/TCITP_rapport_23-06_232451a.pdf.

ari 2010 een positief besluit heeft genomen over de verenigbaarheid van de Mediawet met de EU-regels inzake staatssteun. De staatssecretaris ging vervolgens in op de Omroepmededeling van de Commissie uit 2009, het concessiebeleidsplan van de stichting Nederlandse Publieke Omroep, de prestatieovereenkomst met deze stichting en de komst van nieuwe mediadiensten. In de brief werd ook aandacht besteed aan een procedure die de Nederlandse regering had aangespannen bij het Gerecht van de Europese Unie⁽²⁵⁾.

Laatstgenoemde procedure had betrekking op een beschikking van de Europese Commissie van 22 juni 2006, inhoudende dat de publieke omroep NOS een subsidie van 76 miljoen euro voor bijzondere doeleinden moest terugbetalen aan de staat. Enkele maanden later werd het beroep tegen deze beschikking afgewezen. Het Gerecht oordeelde dat de betalingen aan de NOS moesten worden aangemerkt als «staatssteun», dat het geen bestaande steun betrof en dat sprake was van overcompensatie⁽²⁶⁾. Minstens zo belangrijk is echter het positieve besluit van de Commissie van 26 januari 2010 en de toezeggingen die de Nederlandse regering heeft gedaan om de Commissie tot dit besluit te brengen. De toezeggingen zouden een grote rol gaan spelen in het juridische gevecht rond de themakanalen van de publieke omroep.

Commerciële uitgevers vinden dat de publieke omroep te veel vrijheid heeft bij het verzorgen van themakanalen op het internet en de kabel. Volgens hen wordt de markt voor private initiatieven op die manier bedorven. Onder het regiem van de oude Mediawet en het oude Mediabesluit, geldend tot 1 januari 2009, werden themakanalen behandeld als een «neventaak». Zij waren alleen toegestaan na goedkeuring van de minister van Onderwijs en in bepaalde gevallen na goedkeuring van het Commissariaat voor de Media. In de Mediawet 2008 is het begrip «neventaak» vervallen, maar de minister van Onderwijs heeft nog steeds een vetorecht. Themakanalen moeten volgens art. 2.20 van de Mediawet worden vermeld in het concessiebeleidsplan van de Nederlandse Publieke Omroep en op grond van art. 2.21 behoeft dit onderdeel de instemming van de minister van Onderwijs.

De vraag is nu in hoeverre de minister van Onderwijs een «ex ante markttoets» moet uitvoeren alvorens in te stemmen met een themakanaal. In een procedure over een goedkeuringsbesluit van het Commissariaat voor de Media uit 2007 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

op 13 oktober 2010 geoordeeld dat het Commissariaat een ex ante toets ten onrechte achterwege had gelaten. Van belang achtte de Afdeling dat de Nederlandse regering tegenover de Europese Commissie had toegezegd een dergelijke toets bij wet te zullen voorschrijven, waarna de Commissie op 26 januari 2010 heeft besloten geen procedure tegen Nederland te zullen voeren. De Afdeling verwees naar het beginsel van gemeenschapstrouw, neergelegd in art. 10 (oud) van het EG-verdrag. Belofte maakt schuld⁽²⁷⁾.

De uitspraak van de Afdeling was een belangrijke vingervijzing voor de rechtbank Amsterdam, die op 24 december 2010 moest oordelen over een instemming op grond van art. 2.21 van de huidige Mediawet. De rechtbank concludeert dat het louter doorlopen van een uniforme voorbereidingsprocedure volgens de Algemene wet bestuursrecht nog geen ex ante markttoets oplevert. Het besluit van de minister om de desbetreffende themakanalen toe te staan is daarom vernietigd. Wel heeft de rechtbank de publieke omroep toegestaan de exploitatie van de betwiste themakanalen voort te zetten tot 1 september 2011⁽²⁸⁾.

VIII. De agenda van het kabinet Rutte

Had het vierde kabinet Balkenende sympathie voor een sterke publieke mediadienst, bij het kabinet Rutte ligt dat anders. De politieke uitgangspunten zijn neergelegd in het regeerakkoord van VVD en CDA, en in het gedoogakkoord van VVD, CDA en PVV. In het regeerakkoord is te lezen: «Themakanalen worden alleen uit de eigen middelen van omroepen gefinancierd». Met andere woorden, staatssteun is uit den boze. Ook stelt het regeerakkoord: «Er wordt bezuinigd op de publieke omroep zonder de kwaliteit aan te tasten. Indien hierdoor het aanbod verschaalt vervalt er een televisienet.» Het gedoogakkoord van VVD, PVV en CDA voegt daaraan toe dat per 1 januari 2013 een nieuwe Mediawet van kracht zal worden⁽²⁹⁾. In een brief van 3 december 2010 heeft de minister van Onderwijs de Tweede Kamer geïnformeerd over de nadere invulling. De rijksbijdrage aan de publieke omroep zal vanaf 2013 stapsgewijs worden verlaagd. In samenhang daarmee zal het kabinet fusies binnen de publieke omroep stimuleren en zo nodig afdwingen⁽³⁰⁾.

(25) *Kamerstukken II*, 2009/10, 21501-34, nr. 142.

(26) Gerecht EU 16 december 2010, gevoegde zaken T-231/06 en T-237/06, *Nederland en NOS t. Commissie*, <http://curia.europa.eu>.

(27) ABRvS 13 oktober 2010, *LJN*: BO0270. Zie ook JB 2010, 256 en *Mediaforum* 2011-2, nr. 6 m.nt. S.A. de Vries.

(28) Rb. Amsterdam 24 december 2010, *LJN*: BO8591 en *Mediaforum* 2011-2, nr. 5 m.nt. S.A. de Vries onder nr. 6.

(29) *Kamerstukken II*, 2010/11, 32417, nr. 15, p. 32 en pp. 87-88.

(30) *Kamerstukken II*, 2010/11, 32500 VIII, nr. 80.

Misschien wordt de soep echter niet zo heet gegeten. De brief is besproken in een wetgevings-overleg van de Tweede Kamer op 13 december 2010, waarbij een aantal moties is ingediend. Enkele daarvan zijn aangenomen, omdat het CDA met de oppositie meestemde. Principieel de belangrijkste is een motie-Van

IX.

concentratieregeling voor de dagbladmarkt. Het daartoe strekkende wetsvoorstel werd bij de Tweede Kamer ingediend op 28 december 2006. Dit is de Tijdelijke wet mediaconcentraties geworden, die in werking trad op 13 juni 2007. Op dezelfde dag trad een algemene maatregel van bestuur in werking die de gebruikersmarkten voor dagbladen, televisie en radio definieerde⁽³²⁾. De Tijdelijke wet bevatte een aanscherping van de Mededingingswet, die de Nederlandse Mededingingsautoriteit NMa de bevoegdheid geeft toezicht te houden op fusies en overnames in het algemeen.

Kern van de Tijdelijke wet was dat het dagbladuitgevers verboden werd via fusies en overnames een groter marktaandeel te verwerven dan 35% van de lezersmarkt. Daarnaast gold de regel dat een fusie of overname niet mocht leiden tot een groter marktaandeel dan 90% van de gecombineerde markten voor dagbladen, radio en televisie (totaal 300%). Het marktaandeel bij dagbladen werd bepaald door de oplage, het marktaandeel bij televisie en radio door de kijk- en luistertijd. Hoewel de NMa de beslissingen nam, kreeg het Commissariaat voor de Media een adviserende rol. Deze adviserende rol had alleen

Een kwalitatieve beoordeling van eventuele schade voor de pluriformiteit van het informatieaanbod was niet aan de orde. Bij de invoering van de Tijdelijke wet werd ook de Mediawet gewijzigd. Bestaande belemmeringen tegen «cross media-ownership» werden geschrapt.

De Tijdelijke wet mediaconcentraties zou in beginsel vervallen op 1 januari 2010, maar bij koninklijk besluit kon de regering een later tijdstip aanwijzen. Aan het eind van 2009 rees de vraag of van die mogelijkheid gebruik moest worden gemaakt. De commissie-Brinkman, hierboven al genoemd, had in haar rapport over de toekomst van de pers geadviseerd dat niet te doen. De PvdA-minister voor Onderwijs vond een verlenging wel wenselijk⁽³³⁾. Een meerderheid van de Tweede Kamer was het echter met de commissie-Brinkman eens. Op 8 december 2009 nam de Kamer een motie aan die ervoor pleitte de wet niet te verlengen of in ieder geval te versoepelen. Het kabinet besloot daarop het eerste deel van de motie niet uit te voeren. Bij koninklijk besluit van 21 december 2009 werd de geldigheid van de Tijdelijke wet mediaconcentraties verlengd tot 1 januari 2012⁽³⁴⁾. Naar de wenselijkheid van versoepeling zou het kabinet onderzoek doen⁽³⁵⁾.

Het huidige kabinet Rutte, dat op 14 oktober 2010 werd beëdigd, had weinig bedenktijd nodig. De Tijdelijke wet mediaconcentraties is per 1 januari 2011 buiten werking getreden. Het kabinet vond de tijdelijke wet overbodig en schadelijk voor de innovatie. De vervroeging van het tijdstip is vastgelegd in een koninklijk besluit van 16 december 2010⁽³⁶⁾.

X. Etherfrequenties

Op 26 mei 2003 is op grond van de Telecommunicatiewet een aantal vergunningen verleend voor het gebruik van etherfrequenties voor commerciële radio. Zij hadden een looptijd van acht jaar en drie maanden. Op die grondslag heeft een commercieel radiobestel gefunctioneerd, dat in beginsel op 1 september 2011 ten einde zou komen. Moest er nu een nieuwe vergelijkende toets plaats vinden voor de verdeling van de FM- en de AM-frequenties? Een complicatie is dat in de komende jaren een digitalisering van de distributie plaats zal vinden, waardoor de ether efficiënter kan worden gebruikt. Dat bete-

van Onderwijs over het rapport van de Commissie-Brinkman, *Kamerstukken II*, 2009/10, 31777, nr. 18.

(34) *Stb.* 2009, 603.

(35) *Kamerstukken II*, 2009/10, 32123 VIII, nrs. 74, 93 en 106. Een verslag van dit onderzoek is aan de Tweede Kamer aangeboden op 21 juni 2010, *Kamerstukken II*, 2009/10, 32123 VIII, nr. 136.

(36) *Stb.* 2010, 835.

kent dat nieuwe frequenties zullen worden uitgegeven en consumenten zullen een nieuw toestel moeten aanschaffen. Hoe krijgt men commerciële omroepen zover dat zij gaan investeren in de nieuwe techniek?

In de zomer van 2009 nam het toen zittende kabinet een paar principebesluiten. De bestaande (analoge) vergunningen zullen met zes jaar worden verlengd onder voorwaarde dat de vergunninghouders gaan investeren in digitale radio. De vergunningen worden gekoppeld aan een digitale multiplex die ook daadwerkelijk in gebruik moet worden genomen. Na vier jaar moet in 80% van Nederland digitale etherontvangst mogelijk zijn. Als partijen niet aan deze verplichting voldoen, is dat een grond voor intrekking van hun vergunningen. Een brief van 21 januari 2010 werkte de plannen verder uit⁽³⁷⁾. Voor de verlenging van hun vergunning moeten de houders een vergoeding betalen waarvan de hoogte door externe deskundigen wordt vastgesteld. Daarna kunnen de vergunninghouders beslissen of zij op deze basis willen doorgaan⁽³⁸⁾.

Bij koninklijk besluit van 18 februari 2011 is het Frequentiebesluit, een algemene maatregel van bestuur op basis van de Telecommunicatiewet, aangepast om dit alles in goede banen te leiden⁽³⁹⁾. Daarna heeft de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie twee ministeriële regelingen vastgesteld. Hieruit blijkt dat de vergunningen verlengd kunnen worden tot 1 september 2017 als de houder de vereiste vergoeding betaalt aan de Staat⁽⁴⁰⁾.

XI. Kabelnetten en uitingsvrijheid

In de vorige kroniek werd gewezen op het arrest Hof Amsterdam van 8 december 2005 in de zaak *Wageningen t. UPC*. Volgens het Hof was de contractuele afspraak tussen de gemeente en de exploitant over de hoogte van de kabeltarieven in strijd met art. 7, tweede lid, van de Grondwet. Blijkens een persbericht van de gemeente Wageningen (www.wageningen.nl) van 9 maart 2006 is de zaak vervolgens geschikt en heeft de gemeente haar cassatieberoep ingetrokken. In latere zaken lijkt het Hof Amsterdam een meer genuanceerde benadering te kiezen. Afspraken over de hoogte van de kabeltarieven zijn in beginsel geen inbreuk op de uitingsvrij-

heid, afspraken over de samenstelling van het programmapakket wel⁽⁴¹⁾. Het wachten is nog steeds op een uitspraak van de Hoge Raad over de reikwijdte van het censuurverbod. Eind 2010 heeft het Amsterdamse Hof besloten prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EU, omdat het zich afvraagt of gemeentelijke tariefsafspraken in overeenstemming zijn met het Europese telecommunicatierecht⁽⁴²⁾.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State deed op 12 mei 2010 uitspraak in een geschil tussen kabelexploitant Ziggo en het Commissariaat voor de Media. Het Commissariaat had een boete opgelegd aan Ziggo omdat deze zonder geldige reden geen gevolg had gegeven aan het advies van de programmaraad in Amstelveen om de uitzendingen van de Concertzender via de plaatselijke kabel door te geven. Kernvraag was of de Concertzender, een themakanaal van de Nederlandse Publieke Omroep, een «radioprogramma» verzorgt in de zin van art. 1 van de oude Mediawet. Volgens Ziggo is de Concertzender een webstation dat via internet datapakketjes doorgeeft. Daardoor zou sprake zijn van een datadienst en niet van een omroepdienst. De Afdeling oordeelt echter anders. Onder verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie overweegt de Afdeling dat de Nederlandse wetgeving inzake de verplichte doorgifte van programma's moet worden uitgelegd in het licht van art. 31 van de Universeledienstrichtlijn van de EU. Technische criteria zijn daarbij niet doorslaggevend. Door de nadruk op het belang van een richtlijnconforme interpretatie is deze uitspraak ook relevant voor de uitleg van de huidige Mediawet, die in art. 6.20 *juncto* art. 1.1 spreekt van «programma-aanbod».

Hoewel de kabelexploitant op dit punt geen gelijk kreeg, is het hoger beroep wel gegrond. Het Commissariaat had zijn boetebesluit zorgvuldiger moeten voorbereiden. Zo had Ziggo eerder de gelegenheid moeten krijgen aan te tonen welke nadelige consequenties het opvolgen van het advies van de programmaraad zou hebben. Ook klaagt Ziggo er terecht over dat de programmaraad ten tijde van het advies minder dan zeven leden had, waardoor het advies niet rechtsgeldig was. Indertijd was het minimumaantal van zeven leden voorgeschreven in art. 82m (oud) van de Mediawet, tegenwoordig in art. 6.16 van de Mediawet⁽⁴³⁾.

(37) Brief van de staatssecretaris van Economische Zaken van 21 januari 2010, *Kamerstukken II*, 2009/10, 24095, nr. 254.

(38) *Kamerstukken II*, 2009/10, 24095, nr. 254.

(39) *Stb.* 2011, 88.

(40) *Staatscourant* 22 maart 2011, nrs. 5064 en 5069.

(41) Hof Amsterdam 2 maart 2006, *Mediaforum* 2006-4, nr. 11. Hof Amsterdam 19 oktober 2010, *LJN* BO1050.

(42) Hof Amsterdam 19 oktober 2010, *UPC t. gemeente Hilversum*, *LJN* BO1050.

(43) ABRvS 12 mei 2010, *Ziggo t. Commissariaat voor de Media*, *LJN* BM4162.

XII. Vaste boekenprijs

Boeken horen ook tot de media. De regering heeft in 2011 een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Wet op de vaste boekenprijs. Voorgesteld wordt onder meer de wet van toepassing te laten zijn op buitenlandse bedrijven die boeken uit Nederland importeren om deze vervolgens aan Nederlandse consumenten te verkopen, bijvoorbeeld via internet. Momenteel kunnen bedrijven die buiten Nederland zijn gevestigd niet worden aangepakt door de territoriale werking van de wet. In de memorie van toelichting schrijft de regering dat de Europese Commissie geen bezwaar heeft tegen de voorgestelde wijziging. Wel zal het Commissariaat voor de Media van geval tot geval moeten aantonen dat een verkoper die in een andere lidstaat van de EU gevestigd is, het oogmerk heeft de Nederlandse wet te ontduiken⁽⁴⁴⁾.

XIII. Overheidsvoorlichting

Persberichten van het Openbaar Ministerie die de suggestie wekken dat een verdachte reeds schuldig is bevonden, kunnen een onrechtmatige daad opleveren wegens strijd met het onschuldvermoeden van art. 6 tweede lid EVRM. Dat blijkt uit een civiele procedure tussen een Amsterdams effectenhuis, dat verdacht was geweest van financiële malversaties, en de Staat. De civiele procedure eindigde in de zomer van 2007 bij de Hoge Raad. De lagere rechters hadden de vordering van het effectenhuis afgewezen en ook Advocaat-Generaal Spier meende dat het OM binnen de grenzen van zijn beleidsvrijheid was gebleven. Verwijzend naar de jurisprudentie van het EHRM komt de Hoge Raad tot een andere conclusie. De persberichten waren wat betreft inhoud en toonzetting onvoldoende zakelijk en terughoudend geweest. Een deel van het cassatieberoep was echter ongegrond. Het feit dat het OM de naam van het verdachte bedrijf naar buiten had gebracht was op zichzelf niet onrechtmatig⁽⁴⁵⁾.

Het college van procureurs-generaal heeft kort daarna op grond van art. 130, lid 4 van de Wet Rechterlijke Organisatie aanwijzingen vastgesteld inzake

de persvoorlichting in strafzaken. Diverse grondrechten zijn hierbij relevant: het recht op informatie, het recht op *privacy* en het recht op een eerlijk proces⁽⁴⁶⁾. Enigszins vergelijkbaar met deze aanwijzingen zijn de Richtsnoeren publicatie van persoonsgegevens op internet, die nog weer een paar weken later door het college bescherming persoonsgegevens werden vastgesteld. Ook hier speelt op de achtergrond een botsing van grondrechten, te weten het recht op *privacy* en het recht op vrije meningsuiting⁽⁴⁷⁾.

De regeling van de minister van Algemene Zaken die grenzen stelde aan het mede bekostigen van omroepprogramma's door afzonderlijke ministeries is ingetrokken. Het kabinet heeft besloten deze vorm van financiering per 1 augustus 2008 helemaal stop te zetten. De richtlijnen waren in de praktijk moeilijk te handhaven, terwijl de verdenking van ongeoorloofde overheidsbeïnvloeding «onontkoombaar en onuitroeibaar» bleek⁽⁴⁸⁾. Vermeldenswaard is tenslotte de brief van de minister-president van 3 september 2009 over de embargoregeling rond Prinsjesdag, de dag waarop de regering de rijksbegroting bij de Tweede Kamer indient en de Troonrede wordt gehouden. De embargoregeling is afgeschaft omdat de meeste hoofdredacteurs er niet meer voor wilden tekenen. In het verleden hadden zij te vaak met lede ogen moeten aanzien dat concurrenten het nieuws dankzij een lek voortijdig konden publiceren⁽⁴⁹⁾.

XIV. Ongeoorloofde publicaties

In navolging van het EHRM in de zaak *Pfeifer t. Oostenrijk* zet de Hoge Raad in 2008 met het arrest *Van Gasteren t. Hemelrijk* de bescherming van eer en goede naam en die van de persoonlijke levenssfeer op gelijke voet⁽⁵⁰⁾. Ook reputatieschending wordt beschermd door art. 8 EVRM. Aangezien het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting niet noodzakelijkerwijze voorrang heeft op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zal de oplossing van een conflict gezocht dienen te worden in een belan-
genafweging tussen de twee grondrechten, zoals eerder uiteengezet door het EHRM in de zaak-*Caroline von Hannover t. Duitsland*⁽⁵¹⁾.

(44) *Kamerstukken II*, 2010/11, 32641, nrs. 1-4.

(45) HR 13 juli 2007, X t. *Staat der Nederlanden*, LJN: BA3161.

(46) *Stcrt.* 18 oktober 2007, nr. 202, p. 28, met een rectificatie in *Stcrt.* 2 november 2007, nr. 213, p. 7.

(47) *Stcrt.* 11 december 2007, nr. 240, p. 27.

(48) *Stcrt.* 2008, nr. 138, p. 6.

(49) *Kamerstukken II*, 2008/09, 30539, nr. 10.

(50) EHRM 15 november 2007, nr. 12556/06 (*Pfeifer t. Oostenrijk*); HR 18 januari 2008, LJN BB 3210, NJ

2008, 274 met noot E.J. DOMMERING (*Van Gasteren t. Hemelrijk*); zie ook G. SCHUIJT, «Eer en goede naam, *privacy* en de noodzakelijkheidstoets na *Van Gasteren Hemelrijk*», *Mediaforum* 2008-3, pp. 102-108.

(51) EHRM 24 juni 2004, nr. 59320/00, NJ 2005, 22 met noot E.J. DOMMERING; *Mediaforum* 2004-7/8, nr. 27 met noot G.A.I. SCHUIJT; *NJCM-Bulletin* 2004-8, pp. 1171-1184 met noot V. DE GRAAF; AB 2005, 1 met noot R. Nehmelman (*Caroline von Hannover t. Duitsland*).

Geheel nieuw was het niet wat de Hoge Raad in 2008 deed. Dertien jaar eerder, toen het om een zelfde klacht ging van Van Gasteren tegen het dagblad *Het Parool*, benadrukte de Hoge Raad reeds, dat hier niet louter de goede naam van Van Gasteren in het geding was, «maar tevens en zelfs in de eerste plaats diens – uit zijn algemene persoonlijkheidsrecht af te leiden – recht» om niet, méér dan veertig jaar later met zijn daad te worden geconfronteerd, kort gezegd zijn recht om met rust gelaten te worden⁽⁵²⁾. Louis van Gasteren is een bekend Nederlands filmer die in de Tweede Wereldoorlog een joodse onderduiker om het leven heeft gebracht. Eind jaren tachtig vertelde hij in interviews dat het om een verzetsdaad ging en dat hij er over dacht er ooit nog eens een film over te maken. *Het Parool* zette in artikelen in 1990 vraagtekens bij het verzetsmotief en wel zo sterk dat het blad volgens het gerechtshof «naar de kern genomen» Van Gasteren beschuldigde van roofmoord.

De columniste Pamela Hemelrijk vond in 1998 dat journalisten door het arrest van de Hoge Raad van 1995 de mond gesnoerd werd. Als zij het verzetsrelaas waarop Van Gasteren zich bleef beroemen in twijfel trekken, loopt hij meteen naar de rechter, aldus de columniste. Ook zij zette vele vraagtekens bij het verzetsmotief maar liet zich, anders dan *Het Parool*, niet uit over wat dan wel het motief zou zijn geweest. Anders dan *Het Parool* handelde Hemelrijk niet onrechtmatig jegens Van Gasteren. Haar column bevatte vooral waardeoordelen waarmee zij beoogde bij te dragen aan het publieke debat.

Nog om een andere reden is dit arrest belangrijk. Van Gasteren klaagde in cassatie erover dat het hof alleen de noodzakelijkheidstoets van art. 10 lid 2 EVRM had uitgevoerd en niet ook de noodzakelijkheidstoets van art. 8 lid 2 EVRM. Het antwoord van de Hoge Raad luidt dat het hier niet gaat om een in twee fasen te verrichten toetsing aldus dat eerst wordt bepaald welk van beide rechten zwaarder weegt, waarna vervolgens nog moet worden beoordeeld of de noodzakelijkheidstoets als neergelegd in art. 8 lid 2, respectievelijk art. 10 lid 2 EVRM zich verzet tegen het resultaat van die afweging. Deze toetsing dient volgens de Hoge Raad in één keer te geschieden waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbe-

treffende tweede lid. Hierin volgt de Hoge Raad wat het EHRM in de zaak *Caroline von Hannover t. Duitsland* impliciet al had aangegeven.

Ook interessant in deze zaak is, dat in cassatie werd geklaagd dat het gerechtshof de «open brief» van Pamela Hemelrijk – gepubliceerd op haar weblog, niet in een krant – had beschouwd als een «perspublicatie». De Hoge Raad verwierpt de klacht omdat het hof kennelijk bedoeld heeft dat de open brief op één lijn gesteld moet worden met een perspublicatie. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar de vitale rol van publieke waakhond die de pers vervult en vindt dat Hemelrijk met haar open brief een dergelijke rol heeft willen spelen en aldus heeft willen handelen in het algemeen belang. De wijze van publicatie deed er niet toe. Belangrijk is slechts de functie die zij met haar open brief vervulde⁽⁵³⁾.

Op dezelfde wijze benadert de Hoge Raad de cassatieklacht dat het gerechtshof de open brief heeft gelijkgesteld met een column. Het hof heeft volgens de Hoge Raad echter niet méér gezegd dan dat de open brief met een column gemeen heeft dat daarin niet (in de eerste plaats) een feitelijk relaas wordt gedaan, maar een mening of oordeel wordt gepresenteerd op een prikkelende wijze. Aan de beoordeling van de rechtmatigheid van opinies worden andere eisen gesteld dan wanneer het gaat om een feitelijk relaas. Niet het etiket column is dus van belang, maar de inhoud. De Hoge Raad zegt dus, in andere woorden, dat onderscheid moet worden gemaakt tussen feitelijke beweringen en waardeoordelen, zoals het EHRM doet sedert de zaak *Lingens t. Oostenrijk*⁽⁵⁴⁾.

XV. De begrippen pers, media en journalisten

Het belang van het afbakenen van de begrippen als «pers», «media», «journalisten», «columns» en dergelijke moet dus sterk worden gerelativeerd. De vrijheid van meningsuiting en de vrijheid informatie te ontvangen en te vergaren zijn gegarandeerd in de grondwet en in het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en deze rechten komen iedere burger toe. Zeker in het huidige internettijdperk is niet meer gemakkelijk te bepalen of iemand die publiceert ook journalist is. Meestal wordt daaronder verstaan:

(52) HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 met noot E.J. DOMMERING (*Het Parool t. Van Gasteren*). Over een «algemeen persoonlijkheidsrecht» ook HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (*Valkenborst*).

(53) Vgl. EHRM 15 februari 2005, nr. 68416/01, NJ 2006, 39, met noot E.J. DOMMERING (*Steel & Morris t.*

UK), waar een actiegroep voor wat betreft de bijdrage aan het politieke debat wordt gelijkgesteld aan een perspublicatie.

(54) EHRM 8 juli 1986, NJ 1987, 901 met noot E.A. ALKEMA (*Lingens t. Oostenrijk*).

iemand die beroepsmatig meewerkt aan de verzorging van de redactionele inhoud van de nieuwsmedia. Ook hier zijn de grenzen soms vaag, maar het belang van de definitie is betrekkelijk, omdat journalisten niet *per se* een grotere bescherming van genoemde grondrechten genieten dan elke andere burger. Een afbakening van de begrippen media en journalisten is slechts min of meer relevant voor zover in wet of rechtspraak de media een bepaalde functie wordt toegedacht of aan journalisten een specifiek recht wordt toegekend, bijvoorbeeld het recht van journalisten op bronbescherming. Maar zelfs dan wordt in de rechtspraak van het EHRM meer dan op de afbakening van de begrippen ingegaan op de functie van de media en journalisten in de publieke informatievoorziening en het publieke debat. Zij vervullen de rol van de *public watchdogs*⁽⁵⁵⁾. In dit verband is ook het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Lycos t. Pessers* interessant, omdat de Hoge Raad weliswaar aan een hostingprovider het recht op bronbescherming ontzegt, maar er wel bij opmerkt dat ook in het geval van een hostingprovider niet lichtvaardig aan het belang van de vrijheid van meningsuiting mag worden voorbijgegaan⁽⁵⁶⁾. Van Wikileaks hadden we toen nog niet gehoord, maar laat de Hoge Raad hier niet doorschemeren dat in bepaalde gevallen het zwijgrecht ook moet worden toegekend aan personen die in strikte zin niet onder de definitie van journalist vallen?

XVI. Persvrijheid vs bescherming van de persoonlijke levenssfeer

Met betrekking tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer door het portretrecht werd hier

en daar geopperd dat de geportretteerde door het arrest van het EHRM in de zaak *Reklos t. Griekenland* een verbodsrecht zou hebben gekregen en dat hij zich niet alleen tegen openbaarmaking maar ook tegen het maken, bewaren en kopiëren van zijn portret kan verzetten⁽⁵⁷⁾. Het uitgangspunt echter, dat er bij verzet tegen een publicatie van een portret zonder dat daartoe opdracht of toestemming is gegeven een belangenafweging dient plaats te vinden, is niet anders geworden door het arrest. Bij lezing van het arrest dient men immers rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van dat geval. Het betrof in deze Griekse zaak foto's van een pas geboren *baby* in een ziekenhuis. De foto's waren gemaakt in opdracht van het ziekenhuis zonder dat op enigerlei wijze de ouders daarvoor toestemming gevaagd was. Toen de ouders bemerkten hadden dat er foto's waren gemaakt, maakten zij niet alleen bezwaar tegen publicatie maar eisten zij ook de negatieven en afdrukken op. Het ziekenhuis weigerde de negatieven en afdrukken af te geven. Een afweging tegenover de informatievrijheid was in het geheel niet aan de orde. Het toetsingskader in die zaak was uitsluitend art. 8 EVRM.

Een jaar na het arrest wees de Rechtbank Amsterdam op deze bijzondere omstandigheden en vond in de zaak *Reklos* geen aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag hoe te handelen in het geval sprake is van een botsing tussen art. 8 en art. 10 EVRM⁽⁵⁸⁾. Geen zelfbeschikkingsrecht van de geportretteerde dus, maar belangenafweging van *privacy*-bescherming en informatievrijheid. De bekende voetballer Johan Cruijff beriep zich vergeefs op zijn portretrecht om zich te verzetten tegen de publicatie van het boek *Johan Cruijff – De Ajacied* (met uiteraard tal van foto's van het fenomeen).

Ook in een andere zaak speelde *Reklos* geen rol. Kroonprins Willem-Alexander was met vrouw en kinderen in de zomer van 2009 op skivakantie in

(55) EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 met noot E.A. ALKEMA (*Sunday Times t. VK*); EHRM 27 maart 1996, NJ 1996, 577, met noot E.J. DOMMERING (*Goodwin t. UK*); EHRM 24 februari 1998, NJ 1998, 360 (*De Haes en Gijssels*); EHRM 21 januari 1999, NJ 1999, 713 (*Fressoz en Roire*). Zie verder het themanummer van *Mediaforum* 2008-5 «Wie is een journalist?»; daarin o.m. G.A.I. SCHUIJT, «De juridische relevantie van de begrippen "journalist" en "journalistieke werkzaamheden"», pp. 191-197 en D. VOORHOOF, «Krijgen journalisten een streepje voor in Straatsburg?», pp. 197-203. Zie ook G.A.I. SCHUIJT, *Vrijheid van nieuwsgaring*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2006, pp. 26-27, alsmede E.J. DOMMERING, «Nieuws en geheime informatie(bronnen) - De Telegraaf tegen de AIVD», *Ars Aequi* 2009, pp. 818-828. Hij is het niet eens met de functionele benadering door de HR in de zaak *Van Gestelen t. Hemelrijk* en bepleit dat aan de hand van materiële

criteria wordt vastgesteld of men met «de pers» of «een journalist» te doen heeft.

(56) HR 25 november 2005, *Mediaforum* 2006-1, nr. 1.

(57) EHRM 15 januari 2009, nr. 1234/05, NJ 2009, 524 met noot E.J. DOMMERING; *Mediaforum* 2009-5 nr. 16 met noot F.F. BLOKHUIS; AMI 2009-5, nr. 18 met noot E.J. DOMMERING (*Reklos & Davourlis t. Griekenland*).

(58) Rb. Amsterdam 14 april 2010, B9 8761; *Mediaforum*. 2010-6, nr. 16 met noot J.D. HOLTHUIS; AMI 2010-6, nr. 16 met noot J.C.S. PINCKAERS (*Cruijff t. Tirion*). Zie ook R.D.C. CHAVANNES, «Fotograferen verboden», www.nu.nl/column/1947401, alsmede de discussie tussen Dommering en Pinckaers: E.J. DOMMERING, «Portretrecht en privacy», AMI 2009-4, pp. 142-143; J.C.S. PINCKAERS, «Naschrift», AMI 2009-4, pp. 144-145. Pinckaers overtuigt meer dan Dommering. Hij heeft in elk geval de Rechtbank Amsterdam aan zijn zijde.

Argentinië, het geboorteland van zijn echtgenote. De bestemming hadden zij opzettelijk geheim gehouden om verlost te zijn van nieuwsgierige *paparazzi*. Als tegenprestatie had het paar van tevoren een fotosessie voor de pers georganiseerd in de hoop dat het verder met rust zou worden gelaten. Het gezelschap werd echter ontdekt op een openbare piste en gefotografeerd door een medewerker van Associated Press (AP) en een freelance fotograaf die de foto's aan AP verkocht. Het Persbureau bood de foto's via een «satellite stream» aan de Nederlandse media voor publicatie aan en dat vond de Voorzieningenrechter schending van de *privacy* van de kroonprins c.s. en een onrechtmatige openbaarmaking. Volgens de rechter moet het internationaal persbureau vóórdat het portretten voor publicatie aan de media aanbiedt van geval tot geval nagaan of een inbreuk op de *privacy* wordt gerechtvaardigd door de nieuws-waarde daarvan⁽⁵⁹⁾. Een veel bekritiseerde uitspraak. De rechter had beter de verantwoordelijkheid bij de Nederlandse media kunnen leggen dan bij een internationaal persbureau. Hij zou voorts onvoldoende oog hebben gehad voor de verschillen met het arrest *Caroline von Hannover*, die anders dan prins Willem-Alexander géén officiële functie bekleedt en die – ook anders dan de prins – werd gefotografeerd op afgeschermd terrein. Bovendien kon men stellen dat publicatie van de foto's van het kroonprinselijk gezin verband hield met het maatschappelijk debat over bijvoorbeeld de financiering van het koningshuis en kritiek op het niet bekend maken van de vakantiebestemming.

Er zijn in het vonnis echter ook positieve punten voor de persvrijheid te lezen. Eisers kregen lang niet alles waar zij om vroegen. Het verbod was beperkt tot vier concrete foto's en een verbod om in de toekomst andere privéfoto's te koop aan te bieden werd niet gegeven. Bovendien maakte de rechter een strikt onderscheid tussen het maken en publiceren van foto's. Het maken als zodanig is niet ongeoorloofd zolang het niet heimelijk gebeurt en de fotograaf op een gepaste afstand blijft. Een gemaakte foto waarvan de publicatie wegens schending van de *privacy* aanvankelijk niet geoorloofd is, kan eventueel later nieuws-waarde krijgen of een bijdrage leveren aan het publieke debat, waardoor publicatie wel gerechtvaardigd kan zijn. Hiermee gaf de Voorzie-

ningenrechter impliciet te kennen dat volgens hem met betrekking tot het maken en bewaren van foto's in deze situatie de zaak *Reklos* niet van toepassing is. Tenslotte is deze beslissing van belang voor de juridische betekenis van de door de Rijksvoorlichtingsdienst opgestelde Mediacode in het bijzonder met betrekking tot het fotograferen van leden van het Koninklijk Huis. De code geeft ook aan dat persfotografen die de code onderschrijven worden uitgenodigd voor zogenaamde persmomenten, waarop foto's gemaakt mogen worden die ook mogen worden gepubliceerd. Over het verwijt aan Associated Press dat het zich niet aan deze Mediacode had gehouden, merkt de voorzieningenrechter op dat de code de door de rechter te maken belangenafweging bij publicatie van andere portretten, bijvoorbeeld van die welke buiten genoemde «persmomenten» gemaakt zijn in de publieke ruimte, niet overbodig. De Mediacode kan niet worden aangemerkt als een rechts bindende overeenkomst tussen eisers of de RVD enerzijds en de journalistiek anderzijds⁽⁶⁰⁾.

XVII. Geen blad voor de mond

Het lijkt er op dat naarmate men in het publieke debat meer en meer geen blad voor de mond neemt, ook de rechtspraak toleranter wordt en de burger de vrijheid geeft «to shock, offend and disturb», hoewel niet altijd expliciet naar deze fameuze overweging van het EHRM wordt verwezen⁽⁶¹⁾. We noteren als niet beledigend (uiteraard in de context van het desbetreffende geval) «kwakzalver», «asociaal wijf», «oplichters», «boevenbende», «bandieten», «pathologische leugenaar» alsmede een poster met de tekst «Reisbureau Rita: arrestatie, deportatie, crematie; adequaat tot het bittere einde», aan het adres van minister Rita Verdonk na de brand in een detentiecentrum voor asielzoekers op luchthaven Schiphol in 2005 waarbij elf gedetineerden om het leven kwamen⁽⁶²⁾. Maar ook in Nederland is niet alles toegestaan: een bekende advocaat een «maffiamaatje» noemen, politieagenten «vuile homo's, homofielen, vieze smerissen» of gewoon «homo» of «homofiel» alsmede «sukkels, klootzakken, losers, kankerlijers». De opvatting, dat politieagenten een «dikker huid» behoren te hebben dan gewone burgers, vindt vol-

(59) Rb. Amsterdam (voorz.) 28 augustus 2009, *LJN* BJ6330, *Mediaforum* 2009-10, nr. 30 (*Skivakantie kroonprins c.s.*).

(60) De Mediacode is gepubliceerd op www.koninklijkhuis.nl; uitvoerig en kritisch over de mediacode: G.A.I. SCHUIJT, *Vrijheid van nieuwsgaring*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2006, pp. 302-310.

(61) EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146.

(62) Resp. HR 15 mei 2009, *LJN* BH1193, *NJ* 2009, 372 met noot E.J. DOMMERING; ook: *Mediaforum* 2009-7/8, nr. 23 met noot D. GRIFFITHS (*Ver. t. Kwakzalverij/ Sickesz*); Rb. Haarlem (ktr.) 25 februari 2009, *LJN* BH5203; Voorz. Rb. Amsterdam 10 september 2009, *LJN* BJ7440; Hof Amsterdam 22 september 2009 B9 8216; HR 16 juni 2009, *NJ* 2009, 379 met noot E.J. DOMMERING (*Reisbureau Rita*).

gens de Hoge Raad in zijn algemeenheid geen steun in het recht⁽⁶³⁾.

XVIII. Cartoons

Hoewel in verscheidene Nederlandse media de befaamde, het islamgeloof hekelende, *cartoons* van de Deense krant *Jyllands-Posten* werden gepubliceerd besloot het Openbaar Ministerie niet tot vervolging over te gaan. Maar grote verwondering en kritiek wekte in mei 2008 de arrestatie van de Nederlandse cartoonist Gregorius Nekschot omdat zijn *cartoons* beledigend voor moslims en mensen met een donkere huidskleur zouden zijn. Het leidde tot een spoeddebat in de Tweede Kamer, waarin minister van Justitie Hirsch Ballin moest verklaren dat hij geen actieve rol had gespeeld bij het besluit van het Openbaar Ministerie de tekenaar te arresteren. Drie maanden later deelde het Openbaar Ministerie mee dat het de *cartoons* strafbaar vindt, maar dat Nekschot, mede omdat hij een aantal tekeningen en teksten van zijn website had verwijderd, niet vervolgd zou worden. Blijven over de vragen waarom Nekschot moest worden gearresteerd en in voorarrest worden genomen en waarom het niet opportuun was Nekschot te vervolgen. Nu is er geen rechter aan te pas gekomen om te oordelen of deze inbreuk op de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk was in een democratische samenleving en of hij terecht onder druk de *cartoons* van zijn site heeft gehaald.

Precies op die laatste vraag haakte een andere tekenaar in met een *cartoon*, die als een soort tegenactie werd gepubliceerd op de site van de Arabisch-Europese Liga: twee ogenschijnlijk joodse mannen bestuderen een bordje waarop «Auswitch» staat. De ene man zegt: «I don't think they are Jews» en de andere: «We have to get to the 6.000.000 somehow». Weer stelde het Openbaar Ministerie voor om niet te vervolgen op voorwaarde dat de tekening van de site zou worden gehaald. Dat weigerde de Liga. De rechtbank Utrecht erkende dat de tekenaar de dubbele moraal had willen aantonen die maakt dat een grievende cartoon over de profeet Mohammed is

toegestaan, terwijl een cartoon over een historisch trauma die joden en vele anderen grieft, dit niet zou zijn. Het Hof Arnhem vernietigde dit vonnis echter. De louter subjectieve intentie van verdachte is niet beslissend volgens het hof. Als bepaalde uitlatingen in hun context moeten worden beschouwd, dan moet die context voor derden kenbaar zijn en moet naar objectieve maatstaven de context zodanig zijn, dat het beledigende karakter van de betreffende uitlating wegvalt⁽⁶⁴⁾.

XIX. Het proces Wilders

Het meest echter was Nederland, als het om de vrijheid van meningsuiting gaat, in de greep van het proces tegen de rechts-populistische politicus, leider van de Partij voor de Vrijheid (PVV), Geert Wilders. Nog in 2008 vond de Voorzieningenrechter in Den Haag in een kort geding, aangespannen door de Nederlandse Islamitische Federatie, dat Wilders' uitlatingen over de islam en de koran civielrechtelijk niet verboden konden worden. Wilders had de islam en de Koran «fascistisch» genoemd, de Koran betiteld als «de islamitisch *Mein Kampf*» en de profeet Mohammed als een «barbaar». De Voorzieningenrechter overwoog: de uitlatingen van gedaagde in kwestie, beschouwd in hun context, houden rechtstreeks verband met diens politieke opvattingen. Zij zijn als zodanig voor hem van betekenis in het maatschappelijk debat over de positie van de islam in Nederland, de oorzaken van moslimextremisme en integratievraagstukken. In het bijzonder voor een parlementariër geldt dat hij in het openbaar debat ook buiten de Tweede Kamer, zo nodig met scherpste, zijn standpunt naar voren moet kunnen brengen. In dit licht bezien kan niet worden gezegd dat gedaagde met de door hem gekozen bewoordingen, ofschoon provocerend, oproept tot haat of geweld tegen moslims⁽⁶⁵⁾.

Er was ook een achttal klachten binnen gekomen met het verzoek Wilders strafrechtelijk te vervolgen, maar het Openbaar Ministerie zag daarvan af. Tegen die beslissing gingen klagers op grond van

(63) Hof Amsterdam 24 mei 2007, *Mediaforum* 2007-6, nr. 21, met noot A.J. NIEUWENHUIS (*Moszkowicz t. Kelder*); HR 19 december 2000, NJ 2001, 101 (strafkamer); Hof 's-Hertogenbosch 28 december 2007, *LJN* BC0815; HR 22 september 2009, *LJN* BI5623. Dat de Hoge Raad het woord homo ook beledigend vond, viel in homofiele kringen niet altijd in goede aarde: G. SPONG, «Een homo-discriminatoire rechterlijke uitspraak», *NJB* 2004, 12, p. 632; zie ook R. DE WINTER, «Belediging van agenten: tóch nooit een "gewoon" beroepsrisico?», *NJB* 2009-35, p. 2270.

(64) Rb. Utrecht 22 april 2010, *LJN* BM1984 en *LJN* BM1987, *Mediaforum* 2010-5 nr. 14 met noot A.J. NIEUWENHUIS (strafzaak AEL); Hof Arnhem 19 augustus 2010, *LJN* BN4204 (strafzaak AEL). Zie hierover ook: E.J. DOMMERING, «De dubbele moraal van het groepsbeledigen in cartoons; een fictieve redevoering ter gelegenheid van het niet op 30 september gevierde vijftigjarige jubileum van de Deense cartoonrellen (9/30)», *NJB* 2010-35, pp. 2264-2268.

(65) Rb. 's-Gravenhage (voorz.) 7 april 2008, *LJN* BC8732 (*Islamitische Federatie t. Wilders*).

art. 12 Wetboek van Strafvordering in beroep bij het Gerechtshof Amsterdam en dat besliste dat Wilders wél vervolgd moest worden⁽⁶⁶⁾. Ten aanzien van de klacht over belediging van een groep op grond van ras en/of geloofsovertuiging is het hof genuanceerd⁽⁶⁷⁾. Het oordeelt dat een aantal van Wilders' gewraakte uitlatingen wel degelijk strafbaar is, maar dat het algemeen belang niet tot strafrechtelijke vervolging noopt «De traditie binnen de Nederlandse debatcultuur is gebaseerd op een grote mate van tolerantie ten opzichte van elkaars opvattingen». Het hof maakt evenwel een uitzondering voor uitlatingen waarbij vergelijkingen met het nazisme worden gemaakt («fascistische islam» en «de Koran als «het islamitische *Mein Kampf*»»). Die acht het hof dermate beledigend voor moslimgelovigen dat zij binnen het bereik van het strafrecht kunnen worden gebracht. Ook vindt het hof dat Wilders vervolgd dient te worden voor een aantal uitlatingen, waarmee wordt aangezet tot haat jegens een groep op grond van ras of geloof, zoals «De grenzen dicht, geen islamieten meer in Nederland, veel moslims Nederland uit». Het hof acht bij bewezenverklaring een mogelijke veroordeling van Wilders niet in strijd met de vrijheid van meningsuiting en de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van art. 10 van het EVRM.

Het rechtstreeks op televisie uitgezonden proces tegen Wilders bij de rechtbank Amsterdam werd wat velen ervan hadden gevreesd. Wilders speelde de rol van slachtoffer van inbreuk op zijn vrijheid van meningsuiting en zijn politieke vrijheid en daarmee werd het inderdaad een politiek proces, ook al deden de rechters er alle moeite voor om elke schijn van partijdigheid te vermijden. Hetgeen, in de ogen van Wilders niet lukte. Eenmaal wraakte hij de rechters wegens schijn van partijdigheid zonder succes, maar op het eind van het proces trof een nieuw wrakingsverzoek doel. Het proces werd in 2011 in zijn geheel over gedaan met andere rechters⁽⁶⁸⁾. Op 23 juni 2011 deed de rechtbank uitspraak⁽⁶⁹⁾. Met betrekking tot de aanklacht van groepsbelediging (art. 137c, lid 1, Wetboek van Strafrecht) is het oordeel dat de gewraakte uitlatingen niet gericht zijn op een groep mensen wegens hun godsdienst, maar op de islam en de Koran. Ook van de film *Fitna* vindt de rechtbank dat de bewoordingen daarin onmiskenbaar betrekking hebben op de islam. Moslims worden immers niet genoemd en uit de film blijkt niet dat Wil-

ders met deze uitlating op zich negatieve conclusies over moslims trekt. Volgens de rechtbank is evenmin sprake van aanzetten tot haat of discriminatie (art. 137d, Wetboek van Strafrecht). Om aan te kunnen zetten tot haat, een extreme emotie van diepe afkeer en vijandigheid, moet de uitlating welhaast altijd een krachtversterkend element bevatten, en dit element is niet aanwezig in de uitspraken of uitlatingen van Wilders. Een aantal uitspraken van Wilders beschouwt de rechtbank als uitlatingen van politieke voorstellen in het kader van het publieke debat en als kritiek op het regeringsbeleid of op plannen van anderen in het politiek bestuurlijke speelveld. Een politicus moet in beginsel zeer veel ruimte worden geboden om zijn standpunt voor het voetlicht te brengen. De uitlatingen van Wilders moeten immers worden gezien als voorstellen die hij hoopt te verwezenlijken nadat hij op democratische wijze aan de macht is gekomen. De rechtbank is ook van oordeel dat de film *Fitna* in zijn geheel gezien, in de context van het maatschappelijke debat, waarbij de nadruk wordt gelegd op de in de ogen van Wilders noodzakelijke waarschuwing tegen de islam als religie, niet aanzet tot haat. De film bevat evenmin uitlatingen of fragmenten die kunnen beschouwd worden als aanzet tot discriminatie. Van een aantal uitlatingen vindt de rechtbank wel dat ze de indruk geven dat de toename van het aantal moslims in Nederland negatieve gevolgen heeft voor de samenleving. Waar Wilders oproept dat er «een strijd gaande (is) en we (ons) moeten verdedigen», is wel sprake van een aansporing met een opruiend karakter. Volgens de rechtbank begeeft Wilders zich hiermee «op de grens van het strafrechtelijk toelaatbare», maar omdat Wilders ook liet verstaan dat hij niets heeft tegen de moslims, maar enkel iets heeft tegen de islam is er geen sprake van het aanzetten tot de extreme emotie van diepe afkeer of vijandigheid en is er dus geen aanzet tot haat, aldus het vonnis. De Wilders ten laste gelegde feiten van groepsbelediging en aanzetten tot discriminatie en haat zijn dus niet bewezen, reden waarom Wilders is vrijgesproken. De Hoge Raad benadrukte eerder ook al dat art. 137c van het Wetboek van Strafrecht dat het zich beledigend uitlaten «over een groep mensen wegens hun godsdienst» strafbaar stelt, niet het zich beledigend uitlaten over een godsdienst impliceert, ook niet indien dit geschiedt op zo'n wijze dat de aanhangers van die godsdienst daardoor in

(66) Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496, *Mediaforum* 2009-3, nr. 8 met noot A.J. NIEUWENHUIS (Vervolging Wilders).

(67) Daarover actueel en grondig: A.J. NIEUWENHUIS, «Tussen grondwettelijke vrijheid en parlementaire onschendbaarheid – De vrijheid van meningsuiting van

de parlementariër», *Tijdschrift voor Constitutioneel recht* 2010-1, pp. 3-24.

(68) Zie het Evaluatierapport van de Commissie-Meijerink: www.njb.nl (Actuele Documentatie, 2011 week 3).

(69) Rb. Amsterdam 23 juni 2011, *LJN* BQ9001.

hun godsdienstige gevoelens worden gekrenkt⁽⁷⁰⁾. Al veel eerder heeft de Hoge Raad er op gewezen dat men beledigende uitingen steeds in hun context dient te lezen⁽⁷¹⁾.

Ondertussen heeft Wilders niet te klagen gehad over zijn rechters. Naast het hierboven al genoemde, door hem gewonnen, kort geding en de rechters die zijn wrakingsverzoek honoreerden én het vonnis van 23 juni 2011 waarmee Wilders vrijuit ging, kan nog worden gewezen op een strafrechtelijke veroordeling van een rapper die Wilders bedreigde door in een rap onder verwijzingen naar de moorden op Pim Fortuyn en Theo van Gogh telkens te vragen «Wie is de volgende?». Het verweer dat een kunstenaar de ruimte moet krijgen om te confronteren en shockeren en dat van een politicus, zeker een politicus die zelf ferme uitspraken voor zijn rekening neemt, een dikkere huid verwacht mag worden dan van een andere burger, trof bij de rechtbank terecht geen doel, ofschoon het een krachtig argument werd bevonden⁽⁷²⁾. En bij het Openbaar Ministerie vond Wilders meteen gehoor toen hij aangifte deed van bedreiging en het Openbaar Ministerie per omgaande een columnist voor verhoor in voorarrest nam, om later tot de conclusie te komen dat de gewraakte column geen bedreiging aan het adres van Wilders bevatte en de columnist dus niet strafbaar was⁽⁷³⁾.

XX. Krantenarchieven *on line*

Dommering noemde het ooit het olifantsgeheugen van het internet. Inderdaad snuffelen in oude jaargangen, in de «leggers» van de papieren kranten, was een tijdrovende aangelegenheid, maar veel kranten en tijdschriften hebben inmiddels al hun oude jaargangen gedigitaliseerd en via het internet toegankelijk gemaakt. Dat brengt «slachtoffers» er soms toe om uit dergelijke bestanden de hun onwelgevallige publicaties te willen laten verwijderen. Zo'n eis werd afgewezen omdat het bericht bij de oorspronkelijke publicatie niet onrechtmatig was⁽⁷⁴⁾. Of omdat de samenleving moet kunnen vertrouwen op een volledige en integere (online)

archivering⁽⁷⁵⁾. Deze rechtspraak sluit aan bij het door het EHRM duidelijk uitgesproken standpunt over de functie van zo'n krantenarchief. Met betrekking tot archiveren van persorganen op het internet, maakt het EHRM onderscheid tussen wat het noemt de primaire rol van de pers als publieke waakhond, terwijl het beschikbaar stellen van digitale archieven volgens het Hof slechts een secundaire rol vervult, hoewel het dat laatste wel een waardevolle functie toedicht⁽⁷⁶⁾. In Nederland rees in een bestuursrechtelijke zaak de vraag of zo'n krantenarchief ook valt onder de exceptie «voor journalistieke doeleinden» in art. 3 van de Wet Bescherming Persoonsgegevens en Richtlijn 95/46/EG, alsmede de Richtsnoeren van het College Bescherming Persoonsgegevens daaromtrent. Het Hof van Justitie EG verschaftte duidelijkheid: deze archivering van eerdere publicaties moet worden beschouwd als verwerking van persoonsgegevens uitsluitend voor journalistieke doeleinden in de zin van art. 9 van de richtlijn, indien de verwerking als enig doel heeft de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën⁽⁷⁷⁾. Onze administratieve rechter sloot zich hierbij aan⁽⁷⁸⁾. De Raad voor de Journalistiek besliste in gelijke zin: De samenleving is gebaat bij goed functionerende, zo volledig mogelijk en betrouwbare archieven, waarvan de inhoud niet kan worden gewijzigd. Alleen in bijzondere gevallen zou een uitzondering kunnen worden gemaakt⁽⁷⁹⁾.

XXI. Raad voor de Journalistiek

Deze Raad voor de Journalistiek kan geadieerd worden naast een actie bij de rechter. De Raad is geen tuchtrechtelijk college, want hij kan geen sancties opleggen. Hij spreekt slechts een oordeel uit over de vraag «of de grenzen zijn overschreden van hetgeen, gelet op de eisen van journalistieke verantwoordelijkheid, maatschappelijk aanvaardbaar is». Er zijn nogal eens klachten over het functioneren van de raad, die variëren van «te traag» tot «tandeloze tijger». Zo waren er de dissertaties van Van Harinxma thoe Slooten en Mentink, als-

(70) HR 10 maart 2009, LJN BF0655, *Mediaforum* 2009-3, nr. 7 (strafzaak).

(71) HR 11 februari 1986, NJ 1986, 689 (*Theo van Gogh*).

(72) Rb. Rotterdam 18 december 2009 LJN BK7104 (strafzaak).

(73) *Aanbangel Handelingen II* 2008/09, nrs. 2862 en 3406.

(74) Voorz. Rb. Amsterdam 19 februari 2010, LJN BL5458, *Mediaforum* 2010-4, nr. 10 m.nt. J.P. van den Brink (*X/Eindhovens Dagblad*).

(75) Rb. Amsterdam 31 maart 2010, LJN BM4462 (*A/De Volkskrant*).

(76) EHRM 10 maart 2009, nr. 3002/03 en 23676/03, NJ 2010, 109 m. nt. E.J. Dommering; *Mediaforum* 2009-4, nr. 11 m. nt. J. van Hoboken 23676/03 (*Times/UK*).

(77) HvJEG 16 december 2008, nr. C73-07, *Mediaforum* 2009-2, nr. 5 m. nt. Q. Kroes; ook *Computerrecht* 2009, nr. 109 m. nt. S. de Schrijver.

(78) ARRVs 8 september 2010, LJN BN1672; *Mediaforum* 2010-11/12, nr. 31 met noot T. SCHIPHOF.

(79) RvdJ 15 november 2007, nr. 2007/67 (*X t. Ublad*).

mede het rapport van een commissie van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht⁽⁸⁰⁾. En zelf kwam de Raad in 2009 met een nieuwe aanpak voor de werkwijze in het beleidsplan «Bouwstenen voor een tweede jeugd»⁽⁸¹⁾. In 2007 had de Raad al een ander loffelijk initiatief genomen door een Leidraad te formuleren en wel aan de hand van de eigen oordelen die hij heeft geveld naar aanleiding van klachten over journalistieke publicaties of gedragingen. Met nadruk werd het geen «code» genoemd, omdat een niet bindend hulpmiddel werd beoogd voor soms lastige vragen, waarop vaak niet zonder nuanceringen antwoord is te geven. De Raad pleegt de Leidraad ook periodiek bij te stellen⁽⁸²⁾. Dit niet-bindende karakter is door de Hoge Raad onderkend, toen een onderneming in cassatie klaagde over het gebruik van een verborgen camera door een journalist van de TROS. Hij zou zich niet aan de Leidraad van de Raad voor de Journalistiek hebben gehouden en dat zou het Gerechtshof hebben miskend. De Hoge Raad overweegt: wat naar journalistieke maatstaven toelaatbaar is, is in het kader van de door de rechter te verrichten afweging van belangen (het belang van de persvrijheid en het belang van de bescherming van de goede naam) géén rechtens aan te leggen criterium, maar een omstandigheid die weliswaar in de regel gewicht in de schaal zal leggen maar niet doorslaggevend behoeft te zijn⁽⁸³⁾. Overigens had klager over het hoofd gezien dat de Leidraad het gebruik van een verborgen camera ook niet absoluut onaanvaardbaar noemt.

XXII. Vrijheid van nieuwsgaring: bronbescherming en redactiegeheim

Het bevel van het Gerechtshof Amsterdam de journalist Voskuil, die in een strafzaak als getuige weigerde de identiteit van zijn bron te onthullen, te doen gijzelen is al in de twee voorgaande Kronieken ter sprake gekomen, maar nu pas kunnen we melden dat de gijzeling door het EHRM een niet gerecht-

vaardigde inbreuk op de vrijheid van nieuwsgaring werd bevonden⁽⁸⁴⁾. De door het gerechtshof aangevoerde reden, het waarborgen van een eerlijk proces aan de verdachte Mink K. en twee medeverdachten, was niet relevant. Wat de informatie die het gerechtshof van Voskuil probeerde te verkrijgen voor het verloop van het strafproces ook betekend zou hebben, het gerechtshof was er volgens het EHRM niet van weerhouden de merites van de beschuldigingen tegen de verdachten te onderzoeken. Later heeft het hof inderdaad nog zeven andere journalisten alsmede nog twee andere personen gehoord en met de verkregen informatie was het recht op een eerlijk proces kennelijk voldoende gewaarborgd. De andere reden die het gerechtshof noemde, de integriteit van de politie (en dus het achterhalen van de identiteit van de politiebeambte die de bron van de journalist was geweest) was niet voldoende om het belang van de bronbescherming opzij te zetten. Het EHRM is er verbaasd over hoe ver men in Nederland bereid is te gaan om de identiteit van een klokkenluider te achterhalen en de mogelijkheden waarover de autoriteiten daarvoor beschikken. Dat heeft niet alleen een afschrikkend effect op de vrije journalistiek, maar óók op iedereen die met misstanden in zijn omgeving naar buiten wil komen door die ter kennis van de media te brengen.

Het Hof in Straatsburg wees het Amsterdamse gerechtshof dus gevoelig terecht en de Nederlandse minister van Justitie liet terstond weten dat er een wet moest komen om het verschoningsrecht voor journalisten te regelen, terwijl diezelfde minister eerder tot tweemaal toe schriftelijk aan de Tweede Kamer liet weten dat een wettelijke regeling voor het journalistieke verschoningsrecht geen meerwaarde zou betekenen. Evenals zijn voorganger vond hij dat de uitdrukkelijke aansporing van de Raad van Europa in 2000 niet noodzaakte tot aanpassing van de Nederlandse wet⁽⁸⁵⁾. De rechtspraak bood de rechter voldoende mogelijkheden om tot een verantwoorde afweging van de in het geding zijnde belangen te komen⁽⁸⁶⁾. De minister noemde het arrest van het EHRM in de zaak *Voskuil* de aanleiding, maar naar de reden van de omslag in zijn denken moest men gissen⁽⁸⁷⁾. Sindsdien publiceerde de minister

(80) L.R. van HARINXMA THOE SLOOTEN, *Toegang tot het recht in perszaken*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006; J. MENTINK, *Veel raad, weinig baat - Een onderzoek naar nut en noodzaak van de Nederlandse Raad voor de Journalistiek*, Rotterdam: Donker 2006 (diss. UL); Rapport Studiecommissie Vereniging voor Media- en Communicatierecht, «Klachten over mediapublicaties: Een onderzoek naar de mogelijkheden van eenvoudig toegankelijke niet-rechterlijke procedures», bijlage bij *Mediaforum* 2007-5.

(81) «Jaarverslag Raad voor de Journalistiek 2010», www.rvdj.nl.

(82) www.rvdj.nl.

(83) HR 8 april 2011, *LJN BP6185 (Pretium Telecom t. TROS)*. Zie ook de conclusie van A.-G. HUYDECOPER.

(84) EHRM 22 november 2007, nr. 64752/01, *NJCM-Bulletin* 2008-1, pp. 75-89 met noot G.A.I. SCHUIJT; *Mediaforum* 2008-2, nr. 6 met noot W.F. KORTHALS ALTES (*Voskuil t. Nederland*).

(85) Bedoeld is de Recommendation R (2000) 7; *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 7.

(86) *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nrs. 82 en 117.

(87) *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VI, nr. 92.

alleen nog maar een voorontwerp waarop commentaar geleverd kon worden, een concreet wetsvoorstel is voor advies naar de Raad van State gestuurd, maar daarna is er niets meer van vernomen.

Op het voorontwerp komen we verderop terug. Eerst een andere terechtwijzing van Nederland door Straatsburg. Bij arrest van 14 september 2010 oordeelde de Grote Kamer van het EHRM – anders dan eerder de Kamer – dat Nederland in september 2000 ten onrechte ten kantore uitgeverij Sanoma de redactie van het blad *Autoweek* bevel had gegeven een CD-Rom met foto's ter in beslagname af te staan⁽⁸⁸⁾. De redactie was getipt over tijd en plaats van een illegale straatrace voor auto's met de belofte dat zij de identiteit van de deelnemers niet zou onthullen. Foto's van de race stonden op de CD-Rom. Het Openbaar Ministerie wilde de foto's bekijken, niet zozeer om de identiteit van een der deelnemers te achterhalen, maar – en dat werd er niet bij gezegd tegen de redactie – om een vluchtauto te traceren die betrokken zou zijn geweest bij een ramkraak, waarbij grote hoeveelheden geld bij een bank werden buit gemaakt en waarbij ook een vuurwapen was gebruikt. Na dreigementen dat het hele kantoor van Sanoma, waar ook andere tijdschriftredacties gevestigd zijn, zou worden doorzocht – nota bene, het was de vooravond van het huwelijk van de kroonprins – heeft Sanoma onder protest de CD-Rom afgegeven.

De Grote Kamer van het EHRM stelde vast dat sprake was van een inbreuk op de vrijheid van nieuwsgaring, die moest worden getoetst aan lid 2 van art. 10 EVRM. Het verweer van Nederland dat het niet ging om de identiteit van een bron, een klokkenluider, werd verworpen. Onder verwijzing naar eerdere uitspraken stelt het Hof dat ook inbeslagname van foto- en filmmateriaal van openbare gebeurtenissen en doorzoeking van een redactiekantoor inbreuken zijn op de vrije nieuwsgaring, ook als er geen belofte van vertrouwelijkheid is gedaan. De bedreiging het hele kantoor te zullen doorzoe-

ken, waarbij de opsporingsbeambten toegang zouden hebben tot alle documenten die de journalisten onder zich hebben, had een buitengewoon groot *chilling effect* op de vrijheid van de journalisten. Een *chilling effect* zal er volgens de Grote Kamer altijd zijn wanneer journalisten worden geacht te helpen bij de identificatie van anonieme bronnen. Met de toets of deze inbreuk gerechtvaardigd was onder de criteria van art. 10 lid 2, kwam de Grote Kamer niet verder dan de constatering dat zij niet was voorzien bij wet, in die zin dat de bepaling in het Wetboek van Strafvordering waarop de maatregel was gebaseerd niet voorziet in een dwingende voorafgaande toets door een onafhankelijke rechter.

In Straatsburg liggen op dit moment nóg drie klachten tegen Nederland ter zake van schending van art. 10 op het punt van het journalistieke geheim. Er is inderdaad de afgelopen jaren nog wel het een en ander gebeurd in Nederland op dat gebied. Te veel om allemaal uitgebreid te vermelden⁽⁸⁹⁾. Er ligt een klacht in Straatsburg tegen een beschikking van de Hoge Raad met betrekking tot het bevel tot afgifte ter inbeslagname van de bij *De Telegraaf* belande documenten van de voormalige veiligheidsdienst BVD⁽⁹⁰⁾. De overweging van de Hoge Raad dat de inbeslagname niet diende om de identiteit van een bron te achterhalen, zal het in Straatsburg zeker niet halen, weten we nu. Ook zal het Hof het de Hoge Raad zwaar aanrekenen, schatten wij in, dat hij het door *De Telegraaf* aangereikte, veel minder ingrijpende, alternatief (vernietiging in het bijzijn van een vertegenwoordiger van het OM) niet in de beschouwingen heeft betrokken⁽⁹¹⁾.

Verder liggen er in Straatsburg nog klachten tegen een volstrekt overbodige gijzeling van de journalisten van *De Telegraaf* in 2006⁽⁹²⁾ en het afluisteren van Telegraafjournalisten door de veiligheidsdienst AIVD, wat door de Hoge Raad slechts ten dele onrechtmatig werd bevonden⁽⁹³⁾. Belangrijke vraag zal ook hier zijn of de Wet op de Inlichtingen-

(88) EHRM 14 september 2010, nr. 38224/03, *Mediaforum* 2010-11/12, nr. 29; uitvoerig daarover G.A.I. SCHUIJT, «Nederland wederom in strijd met art. 10. Hoe verder na Sanoma?», *Mediaforum* 2010-11/12, pp. 346-350. Voor het arrest van de Kamer: EHRM 31 maart 2009, nr. 38224/03, NJ 2009, 450 met noot E.J. DOMMERING (*Sanoma t. Nederland*); ook EHRC 2009, 70 met noot A.J. NIEUWENHUIS; verder: W.F. KORTHALS ALTES, «Sanoma naar de Grote Kamer – Van Hoornse streetraces, ramkraken en het Huwelijk van de Eeuw», *NJB* 2010-5, pp. 287-292; A.W. HINS, «Wat is de belofte van een journalist waard? – Vrijheid van nieuwsgaring na het arrest *Sanoma tegen Nederland*», *Mediaforum* 2009-5, pp. 202-2006.

(89) Zie daarover G.A.I. SCHUIJT, «Journalistieke bronbescherming met of zonder wet?», in D. VOORHOOF (red.), *Het journalistieke brongebied ontbald*, Brugge:

die Keure, pp. 63-68; W. HINS, M. GROOTHUIS en C. WIERSMA, *Persvrijheidsmonitor Nederland 2009*, Diepen: AMB, pp. 16-37; E.J. DOMMERING, «Nieuws en geheime informatie(bronnen) - *De Telegraaf* en de AIVD», *Ars Aequi* 2009, pp. 818-823.

(90) HR 25 maart 2008, NJ 2009, 452; ook: *Mediaforum* 2008-5, nr. 18 met noot G.A.I. SCHUIJT.

(91) Dit alles los van de vraag of het niet reeds zal stranden wegens gebrek aan wettelijke basis, waarbij zij aangekend dat het materiaal was verzegeld in afwachting van een rechterlijke beslissing.

(92) Zie ook W.F. KORTHALS ALTES, «Onnodige gijzeling», *Mediaforum* 2007-1, p. 1.

(93) HR 11 juli 2008, NJ 2009, 451 met noot E.J. DOMMERING; ook *Mediaforum* 2008-11/12, nr. 36 met noot F. FERNHOUT.

en Veiligheidsdiensten die bijzondere bevoegdheden aan de AIVD toekent door het Hof voldoende kwaliteits zal worden toegedacht ter bescherming van het journalistieke (bron)geheim⁽⁹⁴⁾.

Vermeldenswaard is nog het arrest van de Hoge Raad over de huiszoeking en inbeslagneming bij het links radicale blad *Ravage* in 1996 (!), waar een claimbrief van een terreurgroep met betrekking tot drie aanslagen was binnengekomen en waarover wij in de vorige kroniek berichtten. De Hoge Raad noemde huiszoeking bij een journalist een ingrijpende maatregel, mede omdat daardoor toegang kon worden verkregen tot andere, door art. 10 EVRM beschermde gegevens waarover de journalist beschikt. De staat moest gemotiveerd stellen en zo nodig bewijzen dat een dergelijke inbreuk noodzakelijk was. Dus *avant la lettre* in overeenstemming met de hierboven genoemde *Sanoma*-uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM. De Hoge Raad had de zaak terugverwezen omdat het aan de feitenrechter is te beoordelen of die noodzaak inderdaad aanwezig was⁽⁹⁵⁾. Die vond dat de staat de noodzaak genoegzaam had aangetoond en dat de huiszoeking en inbeslagneming grotendeels niet onrechtmatig waren. De redactie van het blad kreeg geen schadevergoeding⁽⁹⁶⁾. Het cassatieberoep hiertegen werd verworpen⁽⁹⁷⁾.

Met het aangekondigde wetsontwerp bronbescherming van journalisten lijkt het inmiddels aangetreden nieuwe kabinet van VVD en CDA met gedoogsteun van de PVV geen haast te maken. Of sleutelt het nog steeds aan het voorontwerp? Dat zou inderdaad nodig zijn, want op het voorontwerp valt veel kritiek te leveren⁽⁹⁸⁾. Juist op de gesignaleerde knelpunten biedt het geen soelaas: nog steeds geen hoger beroep en cassatie tegen een bevel tot gijzeling van een journalist, alleen bronbescherming over de herkomst van gegevens die hem «zijn toevertrouwd» (terwijl het EHRM de eis van vertrouwelijkheid juist niet stelt en uitgaat van een veel ruimer redactiegelheim) en *last not least* het ontbreken van enigerlei bepaling die journalisten en redactielokalen moet beschermen tegen inbeslagneming, huiszoeking en af luisteren, terwijl daar de ene na de andere procedure over moest worden gevoerd.

XXIII. Strafbare feiten bij de nieuwsgaring

Mogen journalisten strafbare feiten plegen bij het vergaren van hun nieuws en informatie? Men denke aan diefstal, verduistering of heling van documenten of andere informatiedragers, het plaatsen van af luisterapparatuur, werken met verborgen camera en microfoon, inbreken in computerbestanden e.d. Ook journalisten dienen zich aan de wet te houden, aldus het EHRM, maar er kunnen omstandigheden zijn dat een veroordeling van een journalist die in het kader van de nieuwsgaring de wet overtrad, niet noodzakelijk is in een democratische samenleving en dus in strijd met art. 10⁽⁹⁹⁾. In Nederland ziet men bij een strafrechtelijke vervolging van een journalist, dat de rechter in elk geval nagaat of een eventuele veroordeling de toets aan art. 10 lid 2 EVRM kan doorstaan, zonder dat de journalist daar overigens altijd mee vrij uit gaat.

Een journalist probeerde in 2005 een lacune in het bancaire systeem van automatische incasso's aan te tonen door in te breken in het computersysteem van een bank en valse incasso-opdrachten te verstrekken. Het Gerechtshof Amsterdam erkende dat de journalist zonder de ondersteuning van zijn actie weinig of nauwelijks voet aan de grond zou hebben gekregen voor zijn bewering en toetste de vervolging en eventuele veroordeling als een inbreuk op de vrijheid van nieuwsgaring aan art. 10 lid 2 EVRM. Met echter als resultaat dat de journalist zijn doel voorbij geschoten was en een minder ingrijpende methode had kunnen kiezen om zijn stelling te staven. Het Hof achtte hem schuldig maar legde geen straf op. Het cassatieberoep werd verworpen⁽¹⁰⁰⁾.

Een persfotograaf en een journaliste weigerden in 2003 gevolg te geven aan een bevel van de politie om het erf van een boerderij te verlaten, waar in verband met de vogelpest loslopende dieren zouden worden afgeschoten. Hun strafrechtelijke veroordeling bleef bij de Hoge Raad in stand. Volgens de Hoge Raad had het gerechtshof terecht de inbreuk op de vrijheid van nieuwsgaring gerechtvaardigd geoordeeld in het belang van de bescherming van de veiligheid en gezondheid. Daarbij had het hof laten meewegen dat de journalisten vanaf het toegangshek hun werk hadden kunnen voortzetten⁽¹⁰¹⁾.

(94) Daarover ook; Hof Amsterdam 13 oktober 2009, *LJN* BK0003, *Mediaforum* 2009-11/12, nr. 31 met noot I.J. DE VRÉ.

(95) HR 2 september 2005, *Mediaforum* 2005-10, nr. 31.

(96) Hof Amsterdam 29 november 2007 (*Ravage*).

(97) HR 18 september 2009, *LJN* BI 7191 (*Ravage*).

(98) Het is gepubliceerd in *Mediaforum* 2008-11/12, pp. 466-472 met commentaar van W.F. KORTHALS ALTES.

(99) EHRM 21 januari 1999, *NJ* 1999, 713 (*Fressoz & Roire t. Frankrijk*); zie verder G.A.I. SCHUIJT, *Vrijheid van nieuwsgaring*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, pp. 69-90.

(100) Hof Amsterdam 8 maart 2005, *LJN* AS9143; HR 5 december 2006, *LJN* AY8343 (valse incasso-opdrachten).

(101) HR 23 januari 2007, *NJ* 2007, 94.

De journalist Alberto Stegeman was de afgelopen jaren verscheidene malen in het nieuws om zijn spectaculaire wijze van nieuwsgaring, waarbij hij keer op keer de wet overtrad. Voor het werken met een verborgen camera in een particuliere woning had de journalist volgens de rechter niet een rechtvaardigingsgrond aangezien hem andere, minder bezwaarlijke, wegen ten dienste stonden om zijn doel te bereiken⁽¹⁰²⁾. Dat had hij in eerste instantie ook niet toen hij met een vals pasje het beveiligde deel van luchthaven Schiphol wist binnen te dringen en zo trachtte aan te tonen dat het daar nogal schortte aan de beveiliging. De Rechtbank Haarlem beoordeelde de eventuele veroordeling als een inbreuk op Stegemans vrijheid van nieuwsgaring, maar de door hem gepleegde valsheid in geschrifte en het binnendringen op Schiphol werden niet proportioneel bevonden. In hoger beroep slaagde Stegeman echter wel met zijn beroep op de vrijheid van nieuwsgaring. Zijn actie was nodig om een ernstige misstand aan de kaak te kunnen stellen. De Nederlandse Grondwet bepaalt in art. 94 dat wetbepalingen buiten toepassing moeten worden gelaten, indien die toepassing strijdigheid oplevert met eenieder verbindende verdragsbepalingen. Het Gerechtshof Amsterdam liet dus de door Stegeman overtreden artt. 225 en 461 van het Wetboek van Strafrecht buiten toepassing en ontsloeg Stegeman van rechtsvervolging. Wel werd hij veroordeeld voor het voorhanden hebben van een valse pas, ook nog enige tijd ná zijn televisieuitzending. Dat was niet langer proportioneel ten opzichte van het te dienen maatschappelijk belang⁽¹⁰³⁾. Enkele jaren eerder, in 2007, zag het Openbaar Ministerie af van vervolging, toen hij onbevoegd een militaire basis wist binnen te dringen. De Rechtbank Den Haag wilde in 2009 aannemen dat de hoofdredacteur van *Revv* feitelijke onderbouwing nodig had om aan te tonen dat de beveiliging van privé-mailboxen van bewindslieden gebrekkig was. Dat kon niet anders dan door het hacken van de e-mailbox van een staatssecretaris. Anders zou het verhaal beduidend minder journalistieke waarde hebben. Strafvervolging

daarvoor zou daarom in strijd zijn met art. 10 lid 2 EVRM, zodat de hoofdredacteur ter zake van dat feit werd ontslagen van rechtsvervolging. Dat gold echter niet voor het vervolgens kennis nemen van de inhoud van de *mailbox* en het installeren van een programma waardoor alle *e-mails* ook direct bij de hacker zouden binnenkomen. Het doel was bereikt en hiermee schoot men te ver door⁽¹⁰⁴⁾. Maar toen het ene persbureau bij het andere inbrak in het computersysteem waardoor het zich toegang verschafte tot afgeschermd berichten van een concurrent, gold dat in goed Nederlands gewoon als «jatten»⁽¹⁰⁵⁾.

Literatuur

A.L.J. Janssen & A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2008 (2^e dr.); E.J. Dommering, *Gevangen in de waarneming. Hoe de burger de communicatiemiddelen overnam en zelf ook de bewaking ging verzorgen*. Afscheidscollege UvA, Amsterdam Cramwinckel 2008. E.J. Dommering, *De achtervolging van Prometheus. Over vrijheid en bezit van informatie*, Amsterdam: Cramwinckel 2008; N. van Eijk & B. Hugenholtz (red.), *Dommeringbundel. Opstellen over informatierecht aangeboden aan prof. mr. E.J. Dommering*, Amsterdam: Cramwinckel 2008. D.J.G. Visser (red.) *Commercieel portretrecht. 30 Jaar 't Schaep met de 5 Pooten*, Amstelveen 2009; A.W. Hins, *Smaad door de Staat. Rede uitgesproken bij aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar in het pers-, omroep- en mediarecht*, Amstelveen: deLex 2010; A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011 (3^e geheel herz. dr.); W. Hins, M. Groothuis en C. Wiersma, *Persvrijheidsmonitor Nederland 2009*, Diemen: Uitgeverij AMB 2010; W. Hins, M. Groothuis en C. Wiersma, *Persvrijheidsmonitor Nederland 2010*, Diemen: Uitgeverij AMB 2011; J. van den Brink & O. Volgenant, «Kroniek persrecht 2006-2009», *Mediaforum* 2009-10, p. 350-364; J. van den Brink & C. Wildeman, «Kroniek Persrecht 2009-2010», *Mediaforum* 2011-5, p. 130-147.

(102) Rb. Assen 26 september 2007, *LJN* BB4240 (*Stegeman*).

(103) Rb. Haarlem 29 april 2010, *LJN* BM3106 en BM3074 (undercover op Schiphol); Hof Amsterdam 28 april 2011, *LJN* BQ2981.

(104) Rb. Den Haag 23 november 2009, *LJN* BK4065 (Hacken mailbox).

(105) Hof 's-Gravenhage 16 december 2009, *LJN* BK6789 (*Novum t. ANP*).