

2014•2015
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Een revolutie in het aansprakelijkheidsrecht: fout, schade, causaal verband en ... proportionaliteit

Promotor :
Prof. dr. Koen LEMMENS

Willem Mariën

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2014•2015
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Een revolutie in het aansprakelijkheidsrecht: fout,
schade, causaal verband en ... proportionaliteit

Promotor :
Prof. dr. Koen LEMMENS

Willem Mariën

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

De centrale term binnen deze scriptie is het *chilling effect*. Rechtsonderhorigen worden door het *chilling effect* afgeschrikt in de uitoefening van hun grondrechten, in het bijzonder hun vrijheid van meningsuiting. De rechtsonderhorigen worden afgeschrikt door het waarnemen van een al te strenge overheidsinmenging of schadevergoeding binnen een bepaalde context van de vrijheid van meningsuiting. Het EHRM beschermt zich hier natuurlijk in zekere mate traditioneel reeds tegen door middel van haar proportionaliteitsvereiste, uit het derde materiële beperkingscriterium (nodig in een democratische samenleving). Om de *chilling effects* echter volledig te verbannen was het volgens het EHRM essentieel deze traditionele proportionaliteitstoets, in het bijzonder bij toepassing op de schadevergoeding, binnen haar rechtspraak stapsgewijs nog verder te verfijnen. Om excessieve schadevergoedingen en *chilling effects* te vermijden vereist het EHRM bij haar proportionaliteitstoets vandaag in het bijzonder dat de schadevergoeding, niet in strikte, maar proportionele verhouding staat met de schade aan het legitiem belang en cumulatief geen al te grote impact heeft op de concrete financiële positie van de dader. Het EHRM houdt bij de beoordeling van de schadevergoeding naast de schade dus rekening met verschillende concrete omstandigheden en belangen. Het onderzoek stelt vast dat het EHRM met deze verfijnde proportionaliteitstoets de dreiging van de *chilling effects* uitgebreid heeft erkend, maar eveneens onmiddellijk voor goed naar het verleden heeft verbannen.

Dit staat in fel contrast met het Belgisch recht, dat een totaal verschillend beperkingssysteem kent. Het Belgisch recht kan zich door middel van de zorgvuldigheidsnorm nog wel beschermen tegen disproportionele overheidsinmengingen. Maar op het punt van de proportionaliteit van de schadevergoedingen schiet het volledig te kort. De Belgische rechter kan op het punt van de begroting van de schadevergoeding naast de schade, immers op geen enkele manier rekening houden met de concrete belangen of omstandigheden. Zo staat binnen de context van de grondrechten nationaal de deur voor excessieve schadevergoedingen en *chilling effects* natuurlijk wagenwijd open. Enige doorwerking of implementatie van de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets van de schadevergoeding dringt zich uitdrukkelijk op. Dergelijke revolutie binnen het Belgisch recht zou bovendien volledig in de lijn liggen van de historische visie van de Belgische grondwetgever van 1831 en de huidige visie van het Hof van Cassatie. Bij de keuze van de wijze van implementatie van de Europeesrechtelijke proportionaliteit van de schadevergoeding wordt niet enkel inspiratie gezocht bij de rechtspraak van het EHRM, maar ook bij onze Noorderburen en de Angelsaksische rechtssystemen. Ik opteer ervoor naar Nederlands voorbeeld een matigingsplicht in te schrijven voor onze rechter ingeval van disproportionaliteit. Ik besef echter dat dit één groot nadeel als gevolg kan hebben, een loutere opkomst van enorm lage schadevergoedingen, uit vrees voor het *chilling effect* op de vrijheid van meningsuiting. Dit zou de persoonlijkheidsrechten natuurlijk volledig te grabbel gooien aan de pers als almachtig, calculerend schadeverwekker. Ik opteer er daarom voor de rechter voorafgaand aan zijn matigingsplicht de mogelijkheid te bieden een (licht) punitief karakter te verbinden aan de schadevergoeding. Mijn pleidooien leiden finaal tot een wetsvoorstel dat een evenwichtige beoordelingsbevoegdheid aan de rechter toekent bij de begroting van de schadevergoeding, die toelaat uitgebreid rekening te houden met de concrete omstandigheden en belangen en ook nationaal de *chilling effects* verbant.

Dankwoord

Deze masterscriptie vormt het einde van mijn opleiding tot master in de rechten, met afstudeerrichting Rechtsbedeling, aan de Universiteit Hasselt. Een opleiding die ik met veel plezier en interesse jarenlang heb gevolgd. Ik kan vaststellen dat ik na deze studie aan de Universiteit Hasselt niet enkel een uitstekende juridische, maar ook maatschappelijke vorming heb verkregen. Bijgevolg wens ik dan ook graag mijn dankbaarheid uit te drukken aan alle professoren, en dit voor de vele uren onderricht en het mij kenbaar maken van alle *musts* die noodzakelijk zijn om mijn later beroep efficiënt, juridisch correct, maar eveneens mensgericht uit te oefenen.

Met dit dankwoord wens ik toch ook in het bijzonder mijn promotor Prof. Dr. Koen Lemmens te bedanken. Hij adviseerde mij de afgelopen maanden bij de werkzaamheden aan deze masterscriptie steeds op een erg aangename, maar efficiënte wijze.

Eveneens wens ik mijn familie en vrienden te bedanken voor hun voortdurende steun, in het bijzonder gedurende de laatste weken naar de eindstreep van deze masterscriptie toe.

Inhoudsopgave

| | |
|---|-----------|
| Samenvatting | 1 |
| Dankwoord | 3 |
| Inleiding | 7 |
| Hoofdstuk 1: Het chilling effect | 9 |
| 1.1 Het Supreme Court: Het chilling effect van de overheidsinmenging | 10 |
| 1.2 Het EHRM: Het chilling effect van de overheidsinmenging én de sanctie | 12 |
| 1.2.1 Strafrechtelijke veroordeling | 13 |
| 1.2.2 Burgerrechtelijke veroordeling..... | 15 |
| Hoofdstuk 2: De Europeesrechtelijke grondrechtenbeperking bij art. 10 EVRM 17 | |
| 2.1 De vrijheid van meningsuiting: art. 10 EVRM | 18 |
| 2.2 De Europeesrechtelijke beperkingscriteria | 19 |
| 2.2.1 Bij wet voorzien | 19 |
| 2.2.2 In het belang van een beschermd rechtsgoed | 21 |
| 2.2.3 Nodig zijn in een democratische samenleving | 22 |
| 2.3 Margin of appreciation | 25 |
| Hoofdstuk 3: Proportionaliteitstoets | 27 |
| 3.1 De proportionaliteit van de overheidsinmenging | 29 |
| 3.2 De proportionaliteit van de sanctie | 32 |
| 3.2.1 De proportionaliteit van sancties in het algemeen | 32 |
| 3.2.2 De proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding | 34 |
| 3.2.2.1 Traditionele visie | 34 |
| 3.2.2.2 Genuanceerde visie | 36 |
| 3.2.2.2.1 Het financieel criterium | 36 |
| 3.2.2.2.2 Kritiek op het financieel criterium | 38 |
| 3.2.2.3 Samenvattend kader | 40 |
| Hoofdstuk 4: De invloed van de proportionaliteit op het Belgisch aansprakelijkheidsrecht | 43 |
| 4.1 Het Europeesrechtelijk beperkingssysteem binnen het Belgisch recht | 44 |
| 4.2 Invloed op de klassieke foutvoorwaarde uit art. 1382 BW | 48 |
| 4.3 Aanvulling bij art. 1382 BW: proportionaliteit van de schadevergoeding | 52 |
| 4.3.1 Huidig recht: integrale schadevergoeding..... | 54 |
| 4.3.2 De proportionaliteit van de schadevergoeding: het principe erkend..... | 56 |
| 4.3.3 Moeilijkheden bij de toepassing van de proportionaliteitstoets van de schadevergoeding | 58 |
| 4.3.3.1 De ex aequo et bono beoordeling van de schade..... | 58 |
| 4.3.3.2 Punitive damages | 60 |

| | | |
|-------|--|-----------|
| 4.3.4 | Inspiratie uit het Nederlandse recht | 64 |
| 4.3.5 | De inhoud van de nieuwe proportionaliteitsvoorwaarde | 66 |
| | Conclusie..... | 71 |
| | Bibliografie..... | 73 |

Inleiding

We bevinden ons in 2005, er heerst heel wat commotie binnen het politieke landschap. Verschillende politici worden in verband gebracht met corruptieschandalen. Deze geruchten bereiken hun hoogtepunt in de zomer van 2005. Journalist Peeters publiceert een artikel waarin zelfs onze eerste minister in verband wordt gebracht met flagrante gevallen van corruptie. Na een lange gerechtelijke procedure wordt de journalist in de zomer van 2007 veroordeeld tot een schadevergoeding van maar liefst 100 000 euro. Dit komt als een mokerslag voor journalist Peeters, die na zijn vierde echtscheiding zich reeds in een erg benarde financiële positie bevond. Het vonnis wordt gepubliceerd en de samenleving reageert geschokt. Volkskrant De Avond reageert in een persbericht: "Als een arme journalist, zoals de heer Peeters, reeds een schadevergoeding van 100 000 euro oploopt, wat staat ons dan te wachten? Wij trekken ons volledig terug van de corruptieproblematiek.". En zo geschiedde ook. Het vonnis en in het bijzonder de exorbitante schadevergoeding hebben hun sporen nagelaten, sinds de gerechtelijke uitspraak in 2007 is geen enkel kritisch artikel meer verschenen omtrent het gedrag van onze politici. Geen haan kraait nog om de corruptieverhalen.

Dit volledig fictieve voorbeeld is een prachtig voorbeeld van de problematiek van het *chilling effect*. Het *chilling effect* betreft een afschrikwekkend effect, uitgaande van een exorbitante sanctie, op de verdere uitoefening van de vrijheid van meningsuiting. Het vormt met andere woorden een erg specifieke, bijzondere beperking op de vrijheid van meningsuiting. Na het voorgaande voorbeeld behoeft het weinig uitleg dat dit op een domein van publiek belang uiterst problematisch is.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) behoedt ons traditioneel door middel van enkele specifieke voorwaarden van verschillende beperkingen op de grondrechten. Dit betekent dat het EHRM niet zomaar elke sanctie (= een beperking) op de vrijheid van meningsuiting uit art. 10 EVRM toelaat. Het verbindt drie strikte, materiële beperkingscriteria aan de beperkingen of sanctioneringen van de vrijheid van meningsuiting.

In het bijzonder valt te wijzen op de proportionaliteitsvoorwaarde, binnen het derde beperkingscriterium *nodig in democratische samenleving*. Met betrekking tot een burgerrechtelijke sanctionering, waar dit onderzoek zich op toespitst, vermijdt deze proportionaliteitsvoorwaarde enerzijds dat men verkeerdelijk de aansprakelijkheid uitspreekt (de proportionaliteit van de overheidsinmenging). Anderzijds vermijdt deze voorwaarde de aanname van exorbitante schadevergoedingen (de proportionaliteit van de sanctie).

Dit criterium biedt traditioneel dus reeds een erg goede bescherming, hetzij dat de gehanteerde termen aan de vage kant waren. Voornamelijk de proportionaliteit van de sanctie bleef aan de vage kant, waardoor een groot gevaar voor *chilling effects* bleef bestaan. Het EHRM lijkt dit gevaar nu helemaal weg te werken door de proportionaliteitstoetsing verder te verfijnen. Vandaag lijken alle concrete omstandigheden immers in de begroting van de schadevergoeding te worden opgenomen. In een eerste onderdeel onderzoek ik niet enkel of de *chilling effects* de grondrechtsbescherming van het EHRM, in het bijzonder de proportionaliteitstoets, hebben beïnvloed, ik geef ook een antwoord op de vraag hoe ze dit specifiek hebben gedaan. (Hoofdstuk 3)

Hiervoor is voorafgaand een algemene omschrijving van het *chilling effect* en de Europeesrechtelijke beperkingscriteria van de grondrechten natuurlijk onontbeerlijk. (Hoofdstuk 1 en 2)

Wanneer we naar het Belgisch recht kijken stellen we, in tegenstelling tot de rechtspraak van het EHRM, geen proportionaliteitstoets vast. De Belgische rechter tracht de grondrechten te beschermen van een verkeerdelijke (burgerrechtelijke) sanctionering door middel van de zorgvuldigheidsnorm. Deze focust natuurlijk puur op het aannemen van de aansprakelijkheid of niet (de overheidsinmenging). Ze biedt geen enkele richtlijn voor de sanctie zelf, de schadevergoeding. Dit is natuurlijk uiterst problematisch, gelet op de *chilling effects*, die voornamelijk uitgaan van exorbitante schadevergoedingen.

Natuurlijk geldt wel het beginsel van integrale schadevergoeding. Dit focust echter enkel op de aanwezige schade. Wanneer binnen ons voorbeeld de schade werkelijk 100 000 euro was, zal de arme journalist Peeters nog steeds een voor hem gigantische schadevergoeding te verwerken krijgen. De algemene opinie zal dit nog steeds opvangen als een gigantische disproportionele verhouding, en nog steeds afgeschrikt worden.

Met andere woorden de Belgische rechtsregels schieten, omwille van een gebrek aan een (verfijnde) proportionaliteitsvoorwaarde, te kort om de *chilling effects* vanuit de sanctionering te vermijden. Op dit moment houdt men nationaal bij de begroting van de schadevergoeding immers op geen enkele manier rekening met de concrete belangen en omstandigheden, naast de schade. Het Belgische aansprakelijkheidsrecht snakt naar een revolutie.

Ik ga binnen een tweede onderdeel na in welke mate de ruimere bescherming van het EHRM naar ons Belgisch recht kan en moet worden vertaald. Past dergelijke implementatie binnen de opvatting van de Belgische grondwetgever van 1831 en de huidige opvatting van het Hof van Cassatie? Welke moeilijkheden moeten dan noodzakelijkerwijze worden ontweken? Wanneer finaal zou blijken dat de vertaling van de proportionaliteit naar Belgisch recht mogelijk is stelt zich in het bijzonder de vraag hoe dit moet gebeuren. (Hoofdstuk 4)

Hoofdstuk 1: Het chilling effect

Het *chilling effect* vormt het centrale begrip binnen dit onderzoek. Vrij vertaald betekent dit zoveel als een afschrikwekkend effect. Meer bepaald een afschrikwekkend effect op de uitoefening van grondrechten, in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting of de freedom of speech.

Het *chilling effect* heeft zijn oorsprong binnen de Amerikaanse rechtspraak. Het lijkt dan ook erg opportuun vanuit deze historische achtergrond meer duidelijkheid te verschaffen omtrent de inhoud en de draagwijdte van het begrip *chilling effect*.

Natuurlijk heeft de Amerikaanse rechtspraak met de *freedom of speech* slechts indirect invloed op ons Belgische rechtssysteem. De desbetreffende Amerikaanse rechtspraak over het *chilling effect* op de *freedom of speech* heeft in sterke mate de benadering van de grondrechtenbeperking van het EHRM beïnvloed, maar is natuurlijk niet direct van werking binnen ons Belgische rechtssysteem. Zodra de inhoud en de oorsprong van het begrip *chilling effect* duidelijk zijn lijkt het dan ook opportuun deze Amerikaanse piste te verlaten en het onderzoek te richten op de precieze positie van het *chilling effect* binnen de Europeesrechtelijke context. Deze heeft met de directe werking van art. 10 EVRM immers wel onmiddellijk invloed op het Belgische (aansprakelijkheids)recht.

Het zal duidelijk worden dat het EHRM het *chilling effect* qua inhoud op licht verschillende wijze interpreteert. Maar voornamelijk de oorzaak van het *chilling effect* is totaal verschillend. Het *chilling effect* vindt binnen de rechtspraak van het EHRM meestal niet zijn oorzaak bij de overheidsinmenging, maar wel bij de sanctie zelf die ze daaraan verbindt. De overheidsinmenging betreft het totale oordeel over de situatie, het al dan niet aannemen van een fout. De sanctie is als het ware de precieze straf die men er vervolgens aan verbindt.

Gelet op het feit dat dit onderzoek zich specifiek richt op een mogelijke aanpassing van art. 1382 BW, is het dan ook erg interessant vast te stellen dat het *chilling effect* niet enkel ontstaat vanuit een strafrechtelijke, maar ook vanuit een burgerrechtelijke sanctie.

1.1 Het Supreme Court: Het chilling effect van de overheidsinmenging

We bevinden ons in het jaar 1964 bij het arrest *New York Times Co./Sullivan* van het Amerikaanse Supreme Court. Rechter Brennan maakt het volgende citaat: "Some degree of abuse is inseparable from the proper use of everything, and in no instance is this more true than in that of the press"¹. Dit citaat is voor mij de basis van het *chilling effect* binnen de Amerikaanse rechtspraak. Ik verklaar mij nader.

Het arrest *New York Times Co./Sullivan* bevindt zich binnen de context van de freedom of speech, een beschermingswaardig grondrecht binnen het eerste amendement van de Amerikaanse grondwet. Dit grondrecht staat binnen het arrest lijnrecht ten opzichte van de persoonlijkheidsrechten van een ambtenaar. Het Supreme Court moet de belangenafweging maken tussen het desbetreffende persoonlijkheidsrecht en de waarde van de meningsuiting in kwestie. Het Supreme Court volgt de gedachtegang van rechter Brennan. Het Supreme Court beslist, ondanks haar twijfels omtrent de waarachtigheid van een meningsuiting, deze toch te beschermen. Als men puur kijkt naar de concrete situatie op zich, was dit vanwege de twijfels rond het waarachtig karakter van meningsuiting, erg verwonderingswaardig. Waarom deed het Supreme Court dit?

Het Supreme Court houdt niet enkel rekening met de in het geding zijnde belangen, maar eveneens met het belang van de vrije meningsuiting in haar geheel². Wanneer men de uitoefening van het grondrecht van vrije meningsuiting binnen elke concrete zaak te sterk aan banden zou leggen creëert men een klimaat waar de vrije meningsuiting in haar geheel niet kan overleven³. Dit betekent erg concreet wanneer men een té strenge positie inneemt ten opzichte van iedere licht kritische meningsuiting men (andere) individuen in de toekomst afschrikt van de totale uitoefening van het grondrecht van vrije meningsuiting⁴. Individuen zullen immers vrezen de waarachtigheid van hun meningsuiting niet meer te kunnen bewijzen voor de al te strenge rechter. Men wordt door dergelijke strenge benadering niet enkel afgeschrikt van ongewenste, incorrecte meningsuitingen, maar eveneens van perfect waarheidsgetrouwe, gewenste meningsuitingen. Dit laatste is natuurlijk uiterst problematisch en valt te omschrijven als het secundaire *chilling effect*⁵. Dit betreft een indirect, pervers effect. Individuen worden niet enkel afgeschrikt van het specifiek bestrafte gedrag dat voorwerp uitmaakt van het verbod, maar eveneens van elke gelijkaardige meningsuiting, die misschien wel perfect legitiem is en nuttig voor het publiek debat. Dit is te onderscheiden van het primaire *chilling effect*. Dit houdt in dat enkel en alleen het ongewenste gedrag van individuen dat rechtstreeks voorwerp uitmaakt van het verbod wordt afgeschrikt.

¹ Supreme Court of the United States 9 maart 1964, nr. 39, *New York Times Co./Sullivan*, 376 U.S. 254.

² L. KENDRICK, "Speech, intent, and the chilling effect", *Wm. & Mary L. Rev* 2013, (1633) 1648-1652.

³ K.I., KERSCH, *Freedom of Speech: Rights and Liberties Under the Law*, Santa Barbara California, ABC-CLIO, 2003, 147.

⁴ W. SADURSKI, *Freedom of Speech and its Limits*, Dordrecht, Kluwer, 1999, 11.

⁵ K. LEMMENS, "Se taire par peur: l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression", *AM* 2005, (32) 34.

Dit betekent niet dat men nooit meer de *freedom of speech*, of de vrijheid van meningsuiting, ongestoord kan aan banden leggen. Men heeft een aantal voorwaarden ontwikkeld opdat men de *freedom of speech* aan banden kan leggen, of met andere woorden kan beperken, zonder zich zorgen te hoeven maken over een *chilling effect*. Een beperking op de *freedom of speech* of de vrijheid van meningsuiting wordt pas problematisch in zoverre ze de voorgeschreven regels overschrijdt. Dit betekent erg concreet dat we binnen de rechtspraak van het EHRM een ongewenst, secundair *chilling effect* ervaren wanneer één van de drie klassieke beperkingscriteria, vaak de proportionaliteitstoets, wordt overschreden (*infra 15*). Binnen de Amerikaanse rechtspraak is het beperkingssysteem anders opgebouwd. Hier is de grens voor de beperking van de *freedom of speech* de *actual malice*⁶. Pas vanaf het moment dat er sprake is van een meningsuiting met *actual malice* kan deze worden beperkt. Ik verklaar het Amerikaanse systeem nader.

De Amerikaanse rechtspraak en rechtsleer onderscheidt met betrekking tot de *freedom of speech* twee categorieën meningsuitingen, namelijk *protected* en *unprotected speech*⁷. Deze laatste categorie staat perfect beperkingen toe. De meningsuitingen binnen de categorie *unprotected speech* worden immers niet beschermd door het grondrecht *freedom of speech*.

In de praktijk is de scheidingslijn tussen beide categorieën echter vaag. Zoals vermeld is het onmogelijk iedere kleine aanwijzing in de richting van de *unprotected speech* te bestraffen. Dit zou ongetwijfeld een secundair *chilling effect* creëren. Individuen zouden zich voortaan niet enkel onthouden van de gereguleerde gebieden (*unprotected speech*), maar uit angst zich ook meermaals niet begeven op het domein van de *protected speech*.

De Amerikaanse rechtspraak en rechtsleer heeft binnen de *unprotected speech* dan ook een veiligheidsruimte ingebouwd, met name de *breathing space*⁸. Ondanks het feit dat deze meningsuitingen lijken te vallen binnen de *unprotected speech*, worden zij niet bestraft uit angst voor een secundair *chilling effect*. De Amerikaanse rechtspraak en rechtsleer acht deze *breathing space* noodzakelijk voor het overleven van het gehele grondrecht van de *freedom of speech*.

Het arrest *New York Times Co./Sullivan* bepaalt erg duidelijk de grens van deze *breathing space*. Wanneer de meningsuiting gebeurde met *actual malice* verlaat men het terrein van de *breathing space*, ten nadele van het terrein van de *unprotected speech*⁹. Rechter Brennan omschrijft *actual malice* als: "*That is with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.*". Dit betreft aldus een concrete beoordeling van de precieze feiten rond de meningsuiting. Men gaat dus na of het individu op de hoogte was van het foutieve karakter of dat het zich überhaupt had vergewist van het al dan niet foutieve karakter. Deze benadering lijkt aan te sluiten bij de Belgische zorgvuldigheidsnorm (*infra 51*).

Zodra men deze grens van de *actual malice* overschrijdt aanvaardt men de sanctionering van de meningsuiting, en het daaruit voortvloeiend *chilling effect*. Dit beschouwt men in dit geval immers niet als een secundair *chilling effect*. Het is dermate duidelijk dat deze meningsuiting binnen de

⁶ R. SEDLER, "Self-Censorship and the First Amendment", *Notre Dame J.L. Ethics & Pub.Pol'y* 2011, (13) 13-21.

⁷ K. LEMMENS, "Se taire par peur: l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression", *AM* 2005, (32) 34.

⁸ W. SADURSKI, *Freedom of Speech and its Limits*, Dordrecht, Kluwer, 1999, 88.

⁹ L. KENDRICK, "Speech, intent, and the chilling effect", *Wm. & Mary L. Rev* 2013, (1633) 1642.

unprotected speech valt dat enkel dezelfde ongewenste meningsuitingen zullen worden afgeschrikt. Het specifieke gedrag is een direct voorwerp van het verbod. Zodra men de grens van de *actual malice* overschrijdt wordt men dus enkel geconfronteerd met een primair *chilling effect*, wat geen probleem vormt voor de *protected speech*.

Een correcte toepassing van de theorie van de *actual malice* vermijdt dus dat er een secundair *chilling effect* ontstaat¹⁰. Zolang men geen meningsuiting zonder *actual malice* bestraft dreigt er geen gevaar.

Het is echter opmerkelijk dat het Amerikaanse systeem enkel beschermt tegen het oordeel van de rechter, met andere woorden de overheidsinmenging. Het *chilling effect* kan naar mijn mening echter eveneens ontstaan door een *de facto* overbestrafing. Hier houdt de oorspronkelijke Amerikaanse benadering geen rekening mee, en schiet ze naar mijn mening dus ook te kort. Binnen het volgend onderdeel wordt duidelijk dat de rechtspraak van het EHRM wel oog heeft voor deze problematiek.

1.2 Het EHRM: Het chilling effect van de overheidsinmenging én de sanctie

Met betrekking tot de inhoud van het begrip *chilling effect* kan naar mijn mening grotendeels verwezen worden naar de Amerikaanse rechtspraak. Weliswaar met de kleine nuance dat de Europese rechtspraak de termen primaire en secundaire *chilling effect* niet hanteert. Het EHRM verwijst louter op algemene wijze naar *het chilling effect* als een daad van afschrikking op het recht van vrije meningsuiting in haar geheel¹¹.

Deze (licht) verschillende benadering is naar mijn mening te wijten aan een veel belangrijker verschil tussen beide rechtssystemen, de verschillende oorzaak van het *chilling effect*¹². Binnen de Amerikaanse rechtspraak, in het bijzonder het arrest *New York Times Co./Sullivan*, vond het *chilling effect* enkel zijn oorzaak bij een overheidsinmenging. Wanneer de overheid al te streng iedere meningsuiting, die nog maar schijn gaf binnen het domein van de *unprotected speech* te vallen, veroordeelde trad er een *chilling effect* op. De Europese rechtspraak breidt de oorzaak van het *chilling effect* echter uit tot de grootte of de aard van de sanctionering¹³. Binnen het merendeel van de Europese rechtspraak zal niet de overheidsinmenging, maar wel de sanctionering aan de basis liggen van het *chilling effect*.

¹⁰ K.I., KERSCH, *Freedom of Speech: Rights and Liberties Under the Law*, Santa Barbara California, ABC-CLIO, 2003, 249.

¹¹ K. LEMMENS, "Se taire par peur: l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression", *AM* 2005, (32) 34.

¹² A. DYER, "Freedom, Freedom expression and the advocacy of violence: Which test should the European Court of Human rights adopt?", *NQHR* 2015, (78) 101-105.

¹³ R. Ó FATAIGH, "Article 10 and the chilling effect principle", *E.H.R.L.W.* 2013, (304) 304-3011.

De reden voor deze verschillende oorzaak ligt naar mijn mening bij de volledig verschillende benadering van de beperkingen aan de vrijheid van meningsuiting. Het is immers een onterechte beperking van het recht van vrije meningsuiting, die steeds de basis vormt voor het *chilling effect*. Het Supreme Court beschouwt de *actual malice* als grens voor beschermingswaardige meningsuitingen. Deze grens laat toe een oordeel te vormen over het al dan niet beschermingswaardig karakter van de desbetreffende meningsuiting. Het laat echter niet toe, zoals de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets wel doet, om ook de sanctionering op zich af te toetsen. Deze proportionaliteitstoets is één (of althans een deel van één) van de drie klassieke Europeesrechtelijke beperkingscriteria. Zoals reeds vermeld biedt het Europese systeem voor mij dan ook een betere bescherming¹⁴.

Het EHRM toetst binnen haar proportionaliteitstoets naast de overheidsinmenging eveneens de sanctie op exclusieve, ultieme of subsidiaire wijze¹⁵. Een exclusieve toetsing betekent dat het EHRM in dat geval louter de sanctie in oogschouw neemt. De ultieme toetsing betekent dat het EHRM de overheidsinmenging proportioneel acht, maar de sanctie niet. De subsidiaire toetsing betekent dat het EHRM reeds een schending vaststelt op basis van de overheidsinmenging en het oordeel over de sanctionering slechts van subsidiair belang is. Voornamelijk de arresten waar een exclusieve of ultieme toetsing van de sanctie aan de orde is zijn voor dit onderzoek van het grootste belang. Hier komt de proportionaliteit van de sanctie natuurlijk het beste tot uiting. Het is net dat specifieke onderdeel van de proportionaliteitstoets dat binnen de rechtspraak van het EHRM voornamelijk aanleiding lijkt te geven tot het *chilling effect*.

Het basisprincipe voor het *chilling effect* dat uitgaat van de (disproportionele) sanctionering is naar mijn mening terug te vinden in het arrest Cumpăna en Mazăre/Roemenië¹⁶ en het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk¹⁷. Het eerste arrest toont aan dat een disproportionele strafrechtelijke sanctie aan de basis van een *chilling effect* kan liggen. Het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk toont aan dat ook een disproportionele burgerrechtelijke sanctie aan de basis kan liggen. Ik ga van start met de strafrechtelijke sanctie.

1.2.1 Strafrechtelijke veroordeling

Cumpăna en Mazăre zijn twee journalisten van een lokale Roemeense krant¹⁸. Beide journalisten publiceerden een artikel omtrent een schandaal van het regionale Rekenhof. Het schandaal betrof een onregelmatigheid bij het toekennen van een concessie door de stad Constanta. De concessie zou immers enkel op basis van smeergeld tot stand gekomen zijn. De personen, die namens de stad de overeenkomst hadden ondertekend, werden beiden in het artikel met naam als begunstigers van het smeergeld vermeld. Daarbovenop werden zij afgebeeld in een sarcastische cartoon.

¹⁴ J. GERARDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 158.

¹⁵ EHRM 19 februari 2009, nr. 4063/04, Marchenko/Oekraïne; EHRM 24 april 2008, nr. 17107/05, Campos Dâmaso/Portugal; EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91, Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk.

¹⁶ EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91, Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk.

¹⁷ EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić/Servië.

¹⁸ EHRM 17 december 2004, nr. 33348/96, Cumpăna en Mazăre/Roemenië.

Beide journalisten werden op basis van eerroof en belediging veroordeeld tot een effectieve gevangenisstraf van zeven maanden, het verlies van bepaalde burgerlijke rechten en een verbod om gedurende een jaar het beroep van journalist uit te oefenen. Daarnaast dienden zij een schadevergoeding van maar liefst 2000 euro te betalen.

Voor de gevangenisstraf en het verlies van de burgerlijke rechten werd echter genade verleend door de president. Bovendien bleken zij gewoon doorgewerkt te hebben. Enkel de schadevergoeding werd effectief betaald. De zaak belandt vervolgens bij het EHRM op basis van een schending van art. 10 EVRM.

De eerste kamer van het EHRM achtte de grenzen van de toelaatbare kritiek overschreden. Specifiek met betrekking tot de schadevergoeding was zij van mening dat de opgelegde sancties zwaar waren, maar dat desondanks de verzoekers geen enkel concreet nadeel hiervan hadden ondervonden. Zij achtte art. 10 EVRM dan ook niet geschonden.

Na een verzoek tot herziening kwam de grote kamer van het EHRM echter tot een andere conclusie. De eerste criteria voor de beperking van art. 10 EVRM werden opnieuw feilloos doorlopen. Bij het laatste criterium, in het bijzonder de proportionaliteitstoets, kwam men echter tot een verschillend resultaat. Het EHRM maakte een duidelijk onderscheid tussen de proportionaliteit van de overheidsinmenging en de bestraffing ervan.

Bij de overheidsinmenging wijst het EHRM in het bijzonder op het gebrek aan objectiviteit van de beschuldiging. Dit was in deze zaak een doorslaggevend criterium om de overheidsinmenging als proportioneel te beschouwen. Later bespreek ik uitgebreid het volledige gamma aan criteria om de proportionaliteit van de overheidsinmenging af te toetsen.

Zij komt echter tot een andere conclusie met betrekking tot de opgelegde sanctie. De grote kamer is van oordeel dat de gevangenisstraf, het verlies van burgerlijke rechten en het tijdelijk beroepsverbod erg zware sancties waren. De journalisten werden op basis van deze zware sancties afgeschrikt van iedere bijdrage aan de publieke opinie omtrent het misbruik van gezagsdragers. Het *chilling effect* dat de vrees voor dergelijke sancties meebracht was bovendien niet enkel nadelig voor hen maar voor de ganse samenleving

Het arrest Cumpăna en Mazăre/Roemenië geeft voor mij mooi het principe weer dat men er steeds moet over waken dat sancties, in casu strafrechtelijke sancties, niet een dermate disproportioneel karakter omvatten dat zij een *chilling effect* creëren¹⁹. Dergelijke (strafrechtelijke) sancties hebben immers een gigantische *impact* op de persoonlijke en professionele situatie van het individu. Men mag ver gaan in de bescherming van persoonlijkheidsrechten van slachtoffers, maar niet zo ver dat individuen, in het bijzonder de pers, zich voortaan geremd voelen om enige kritische berichtgeving binnen het publiek debat op te werpen²⁰. Dergelijke disproportionele sancties creëren immers een *chilling effect* op de ganse vrijheid van meningsuiting uit art. 10 EVRM²¹.

¹⁹ R. Ó FATAIGH, "Article 10 and the chilling effect principle", *E.H.R.L.W.* 2013, afl. 3, (304) 305.

²⁰ D. VOORHOF, "Raad van Europa wil journalistiek bronnengeheim beter beschermen", *Juristenkrant* 2000, afl. 8, 11.

²¹ D. VOORHOF en R. Ó FATAIGH, "Belpietro v. Italy: Does Parliamentary Privilege Extend to the Press?" (noot onder EHRM 24 september 2013), *EHRC* 2013, afl. 14, (2816) 2816-2828.

Met oog op een aanpassing van het Belgisch burgerrechtelijk aansprakelijkheidsrecht is het noodzakelijk deze theorie verder door te trekken. Het *chilling effect* dat uitgaat van een strafrechtelijke sanctie, zoals bijvoorbeeld een gevangenisstraf, heeft immers weinig invloed op het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht. In dit verband is het van belang om op te merken dat niet enkel de strafrechtelijke aard van de sanctie een *chilling effect* in zich kan dragen, maar eveneens een disproportionele burgerrechtelijke veroordeling. In dit verband verwijst ik naar het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk²².

1.2.2 Burgerrechtelijke veroordeling

Dit arrest handelt over Nicolai Tolstoy Miloslavsky, een Brits historicus. In 1987 publiceerde hij het pamflet War Crimes and the Wardenship of Winchester College. Dit pamflet bevatte een aantal aantijgingen tegen de directeur van het College van Winchester, Lord Aldington. Hij beschuldigde hem van een aantal oorlogsmisdaden. In eerste aanleg werd Lord Aldington in zijn gelijk gesteld, en werd hem een schadevergoeding toegekend op basis van laster. Deze schadevergoeding bedroeg maar liefst 1 500 000 Britse pond. Driemaal het bedrag van de hoogste schadevergoeding ooit toegekend door de Engelse jury op grond van Laster. Ook in Beroep ving de heer Tolstoy Miloslavsky bot²³.

Vervolgens voert de heer Tolstoy Miloslavsky de schending van artt. 6 en 10 EVRM aan voor het EHRM. Vooral de schending van dit laatste artikel, uitgewerkt in het tweede motief van het arrest trekt onze aandacht²⁴. Het is op te merken dat niet de basis van de veroordeling wordt betwist. Niet de legaliteit van de schadevergoeding staat ter discussie, maar wel haar grootte.

Het EHRM is vervolgens van mening dat het disproportioneel karakter van de schadevergoeding aanleiding geeft tot een *chilling effect*. Het EHRM bepaalt hiervoor het volgende principe: "*There must be a reasonable relationship of proportionality between an award of damages and the injury to the reputation suffered*".

Het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk focust hierbij dus voornamelijk op de *grootte* van deze schadevergoeding (in vergelijking met de geleden schade aan het legitiem belang). Het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk vormt als het ware de erkenning van het *chilling effect* bij een disproportionele burgerlijke schadevergoeding²⁵. Het moet echter worden opgemerkt dat men onder invloed van het (recentere) arrest Cumpănă en Mazăre/Roemenië het *chilling effect* vandaag burgerrechtelijk ook niet enkel meer vaststelt bij een al te grote burgerlijke schadevergoeding in vergelijking met de schade, maar tevens bij een burgerlijke schadevergoeding met een al te grote impact op het individu. Specifiek zal voor de impact van de burgerlijke

²² R. Ó FATAIGH, "Article 10 and the chilling effect principle", *E.H.R.L.W.* 2013, afl. 3, (304) 306.

²³ EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91, Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk.

²⁴ K. LEMMENS, "Se taire par peur: l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression", *AM* 2005, (32) 34.

²⁵ R. Ó FATAIGH, "Article 10 and the chilling effect principle", *E.H.R.L.W.* 2013, afl. 3, (304) 306.

schadevergoeding later verwezen worden naar het arrest *Tešić/Servië*, dat expliciet verwijst naar de financiële impact (*infra 36*).

Met oog op het verdere verloop van het onderzoek is het naar mijn mening belangrijk om de volgende conclusies te onthouden. In tegenstelling tot het Supreme Court, erkent het EHRM ook een *chilling effect* dat uitgaat van een excessieve sanctie. Dit *chilling effect* vormt een bedreiging voor de gehele vrijheid van meningsuiting en moet kost wat kost vermeden worden.

Het EHRM acht het *chilling effect* aanwezig bij een onevenredig gebruik van het strafrecht, maar eveneens bij een onevenredig gebruik van het burgerlijk recht. Het EHRM is immers van mening dat een onevenredige burgerrechtelijke schadevergoeding eveneens een *chilling effect* veroorzaakt op de vrijheid van meningsuiting. Dit onevenredig karakter toetst het EHRM af door middel van de proportionaliteitstoets, meer bepaald de proportionaliteit van de sanctie.

De vraag stelt zich echter wat deze (dis)proportionaliteit precies inhoudt. Ik lichtte reeds een tipje van de sluier op door middel van de bespreking van het arrest *Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk* (en de korte verwijzing naar het arrest *Tešić/Servië*). Beiden zijn twee belangrijke elementen uit de hedendaagse proportionaliteitstoets van de sanctie. Een meer precieze, grondigere beschrijving dringt zich echter op.

De proportionaliteit van de sanctie is immers als basis van het *chilling effect*, tevens de basis van mijn pleidooi voor de aanpassing van het Belgische aansprakelijkheidsrecht. Het lijkt echter nuttig voorafgaand aan die precieze omschrijving uit hoofdstuk drie de proportionaliteit (van de sanctie) te kaderen binnen een groter geheel. De proportionaliteit (van de sanctie) is immers slechts een klein onderdeel van het derde beperkingscriterium van de Europese grondrechten *nodig in een democratische samenleving*. Wanneer men de vrijheid van meningsuiting uit art. 10 EVRM wil beperken moet men niet voldoen aan dit ene, maar aan maar liefst drie beperkingscriteria. Binnen het volgende hoofdstuk geef ik de lezer meer duiding over het gehele Europeesrechtelijke systeem van grondrechtenbeperking bij art. 10 EVRM, en de verschillende onderdelen ervan.

Hoofdstuk 2: De Europeesrechtelijke grondrechtenbeperking

bij art. 10 EVRM

Binnen dit hoofdstuk geef ik een algemeen overzicht van de Europeesrechtelijke grondrechtenbescherming. Ik besteed speciale aandacht aan de toepassing daarvan binnen de context van art. 10 EVRM. Ondanks dat de verschillende, klassieke beperkingscriteria toepassing vinden bij verschillende grondrechten (artt. 8, 9, 10 en 11 EVRM) is voor dit onderzoek natuurlijk enkel een toepassing binnen het toepassingsgebied van de *chilling effects*, met name art. 10 EVRM, van belang. Het is in eerste instantie dan ook essentieel te bepalen wat de draagwijdte van art. 10 EVRM, de vrijheid van meningsuiting, is. Welke meningsuitingen verkrijgen bescherming en kunnen bijgevolg enkel door toepassing van de drie verschillende beperkingscriteria worden beperkt?

Vervolgens sta ik stil bij de kern van de Europeesrechtelijke grondrechtenbescherming, de drie verschillende beperkingscriteria (toegepast bij art. 10 EVRM). Ik merk echter wel op dat ik binnen dit hoofdstuk bij het derde criterium mij beperk tot de onderdelen ervan, naast de proportionaliteitsvereiste. Deze verkrijgt immers binnen een apart hoofdstuk een veel grondiger, gespecialiseerd onderzoek.

Om dit hoofdstuk af te sluiten sta ik stil bij een laatste belangrijk onderdeel van de Europeesrechtelijke grondrechtenbescherming, de *margin of appreciation*. *De margin of appreciation* eist immers een centrale rol op bij de toepassing van de beperkingscriteria. Het zijn immers steeds in eerste instantie de nationale hoven en rechtbanken die nagaan of de desbetreffende overheidsinmenging of sanctionering een schending uitmaakt van de beperkingscriteria, in het bijzonder de proportionaliteitstoets. Pas in tweede instantie zal het EHRM haar supervisie uitoefenen, en nagaan of de argumenten van de lidstaat *relevant and sufficient* zijn.

2.1 De vrijheid van meningsuiting: art. 10 EVRM

Voor het EHRM is de vrijheid van meningsuiting één van de essentiële fundamenten van een democratische samenleving en bovendien één van de basisvereisten voor de zelfontplooiing van elk individu²⁶. Het EHRM beschouwt het recht op vrije meningsuiting uit art. 10 EVRM als een generiek recht met verschillende componenten. Zoals art. 10, §1 EVRM expliciet stelt onderscheiden we de vrijheid om een mening te koesteren, de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven en de vrijheid van vergadering.

Voor dit onderzoek is voornamelijk de kern van art. 10 EVRM van belang, namelijk de vrijheid om *inlichtingen of denkbeelden door te geven of te ontvangen*.

Hierbij heeft de term *inlichtingen* betrekking op mededelingen van feitelijke gegevens of informatie van de meest diverse aard. De term *denkbeelden* verwijst eerder naar meningen, ideeën, waardeoordelen, aanbevelingen, kritische stellingnames en opinies. De term denkbeelden heeft dus een veel subjectiever karakter²⁷.

Met oog op een (mogelijke) schending van de persoonlijkheidsrechten komt voornamelijk de categorie van de denkbeelden in het vizier, in het bijzonder de categorie van de confronterende, choquerende of schadeveroorzakende denkbeelden²⁸. Ook deze vallen principieel onder de bescherming van art. 10 EVRM, hetzij dat deze bij een disproportionele inbreuk op de persoonlijkheidsrechten wel kunnen worden beperkt.

Deze worden *doorgegeven*, dit betekent openbaar gemaakt en verspreid door middel van primaire, dan wel secundaire uitingsmiddelen²⁹. In het kader van dit onderzoek valt bij de primaire uitingsmiddelen voornamelijk te wijzen op de gesproken en geschreven taal, hoewel natuurlijk een uiting via een symbolische taal (bijvoorbeeld gebarentaal) of beeldtaal (bijvoorbeeld plastische kunsten) beschermd blijft. Deze primaire uitingsmiddelen, in het bijzonder het woord en het geschrift, worden via de secundaire uitingsmiddelen verder verspreid. Daarbij kan in het bijzonder gewezen worden op een verspreiding via boeken, tijdschriften, dagbladen, TV, affiches, pamfletten, ... Dit betekent dat art. 10 EVRM, net als de Belgische grondwet in art. 25, zonder het weliswaar expliciet te vermelden, de persvrijheid omvat³⁰. Deze is natuurlijk van groot belang binnen de context van het *chilling effect*. De persvrijheid houdt in dat de pers zelf (de schrijver, de uitgever, drukker of verspreider), maar ook ieder individu dat een beroep doet op de pers, de vrijheid verkrijgt inlichtingen en denkbeelden openbaar te maken en te vermenigvuldigen in identieke exemplaren via welk kanaal ook.

Dezelfde personen krijgen onder art. 10 EVRM, met oog op het doorgeven, natuurlijk tevens de vrijheid inlichtingen of denkbeelden te *ontvangen*. Het recht om informatie te ontvangen is binnen een goede werking van een democratische staat immers een *conditio sine qua non*, in het

²⁶ EHRM 25 augustus 1998, nr. 59/1997/843/1049, Hertel/Zwitserland, §46.

²⁷ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 45-47.

²⁸ M. HOTTELIER, "La liberté de la presse entre confidentialité et provocation: mode d'emploi pour faire chuter une liberté de son piédestal", *Rev. trim. D.H.* 2008, afl. 75, (801) 801-810.

²⁹ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 54.

³⁰ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 67-75.

bijzonder wanneer het aangelegenheden van openbaar belang betreft³¹. Enkel een geïnformeerd burger zal immers naar behoren zijn democratische rechten kunnen uitoefenen.

De vrijheid van meningsuiting beschikt bijgevolg over een erg ruime draagwijdte. Nochtans kan dit erg ruime grondrecht toch zowel nationaal als Europees worden beperkt, weliswaar onder strikte voorwaarden. Met oog op een implementatie van de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets bekijk ik hierna uitgebreid de verschillende materiële Europeesrechtelijke beperkingscriteria. De proportionaliteitstoets is immers één specifiek deel uit één van de drie beperkingscriteria, met name het criterium *nodig in een democratische samenleving*.

Ik merk reeds graag op dat deze beperkingscriteria erg strikt worden geïnterpreteerd. Het EHRM volgt immers de filosofie *in dubio pro libertate*, de vrijheid is de regel en de beperking de uitzondering, wat nogmaals de erg ruime draagwijdte van art. 10 EVRM benadrukt³².

2.2 De Europeesrechtelijke beperkingscriteria

Binnen de drievolgende subonderdelen wil ik elk van de drie Europeesrechtelijke beperkingscriteria uitgebreid bespreken. Ondanks dat deze drie klassieke beperkingscriteria toepassing vinden bij verschillende grondrechten (artt. 8, 9, 10 en 11 EVRM), besteed ik bijzondere aandacht aan hun betekenis binnen de context van de vrijheid van meningsuiting, in conflict met de persoonlijkheidsrechten (eer en goede naam). Dit moet de lezer een duidelijk overzicht bieden van het algemeen kader waarbinnen de basis van dit onderzoek, de proportionaliteitstoets uit het derde beperkingscriterium, zich bevindt.

2.2.1 Bij wet voorzien

Conform het eerste criterium moet de beperking bij wet zijn voorzien. We moeten dit echter niet enkel aanschouwen als de wet in formele zin, maar tevens in materiële zin³³. Alle waarborgen die een materiële wet in een rechtstaat biedt dienen aanwezig te zijn wanneer een grondrecht beperkt wordt³⁴.

Dit wordt mooi geïllustreerd in het arrest *Margareta and Roger Andersson/Zweden*: "*It also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and*

³¹ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, *The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*, §66.

³² EHRM 19 december 1994, 15153/89, *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi/Oostenrijk*, §3; K. LEMMENS, "Se taire par peur: l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression", *AM* 2005, (32) 34.

³³ EHRM 30 maart 1989, nr. 10461/83 *Chappell/Verenigd Koninkrijk*; EHRM 25 maart 1985, nr. 8734/79, *Barthold/Duitsland*; EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, *Malone/Verenigd Koninkrijk*; EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, *The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*; J. VELU, "Beschouwingen over de Europese regelgeving inzake betrekkingen tussen gerecht en pers", *RW* 1995-96, (273) 279.

³⁴ R.C.A. WHITE en C. OVEY, *Jacobs, White & Ovey: The European convention on human rights*, Oxford, Oxford university press, 2010, 313.

*formulated with sufficient precision to enable them - if need be, with appropriate legal advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.*³⁵.

Vrij vertaald betekent dit dat de beperking moet voortvloeien uit een *algemene* rechtsregel, al dan niet geschreven, voor een *onbeperkt aantal toepassingsgevallen vatbaar*. Opdat iedereen zich aan deze regel zou kunnen conformeren, moet de rechtsregel *kenbaar* en *voldoende duidelijk* zijn opdat men de toepassing ervan in een concreet geval met een redelijke graad van zekerheid kan *voorspellen*³⁶.

In het licht van het verdere verloop van dit onderzoek is het nuttig na te gaan of art. 1382 BW wordt aanvaard als zijnde een beperking op de vrijheid van meningsuiting die is *voorzien bij wet*³⁷. In het verleden bestond hier immers discussie over.

Een minderheid van de rechtsleer was in het verleden van mening dat art. 1382 BW niet voldeed aan criteria van art. 10, §2 EVRM, hierboven opgesomd³⁸. Zij claimden in het bijzonder dat art. 1382 BW geen voldoende toegankelijke en precieze wettelijke basis was voor een beperking op de vrijheid van meningsuiting. Het merendeel was echter wel van mening dat zodra er sprake was van een quasi-delictuele fout een beperking op de vrijheid van meningsuiting wel geoorloofd was³⁹. Zij aanvaardden enkel en alleen een beteugeling van de vrijheid van meningsuiting via art. 1382 BW wanneer de meningsuitingen dermate lasterlijk en eerrovend waren dat zij tevens onder art. 443 e.v. SW vielen.

De hedendaagse rechtspraak is het er echter unaniem over eens dat art. 1382 BW als legitieme beperking, in de zin van art. 10, §2 EVRM, wel een beperking kan stellen aan de vrijheid van meningsuiting, ook wanneer er geen sprake is van een quasi delictuele fout⁴⁰. Zo bepaalde bijvoorbeeld het Hof van Beroep van Gent op 28 maart 2002 dat art. 1382 BW eveneens bij een niet-strafrechtelijke onvoorzichtige of foutieve gedraging een legitieme beperking op art. 10 EVRM inhoudt⁴¹. Dit artikel behoort immers tot de fundamentele principes van het Belgisch buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht en kan nooit worden beschouwd als te algemeen of te weinig duidelijk.

³⁵ EHRM 25 februari 1992, 12963/87, Margareta and Roger Andersson/Zweden.

³⁶ J. GERARDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 112-132; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 263.

³⁷ D. DE PRINS, "De burgerlijke rechter en de persvrijheid", *RW* 2000-01, 1452-1454.

³⁸ D., VOORHOF, "De journalistieke vrijheid en de tussenkomst van de rechter: censuur of noodzaak in een democratische samenleving" in A. BERENBOOM, E. DERIEUX en E. DOMMERING, *Censures: Actes du colloque du 16 mai 2003*, Brussel, Larcier, 2003, 87-88.

³⁹ Rb. Veurne 18 februari 2000, *AM* 2000, 341, noot D. VOORHOOF; D. DE PRINS, "De burgerlijke rechter en de persvrijheid", *RW* 2000-01, 1451-1453.

⁴⁰ D., VOORHOF, "De journalistieke vrijheid en de tussenkomst van de rechter: censuur of noodzaak in een democratische samenleving" in A. BERENBOOM, E. DERIEUX en E. DOMMERING, *Censures: Actes du colloque du 16 mai 2003*, Brussel, Larcier, 2003, 89.

⁴¹ Gent 28 maart 2002, *NJW* 2003, 465.

2.2.2 In het belang van een beschermd rechtsgoed

Deze voorwaarde vereist dat de beperking in het kader past van één van de limitatief opgesomde legitieme doelstellingen uit het tweede lid van art. 10 EVRM⁴².

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

Binnen de context van het *chilling effect* kan in het bijzonder gewezen worden op de bescherming van het recht op *eer en goede naam* en aanvullend op de *rechten van anderen*.

De klassieke rechtsleer beschouwt het recht op eer en goede naam als een persoonlijkheidsrecht dat in het EVRM niet apart als grondrecht is erkend⁴³. In een ver verleden oordeelde de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens dat het recht op eer en goede naam niet als zodanig in het EVRM is gewaarborgd⁴⁴. Wel werd reeds eensluidend aanvaard dat de eer en goede naam als beperkingsdoelstelling expliciet wordt beschermd in art. 10, §2 EVRM.

De rechten van anderen breidt de categorie van de legitieme belangen echter nog immens verder uit. De rechten van anderen omvatten immers rechten van de meeste diverse aard⁴⁵. Niet enkel de rechten in het EVRM of in andere internationale verdragen of nationale grondwetten, maar zelfs elk recht waarop een derde aanspraak kan maken, komt mogelijks in aanmerking (recht op antwoord, recht op vrije briefwisseling, recht voor vrouwen op gelijke toegang tot het openbaar ambt...)⁴⁶. Zodra een derde belang heeft bij de toepassing van die rechtsregel komt zij mogelijks in aanmerking. Het wordt dus duidelijk dat de beperkingscriteria erg weinig zullen sneuvelen onder het erg ruim geïnterpreteerde legitiem belang.

Ik wil ter volledigheid echter opmerken dat vandaag het legitiem belang *eer en goede naam* meermaals erkend wordt als een apart grondrecht⁴⁷. In dat verband verwijs ik naar het arrest Pfeifer/Oostenrijk van 15 november 2007⁴⁸.

Hierbij klaagde een Oostenrijkse journalist Pfeifer over de schending van art. 8 EVRM, omdat hij was aangetast in zijn eer en goede naam. Pfeifer en anderen hadden in hun publicaties de

⁴² J. GERARDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 132-140; R.C.A. WHITE en C. OVEY, *Jacobs, White & Ovey: The European convention on human rights*, Oxford, Oxford university press, 2010, 315-325.

⁴³ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 304.

⁴⁴ ECRM 11 maart 1985, nr. 10733/84, *Asociacione Aviadorese della Republica, J. Malta e.a./Spanje*.

⁴⁵ J. VANDE LANOTTE EN Y. HAECK, *Handboek EVRM – Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 135-138.

⁴⁶ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 300.

⁴⁷ G. SCHUIJT, "Eer en goede naam, privacy en de noozakelijkheidstoets na Van Gasteren/Hemelrijk", *Mediaforum*, 2008, afl. 3, (102) 104-105.

⁴⁸ EHRM 15 november 2007, nr. 12556/03, *Pfeifer/Oostenrijk*.

denkbeelden van een neonazistische professor in de politicologie gehekelde. Wanneer die professor later zelfmoord pleegde werden Pfeifer en andere critici in een publicatie van het andere kamp verantwoordelijk gehouden voor de zelfmoord. De nationale rechter had de auteur van die publicatie op grond van de vrijheid van politiek debat niet veroordeeld. Pfeifer meende vervolgens dat zijn reputatie en daarmee zijn recht op privéleven onvoldoende was beschermd.

Het EHRM ging vervolgens na of de nationale rechter de juiste afweging had gemaakt tussen het recht uit art. 8 EVRM en het recht uit art. 10 EVRM. Het EHRM verklaarde hierbij dat iemands reputatie, met andere woorden zijn eer en goede naam, binnen de reikwijdte van het recht op privéleven valt.

Dit arrest is een duidelijke bevestiging van de (recente) tendens om het recht van eer en goede naam niet enkel te beschouwen als een legitiem belang, opgesomd in art. 10, §2 EVRM, maar tevens als een apart te beschermen grondrecht uit art. 8 EVRM.

Heeft deze theoretische bedenking echter gevolgen voor de grondrechtenbescherming? Naar mijn mening niet⁴⁹. De rechtspraak is van mening dat in geval van een conflict tussen art. 8 en art. 10 EVRM beide grondrechten een gelijke bescherming verdienen ("*... as a matter of principle these rights deserve equal respect (...)*"⁵⁰)⁵¹. Dit betekent dat wanneer men één grondrecht sterker wil beschermen men nog steeds in hoofde van het andere recht de beperkingscriteria zal moeten vervullen. Dit betekent dat wanneer men de afweging tussen art. 8 en art. 10 EVRM wil maken in het voordeel van de eer en de goede naam, de verschillende beperkingscriteria uit art. 10, §2 EVRM moeten vervuld zijn⁵². Binnen die beperkingscriteria staat de eer en goede naam als legitiem belang eveneens opgesomd, waar bovendien een noodzakelijke en proportionele relatie moet met bestaan.

De theoretische kwalificatie van de eer en goede naam als grondrecht geeft aldus, buiten een verschillende theoretische kwalificatie, in geval van de eer en de goede naam, weinig aanleiding tot een verschillende toetsingswijze of resultaat binnen de bescherming van de grondrechten. Deze bedenking werd bovendien bevestigd door de Nederlandse Hoge Raad⁵³.

2.2.3 Nodig zijn in een democratische samenleving

De voorwaarde *nodig in een democratische samenleving* houdt in algemene termen in dat de overheidsinmenging, alsook de sanctionering op zich, op *pertinente* en *evenredige* wijze moet beantwoorden aan een dwingende sociale behoefte, zoals zonet beschreven binnen de context van

⁴⁹ E. BREMS, K. HENRAD en R. DE LANGE, *Botsing van grondrechten*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 61.

⁵⁰ EHRM 7 februari 2012, nr. 39954/08, Axel Springer AG/Duitsland, §87.

⁵¹ E. BREMS, S. OUALD CHAIB et S. SMET, "Les droits constitutionnels conflictuels", in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique vol. 1*, Brussel, Bruylant, 2011, 295-328.

⁵² Ó FATAIGH, R., "Grand chamber seeks to clarify balancing of article 10 and article 8", *Strasbourg Observers* 2012, www.strasbourgobservers.com, (1) 1-3.

⁵³ HR 18 januari 2008, NJ 2008, 274.

dit onderzoek vaak de eer en goede naam⁵⁴. Dit derde en eveneens laatste criterium vormt de basis voor dit verdere onderzoek, of althans één specifiek deel ervan (de proportionaliteitsvereiste).

Om voorgaande algemene omschrijving concreet af te toetsen heeft het EHRM immers verschillende vereisten ontwikkeld. In hoofdorde kan de noodzakelijkheids- en dringendheidsvereiste en de befaamde proportionaliteitsvereiste worden onderscheiden. Het EHRM hanteert ook nog een aantal subcriteria, bijvoorbeeld het pertinentiecriterium. Het belang van al deze verschillende (sub)criteria is in de praktijk vaak erg klein. Het valt op te merken dat de derde beperkingsvoorwaarde van het EHRM geen exacte wetenschap is. Vaak worden niet alle criteria afgetoetst, in het merendeel van de gevallen wordt zelfs uitsluitend gefocust op de proportionaliteitstoets⁵⁵.

Binnen dit meer algemene onderdeel focus ik mij voornamelijk op de op één na belangrijkste vereiste, de noodzakelijkheids- en dringendheidsvereiste⁵⁶. Gelet op het belang van de proportionaliteitstoets binnen dit onderzoek, in het bijzonder de proportionaliteit van de schadevergoeding, bespreek ik deze in een apart hoofdstuk.

Wanneer een beperking ter bescherming van een legitieme doelstelling gerechtvaardigd wil zijn moet deze steeds een *noodzakelijk* en *dringend* karakter vertonen⁵⁷.

De term *noodzakelijk* vereist hierbij niet dat de beperking onontbeerlijk is voor het bereiken van de legitieme doelstelling⁵⁸. Aan de andere kant volstaat het ook niet dat zij louter nuttig of opportuun is voor het bereiken van de beoogde doelstelling. Een moeilijke balans natuurlijk die door de rechter in de praktijk wordt afgetoetst door na te gaan of de onbeperkte uitoefening van de vrijheid van meningsuiting in dat geval een *duidelijk en reëel gevaar* schept voor één van de genoemde legitieme belangen uit de tweede paragraaf van art. 10 EVRM⁵⁹. Wat nog steeds een erg open criterium blijft natuurlijk.

Naast het noodzakelijk karakter van dat legitiem belang vereist het EHRM vaak, maar zoals gezegd niet altijd, dat de maatschappelijke behoefte *dringend* is⁶⁰. Dit betekent dat de concrete omstandigheden vereisen dat een bescherming van het legitiem belang zich op dat moment werkelijk opdringt⁶¹.

⁵⁴ J. GERAERDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 140-143; R.C.A. WHITE en C. OVEY, *Jacobs, White & Ovey: The European convention on human rights*, Oxford, Oxford university press, 2010, 325-333.

⁵⁵ J. VANDE LANOTTE EN Y. HAECK, *Handboek EVRM – Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 139.

⁵⁶ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 11.

⁵⁷ J. GERAERDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 144-146.

⁵⁸ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Handyside/Verenigd Koninkrijk.

⁵⁹ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 274.

⁶⁰ J. GERAERDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 144.

⁶¹ EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84, Müller e.a./Zwitserland, §36.

Bovendien wijst het derde beperkingscriterium op het belang van een *democratische* samenleving⁶². Dit betekent dat het noodzakelijk en dringend karakter steeds moet worden geïnterpreteerd vanuit de democratische gedachte. Het noodzakelijk en dringend legitiem doel moet een bijdrage leveren aan onze democratie die wordt gekenmerkt door pluralisme, tolerantie en breeddenkendheid. *Democratie*, *noodzakelijkheid* en *dringendheid* zijn termen die onlosmakelijk met mekaar verbonden zijn, en dus steeds samen moeten worden getoetst.

Het dient bovendien te worden opgemerkt dat dit belang, ondanks haar bijdrage aan het democratisch bestel, enkel en alleen zal worden aanvaard wanneer het voordeel dat zij oplevert voor de democratie groter is dan het nadeel dat ze oplevert voor de vrijheid van meningsuiting. De vrijheid van meningsuiting is immers een centrale gedachte binnen onze democratie, zeker in de mate dat zij bijdraagt aan het publiek debat. De vrijheid van meningsuiting is natuurlijk minder beschermingswaardig in de mate dat zij betrekking heeft op eerder marginale zaken (bijvoorbeeld een buitenechtelijke affaire van een bekend persoon). In tegenstelling tot sommige rechtsleer gaat deze laatste bemerking voor mij meer in de richting van de proportionaliteitstoets, het tweede onderdeel van het derde beperkingscriterium⁶³. Men gaat hier immers duidelijk opzoek naar een evenredige verhouding tussen het nadeel voor het grondrecht en het voordeel voor het legitiem belang.

Ik onderscheid verder dan ook duidelijk apart de proportionaliteit van de overheidsinmenging en de proportionaliteit van de sanctie.

Natuurlijk is de grens tussen dit laatste stukje van de noodzakelijkheidsvereiste, dan wel de proportionaliteitsvereiste vaag en louter theoretisch, daar in praktijk beide onderdelen vaak cumulatief zullen moeten worden uitgevoerd en het finale resultaat logischerwijze hetzelfde blijft.

Ik besluit dat, ondanks de verduidelijking omtrent de verschillende onderdelen van de noodzakelijkheidsvereiste, er een erg ruime beoordelingsvrijheid overblijft voor de rechter. De concrete omstandigheden zullen steeds voor interpretatie vatbaar blijven. Het zal zelden volledig duidelijk zijn of een concreet legitiem belang binnen een specifieke situatie werkelijk in gevaar is of zich op dat moment opdringt binnen de democratische rechtsorde.

Dezelfde onzekere, casuïstische benadering zal zich, ondanks mijn verduidelijkingen, doorzetten bij de proportionaliteitsvoorwaarde, die onlosmakelijk met dit eerste onderdeel is verbonden. Er moet immers niet enkel sprake zijn van een voordeel voor de democratische rechtsorde, dit voordeel moet in redelijke verhouding staan met het nadeel dat het berokkent aan de vrijheid van meningsuiting.

Ik kan bij voorbaat reeds besluiten dat de derde beperkingsvoorwaarde, ondanks de verduidelijking over haar onderdelen, een erg vaag criterium blijft dat veel gewicht legt bij een juist en evenwichtig oordeel van de rechter. Het is dan ook belangrijk voor de toepassing van de beperkingscriteria te wijzen op het principe *margin of appreciation*. Dit is het antwoord van het EHRM op de vereiste casuïstiek bij de toepassing van de beperkingscriteria. De nationale rechters zijn vaak veel beter geplaatst om de concrete omstandigheden correct in te schatten.

⁶² J. GERAERDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 151-152.

⁶³ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 312-327.

2.3 Margin of appreciation

Algemeen omschrijft men de *margin of appreciation* als de interpretatiemarge van de lidstaten bij de implementatie van de verdragsrechten en -vrijheden⁶⁴. Dit betekent voor dit onderzoek erg concreet dat de lidstaten een ruime interpretatie- of beoordelingsmarge verkrijgen bij de toepassing van de Europeesrechtelijke beperkingscriteria binnen een concrete, nationale situatie. Zij verkrijgen bijvoorbeeld een ruime beoordelingsvrijheid bij de toepassing van het criterium *nodig in een democratische samenleving* binnen een specifiek conflict tussen de vrijheid van meningsuiting en een persoonlijkheidsrecht binnen haar lidstaat.

Deze *margin of appreciation* wordt gerechtvaardigd vanuit praktisch oogpunt. De nationale rechter is immers veel beter geplaatst een oordeel te vellen dat rekening houdt met de specifieke nationale politieke, economische, sociale en culturele situatie⁶⁵. De *margin of appreciation* is als het ware een *balancing tool* tussen enerzijds de nationale uitleg van de grondrechten en anderzijds een uniforme uitleg onder het EVRM⁶⁶.

Bovendien geeft de *margin of appreciation* uiting aan de idee van het EVRM als een *living instrument*. De nationale overheden interpreteren de mensenrechten immers op een wijze die nauw aansluit bij de voortdurende evoluerende samenleving.

In het arrest *Handyside/Verenigd Koninkrijk* bevestigde het EHRM het bestaan van een erg ruime *margin of appreciation* binnen de context van art. 10 EVRM⁶⁷. Hier werden aanstootgevende uitingen, die normaal onder de bescherming van art. 10 EVRM vallen, alsnog beperkt op basis van de ruime *margin of appreciation* van de lidstaat. Dit impliceert niet dat de uitingsvrijheid voortaan algemeen sterker beperkt wordt, wel dat de nationale autoriteiten voortaan een grotere ruimte verkrijgen bij de beoordeling van de beperkingscriteria bij art. 10 EVRM, in het bijzonder bij de vereiste *nodig in een democratische samenleving*.

Dit is te wijten aan het feit dat de proportionaliteit bij de vrijheid van meningsuiting een erg complexe aangelegenheid betreft waar in Europa geen algemeen antwoord op bestaat. Bij gebrek aan uniforme moraal kan beter de vrijheid worden gegeven aan de lidstaten, die de concrete belangen beter kunnen inschatten⁶⁸.

Het moet echter opgemerkt worden dat de (ruime) *margin of appreciation* niet onbeperkt is. Ze blijft steeds onderworpen aan de supervisie van het EHRM⁶⁹. Uiteindelijk kan nog steeds het EHRM een oordeel vellen over het feit of de beperking nodig is in een democratische samenleving, rekening houdend met de nationale omstandigheden. De redenen die de staat voor de beperking naar voor schuift zullen *relevant en sufficient* moeten zijn⁷⁰.

⁶⁴ J. GERARDS en J. FLEUREN, *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 136; J. VANDE LANOTTE EN Y. HAECK, *Handboek EVRM – Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 204-205.

⁶⁵ J. GERAERDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 151-152

⁶⁶ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 17.

⁶⁷ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *Handyside/Verenigd Koninkrijk*.

⁶⁸ EHRM 15 februari 2005, nr. 68416/01, *Steel and Morris/Verenigd Koninkrijk*.

⁶⁹ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *Handyside/Verenigd Koninkrijk*, §49.

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

Bovendien valt op te merken dat de omvang van de erg ruime *margin of appreciation* binnen de context van art. 10 EVRM toch geval per geval onderhevig is aan verschillende concrete factoren. Hierbij valt te verwijzen naar de specifieke aard van de meningsuiting, de aard van het legitiem belang...⁷¹.

Bij de implementatie van de Europeesrechtelijke grondrechtenbescherming, in het bijzonder de proportionaliteitstoets, binnen de Belgische rechtsorde is het naar mijn mening onontbeerlijk niet enkel rekening te houden met de specifieke, technische onderdelen van de beperkingscriteria zelf. Gelet op hun vaag en casuïstisch karakter, lijkt het evenzeer nuttig oog te hebben voor een implementatie van de Europeesrechtelijke toepassingsmechanismen van deze criteria, in het bijzonder de *margin of appreciation*. Ook op Belgisch niveau zal een gelijkaardig systeem vereist zijn. Ik denk hierbij aan een erg brede beoordelingsmarge voor de gewone hoven en rechtbanken, die de ontvankelijkheidsvoorwaarde voor hoger beroep verstrengt en het (wettigheids)toezicht van het Hof van Cassatie erg marginaal maakt (*infra* 59).

⁷¹ J. VANDE LANOTTE EN Y. HAECK, *Handboek EVRM – Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 222.

Hoofdstuk 3: Proportionaliteitstoets

De beperking op het grondrecht moet conform het laatste beperkingscriterium, nodig in een democratische samenleving, naast het reeds beschreven dringend en noodzakelijk karakter, in het bijzonder een *proportioneel* of *evenredig* karakter met het beoogde legitiem doel vertonen⁷². Gelet op het bijzondere belang van deze proportionaliteitsvereiste voor dit onderzoek verkies ik dit onderwerp apart te onderwerpen aan een diepgaand onderzoek. Dit zal finaal resulteren tot een persoonlijke evaluatie van de meeste recente rechtspraak van het EHRM.

De proportionaliteit wordt toepast op zowel de *overheidsinmenging* als de *sanctie*. Bij het begin van dit hoofdstuk is het nuttig even opnieuw in herinnering te brengen dat de term overheidsinmenging hier louter duidt op het oordeel van de lidstaat, om al dan niet de vrijheid van meningsuiting te beperken. Deze term verwijst niet naar de precieze vorm of omvang van de sanctionering, die de lidstaat vervolgens aan haar oordeel verbindt. Hiernaar verwijst de term sanctie immers. Om dit subtiele onderscheid verder te verduidelijken maak ik reeds even de link met art. 1382 BW. De overheidsinmenging verwijst naar het al dan niet aannemen van de fout. De sanctie verwijst naar de schadevergoeding die uit de fout voortvloeit.

De proportionaliteit van de overheidsinmenging bestaat voornamelijk uit de klassieke *ad hoc balancing* van de in het geding zijnde rechten⁷³. De rechter tracht na te gaan of de bijdrage aan het vooropgestelde legitiem belang het nadeel aan de vrijheid van meningsuiting verantwoordt⁷⁴. Bestaat er een redelijke of evenredige verhouding tussen beiden? Binnen de context van art. 10 EVRM onderscheid ik de belangrijkste toetsingscriteria die het EHRM hanteert om deze evenwichtsoefening te maken, met bijzondere aandacht voor het criterium publiek debat.

Deze *ad hoc balancing* wordt minstens gedeeltelijk meegenomen naar de proportionaliteit van de sanctionering, hetzij dat de klassieke rechtsleer en rechtspraak hiervoor toch enkele aangepaste, specifiekere vereisten heeft ontwikkeld. Ik beschrijf vervolgens dan ook uitgebreid deze klassieke benadering van de inhoud van de proportionaliteit van de sanctie.

De inhoud van de proportionaliteit van de sanctie bleef echter niet lang op dit algemene niveau. Men ondervond in navolging van de Amerikaanse rechtspraak, ook binnen de rechtspraak van het EHRM de opkomst van de *chilling effects*. De (te) algemene vereisten van de proportionaliteit van de sanctionering werden verder verfijnd. Zoals reeds opgemerkt ondervond men deze *chilling effects* zowel bij een strafrechtelijke als burgerrechtelijke sanctionering. Gelet op de specialisatie van dit werk (een aanpassing van het Belgische burgerlijk aansprakelijkheidsrecht), onderzoek ik in concreto de invloed van de *chilling effects* op de proportionaliteitstoets van de burgerrechtelijke sanctionering. Dat onderdeel moet finaal een antwoord bieden op de eerste

⁷² J. GERAERDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 158.

⁷³ J. VANDE LANOTTE EN Y. HAECK, *Handboek EVRM – Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 144; S. GREER "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", *O.J.L.S.* 2003, 405-433; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2001, 24.

⁷⁴ EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, *The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*.

hoofdvraag van dit onderzoek (*"Hebben de chilling effects de Europeesrechtelijke grondrechtenbescherming, in het bijzonder de proportionaliteitstoets van de schadevergoeding, beïnvloed? Zo ja, hoe?"*).

In eerste instantie kan hiervoor gewezen worden op het iets oudere arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk. Dit vormde jarenlang de basis voor de (verfijnde) benadering van de proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding. Deze beschrijf en evalueer ik als klassieke benadering van de proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding.

Erg recent is onder invloed van de *chilling effects* echter gebleken dat zelfs deze verfijnde benadering nog verder diende te worden aangevuld. Op basis van het arrest Tešić/Servië wordt de meest recent benadering van de proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding beschreven. Deze beschrijf en evalueer ik als de nieuwe visie op de proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding.

We merken aldus dat onder invloed van de *chilling effects* de proportionaliteit van de burgerrechtelijke sanctie doorheen de jaren verder en verder verfijnd is geweest. De volgende paragrafen geven mooi deze stapsgewijze verfijning weer.

3.1 De proportionaliteit van de overheidsinmenging

Wanneer men besluit het recht van vrije meningsuiting te beperken moet het voordeel dat dit oplevert voor het legitiem belang (vaak de eer en goede naam) in *proportionele* of *evenredige* verhouding staan met het nadeel dat het oplevert aan de vrijheid van meningsuiting⁷⁵. Men kan ter beperking van een grondrecht dus nooit het legitiem belang alleenstaand beoordelen. Zelfs wanneer het legitiem belang op zich zonder twijfel noodzakelijk en dringend is binnen onze democratische samenleving, blijft de relatie met de vrijheid van meningsuiting van doorslaggevend belang. Binnen deze context zou dezelfde redenering eveneens omgekeerd kunnen worden toegepast. Zoals vermeld acht men vandaag de eer en goede naam ook vervat in art. 8 EVRM. Ingeval van een inbreuk of schade aan de eer en de goede naam van een individu, moet deze inbreuk in proportionele of evenredige verhouding staan met een legitiem belang, (mogelijks) de bijdrage van de vrijheid van meningsuiting aan onze democratische samenleving.

Dit veronderstelt aldus een evaluatie van het beschermingswaardig karakter van het grondrecht en het legitiem belang in casu. De proportionaliteit van de overheidsinmenging wordt dan ook getoetst door middel van een *ad hoc balancing*⁷⁶. Dit betekent dat het EHRM zaak per zaak de afwegingsoefening opnieuw maakt, zonder de waardeverhoudingen tussen twee belangen ooit op voorhand vast te leggen. Men zal telkens opnieuw alle omstandigheden van de individuele zaak in rekening nemen. Het EHRM bepaalde reeds zelf: "*What the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole*"⁷⁷. Op basis van die concrete gegevens maakt het EHRM een evenwichtsoefening tussen het recht van vrije meningsuiting en een ander legitiem belang, (vaak, maar niet noodzakelijk) de persoonlijkheidsrechten van eer en goede naam.

Bij deze concrete beoordeling houdt het EHRM echter rekening met een aantal wederkerende criteria en methodes⁷⁸. Geen enkele van deze is binnen de context van art. 10 EVRM doorslaggevend op zich. We merken echter wel dat sommige bijzonder zwaar doorwegen in het oordeel van het EHRM. Het is belangrijk om te beseffen dat de volgende factoren slechts voorname voorbeelden zijn, maar geen limitatieve lijst uitmaken.

- Aard of de inhoud van de meningsuiting (*publiek debat*): De rechtsleer erkent als eerste en meest zwaarwegend criterium de aard van de meningsuiting. Zodra de expressievrijheid zich bevindt binnen het publiek debat en dus over aangelegenheden van algemeen maatschappelijk belang handelt, erkent het EHRM een veel hoger beschermingsniveau van de vrijheid van meningsuiting. In geval van een bijdrage aan het publiek debat helt de balans erg vaak over in het voordeel van de vrijheid van meningsuiting. De inmenging op de vrijheid van meningsuiting zal erg snel

⁷⁵ R.C.A. WHITE en C. OVEY, *Jacobs, White & Ovey: The European convention on human rights*, Oxford, Oxford university press, 2010, 325-333; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 312-327.

⁷⁶ J. GERAERDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 158.

⁷⁷ EHRM 28 juni 2001, 24699/94, VGT Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland, §68.

⁷⁸ J. GERAERDS, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 158.

disproportioneel worden geacht. Hieraan wordt slechts uiterst zelden nog afbreuk gedaan door één van de andere criteria.

Bij wijze van voorbeeld kan worden gedacht aan politieke meningsuitingen betreffende de nationale veiligheid, de handhaving van de orde, de handhaving van militaire discipline,...⁷⁹ Ook commerciële of professionele meningsuitingen kunnen echter perfect van algemeen maatschappelijk belang zijn⁸⁰. Zo kan bijvoorbeeld een professionele bekwamen van een dierenarts over het tekort aan beschikbare dierenartsen gedurende de nacht zich binnen het publiek debat bevinden, daar zij van groot belang is voor onze gehele maatschappij⁸¹.

- Hoedanigheid van diegene die mening uit (journalisten): Het EHRM verbindt aan de hoedanigheid van journalist meteen een erg beschermingswaardig karakter van de vrijheid van meningsuiting. Het EHRM erkent hen immers als *public watchdogs*⁸². Zij dragen in sterke mate bij tot het maatschappelijk en publiek debat. Althans naar de mening van het EHRM. Naar mijn mening is dit niet geheel correct. Wanneer een journalist louter marginale onderwerpen behandelt in zijn artikels, kan naar mijn mening aan zijn hoedanigheid geen extra beschermingswaardig karakter voor de vrijheid van meningsuiting verbonden worden. Men kan naar mijn mening veel beter focussen op de aard van de meningsuiting in plaats van de hoedanigheid van de persoon.
- Hoedanigheid van diegene waarover de meningsuiting gaat (publieke personen): Daarnaast speelt niet enkel de hoedanigheid van diegene die de meningsuiting doet, maar tevens de hoedanigheid van de persoon waarover de meningsuiting gaat. Men zal de persoonlijkheidsrechten veel minder snel geschonden achten bij een publieke persoon. De grenzen van het toelaatbare zijn immers ruimer ten aanzien van bekende personen⁸³. De vrijheid van meningsuiting is bij hen dus eveneens erg breed.
- Waarheidsgetrouw karakter van de meningsuiting: Daarnaast houdt het EHRM rekening met de inhoud van de meningsuiting. Bij de inhoud focust men op het geloofwaardig en betrouwbaar karakter van de meningsuiting⁸⁴. Dit betrouwbaar karakter is natuurlijk veel sneller aanwezig bij feitelijkheden als bij meningen. Bij een erg betrouwbaar karakter ligt de beschermingsgraad van de vrijheid van meningsuiting natuurlijk meteen een stuk hoger⁸⁵. Wat niet betekent dat lichte twijfel omtrent de waarachtigheid onmiddellijk fataal is voor de bescherming van de vrijheid van meningsuiting (*infra 38-40*). Het spreekt voor zich dat wanneer deze twijfelgevallen puur gebeuren vanuit het oogmerk om te schaden de bescherming van de vrijheid van meningsuiting meteen een grote klap

⁷⁹ EHRM 8 juli 1999, nr. 26682/95, Arslan/Turkey; EHRM 9 februari 1995, nr. 16616/90, Vereniging Weekblad Bluf!/Nederland.

⁸⁰ EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, Goodwin/Verenigd Koninkrijk; EHRM 8 juli 1999, nr. 23556/94, Ceylan v. Turkey.

⁸¹ EHRM 25 maart 1985, nr. 8734/79, Barthold/Duitsland.

⁸² EHRM 6 mei 2003, nr. 48898/99, Perna/Italië; EHRM 16 maart 2000, nr. 23144/93, Özgür Gündem/Turkije.

⁸³ D. VOORHOF EN P. VALCKE, *Handboek mediarecht*, Brussel, Larcier, 2011, 189-194.

⁸⁴ EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82, Lingens/Oostenrijk.

⁸⁵ EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić/Servië.

krijgt.

- Effecten van de meningsuiting: Natuurlijk spelen ook de effecten van de meningsuiting⁸⁶. Indien zij ernstige schade opleveren voor het individu zal de inbreuk op de persoonlijkheidsrechten veel minder snel verantwoord worden door het grondrecht van vrije meningsuiting.
- Eigenheden van de lidstaat: Het EHRM kijkt eveneens naar de eigenheden van de lidstaat. Hiermee doel ik bijvoorbeeld op de grootte van de toepasselijke *margin of appreciation*⁸⁷. Maar eveneens haar mogelijks (totaal) verschillende benadering van een casus ten opzichte van de andere lidstaten speelt mee⁸⁸. Een afwijkende benadering ten opzichte van alle andere lidstaten zal voor het EHRM sneller een disproportionele benadering uitmaken. Desondanks worden natuurlijk wel steeds alle nationale eigenheden in aanmerking genomen. Bovendien wordt elke nationale beoordeling door het EHRM geïnterpreteerd binnen de desbetreffende tijdgeest⁸⁹.

Dit betreffen voor mij de *klassieke criteria* binnen de *ad hoc balancing* van het EHRM tussen het recht van vrije meningsuiting en de persoonlijkheidsrechten. Op basis hiervan bepaalt zij de grootte van het beschermingswaardig karakter van de vrijheid van meningsuiting enerzijds en het legitiem belang anderzijds.

Bijvoorbeeld: Bij een meningsuiting die handelt over feitelijke gegevens van financiële verduistering van belastinggeld zal, gelet op haar bijdrage aan het publiek belang, een overheidsinmenging op de vrijheid van meningsuiting erg snel disproportioneel worden geacht. Men zal de schending van de persoonlijkheidsrechten in dat geval erg snel aanvaarden en de balans laten overhellen naar een bescherming van de vrijheid van meningsuiting.

Bijvoorbeeld: Daarentegen zal een inbreuk op jouw vrijheid van meningsuiting erg snel proportioneel worden geacht ingeval van een louter subjectieve en ongefundeerde, maar wel erg schadelijke, meningsuiting over de gênante gewoontes van jouw baas, in een nationaal tijdschrift voor ondernemen.

Ik wil echter nogmaals benadrukken dat ondanks het feit dat het oordeel van de rechter steeds een totaalevaluatie van de concrete situatie uitmaakt, toch besloten kan worden dat een erg zwaarwegende factor moet worden toegekend aan de aanwezigheid van het *publiek debat*⁹⁰.

⁸⁶ EHRM 25 november 1997, nr. 18954/91, Zana/Turkije.

⁸⁷ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 17.

⁸⁸ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Handyside/Verenigd Koninkrijk.

⁸⁹ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 132-133.

⁹⁰ EHRM 26 februari 2002, nr. 29271/95, Dichand e.a./Oostenrijk, §39.

3.2 De proportionaliteit van de sanctie

Het EHRM onderzoekt niet enkel de proportionaliteit van de overheidsinmenging, maar ook van de sanctie. Ondanks dat de *klassieke criteria* ook hier hun rol spelen, wordt deze proportionaliteitstoets traditioneel toch reeds gekenmerkt door enkele specifiekere vereisten. Deze principes bespreek ik uitgebreid.

Met oog op een aanpassing van het Belgische aansprakelijkheidsrecht wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding. Het valt op te merken dat onder invloed van de *chilling effects* op dat domein vandaag enkele nog verfijndere vereisten worden vooropgesteld.

3.2.1 De proportionaliteit van sancties in het algemeen

De proportionaliteit van de sanctie wordt in de algemene, traditionele rechtsleer geformuleerd als "(...) *de evenredige verhouding tussen de sanctie en het nagestreefde legitiem belang.*"⁹¹. Het doel heiligt de middelen geldt niet binnen het Europeesrechtelijke grondrechtencontentieux.

Bij een traditionele benadering van de proportionaliteit van de sanctie kunnen twee stappen worden onderscheiden. Bij de eerste stap onderzoekt men aan de hand van een in concreto beoordeling het beschermingswaardig karakter van het legitiem belang (en naar mijn mening dus automatisch ook van het grondrecht). Bij de tweede stap worden enkele specifiekere vereisten ter beoordeling van de *proportionele* verhouding van de sancties onderscheiden. Het zal duidelijk worden dat binnen beide stappen het aftoetsen van het beschermingswaardig karakter van het legitiem belang enerzijds en het grondrecht anderzijds vereist blijft. De *klassieke criteria* behouden dus ook hier hun belang.

Stap één: De eerste belangrijke stap vormt natuurlijk de vaststelling van het beschermingswaardig karakter van het legitiem belang in casu. Het spreekt immers voor zich hoe dwingender het legitiem belang zich opdringt, hoe minder problemen de rechtvaardiging van een (zware) sanctie zal opleveren⁹². Ter vaststelling van dit beschermingswaardig karakter zal opnieuw gebruik worden gemaakt van een in concreto beoordeling (en de *klassieke criteria*). Het valt immers op te merken dat het beschermingswaardig karakter van het legitiem belang naar mijn mening nooit volledig afzonderlijk van het te beschermen grondrecht kan worden beoordeeld. Daarom blijven (minstens een aantal van) de *klassieke criteria* ook hier van belang, zelfs bij een louter exclusieve toetsing van de proportionaliteit van de sanctie.

Stap twee: Vervolgens hanteert de klassieke rechtsleer een aantal specifieke richtlijnen ter vaststelling van het *evenredige* of *proportionele* karakter van de gehanteerde middelen of sancties met het legitiem belang.

⁹¹ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 327.

⁹² J. VANDE LANOTTE EN Y. HAECK, *Handboek EVRM – Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 145.

➤ *Geschikt:*

Het EHRM moet een aantal mogelijke sancties selecteren die *geschikt* of *aangepast* zijn om het rechtsbelang te beschermen⁹³. Het EHRM plaatst deze redenering vaak onder de naam *pertinentie criterium*. Men dient na te gaan of redelijkerwijze kan worden aangenomen dat de sanctie nuttig, relevant en toereikend is om het beoogde doel te bereiken. Deze richtlijn heeft vaak betrekking op de keuze van de aard van de sanctie (bijvoorbeeld een gevangenisstraf, dan wel louter een boete).

➤ *Niet meer dan nodig:*

Bij de keuze tussen de verschillende *geschikte* sancties, vergelijkt de rechter de mogelijke oplossingen, en kiest deze die het grondrecht zo onaangetast mogelijk laat⁹⁴. Men geeft de voorkeur aan een sanctie die haar doel bereikt op de minst drukkende wijze op de grondrechten. Dit betekent ook meteen dat *excessieve* sancties, in vergelijking met het na te streven belang, disproportioneel zijn⁹⁵.

In de mate dat men het concreet beschermingswaardig karakter van de vrijheid van meningsuiting aan de hand van de *klassieke criteria* nog niet in de eerste stap vaststelde, is dit hier sowieso het geval.

Binnen de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt deze benadering vaak samengevat als het *less restrictive alternative*⁹⁶. Het EHRM volgt soms dezelfde benadering, zonder het als een specifiek apart onderdeel te bestempelen. Het is wel belangrijk om te onthouden dat het als verweer geen stand houdt louter één mogelijk alternatieve, minder vergaande oplossing naar voor te schuiven⁹⁷.

Als we het resultaat van stap één en twee nu samenvatten moeten we vaststellen dat men tot een sanctie moet komen die rekening houdt met de bescherming van het legitiem belang én het grondrecht. Ondanks een iets andere formule is de kerngedachte aldus niet veel verschillend van de balanceringsoefening bij de proportionaliteit van de overheidsinmenging.

Men houdt binnen de eerste stap expliciet rekening met het beschermingswaardig karakter van het legitiem belang. Ondanks dat ik van mening ben dat men hier reeds impliciet moet rekening houden met het beschermingswaardig karakter van het grondrecht, komt dit volgens de klassieke rechtsleer pas expliciet tot uiting in de tweede stap.

Men moet conform de specifieke vereisten uit de tweede stap niet enkel zoeken naar een geschikte sanctie, maar met oog op de bescherming van het grondrecht naar een sanctie die het legitiem belang *niet meer dan nodig* beschermt. Men vereist expliciet sancties die het grondrecht zo weinig mogelijk aantasten. Als men aan de hand van de *klassieke criteria* het beschermingswaardig karakter van de vrijheid van meningsuiting nog niet vaststelde is dit hier sowieso het geval. Dit

⁹³ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 327.

⁹⁴ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Handyside/Verenigd Koninkrijk, §48.

⁹⁵ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 329-332.

⁹⁶ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 129.

⁹⁷ EHRM 19 december 1989, nr. 11070/84, Mellacher e.a./ Oostenrijk, §53.

betekent dat met oog op de bescherming van het grondrecht een absoluut verbod heerst op *excessieve* sancties.

Men tracht dus niet enkel bij de overheidsinmenging, maar ook bij de sanctie tot een mooi evenwicht te komen, dat enkel verstoord wordt bij een excessief karakter. Gelet op het belang van de concrete omstandigheden verkrijgt de rechter ook bij de beoordeling van de proportionaliteit van de sanctie, ondanks enkele specifieke richtlijnen, een grote mate van soepelheid toegekend.

3.2.2 De proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding

Hiervoor bekeek ik de theorie van de proportionaliteit van de sanctie in het algemeen. Deze had dus betrekking op gevangenisstraffen, publicatieverboden, schadevergoedingen, geldboetes... Gelet op het feit dat dit onderzoek voornamelijk focust op de invloed van het Europese recht op art. 1382 BW wil ik vanaf hier verder gaan met een loutere focus op de burgerrechtelijke schadevergoeding. Deze wordt gekenmerkt door een specifieke(re), verfijnde inhoud, ontstaan onder invloed van de *chilling effects*. Zoals vermeld ontstonden de *chilling effects* immers niet enkel vanuit een disproportionele strafrechtelijke, maar tevens burgerrechtelijke sanctie. Ik onderzoek de precieze inhoud van de proportionaliteit van de burgerrechtelijke sanctie vanuit de verschillende chronologische verfijningen op basis van de *chilling effects*. Dit betekent een bespreking van de traditionele visie uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk en de nieuwste visie uit het arrest Tešić/Servië.

3.2.2.1 Traditionele visie

De proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding wordt traditioneel mooi vertaald in het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk: "*There must be a reasonable relationship of proportionality between an award of damages and the injury to the reputation suffered.*"⁹⁸. Dit citaat is voor mij het kernprincipe van het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk.

Dit arrest kwam tot stand in het licht van het *chilling effect*, dat bij een excessieve schadevergoeding ontstaat op de vrijheid van meningsuiting. In het licht van de *chilling effects* heeft men de algemene proportionaliteitstoets via dit arrest voor de burgerrechtelijke schadevergoeding verder verfijnd⁹⁹. Dit nieuwe basisprincipe werd in de latere rechtspraak meermaals bevestigd¹⁰⁰.

Na een uitgebreid onderzoek van de rechtspraak en rechtsleer is het mij immers duidelijk geworden dat dit arrest toch een serieuze nuance inhoudt in vergelijking met de algemene theorie van de proportionaliteit van de sanctie. De nuance is voor mij voornamelijk gelegen bij de

⁹⁸ EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91, Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk, §49.

⁹⁹ R. Ó FATAIGH, "Article 10 and the chilling effect principle", *E.H.R.L.W.* 2013, afl. 3, (304) 306-307.

¹⁰⁰ EHRM 24 november 2011, nr. 41158/09, Koprivica/Montenegro, §65; EHRM 23 juni 2009, nr. 17089/03, Sorguç/Turkije, §30; EHRM 15 februari 2005, nr. 68416/01, Steel and Morris/Verenigd Koninkrijk, §96.

geciteerde woorden "(...) *the injury to the reputation suffered*.¹⁰¹". De rechter moet zijn graad van proportionaliteit niet meer afwegen ten opzichte van het vage begrip *legitiem belang*, maar aan de specifiek geleden *schade aan dit legitiem belang*. Dit betreft dus een bijzondere wijziging van de eerste stap van de algemene benadering proportionaliteit van de sanctie.

Voor mij betekent dit arrest dat er, in vergelijking met de algemene theorie van de proportionaliteit van de sanctie, een grote mate aan beoordelingsvrijheid verloren gaat voor de rechter. De rechter kan immers niet langer werken met een vage term als het legitiem belang, maar wordt vastgeketend aan de schade aan het legitiem belang. Dit gaat voor mij toch al een serieuze stap in de richting van het Belgisch recht en de integrale schadevergoeding. Hetzij dat men Europees nog steeds een lichte manoeuvreerruimte heeft door de *proportionele* verhouding. De schadevergoeding moet aldus proportioneel zijn, maar niet gelijk aan de geleden schade. Er blijft een zekere soepelheid aanwezig om de concrete situatie mee te nemen. Dit betekent erg concreet dat de rechter nog wel de beoordelingsvrijheid behoudt of de schadevergoeding qua omvang *niet meer dan nodig* afwijkt van de werkelijk geleden schade aan het legitiem belang (de tweede stap uit de algemene theorie blijft aldus behouden).

Ik erken dat het principe uit Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk in het licht van de *chilling effects* en dus met oog op de bescherming van de vrijheid van meningsuiting een stap voorwaarts is. De beoordelingsmarge van de rechter is verfijnd doordat men nu een duidelijker vergelijkingspunt heeft, met name de schade aan het legitiem belang. Vervolgens is bij de aanwezigheid van weinig schade, op basis van het principe uit Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk, een *excessieve* schadevergoeding en aldus een *chilling effect* op de vrijheid van meningsuiting uitgesloten.

Ik stel mij echter vragen bij de werking van dit principe ingeval van een erg grote schade. In dat geval is de rechter bij toepassing van het principe uit Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk vastgeketend aan een erg hoge schadevergoeding. Als we even het eerste hoofdstuk in herinnering brengen is binnen die situatie een gebrek aan soepelheid problematisch. *Chilling effects* vinden immers niet enkel hun oorzaak bij een disproportionele band tussen de schade en de schadevergoeding, maar ook bij een disproportionele impact op het individu. Het arrest Cumpăna en Mazăre/Roemenië bevestigde dit voor de strafrechtelijke sanctie. Het EHRM erkent deze bemerking recent ook voor de burgerrechtelijke schadevergoeding¹⁰².

Het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk is een goed uitgangspunt, maar vereist ingeval van erg grote schade essentieel een aanvulling. Deze aanvulling is het financieel criterium. Dit vormt, naast het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk, een verdere verfijning van de eerste stap van de algemene benadering van de proportionaliteit van de sanctie.

¹⁰¹ EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91, Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk, §49.

¹⁰² EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić/Servië.

3.2.2.2 Genuanceerde visie

Het EHRM erkent vandaag naast het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk, onder invloed van het *chilling effect*, nog een nieuw onderdeel binnen de proportionaliteitstoets van de schadevergoeding, met name de impact op de concrete situatie van het individu¹⁰³. In het bijzonder kan verwezen worden naar de impact op de financiële positie van het individu. Dit was nodig om *chilling effects* op de vrijheid van meningsuiting te vermijden. Wanneer men enkel bleef rekening houden met de schade, zouden erg onvermogen partijen nog geconfronteerd worden met enorm excessieve sancties. Deze zouden niet enkel bij hen maar ook bij de algemene opinie als erg choquerend overkomen, waardoor het *chilling effect* bleef bestaan. De evaluatie van de concrete (financiële) situatie van de dader door het EHRM plaats ik onder de noemer *financieel criterium*. Ik start met een uitgebreide illustratie ervan aan de hand van het arrest Tešić/Servië en verduidelijk de toepassing ervan aan de hand van de kritiek van Judge Sajo¹⁰⁴.

3.2.2.2.1 Het financieel criterium

Het financieel criterium omvat een evaluatie van de impact van de schadevergoeding op het individu in concreto. Met in het bijzonder aandacht voor de impact op zijn financiële situatie. In dit verband kan verwezen worden naar de zaak Tešić/Servië¹⁰⁵. Deze omvat de volgende feiten:

Binnen deze zaak wordt een Servische vrouw Sofija Tešić samen met een journaliste veroordeeld voor een krantenartikel waarin mevrouw Tešić, via de journaliste, haar verhaal deed over de wijze waarop haar advocaat haar onzorgvuldig verdedigd had. Volgens de advocaat was de informatie echter op geen enkel feitelijk gegeven gebaseerd.

Strafrechtelijk werd mevrouw Tešić in 2005 veroordeeld tot een gevangenisstraf van zes maanden met uitstel. De strafrechtelijke beroepsprocedure werd nog niet afgerond.

Burgerrechtelijk werd zij in 2007 veroordeeld tot een schadevergoeding van 4900 euro. Hier werd de beroepsprocedure reeds wel afgerond. Mevrouw Tešić was binnen deze procedure van mening dat haar recht op vrije meningsuiting werd geschonden, net als haar recht op proces. Zij beroept zich hiervoor in het bijzonder op het excessieve karakter van de schadevergoeding. Het nationale, Constitutional Court handhaaft echter de genomen beslissingen. Ze acht de maatregelen welberedeneerd en in overeenstemming met de wet. Zij merkt op dat de beoordeling van de proportionaliteit haar niet toebehoort.

Vervolgens stapte mevrouw Tešić naar het EHRM. Zij beroept zich op een schending van de artt. 6, 34, 41 en voornamelijk 10 EVRM.

Bij de beoordeling van dit art. 10 EVRM, doorloopt het EHRM haar klassieke toetsingsstappen. De schadevergoeding is *voorzien bij wet*, namelijk door de Obligation act. Het EHRM aanvaardt de bescherming van de reputatie van de advocaat als een voldoende *legitiem doel*. Het ERHM stelt

¹⁰³ EHRM 17 december 2004, nr. 33348/96, Cumpănă en Mazăre/Roemenië.

¹⁰⁴ EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić/Servië.

¹⁰⁵ EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić/Servië.

binnen het laatste criterium *nodig in een democratische samenleving*, bij het onderdeel van de proportionaliteit echter moeilijkheden vast. Zij is het in het bijzonder niet eens met de proportionaliteit van de schadevergoeding. Zij hanteert bij haar beoordeling duidelijk een erg feitelijke toetsing.

In eerste instantie wijst het EHRM op enkele van de *klassieke criteria*. In het bijzonder wordt veel aandacht besteed aan de aard van de meningsuiting. Dit betekent haar bijdrage aan het publiek debat. Ook de waarachtigheid van de meningsuiting eist een belangrijke rol op.

Het EHRM was in casu van mening dat de meningsuiting niet volledig als onzin kon worden afgedaan. Zij leidt dit af uit het feit dat allereerst de politie reeds graad zag in de klacht en vervolgens de openbare aanklager slechts na verloop van twee jaar de klacht onontvankelijk verklaarde. Het EHRM weigert de meningsuiting dan ook te beschouwen als een volstreekte leugen, met als enige doel een persoonlijke aanval. Volgens het EHRM is deze meningsuiting minstens ontstaan vanuit de goede trouw.

Bovendien erkent zij de context van de meningsuiting, een discussie omtrent het onzorgvuldig gedrag van een advocaat, als een te beschermen deel van het publiek debat. De dader waagde zich aan een meningsuiting van maatschappelijk belang.

Zoals opgemerkt binnen de algemene beschrijving van de proportionaliteit van de sanctie zijn deze *klassieke criteria* essentieel af te toetsen ter vaststelling van het beschermingswaardig karakter van het na te streven legitiem belang en het grondrecht. In casu had de beschrijving van deze *klassieke criteria* naar mijn mening echter nog een specifiekere reden. Hiervoor verwijs ik naar de eerste opmerking bij het volgende hoofdstukje "*Kritiek op het financieel criterium*".

Vervolgens verwijst het EHRM erg kort naar het kernprincipe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk. Het verlaat dit criterium echter heel snel om de switch te maken naar het financieel criterium "(...) *although relatively moderate by contemporary standards (...) had been (...) very substantial when compared to the modest incomes and resources of the (...) applicants (...)*". Deze plotse overschakeling bespreek ik bij de tweede opmerking van het hoofdstukje "*Kritiek op het financieel criterium*".

In concreto houdt het EHRM bij dit financieel criterium rekening met de financiële situatie van mevrouw Tešić. De toegekende schadevergoeding bedraagt 4900 euro. Dit zou overeenkomen met 60 pensioenen van mevrouw Tešić. Het EHRM vermeldt dat dit bedrag gelijkaardig is aan de schadevergoeding, die toegekend werd in een gelijkaardige zaak, maar waar de partijen duidelijk meer vermogend waren. Om dit bedrag te betalen wordt maandelijks twee derde van mevrouw Tešić haar pensioen in beslag genomen. De nationale wetgeving schrijft echter voor dat men tot twee derde van iemands pensioen kan inhouden. Deze wetgeving laat duidelijk de mogelijkheid tot een meer genuanceerde aanpak, waar men in casu niet voor koos. Deze strenge beoordeling leidde ertoe dat de vrouw gedurende vier jaar twee derde van haar pensioen zag verdwijnen voor de schadevergoeding, waardoor zij achterbleef met slechts 60 euro per maand. Gelet op de interesten zou zij dit nog twee jaar moeten ondergaan. Bovendien houdt het EHRM rekening met mevrouw Tešić haar medische situatie, die haar maandelijks 44 euro kost.

Het arrest Tešić/Servië toont dus duidelijk aan dat het EHRM erg uitgebreid rekening houdt met de concrete, financiële situatie van het individu, in haar beoordeling van de proportionaliteit van de schadevergoeding¹⁰⁶.

Om aan te tonen dat het arrest Tešić/Servië geen alleenstaand precedent is verwijs ik naar een aantal gelijkaardige arresten die het financieel criterium bevestigen.

Ik verwijs naar het arrest Kasabova/Bulgarije van 2011¹⁰⁷. Het EHRM was opnieuw van oordeel dat er een *chilling effect* uitging van de boete, schadevergoeding en kosten waartoe de dader werd veroordeeld. Het EHRM maakte opnieuw gebruik van de concrete toets aan het financieel inkomen van het individu.

Het moet worden vastgesteld dat het financieel criterium ook omgekeerd werkt. Wanneer de schadevergoeding geen grote impact heeft op het individu, zal ze ook niet disproportioneel zijn. Tot dat besluit kwam het EHRM in het arrest Bozhkov/Bulgarije¹⁰⁸.

Voor verdere toepassing van het *chilling effect* verwijs ik verder naar de arresten Koprivica/Montenegro, Lepojic/Servië, Steel and Morris/Verenigd Koninkrijk...¹⁰⁹. Gelet op de wederkerende redenering van het EHRM kan besloten worden dat het financieel criterium een waardig onderdeel vormt van de proportionaliteitstoets. Hoe dit precies moet worden ingepast binnen het reeds beschreven kader van de proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding bespreek ik aan het einde van het volgend hoofdstukje.

3.2.2.2 Kritiek op het financieel criterium

Toch is niet iedereen binnen het EHRM van mening dat de financiële situatie van de verweerder een doorslaggevende rol mag hebben in de beoordeling van de proportionaliteit van de schadevergoeding. Binnen het arrest Tešić/Servië vinden we een dissenting opinion van Judge Sajo¹¹⁰. Ik maak twee belangrijke opmerkingen bij zijn visie die de toepassing van het financieel criterium verder verduidelijken.

Opmerking één:

Judge Sajo is van mening dat een schadevergoeding niet afhankelijk kan worden gesteld van de financiële moeilijkheden van de dader. Voor hem is armoede geen reden om te verzaken aan de integrale schadevergoeding.

De benadering door Judge Sajo valt voor mij te verklaren vanuit het feit dat hij het lasterlijk artikel beschouwt als een persoonlijke aanval, zonder feitelijke basis en zonder bijdrage voor het publiek debat. Judge Sajo is van mening dat men zich buiten het beschermingswaardig domein van art. 10 EVRM bevindt en dat er geen gevaar dreigt voor een *chilling effect* op de vrijheid van

¹⁰⁶ J.H. EMAUS, noot onder EHRM 11 februari 2014, *EHRC* 2014, afl. 6, (303) 303-304.

¹⁰⁷ EHRM 19 april 2011, nr. 22385/03, Kasabova/Bulgarije.

¹⁰⁸ EHRM 19 april 2011, nr. 3316/04, Bozhkov/Bulgarije.

¹⁰⁹ EHRM 24 november 2011, nr. 41158/09, Koprivica/Montenegro; EHRM 6 november 2007, nr. 13909/05, Lepojic/Servië; EHRM 15 februari 2005, nr. 68416/01, Steel and Morris/Verenigd Koninkrijk.

¹¹⁰ EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić/Servië.

meningsuiting. Indien dit het geval zou zijn geef ik Judge Sajo volledig gelijk. Een afwijking van de integrale schadevergoeding kan enkel gerechtvaardigd zijn binnen een context waar er gevaar dreigt voor het verder bestaan van de vrije meningsuiting. Dit is dan ook een eerste opmerking bij het financiële criterium. Het kan enkel toegepast worden binnen het toepassingsgebied van de *chilling effects*, met name het beschermingswaardig domein van de vrijheid van meningsuiting. Net daarom staat het EHRM zelf naar mijn mening uitgebreid stil bij de *klassieke criteria* die pleiten in het voordeel van een beschermingswaardig karakter van de vrijheid van meningsuiting.

Waarom komt Judge Sajo tot een verkeerde vaststelling van het toepassingsgebied van de *chilling effects*?

Allereerst is Judge Sajo naar mijn mening verkeerdelijk van mening dat dergelijke feiten niet bijdragen aan het publiek debat. De vertrouwensrelatie tussen cliënt en advocaat is gelet op de voorbeeldfunctie van de advocaat binnen onze maatschappij wel degelijk van openbaar belang¹¹¹. Een schending hiervan draagt wel degelijk bij tot het publiek debat. (⇔ *Judge Sajo: "The lawyer acted within the traditional client-lawyer relationship without any impact on the public interest in the administration of justice."*)

Mijn tweede bedenking heeft betrekking op het waarheidsgehalte van de feiten. Judge Sajo is van mening dat deze feitelijke onjuiste meningsuitingen zich buiten de beschermde zone van art. 10 EVRM bevinden: "*The private interest in expressing personal discontent by disclosing false factual allegations to the general public is not a matter protected by the Convention.*" Naar mijn mening is het waarheidsgehalte van deze meningsuitingen echter niet dermate onzeker dat zij buiten de bescherming van art. 10 EVRM vallen. Naar analogie met de Amerikaanse rechtspraak moet voor dergelijke (licht) foutieve meningsuitingen immers een soort *breathing space* bestaan. Zodra men de meningsuitingen die nog maar schijn geven niet volledig correct te zijn strikt bestraft creëert men immers net een *chilling effect* op de gehele vrijheid van meningsuiting. Ik verwijs naar het uitgangspunt van het *chilling effect* binnen de Amerikaanse rechtspraak "*Some degree of abuse is inseparable from the proper use of everything, and in no instance is this more true than in that of the press.*"¹¹². Natuurlijk is er eveneens een grens aan de zone van de *breathing space*. Maar deze gaan de concrete feiten naar mijn mening niet te buiten. Er zijn immers wel degelijk verschillende aanwijzingen aanwezig die wijzen op een waarheidsgetrouw karakter.

Het is van belang om uit deze eerste opmerking het volgende te onthouden. Men moet het financieel criterium niet hanteren op een domein waar geen perverse *chilling effects* dreigen. Dit betekent dat flagrante leugens zonder enige bijdrage aan het publiek debat een toetsing van het financieel criterium niet vereisen. Deze mogen perfect worden afgeschrikt en verantwoord worden geen afwijking van de integrale schadevergoeding.

Ik moet echter vanuit de Amerikaanse rechtsleer vaststellen, dat een kleine leugen over een thema van publiek belang, alsnog een *chilling effect* kunnen creëren. Hiervoor installeerden zij immers de *breathing space*.

¹¹¹ D. VOORHOF, "Europees Hof koestert expressievrijheid van advocaat", *juristenkrant* 2003, afl. 78, 12.

¹¹² Supreme Court of the United States 9 maart 1964, nr. 39, *New York Times Co./Sullivan*, 376 U.S. 254.

Het toepassingsgebied van het financieel criterium is aldus "*Meningsuitingen die bijdragen tot het publiek debat, tenzij zij een flagrant leugenachtig karakter hebben*".

Opmerking twee:

Judge Sajo merkt op dat de toets aan de financiële positie van het individu niet past binnen het principe van het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk: "*I mentioned above that Tolstoy Miloslavsky was concerned with the proportionality of the award to the injury suffered, and that in this regard the consideration of the defendants position is a non sequitur.*".

Ik geef Judge Sajo gelijk dat het financieel criterium geen invulling vormt van het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk. Het vormt echter wel degelijk een noodzakelijke aanvulling erop. Zoals vermeld schiet het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk, met oog op de *chilling effects*, immers tekort bij aanwezigheid van een erg grote schade (*supra* 35).

Het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk en het financieel criterium zijn de twee doorslaggevende criteria voor de proportionaliteit van de schadevergoeding die mekaar niet overlappen, maar aanvullen. Zij moeten dus steeds *cumulatief* worden getoetst.

3.2.2.3 Samenvattend kader

Aan het einde van dit Europeesrechtelijk luik geef ik een positief antwoord op het eerste onderdeel van de eerste grote onderzoeksvraag uit de inleiding ("*Heeft het chilling effect invloed op de Europese grondrechtenbescherming, in het bijzonder de proportionaliteitstoets?*"). Het *chilling effect* heeft wel degelijk een grote invloed gehad op de invulling van de beperkingscriteria van de grondrechten. Het EHRM heeft de dreiging van de *chilling effects* erkend en in het bijzonder stapsgewijs haar proportionaliteitstoets van de sanctie verfijnd. Dit leidde finaal tot een verfijnde proportionaliteitsvereiste bij de burgerrechtelijke schadevergoeding. Om ook een duidelijk antwoord te geven op het tweede onderdeel van de eerste grote onderzoeksvraag ("*Hoe heeft het chilling effect deze grondrechtenbescherming/proportionaliteitstoets beïnvloed?*") vat ik deze laatste proportionaliteitsvereiste samen in een duidelijk kader.

De proportionaliteitstoets van de schadevergoeding wordt vandaag in het bijzonder gekenmerkt door de cumulatieve toetsing van het principe uit het (oudere) arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk en het principe uit het (recente) arrest Tešić/Servië. Dit betekent in vergelijking met de algemene benadering van de proportionaliteit van de sanctionering voornamelijk een grote aanpassing van haar eerste stap. Vandaag gebeurt de toetsing van de burgerrechtelijke schadevergoeding als volgt:

Stap één: Binnen de eerste stap valt in eerste instantie te wijzen op het feit dat bij de burgerrechtelijke schadevergoeding geen *proportionele* verhouding vereist is met het vage *legitiem belang* (bijvoorbeeld de eer en goede naam), maar wel met de *schade aan het legitiem belang*¹¹³. Natuurlijk zal ter vaststelling van de schade aan dit legitiem belang in zekere mate kunnen verwezen worden naar de *klassieke criteria*. Het legitiem belang wordt immers nooit afzonderlijk geëvalueerd.

Stap twee: Hier beoordeelt men nog steeds de *proportionele* verhouding door na te gaan of de schadevergoeding *niet meer bedraagt dan nodig*¹¹⁴. Hierbij eisen de *klassieke criteria* nog steeds een belangrijke rol op¹¹⁵. Zij laten immers perfect toe het beschermingswaardig karakter van de vrijheid van meningsuiting (en dus ook het legitiem belang) in te schatten. De vergoeding moet met andere woorden niet zoals binnen het Belgisch recht gelijk zijn aan de geleden schade, maar afhankelijk van de verschillende belangen in casu een *proportionele* of *evenredige* verhouding ermee vertonen.

Vervolgens moet men vandaag ook cumulatief rekening houden met het financieel criterium. Ter verduidelijking tracht ik dat in twee gelijkaardige (bis) stappen te omschrijven.

Stap één bis: Bij het tweede onderdeel van de eerste stap moet cumulatief rekening worden gehouden met de financiële positie van de dader¹¹⁶. Tenminste in zoverre er sprake is van een bijdrage aan het publiek debat, die niet flagrant leugenachtig is. Dit vormt in dat geval naast de schade aan het legitiem belang als het ware een tweede cumulatief ijkpunt.

Stap twee bis: De schadevergoeding mag geen al te grote impact hebben op deze financiële positie. Het lijkt binnen de tweede stap bij het financieel criterium naar mijn mening mogelijks te gaan om een *redelijke* verhouding, in plaats van een *evenredige* of *proportionele* verhouding¹¹⁷. Ook dan zullen de *klassieke criteria* nog steeds hun rol spelen in de beoordeling, maar de redelijkheid lijkt dan toch iets meer soepelheid toe te laten. Desondanks is het verschil uiterst klein en kan bij gebrek aan duidelijk verwoording van het EHRM geen duidelijke afwijking van de algemene regels uit de (oudere) rechtsleer worden vastgesteld¹¹⁸.

Deze verfijning onder invloed van de *chilling effects* betekende in eerste instantie, bij het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk, naar mijn mening een grote afname van soepelheid bij de vaststelling van de schadevergoeding. De schade werd als determinerend criterium ingevoerd in plaats van het vage begrip legitiem belang. Dit kon de vrijheid van meningsuiting zeker in heel wat gevallen behoeden van *chilling effects*. Het EHRM besepte echter dat in geval van erg grote schade het gevaar van de *chilling effects* bleef bestaan. Hierdoor heeft zij het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk nog verder aangevuld, door middel van het financieel

¹¹³ EHRM 24 november 2011, nr. 41158/09, Koprivica/Montenegro, §65; EHRM 23 juni 2009, nr. 17089/03, Sorguç/Turkije, §30; EHRM 15 februari 2005, nr. 68416/01, Steel and Morris/Verenigd Koninkrijk, §96; EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91, Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk, §49.

¹¹⁴ EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Handyside/Verenigd Koninkrijk, §48.

¹¹⁵ EHRM 6 mei 2003, nr. 48898/99, Perna/Italië; EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, Goodwin/Verenigd Koninkrijk; EHRM 8 juli 1999, nr. 26682/95, Arslan/Turkey; EHRM 25 november 1997, nr. 18954/91, Zana/Turkije; EHRM 25 maart 1985, nr. 8734/79, Barthold/Duitsland.

¹¹⁶ EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić/Servië; EHRM 19 april 2011, nr. 22385/03, Kasabova/Bulgarije.

¹¹⁷ EHRM 15 februari 2005, nr. 68416/01, Steel and Morris/Verenigd Koninkrijk, §96.

¹¹⁸ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 329.

criterium. Dit criterium heeft de soepele beoordelingsvrijheid van de rechter in zekere mate hersteld, hetzij onder strikte voorwaarden. Enkel in geval van een bijdrage aan het publiek debat, die niet flagrant leugenachtig is, kan de rechter de burgerrechtelijke schadevergoeding matigen bij een disproportionele impact op de financiële positie van de dader.

Het lijkt erop dat vandaag het EHRM door middel van haar sterk verfijnde proportionaliteitstoets de vrijheid van meningsuiting volledig beschermd heeft tegen de *chilling effects*.

Hoofdstuk 4: De invloed van de proportionaliteit op het Belgisch aansprakelijkheidsrecht

Uit het voorgaande werd duidelijk dat Europeesrechtelijk zowel de proportionaliteit van de overheidsinmenging als de sanctie getoetst wordt. Zoals aangehaald zijn beide een onderdeel van het derde Europeesrechtelijk beperkingscriterium *nodig in een democratische samenleving*. De vraag stelt zich in welke mate deze Europeesrechtelijke beperkingscriteria, en dus beide proportionaliteitsvereisten, kunnen doorwerken binnen het Belgisch recht. België kent immers een eigen, erg verschillend beperkingssysteem van grondrechten.

Ik bekijk eerst de verhouding tussen het Belgische en het Europeesrechtelijke beperkingssysteem van de grondrechten en de mogelijkheid tot doorwerking of implementatie. Ik bekijk specifiek of deze doorwerking of implementatie past binnen de initiële visie van de grondwetgever uit 1831 en de huidige visie van het Hof van Cassatie. Deze visies kunnen naast de opkomst van de *chilling effects* binnen de Europese rechtspraak een verklaring bieden waarom deze doorwerking gewenst is.

Anderzijds stelt zich de vraag naar het resultaat of de precieze invloed van deze (mogelijke) doorwerking. Ik evalueer of deze doorwerking of implementatie van de proportionaliteitstoets van de schadevergoeding, in vergelijking met de huidige nationale instrumenten, een betere bescherming kan bieden voor het Belgisch recht.

Ik zal hierbij eerst aandacht besteden aan de invloed van de proportionaliteit van de overheidsinmenging. De proportionaliteit van de overheidsinmenging heeft voornamelijk invloed op de klassieke voorwaarden van art. 1382 BW, in het bijzonder de foutvoorwaarde. Het zal duidelijk worden dat naar mijn mening de invloed daar eerder gering is, daar een extensieve interpretatie van de Belgische zorgvuldigheidsnorm hetzelfde resultaat kan opleveren.

Vervolgens zal ik aandacht besteden aan het belangrijkste onderdeel van dit onderzoek, de invloed van de proportionaliteit van de schadevergoeding, op het Belgische aansprakelijkheidsrecht. Ik kan bij voorbaat zeggen dat deze een ware revolutie kan ontketenen binnen het Belgische aansprakelijkheidsrecht. De proportionaliteit van de schadevergoeding, die sterk beïnvloed is geweest door de optredende *chilling effects*, kent immers geen Belgisch equivalent en kan een nieuw onderdeel bij art. 1382 BW tot gevolg hebben. De implementatie van de proportionaliteit bij art. 1382 BW verloopt echter niet zonder slag of stoot. Er treden verschillende moeilijkheden op die ik uitgebreid bespreek.

Als de nieuwe voorwaarde geoorloofd blijkt stelt zich als laatste in het bijzonder de vraag hoe deze eruit moet zien. Om hierop finaal een antwoord te bieden lijkt het erg nuttig eens over de landsgrenzen heen te kijken.

4.1 Het Europeesrechtelijk beperkingssysteem binnen het Belgisch recht

We worden binnen onze nationale rechtsorde bij een conflict tussen de vrijheid van meningsuiting en de persoonlijkheidsrechten (de eer en goede naam) geconfronteerd met een aantal Europese en nationale grondrechten en hun eigen beperkingscriteria. Deze grondrechten dekken inhoudelijk min of meer dezelfde lading, maar laten niet op dezelfde wijze beperkingen toe.

We onderscheiden aan de zijde van de vrijheid van meningsuiting enerzijds art. 10 EVRM, dat directe werking heeft in de Belgische rechtsorde. Binnen de Belgische rechtsorde vinden we inhoudelijk quasi dezelfde rechtsgronden terug in de artt. 19 en 25 (en 150) GW¹¹⁹. Het art. 25 GW behoudt echter zijn eigenheid doordat het, in tegenstelling tot art. 10 EVRM, voorziet in een formeel verbod van censuur¹²⁰. Verder valt de inhoud naar Belgisch recht voornamelijk samen.

Aan de andere zijde vinden we de persoonlijkheidsrechten terug als legitiem belang in de tweede paragraaf van art. 10 EVRM. Deze kunnen echter conform de recente visie ook onder de noemer van art. 8 EVRM worden geplaatst¹²¹. In de nationale rechtsorde vinden we dan inhoudelijk hetzelfde grondrecht terug in art. 22 GW¹²².

Zoals vermeld is geen enkele van deze grondrechten absoluut en worden zowel op nationaal als Europees niveau beperkingen toegelaten. Er vallen klassiek twee totaal verschillende beperkingssystemen te onderscheiden bij de vrijheid van meningsuiting¹²³. Vanuit een verschillende historische achtergrond onderscheiden we enerzijds een formeel en anderzijds een materieel beperkingssysteem.

Het Belgisch recht kent klassiek een formeel beperkingssysteem¹²⁴. De Belgische grondwetgever was destijds van mening dat de afweging diende te gebeuren door vertegenwoordigers van het volk. Enerzijds het parlement dat strafwetten zou uitvaardigen, anderzijds de jury die binnen het Hof van Assisen de persmisdrijven en politieke misdrijven zou beoordelen. Het formele beperkingssysteem wordt dus oorspronkelijk gekenmerkt door strafrechtelijke a posteriori beperkingen, die vastgelegd zijn door de vertegenwoordigers van het volk.

Het materiële beperkingssysteem van het EVRM ontstond vanuit een totaal verschillende achtergrond. Er valt te wijzen op de gruwelen van de fascistische regimes, die langs een formeel-democratische weg aan de macht waren gekomen¹²⁵. Men werd van mening dat geen nationale

¹¹⁹ G. GOEDERTIER, J. VANDE LANOTTE en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 524-541.

¹²⁰ P. LEMMENS, *Preadvies – Vrijheid van meningsuiting. Een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden*, Deventer, Kluwer, 2005, 20.

¹²¹ EHRM 15 november 2007, nr. 12556/03, Pfeifer/Oostenrijk.

¹²² G. GOEDERTIER, J. VANDE LANOTTE en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 429.

¹²³ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 27-34.

¹²⁴ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Les droits de l'homme et la Constitution belge", in R. CASSIN, M. DRUON en A. DAUSSIN, *Mélanges offerts à Polys Modinos, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pédone, 1968, (146) 158.

¹²⁵ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 29.

macht, ook niet de formeel-democratisch gelegitimeerde wetgevende macht, de uiteindelijke behoeder kon zijn van de grondrechten¹²⁶. De grondrechten werden het voorwerp van een waarborgsysteem waar een centrale rol werd weggelegd voor de rechter, het EHRM. Deze rechter beschikt over drie klassieke beperkingscriteria om de beperkingen op de grondrechten af te toetsen (voorzien bij wet, in het belang van een aantal opgesomde rechtsgoederen en noodzakelijk in een democratische samenleving). In tegenstelling tot het Belgische systeem kan het Europeesrechtelijke beperkingssysteem omschreven worden als een materieel beperkingssysteem, dat voornamelijk in handen ligt van de rechterlijke macht.

Het valt op te merken dat in de praktijk het klassieke Belgische systeem in sterke mate gewijzigd is. Het beperkingssysteem met de wetgever die de misdrijven bepaalt en het Hof van Assisen dat ze beoordeelt, indien het gaat om persmisdrijven, wordt in werkelijkheid niet langer toegepast. Een duidelijke de facto depenalisering ligt aan de basis van deze wijziging¹²⁷.

Onze samenleving ervaart de strafrechtelijke sanctie niet langer als een gepaste sanctie¹²⁸. Met betrekking tot de drukpersmisdrijven valt op te merken dat deze quasi nooit meer voor het Hof van Assisen komen. In dit verband kan verwezen worden naar het cassatiearrest van 24 januari 1863¹²⁹. Dit arrest erkende de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in perszaken. Sindsdien lijkt art. 150 GW dode letter geworden.

Het toepassingsgebied van de drukpersmisdrijven lijkt echter eerder beperkt. Het Hof van Cassatie verstaat radio en televisie hier niet onder, internetpublicaties wel. Voor dergelijke mondelinge uitlatingen, die principieel niet voor een jury komen, lijkt een strafrechtelijke aanpak echter ook weinig succesvol. Vandaag worden 80 procent van de klachten wegens laster en eerroof geseponeerd. Bij een veroordeling zijn effectieve straffen een zeldzaamheid.

Als alternatief gebruikt men vandaag het systeem van de burgerlijke aansprakelijkheid. Hierbij is het niet langer de wetgever die de grenzen van het grondrecht formuleert, maar de rechter aan de hand van een jurisprudentiële invulling van de zorgvuldigheidsplicht uit art. 1382 BW.

Beide beperkingssystemen zijn in de praktijk dus erg sterk op mekaar gaan gelijken, gelet op de rol van de rechter. Nochtans toetst deze rechter de beperkingen op totaal verschillende wijze. De vraag is hoe het recht moet omgaan met deze meer gelijkende, maar nog steeds erg verschillende systemen. In het bijzonder stel ik mij de vraag of de Europeesrechtelijke beperkingscriteria, met name het formele criterium (*voorzien bij wet*), maar in het bijzonder de materiële criteria (*legitiem doel en nodig in een democratische samenleving*), ook door de Belgische rechter moet worden getoetst.

Met betrekking tot deze verhouding kan binnen het EVRM gewezen worden op art. 53 EVRM. Dit artikel bepaalt dat wanneer het nationale recht een ruimere bescherming biedt, dit primeert. Dit lijkt mij in ieder geval niet van toepassing. Tenzij men zich focust op het loutere formele

¹²⁶ J. VELU, "Beschouwingen over de Europese regelgeving inzake betrekkingen tussen gerecht en pers", *RW* 1995-96, (273) 279.

¹²⁷ J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 1991, 194-215.

¹²⁸ B. DELBECKE en K. LEMMENS, "Honderdvijftig jaar perszaken voor de burgerlijke rechter", *Juristenkrant* 2013, afl. 262, 13.

¹²⁹ Cass. 24 januari 1863, *Pas.* 1864, 11.

(strengere) verbod van preventieve maatregelen in de Belgische rechtsorde. Door de invloed van het EVRM lijkt het absolute verbod op preventieve maatregelen in de praktijk erg afgezwakt¹³⁰. Men beschouwt dit vandaag louter als een algemeen beginsel, waarvan in verschillende gevallen kan worden afgeweken¹³¹. Ik ben dan ook van mening dat art. 53 EVRM geen soelaas biedt. De Belgische zorgvuldigheidsnorm biedt geen ruimere bescherming ten opzicht van de Europeesrechtelijke materiële beperkingscriteria.

Binnen het nationale recht vinden we echter geen gelijkaardige bepaling als art. 53 EVRM terug. De rechtspraak en rechtsleer biedt echter wel drie mogelijkheden om deze relatie te bekijken¹³². Men kan de relatie bekijken vanuit de hiërarchie der normen, de verdragsconforme interpretatie en de voorrang van de grootste bescherming. Er valt binnen de rechtspraak echter geen vaste lijn terug te vinden in het gebruik van één van deze drie mogelijkheden. De rechtspraak laat haar keuze telkens opnieuw afhangen van de concrete omstandigheden¹³³. Wel staat uitdrukkelijk vast dat deze Europese grondrechten van groot belang zijn binnen onze rechtsorde. Dit wordt zowel bevestigd bij het Arbitragehof, thans Grondwettelijk Hof, alsook recent bij het Hof van Cassatie.

Met betrekking tot de toetsing van wetten, decreten en ordonnanties kan verwezen worden naar het principearrest van het Arbitragehof, thans Grondwettelijk Hof, van 15 juli 1993¹³⁴. Het Grondwettelijk Hof bepaalde dat art. 19 GW niet belet dat er beperkingen worden opgelegd inzake de vrijheid van meningsuiting, maar dat dergelijke beperkingen moeten beantwoorden aan de eisen gesteld door de artt. 10, §2 EVRM (en 19, §3 BUPO). Het Hof benadrukte dat, wanneer een verdragsbepaling die België bindt een draagwijdte heeft die analoog is aan één of meer van de grondwetsbepalingen over de grondrechten, de waarborgen in de verdragsbepaling *een onlosmakelijk geheel* vormen met de waarborgen in de desbetreffende grondwetsbepalingen. Dit betekent dat de inhoudelijke vereisten van art. 10, §2 EVRM als het ware worden geconstitutionaliseerd¹³⁵.

Dezelfde zienswijze wordt vandaag bevestigd bij het Hof van Cassatie¹³⁶. Zonder weliswaar specifiek in te gaan op de precieze wijze van doorwerking (hiërarchie der normen, verdragsconforme interpretatie, voorrang van de ruimste bescherming) erkent het Hof van Cassatie eveneens de constitutionalisering van de Europeesrechtelijke beperkingscriteria. Het Hof van Cassatie focust zich in het merendeel van de gevallen, naar mijn mening logischerwijze, enkel en alleen op de (inhoudelijk strengere) Europeesrechtelijke benadering. In dit verband valt in het

¹³⁰ Rb. Brussel 18 december 1990, *Cah. Dr. Jud.* 1991, 176; B. JADOT, "La radio et la télévision face au juge des référés", *Ann. Dr. Lv.* 1987, (37) 46.

¹³¹ P. LEMMENS, *Preadvies – Vrijheid van meningsuiting. Een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden*, Deventer, Kluwer, 2005, 22.

¹³² P. POPELIER en C. VAN DE HEYNING, "Droits constitutionnels et droits conventionnels: concurrence ou complémentarité?", in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Brussels, Bruylant, 2011, (491) 514-526.

¹³³ K. LEMMENS, "La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus?" (noot onder Cass. 23 mei 2011), *RCJB* 2012, (434) 441.

¹³⁴ Arbitragehof 21 januari 1998, nr. 5/98, *AA* 1998, 57.

¹³⁵ P. LEMMENS, *Preadvies – Vrijheid van meningsuiting. Een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden*, Deventer, Kluwer, 2005, 21.

¹³⁶ K. LEMMENS, "La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus?" (noot onder Cass. 23 mei 2011), *RCJB* 2012, (434) 441.

bijzonder te verwijzen naar de cassatiearresten van 27 april 2007, 23 mei 2011 en 12 januari 2012¹³⁷. Deze arresten worden later uitgebreid apart besproken.

Gelet op het belang van de Europeesrechtelijke beperkingscriteria binnen onze rechtsorde, in het bijzonder de proportionaliteitstoets, wordt het dan ook erg opportuun om na te gaan of ons huidige aansprakelijkheidsrecht, dat via art. 1382 BW beperkingen doorvoert op de vrijheid van meningsuiting, moet worden aangepast. Dit resulteert verder in een evaluatie van de zorgvuldigheidsnorm en een nieuwe proportionaliteitsvereiste bij art. 1382 BW.

De sterke doorwerking lijkt mij bovendien perfect verantwoord in het licht van de historische overschakeling van het strafrecht naar het burgerlijk recht binnen het Belgische beperkingssysteem¹³⁸. We moeten immers vaststellen dat art. 1382 BW heel wat verschillen vertoont met de (verouderde) strafrechtelijke piste die de Belgische grondwet voorziet. Deze verschillen kunnen naar mijn mening de toepassing van de Europeesrechtelijke beperkingscriteria, die het Belgische Hof van Cassatie lijkt voorop te stellen, perfect verantwoorden.

Het eerste verschil situeert zich bij de vaststelling van de fout. Ter vaststelling van de strafrechtelijke feiten en de fout kent het strafrecht een erg strikte interpretatie en het principe *nullum crimen sine lege*¹³⁹. Het burgerlijk recht kent een veel soepeler regime op dit punt. Ter vaststelling van de fout erkent het burgerlijk recht niet enkel de overtreding van een specifieke rechtsregel maar eveneens de zorgvuldigheidsnorm¹⁴⁰. De rechter verkrijgt met andere woorden een veel grotere soepelheid toegekend bij de vaststelling van de fout door zijn beoordelingsmarge binnen de zorgvuldigheidsnorm.

Ik ben, zoals ik later motiveer, echter van mening dat een extensieve interpretatie van de zorgvuldigheidsnorm dezelfde waarborgen kan bieden als de strikte toetsing van de fout binnen het strafrecht.

Het grootste verschil ligt naar mijn mening bij het vaststellen van de strafmaat. Bij de strafrechter stellen we een sterke mate van soepelheid vast bij de toekenning van de straf. Ondanks haar principe *nulla poena sine lege*, beschikt de strafrechter uiteindelijk toch over de mogelijkheid geen harteloze verdikten uit te spreken¹⁴¹. Ondanks de welomschreven straffen beschikt de strafrechter over een redelijke manoeuvreerruimte om de straf aan te passen aan de ernst van de feiten. Hij kan uitstel toekennen, verzachtende omstandigheden aannemen, vaststellen dat louter de schuldigverklaring volstaat... Bij de burgerlijke rechter is de situatie net omgekeerd. Zoals vermeld verkrijgt hij bij de vaststelling van de fout een zekere marge, maar verdwijnt deze bij de vaststelling van de schadevergoeding. Bij het vaststellen van de schadevergoeding is hij conform

¹³⁷ Cass. 12 januari 2012, *AM* 2012, 358, noot D. VOORHOOF en *Pas.* 2012, 92; Cass. 23 mei 2011, *RABG* 2011, 1218-1219, noot S. BERNEMAN; Cass. 27 april 2007, *RW* 2009-10, 321 en *NJW* 2007, 897, noot E. BREWAEYS. Cass. 27 april 2007, *RW* 2009-10, 321 en *NJW* 2007, 897, noot E. BREWAEYS.

¹³⁸ K. LEMMENS, "La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus?" (noot onder Cass. 23 mei 2011), *RCJB* 2012, (434) 448-449.

¹³⁹ R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en Strafprocesrecht voor bachelors – deel 1*, Antwerpen, Maklu, 2014, 41.

¹⁴⁰ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 100-104.

¹⁴¹ R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en Strafprocesrecht voor bachelors – deel 1*, Antwerpen, Maklu, 2014, 388-403.

het Belgisch recht strikt gebonden aan de omvang van de schade¹⁴². Hier voorziet het Belgische aansprakelijkheidsrecht tot op heden in geen enkele mogelijkheid om dit verschil op te vangen.

Deze twee rechtstakken hebben aldus een totaal verschillend karakter op twee verschillende punten. In het licht van de historische, strafrechtelijke achtergrond van het Belgische systeem lijkt een plotse overschakeling naar het burgerlijk recht dan ook tot een totaal ander resultaat te leiden, dan hetgene dat de grondwetgever in 1831 voor ogen had.

Het verschillend karakter van het burgerlijk recht kan naar mijn mening opgevangen worden door middel van de doorwerking van de Europeesrechtelijke beperkingscriteria. Dit is naar mijn mening ook de bedoeling van de recente cassatierechtspraak.

Men kan op deze manier de soepelheid op het punt van de zorgvuldigheidsnorm licht beperken en in overeenstemming brengen met de historische strafrechtelijke benadering. Maar nog veel belangrijker voor dit onderzoek, men kan op het punt van de schadevergoeding de burgerlijke rechter een gelijkaardige soepelheid toekennen. Indien we een sterke doorwerking aanvaarden, en mijn pleidooi voor een extra proportionaliteitstoets bij art. 1382 BW aanvaarden kan de burgerlijke rechter bij de bepaling van de sanctie (de schadevergoeding) dezelfde soepelheid als de strafrechter aan de dag leggen. De schadevergoeding zal immers niet langer gelijk, maar slechts *proportioneel*, moeten zijn aan de geleden schade. De rechter verkrijgt de mogelijkheid om bij zijn begroting van de schadevergoeding, naast de schade, met verschillende andere concrete omstandigheden rekening te houden. Vanuit de historische bedoeling van de Belgische grondwetgever kan dit enkel toegejuicht worden, vanuit de gelijkberechtiging van de grondrechten en legitieme belangen eveneens.

Ik bespreek hierna uitgebreid de invloed van het meest invloedrijke Europeesrechtelijke beperkingscriterium, nodig in een democratische samenleving. Hierbij heb ik gekozen voor de invloed van het meest invloedrijke onderdeel, de proportionaliteitsvereiste. Ik bespreek hierbij eerst de invloed van de proportionaliteit van de overheidsinmenging op de klassieke foutvoorwaarde bij art. 1382 BW. Vervolgens ga ik nog in op het meest invloedrijke onderdeel, de proportionaliteit van de schadevergoeding.

4.2 Invloed op de klassieke foutvoorwaarde uit art. 1382 BW

De schending van de persoonlijkheidsrechten (bijvoorbeeld de eer en goede naam) verkrijgt binnen de klassiek Belgische rechtsleer bescherming op basis van art. 1382 BW. Binnen de context van het onderzoek zal men ter bescherming van deze persoonlijkheidsrechten via art. 1382 BW vaak een beperking doorvoeren op het recht van vrije meningsuiting. Zoals duidelijk gemaakt moet men bij een overheidsinmenging op de vrijheid van meningsuiting, wat art. 1382 BW is, conform de Europeesrechtelijke beperkingscriteria in het bijzonder rekening houden met de

¹⁴² M. ISGOUR, "La presse, sa liberté et ses responsabilités", in A. STROWEL, F. TULKENS, M. ISGOUR, K. LEMMENS EN S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Médias et droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, 112.

proportionaliteitstoets. Het Belgisch recht voorziet niet in een (gelijkaardige) proportionaliteitsvereiste. Enkel de zorgvuldigheidsnorm wordt binnen het Belgisch recht gehanteerd. De recente cassatierechtspraak acht dit uiterst problematisch. Dit bekijk ik binnen dit onderdeel van naderbij. Dit betreft het onderzoek naar de doorwerking van de proportionaliteit van de overheidsinmenging uit de rechtspraak van het EHRM.

Als men wil overgaan tot een beperking op grond van art. 1382 BW moet men in het Belgisch recht in het bijzonder nagaan of er sprake is van een fout. Algemeen kent de fout twee criteria: de overtreding van een specifieke gedragsregel en de overtreding van de zorgvuldigheidsnorm. De Belgische rechtsleer is het er over eens dat in geval van een conflict tussen een persoonlijkheidsrecht en de vrijheid van meningsuiting steeds gebruik moet worden gemaakt van de zorgvuldigheidsnorm¹⁴³.

Het merendeel van de rechtspraak binnen deze context situeert zich binnen de journalistiek. Men toetst het gedrag van de in het geding zijnde journalist af aan het gedrag van een zorgvuldig en voorzichtig journalist. Een zorgvuldig journalist moet immers zelf steeds het evenwicht zoeken tussen enerzijds het recht op privéleven, met daaronder het recht op eer en goede naam, en anderzijds het recht op vrijheid van meningsuiting, met daaronder de persvrijheid. Op deze manier is de klassieke rechtspraak van mening het evenwicht tussen beide grondrechten te vinden.

De recente cassatierechtspraak lijkt echter aan te geven dat het Belgische beperkingscriterium, de zorgvuldigheidsnorm, niet langer een voldoende waarborg vormt om een beperking op basis van art. 1382 BW toe te staan op de vrijheid van meningsuiting¹⁴⁴. Het Hof van Cassatie lijkt vandaag van mening te zijn dat enkel nog inbreuk kan worden gemaakt op de vrijheid van meningsuiting wanneer ook de Europeesrechtelijke beperkingscriteria worden nageleefd¹⁴⁵.

Specifiek kan in dit verband bijvoorbeeld verwezen worden naar het Cassatie arrest van 27 april 2007¹⁴⁶.

Dit arrest draait om een kritisch boek over ex-politicus Johan Demol. De heer Demol was van mening dat zijn naam in naamsverwarring werd gebracht met de bende van Nijvel. De rechter in hoger beroep acht de eis van de heer Demol gegrond omdat de journalisten niet voldeden aan de zorgvuldigheidsnorm. De journalisten begingen een fout omdat zij niet zoals een voorzichtig en zorgvuldig journalist hadden voorzien in correcte, objectieve en zo exact mogelijke informatie.

Het Hof van Cassatie vernietigt deze beslissing, maar verwijst niet naar een verkeerde invulling van de zorgvuldigheidsnorm. Het Hof van Cassatie beargumenteert uitdrukkelijk dat de rechter in beroep niet aangaf dat deze beperking op de journalistieke vrijheid gebeurde in het belang van een beschermd rechtsgoed en noodzakelijk was in een democratische samenleving.

¹⁴³ E. VERJANS, "Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten", *RW* 2013-14, afl. 14, 527.

¹⁴⁴ D. DE PRINS, "De burgerlijke rechter en de persvrijheid", *RW* 2000-01, 1451-1455.

¹⁴⁵ Cass. 9 november 2012, *RW* 2012-13, 1416, noot E. ADRIAENS.; Cass. 12 januari 2012, *AM* 2012, 358, noot D. VOORHOOF en *Pas.* 2012, 92; Cass. 27 april 2007, *RW* 2009-10, 321 en *NJW* 2007, 897, noot E. BREWAEYS.

¹⁴⁶ Cass. 27 april 2007, *RW* 2009-10, 321 en *NJW* 2007, 897, noot E. BREWAEYS.

Deze visie werd bevestigd en zelfs verstrengd in een cassatiearrest van 12 januari 2012¹⁴⁷. Ditmaal hechtte de appelrechter reeds meer aandacht aan de beperkingsgronden van art. 10 EVRM. Hij was van oordeel dat een volledige verwijdering van het artikel een disproportionele inperking zou uitmaken van de vrijheid van meningsuiting. Het Hof van Cassatie vernietigde het arrest echter alsnog. Het achtte de aandacht voor de beperkingscriteria nog steeds niet groot genoeg. Conform het Hof van Cassatie liet de appelrechter na de beperkingscriteria voldoende te staven aan de hand van de concrete omstandigheden. Hij hield onvoldoende rekening met de context, met name het maatschappelijk debat waarbinnen de meningsuiting plaatsvond.

Deze rechtspraak lijkt er dus op te wijzen dat naast of ter vervanging van de zorgvuldigheidsnorm eveneens de Europeesrechtelijke beperkingscriteria moeten worden toegepast om op basis van art. 1382 BW een fout vast te stellen en een beperking te maken op de vrijheid van meningsuiting. In het bijzonder valt te wijzen op het toetsen van de proportionaliteit van de overheidsinmenging. De doorwerking van deze proportionaliteitsvereiste vereist volgens Cassatie een extra of op z'n minst een andere *ad hoc balancing* bij de beoordeling van de fout. Conform de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets van de overheidsinmenging moet men immers specifiek rekening houden met de verschillende *klassieke criteria*, bijvoorbeeld de aard van de meningsuiting (de bijdrage aan het publiek debat), de hoedanigheid van de persoon die de meningsuiting doet, het waarheidsgehalte van de meningsuiting, de effecten van de meningsuiting... Conform het cassatiearrest van 12 januari 2012 moet men deze elementen bovendien uitgebreid staven aan de hand van concrete feiten.

Ik wil toch een kritische noot plaatsen bij deze bevindingen van het Hof van Cassatie. Op het eerste zicht lijkt het immers niet meteen duidelijk waar de *ad hoc balancing* van de proportionaliteit precies afwijkt van de in concreto beoordeling van de zorgvuldigheidsnorm. Een zorgvuldig journalist zoekt immers zelf de juiste balans tussen de grondrechten. Om dit verschil (eventueel) vast te stellen is een verder onderzoek van de zorgvuldigheidsnorm noodzakelijk.

Conform de definities in de rechtsleer houdt de zorgvuldigheidsnorm in dat men niet enkel handelt in functie van het eigenbelang, maar tevens rekening houdt met de belangen van anderen¹⁴⁸. Bovendien moet men voorzorgen nemen om schade aan hun persoon en goederen te voorkomen. Dit houdt dus in dat men bij de uitoefening van zijn meningsuiting ook rekening dient te houden met de (persoonlijkheids)rechten en belangen van anderen. Dit is net de verhouding die ook de proportionaliteitstoets onderzoekt.

Men vergelijkt het concrete gedrag met dat van een normaal zorgvuldig en omzichtig persoon (de goede huisvader), geplaatst in dezelfde externe omstandigheden¹⁴⁹. Deze externe omstandigheden omvatten enkel deze die aanwezig waren op het moment dat de schadeverwekkende handeling

¹⁴⁷ Cass. 12 januari 2012, *AM* 2012, 358, noot D. VOORHOOF en *Pas.* 2012, 92.

¹⁴⁸ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 100.

¹⁴⁹ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 1: Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Laricier, 2009, 21.

werd gesteld. Dit vraagt dus net als de proportionaliteitsvereiste een onderzoek in concreto. Hier lijken beide toetsingswijzen dus nog steeds niet te verschillen.

Dit onderzoek in concreto wordt bij de zorgvuldigheidsnorm echter licht beperkt, daar de zorgvuldigheidsnorm onderzocht wordt aan de hand van de gedragwijze van de goede huisvader in abstracto, dit betekent zonder rekening te houden met de persoonlijke kenmerken en hoedanigheden. Dit zou eventueel een opmerking kunnen zijn. Desondanks merken we in de rechtspraak dat toch bijvoorbeeld met de professionele situatie, de leeftijd, de functie en de kwalificaties rekening gehouden wordt¹⁵⁰.

We kunnen dus vaststellen dat de zorgvuldigheidsnorm, net als de proportionaliteitstoets, een erg uitgebreide casuïstische benadering vereist. Bijgevolg zou men bij de in concreto beoordeling van het zorgvuldig gedrag van een journalist eveneens rekening moeten houden met de effecten van de meningsuiting (de schade aan de persoonlijkheidsrechten), het waarheidsgehalte van de meningsuiting, de aard van de meningsuiting (de bijdrage aan het publiek debat), (in zekere mate) de hoedanigheid van de persoon die de meningsuiting doet... Er lijkt met andere woorden evenzeer rekening te worden gehouden met de *klassieke criteria*. Het komt mij voor dat door middel van de zorgvuldigheidsnorm evenzeer het proportionaliteitsgehalte van de overheidsinmenging via art. 1382 BW wordt getoetst.

Een mogelijk probleem situeert zich bij het feit dat men voor een aansprakelijkheid op basis van de zorgvuldigheidsnorm *erop bedacht moet zijn dat de handeling die men stelt schade kan veroorzaken*¹⁵¹. De schade moet dus redelijkerwijze voorzienbaar geweest zijn. Dit principe wordt bovendien bevestigd in een aantal cassatiearresten¹⁵². Deze denkwijze ligt in de lijn van de *actual malice* uit de Amerikaanse rechtspraak.

Dit heeft natuurlijk tot gevolg dat in theorie een journalist die de schade niet op redelijke wijze kon voorzien zijn aansprakelijkheid nog steeds kan ontlopen, ondanks het erg disproportionele karakter van zijn meningsuiting. Bij de vaststelling van de klassieke foutvoorwaarde van art. 1382 BW is de zorgvuldigheidsnorm theoretisch dus iets soepeler. Dit vormt mogelijk een (klein) argument om op basis van de voorkeur voor de hoogste bescherming de Europeesrechtelijke proportionaliteitsnorm te laten doorwerken.

Hier heb ik echter persoonlijk twee bemerkingen bij. Allereerst lijkt dit kleine verschil tussen beide benaderingen voor mij louter een theoretische denkpiste. Het is naar mijn mening ondenkbaar dat een individu zich schuldig maakt aan een disproportionele uitoefening van zijn vrijheid van meningsuiting, zonder zich bewust te zijn van de mogelijke schade.

Daarnaast moet men hier kritisch blijven ten opzichte van een doorwerking uit voorkeur voor de ruimste bescherming. Een ruimere bescherming voor de vrijheid van meningsuiting betekent hier immers vaak een mindere bescherming voor het recht op privéleven. "*Donner une protection plus*

¹⁵⁰ Cass. 5 juni 2003, *JLMB* 2004, 543, noot D. PHILIPPE, *NJKW* 2004, 14, noot I. BOONE en *TBBR* 2005, 110, noot B. WEYTS.

¹⁵¹ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 101.

¹⁵² Cass. 12 november 1951, *Pas.* 1952, 128; Cass. 5 mei 1971, *JT* 1971, 662.

*grande à un des droits fondamentaux peut alors conduire à accorder une protection moins favorable à l'autre droit fondamental*¹⁵³.

Gelet op deze bedenkingen is de impact van de Europeesrechtelijke beperkingscriteria op de foutvoorwaarde van art. 1382 BW dus erg beperkt. De zorgvuldigheidsnorm lijkt immers een gelijkaardige bescherming te bieden. Naar mijn mening eisen de Europeesrechtelijke beperkingscriteria hun grote rol binnen het Belgisch recht niet op door middel van de proportionaliteit van de overheidsinmenging. De doorwerking van de proportionaliteit van de schadevergoeding lijkt daarentegen wel zeer nuttig voor het Belgische aansprakelijkheidsrecht. Het is niet op het punt van de fout, maar wel op het punt van de begroting van de schadevergoeding dat het Belgisch recht, net als het Amerikaanse, in geen volwaardige bescherming voorziet. Het Belgische schadevergoedingsrecht houdt op geen enkele manier rekening met de concrete omstandigheden, naast de schade, bij de begroting van de schadevergoeding. In het licht van de rechtspraak van het EHRM lijkt dit natuurlijk de deur voor de *chilling effects* wagenwijd open te zetten. In het volgende hoofdstuk onderzoek ik dan ook een mogelijke wijziging van het Belgische schadevergoedingsrecht door middel van de Europeesrechtelijke proportionaliteit van de schadevergoeding.

4.3 Aanvulling bij art. 1382 BW: proportionaliteit van de schadevergoeding

De Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets valt uit mekaar in twee grote onderdelen. Enerzijds kan de proportionaliteit van de overheidsinmenging worden onderscheiden. Deze heeft voornamelijk haar invloed op de foutvoorwaarde bij art. 1382 BW. Hier voorziet het Belgisch recht vandaag reeds in de zorgvuldigheidsnorm. Zoals net gesteld resulteert deze vanuit een praktisch oogpunt naar mijn mening quasi in hetzelfde resultaat als de Europeesrechtelijke proportionaliteit van de overheidsinmenging, waardoor de impact van de proportionaliteitstoets op het Belgisch recht op dat punt erg gering is.

Anderzijds omvat de proportionaliteitstoets eveneens de proportionaliteit van de sanctie. In het bijzonder dient voor het Belgische aansprakelijkheidsrecht gewezen te worden op de proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding. De schadevergoeding moet conform het EVRM in *evenredige* of *proportionele* verhouding staan met de schade aan het legitiem belang (de eer en goede naam) en bovendien rekening houden met de impact op de concrete (financiële) situatie van de dader¹⁵⁴. Beide specifieke vereisten aan de schadevergoeding zijn essentieel ter voorkoming van de *chilling effects*. Het is immers duidelijk gebleken dat de *chilling effects* in het bijzonder optreden bij de veroordeling tot excessieve schadevergoedingen, die de concrete omstandigheden miskennen.

¹⁵³ P. POPELIER en C. VAN DE HEYNING, "Droits constitutionnels et droits conventionnels: concurrence ou complémentarité?", in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Brussels, Bruylant, 2011, (491) 516.

¹⁵⁴ EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić/Servië; EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91, Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk.

Met oog op de dreiging van deze *chilling effects* is het uiterst problematisch dat het Belgisch recht vandaag niet in een gelijkaardige bescherming voorziet bij de begroting van de schadevergoeding. Het Belgisch recht wordt immers gekenmerkt door de leer van de integrale schadevergoeding. Deze lijkt op geen enkele manier rekening te houden met de concrete omstandigheden, naast de specifieke schade¹⁵⁵. Het lijkt erop dat de Belgische rechter geen enkele soepelheid verkrijgt op het punt van de toekenning van de schadevergoeding. Ik evalueer binnen een eerste onderdeel uitgebreid de begroting van de schadevergoeding aan de hand van de leer van de integrale schadevergoeding, in het licht van de dreiging van de *chilling effects* en de wil van de grondwetgever uit 1831.

Om de vrijheid van meningsuiting te laten overleven binnen het Belgisch recht lijkt een onderzoek naar een inpassing van de Europeesrechtelijke proportionaliteitsvereisten bij de schadevergoeding dus essentieel. Niet enkel ik, maar ook het Hof van Cassatie lijkt vandaag deze mening toegedaan. In een tweede onderdeel van dit hoofdstuk bespreek ik uitgebreid het cassatiearrest van 23 mei 2011. Dit vormt voor mij de erkenning naar Belgisch recht van de doorwerking van de Europese proportionaliteitsvoorwaarde van de schadevergoeding.

Als blijkt dat zelfs het Hof van Cassatie het belang van een proportionaliteitsvereiste binnen het Belgisch recht erkent, lijkt het wel erg opportuun om een mogelijke wijziging van het huidige Belgische aansprakelijkheidsrecht te onderzoeken. Is het mogelijk om een gelijkaardige proportionaliteitsvereiste binnen het Belgische schadevergoedingsrecht in te passen? Dergelijke revolutionaire ingreep zal natuurlijk niet zonder slag of stoot verlopen. Ik bekijk binnen een derde onderdeel op welke manier de verschillende moeilijkheden kunnen worden ontweken.

Als blijkt dat de inpassing van de proportionaliteit toch mogelijk is binnen ons Belgisch recht, rest de vraag op welke wijze dit dan moet gebeuren. Het lijkt hierbij nuttig om na te gaan hoe onze Noorderburen het probleem hebben aangepakt. Zij kennen immers wel een schadevergoedingsrecht dat alle concrete omstandigheden in rekening neemt.

Ik sluit dit hoofdstuk en het gehele onderzoek af met een duidelijk en overzichtelijk wetsvoorstel voor de invoering van de proportionaliteit binnen het Belgische schadevergoedingsrecht. Dit wetsvoorstel moet de vrijheid van meningsuiting binnen ons Belgisch recht beschermen van de *chilling effects* die tot vandaag als een zwaard van Damocles boven haar hoofd hebben gehangen.

¹⁵⁵Cass. 20 februari 2009, RW 2010-11, 1474; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 219.

4.3.1 Huidig recht: integrale schadevergoeding

Op grond van art. 1382 BW is de aansprakelijke ertoe gehouden de schade te herstellen. Door middel van het herstel moet de benadeelde, voor zover mogelijk, geplaatst worden in de toestand waarin hij zich bevond zou hebben, indien de schadeverwekkende handeling niet had plaatsgevonden¹⁵⁶. Algemeen kan immers worden gesteld dat de te herstellen schade het verschil bedraagt tussen de toestand voor en na de schadeverwekkende handeling.

Dit herstel gebeurt in theorie bij voorkeur in natura. Ondanks dat men aanneemt dat de benadeelde van het herstel in natura kan afzien en zich tevreden kan stellen met een schadevergoeding. Soms is het ook gewoonweg praktisch onmogelijk het slachtoffer in natura te vergoeden.

Gelet op de praktische problemen in de context van de persoonlijkheidsrechten en de vrijheid van meningsuiting verkiest men meestal de tweede piste, de schadevergoeding¹⁵⁷. Bij een publicatieverbod is het kwaad immers vaak reeds geschied, bij een recht van antwoord stuit men op de onwil van de pers¹⁵⁸. De pers is in de relatie met het grote publiek immers oppermachtig.

De vraag stelt zich bijgevolg op welke wijze deze schadevergoeding moet worden begroot. Indien de voorwaarden voor een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering (fout, schade en oorzakelijk verband) voldaan zijn moet de schade in beginsel integraal worden vergoed. De schadevergoeding moet juist passend en volledig zijn¹⁵⁹. Dit betekent dat niet meer of minder dan de volledige schade moet worden vergoed. Er wordt nooit rekening gehouden met de ernst of het herhaaldelijk karakter van de fout, de impact op de financiële toestand van de partijen, andere invloed van de schadevergoeding...

Dit betekent dat de integrale schadevergoeding wel gelijk op het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk, maar toch niet helemaal hetzelfde is. Bij het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk moet de schadevergoeding in *proportionele* verhouding staan met de schade. Bij de integrale schadevergoeding moet ze zo goed als mogelijk *gelijk* zijn aan de schade¹⁶⁰. Bovendien geldt er eveneens geen financieel criterium¹⁶¹. De Belgische rechter verkrijgt geen enkel mogelijkheid om de schadevergoeding te matigen, om welke reden dan ook (bijvoorbeeld de impact op de financiële situatie van de dader), behoudens de toepassing van art. 1386 bis BW. Dit laatste is echter qua toepassingsgebied strikt beperkt tot de schade veroorzaakt door abnormalen.

¹⁵⁶ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 218; D. DE CALLATAÿ en N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 2: Le dommage*, Brussel, Larcier, 2009, 57.

¹⁵⁷ S. HOEBEKE en B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Louvain-la-neuve, Academia Bruylant, 2000, 590.

¹⁵⁸ K. LEMMENS, "Toch maar morele schadevergoeding, tegen beter weten in?", in W. DEBEUCKELAERE, S. GUTWIRTH, M. LAMBRECHT, M. SANTENS EN D. VOORHOF (eds.), *Ontmoetingen met Koen Raes*, Brugge, Die Keure, 2012, (231) 233.

¹⁵⁹ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 219.

¹⁶⁰ EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91, Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk.

¹⁶¹ EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić/Servië.

De soepelheid van de rechter is bij de toekenning van de schadevergoeding in het Belgisch recht dus sterk aan banden gelegd. Dit staat in fel contrast met het Europese en het Nederlandse rechtssysteem (*infra* 64).

Ter volledigheid valt op te merken dat in een aantal gevallen de vergoedbare schade wettelijk toch beperkt is¹⁶². Bovendien zal de benadeelde niet (volledig) vergoed worden wanneer hij zelf medeaansprakelijk is voor zijn schade. In het bijzonder kan verwezen worden naar de niet-naleving van de plicht tot schadebeperking. Het valt op te merken dat dit specifieke uitzonderingen zijn op het algemeen principe van de integrale schadevergoeding. Gelet op de specificiteit van dit onderzoek is het verder louter van belang het algemeen beginsel te onthouden en te onderzoeken.

De schade vormt dus de enige parameter voor de rechter om de schadevergoeding vast te stellen. Algemeen werd reeds gesteld dat deze het verschil bedraagt tussen de toestand voor en na de schadeverwekkende handeling. Preciezer valt te vermelden dat deze schade in concreto¹⁶³, op het ogenblik van de uitspraak¹⁶⁴ en nauwkeurig moet worden begroot¹⁶⁵. Voornamelijk deze laatste nauwkeurigheidsvoorwaarde doet wel een aantal bedenkingen ontstaan binnen de context van de persoonlijkheidsrechten. De context van de persoonlijkheidsrechten wordt immers gekenmerkt door een specifiek type schade. Er is sprake van morele schade, dan wel materiële schade in een specifieke vorm, met name het verlies van een kans. Erg vaak zullen deze moeilijk precies te kwantificeren zijn.

In het kader van de leer van het verlies van een kans kan bijvoorbeeld gewezen worden op het verlies van de mogelijkheid jouw afbeelding tegen vergoeding te laten publiceren, doordat een andere partij dit reeds zonder toestemming deed¹⁶⁶. Een ander voorbeeld betreft de verminderde inkomsten wegens het verlies van cliënteel door een negatieve publicatie rond jouw persoon.

Zelfs wanneer men binnen deze voorbeelden kan bewijzen dat er een reële kans bestond op deze inkomsten¹⁶⁷, die nu vaststaand verloren is¹⁶⁸, blijft het aartsmoelijk om nauwkeurig te bepalen wat nu precies de schade is. Er ontbreken objectieve parameters om deze kans nauwkeurig te begroten. Dezelfde problematiek stelt zich bij de morele schade. Bovenop de ernstige bedenkingen van sommige auteurs bij de geoorlooftheid van het vergoedend karakter bij een morele schadevergoeding¹⁶⁹, staat vast dat ook daar geen enkele objectieve parameter soelaas brengt voor een nauwkeurige beoordeling.

Bijgevolg worden beide types schade noodzakelijkerwijze *ex aequo et bono* begroot¹⁷⁰. Het valt op te merken dat het *ex aequo et bono* regime de indruk geeft de rechter alsnog een grote soepelheid

¹⁶² H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 220.

¹⁶³ Cass. 13 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 423.

¹⁶⁴ Cass. 15 februari 2007, *NJW* 2008, 213, noot G. JOCQUE.

¹⁶⁵ Cass. 22 april 2008, *Pas.* 2009, 986.

¹⁶⁶ Gent 21 februari 2008, *AM* 2008, 318, *RABG* 2008, 1271, noot F. PETILLION.

¹⁶⁷ I. BOONE, "Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband", *RW* 2004-05, (92) 92-95; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, 83.

¹⁶⁸ E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 16.

¹⁶⁹ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 227.

¹⁷⁰ Luik 24 juni 1999, *J.L.M.B.* 2001, 419, noot J. BUYLE; Gent 29 januari 1993, *De Verz.* 1994, 424, noot B. VEECKMANS; Bergen 6 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, 432, noot J. BUYLE.

toe te kennen. Naar mijn mening is dit echter niet dezelfde soepelheid als bij het EHRM of de Nederlandse rechter. De rechter blijft nog steeds gebonden door de nauwkeurigheidsbepaling binnen de leer van de integrale schadevergoeding. Hij kan nog steeds enkel en alleen rekening houden met de schade, die hij vervolgens wegens gebrek aan objectieve parameters wel zelf mag begroten. Zelfs in de situatie waar de rechter de morele schade beschouwt als erkenning voor het ondergane leed kan hij zich nog steeds niet laten leiden door externe omstandigheden zoals de financiële positie van de dader, zoals dat Europees en in Nederland wel het geval is.

Uit dit onderdeel is het belangrijk te onthouden dat de rechter niet dezelfde soepelheid verkrijgt als binnen het strafrecht, het Europees recht en het Nederlands recht bij het vaststellen van de schade. Hij blijft, ondanks de moeilijkheden bij de nauwkeurigheidsvoorwaarde, vastgeklampt aan het principe van de integrale schadevergoeding. Zelfs bij de *ex aequo et bono* beoordeling kan hij zich enkel door de schade laten leiden.

Dit lijkt voor mij echter vanwege de doorwerking van de Europeesrechtelijke beperkingscriteria en rekening houdend met de historische bedoeling van de grondwetgever een onhoudbare situatie. De rechter dient naar mijn mening binnen een verschillend aantal situaties perfect rekening te kunnen houden met geen strikte maar een *proportionele* relatie ten opzichte van de schade en de specifieke (financiële) situatie van het individu. Daarom bespreek ik in de volgende onderdelen een voorstel voor een nieuwe vereiste bij art. 1382 BW, de proportionaliteit. Niet enkel ik, maar ook het Hof van Cassatie lijkt dit voorstel te ondersteunen.

4.3.2 De proportionaliteit van de schadevergoeding: het principe erkend

De doorwerking van de proportionaliteit van de schadevergoeding wordt bevestigd in een recent cassatiearrest van 23 mei 2011¹⁷¹.

Deze zaak is één van de naweeën van de zaak Dutroux. Het middelpunt van de zaak betreft een krantenartikel, gepubliceerd door Le Soir, over advocaat Julien Pierre. Binnen dit artikel wordt Julien Pierre in één adem genoemd met publieke vijand nummer één, Mark Dutroux. Het artikel beschrijft Julien Pierre als een regelrechte procedureadvocaat binnen de zaken Dutroux, Cools, Bonvoisin... De advocaat acht zijn eer en goede naam hierdoor aangetast. Er wordt dan ook een vordering tot schadevergoeding ingesteld tegen de uitgever van de krant en de journalist onder wiens naam het artikel verschenen was.

De eerste rechter kwam op grond van een feitelijke beoordeling tot oordeel dat er in hoofde van de uitgever en de journalist geen fout kon worden weerhouden. Dit werd in beroep echter herzien. De appelrechters besloten dat de journalist zich niet had gedragen zoal ieder ander normaal redelijk en voorzichtige journalist binnen dezelfde omstandigheden. Hij had verzuimd een evenwicht te vinden tussen de persvrijheid enerzijds en de eerbied voor het privéleven en de eer van het

¹⁷¹ Cass. 23 mei 2011, RABG 2011, 1218-1219, noot S. BERNEMAN.

individu anderzijds. De appelrechters kenden dan ook ex aequo et bono een schadevergoeding van 3000 euro toe.

Het is opmerkelijk dat ook hier de appelrechters louter aan de hand van de zorgvuldigheidsnorm de afweging hebben gemaakt tussen de persvrijheid en de eer en goede naam van het individu. Conform de hiervoor aangehaalde cassatierechtspraak dient dergelijke benadering toch met argusogen te worden bekeken¹⁷². Het Hof van Cassatie benadrukte immers de sterke doorwerking van de proportionaliteit van de overheidsinmenging. Desondanks ben ikzelf van mening dat vanuit praktisch oogpunt deze Europeesrechtelijke benadering niet veel meerwaarde biedt (*supra* 50-52). Bij de verdere beoordeling van dit arrest maak ik abstractie van dit punt en concentreer ik mij op de proportionaliteit van de schadevergoeding.

In Cassatie beroepen de eisers zich voor het eerst expliciet op de vrijheid van meningsuiting. De krant en de journalist zijn van mening dat de appelrechters art. 10 EVRM, artt. 19 en 25 GW en art. 19 BUPO en bijgevolg artt. 1382-1383 BW hebben miskend. Het Hof van Cassatie bekijkt de zaak effectief enkel vanuit het oogpunt van art. 10 EVRM.

Ter volledigheid is het nuttig om te vermelden dat het feit dat dit middel voor de eerste keer in Cassatie wordt ingeroepen wordt gerechtvaardigd doordat het een schending betreft van supranationale rechtsnormen die de openbare orde raken¹⁷³.

Het Hof van Cassatie oordeelt: "*Het arrest miskent het feit dat de inmenging in de vrijheid van meningsuiting, die de aan de eisers opgelegde sanctie toch is, noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving*". Hierbij doelt het Hof expliciet op het excessieve karakter van de schadevergoeding van 3000 euro.

Het Hof van Cassatie benadrukt dus letterlijk dat niet enkel de veroordeling maar tevens de sanctie op zich moet voldoen aan het derde Europeesrechtelijke beperkingscriterium *nodig in een democratische samenleving*. Dit bevestigt de doorwerking van de proportionaliteit van de sanctie, in het bijzonder van de schadevergoeding. In het verlengde van het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk betekent dit dat de sanctie in *proportionele* en niet strikte verhouding moet staan met de schade aan het persoonlijkheidsrecht, eer en goede naam. Maar meer verregaand in het licht van het arrest Tešić/Servië betekent dit dat tevens rekening moet worden gehouden met de impact op de concrete financiële situatie van het individu.

Dit betekent dat de rechter bij de vaststelling van de schadevergoeding, veel meer soepelheid aan de dag moet leggen. Dit zou immers betekenen dat men bij toepassing van art. 1382 BW, ter invulling van de doorwerking van de Europeesrechtelijke beperkingscriteria, niet enkel meer rekening moet houden met de schade als parameter voor de omvang van de schadevergoeding, maar eveneens met de ganse concrete situatie.

¹⁷²Cass. 27 april 2007, RW 2009-10, 321 en NJW 2007, 897, noot E. BREWAEYS.

¹⁷³Cass. 23 mei 2011, RABG 2011, 1218-1219, noot S. BERNEMAN.

Daar waar de zorgvuldigheidsnorm voor de doorwerking van de proportionaliteit van de overheidsinmenging naar mijn mening nog soelaas kon bieden, voorziet het Belgisch recht voor de proportionaliteit van de schadevergoeding in geen geldig alternatief. Gelet op de erkenning van het Hof van Cassatie van de Europese invloed lijkt het mij nog meer aangewezen te pleiten voor een aanpassing van het huidige schadevergoedingsrecht bij art. 1382 BW. Het Hof van Cassatie erkent immers net als mij de dreiging van de *chilling effects* en de wens van de grondwetgever in 1831. Hoe het Belgisch recht deze proportionaliteitsvereiste precies vorm moet geven bespreek ik aan het einde van hoofdstuk vier. Het lijkt mij in eerste instantie noodzakelijk om stil te staan bij enkele specifieke moeilijkheden bij de inpassing van dergelijke proportionaliteitstoets. Deze moeilijkheden zullen immers de specifieke invulling van de proportionaliteitsvereiste binnen het Belgisch recht sterk beïnvloeden.

4.3.3 Moeilijkheden bij de toepassing van de proportionaliteitstoets van de schadevergoeding

De toepassing van de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets op het Belgische aansprakelijkheidsrecht levert twee bijzondere problemen op. In eerste instantie bekijk ik de toepassing op de typische *ex aequo et bono* beoordeling van de schade. In tweede instantie besteed ik aandacht aan een praktische verzuchting. Het risico bestaat immers dat men uit vrees voor het *chilling effect* op de vrijheid van meningsuiting een goede balans binnen de grondrechtenbescherming verliest. Bij totale afwezigheid van enig bestraffend karakter van art. 1382 BW worden de persoonlijkheidsrechten van de individuen immers een makkelijke prooi voor de pers. Om niet enkel de vrijheid van meningsuiting, maar eveneens de persoonlijkheidsrechten te beschermen dient naast een oplossing voor de *chilling effects* op de vrijheid van meningsuiting eveneens nagedacht te worden over de zogenaamde *punitive damages*. Enkel een goede balans tussen de oplossing voor de *chilling effects* op de vrijheid van meningsuiting en de *punitive damages* leidt naar mijn mening tot een correcte proportionaliteit van de schadevergoeding.

4.3.3.1 De *ex aequo et bono* beoordeling van de schade

Allereerst is natuurlijk te wijzen op de moeilijkheid bij het bepalen van de precieze omvang van de schade bij een schending van een persoonlijkheidsrecht. De oorzaak hiervan ligt bij de typerende aard van de schade, die een morele schade omvat, dan wel een materiële maar onder de vorm van het verlies van een kans¹⁷⁴. Bij het verlies van een kans is bovendien niet enkel de omvang maar tevens het oorzakelijk verband uiterst onzeker¹⁷⁵.

¹⁷⁴ K. LEMMENS, "La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus?" (noot onder Cass. 23 mei 2011), *RCJB* 2012, (434) 445.

¹⁷⁵ L. CORNELIS, "Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en causaal verband", in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, Brussel, Larcier, 2005, (157) 159.

Het gebrek aan objectieve paramaters leidt ertoe dat de rechter een erg ruime beoordelingsmarge krijgt toebedeeld bij de beoordeling van de schade. Deze beoordelingsmarge, vervat in de *ex aequo et bono* beoordeling maakt een toepassing van de proportionaliteitstoets natuurlijk nog ingewikkelder¹⁷⁶. In het bijzonder ontstaan moeilijkheden bij het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk. Dit principe maakt immers gebruik van de omvang van de schade als vergelijkingspunt voor de proportionele relatie.

Dit leidt in concreto tot het volgende. Bij een hoge appreciatie van de schade door rechter X, kan een erg grote schadevergoeding op basis van het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk perfect proportioneel zijn. Binnen dezelfde casus kan rechter Y echter een andere invulling geven aan zijn *ex aequo et bono* beoordeling en de schade veel lager achten. Voor hem zou de grote schadevergoeding van de andere rechter, gelet op zijn eigen lagere appreciatie van de schade, niet langer proportioneel kunnen zijn.

Dit is dus een eerste probleem. Daarnaast wordt de situatie nog complexer wanneer men rekening houdt met een mogelijke toepassing van het principe uit het arrest Tešić/Servië. Uiteindelijk zullen er zoveel factoren spelen binnen het oordeel van de rechter dat het erg moeilijk wordt om vast te stellen of de rechter nu gebruik heeft gemaakt van zijn *ex aequo et bono* bevoegdheid, dan wel van zijn proportionaliteitsoordeel.

Ik kan het niet anders stellen dan dat men bij toepassing van de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets erg veel vertrouwen moet leggen bij de rechterlijk macht. Men moet de mogelijkheid tot hoger beroep aan een erg hoge ontvankelijkheidsgrens onderwerpen. Anders zullen we geconfronteerd worden met een overvloed aan rechtszaken, die het oordeel van de gewone (lagere) rechter in twijfel trekken. Bovendien is het naar mijn mening vereist dat het Hof van het Cassatie binnen dergelijke zaken slechts een erg marginale controle verkrijgt¹⁷⁷. Het Hof van Cassatie kan voor mij haar huidige wettigheidstoezicht, zonder beoordeling van de feitelijkheden, behouden. Het is immers de feitenrechter die de feitelijke omstandigheden zorgvuldig in zijn oordeel opneemt. Maar men moet erover waken dat zij binnen dit wettigheidstoezicht dan wel een voldoende grote beoordelingsvrijheid laat aan de lagere rechters. Zij kan enkel ingrijpen wanneer er sprake is van een *kennelijk onredelijk* proportionaliteitsoordeel. De proportionaliteitstoets is immers reeds vaak voor interpretatie vatbaar, wat nog versterkt wordt door de *ex aequo et bono* beoordeling. Deze interpretatie ligt in lijn van de Europeesrechtelijke *margin of appreciation*¹⁷⁸.

Een andere oplossing voor deze onzekerheid bij de toepassing van de proportionaliteitstoets ligt natuurlijk bij een precieze omschrijving van de verschillende criteria die de lagere rechter in zijn oordeel moet betrekken. Hier ga ik bij de twee volgende onderdelen op in.

¹⁷⁶ K. LEMMENS, "Se taire par peur: l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression", *AM* 2005, (32) 37.

¹⁷⁷ K. LEMMENS, "La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus?" (noot onder Cass. 23 mei 2011), *RCJB* 2012, (434) 448.

¹⁷⁸ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 17.

4.3.3.2 Punitive damages

Ik ben echter van mening dat wanneer men de proportionaliteitsvereiste wil toevoegen aan het Belgische art. 1382 BW men niet louter en alleen oog mag hebben voor de verzuchtingen van art. 10, §1 EVRM.

Wanneer de rechters te veel rekening gaan houden met het *chilling effect* en het financieel criterium dreigt men te vervallen in een gewoonte van erg lage schadevergoedingen. Men riskeert het zekere voor het onzekere te nemen en de schadevergoeding, uit vrees voor een *chilling effect*, erg laag te begroten.

Deze erg lage schadevergoedingen dreigen des te meer omwille van het specifiek karakter van de schade binnen deze context. Vaak is immers sprake van louter morele schade. De rechtspraak en rechtsleer zijn vandaag meer en meer van mening dat de morele, niet-materiële, schadevergoeding enkel nog een erkend karakter kan hebben. Zij zijn immers van mening dat pijn, smart en leed immers niet kwantificeerbaar zijn. Dit resulteert in een toekenning van een symbolische euro, dan wel een erg lage schadevergoeding¹⁷⁹.

Deze erg lage schadevergoedingen zijn naar mijn mening problematisch vanuit een praktische implicatie op de persoonlijkheidsrechten (in het bijzonder de eer en goede naam)¹⁸⁰. De toekenning van een erg lage schadevergoeding houdt immers geen rekening met de frustraties van de slachtoffers. Deze frustraties betreffen geen geldgewin, maar wel de vrees voor de almacht van de pers. Men vreest in de toekomst opnieuw ten prooi te vallen aan soortgelijke, lasterlijke berichtgeving. De lage vergoedingen staan voor journalisten immers vaak in fel contrast met de grote opbrengst van extra oplages. Zij maken vaak de eenvoudige rekensom tussen de verwachte winst van de oplages en de lage, potentiële schadevergoeding. De pers wordt een calculerende schadeverwerker.

Op deze wijze zijn de persoonlijkheidsrechten van individuen ten dode opgeschreven. Men zou zelfs kunnen stellen dat er van lage schadevergoedingen eveneens een *chilling effect* uitgaat, hetzij niet op de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting, maar wel op de uitoefening van de persoonlijkheidsrechten.

De loutere toekenning van erg lage schadevergoedingen, hetzij uit vrees voor een *chilling effect* op de vrijheid van meningsuiting, hetzij uit overtuiging van het niet-materieel karakter van de schade, verstoort in sterke mate het evenwicht tussen de bescherming van de persoonlijkheidsrechten en de vrijheid van meningsuiting. Gelet op het feit dat we vandaag de persoonlijkheidsrechten uit art. 10, §2 EVRM ook veruitwendigd zien in een apart grondrecht, het recht op privéleven, valt te wijzen op de recente rechtspraak van het EHRM, die wijst op een gelijke bescherming van beide rechten ("*...*) as a matter of principle these rights deserve equal respect."¹⁸¹¹⁸². Zelfs wanneer

¹⁷⁹ K. LEMMENS, "Toch maar morele schadevergoeding, tegen beter weten in?", in W. DEBEUCKELAERE, S. GUTWIRTH, M. LAMBRECHT, M. SANTENS EN D. VOORHOF (eds.), *Ontmoetingen met Koen Raes*, Brugge, Die Keure, 2012, 232; Brussel 3 april 2003, *AM* 2003, (231) 233.

¹⁸⁰ K. LEMMENS, "Toch maar morele schadevergoeding, tegen beter weten in?", in W. DEBEUCKELAERE, S. GUTWIRTH, M. LAMBRECHT, M. SANTENS EN D. VOORHOF (eds.), *Ontmoetingen met Koen Raes*, Brugge, Die Keure, 2012, (231) 234.

¹⁸¹ EHRM 7 februari 2012, nr. 39954/08, Axel Springer AG/Duitsland, § 87.

men de persoonlijkheidsrechten niet als grondrecht maar enkel als legitiem belang ziet, vereist naar mijn mening de proportionaliteitstoets uit art. 10, §2 EVRM nog steeds een gelijke berechtiging.

Met oog op dit evenwicht moet naar mijn mening worden nagedacht over de mogelijkheid om een (licht) bestraffend effect toe te kennen aan de buitencontractuele aansprakelijkheid, dat natuurlijk niet zover gaat dat het leidt tot een *chilling effect* op de vrijheid van meningsuiting binnen de ganse samenleving. Er zal een licht ontradend effect optreden ten aanzien van de desbetreffende persagenschappen, dat niet zo ver gaat dat de vrijheid van meningsuiting op een bepaald punt totaal wordt beknot¹⁸³. Men gebruikt hiervoor vaak de alternatieve term *exemplary damages*¹⁸⁴.

Deze *punitive damages* worden in het buitenland reeds lang erkend. Zowel het Engels als het Amerikaans recht erkennen de *punitive damages* in een beperkt aantal gevallen, zonder beiden weliswaar te vervallen in te buitensporige, afschrikwekkende vergoedingen¹⁸⁵.

Ook de rechtspraak van het EHRM lijkt recent de weg van de *punitive damages* te zijn ingeslagen. Klassiek kon het EHRM via art. 41 EVRM bij een schending van het EVRM of één van zijn protocollen een billijke genoegdoening toekennen wanneer het nationaal recht slechts gedeeltelijk rechtsherstel toeliet¹⁸⁶. Klassiek begreep men onder art. 41 EVRM niet het recht tot toekenning van *punitive damages*. Recent lijkt art. 41 EVRM echter een andere invulling te verkrijgen. In het arrest Trévalec/België werd België verplicht tot het betalen van een vergoeding, bovenop de integrale morele schadevergoeding¹⁸⁷. Hierbij bleek de ratio decidendi duidelijk van straffende aard¹⁸⁸. Ondanks verschillende tegenkantingen lijkt het arrest Trévalec/België duidelijk bij het EHRM de komst van *punitive damages* in te luiden.

Met oog op een evenwicht tussen de bescherming van de persoonlijkheidsrechten (eer en goede naam) en de vrijheid van meningsuiting lijkt het erg opportuun de mogelijkheid van deze trend ook binnen het Belgisch recht te onderzoeken. Zoals vermeld genieten beide rechten, (recent zowel) vervat in de artt. 8 als 10 EVRM en naar Belgisch recht artt. 18, 22 en 25 GW, immers gelijkwaardige bescherming¹⁸⁹. We stoten echter op verschillende moeilijkheden. Nochtans lijkt geen van allen voor mij van die aard de inpassing in het Belgisch recht te verstoren. Ik sta stil bij de belangrijkste tegenargumenten.

¹⁸² E. BREMS, S. OUALD CHAIB et S. SMET, "Les droits constitutionnels conflictuels", in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique vol. 1*, Brussel, Bruylant, 2011, 295-328.

¹⁸³ A.J. SEBOK, "Punitive Damages in the United States" in H. KOZIOL EN V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York, Springer, 2009, (155) 178-180.

¹⁸⁴ I. VRANCKEN, "Punitive damages in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht", *TBBR* 2014, (426) 428.

¹⁸⁵ L. MEURKENS, "The Punitive Damages Phenomenon in Continental Europe: Food for Thought" in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (3) 8-10.

¹⁸⁶ M. VAN EMMERIK, "Schadevergoeding bij schending van mensenrechten: de rechtspraktijk onder het EVRM", *AA* 1997, afl. 10, (712) 713.

¹⁸⁷ EHRM 25 juni 2013, nr. 30812/07, Trévalec/België.

¹⁸⁸ QUÉZEL-AMBRUNAZ, C., "Des dommages et intérêts octroyés par la Cour européenne des droits de l'homme" (noot onder EHRM 25 juni 2013), *RDLF* 2014, www.revuedlf.com, afl. 5, (1) 1-3.

¹⁸⁹ EHRM 7 februari 2012, nr. 39954/08, Axel Springer AG/Duitsland, §87.

De meest voor de hand liggende reden lijkt natuurlijk het louter herstellend karakter van de schadevergoeding¹⁹⁰. Klassiek staat voor het bestraffend karakter enkel de strafrechtelijke weg open. Deze historische scheidingslijn tussen beide rechtsdomeinen lijkt echter meer en meer in vraag te worden gesteld¹⁹¹. Er valt te wijzen op de hedendaagse de facto depenalisering van het grondrechtencontentieux¹⁹². Hierbij heeft het aansprakelijkheidsrecht de rol van het strafrecht overgenomen in het voorkomen van onwenselijke beperkingen op de grondrechten. Er valt daarnaast te wijzen op de toenemende privatisering van het strafrecht, waarbij men meer en meer het slachtoffer betreft in opsporing en vervolging¹⁹³. Ook stellen we verschillende punitieve elementen vast binnen het privaatrecht. In dit laatste verband kan bijvoorbeeld gewezen worden op de moratoire interesten of de dwangsommen. Deze laatste hebben bij niet-nakoming duidelijk een repressief straffend karakter¹⁹⁴.

De historische scheidingslijn lijkt dus duidelijk achterhaald. De *punitive damages* passen perfect in deze evolutie.

Natuurlijk botsen deze *punitive damages* eveneens met het aangehaalde principe van de integrale schadevergoeding.

Principieel aanvaardt het Belgische Hof van Cassatie niet dat de rechter met oog op een ontradend effect, een vergoeding toekent die meer bedraagt dan de werkelijk geleden schade¹⁹⁵. Toch valt op te merken dat, niet enkel de Angelsaksische en Europese, maar ook de Belgische rechtspraak af en toe de deur op een kier zet om een strikte toepassing van dit beginsel te verlaten. Men lijkt soms van mening dat ingeval van lucratieve fouten de integrale schadevergoeding niet langer volstaat. Om te komen tot een redelijke schadevergoeding wenst men vandaag dus soms, naast de schade, ook rekening te houden met de ernst en de zwaarte van de fout. Deze rechtspraak situeert zich zelfs voornamelijk bij inbreuken op het recht van privéleven en de aldaar toegekende schadevergoedingen voor extrapatrimoniale schade¹⁹⁶.

Sommige rechters leggen vandaag dus vergoedingen op die duidelijk rekening houden met externe omstandigheden, naast de werkelijke schade¹⁹⁷. Men verantwoordt meestal hun benadering alsnog door te stellen dat bij een opzettelijke fout het psychische leed groter zal zijn, dan wanneer het wordt veroorzaakt door een ongewilde onvoorzichtigheid. Zo verantwoordt men soms de erg hoge *ex aequo et bono* bepaalde schadevergoeding.

¹⁹⁰ D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, Story-Scientia, 1999, 263-264.

¹⁹¹ C. CAUFFMAN, "Naar een punitief Europees verbintenissenrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht", *TPR* 2007, (799) 852-853.

¹⁹² B. DELBECKE en K. LEMMENS, "Honderdvijftig jaar perszaken voor de burgerlijke rechter", *Juristenkrant* 2013, afl. 262, 13.

¹⁹³ C. CAUFFMAN, "Naar een punitief Europees verbintenissenrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht", *TPR* 2007, (799) 852-853.

¹⁹⁴ C. CAUFFMAN, "Naar een punitief Europees verbintenissenrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht", *TPR* 2007, (799) 827.

¹⁹⁵ Cass. 13 mei 2009, *Pas.* 2009, 1167.

¹⁹⁶ M. ISGOUR, "La presse, sa liberté et ses responsabilités", in A. STROWEL, F. TULKENS, M. ISGOUR, K. LEMMENS EN S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Médias et droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, 112.

¹⁹⁷ Rb. Brussel 16 november 1999, *AM* 2000, 132.

Voor mij is deze rechtspraak een duidelijk signaal van een gewijzigd maatschappelijk aanvoelen omtrent de integrale schadevergoedingen. De rechters wensen hier soms duidelijk een bestraffend en ontradend effect teweeg te brengen.

Een andere expliciete afwijking van de leer van de integrale schadevergoeding lijkt bovendien te kunnen worden gevonden in de Principles of European Tort Law (PETL). Art. 10:301, lid 2 PETL maakt expliciet melding van de zwaarte van de fout. Anderzijds stelt men dat de zwaarte van de fout enkel zou kunnen meespelen als ze ernstig heeft bijgedragen tot het berokkenen van de schade. Dit vormt aldus tegelijk een toezegging als een afwijzing van *punitive damages* binnen het aansprakelijkheidsrecht. De commentatoren van de PETL trachten deze regel te verzoenen met het vergoedend karakter van het aansprakelijkheidsrecht door de ernst van de fout enkel in rekening te nemen wanneer ze bijdraagt aan het lijden van het slachtoffer¹⁹⁸. Dit is het geval wanneer de schade opzettelijk of bewust roekeloos wordt toegebracht. In dat geval aanvaarden de commentatoren de punitieve elementen uitdrukkelijk.

Het komt mij echter voor dat beide voorbeelden, ongeacht enkele twijfels, wel een duidelijke intentie weergeven om af te stappen van de strikte toepassing van de traditionele leer van de integrale schadevergoeding. Er lijkt een duidelijk switch aanwezig in het maatschappelijk aanvoelen omtrent de noodzaak van een strikte toepassing van integrale schadevergoedingen. Voornamelijk in het geval van een opzettelijk fout lijkt een punitief element binnen de schadevergoeding gerechtvaardigd. Dit opent natuurlijk perspectieven voor punitieve elementen op te nemen binnen de beoordeling van de rechter bij calculerende schadeverwekkers die inbreuk maken op de persoonlijkheidsrechten.

Algemeen kan worden gesteld dat net als het bestraffend karakter, de strikte toepassing van de leer van de integrale schadevergoeding een erkenning van punitieve elementen binnen het Belgisch schadevergoedingsrecht niet langer in de weg kan staan. Ondanks de argumentatie van een kleine minderheid kunnen de procesrechtelijke beginselen uit art. 6 EVRM en art. 14 BUPO dit voor mij evenmin¹⁹⁹.

Ik zou echter nogmaals duidelijk willen opmerken dat dit bestraffend karakter voor mij enkel en alleen aanwezig kan en moet zijn in geval van opzet of kwade trouw. Enkel in dat geval is immers het persoonlijkheidsrecht extra beschermingswaardig (tegen de calculerende schadeverwekkende pers). Het is bovendien handig dat net voor dergelijke feiten de Belgische rechtspraak reeds punitieve elementen erkende²⁰⁰. Op die wijze vermijdt men bovendien problemen met artt. 10 en 11 GW²⁰¹.

Gelet op het legaliteitsbeginsel zal de beoordelingsvrijheid voor dit bestraffend karakter echter beperkt moeten zijn²⁰². Ik schrijf dan ook een, weliswaar vage, grens in voor de beoordelingsvrijheid

¹⁹⁸ W.V.H. ROGERS, "Commentary: Art. 10:301. Non-Pecuniary Damage" in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.), *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wenen, Springer-Verlag, 2005, (171) 175.

¹⁹⁹ I. VRANCKEN, "Punitive damages in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht", *TBBR* 2014, (426) 432-435.

²⁰⁰ Cass. 13 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 40; Cass. 22 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1161; Cass. 14 januari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 69; Cass. 30 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 866.

²⁰¹ I. VRANCKEN, "Punitive damages in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht", *TBBR* 2014, (426) 435-436; Arbitragehof 21 januari 1998, nr. 5/98, *AA* 1998, 57; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 219-220.

²⁰² Arbitragehof 11 mei 2005, nr. 92/2005, *BS* 24 juni 2005.

van de rechter bij de *punitive damages*. Deze grens is een verplichte matigingsplicht bij aanwezigheid van disproportionaliteit. Deze disproportionaliteit vul ik in aan de hand van de Europeesrechtelijke benadering, met name het principe uit het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk (een proportionele of evenredige relatie met de schade aan het legitiem belang) en principe uit het arrest Tešić/Servië (een evenredige impact op de concrete financiële situatie van het individu). Deze matigingsplicht verhindert dat het bestraffend karakter zo ver zou gaan dat het *chilling effects* op de vrijheid van meningsuiting creëert.

De rechter krijgt dus bij implementatie van de proportionaliteit van de schadevergoeding in het Belgisch recht de moeilijke taak om het evenwicht te zoeken tussen enerzijds de persoonlijkheidsrechten en het daar vereiste bestraffend karakter en anderzijds de vrijheid van meningsuiting en de aldaar vereiste matigingsbevoegdheid.

Indien hij de balans laat overhellen naar de persoonlijkheidsrechten lijkt het mij opportuun om eventueel naar Angelsaksisch voorbeeld een deel van het bestraffend gedeelte van de schadevergoeding toe te kennen aan de overheid²⁰³. Dit verhindert een opkomst van claims puur uit winstbejag. Nochtans stelt het Belgisch recht reeds een grens aan de opkomst van een veelheid aan private handhavers door middel van de toelaatbaarheidsvereisten uit artt. 17 en 18 Ger. W. en het risico van het tergend en roekeloos geding uit art. 780 bis Ger. W..

De door mij voorgestelde grens aan de *punitive damages*, met name de matigingsplicht ingeval van disproportionaliteit, erkennen we reeds jaren bij onze Noorderburen. Zij kennen een erg gelijkend *matigingsrecht*. Om finaal te komen tot een duidelijk kader rond de nieuwe vereisten bij art. 1382 BW lijkt het opportuun de Nederlandse rechtsleer op dit punt even van naderbij te bekijken.

4.3.4 Inspiratie uit het Nederlandse recht

De schadevergoedingsverplichting ligt in het Nederlandse recht vervat in afdeling 6.1.10 van het Nederlands Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW)²⁰⁴. Het Nederlandse schadevergoedingsrecht wordt, net als het Belgische, gekenmerkt door het beginsel van de integrale schadevergoeding. Dit beginsel kent binnen het Nederlandse recht echter zoveel uitzonderingen dat men zich terecht kan afvragen of dit nog langer als een normatief uitgangspunt kan worden beschouwd.

De Nederlandse rechtsleer wijst in dit verband op verschillende uitzonderingen, bijvoorbeeld art. 6:98 NBW (juridische causaliteit), art. 6:100 NBW (voordeelsverrekening), art. 6:101 NBW (eigen schuld), art. 6:106 NBW (vergoeding van immateriële schade), art. 6:107-108 NBW (gerechtigden bij letsel- en overlijdensschade) en art. 6:109 NBW (matigingsrecht). Voornamelijk deze laatste staat in fel contrast met de Belgische rechtsorde en kan een grote bron van inspiratie vormen voor de implementatie van de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets.

²⁰³ E. GULDIX en A. WYLLEMAN, "De positie en handhaving van de persoonlijkheidsrechten in het Belgisch Privaatrecht", *TPR* 1999, (1589) 1654-1655.

²⁰⁴ A.J. VERHEIJ, *Monografieën, Privaatrecht, Onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2005, 150.

Conform art. 6:109 lid 1 NBW kan de Nederlandse rechter de wettelijke verplichting tot integrale schadevergoeding matigen indien deze tot kennelijke onaanvaardbare gevolgen voor de aansprakelijke leidt²⁰⁵. Wanneer in het licht van de concrete omstandigheden blijkt dat een volledige en passende integrale schadevergoeding (zoals het Belgisch recht ze ook voorschrijft) tot onbillijke resultaten leidt zal de Nederlandse rechter steeds matigen. Het betreft immers niet louter een mogelijkheid, maar wel een verplichting voor de Nederlandse rechter²⁰⁶.

Art. 6:109 lid 1 schrijft voor dat de rechter bij zijn matiging moet rekening houden met alle concrete omstandigheden. Art. 6:109 lid 1 NBW noemt louter bij wijze van voorbeeld de aard van de aansprakelijkheid (schuld- of risicoaansprakelijkheid), de tussenpartijen bestaande rechtsverhouding en de draagkracht van beide partijen²⁰⁷. Deze opsomming is echter louter exemplatief²⁰⁸.

Voornamelijk de draagkracht van de partijen springt expliciet, vanuit Europeesrechtelijk standpunt, in het oog. De rechtspraak van het EHRM erkent vandaag bij de proportionaliteitstoets van de schadevergoeding immers uitdrukkelijk het financieel criterium. Zodra een schadevergoeding een al te grote impact heeft op de financiële situatie van de dader creëert zij een *chilling effect* en vormt zij een schending van art. 10 EVRM. De Nederlandse rechtspraak kent aldus een uitstekend equivalent om dergelijk *chilling effect* te vermijden.

Gelet op het feit dat de opsomming slechts exemplatief is kunnen ook andere factoren meespelen als basis voor de matiging van de schadevergoeding. Hierbij kan binnen de context van de vrijheid van meningsuiting en de persoonlijkheidsrechten in het bijzonder worden gedacht aan de verschillende Europeesrechtelijke *klassieke criteria*. Omdat de opsomming slechts exemplatief is, is het perfect mogelijk dat de Nederlandse rechter bijvoorbeeld een veroordeling tot schadevergoeding voor een meningsuiting zou matigen omdat zij bijdraagt aan het *publiek debat*. De aard van de meningsuiting kan perfect één van de niet expliciet opgesomde concrete omstandigheden vormen.

Dit betekent dat de Nederlandse wetgeving niet enkel expliciet tegemoet komt aan het principe uit het arrest *Tešić/Servië*, maar mogelijk impliciet ook aan het principe uit het arrest *Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk*. Als we conform de Nederlandse rechtsleer de matigingsbevoegdheid uit art. 6:109 lid 1 NBW, gelet op haar louter exemplatieve opsomming, erg ruim mogen interpreteren kan gesteld worden dat de Nederlandse wetgeving een volledige bescherming biedt tegen *chilling effects*, uitgaande van een excessieve schadevergoeding. De schadevergoeding zal in Nederland een *proportionele* (en geen strikte) verhouding aannemen met de schade en de financiële positie van het individu. Deze proportionele verhouding neemt alle verschillende concrete omstandigheden in rekening.

Het Belgisch recht kent tot op vandaag geen soortgelijk matigingsrecht en houdt aldus geen rekening met de draagkracht van de partijen of andere omstandigheden die matiging kunnen

²⁰⁵ G.H.A., SCHUT, *Onrechtmatige daad*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 169.

²⁰⁶ A.J. VERHEIJ, *Monografieën, Privaatrecht, Onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2005, 178.

²⁰⁷ A.J. VERHEIJ, *Monografieën, Privaatrecht, Onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2005, 178.

²⁰⁸ HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 510.

rechtvaardigen. Er geldt één (kleine) uitzondering, art. 1386 bis BW, dat verwijst naar de vergoeding van de schade veroorzaakt door abnormalen²⁰⁹. Verder houdt het Belgisch recht geen rekening met de financiële draagkracht of andere concrete omstandigheden. De enige uitzonderingen op de integrale schadevergoeding die het Belgisch recht toestaat betreffen een aantal specifieke wettelijk gelimiteerde bedragen (art. 11, §2 wet productaansprakelijkheid, art. 8 de wet van 30 juli 1979) en de situatie van gedeelde aansprakelijkheid²¹⁰. Dit laatste betreft de situatie waar de benadeelde medeaansprakelijk was voor de schade, bijvoorbeeld bij niet-naleving van de plicht tot schadebeperking.

Gelet op de dreiging van de *chilling effects*, die ontstaan vanuit een disproportionele verhouding met de schade of een disproportionele impact op de financiële situatie van het individu, lijkt het mij erg nuttig binnen het Belgisch recht na te denken over een gelijkaardig matigingsrecht als de Nederlanders. Na mijn grondige studie van de *chilling effects* ben ik er echter van overtuigd de verschillende matigingsgronden binnen de context van de vrijheid van meningsuiting en de persoonlijkheidsrechten duidelijk te kunnen omschrijven, waardoor in tegenstelling tot de Nederlanders geen exemplatieve opsomming vereist is binnen het Belgisch recht. Dit komt natuurlijk de rechtszekerheid sterk ten goede.

Binnen het volgende en laatste onderdeel beschrijf ik duidelijk mijn wetsvoorstel waar het matigingsrecht in verweven zit, samen met de invloed van de *punitive damages*. Dit zal leiden tot een nieuw artikel binnen ons aansprakelijkheidsrecht dat binnen de context van de vrijheid van meningsuiting en de persoonlijkheidsrechten een volwaardige bescherming biedt tegen *chilling effects* op beide domeinen.

4.3.5 De inhoud van de nieuwe proportionaliteitsvoorwaarde

Het is duidelijk dat het Belgische schadevergoedingsrecht vandaag tekort schiet binnen de context van de grondrechten. De integrale schadevergoeding houdt onvoldoende rekening met de bescherming van de vrijheid van meningsuiting en de persoonlijkheidsrechten.

Om *chilling effects* te vermijden kan bij de begroting van de schadevergoeding niet langer enkel en alleen rekening worden gehouden met de omvang van de schade. Een duidelijke evaluatie van de concrete situatie is vereist.

Voornamelijk onder invloed van de rechtspraak van het EHRM, die het Hof van Cassatie vandaag duidelijk erkent binnen de Belgische rechtsorde²¹¹, werd duidelijk dat een wettelijk voorstel tot wijziging van het klassieke Belgische schadevergoedingsrecht noodzakelijk is. In het licht van de bedoeling van de grondwetgever van 1831 bleek dergelijke wijziging bovendien perfect legitiem²¹².

²⁰⁹ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 219.

²¹⁰ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 220.

²¹¹ Cass. 12 januari 2012, *AM* 2012, 358, noot D. VOORHOOF en *Pas.* 2012, 92; Cass. 23 mei 2011, *RABG* 2011, 1218-1219, noot S. BERNEMAN; Cass. 27 april 2007, *RW* 2009-10, 321 en *NJW* 2007, 897, noot E. BREWAEYS. Cass. 27 april 2007, *RW* 2009-10, 321 en *NJW* 2007, 897, noot E. BREWAEYS.

²¹² K. LEMMENS, "La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus?" (noot onder Cass. 23 mei 2011), *RCJB* 2012, (434) 448-449.

De enige vraag rest nog hoe deze toets er moet uitzien. Hiervoor laat ik mij natuurlijk inspireren door de Europese rechtspraak, maar daarnaast speelt tevens de invloed van het Nederlandse, Engelse en Amerikaanse recht. Deze invloeden vat ik samen in een nieuw artikel voor het Burgerlijk Wetboek.

Ik pleit ervoor om binnen de context van de grondrechten (artt. 8 en 10 EVRM, vertaald naar Belgisch recht artt. 19, 22 en 25 GW) naar Angelsaksisch voorbeeld de mogelijkheid te bieden aan de rechter om bij de begroting van de schadevergoeding een bestraffend karakter aan te nemen. Dit zorgt ervoor dat onder invloed van de almacht van de pers de persoonlijkheidsrechten geen *chilling effect* ondergaan²¹³.

Naar Nederlands voorbeeld wil ik als uitzondering op dit bestraffend karakter een verplichte rechterlijke matigingsplicht inschrijven²¹⁴. De rechter verkrijgt binnen concrete situaties de verplichting de grootte van de schadevergoeding aan te passen aan de concrete omstandigheden. De rechter zal binnen zijn matigingsbevoegdheid naar Europees voorbeeld moeten zorgen voor een *proportioneel* karakter van de schadevergoeding. Los van de specifieke vereisten die ik verder beschrijf komt dit algemeen neer op een balanceringsoefening tussen de vrijheid van meningsuiting en de persoonlijkheidsrechten. Zoals gezien kan een niet aangepaste schadevergoeding immers op beide rechten een *chilling effect* uitoefenen.

De rechter verkrijgt, naargelang de omstandigheden vereisen aldus de mogelijkheid het bedrag van de schadevergoeding, dat vroeger louter de schade omvatte, in stap één te verhogen en in stap twee te verlagen. Dit kader lijkt mij voldoende ruimte te bieden om de grondrechten en de legitieme belangen te beschermen, en tegemoet te komen aan de wensen van de grondwetgever in 1831.

Stap één: De rechter moet rekening houden met de bescherming van de persoonlijkheidsrechten. De rechter kan in stap één het bedrag van de integrale schadevergoeding verhogen, rekening houdend met het voordeel dat ontstaan is voor de (calculerend schadeverwekkende) dader. Hij behoort dit naar mijn mening in het bijzonder te doen bij opzettelijk schadeverwekkend gedrag. Dit betekent dat een licht bestraffend en ontradend karakter wordt toegekend aan de schadevergoeding²¹⁵. Stap één verwijst aldus naar het leerstuk van de *punitive damages*. Die naar Europees en Angelsaksisch voorbeeld een plaats verdienen binnen ons aansprakelijkheidsrecht. Dit bestraffend karakter zorgt ervoor dat individuen niet continu in vrees moeten leven voor een schending van hun persoonlijkheidsrechten, zodat de uitoefening van hun persoonlijkheidsrechten in de toekomst wordt gevrijwaard. Men vermijdt aldus een *chilling effect* op de uitoefening van de persoonlijkheidsrechten.

²¹³ K. LEMMENS, "Toch maar morele schadevergoeding, tegen beter weten in?", in W. DEBEUCKELAERE, S. GUTWIRTH, M. LAMBRECHT, M. SANTENS EN D. VOORHOF (eds.), *Ontmoetingen met Koen Raes*, Brugge, Die Keure, 2012, 232; Brussel 3 april 2003, *AM* 2003, (231) 233.

²¹⁴ A.J. VERHEIJ, *Monografieën, Privaatrecht, Onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2005, 178.

²¹⁵ I. VRANCKEN, "Punitive damages in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht", *TBBR* 2014, (426) 428.

Stap twee: De rechter moet eveneens rekening houden met de bescherming van de vrijheid van meningsuiting. Hij moet niet enkel de persoonlijkheidsrechten maar ook de vrijheid van meningsuiting behoeden van een *chilling effect*. Hiervoor verkrijgt hij een (dubbele) matigingsplicht toegekend in de tweede stap. Dit vormt als het ware een vertaling van de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets van de schadevergoeding, die dus in twee cumulatieve onderdelen uit mekaar valt.

- a) De rechter bepaalt ter vaststelling van de proportionaliteit natuurlijk eerst aan de hand van *de klassieke criteria* het beschermingswaardig karakter van de vrijheid van meningsuiting (en de persoonlijkheidsrechten) in kwestie.

Dit betekent concreet dat hij oog heeft voor de aard van de meningsuiting (*publiek debat*), de hoedanigheid van beide partijen, het waarheidsgetrouw karakter van de meningsuiting, de effecten van de meningsuiting... Het valt op te merken dat hierbij een doorslaggevende factor moet worden toegekend aan de aard van de meningsuiting. Kort samengevat kan deze stap worden samengevat als het vaststellen van *de bijdrage aan het publiek debat*.

Men zal dit domein van het publiek debat niet al te snel verlaten. Bijvoorbeeld enkel in geval van een flagrante leugen zal men het publiek debat en het beschermingswaardig karakter van de vrijheid van meningsuiting verlaten. Een kleine leugen op een erg belangrijk domein creëert immers nog steeds een *chilling effect* (*supra 38-40*).

Wanneer de meningsuiting *bijdraagt aan het publiek debat* is zij uiterst beschermingswaardig en de persoonlijkheidsrechten aldus een pak minder.

Vervolgens komen we tot de kern van deze stap. Wanneer de rechter van mening is dat de schadevergoeding, die tevens het voordeel inhoudt, gelet op de (zonet bepaalde) belangen in casu *disproportioneel* is met *de schade aan de persoonlijkheidsrechten* moet hij verplicht matigen. Deze disproportionaliteit betekent aldus *niet meer dan nodig* in het licht van het zonet bepaalde beschermingswaardig karakter van de desbetreffende grondrechten en belangen.

Dit betreft aldus de uitwerking van het arrest Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk, waarbij de schadevergoeding niet gelijk, maar wel proportioneel wordt gemaakt aan de schade²¹⁶.

- b) Enkel nadat stap a werd doorlopen bekijkt de rechter de tweede mogelijkheid tot matiging. Daarbij heeft de rechter oog voor de impact van de schadevergoeding op de concrete financiële situatie van het individu. De rechter toetst de *proportionele* verhouding tussen de grootte van de schadevergoeding en *de financiële middelen van de dader*. Hij kan hiermee rekening houdend de schadevergoeding voor een tweede maal matigen. Zoals eerder vermeld moet de proportionele verhouding hier nog net

²¹⁶ EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91, Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk.

iets soepeler worden getoetst en volstaat misschien zelfs een redelijke verhouding (*supra* 41). Dit betreft de uitwerking van het arrest Tešić/Servië²¹⁷.

Door middel van een cumulatieve toetsing van beide criteria van stap twee vermijdt de rechter een disproportionele schadevergoeding, en aldus ieder pervers *chilling effect* op de vrijheid van meningsuiting.

Finaal kan worden opgemerkt dat we door middel van dit gehele initiatief binnen het grondrechtencontentieux een ruime beoordelings-/aanpassingsvrijheid voor de rechter wordt gecreëerd bij de toekenning van de schadevergoeding. De rechter heeft de mogelijkheid om de goede balans te vinden tussen beide grondrechten (of naargelang de interpretatie het grondrecht en het legitiem belang) en de schadevergoeding daaraan aan te passen. Hij kan een licht bestraffend karakter toevoegen, hetzij dat dit niet zo ver kan gaan dat er een *chilling effect* op de vrijheid van meningsuiting ontstaat.

Deze beoordelingsvrijheid vereist zoals vermeld een hoge ontvankelijkheidsgrens voor hoger beroep. Wanneer men toch hoger beroep zou kunnen aantekenen, moet in een eventueel nog later stadium voor het Hof van Cassatie enkel een erg marginale controle bestaan. Het wettigheidstoezicht van het Hof van Cassatie houdt immers geen rekening met de feitelijkheden en is bijgevolg niet zo goed geplaatst om de correcte verhouding van de vergoeding te beoordelen. Naar voorbeeld van het Europese recht verkrijgen de (lagere) Belgische rechters als het ware een soort *margin of appreciation*.

Samengevat kan een nieuw wetsartikel binnen het Belgische Burgerlijk Wetboek naar mijn mening als volgt luiden:

Art. X BW :

§1 Indien in het kader van een conflict tussen artt. 19 of 25 GW en art. 22 GW op basis van art. 1382 BW een schadevergoeding verschuldigd is kan deze eveneens het voordeel voor de dader omvatten.

§2 De schadevergoeding uit §1 wordt gematigd in geval van:

- a) Een disproportionele verhouding met de schade aan art. 22 GW;
- b) Een disproportionele impact op de financiële situatie van de dader bij art. 1382 BW.

²¹⁷ EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić/Servië.

Conclusie

Bij het begin van het onderzoek stelde ik allereerst de vraag naar de invloed van de *chilling effects* op de grondrechtenbescherming van het EHRM. De *chilling effects* op de vrijheid van meningsuiting hebben bij het EHRM wel degelijk een sterke invloed gehad op haar grondrechtenbescherming, meer bepaald op haar proportionaliteitstoets uit haar derde beperkingscriterium *nodig in een democratische samenleving*. Het EHRM heeft deze toets verfijnd, in bijzonder bij de proportionaliteit van de burgerrechtelijke schadevergoeding. Deze wordt vandaag gekenmerkt door twee cumulatieve criteria. Ze vereist dat de schadevergoeding enerzijds een *proportionele* verhouding vertoont met de geleden schade aan de persoonlijkheidsrechten, de eer en goede naam. Anderzijds vereist zij dat de schadevergoeding steeds rekening houdt met impact op de financiële situatie van het individu.

Het EHRM heeft de dreiging van de *chilling effects* dus erkend en zich, door middel van haar verfijnde proportionaliteitstoets, er volledig tegen beschermd.

De vraag stelde zich of deze bescherming niet naar Belgisch niveau kon en moest worden vertaald. Daar waar de Belgische zorgvuldigheidsnorm op het niveau van de overheidsinmenging nog voldoende bescherming kon bieden aan mogelijke *chilling effects*, bleek de leer van de integrale schadevergoeding volledig tekort te schieten. Een uiterst problematische situatie, daar de *chilling effects* natuurlijk voornamelijk ontstaan vanuit de disproportionele schadevergoedingen.

Een implementatie van de Europeesrechtelijke proportionaliteitstoets van de schadevergoeding en een revolutie binnen het aansprakelijkheidsrecht drong zich op. Zo dacht ook het Belgische Hof van Cassatie erover. De vraag restte enkel nog hoe. Ik ging bij onze Noorderburen ten rade en stelde vast dat een matigingsplicht voor de rechter ingeval van disproportionaliteit het ideale instrument vormde. Bij schending van minstens één van de twee Europese, cumulatief te toetsen, criteria verkrijgt de rechter voortaan de verplichting de schadevergoeding te matigen. Dit zou echter mogelijks tot één groot nadeel leiden, de opkomst van enorm lage schadevergoedingen, uit angst voor de *chilling effects* op de vrijheid van meningsuiting. Dit zou er toe kunnen leiden dat individuen voortaan in totale vrees voor de schending van hun persoonlijkheidsrechten (eer en goede naam) zouden moeten leven. De almachtige pers zou immers nog meer de mogelijkheid verkrijgen als calculerende schadeverwekker op te treden. Men kan stellen dat dergelijke lage schadevergoedingen eveneens een *chilling effect* in zich zouden dragen, weliswaar op de persoonlijkheidsrechten. Daarom koos ik ervoor de rechter voorafgaand aan zijn matigingsplicht de mogelijkheid te bieden een (licht) punitief karakter te verbinden aan de schadevergoeding.

Samenvattend kan dus worden gesteld dat (bij aanvaarding van mijn wetsvoorstel) onder invloed van de *chilling effects*, op zowel de vrijheid van meningsuiting als de persoonlijkheidsrechten, ook op Belgisch niveau een evenwichtig uitgetekende beoordelingsbevoegdheid voor de rechter bij de toekenning van de schadevergoeding is tot stand gekomen. Dit valt niet enkel aan te moedigen vanuit de vrees voor de *chilling effects*, maar ook vanuit de wens van de grondwetgever uit 1831. Deze had met het strafrecht als beperkingsmiddel immers een gelijkaardige soepelheid bij de toekenning van de sanctie voor ogen.

Onder invloed van de Europese, Nederlandse en Angelsaksische rechtspraak en rechtsleer is een prachtig wetsvoorstel naar voren gekomen, dat de vrijheid van meningsuiting en de persoonlijkheidsrechten op evenwichtige wijze beschermt. *Chilling effects* (zowel bij de vrijheid van meningsuiting als de persoonlijkheidsrechten) lijken zo zowel op Europees als Belgisch niveau voortaan uitgesloten.

Bibliografie

Wetgeving

Internationaal Verdrag 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten, *B.S.* 6 juli 1983.

Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *B.S.* 19 augustus 1955.

Gecoördineerde Grondwet 17 februari 1994, *B.S.* 17 februari 1994.

Gerechtigd Wetboek 10 oktober 1967, *B.S.* 31 oktober 1967.

Burgerlijk Wetboek 21 maart 1804, *B.S.* 3 september 1807.

Nieuw burgerlijk Wetboek, 1 januari 1992. (NL)

First Amendment to the United States Constitution, 15 december 1791. (VS)

Rechtspraak

Europese rechtspraak:

EHRM 11 februari 2014, nr. 50591/12, Tešić /Servië.

EHRM 8 oktober 2013, nr. 28255/07, Cumhuriyet Vakfi and Others/Turkije.

EHRM 8 oktober 2013, nr. 30210/06, Ricci/Italië.

EHRM 24 september 2013, nr. 43612/10, Belpietro/Italië.

EHRM 16 juli 2013, nr. 33846/07, Wegrzynowski en Smolczewski/Polen.

EHRM 25 juni 2013, nr. 30812/07, Trévalec/België.

EHRM 7 februari 2012, nr. 39954/08, Axel Springer AG/Duitsland.

EHRM 24 november 2011, nr. 41158/09, Koprivica/Montenegro.

EHRM 19 april 2011, nr. 3316/04, Bozhkov/Bulgarije.

EHRM 19 april 2011, nr. 22385/03, Kasabova/Bulgarije.

EHRM, 29 maart 2011, nr. 50084/06, RTBF/België.

EHRM 18 januari 2011, nr. 39401/04, Mgn Limited/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 19 februari 2009, nr. 4063/04, Marchenko/Oekraïne.

EHRM 24 april 2008, nr.17107/05, Campos Dâmaso/Portugal.

EHRM 15 november 2007, nr. 12556/03, Pfeifer/Oostenrijk.

EHRM 6 november 2007, nr. 13909/05, Lepojic/Servië.

EHRM 16 juni 2005, nr. 55120/00, Independent News and Media/Ierland.

EHRM 15 februari 2005, nr. 68416/01, Steel and Morris/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 17 december 2004, nr. 33348/96, Cumpănă en Mazăre/ Roemenië.

EHRM 24 juni 2004, nr. 59320/00, Von Hannover/Duitsland.

EHRM 6 mei 2003, nr. 48898/99, Perna/Italië.

EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95, Goodwin/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 26 februari 2002, nr. 29271/95, Dichand e.a./Oostenrijk.

EHRM 28 juni 2001, 24699/94, VGT Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland.

EHRM 16 maart 2000, nr. 23144/93, Özgür Gündem/Turkije.

EHRM 8 juli 1999, nr. 26682/95, Arslan/Turkey.

EHRM 8 juli 1999, nr. 23556/94, Ceylan v. Turkey.

EHRM 25 augustus 1998, nr. 59/1997/843/1049, Hertel/Zwitserland.

EHRM 25 november 1997, nr. 18954/91, Zana/Turkije.

EHRM 13 juli 1995, nr. 18139/91, Tolstoy Miloslavsky/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 9 februari 1995, nr.16616/90, Vereniging Weekblad Bluf!/Nederland.

EHRM 19 december 1994, 15153/89, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi/Oostenrijk.

EHRM 25 februari 1992, 12963/87, Margareta and Roger Andersson/Zweden.

EHRM 24 april 1990, nr.11801/85, Kruslin/Frankrijk.

EHRM 19 december 1989, nr. 11070/84, Mellacher e.a./ Oostenrijk.

EHRM 30 maart 1989, nr. 10461/83 Chappell/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84, Müller and Others/Zwitserland.

EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82, Lingens/Oostenrijk.

EHRM 21 februari 1986, nr. 8793/79, James e.a./Verenigd Koninkrijk.

EHRM 25 maart 1985, nr. 8734/79, Barthold/Duitsland.

ECRM 11 maart 1985, nr. 10733/84, Asociacion de Aviadores de la Republica, J. Malta e.a./Spanje.

EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79, Malone/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, Handyside/Verenigd Koninkrijk.

EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, The Sunday Times/Verenigd Koninkrijk.

Belgische rechtspraak:

Arbitragehof 21 januari 1998, nr. 5/98, AA 1998, 57.

Cass. 9 november 2012, RW 2012-13, afl. 36, 1416, noot E. ADRIAENS.

Cass. 12 januari 2012, AM 2012, 358, noot D. VOORHOOF en Pas. 2012, 92.

Cass. 23 mei 2011, RABG 2011, 1218-1219, noot S. BERNEMAN.

Cass. 13 mei 2009, Pas. 2009, 1167.

Cass. 20 februari 2009, RW 2010-2011, 1474.

Cass. 22 april 2008, Pas. 2009, 986.

Cass. 27 april 2007, RW 2009-10, 321 en NJW 2007, 897, noot E. BREWAEYS.

Cass. 15 februari 2007, *NJW* 2008, 213, noot G. JOCQUE.

Cass. 5 juni 2003, *JLMB* 2004, 543, noot D. PHILIPPE, *NJKW* 2004, 14, noot I. BOONE en *TBBR* 2005, 110, noot B. WEYTS.

Cass. 13 januari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 40.

Cass. 14 januari 1998, *Arr.Cass.* 1998, 69.

Cass. 22 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1161.

Cass. 30 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 866.

Cass. 13 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, I, 423.

Cass. 30 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 340.

Cass. 23 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 180.

Cass. 5 mei 1971, *JT* 1971, 662.

Cass. 12 november 1951, *Pas.* 1952, 128.

Cass. 24 januari 1863, *Pas.* 1864, 11.

Gent 21 februari 2008, *AM* 2008, 318, *RABG* 2008, 1271, noot F. PETILLION.

Gent 28 maart 2002, *NJW* 2003, 465.

Veurne 18 februari 2000, *AM* 2000, 341, noot D. VOORHOF.

Luik 24 juni 1999, *J.L.M.B.* 2001, 419, noot J. BUYLE.

Bergen 6 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, 432, noot J. BUYLE.

Gent 29 januari 1993, *De Verz.* 1994, 424, noot B. VEECKMANS.

Rb. Mechelen 15 januari 2013, *NJW* 2013, 80.

Rb. Brussel 16 november 1999, *AM* 2000, 132.

Rb. Brussel 18 december 1990, *Cah. Dr. Jud.* 1991, 176.

Buitenlandse rechtspraak:

HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274.

HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 510.

Supreme Court of the United States 26 juni 1975, nr. 34, *Miller/California*, 413 *U.S.* 15.

Supreme Court of the United States 9 maart 1964, nr. 39, *New York Times Co./Sullivan*, 376 *U.S.* 254.

Rechtsleer

Boeken:

ALEN, A., en BOES, M., *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 578.

ARAI-TAKAHASHI, Y., *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia 2002, 186.

BERENBOOM, A., DERIEUX, E. en DOMMERING, E., *Censures: Actes du colloque du 16 mai 2003*, Brussel, Larcier, 2003, 217.

BOCKEN, H. en BOONE, I., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsmechanismen*, Brugge, Die Keure, 2011, 284.

BREMS, E., HENRAD K. en DE LANGE, R., *Botsing van grondrechten*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 86.

BREMS, E., OUALD CHAIB, S. en SMET, S., "Les droits constitutionnels conflictuels", in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique vol. 1*, Brussel, Bruylant, 2011, 295-328.

CORNELIS, L., *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht 1: De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 744.

CLAYTON, R. en TOMLINSON, H., *The law of human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 2768.

CORNELIS, L., "Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en causaal verband", in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, Brussel, Larcier, 2005, 157-199.

COUNCIL OF EUROPE, *Freedom of expression in Europe – Case law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2002, 184.

DE PAGE, H. en MASSON, H., *Traité élémentaire de droit civil belge 2: Les personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, 955.

DIRIX, E., *Het begrip schade*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1984, 150.

DUBUISSON, B., CALLEWAERT, V., DE CONINCK, B. en GATHEM, G., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 1: Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Larcier, 2009, 1074.

DUERLINCKX, K., *Aansprakelijkheidsrecht: een overzicht*, Antwerpen, Maklu, 2012, 99.

EMAUS, J.M., *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2013, 427.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., "Les droits de l'homme et la Constitution belge", in R. CASSIN, M. DRUON en A. DAUSSIN, *Mélanges offerts à Polys Modinos, Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pédone, 1968, 146-180.

GERARDS, J., *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 307.

GERARDS, J. en FLEUREN, J., *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 385.

GOEDERTIER, G., VANDE LANOTTE, J. en DE PELSMAEKER, T., *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 1517.

HARRIS, D., O'BOYLE, M. en WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 455.

HOEBEKE, S. en MOUFFE, B., *Le droit de la presse*, Louvain-la-neuve, Academia Bruylant, 2000, 910.

ISGOUR, M., "La presse, sa liberté et ses responsabilités", in A. STROWEL, F. TULKENS, M. ISGOUR, K. LEMMENS en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Médias et droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, 75-122.

KERSCH, K.I., *Freedom of Speech: Rights and Liberties Under the Law*, Santa Barbara California, ABC-CLIO, 2003, 340.

LEMMENS, K., "Toch maar morele schadevergoeding, tegen beter weten in?", in W. DEBEUCKELAERE, S. GUTWIRTH, M. LAMBRECHT, M. SANTENS EN D. VOORHOF (eds.), *Ontmoetingen met Koen Raes*, Brugge, Die Keure, 2012, 231-236.

LEMMENS, P., *Preadvies – Vrijheid van meningsuiting. Een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden*, Deventer, Kluwer, 2005, 45.

LÉONARD, T., *Conlicts entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Brussel, Larcier, 2005, 894.

MEURKENS, L., "The Punitive Damages Phenomenon in Continental Europe: Food for Thought" in L. MEURKENS en E. NORDIN (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 3-64.

POPELIER, P. en VAN DE HEYNING, C., "Droits constitutionnels et droits conventionnels: concurrence ou complémentarité?", in M. VERDUSSEN en N. BONBLED (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Brussels, Bruylant, 2011, 495-536.

ROGERS, W.V.H., "Commentary: Art. 10:301. Non-Pecuniary Damage" in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (ed.), *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wenen, Springer-Verlag, 2005, 171-178.

RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, 411.

SADURSKI, W., *Freedom of Speech and its Limits*, Dordrecht, Kluwer, 1999, 233.

SCHUT, G.H.A., *Onrechtmatige daad*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 194.

SEBOK, A.J., "Punitive Damages in the United States" in H. KOZIOL EN V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, New York, Springer, 2009, 155-196.

SIMOENS, D., *Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, Story-Scientia, 1999, 443.

STIJNS, S., *Verbintenissenrecht boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 151.

ULRICHTS, H., *Schaderegeling in België*, Mechelen, Kluwer, 2013, 558.

VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM. Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 949.

VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 854.

VAN DROOGHENBROECK, S., *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2001, 785.

VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935.

VELAERS, J., *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 385.

VELAERS, J., *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting – Deel II*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1991, 907.

VERHEIJ, A.J., *Monografieën, Privaatrecht, Onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2005, 213.

VERSTRAETEN, R. en VERBRUGGEN, F., *Strafrecht en Strafprocesrecht voor bachelors – deel 1*, Antwerpen, Maklu, 2014, 376.

VERSTRAETEN, R. en VERBRUGGEN, F., *Strafrecht en Strafprocesrecht voor bachelors – deel 2*, Antwerpen, Maklu, 2014, 294.

VOORHOF, D., *Critical perspectives on the scope and interpretation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Straatsburg, Council of Europe Press, 1995, 66.

VOORHOF, D., "De journalistieke vrijheid en de tussenkomst van de rechter: censuur of noodzaak in een democratische samenleving" in A. BERENBOOM, E. DERIEUX en E. DOMMERING, *Censures: Actes du colloque du 16 mai 2003*, Brussel, Larcier, 2003, 71-95.

VOORHOF, D. en VALCKE, P., *Handboek mediarecht*, Brussel, Larcier, 2011, 755.

Tijdschriften:

BOONE, I., "Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband", *RW* 2004-2005, 92-97.

CAUFFMAN, C., "Naar een punitief Europees verbintenissenrecht? Een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht", *TPR* 2007, 799-873.

DELBECKE B. en LEMMENS, K., "Honderdvijftig jaar perszaken voor de burgerlijke rechter", *Juristenkrant* 2013, afl. 262, 13.

DE PRINS, D., "De burgerlijke rechter en de persvrijheid", *RW* 2000-01, 1445-1456.

Dyer, A., "Freedom, Freedom expression and the advocacy of violence: Which test should the European Court of Human rights adopt?", *NQHR* 2015, 78-107.

EMAUS, J.H., noot onder EHRM 11 februari 2014, *EHRC* 2014, afl. 6, 303-307.

GREER, S., "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", *O.J.L.S.* 2003, 405-433.

GULDIX, E. en WYLLEMAN, A., "De positie en handhaving van de persoonlijkheidsrechten in het Belgisch Privaatrecht", *TPR* 1999, 1589-1657.

HOTTELIER, M., "La liberté de la presse entre confidentialité et provocation: mode d'emploi pour faire chuter une liberté de son piédestal", *Rev. trim. D.H.* 2008, afl. 75, 801-819.

JADOT, B., "La radio et la télévision face au juge des référés", *Ann. Dr. Lv.* 1987, 37-51.

KENDRICK, L., "Speech, intent, and the chilling effect", *Wm. & Mary L. Rev* 2013, 1633-1691.

LANGENAKEN, E., "L'indemnisation des atteintes aux droits de la personnalité et son implication quant à la nature de ces droits", *TBBR* 2011, 422-4235.

LEMMENS, K., "La nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression n'est jamais évidente. L'obligation de réparation d'une faute civile non plus?" (noot onder Cass. 23 mei 2011), *RCJB* 2012, 434-450.

LEMMENS, K., "Mag ik dit zeggen?", *AM* 2014, 78-79.

LEMMENS, K., "Se taire par peur: l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression", *AM* 2005, 32-40.

Ó FATAIGH, R., "Article 10 and the chilling effect principle", *E.H.R.L.W.* 2013, afl. 3, 304-313.

Ó FATAIGH, R., "Grand chamber seeks to clarify balancing of article 10 and article 8", *Strasbourg Observers* 2012, www.strasbourgobservers.com, 1-3.

QUÉZEL-AMBRUNAZ, C., "Des dommages et intérêts octroyés par la Cour européenne des droits de l'homme" (noot onder EHRM 25 juni 2013), *RDLF* 2014, www.revuedlf.com, afl. 5, 1-3.

ROBERT, P., "La responsabilité civile du journaliste", *AM* 2000, 18-26.

SCHUIJT, G., "Eer en goede naam, privacy en de noozakelijkheidstoets na Van Gasteren/Hemelrijk", *Mediaforum*, 2008, afl. 3, 102-108.

SEDLER, R., "Self-Censorship and the First Amendment", *Notre Dame J.L. Ethics & Pub.Pol'y* 2011, 13-46.

VAN EMMERIK, M., "Schadevergoeding bij schending van mensenrechten: de rechtspraak onder het EVRM", *AA* 1997, afl. 10, 712-719.

VELU, J., "Beschouwingen over de Europese regelgeving inzake betrekkingen tussen gerecht en pers", *RW* 1995-96, 273-308.

VERJANS, E., "Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van persoonlijkheidsrechten", *RW* 2013-14, afl. 14, 522-536.

VOORHOF, D., "Auteursrecht en de vrijheid van expressie en informatie: artikel 10 EVRM als «externe» beperking van het auteursrecht", *AM* 2013, afl. 4, 190-200.

VOORHOF, D. en Ó FATIAIGH, R., "Belpietro v. Italy: Does Parliamentary Privilege Extend to the Press?" (noot onder EHRM 24 september 2013) , *EHRC* 2013, afl. 14, (2816) 2816-2828.

VOORHOF, D., "Europees Hof koestert expressievrijheid van advocaat", *juristenkrant* 2003, afl. 78, 12.

VOORHOF, D., noot onder EHRM 18 januari 2011, *EHRC* 2011, afl. 5, 781-806.

VOORHOF, D., "Raad van Europa wil journalistiek bronnengeheim beter beschermen", *Juristenkrant* 2000, afl. 8, 11.

VRANCKEN, I., "Punitive damages in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht", *TBBR* 2014, 426-448.

WEYTS, B., "Lucratieve fouten in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. The winner takes it all", *RW* 2005-06, 1641-1652.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Een revolutie in het aansprakelijkheidsrecht: fout, schade, causaal verband en ... proportionaliteit

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2015**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Mariën, Willem

Datum: **15/05/2015**