

Belangenafweging in smaadzaken: complex of eenvoudig?

1. Net als in eerdere zaken blijft het EHRM in *OOO Regnum* onduidelijk over de uitbreiding van het verdragsrecht op reputatie van individuen naar rechtspersonen.¹ Daarnaast ontstaat in het besproken arrest een boeiende discussie tussen de meerderheid en rechter Serghides over de invulling van de belangenafweging in smaadzaken. Beide aspecten van het arrest worden achtereenvolgens besproken.

Een verdragsrecht op reputatie voor rechtspersonen?

2. Sinds *Pfeifer t. Oostenrijk* (2007) erkent het EHRM uitdrukkelijk dat het recht op privéleven, zoals gewaarborgd in artikel 8 EVRM, een verdragsrecht op reputatie omvat voor individuen.² In latere rechtspraak heeft het Hof evenwel een drempelvereiste ingevoegd: opdat artikel 8 EVRM effectief van toepassing zou zijn in een smaadzaak dient een aanval op iemands reputatie een zekere graad van ernst te vertonen en met name schade te berokkenen aan het persoonlijk genot van het recht op privéleven.³ Dit veronderstelt, volgens vaste rechtspraak, dat de morele en persoonlijke integriteit van de verzoeker is geschonden.⁴

3. Hoewel het Hof doorgaans nalaat te verduidelijken *wanneer* smaad aanleiding geeft tot een schending van iemands persoonlijke en morele integriteit, blijkt uit de rechtspraak dat het verdragsrecht op reputatie in beginsel enkel toekomt aan individuen en niet aan rechtspersonen. Van rechtspersonen kan immers bezwaarlijk worden gesteld dat zij een ‘persoonlijk genot’ van verdragsrechten kunnen hebben, noch dat hun ‘morele en persoonlijke integriteit’ geschonden kan worden door (beweerde) smaad. Rechtspersonen kunnen uiteraard wel een *belang* hebben in het vrijwaren van hun reputatie, en desgevallend een recht op reputatie onder nationale wetgeving, maar onder de huidige rechtspraak van het EHRM hebben zij geen *verdragsrecht* op reputatie. Nochtans lijkt het Hof in recente arresten een opening te laten voor de uitbreiding van het verdragsrecht op reputatie van individuen naar rechtspersonen.⁵ *OOO Regnum* kadert in deze (mogelijke) evolutie in de rechtspraak.

4. Een mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van het verdragsrecht op reputatie is van wezenlijk belang, in minstens drie opzichten. Vooreerst zou de erkenning van een verdragsrecht op reputatie voor rechtspersonen afwijken van de huidige invulling van het recht op privéleven, waarbij het Hof menselijke waarden zoals individuele waardigheid en persoonlijke identiteit als centrale interpretatieve beginselen hanteert. Bovendien zouden Verdragstaten een positieve verplichting hebben onder artikel 8 EVRM om het recht op reputatie van rechtspersonen te beschermen. Tenslotte zouden rechtspersonen een ontvankelijk verzoekschrift kunnen richten aan het Hof, op grond van een beweerde schending van artikel 8 EVRM, wanneer zij een smaadzaak op nationaal niveau verliezen.⁶ Het is bijgevolg in meerdere opzichten van belang dat het EHRM klaarheid schept over de interpretatie van het verdragsrecht op reputatie.

5. In *OOO Regnum* reikt het Hof evenwel geen sluitend antwoord aan op deze vraag. Het Hof hoeft dit ook niet te doen, aangezien de verzoeker net als in eerdere zaken een mediabedrijf is dat op nationaal niveau werd veroordeeld tot het betalen van een (aanzienlijke) schadevergoeding wegens smaad. De verzoeker beklagt zich bijgevolg in Straatsburg over een schending van diens vrijheid van meningsuiting onder artikel 10 EVRM. Niettemin komt de vraag naar de invulling van het recht op reputatie onder artikel 8 EVRM onrechtstreeks aan de orde, aangezien het legitieme doel dat nagestreefd wordt met de inperking van de vrijheid van

meningsuiting *in casu* de rechten en vrijheden van anderen betreft, meer bepaald de reputatie van een producent van appelsap.

6. In zijn arrest bevestigt het EHRM, met verwijzing naar vaste rechtspraak, dat er een fundamenteel verschil bestaat tussen het belang in reputatie van een rechtspersonen en de reputatie van een individu, in de zin dat smaad schade kan berokkenen aan de waardigheid van individuen terwijl deze ‘morele dimensie’ ontbreekt bij rechtspersonen.⁷ Zoals Merel Vrancken heeft aangegeven, zou het ‘in lijn liggen met de geest van de aangehaalde rechtspraak indien het Hof [bijgevolg] de reputatie van bedrijven zou weren uit de bescherming van art. 8 EVRM’.⁸ Net als in een andere recente zaak, geeft het Hof in *OOO Regnum* echter een ambivalente invulling aan het (verdrags)recht op reputatie.⁹

7. Enerzijds spreekt het Hof herhaaldelijk over een ‘belang’ in reputatie van de betrokken onderneming.¹⁰ Bovendien vermeldt het Hof enkele beginselen onder het recht op vrijheid van meningsuiting die doen vermoeden dat het Hof principiële voorrang verleent aan dit verdragsrecht over het legitieme doel (bescherming van de reputatie van de onderneming) ingeroepen ter rechtvaardiging van de beperking ervan. Zo bevestigt het Hof dat onder het tweede lid van artikel 10 EVRM weinig ruimte bestaat voor de inperking van de vrije meningsuiting inzake kwesties van algemeen belang. Het Hof verwijst hiervoor overigens naar een ‘klassieke’ zaak (*Morice t. Frankrijk*) waarbij *geen* afweging plaatsvindt tussen artikel 10 en artikel 8 EVRM.¹¹

8. Anderzijds, en dit lijkt doorslaggevend, oordeelt het Hof dat *in casu* toch een belangenafweging dient plaats te vinden tussen botsende verdragsrechten die gelijkwaardige bescherming genieten onder het EVRM.¹² Het Hof formuleert vervolgens een variatie op de criteria die het doorgaans toepast bij deze belangenafweging:

*the following criteria are relevant in the assessment of the necessity of an interference where the right to freedom of the media is to be weighed against the competing right to reputation of a commercial company: the subject matter of the impugned publications, that is, whether they concerned a matter of public interest; the content, form and consequences of the publications; the way in which the information was obtained and its veracity; and the gravity of the penalty imposed on the media outlet or journalists.*¹³

Bovendien stelt rechter Serghides in zijn *concurring opinion* uitdrukkelijk dat onderhavige zaak een conflict omvat tussen de vrijheid van meningsuiting van de verzoeker onder artikel 10 EVRM en het recht op reputatie van de onderneming onder artikel 8 EVRM. Uiteindelijk lijkt het Hof met het besproken arrest bijgevolg een nieuwe stap te nemen richting uitbreiding van het toepassingsgebied van het verdragsrecht op reputatie van individuen naar rechtspersonen. Evenwel blijft het wachten op een artikel 8 zaak waarin het Hof in de gelegenheid – dan wel verplichting – wordt gesteld om formeel en finaal klaarheid te brengen.

De belangenafweging tussen botsende verdragsrechten: complex of eenvoudig?

9. Een tweede belangrijk aspect van het besproken arrest betreft de invulling van de belangenafweging tussen botsende verdragsrechten in smaadzaken. Sinds het Grote Kamer-arrest *Axel Springer AG t. Duitsland* (2012) structureert het EHRM deze belangenafweging rond een relatief complex geheel van criteria.¹⁴ In zijn *concurring opinion* onder *OOO Regnum* stelt rechter Serghides evenwel dat een eenvoudiger – en in zijn opvatting meer adequate – test is aangewezen.¹⁵

10. Tegenover de lijst van criteria waarop de belangenafweging momenteel is gebaseerd, plaatst rechter Serghides een ‘*damage-centred*’ of ‘*victim-focused*’ methodologie. Met verwijzing naar zijn *dissenting opinion* in een eerdere zaak¹⁶ en de relevante rechtsleer,¹⁷ stelt hij dat in het kader van de belangenafweging een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de schade die aan elk van de betrokken verdragsrechten (potentieel) wordt berokkend. Dit veronderstelt dat niet enkel rekening wordt gehouden met de *effectieve* schade geleden door het verdragsrecht dat door de verzoeker wordt ingeroepen, maar tevens met de *potentiële* schade die aan het botsende verdragsrecht zou worden berokkend in het hypothetische scenario waaronder de verzoeker op nationaal niveau zijn gelijk haalde. Volgens rechter Serghides laat de meerderheid na om beide verdragsrechten in onderhavige zaak effectief tegen elkaar af te wegen, aangezien de meerderheid **nalaat** de schade aan beide verdragsrechten te bepalen.

11. De alternatieve test voorgesteld door rechter Serghides houdt in dat, eens de omvang van de schade voor beide verdragsrechten is vastgesteld, voorrang dient te worden gegeven aan het verdragsrecht dat (potentieel) de grootste impact ondervindt. Rechter Serghides beweert bovendien dat botsingen tussen verdragsrechten in de meeste gevallen eenvoudig kunnen worden opgelost, aangezien doorgaans enkel bij één van beide verdragsrechten de kern of essentie van het recht zal zijn aangetast. Bijgevolg vereisen het beginsel van de effectiviteit van mensenrechten en het proportionaliteitsbeginsel dat voorrang wordt gegeven aan dit verdragsrecht in de belangenafweging. Hoewel rechter Serghides kan worden bijgetreden in zijn stelling dat een accurate en overtuigende belangenafweging veronderstelt dat rekening wordt gehouden met de (potentiële) impact op *beide* verdragsrechten, kunnen niettemin enkele bedenkingen worden gemaakt bij zijn benadering.¹⁸

12. Ten eerste veronderstelt de ‘*damage-centred*’ test van rechter Serghides dat het EHRM in staat is te bepalen wat tot de kern of essentie van elk verdragsrecht behoort. Hoewel het vraagstuk van de kern van grondrechten recent hernieuwde aandacht geniet, inclusief van de huidige president van het Hof van Justitie van de Europese Unie,¹⁹ is eerdere rechtsleer tot het besluit gekomen dat de identificatie van een absolute kern van *alle* grondrechten allicht een onmogelijke opdracht is en/of dat de kern van een grondrecht datgene is wat overblijft *nadat* de proportionaliteitstoets is toegepast.²⁰ Beide vaststellingen leiden tot de conclusie dat de absolute kernbenadering op zich geen nuttige leidraad biedt, en zeker niet doorslaggevend kan zijn, bij de belangenafweging. In het eerste geval omdat de kern van een grondrecht niet noodzakelijk kan worden geïdentificeerd, in het tweede geval omdat dergelijke identificatie volgt uit de belangenafweging en er dus niet de grondslag voor kan vormen.

13. De beoordeling door rechter Serghides van het conflict in onderhavige zaak bevestigt het probleem van de absolute kernbenadering in zekere zin. Hij stelt namelijk dat ‘to prevent a right from being exercised and from fulfilling its object and main purpose would affect its very core or essence’ en besluit vervolgens dat *in casu* enkel de kern van de vrijheid van meningsuiting is aangetast, aangezien het voornaamste doel van de verzoeker erin bestond om het publiek te informeren over een kwestie van algemeen belang.²¹ Hoewel de nadruk op ondermijning van het voornaamste doel van de uitoefening van een verdragsrecht een interessante invalshoek is, mag niet zonder meer worden verondersteld dat het doel van ieder verdragsrecht in abstracte termen kan worden bepaald. Bovendien lijkt het zo dat, indien de stelling van rechter Serghides wordt gevolgd, de gehele belangenafweging in onder meer smaadzaken en privacy-zaken gereduceerd kan worden tot één enkel criterium: de vraag of de geuite mening een bijdrage levert aan een publiek debat. Nochtans lijken ook andere criteria die momenteel door het Hof in rekening worden genomen van onmiddellijk belang, waaronder de waarachtigheid van de

beweringen, de wijze waarop ze worden geformuleerd en de aard van de tegenpartij (bv. politicus of privaat persoon). Met andere woorden, de test van rechter Serghides dreigt in de praktijk te eng te worden.

14. Ten tweede lijkt de benadering van rechter Serghides ook in andere opzichten te reductionistisch. Zo stelt hij dat het belang van het publiek om geïnformeerd te worden over kwesties van algemeen belang niet afzonderlijk in rekening mag worden genomen in de belangenafweging, aangezien dergelijke afweging steeds beperkt dient te blijven tot twee botsende verdragsrechten en niet kan worden uitgebreid tot drie rechten. Nochtans zijn er goede redenen om in de belangenafweging rekening te houden met *andere* factoren dan de verdragsrechten die onmiddellijk in conflict treden met elkaar, waaronder het algemeen belang (bijvoorbeeld inzake het informeren van het publiek over kwesties van algemeen belang) en de verdragsrechten van derde partijen (bijvoorbeeld de rechten van het kind in zaken rond contactrechten of adoptie).²²

15. Tenslotte lijkt de substantieve test van rechter Serghides op gespannen voet te staan met de procedurele benadering die het EHRM reeds enige tijd hanteert in zaken waarin verdragsrechten met elkaar in conflict treden.²³ Daarbij laat het Hof doorgaans een ruime appreciatiemarge aan de Verdragstaten om de belangenafweging te maken. Bijgevolg zijn zwaarwichtige redenen vereist alvorens het Hof zich in de plaats zal stellen van de nationale autoriteiten en de belangenafweging zelf opnieuw zal maken. De test die rechter Serghides voorstaat lijkt evenwel een meer ingrijpende substantieve benadering door het EHRM te vereisen. Er kan bijgevolg verondersteld worden dat, hoewel rechter Serghides een aantal pertinente punten aanhaalt, zijn alternatieve test niet onmiddellijk de plaats zal innemen van de toets die het Hof momenteel hanteert in smaadzaken.

S. Smet, docent staatsrecht, Universiteit Hasselt

J. Montero Regules, doctoraatsbursaal, Universiteit Hasselt

¹ Zie tevens *Firma EDV fur Sie, Efs Elektronische Datenverarbeitung Dienstleistungs GmbH t. Duitsland*, EHRM 2 september 2014 (ontv.), nr. 32783/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0902DEC003278308; *Petro Carbo Chem S.E. t. Roemenië*, EHRM 30 juni 2020, nr. 21768/12, ECLI:CE:ECHR:2020:0630JUD002352412, *EHRC Updates* m.nt. Vrancken.

² *Pfeifer t. Oostenrijk*, par. 35, EHRM 15 november 2007, nr. 12556/03, ECLI:NL:XX:2007:BC1880, «EHRC» 2008/6 m.nt. Gerards.

³ *OOO Regnum*, par. 62. Zie tevens *A. t. Noorwegen*, par. 64, EHRM 9 april 2009, nr. 28070/06, ECLI:NL:XX:2009:BJ2196, «EHRC» 2009/73 m.nt. Gerards, *NJ* 2011, 331 m.nt. Dommering, *NJB* 2009, 1145, *RvdW* 2009, 1197; *Denisov t. Oekraïne*, par. 112, EHRM 25 september 2018, nr. 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911, «EHRC» 2018/245 m. nt. Gerards.

⁴ *Polanco Torres en Movilla Polanco t. Spanje*, par. 40, EHRM 21 september 2010, nr. 34147/06, ECLI:NL:XX:2010:BO2541, «EHRC» 2010/125.

⁵ Zie tevens *Petro Carbo Chem S.E.*, reeds aangehaald.

⁶ Momenteel worden dergelijke verzoekschriften onontvankelijk verklaard. Zie bijvoorbeeld *Firma EDV fur Sie, Efs Elektronische Datenverarbeitung Dienstleistungs GmbH t. Duitsland*, EHRM 2 september 2014 (ontv.), nr. 32783/08, ECLI:CE:ECHR:2014:0902DEC003278308.

⁷ *OOO Regnum*, par. 66. Zie tevens *Uj t. Hongarije*, par. 22, EHRM 19 juli 2011, nr. 23954/10, ECLI:CE:ECHR:2011:0719JUD002395410.

⁸ *Petro Carbo Chem S.E.*, reeds aangehaald, m.nt. Vrancken.

⁹ *Petro Carbo Chem S.E.*, reeds aangehaald.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld *OOO Regnum*, par. 78-79.

¹¹ *OOO Regnum*, par. 59.

¹² *OOO Regnum*, par. 63 en 67.

¹³ *OOO Regnum*, par. 67. Twee andere criteria die normaal worden toegepast maar allicht omwille van het verschil tussen een individu en rechtspersoon ontbreken, zijn: *the degree of notoriety of the person affected; the prior conduct of the person concerned*.

¹⁴ *Axel Springer AG t. Duitsland*, par. 89ff, EHRM 7 februari 2012, nr. 39954/08, ECLI:NL:XX:2012:BW0603, «EHRC» 2012/71, *NJB* 2012, 894. Zie noot 12 en begeleidende tekst voor de criteria. Zie tevens, in privacy zaken, *Von Hannover t. Duitsland (Nr. 2)*, par. 108ff, EHRM 7 februari 2012, nr. 40660/08 en 60641/08, ECLI:NL:XX:2012:BW0604, *NJ* 2013, 250 m.nt. Dommering, «EHRC» 2012/72 m.nt. De Lange en Gerards, *NJB* 2012, 895.

¹⁵ *OOO Regnum*, *Concurring opinion of Judge Serghides*.

¹⁶ *Rashkin t. Rusland*, EHRM 7 juli 2020, nr. 69575/10, ECLI:CE:ECHR:2020:0707JUD006957510, *Dissenting opinion of Judge Serghides*.

¹⁷ Waaronder twee werken van één van de auteurs van deze noot.

¹⁸ Zie S. Smet, *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, Routledge, 2017.

¹⁹ K. Lenaerts, 'Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU', *German Law Journal*, 2019, p. 779-793. Zie tevens de andere bijdragen in het betreffende *special issue* van het tijdschrift.

²⁰ R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002; G. van der Schyff, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Wolf Legal Publishers, 2005; Smet, eerder aangehaald. Zie tevens S. Van Drooghenbroeck en C. Rizcallah, 'The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?', *German Law Journal*, 2019, 904-923.

²¹ *OOO Regnum*, *Concurring opinion of Judge Serghides*, par. 8.

²² Zie Smet, eerder aangehaald (Hoofdstuk 6 in het bijzonder).

²³ Zie onder meer *Axel Springer*, reeds aangehaald.