

ANNOTATIE

Samoylova t. Rusland (EHRM, 49108/11) – Is toestemming noodzakelijk voor een kritische journalistieke publicatie?!?

B. van der Sloot

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ,
ECLI:CE:ECHR:2021:1214JUD004910811 (EHRC-2022-0018)*

1. Klagster is advocaat; haar man voormalig aanklager, die werd bericht van vermeend misbruik van het ambt voor persoonlijk financieel gewin. Daar besteedde een televisieprogramma een reportage aan. Die reportage ging uitgebreid in op het privéleven en het luxe bestaan dat meneer Samoylov had opgebouwd, terwijl de rechtszaak tegen hem juist achter gesloten deuren werd gevoerd. Meneer Samoylov spande een rechtszaak aan in verband met een schending van de eer en goede naam; mevrouw Samoylova spande ook een zaak aan, die tegen haar zin werd samengevoegd met die van haar man. Zij klaagde met name over onjuiste en onbewezen feiten in de reportage en over een schending van de privacy, zowel ten aanzien van haar geschonden eer en goede naam als ook ten aanzien van de onrechtmatige publicatie van privégegevens. De klachten van beiden werden zowel in eerste aanleg als in hoger beroep verworpen. Voor het EHRM beroept klagster zich op art. 6 EVRM, omdat de Russische hoven niet al haar klachten hebben besproken. Het Hof komt inderdaad tot een schending, omdat haar klachten ten aanzien van een schending van het recht op privacy niet adequaat in behandeling waren genomen. Het Hof benadrukt nog maar eens ten overvloede dat art. 8 EVRM inmiddels ook het recht op reputatie, eer en goede naam en de verwerking van gegevens die iemands privéleven raken omvat, iets wat het relatief laat in zijn jurisprudentie heeft geaccepteerd.

2. De uitspraak wordt ongemakkelijk als het Hof nadruk legt op het recht op informationele zelfbeschikking. Er heeft een vrij felle strijd gewoed binnen het gegevensbeschermingsrecht ten aanzien van de vraag hoe dit recht moet worden begrepen: primair als individueel recht van de burger (het datasubject) of als plicht van de organisatie die gegevens verwerkt (de verantwoordelijke), als middel voor het datasubject om controle over zijn data uit te oefenen of als zorgplicht van de verantwoordelijke om er zorg voor te dragen dat de gegevensverwerking aan basale normen van rechtvaardigheid voldoet. De eerste interpretatie is uit Duitsland afkomstig, maar sluit ook aan bij de Amerikaanse focus op 'informed consent' en het (neo-liberale) idee dat als een individu maar genoeg informatie heeft en controle kan uitoefenen, hij zijn eigen belangen adequaat kan beschermen.[1] Alhoewel deze positie een tijd aanhang heeft verworven in de literatuur, mede omdat informationele zelfbeschikking een aansprekende term is en past in de algemene filosofie van de jaren '90, is duidelijk dat deze benadering op geen enkele wijze impact heeft gehad op de gegevensbeschermingsinstrumenten van de Raad van Europa en de Europese Unie. Daarin speelt individuele controle een zeer kleine rol en kunnen data ook worden verwerkt zonder toestemming van het datasubject. In de literatuur wordt inmiddels ook breed onderkend dat, zeker met betrekking tot complexere en grootschalige gegevensverwerkingsinitiatieven, de burger in feite machteloos staat ten overstaan van grote overheidsdiensten en technologiegiganten, deze processen veel te complex zijn voor een gemiddelde burger om te begrijpen en dat daarbij vaak ook niet individuele belangen op het spel staan, maar bijvoorbeeld groepsbelangen en maatschappelijke belangen, die niet of nauwelijks kunnen worden beschermd door middel van individuele rechten en toestemming.[2] Daarom is het des te opmerkelijker dat het EHRM in deze zaak, in aansluiting op een handvol eerdere zaken,[3] expliciet het recht op individuele zelfbeschikking omarmt en ook nog eens het belang van het recht op toestemming van het datasubject benadrukt (par. 61-63).

3. Het Hof behandelt de zaak als een conflict tussen art. 8 EVRM (het recht op privacy) van mevrouw Samoylova en art. 10 EVRM (het recht op vrijheid van meningsuiting) van de journalisten in kwestie. Het benadrukt dat publieke personen meer inmenging dienen te verdragen in hun privéleven dan niet publieke personen. Ambtenaren vormen een tussencategorie: ze zijn gedeeltelijk publieke personen met een publiek ambt, maar zijn onvergelijkbaar met politici en celebrities. In principe komt de nationale rechters ten aanzien van dergelijke conflicten een ruime *margin of appreciation* toe, die slechts in bijzondere gevallen mag worden ingeperkt door het Hof. Het Hof benadert deze zaak op basis van de standaard jurisprudentie met betrekking tot journalistieke reportages over publieke personen, waartoe het een aantal criteria heeft ontwikkeld om te beoordelen of zulke reportages legitiem zijn. De vraag of deze criteria leidend zouden moeten zijn en geschikt zijn in deze zaak die niet draait om een publicatie over een publiek persoon wordt niet gesteld. Dat is opmerkelijk

omdat het evident is dat een publicatie over een privépersoon al snel niet zal voldoen aan de criteria die zijn ontwikkeld voor een publicatie over een publiek persoon.

4. Het eerste criterium is de vraag of de reportage een publiek belang diende. Dat is het geval oordeelt het Hof, net als in de zaak die eerder door de man van de klaagster was aangespannen,[4] omdat het hier ging om vermeend ambtsmisbruik en zelfverrijking door ambtsdragers. Het tweede criterium betreft de vraag of de klaagster een publiek persoon was. Dat was niet het geval, erkent het Hof, maar de reportage ging dan ook niet om haar, maar om haar man; eventuele informatie over haar of haar privéleven volgde uit de informatie over haar man en zijn privéleven. Dat is een bona fide benadering. Ten derde bekijkt het Hof de betrouwbaarheid van de informatie. Het meent dat de meeste feiten in de reportage juist zijn, dat de journalisten zich primair op officiële bronnen hebben verlaten en dat het niet altijd mogelijk was om vermeende feiten, zoals het inkomen van de klaagster, te verifiëren. Ten vierde bekijkt het de inhoud, vorm en gevolgen van de reportage. De reportage was afgewogen en behoorlijk, meent het Hof, onder meer omdat de journalisten hebben ingezoomd op het vermeende verschil tussen het beperkte formele inkomen van het echtpaar en de grote persoonlijke bezittingen. Alhoewel het Hof meent dat de nationale rechters goed hebben gekeken naar het aspect van de eer en goede naam van de klaagster, vindt het Hof dat er onvoldoende is gekeken naar de verwerking van privégegevens over klaagster, bijvoorbeeld het feit dat haar vestigingsplaats is getoond.

5. De kernoverweging uit het arrest is: 'It is uncontested that neither the applicant nor her husband had given consent to its disclosure in the television report and transmission to the journalists. According to the applicant, the disclosure of the address had resulted in her being harassed by others, including journalists, at home. While the civil courts found it pertinent to take a stance on the legality of the manner in which the journalists had obtained or received a copy of the tax authority's letter, they did not proceed to any further assessment of the disclosure of the address mentioned in that document to the public. The civil courts did not delve into whether, having received the information, the journalists complied with their "duties and responsibilities" when deciding to disseminate it. The courts did not weigh whether the disclosure of the address on national television in a popular programme had served any legitimate and compelling purpose, for instance, the journalists' exercise of their freedom of expression together with the public's right to be informed in relation to matters of general. (100-101)' Ook uit het EHRM kritiek op het tonen van het luxueuze interieur, waarvan de nationale rechters zijns inziens in ieder geval hadden moeten nagaan of dat noodzakelijk was voor de reportage en of het tonen van die beelden in verhouding stond tot het publiek belang dat met de reportage was gemoeid. 'Lastly, while it is undisputed that the applicant did not give her consent to the dissemination of the images, it remains unclear how

they were obtained. The Court concludes that the civil courts did not strike a balance between the rights protected by Articles 8 and 10 of the Convention (103).’

6. In hun *dissenting opinion* wijzen rechters Lemmens, Serghides en Elósegui op een aantal punten. Ten eerste menen zij dat het Hof lijkt te stellen, dat bepaalde onderdelen van de reportage goed of legitiem waren, terwijl dit niet zijn taak is. Het EHRM moet bekijken of de nationale rechters redelijkerwijs tot hun oordeel hadden kunnen komen en niet of dat oordeel zelf goed of juist is. Ten tweede vinden zij het vreemd dat het Hof tot het oordeel komt dat bepaalde onderdelen van de reportage wel en andere delen niet legitiem zijn en dat er dus op bepaalde onderdelen geen en op andere onderdelen wel een schending van art. 8 EVRM wordt geconstateerd. Dat vinden zij logisch inconsistent. Dat lijkt een beetje een merkwaardig standpunt, omdat het Hof deze werkwijze vaker hanteert, maar het hangt samen met het derde punt, namelijk dat de *dissenting* rechters menen dat het EHRM naar het oordeel van de nationale rechters als geheel had moeten kijken, omdat de nationale rechters ook de reportage en de legitimiteit daarvan als geheel hebben bekeken. Het is onmogelijk om van een reportage te zeggen, deze onderdelen zijn goed, maar deze onderdelen zijn onrechtmatig. De vraag of bepaalde onderdelen onnodig, onrechtmatig of disproportioneel zijn ten aanzien van het doel van de reportage moet worden beantwoord aan de hand van de gehele reportage en alle onderlinge onderdelen in samenhang; als onderdelen onrechtmatig zijn, dan is de reportage als geheel onrechtmatig. Ten vierde menen zij dat het Hof meer aandacht had moeten besteden aan het feit dat de nationale rechters simpelweg hebben geaccepteerd dat journalisten informatie die zij van de aanklager hadden gekregen verder mochten verspreiden, zonder ten aanzien daarvan een belangenafweging te doen, en dat de nationale rechters de gevolgen van de uitzending voor de klagster hebben onderschat. Daarom menen zij dat het Hof simpelweg tot een schending van art. 8 EVRM had moeten komen.

7. Waarom het Hof steeds op de ontbrekende toestemming van de klagster blijft hameren is onduidelijk. Journalisten publiceren vaak gegevens over personen zonder hun toestemming. De vraag is niet of een televisie-uitzending of krantenartikel over Mark Rutte, Jaap van Dissel of de vrouw van Ferd Grapperhaus met hun toestemming is verschenen, maar of die publicatie een publiek belang diende en of de gevoeligheid van de publicatie en de daarin vervatte informatie nodig was en in verhouding stond tot het doel van de publicatie. Als Ferd Grapperhaus ervan zou worden verdacht dat hij door middel van schimmige deals tijdens zijn ministerschap zichzelf onrechtmatig zou hebben verrijkt en journalisten wilden dat aantonen door het verschil te tonen tussen de beperkte inkomens van hem en zijn vrouw en de luxe van hun woning en de inrichting daarvan, dan is het simpelweg niet relevant of zij het eens waren met, laat staan toestemming hebben gegeven voor, de publicatie. Natuurlijk niet. Natuurlijk geven politici en ambtsdrager geen toestemming voor de publicatie van privégegevens in het

kader van een kritische journalistieke productie. Als dat een relevant criterium zou zijn, dan zou kritische journalistiek onmogelijk worden. Alhoewel het toestemmingsvereiste in deze zaak niet daadwerkelijk doorslaggevend lijkt te zijn geweest, wijst het Hof zo vaak op de ontbrekende toestemming en op het belang van informatiele zelfbeschikking dat het een gevaarlijk precedent kan scheppen voor toekomstige uitspraken.

B. van der Sloot

[1] P. Schwartz, 'The Computer in German and American Constitutional Law: Towards an American right of informational self-determination', *The American Journal of Comparative Law*, 37(4), 1989, 675-701.

[2] F. H. Cate, & V. Mayer-Schönberger, 'Notice and consent in a world of Big Data', *International Data Privacy Law*, 3(2), 2013, 67-73. S. Barocas & H. Nissenbaum, 'On notice: The trouble with notice and consent', In *Proceedings of the engaging data forum: The first international forum on the application and management of personal electronic information*, 2009.

[3] *Satakunnan Markkinaporssi oy en Satamedia t. Finland*, EHRM 27 juni 2017 nr. 931/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0627JUD000093113; *Benedik t. Slovenië*, EHRM, 24 april 2018, nr. 62357/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD006235714; *M.L. en W.W. t. Duitsland*, EHRM, 28 juni 2018, nrs. 60798/10 en 65599/10, ECLI:CE:ECHR:2018:0628JUD006079810; *Breyer t. Duitsland*, EHRM, 30 januari 2020, nr. 50001/12, ECLI:CE:ECHR:2020:0130JUD005000112; *L.B. t. Hongarije*, EHRM, 12 januari 2021, nr. 36345/16, ECLI:CE:ECHR:2021:0112JUD003634516. *Liebscher t. Oostenrijk*, EHRM 6 april 2021, nr.. 5434/17, ECLI:CE:ECHR:2021:0406JUD000543417.

[4] *Samoylov t. Rusland*, EHRM, 28 mei 2019, nr. 1750/11, ECLI:CE:ECHR:2019:0528JUD000175011.