

ANNOTATIE

Hurbain t. België (EHRM, 57292/16) – Vergeven én vergeten?

E.A. de Vries

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 04-07-2023,
ECLI:CE:ECHR:2023:0704JUD005729216 (EHRC-2023-0185)*

1. De wereld digitaliseert rap, en zo ook de media. De papieren edities van kranten worden *en masse* ingeruild voor het online scrollen door nieuwswaardigheden. Dat betekent echter niet dat hetgeen vóór de komst van het internet in papieren kranten geschreven is volledig in de vergetelheid raakt. Kranten onderhouden archieven met oude oplages en beeldmateriaal. Deze archieven worden inmiddels ook gedigitaliseerd. Zo is nieuws uit het verleden met een druk op de knop vindbaar en voor een groot publiek beschikbaar. De (digitale) archivering van krantenartikelen en andersoortige berichtgeving door nieuwsmedia dient het collectieve geheugen van de samenleving, alsook het functioneren van de media zelf. Tegelijkertijd bestaat er – onder voorwaarden – het zogeheten recht om vergeten te worden. Mediavrijheid en een mogelijk *right to remember* worden in het EVRM beschermd door artikel 10 (vrijheid van expressie), een potentieel *right to be forgotten* door artikel 8 (respect voor privé- en gezinsleven).

2. Deze vrijheden staan in de onderhavige zaak - *Hurbain t. België* - tegenover elkaar. De aanklager in deze zaak is de uitgever van *Le Soir*, een Franstalige krant uitgegeven in België. In *Le Soir* is in 1994 bericht over een serie dodelijke verkeersongelukken die binnen het tijdsbestek van een paar dagen plaatsvonden. De betrokken automobilist was G., die onder invloed van alcohol achter het stuur zat. Hij wordt met voor- en achternaam genoemd in *Le Soir*. Het betreffende artikel wordt in 2008 in het online archief van *Le Soir* opgenomen. In 2006 is G. gerehabiliteerd en na het uitzitten van zijn straf vervolgt hij zijn werk als arts. Hij vreest dat de online toegankelijkheid van het belastende nieuwsbericht hem patiënten zal

kosten en hem in de toekomst dwars zal zitten. Derhalve verzoekt hij *Le Soir* het artikel te verwijderen. Dat verzoek wordt geweigerd. G. stapt naar de rechter en vraagt hem om *Le Soir* te gelasten het artikel te anonimiseren, dan wel (secundair) te bewerkstelligen dat het artikel niet direct komt bovendrijven bij het intypen van G.'s naam in een zoekmachine (*delisting of deindexing*). Zowel de Belgische rechtbank van Neufchâteau (in eerste aanleg) als het Luikse gerechtshof (in hoger beroep) als het cassatiehof stelt G. in het gelijk, waartegen *Le Soir* telkens protesteert met een beroep op diens mediavrijheid (ofwel persvrijheid).

3. De uitgever van *Le Soir* stapt na de uitspraak van de cassatierechter naar het Hof in Straatsburg met een beroep op artikel 10 EVRM: de opgelegde plicht tot anonimisering zou een schending opleveren van de vrijheid van expressie, meer in het bijzonder mediavrijheid. De Kamer van de derde sectie bij het EHRM (de Kamer) stemt in met de nationale instanties: er is geen sprake van een schending van artikel 10 EVRM. *Le Soir* vraagt een verwijzing naar de Grote Kamer (GK). Ook de GK concludeert dat er geen sprake is van een schending. De GK gaat in de onderhavige uitspraak na of er reden is om van het oordeel van de nationale gerechtelijke instanties af te wijken. Dat de GK hier terughoudendheid betracht, heeft er mee te maken dat in gevallen waarin het de archivering van berichten over gebeurtenissen in het verleden betreft - in plaats van berichtgeving over actualiteiten - en mediavrijheid in dat licht moet worden afgewogen tegen een ander fundamenteel recht, lidstaten een ruimere beoordelingsmarge hebben.[1] De pers wordt mogelijk strenger aangesproken op diens eigen verantwoordelijkheden wanneer er geen urgentie bestaat om bepaalde informatie naar buiten te brengen. Dat maakt uit voor het gewicht dat in de schaal gelegd wordt door de rechten vervat in artikel 8 EVRM in de onderhavige zaak. In dit geval trekt G. als gezegd aan het langste eind met zijn beroep op een *right to be forgotten*, waarop overigens niet zomaar een claim gelegd kan worden: iemands persoonlijk leven moet serieus risico lijden geschaad te worden. De terughoudendheid van het Straatsburgse Hof is op zich opmerkelijk. Los van de reden waarom, is dit de eerste keer dat het EHRM een maatregel in stand laat die neerkomt op het verwijderen dan wel aanpassen van informatie die rechtmatig (eerst slechts in fysieke vorm) gepubliceerd is voor journalistieke doeleinden en op de website van een nieuwsmidium *gearchiveerd* is. Om die reden reflecteer ik in deze noot op het volgende. Allereerst komt aan de orde het feit dat het EHRM sterk leunt op de bevindingen van de nationale instanties (paragrafen 4 en 5), gevolgd door de proportionaliteit van de aan de orde komende maatregelen (paragraaf 6) en - bovendien - de summiere aandacht voor de bescherming van media- en informatievrijheid (paragraaf 7 en 8).

4. Het EHRM meet zich in beide instanties (Kamer en Grote Kamer) dus een terughoudende positie aan door de lidstaat in kwestie – België – een ruime beoordelingsmarge te laten. Dat is als gezegd hoofdregel waar het gaat om de integriteit van online nieuwsarchieven op het

moment dat er “competing rights” in het spel zijn. Waren de criteria aangehouden door het Luikse gerechtshof[2] in lijn met de criteria die in Straatsburg doorgaans worden aangehouden?[3] Ondanks dat de twee sets criteria uitvoerig met elkaar worden vergeleken[4] acht ik de terughoudende aanpak van het EHRM om twee redenen problematisch. Allereerst is het mijns inziens onterecht dat het EHRM hier geen zelfstandig oordeel velde over de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de maatregel puur en alleen al vanwege het feit dat het Hof nooit eerder een maatregel in stand hield die vergde dat journalistiek werk in een online archief gewijzigd dan wel verwijderd werd. Voor het (nog) niet vellen van een zelfstandig oordeel kan het Hof overigens begrijpelijke redenen hebben. Blijkens de ruime beoordelingsmarge die wordt gelaten, is er onder de Verdragsstaten over de betreffende materie geen of beperkte consensus. Mogelijk wacht het Hof hier meer overeenstemming af om niemand tegen de borst te stoten. Eveneens is mogelijk dat het EHRM hier ruimte laat aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) om de lijn uit te stippelen. Er wordt in *Hurbain* gewezen op het (soortgelijke) arrest *Google Spain*, waarin het HvJEU bepaalde dat er uit privacyoverwegingen (een *right to be forgotten*) onder omstandigheden bepaalde informatie uit zoekmachines verwijderd moet worden.[5] Deze uitspraak vond echter plaats voor de komst van de Algemene Verordening Gegevensbewaring (AVG).[6] De komst van de AVG en dan met name artikel 17, derde lid, maakt het aannemelijk dat het HvJEU zich vroeg of laat moet uitlaten over de balans tussen een “right to be forgotten” en de noodzaak om informatie beschikbaar te houden omwille de vrijheid van meningsuiting. Hoe het ook zij, een unicum als in de onderhavige zaak rechtvaardigt een zelfstandig oordeel.

5. Ten tweede, en dat wordt in de *dissenting opinion* van rechter Ranzoni, gesteund door rechters Kūris, Grozev, Eicke en Schembri Orland, eveneens aangevoerd, is de lijn die het EHRM in eerdere zaken aanhield bij het balanceren van de rechten afkomstig uit artikelen 8 en 10 EVRM niet evident één-op-één toepasselijk op het onderhavige geval.[7] Eerdere zaken zagen met name op de eerste (online) openbaarmaking van bepaalde informatie en niet op de archivering van voorheen niet digitaal beschikbare artikelen. In de zaak *Biancardi t. Italië*, bijvoorbeeld, betrof het de publicatie en daarna aanhoudende beschikbaarheid van een artikel in een online krant.[8] In de zaak *Węgrzynowski en Smolczewski t. Polen* ging het om de verwijdering van een artikel waarvan was vastgesteld dat de auteurs ervan, twee journalisten, zich schuldig hadden gemaakt aan smaad.[9] Het EHRM liet het oordeel van de nationale instanties in stand in deze zaken, maar dat is natuurlijk geen gegeven. Ondanks de ruime beoordelingsmarge van de lidstaten in dergelijke gevallen, heeft het EHRM de vrijheid zelf stelling in te nemen en uitspraak te doen op basis van een eigen beoordeling. Het was goed geweest als dat in de onderhavige zaak was gebeurd.

6. De vraag die in deze zaak speelde zag vooral op de noodzakelijkheid en proportionaliteit

van de potentiële maatregelen en dan in het bijzonder van de anonimisering van het betreffende bericht in het (online) archief van *Le Soir*. De verschillende partijen die betrokken waren bij het geschil hielden er verschillende ideeën op na voor wat betreft welke van de mogelijk te nemen maatregelen om recht te doen aan zowel de uitingsvrijheid als de *right to be forgotten* die uitingsvrijheid het minst beperkt. De een meent dat anonimisering de minst vergaande maatregel is. Een ander vindt anonimisering verder voeren dan bijvoorbeeld *delisting* of *deindexing* omdat het een aanpassing van de inhoud van een bericht vergt, in plaats van de vindbaarheid via een zoekmachine te beïnvloeden. Aan de andere kant gaan er ook geluiden op dat *delisting* en *deindexing* juist verder voeren dan anonimisering, omdat de betreffende berichten daarmee in hun geheel (*de facto*) onvindbaar kunnen worden.[10] Kort en goed: proportionaliteit kan verschillend gewaardeerd worden en die waardering zal afhangen van de omstandigheden. De GK concludeert dat anonimisering in dit geval geen “excessive and impracticable burdens” oplegt aan *Le Soir* en dat het “the most effective means of protecting G.’s privacy” is. De huidige uitspraak richt zich – mede door de terughoudende rol van het EHRM – vooral op het al dan niet bestaan van een *right to be forgotten* en het afwegen van de nadelen van anonimisering voor *Le Soir* specifiek tegen de negatieve gevolgen voor G. om niet te anonimiseren. Stel je de bescherming van media- en informatievrijheid echter meer centraal, dan kan de conclusie inzake proportionaliteit heel anders uitvallen. Het valt te bezien hoe hier in toekomstige gevallen mee om wordt gegaan.

7. Dat brengt me ook meteen bij het derde punt. Welbekend is het EHRM een van de bakens van de bescherming van media- en informatievrijheid. Er wordt vanuit het oogpunt dat de media een cruciale rol vervullen in onze democratie en het bijbehorende publiek debat voorzichtig omgesprongen met het beperken van diens vrijheden. Daarbij wordt bezien in hoeverre een beperking een *chilling effect* kan hebben op de media, welk (ongewenste) effect gelegen kan zijn in het in de toekomst niet meer publiceren van bepaalde informatie of het uit de weg gaan van bepaalde onderwerpen. De aanklager vraagt daar speciale aandacht voor in diens overwegingen.[11] In casu is aangevoerd dat het anonimiseren van het betreffende bericht in de online archieven van *Le Soir* tot gevolg kan hebben dat de integriteit van het betreffende archief in gevaar komt, en daarmee de representatie van gebeurtenissen uit het verleden en de geschiedschrijving daarover. *Le Soir* zou door deze maatregel op te leggen in de toekomst persoonlijke informatie uit diens archieven kunnen gaan weglaten. Dat staat haaks op de media- en informatievrijheid als beschermd door artikel 10 EVRM en het belang van authentieke, betrouwbare en volledige archivering. Op dit potentiële *chilling effect* wordt door het Hof kort ingegaan.[12] Het Hof merkt op dat anonimisering onder de “duties and responsibilities” van het betreffende medium kan vallen, en dat van de omstandigheden afhankelijk is of van die anonimisering een *chilling effect* uit kan gaan. Het Hof volstaat er vervolgens mee te benoemen dat de anonimisering in kwestie geen “profound impact” heeft

op de mogelijkheid van *Le Soir* om diens journalistieke werkzaamheden te volbrengen.

8. Met bovenstaande opmerkingen van het Hof inzake een *chilling effect* is de kous zo ongeveer af, terwijl ook een aantal *third party interveners*, naast de aanklager, aandacht vragen voor de gevolgen voor media- en informatievrijheid meer *in abstracto*.^[13] Een van de criteria die door het EHRM getoetst worden, ziet op “the impact of the measure on freedom of expression and more specifically on freedom of the press”.^[14] De afgelopen jaren is er meer aandacht gekomen voor het belang van betrouwbare en authentieke archieven voor het functioneren van de media en het collectieve geheugen van de samenleving.^[15] Dat heeft ermee te maken dat de verslaggeving over historische gebeurtenissen nieuwswaarde behoudt, bijvoorbeeld doordat de betreffende informatie later weer van relevantie kan worden. Desondanks wordt er in de uitspraak weinig aandacht besteed aan het feit dat hier een precedent geschapen wordt met het in stand laten van een plicht tot anonimisering. Hoewel ik betwijfel dat in de zaak in kwestie het risico heel groot is dat de anonimisering neerkomt op “cancelling or altering historical memory”^[16] van zo’n ernst dat het niet door de beugel kan, is het niet ondenkbaar dat deze uitspraak het precedent vormt voor toekomstige anonimiseringsplichten die zien op veel gevoeliger en belangrijker informatie dan in het onderhavige geval. Ik ben er niet gerust op dat de onderhavige uitspraak voor de beoordeling van dergelijke, toekomstige (nog hypothetische) gevallen genoeg houvast biedt. Dat heeft te maken met de hierboven genoemde terughoudende rol van het EHRM, maar ook zeker met de relatief summiere aandacht die daardoor wordt geschonken aan het belang van media- en informatievrijheid. Deze vrijheden staan onder druk en dat zal niet minder worden in het huidige politieke klimaat wereldwijd, en ook niet in de digitale sfeer. Zeker in die onlinesfeer, waarin waar en onwaar geen evidente dichotomie meer vormen, is het belang van deze vrijheden en bijbehorende integriteit van nieuwsarchieven van niet te onderschatten waarde.

E.A. de Vries

Onderwijs- en onderzoeksmedewerker aan het Europa Instituut, Universiteit Leiden (Leiden Law School)

[1] *Hurbain t. België*, par. 181. Daar wordt verwezen naar *Times Newspapers Ltd t. Verenigd Koninkrijk* (nummers 1 en 2), nrs. 3002/03 en 23676/03, 10 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000300203.

[2] *Hurbain t. België*, par. 29.

[3] *Hurbain t. België*, par. 205.

[4] *Hurbain t. België*, par. 212 en verder.

[5] *Google Spain S t. Agencia española de protección de datos*, HvJ EU (GK) 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317. Dit arrest is overigens (ook) bekritiseerd vanwege de weinige aandacht die erin geschonken werd aan vrijheid van meningsuiting en, bijbehorend, media- en informatievrijheid. Zie daarover bijvoorbeeld: S. Kulk & F. Zuiderveen Borgesius, “De implicaties van het *Google Spain*-arrest voor de vrijheid van meningsuiting”, *NTM-NJCMBulletin* 2015 (1), pp. 3-19.

[6] Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016, betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming, AVG), L. 119/1.

[7] Zie par. 9 de *dissenting opinion* bij *Hurbain t. België* van rechter Ranzoni, gesteund door rechters Kūris, Grozev, Eicke en Schembri Orland.

[8] *Biancardi t. Italië*, EHRM, nr. 77419/16, 25 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1125JUD007741916, «EHRC» 2021/316, *NJB* 2022/410.

[9] *Węgrzynowski en Smolczewski t. Polen*, EHRM, nr. 33846/07, 16 juli 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0716JUD003384607.

[10] Zie bijvoorbeeld par. 144, 145, 153, 161, 165 van het arrest *Hurbain t. België* en par. 14(b) en 25 van de *dissenting opinion*.

[11] *Hurbain t. België*, par. 146.

[12] *Hurbain t. België*, par. 254.

[13] *Hurbain t. België*, par. 162 en verder.

[14] *Hurbain t. België*, par. 205 en par. 240.

[15] Onder meer bepaald in *Węgrzynowski en Smolczewski t. Polen*, EHRM, nr. 33846/07, 16 juli 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0716JUD003384607, par. 59 en *Times Newspapers Ltd t. Verenigd Koninkrijk* (nummers 1 en 2), nrs. 3002/03 en 23676/03, 10 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, par. 45.

[16] *Hurbain t. België*, par. 163, in de woorden van de *third party interveners*