

Nr. 30 RTBF/België

EHRM 29 maart 2011

Noot van de redactie: hieronder staat afgedrukt het persbericht van het EHRM. De volledige uitspraak in zaak 50084/06 is te vinden op <http://bit.ly/tqLSzv>.

Interim ban on TV programme was in breach of Belgian broadcaster's freedom of expression

In today's Chamber judgment in the case *RTBF v. Belgium* (application no. 50084/06), which is not final¹, the European Court of Human Rights held, unanimously, that there had been:

A violation of Articles 6 § 1 (access to court) and Article 10 (freedom of expression) of the European Convention on Human Rights.

The case concerned an interim injunction ordered by an urgent-applications judge against the Belgian French-language broadcasting corporation RTBF, preventing the broadcasting of a programme – partly about the rights of patients vis-à-vis doctors –, until the final decision in a dispute between a doctor named in the programme and the RTBF.

Principal facts

The applicant company, the RTBF, is a public broadcasting corporation serving the French-speaking community in Belgium. For many years it has been broadcasting a monthly news and investigation programme called “Au nom de la loi” (in the name of the law), which deals with judicial issues in a general sense. The programme scheduled for 24 October 2001 contained footage concerning medical risks and more generally the rights of patients and their communication and information problems. It was decided to use, as an example, complaints made by patients of doctor D.B., a neurosurgeon. A year earlier, national and regional newspapers in Belgium had reported on criticisms by various patients on whom he had operated. At the time those reports had not met with any reaction on his part. For the programme in question, doctor D.B. refused any televised interview but agreed to reply, on several occasions and for a few hours at a time, in the presence of his lawyers, to questions from RTBF journalists.

On 3 October 2001 Doctor D.B. summoned the applicant company to appear before the President of the Brussels Court of First Instance, sitting in urgent proceedings, seeking an injunction against the programme. On 24 October 2001 the President of that court granted an interim injunction preventing the RTBF from broadcasting the programme pending a decision on the merits, subject to a fine of two million Belgian francs per broadcast. The footage in the programme originally dealing with alleged medical malpractice by Doctor D.B. was replaced by a debate between a journalist and the producer in which the applicant company commented at length on the broadcast ban. On 5 November 2001 the RTBF appealed against the injunction.

On 6 November 2001 Doctor D.B. brought proceedings on the merits against the RTBF, concerning the same subject-matter as that of his urgent application. The case was adjourned and was still pending when the RTBF lodged its application with the European Court of Human Rights.

The Court of Appeal, ruling on an urgent appeal of 21 December 2001, decided that Article 25 of the Constitution (on freedom of the press) was not applicable because it concerned print media and not audio-visual media. It found that a restriction on the exercise of freedom of expression was not prohibited by the Constitution or by the European Convention on Human Rights provided it had a basis in law, which was the case, as the urgent-applications judge had been entitled to order preventive restrictions on freedom of expression in “flagrant cases of violation of the rights of others”. It took the view that the statement presenting the programme suggested that it might

impugn Doctor D.B.'s honour and reputation, and interfere with his private life. In a second judgment the Court of Appeal declared the RTBF's appeal unfounded, finding in particular that the programme focussed on five very different operations, without it being proven that they were representative, that only one lawsuit had been brought against the doctor, that no patient's experience was presented, that the applicant company had not taken into account the manner in which the average viewer was likely to perceive the information, and that the RTBF could not justify its position by relying on the public's interest in being informed and protected.

An appeal on points of law by the applicant company was dismissed on 2 June 2006. The Court of Cassation upheld the findings of the Court of Appeal concerning the relevant provisions of the Constitution, and found that the Constitution, the Convention and the Judicial Code, according to its own settled case-law, authorised the restrictions provided for under Article 10 § 2 of the Convention, and that they were sufficiently precise to enable any person, seeking appropriate legal advice if necessary, to foresee the legal consequences of his or her acts. In rejecting the second limb of the applicant company's appeal – alleging a violation of Article 10 of the Convention – the court held that the RTBF should have relied on a violation of Article 584 of the Judicial Code to criticise the Court of Appeal's assessment.

Complaints, procedure and composition of the Court

Relying on Article 6 § 1 (right of access to a court), the applicant company complained about the refusal by the Court of Cassation to take into consideration the second limb of its appeal concerning its freedom of expression. Under Article 10 (freedom of expression), it complained about the interim injunction preventing the broadcasting of one of its television programmes.

The application was lodged with the European Court of Human Rights on 30 November 2006. Judgment was given by a Chamber of seven, composed as follows:

Danutė Jočienė (Lithuania), President, Françoise Tulkens (Belgium), Ireneu Cabral Barreto (Portugal), Dragoljub Popović (Serbia), Giorgio Malinverni (Switzerland), Işıl Karakaş (Turkey), Guido Raimondi (Italy), Judges, and also Stanley Naismith, Section Registrar.

Decision of the Court

Article 6 § 1

The Court reiterated that there was now widespread consensus within the member States of the Council of Europe on the applicability of Article 6 safeguards to interim measures, as the interim proceedings and proceedings on the merits concerned, in many cases, the same “civil rights and obligations” within the meaning of Article 6. In the present case the injunction of 24 October 2001 had pursued the same purpose as the proceedings on the merits – to prevent the broadcasting of the offending programme –, concerned the same right to freedom of expression and to impart information through the press, and was immediately enforceable. In addition, when the present application was lodged the proceedings on the merits were still pending. Article 6 was thus applicable.

The fact that the applicant company had had access to the Court of Cassation did not in itself necessarily mean that the degree of access afforded under the legislation was sufficient to secure its “right to a court”. The rule applied by the Court of Cassation to declare inadmissible the second limb of the RTBF's appeal was a jurisprudential construction not derived from any particular statutory provision but extrapolated from the specific nature of the role of the Court of Cassation, its review being limited to ensuring compliance with the law. The case-law in this connection was, moreover, not constant, as the Court of Cassation had on occasion heard appeals against urgent-application rulings even though they made no mention of a violation of Article 584 of the Judicial Code.

¹ Under Articles 43 and 44 of the Convention, this Chamber judgment is not final. During the three-month period following its delivery, any party may request that the case be referred to the Grand Chamber of the Court. If such a request is made, a panel of five judges considers whether the case deserves further examination. In that event, the Grand Chamber will hear the case and deliver a final judgment. If the referral request is refused, the Chamber judgment will become final on that day.

Once a judgment becomes final, it is transmitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe for supervision of its execution. Further information about the execution process can be found here: www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution.

The Court took the view that the Court of Cassation had not been unable to determine the legal basis on which it was entitled to review the decision of the urgent-applications judge, and that in the second limb of the applicant company's appeal detailed argument had been given for a violation of Article 10 of the Convention. The excessive formalism shown by the Court of Cassation had thus been in breach of Article 6 § 1.

Article 10

The Court observed that the RTBF had exhausted all remedies in respect of the urgent-application proceedings, up to and including the appeal on points of law. The proceedings on the merits brought by Doctor D.B. would not, in any event, have enabled the company to obtain redress for the damage caused by the injunction. The applicant company had thus fulfilled the requirement to exhaust domestic remedies.

The injunction, until a decision on the merits, preventing the broadcasting of footage in a television programme concerning topical judicial issues, constituted interference by the public authorities in the RTBF's freedom of expression. The Court had to ascertain whether that interference had a legal basis and it reiterated that a norm could not be regarded as a "law" within the meaning of Article 10 § 2 unless it was formulated with sufficient precision to enable the citizen, if need be with appropriate advice, to foresee the consequences of a given action. Whilst Article 10 did not, as such, prohibit prior restraints on broadcasting, such restraints required a particularly strict legal framework, ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse, for news was a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, might well deprive it of all its interest. In ascertaining whether the interference at issue had a legal basis, the Court observed that the Belgian Constitution authorised the punishment of offences committed in the exercise of freedom of expression only once they had been committed and not before. As to the Judicial Code and the Civil Code, they did not clarify the type of restrictions authorised, nor their purpose, duration, scope or control. More specifically, whilst they permitted the intervention of the urgent-applications judge, there was some discrepancy in the case-law as to the possibility of preventive intervention by that judge. In Belgian law there was thus no clear and constant case-law that could have enabled the applicant company to foresee, to a reasonable degree, the possible consequences of the broadcasting of the programme in question.

The Court observed that, without precise and specific regulation of preventive restrictions on freedom of expression, many individuals fearing attacks against them in television programmes – announced in advance – might apply to the urgent-applications judge, who would apply different solutions to their cases and this would not be conducive to preserving the essence of the freedom of imparting information. In addition, whilst the Court, by not preventing States from requiring the licensing of broadcasters, accepted the principle of affording them different treatment to that of the print media, the application by the Court of Cassation of different provisions of the Constitution, depending on whether print media or audiovisual media were concerned, appeared artificial and did not provide a strict legal framework for prior restraint on broadcasting, especially as Belgian case-law did not settle the question of the meaning to be given to the notion of "censorship" as prohibited by the Constitution.

In conclusion, the legislative framework, together with the case-law of the Belgian courts, as applied to the applicant company, did not fulfil the condition of foreseeability required by the Convention. There had thus been a violation of Article 10. Having regard to that finding, the Court did not consider it necessary to verify compliance with the other requirements of paragraph 2 of Article 10.

Article 41

Under Article 41 (just satisfaction) of the Convention, the Court held that Belgium was to pay the applicant 42,014.40 euros (EUR) in respect of costs and expenses.

The judgment is available only in French.

1 V.zr. Rb. Amsterdam 9 april 2010, IEPT20100409 en V.zr. Rb. Amsterdam 16 april 2010, IEPT20100416, bekrachtigd door Hof Amsterdam 8 maart 2011, IEPT20110308.

2 V.zr. Rb. Amsterdam 17 juli 2009, LJN BJ4470 (*Het Gouden Oor*).

Noot

Daniël Haije
Mr. D. Haije is advocaat te Amsterdam (Hoogenraad & Haak).

Het preventieve publicatieverbod op de helling?

Inleiding

In Nederland wordt met enige regelmaat een uitzending van een televisieprogramma verboden door de voorzieningenrechter. Zo werden SBS6 en Endemol in april 2009 geconfronteerd met een (gedeeltelijk) uitzendverbod met betrekking tot heimelijk gemaakte beeld- en geluidsoptnamen voor het televisieprogramma 'Peter R. de Vries, misdaadverslaggever'.¹ Op 17 juli 2009 kreeg BNN een uitzendverbod te verduren ten aanzien van stiekem gemaakte geluidsoptnamen van presentator Albert Verlinde en zijn partner.² Beide zaken vormen een goed voorbeeld van een *preventief* publicatieverbod – dat wil zeggen: een aan publicatie *voorafgaand* verbod. De vraag of een dergelijk preventief publicatieverbod is voorzien bij de wet in de zin van artikel 10 EVRM blijft in de Nederlandse rechtspraak meestal onderbelicht. De rechter stapt daar vrij gemakkelijk overheen. Maar het ziet ernaar uit dat het hekje van "voorzien bij de wet" aanzienlijk hoger wordt. Op 29 maart 2011 wees het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) arrest in de zaak *RTBF/België*.³ De uitspraak is tot dusver in Nederland vrijwel onbesproken gebleven.⁴ Het arrest lijkt echter van groot belang voor de Nederlandse rechtspraak met betrekking tot het preventieve publicatieverbod.

Drukkers in België – more equal than others

Voor een goed begrip van het arrest *RTBF/België* is het belangrijk om weet te hebben van een Belgische juridische eigenaardigheid. Onze zuiderburen kennen een vreemde rechtsongelijkheid tussen de geschreven pers en journalistiek via audiovisuele media. Artikel 19 van de Belgische grondwet waarborgt de vrijheid van meningsuiting in algemene zin:

De vrijheid van erediens, de vrije openbare uitoefening ervan, alsmede de vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten, zijn gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheden worden gepleegd.

België kent daarnaast een grondwettelijk verbod van censuur. In artikel 25 van de Belgische grondwet staat:

De drukpers is vrij; de censuur kan nooit worden ingevoerd; geen borgstelling kan worden geëist van de schrijvers, uitgevers of drukkers. [...]

Deze formulering is afkomstig uit de oorspronkelijke Franstalige versie van de Belgische grondwet uit 1831. Daarin staat '*La presse est libre; la censure ne pourra jamais être établie*'. De hoogste Belgische rechter heeft in 1981 geoordeeld dat het absolute censuurverbod uit artikel 25 niet van toepassing is op televisie-uitzendingen, nu televisie niet onder de noemer 'drukkers' kan worden geschaard. In 1831 placht men zich nog niet bezig te houden met audiovisuele media zou je denken – een extensieve uitleg zou goed mogelijk zijn geweest. Toch koos de Belgische rechter voor een strikt tekstuele interpretatie. Als gevolg van deze nogal formalistische uitleg van de grondwet lijkt de bescherming van de persvrijheid in België groter voor de geschreven pers dan voor de audiovisuele pers. Immers: een preventief verbod ten aanzien van geschreven pers is in België grondwettelijk verboden, maar ten aanzien van een televisie- of radioprogramma ligt dat anders. '*All media are equal, but some media are more equal than others.*'

RTBF/België – De feiten

RTBF (*Radio Télévision Belge Francophone*) is een Belgische publieke omroep. In 2001 produceerde RTBF een uitzending van het onderzoeksprogramma '*Au nom de la loi*' over medische beroepsfouten. In het programma werd bij wijze van voorbeeld aandacht besteed aan klachten van patiënten over een bepaalde neurochirurg. Het programma zou op 24 oktober 2001 worden uitgezonden, maar zover

3 EHRM 29 maart 2011, nr. 50084/06, NJB 2011/1090 (*RTBF/België*).

4 Dank aan W. Tonkens-Gerkema, die mij attent maakte op het besproken arrest *RTBF/België*. In België werd het arrest al besproken door Dirk Voorhoof, *De Justitienkrant* 2011/230, 8, zie <http://bit.ly/sMWZio>.

kwam het niet. Op vordering van de neurochirurg verbood de Brusselse voorzieningenrechter de uitzending op straffe van een dwangsom. RTBF beriep zich op het grondwettelijk censuurverbod, maar dat mocht niet baten. In hoger beroep oordeelde het Hof van Beroep in Brussel dat het censuurverbod in artikel 25 van de Belgische grondwet uitsluitend ziet op de *schrijvende* pers. Daarnaast oordeelde het Hof van Beroep dat een uitzendverbod voldoende basis vindt in (onder meer) de bepalingen van het Belgische Gerechtelijk Wetboek, en dus is voorzien bij de wet in de zin van artikel 10 EVRM.⁵ Het Belgische Hof van Cassatie bevestigde dit oordeel in 2006. Daarbij overwoog het kort gezegd dat de Belgische rechter op basis van algemene wet- en verdragsbepalingen bevoegd is om een preventief publicatieverbod op te leggen.⁶ RTBF stapte daarop naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Zij voerde onder meer aan dat de vrijheid van meningsuiting werd geschonden door het aan haar opgelegde preventieve uitzendverbod, omdat een dergelijk verbod niet is voorzien bij de wet. In haar recente arrest geeft de Europese rechter RTBF gelijk.

Arrest

Het Hof stelt met betrekking tot de door RTBF gestelde inbreuk op artikel 10 EVRM vast dat het door de Belgische rechter opgelegde uitzendverbod een inmenging vormt in RTBF's vrijheid van meningsuiting. Het Hof onderzoekt vervolgens of deze inmenging is 'voorzien bij de wet' in de zin van artikel 10 EVRM.⁷

Artikel 10 EVRM

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-omroep-, en bioscoop- of televisie-ondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen.
2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, **die bij de wet zijn voorzien** en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van 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.

Het Hof herhaalt daartoe eerst zijn uitleg van het begrip 'wet' in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM. Het relevante criterium is of het recht waarop de beperking van de uitingsvrijheid berust voor de burger voldoende kenbaar is en dat de desbetreffende norm zodanig precies is geformuleerd dat de burger zijn gedrag erop kan afstemmen (het 'voorzienbaarheids criterium').⁸ Vervolgens gaat het Hof in op het voorzienbaarheids criterium bij preventieve beperking van de uitingsvrijheid. Het benadrukt dat een dergelijke beperking in beginsel mogelijk is.⁹ Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak overweegt het Hof echter dat preventieve beperkingen van de uitingsvrijheid moeten vallen binnen een *bijzonder strikt juridisch kader* waarin afbakening en controle van het verbod zijn geregeld. Dit om misbruik te voorkomen:

- 5 Het Hof van Beroep verwijst naar de artikelen 22 Belgische grondwet (recht op privacy), 8 EVRM (family life) en 584 Gerechtelijk Wetboek (algemene bepaling bevoegdheid voorzitter van de rechtbank in eerste aanleg tot opleggen voorlopige maatregelen) en 1039 Gerechtelijk Wetboek (voorlopige maatregelen precluderen niet op de zaak ten principale).
- 6 Het Hof van Cassatie verwijst naar de artikelen 22 Belgische grondwet (recht op privacy), 144 Belgische grondwet (bevoegdheid rechtbanken inzake geschillen over burgerrechten), 8 EVRM (family life), 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting), 584 Gerechtelijk Wetboek (algemene bepaling bevoegdheid voorzitter van de rechtbank in eerste aanleg tot opleggen voorlopige maatregelen) en 1039 Gerechtelijk Wetboek (voorlopige maatregelen precluderen niet op de zaak ten principale).
- 7 RTBF/België, r.o. 94 en 95.
- 8 Wat moet worden verstaan onder 'voorzien bij wet' is door het EHRM nader omschreven in de *Sunday Times*-zaak (EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema). Het gaat niet om wet in formele zin. Het woord 'wet' in de uitspraak 'voorzien bij de wet' in art. 10 lid 2 EVRM omvat ook ongeschreven

*Des lors, ces restrictions préalables doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus éventuels.*¹¹

Wat het Hof verstaat onder dat bijzonder strikte juridisch kader blijkt uit de volgende overweging:

*[...] un contrôle judiciaire de la diffusion des informations par quelque support de presse que ce soit, opéré par le juge des référés, sur la base de la mise en balance des intérêts en conflit et dans le but d'aménager un équilibre entre ces intérêts, ne saurait se concevoir sans un cadre fixant des règles précises et spécifiques pour l'application d'une restriction préventive à la liberté d'expression.*¹²

Het juridisch kader moet volgens het Hof dus *precieze en specifieke* regels geven voor het opleggen van een preventief publicatieverbod. Slechts wanneer hieraan is voldaan, is het preventieve publicatieverbod voorzien bij de wet. Het Hof staat dus een extra streng voorzienbaarheids criterium voor ogen.

Het Hof stelt vast dat de Belgische wet geen details bevat over welke preventieve beperkingen zijn toegestaan, noch over hun doel, duur, reikwijdte en de manier waarop ze kunnen worden gecontroleerd. De Belgische wet geeft daarmee geen afdoende 'cadre légal':

*Les articles 18, 19, 584 et 1039 du code judiciaire, ainsi que l'article 1382 du code civil, pris isolément et même combinés avec l'article 144 de la Constitution, sont des textes généraux qui concernent la compétence des tribunaux et qui ne donnent pas de précisions quant au type de restrictions autorisées, leur but, leur durée, leur étendue et le contrôle dont elles pourraient faire l'objet. Il s'ensuit que ces articles ne s'inscrivent pas dans un cadre légal suffisamment précis quant à la délimitation de l'interdiction au sens de l'arrêt Association Ekin c. France précité.*¹³

Het komt dus volledig aan op de Belgische rechtspraak op het gebied van het preventieve publicatieverbod. Het Hof analyseert die rechtspraak, en concludeert dat deze te diffuus is vanwege de niet-consistente toepassing door de Belgische lagere rechter van het grondwettelijk censuurverbod op het gebied van audiovisuele media.

*[...] le pouvoir discrétionnaire des juges des référés et la multiplication des solutions risquent de conduire à une casuistique en matière des mesures préventives dans le domaine de l'audiovisuel, impropre à préserver l'essence même de la liberté de communiquer des informations.*¹⁴

Het Hof concludeert dat de Belgische wet en jurisprudentie niet voldoen aan het strikte voorzienbaarheids criterium, en dat artikel 10 EVRM dus is geschonden:

*En conclusion, la Cour considère que le cadre législatif combiné avec la cadre jurisprudentiel existant en Belgique, tel qu'il a été appliqué à la requérante, ne répond pas à la condition de la prévisibilité voulue par la prééminence du droit dans une société démocratique. Il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention.*¹⁵

Het preventieve publicatieverbod is in België dus niet voorzien bij de wet.

Gevolgen voor Nederland?

De Nederlandse rechter stapt vrij gemakkelijk over de vraag heen of het preventieve publicatieverbod voorzien is bij de wet. Dat is niet vreemd gezien de rechtspraak van ons hoogste rechtscollege. De Hoge

recht zoals het Britse 'contempt of court'. Ook uitwerking van vage wettelijke normen in vaste jurisprudentie kan ervoor zorgen dat de norm met voldoende precisie is geformuleerd zodat de burger er zijn gedrag op kan afstemmen. Zie *Onrechtmatige daad VII* (Schuijt), aant. 10.

- 9 RTBF/België, r.o. 105. Het hof verwijst ter onderbouwing naar de tekst van artikel 10 lid 2 EVRM die voorafgaande maatregelen lijkt toe te staan ('voorwaarden', 'beperkingen', 'voorkomen'), en naar rechtspraak (EHRM 26 november 1991, NJ 1992, 457 (*Sunday Times I*), EHRM 20 november 1989, nr. 165, NJ 1991, 738 (*Markt intern Verlag GmbH/Duitsland*)).
- 10 EHRM 17 juli 2001, nr. 39299/98, (*Association Ekin/Frankrijk*), r.o. 58: '[...] a legal framework is required, ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power.'
- 11 RTBF/België, r.o. 105.
- 12 RTBF/België, r.o. 114.
- 13 RTBF/België, r.o. 108.
- 14 RTBF/België, r.o. 114.
- 15 RTBF/België, r.o. 116.

Raad oordeelde in 2003 in het arrest *Breekijzer* dat het uitzendverbod in Nederlandse voorzien is bij de wet. De algemene norm van artikel 6:162 j^o 3:296 BW vormde volgens de Hoge Raad een deugdelijke wettelijke basis:

Voor de beoordeling van het onderdeel in verband met art. 10 EVRM moet, nu hier sprake is van een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting, in de eerste plaats worden onderzocht of voldaan is aan het vereiste dat deze beperking voorzien is bij de wet. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord, nu de verboden hun grondslag vinden in art. 6:162 BW in verbinding met art. 3:296 BW.¹⁶

Aan het voorzienbaarheids criterium was volgens de Hoge Raad voldaan:

*Volgens de rechtspraak van het EHRM is voldoende dat het recht waarop de beperking berust voor de burger voldoende kenbaar is en dat de desbetreffende norm zodanig precies is geformuleerd dat de burger zijn gedrag erop kan afstemmen [...]. Aan die eis is bij de toepassing van art. 6:162, **gezien de rechtspraak over die bepaling**, voldaan. Dit een en ander is niet anders indien het gaat om een verbod in kort geding. [...]¹⁷*

De Hoge Raad verwijst ter onderbouwing van de voorzienbaarheid naar 'de rechtspraak over artikel 6:162 BW'. Dat is natuurlijk tamelijk kort door de bocht. Is de Nederlandse rechtspraak over preventieve publicatieverboden werkelijk zo helder dat de burger zijn gedrag erop kan afstemmen? Dat komt mij voor als een nogal beroepsgeformeerde opvatting.¹⁸ Zelfs met het nodige juridische advies biedt de rechtspraak de burger op dit terrein geen geijkte kompas. De Nederlandse rechtspraak op het gebied van (preventieve) publicatieverboden is immers tamelijk onvoorspelbaar. Het al dan niet toewijzen van een verbod lijkt vaak een kwestie van een onderbuikgevoel bij de rechter. Uiteindelijk is het uit het arrest *Gemeenteraadslid* bekende rijtje niet meer dan een non-limitatieve opsomming van omstandigheden die de rechter ter inspiratie kan dienen bij de belangenafweging.¹⁹ In zijn conclusie voor het arrest *Van Gasteren/Het Parool* constateerde A-G Vranken al dat het Nederlandse juridisch kader weinig houvast biedt:

Een veelheid van omstandigheden, gezichtspunten en feiten worden gewogen. Geen ervan staat op zichzelf. Het gewicht is steeds relatief. Misschien is dit

onbevredigend omdat het daardoor voor persorganen moeilijk is te bepalen wanneer, op welk punt men over de schreef gaat. Het is ook ongemakkelijk, omdat bij persorganen de inschatting altijd vooraf moet geschieden. In de hitte van het moment kunnen vergissingen of fouten worden gemaakt die achteraf en in de rust van de raadkamer oordelend, niet door de beugel kunnen. Ik heb voor deze bezwaren begrip, maar ik meen dat het niet anders kan. Het aantal potentieel relevante factoren is te groot om in abstracto in een vaste rangorde ondergebracht te kunnen worden. [...] Dit dwingt tot een afweging in concreto. Een dergelijke afweging vindt niet plaats in willekeur, subjectiviteit of op basis van onberekende of onvoorspelbare, vage normen, maar aan de hand van de in de rechtspraak geformuleerde objectiverende factoren [...]. Zowel vooraf voor het betrokken persorgaan als achteraf bij de rechterlijke beoordeling vormen ze de maatstaf voor wat toelaatbaar is. Weliswaar hebben ze niet de scherpte van 'hard and fast rules' maar ze zijn voldoende precies om de toets aan art.10 lid 2 EVRM te kunnen doorstaan.²⁰

De conclusie van Vranken over de toets aan artikel 10 lid 2 EVRM wordt niet gedeeld door het Hof. In RTBF/België wordt blijk gegeven van een andere opvatting, in ieder geval ten aanzien van preventieve maatregelen. Een gebrek aan een set specifieke, duidelijke regels verhoudt zich slecht met voorzienbaarheid. Bovendien heeft het door het Hof vereiste juridisch kader niet alleen betrekking op de toewijsbaarheid van preventieve maatregelen, maar ook op hun doel, hun duur, hun reikwijdte en de controle waaraan zij zijn onderworpen.

Breekijzer lijkt te zijn achterhaald door het extra strenge voorzienbaarheids criterium uit *RTBF/België*. Dat een preventief publicatieverbod haar grondslag vindt in de algemene artikelen 6:162 j^o 3:296 BW is vermoedelijk naar de opvatting van het Hof onvoldoende – vergelijkbare bepalingen in België zijn volgens het Hof immers ook niet toereikend. Bovendien voorziet het Nederlandse juridische kader niet in een regeling van doel, duur, reikwijdte en controle van het preventieve verbod. Het Hof eist een specifiek en duidelijk juridisch kader met betrekking tot (de toepassing van) voorafgaande beperkingen van de uitingsvrijheid. Het is m.i. zeer de vraag of de Nederlandse wet en jurisprudentie op het gebied van preventieve publicatieverboden dit door het Hof geëiste juridische kader bieden. Algemene normen in combinatie met onderbuikgevoel, daar neemt het EHRM geen genoegen mee. Goed nieuws voor de persvrijheid – en wellicht een kluif voor de Nederlandse wetgever.

¹⁶ HR 2 mei 2003, NJ 2004, 80 (*Breekijzer*), r.o. 4.3.4.

¹⁷ *Breekijzer*, r.o. 4.3.4.

¹⁸ Bovendien volgde de HR zijn A-G Keus, die op zijn beurt verwees naar de zaak *Markt Intern* (EHRM 20 november 1989, NJ 1991, 738 (*Markt Intern*)). Markt Intern ging niet over een preventief publicatieverbod, maar over een verbod tot herhaling van bepaalde uitingen.

¹⁹ HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (*Gemeenteraadslid X*): aard van de verdenkingen en ernst van de te verwachten gevolgen, ernst van de misstand die de publicatie

aan de kaak beoogt te stellen, feitelijke juistheid van de publicatie, inkleding van de verdenkingen, kan de misstand ook via andere wegen aan de orde worden gesteld, kans dat de informatie ook zonder de publicatie in de openbaarheid zou zijn gekomen.

²⁰ Conclusie AG Vranken onder 47, HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422. Ook Vranken verwijst hierbij naar Europese rechtspraak (net als A-G Keus voor *Breekijzer*). De rechtspraak waarnaar wordt verwezen heeft uitsluitend betrekking op repressieve maatregelen, dus na publicatie.