



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Gelijke behandeling, vrijheid van meningsuiting en de elektronische media

Hins, W.; Zwenne, G.-J.

Publication date
2010

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Hins, W., & Zwenne, G.-J. (2010). *Gelijke behandeling, vrijheid van meningsuiting en de elektronische media*. eLaw.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Gelijke behandeling, vrijheid van meningsuiting en de elektronische media

Wouter Hins en Gerrit-Jan Zwenne

Notitie ten behoeve van de Commissie Gelijke Behandeling
d.d. 15 februari 2010



Centrum voor Recht in de Informatiemaatschappij

Bezoekadres: Steenschuur 25, 2311 ES Leiden

Postadres: Postbus 9520, 2300 RA Leiden

Telefoon: 071-527 7873

Web: elaw.leiden.edu – E-mail: eLaw@law.leidenuniv.nl

Gelijke behandeling, vrijheid van meningsuiting en de elektronische media

*Wouter Hins en Gerrit-Jan Zwenne**

1. Inleiding

Op 7 januari 2010 verzocht de Commissie Gelijke Behandeling ons een notitie te schrijven over de toepassing van de Algemene wet gelijke behandeling in de context van internet en televisie. Als geklaagd wordt over ongelijke behandeling op het terrein van informatiediensten (discussieforums, chatsites, vacaturesites, webwinkels, televisieprogramma's etc.) ziet de Commissie zich vooral met twee vragen geconfronteerd:

- a. Valt het verzoek binnen de reikwijdte van de artikelen 5 en/of 7 Awgb?
- b. Hoe verhoudt de Awgb zich tot de vrijheid van meningsuiting?

In een memo van 3 december 2009 schetste de Commissie enkele casus, waarover zij in het verleden een standpunt heeft ingenomen en enkele waarover een oordeel of advies in voorbereiding is. Het verzoek aan ons was om juridische aanknopingspunten in kaart te brengen, juist ook buiten het gelijke behandelingsrecht. Het memo mondde uit in vijf concrete vragen.

Namens het Centrum eLaw van de Universiteit Leiden brengen we graag deze verkennende notitie uit. In paragraaf 2 behandelen wij het principiële punt van de verhouding tussen het discriminatieverbod en de vrijheid van meningsuiting. De Awgb moet immers niet alleen geïnterpreteerd worden in het licht van het grondrecht dat zij in haar naam voert, maar ook van eventueel daarmee conflicterende grondrechten. Vervolgens gaan wij in op de verantwoordelijkheid – en uitsluiting van verantwoordelijkheid – van intermediairs, zoals deze geregeld is in de EU-Richtlijn Elektronische Handel. In paragraaf 4 behandelen wij het begrip 'openbaarheid'. Juist bij elektronische communicatie is het niet altijd eenvoudig vast te stellen of een gedraging in de openbaarheid plaats vindt dan wel in de privésfeer. De vijfde paragraaf tenslotte gaat in op de specifieke vragen uit het memo van 3 december

* Prof. mr. A.W. Hins en dr. G.-J. Zwenne zijn verbonden aan eLaw@Leiden, Centrum voor Recht in de Informatiemaatschappij, Universiteit Leiden.

2009. Daarbij wordt verwezen naar de algemene bevindingen uit de voorafgaande drie paragrafen.

2. Botsende grondrechten

2.1 Algemeen

Toepassing van de Awgb dient in overeenstemming te zijn met internationaal en Europees recht. In het kader van deze notitie besteden we vooral aandacht aan de verhouding met artikel 10 EVRM. Het meest tot de verbeelding spreekt de bevoegdheid van de rechter om een wet in formele zin buiten toepassing te laten op grond van artikel 94 Grondwet. Minder spectaculair, maar even doeltreffend, is de verdragsconforme interpretatie. De omstandigheid dat de Awgb het recht op gelijke behandeling centraal stelt en uitvoering geeft aan EU-richtlijnen op dit terrein, doet niet af aan de doorwerking van artikel 10 EVRM. Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat EU-richtlijnen moeten worden uitgelegd in het licht van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, waarvan de bepalingen van het EVRM deel uitmaken. In voorkomende gevallen zal een afweging moeten plaats vinden tussen de betrokken grondrechten. De keuzes die de nationale wetgever heeft gemaakt zijn een belangrijk richtsnoer, maar niet altijd doorslaggevend.

Vergelijkbaar met de EU-richtlijnen over gelijke behandeling is de EU-Privacy-richtlijn.¹ Ook hier staat de bescherming van één grondrecht centraal en zijn uitzonderingen nodig ter bescherming van andere grondrechten. Wat betreft de vrijheid van meningsuiting bevat artikel 9 van de richtlijn een uitdrukkelijke voorziening die is uitgewerkt in artikel 3 van de Wet bescherming persoonsgegevens. De tekst van artikel 9 luidt:

De Lid-Staten voorzien voor de verwerking van persoonsgegevens voor uitsluitend journalistieke of voor artistieke of literaire doeleinden in uitzonderingen op en afwijkingen van de bepalingen van dit hoofdstuk en van de hoofdstukken IV en VI uitsluitend voor zover deze nodig blijken om het recht op persoonlijke levenssfeer te verzoenen met de regels betreffende de vrijheid van meningsuiting.

¹ Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (*PbEG* 1995 L 281, p. 31).

Overweging nr. 37 van de preambule bevat hierbij de volgende toelichting:

Overwegende dat voor de verwerking van persoonsgegevens voor journalistieke, artistieke of literaire, en met name audiovisuele, doeleinden moet worden voorzien in uitzonderingen op of beperkingen van bepalingen van deze richtlijn, voor zover deze noodzakelijk zijn om de fundamentele rechten van de persoon te verzoenen met de vrijheid van meningsuiting, inzonderheid de vrijheid om inlichtingen te ontvangen of te verstrekken, zoals die met name bij artikel 10 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden wordt gewaarborgd; (..)

Ook als een richtlijn zwijgt over grondrechtelijke complicaties, moeten de lidstaten bij de omzetting alle grondrechten respecteren. Het Hof van Justitie kan desgewenst uitleg geven. In bijzondere gevallen kan het Hof de richtlijn onverbindend verklaren, maar een 'grondrechtsconforme' interpretatie ligt meer voor de hand. Illustratief is het Lindqvist-arrest van het Hof van Justitie, dat wederom betrekking heeft op de Privacyrichtlijn.² Mevrouw Lindqvist had persoonsgegevens van derden openbaar gemaakt op haar particuliere homepage en werd daarvoor strafrechtelijk vervolgd. De journalistieke exceptie van artikel 9 Privacyrichtlijn speelt in deze zaak geen rol. Niettemin werd mevrouw Lindqvist beschermd door de vrijheid van meningsuiting. Het privacybelang moest namelijk worden afgewogen tegenover andere grondrechten die in het geding kunnen zijn. Het Hof overwoog:

Bijgevolg moeten de autoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten niet alleen hun nationaal recht conform richtlijn 95/46 uitleggen, maar moeten zij er ook op toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging daarvan die in conflict zou komen met de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten of met andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel.

2.2 *Wijze van afweging*

In de Awgb komen verscheidene bepalingen voor waarin de wetgever richtsnoeren geeft voor de afweging van botsende grondrechten. Bekend zijn de uitzonderingen op het verbod van onderscheid, omschreven in de artikelen 5, tweede lid, en 7, tweede lid, van de Awgb. Omdat het gaat om een politiek omstreden materie is het terecht dat de wetgever in abstracto de belangrijkste keuzes maakt, waaraan de rechter in concreto houvast heeft. Er zijn echter situaties waarin de rechter op zijn eigen kompas moet varen. Actuele voorbeelden zijn: een politicus wordt beschuldigd van het beledigen van een groep mensen we-

² HvJ EG 6 november 2003, Lindqvist, NJCM-bulletin 2004-3, p. 415-425 m.nt. H.R. Kranenborg.

gens hun ras. Dient hier de vrijheid van meningsuiting zwaarder te wegen of het recht om niet gediscrimineerd te worden? Leden van de Koninklijke familie worden tijdens hun skivakantie op een geheim gehouden bestemming gefotografeerd en de foto's worden verkocht aan Nederlandse bladen. Weegt hun recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer het zwaarst of het recht van de pers om inlichtingen door te geven?

Zowel het Hof van Justitie als het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zijn geneigd de lidstaten een ruime 'margin of appreciation' te gunnen wanneer een keuze moet worden gemaakt tussen twee botsende grondrechten. Dat is zeker het geval wanneer over de desbetreffende materie geen consensus bestaat binnen de Europese Unie, respectievelijk de Raad van Europa. Met name het Hof van Justitie stelt zich in casus van botsende grondrechten terughoudend op. Meestal volstaat dit Hof met het geven van zeer globale aanwijzingen.³ De jurisprudentie van het EHRM is concreter wat betreft de wijze waarop grondrechtelijke belangen moeten worden afgewogen. Een gebruikelijke casus is dat een klager aanvoert dat de nationale rechter een positieve verplichting bij artikel 8 EVRM heeft geschonden door zijn recht op privacy onvoldoende te beschermen tegen opdringerige journalisten of smadelijke publicaties. De lidstaat verdedigt zich daartegen met het argument dat de journalisten beschermd worden door de vrijheid van nieuwsgaring en de vrijheid van meningsuiting als bedoeld in artikel 10 EVRM. Aan het EHRM is dan de taak aan te geven of de Staat, waaronder begrepen de nationale rechter, een juiste afweging heeft gemaakt tussen de twee botsende grondrechten.⁴

Uit de jurisprudentie valt op te maken dat het EHRM onderzoekt of een bepaald grondrecht in de kern is aangetast dan wel slechts in de periferie. Degene wiens grondrecht in de kern is aangetast staat het sterkst. Dat blijft een woordenspel, zolang in het midden blijft wat de kern van een grondrecht is en wat de periferie. De zaak *Caroline von Hannover*, waarin de voormalige prinses van Monaco klaagde over

³ Zie onder meer: HvJ EG 6 november 2003, *Lindqvist* (genoemd in noot 2). HvJ EG 29 januari 2008, *Promusicae*, C-275/06, ECR I-271. HvJ EG 16 december 2008, *Tietosuojavaltuutettu vs Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy*, C-73/07, CMLRev., Vol. 47-1 (2010), p. 215-233, m.nt. A.W. Hins.

⁴ Voorbeelden van een dergelijke casus zijn EHRM 24 juni 2004, *Caroline von Hannover vs Duitsland*, *Mediaforum* 2004-7/8 m.nt. G.A.I. Schuijt. EHRM 15 november 2007, *Pfeifer vs Oostenrijk*, NJCM-bulletin 2008-6, p. 807-816, m.nt. J.A. Peters. EHRM 28 april 2009, *Karakó vs Hongarije*, EHRC 2009, 78 m.nt. J. Gerards.

onvoldoende bescherming tegen fotografen van de boulevardpers, is wat dat betreft verhelderend. Wat betreft de uitingsvrijheid overweegt het Hof dat er een fundamenteel verschil bestaat tussen enerzijds het aandragen van feiten die relevant zijn voor een maatschappelijk debat en anderzijds het onthullen van details uit de privésfeer van een ambteloos burger. Wat betreft de privacy wijst het Hof erop dat de foto's niet werden genomen bij officiële plechtigheden, maar bij het boodschappen doen en tijdens een vakantie. Nu de privacy in de kern was getroffen en de uitingsvrijheid slecht marginaal in het geding was, achtte het EHRM de klacht gebaseerd op artikel 8 EVRM gegrond.⁵

In grote lijnen kan men zeggen dat twee idealen centraal staan in het EVRM: de menselijke waardigheid en de democratie. Deze constatering kan behulpzaam zijn wanneer de positieve verplichting om het recht op gelijke behandeling te waarborgen moet worden afgewogen tegen de vrijheid van meningsuiting. Niet iedere beperking van de vrijheid van meningsuiting legt evenveel gewicht in de schaal. Het gewicht is zeer groot wanneer een persorgaan of daarmee te vergelijken maatschappelijke organisatie wordt gehinderd bij het leveren van bijdragen aan een maatschappelijk debat. Het gewicht is veel kleiner bij commerciële uitingen en 'small talk' in de privésfeer. Omgekeerd is de ene ongelijke behandeling de andere niet. De kern van het recht op gelijke behandeling is in het geding wanneer mensen op grond van hun afkomst of huidskleur worden uitgesloten van een baan. Dat is een uiterst vernederende ervaring. De menselijke waardigheid wordt echter nauwelijks getroffen wanneer iemand vanwege zijn politieke opvattingen niet langer mag meedoen aan een televisieprogramma met een andere politieke kleur.

3. Verantwoordelijkheid van tussenpersonen

3.1 Geen algemene toezichtsverplichting

De Richtlijn inzake elektronische handel 2000/31/EG⁶ ('de richtlijn') beoogt de interne markt te bevorderen door de belemmeringen weg te nemen die in de weg staan aan de ontwikkeling van elektronische handel. In dat kader voorziet de richtlijn in regels met betrekking tot

⁵ EHRM 24 juni 2004, *Caroline von Hannover vs Duitsland* (genoemd in noot 4).

⁶ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (richtlijn inzake elektronische handel), *PbEG* L178-1, 17.7.2000

de rechtspositie van tussenpersonen of intermediairs die anderen in staat stellen om kennis te nemen van informatie.

Van belang is allereerst artikel 15, eerste lid, van de richtlijn. Dit artikel verbiedt lidstaten in de context van diensten van de informatiemaatschappij een zgn. algemene toezichtsverplichting op te leggen aan tussenpersonen:

Met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten (zijnde: zgn. doorgeven, caching en hosting) leggen de lidstaten de dienstverlener geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.

Het verbod geeft invulling aan het uitgangspunt dat tussenpersonen in beginsel ‘geen boodschap aan de boodschap’ hoeven te hebben. Dit is niet alleen van belang in termen van informatievrijheid en het voorkomen censuur, waarnaar in de richtlijn ook wel wordt verwezen, maar ook omdat anders heel veel nieuwe elektronische diensten niet mogelijk zouden zijn.⁷

De richtlijn staat wel toe dat lidstaten van dienstverleners verlangen dat zij zich aan de zorgvuldigheidsverplichtingen houden die redelijkerwijs van hen verwacht mogen worden én die bij nationale wet zijn vastgesteld. En dit dan om ‘bepaalde soorten onwettige activiteiten’ op te sporen en te voorkomen.⁸

Een dergelijke bij nationale wet vastgestelde zorgplicht lezen wij niet in de Awgb of andere wetgeving. In elk geval is ons niet bekend dat er in de rechtspraak over artikel 6:196c BW⁹ met succes een beroep is gedaan.

3.2 Aansprakelijkheidsbeperking

Art. 6:196c, vierde lid, BW voorziet onder voorwaarden in een aansprakelijkheidsbeperking m.b.t. diensten verleend door aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die bestaan uit het op verzoek opslaan van informatie die van een ander afkomstig is. Onder het begrip ‘aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij’ vallen internetaanbieders en allerlei andere tussenpersonen, zoals chat-plat-

⁷ Vgl. bijv. overweging 9 en 40 e.v. van de richtlijn.

⁸ Overweging 48 van de richtlijn.

⁹ Vgl. HR 25 november 2005, *LJN* AU4019; HR 19 december 2003, *NJ* 2009/548; Vزر Rb Amsterdam, 22 december 2009, *LJN* BK7383; Rb Amsterdam 22 oktober 2009, *LJN* BK1067 enz.

formaanbieders, marktplaatsaanbieders, weblogs, discussieforums, enz.¹⁰

Een tussenpersoon heeft beroep op deze aansprakelijkheidsbeperking onder de voorwaarden (a) dat hij geen kennis heeft van het onrechtmatige karakter van de door hem op verzoek opgeslagen informatie, én (b) dat hij, zodra hij kennis heeft genomen van het onrechtmatige karakter van de informatie direct (d.w.z. binnen redelijke termijn) overgaat tot het verwijderen of ontoegankelijk maken daarvan.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat niet van de tussenpersoon wordt gevergd dat hij direct overgaat tot verwijdering van de informatie als hem is medegedeeld dat de informatie mogelijk onrechtmatig is. De tussenpersoon mag een redelijke termijn nemen om de juistheid van deze mededeling na te gaan en zo mogelijk degene die deze informatie beschikbaar stelde in de gelegenheid heeft gesteld daarop te reageren.¹¹

Een tussenpersoon heeft echter geen beroep op deze aansprakelijkheidsbeperking als degene op wiens verzoek hij informatie opslaat, handelt onder zijn gezag en toezicht. De tussenpersoon mag dus geen bemoeienis hebben met de informatie of de activiteit – niet met de inhoud daarvan en evenmin met wie daartoe toegang hebben. Van dergelijk gezag of toezicht is geen sprake als de tussenpersoon alleen de mogelijkheid biedt om bepaalde informatie (bijv. advertenties) in een bepaalde rubriek te plaatsen. Dit kan anders zijn als een websiteaanbieder door derden aangeboden foto's in scant en bewerkt en op zijn website opneemt.¹²

Een en ander heeft betekenis voor de volgens de CGB op intermediairs rustende zorgplicht om niet medeplichtig te worden aan het maken van verboden onderscheid.¹³ In elk geval kan deze zorgplicht, gelet op het algemeen toezichtsverbod, niet zover gaan dat van tussenpersonen wordt verlangd dat zij de via hun platforms aangeboden informatie of activiteiten vooraf gaan controleren op het maken van verboden onderscheid of wat dan ook.

¹⁰ R.E. van Esch *Juridische aspecten van elektronische handel*, 2007, p. 110-111.

¹¹ *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 50.

¹² *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 49; Van Esch 2007, p. 119; Rb 's-Hertogenbosch 11 januari 2006, *LJN* AU9504.

¹³ Oordeel 2008-157 d.d. 18 december 2008 (webwinkel die abonnementen van een telecomprovider aanbiedt).

Verder kan er met betrekking tot deze informatie alleen sprake zijn van civielrechtelijke aansprakelijkheid, voor zover de tussenpersonen de informatie niet meteen (d.w.z. binnen redelijke termijn) hebben verwijderd of ontoegankelijk hebben gemaakt nadat zij kennis hadden genomen van het onrechtmatige karakter daarvan – bijvoorbeeld doordat zij daarop zijn gewezen.¹⁴

Nu is de Awgb niet gericht op het verbieden van beledigingen en kwetsende uitingen zonder meer. Van een ongelijke behandeling in de zin van artikel 7 Awgb is pas sprake wanneer bij het aanbieden van goederen en diensten selectief te werk wordt gegaan in die zin dat bepaalde personen vanwege een door de wet beschermd persoonskenmerk de toegang wordt geweigerd of moeilijker wordt gemaakt.¹⁵ Om vast te stellen of een advertentie strijd oplevert met artikel 7 Awgb dient men echter de inhoud van de boodschap te bestuderen, hetgeen een intermediair volgens artikel 6:196c BW nu juist niet hoeft te doen.

Toegepast op de verschillende, door de CGB voorgelegde casus betekent het voorgaande het volgende:

- In de casus van de *makelaarsvereniging* is artikel 6:196c BW van toepassing. De vereniging geeft aan geen controle te hebben over de informatie die door de leden op de website wordt gezet. Voor het eventuele onrechtmatige karakter is de vereniging daarom niet aansprakelijk, totdat zij daarop is gewezen en de informatie toch niet heeft verwijderd of ontoegankelijk heeft gemaakt.
- In de casus van de *chatsite* lijkt sprake te zijn van eenzelfde situatie als bij de makelaarsvereniging. De aanbieder van de chatsite heeft geen controle over de chats van gebruikers en is daarvoor dus niet aansprakelijk, totdat hij daarop is gewezen en de informatie niet-temin niet direct (binnen redelijke termijn) heeft verwijderd of ontoegankelijk gemaakt.
- Dit geldt ook voor de *christelijke vacaturesite* (advies 2009-2). In dit geval stelde de Commissie vast dat de webiste ‘alleen een prik-bordfunctie’ had.
- In de casus van het *online discussieplatform* kan het opinieblad waarschijnlijk geen gebruik van maken van de aansprakelijkheids-

¹⁴ In dit verband wordt wel gesproken over ‘notice and take down’. De door internetaanbieders gebruikte Gedragscode Notice and Take Down is te vinden via: <www.samentegencybercrime.nl/UserFiles/File/,DanaInfo=ex01tp+NTD_Gedragscode_Opmaak.pdf>.

¹⁵ Oordeel 2002-87 d.d. 12 juli 2002 (kwetsende woorden in een woordenboek).

uitsluiting van artikel 6:196c BW, omdat de redactie zich nadrukkelijk wel bemoeit met de inhoud van de informatie. Voor zover deze informatie een onrechtmatig karakter zou hebben (bijvoorbeeld omdat daarin verboden onderscheid wordt gemaakt) is de uitgever daarvoor verantwoordelijk en aansprakelijk. De klacht bij de CGB richt zich echter niet tegen de inhoud van de boodschappen, maar tegen het weigeren van een bijdrage. Daarmee valt de casus buiten de reikwijdte van artikel 6:196c BW.

- Ook bij de *christelijke datingsite* (oordeel 2005-58) gaat het niet om aansprakelijkheid voor door gebruikers geplaatste informatie, maar om het uitsluiten van bepaalde personen.
- Hetzelfde geldt voor de zaak van *deelname aan een televisieprogramma* (oordeel 2008-158).

De betekenis van disclaimers en website-gebruiksvoorwaarden (en dergelijke) ligt vooral in het mogelijk maken of vergemakkelijken dat een tussenpersoon zonder al te veel discussie met zijn gebruikers kan overgaan tot het verwijderen van bepaalde informatie, als hij wordt gewezen op het mogelijk onrechtmatige karakter daarvan. Voor de tussenpersoon is het overigens zaak om zowel bij de formulering van zo'n disclaimer en/of in de feitelijke werkzaamheden niet de suggestie te wekken dat hij bemoeienis kan hebben met de informatie.

4. Wat heet openbaar?

Of informatie openbaar is gemaakt, is met name van belang voor de toepassing van artikel 7 Awgb. Dit artikel is gebaseerd op Richtlijn 2000/43/EG van de Raad, houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming en Richtlijn 2004/113/EG van de Raad, houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. Beide richtlijnen verbieden discriminatie bij het aanbieden van goederen en diensten voor zover deze 'publiekelijk' beschikbaar zijn.¹⁶ De uitzondering voor diensten in de privésfeer is terug te vinden in artikel 7, derde lid, van de Awgb. Waar het gaat om informatie aangeboden in de context van min of meer besloten websites en omgevingen, zoals de sociale netwerksites Hyves, Facebook en LinkedIn, kan aansluiting worden

¹⁶ Artikel 3, lid 1 onder h, van Richtlijn 2000/43/EG en artikel 3, lid 1 van Richtlijn 2004/113/EG. De laatstgenoemde bepaling verduidelijkt dat dit goederen en diensten zijn die buiten de privé- en gezinssfeer worden aangeboden.

gezocht bij de standpunten die zijn ingenomen op andere rechtsgebieden.

Bij de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is van belang of persoonsgegevens al dan niet worden verwerkt voor huishoudelijke of persoonlijke doeleinden.¹⁷ In dat verband kan 'huishoudelijk of persoonlijk' worden opgevat als niet openbaar.

In het eerder genoemde Lindqvist-arrest heeft het Europees Hof van Justitie uitgemaakt dat een gewone website, die door een onbepaald aantal mensen kan worden bekeken, niet onder deze uitzondering valt. Daaraan deed niet af dat het *in casu* ging om een website die was gericht op een heel beperkt aantal mensen, een dorpsgemeenschap in Zweden.¹⁸

In zijn richtsnoeren voor publicatie van persoonsgegevens werkt het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) dit begrip verder uit, daarbij verwijzend naar de parlementaire geschiedenis van de Wbp.¹⁹ De toezichthouder geeft aan dat de uitzondering ook geldt voor gebruik door familieleden of vrienden die niet tot het directe huishouden behoren, mits de toegang daadwerkelijk afgebakend is tot een benoembare groep familieleden, kennissen of vrienden. En wie bijvoorbeeld een weblog wil bijhouden op internet voor het eigen gezin en zich wil beroepen op de exceptie van persoonlijk of huishoudelijk gebruik, moet passende maatregelen nemen om de toegang daadwerkelijk te beperken tot die beperkte kring. Dat kan bijvoorbeeld door middel van het hanteren van een verplicht wachtwoord, maar ook door de pagina's met persoonsgegevens af te schermen van zoekmachines.

Het overlegorgaan van Europese privacytoezichthouders, de zgn. Artikel 29 Werkgroep, sluit in zijn opinie over sociale netwerken niet uit dat een gebruikerspagina of profiel valt onder de vrijstelling voor persoonlijk of huishoudelijk gebruik. Daarvan kan sprake zijn, aldus de werkgroep, als het aantal personen dat deze pagina kan bekijken beperkt is.²⁰ De opinie geeft echter geen antwoord op de vraag hoeveel

¹⁷ Art. 2, tweede lid, onder a, Wbp.

¹⁸ HvJ EG 6 november 2003, nr. C-101/01, ro ; zie daarover bijv. de annotatie van G.-J. Zwenne in: Mr. T.E. van Dijk e.a. (red.), *Uitsprakenbundel Wet bescherming persoonsgegevens*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 43-58.

¹⁹ CBP Richtsnoeren Publicatie persoonsgegevens op internet, december 2007, bldz. 12/13; *Kamerstukken II 1997-98*, 25 892, nr. 3, bldz. 70.

²⁰ Art. 29 WP, *Advies 5/2009 over online sociale netwerken*, WP163, 12 juni 2009

personen de pagina maximaal mogen bekijken om nog onder deze uitzondering te vallen.²¹

Er is volgens de opinie geen sprake van persoonlijk of huishoudelijk gebruik als het sociale netwerk voor commerciële, charitatieve of politieke doeleinden wordt gebruikt. Evenmin is daarvan sprake als de profielinformatie ook toegankelijk is voor anderen dan (een beperkt aantal) zelfgekozen contactpersonen ('vrienden') of als de gegevens kunnen worden geïndexeerd door zoekmachines.

Al met al komt de opinie, enigszins verrassend, tot de conclusie dat in de meeste gevallen profielpagina's op sociale netwerken wel onder de uitzondering voor huishoudelijk gebruik kunnen worden gebracht. Van belang is natuurlijk wel dat dit niet meer betreft dan een opinie van Europese toezichthouders – gezaghebbend maar voor zover wij overzien nog niet in de rechtspraak getoetst.

5. Vijf vragen van de Commissie

Aan het slot van het memo d.d. 3 december 2009 stelde de Commissie vijf vragen die hieronder cursief zijn weergegeven. Daarop geven wij telkens een korte reactie, verwijzend naar eerdere passages in deze notitie.

- 1. Aanknopingspunten voor de beoordeling of deelname aan een televisieprogramma al dan niet onder het bereik valt van artikel 7 AWGB of evt. artikel 5 AWGB.*

Zie paragraaf 2. De keuze van presentatoren, columnisten en panelleden is nauw verbonden met de redactionele vrijheid van een omroepinstelling. Indien de overheid voorschriften geeft omtrent het personeelsbeleid is dat een beperking van artikel 10 EVRM. Het valt op dat de Commissie in 2004 een ruime uitleg heeft gegeven aan het begrip 'arbeidsverhouding' als bedoeld in artikel 5, eerste lid onder c, van de Awgb.²² Het niet langer uitnodigen van een panellid dat tegen een bescheiden honorarium had meegedaan aan een discussieprogramma, viel onder de reikwijdte van dit artikel. Ervan uitgaande dat dit oordeel nog steeds de opvatting van de Commissie weergeeft, zullen

²¹ In informele bijeenkomsten hebben CBP-medewerkers, die betrokken waren bij de totstandkoming van de opinie, wel aantallen van 20-30 genoemd. Maar daaraan kunnen natuurlijk geen rechten worden ontleend...

²² Oordeel 2004-199 d.d. 24 september 2004 (panellid televisieprogramma).

de uitzonderingen van artikel 5, tweede lid, onder a en b, ruim moeten worden uitgelegd. Met name wanneer het televisieprogramma beoogt een bijdrage te leveren aan een maatschappelijk debat en het gemaakte onderscheid betrekkelijk onschuldig is, zal de weegschaal moeten doorslaan ten gunste van de vrijheid van meningsuiting van de omroepinstelling.

Het verdient in ieder geen aanbeveling het aanbieden van ‘exposure’ aan bijvoorbeeld politici te beschouwen als het verlenen van een dienst als bedoeld in artikel 7 Awgb. Omdat dit artikel geen relevante uitzondering kent, zou het verbod op het maken van onderscheid regelmatig buiten toepassing moeten blijven wegens strijd met artikel 10 EVRM. Het uitnodigen van geestverwante politici om commentaar te leveren op de actualiteit is een essentiële vrijheid van geprofileerde omroepen. Terecht is de Commissie in 2008 terughoudend geweest met de uitleg van het begrip ‘dienst’ in verband met het deelnemen aan een televisieprogramma.²³

2. Aanknopingspunten voor de beoordeling of het aanbieden van internetsites als een website met discussieforum, een chatsite, een woningsite, een datingsite of vacaturesite, al dan niet onder het bereik valt van artikel 7 AWGB. Daarbij is het van belang ook in te gaan op de verschillende groepen gebruikers (zo maken bijvoorbeeld zowel makelaars als woningzoekenden gebruik van de woningsite) en op de hoedanigheid waarin iets wordt aangeboden, bijvoorbeeld als zelfstandige bedrijfsactiviteit of als kanaal voor lezers van een krant of blad? Maakt het verschil of een website of een deel daarvan voor een ieder toegankelijk is, dan wel er een vorm van registratie of toelating is vereist?

Zie paragraaf 2 en 4. Het toestaan of weigeren van bijdragen op het discussieforum van een journalistiek medium is verwant aan het bieden van ‘exposure’ op de televisie. Ook hier heeft het medium de vrijheid een selectie uit te voeren. Deze vrijheid wordt benadrukt in de Leidraad van de Raad voor de Journalistiek.²⁴ De vrijheid van meningsuiting speelt veel minder een rol bij een chatsite, woningsite, datingsite of vacaturesite. Zeker als de deelnemers moeten betalen voor het mogen plaatsen van hun berichten, is er geen bezwaar tegen een onverkorte toepassing van artikel 7 Awgb. De uitzondering van artikel 7, derde lid, is onder meer relevant voor sociale netwerken, waarbij ‘vrienden’ wel of niet kunnen worden toegelaten.

²³ Oordeel 2008-158 d.d. 23 december 2008 (‘40 Dagen zonder seks’).

²⁴ Hoofdstuk 5 van de Leidraad d.d. april 2007, gepubliceerd op <www.rvdj.nl>.

3. *De aansprakelijkheid van beheerders van websites voor discriminerende uitlatingen van gebruikers op die website. Tot welke activiteiten noopt deze aansprakelijkheid? Rust op de aanbieder van een website de verplichting gebruikers aan te spreken op de inhoud van hun uitlatingen of hen bij discriminerende uitlatingen te verwijderen? Zo ja, wat is hiervan de rechtsgrond? Welke rol vervullen hierbij zogenoemde disclaimers?*

Zie paragraaf 3. De passieve aanbieder van een website (platform etc.) hoeft geen boodschap aan de boodschap te hebben. Van hem kan in beginsel niet worden verlangd dat hij toezicht houdt op de via zijn website aangeboden informatie. De aansprakelijkheidspositie verandert zodra hij kennis heeft of redelijkerwijs kan hebben van de onrechtmatigheid van de informatie.

4. *De verhouding van het discriminatieverbod tot de vrijheid van meningsuiting/persvrijheid en andere beschermde vrijheden die in het geding kunnen zijn. Het gaat daarbij zowel om rechten en vrijheden van beheerders, als om de vrijheden en rechten van gebruikers van websites. Onder welke omstandigheden is het discriminatieverbod begrensd?*

Zie paragraaf 2. Als meerdere grondrechten in het geding zijn, zal een afweging moeten worden gemaakt. Ook aan de vrijheid van meningsuiting/persvrijheid komt gewicht toe. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens valt af te leiden dat dit gewicht groter is wanneer het medium een bijdrage aan het maatschappelijk debat beoogt. De tegenwerping dat afgewezen gebruikers wellicht ook een bijdrage aan een maatschappelijk debat hadden willen leveren, krijgt bij het EHRM weinig weerklank. In het Appleby-arrest heeft het EHRM overwogen dat het grondrecht van artikel 10 EVRM 'does not bestow any freedom of forum for the exercise of that right'. Alleen als de eigenaar van een forum een monopoliepositie bezit, waardoor de essentie van de uitingsvrijheid van gebruikers wordt bedreigd, kan er een positieve verplichting op de Staat rusten om de vrijheid van de eigenaar aan banden te leggen.²⁵ Ook is denkbaar dat het discriminerende beleid van de beheerder van een discussieforum zo stuitend is, dat een beperking van diens vrijheid reeds op die grond legitiem is.

²⁵ EHRM 6 mei 2003, Appleby vs Verenigd Koninkrijk, appl. 44306/98, r.o. 47.

5. *Gelden voor media afwijkende regels? Zo ja, onder welke omstandigheden? Wanneer kan een website worden geschaard onder het begrip ‘media’*

Zie paragraaf 2. Nieuwsmedia hebben meer ruimte dan andersoortige (commerciële) platforms. Richtlijn 2004/113/EG over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij het aanbieden van goederen en diensten bevat in artikel 3, derde lid, een expliciete uitzondering voor ‘media-inhoud’. We moeten er echter mee leren leven dat het begrip ‘nieuwsmedium’ minder scherp te definiëren valt dan vroeger. Twitter is soms een nieuwsmedium, maar heel vaak niet. Bij de uitleg van het vergelijkbare begrip ‘journalistic purposes’ in artikel 9 van de Privacyrichtlijn oordeelde het Hof van Justitie dat lidstaten een ruime beleidsvrijheid hebben invulling te geven aan dit begrip. Een commerciële sms-dienst waarmee men de belastinggegevens van particuliere burgers in Finland kon opvragen, was volgens het Hof niet bij voorbaat uitgezonderd.²⁶

²⁶ HvJ EG 16 december 2008, *Tietosuojavaltuutettu vs Satakunnan Markkkinapörssi Oy en Satamedia Oy*, C-73/07, CMLRev., Vol. 47-1 (2010), p. 215-233, m.nt. A.W. Hins.