

## De skifoto's van Willem-Alexander

Eind augustus 2009 was het een thema voor alle televisiejournals. Willem-Alexander, Máxima en hun drie dochters waren in de zomer op vakantie gegaan naar Argentinië voor een skivakantie. De bestemming hadden zij opzettelijk geheim gehouden om tijdelijk verlost te zijn van nieuwsgierige 'paparazzi'. Bij wijze van tegenprestatie had het kroonprinselijke paar van tevoren een fotosessie in Wassenaar georganiseerd in de hoop dat de pers hen tijdens de vakantie met rust zou laten. Die vlieger ging niet op. Het gezin werd in Argentinië ontdekt en gefotografeerd door een medewerker van het Amerikaanse persbureau Associated Press (AP) en een freelance fotograaf die zijn foto's verkocht aan AP. Handelde AP vervolgens onrechtmatig door de foto's op een 'satellite stream' aan te bieden aan de Nederlandse media? Ja, zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Amsterdamse rechtbank op 28 augustus 2009. Na een afweging van de vrijheid van meningsuiting enerzijds en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer anderzijds, verbood de voorzieningenrechter AP iedere verdere openbaarmaking en het te koop aanbieden van vier foto's die in de procedure op tafel hadden gelegen.

Door veel juristen wordt deze uitspraak gezien als een negatief punt voor de persvrijheid in Nederland. De voorzieningenrechter zou onvoldoende onder ogen hebben gezien dat er belangrijke verschillen zijn met het EHRM-arrest Caroline von Hannover uit 2004. Ook toen ging het om een 'royalty' die tegen haar zin was gefotografeerd en die opkwam tegen de publicatie van foto's van haar privéleven. Een verschil is echter dat Willem-Alexander een officiële functie heeft als troonopvolger en daarvoor ook een salaris ontvangt. Bovendien was Caroline gefotografeerd op afgeschermd terrein, terwijl de Oranjes zich bevonden op een open skipiste. Tenslotte zou men kunnen stellen dat de foto's van Caroline geen enkel maatschappelijk belang dienden, terwijl de vakantie van Willem-Alexander en zijn gezin tot op zekere hoogte verband hield met een maatschappelijk debat. De kosten van het koningshuis stonden in 2009 enkele malen op de agenda van de Tweede Kamer. Er zijn echter ook positieve punten voor de persvrijheid. De eisers hebben lang niet alles gekregen waarom zij vroegen. Zo heeft de voorzieningenrechter het verbod uitdrukkelijk beperkt tot vier concrete foto's. De vordering om AP te verbieden in de toekomst andere privéfoto's te koop aan te bieden werd afgewezen. Bovendien maakte de rechter een strikt onderscheid tussen het maken en publiceren van foto's. Ter zitting hadden de eisers al gezegd geen bezwaar te hebben tegen het maken van foto's in een privésituatie in de publieke ruimte door niet-professionele fotografen, zolang die foto's niet worden gepubliceerd en slechts in de beperkte kring van familie en vrienden van de fotograaf worden getoond. De voorzieningenrechter voegde daaraan toe dat in beginsel ook professionele fotografen in een privésituatie in de publieke ruimte foto's kunnen maken, zolang dit niet heimelijk en op een gepaste afstand gebeurt. Het vonnis bepaalt letterlijk:

'Een gemaakte foto die aanvankelijk niet mag worden gepubliceerd, kan eventueel later nieuwswaarde krijgen of een bijdrage leveren aan een publiek debat over een onderwerp van maatschappelijk belang, waardoor publicatie wel is gerechtvaardigd. Concreet betekent dit dat AP in sommige gevallen eerst niet en eventueel later wel een foto op de "satellite stream" mag plaatsen'.

Met deze laatste overweging gaf de voorzieningenrechter impliciet een draai aan het arrest Reklos tegen Griekenland dat op 15 januari 2009 was gewezen door het EHRM. In die zaak ging het om een foto die de fotograaf van een ziekenhuis had gemaakt van een pas geboren baby zonder dat de

ouders toestemming hadden gegeven. Toen het ziekenhuis weigerde de negatieven af te geven stapten de ouders naar de nationale rechter die hen in het ongelijk stelde. Een klacht bij het EHRM slaagde wel. Hoewel er geen sprake was van een publicatie oordeelde het EHRM dat het recht op privacy alleen al door het maken van de foto's geschonden was. De relevante passage van het Hof in Straatsburg luidt:

'As a person's image is one of the characteristics attached to his or her personality, its effective protection presupposes, in principle and in circumstances such as those of the present case (see paragraph 37 above), obtaining the consent of the person concerned at the time the picture is taken and not simply if and when it is published. Otherwise an essential attribute of personality would be retained in the hands of a third party and the person concerned would have no control over any subsequent use of the image.'

Potentieel is dit een grote bedreiging voor de persvrijheid. Als een persfotograaf alle negatieven moet afstaan aan de geportretteerde, vervalt de mogelijkheid deze in een later stadium te publiceren. Dat is vooral te betreuren wanneer de foto's later waardevolle informatie hadden kunnen geven over een maatschappelijk belangrijke kwestie. Het is daarom nuttig de nadruk leggen op de woorden 'in circumstances such as those of the present case'. Eerder in het arrest had het EHRM overwogen dat de pas geboren baby 'did not knowingly or accidentally lay himself open to the possibility of having his photograph taken in the context of an activity that was likely to be recorded or reported in a public manner.' Op een open skipiste bestaat een andere situatie. Skiërs moeten er rekening mee houden dat hun bezigheid de aandacht trekt. Een verbod op het fotograferen als zodanig is eerder te rechtvaardigen als het gaat om foto's die met een telelens zijn gemaakt door de ramen van iemands woning. Voor het slachtoffer is het belastend om te weten dat dergelijke foto's ergens in een archief worden bewaard en ooit weer kunnen opduiken. Thuis heeft men het recht om onbespied zichzelf te zijn.

Het Nederlandse vonnis in de zaak van de skifoto's gaat niet over het afstaan van de negatieven en verbiedt uitsluitend de openbaarmaking en de verkoop aan de media. Dat laatste verbod roept vraagtekens op. Volgens de Amsterdamse voorzieningenrechter kan van AP gevergd worden dat zij de foto's niet 'klakkeloos' op de satellite stream plaatst, maar eerst een rechtmatigheidstoets uitvoert. Dat betekent dat het persbureau van geval tot geval zou moeten nagaan of een inbreuk op het portretrecht van de Oranjes wordt gerechtvaardigd door de nieuwswaarde daarvan. Dat is wel veel gevraagd van een internationaal persbureau dat vanuit de Verenigde Staten werkt. Nederlandse media kunnen beter beoordelen welke privéfoto's van Willem- Alexander c.s. op een bepaald moment nieuwswaardig zijn. Het zou dus logischer zijn wanneer de eisers hun pijlen uitsluitend hadden gericht op de Nederlandse media die de foto's wilden publiceren. In de gegeven omstandigheden hadden verschillende media na een sommatie al toegezegd daarvan te zullen afzien. Het lijkt overtrokken om vervolgens het persbureau voor de rechter te slepen, maar de voorzieningenrechter zag daar geen bezwaar in.

### **Bronbescherming van journalisten**

Op 23 juli 2009 deed de voorzieningenrechter van de rechtbank te Amsterdam uitspraak in een kort geding tussen De Telegraaf e.a. en de Staat der Nederlanden. Tot de eisers behoorden onder meer de NVJ en het Nederlands Genootschap van Hoofdredacteuren. De Algemene Inlichtingen en Veiligheidsdienst (AIVD) had uit twee berichten in De Telegraaf de conclusie getrokken dat de journaliste Van der Graaf contacten onderhield met een 'lek' en staatsgeheimen in haar bezit had. Om de identiteit van het lek te achterhalen zette de AIVD verschillende opsporingsbevoegdheden in, omschreven in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv 2002). Van der Graaf werd telefonisch afgeluisterd, geobserveerd en gevolgd en even later vond een doorzoeking plaats in haar

woning. Daarbij werden diverse voorwerpen in beslag genomen. Ook een collega van Van der Graaf werd afgeluisterd, alsmede de hoofdredacteur. De Telegraaf e.a. vorderden dat de AIVD de activiteiten onmiddellijk moest staken en dat de verkregen informatie niet mocht worden gebruikt. Eisers deden daarbij een beroep op het recht op journalistieke bronbescherming, erkend in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Dit recht omvat niet alleen het recht om als getuige te weigeren een verklaring af te leggen. In diverse arresten heeft het EHRM bepaald dat de Staat het recht op bronbescherming ook niet op andere wijze mag frustreren, bijvoorbeeld door een huiszoeking.

De Telegraaf heeft een zekere reputatie op te houden als strijder voor het recht op bronbescherming. Op 25 maart 2008 en 11 juli 2008 wees de Hoge Raad twee arresten over dit onderwerp waarbij De Telegraaf partij was. Omdat zij slechts gedeeltelijk in het gelijk werd gesteld, heeft de krant over beide zaken een klacht ingediend bij het EHRM. Hoe het EHRM over de twee klachten zal beslissen is nog niet bekend. Bij de voorzieningenrechter van de Amsterdamse rechtbank boekten De Telegraaf en haar mede-eisers op 23 juli 2009 wel een overwinning. Volgens deze rechter had de AIVD onvoldoende terughoudendheid betracht. Ten aanzien van Van der Graaf werd het voorbehoud gemaakt dat zij nog een klacht moest indienen bij de minister van Binnenlandse Zaken, zodat de Commissie van Toezicht voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten de gelegenheid zou krijgen zich over de kwestie uit te spreken. In het feitelijke overzicht van deze monitor is na te lezen dat het Hof te Amsterdam op 13 oktober 2009 het vonnis van de voorzieningenrechter heeft bekrachtigd en dat de Commissie van Toezicht op 10 november 2009 aan de minister van Binnenlandse Zaken heeft geadviseerd de ingediende klacht grotendeels ge grond te verklaren. Op 4 december 2009 heeft de minister besloten dit advies over te nemen.

Eind goed, al goed? Natuurlijk zou het beter zijn wanneer het recht op bronbescherming al in de opsporingsfase wordt gerespecteerd en niet pas bij de rechter. 'Justice delayed is justice denied' zei William Gladstone in de 19e eeuw. Het is nuttig eraan te herinneren dat Nederland op dit moment geen wettelijke regeling kent inzake de journalistieke bronbescherming. Dankzij artikel 10 EVRM en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens moet dit recht worden gerespecteerd, maar hoeveel ambtenaren hebben een jurisprudentiebundel van het EHRM op hun bureau staan? Wellicht zou Nederland in navolging van België moeten besluiten het bronnengeheim alsnog bij wet te regelen, bijvoorbeeld in het Wetboek van Strafvordering. De laatste jaren heeft Nederland geen goede indruk gemaakt wat betreft dit onderwerp. In het arrest Voskuil tegen Nederland van 22 november 2007, inzake het gijzelen van een journalist die weigerde zijn bron te onthullen, overwoog het EHRM:

'Whatever the consequences might have been for the source, the Court is struck by the lengths to which the Netherlands authorities were prepared to go to learn his or her identity. Such far-reaching measures cannot but discourage persons who have true and accurate information relating to wrongdoing of the kind here at issue from coming forward and sharing their knowledge with the press in future cases.'

Unaniem oordeelde het EHRM in het Voskuil-arrest dat Nederland de persvrijheid had geschonden.

Op 31 maart 2009 ontsnapte ons land ternauwernood aan een veroordeling in de zaak Sanoma tegen Nederland. In deze zaak ging het om de inbeslagname van een cd-rom met foto's van een illegale straatrace, gemaakt door journalisten van het blad Autoweek. Probleem was dat de journalisten aan de deelnemers geheimhouding hadden toegezegd. Met de kleinst mogelijke meerderheid van vier tegen drie oordeelde het EHRM dat de persvrijheid (artikel 10 EVRM) weliswaar was beperkt, maar dat de beperking in de bijzondere omstandigheden van het geval gerechtvaardigd was. Van harte ging het niet, want de meerderheid concludeerde:

'The Court is bound to agree with the Regional Court that the actions of the police and the public prosecutors were characterised by a regrettable lack of moderation (...). Even so, in the very particular circumstances of the case, the Court finds that the reasons advanced for the interference complained of were "relevant" and "sufficient" and "proportionate to the legitimate aims pursued". There has accordingly been no violation of Article 10 of the Convention.'

De zaak heeft zoveel principiële aspecten dat een college van vijf rechters van het EHRM op 14 september 2009 heeft besloten een verzoek van Sanoma om verwijzing naar de Grote Kamer te aanvaarden. Een arrest van de Grote Kamer wordt in 2010 verwacht.

Naar aanleiding van het Voskuil-arrest publiceerde de minister van Justitie op 29 oktober 2008 een conceptwetsvoorstel dat beoogt een zwijgrecht voor journalisten in strafzaken in te voeren. De zaak Sanoma en de twee klachten van De Telegraaf doen de vraag rijzen of de reikwijdte van het voorstel niet te beperkt is. Waarborgen tegen de inbeslagneming van journalistiek materiaal, doorzoekingen en telefoontaps zijn evenzeer nodig om bronnen de zekerheid te geven dat zij onbevreesd kunnen spreken met de media. Zulke waarborgen ontbreken in het conceptvoorstel. Veel wetgevende creativiteit is niet vereist, want het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft hierover een gedetailleerde aanbeveling op papier gezet. Deze is in het Sanoma-arrest van 31 maart 2009 integraal geciteerd. Het is de vraag of de regering deze voorzet zal willen inkopen. Begin 2010 heeft de Raad van State een advies over het conceptwetsvoorstel vastgesteld, maar het definitieve voorstel is nog niet bij de Tweede Kamer ingediend. Zolang dit niet is gebeurd, is het advies volgens artikel 25a van de Wet op de Raad van State geheim.

### **Openbaarheid van overheidsinformatie**

De Nederlandse Wet openbaarheid van bestuur (Wob) kent een paar hoofdregels die deels uit de jurisprudentie voortvloeien en deels in de wet zijn vastgelegd. Tot die regels behoren:

- openbaarheid voor de één is openbaarheid voor een ieder;
- eens openbaar is altijd openbaar;
- degene die om openbaarmaking verzoekt hoeft geen belang aan te tonen (art. 3, lid 3 Wob);
- openbaarheid is een algemeen belang waarvan het gewicht niet van geval tot geval varieert (art. 2, lid 1 Wob).

Een ander belangrijk kenmerk van de Wob is dat de wet alleen betrekking heeft op documenten die berusten bij een bestuursorgaan. De definitie van het begrip 'bestuursorgaan' is neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Sommige instanties zijn door de Awb expliciet uitgezonderd. Het rijtje uitzonderingen in artikel 1:1, tweede lid, Awb is tamelijk omvangrijk. Men treft daarin onder meer aan: de Kamers van de Staten-Generaal, rechterlijke colleges, de Raad van State, de Algemene Rekenkamer, de Nationale ombudsman en de commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Zij vallen dus allemaal buiten de reikwijdte van de Wob.

In 2006 heeft de Wageningse hoogleraar Bernt van der Meulen in opdracht van de regering een voorontwerp voor een Algemene wet overheidsinformatie ontworpen die de Wob zou moeten vervangen. De nieuwe wet zou op veel meer organen van de overheid van toepassing zijn, zoals de rechtsprekende macht. Op 27 november 2008 deelde minister Ter Horst van Binnenlandse Zaken mondeling aan de Tweede Kamer mee dat zij weinig heil zag in het voorstel. Op 21 december 2009 stelde het lid Peters (GroenLinks) schriftelijke vragen aan de minister, waarin zij vroeg welke elementen uit het voorontwerp de minister wel zou willen overnemen. Het antwoord kwam begin 2010. De minister schrijft daarin dat een kabinetsreactie op het voorontwerp van prof. Van der

Meulen nog in voorbereiding is. Zeker na de val van het kabinet is het onwaarschijnlijk dat de regering op korte termijn een wetsvoorstel tot herziening van de Wob zal indienen.

De belangrijkste ontwikkeling op het gebied van de openbaarheid van overheidsinformatie in het jaar 2009 komt niet uit Nederland, maar uit Europa. Vaak is verondersteld dat het grondrecht om inlichtingen te ontvangen, neergelegd in artikel 10 EVRM, geen plicht aan de overheid zou opleggen om actief informatie te verschaffen. Artikel 10 EVRM is een afweerrecht en geen recht op openbaarheid van bestuur, zo wordt vaak gezegd. Deze stelling moet worden genuanceerd als gevolg van het EHRM-arrest *Társaság a Szabadságjogokért* tegen Hongarije van 14 april 2009. In Hongarije had de hoogste rechter van het land geweigerd documenten uit een rechtszaak beschikbaar te stellen aan een maatschappelijke organisatie die een publiek debat wilde aanzwengelen. Het EHRM kwam na enkele principiële overwegingen unaniem tot de conclusie dat de weigering een inbreuk op artikel 10 EVRM opleverde:

‘(The Court) considers that the present case essentially concerns an interference – by virtue of the censorial power of an information monopoly – with the exercise of the functions of a social watchdog, like the press, rather than a denial of a general right of access to official documents. In this connection, a comparison can be drawn with the Court’s previous concerns that preliminary obstacles created by the authorities in the way of press functions call for the most careful scrutiny (...). Moreover, the State’s obligations in matters of freedom of the press include the elimination of barriers to the exercise of press functions where, in issues of public interest, such barriers exist solely because of an information monopoly held by the authorities. The Court notes at this juncture that the information sought by the applicant in the present case was ready and available (...) and did not require the collection of any data by the Government. Therefore, the Court considers that the State had an obligation not to impede the flow of information sought by the applicant.’

Enkele weken later, op 26 mei 2009, oordeelde het EHRM in dezelfde zin in de zaak *Kenedi* tegen Hongarije. Deze keer ging het om een historicus die onderzoek deed naar de geschiedenis van de Hongaarse geheime dienst. Kenedi mocht de documenten alleen inzien wanneer hij een verklaring zou ondertekenen waarin hij vertrouwelijkheid beloofde. Daarmee ging de historicus niet akkoord, omdat hij juist een publicatie over dit onderwerp wilde schrijven. Wederom oordeelde het EHRM dat de weigering door de overheid om informatie te verschaffen een beperking opleverde van artikel 10 EVRM die niet gerechtvaardigd kon worden in een democratische samenleving.

Wat is de praktische betekenis van deze arresten voor Nederland? In de eerste plaats valt op dat het EHRM het recht op informatie niet beperkt tot bestuursorganen die onder de Wob vallen. In de zaak *Társaság a Szabadságjogokért* berustte de gewenste informatie bij het Constitutionele Hof van Hongarije, dat in Nederland beschouwd zou worden als een ‘onafhankelijk bij de wet ingesteld orgaan dat met rechtspraak is belast’ in de zin van artikel 1:1, tweede lid, Awb en dus niet als een bestuursorgaan. In de tweede plaats kan zich de situatie voordoen dat een bestuursorgaan de gevraagde informatie moet weigeren, omdat sprake is van een absolute weigeringsgrond als bedoeld in artikel 10, eerste lid, van de Wob. Dat geldt bijvoorbeeld voor documenten die de eenheid van de Kroon in gevaar ‘zouden kunnen’ brengen en bij documenten met bedrijfsgeheimen die vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld. In die gevallen mag het bestuursorgaan geen afweging maken. Deze verplichting laat zich moeilijk verenigen met de plicht op grond van het EVRM om nu juist wel de betrokken belangen tegen elkaar af te wegen.

De conclusie is dat in bepaalde gevallen artikel 10 EVRM meer rechten geeft om informatie van de overheid te ontvangen. Voor deze aanvullende bescherming gelden eigen spelregels. Het motief van degene die de informatie opvraagt is in het licht van artikel 10 EVRM – anders dan op grond van de Wob – wel belangrijk. Journalisten en andere ‘social watchdogs’ die een bijdrage willen leveren aan

een maatschappelijk debat hebben een streepje voor ten opzichte van particulieren die alleen hun eigen belang nastreven. Het belang van openbaarheid varieert bovendien per onderwerp. Handhaving van een informatiemonopolie van de overheid is vooral schadelijk als de informatie betrekking heeft op 'issues of public interest'. Dat blijkt uit de zojuist besproken EHRM-arresten. Tenslotte kan een rol spelen of de informatie weliswaar niet openbaar is gemaakt op grond van de Wob, maar feitelijk is uitgelekt. Op 27 mei 2009 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in een zaak die was aangespannen door de Volkskrant dat de hoofdregel van de Wob 'eens openbaar is altijd openbaar' in zo'n geval niet opgaat. Bij de toepassing van artikel 10 EVRM ligt dat anders. Het belang van geheimhouding werpt immers minder gewicht in de schaal wanneer het geheim toch al geschonden is.

De ontwikkeling van de Straatsburgse jurisprudentie zou een extra impuls kunnen krijgen door de Council of Europe Convention on Access to Official Documents, gesloten te Tromsø op 18 juni 2009. Bij de voorbereiding heeft de Nederlandse parlementariër Klaas de Vries als rapporteur een belangrijke rol gespeeld. Ook bij andere gelegenheden trad Nederland vaak op als voorvechter van meer openbaarheid van bestuur. Het is een beetje teleurstellend te moeten constateren dat Nederland zich niet bevindt bij de twaalf eerste ondertekenaars. Overigens zal de Conventie pas in werking treden nadat tien lidstaten deze niet alleen hebben ondertekend, maar ook geratificeerd. Op 12 april 2010 waren er nog maar twee ratificaties ontvangen: van Noorwegen en van Hongarije.