

Persvrijheid en privacy

Vermelding verdient het voorontwerp van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering, dat het ministerie van Justitie op 28 juli 2010 openbaar maakte. Het voorstel wordt aangeduid als Wet versterking bestrijding computercriminaliteit (zie 2.2.4 hierboven). Op twee manieren beoogt het wetsvoorstel de privacy te beschermen. In de eerste plaats wordt voorgesteld de strafbaarheid van het heimelijk opnemen van gesprekken te verruimen. Tot op heden is alleen het aftappen en opnemen van een gesprek waar de dader zelf niet aan deelneemt strafbaar. Het wetsontwerp wil nu ook het heimelijk opnemen van een gesprek door één van de deelnemers strafbaar stellen, zelfs als de opname alleen voor eigen gebruik is gemaakt. In de tweede plaats wordt voorgesteld om de strafbaarheid van ‘heling’ en ‘verduistering’, misdrijven die van oudsher betrekking hebben op tastbare goederen, uit te breiden naar gegevens. De toelichting merkt hierover het volgende op:

Zo wordt de persoon strafbaar die rechtmatige toegang heeft tot in een computer opgeslagen persoonlijke gegevens betreffende een bekende Nederlander, en die deze gegevens kopieert. Voorts worden personen strafbaar die uit de computer van anderen ontvreemde gegevens tot hun beschikking hebben en/of op het internet plaatsen, zoals het geval was bij de digitale naaktfoto's van een bekende presentatrice. Hiermee zal ook degene die zich erop beroept deze gegevens niet zelf te hebben ontvreemd, maar van een derde te hebben verkregen, strafbaar zijn. Daardoor worden ook gedragingen strafbaar die kunnen worden beschouwd als ‘heling’ van computergegevens.

Beide voorstellen kunnen een probleem worden voor journalisten. Laten we beginnen met de strafbaarheid van het heimelijk opnemen van een gesprek waaraan men zelf deelneemt. Natuurlijk is het fatsoenlijk een geïnterviewde van te voren te vragen of hij of zij bezwaar heeft tegen het opnemen van het interview. Er zijn echter uitzonderingen, zoals de Leidraad van de Raad voor de Journalistiek erkent. Een journalist kan volgens de Leidraad van de fatsoensregel afwijken ‘als hem geen andere weg open staat om een ernstige misstand aan het licht te brengen of een zaak van maatschappelijk belang scherper te belichten, mits de werkwijze geen onevenredige inbreuk maakt op de privacy en de veiligheid van betrokkenen’ (Artikel 2.1.6 van de Leidraad van de Raad voor de Journalistiek).

Het ministerie had bovendien onderscheid moeten maken tussen verschillende doeleinden waarmee wordt opgenomen. Is het doel om vast te leggen wat de geïnterviewde precies heeft gezegd? Of is het doel een integrale uitzending via de televisie? Illustratief is het civiele kort geding tegen SBS, Endemol en Peter R. de Vries over het uitzenden van een heimelijk opgenomen gesprek in een tbs-kliniek (hierboven 3.3.5). Het uitzenden van de beelden mocht niet, letterlijk citeren uit het opgenomen materiaal wel. Als de opgenomen beelden of geluidsopnamen niet worden verspreid en worden gewist zodra zij niet meer nodig zijn, is de schade voor de privacy minder groot. Schade aan de privacy moet in ieder geval worden afgewogen tegen het belang dat een journalist erbij heeft over bewijsmateriaal te beschikken wanneer hij in rechte wordt aangesproken. In september 2010 heeft de Raad voor de Journalistiek dan ook besloten de Leidraad aan te vullen met een bepaling die het opnemen van telefoongesprekken zonder toestemming mogelijk maakt, ‘wanneer dit nodig is om een onbetwistbare en zo adequaat mogelijke weergave van het besprokene te kunnen publiceren’ (Artikel 2.1.7 van de Leidraad).

Het ministerie van Justitie (sinds kort: Veiligheid en Justitie) had wel enig oog voor het belang van de persvrijheid. Het afluisteren of opnemen wordt alleen strafbaar wanneer dit 'wederrechtelijk' is. In de toelichting staat dat deze wederrechtelijkheid ontbreekt 'in het uitzonderlijke geval dit noodzakelijk is om misstanden aan de kaak te stellen en dit belang zwaarder weegt dan de belangen die gemoeid zijn met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de deelnemers aan de communicatie'. Dit voorbehoud is echter te mager. Gewoonlijk heeft het woord 'wederrechtelijk' de betekenis van 'zonder toestemming van de rechthebbende'. In dit geval is het ontbreken van toestemming van de gesprekspartner het belangrijkste bestanddeel van het strafbare feit. Bescherming van de persvrijheid vergt daarnaast een uitdrukkelijke bepaling in de wet zelf, zodat men niet gedwongen is telkens de memorie van toelichting te raadplegen. Bovendien is het criterium in de toelichting te restrictief. Dat een journalist kan bewijzen dat hij correct heeft geciteerd, is niet alleen in 'uitzonderlijke' gevallen belangrijk.

Dan het tweede voorstel: de bepalingen tegen het verduisteren en helen van informatie. Het verbod om wederrechtelijk gegevens over te nemen uit een computer waartoe men rechtmatig toegang heeft verkregen (verduistering), kan worden toegepast tegen potentiële bronnen die een misstand willen melden. Journalisten kunnen wegens heling worden gestraft wanneer zij wisten of redelijkerwijs konden vermoeden dat de bron wederrechtelijk handelde. De jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft echter laten zien dat zowel klokkenluiders als journalisten die gelekte informatie doorgeven, in principe beschermd worden door artikel 10 EVRM (Voor klokkenluiders zie EHRM (Grote Kamer) 12 februari 2008, no. 14277/04, Guja vs Moldavië. Voor het via de radio uitzenden van een afgetapt telefoongesprek tussen twee politici zie EHRM 19 december 2006, no. 62202/00, Radio Twist vs Slowakije).

Vreemd genoeg besteedt de memorie van toelichting geen aandacht aan dit grondrechtelijke aspect. Ons advies aan de wetgever zou zijn een uitzondering toe te voegen, zoals bij de strafbaarstelling van smaad. Artikel 261, derde lid, Wetboek van Strafrecht luidt: 'Noch smaad, noch smaadschrift bestaat voor zover de dader heeft gehandeld tot noodzakelijke verdediging, of te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het te last gelegde waar was en dat het algemeen belang de telastlegging eiste.'

Persvrijheid en openbare orde

Eén van de opvallendste blikvangers was het arrest van de Grote Kamer van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 14 september 2010 in de zaak Sanoma tegen Nederland (zie paragraaf 2.3.2). Nederland werd met zeventien stemmen tegen nul veroordeeld wegens schending van artikel 10 EVRM. Het systeem van artikel 96a Wetboek van Strafvordering blijkt niet te deugen. Volgens deze bepaling kan een opsporingsambtenaar zonder rechterlijke machtiging bevelen dat een voorwerp ter inbeslagneming wordt uitgeleverd. Problemen ontstaan wanneer een dergelijk bevel gegeven wordt aan een journalist en wanneer het voorwerp de politie zou kunnen helpen de identiteit van een bron te achterhalen. Bekend is dat het recht om bronnen geheim te houden beschermd wordt door artikel 10 EVRM, al kan in zeer bijzondere gevallen dit recht opzij worden gezet ten behoeve van een nog zwaarder wegend algemeen belang ('an overriding requirement in the public interest'). Is een opsporingsambtenaar de juiste instantie om vast te stellen of sprake is van een 'bron' en of een uitzondering mag worden gemaakt op de hoofdregel van bronbescherming? De vraag stellen is al bijna hem beantwoorden.

Bij de gewone kamer van het EHRM was Nederland in 2009 nog aan een veroordeling ontsnapt doordat de kamer er rekening mee hield dat in het concrete geschil rond het tijdschrift Autoweek wel degelijk een rechter was ingeschakeld. Dat was echter zonder wettelijke basis gebeurd en de rechter kon formeel alleen een advies geven. De Grote Kamer is op dit punt strenger dan de gewone kamer. De 17 rechters overwegen dat artikel 10, tweede lid, EVRM onder meer een eis van

rechtsstatelijkheid omvat. Er moeten 'adequate procedural safeguards' zijn. Voor het EHRM is het essentieel dat een onafhankelijke instantie alle belangen afweegt voordat de overheid toegang krijgt tot de gewenste informatie. Het Openbaar Ministerie is niet geschikt om deze taak over te nemen omdat het 'partij' is in de zaak en belangen moet verdedigen die haaks staan op het belang van journalistieke bronbescherming. De omstandigheid dat in de Autoweek-zaak op informele basis een rechter was ingeschakeld, was voor de Grote Kamer niet relevant. Het Openbaar Ministerie had het advies van de rechter naast zich neer kunnen leggen. Ook de mogelijkheid van een beroepsprocedure achteraf vormde geen rechtvaardiging, omdat het Openbaar Ministerie in de tussentijd de gegevens al had kunnen inzien.

De vraag is nu of dit arrest consequenties moet hebben voor het wetvoorstel bronbescherming in strafzaken, dat nog steeds niet bij de Tweede Kamer is ingediend. Moet artikel 96a Wetboek van Strafvordering worden gewijzigd? Volgens Harm Brouwer, voorzitter van het College van Procureurs-Generaal, zou een interne aanwijzing, inhoudende dat officieren van justitie voortaan eerst toestemming moeten vragen aan een rechter-commissaris, volstaan. Naar onze mening is dat onvoldoende. In de eerste plaats moet volgens r.o. 96 van het Sanoma-arrest sprake zijn van een harde verplichting. De aanduiding 'richtsnoer', die tijdens de NVJ/VMC-studiedag op 11 november 2010 werd gehanteerd, suggereert dat een officier van justitie in bijzondere gevallen mag besluiten om toch geen voorafgaande toestemming te vragen. In de tweede plaats is een oordeel van de rechter-commissaris zonder wettelijke basis niet meer dan een advies. Dat wordt afgekeurd in r.o. 97 van het arrest. Het Hof voegt daaraan toe dat elk van beide gebreken op zichzelf al tot strijd met artikel 10 EVRM leidt. Een wijziging van artikel 96a Wetboek van Strafvordering lijkt ons daarom onvermijdelijk.

De gevolgen van het Sanoma-arrest strekken echter verder dan het terrein van de bronbescherming. Het arrest onderstreept dat beperkingen van de persvrijheid moeten voldoen aan de eisen van de rechtsstaat. Voorafgaande inschakeling van een rechter kan noodzakelijk zijn. Dat brengt ons terug bij het voorontwerp van Wet versterking bestrijding computercriminaliteit. Het voorontwerp bevat namelijk naast de zojuist besproken bepalingen over privacy een derde voorstel. Het Openbaar Ministerie zou de bevoegdheid krijgen complete websites en communicatiediensten af te sluiten als dat nodig is om toekomstige strafbare feiten te voorkomen. Dit doet sterk denken aan het opleggen van een publicatieverbod voor een tijdschrift. Het minste wat men daarover kan zeggen is dat een rechterlijke toetsing meer garanties biedt. Ook een rechterlijk verbod komt echter in de gevarezone. Volgens vaste jurisprudentie bij artikel 7 van de Grondwet mag een rechter alleen een publicatieverbod opleggen wanneer hij nauwkeurig omschrijft wat de veroordeelde moet nalaten. Recente arresten van het EHRM geven aan dat het Hof in Straatsburg een vergelijkbare uitleg geeft aan artikel 10 EVRM (B.J. Koops, 'Tijd voor Computercriminaliteit III', NJB 2010, afl. 38, p. 2461-2466 en A.W. Hins, '[Computercriminaliteit en historisch besef](#)', Mediaforum 2010-10, p. 309.).

Persvrijheid en transparantie

Wat betreft het recht op toegang tot overheidsinformatie zijn zowel positieve als negatieve ontwikkelingen te signaleren. Negatief is dat de regering geen stappen heeft gezet om de Wet openbaarheid van bestuur te moderniseren. Zoals in de vorige monitor besproken, heeft het EHRM in het jaar 2009 twee arresten tegen Hongarije gewezen waaruit men kan afleiden dat ook de Nederlandse wetgeving inzake openbaarheid tekort schiet (EHRM 14 april 2009, NJ 2010, 209 [m.nt. E.J. Dommering](#) (Társasága Szabadságjogokért vs Hongarije) en EHRM 26 mei 2009, NJ 2009, 589 m.nt. P.J. Boon (Kenedi vs. Hongarije). Bovendien heeft de regering geen aanstalten gemaakt het Verdrag van Tromsø van 18 juni 2009 – the Council of Europe Convention on Access to Official Documents – alsnog te ondertekenen.

In opdracht van de NVJ hebben onderzoekers van de Rijksuniversiteit Groningen een empirisch onderzoek verricht naar de ervaringen van journalisten met het verkrijgen van toegang tot nieuwswaardige overheidsinformatie. Een samenvatting van hun rapport is als bijlage achter deze monitor opgenomen. De stand van zaken zoals die uit het Groningse onderzoek blijkt, kan men zowel positief als negatief waarderen. Eén van de conclusies luidt dat de kwaliteit van de primaire besluitvorming bij Wob-verzoeken niet goed is. Er worden significant meer bezwaarschriften gegrond verklaard dan in andere zaken. Het maken van bezwaar loont dus. In ruim de helft van de gevallen kregen de ondervraagde journalisten alsnog de gewenste documenten. Positief is dat de overheid zichzelf weet te corrigeren, maar het zou nog beter zijn wanneer de informatie meteen was verstrekt. 'News is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest', zo overwoog het EHRM in het arrest Sanoma tegen Nederland van 14 september 2010 (r.o. 70). Een trage afhandeling van Wob-verzoeken ondermijnt daarom de bedoeling van de wet, zoals die te vinden is in de considerans: 'een goede en democratische bestuursvoering'.

We eindigen deze monitor met een positief geluid. Enkele rechterlijke uitspraken waren goed nieuws voor de persvrijheid. Om te beginnen de uitspraken over het doorberekenen van kosten in verband met de behandeling van een Wob-verzoek (2.4.1). Zowel de rechtbank 's-Gravenhage op 28 april 2010 als de rechtbank Dordrecht op 22 december 2010 bepaalden dat heffen van leges voor de ambtelijke werkzaamheden niet is toegestaan. De wettelijke achtergrond is artikel 229, eerste lid, aanhef en onder b, van de Gemeentewet. Volgens beide rechtbanken is de verstrekking van informatie krachtens de Wob geen 'dienst' in de zin van de Gemeentewet, omdat daarvoor vereist is dat de werkzaamheden van de gemeente liggen buiten het gebied van de publieke taakuitoefening en de dienstverlening gericht is op een individueel belang. De Wob eist echter dat de overheid het algemene belang van openbaarheid van informatie in acht neemt. Wordt besloten dat een bepaald document openbaar is, dan is dit openbaar voor iedereen. De tijd die ambtenaren besteden aan de voorbereiding van een beslissing krachtens de Wob vloeit dus voort uit de algemene publieke taakuitoefening. Hooguit kunnen de kosten van gemaakte fotokopieën worden doorberekend, want deze papieren worden slechts aan de aanvrager verstrekt.

Een ander lichtpuntje is de uitspraak van de voorzieningenrechter te Utrecht van 11 november 2010 in de zaak Capgemini tegen de ministers van VROM en EZ. De omroepvereniging KRO fungeerde in deze procedure als derde belanghebbende. In afwijking van de traditionele jurisprudentie over de Wob overwoog de rechter in Utrecht dat bij de afweging van het algemene belang van openbaarheid en het specifieke belang van Capgemini bij geheimhouding, gelet moest worden op het journalistieke belang van in de eerste plaats de KRO. Het journalistieke belang speelde bovendien een rol bij de vraag of openbaarmaking nog even kon wachten. Nee, zo oordeelde de voorzieningenrechter, die uitdrukkelijk wees op 'het belang van KRO Reporter, die in verband met de nieuwswaarde belang heeft bij spoedige openbaarmaking van actuele informatie'. Het lijkt erop dat de voorzieningenrechter artikel 10 EVRM en de twee arresten tegen Hongarije in het achterhoofd had. Dat is echter speculatie, want de uitspraak zegt er niets over. De eerste uitdrukkelijke erkenning dat artikel 10 EVRM een rol moet spelen bij de behandeling van Wob-aanvragen zou pas komen in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 19 januari 2011 (ABRvS 19 januari 2011, Stichting Ontmoetingsruimte De Linkse Kerk vs B&W van Leiden, Mediaforum 2011-4, nr. 11 [m.nt. A.W. Hins.](#)). Maar dat is een zaak voor de volgende monitor!

Datum: 3 mei 2011