

## Persvrijheid en privacy

Is een journalist verplicht een voorgenomen publicatie die inbreuk zal maken op iemands privacy, vooraf ter inzage te geven aan de betrokkene? Op die manier krijgt het slachtoffer de kans in kort geding een publicatieverbod te vorderen. Pleitbezorgers van de persvrijheid zullen zeggen: censuur is verwerpelijk. Pleitbezorgers van de privacy zullen antwoorden: voorkomen is beter dan genezen. In Nederland bevat de Leidraad van de Raad voor de Journalistiek drie bepalingen over dit dilemma. Artikel 1.3: 'De journalist behoeft geen toestemming voor of instemming met een publicatie te hebben van degene over wie hij publiceert. Wel dient hij het belang dat met de publicatie is gediend, af te wegen tegen de belangen die eventueel door de publicatie worden geschaad.' Artikel 2.3.1: 'De journalist past, indien dit redelijkerwijs mogelijk is, wederhoor toe bij betrokkenen die door een publicatie worden gediskwalificeerd, ook wanneer zij hierin slechts zijdelings een rol spelen. De beschuldigde krijgt voldoende gelegenheid om, zonder onredelijke tijdsdruk, bij voorkeur in dezelfde publicatie te reageren op de aantijgingen'. Artikel 2.4.3: 'De journalist publiceert geen foto's en zendt geen beelden uit die zijn gemaakt van personen in niet-algemeen toegankelijke ruimten zonder hun toestemming, en gebruikt evenmin brieven en persoonlijke aantekeningen zonder toestemming van betrokkenen'. Van die laatste regel mag een journalist volgens artikel 2.4.5 alleen afwijken als een gewichtig maatschappelijk belang dit rechtvaardigt.

In 2011 wees het Europese Hof voor de rechten van de mens twee arresten waaruit blijkt dat het Hof negatief oordeelt over een harde verplichting tot het bieden van inzage vooraf. In de zaak Mosley t. Verenigd Koninkrijk ging het om een publicatie in het zondagblad 'News of the World' waar de onrechtmatigheid van afdroop (EHRM 10 mei 2011, Mosley t. Verenigd Koninkrijk, EHRC 2011/108 m.nt. A.W. Hins). Klager Mosley had van de nationale rechter een forse schadevergoeding gekregen wegens inbreuk op zijn privacy, maar dat was voor hem niet voldoende. Als multimiljonair heeft hij geld genoeg. De enige effectieve bescherming van zijn privacy zou zijn geweest een rechterlijk verbod vooraf. Die mogelijkheid was hem echter ontnomen omdat News of the World hem niet had gewaarschuwd dat de publicatie op komst was. Zijn klacht dat het Verenigd Koninkrijk een positieve verplichting tot bescherming van het recht op privacy had ge schonden, werd door het EHRM echter verworpen. Een 'prenotification requirement' zou een 'chilling effect' hebben op de persvrijheid. Enkele maanden later werd de lidstaat Polen wel op de vingers getikt. De Poolse strafrechter had een journalist veroordeeld wegens het publiceren van een interview zonder voorafgaande toestemming van de geïnterviewde. Dat was in strijd met de persvrijheid ([EHRM 5 juli 2011, Wizerkaniuk t. Polen, EHRC 2011/129 m.nt. A.W. Hins](#)).

Bovengenoemde arresten van het Europese Hof voor de Rechten sluiten niet uit dat een verplichting voor journalisten om vooraf inzage te bieden in een voorgenomen publicatie onder bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. Voldaan moet dan worden aan de eisen die artikel 10 EVRM aan beperkingen op de persvrijheid stelt, waaronder het vereiste dat de maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving. Artikel 7 van de Grondwet, dat de vrijheid van meningsuiting binnen Nederland regelt, is strenger. 'Niemand heeft voorafgaand verlov nodig om door de drukpers gedachten en gevoelens te openbaren (..)', aldus het eerste lid. Ook de formele wetgever mag geen censuur voorschrijven, zo wordt algemeen aangenomen. Tegen die achtergrond roept een arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage d.d. 15 november 2011 bedenkingen op. Het bedrijf Holland Casino vroeg in kort geding op grond van artikel 843a Wetboek van burgerlijke rechtsvordering inzage in het manuscript van een aangekondigd boek. De vordering werd door het

gerechtshof afgewezen, maar alleen omdat toewijzing in dit specifieke geval niet gerechtvaardigd zou zijn. Anders dan de rechter in eerste aanleg vond het hof niet dat de gevorderde inzage principieel ontoelaatbaar was. Het hof overwoog: 'Hiermee komt tevens de overweging van de voorzieningenrechter, dat inzage vooraf indirect tot een ontoelaatbare belemmering van de vrijheid van meningsuiting leidt, op losse schroeven te staan'(Gerechtshof 's-Gravenhage 15 november 2011, Holland Casino t. exwerknemer, [LJN: BU4306](#)). Het hoger beroep was ingesteld tegen Vزر. Rb. Rotterdam 25 oktober 2011, [LJN: BU1436](#)).

Naar onze mening is de benadering van het gerechtshof in strijd met artikel 7 Grondwet. Een rechterlijk verbod van een publicatie waarvan de inhoud bekend is, kan nog net door de beugel. Een rechterlijk bevel om een voorgenomen publicatie ter controle te overhandigen gaat over de schreef. Het moge zo zijn dat artikel 10 EVRM hiervoor in bijzondere omstandigheden de ruimte biedt, artikel 7 van de Grondwet kent die ruimte niet. In zo'n geval heeft het verderstreckende grondrecht uit de nationale Grondwet voorrang, zoals blijkt uit artikel 53 EVRM. We merken hierbij op dat in deze situatie geen sprake is van 'horizontale' (afgezwakte) werking van het grondrecht van vrijheid van meningsuiting. Elders in hetzelfde arrest overweegt het gerechtshof namelijk terecht dat de rechter onderdeel is van de Staat en uit dien hoofde de grondrechten ten volle moet respecteren.

Horizontale werking van grondrechten is wel aan de orde wanneer de rechter moet beslissen of het handelen van een journalist onrechtmatig is jegens een particulier. De vraag rijst dan in hoeverre het slachtoffer het grondrecht op privacy kan invoeren tegenover de journalist en of de journalist een rechtvaardigingsgrond kan ontlenen aan het grondrecht van vrije meningsuiting. Dergelijke vragen komen in iedere Persvrijheidsmonitor terug. Wij lichten het arrest Pretium Telecom t. TROS van het afgelopen jaar er even uit (HR 8 april 2011, Pretium Telecom t. TROS, NJ 2011, 449 [m.nt. E.J. Dommering](#), [LJN: BP6165](#)). Dit arrest is met name interessant omdat de Hoge Raad ingaat op de betekenis van de Leidraad van de Raad voor de Journalistiek voor het geldende recht. De Leidraad bevat zelf geen rechtsregels, aldus de Hoge Raad, maar vormt een 'omstandigheid die weliswaar in de regel gewicht in de schaal zal leggen, maar niet doorslaggevend behoeft te zijn'. Bovendien wijzen we alvast op een arrest van de Grote Kamer van het EHRM van 7 februari 2012 (Caroline von Vزر. Rb. Rotterdam 25 oktober 2011, [LJN:BU1436](#). Zie hierna paragraaf 4.2., dat ook over horizontale werking gaat. Het arrest biedt een verduidelijking van het bekende arrest Caroline von Hannover no. 1 uit 2004. Het publiceren van foto's van 'royalties' in hun privéleven maakt niet per definitie inbreuk op hun recht op privacy, zo oordeelt het Hof nu, wanneer de foto's functioneel zijn als illustratie bij berichtgeving over een zaak van algemeen belang. Door dit arrest heeft de persvrijheid terrein heroverd dat door een restrictieve uitleg van het arrest Caroline von Hannover no. 1 verloren leek te zijn gegaan.

### **Het recht op bronbescherming**

Op het eerste gezicht heeft het jaar 2011 weinig opgeleverd voor de invulling van het recht op journalistieke bronbescherming. Begin 2010 bracht de Raad van State advies uit over een concept wetsvoorstel bronbescherming in strafzaken, opgesteld door het vorige kabinet. Dat feit werd vermeld in de Persvrijheidsmonitor Nederland 2010, p. 15. Daarna is het stil geworden. Op grond van de Wet op de Raad van State zijn zowel het concept als het advies geheim totdat de regering het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer heeft ingediend dan wel heeft besloten dat geen indiening zal plaats vinden. Noch het een, noch het ander is gebeurd. Een vertragende factor was het arrest van de Grote Kamer van het EHRM in de zaak Sanoma tegen Nederland van 14 september 2010, dat tot een aanpassing van het wetsvoorstel noopte. In de vorige Persvrijheidsmonitor is daarover al het een en ander geschreven. Staatssecretaris Teeven heeft op 31 maart 2011 een wijziging van het concept wetsvoorstel voor advies voorgelegd aan de Raad voor de Rechtspraak, maar de complete tekst is

nog steeds niet openbaar. Het advies van de Raad voor de Rechtspraak van 29 april 2011 is wel te vinden op de website.

Eigenlijk is niet goed te begrijpen waarom het zo lang duurt. In het arrest Sanoma had de Grote Kamer van het EHRM kritiek op het huidige artikel 96a van het Wetboek van Strafvordering. Dat artikel maakt het mogelijk dat een opsporingsambtenaar een bevel geeft tot uitlevering van een voorwerp dat kan dienen om de waarheid aan de dag te brengen. Zo'n bevel kan eventueel gericht worden tot een journalist en betrekking hebben op een document of USB-stick waaruit de identiteit van zijn bronnen blijkt. Het EHRM achtte het in strijd met de persvrijheid krachtens artikel 10 EVRM dat de Nederlandse wet geen rechterlijke toestemming vooraf voorschrijft. Gegarandeerd zou moeten zijn dat een onafhankelijke autoriteit het belang van opsporing en vervolging afweegt tegen het belang dat bronnen zich onbevreesd kunnen wenden tot de media. Wat de wetgever dus moet doen is een bepaling in de wet opnemen die regelt dat bij toepassing van artikel 96a van het Wetboek van Strafvordering op journalisten een voorafgaande rechterlijke controle verplicht wordt. Dezelfde garantie is nodig bij alle andere dwangmiddelen die het mogelijk maken de identiteit van een journalistieke bron te achterhalen, bijvoorbeeld via de AIVD.

In het kroniekgedeelte wordt melding gemaakt van schriftelijke Kamervragen d.d. 10 januari 2011 over het vorderen van gegevens op grond van de artikelen 126nc en 126nd van het Wetboek van Strafvordering. In zijn antwoord van 21 februari 2011 zei minister Opstelten niets over het komende wetsvoorstel bronbescherming in strafzaken. Wel kondigde hij aan dat het College van procureurs-generaal 'dit voorjaar' met een nieuwe beleidsregel zou komen: een aangepaste Aanwijzing toepassing dwangmiddelen tegen journalisten. Het heeft een jaar langer geduurd dan gepland, maar op 1 maart 2012 is de aangekondigde beleidsregel inderdaad in werking getreden. Ook deze wordt in paragraaf 3.3 besproken. Hoofddregel is dat het toepassen van dwangmiddelen tegen journalisten om een bron te achterhalen ongeoorloofd is. Slechts in zeer bijzondere gevallen kan daarvan worden afgeweken. Over de procedure bepaalt de beleidsregel:

1. Het is, gelet op de hiervoor genoemde jurisprudentie in de Sanomazaak, van belang dat een rechter zich vóóraf kan uitspreken over de rechtmatigheid van de inbeslagneming. Indien de officier van justitie het noodzakelijk acht om over het journalistieke materiaal te beschikken, dient de officier daarom, ex artikel 105 Sv, bij de R-C een vordering in te dienen voor een bevel (tot) uitlevering van het voor inbeslagneming vatbare materiaal van de journalist.
2. Als het materiaal ingevolge het bevel van de rechter-commissaris is uitgeleverd, dient er tevens voor te worden gezorgd dat het journalistiek materiaal op de voor de journalist minst belastende wijze wordt afgegeven. De journalist dient in de gelegenheid te worden gesteld om het materiaal te kopiëren. Het originele materiaal wordt zo spoedig mogelijk aan de journalist teruggegeven.

De beleidsregel is een verbetering ten opzichte van de oude situatie, maar kan een wettelijke regeling niet vervangen. In het Sanoma arrest overwoog de Grote Kamer dat het vragen van toestemming aan de rechter verplicht moet zijn en dat deze rechter een vetorecht moet hebben. Daarvoor is een wettelijke regeling nodig die de vrijheid van politie en justitie krachtens artikel 96a Wetboek van Strafvordering afschaft. Een beleidsregel afkomstig van het College van procureurs-generaal kan slechts bereiken dat een officier van justitie zich in beginsel moet wenden tot de rechter-commissaris. Wanneer het College van procureurs-generaal zou laten weten dat dit in een bepaald geval niet hoeft, vervalt de ambtelijke verplichting. Daarbij komt dat het College zelf onderdeel uitmaakt van het Openbaar Ministerie en geen onafhankelijke autoriteit is als bedoeld in het Sanoma-arrest.

De kern van het recht op bronbescherming is dat de belofte van geheimhouding die een journalist heeft gedaan aan zijn bron, wordt gerespecteerd. Dat is niet alleen in het belang van de individuele journalist of de individuele bron, maar voor het functioneren van de pers als geheel. Potentiële bronnen mogen niet worden afgeschrikt zich tot de media te wenden. Interessant is dat de betrouwbaarheid van journalisten ook op een andere manier in de schijnwerpers kwam te staan. Op 29 juni 2011 is tijdens een Algemeen Overleg van de vaste commissie van Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer met minister Donner van BZK gediscussieerd over de vraag of journalisten tevens informant mogen zijn van een geheime inlichtingendienst. De bezwaren die sommige Kamerleden daartegen hadden werden door de minister niet gedeeld. Hij wees erop dat een inzet als informant altijd geschiedt op basis van vrijwilligheid. Naar onze mening is een dergelijke dubbelfunctie ongewenst. Journalisten zouden in beginsel moeten weigeren, net zoals zij slechts bij hoge uitzondering de identiteit van hun bronnen onthullen. Om het vertrouwen in de pers geen schade te berokkenen, zou de overheid journalisten ook niet moeten uitlokken tot het vervullen van een nevenfunctie als informant. Uiteraard ontslaat dat journalisten niet van hun eigen verantwoordelijkheid.

### **Het recht op overheidsinformatie**

Tijdens de Dag van de Persvrijheid op 3 mei 2011 hield minister Donner van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een prikkelende toespraak over persvrijheid en openbaarheid van bestuur.<sup>9</sup> De minister zei onder meer: 'Ik betwijfel of openbaarheid van bestuur überhaupt bruikbaar is als maatstaf van persvrijheid. Openbaarheid van bestuur en persvrijheid hebben weinig met elkaar te maken. Natuurlijk, openbaarheid is makkelijk voor de pers. De WOB biedt een mooi instrument om snel aan informatie te komen voor artikelen of programma's, of om te vissen naar informatie die mogelijk op iets verkeerd wijst, of zo kan worden uitgelegd. In die zin is openbaarheid van bestuur een vorm van staatsteun voor de pers.' Vanuit een cabaretesk oogpunt is de stelling grappig, maar zij miskent de internationale rechtsontwikkeling volledig. Het zal niet toevallig zijn dat een brief aan de Tweede Kamer over het beleid inzake de Wob van 31 mei 2011 de plaagstoot niet herhaalde. De brief had vooral betrekking op de kosten die bestuursorganen moeten maken als gevolg van 'oneigenlijke' en 'omvangrijke' Wobverzoeken. Aangekondigd werd een wetswijziging die het mogelijk moet maken verzoeken bij evident misbruik af te wijzen en omvangrijke verzoeken slechts beperkt te behandelen (Kamerstukken II, 2010/11, 32802 nr. 1).

Wat hebben openbaarheid van bestuur en persvrijheid met elkaar te maken? In de Blikvangers van 2009 gingen wij reeds in op twee arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens over het recht op informatie. Voor de eerste keer oordeelde het EHRM dat een Staat de persvrijheid krachtens artikel 10 EVRM had geschonden door te weigeren overheidsinformatie te verstrekken. Als een persorgaan een verzoek indient bij de overheid om inzage te krijgen in maatschappelijk belangrijke documenten waarop de overheid een monopolie bezit, mag dit verzoek slecht in bijzondere gevallen worden geweigerd. Volgens het EHRM is een afwijzing vergelijkbaar met een publicatieverbod, omdat een publiek debat wordt verhinderd. De weigering moet bij de wet zijn voorzien, gericht zijn op een geoorloofd doel en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, zo volgt uit artikel 10, tweede lid, EVRM. De lijn die werd ingezet in 2009 heeft inmiddels een vervolg gekregen. Op 19 januari 2011 toetste de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de afwijzing van een Wob-aanvraag door het college van B&W van Leiden eveneens aan artikel 10, tweede lid. De Grote Kamer van het EHRM bevestigde in april 2012 dat artikel 10 EVRM een recht omvat 'to receive information in the form of access to the public documents concerned' (EHRM (GC) 3 april 2012, Gillberg t. Zweden, r.o. 93).

Minstens zo belangrijk is dat artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (vrijheid van meningsuiting) inmiddels op dezelfde manier wordt uitgelegd. Anders

dan het EVRM heeft het IVBPR een mondiale gelding, maar vaak wordt aangenomen dat de bescherming op een lager niveau staat. Binnen Europa bestaat namelijk de ambitie een voorbeeldrol te vervullen voor de rest van de wereld. Wat betreft openbaarheid van bestuur blijkt het IVBPR echter helemaal niet op een afstand achter Europa aan te sloffen. Na enkele jaren van internationaal overleg stelde het International Human Rights Committee, dat toezicht houdt op de naleving van het IVBPR, in juli 2011 General Comment no. 34 vast. Het document bevat algemene aanwijzingen voor de uitleg van de vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 19 IVBPR. Over het recht op toegang tot overheidsinformatie bepaalt het General Comment no. 34 het volgende:

18. Article 19, paragraph 2 embraces a right of access to information held by public bodies. Such information includes records held by a public body, regardless of the form in which the information is stored, its source and the date of production.(..) As has already been noted, taken together with article 25 of the Covenant, the right of access to information includes a right whereby the media has access to information on public affairs and the right of the general public to receive media output. (..)

19. To give effect to the right of access to information, States parties should proactively put in the public domain Government information of public interest. States parties should make every effort to ensure easy, prompt, effective and practical access to such information. States parties should also enact the necessary procedures, whereby one may gain access to information, such as by means of freedom of information legislation. The procedures should provide for the timely processing of requests for information according to clear rules that are compatible with the Covenant. Fees for requests for information should not be such as to constitute an unreasonable impediment to access to information. Authorities should provide reasons for any refusal to provide access to information. Arrangements should be put in place for appeals from refusals to provide access to information as well as in cases of failure to respond to requests.

Het EHRM zal in de toekomst willen voorkomen dat de bescherming krachtens artikel 10 EVRM achterblijft bij die van artikel 19 IVBPR. Als vast staat dat artikel 10 EVRM in beginsel een recht op toegang tot overheidsinformatie omvat, kan dit artikel – dat rechtstreeks werkt in de Nederlandse rechtsorde – een toegevoegde waarde krijgen naast de Nederlandse Wob. We noemen een paar voorbeelden:

### **Andere instanties dan bestuursorganen**

De Wob heeft alleen betrekking op documenten die berusten bij bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Diverse instellingen van de overheid vallen niet onder dat begrip, zoals rechtsprekende instanties, de Algemene Rekenkamer en de Raad van State. Artikel 10 EVRM kan echter worden ingeroepen tegen elk orgaan van de Staat. Het eerste arrest van het EHRM uit 2009, waarin een recht op overheidsinformatie werd gehonoreerd, had betrekking op documenten van een rechtsprekende instantie. Absolute uitzonderingsgronden in de Wob Artikel 10, eerste lid, van de Wob schrijft voor dat het verstrekken van informatie in sommige gevallen achterwege moet blijven. Dat is onder meer het geval wanneer bedrijfs- en fabricagegegevens vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld, tenzij het gaat om milieu-informatie. Anders dan bij de relatieve uitzonderingsgronden mag het bestuur niet afwegen of het belang van openbaarheid wellicht toch zwaarder weegt dan het belang dat wordt gediend met geheimhouding. Op grond van artikel 10 EVRM moet een dergelijke belangenafweging juist wel plaats vinden. Weliswaar mag de rechter in aanmerking nemen dat de Nederlandse wetgever in abstracto heeft gekozen voor geheimhouding, maar als een concrete weigering niet noodzakelijk in een democratische samenleving is, zal hij de absolute weigeringsgrond buiten toepassing moeten laten.

## **Bijzondere wetten die geheimhouding voorschrijven**

Als een andere wet dan de Wob voorschrijft dat bepaalde informatie geheim moet blijven, heeft deze bijzondere wet voorrang op de Wob. Dat blijkt uit artikel 2, eerste van de Wob ('onverminderd het elders bij wet bepaalde'). Een bekend voorbeeld is artikel 26 van de Wet op de Raad van State. Dit artikel stelt, kort gezegd, dat het advies van de Raad van State over een wetsvoorstel van de regering geheim blijft zolang de regering nog niet over de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer heeft besloten. Die periode kan lang duren, zoals de gang van zaken rond het hierboven genoemde wetsvoorstel bronbescherming in strafzaken aantoont. Hoewel het advies van de Raad van State al geruime tijd bij de minister van Veiligheid en Justitie berust, is een Wob-verzoek kansloos. Artikel 10 EVRM zou hier als breekijzer kunnen fungeren.

## **Onredelijke kosten**

In 2011 wezen het Gerechtshof te Den Haag en het Gerechtshof te Den Bosch twee tegenstrijdige arresten over de vraag of een gemeentebestuur leges in rekening mag brengen voor de behandeling van een Wob-aanvraag (Gerechtshof Den Haag 6 juli 2011, [LJN:BR0373](#) en Gerechtshof te Den Bosch 16 december 2011, [LJN: BU8432](#)). De legesheffing door lagere overheden is niet geregeld in de Wob, maar moet worden beoordeeld in het licht van de Gemeentewet. Naar onze mening heeft het Gerechtshof te Den Bosch terecht geoordeeld dat de Gemeentewet geen ruimte laat voor het doorberekenen van kosten voor het opzoeken en anonimiseren van stukken. Zolang de Hoge Raad niet heeft gesproken valt echter niet uit te sluiten dat gemeenten een eigen beleid mogen voeren op dit punt. Zou een lagere overheid de toegang tot overheidsinformatie frustreren door onredelijke kosten te berekenen, dan kan artikel 10 EVRM uitkomst bieden. Zeker wanneer men General Comment no 34 erbij betreft.