

Eens openbaar, altijd openbaar?

Over de status van uitgelekte informatie

Wouter Hins*

INLEIDING

Informatierecht is een veelzijdig rechtsgebied. Telecommunicatie, media, reclame, intellectuele eigendom, grondrechten en EG-recht, het valt er allemaal onder. De meeste beoefenaren van het informatierecht hebben één of twee deelgebieden als specialisme en concentreren al hun aandacht daar op. Zo niet Egbert Dommering. Zonder gêne springt hij over scheidslijnen heen om de mogelijkheden van kruisbestuiving te onderzoeken. Voor deze vriendschapsbundel lijkt het daarom passend een grensoverschrijdend thema centraal te stellen. Ik wil in deze bijdrage nagaan wat de gevolgen zijn van het uitlekken van informatie. Een geheim dat is uitgelekt is geen geheim meer. Het is zoals met ouder worden: een onomkeerbaar proces. Maar is uitgelekte informatie automatisch publiek bezit? Met andere woorden: mag uitgelekte informatie onbeperkt aan anderen worden doorgegeven? Of kan een verdere verspreiding worden verboden om de schade beperkt te houden? Bij de behandeling van deze vraag zullen we onder meer aandacht besteden aan de uitingsvrijheid, privacy en openbaarheid van bestuur.

INFORMATIE ALS RECHTSOBJECT

Informatie wijkt in een aantal opzichten af van materiële zaken. Wie een kilo steenkool aan een ander overdraagt heeft de steenkool niet langer tot zijn beschikking. Bij de overdracht van informatie is dat anders. Communicatie – het woord zegt het al – leidt tot gemeenschappelijk bezit. Een ander verschil hangt hier nauw mee samen. Een onterecht gedane levering van steenkool kan worden teruggedraaid, maar een onterecht gedane overdracht van informatie niet. Correcties in de trant van ‘vergeet wat ik gezegd heb’ of ‘beschouw mijn vorige mail als niet verzonden’ zijn niet in staat het geheugen van de ontvanger te wissen. Er is zelfs een goede kans dat de ontvanger de boodschap extra goed onthoudt. Geen interessantere informatie dan informatie die je eigenlijk niet mocht krijgen. Dat weet zowel de kleuter die een gesprek tussen grote mensen opvangt als de ervaren journalist die een ambtelijke nota met het stempel ‘ZEER GEHEIM’ onder ogen krijgt.

* Prof. mr. A.W. Hins is bijzonder hoogleraar mediarecht aan de Universiteit Leiden en onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht (IViR).

De wet verwacht niet van mensen dat ze hun ogen en oren sluiten wanneer zij per ongeluk achter een geheim dreigen te komen. Actief spioneren is iets anders. In het telecommunicatierecht is het verboden opzettelijk en wederrechtelijk met een technisch hulpmiddel andermans berichten af te tappen. Vrijuit gaat echter degene die door middel van een radio-ontvangapparaat niet voor hem bestemde informatie opvangt, tenzij om de ontvangst mogelijk te maken een bijzondere inspanning is geleverd of een niet toegestane ontvanginrichting is gebruikt.¹ In dat geval heeft de ontvangstvrijheid voorrang boven het telecommunicatiegeheim. Vertrouwelijke berichten die aldus zijn opgevangen blijven hun vertrouwelijke karakter houden. Volgens artikel 441 Wetboek van Strafrecht (WvSr) is strafbaar “hij die de inhoud of de strekking van hetgeen door middel van een onder zijn beheer staand of door hem gebruikt radio-ontvangapparaat is opgevangen en, naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, niet voor hem of mede voor hem bestemd is, hetzij aan een ander meedeelt, indien hij redelijkerwijs moet vermoeden, dat dan openlijke bekendmaking van de inhoud of de strekking volgen zal en zodanige bekendmaking volgt, hetzij openlijk bekend maakt”. Onthouden mag dus, aan de grote klok hangen niet.

Dat er een verschil bestaat tussen actief geheimen ontfutselen en geheimen in de schoot geworpen krijgen, blijkt ook uit de Straatsburgse jurisprudentie inzake artikel 10 EVRM. In de *Fressoz en Roire*-zaak oordeelde het EHRM dat Frankrijk artikel 10 EVRM geschonden had door een hoofdredacteur en een journalist te veroordelen wegens heling van een document van de belastingdienst.² Het verduisterde document was hen toegezonden door een anonieme bron. In zijn noot bij dit arrest merkte Dommering op dat het verschil kan uitmaken of de informatie verkregen is door een strafbaar feit van de journalist zelf (bijvoorbeeld diefstal) of door een strafbaar feit van een ander (zoals in de onderhavige zaak). Dit vermoeden werd later bevestigd door de Kameruitspraak in de *Stoll tegen Zwitserland*-zaak. Hier betrok het EHRM uitdrukkelijk in de afweging dat de journalist niet aan de bron had gestaan van het lek, maar slechts als doorgeefluik had gefungeerd.³ Overigens is het verschil niet absoluut. De klacht van Stoll werd door de Grote Kamer later alsnog afgewezen.⁴ Anderzijds kan een beroep op artikel 10 EVRM ook slagen wanneer de journalist een beetje actiever is geweest bij het achterhalen van een geheim. Bijvoorbeeld door telefonisch zoete woordjes te spreken tegen een administratieve medewerkster, die daarop haar geheimhoudingsplicht vergeet.⁵

De Nederlandse Wet openbaarheid van bestuur (Wob) gaat uit van een scherpe tweedeling. Bepaalde informatie is openbaar of zij is dat niet. Dat blijkt uit de

uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de *Damen-zaak*, die later gecodificeerd werd in artikel 2 en artikel 3 lid 3 van de Wob. In 1989 had het Openbaar Ministerie op basis van de Wob de KNVB inzage gegeven in de strafdossiers van de voetbalvandalen x en y, gezien het specifieke belang van de KNVB bij het bestrijden van vandalisme. In 1992 verwierp de toenmalige Afdeling bestuurspraak het beroep van x en y tegen dit besluit. De Groningse hoogleraar bestuursrecht Damen achtte dit een onjuiste toepassing van de Wob en verzocht de minister van Justitie de op grond van de Wob openbaar gemaakte informatie uit de strafdossiers ook aan hem toe te zenden. Na een langdurige procedure oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak in 2000 dat aan deze consequentie inderdaad niet te ontkomen viel. Het recht op openbaarmaking ingevolge de Wob komt iedere burger in gelijke mate toe. Heeft de overheid eenmaal besloten dat bepaalde informatie op grond van de Wob openbaar is, dan geldt deze openbaarheid voor iedereen. Een selectieve bekendmaking aan slechts enkele belanghebbenden is op grond van de Wob niet mogelijk.

Belangrijk is ook wat de Afdeling direct daarna overweegt: “Bij de besluiten van december 1989 tot openbaarmaking van de in het geding zijnde informatie aan de KNVB is de Minister uitgegaan van het specifieke belang van de KNVB – de bestrijding van het voetbalvandalisme – en heeft hij dit zwaarder laten wegen dan de privacy van de desbetreffende voetbalvandalen. De Afdeling stelt vast, dat – daargelaten de vraag of de afweging van belangen zoals die had behoren plaats te vinden, tot inwilliging van het verzoek had behoren te leiden – de door appellants gevraagde gegevens met toepassing van de Wob aan de KNVB zijn verstrekt en derhalve moeten worden geacht desverzocht voor iedere burger beschikbaar te zijn. Gelet hierop heeft de Minister de afwijzing van appellants verzoek tot terbeschikkingstelling van die gegevens ten onrechte gehandhaafd.” De Afdeling laat dus in het midden of zij de besluiten van december 1989 nog steeds rechtmatig acht. Het doet er volgens de Afdeling niet toe. Jammer voor de twee voetbalvandalen, maar ‘eens openbaar is altijd openbaar’.

DE GEEST UIT DE FLES

Als jongen van een jaar of acht las ik bij mijn oma een stripverhaal over atoomenergie. Een jonge tovenaarsleerling had een gevaarlijk uitziende geest laten ontsnappen uit een fles. Er dreigde een ramp, maar de uit dikke wolken opgebouwde reus bleek na enige tijd te veranderen in een vriendelijke en hulpvaardige dienaar. De les was dat je niet bang hoeft te zijn voor atoomenergie, zolang je er vreedzaam mee omging. Het beeld van de ontsnapte geest, die nooit



meer in zijn fles zal terugkeren, staat ook symbool voor kennis in het algemeen. Een poging om uitgelekte informatie weer geheim te maken is tot mislukken gedoemd. Artikel 10 lid 2 van het EVRM staat weliswaar toe dat beperkingen worden gesteld aan de uitingsvrijheid “om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen”, maar zo’n beperking moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat een beperking die objectief niet in staat is het beoogde doel te bereiken niet noodzakelijk kan zijn. Het verraden van staatsgeheimen is iets anders dan het doorgeven van informatie die vroeger een staatsgeheim was, maar inmiddels op straat ligt.

Dit thema komt duidelijk naar voren in het EHRM-arrest *Observer en Guardian*.⁶ Beide kranten hadden op 11 juli 1986 een rechterlijk verbod opgelegd gekregen informatie te publiceren die afkomstig was van een voormalige medewerker van de Britse geheime dienst, Peter Wright. Naar het oordeel van de rechter ging het hier om staatsgeheimen waarvan de bekendmaking een ernstig risico zou opleveren voor de staatsveiligheid. Op 30 juli 1987 had het House of Lords dit verbod verlengd. Bij zijn toetsing van de beide maatregelen aan artikel 10 EVRM hechtte het Hof in Straatsburg veel betekenis aan het feit dat de memoires van Peter Wright op 14 juli 1987 in boekvorm waren uitgegeven in de Verenigde Staten. Dit boek, getiteld *The Spycatcher*, bleek daar onmiddellijk een bestseller. Over de feitelijke gang van zaken die volgde overwoog het EHRM:

“A substantial number of copies of the book were then brought into the United Kingdom, notably by British citizens who had bought it whilst visiting the United States or who had purchased it by telephone or post from American bookshops. The telephone number and address of such bookshops willing to deliver the book to the United Kingdom were widely advertised in that country. No steps to prevent such imports were taken by the British Government, which formed the view that although a ban was within their powers, it was likely to be ineffective. They did, however, take steps to prevent the book’s being available at United Kingdom booksellers or public libraries.”

Tegen deze achtergrond oordeelde het Hof dat een onderscheid gemaakt moest worden tussen het eerste publicatieverbod van 11 juli 1986 en de verlenging van dat verbod op 30 juli 1987. Het eerste verbod was niet in strijd met artikel 10 EVRM. De nationale autoriteiten konden van mening zijn dat de beperking noodzakelijk was in een democratische samenleving (r.o. 65). De verlenging op 30 juli 1987 leverde wel een schending op. Gesteld dat openbaarmaking schade zou opleveren voor de nationale veiligheid, dan was deze schade al ontstaan



door het verschijnen van het boek in de vs. Een publicatie in de Observer en de Guardian zou de schade niet verergeren. Vanaf juli 1987 had de overheid ook andere argumenten naar voren gebracht om het publicatieverbod te rechtvaardigen. Zo zou de reputatie van de geheime dienst beschermd moeten worden en zouden medewerkers een duidelijk signaal moeten krijgen dat het lekken van geheimen niet mag. Het EHRM liet zich echter niet overtuigen. Om die andere doelen te bereiken hadden minder drastische middelen kunnen worden ingezet. Het EHRM concludeerde: “Above all, continuation of the restrictions after July 1987 prevented newspapers from exercising their right and duty to purvey information, already available, on a matter of legitimate public concern” (r.o. 69).

De gedachte dat het weinig zin heeft geheimen te beschermen die eerder zijn uitgelekt komt terug in andere arresten. Bekend is de *Bluf! tegen Nederland*-zaak.⁷ De oplage van het krakersblad *Bluf!* was op 29 april 1987 in beslag genomen omdat daarin een zes jaar oud dossier van de Binnenlandse Veiligheidsdienst zou worden gepubliceerd. In de nacht na de inbeslagneming slagen medewerkers van *Bluf!* er in het nummer alsnog van de persen te laten rollen. De volgende dag – Koninginnedag – worden ongeveer 2.500 exemplaren op straat verkocht. Tot een strafproces komt het niet, maar op vordering van het OM beveelt de rechter een onttrekking aan het verkeer van de inbeslaggenomen exemplaren. Als de zaak na uitputting van alle nationale rechtsmiddelen in Straatsburg terecht komt, maakt het EHRM een onderscheid tussen enerzijds de inbeslagneming en anderzijds de onttrekking aan het verkeer. Of de inbeslagneming in overeenstemming was met artikel 10 EVRM laat het Hof in het midden. De onttrekking aan het verkeer is in ieder geval niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Behalve naar de *Observer en Guardian*-zaak verwijst het Hof ook naar zijn gelijktijdig gewezen *Sunday Times vs. UK* (no. 2)-arrest, alsmede naar het *Weber vs. Zwitserland*-arrest.⁸

In de *Weber*-zaak had de beperking van de uitingsvrijheid niet als doel “de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen”. *Weber* was tot een geldboete veroordeeld omdat hij tijdens een persconferentie informatie had gegeven over een lopende rechtszaak. De veroordeling diende volgens het Hof een legitiem doel, namelijk het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht. De boete was echter niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Tijdens de persconferentie had *Weber* grotendeels dezelfde dingen gezegd als in een persconferentie van een jaar eerder. De gegevens waren inmiddels ‘public knowledge’ en het opnieuw presenteren daarvan kon weinig schade aanrichten. Misschien was de situatie anders geweest



ten tijde van de eerste persconferentie, maar toen hadden de Zwitserse autoriteiten geen strafvervolging ingesteld. Het Hof achtte zich ontslagen van de taak daarover een oordeel te geven (r.o. 51).⁹ Ook in de *Open Door vs. Ierland- en Fressoz en Roire vs. Frankrijk*-zaken oordeelde het EHRM dat het verstrekken van informatie niet verboden had mogen worden. In beide arresten wees het Hof er op dat dezelfde informatie ook langs andere wegen kon worden verkregen. Daarom waren de verboden niet noodzakelijk ter bescherming van de goede zeden, respectievelijk de goede naam van anderen.¹⁰

Zelfs vrij ernstige inbreuken op de privacy kunnen worden gelegitimeerd door het feit dat de desbetreffende informatie ook elders te vinden is. In Frankrijk had de rechter een boek verboden waarin de lijfarts van Mitterrand de ziektegeschiedenis van de zojuist overleden president onthulde. Een duidelijke schending van het medisch beroepsgeheim. Nadat de uitgever bij het EHRM een klacht had ingediend tegen het publicatieverbod bleek voor het Hof een belangrijke factor dat de tekst van het boek inmiddels door onbekenden op het internet was geplaatst. Het verbod in kort geding, direct na het verschijnen van het boek aangespannen door de nabestaanden, was volgens het Hof een geoorloofde beperking geweest van artikel 10 EVRM. Een rechtvaardiging ontbrak echter voor het definitieve publicatieverbod van enkele maanden later. Hierover overwoog het Hof onder meer:

“Furthermore, by the time of the civil court’s ruling on the merits, not only had some 40,000 copies of the book already been sold, but it had also been disseminated on the Internet and had been the subject of considerable media comment. Accordingly, by that stage the information in the book was to a large extent no longer confidential in practice. Consequently, the preservation of medical confidentiality could no longer constitute an overriding requirement.”¹¹

DE ENE OPENBAARHEID IS DE ANDERE NIET

Verschillende wetten kennen verschillende betekenissen toe aan het begrip ‘openbaar’. De Auteurswet bepaalt in artikel 12 lid 4 dat onder ‘openbaarmaking’ niet valt een gratis voorstelling in de familie-, vrienden- of daarmee gelijk te stellen kring. In de Telecommunicatiewet speelt het begrip ‘openbare elektronische communicatiedienst’ een belangrijke rol. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 1.1, onderdeel g, blijkt dat het moet gaan om een dienst die in beginsel openbaar wordt aangeboden en beschikbaar is voor een ieder die van dat aanbod gebruik wil maken.¹² De Wet openbaarheid van bestuur bevat in artikel 11 een uitzondering voor documenten die bestemd zijn voor ‘intern beraad’. Artikel 1, onderdeel c, van de Wob definieert dit als ‘het beraad over een bestu-



urlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan dan wel binnen een kring van bestuursorganen in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid'.¹³ Van intern beraad kan ook sprake zijn wanneer de overheid externe personen of organen betreft bij de beleidsvorming, tenzij hun betrokkenheid het karakter krijgt van advisering of gestructureerd overleg. Adviezen van de landsadvocaat vormen een uitzondering op de uitzondering. Hoewel dat externe adviezen zijn, zijn zij in beginsel beschermd tegen het spiedende oog van de buitenwacht.¹⁴

Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens maakt onderscheid. Boeken met een kleine oplage zijn minder gevaarlijk vanuit een oogpunt van ordeverstoring dan massamedia. Inbeslagneming om de vrede te bewaren zal dus minder snel noodzakelijk zijn in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM, zeker als het een artistieke expressie betreft.¹⁵ Anderzijds heeft het Hof in verscheidene arresten overwogen dat televisie een indringend medium is, waardoor de plichten van journalisten zwaarder gaan wegen. In *Pedersen en Baadsgaard vs. Denemarken* moest de Grote Kamer beoordelen of twee televisiejournalisten ten onrechte veroordeeld waren wegens smaad aan het adres van een hoge politiefunctionaris. Met de kleinst mogelijke meerderheid besliste het Hof dat geen schending van artikel 10 EVRM had plaats gevonden, waarbij het overwoog “that the allegation was made at peak viewing time on a national tv station”. Het Hof voegde daaraan toe dat “the audiovisual media often have a much more immediate and powerful effect than the print media”.¹⁶ Dommering vindt dat het Hof soms nog te weinig rekening houdt met de specifieke kenmerken van het gebruikte medium. Zo had het Hof in de *Preminger*-zaak naar zijn mening meer rekening moeten houden met het feit dat de vertoning plaats vond in een klein filmhuis voor een gewaarschuwd publiek.¹⁷

Nu het ene medium meer schade kan veroorzaken dan het andere, is het logisch dat elke openbaarmaking afzonderlijk wordt beoordeeld. Ongeveer gelijktijdig met het EHRM-arrest *Plon* deed de voorzieningenrechter te Amsterdam uitspraak in een kort geding van Jerney Kaagman tegen het tijdschrift *Deze Week*. Kaagman vorderde met succes een publicatieverbod van naaktfoto's die meer dan tien jaar eerder met haar toestemming in *Penthouse* hadden gestaan. Het blad *Deze Week* had als verweer gevoerd dat de foto's op sommige internet-sites te zien waren en dat het verzet van Kaagman daartegen een nieuwsfeit opleverde.¹⁸ Ook het Koninklijk Huis heeft ervaring met dit soort casus. In 2004 was tijdens een vakantie in Argentinië de digitale camera van prinses Maximá gestolen. De foto's en filmpjes die daarop stonden vonden al spoedig hun weg



naar Argentijnse kranten en het internet. De televisiezender sbs6 besloot daarop beelden uit te zenden van een computer waarop zo'n internetpagina was opgeroepen. Op die wijze konden de kijkers een glimp opvangen van een filmpje. Het weekblad *Privé* deed iets vergelijkbaars. Het blad publiceerde een kleine foto van de cover van het Argentijnse blad *Caras*, waarop één van de foto's van de gestolen camera was afgebeeld. Andere foto's van de gestolen camera werden in bloemrijke termen beschreven.

Op 20 april 2005 verklaarde de Amsterdamse rechtbank voor recht dat sbs en *Privé* de privacy van Willem-Alexander en Maximá hadden geschonden.¹⁹ Volgens de rechtbank moest de privacy zwaarder wegen dan de vrijheid van meningsuiting. Daartoe overwoog de rechtbank in de *Privé*-zaak als volgt: "De diefstal van de camera en de openbaarmaking van de daarvan afkomstige beelden door diverse andere media waren weliswaar nieuwsfeiten, maar de publicatie van de voorpagina van *Caras* en de beschrijving van de overige foto's uit de gestolen camera voegen daaraan uit een oogpunt van nieuwswaarde niets toe. Zij geven slechts informatie over details uit het privé-leven van [eisers] c.s. De berichtgeving over de diefstal had in redelijkheid ook op een andere wijze kunnen geschieden, zonder de foto af te drukken en zonder de overige foto's te beschrijven. Openbaarmaking dient geen publiek belang; zij levert geen enkele bijdrage aan het publieke debat over een maatschappelijk relevante kwestie en heeft geen ander doel dan de bevrediging van de nieuwsgierigheid van een sensatiebelust publiek, waarbij koppen als: 'Alles over [eiseres2]'s verboden foto's!' de aandacht van dat publiek moeten trekken."

In de Wet bescherming persoonsgegevens is het uitgangspunt dat iedere verwerking van persoonsgegevens een rechtvaardiging behoeft. Dat geldt bijvoorbeeld voor het publiceren van rechterlijke vonnissen die gegevens bevatten met betrekking tot een of meer herkenbare natuurlijke personen. Rechterlijke uitspraken op de website www.rechtspraak.nl worden veiligheidshalve vrijwel altijd geanonimiseerd. De omstandigheid dat de namen van de betrokkenen zijn uitgesproken tijdens een openbare zitting in de zin van artikel 121 Grondwet doet daar niet aan af. Hier geldt het tegenovergestelde van 'eens openbaar, altijd openbaar'. De praktijk is 'eens openbaar, daarna niet meer'. De studiemissie 'Openbaarheid van rechtspraak' van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht bepleitte in 2006 de mogelijkheden voor een ongeanonimiseerde publicatie van vonnissen te verruimen.²⁰ Het is echter zeer de vraag of de door de commissie voorgestelde wettelijke regeling op korte termijn van de grond zal komen. Als uitgevers van juridische tijdschriften rechterlijke uit-



spraken integraal willen publiceren, zullen zij zich moeten behelpen met de bestaande uitzonderingen van de Wbp. Hierbij valt te denken aan een uitdrukkelijke toestemming van de betrokkenen (artikel 8 sub a Wbp) of aan de vage restbepaling van artikel 8 sub f Wbp.

Vermeldenswaard is ten slotte het EHRM-arrest van 14 december 2006 in de *Shabanov en Tren vs. Rusland*-zaak²¹ De twee klagers zijn eigenaren van de krant Pravo Znat ('Het Recht om te Weten'). In deze krant verscheen op 19 januari 2001 een artikel onder de kop 'Het leger met natte voeten'. Tijdens een militaire oefening in de omgeving zouden 200 soldaten ziek zijn geworden omdat de legerleiding vergeten was voor goed schoeisel te zorgen. Verantwoordelijk voor dit drama is de commandant K., die door de krant een 'klungel' wordt genoemd. Commandant K. spant vervolgens een proces aan tegen de krant waarin hij immateriële schadevergoeding vordert. Om de schade te bewijzen legt hij een verklaring voor van zijn psychiater, die verklaart dat K. erg onzeker is geworden na de publicatie van het artikel. Hij zou nu onder meer lijden aan erectiestoornissen. De processtukken worden in een vrijwel verlaten rechtszaal voorgelezen, maar formeel heeft de zitting een openbaar karakter. Op 13 juli 2001 schrijft de krant een tweede artikel over de affaire, waarin naar hartelust wordt geciteerd uit de processtukken. "Wij hebben u op 19 januari j.l. onvolledig voorgelicht", zo schrijft de krant. "Uit de openbare stukken blijkt dat K. geen gewone klungel is, maar een impotente klungel". Duidelijk is dat Pravo Znat zijn naam eer wil aandoen.

Het vervolg laat zich raden. K. dient opnieuw een vordering tot schadevergoeding in. Zijn eerste eis – naar aanleiding van de publicatie van 19 januari 2001 – wordt door de Russische rechter afgewezen omdat de feiten rond de militaire oefening accuraat waren weergegeven. De tweede eis wordt echter ingewilligd. Nu K. geen toestemming heeft gegeven zijn medische gegevens in de krant af te drukken, is zijn recht op privacy volgens de Russische Grondwet geschonden. De klacht die Shabanov en Tren daarna in Straatsburg indienen wegens vermeende schending van artikel 10 EVRM wordt met 4 tegen 3 stemmen afgewezen. Volgens de meerderheid is doorslaggevend dat een publicatie in de pers veel drastischer is dan een voorlezing in de rechtszaal.²² Bovendien ging het nu niet om een zaak van algemeen belang, maar om een gratuite aanval op de heer K. Voor de minderheid is essentieel dat K. er van tevoren rekening mee had moeten houden dat de informatie die hij in het proces inbracht verder verspreid zou kunnen worden. Bovendien mag de pers op grond van artikel 10 EVRM een beetje overdrijven en provoceren.²³



AFWEGING

De tijd dat ‘morgen de vis in de krant wordt verpakt’ is voorbij. Eenmaal gepubliceerde interviews zijn steeds vaker terug te vinden op internet. Bazen googelen sollicitanten. Nieuwe burens, vrienden of geliefden proberen er digitaal achter te komen wat je in het verleden hebt uitgespookt.²⁴ De vraag is gerezen of een journalistiek medium omwille van de privacy verplicht is desgevraagd artikelen uit zijn digitale archief te verwijderen of te anonimiseren. Volgens de Raad voor de Journalistiek hoefde dat niet.²⁵ De Raad overweegt dat de samenleving gebaat is bij goed functionerende, zo volledig mogelijke en dus betrouwbare archieven, waarvan de inhoud niet kan worden gewijzigd. Slechts in bijzondere gevallen acht de Raad het denkbaar dat op dit maatschappelijk belangrijke principe – na uiterst zorgvuldige belangenafweging – een uitzondering wordt gemaakt. Het College bescherming persoonsgegevens stelt in recente richtsnoeren juist de privacy voorop.²⁶ Weliswaar bevat artikel 3 van de Wbp een uitzondering voor journalistieke doeleinden, maar sommige beginselen uit deze wet blijven van toepassing, zoals het vereiste in artikel 6 Wbp om behoorlijk en zorgvuldig te werk te gaan. Het is volgens het CBP van belang onderscheid te maken tussen het belang van de eerste openbaarmaking en het belang van de archivering. Denkbaar is dat het noemen van namen voor een goede vervulling van de archieffunctie niet meer nodig is, aldus het CBP.²⁷ Zelf voel ik grote weerzin tegen het censureren van archieven, maar iemand wiens privacy op het spel staat zou al zeer geholpen zijn wanneer externe zoekmachines niet meer op zijn naam kunnen zoeken. Het archief blijft dan compleet, maar de gegevens liggen niet op straat.

Deze bijdrage mondt daarom niet uit in een algemene wijsheid, zoals ‘eens openbaar is altijd openbaar’. Integendeel, waar het Nederlandse recht een starre regel bevat, moet deze met argwaan bekeken worden. Strikte toepassing van het eerder genoemde artikel 441 WvSr – samen te vatten als: ‘eens geheim, altijd geheim’ – kan in strijd komen met artikel 10 EVRM. Denk aan een journalist die een vertrouwelijk gesprek opvangt tussen twee ministers die van plan zijn de Tweede Kamer te misleiden. Niemand mag verwachten dat deze journalist afziet van publicatie. Omgekeerd kan een strikte toepassing van de Wob in strijd komen met artikel 8 EVRM. In de besproken uitspraak van de ABRV in de zaak over de voetbalvandalen besteedde de Afdeling geen aandacht aan dit aspect. Naar mijn mening had de Afdeling moeten overwegen: “Ten onrechte heeft de Afdeling rechtspraak in 1992 de Wob van toepassing geacht. Normaliter is de consequentie van informatieverstrekking op grond van de Wob dat de informatie desverzocht voor iedere burger beschikbaar is. In dit geval trekken



we deze consequentie echter niet, omdat dit strijd zou opleveren met artikel 8 EVRM”. Damen zou de gevraagde informatie dan niet hebben gekregen.

Nader onderzoek naar de wijze waarop de belangen van geval tot geval moeten worden afgewogen zal ook de komende jaren nodig zijn. Het Instituut voor Informatierecht, dat onder leiding van Dommering groot is geworden, is daarvoor geknipt. Dat feit was al openbaar.

- 1 Artikel 139c lid 1 en lid 2, aanhef en onder 1°, WvSr.
- 2 EHRM 21 januari 1999, *Fressoz en Roire vs. Frankrijk*, NJ 1999, 713, m.nt. E.J. Dommering.
- 3 EHRM 25 april 2006, *Stoll vs. Zwitserland*, NJ 2007, 127 m.nt. E.J. Dommering. Vgl. EHRM 19 december 2006, *Radio Twist vs. Slowakije* (r.o. 60). Zie ook D. Voorhoof, 'Journalisten straffen voor schending beroepsgeheim strijdig met art. 10 EVRM', *Mediaforum* 2006-7/8, p. 206-213.
- 4 EHRM (Grote Kamer) 10 december 2007, *Stoll vs. Zwitserland*.
- 5 EHRM 25 april 2006, *Dammann vs. Zwitserland*, NJ 2007, 126, m.nt. E.J. Dommering. Zie ook het hierboven genoemde artikel van Voorhoof.
- 6 EHRM 26 november 1991, *Observer en Guardian vs. UK*, NJ 1992, 457, m.nt. E.J. Dommering.
- 7 EHRM 9 februari 1995, *Vereeniging Bluf! vs. Nederland*, *Mediaforum* 1995-3, p. B30-B34.
- 8 EHRM 26 november 1991, *Sunday Times vs. UK* (no. 2); EHRM 22 mei 1999, *Weber vs. Zwitserland*.
- 9 EHRM 22 mei 1999, *Weber vs. Zwitserland*, r.o. 51. Over het citeren van een beledigende tekst uit een krant van enkele maanden eerder ging EHRM 14 december 2006, *Verlagsgruppe News gmbh vs. Oostenrijk* (r.o. 30). De inbeslagname van het citerende tijdschrift was in strijd met artikel 10 EVRM.
- 10 EHRM 29 oktober 1992, *Open Door Counselling Ltd vs. Ierland*, NJ 1992, 544, m.nt. E.J. Dommering (r.o. 76). EHRM 21 januari 1999, *Fressoz en Roire vs. Frankrijk*, NJ 1999, 713, m.nt. E.J. Dommering (r.o. 53).
- 11 EHRM 18 mei 2004, *Éditions Plon vs. Frankrijk*, NJ 2005, 401, m.nt. E.J. Dommering. Zie ook EHRM 7 juni 2007, *Dupuis vs. Frankrijk*, r.o. 44 en 45.
- 12 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 89. Zie ook de definitie van 'openbaar elektronisch communicatienetwerk' in artikel 1.1, onderdeel h, Tw.
- 13 De uitgelekte notitie in de hierboven genoemde zaak *Stoll vs. Zwitserland* zou volgens de Nederlandse Wob een document ten behoeve van intern beraad zijn. Het ging om een strategy paper van een Zwitserse diplomaat voor een ambtelijke werkgroep die was ingesteld door het ministerie van Buitenlandse Zaken.
- 14 P.J. Boukema, 'De wob: recente ontwikkelingen in de rechtspraktijk', in: A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Cramwinckel 2003, p. 40-43.
- 15 EHRM 29 maart 2005, *Alinak vs. Turkije*, NJ 2007, 198, m.nt. E.J. Dommering (r.o. 45).
- 16 EHRM 17 december 2004, *Pedersen en Baadsgaard vs. Denemarken*, NJ 2005, 369, m.nt. E.J. Dommering (r.o. 79). Zie eerder EHRM 23 september 1994, *Jersild vs. Denemarken*, NJ 1995, 382, m.nt. E.J. Dommering (r.o. 31).
- 17 EHRM 20 september 1994, *Otto Preminger Instituut vs. Oostenrijk*, NJ 1995, 366, m.nt. E.J. Dommering. In zijn noot onder het *Murphy*-arrest herhaalde Dommering dat het van belang is onderscheid te maken tussen verschillende uitingsmiddelen. Zie EHRM 10 juli 2003, *Murphy vs. Ierland*, NJ 2005, 177, m.nt. E.J. Dommering.
- 18 Vzr. Rb. Amsterdam 3 juni 2004, *Kaagman vs. De Week*, LJN AP 0556.
- 19 Rb Amsterdam 20 april 2005, LJN AT 4299 (Privé) en LJN AT 4199 (SBS). Zie ook Karsten Gillhuis, 'Enkele recente ontwikkelingen op het gebied van de (on)rechtmatige perspublicatie', *Mediaforum* 2005-10, p. 327-328.
- 20 VMC-studiecommissie Openbaarheid van rechtspraak (Commissie De Meij), 'Toegang tot rechterlijke uitspraken', maart 2006, afgedrukt als katern in *Mediaforum* 2006-4.
- 21 EHRM 14 december 2006, *Shabanov en Tren vs. Rusland* (no. 5433/02).
- 22 In r.o. 47 overweegt het Hof: "The Court notes the differing contexts of 'public' statements made before a domestic court and the publicity which results from publication in a newspaper".
- 23 Zie de dissenting opinion van de rechters Lorenzen, Maruste en Borrego Borrego.
- 24 Margo Trappenburg, 'Google, het digitale archief van jeugdzondes', *NRC Handelsblad* 26 november 2007.
- 25 Raad voor de Journalistiek 15 november 2007, nr. 2007/67, *x vs. hoofdredacteur vblad*. Te vinden op www.rvdj.nl.
- 26 CBP-richtsnoeren 'Publicatie van persoonsgegevens op internet' d.d. 11 december 2007. Te vinden op cbpweb.nl.
- 27 Zie de bovengenoemde CBP-richtsnoeren p. 45-46.

