



Annotatie, EHRM 16 april 2009, appl. 34438/04, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2011-33, nr. 332, p. 3336-3345.

1. De Noorse wetgeving op het gebied van de Rechterlijke Organisatie kent een regel (artikel 131 A, ingevoegd in 1981) die verbiedt om tijdens de zittingen in strafzaken foto-, televisie- of radio-opnamen te maken. Het is evenmin toegestaan zonder toestemming van de betrokkene opnamen te maken als de verdachte of de veroordeelde op weg is naar- of terugkomt van de zitting of als hij zich binnen het gerechtsgebouw ophoudt. Wanneer er speciale redenen aanwezig zijn kan het Gerecht een uitzondering op dit verbod maken als het geen nadelige gevolgen heeft voor de behandeling van de zaak of andere redenen mochten bestaan die tegen de uitzondering pleiten. Als het gerecht overweegt een uitzondering te maken mogen partijen zich daar eerst over uitlaten.
2. De zaak betreft hetzelfde feitencomplex als P4 Radio Hele Norge ASA/Noorwegen, (appl. 76682/01, ECHR 2003-VI). Het ging om een beestachtig uitgevoerde drievoudige moord op de ouders en een zuster waarvan de zoon, tezamen met zijn vrouw B, haar halfzuster en diens vriend werden verdacht. De behandeling van dit familiedrama had een enorme media-aandacht getrokken. B. werd als de dader veroordeeld en (zij was tijdens de behandeling van de zaak nog op vrije voeten) onmiddellijk na de veroordeling in het gerechtsgebouw gevangen genomen, de overige verdachten werden vrijgesproken. De door de veroordeling heftig bewogen B. was gefotografeerd toen zij een half uur na de live op televisie uitgezonden door de rechter uitgesproken veroordeling het gerechtsgebouw verliet. Deze foto waar ze op te zien was met een zakdoek voor haar gezicht, met haar advocaat naast zich, werd op dezelfde dag voorpagina groot door het *Dagbladet* gepubliceerd. De foto had als begeleidende tekst: 'B. werd vanochtend tot 21 jaar gevangenisstraf veroordeeld. Hier verlaat zij huilend met haar advocaat het gerechtsgebouw.' Dezelfde krant publiceerde de volgende dag een foto van B, zittend in een politieauto. *Aftenposten* had op 23 juni een soortgelijke foto van B op straat, waar op te zien was dat haar advocaat afwerende gebaren naar de fotografen maakt. De advocaat van B. diende een klacht tegen de kranten en de fotografen in wegens overtreding van de hiervoor genoemde regel. De rechter in eerste aanleg vindt dat er, gelet op de enorme publieke belangstelling voor de zaak, speciale omstandigheden zijn die het beroep op de uitzondering rechtvaardigen. Bovendien was de identiteit van B. al uit andere publicaties bekend. Ook acht de rechtbank het tijdsverloop tussen de schok van de veroordeling en het moment van fotograferen van belang. Er was niet alleen het nieuwsfeit van haar veroordeling, maar ook het gevangen nemen (de nieuwswaarde van de foto van B. in de politiewagen). De Noorse Hoge Raad is echter verdeeld. De meerderheid vindt dat het verbod is geschonden.
3. De Hoge Raad refereert in het bijzonder aan twee omstandigheden die een bijzonder gewicht in de schaal leggen. Het EHRM had in de P4 Radio Hele Norge geoordeeld dat de nationale autoriteiten een grote beoordelingsmarge in dit soort zaken hebben. En die beoordelingsmarge was door de Noorse wetgever nog in 1981 aangewend met het besluit dat er in het belang van due process een speciale publiciteitsregel voor strafzaken moest worden ingevoerd, omdat de Fotografiewet (ik neem aan vergelijkbaar met ons portretrecht) een niet toereikende bescherming aan de verdachte en een veroordeelde bood.

4. Het EHRM kreeg de zaak te beoordelen als een schending van artikel 10 EVRM. Bij de beoordeling van die klacht wordt, evenals in de zaak A/Noorwegen beginsel 8 van Recommendation Rec (2003) 13 meegenomen. Het verwijst ook naar de al geciteerde zaak P4 Radio Hele Norge, waarin werd aangenomen dat verdragsstaten ten aanzien van de regels voor de verslaglegging van strafzaken een ruime margin of appreciation hebben. Dat betekent dat een beperking als neergelegd in artikel 131A van de Noorse proceswetgeving op zich zelf verenigbaar kan zijn met artikel 10 EVRM. De toetsing van de beslissing en het daaraan ten grondslag liggende regel, moet drie algemene belangen in acht nemen (overweging 53): artikel 10 EVRM (de noodzaak het publiek te berichten over zaken van publiek belang en het recht van het publiek om daarover te worden geïnformeerd), de positieve verplichting onder artikel 8 EVRM de privacy van verdachten en veroordeelden te beschermen (beginsel 8 uit de geciteerde aanbeveling) en de verplichtingen onder artikel 6 EVRM due process ('to ensure fair administration of justice') te waarborgen. Verder is van belang dat Noorwegen niet alleen staat in deze beperking: Cyprus, het VK, Oostenrijk en Denemarken kennen soortgelijke beperkingen. Andere landen laten het over aan zelfregulering door de pers. Er bestaat dus geen Europese consensus, hetgeen een argument is voor een ruime 'margin of appreciation'. Vervolgens onderzoekt het EHRM of de Noorse Hoge Raad de drie gezichtspunten van algemeen belang (berichtgeving over strafzaken, bescherming van privacy van verdachten en veroordeelden en due process) in acht heeft genomen. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord (ro 59).
5. De overwegingen 61 gaan in op de ernst van de schending van de privacy. In deze overweging 61 stelt het EHRM vast dat de inbreuk op de privacy ernstig was vanwege de geëmotioneerde en weerloze toestand waarin B. na de schok van de veroordeling verkeerde. In overweging 63 geeft het aan dat het dit belang zwaarder vindt wegen dan het due process belang, maar het respecteert de omgekeerde afweging van de Noorse Hoge Raad, omdat beide redenen een 'pressing social need' kunnen opleveren.
6. Geen schending van artikel 10 dus. De beslissing is unaniem, maar er zijn interessante concurring opinions van Rozakis en Malinverni die beiden vinden dat er in dit soort zaken geen ruime 'margin of appreciation' is, maar dat het Hof vol moet toetsen (en volgens Rozakis in deze zaak in feite ook doet). De kwestie van de 'margin of appreciation' in dit soort gevallen, is niet eerder zo expliciet geadresseerd. Harris, O'Boyle & Warwick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 272 vatten de jurisprudentie als volgt samen: 'However there has been no case in which margin of appreciation language has been used in a Court judgement concerning restrictions on a public hearing.' Zij voegen er als hun mening aan toe: 'The wording of the 'interests of justice' restriction – 'in the opinion of the Court' – most clearly invites a margin of appreciation approach.' Maar die relativiseren ze dan weer in een noot: 'But the wording 'strictly necessary' suggests a limited margin of appreciation.' Artikel 6 lid 2 EVRM dat de beperking op de openbaarheid regelt bevat inderdaad discretionaire en 'objectieve' elementen. De beperkingen gebaseerd op de belangen openbare orde, goede zeden, nationale veiligheid, minderjarigen en privacy, bevatten het discretionaire element niet, maar de slotzin 'or to the extent strictly necessary in the opinion of the Court, in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice' verwijzen zowel naar een noodzakelijkheidsnorm (die het Hof vol moet toetsen) en een discretionaire bevoegdheid die het Hof marginaal moet toetsen. Het is dus

een combinatie, en dat kun je ook wel zien aan overweging 63 van het meerderheidsoordeel. Het Hof zegt daar immers: wij zouden het onderlinge gewicht van de pressing social needs (privacy, het belang van de rechtspleging) anders hebben aangebracht dan de Noorse Hoge Raad, maar beide benaderingen zijn binnen het kader van de noodzakelijkheidstest te verdedigen en wij zetten onze benadering niet *in de plaats van* de nationale rechter. We kijken alleen of hij binnen het kader is gebleven. Een margin of appreciation benadering is ook dat het Hof het bestaan van de Noorse wettelijke beperking op filmen en fotograferen van verdachten en veroordelen respecteert als een nationale keuze (ze hiervoor onder 4).

7. Overweging 62 gaat in op het argument dat B. geen toestemming heeft gegeven om zich te laten fotograferen. Het Hof acht dit een factor van betekenis. Deze overweging bevat in mijn ogen een belangrijke verduidelijking van bestaande 'public figure' jurisprudentie. Er zijn naar het huidige inzicht van het Hof drie situaties waarin toestemming geen rol hoeft te spelen: a. bij politici (de zaak Lingens, *NJ* 1997, 901 m.nt. EAA), b. bij 'public figures' (het noemt de zaak Fressoz, *NJ* 1999, 713, m.nt. EJD), en c. als deelnemer aan een openbaar debat (Nilsen en Johnsen appl. 23118/93). Het valt op dat het Hof niet de zaak Caroline noemt, waarin een smallere definitie van het begrip 'public figure' werd gegeven dan het thans hanteert (*NJ* 2005, 22, m.nt. EJD). In de zaak Caroline ging het in de eerste plaats om de afbakening van het 'privé leven'. Die privésfeer wordt niet verkleind door het enkele feit dat je als politicus een publieke rol vervult, of als burger deelneemt aan het openbare debat of aan het publieke leven. Bij 'public figures' kan dat anders liggen: het inkomen kenbaar uit de belastingaangifte van Fressoz als directeur van een autofabriek Renault die in een arbeidsconflict over de hoogte van de lonen was betrokken, was niet meer 'privé'. Prinses Caroline was echter haar recht op een privéleven in het openbaar (restaurant, strand) niet kwijt, doordat zij af en toe officiële functies in het openbaar vervulde. De Noorse B. was door haar veroordeling evenmin in één van de drie categorieën terecht gekomen.
8. De beperkingen op de openbaarheid van de zitting zijn zowel in de Europese (artikel 6 lid 2 EVRM) als onze nationale wetgeving (artikel 121 Gw en artikel 269 Sv) geënt op de situatie dat de openbaarheid van de zitting of een deel daarvan geheel wordt opgeheven. Artikel 269 Sv dat dezelfde opbouw heeft als artikel 6 lid 2 EVRM, voorziet niet in beperkingen van de modaliteit van de openbaarheid (dus wel publiek en schrijvende pers, maar niet of in beperkte mate beeld). Het bijzondere belang van deze beslissing is er in gelegen dat bij de afweging van de beperking op de openbaarheid de *modaliteit* van de openbaarheid kan worden meegenomen (daarover ging immers de Noorse wettelijke bepaling die in Straatsburg mede ter discussie stond). Daarbij gaat het niet alleen om het privacybelang van verdachte of veroordeelde. Bij de openbaarheid van de behoorlijke rechtspleging zijn veel meer belangen betrokken: privacy belangen zowel als functionele belangen. Het gaat, naast het privacybelang van de verdachte/veroordeelde en zijn familie om het tijdens de zitting onbevungen kunnen functioneren van de rechters, het zonder stress op de zitting kunnen afleggen van verklaringen door getuigen (soms ook bescherming van hun veiligheid door afscherming van hun identiteit) en de bescherming van de privacy van de slachtoffers. De verschillende belangen kunnen worden gediend door de modaliteit van de openbaarheid te variëren. Dat kan bijvoorbeeld inhouden dat de schrijvende pers onverkort toegang krijgt tot de zitting, maar dat er een beperking is op fotograferen en filmen tijdens en voor en na de zitting. De

openbaarheid van de rechtspraak is dus een andere dan de openbaarheid van de politieke besluitvorming. Je kunt de openbaarheidsregels van de politieke macht niet onverkort toepassen op de rechterlijke macht. Binnen het kader van de artikelen 6, 8 en 10 EVRM kan een beperking op de (modaliteit) van de openbaarheid van de rechtspleging noodzakelijk zijn ter bescherming van de rechtspraak in een democratische samenleving. Het proces Wilders dat van begin tot eind is gefilmd lijkt mij een goed voorbeeld van het door elkaar halen van politieke openbaarheid en openbaarheid van rechtspleging.

E.J. Dommering