

EHRM van 31 juli 2012, zaaknr. 45835/05, Shapovalov t. Oekraïne

Trefw.: presidentsverkiezingen, ontvankelijkheid klacht bij het Hof, reikwijdte begrip “civil rights and obligations”, criteria “civil right”, vrijheid van meningsuiting, recht op toegang tot informatie, beroepshalve verzoek, erkenning van het recht op informatie in het nationale recht, “Information Act”, recht op toegang tot de rechter, rechtsweigerings, uitputting nationale rechtsmiddelen, persvrijheid, vital role as “public watchdogs”, “press coverage” van het verkiezingsproces, “prompt and free access” voor journalisten

Art.: 6, eerste lid, 10 en 13 EVRM

Samenvatting

Verzoeker is journalist en mensenrechtenactivist. De klacht betreft de inbreuk op zijn recht op het vergaren van informatie onder de vrijheid van meningsuiting, ten tijde van de presidentsverkiezingen van 21 november 2004, opmaat tot de Oranje revolutie in de Oekraïne. De regering stelt bij het Hof de niet ontvankelijkheid van deze klacht op grond van artikel 6, eerste lid, EVRM, nu deze geen betrekking heeft op betrokkene’s “civil rights and obligations”. Verzoeker beroept zich erop dat de door hem verlangde informatie (toegang en documenten) onder de vrijheid van meningsuiting valt. Dit zou reeds eerder door het Hof als “civil right” in de zin van art. 6, eerste lid, EVRM zijn aangemerkt. Het Hof herhaalt de in eerdere rechtspraak uitgekristalliseerde toepassingscriteria inzake art. 6, eerste lid, EVRM inzake its “civil” limb. (limb). Hoewel deze jurisprudentie de mogelijkheid biedt om andersoortige rechten dan die met een privaatrechtelijk karakter onder het begrip “civil rights and obligations” te brengen, is dit element in de rechtspraak slechts beperkt uitgewerkt. Zo heeft het Hof de meerderheid van de grondrechten van het verdrag aangemerkt als “civil rights”. In zaken betreffende de vrijheid van meningsuiting en in het bijzonder de toegang tot informatie is in de kwalificatie “rights which are civil in nature for the purposes of Article 6 § 1” daarentegen door Commissie c.q. Hof verworpen, of is deze in het midden gelaten. In de zaak Kennedy t. Hongarije heeft het Hof het recht van toegang tot gearcheveerde documenten daarentegen als “civil right” aangemerkt, nu sprake was van een door de nationale rechters erkend recht en het informatieverzoek beroepsmatig (als historicus) werd gedaan. Het Hof oordeelt in deze zaak overeenkomstig diezelfde lijn. Betrokkene is een journalist die in het kader van zijn beroepsuitoefening aanspraak maakt op de betreffende informatie. Een weigering raakt derhalve zijn professionele reputatie en loopbaan en het geschil hierover klagers persoonlijke en professionele belangen. Zijn recht op toegang tot informatie is voorts erkend in het nationale recht. Op basis hiervan concludeert het Hof dat het recht op toegang tot specifieke documenten, als onderdeel van de vrijheid van meningsuiting, als “civil right” in de zin van artikel 6, eerste lid, EVRM moet worden aangemerkt. Op dit punt is de klacht derhalve ontvankelijk. Het inhoudelijk oordeel over dit onderdeel staat in het teken van de toegang tot de rechter. Wil dit recht effectief zijn, dan dient voor betrokkene een duidelijke en praktisch toegankelijke rechtsweg open te staan. Dat is hier niet het geval, nu onvoldoende duidelijk is op basis van welk wetsartikel betrokkene had moeten procederen. De facto was sprake van “denial of justice”, zodat het Hof oordeelt tot een schending van artikel 6, eerste lid, EVRM.

Met betrekking tot de beweerde schending van de vrijheid van meningsuiting in artikel 10 EVRM oordeelt het Hof als volgt. Het van regeringswege opgeworpen ontvankelijkheidsverweer dat betrokkene de nationale rechtsmiddelen niet zou hebben uitgeput, wijst het Hof af. Gezien het gebrek aan duidelijkheid over het toepasselijke recht, kan verzoeker niet worden verweten dat hij koos voor de naar het scheen meest kansrijke optie. De klacht over de toegang tot informatie ziet in concreto op het belemmeren van de toegang tot het gebouw van de regionale kiescommissie in verband met de bijwoning van een vergadering en het niet verstrekken van bepaalde documenten over het verloop van de verkiezingen. Bij zijn toetsing baseert het Hof zich op eerdere rechtspraak. Het recht op informatiegaring is, als essentieel voor de journalistiek, een inherent, beschermd onderdeel van de persvrijheid. Dit recht is echter niet tot de media beperkt, nu het Hof uitgaat van een functioneel criterium: “the vital role as public watchdogs”, waardoor ook mensenrechtenorganisaties hierop aanspraak kunnen maken. Wat dit recht op toegang tot informatie van publiek belang betreft, verbijzondert het Hof deze aanspraak in relatie tot de

verkiezingen: “It appears imperative that prompt and free access for journalists to such information might have been vital for the press coverage of the election process.” In de voorliggende casus oordeelt het Hof echter dat geen schending van artikel 10 EVRM heeft plaatsgevonden, nu het daartoe door betrokkene overgelegde bewijs als onvoldoende is bevonden.

Noot

1. Deze uitspraak van het EHRM is vooral relevant vanwege de inbedding van de openbaarheidswetgeving in artikel 6, eerste lid, van het EVRM. Hierbij gaat het met name om de criteria op basis waarvan een recht op toegang tot informatie in het nationale recht als “civil right” in de zin van dit grondrechtsartikel kan worden aangemerkt. Twee elementen springen er uit. Allereerst de vraag of het recht op informatie (toegang tot documenten) in het nationale recht is erkend. En voorts de context van het informatieverzoek, in het bijzonder de vraag of dit beroepshalve is gedaan. Deze benadering veronderstelt derhalve dat uit een oogpunt van toepasselijkheid van artikel 6, eerste lid, EVRM wordt gedifferentieerd, al naargelang beroepsmatige achtergrond en motief van de aanvrager. Daarnaast voorziet het Hof het recht op toegang tot informatie van journalisten, als onderdeel van de door artikel 10 EVRM beschermde persvrijheid, bij de verslaglegging inzake het verloop van verkiezingen van een nieuw, als positieve verplichting aan te merken, element, te weten: “prompt and free access”. Dit recht op toegang tot informatie is ruimer dan de toegang tot documenten, want omvat tevens de toegang tot gebouwen en het bijwonen van vergaderingen teneinde zelf waarnemingen te kunnen doen. Een derde element in deze uitspraak is de bevestiging van eerdere jurisprudentie inzake de relatie van de artikelen 6 en 13 EVRM (EHRM van 28 oktober 1998, *Osman v. The United Kingdom*), waarbij de verplichtingen onder artikel 6, die onder artikel 13 absorberen.

2. De feiten in deze uitspraak zijn inmiddels historie. In deze zaak gaat het om de door een journalist, tevens mensenrechtenactivist, ondervonden belemmeringen bij de toegang tot bijeenkomsten en informatie tijdens de tweede ronde van de presidentsverkiezingen in de Oekraïne op 21 november 2004, leidend tot massa-protesten, resulterend in nieuwe verkiezingen en het aantreden van een nieuw, westers gezind bewind (Yuchenko). Door interne tegenstellingen en de herverkiezing in 2010 van de eerdere president (Yanukovitch) is inmiddels aan deze Oranje revolutie een einde gekomen. De mensenrechtensituatie in de Oekraïne blijft zorgelijk, onder meer door het kortwieken van de oppositie door gevangenhouding van leden van de vorige regering, met Yulia Tymoshenko als belangrijkste icoon. Zie in dit verband het arrest van het EHRM van 3 juli 2012, *Lutsenko v. Ukraine* op grond van artikel 5 EVRM. Ook Tymochenko zou het politieke karakter van haar gevangenhouding bij het Hof willen aanvechten. Dat journalisten bij hun beroepsuitoefening grote risico's kunnen lopen wordt geïllustreerd door de uitspraak van het EHRM van 8 november 2005 in de zaak *Gongadze v. Ukraine*. Het is tegen deze achtergrond dat de hiervoor opgenomen uitspraak van het Hof mede gezien dient te worden.

3. Bij de beoordeling van de vraag of de toegang tot informatie met het oog op de vrijheid van meningsuiting in artikel 10 EVRM als “civil right” onder artikel 6, eerste lid, EVRM heeft te gelden, haakt het Hof aan bij de in zijn rechtspraak uitgewerkte toepassingscriteria, zoals geformuleerd in EHRM van 27 juni 2000, *Frydlender v. France*. Het gaat om de volgende, cumulatief geldende vereisten: (a) er is sprake van een - reëel en serieus - geschil, (b) over een recht dat (in beginsel) in het nationale recht erkend is en (c) waarbij de uitkomst van de procedure rechtstreeks beslissend is voor “the civil right in question”. Of sprake is van een “civil right” is voorwerp van autonome interpretatie door het Hof. Zie in dit verband het arrest *Frydlander* betreffende een klacht over de lengte van een ambtenaarrechtelijke procedure op basis van artikel 6, eerste lid, EVRM. Hierin oordeelt het Hof in twee stappen. Allereerst wordt vastgesteld dat het ging om een procedure die beslissend was voor een “right which was civil by its nature”, namelijk een geschil van werkgever en werknemer over de beëindiging van het dienstverband. Vervolgens wordt geoordeeld over de vraag of dit recht in het licht van artikel 6, eerste lid, als een “civil right” kan worden aangemerkt, nu het hier gaat om een ambtenaarrechtelijke rechtsbetrekking. Het is in deze context dat het Hof, in afwijking van eerdere jurisprudentie, kiest voor een functioneel differentiatie criterium op basis van het karakter

van ambtelijke verplichtingen en verantwoordelijkheden. De uitkomst is dat door toepassing hiervan, artikel 6, eerste lid, EVRM van toepassing werd op een substantieel deel van de geschillen in het publiekrechtelijke ambtenarenrecht.

4. Het Hof concludeert tot toepasselijkheid van het recht op toegang tot de rechter onder art. 6, eerste lid, EVRM op basis van de volgende elementen. Betrokkene is journalist en het informatieverzoek is beroepshalve ingediend met het oog op publicaties over de presidentsverkiezingen. Deze activiteit kent risico's uit een oogpunt van professionele reputatie en loopbaan. Het geschil voor de nationale rechter is derhalve van belang met het oog op verzoekers persoonlijke en professionele belangen. Zijn recht op toegang tot informatie is voorts erkend in het nationale recht. Op basis van deze elementen in onderlinge samenhang oordeelt het Hof dat het recht op toegang tot specifieke documenten, binnen de grenzen van betrokkenes vrijheid van meningsuiting, in het licht van artikel 6, eerste lid, EVRM als "civil right" heeft te gelden. Het verzoekschrift is derhalve ontvankelijk.

5. In de voorliggende casus is het pad reeds gebaad in het arrest van het EHRM van 26 mei 2009, *Kenedi v. Hungary*, betreffende een geweigerde toegang tot documenten op basis van de Hongaarse "Act on the Protection of Personal Data and the Public Nature of Data of Public Interest" van 1992. Hierin stelde het Hof vast dat: (a) de nationale rechters het bestaan van een recht op toegang tot documenten erkenden, (b) dat deze toegang voor verzoeker, een historicus, noodzakelijk was om zijn historische studie af te kunnen ronden en (c) dat de beoogde publicatie binnen de reikwijdte van verzoekers in artikel 10 EVRM gegarandeerde vrijheid van meningsuiting viel. Hiervan uitgaande concludeerde het Hof dat de vrijheid van meningsuiting "constitutes a "civil right" for the purposes of Article 6 § 1. Hieruit blijkt dat voor het (in beginsel) privaatrechtelijke ankerpunt in artikel 6, eerste lid, een informatieverzoek als uitvloeiSEL van een (erkende) beroepsuitoefening voldoende is. Wel maakte het Hof in deze uitspraak nog een zeker voorbehoud, door op te merken dat geen der partijen een ontvankelijkheidsverweer op basis van artikel 6, eerste lid, had aangevoerd. Dat dit in de voorliggende casus wel is gebeurd, kan derhalve als een vervolg op deze uitspraak worden gezien en ook als verklaring voor de uitgebreide, dogmatische getoonzette motivering op dit punt door het Hof.

6. Wat in de hiervoor opgenomen uitspraak opvalt is dat het Hof, anders dan (impliciet) in zijn arrest-*Kenedi*, geen specifieke eisen (meer) stelt aan verzoekers beroepsmatige functioneren, in dit geval als journalist. Op dit punt kan verwezen worden naar het belangrijke arrest van het EHRM van 14 april 2009, *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary* inzake het verzoek van een mensenrechtenorganisatie (NGO) om documenten uit een strafdossier op basis van de Data Act 1992. Uitgangspunt van het Hof is zijn vaste rechtspraak, "that the public has a right to receive information of general interest". Het Hof heeft dit recht nader uitgewerkt in de persvrijheid. "The function of the press includes the creation of forums for public debate. However, the realisation of this function is not limited to the media or professional journalists. In the present case, the preparation of the forum of public debate was conducted by a non-governmental organisation. The purpose of the applicant's activities can therefore be said to have been an essential element of informed public debate. (...). The applicant is an association involved in human rights litigation with various objectives, including the protection of freedom of information. It may therefore be characterised, like the press, as a social "watchdog". (...) In these circumstances, the Court is satisfied that its activities warrant similar Convention protection to that afforded to the press." Het Hof concludeerde in deze zaak tot schending van artikel 10 EVRM op basis van de werking van het informatiemonopolie van het Constitutionele Hof als vorm van censuur, waardoor verzoeker werd belemmerd in de uitoefening van zijn recht op verspreiding van informatie.

Uit deze uitspraak blijkt tevens, dat het Hof hierin uitgaat van een (potentieel aanzienlijke) verruiming van de gelding van de persvrijheid, waarbij de hoedanigheid, oogmerk en werkzaamheden van verzoeker in verband met diens informatieverzoek qua betekenis voor het publieke debat beslissend zijn. Deze functionele inkleuring krijgt tevens doorwerking in dit nieuwe arrest. De verankering in de beroepsuitoefening van de journalist om de toegang tot

informatie als “civil right” te kunnen doen gelden, is in dit geval vederlicht, tenzij deze wordt begrepen in relatie tot zijn functioneren ten behoeve van wat als “civil society” wordt begrepen. Het is waarschijnlijk om deze reden dat het Hof nog een tweede ankerpunt met een privaatrechtelijke dimensie neemt, te weten: de mogelijke schade aan zijn professionele reputatie en loopbaan. Aldus wordt formeel voldaan aan een belangrijk toepassingscriterium inzake artikel 6, eerste lid, EVRM. Intrinsiek overtuigend is deze redenering mijns inziens echter niet.

7.. De hoogste nationale rechter van de Oekraïne heeft het beroep tegen het weigeringsbesluit om de verlangde documenten te verstrekken niet inhoudelijk behandeld, omdat het onder de verkeerde regeling zou zijn aangebracht. Verzoeker beroept zich bij het Hof ex artikel 6, eerste lid, EVRM op zijn grondrecht op toegang tot de rechter. Het Hof verstaat dit grondrecht aldus, dat hieronder niet alleen een recht op het adieren van een rechter is begrepen, maar ook de effectiviteit daarvan, dat wil zeggen de beschikbaarheid van een “a clear, practical opportunity” om een aantasting van zijn rechten aan te vechten. Omdat onduidelijk is gebleven of betrokkene vordering onder de van regeringswege aangewezen rechtsgrond beoordeeld had kunnen worden, gaat het Hof uit van een situatie waarin sprake is van een “denial of justice”, die de essentie van diens recht op toegang tot de rechter raakt. Het Hof concludeert derhalve tot een schending van artikel 6, eerste lid, EVRM.

De vraag dringt zich op of en zo ja aan de door het Hof in r.o. 46 genoemde besluiten van de Commissie en arresten van het Hof, uitspraken waarin geen gelding van artikel 6, eerste lid, EVRM werd aangenomen, nog betekenis toekomt. Ik denk niet of nauwelijks. Naar ik meen zou een uitspraak als die van de Commissie van 24 februari 1995, André Loersch c.a. thans niet meer gedaan worden (vgl. ook r.o. 49), en kunnen de daarnaast nog genoemde uitspraken gemakkelijk in deze jurisprudentie worden ingepast.

8. Bij de inhoudelijke beoordeling van de ondervonden belemmeringen bij de toegang tot het gebouw van de regionale kiescommissie en verkrijging van de verlangde documenten op basis van artikel 10 EVRM, gaat het Hof uit van het gebruikelijke toetsingskader. Met het oog op het specifieke karakter van de verslaglegging van verkiezingen is echter een specifiek, als positieve verplichting op te vatten element toegevoegd: de prompte en vrije toegang voor journalisten tot de betreffende informatie, immers essentieel voor een goede verslaggeving over de verkiezingen. De toetsing door het Hof staat sterk in het teken van de functie van de media en verwante organisaties als publieke waakhond en de gebleken talrijke onregelmatigheden tijdens de verkiezingen. Tot een oordeel dat sprake was van een schending van het grondrecht op de vrijheid van meningsuiting komt het Hof niet. De belemmeringen waren daartoe te gering en het door betrokkene aangeleverde bewijs te mager.

9. De Law On Information (Information Act) van 1992 is vanuit ons wetgevingsperspectief bezien een bijzondere wet, waarin is voorzien in een classificatie van soorten informatie, uiteenlopende informatierelaties, waaronder het recht op toegang tot informatie en de aansprakelijkheid van de pers. Dat het hier qua inhoud en systematiek niet gaat om een openbaarheidswet zoals wij die kennen blijkt ook uit eerdere jurisprudentie van het Hof. Zie EHRM van 5 mei 2011, Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel (aansprakelijkheid pers met betrekking tot publicatie van informatie op internet); van 31 maart 2011, Siryk (bewijs waardeoordelen); van 14 oktober 2010, Naydyon (toegang tot straf dossier); en van 1 juli 2010, Davdov and Others (weigering verstrekking documenten aan het Hof).

10. Inmiddels is deze Information Act waar het gaat om de toegang tot informatie vervangen door de op 9 mei 2011 in werking getreden Law on Access to Public Information, een echte openbaarheidswet, opgezet volgens het internationaal gangbare stramien. Daarnaast is nog voorzien in twee andere informatiewetten: een Law on Information en een Data Protection Act. Naar verwachting zal de toepassing van de nieuwe openbaarheidswet aanleiding zijn voor nieuwe procedures bij het EHRM. Vorige maand is een eerste verzoek reeds aangekondigd. In dit geval gaat het om de bevestiging door de hoogste bestuursrechter van een weigeringsbesluit om

documenten openbaar te maken die licht zouden kunnen werpen op een omstreden onroerend goed transactie (integriteit van bestuur).

11. De Oekraïne kent een sterke mensenrechtenbeweging, die ook op internet actief is. Zie in dit verband de op internet gepubliceerde jaarverslagen (vanaf 2004) over onder meer “The Right of Access to Information” op de website van de Kharkiv Human Rights Protection Group (www.khpg.org). Deze rapporten zijn van bredere betekenis. Allereerst als illustratie hoe moeizaam het transformatieproces verloopt van een communistisch land met een strikte geheimhoudingscultuur naar een open, democratische samenleving. Internalisering en effectuering van een nieuw, op de eisen van de democratische rechtsstaat toegesneden normencomplex kost tijd en blijvende aandacht. Tegelijkertijd zijn de gerapporteerde conflicten tevens een ijkpunt van wat de werkelijke betekenis van openbaarheid voor een democratische samenleving is.

12. De vraag dringt zich op of dit arrest van het EHRM van betekenis is voor de Wob en de wijze waarop deze wordt uitgevoerd. Ik denk het wel. In de eerste plaats vanwege de hierdoor weer verder uitgewerkte grondrechtelijke inbedding van de Wob, toegespitst op de artikelen 6, eerste lid, en 10 EVRM. Deze rechtspraak van het Hof vormt tevens het kader op basis waarvan het algemeen belang van openbaarmaking als afwegingsgrond bij de in artikel 10, tweede lid, van de Wob voorgeschreven belangenafweging grondrechtelijk dient te worden ingekleurd. Een bijzonder element is de voorrangspositie van bepaalde beroepsgroepen, in het bijzonder van journalisten en qua functie voor het publiek debat verwante NGO's. Ook kan op basis van deze rechtspraak een bijzondere positie voor publicerende wetenschappers met een specifieke informatiebehoefte worden geclaimd.

Uit een oogpunt van de gelding van artikel 6, eerste lid, EVRM acht ik aannemelijk, dat het wettelijk recht op toegang tot documenten inmiddels vrijwel geheel onder de werking van dit grondrecht valt, met name door de verruimde werkingssfeer van de vrijheid van meningsuiting als gevolg van de ontwikkeling van de sociale media en de mogelijkheid van koppeling van de aanspraak op toegang tot documenten aan het persoonlijke en professionele reputatierecht. Een ander punt van aandacht is de wetgevingskwaliteit en de hiermee samenhangende risico's. Het openbaarheidsrecht is vooral zo complex geworden door het grote aantal van aan de Wob derogerende openbaarheids- en geheimhoudingsvoorzieningen. Uit deze uitspraak blijkt, dat de risico's van dit stelsel uit een oogpunt van kenbaarheid en rechtszekerheid niet zonder meer op de burgers kunnen worden afgeschoven.

G. Overkleef-Verburg