

Hoge Raad, 25 maart 2008, De Telegraaf v De Staat

De Telegraaf 28 november 2006



PUBLICATIE

Strafrechtelijk beslag - bronbescherming

- [de inbeslaggenomen documenten bevatten staatsgeheime gegevens, dat strekt tot voorkoming van ernstige strafbare feiten, terwijl die gegevens van belang zijn in verband met de bescherming van de democratische rechtsorde en die bij openbaarmaking de nationale veiligheid en de veiligheid van derden op het spel kunnen zetten](#)
- [een onderzoek aan de documenten is weliswaar mogelijk, maar niet noodzakelijk om de identiteit van het lek bij de AIVD te achterhalen, aangezien dit aan de hand van de aan de AIVD inmiddels bekende inhoud van deze documenten reeds mogelijk is.](#)

Bronbescherming is een essentieel element van het recht op vrije nieuwsgaring door de pers. De bescherming van journalistieke bronnen is een van de hoekstenen van een vrije pers. Het ontbreken van die bescherming zou informanten kunnen ontmoedigen om de pers bij te staan in het informeren van het publiek over vraagstukken van algemeen belang.

Een inbreuk op het recht van vrije nieuwsgaring - dat onder meer ziet op de bescherming van de bron van de journalist - kan ingevolge art. 10, tweede lid, EVRM gerechtvaardigd zijn voor zover is voldaan aan de in die bepaling omschreven voorwaarden. Dat wil in de eerste plaats zeggen dat het bevel een basis moet hebben in het nationale recht. De desbetreffende nationale normen moeten een zekere precisie hebben. De inbreuk moet in de tweede plaats een van de in art. 10, tweede lid, EVRM genoemde doeleinden dienen. In de derde plaats moet de inbreuk ter bereiking van zo'n doel in een democratische samenleving noodzakelijk zijn (vgl. HR 8 april 2003, LJN AE8771, NJ 2004, 188).

De bescherming van journalistieke bronnen vindt zijn begrenzing in onder meer de bescherming van de nati-

onale veiligheid en de noodzaak om de verspreiding van vertrouwelijke informatie te verhinderen, zoals weergegeven in art. 10, tweede lid, EVRM. Daarbij geldt dat iedere inbreuk op het in art. 10 EVRM beschermde recht noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving, hetgeen meebrengt dat sprake moet zijn van een zwaarwegend maatschappelijk belang. Voorts moet de inbreuk proportioneel zijn en moeten door de overheid relevante en voldoende gronden worden aangevoerd om de inbreuk te rechtvaardigen. De Hoge Raad tekent daarbij aan dat - gelet ook op de afweging van de zwaarwegende belangen die daarbij betrokken zijn - het de voorkeur verdient dat zowel het bevel tot uitlevering als de beslissing tot inbeslagname van voorwerpen waarbij bronbescherming in het geding kan zijn, uitgaat van de rechter-commissaris.

Met het oordeel dat de inbeslaggenomen stukken afkomstig zijn van de AIVD en staatsgeheime informatie bevatten en voorwerp van het in art. 98c Sr voorziene strafbare feit uitmaken, heeft de Rechtbank tot uitdrukking gebracht dat het bevel tot uitlevering het belang dient ter bescherming waarvan die bepaling in het leven is geroepen, te weten de bescherming van staatsgeheimen.

In haar vervolgens gegeven oordeel dat in het onderhavige geval het in art. 10 EVRM vervatte recht van bronbescherming niet is geschonden, ligt besloten dat aldus sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang dat staatsgeheime gegevens niet in het openbaar circuleren en voorts dat de inbreuk op het recht op bronbescherming - welke inbreuk de Rechtbank kennelijk heeft aangenomen, hetgeen in cassatie niet wordt bestreden - in het licht van de omstandigheden van het geval gerechtvaardigd is te achten. Die oordelen geven tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor onder 4.4 is vooropgesteld, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl zij in het licht van het verhandelde in raadkamer ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk zijn. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking a) dat uit de stukken van het geding bezwaarlijk anders kan volgen dan dat de inbeslaggenomen documenten staatsgeheime gegevens bevatten over operationeel onderzoek door de AIVD naar de mogelijke verwevenheid van onderwereld en bovenwereld, dat strekt tot voorkoming van ernstige strafbare feiten, terwijl die gegevens van belang zijn in verband met de bescherming van de democratische rechtsorde en die bij openbaarmaking de nationale veiligheid en de veiligheid van derden op het spel kunnen zetten en

b) dat het door de klagster aangevoerde bezwaar tegen uitlevering van de documenten zich wat de mate van waarschijnlijkheid van onthulling van de bron betreft heeft beperkt tot haar vrees dat onderzoek aan de documenten tot identificatie van de bron zou kunnen leiden omdat op deze stukken vingerafdrukken zouden kunnen worden aangetroffen, in welk verband de Officier van Justitie heeft verklaard dat een onderzoek aan de documenten weliswaar mogelijk, maar niet noodzakelijk is om de identiteit van het lek bij de AIVD te achterhalen, aangezien dit aan de hand van de aan de

AIVD inmiddels bekende inhoud van deze documenten reeds mogelijk is.

Vindplaatsen: LJN: [BB2875](#); Mediaforum 2008, nr. 18, p. 235, m.nt. Schuijt

Hoge Raad, 25 maart 2008

(G.J.M. Corstens, A.J.A. Dorst, J.W. IJssink, J. de Hullu, W.M.E. Thomassen)

Beschikking

op het beroep in cassatie tegen een beschikking van de Rechtbank te 's-Gravenhage van 31 maart 2006, nummer RK 06/0469, op een beklag als bedoeld in artikel 552a van het Wetboek van Strafvordering, ingediend door:

UITGEVERSMATTSCHAPPIJ DE TELEGRAAF B.V., gevestigd te Amsterdam.

1. De bestreden beschikking

De Rechtbank heeft ongegrond verklaard het door de klagster ingediende beklag strekkende tot teruggave aan haar van het in bovenvermelde beschikking omschreven voorwerp.

2. Geding in cassatie

2.1. Het beroep is ingesteld door de klagster. Namens deze heeft mr. C. Waling, advocaat te 's-Gravenhage, bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

De [Advocaat-Generaal Wortel heeft geconcludeerd](#) dat de Hoge Raad het beroep zal verwerpen.

2.2. De Hoge Raad heeft kennisgenomen van het schriftelijk commentaar van de raadvrouw op de conclusie van de Advocaat-Generaal.

3. Achtergrond en procesgang

3.1. Bij de stukken van het geding bevindt zich een brief van 22 januari 2006 van het Hoofd van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) aan de Landelijk AIVD Officier van Justitie. Deze brief houdt het volgende in:

"Hierbij doe ik aangifte van overtreding van artikel 98 e.v. Wetboek van strafrecht tegen nog onbekende daders.

Blijkens een publicatie in de Telegraaf van zaterdag 21 januari 2006 zijn "AIVD-geheimen "bij drugsmaffia" terechtgekomen. Voor deze publicatie heeft De Telegraaf de AIVD gemeld in het bezit te zijn van documenten met staatsgeheime gegevens betreffende operationele werkzaamheden van de AIVD. De Telegraaf heeft een set van de desbetreffende documenten aan de AIVD overhandigd. Ik heb de Telegraaf op 20 januari 2006 schriftelijk laten weten er zonder uitdrukkelijk tegenbericht van uit te gaan dat alle in het bezit van de Telegraaf zijnde documenten aan de AIVD zijn overhandigd. Ik heb mij hierbij gebaseerd op twee voorafgaande telefoongesprekken met hoofdredacteur [betrokkene 1]. Tot op heden heb ik zijdens de Telegraaf geen tegenbericht ontvangen dat de krant nog over kopieën van deze documenten beschikt.

De van de Telegraaf ontvangen documenten betreffen gekopieerde werkdossiers van de Binnenlandse Veiligheidsdienst (BVD) met gevoelige, operationele

gegevens over globaal de periode 1996-2000. De gegevens hebben betrekking op operationeel onderzoek van de BVD naar de mogelijke verwevenheid van onderwereld en bovenwereld en naar mogelijke integriteitsaantastingen in relatie tot het openbaar bestuur en de rechtspleging in Nederland (operatiename Mikado, Tartarus en Tabban). De documenten bevatten:

- staatsgeheim (veelal Sto Geheim gerubriceerde) verslagen van gesprekken met menselijke bronnen van de BVD in het criminele circuit met gedetailleerde informatie over de groep rond Robert Mink K. en hun relaties;

- interne staatsgeheim (veelal Sto Geheim) gerubriceerde rapporten over de stand van zaken, de voortgang van het onderzoek terzake en de mogelijkheden waar en hoe bijzondere bevoegdheden toe te passen, zoals het plaatsen van microfoons;

- verslagen van besprekingen met de Landelijk Officier van Justitie voor BVD aangelegenheden;

- proces-verbaal van verhoor door de IRT commissie Wieringa;

- vertrouwelijke meldingsformulieren gericht aan de BVD en afkomstig van de politie in relatie tot de georganiseerde criminaliteit onder vermelding van allerlei detailinformatie en processen-verbaal van bevindingen en informatie van de CID;

- interne notities in verband met het strikt vertrouwelijke overleg met de commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer;

- staatsgeheim gerubriceerde analyses van afgeluisterde (telefoon)gesprekken;

- de letterlijke weergave van afgeluisterde telefoongesprekken;

- staatsgeheim gerubriceerde gespreksverslagen met naam en toenaam genoemde personen.

In deze stukken wordt ook gewag gemaakt van gesprekken die door politie/justitie vertegenwoordigers zijn gevoerd met als crimineel bekend staande personen dan wel wetenschap die zij hebben over dergelijke personen.

Uit de omschrijving blijkt dat de gegevens, in belangrijke mate, betrekking hebben op het actuele operationele kennisniveau op het taakveld democratische rechtsorde en in het bijzonder de integriteit openbare sector van de BVD en de daarbij gehanteerde concrete, specifieke werkwijze. Automatisch heeft een ander betrekking op de AIVD als zijn rechtsopvolger. Bovendien staan in de documenten namen vermeld van BVD/AIVD medewerkers en RID medewerkers; ook worden menselijke bronnen van de BVD aangeduid, overigens veelal met een codenaam, maar niet valt uit te sluiten dat ingewijden de identiteit van deze bronnen kunnen achterhalen, met alle mogelijke gevolgen van dien voor de desbetreffende personen en voor de nationale veiligheid. Gezien de aard en inhoud en de onderlinge samenhang ervan, alsmede de aangebrachte rubricering zijn de gegevens in kwestie aan te merken als gegevens bedoeld in de artikel 98, eerste lid, Wetboek van strafrecht (WvSr). Bovendien zijn de gegevens oorspronkelijk afkomstig van een zogenaamde verbo-

den plaats (vgl artikel 80 ter WvSr) en staan zij in betrekking tot de veiligheid van de staat (artikel 98, tweede lid, WvSr).

Om te bepalen of een gegeven een staatsgeheim vormt, zijn in samenhang met de genoemde artikelen van het WvSr, de algemene en specifieke geheimhoudings- en openbaarheidsbepalingen van belang. In casu zijn met name van belang artikel 15, hoofdstuk vier (45 e.v.), hoofdstuk zeven (85 e.v.) van de Wet op de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten en het Voorschrift informatiebeveiliging rijksdienst-bijzonder informatie (Vir-bi). In bijlage twee van het Vir-bi is een schema opgenomen met voorbeelden van (staatsgeheime) rubriceringen. Het is verder van belang dat de kantoorgebouwen van de AIVD en zijn rechtsvoorganger de BVD zijn aangewezen als verboden plaats als bedoeld in de Wet bescherming staatsgeheimen met de daaraan verbonden inherente beveiligingsmaatregelen. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (b.v. 14 december 1988, AB 1988/93 en MVT II 25877, nr. 3, blz 68-69) kan de BVD, en diens rechtsopvolger AIVD, zijn wettelijke taak uitsluitend verrichten binnen een zekere mate van geheimhouding. Volgens de Afdeling houdt dat in dat deze dienst zijn actuele kennisniveau, zijn bronnen en zijn werkwijze(n) geheim moet kunnen houden. Het betreft hier kritische ondergrenzen die als een vertaling kunnen worden gezien van het "jeopardize" criterium uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Naar mijn oordeel is het primair van belang om na te gaan of deze (en eventueel soortgelijke) staatsgeheime gegevens bij onbevoegden derden in bezit (kunnen) zijn om er vervolgens voor te zorgen dat deze aan het verkeer worden onttrokken in het belang van de nationale veiligheid en de veiligheid van de personen die in de stukken zijn genoemd vanwege het bericht in de Telegraaf dat de dossiers in het criminele milieu circuleren."

3.2. De aan het proces-verbaal van de behandeling van het beklag door de Rechtbank gehechte pleitnotities van de raadsman van de klaagster houden, voor zover hier van belang, het volgende in:

Proportionaliteit

13. Naar de mening van De Telegraaf is niet voldaan aan het proportionaliteitsbeginsel. De Telegraaf verwijst naar de aanbeveling van 8 maart 2000 van het Comité van de Ministers van de Raad van Europa (hierna "de Aanbeveling"). Het Comité heeft een aanbeveling gedaan om het journalistiek brongeheim in de nationale wetgevingen van de Lidstaten met dezelfde waarborgen te omkaderen. In de toelichting bij de Aanbeveling, het zgn. Explanatory Memorandum, wordt verduidelijkt dat de persvrijheid onder omstandigheden zou kunnen wijken voor 'the prevention of a major crime'. Onder major crimes wordt verstaan: 'murder, manslaughter, severe bodily injury, crimes against national security or serious organised crimes.'

14. In dezelfde zin heeft Advocaat-Generaal mr. T. Koopmans zich uitgelaten in zijn conclusie vooraf-

gaand aan het Van den Biggelaar-arrest (zie HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578):

"Men kan zich voorstellen dat uitzonderingen op verschoningsmogelijkheden erkend moeten worden wanneer ernstige misdrijven, zoals geweldsmisdrijven, kunnen worden voorkomen of opgespoord door doorbreking van het zwijgrecht."

15. Uit de Aanwijzing Toepassing dwangmiddelen bij journalisten blijkt voorts dat het College van Procureurs-generaal van oordeel is dat het toepassen van dwangmiddelen slechts is gerechtvaardigd als dat het enige middel is om een zeer ernstig delict op te lossen:

"Het moet dan gaan om misdrijven waarbij het leven, de veiligheid of de gezondheid van personen ernstig is geschaad of in gevaar kan worden gebracht. Daarvan zal in beginsel sprake zijn bij het opsporen van de verdachte van bijvoorbeeld een reeks van ernstige zedenmisdrijven, het traceren van een hoeveelheid explosieven of het inrekenen van een voortvluchtig moordenaar." (Zie Hoofdstuk 6, onder a)

16. Het in bezit hebben van staatsgeheime informatie om - mede aan de hand daarvan - krantenartikelen te schrijven is van geheel andere orde dan de hiervoor geschetste misdrijven. Dit misdrijf ontregelt de samenleving niet. Het gaat hier immers om de taak van de pers als "public watchdog".

17. Bij de ernst van de beoordeling speelt bovendien de inhoud van de krantenartikelen een rol. Uit de geheime informatie blijkt namelijk dat er aanwijzingen zijn van corruptie binnen het opsporingsapparaat en dat staatsgeheime informatie circuleerde binnen het criminele circuit.

18. Tenslotte speelt ook de wijze waarop De Telegraaf met deze informatie is omgegaan een rol. Volgens de minister van Justitie is De Telegraaf daar "omzichtig" mee omgegaan.

Subsidiariteit

19. Het is lastig voor De Telegraaf om iets te zeggen over de subsidiariteit. De Officier van Justitie weigert immers om zich daarover uit te laten. Deze houding staat lijnrecht tegenover hetgeen de Hoge Raad hierover overwoog in het Telegraaf/Sonera arrest, namelijk:

"dat in beginsel het Openbaar Ministerie aannemelijk moet maken dat is voldaan aan het beginsel van subsidiariteit, (...). Het gewicht van het in het geding zijnde belang, de vrijheid van nieuwsgaring, en de omstandigheid dat het Openbaar Ministerie, zoals in het onderhavige geval, daarop een inbreuk maakt, vormen voldoende rechtvaardiging voor dit uitgangspunt."

20. Er is pas aan het subsidiariteitsbeginsel voldaan als het OM aannemelijk heeft gemaakt dat er geen enkel ander alternatief meer beschikbaar is dan de inbeslagname van journalistiek materiaal.

21. In de Aanwijzing Toepassing dwangmiddelen bij journalisten zegt het College van Procureurs-generaal hierover:

"Het is van principieel belang dat de noodzaak voor iedere inbreuk op de vrijheid van meningsuiting overtuigend wordt onderbouwd. De marges bij het maken van een inbreuk worden begrensd door het belang van

een democratische samenleving bij het voortbestaan van een vrije pers. Dat belang zal veel gewicht in de schaal leggen bij het vaststellen of sprake is van een inbreuk die in verhouding staat tot het gerechtvaardigde doel." (Zie Hoofdstuk 5, onder a)

22. En verder: (zie p. 7 tweede alinea):

"Inbeslagneming moet de laatste reële mogelijkheid zijn om duidelijkheid te verkrijgen over de toedracht en de identiteit van de daders."

23. Het Explanatory Memorandum bij de eerder vermelde richtlijn van de Raad van Europa vermeldt (p. 11, nr. 32):

"A disclosure should only be justified if and after other means or sources have been unsuccessfully exhausted by the parties to a disclosure proceeding. The parties to a disclosure proceeding should also exhaust other non-journalistic sources at first before demanding the disclosure of the source by the journalist. The existence of reasonable alternative measures for the protection of the legitimate interest excluded in the necessity of disclosing the source by the journalist and the parties seeking the disclosure have to exhaust these alternatives at first."

24. De Telegraaf heeft geen enkel inzicht in eventuele andere onderzoeksmethoden van het Openbaar Ministerie om de identiteit van de bron te achterhalen. Het is onwaarschijnlijk dat inbeslagneming de enige onderzoeksmogelijkheid voor het Openbaar Ministerie is. Zo zou De Telegraaf zich kunnen voorstellen dat het Openbaar Ministerie de kopieën onderzoekt die De Telegraaf aan de AIVD heeft overhandigd.

25. De Telegraaf heeft namelijk op verzoek van [betrokkene 2], Hoofd van de AIVD een set kopieën van de door de journalisten ontvangen documenten verstrekt aan de AIVD. De AIVD is met andere woorden exact op de hoogte welke documenten aan De Telegraaf zijn verstrekt en wat de inhoud van die documenten is. Alleen al aan de hand daarvan moet voor het Openbaar Ministerie te traceren zijn wie de documenten gelekt heeft. Er zijn maar een paar mensen die de beschikking hadden over die documenten.

26. Bovendien zijn op de documenten handgeschreven notities opgenomen die niet van de journalisten van De Telegraaf afkomstig zijn. Ook zit tussen de stukken een handgeschreven notitie aan de leider van het onderzoek/toenmalig hoofd van de AIVD. Ook aan de hand daarvan zou de AIVD de identiteit van de bron kunnen traceren.

27. Het Openbaar Ministerie heeft niet aannemelijk gemaakt óf en zo ja welke alternatieve wegen voor haar open hebben gestaan of nog steeds openstaan om de identiteit van de bron van De Telegraaf te achterhalen. Vaststaat in ieder geval dat het Openbaar Ministerie aan de hand van de door De Telegraaf aan de AIVD toegezonden kopieën de bron had kunnen trachten te achterhalen. Pas wanneer dat niet succesvol zou zijn én er geen andere methoden meer voorhanden zouden zijn om het lek binnen de AIVD op te sporen, zou aan inbeslagneming van de Documenten toegekomen worden. De Telegraaf handhaaft dan ook haar standpunt dat niet is voldaan aan het subsidiariteitsbeginsel."

3.3. Voormeld proces-verbaal houdt voorts onder meer het volgende in:

"De officier van justitie voert andermaal het woord en verklaart, zakelijk weergegeven:

- De bron die onderhavige documenten aan klagster ter beschikking heeft gesteld behoeft niet noodzakelijkerwijs ook het lek binnen de organisatie van de AIVD te zijn. In een bepaalde periode zijn meerdere malen staatsgeheime documenten van de AIVD verdwenen, onderhavige documenten kunnen een rol spelen bij het onderzoek daarnaar.

- Op basis van onderzoek aan de documenten bestaat inderdaad de mogelijkheid om de identiteit van de bron te achterhalen. In het kader van het onderzoek naar het lek binnen de AIVD is onderzoek aan de documenten echter niet noodzakelijk om de identiteit van het lek vast te stellen, dit is aan de hand van de inhoud van de betreffende documenten reeds mogelijk.

- Onderhavige documenten dienen reeds aan de staat te worden teruggegeven op grond van de omstandigheid dat het staatsgeheime stukken betreffen die niet in het openbaar kunnen circuleren. Zolang niet is vastgesteld dat de stukken die aan de AIVD zijn teruggegeven daadwerkelijk alle stukken zijn die klagster mogelijk onder zich heeft gehad is vernietigen van de documenten zoals klagster heeft voorgesteld geen optie.

- Daarnaast heeft klagster geen volledige terughoudendheid betracht bij de publicatie van de stukken. Immers, om aan te geven dat dergelijke documenten in criminele circuits circuleren is het niet noodzakelijk om er uit te citeren."

3.4. De bestreden beschikking houdt onder het hoofd "beoordeling van het klaagschrift" het volgende in:

"Twee bij klagster werkzame journalisten, [betrokkene 3] en [betrokkene 4], hebben op enig moment de beschikking gekregen over staatsgeheime informatie die afkomstig was van de AIVD. Op basis van deze informatie zijn in De Telegraaf in januari 2006 enkele artikelen verschenen, waarin aan deze informatie en het beweerdelijk rondslingeren daarvan in het criminele circuit, aandacht is besteed. Op 26 januari 2006 heeft de officier van justitie op grond van artikel 96a Wetboek van Strafvordering (Sv) de uitlevering van de betreffende stukken bevolen. Op 1 februari 2006 zijn de betreffende stukken op grond van het bepaalde in artikel 94 SV door verbalisanten van de Rijksrecherche in beslag genomen. De stukken zijn daartoe in een door een notaris verzegelde enveloppe gedaan. De rechter-commissaris van deze rechtbank heeft bij beschikking van 1 februari 2006 de vordering van de officier van justitie van diezelfde datum tot instelling van een gerechtelijk vooronderzoek toegewezen.

De officier van justitie heeft zich in raadkamer primair op het standpunt gesteld dat de in beslag genomen stukken niet onder het geheimhoudingsrecht vallen, zodat er geen grond is voor de verzochte last tot teruggave.

Subsidiair heeft de officier van justitie betoogd dat, mocht de raadkamer van oordeel zijn dat de stukken wel vallen onder het geheimhoudingsrecht, artikel 10

van het EVRM zich niet verzet tegen doorbreking van die geheimhouding.

Klaagster heeft zich in raadkamer op het standpunt gesteld dat, indien teruggave van de stukken aan de AIVD zou volgen, gevreesd moet worden dat een onderzoek aan deze documenten tot de bron van deze stukken zou kunnen leiden. Dit zou ontegenzeggelijk gevolgen hebben voor de door klaagster geboden bronbescherming. Hierdoor kan de rol van klaagster als 'Public watchdog' worden ondermijnd. Aan de voor een inbreuk op dit recht vereiste proportionaliteit en subsidiariteit is niet voldaan aangezien de officier van justitie in onvoldoende mate heeft onderbouwd welke overwegingen ten grondslag hebben gelegen aan het bevel tot inbeslagname. Het bevel van inbeslagname is op te vatten als een inbreuk op artikel 10 EVRM, zodat geen teruggave van de betreffende stukken mag volgen.

De raadsman heeft verder verklaard dat klaagster en de betreffende journalisten zeer omzichtig met de betrokken documenten zijn omgegaan. Ook beschikt de AIVD reeds over kopieën van de betreffende stukken, zodat hen voldoende duidelijk is welke stukken zijn gelekt. Als gegrondverklaring van het klaagschrift zou volgen is klaagster bereid, desnoods in het bijzijn van de officier van justitie, de stukken direct te vernietigen. De rechtbank overweegt als volgt.

De stukken waarover werknemers van klaagster op enig moment de beschikking hebben gekregen, zijn afkomstig van de AIVD en bevatten staatsgeheime informatie. Het enkele onder zich nemen of houden van dergelijke informatie levert voor hen die daartoe niet gerechtigd zijn reeds een strafbaar feit op als bedoeld in artikel 98c Wetboek van Strafrecht.

Werknemers van klaagster zijn journalisten en blijven uit dien hoofde in beginsel verschoond van inbeslagname van stukken tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt, tenzij - onder meer - sprake is van geschriften die het voorwerp van het strafbare feit zijn.

Naar het oordeel van de rechtbank vormen de onder klaagster in beslag genomen stukken voorwerp van het hierboven omschreven strafbare feit en komt klaagster geen beroep op het verschoningsrecht van artikel 98 Wetboek van Strafvordering toe.

De omstandigheid dat de in beslag genomen stukken wellicht vingerafdrukken bevatten die de AIVD of het Openbaar Ministerie op het spoor van de bron(nen) van klaagster kunnen zetten, leidt niet tot een ander oordeel. Zoals klaagster terecht heeft betoogd omvat artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) ook de bescherming van journalistieke bronnen, om aldus het recht op vrije nieuwsgaring te waarborgen. De rechtbank acht dat recht in het onderhavige geval evenwel niet geschonden. De rechtbank stelt voorop dat van de betrokken journalisten geen actieve medewerking is verlangd aan het onderzoek naar de identiteit van de bron, maar dat in het onderhavige geval slechts uitlevering is gevorderd van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de journalisten bestaat en bovendien het voorwerp van een strafbaar feit uitmaakt.

De rechtbank is dan ook van oordeel dat een sanctionering van de door het Openbaar Ministerie in deze gevolgde handelwijze niet in de weg zal staan aan eventuele toekomstige - wellicht in andere vorm gegoeten - uitwisseling van informatie tussen klaagster en haar bronnen.

Uit het voorgaande volgt dat het klaagschrift ongegrond zal worden verklaard."

4. Beoordeling van het middel

4.1. Het middel komt op tegen de ongegrondverklaring van het klaagschrift door de Rechtbank. Het klaagt dat het oordeel van de Rechtbank met betrekking tot de inbeslag-genomen stukken onbegrijpelijk althans onvoldoende is gemotiveerd, meer in het bijzonder voor zover het de overweging van de Rechtbank over de verenigbaarheid met art. 10 EVRM betreft.

4.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan. Twee bij de klaagster werkzame journalisten hebben documenten onder zich gekregen ten aanzien waarvan het vermoeden bestaat dat zij van de AIVD afkomstige inlichtingen bevatten waarvan de geheimhouding door het belang van de Staat wordt geboden als bedoeld in art. 98 Sr.

Op basis van deze informatie zijn in het dagblad De Telegraaf enkele artikelen verschenen waarin aan deze informatie en het beweerdelijk rondslingeren daarvan in het criminele circuit aandacht is besteed. Aan de AIVD is desverzocht door de klaagster een afschrift van de documenten verschaft.

In het kader van het opsporingsonderzoek, gericht op overtreding van art. 98 e.v. Sr - kort gezegd: het achterhalen van het lek binnen de AIVD - zijn deze documenten na een door de Officier van Justitie uitgevaardigd bevel tot uitlevering op de voet van art. 96a Sv onder de klaagster in beslag genomen.

4.3.1. Het beklag van de klaagster strekt tot teruggave van de ('originele') documenten aan haar. In dat verband heeft zij de stelling betrokken dat de inbeslagname van de documenten niet te verenigen valt met art. 10 EVRM, omdat daardoor zonder voldoende rechtvaardiging aan het zwaarwegende belang van de bescherming van journalistieke bronnen wordt tekortgedaan. Zij heeft aangevoerd dat moet worden gevreesd dat een onderzoek aan deze documenten tot de bron van deze stukken, aan wie door de klaagster geheimhouding was toegezegd, zou kunnen leiden, in het bijzonder omdat op deze stukken vingerafdrukken zouden kunnen worden aangetroffen.

4.3.2. De Officier van Justitie heeft zich op het standpunt gesteld dat de documenten niet onder een aan journalisten toekomend geheimhoudingsrecht vallen, althans dat de inbreuk daarop is gerechtvaardigd omdat is voldaan aan de vereisten van art. 10, tweede lid, EVRM. De Officier van Justitie heeft te kennen gegeven dat een onderzoek op vingerafdrukken aan die documenten mogelijk, doch niet noodzakelijk is om de identiteit van het lek bij de AIVD te achterhalen, omdat dit aan de hand van de aan de AIVD inmiddels bekende inhoud van de desbetreffende documenten reeds mogelijk is. Volgens de Officier van Justitie dienen de documenten aan de Staat te worden teruggegeven om-

dat deze staatsgeheime inlichtingen bevatten, die niet in het openbaar mogen circuleren.

4.4. Bij de beoordeling van het middel dient het volgende te worden vooropgesteld.

Bronbescherming is een essentieel element van het recht op vrije nieuwsgaring door de pers. De bescherming van journalistieke bronnen is een van de hoekstenen van een vrije pers. Het ontbreken van die bescherming zou informanten kunnen ontmoedigen om de pers bij te staan in het informeren van het publiek over vraagstukken van algemeen belang.

Een inbreuk op het recht van vrije nieuwsgaring - dat onder meer ziet op de bescherming van de bron van de journalist - kan ingevolge art. 10, tweede lid, EVRM gerechtvaardigd zijn voor zover is voldaan aan de in die bepaling omschreven voorwaarden. Dat wil in de eerste plaats zeggen dat het bevel een basis moet hebben in het nationale recht. De desbetreffende nationale normen moeten een zekere precisie hebben. De inbreuk moet in de tweede plaats een van de in art. 10, tweede lid, EVRM genoemde doeleinden dienen. In de derde plaats moet de inbreuk ter bereiking van zo'n doel in een democratische samenleving noodzakelijk zijn (vgl. HR 8 april 2003, LJN AE8771, NJ 2004, 188).

De bescherming van journalistieke bronnen vindt zijn begrenzing in onder meer de bescherming van de nationale veiligheid en de noodzaak om de verspreiding van vertrouwelijke informatie te verhinderen, zoals weergegeven in art. 10, tweede lid, EVRM. Daarbij geldt dat iedere inbreuk op het in art. 10 EVRM beschermde recht noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving, hetgeen meebrengt dat sprake moet zijn van een zwaarwegend maatschappelijk belang. Voorts moet de inbreuk proportioneel zijn en moeten door de overheid relevante en voldoende gronden worden aangevoerd om de inbreuk te rechtvaardigen. De Hoge Raad tekent daarbij aan dat - gelet ook op de afweging van de zwaarwegende belangen die daarbij betrokken zijn - het de voorkeur verdient dat zowel het bevel tot uitlevering als de beslissing tot inbeslagneming van voorwerpen waarbij bronbescherming in het geding kan zijn, uitgaat van de rechter-commissaris.

4.5. Met het oordeel dat de inbeslaggenomen stukken afkomstig zijn van de AIVD en staatsgeheime informatie bevatten en voorwerp van het in art. 98c Sr voorziene strafbare feit uitmaken, heeft de Rechtbank tot uitdrukking gebracht dat het bevel tot uitlevering het belang dient ter bescherming waarvan die bepaling in het leven is geroepen, te weten de bescherming van staatsgeheimen.

In haar vervolgens gegeven oordeel dat in het onderhavige geval het in art. 10 EVRM vervatte recht van bronbescherming niet is geschonden, ligt besloten dat aldus sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang dat staatsgeheime gegevens niet in het openbaar circuleren en voorts dat de inbreuk op het recht op bronbescherming - welke inbreuk de Rechtbank kennelijk heeft aangenomen, hetgeen in cassatie niet wordt bestreden - in het licht van de omstandigheden van het geval gerechtvaardigd is te achten.

Die oordelen geven tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor onder 4.4 is vooropgesteld, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl zij in het licht van het verhandelde in raadkamer ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk zijn. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking

a) dat uit de stukken van het geding bezwaarlijk anders kan volgen dan dat de inbeslaggenomen documenten staatsgeheime gegevens bevatten over operationeel onderzoek door de AIVD naar de mogelijke verwevenheid van onderwereld en bovenwereld, dat strekt tot voorkoming van ernstige strafbare feiten, terwijl die gegevens van belang zijn in verband met de bescherming van de democratische rechtsorde en die bij openbaarmaking de nationale veiligheid en de veiligheid van derden op het spel kunnen zetten en

b) dat het door de klaagster aangevoerde bezwaar tegen uitlevering van de documenten zich wat de mate van waarschijnlijkheid van onthulling van de bron betreft heeft beperkt tot haar vrees dat onderzoek aan de documenten tot identificatie van de bron zou kunnen leiden omdat op deze stukken vingerafdrukken zouden kunnen worden aangetroffen, in welk verband de Officier van Justitie heeft verklaard dat een onderzoek aan de documenten weliswaar mogelijk, maar niet noodzakelijk is om de identiteit van het lek bij de AIVD te achterhalen, aangezien dit aan de hand van de aan de AIVD inmiddels bekende inhoud van deze documenten reeds mogelijk is.

4.6. In zoverre faalt het middel.

4.7. Het middel kan ook voor het overige niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO geen nadere motivering nu het middel in zoverre niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Slotsom

Nu het middel niet tot cassatie kan leiden, terwijl de Hoge Raad ook geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden beschikking ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, moet het beroep worden verworpen.

6. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president G.J.M. Corstens als voorzitter, en de raadsheren A.J.A. Dorst, J.W. IJssink, J. de Hullu en W.M.E. Thomassen in bijzijn van de griffier S.P. Bakker, in raadkamer en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 25 maart 2008.

Conclusie Advocaat-Generaal Wortel

1. Dit cassatieberoep betreft een beschikking van de Rechtbank te 's-Gravenhage waarbij een namens de bovengenoemde rechtspersoon - hierna: verzoekster - ingediend beklag tegen de inbeslagneming van bescheiden ongegrond is verklaard.

2. Namens verzoekster heeft mr C. Waling, advocaat te 's-Gravenhage, een schriftuur houdende cassatieklachten ingediend.

3. Deze beslagkwestie komt voort uit een zaak die vorig jaar nogal wat stof deed opwaaien. Van binnen de

burelen van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) zijn stukken aan derden gelekt. Dat komt neer op schending van staatsgeheimen (art. 98 Sr). Twee journalisten in dienst van verzoekster hebben daarover gepubliceerd. De teneur van hun publicatie was dat deze AIVD-stukken, die betrekking hebben op criminele netwerken, in datzelfde criminele circuit circuleerden. Uit deze publicatie kon worden begrepen dat de journalisten zelf in het bezit waren gekomen van (een exemplaar van) die gelekte AIVD-stukken.

4. Uit de nu aan de Hoge Raad gezonden gedingstukken valt te begrijpen dat het hoofd van de AIVD contact heeft gezocht met de redactie van verzoekster. Daarop heeft verzoekster de AIVD afschriften doen toekomen van de stukken waarover haar journalisten hadden gepubliceerd. Inmiddels was een opsporingsonderzoek gestart en korte tijd later is ook een gerechtelijk vooronderzoek geopend. AIVD, Openbaar Ministerie en de Rijksrecherche (aan wie het opsporingsonderzoek is opgedragen) willen de originele exemplaren ter beschikking krijgen van de AIVD-stukken die bij (de journalisten van) verzoekster zijn terecht gekomen. Daarvan is de uitlevering ter inbeslagneming gevorderd. Door tussenkomst van de advocaat van verzoekster zijn de bewuste stukken, verpakt in een verzegelde enveloppe, daadwerkelijk in beslag genomen.

5. De inzet van deze beklagprocedure is teruggave van die inbeslaggenomen originelen (dat wil dus zeggen: de exemplaren van de AIVD-stukken die bij verzoeksters journalisten terecht kwamen) aan verzoekster. Dit verzoek om teruggave wordt onderbouwd met een beroep op het journalistiek privilege en het daardoor gediende belang dat journalisten hun bronnen kunnen beschermen. Het centrale argument is in dit verband dat op de nu inbeslaggenomen 'originelen' van de AIVD-stukken sporen zouden kunnen worden aangetroffen, met name vingerafdrukken, aan de hand waarvan achterhaald kan worden wie in deze kwestie als bron van de journalisten heeft gefungeerd. Het Openbaar Ministerie heeft nadrukkelijk niet willen uitsluiten dat van dergelijke sporen, indien die nog gevonden kunnen worden, gebruik gemaakt zal worden.

6. In de bestreden beschikking is vastgesteld en overwogen:

“Twee bij klagster werkzame journalisten, (...), hebben op enig moment de beschikking gekregen over staatsgeheime informatie die afkomstig was van de AIVD. Op basis van deze informatie zijn in De Telegraaf in januari 2006 enkele artikelen verschenen, waarin aan deze informatie en het beweerdelijk rondslingeren daarvan in het criminele circuit, aandacht is besteed. Op 26 januari 2006 heeft de officier van justitie op grond van artikel 96a Wetboek van Strafvordering (Sv) de uitlevering van de betreffende stukken bevolen. Op 1 februari 2006 zijn de betreffende stukken op grond van het bepaalde in artikel 94 Sv door verbalisanten van de Rijksrecherche in beslag genomen. De stukken zijn daartoe in een door een notaris verzegelde enveloppe gedaan. De rechter-commissaris van deze rechtbank heeft bij beschikking van 1 februari

2006 de vordering van de officier van justitie van diezelfde datum tot instelling van een gerechtelijk vooronderzoek toegewezen.

De officier van justitie heeft zich in raadkamer primair op het standpunt gesteld dat de in beslag genomen stukken niet onder het geheimhoudingsrecht vallen, zodat er geen grond is voor de verzochte last tot teruggave.

Subsidiair heeft de officier van justitie betoogd dat, mocht de raadkamer van oordeel zijn dat de stukken wel vallen onder het geheimhoudingsrecht, artikel 10 van het EVRM zich niet verzet tegen doorbreking van die geheimhouding.

Klagster heeft zich in raadkamer op het standpunt gesteld dat, indien teruggave van de stukken aan de AIVD zou volgen, gevreesd moet worden dat een onderzoek aan deze documenten tot de bron van deze stukken zou kunnen leiden. Dit zou ontegenzeggelijk gevolgen hebben voor de door klagster geboden bronbescherming. Hierdoor kan de rol van klagster als 'public watchdog' worden ondermijnd. Aan de voor een inbreuk op dit recht vereiste proportionaliteit en subsidiariteit is niet voldaan aangezien de officier van justitie in onvoldoende mate heeft onderbouwd welke overwegingen ten grondslag hebben gelegen aan het bevel tot inbeslagneming. Het bevel tot inbeslagneming is op te vatten als een inbreuk op artikel 10 EVRM, zodat geen teruggave van de betreffende stukken [aan een ander dan verzoekster zelf, A-G] mag volgen.

De raadsman heeft verder verklaard dat klagster en de betreffende journalisten zeer omzichtig met de betrokken documenten zijn omgegaan. Ook beschikt de AIVD reeds over kopieën van de betreffende stukken, zodat voldoende duidelijk is welke stukken zijn gelekt. Als gegroundverklaring van het klaagschrift zou volgen is klagster bereid, desnoods in het bijzijn van de officier van justitie, de stukken direct te vernietigen.

De rechtbank overweegt als volgt.

De stukken waarover werknemers van klagster op enig moment de beschikking hebben gekregen, zijn afkomstig van de AIVD en bevatten staatsgeheime informatie. Het enkele onder zich nemen of houden van dergelijke informatie levert voor hen die daartoe niet gerechtigd zijn reeds een strafbaar feit op als bedoeld in artikel 98c Wetboek van Strafrecht.

Werknemers van klagster zijn journalisten en blijven uit dien hoofde in beginsel verschoond van inbeslagnaming van stukken tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt, tenzij - onder meer - sprake is van geschriften die het voorwerp van het strafbare feit zijn

Naar het oordeel van de rechtbank vormen de onder klagster in beslag genomen stukken voorwerp van het hierboven omschreven strafbare feit en komt klagster geen beroep op het verschoningsrecht van artikel 98 Wetboek van Strafvordering toe.

De omstandigheid dat de inbeslaggenomen stukken wellicht vingerafdrukken bevatten die de AIVD of het Openbaar Ministerie op het spoor van de bron(nen) van klagster kunnen zetten, leidt niet tot een ander oordeel. Zoals klagster terecht heeft betoogd omvat artikel 10

van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) ook de bescherming van journalistieke bronnen, om aldus het recht op vrije nieuwsgaring te waarborgen. De rechtbank acht dat recht in het onderhavige geval evenwel niet geschonden. De rechtbank stelt voorop dat van de betrokken journalisten geen actieve medewerking is verlangd aan het onderzoek naar de identiteit van de bron, maar dat in het onderhavige geval slechts uitlevering is gevorderd van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de journalisten bestaat en bovendien het voorwerp van een strafbaar feit uitmaakt. De rechtbank is dan ook van oordeel dat een sanctienering van de door het Openbaar Ministerie in deze gevolgde handelwijze niet in de weg zal staan aan eventuele toekomstige - wellicht in andere vorm gegoten - uitwisseling van informatie tussen klaagster en haar bronnen.

Uit het vorengaande volgt dat het klaagschrift ongegrond zal worden verklaard"

7. Tegen deze overwegingen wordt opgekomen met één middel dat in enkele klachten uiteenvalt.

Ik vat die klachten aldus samen.

a) Ten onrechte heeft de Rechtbank aangenomen - overigens in overeenstemming met een in de literatuur overheersend standpunt - dat de brieven en ander bescheiden die "voorwerp van een strafbaar feit uitmaken" ook in andere situaties in beslag genomen mogen worden dan de in art. 98, eerste lid, geregelde doorzoeking.

Reeds daarom had de Rechtbank een schending van art. 10 EVRM moeten aannemen, immers ontbreekt de wettelijke grondslag die een inbreuk op deze verdragsbepaling zou kunnen rechtvaardigen.

b) De Rechtbank heeft geoordeeld dat de verdenking ter zake van het in art. 98c Sr strafbaar gestelde feit meebrengt dat ten opzichte van de inbeslaggenomen stukken geen verschoningsrecht bestond. Aldus heeft de Rechtbank vastgesteld dat tegen verzoekster zelf een verdenking was gerezen, doch daarvan uitgaande had de Rechtbank moeten oordelen dat de inbeslagneming onrechtmatig is geweest omdat het bevel tot uitlevering is gericht tot degene die als verdachte werd aangemerkt, hetgeen art. 96c, tweede lid, Sv verbiedt.

c) In het licht van hetgeen daaromtrent namens verzoekster is aangevoerd had de Rechtbank haar oordeel dat de inbeslagneming in overeenstemming was met beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit nader moeten motiveren, in het bijzonder in verband met de uit art. 10 EVRM voortvloeiende eis dat de inbreuk op het journalistiek verschoningsrecht (die onvermijdelijk ook een inbreuk op de vrijheid van nieuwsgaring oplevert) werkelijk noodzakelijk is om de waarheidsvinding te dienen.

8. De zojuist onder a) samengevatte klacht berust op de volgende gedachtegang: in het tweede lid van art. 98 Sv is bepaald dat de inbeslagneming onder een verschoningsgerechtigde alleen mogelijk is voor zover het gaat om brieven of geschriften die voorwerp van het delict zijn (geweest) dan wel tot het begaan ervan gediend hebben. Aangezien deze bepaling is opgenomen in ver-

band met de in het eerste lid van art. 98 Sv geregelde doorzoeking, en de wetgever nimmer te kennen heeft gegeven dat die bepaling ook bij de inbeslagneming in andere situaties toepasselijk moet zijn, is de inbeslagneming van de in art. 98, tweede lid, Sv genoemde brieven of andere geschriften (bij een verschoningsgerechtigde) slechts toegelaten ter gelegenheid van de in het eerste lid geregelde doorzoeking.

9. In deze redenering kan de steller van het middel niet worden gevolgd. Het verschoningsrecht is nimmer als absoluut beschouwd in die zin dat het zich zou uitstrekken tot alles wat een verschoningsgerechtigde onder zich neemt. Met name is, voor zover mij bekend, steeds als algemene regel gehanteerd dat de zogenaamde 'corpora et instrumenta' buiten bereik van het verschoningsrecht moeten blijven. Een verschoningsgerechtigde zal zonnodig zelf een grens moeten trekken: zelfs in de uitoefening van de functie die tot geheimhouding noopt mag hij zich geen voorwerpen laten toevertrouwen die een rol hebben gespeeld bij het begaan van een delict of daardoor zijn verkregen, vgl HR NJ 1989, 213. Het vervullen van de vertrouwenspositie mag niet overgaan in het faciliteren of begunstigen van strafbaar gedrag.

10. Terecht merkt de steller van het middel op dat de rechtspraak betreffende de beide leden van art. 98 Sv tot dusverre geconcentreerd is geweest op de huiszoeking/doorzoeking, vgl. naast het zojuist genoemde HR NJ 1989, 213 het civiele HR NJ 1992, 315 en HR NJ 1994, 537. Dat is wel verklaarbaar. Zeker vóór 1 februari 2000, toen het Wetboek van Strafvordering werd uitgebreid met een bevoegdheid van opsporingsambtenaren uitlevering van in beslag te nemen voorwerpen te vorderen, was het onderzoek bij geheimhouders geheel in handen van onderzoeksrechters, en die gaven de voorkeur aan de huiszoeking, ook omdat daarbij het best valt te arrangeren dat de plaatselijke Deken een controlerende rol vervult. In de praktijk vormden huiszoeken dus bij uitstek de aanleiding voor jurisprudentie betreffende het tweede lid van art. 98 Sv.

11. Overigens lijkt mij ook vanuit het gezichtspunt van wetgevingstechniek aanstonds verklaarbaar dat de beperking bij het inbeslagnemen van geschriften onder een verschoningsgerechtigde alleen is voorzien bij de huiszoeking (doorzoeking). Juist daarbij kan de verschoningsgerechtigde immers niet zelf bepalen welke stukken aan de inbeslagneming worden onttrokken; het is - behoudens rechtsmiddelen - de huiszoekende (doorzoekende) autoriteit die feitelijk bepaalt welke stukken in beslag worden genomen. Bovendien is ten aanzien van de klassieke verschoningsgerechtigden, zoals advocaten en medici, uitermate voorspelbaar dat zij in hun werkruimte zijn omgeven van vele geschriften die op de één of andere manier een rol spelen bij de vervulling van hun vertrouwensfunctie.

Daarom lijkt me nogal voor de hand liggend dat de wetgever juist voor de huiszoeking (doorzoeking) nader heeft omschreven welke beperking de zoekende autoriteiten in acht hebben te nemen als het om geschriften gaat.

12. Voor de inbeslagneming in andere situaties volstond de wetgever met de algemene formule dat inbeslagneming onder verschoningsgerechtigden (zonder hun toestemming) niet is toegestaan voor zover het betreft "brieven en andere geschriften tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt". Ook ten aanzien van het bevel tot uitlevering dat sedert 1 februari 2000 door elke opsporingsambtenaar kan worden gegeven is bepaald dat verschoningsgerechtigden niet aan het bevel behoeven te voldoen "voor zover de uitlevering strijdig zou zijn met hun geheimhoudingsplicht". Deze algemenere formule zal aldus uitgelegd moeten worden dat de inbeslagneming van geschriften die voorwerp van het strafbaar feit uitmaken of tot het begaan ervan gediend hebben ook onder een verschoningsgerechtigde toelaatbaar is. Met betrekking tot die bijzondere categorie van geschriften wordt immers nooit een geheimhoudingsplicht erkend. Indien de uitlevering van zulke geschriften wordt gevorderd zal dus ook een verschoningsgerechtigde aan de vordering moeten voldoen.

13. De Rechtbank kon er derhalve van uitgaan dat een wettelijke grondslag voor de inbeslagneming wordt gevormd door de art. 94 en 96c Sv. In zoverre was ook voldaan aan de in art. 10 EVRM opgenomen voorwaarde dat voor inperkings van het, met een vrije nieuwsgaring verweven, journalistieke verschoningsrecht een wettelijke basis voorhanden moet zijn.

Het middelonderdeel faalt.

14. De hierboven onder b) samengevatte klacht lijkt mij op een onjuiste lezing van de bestreden uitspraak te berusten. Ik geef toe dat het iets scherper geformuleerd had kunnen zijn, doch naar mijn inzicht laten de overwegingen van de Rechtbank zich aldus verstaan dat de inbeslaggenomen stukken uitsluitend ter beschikking van de journalisten hebben kunnen doordat één of meer personen het in art. 98c, eerste lid onder 1o Sr strafbaar gestelde feit hebben begaan. Deze verdenking betreft dus degene(n) die deze stukken aan de journalisten heeft (hebben) doorgegeven, maar ook elke persoon die de stukken eerder in handen heeft gehad, tot aan degene die ze aanvankelijk buiten de burelen van de AIVD heeft gebracht, terwijl aangenomen moet worden dat die laatste persoon of personen ten aanzien van deze stukken ook nog andere misdrijven hebben begaan, te weten diefstal of verduistering (al dan niet in dienstbetrekking) en schending van een geheimhoudingsplicht.

15. Aldus opgevat houden de overwegingen van de Rechtbank in dat de onmiskenbaar criminele herkomst van de inbeslaggenomen stukken meebrengt dat een verschoningsrecht nimmer aan de inbeslagneming in de weg kan staan. Dat oordeel is juist (zoals bij de bespreking van het vorige middelonderdeel al aan de orde kwam) en niet afhankelijk van de vraag of er tegen verzoekster en/of haar medewerkers een verdenking bestond.

16. Naar aanleiding van de hierboven onder c) samengevatte klacht merk ik het volgende op.

17. De Rechtbank heeft de hele discussie over de (precieze) grenzen waarbinnen een inbreuk op art. 10

EVRM toelaatbaar is willen vermijden door vast te stellen dat het journalistieke verschoningsrecht in het geheel niet in het geding is. Die vaststelling bereikte de Rechtbank met een Saunders-achtige redenering: de vordering tot uitlevering betrof materiaal dat in fysieke vorm reeds vastlag; van de journalisten is niet gevegd dat zij zelf de gegevens zouden noemen of vastleggen die tot onthulling van hun bron zouden kunnen leiden.

18. Deze "Saunders-correctie" is ongeschikt voor een nadere afbakening van het verschoningsrecht. "Saunders" (EHRM NJ 1997, 699) slaat op het zwijgrecht van de verdachte, en brengt tot uitdrukking dat dit zwijgrecht geen belemmering is voor wettelijke maatregelen waardoor een verdachte wordt gedwongen bewijsmateriaal af te staan dat voor hem belastend is maar reeds bestaat, dat wil zeggen fysiek en/of inhoudelijk reeds vastligt. Daarin wordt naar hedendaagse opvattingen geen onwenselijke zelfincriminatie gezien.

19. Het functionele verschoningsrecht is van geheel andere orde. Het heeft niets te maken met de dubieuze (bewijs)waarde van afgedwongen materiaal, zo min als met het inhumane aspect van zelfincriminatie. Het in art. 218 Sv neergelegde functionele verschoningsrecht dient in wezen alleen zichzelf. Dit verschoningsrecht is een waarborg voor (uitoefening van) de maatschappelijk erkende hoedanigheid die tot geheimhouding noopt. Dit kan uiteraard betrekking hebben op de verdediging van een verdachte, maar het optreden van de verschoningsgerechtigde kan ook heel andere belangen dienen, variërend van bijstand aan iemand in existentiële nood tot de fameuze waakhondfunctie van een vrije pers, die in deze zaak aan de orde is.

Welke belangen de verschoningsgerechtigde ook behartigt, diens verschoningsrecht beschermt zijn eigen taakvervulling. Dit voorrecht wordt toegekend omdat de betreffende functionaris wordt geacht een essentiële rol te spelen bij het behoud van de rechtsstaat. Het functionele verschoningsrecht ontleent zijn bestaansrecht aan de vooronderstelling dat een bestendige rechtsorde, waarin het individu een aanvaardbaar evenwicht kan vinden tussen (persoonlijke) vrijheid en (collectieve) geborgenheid, tussen handelen naar eigen goeddunken en gehoorzaamheid aan normen die de continuïteit van het geheel moeten borgen, in gevaar komt indien de erkende vertrouwenspersonen niet langer in staat zijn hun beroepsgeheim te handhaven.

20. De in "Saunders" e tutti quanti aangebrachte correctie is niet geschikt om grenzen te stellen aan de uitoefening van dit functionele verschoningsrecht. Er dient rekening mee gehouden te worden dat een geheimhouder de noodzaak kan voelen zich persoonlijk te vergewissen van de inhoud of aard van bepaalde gegevensdragers, waartoe hij die stukken enige tijd onder zich moet kunnen houden. Dit is onomstreden ten aanzien van de klassieke verschoningsgerechtigden wier geheimhoudingsplicht verband houdt met het verlenen van bijstand. Notaris of advocaat, geestelijke of arts, kunnen redelijkerwijs van oordeel zijn dat het voor goede advisering of deugdelijke bijstand noodzakelijk is dat zij bepaalde gegevensdragers tijdelijk onder zich nemen. Naar mijn inzicht moet er rekening mee worden

gehouden dat ook een journalist die noodzaak kan voelen, al was het maar omdat hij verplicht is de geloofwaardigheid van zijn bronnen te onderzoeken. Een journalist die publiceert zonder het redelijkerwijs mogelijke te hebben gedaan om zijn bronnen te verifiëren stelt zichzelf bloot aan een onrechtmatige daadsactie, wellicht ook strafvervolging, indien de publicatie een onjuiste voorstelling van zaken blijkt te geven. Door deze onderzoeksplicht te verzaken ontzegt een journalist zichzelf de bescherming van art. 10 EVRM, vgl. EHRM 22 februari 2007, Appl. nr. 37464/02.

21. Reeds deze noodzaak bronnen te verifiëren brengt mee dat het journalistiek privilege ook ingeroepen moet kunnen worden ten aanzien van materiaal dat inhoudelijk en naar zijn fysieke verschijningsvorm reeds vastlag op het moment waarop de journalist het in handen kreeg.

In zoverre zou de vraag kunnen rijzen of de Rechtbank een juiste rechtsopvatting heeft gevolgd, maar bij nader inzien geloof ik niet dat die vraag hier werkelijk aan de orde is.

22. Ik heb namelijk de indruk dat de Rechtbank haar overwegingen geheel heeft toegespitst op de constatering dat afwijzing van dit klaagschrift de praktijk niet zal hinderen, aangezien journalisten wel een modus zullen weten te vinden om aan de dreiging van strafvorderlijke inbeslagneming te ontgaan en de inhoud van 'besmet' materiaal toch in openbaarheid te brengen. Dat zal de toekomst nog moeten uitwijzen, en ik hoop maar dat de Rechtbank de behendigheid van de journalistiek goed heeft ingeschat, maar onrealistisch lijkt mij deze veronderstelling niet op voorhand te noemen.

Bovendien, en belangrijker: de inbeslaggenomen stukken zijn nu eenmaal van misdrijf afkomstig. Of dit nu de originele, buiten de macht van de AIVD gebrachte stukken zijn dan wel kopieën ervan, en ongeacht door hoeveel handen zij reeds zijn gegaan, degene die deze stukken aan de journalisten overhandigde pleegde (aangenomen dat hij/zij wist wat hij/zij in handen had) het in art. 98c, eerste lid, onder 1o Sr omschreven misdrijf. Dit geldt voor iedereen die de stukken eerder in handen had, terwijl de gedragingen waardoor deze stukken aanvankelijk aan de AIVD werden onttrokken ook nog andere misdrijven zullen opleveren.

23. De steller van het middel moet evenwel worden toegegeven dat de overwegingen van de Rechtbank ook zó gelezen kunnen worden dat de inbeslagneming heeft plaatsgevonden op grond van een verdenking die is gezezen tegen verzoekster zelf en/of (als fysieke daders) tegen de twee journalisten in haar dienstbetrekking. Daarom merk ik nog het volgende op.

24. In het spanningsveld tussen vrije nieuwsgaring en door strafbaarstellingen beschermde vertrouwelijkheid, bestreken door art. 10 EVRM, heeft zich inmiddels een bestendige Straatsburgse jurisprudentie gevormd. Die komt er kort gezegd op neer dat grote terughoudendheid moet worden betracht indien handhaving van nationale wetgeving feitelijk tot gevolg zal hebben dat de vrije nieuwsgaring wordt beperkt. Zelfs in geval een journalist door het publiceren van bepaalde gegevens,

of door de wijze waarop hij die gegevens vergaart, een wettelijk geregelde geheimhoudingsplicht doorbreekt en daarom binnen het bereik van een strafbaarstelling komt, is nog niet gezegd dat hij ook een strafbaar (en vervolgbaar) feit begaat. Het instellen van een strafvervolging tegen een journalist wegens het schenden van een wettelijk gesanctioneerde geheimhoudingsplicht kan neerkomen op een ontoelaatbare inbreuk op de door art. 10, eerste lid, EVRM beschermde persvrijheid. Bij klachten over zulke vervolgingen van journalisten stelt het EHRM voorop dat nationale autoriteiten slechts een "limited margin of appreciation" hebben om vast te stellen dat zich de "pressing social need" voordoet om een journalist strafrechtelijk ter verantwoording te roepen, vgl. meest recent EHRM NJ 2007, 126 en 127.

25. Binnen zekere grenzen kan een journalist publiceren over gegevens terwijl hij weet, of zich moet realiseren, dat een wettelijk geregelde geheimhoudingsplicht is, of door de openbaarmaking wordt, geschonden. Dit is evenwel geen vrijbrief om ten aanzien van zulke gegevens strafbare feiten te plegen. Ik haal uit EHRM NJ 2007, 127 aan:

"(53)The Court further reiterates that people exercising freedom of expression, including journalists, undertake "duties and responsibilities" the scope of which depends on their situation and the technical means they use (see, *mutatis mutandis*, *Handyside v. the United Kingdom*, judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, § 49, third paragraph). Hence, while recognising the vital role played by the press in a democratic society, the Court stresses that journalists cannot, in principle, be released from their duty to obey the ordinary criminal law on the basis that Article 10 affords them protection. Paragraph 2 of Article 10 does not, moreover, guarantee a wholly unrestricted freedom of expression even with respect to press coverage of matters of serious public concern (see *Bladet Tromsø and Stensaas*, cited above, § 65).

(54)Hence, the Court reiterates that, by reason of the "duties and responsibilities" inherent in the exercise of freedom of expression, the safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the proviso that they are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism (see *Goodwin v. the United Kingdom*, judgment of 27 March 1996, Reports 1996-II, § 39, and *Fressoz and Roire*, cited above, § 54)"

26. Vervolging en veroordeling van een journalist kan onverenigbaar zijn met art. 10 EVRM, zelfs indien hij de bestanddelen van een wettelijke delictomschrijving heeft vervuld door gegevens(dragers) te accepteren in de wetenschap dat zij aan een wettelijk gewaarborgde vorm van geheimhouding zijn onttrokken, en/of zulke informatie in een publicatie te verwerken, indien deze journalist te goeder trouw zijn beroep heeft uitgeoefend.

Zulke vervolging en veroordeling, waardoor de in het eerste lid van art. 10 EVRM gewaarborgde persvrijheid wordt ingeperkt, dient door de omstandigheden van het

geval te worden gerechtvaardigd, als voorzien in het tweede lid van deze verdragsbepaling. Aan die rechtvaardiging worden hoge eisen gesteld, en zolang daar niet aan is voldaan is zelfs het opleggen van een geringe geldboete een ongeoorloofde vorm van "censorship".

27. In dit verband dient te worden onderzocht of de journalist te goeder trouw heeft gestreefd naar het publiceren van accurate en betrouwbare informatie. Daarbij behoeft een op sensatie of provocatie gerichte presentatie van de feiten nog geen doorslaggevende aanwijzing te zijn voor het ontbreken van deze goede trouw. Voorts zal vastgesteld moeten worden welk belang met de geheimhoudingsplicht werd gediend. Rechtstreekse bedreiging van het democratisch bestel en directe veiligheidsrisico's voor ingezetenen zijn van een andere orde dan de bestrijding van criminaliteit en corruptie, al zullen de overgangen veelal vloeiend zijn. Daartegenover benadrukt het EHRM telkens het belang dat het publiek zich over de desbetreffende feiten een mening kan vormen. Men zal dit aldus moeten begrijpen dat de beide, conflicterende, belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval. Zelfs indien een journalist moet beseffen dat gegevens slechts door schending van de zwaarst denkbare geheimhoudingsplicht in zijn bezit hebben kunnen komen, en de publicatie daarvan rechtstreeks nadelig kan zijn voor het functioneren van vitale staatsorganen, kan die informatie inhoudelijk van zodanige aard zijn dat de journalist doorslaggevend gewicht mag toekennen aan het belang dat het publiek wordt geïnformeerd. Dat zal het geval kunnen zijn indien zulke aan vertrouwelijkheid onttrokken gegevens er op wijzen dat door of onder verantwoordelijkheid van (overheids)instellingen onrechtmatig is gehandeld.

28. Uiteraard wordt aldus een toetsingskader zichtbaar dat veel te gecompliceerd is om iedereen tevreden te stellen. Met name zullen handhavers van recht en orde zich zonder twijfel op het standpunt stellen dat een "staatsgeheim" voor elk en een iegelijk onaantastbaar behoort te zijn, zodat de art. 98 e.v. Sr ook onverkort voor journalisten gelden. Daartegenover zullen journalisten weinig gecharmeerd zijn van de gedachte dat zij niet alleen aannemelijk moeten kunnen maken dat de betrouwbaarheid van bronnen is geverifieerd, doch een bepaalde materiaalkeuze zelfs de verplichting kan meebrengen aan het Openbaar Ministerie en/of de strafrechter uit te leggen hoe wettelijk beschermde vertrouwelijkheid is afgewogen tegen de voorlichtingsfunctie van de pers.

29. Binnen de door het EHRM uitgezette lijnen valt geen beter compromis te bereiken. Het formidabele belang van continuïteit in het democratisch staatsbestel en veiligheid van individuen behoeft geen toelichting, en het spreekt evenzeer vanzelf dat overheidsinstellingen deze waarden slechts kunnen verdedigen indien de vertrouwelijkheid van (een deel van) hun gegevensverkeer is gewaarborgd. Even gewichtig is echter de persvrijheid, als wezenlijk onderdeel van de vrijheid van meningsuiting. Ook deze vrijheid informatie te verga-

ren en te verspreiden is een primaire waarborg voor behoud van onze democratische, transparante samenleving. Het is niet mogelijk in algemene zin een rangorde aan te brengen tussen deze twee grootheden, die onverzoenlijk tegenover elkaar kunnen komen te staan. Het officiële etiket "staatsgeheim" kan niet worden geaccepteerd als een machtswoord waar elke journalist zich onmiddellijk bij neer moet leggen, maar een journalist die weet dat hij als zodanig geclassificeerde gegevens in handen krijgt zal terdege moeten bedenken of hij daar iets mee aan kan vangen.

30. Zou de bestreden beschikking aldus moeten worden verstaan dat de Rechtbank ervan is uitgegaan dat de inbeslagneming van de AIVD-stukken verband hield met een jegens verzoekster en/of haar werknemers gerezen verdenking ter zake van het in art. 98c, eerste lid, onder 1o Sr strafbaar gestelde misdrijf, dan zou een motiveeringsgebrek voor de hand liggen. In dat geval zou de Rechtbank hebben moeten onderzoeken - en daarvan in haar beschikking blijk hebben moeten geven - of de officier van justitie zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de twee bij verzoekster werkzame journalisten niet de zorgvuldigheid in acht hebben genomen die meebrengt dat zij door art. 10 EVRM worden beschermd; een bescherming die niet alleen betrekking heeft op het publiceren van vertrouwelijke (staatsgeheime) informatie, maar ook op het voorhanden hebben van gegevens die wederrechtelijk aan geheimhouding zijn onttrokken. Indien de officier van justitie niet in dat standpunt gevolgd had kunnen worden, had immers vastgesteld moeten worden dat de inbeslagneming was gegrond op een verdenking die bij nader inzien niet aanwezig is geweest.

31. Het lijkt mij op zijn zachtst gezegd ongewis of dat onderzoek zou hebben kunnen uitwijzen dat de officier van justitie, ook met inachtneming van art. 10 EVRM, verzoekster of haar werknemers als verdachte had mogen aanmerken. Het klaagschrift en de bij de behandeling in raadkamer overgelegde pleitaantekeningen houden in dat de minister van Justitie inmiddels had erkend dat verzoekster "omzichtig" met de AIVD-informatie was omgesprongen, terwijl de door verzoekster verzorgde publicaties een ernstige misstand aan de kaak hebben gesteld, te weten "corruptie binnen het opsporingsapparaat en [...] staatsgeheime informatie [die] circuleerde binnen het criminele circuit". Als ik het goed zie heeft het Openbaar Ministerie die stelling niet weersproken.

32. Bij die stand van zaken lijkt een redelijke verdenking tegen verzoekster en haar twee medewerkers ter zake van het in art. 98c, eerste lid, onder 1o Sr strafbaar gestelde misdrijf - binnen de door het EHRM benadrukte "limited margin of appreciation" - niet erg dichtbij te liggen. Daarbij kan ik in het midden laten of een geslaagd beroep van een journalist op de in art. 10 EVRM besloten persvrijheid een bijzondere rechtvaardigingsgrond zal opleveren (een "journalistieke exceptie") dan wel aangrijpt bij de bewijsvraag. In dit geval lijkt mij het laatste voor de hand te liggen, aangezien de toepasselijke strafbaarstelling het bestanddeel "zonder daartoe gerechtigd te zijn" bevat.

33. Aangenomen dat het zojuist bedoelde onderzoek zou hebben uitgewezen dat de officier van justitie ook in het licht van art. 10 EVRM nog wel uit had mogen gaan van een jegens verzoekster of haar werknemers bestaande verdenking, had bovendien nog moeten worden vastgesteld of de inbeslagneming werkelijk noodzakelijk was, in verband waarmee het Openbaar Ministerie minstens enigermate aannemelijk had moeten maken dat het onderzoek naar het AIVD-lek deze inbreuk op het verschoningsrecht onvermijdelijk maakte. Anders gezegd: in dat geval zou vastgesteld hebben moeten worden of de inbeslagneming ten laste van de verdachte verschoningsgerechtigde in overeenstemming was met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

34. Doch als gezegd vat ik de bestreden uitspraak zó op dat de Rechtbank zich in het geheel niet heeft willen uitlaten over de gegrondheid van een verdenking jegens verzoekster en/of haar journalisten, maar hun aan het functionele verschoningsrecht ontleende bezwaren van de hand heeft gewezen op de grond dat de inbeslaggenomen stukken de vrucht zijn (en dat reeds waren toen zij de journalisten bereikten) van één of meer door (een) derde(n) begane misdrijven, ten minste het in art. 98c, eerste lid, onder 1o Sr strafbaar gestelde misdrijf, en mogelijk ook nog andere misdrijven, zoals schending van een ambtsgeheim, diefstal of verduistering, al dan niet in dienstbetrekking gepleegd.

35. Geen verschoningsrecht is sterk genoeg om de criminele herkomst van een door justitie gezocht voorwerp te overwinnen. Naar aanleiding van het eerste middelonderdeel wees ik reeds op het tot nu toe overheersende standpunt dat het tweede lid van art. 98 Sv uitdrukking geeft aan een algemene regel, en een verschoningsgerechtigde zich nimmer op zijn bijzondere positie kan beroepen indien justitie de hand wil leggen op iets dat 'voorwerp van het strafbare feit heeft uitmaakt of tot het begaan daarvan gediend heeft'.

Dit geldt dus ook voor journalisten, ofschoon niet te ontkennen valt dat hun legitieme taakvervulling daardoor wordt geraakt. Deze mogelijkheid van justitiële inbeslagneming kan het onder omstandigheden moeilijker maken om (achteraf) te laten zien dat zorgvuldig is gehandeld ten aanzien van vertrouwelijke bronnen en de mogelijk nogal ontvlambare inhoud van stukken die deze bronnen helemaal niet in bezit hadden mogen hebben.

Ik hoop van harte dat de journalistiek een weg zal weten te vinden om te blijven publiceren over misstanden en controverses binnen alle mogelijke instellingen van maatschappelijk belang, ook indien daarvoor gebruik moet worden gemaakt van materiaal dat vanuit het criminele circuit naar een journalist toe drijft. Waarbij uiteraard de kanttekening past dat een zichzelf respecterend journalist zich zal onthouden van alles waardoor zijn bron de indruk kan krijgen dat strafbaar gedrag wordt aangemoedigd, maar dat is in deze beslagzaak geen punt van discussie geweest.

36. Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal

bij de Hoge Raad der Nederlanden,