

Hoge Raad, 11 juli 2008, De Telegraaf v De Staat



PUBLICATIE

Toetsing geheimhouding Wet Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten

Uit al hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de Staat zich ten onrechte op het standpunt stelt dat voor een vordering in kort geding als de onderhavige geen plaats is op de gronden (i) dat hij reeds vanwege de geheimhouding die voortvloeit uit de WIV 2002 in een procedure als deze geen verweer kan voeren tegen de aan de vordering ten grondslag liggende stelling dat de AIVD bijzondere bevoegdheden heeft uitgeoefend zonder dat zulks gerechtvaardigd was, en (ii) dat uitsluitend de commissie van toezicht op dat punt een oordeel kan geven.

Het moge zo zijn dat het stelsel van de WIV 2002 een "uiterst" restrictief regiem ten aanzien van het verstrekken van gegevens en inlichtingen bevat, zoals de Staat beklemtoont, dat wil niet zeggen dat het de Staat onmogelijk is in een procedure als de onderhavige de grondslag van de vordering te bestrijden. De WIV 2002 verbiedt hem immers niet onder alle omstandigheden informatie met betrekking tot de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden door de AIVD in een procedure als de onderhavige ter kennis van de rechter te brengen en in de civiele procedure zijn er, zoals hiervoor in 3.4.8 is uiteengezet, voldoende mogelijkheden om te waarborgen dat vertrouwelijke gegevens niet in de openbaarheid komen.

Bronbescherming journalist niet absoluut

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 lid 2 EVRM

Het onderdeel mist doel omdat het in wezen ertoe strekt aan te nemen dat de journalistieke bronbescherming absoluut is. Dat is evenwel niet zo. 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 lid 2 EVRM ([HR 25 maart 2008, 02387/06, RvdW 2008, 373](#)). Het hof heeft met zijn vooropstelling van de "uiterste terughoudendheid bij de toepassing van bijzondere bevoegdheden", anders dan het onderdeel kennelijk meent, zulks dan ook terecht niet uitgesloten.

PROCESRECHT

Inlichtingenplicht en geheimhouding wegens gewichtige redenen

Artikel 22 Rv: De rechter die gesteld wordt voor de vraag of gewichtige redenen geheimhouding met betrekking tot bepaalde stukken (of gedeelten daarvan) of bepaalde inlichtingen rechtvaardigen, zal die vraag in het algemeen niet kunnen beantwoorden zonder kennis te nemen van die stukken of die inlichtingen. De rechter zal dan ook kunnen verlangen dat de partij die zich op de gewichtige redenen beroept, daartoe medewerking verleent door uitsluitend hem ter vertrouwelijke kennisneming de desbetreffende inlichtingen te verstrekken of de stukken (eventueel alleen ter inzage) te verschaffen.

Mocht de rechter, na kennisneming van de inlichtingen of stukken, tot het oordeel komen dat geheimhouding om gewichtige redenen gerechtvaardigd is, dan vervalt de verplichting tot het geven van die inlichtingen of het overleggen van die stukken.

Wel kan de partij die op grond van dit oordeel niet verplicht is tot het geven van die inlichtingen of het overleggen van die stukken, desgewenst mededelen dat, met het oog op de beoordeling van de vordering, uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van de van haar verlangde inlichtingen of stukken. De rechter zal evenwel in dat geval niet mede op grond van die inlichtingen of stukken uitspraak mogen doen dan nadat de wederpartij ondubbelzinnig toestemming daartoe heeft verleend. De rechter die het geding verder behandelt, zal uit het niet verlenen van die toestemming de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht. In het geval dat de eerder bedoelde mededeling niet door eerstgenoemde partij wordt gedaan, of dat bedoelde toestemming niet door haar wederpartij wordt verleend, dan wel in het geval dat de rechter heeft geoordeeld dat geen gewichtige redenen aanwezig zijn voor de weigering doch de betrokken partij daarin volhardt, brengen de eisen van een behoorlijke rechtspleging mee dat de rechter die over de geheimhouding heeft beslist en in dat verband heeft kennisgenomen van de betrokken stukken of inlichtingen, niet deelneemt aan de verdere behandeling van het geding. Eventueel aan deze rechter ter beschikking gestelde stukken worden aan de partij die ze heeft verstrekt teruggegeven.

Vindplaatsen: LJN: [BC8421](#); NJ 2009, 451, m.nt. Dommering; Mediaforum 2008, nr. 36, p. 443, m.nt. Fernhout

Hoge Raad. 11 juli 2008

(D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, J.C. van Oven, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser)

Uitspraak 11 juli 2008

Eerste Kamer

Nr. C06/306HR

RM/AS

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

1. **UITGEVERSM AATSCHAPPIJ DE TELEGRAAF B.V.**,

gevestigd te Amsterdam,

2. [Eiser 2],

wonende te [woonplaats],

3. [Eiser 3],

wonende te [woonplaats],

4. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **NEDERLANDSE VERENIGING VAN JOURNALISTEN**,

gevestigd te Amsterdam,

5. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid **HET NEDERLANDS GENOOTSCHAP VAN HOOFDREDACTEUREN**,

gevestigd te Amsterdam,

EISERS tot cassatie, verweerders in het incidentele cassatieberoep,

advocaat: mr. F.E. Vermeulen,

t e g e n

DE STAAT DER NEDERLANDEN, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

zetelende te 's-Gravenhage,

VERWEERDER in cassatie, eiser in het incidentele cassatieberoep,

advocaat: mr. G. Snijders.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als De Telegraaf c.s. en de Staat, eisers afzonderlijk ook als De Telegraaf, [eiser 2], [eiser 3], NVJ en NGH.

1. Het geding in feitelijke instanties

Telegraaf c.s. hebben bij exploit van 7 juni 2006 de Staat in kort geding gedagvaard voor de rechtbank 's-Gravenhage en gevorderd:

1. de Staat te gebieden alle onderzoeken en het gebruik van bijzondere bevoegdheden door de AIVD die betrekking hebben op De Telegraaf, [eiser 2] en/of [eiser 3] te staken en gestaakt te houden, voorzover het betreft de in deze zaak bedoelde onderzoeken en bijzondere bevoegdheden die op enigerlei wijze in verband staan met de publicaties in De Telegraaf,

2. primair de Staat te gebieden alle informatie, persoonsgegevens en andere gegevens te vernietigen, dan wel te wissen zonder dat daarvan een kopie zal worden behouden, voorzover het betreft informatie en/of gegevens die zijn verkregen in verband met het onderzoek en gebruik van bijzondere bevoegdheden jegens de beide journalisten naar aanleiding van de publicaties;

subsidiair de Staat te verbieden alle hiervoor bedoelde informatie, persoonsgegevens en andere gegevens en eventuele kopieën daarvan ter hand te stellen dan wel daaromtrent mededeling te doen aan het openbaar ministerie dan wel daarvan gebruik te maken in strafrechtelijke procedures jegens de beide journalisten; meer subsidiair de Staat te gebieden ervoor zorg te dragen dat alle informatie, persoonsgegevens en andere gegevens worden vernietigd respectievelijk gewist zonder dat daarvan een kopie zal worden behouden, voorzover het betreft informatie en/of gegevens die zijn verkregen in verband met het onderzoek en gebruik van bijzondere bevoegdheden jegens de beide journalisten naar aanleiding van de publicaties en voorzover deze informatie en/of gegevens geen betrekking hebben op de onderhavige kwestie;

3. de Staat te gebieden te bevestigen dat alle hiervoor bedoelde informatie en gegevens zijn vernietigd dan wel gewist en dat daarvan geen kopieën meer in bezit zijn van de Staat;

4. een en ander op straffe van een dwangsom.

De Staat heeft de vorderingen bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 21 juni 2006 de vorderingen grotendeels toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft de Staat hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. De Telegraaf c.s. hebben incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 31 augustus 2006 heeft het hof, in het principale appel, het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd voorzover het betreft de onder 3, 4 en 5 van het dictum genoemde geboden. In zoverre opnieuw rechtdoende heeft het hof de Staat verboden om materiaal (en kopieën daarvan), verkregen met hulp van de toepassing van bijzondere bevoegdheden, ter hand te stellen of mededeling daaromtrent te doen aan het openbaar ministerie, zolang de in de WIV 2002 genoemde commissie van toezicht niet heeft geoordeeld dat de verkrijging daarvan rechtmatig was. In het incidenteel appel heeft het hof het beroep verworpen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben de Telegraaf c.s. beroep in cassatie ingesteld. De Staat heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor De Telegraaf c.s. mede door mr. M.G.M. de Bont, advocaat bij de Hoge Raad.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper](#) strekt zowel in het principale als in het incidentele beroep tot verwerping.

De advocaat van de Staat heeft bij brief van 10 april 2008 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van de middelen in het principaal en in het incidenteel beroep

3.1 In cassatie kan op grond van rov. 1 - 2.4 en 6 van het bestreden arrest worden uitgegaan van het volgende.

(i) De Telegraaf geeft het dagblad "De Telegraaf" uit. De journalisten zijn in dienst van De Telegraaf.

(ii) In januari 2006 kregen de journalisten van een (voor anderen dan hen zelf) anonieme bron vertrouwelijke, staatsgeheime informatie in de vorm van documenten. Deze informatie was afkomstig van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) of van haar voorgangster, de Binnenlandse Veiligheidsdienst (BVD), beide organen van de Staat. De van deze bron verkregen informatie betreft gevoelige, operationele gegevens uit een BVD-onderzoek in de tweede helft van de jaren negentig van de vorige eeuw naar een criminele organisatie rond zekere Mink K., naar de mogelijke verwevenheid van onderwereld en bovenwereld en naar mogelijke corruptie binnen het openbaar bestuur en de diensten die belast zijn met opsporing en vervolging.

(iii) De journalisten hebben de bedoelde bron met betrekking tot zijn identiteit geheimhouding toegezegd.

(iv) Op 20 januari 2006 heeft De Telegraaf een set kopieën van de documenten aan de AIVD verstrekt.

(v) Op 21 januari 2006 heeft De Telegraaf het door de journalisten geschreven artikel "AIVD-geheimen bij de drugsmaffia" gepubliceerd. De dag daarop is een vervolgartikel "Dossiers te koop in de onderwereld" gepubliceerd. In de daaropvolgende edities hebben de journalisten nog een aantal malen aandacht besteed aan de gegevens uit de BVD- en AIVD-informatie. Deze artikelen worden hierna tezamen aangeduid met: "de publicaties".

(vi) Op 22 januari 2006 heeft de AIVD aangifte gedaan van schending van een staatsgeheim, waaronder het ongeoorloofde bezit van staatsgeheimen. Aanvankelijk was de aangifte gericht tegen onbekende daders, nadien zijn de journalisten als verdachten aangemerkt. In het kader van het strafrechtelijk onderzoek zijn de documenten in beslag genomen.

(vii) Naar aanleiding van de publicaties is de AIVD begonnen met een onderzoek teneinde de risico's die het lekken bij de AIVD zou meebrengen voor andere onderzoeken en voor de veiligheid van AIVD-bronnen en eventuele andere betrokkenen in beeld te brengen. Het onderzoek betrof de hoeveelheid en aard van de gelekte gegevens en het antwoord op de vraag op welke wijze deze bij (onbevoegde) derden aanwezig (kunnen) zijn. Dit onderzoek wordt hierna aangeduid met: "het onderzoek".

(viii) Medio mei 2006 hebben de journalisten geconcludeerd dat zij sedert eind januari 2006 door de AIVD zijn afgeluisterd en geobserveerd. Ook hebben zij geconcludeerd dat de AIVD over de periode vanaf 1 september 2005 telecom- en printgegevens heeft opgevraagd waaruit onder meer kan worden afgeleid door wie zij zijn opgebeld en waar zij zijn geweest.

3.2 De hiervoor in 1 vermelde vorderingen van De Telegraaf c.s. betreffen de in verband met de publicaties door de AIVD verrichte onderzoeken en het gebruik ten opzichte van de journalisten van bijzondere bevoegd-

heden (een en ander als hiervoor in 3.1 (viii) genoemd en door het hof in rov. 8 omschreven als: observeren, in het kader daarvan registreren, volgen, aftappen en af luisteren van gesprekken, telecommunicatie etc.), alsmede de daarmee verkregen gegevens. De vorderingen komen er in hoofdzaak op neer dat de Staat wordt bevolen die onderzoeken en dat gebruik van de bijzondere bevoegden door de AIVD te staken, en de verkregen gegevens te vernietigen, althans niet ter beschikking van het openbaar ministerie te stellen of te gebruiken in strafzaken tegen de journalisten, een en ander op straffe van een dwangsom.

De voorzieningenrechter heeft een deel van de vorderingen toegewezen.

Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter voor een deel in stand gelaten, namelijk:

- het bevel aan de Staat om het gebruik door de AIVD van de in dit vonnis genoemde bijzondere bevoegdheden die rechtstreeks betrekking hebben op De Telegraaf en de journalisten te staken en gestaakt te houden, voorzover die bijzondere bevoegdheden op enigerlei wijze in verband staan met de publicaties van de journalisten over de van de bron ontvangen documenten;

- de bepaling dat dit bevel niet geldt indien en voorzover de AIVD op de hoogte raakt van relevante, voor de journalisten of De Telegraaf belastende feiten die tot dusver bij de dienst niet bekend zijn.

Het hof heeft met betrekking tot de overige bevelen van de voorzieningenrechter diens vonnis vernietigd en (in de plaats daarvan) de Staat verboden om materiaal (en kopieën daarvan), verkregen met behulp van de toepassing van bijzondere bevoegdheden, ter hand te stellen of mededeling daaromtrent te doen aan het openbaar ministerie, zolang de in de **Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (WIV 2002)** genoemde commissie van toezicht niet heeft geoordeeld dat de verkrijging daarvan rechtmatig was.

3.3 Hiertegen keren zich het middel in het principale beroep en het middel in het incidentele beroep met een groot aantal klachten. Zij kunnen onder de volgende vragen worden gegroepeerd:

(a) Is er in een zaak als deze plaats voor vorderingen als de onderhavige in kort geding? (hierna in 3.4)

(b) Heeft de AIVD met de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten daarvan misbruik gemaakt? (hierna in 3.5)

(c) Kan een inbreuk op de journalistieke bronbescherming door het uitoefenen van bijzondere bevoegdheden op grond van de WIV 2002 gerechtvaardigd zijn op grond van het tweede lid van art. 8 en 10 EVRM? (hierna in 3.6)

(d) Heeft het hof de voor het aannemen van een uitzondering als bedoeld in het tweede lid van art. 8 en 10 EVRM noodzakelijke afweging juist uitgevoerd? (hierna in 3.7)

(e) Heeft het hof zijn beslissing (ten onrechte) afhankelijk gemaakt van het oordeel van de commissie van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten? (hierna in 3.8)

3.4(a) Is er in een zaak als deze plaats voor vorderingen als de onderhavige in kort geding?

3.4.1 Het meest verstrekkende verweer van de Staat is, kort gezegd, dat in een zaak als deze geen plaats is voor een vordering in kort geding.

3.4.2 Het hof heeft - in cassatie terecht niet bestreden - in rov. 9 tot uitgangspunt genomen dat de WIV 2002 niet toestaat dat de AIVD bevestigt of ontkent dat de bijzondere bevoegdheden ook jegens de journalisten zijn gebruikt. Dit betekent volgens het hof niet dat de consequenties daarvan voor de processuele positie van de Staat in deze civiele procedure, niet voor rekening van de Staat kunnen zijn of dat de Staat zijn betwisting van de stellingen van De Telegraaf c.s. steeds slechts in mindere mate zou behoeven te motiveren. Vervolgens heeft het hof in rov. 10 en 11 geoordeeld dat en op grond waarvan De Telegraaf c.s. aannemelijk hebben gemaakt dat de bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten zijn aangewend tot op het moment van de uitspraak van de voorzieningenrechter van 21 juni 2006.

3.4.3 De Staat betoogt in de onderdelen 1 en 2 van het hiertegen gerichte incidentele middel het volgende. In verband met de belangen die zijn gemoeid met het werk van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, gaat de WIV 2002 (met name art. 15 en 85) uit van een absolute verplichting tot geheimhouding van concrete operationele activiteiten. Daarom kent de WIV 2002 in art. 35 tot en met 57 een gesloten en uiterst restrictief verstrekkingenregiem dat inhoudt dat alleen in de in de wet genoemde gevallen gegevens en inlichtingen kunnen worden verschaft. Als gevolg daarvan kan de Staat in een procedure als deze geen mededelingen doen omtrent het al of niet gebruiken van bijzondere bevoegdheden of de wijze waarop en de omstandigheden waaronder dat gebeurt of is gebeurd. Om tegemoet te komen aan het bezwaar dat aldus die bevoegdheden kunnen worden gebruikt zonder voldoende controle of toezicht daarop en rechtsbescherming daartegen, is in de WIV 2002 voorzien in een onafhankelijke en onpartijdige commissie die toezicht houdt op de rechtmatigheid van de gedragingen van de diensten en daartoe toegang heeft tot alle gegevens en inlichtingen die binnen de diensten aanwezig zijn. Wie, zoals de journalisten, meent dat sprake is van onrechtmatig gebruik van bijzondere bevoegdheden kan een (uiteindelijk door de Nationale Ombudsman te beoordelen) klacht daarover op de voet van art. 83 WIV 2002 ter kennis brengen van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, welke klacht door de commissie ten gronde wordt onderzocht. De commissie brengt vervolgens naar aanleiding van haar bevindingen advies uit aan de minister die vervolgens zijn zienswijze daarover kenbaar maakt. Ingevolge art. 84 geeft de Nationale Ombudsman zijn oordeel over de klacht en deelt deze zijn oordeel mee aan de klager en - eventueel vergezeld van aanbevelingen - aan de minister, die vervolgens het oordeel van de Nationale Ombudsman, diens aanbevelingen en de door de minister daaraan te verbinden gevolgen aan de Tweede Kamer zendt.

In dit stelsel blijft, aldus de Staat, geheim wat geheim moet blijven, terwijl tegen het onrechtmatig gebruik

van bevoegdheden wel een "effective remedy" als bedoeld in art. 13 EVRM is geschapen die aan de in dit verband te stellen eisen voldoet. Hieruit volgt dat voor een vordering in kort geding, zoals in dit geval, geen of slechts onder (zeer) bijzondere omstandigheden plaats is. De Staat kan immers, in verband met de noodzaak van geheimhouding, geen verweer voeren tegen de aan die vordering ten grondslag liggende stellingen dat sprake zou zijn van de uitoefening van bijzondere bevoegdheden door de AIVD en dat die uitoefening niet gerechtvaardigd zou zijn. Dat is mogelijk anders indien - met de in dit verband te eisen zekerheid - vast zou staan dat van een en ander (zeer waarschijnlijk) sprake is. Het hof heeft evenwel voldoende geoordeeld dat De Telegraaf c.s. aannemelijk hebben gemaakt dat de bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten worden aangewend en aldus blijkt gegeven van een onjuiste rechtsofpvatting (onderdeel 1). Ten onrechte overweegt het hof volgens de Staat dan ook in rov. 9 dat de onmogelijkheid voor de Staat om te bevestigen of te ontkennen dat bijzondere bevoegdheden worden gebruikt, niet betekent dat de consequenties daarvan voor de processuele positie van de Staat in deze civiele procedure, niet voor rekening van de Staat kunnen zijn of dat de Staat zijn betwisting van de stellingen van De Telegraaf c.s. steeds slechts in mindere mate zou behoeven te motiveren (onderdeel 2).

3.4.4 Hieromtrent wordt het volgende overwogen. Vooropgesteld moet worden dat tijdens de parlementaire behandeling van de WIV 2002 met betrekking tot het toezicht op in het bijzonder de uitoefening door de AIVD van de haar in paragraaf 3.2.2 van de WIV 2002 verleende bevoegdheden, van de zijde van de regering bij herhaling naar voren is gebracht dat - naast het toezicht door de Nationale Ombudsman en de bijzondere rol van de commissie van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten - het externe toezicht op de bevoegdheidsuitoefening, (achteraf) in voorkomende gevallen zal kunnen plaatsvinden door de burgerlijke rechter indien men van oordeel is dat er een onrechtmatige daad is gepleegd, of de strafrechter indien wordt vermoed dat er een strafbaar feit is gepleegd (zie met name de nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 8, p. 7, 10; nota n.a.v. het nader verslag, Kamerstukken II 2000/2001, 25 877, nr. 14, p. 9-11, 38, 41, 59, 66; memorie van antwoord Eerste Kamer, Kamerstukken I 2001-2002, 25 877, nr. 58a, p. 12). Reeds hieruit blijkt dat de wetgever geenszins heeft beoogd met het in de WIV 2002 neergelegde stelsel van geheimhouding en beperkingen op het verstrekken van gegevens aan derden, een procedure als de onderhavige feitelijk uit te sluiten door het de Staat onmogelijk te maken effectief verweer te voeren tegen een op onrechtmatige bevoegdheidsuitoefening door de AIVD gebaseerde vordering.

Dat de in de WIV 2002 neergelegde geheimhoudingsplicht in het algemeen genomen niet zo absoluut is als de Staat betoogt, blijkt bovendien uit de WIV 2002 zelf. Zo wordt in art. 87, zoals hierna in 3.4.7 wordt overwogen, rekening ermee gehouden dat in een bestuursrechtelijke procedure inlichtingen en stukken die

vallen onder de uit de WIV 2002 voortvloeiende geheimhoudingsplicht ter kennis van de rechter moeten en ook kunnen worden gebracht. Voorts kan nog gewezen worden op art. 86 WIV 2002 dat bepaalt dat de ambtenaar die bij de uitvoering van de wet is betrokken en die krachtens een wettelijke bepaling verplicht wordt als getuige of deskundige op te treden, slechts een verklaring aflegt omtrent datgene waartoe zijn verplichting tot geheimhouding zich uitstrekt, voor zover de betrokken minister en de minister van justitie gezamenlijk hem daartoe schriftelijk van de verplichting hebben ontheven. Hieruit blijkt evenzeer dat het niet is uitgesloten dat onder de geheimhoudingsplicht vallende informatie aan de rechter (en de wederpartij) in een civiele procedure ter kennis wordt gebracht.

3.4.5 Wat nu een geding voor de burgerlijke rechter betreft, wordt ten aanzien van het verstrekken van inlichtingen of het overleggen van stukken waarop de uit de WIV 2002 voortvloeiende geheimhoudingsplicht betrekking heeft, het volgende overwogen.

3.4.6 Zoals (onder meer) blijkt uit art. 22 Rv., geldt de op partijen rustende verplichting om in het kader van een civiele procedure inlichtingen te verstrekken dan wel stukken over te leggen, niet onder alle omstandigheden. Gewichtige redenen kunnen een weigering van een partij om aan die verplichting te voldoen rechtvaardigen. Voor dit laatste is het bestaan van een wettelijke verplichting van deze partij tot geheimhouding van de van haar verlangde inlichtingen of stukken, op zichzelf niet voldoende, omdat slechts van gewichtige redenen sprake kan zijn indien in de concrete omstandigheden van het geval de belangen waarop de geheimhoudingsplicht ten aanzien van de verlangde inlichtingen of stukken zich in het bijzonder richt, zwaarder wegen dan het - zwaarwegende - maatschappelijk belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt.

3.4.7 Dat reeds bij voorbaat die afweging in abstracto door de wetgever zou zijn gemaakt, zodat de weigering door de Staat om in een procedure als de onderhavige inlichtingen te geven of stukken over te leggen waarop de uit de WIV 2002 voortvloeiende geheimhoudingsplicht betrekking heeft, reeds in die geheimhoudingsplicht haar rechtvaardiging zou vinden, kan niet worden aangenomen. In dit verband is van belang dat het hiervoor in 3.4.4 reeds genoemde art. 87 WIV 2002 ervan uitgaat dat in bestuursrechtelijke procedures inzake de toepassing van deze wet de betrokken minister door de rechtbank ingevolge artikel 8:27, 8:28 of 8:45 van de Algemene wet bestuursrecht kan worden verplicht tot het verstrekken van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken en dat in zulke gevallen art. 8:29 Awb toepassing kan vinden zodat de minister, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het verstrekken van inlichtingen of het overleggen van stukken kan weigeren dan wel de rechtbank kan mededelen dat uitsluitend zij kennis zal mogen nemen van die inlichtingen of stukken, en dat de rechter op de voet van art. 8:31 Awb uit een weigering de gevolgtrekkingen kan maken die hem geraden voorkomen. Dit wijst erop dat, ook als het gaat om informatie die onder de uit de WIV 2002 voortvloeiende geheimhoudingsplicht

valt, niet iedere weigering bij voorbaat gerechtvaardigd is.

3.4.8 Het voorgaande brengt mee dat ten aanzien van een weigering in een civiele procedure als de onderhavige in aansluiting op hetgeen is overwogen in [HR 20 december 2002, nr. R01/021, NJ 2004, 4](#), het volgende heeft te gelden.

De rechter die gesteld wordt voor de vraag of gewichtige redenen geheimhouding met betrekking tot bepaalde stukken (of gedeelten daarvan) of bepaalde inlichtingen rechtvaardigen, zal die vraag in het algemeen niet kunnen beantwoorden zonder kennis te nemen van die stukken of die inlichtingen. De rechter zal dan ook kunnen verlangen dat de partij die zich op de gewichtige redenen beroept, daartoe medewerking verleent door uitsluitend hem ter vertrouwelijke kennisneming de desbetreffende inlichtingen te verstrekken of de stukken (eventueel alleen ter inzage) te verschaffen.

Mocht de rechter, na kennisneming van de inlichtingen of stukken, tot het oordeel komen dat geheimhouding om gewichtige redenen gerechtvaardigd is, dan vervalt de verplichting tot het geven van die inlichtingen of het overleggen van die stukken.

Wel kan de partij die op grond van dit oordeel niet verplicht is tot het geven van die inlichtingen of het overleggen van die stukken, desgewenst mededelen dat, met het oog op de beoordeling van de vordering, uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van de van haar verlangde inlichtingen of stukken. De rechter zal evenwel in dat geval niet mede op grond van die inlichtingen of stukken uitspraak mogen doen dan nadat de wederpartij ondubbelzinnig toestemming daartoe heeft verleend. De rechter die het geding verder behandelt, zal uit het niet verlenen van die toestemming de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht.

In het geval dat de eerder bedoelde mededeling niet door eerstgenoemde partij wordt gedaan, of dat bedoelde toestemming niet door haar wederpartij wordt verleend, dan wel in het geval dat de rechter heeft geoordeeld dat geen gewichtige redenen aanwezig zijn voor de weigering doch de betrokken partij daarin volhardt, brengen de eisen van een behoorlijke rechtspleging mee dat de rechter die over de geheimhouding heeft beslist en in dat verband heeft kennisgenomen van de betrokken stukken of inlichtingen, niet deelneemt aan de verdere behandeling van het geding. Eventueel aan deze rechter ter beschikking gestelde stukken worden aan de partij die ze heeft verstrekt teruggegeven.

Aldus is verzekerd dat de inlichtingen of stukken waarvan de rechter die over de weigering heeft geoordeeld, tot dat doel kennis heeft genomen maar die door de Staat niet in het geding worden gebracht, verder buiten het geding blijven en dus niet geopenbaard worden. Daarmee is de ratio weggenomen voor de uitsluiting in art. 87 WIV 2002 - door het buiten toepassing verklaren van art. 8:29 lid 3-5 Awb - van de rechterlijke toetsing van de gerechtvaardigdheid van de weigering. Die ratio is volgens de memorie van toelichting immers dat die toetsing als ernstige consequentie zou hebben, dat als het beroep op de aanwezigheid van een gewich-

tige reden met betrekking tot de verstrekte inlichtingen c.q. overgelegde stukken door de rechtbank wordt afgewezen, de desbetreffende gegevens openbaar worden en daarmee - zeker als het om een inzageverzoek gaat - de facto ook het geschil ten principale wordt beslist, hetgeen niet de bedoeling kan zijn (Kamerstukken II 1997-1998, 25 877, nr. 3, p. 89 e.v.).

3.4.9 Uit al hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de Staat zich ten onrechte op het standpunt stelt dat voor een vordering in kort geding als de onderhavige geen plaats is op de gronden (i) dat hij reeds vanwege de geheimhouding die voortvloeit uit de WIV 2002 in een procedure als deze geen verweer kan voeren tegen de aan de vordering ten grondslag liggende stelling dat de AIVD bijzondere bevoegdheden heeft uitgeoefend zonder dat zulks gerechtvaardigd was, en (ii) dat uitsluitend de commissie van toezicht op dat punt een oordeel kan geven.

Het moge zo zijn dat het stelsel van de WIV 2002 een "uiterst" restrictief regiem ten aanzien van het verstrekken van gegevens en inlichtingen bevat, zoals de Staat beklemtoont, dat wil niet zeggen dat het de Staat onmogelijk is in een procedure als de onderhavige de grondslag van de vordering te bestrijden. De WIV 2002 verbiedt hem immers niet onder alle omstandigheden informatie met betrekking tot de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden door de AIVD in een procedure als de onderhavige ter kennis van de rechter te brengen en in de civiele procedure zijn er, zoals hiervoor in 3.4.8 is uiteengezet, voldoende mogelijkheden om te waarborgen dat vertrouwelijke gegevens niet in de openbaarheid komen.

3.4.10 De onderdelen 1 en 2 van het incidentele middel berusten dan ook op een onjuiste rechtsopvatting en falen daarom.

3.4.11 De Staat heeft in hoger beroep aangeboden om het hof, buiten de aanwezigheid van De Telegraaf c.s., inzage te geven in een aantal gegevens.

Het hof heeft in rov. 20 dat aanbod gepasseerd op twee gronden: in de eerste plaats omdat het beginsel van hoor en wederhoor zich tegen aanvaarding van dat aanbod verzet en in de tweede plaats omdat De Telegraaf c.s. gemotiveerd bezwaar hebben gemaakt tegen inzage.

3.4.12 Daartegen keren zich de onderdelen 6a en 6b van het incidentele middel. Onderdeel 6a bestrijdt de eerste grond en onderdeel 6b de tweede. Aangezien elk van die gronden de beslissing zelfstandig kan dragen, kunnen de onderdelen slechts tot vernietiging van het bestreden arrest leiden indien zij beide slagen.

Dat is niet het geval. Onderdeel 6b betoogt dat het enkele feit dat een partij gemotiveerd bezwaar maakt tegen de aangeboden inzage niet zonder meer meebrengt dat aan dat aanbod kan worden voorbijgegaan. Het hof had immers aan de weigering om toestemming tot de inzage te geven de gevolgen kunnen verbinden die het geraden achtte, maar het hof biedt geen enkel inzicht waarom het die weigering niet ten nadele van De Telegraaf c.s. heeft laten gelden, aldus het onderdeel.

Het onderdeel faalt. Het hof heeft kennelijk en in het licht van hetgeen hiervoor in 3.4.8 is overwogen: terecht geoordeeld dat van De Telegraaf c.s. niet gevergd mocht worden dat zij toestemming zouden verlenen tot een beperkte kennisneming als door de Staat beoogd, zonder dat vaststond dat de Staat niet verplicht was die gegevens in de procedure over te leggen.

Onderdeel 6a behoeft bij deze stand van zaken geen behandeling.

3.4.13 De onderdelen 3a tot en met 3e van het incidentele middel keren zich tegen rov. 10 en 11 van het bestreden arrest, waarin het hof de vraag of De Telegraaf c.s. in kort geding voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat de bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten zijn aangewend, bevestigend beantwoordt. In het midden kan blijven of de Staat nog belang heeft bij de klachten van deze onderdelen, nu, naar hij in paragraaf 4 van zijn schriftelijke toelichting heeft meegedeeld - door de De Telegraaf c.s. niet bestreden bij repliek -, inmiddels de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties bij brief van 6 december 2006 (Kamerstukken II 2006-2007, 29876, nr. 19) aan de Tweede Kamer heeft meegedeeld dat de AIVD jegens de journalisten bijzondere bevoegdheden heeft uitgeoefend, en de rechter na vernietiging en verwijzing met een dergelijk openbaar gemaakt en essentieel gegeven rekening zou mogen houden. De klachten falen namelijk in elk geval. De bestreden oordelen getuigen niet van een onjuiste rechtsopvatting, zijn niet onbegrijpelijk en behoeven geen nadere motivering, in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft. Voorzover de Staat zijn klachten daarop heeft gebaseerd dat het hof ten onrechte betekenis heeft gehecht aan de omstandigheid dat de Staat de stellingen van De Telegraaf c.s. onvoldoende heeft weersproken, omdat de Staat gelet op de geheimhoudingsplicht op grond van de WIV 2002 in de onmogelijkheid verkeerde die stellingen te bestrijden, falen de klachten evenzeer, nu, zoals hiervoor in 3.4.8 - 3.4.9 is gebleken, de Staat zich ten onrechte in de procedure op het standpunt stelde dat de WIV 2002 hem niet toestaat informatie met betrekking tot het gebruik door de AIVD van bijzondere bevoegdheden in het geding te brengen.

3.4.14 De onderdelen 4a en 4b van het incidentele middel keren zich tegen het oordeel van het hof in rov. 18 dat uit de overgelegde ambtsberichten volgt dat de AIVD al vrij snel nadat was overgegaan tot toepassing van bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten, een andere persoon of andere personen in het vizier kreeg, dat dit voor de AIVD aanleiding had moeten zijn om zich met behulp van haar bijzondere bevoegdheden eerst verder op deze personen te richten en aanwending van die bevoegdheden jegens de journalisten onmiddellijk te staken zolang deze zelf geen "target" zijn van het a-onderzoek (zie voor dit begrip hierna in 3.5.1 en 2), en dat voortzetting daarvan in elk geval vanaf dat moment niet meer in overeenstemming was met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. De bestreden oordelen getuigen niet van een onjuiste rechtsopvatting, zijn niet onbegrijpelijk en behoeven

geen nadere motivering, in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft. De onderdelen falen bijgevolg.

3.4.15 Onderdeel 5 van het middel in het incidenteel beroep mist naast de eraan voorafgaande onderdelen zelfstandige betekenis en deelt hun lot.

3.5(b) Heeft de AIVD met de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten daarvan misbruik gemaakt?

3.5.1 De Telegraaf c.s. stellen zich, kort gezegd, op het standpunt dat de AIVD in het kader van het onderzoek tegen de journalisten niet bevoegd was gebruik te maken van de hem door de WIV 2002 in art. 20 (observeren) en 25 (afluisteren) verleende bijzondere bevoegdheden. Deze bevoegdheden kunnen namelijk ingevolge art. 18 WIV 2002 - voor zover thans van belang - slechts worden uitgeoefend in het kader van een onderzoek als bedoeld in art. 6 lid 2, onder a, WIV 2002 (hierna verder te noemen: een a-onderzoek), te weten een onderzoek

"met betrekking tot organisaties en personen die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat".

Het onderzoek tegen de journalisten is evenwel een intern onderzoek naar een "lek" binnen de AIVD en daarom een onderzoek als bedoeld in art. 6 lid 2, onder c, WIV 2002 (hierna verder te noemen: een c-onderzoek), te weten

"het bevorderen van maatregelen ter bescherming van de onder a genoemde belangen, waaronder begrepen maatregelen ter beveiliging van gegevens waarvan de geheimhouding door de nationale veiligheid wordt geboden en van die onderdelen van de overheidsdienst en van het bedrijfsleven die naar het oordeel van Onze zake verantwoordelijke Ministers van vitaal belang zijn voor de instandhouding van het maatschappelijk leven".

In een dergelijk onderzoek mag geen gebruik worden gemaakt van de bijzondere bevoegdheden, aldus De Telegraaf c.s.

3.5.2 Het hof heeft dit standpunt in rov. 6, 7 en 8 verworpen. Volgens het hof staat vast dat de journalisten in het bezit waren van staatsgeheime, van de BVD/AIVD afkomstige gegevens, waarvan zij stellen dat die in het criminele circuit circuleren, en dat zij in De Telegraaf hebben gepubliceerd over de inhoud van die gegevens.

De informatie waarover de journalisten de beschikking hebben gekregen betreft gevoelige, operationele gegevens uit een BVD-onderzoek naar de mogelijke verwevenheid van onderwereld en bovenwereld en naar corruptieverhalen, verhalen over integriteitsaantastingen binnen het openbaar bestuur en de diensten die belast zijn met opsporing en vervolging. Vaststaat dat de AIVD naar aanleiding van die publicaties een onderzoek is begonnen teneinde de risico's van het lekken bij de AIVD voor andere onderzoeken en voor de veiligheid van AIVD-bronnen en eventuele andere

betrokkenen in beeld te brengen, alsmede dat onderzoek moest worden gedaan naar de hoeveelheid en aard van de gelekte gegevens en naar het antwoord op de vraag op welke wijze deze bij (onbevoegde) derden aanwezig (kunnen) zijn (rov. 6).

Hiermee is volgens het hof voorshands voldoende aanmerkelijk geworden dat in casu de integriteit en het effectief functioneren van de AIVD, die haar taak uitoefent in het belang van de nationale veiligheid en ten behoeve daarvan bepaalde informatie geheim moet houden, in het geding waren en daarmee gewichtige belangen van de Staat. Het verrichten van onderzoek naar personen die aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor deze gewichtige belangen door de doelen die zij nastreven of door hun activiteiten (zoals het openbaren van geheime informatie) is, volgens het hof, aan te merken als een a-onderzoek. Het hof verwierp daarom het standpunt van de Telegraaf c.s. dat een 'intern' onderzoek naar een lek binnen de AIVD slechts als een c-onderzoek is aan te merken (rov. 7).

Volgens het hof mogen in het kader van een a-onderzoek de bijzondere bevoegdheden die in de artikelen 20 en 25 van de WIV 2002 aan de AIVD zijn gegeven, worden toegepast ook jegens degenen die weliswaar niet zelf kunnen worden aangemerkt als 'target' (persoon als bedoeld in art. 6 lid 2, onder a, WIV 2002), maar daarmee wel in verbinding staan op een wijze als waarvan hier sprake is (de journalisten waren in het bezit van geheime documenten). Dit betekent dat niet kan worden gezegd dat toepassing van die bijzondere bevoegdheden (observeren, in het kader daarvan registreren, volgen, aftappen en af luisteren van gesprekken, telecommunicatie etc.) jegens de journalisten a priori ongeoorloofd is. Ook als de journalisten zelf niet kunnen worden aangemerkt als personen zoals bedoeld in art. 6 lid 2, onder a, van de WIV 2002, kunnen de bijzondere bevoegdheden in het kader van het a-onderzoek naar anderen in de omstandigheden van dit geval wel jegens hen worden gebruikt. Voor het geval zou mogen blijken dat de journalisten zelf (ook) als personen als bedoeld in art. 6 lid 2, onder a, WIV 2002 kunnen worden aangemerkt, heeft de voorzieningenrechter in het dictum sub 2 beslist. Tegen deze beslissing en de overwegingen daartoe is geen grief gericht (rov. 8).

3.5.3 Deze oordelen worden bestreden door onderdeel 1.1 van het principale middel. Het faalt. Het hof heeft, gelet op het gevaar dat voor de effectiviteit en de integriteit van de AIVD dreigde als gevolg van een "lek" in de veiligheidsdienst zelf, heel wel zonder schending van art. 6 WIV 2002 kunnen oordelen dat gewichtige belangen van de Staat in het geding waren en daaruit kunnen afleiden dat het onderzoek van de AIVD jegens de journalisten, in ieder geval aanvankelijk, een a-onderzoek betrof. Onbegrijpelijk is zijn oordeel niet.

3.5.4 Onderdeel 1.2 van het principale middel klaagt dat het hof niet heeft gerepsondeerd op het betoog van de De Telegraaf c.s. dat de AIVD misbruik heeft gemaakt van de bijzondere bevoegdheden. Daartoe voeren De Telegraaf c.s. als in aanmerking te nemen

omstandigheden aan dat de AIVD terstond na de publicaties tegen onbekende daders aangifte heeft gedaan, waardoor parallel aan het AIVD-onderzoek met een opsporingsonderzoek tegen de journalisten is begonnen, waarin tegen hen bepaalde dwangmiddelen zijn toegepast. Vervolgens heeft de AIVD typisch strafvorderlijke gegevens die zij had verkregen door middel van toepassing van de bijzondere bevoegdheden aan het openbaar ministerie ter beschikking gesteld, op grond waarvan de journalisten als verdachten zijn aangemerkt en tegen hen strafvervolging is ingesteld. Aldus is ten behoeve van het parallel lopende strafrechtelijk onderzoek tegen de journalisten met voorbijgaan aan de strafvorderlijke, rechterlijke waarborgen gebruik gemaakt van informatie die door de AIVD is verkregen met gebruikmaking van haar bijzondere bevoegdheden. Ook deze klacht faalt. In art. 38 lid 1 WIV 2002 wordt bepaald dat indien bij de verwerking van gegevens door of ten behoeve van een dienst blijkt van gegevens die tevens van belang kunnen zijn voor de opsporing of vervolging van strafbare feiten, daarvan door de betrokken minister of namens deze het hoofd van de dienst, onverminderd het geval dat daartoe een wettelijke verplichting bestaat, schriftelijk mededeling kan worden gedaan aan het daartoe aangewezen lid van het openbaar ministerie. In het licht van deze bevoegdheid zijn de door De Telegraaf c.s. genoemde omstandigheden, welke veeleer het gebruik van de door de AIVD verstrekte gegevens in het strafvorderlijk onderzoek tegen de journalisten betreffen (op welk gebruik het door De Telegraaf c.s. in hun toelichting genoemde arrest van de strafkamer van de Hoge Raad van 5 september 2006, nr. 01422/05, NJ 2007, 336 betrekking heeft), en niet zozeer betrekking hebben op het onderzoek door de AIVD, onvoldoende om te kunnen vaststellen dat de AIVD misbruik van haar bijzondere bevoegdheden heeft gemaakt. Het hof behoefde hierop dan ook niet in te gaan.

3.6(c) Kan een inbreuk op de journalistieke bronbescherming door het uitoefenen van bijzondere bevoegdheden op grond van de WIV 2002 gerechtvaardigd zijn op grond van het tweede lid van art. 8 en 10 EVRM?

3.6.1 In rov. 12 overweegt het hof dat met de in rov. 11 beschreven uitoefening door de AIVD van haar bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten niet alleen inbreuk is gemaakt op hun recht op privacy (art. 8 EVRM) maar ook op de uit art. 10 EVRM voortvloeiende vrijheden van meningsuiting en nieuwsgaring en het op die laatste vrijheid gestoelde recht tot journalistieke bronbescherming. In rov. 13 overweegt het hof dat een dergelijke inbreuk alleen gerechtvaardigd is indien zij "bij de wet is voorzien" en noodzakelijk is in een democratische samenleving, waarbij beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in acht moeten worden genomen. Het is aan de Staat als inbreukmaker om aannemelijk te maken dat die inbreuk gerechtvaardigd is. In rov. 14 oordeelt het hof dat de WIV 2002 in art. 20 en 25 de bevoegdheid geeft tot inbreuk op genoemde vrijheden en dat een inbreuk dus bij de wet is voorzien.

3.6.2 Tegen rov. 14 keren zich de onderdelen 2.1 tot en met 2.1.2 van het middel in het principaal beroep. Onderdeel 2.1.1 houdt, kort gezegd, in dat art. 6 lid 2, onder a, WIV 2002 niet voldoet aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid omdat uit deze in ruime bewoordingen vervatte bepaling onvoldoende kenbaar is dat de bijzondere bevoegdheden van art. 20 en 25 WIV 2002 ook tegen journalisten zouden kunnen worden ingezet om een "lek" in de eigen gelederen van de AIVD te onderzoeken. Dit betoog wordt in onderdeel 2.1.2 aangedrongen met een verwijzing naar de geringe toetsbaarheid voorafgaande aan de uitoefening van die bijzondere bevoegdheden, de onvoldoende nauwkeurige omschrijving van de gronden voor en de gevallen waarin toepassing van die bevoegdheden plaatsvindt, terwijl niet is aangegeven hoe de controle achteraf op de uitoefening van die bevoegdheden plaatsvindt door de commissie van toezicht.

3.6.3 Vooropgesteld moet worden dat het EHRM aangaande de hier aan te leggen maatstaven heeft overwogen:

"The Court reiterates its settled case-law, according to which the expression "in accordance with the law" not only requires the impugned measure to have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (...). The law must be compatible with the rule of law, which means that it must provide a measure of legal protection against arbitrary interference by public authorities with the rights safeguarded by paragraph 1 (...). Especially where, as here, a power of the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident. Since the implementation in practice of measures of secret surveillance is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference" (EHRM 6 juni 2006, EHRC 2006, 89, § 76 inzake Segerstedt-Wiberg e.a./Zweden, en verdere vindplaatsen, vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 36 en in noot 60 onder 57).

3.6.4 In het licht hiervan kan niet reeds in het algemeen gezegd worden dat voorzover de (door art. 18 in verband met art. 6 lid 2, onder a, WIV 2002 toegestane) uitoefening van de in art. 20 en 25 WIV 2002 gegeven bijzondere bevoegdheden een inmenging in de uitoefening van het door art. 8 EVRM gewaarborgde recht of een beperking van de in art. 10 EVRM gewaarborgde vrijheden meebrengt, die inmenging of beperking niet bij de wet zijn voorzien ("in accordance with the law" zijn), zoals is voorgeschreven in het tweede lid van die bepalingen. Met name voldoet de WIV 2002 ten aanzien van de uitoefening van de in art. 20 en 25 omschreven bijzondere bevoegdheden en de omschrij-

ving van de grondslag voor de uitoefening daarvan in art. 18 in verbinding met art. 6 lid 2, onder a, WIV 2002, aan het vereiste dat

"the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference."

3.6.5 Hierbij wordt aangetekend dat de omschrijving in art. 6 WIV 2002 van de gevallen waarin de bijzondere bevoegdheden mogen worden uitgeoefend, noodzakelijkerwijs ruim moet zijn om met het oog op het doel waarvoor de bevoegdheid is gegeven voldoende effectief te kunnen zijn, terwijl, mede gelet op het in verband met de uitvoering van de WIV 2002 bestaande stelsel van rechtsbescherming, tot welk stelsel ook een beroep op de onafhankelijke rechter behoort (zie daarover hiervoor in 3.4.4), de betrokken wettelijke bepalingen de veiligheidsdiensten geen ongebreidelde macht ("unfettered power") verschaffen of de mogelijkheid bieden van willekeurige inmenging in de rechten of beperking van de vrijheden die hier aan de orde zijn. Daarom kan, ook als in aanmerking wordt genomen dat de bijzondere bevoegdheden in het geheim worden uitgeoefend waarbij het risico van willekeur onmiskenbaar aanwezig is, worden geconcludeerd dat tevens is voldaan aan de in de rechtspraak van het EHRM gestelde eis dat de genoemde bepalingen van de WIV 2002 in overeenstemming zijn met "the rule of law".

3.7(d) Heeft het hof de voor het aannemen van een uitzondering als bedoeld in het tweede lid van art. 8 en 10 EVRM noodzakelijke afweging juist uitgevoerd?

3.7.1 De onderdelen 2.2 tot en met 2.4.6 (onderdeel 2.4.7 mist zelfstandige betekenis) van het principale middel richten zich met verscheidene klachten tegen oordelen vervat in de volgende overwegingen van het bestreden arrest:

"15. Het (uiteindelijke) doel van de onderhavige inbreuk is het voorkomen van de (verdere) verspreiding van staatsgeheimen en het onderzoeken van de gevolgen van het bekend worden van de onderhavige staatsgeheimen en of, al dan niet in het verlengde daarvan, mensen gevaar lopen waarbij het gaat om personen die ten behoeve van de AIVD opereren rondom een gewelddadige criminele groepering en die door de onthulling van hun identiteit bepaalde risico's lopen. Dit is een zwaarwegend belang, waartegenover echter een ander zwaarwegend belang staat, dat van journalistieke bronbescherming. Bescherming van journalistieke bronnen is één van de fundamentele voorwaarden voor persvrijheid. Zonder die bescherming zouden bronnen ervan worden afgeschrikt de pers te helpen het publiek te informeren over zaken van openbaar belang. Gelet op het belang van de bescherming van journalistieke bronnen voor de persvrijheid in een democratische samenleving en de mogelijk afschrikwekkende werking die uitgaat van de wetenschap dat de AIVD jegens de journalisten de bedoelde bijzon-

dere bevoegdheden aanwendt, wordt aanwending van die bevoegdheden slechts gerechtvaardigd door een onloochenbare behoefte in het algemeen belang.

16. Op grond van hetgeen in dit kort geding aannemelijk is geworden, acht het hof voorshands de inbreuk op het in art. 10 EVRM beschermde recht als gevolg van de toepassing van de bijzondere bevoegdheden in beginsel in redelijke verhouding tot het daarmee nagestreefde doel, te weten het voorkomen van de verspreiding van de in het geding zijnde staatsgeheimen door het opsporen van het lek en het, mogelijk mede ter bescherming van het leven van anderen, onderzoeken van de gevolgen van het bekend worden van de onderhavige staatsgeheimen.

17. Uit de proceshouding van de Staat leidt het hof af, dat de Staat zich op het standpunt stelt dat als juist is dat de in het geding zijnde bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten worden aangewend, dan in casu ook aan de eis van subsidiariteit is voldaan. De Telegraaf c.s. hebben daartegen ingebracht dat daaraan niet is voldaan omdat aan de AIVD andere middelen ter beschikking stonden. Zij menen dat de AIVD eerst aan de journalisten naar hun bron had kunnen vragen en ook dat de AIVD de uitkomst uit het strafrechtelijk onderzoek had kunnen afwachten. Het hof passeert dit verweer. Nu (de) journalisten juist hun uiterste best doen om hun bronnen geheim te houden, dit is zelfs mede inzet van deze procedure, is het niet reëel om van de AIVD te verlangen dat zij de journalisten eerst zou vragen hun bronnen te noemen. Voorts miskent afwachten van de uitkomst van het strafrechtelijk onderzoek dat het strafrechtelijk en het AIVD-onderzoek geheel los van elkaar moeten worden gezien.

18. Maar uiterste terughoudendheid bij de (duur van de) toepassing van bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten acht het hof, gelet op het zwaarwegende belang van de journalistieke bronbescherming, zeer op haar plaats. Uit de overgelegde ambtsberichten volgt, dat de AIVD al vrij snel nadat was overgegaan tot toepassing van bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten, een andere persoon of andere personen in het vizier kreeg. Bij gebreke van verdere informatie over die perso(o)n(en) gaat het hof voorshands ervan uit dat het hier (een) perso(o)n(en) betreft bij wie de journalistieke bronbescherming niet in het geding is. Naar het voorlopig oordeel van het hof had dit voor de AIVD aanleiding moeten zijn om zich met behulp van haar bijzondere bevoegdheden vooralsnog (eerst) verder te richten op deze (nieuwe) perso(o)n(en) en aanwending van de bijzondere bevoegdheden jegens de journalisten, in elk geval zolang deze zelf geen "target" van het a-onderzoek zijn, onmiddellijk te staken. Voldoende aannemelijk is dat voortzetting van de toepassing van de bevoegdheden jegens de journalisten in elk geval vanaf dat moment niet meer in overeenstemming was met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit."

3.7.2 Onderdeel 2.2 verwijt het hof in deze overwegingen slechts aandacht te hebben besteed aan de al of niet gerechtvaardigdheid van de inbreuk op de vrijheden uit art. 10 EVRM, maar niet aan de inbreuk op de rechten

van de journalisten uit art. 8 EVRM.

De klacht berust op een verkeerde lezing van het arrest en kan daarom niet tot cassatie leiden. Kennelijk heeft het hof geoordeeld dat de afweging in het kader van de beoordeling of de inbreuk op de rechten uit art. 8 gerechtvaardigd was, tot geen andere uitkomst leidde, dan de afweging die het hof heeft verricht ter beantwoording van de vraag of de inbreuk op de vrijheden uit art. 10 EVRM gerechtvaardigd was. Dat is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering nu de gedingstukken geen andere conclusie toelaten dan dat De Telegraaf c.s. geen wezenlijk andere argumenten met betrekking tot de inbreuk op art. 8 naar voren hebben gebracht dan zij hadden gedaan ten aanzien van de inbreuk op art. 10.

3.7.3 Onderdeel 2.3 betoogt, zakelijk weergegeven, dat het hof in rov. 15 en 16 van een onjuiste maatstaf is uitgegaan. Het blijkt immers dat het hof de in rov. 15 omschreven, tegenover elkaar staande belangen als even zwaar heeft aangemerkt en in rov. 16 in redelijke verhouding tot elkaar heeft bevonden, terwijl de maatstaf hier is dat de inbreuk gerechtvaardigd moet zijn door een "overriding requirement in the public interest", dus niet slechts "een onloochenbare behoefte in het algemeen belang", maar een daadwerkelijk zwaarder wegend publiek belang.

Het onderdeel kan niet slagen. Het hof heeft niet miskend dat de belangen van de overheid die zich beroept op een van de in lid 2 van art. 8 en art. 10 EVRM genoemde uitzonderingen, willen zij een dergelijke uitzondering wettigen, zwaarder zullen moeten wegen dan de belangen bij handhaving van de in die bepalingen gewaarborgde rechten en vrijheden. Anders dan het onderdeel meent, valt in rov. 15 niet te lezen dat het hof de tegenover elkaar af te wegen belangen als even zwaar heeft aangemerkt. Verder ligt in de overweging van het hof aan het slot van rov. 15 dat, "*gelet op het belang van de bescherming van journalistieke bronnen voor de persvrijheid in een democratische samenleving en de mogelijk afschrikwekkende werking die uitgaat van de wetenschap dat de AIVD jegens de journalisten de bedoelde bijzondere bevoegdheden aanwendt, (...) aanwending van die bevoegdheden slechts gerechtvaardigd [wordt] door een onloochenbare behoefte in het algemeen belang*" onmiskenbaar besloten dat het bij zijn toetsing het door het EHRM geformuleerde vereiste van "*overriding requirement in the public interest*" voor ogen heeft gehad (vgl. HR 2 september 2005, nr. 04/073, NJ 2006, 291, rov. 3.8.1).

3.7.4.1 De onderdelen 2.4 tot en met 2.4.6 bestrijden de belangenafweging en het resultaat daarvan in rov. 16 tot en met 18 van het bestreden arrest.

Onderdeel 2.4 is inleidend van aard, bevat een algemene klacht die in de volgende onderdelen wordt uitgewerkt, en behoeft dus geen afzonderlijke behandeling.

3.7.4.2 Onderdeel 2.4.1 verwijt het hof blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het niet reeds op grond van de in rov. 18, gelet op het zwaarwegende belang van de journalistieke bronbescherming, vooropgestelde uiterste terughoudendheid bij de toepassing

van bijzondere bevoegdheden en de duur daarvan, tot het oordeel is gekomen dat de inbreuk op art. 10 EVRM van meet af aan niet werd gerechtvaardigd door een "overriding requirement of public interest", in plaats van eerst vanaf het moment dat de AIVD een of meer andere personen in het vizier kreeg. Aldus wordt de journalistieke bronbescherming volstrekt illusoir omdat de AIVD door te beginnen met een onderzoek bij de journalist, steeds (een dichter tot) de bron (leidende persoon) zal kunnen traceren, zo betoogt het onderdeel.

Het onderdeel mist doel omdat het in wezen ertoe strekt aan te nemen dat de journalistieke bronbescherming absoluut is. Dat is evenwel niet zo. 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 lid 2 EVRM ([HR 25 maart 2008, 02387/06, RvdW 2008, 373](#)). Het hof heeft met zijn vooropstelling van de "uiterste terughoudendheid bij de toepassing van bijzondere bevoegdheden", anders dan het onderdeel kennelijk meent, zulks dan ook terecht niet uitgesloten.

3.7.4.3 Onderdeel 2.4.2 verwijt het hof bij zijn oordeel in rov. 16 dat de inbreuk op het in art. 10 EVRM beschermde recht als gevolg van de toepassing van de bijzondere bevoegdheden in beginsel in redelijke verhouding staat tot het daarmee nagestreefde doel, niet een concreet belang van de Staat en een concreet risico van aantasting van een dergelijk belang te hebben afgewogen tegenover de uit art. 10 EVRM voortvloeiende journalistieke bronbescherming.

Het onderdeel faalt, omdat het hof in rov. 16 voldoende concreet dat belang en dat risico aanduidt, door als doel van de toepassing van de bijzondere bevoegdheden te noemen: het voorkomen van de verspreiding van de in het geding zijnde staatsgeheimen door het opsporen van het lek en het, mogelijk mede ter bescherming van het leven van anderen, onderzoeken van de gevolgen van het bekend worden van de onderhavige staatsgeheimen.

3.7.4.4 Onderdeel 2.4.3 klaagt over de motivering van het in rov. 16 gegeven oordeel. Tevergeefs, want het oordeel is, mede in aanmerking genomen dat het hier een kort geding betreft, alleszins genoegzaam gemotiveerd.

3.7.4.5 Onderdeel 2.4.4 klaagt over het oordeel in rov. 17 dat aan de eis van subsidiariteit is voldaan. Het bestreden oordeel moet als volgt worden begrepen. Vooropgesteld wordt dat de Staat zich kennelijk op het standpunt stelt dat uit het uitoefenen van de bijzondere bevoegdheden blijkt dat geen andere, even effectieve middelen tot hetzelfde doel konden worden ingezet, zodat aan de eis van subsidiariteit is voldaan. Daarmee miskent het hof niet dat op de Staat de stelplicht terzake rust (hetgeen het hof ook al in rov. 13 had laten blijken, zie hiervoor in 3.6.1). Vervolgens onderzoekt het hof het hiertegen door De Telegraaf c.s. gevoerde verweer. De tegenwerping van De Telegraaf c.s. dat er wel dergelijk andere middelen waren, namelijk dat de AIVD eerst aan de journalisten naar hun bron had kunnen

vragen, verwerpt het hof op de grond die erop neerkomt dat de journalisten ook in dat geval niet hun bron zouden hebben genoemd omdat zij juist hun uiterste best doen om hun bronnen geheim te houden. Het andere verweer van De Telegraaf c.s. dat de AIVD de uitkomst van het strafrechtelijk onderzoek had kunnen afwachten, verwerpt het hof door erop te wijzen dat het strafrechtelijk onderzoek en het onderzoek door de AIVD geheel los van elkaar moeten worden gezien, waarmee het hof tot uitdrukking brengt dat beide onderzoeken verschillende doelen beogen en dat daarmee verschillende belangen worden gediend, zodat voor de beantwoording van de vraag of de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden voldoet aan de eis van subsidiariteit, de uitkomst van het strafrechtelijk onderzoek in beginsel niet terzake doet. Daarin ligt besloten dat evenmin terzake dienende is het in het onderdeel onder (b) genoemde betoog van De Telegraaf c.s. in feitelijke instanties dat het niet ging om de uitkomst van het strafrechtelijk onderzoek maar om de mogelijkheid van minder bezwarende en door rechterlijke controle gewaarborgde dwangmiddelen tegen de journalisten, alsmede het onder (c) vermelde betoog van De Telegraaf c.s. in de feitelijke instanties dat uit het strafrechtelijk onderzoek tegen de journalisten is gebleken dat de CIE Hollands Midden in november/december 2005 al op de hoogte was van het uitlekken van de AIVD-informatie.

De aldus begrepen oordelen getuigen niet van een onjuiste opvatting van het subsidiariteitsvereiste, zijn niet onbegrijpelijk en behoeften geen nadere motivering. Het onderdeel kan dan ook niet slagen.

3.7.4.6 Voorzover de onderdelen 2.4.5 en 2.4.6 naast de voorgaande zelfstandige betekenis hebben, kunnen zij bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden, omdat zij, indien zij zouden slagen, niet tot een voor De Telegraaf c.s. gunstiger uitkomst van het geding zouden kunnen leiden.

3.8(e) Heeft het hof zijn beslissing (ten onrechte) afhankelijk gemaakt van het oordeel van de commissie van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten?

3.8.1 Het hof heeft de hiervoor in 1 vermelde primaire vordering onder 2 (in rov. 3 van het bestreden arrest aangemerkt met B) van De Telegraaf c.s. de Staat te gebieden alle informatie, persoonsgegevens en andere gegevens te vernietigen, dan wel te wissen zonder dat daarvan een kopie zal worden behouden, voorzover het betreft informatie en/of gegevens die zijn verkregen in verband met het onderzoek en gebruik van bijzondere bevoegdheden jegens de beide journalisten naar aanleiding van de publicaties, alsnog afgewezen. Het hof heeft evenwel de subsidiaire vordering onder 2 (B) de Staat te gebieden alle hiervoor bedoelde informatie, persoonsgegevens en andere gegevens en eventuele kopieën daarvan ter hand te stellen dan wel daaromtrent mededeling te doen aan het openbaar ministerie dan wel daarvan gebruik te maken in strafrechtelijke procedures jegens de beide journalisten, toegewezen voor zolang de commissie van toezicht niet heeft geoordeeld dat de verkrijging daarvan rechtmatig was.

3.8.2 Het hof heeft daartoe in rov. 22 overwogen:

"Genoemde commissie van toezicht houdt toezicht op de rechtmatigheid van de uitvoering van de WIV. Zij heeft vergaande bevoegdheden en rechtstreekse toegang tot alle gegevens, waarbij zij zowel met de belangen van de AIVD als met die van de journalisten rekening kan houden. Nu het hof niet kan beoordelen welke gegevens wél en welke niet rechtmatig zijn verzameld en niet op voorhand kan worden gezegd, dat alle verzamelde gegevens onrechtmatig zijn vergaard, kan het hof niet verantwoord beoordelen welke gegevens zouden behoren te worden verwijderd. Daarbij komt dat het hof ervan uitgaat dat de commissie zal beoordelen in hoeverre en welke gegevens, verkregen in verband met de jegens de journalisten toegepaste bijzondere bevoegdheden, onrechtmatig zijn vergaard en daarom moeten worden (gewist en) vernietigd. Ten aanzien van deze gevorderde voorzieningen vereist alleen het onder B subsidiair gevorderde verbod onverwijld spoed. Voorkomen moet worden, dat informatie en gegevens die naar het oordeel van de commissie (na afweging van alle belangen) zijn verkregen op een wijze die in strijd is met het noodzaakcriterium en de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en derhalve onrechtmatig, op voorhand in handen worden gesteld van het Openbaar Ministerie die dat materiaal (...) als rechtmatig verkregen zou kunnen inbrengen in een strafrechtelijke procedure. Het onder B subsidiair gevorderde verbod zal in zoverre worden toegewezen, dat het de AIVD wordt verboden om alle materiaal (en kopieën daarvan), welke met behulp van de toepassing van bijzondere bevoegdheden zijn verkregen, ter hand te stellen of mededeling daaromtrent te doen aan het openbaar ministerie, zolang de commissie niet heeft geoordeeld dat de verkrijging daarvan niet onrechtmatig was. Voor het overige is niet aannemelijk geworden dat deze voorzieningen met onverwijld spoed moeten worden getroffen en dat daarom het oordeel van de commissie niet kan worden afgewacht, nog daargelaten dat toewijzing van de vordering tot (definitieve) vernietiging van de gegevens, gelet op het hiervoor overwogene, de reikwijdte van het onderhavige geding te buiten gaat."

3.8.3 Onderdeel 7 van het incidentele middel klaagt dat het hof ook de subsidiaire vordering onder 2 (B) geheel had dienen af te wijzen. Niet de rechter in kort geding maar de strafrechter heeft te oordelen over de vraag of het in de strafprocedure aan hem overgelegde materiaal toelaatbaar is.

Het onderdeel faalt, omdat het miskent dat het hof niet heeft geoordeeld over de toelaatbaarheid van de door de AIVD verkregen gegevens in de strafprocedure, maar over de toelaatbaarheid van de verstrekking (kenmerklijk op grond van art. 38 WIV 2002) van die gegevens door de AIVD aan het openbaar ministerie. Daarover kon het hof oordelen.

3.8.4 De onderdelen 3.1 tot en met 3.4 van het principale middel stellen in de kern de vraag aan de orde of het hof zijn oordeel over de desbetreffende vorderingen afhankelijk mocht stellen van het oordeel van de com-

missie van toezicht op de inlichtingen en veiligheidsdiensten, omdat de klachtprocedure waarin deze commissie haar oordeel geeft, geen "effective remedy" is in de zin van art. 13 EVRM nu de commissie geen rechtmatigheidstoets maar slechts een behoorlijkheidstoets pleegt uit te voeren, zij geen onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie is en de procedure ook in andere opzichten niet aan de eisen van art. 6 EVRM voldoet.

3.8.5 De onderdelen kunnen niet tot cassatie leiden. Het hof heeft de primaire vordering onder 2 (B) afgewezen omdat het niet kon beoordelen welke gegevens wél en welke niet rechtmatig zijn verzameld - waarbij het hof kennelijk bedoelt: op grond van het onderzoek dat, gemeten aan de maatstaf die het hof in rov. 18 heeft gegeven, nog wel of niet meer als rechtmatig jegens de journalisten kon worden beschouwd - en niet op voorhand kon worden gezegd, dat alle verzamelde gegevens onrechtmatig zijn vergaard, zodat het hof niet verantwoord kon beoordelen welke gegevens zouden behoren te worden verwijderd. Deze grond voor de beslissing wordt door het middel terecht niet bestreden, want het hof had als rechter in kort geding de vrijheid aldus te oordelen en te beslissen.

3.8.6 Het hof heeft zijn beslissing dus niet afhankelijk gesteld van het oordeel van de commissie van toezicht. De Telegraaf c.s. missen daarom belang bij hun klachten die zich richten tegen hetgeen het hof met betrekking tot de commissie van toezicht heeft overwogen. Overigens sluit hetgeen het hof heeft overwogen niet uit dat De Telegraaf c.s., nadat de commissie van toezicht daarover een oordeel heeft gegeven (hetgeen inmiddels is geschied, naar de Staat in paragraaf 4 van zijn schriftelijke toelichting heeft meegedeeld en door de De Telegraaf c.s. niet is bestreden bij repliek), alsnog (opnieuw) bij de burgerlijke rechter een bevel of verbod als hier aan de orde kunnen vorderen, indien zij daarbij dan nog belang zouden hebben en indien in het oordeel van de commissie van toezicht (voorzover openbaar of in de civiele procedure alsnog geopenbaard) voldoende feitelijke aanknopingspunten zijn te vinden voor een verantwoorde beoordeling van een dergelijke vordering.

Daarom kan de vraag of de in de WIV 2002 voorziene klachtprocedure een "effective remedy" is in de zin van art. 13 EVRM blijven rusten.

3.8.7 Onderdeel 3.4 van het principale middel keert zich in het bijzonder tegen hetgeen het hof heeft overwogen en beslist met betrekking tot de slechts gedeeltelijk toegewezen subsidiaire vordering onder 2 (B). In het licht van hetgeen hiervoor in 3.8.5 - 3.8.6 is overwogen moet dit oordeel als volgt worden begrepen. Bij het uitgangspunt dat het hof niet verantwoord kon beoordelen welke gegevens wél en welke niet rechtmatig zijn verzameld, lag afwijzing van ook deze vordering voor de hand, ware het niet dat het hof onverwijld spoed bij het gevorderde verbod aanwezig achtte en daarom een tijdelijke maatregel heeft getroffen in afwachting van het oordeel van de commissie van toezicht. Om de hiervoor in 3.8.5 genoemde rede-

nen stond het hof zulks vrij. Hierop stuit het onderdeel af.

3.9 Onderdeel 4 van het principale middel mist zelfstandige betekenis en behoeft daarom geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principaal beroep

verwerpt het beroep;

veroordeelt De Telegraaf c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 367,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris;

in het incidenteel beroep

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de De Telegraaf c.s. begroot op €68,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren P.C. Kop, J.C. van Oven, C.A. Streefkerk en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer W.D.H. Asser op 11 juli 2008.

Conclusie Advocaat-Generaal Huydecoper

Feiten en procesverloop(1)

1. Het gaat in deze zaak om het volgende:

- de sub 1) vermelde principaal eiseres tot cassatie, De Telegraaf, geeft het dagblad "De Telegraaf" uit. De onder 2) en 3) vermelde eisers zijn als journalisten in dienst van De Telegraaf. In januari 2006 kregen deze journalisten van een (voor anderen dan hen zelf) anonieme bron vertrouwelijke, staatsgeheime informatie in de vorm van documenten. Deze informatie was afkomstig van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD), orgaan van de principaal verweerder in cassatie, de Staat, of van de Binnenlandse Veiligheids Dienst (BVD), de voorgangster van de AIVD.

- De journalisten hebben de bedoelde bron met betrekking tot zijn identiteit geheimhouding toegezegd. De van deze verkregen informatie heeft betrekking op een BVD-onderzoek uit de tweede helft van de negentiger jaren van de vorige eeuw, naar een criminele organisatie rond de als Mink K. bekend staande persoon en naar mogelijke corruptie binnen het justitiële opsporingsapparaat.

- Op 20 januari 2006 heeft De Telegraaf een "set" kopieën van de bedoelde documenten aan de AIVD verstrekt. Op 21 januari 2006 heeft De Telegraaf het door de journalisten geschreven artikel "AIVD-geheimen bij de drugsmafia" gepubliceerd. De dag daarop is een vervolgartikel "Dossiers te koop in de onderwereld" gepubliceerd. In de daaropvolgende edities hebben de journalisten nog een aantal malen aandacht besteed aan de gegevens uit de BVD- en AIVD-informatie.

- Op 22 januari heeft de AIVD aangifte gedaan van de schending van een staatsgeheim, waaronder het ongeoorloofde bezit van staatsgeheimen. Aanvankelijk was de aangifte gericht tegen onbekende daders, nadien zijn de journalisten als verdachten aangemerkt. In het kader van het strafrechtelijk onderzoek zijn de documenten in beslag genomen(2).

- In mei 2006 hebben de journalisten geconcludeerd dat zij sedert eind januari 2006 door de AIVD zijn afgeluisterd en geobserveerd. Ook hebben zij geconcludeerd dat de AIVD over de periode vanaf 1 september 2005 telecom- en printgegevens heeft opgevraagd waaruit onder meer kan worden afgeleid door wie zij zijn opgebeld en waar zij zijn geweest.

2. De Telegraaf c.s.(3) hebben de Staat in kort geding aangesproken en vorderingen geldend gemaakt die ertoe strekten dat de Staat onderzoek als zojuist beschreven zou staken en de informatie die bij dergelijk onderzoek was verkregen zou vernietigen, subsidiair dat de Staat zou worden verboden van die informatie op bepaalde manieren gebruik te maken.

In eerste aanleg wees de voorzieningenrechter deze vorderingen grotendeels toe(4).

3. Op het namens de Staat ingestelde hoger beroep kwam het hof, in het thans in cassatie bestreden arrest, tot de slotsom dat de maatregelen die, naar het hof aannam, inderdaad van de kant van de Staat ten opzichte van de journalisten waren genomen, een inbreuk op zowel artikel 8 als artikel 10 van het EVRM opleverden; maar dat die maatregelen met het oog op het doel dat daarmee werd nagestreefd en de daarbij betrokken belangen als gerechtvaardigd in de zin van lid 2 (van, in elk geval, art. 10 EVRM) moesten worden aangemerkt zo lang de Staat niet over méér in aanmerking komende aanknopingspunten voor onderzoek beschikte.

Vervolgens oordeelde het hof dat al in een vrij vroeg stadium van het onderzoek wél sprake was van andere, meer in aanmerking komende aanknopingspunten voor (verder) onderzoek en dat vanaf dat moment niet langer sprake was van een gerechtvaardigde inbreuk op (althans) art. 10 EVRM.

Aan de hand van deze bevindingen kwam het hof tot de slotsom dat de door de voorzieningenrechter toegewezen vorderingen slechts in aanmerkelijk beperkte vorm voor toewijzing in aanmerking kwamen; en besliste het hof dienovereenkomstig.

4. Van de kant van De Telegraaf c.s. is tijdig en regelmatig cassatieberoep ingesteld. Namens de Staat is tot verwerping geconcludeerd en incidenteel beroep ingesteld. De standpunten zijn over en weer schriftelijk toegelicht. Er is tevens gerepliceerd en gedupliceerd.

Juridische uitgangspunten; botsing tussen mensenrechten en (geheim) veiligheidsbeleid

5. In deze zaak gaat het, in essentie, om een botsing tussen de evidentelijk zwaarwegende belangen bij het respecteren van (twee verschillende) grondrechten, en de eveneens evidentelijk zwaarwegende belangen in verband met de (nationale) veiligheid e.a.

Dat dergelijke belangen (kunnen) botsen en dat er dan een afweging moet plaatsvinden - en dat die afweging

in concreto bijna altijd moeilijk is -, laat zich denken. Die mogelijkheid respectievelijk moeilijkheid is dan ook vanaf de totstandkoming van het EVRM onder ogen gezien: de relevante bepalingen, in dit geval: de art. 8 en 10, voorzien immers in hun tweede leden in de mogelijkheid dat de grondrechten van privacybescherming en vrije meningsuiting/vrije nieuwsgaring worden beperkt, onder meer met het oog op "national security, public safety ... or the prevention of disorder or crime...".

6. De afweging van de belangen van staatsveiligheid of openbare veiligheid en criminaliteitspreventie tegen de belangen van eerbied voor het privé-leven en respectering van de vrije meningsuiting/vrije nieuwsgaring is dan ook al vele malen in de rechtspraak van het EHRM en in de nationale rechtspraak onderzocht. Ik zal proberen weer te geven welk beeld er uit die rechtspraak naar voren komt(5).

7. Dat beeld wordt er dan in de eerste plaats door gekenmerkt dat er een groot aantal factoren bestaat, die in telkens wisselende samenstelling en met wisselend gewicht de uitkomst van de te maken afweging beïnvloeden. Ik wijs onder die factoren de volgende aan die, volgens mij, voor de beoordeling van de onderhavige zaak van bijzondere betekenis zijn:

a) Aan het recht op vrije meningsuiting en vrije nieuwsgaring komt in de democratische samenleving een buitengewoon belangrijke plaats toe. In die context krijgt de positie van de pers, en de toegang van de pers tot bronnen van informatie, extra nadruk(6). Dat geldt (dan) ook voor het recht van bij de pers betrokkenen op respect voor de geheimhouding van informatiebronnen. Dit laatste vormt voor (het adequaat functioneren van) de persvrijheid een "basic condition"(7).

Als het gaat om inbreuken op de persvrijheid in verband met vragen van publiek belang, komt aan de staten slechts een beperkte beoordelingsvrijheid ("margin of appreciation") toe en geldt, omgekeerd, dat de rechterlijke beoordeling strikt en kritisch moet zijn ("...most careful scrutiny...")(8).

b) Willen inbreuken op de hier bedoelde grondrechten geoorloofd zijn, dan geldt overigens in het algemeen dat een "overriding requirement in the public interest", bestaande in een "pressing social need", die inbreuken rechtvaardigt én dat de rechtvaardigingsgrond overtuigend aangetoond kan worden(9).

c) Bij de beoordeling of op de grondrechten inbreuk makende maatregelen "noodzakelijk zijn in een democratische samenleving", spelen de proportionaliteit van de toegepaste maatregelen en de vraag of daarbij "subsidiariteit" in acht is genomen een belangrijke rol(10).

Wat het eerste - dus: de proportionaliteit - betreft, komt het nodige gewicht toe aan de ernst van de toegepaste sancties en het "chilling effect" dat deze kunnen hebben, zowel als het gaat om de bereidheid van bij de pers betrokkenen om zich te uiten als wat betreft de bereidheid van derden om zich als (al-dan-niet anonieme) bron tot de pers te wenden(11). Sterk in de journalistieke bronnenbescherming ingrijpende maatregelen als huiszoeking zijn zeer fors, en dienovereenkomstig te waarderen*. De subsidiariteit staat onder meer dan ter

beoordeling, als in de rede ligt dat er andere (niet dan wel minder ingrijpende) middelen beschikbaar waren om de met de inbreuk beoogde doeleinden te dienen(12).

d) Bescherming van de staatsveiligheid en tegen de openbaarmaking van staatsgeheimen is een legitiem en zwaarwegend belang, dat kan meebrengen dat aan de staten een ruimere beoordelingsvrijheid ("margin of appreciation") toekomt(13). Daarbij weegt echter weer zwaar, in hoeverre er sprake kan zijn van beknotting van de pers in haar functie van "waakhond"(14) en/of van wezenlijke beperking van beschikbaarheid van voor het publiek relevante informatie(15). Aan de ernst van de dreiging (namelijk: van de strafbare feiten die men wil voorkomen en/of de bedreiging van de openbare veiligheid) komt aanmerkelijk gewicht toe(16).

e) De inbreuk op het recht op respect voor het privéleven die bestaat in geheime surveillance van de kant van de overheid, kan slechts als toelaatbaar worden aangemerkt in gevallen waarin die strikt noodzakelijk ("strictly necessary") is(17).

f) Bij inbreuken zoals geheime surveillance die met zich meebrengt, is voor de vereiste proportionaliteit noodzakelijk dat er effectieve waarborgen tegen misbruik bestaan(18). De remedies die - overeenkomstig art. 13 EVRM - aan de burger ter beschikking worden gesteld om zich tegen dergelijke inbreuken teweest te stellen, zijn echter naar de aard der dingen aan aanzienlijke beperkingen onderhevig. Die beperkingen moeten (dus) als noodzakelijk worden geaccepteerd(19).

8. Ofschoon dat wel vanzelf spreekt, wijs ik er op dat de waardering van de elementen of factoren die ik in de vorige alinea aanstipte, afhankelijk is van, onder andere, de context waarin zij zich voordoen. Zo maakt het verschil of, als het om de persvrijheid gaat, de maatregel in kwestie ziet op (i) doorbreking van de journalistieke bronbescherming (zoals bijvoorbeeld het geval was in EHRM 22 november 2007, Appl.nr. 64752/01, NJCM Bulletin 2008 nr. 1, p. 75 e.v. m.nt. Schuijt, Voskuil/Nederland, EHRM 15 juli 2003, NJ 2006, 290, Ernst c.s./België, EHRM 25 mei 2003, Appl.nr. 51772/99, Roemen c.s./Luxemburg, EHRM 9 februari 1995, A-serie nr. 306A, Weekblad Bluf!/Nederland en EHRM 27 maart 1996, NJ 1996, 577 m.nt. EJD onder nr. 578, Goodwin/Verenigd Koninkrijk), of (ii) op een verbod van de publicatie van een uiting (zoals bijvoorbeeld in de zaken uit EHRM 26 november 1991, A-serie nr. 216, Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk en EHRM 26 april 1979, A-serie nr. 30, Sunday Times/Verenigd Koninkrijk), of (iii) "slechts" op een meer of minder ingrijpende poenale of civiele sanctie als reactie op een onrechtmatig bevonden publicatie (zoals in de zaken uit EHRM 10 december 2007, Appl.nr. 69698/01, samengevat in NJB 2008, p. 516, Stoll/Zwitserland, EHRM 24 november 2005, NJ 2006, 250, Tourancheau c.s./Frankrijk of EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999, 710 m.nt. EJD, Worm/Oostenrijk).

9. Als het gaat om aantasting van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer komt, naar in de rede ligt, aan inbreuken op het gezinsleven (bijvoor-

beeld: door uithuisplaatsing van kinderen, zoals aan de orde in EHRM 24 maart 1988, A-serie nr. 130, Olsson/Zweden) een ander gewicht toe dan aan inbreuken die bestaan uit (geheime) observatie/surveillance (zoals in de zaken EHRM 2 november 2006, RvdW 2007, 219, Volokhy/Oekraïne, EHRM 26 maart 1987, A-serie nr. 116, Leander/Zweden of EHRM 6 september 1978, A-serie nr. 28, Klass c.s./Duitsland); waarbij het natuurlijk ook verschil maakt, welke vormen van observatie/surveillance werkelijk zijn toegepast dan wel mogelijk dreigen, of het om actuele gebeurtenissen of gebeurtenissen uit een verder verwijderd verleden gaat, etc.

Het valt de lezer natuurlijk op dat de in deze zaak te beoordelen casus, voorzover mij bekend: voor het eerst, gaat over inbreuken waarbij sprake is van een door het EHRM als zeer ingrijpend aangemerkte beperking van de vrije meningsuiting/vrije nieuwsgaring, en tegelijk van een beperking op het gebied van de persoonlijke levenssfeer in de vorm van heimelijk af luisteren van telecommunicatieverkeer e.a. die eveneens - zoals voor de hand ligt - als zeer ingrijpend valt aan te merken.

10. De afweging waar het blijkt de eerder genoemde bronnen om gaat vertoont, beoordeeld naar de Nederlandse procesrechtelijke maatstaven, een sterk "feitelijk" karakter: het gaat om een afweging waarin de meeste wegingsfactoren aan de hand van feitelijke waarderungen moeten worden "ingeschat". Dat betekent dat ook het afwegingsresultaat in belangrijke mate door de gemaakte feitelijke waarderungen wordt bepaald(20). Het EHRM erkent ook een "margin of appreciation" voor de nationale autoriteiten als het gaat om de beoordeling of voor een inbreuk op grondrechten aangevoerde rechtvaardigings-gronden relevant en toereikend ("relevant and sufficient") zijn.

Het EHRM past echter uiteindelijk een verder gaande mate van toetsing (dus ook: feitelijke waardering en weging) toe, dan naar Nederlands procesrecht aan de Hoge Raad is voorbehouden. Zoals voor de hand ligt, betekent dat niet dat de Hoge Raad in zaken waarin toetsing aan het EVRM nodig is, de grenzen van zijn naar het nationale recht toegemeten beoordelingsruimte zou moeten - of mogen - "verleggen". Men kan het als minder gelukkig beschouwen dat de hoogste nationale rechter in dit opzicht aan de hand van andere, en beperktere, maatstaven toetst dan bij een eventuele toetsing door het EHRM zou gebeuren; gelukkig of niet, dat rechtvaardigt niet het terzijdestellen van de nationale procesrechtelijke grenzen.

11. Zoals al even werd aangestipt, heeft de Hoge Raad (Tweede Kamer) op 25 maart 2008 het cassatieberoep verworpen betreffende het op art. 552a Sv. gegronde beklag van de eerste principaal eiseres in het onderhavige cassatieberoep (De Telegraaf) tegen de strafvorderlijke inbeslagname van de documenten die op de in alinea 1, eerste "gedachtestreepje" hiervóór beschreven wijze in handen van haar journalisten waren gekomen. In de hier beoordeelde zaak stond centraal het beroep van De Telegraaf op art. 10 EVRM, en met name het daarmee gepaard gaande recht op res-

pectering van de anonimiteit van journalistieke bronnen.

In de rov. 4.4 en 4.5 van deze beschikking heeft de Hoge Raad de kaders uiteengezet waarbinnen de rechtbank had onderzocht of de in geding zijnde belangen de klaarblijkelijk door de rechtbank aangenomen inbreuk op art. 10 EVRM rechtvaardigden; en vervolgens heeft de Hoge Raad vastgesteld dat de rechtbank zonder van een onjuiste rechtsopvatting blijkt te geven de afweging kon maken zoals die daadwerkelijk gemaakt was.

12. Het lijkt mij goed om voorop te stellen dat het in de strafvorderlijke zaak om een wezenlijk andere afweging, dan in de huidige civiele zaak ter beoordeling staat: in deze zaak gaat het (vooral) om inbreuken op het respect voor journalistieke bronbescherming én om inbreuken op het recht op respect voor de persoonlijke levenssfeer in verband met, kort gezegd, af luisteren, observatie en onderzoek naar communicatiegegevens; terwijl de Tweede Kamer van de Hoge Raad had te oordelen over de inbreuk op journalistieke bronbescherming in verband met een strafvorderlijk beslag.

Wél bestaan er de nodige overeenkomsten als het gaat om de aan de kant van de overheid ingeroepen belangen ter rechtvaardiging van de inbreuken op de relevante grondrechten: blijkens rov. 4.5 van de beschikking van 25 maart 2008 betrof het strafvorderlijke beslag staatsgeheime gegevens ... die "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.". Soortgelijke belangen zijn namens de Staat ook ter rechtvaardiging van de in deze zaak aangevochten inbreuken aangevoerd.

Van belang voor de onderhavige zaak lijkt mij verder, dat de Hoge Raad in de beschikking van 25 maart jongstleden de beslissing van de rechtbank niet ten volle heeft getoetst, maar zich heeft beperkt tot beoordeling of kon worden vastgesteld dat de rechtbank zich door een onjuiste rechtsopvatting had laten leiden. Zoals ik in alinea 10 hiervóór aangaf, denk ik dat ook het civiele geschil zal moeten worden beoordeeld met inachtneming van de hier aan het licht tredende beperkingen die aan de rechtspleging in cassatie eigen zijn.

De Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (WIV)

13. Deze wet(21) geeft, op dezelfde voet als de zojuist in alinea's 7 en 8 genoemde rechtspraak, blijk van een streven (om niet te zeggen: een worsteling), gericht op het verzoenen van de tegenstrijdige belangen van, enerzijds, de door inlichtingen- en veiligheidsdiensten te bewaken nationale veiligheid e.a. en anderzijds: de (grond)rechten van de burgers die door activiteiten van deze diensten worden geraakt.

Dat de bedoelde rechtspraak en de wettekst en wetgeschiedenis veel punten van overeenstemming vertonen, komt overigens niet alleen daardoor dat beide dezelfde problemen betreffen. De wetsgeschiedenis van de WIV geeft er blijk van dat de wetgever veelvuldig bij de

rechtspraak van het EHRM te rade is gegaan, en dat zijn streven erop gericht was om de wet met de uit die rechtspraak blijkende grenzen en waarborgen te laten sporen. Dat ligt ook daarom enigszins voor de hand, omdat het wetsvoorstel dat tot de WIV heeft geleid voor een belangrijk deel was "opgeroepen" door een beslissing van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State waarbij van de tot dan geldende WIV werd geoordeeld, dat die op verschillende punten tekortschoot ten opzichte van onder het EVRM aanvaarde normen, met name ingevolge de art. 8 en 13 EVRM(22).

14. Het wetsvoorstel dat hierop (dus) de reactie vormde, wijkt vooral in twee opzichten af van de daarvoor geldende WIV(23). De middelen die de inlichtingen- en veiligheidsdiensten mogen inzetten worden met enige precisie aangegeven, en de waarborgen die bij de inzet in acht moeten worden genomen worden omschreven en vastgelegd; en er wordt voorzien in "extern" toezicht op de activiteiten van de diensten, (vooral) in de vorm van de in de art. 64 e.v. nader geregelde procedure bij de Commissie van Toezicht.

15. Art. 6 van het wetsontwerp (en van de huidige wet) regelt de taak van de AIVD; in samenhang met art. 18 WIV vormt die bepaling tevens de basis voor de bevoegdheden die de AIVD bij de uitoefening van de hem toegemeten taak heeft.

In de onderhavige zaak beroept de Staat zich erop dat het in geding zijnde optreden berustte op de taak - en de daarmee samenhangende bevoegdheden - geregeld in art. 6 lid 2 sub a WIV. Daar wordt als taak van de AIVD omschreven: "het verrichten van onderzoek met betrekking tot organisaties en personen die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat;".

16. De bepaling - die inhoudelijk overigens nagenoeg gelijk is aan de overeenkomstige bepaling uit art. 8 WIV (oud) - beoogt het terrein af te bakenen waarbinnen de omschreven gewichtige belangen het inzetten van middelen die inbreuken op de door het EVRM gewaarborgde rechten opleveren, kunnen rechtvaardigen. De bepaling dient daardoor (mede) als de basis "according to law" die zowel art. 8 als art. 10 EVRM als voorwaarde stellen voor gerechtvaardigde ingrepen op de bij die artikelen voorziene rechten(24).

17. In de in alinea 15 hiervóór aangehaalde omschrijving vervult het begrip "nationale veiligheid"(25) een "overkoepelende" rol. De overige omschrijvingen moeten worden begrepen binnen het kader van de nationale veiligheid. Voor de uitleg van dit begrip wordt (mede) verwezen naar de jurisprudentie, waarmee in dit verband met name de jurisprudentie van het EHRM wordt bedoeld. Die jurisprudentie is dus van directe betekenis voor de uitleg van de onderhavige "nationale" wet.

De Nederlandse Parlementaire geschiedenis vermeldt een aantal voorbeelden van bedreigingen die in het kader van de nationale veiligheid krachtens de rechtspraak van het EHRM grond zouden (kunnen) op-

leveren voor inperking van de door het EVRM gewaarborgde rechten. Een van die voorbeelden is: publicatie van geheime informatie in geschriften die schade kunnen toebrengen aan het functioneren van de staatsveiligheidsdienst van een land(26). Illustratief voor de - betrekkelijk - ruime uitleg die de regering in dit verband verdedigde, is ook het voorbeeld van voetbalvandalisme (van zodanige proporties dat van maatschappelijke ontwrichting sprake is) dat in de Nota naar aanleiding van het Nader Verslag(27) wordt gegeven. Iets dergelijks geldt voor het t.a.p. genoemde voorbeeld van corruptie binnen het bedrijfsleven. Daarvan wordt gezegd dat dat géén deel van de "nationale veiligheid" uitmaakt - maar dat geldt weer niet, zodra er sprake is van bedreiging van "vitale belangen". Nu is men geneigd te denken: zoiets kan van haast ieder maatschappelijk verschijnsel worden gezegd (namelijk: dat dat verschijnsel niet te rekenen is tot de "nationale veiligheid" - maar dat dat anders kan zijn wanneer er "vitale belangen" op het spel komen te staan)(28).

18. Aan de hand van de gegeven voorbeelden lijkt mij aannemelijk dat, althans in de zienswijze van de regering (maar tegenspraak van de kant van de medewetgever heb ik niet aangetroffen), alle problemen en andere verschijnselen die een meer dan verwaarloosbare bedreiging voor de stabiliteit of de orde, of van andere "vitale belangen" (op meer dan plaatselijke schaal) kunnen opleveren, in het kader van de WIV onder de noemer van "nationale veiligheid" mogen worden gerangschikt(29).

Dat lijkt mij, zoals ik al aanstipte, verenigbaar met de aangehaalde rechtspraak van het EHRM: ook daarin wordt een breed scala aan "verstorende" evenementen (of dreigende evenementen) aanvaard als een potentieel voldoende grond voor het invoeren van bedreiging van de veiligheid, ter rechtvaardiging van beperking van de mensenrechten(30).

19. Men versta dit overigens niet verkeerd: ik beweer niet dat het EHRM (of dat "onze" wetgever) ieder argument dat aan de eerder besproken omschrijving beantwoordt als voldoende grond voor beperking van de mensenrechten beoordeelt - natuurlijk niet. Maar het lijkt mij wel dat argumenten die binnen de aldus omschreven kaders vallen, en afhankelijk van de verdere omstandigheden, een voldoende grond voor beperking van de hier bedoelde mensenrechten kunnen opleveren. Met die gegevens voor ogen denk ik dat een ruime uitleg van art. 6 lid 2 sub a WIV moet worden aanvaard: dat strookt met de duidelijk tot uitdrukking gebrachte bedoeling van de wetgever, en het is niet onverenigbaar met de EHRM-jurisprudentie waarop "onze" wetgever zich wilde oriënteren.

Aanwijzingen die pleiten voor een andere, beperktere, uitleg van art. 6 lid 2 sub a WIV heb ik niet aangetroffen.

20. Voor ik de (van weerszijden aangevoerde) middelen bespreek, nog even aandacht voor de van de kant van de Staat benadrukte geheimhouding, die de WIV oplegt terzake van het doen en laten van, onder andere, de AIVD.

De grens geeft de WIV hier in art. 36 aan (zie voor de geheimhoudingsplicht vooral de art. 85 en 86). De Staat noemt de daar gegeven regeling - op gezag van de Memorie van Toelichting(31) - een "gesloten verstrekkingenregiem". In het verlengde daarvan neemt de Staat het standpunt in dat hij - Staat - effectief iedere vrijheid mist om onder de WIV begrepen gegevens bekend te maken, ook in het kader van de onderhavige procedure(32).

Ik kan in zoverre met dit betoog instemmen, dat duidelijk is dat de WIV aanmerkelijke terughoudendheid bij het naar buiten brengen van gevoelige, aan de inlichtingen- of veiligheidsdiensten bekende informatie beoogt; en dat art. 36 een beperking in dat opzicht beoogt aan te geven, zowel in inhoudelijk opzicht als door het opwerpen van procedurele waarborgen.

Maar zo knellend als het van de kant van de Staat wordt voorgesteld, zijn die beperkingen toch niet(33). Art. 36 WIV wijst immers in lid 1 sub c "andere personen of instanties wie deze aangaan" aan als legitieme ontvangers van informatie. Het lijkt mij dat dat de kring waarbinnen informatie, naar gelang dat geraden voorkomt, mag worden verstrekt, tot nagenoeg onbeperkte proporties uitbreidt. Het ligt in de rede dat dat ook is, wat de steller van deze tekst voor ogen heeft gestaan: om een regel te geven die de betrokkenen terughoudendheid inscherpte (en procedurele waarborgen daarvoor bood), maar die tegelijk ruimte bood voor flexibele toepassing.

21. In recente rechtspraak waarin gegevensverstrekking in het kader van (nationale) veiligheid ter sprake kwam, is dan ook telkens tot uitgangspunt genomen dat, ofschoon de overheid legitieme redenen kon hebben om (bijvoorbeeld: aan de rechter) desbetreffende informatie niet te openbaren, het steeds aan diezelfde overheid was om te beoordelen (en in geval van betwisting: aan de rechter om te toetsen(34)) hoe ver men hierbij met het oog op te verantwoorden veiligheidsbelangen kon gaan(35). Een standpunt zoals de Staat dat in deze zaak verdedigt, en dat er naar tendeert dat het de overheid zonder meer verboden zou zijn om "AIVD-informatie" aan anderen mee te delen - blijkbaar: ook wanneer het verantwoord en in de gegeven omstandigheden dienstig zou zijn om dat te doen -, is in die rechtspraak niet aanvaard (en voorzover ik kan overzien: ook niet van de kant van de overheid verdedigd).

Ik houd het erop dat het standpunt dat de Staat in deze zaak heeft betrokken, al te restrictief is: art. 36 WIV e.a. beletten niet dat in het kader van die wet verkregen informatie wordt gebruikt, en ten dienste daarvan ook aan anderen wordt meegedeeld, voorzover dat uit een oogpunt van "veiligheidsbelang" verantwoord, en overigens dienstig is. Daarbij lijkt mij dat partijen die de Staat terzake aanspreken, maar ook de rechter, kunnen worden aangemerkt als "personen of instanties wie deze aangaan" in de zin van art. 36 lid 1 sub c WIV. De in die passage gekozen vrij ruime en flexibele tekst roept bij mij de indruk op, juist (mede) voor een geval als dit te zijn gekozen.

Bespreking van de cassatiemiddelen

22. De middelen stellen - zoals natuurlijk wel vaker het geval is - twee geheel verschillende zienswijzen tegenover elkaar: van de kant van de Staat wordt verdedigd dat de rechter een minimum - bij kritische lezing zou men kunnen zeggen: een nagenoeg verwaarloosbaar minimum - aan ruimte heeft voor beoordeling van klachten/vorderingen die gericht zijn op onder geheimhouding plaatsvindende activiteiten van de AIVD, omdat de AIVD gerechtigd dan wel verplicht is daarover geheimhouding in acht te nemen; en dat dat aan beoordeling van de relevante feiten door de rechter in de weg staat. De Telegraaf c.s. leggen alle nadruk op de - overigens door partijen over en weer aanvaarde - hoge prioriteit die "grondrechtelijk" voor de persvrijheid en de daarmee gepaard gaande journalistieke bronbescherming wordt ingeruimd. De door de Staat verdedigde, zeer beperkte marge voor rechterlijke toetsing van inbreuken op die gegevens spoort daar om voor de hand liggende redenen in het geheel niet mee.

23. In het verlengde van het hiervóór in de alinea's 20 en 21 besprokene, wil ik voorop stellen dat de van de kant van de Staat op dit punt verdedigde zienswijze, ofschoon ik daarvoor natuurlijk begrip kan opbrengen, mij niet houdbaar lijkt.

Die zienswijze komt er namelijk, al wordt dat natuurlijk niet zo gepresenteerd, op neer dat het in de WIV neergelegde geheimhoudingssysteem, gekoppeld aan de eveneens in de WIV gegeven middelen die in (enige) controle op de activiteiten van de AIVD c.s. voorzien, er - impliciet - toe zou strekken dat van een aantal wezenlijke grondregels van (burgerlijk) procesrecht wordt afgeweken (en ook: radicaal wordt afgeweken).

Het zou immers, op de voet van deze stellingen van de Staat, zo zijn dat het feit dat de WIV meebrengt dat de Staat (de AIVD) geen openheid van zaken kan geven (of maar in zeer beperkte mate openheid van zaken kan geven), de "gewone" regels betreffende, onder meer, stelplicht en bewijslast in het burgerlijke geding opzij zet of, in elk geval, daar een wezenlijk andere regeling voor in de plaats stelt.

24. De Staat verdedigt immers dat uit het bedoelde systeem van de WIV zou voortvloeien dat hij - de Staat - met een beroep op de geheimhoudingsregels van de WIV in een burgerlijk geding ervan kan afzien om tegen hem (ik bedoel weer: de Staat) aangevoerde stellingen te weerspreken; en in aansluiting daarop kan betogen dat de rechter ervan uit moet gaan dat hem (deze keer bedoel ik: de rechter) geen feitelijke grondslag ter beschikking staat om een oordeel op te baseren: de Staat heeft immers wat betreft de relevante feiten er het (door de WIV "opgelegde") stilzwijgen toe gedaan en "dus" kan de rechter niet beoordelen hoe die feiten liggen en wat daarvan als basis voor zijn oordeel mag dienen.

Ik stel daar, voor alle duidelijkheid, de "gewone" regel van burgerlijk procesrecht tegenover(36): als stellingen van één partij door de andere partij niet deugdelijk (wat meestal ook betekent: deugdelijk gemotiveerd) worden betwist, is de rechter gehouden die stellingen, althans voorzover het gaat om rechten waarover partijen de

vrije beschikking hebben, als vaststaand aan te nemen (zie bijvoorbeeld art. 149 lid 1 Rv.)(37).

25. Of het de wetgever in het kader van de WIV zou vrijstaan om een zo forse afwijking van de regels van burgerlijk procesrecht (regels die ook weer verband houden met grondrechten, zoals het in art. 6 EVRM tot uitdrukking komende grondrecht op toegang tot de rechter en op een eerlijk proces) tot wet te verheffen, kan ik daarlaten (al wil ik niet onvermeld laten dat het mij voor serieuze twijfel vatbaar lijkt of dat inderdaad rechtens mogelijk is). Voor deze zaak lijkt mij al beslissend, dat onaannemelijk is dát de wetgever met de vaststelling van de WIV een dergelijke forse ingreep - en dan: stilzwijgend of impliciet, want uitdrukkelijke regels van deze strekking vindt men in die wet niet - heeft beoogd.

Eerder bevatten de WIV en de Parlementaire geschiedenis bij die wet aanwijzingen voor het tegendeel. De wetsgeschiedenis spreekt immers expliciet van de mogelijkheid van benadering van de rechter(38). Verwijzen naar die mogelijkheid zónder vermelding dat men een geheel afwijkende beoordeling door die rechter - althans als het gaat om de burgerlijke rechter - voor ogen heeft, is niet voor de hand liggend. Ergo: men moet aannemen dat aan de wetgever voor (althans) de burgerlijke rechter diens "gewone" rol, met inbegrip van de "gewone" regels van procesrecht, voor ogen zal hebben gestaan.

26. Wel lijkt mij, als het gaat om wat van de kant van de Staat aan informatie in het kader van de proportionaliteit en de subsidiariteit mag worden verlangd, nog dit in het oog te houden:

- bij het initiëren van een op problemen met het oog op de nationale veiligheid gericht onderzoek, zal het vaak zo zijn dat de daartoe geroepen dienst in meerdere of mindere mate in het duister tast ten aanzien van de gegevens die men bij het onderzoek tegen zal komen, en ook: waar men die gegevens moet zoeken. Men weet, althans binnen ruime marges, (nog) niet - ook niet: bij benadering - wat er aan het licht zal komen, en dus ook niet, welke betekenis de nog niet bekende gegevens voor de nationale veiligheid hebben. Men weet in het verlengde daarvan ook niet, hoe die (nog onbekende en onvermoede) gegevens misschien langs andere weg hadden kunnen worden verkregen.

- Met de onderhavige zaak als voorbeeld, kan men zich voorstellen dat een ernstig "lek" binnen de organisatie van de veiligheidsdienst zelf, en van dien aard dat vertrouwelijke gegevens uit de organisatie in het bezit (kunnen) blijken te zijn van de "staatsgevaarlijke" personen of instellingen waarnaar men juist onderzoek deed, de meest uiteenlopende gevolgen en risico's kán impliceren. Zo lang men niet weet hoe de feiten daadwerkelijk liggen moet immers rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat ook van andere, vergelijkbaar "gevoelige" onderzoeken gegevens in verkeerde handen kunnen komen; en dat dat de desbetreffende onderzoeken, maar ook alle daarmee gemoeide (veiligheids)belangen, inclusief de veiligheid van de betrokken personen, kan bedreigen(39). De risico's kunnen bovendien, als er inmiddels publicaties

over de situatie verschijnen, snel van gewicht en richting veranderen. Bijvoorbeeld kunnen (kwaadwillende) personen die tevoren niet wisten dat kennis omtrent "het lek" al naar buiten was gekomen, hierdoor gearmeerd worden en daaraan ernstige reacties verbinden. In deze onzekere fase is dus (vaak) te verantwoorden dat men het probleem als in hoge mate ernstig en bedreigend "taxeert", en ook als zeer urgent. Bovendien ligt, zoals al aangestipt, in de rede dat men in deze fase in het geheel niet weet waar men de oorzaken van het probleem moet zoeken en dat "...de staat met betrekking tot de (mogelijke) daders in bewijsnood verkeerde en daarom ieder mogelijk spoor...meer dan welkom was."(40).

27. Met de zojuist weergegeven beschouwingen voor ogen denk ik dat maatregelen niet zelden op het moment waarop tot die maatregelen wordt besloten, heel wel als "proportioneel" en "subsidiar" kunnen worden beoordeeld terwijl men achteraf, als de feiten inmiddels wat duidelijker zijn komen te liggen, misschien moeite heeft om te begrijpen hoe men destijds tot die beoordeling heeft kunnen komen. Maar het gaat, denk ik, om het moment waarop tot de maatregelen wordt besloten: als op dat moment in redelijkheid kon worden geoordeeld dat aan proportionaliteit en subsidiariteit werd voldaan, komen de zaken niet anders te liggen wanneer later blijkt dat het met de risico's etc. zoals die destijds werden "ingeschat", alleszins meevalt(41). Juist hier is er steeds rekening mee te houden dat de situatie zoals die zich aan het begin van een onderzoek voordoet, onvergelykbaar is met de situatie die intreedt naarmate het onderzoek vordert en er resultaten ter beschikking komen.

28. Met de voorafgaande beschouwingen als "ondergrond", dan nu - men zal misschien denken: eindelijk - mijn mening over de specifieke klachten van de cassatiemiddelen.

Anders dan onderdeel 1 van het principale middel verdedigt, lijkt mij (om de in alinea's 16 - 19 hiervóór uiteengezette redenen) een - betrekkelijk - ruime uitleg van art. 6 lid 1 sub a WIV juist.

Met die uitleg is 's hofs oordeel dat het in het onderhavige geval om een onderzoek dat binnen het bereik van deze bepaling viel, alleszins verenigbaar. Daarbij betrek ik ook de in alinea's 26 en 27 hiervóór besproken gegevens: toen tot het in deze zaak aangevochten onderzoek opdracht werd gegeven kon men in redelijkheid menen dat er van een ernstige en acute bedreiging van wezenlijke belangen van staatsveiligheid sprake was (te weten: dat mogelijke, of zelfs: vermoedelijke lekken binnen de AIVD-organisatie niet nader te specificeren onderzoeken van die organisatie én de veiligheid van de daarbij betrokkenen, konden bedreigen en daarom met de grootst mogelijke prioriteit moesten worden opgespoord en onschadelijk gemaakt).

29. Op deze bevindingen stuiten de klachten van onderdeel 1.1 volgens mij alle af. Opgevat zoals ik zojuist deed, ging het hier om een onderzoek dat belangen betrof die zodanig verband hielden met, met name, de veiligheid van de Staat, dat toepassing van art. 6 lid 1 sub a WIV zonder meer aanvaardbaar is. Men hoeft

daarvoor geen bijzonder ruime uitleg van dat wetsartikel te hulp te roepen; maar naarmate men (zoals ik heb verdedigd) een betrekkelijk ruime uitleg van dat artikel wél voor juist houdt, wordt de hier verdedigde uitkomst eens te meer aannemelijk.

30. Onderdeel 1.2 van het principale middel betreft een andere kwestie, namelijk de vraag van gelijktijdige toepassing van strafvorderlijke en "veiligheidsgerichte" onderzoeksmiddelen. De Telegraaf c.s. hadden in de feitelijke instanties verdedigd dat hier van een niet te verantwoorden samenloop sprake was. In de kern houdt de klacht in dat het bestreden arrest aan dit argument (zonder doeltreffende motivering) voorbij gaat(42).

31. In een recente reeks arresten van de Tweede Kamer van de Hoge Raad is uitvoerig onderzocht in hoeverre samenloop van strafvorderlijk onderzoek en onderzoek van de "veiligheidsinstanties" toelaatbaar is, en welke mate van samenwerking tussen de betrokkenen bij beide vormen van onderzoek de wet toelaat(43).

De uitkomst die voor de onderhavige zaak van belang is, komt misschien het meest pregnant tot uitdrukking in rov. 3.4.3 van het in voetnoot 44 aangehaalde arrest van 13 november 2007: geen rechtsregel verzet zich ertegen dat zowel een inlichtingen- en veiligheidsdienst als het O.M. of een opsporingsdienst elk voor zich - en daardoor mogelijk parallel - onderzoek doen naar bepaalde personen of groeperingen, indien daartoe vanuit de vervulling van hun taak aanleiding bestaat.

32. Blijkens o.a. rov. 3.4.2 van hetzelfde arrest heeft de inlichtingen- en veiligheidsdienst een discretionaire bevoegdheid tot het verstrekken van informatie aan het O.M. (hetzelfde geldt, zou ik denken, voor de verstrekking van informatie aan opsporingsdiensten). De inlichtingen- en veiligheidsdienst is daarin autonoom, en dient binnen het wettelijke kader een eigen afweging te maken. Alleen het aanwenden van de bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdienst om, met het oog op het buiten toepassing laten van strafvorderlijke waarborgen, door de inlichtingen- en veiligheidsdienst vergaarde informatie "strafvorderlijk" te gebruiken levert misbruik van bevoegdheid op (terwijl voor de omgekeerde weg hetzelfde kan gelden).

33. Met deze uitgangspunten voor ogen lijkt mij duidelijk dat wat er in de onderhavige zaak is gebeurd - onderzoek zowel door de AIVD als door "justitie", in verband met feiten waarvan evident is dat die zowel strafrechtelijk als uit een oogpunt van staatsveiligheid in hoge mate relevant kunnen zijn - geheel verenigbaar is met het op dit punt toepasselijke recht. Dat zou pas anders zijn als er aanwijzingen bestonden dat "oneigenlijk gebruik" van de desbetreffende bevoegdheden had plaatsgehad of was beoogd. Dat dat het geval zou zijn is echter niet concreet gesteld(44), en dus allicht ook niet vastgesteld.

34. Dit zo zijnde lijkt mij dat De Telegraaf c.s. bij de onderhavige klachten geen belang hebben. Er zijn immers geen feiten aan de orde (gesteld) die de slotsom kunnen dragen dat het hier aan de orde zijnde optreden van de AIVD (of van "justitie") niet met de wettelijke bevoegdheden van de betrokkenen spoort. Dat het hof

zonder motivering aan het op dit punt aangevoerde argument voorbij zou zijn gegaan, doet dan niet ter zake. Intussen denk ik, "subsidiar", dat De Telegraaf c.s. ook in de feitelijke instanties niet een dusdanig onderbouwd betoog aan, met name, het hof hadden voorgehouden dat de wettelijke motiveringsplicht meebracht dat een gemotiveerd oordeel noodzakelijk was. Ik herinner er aan dat aan de motivering van beslissingen in kort geding wat minder strikte eisen worden gesteld dan aan "gewone" rechterlijke beslissingen(45).

Ook langs die weg kom ik ertoe dat deze klacht niet zou moeten worden aanvaard.

35. Onderdeel 2 van het principale middel bestrijdt in verschillende varianten de afweging die het hof terzake van de aan art. 8 en art. 10 EVRM ontleende argumenten van De Telegraaf c.s. heeft gemaakt.

Het onderdeel "opent", in subonderdelen 2.1.1 en 2.1.2, met de stelling dat de op art. 6 WIV berustende inbreuken op de hier aan de orde zijnde grondrechten niet voldeden aan het vereiste dat zulke inbreuken "in accordance with the law" moeten zijn in de zin van art. 8 lid 2 of art. 10 lid 2 EVRM.

36. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt ten aanzien van dit vereiste een betrekkelijk soepele benadering: aan dat vereiste is voldaan als de grondslag voor de aan de orde zijnde inbreuk op zodanige wijze kenbaar is uit voor de burger toegankelijke wetgeving, (andere) regelgeving of rechtspraak, dat deze, zo nodig na inwinnen van juridisch advies, binnen redelijke grenzen zijn gedrag op de aldus vastgelegde norm(en) kan afstemmen(46). Daarbij is als onvermijdelijk geaccepteerd dat in veel gevallen vaagheid of onbepaaldheid aan de desbetreffende regels eigen is, omdat niet mag worden verwacht dat alle voorkomende gevallen daarin op de voorhand worden onderkend en beschreven(47). Dat geldt in het bijzonder ook voor de bevoegdheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten(48).

37. De toets aan de aldus aan het licht tredende norm, kan art. 6 WIV volgens mij (ruimschoots) doorstaan. In de door mij hiervóór verdedigde uitleg van dat artikel beoogt het de Staat een ruime en flexibel bemeten bevoegdheid te geven om op te treden in alle gevallen waarin reële bedreiging van de veiligheid of van andere "vitale" belangen aanwezig is of op aannemelijke gronden wordt gevreesd. Verdere "invulling" van deze norm is dan een kwestie van de omstandigheden van het concrete geval, waarbij steeds de ernst van de inbreuken op grondrechten die op art. 6 WIV gebaseerd worden enerzijds, en het gewicht van de concrete belangen die in het gegeven geval op het spel staan anderzijds, belangrijke wegingsfactoren (zullen) zijn.

38. Men ziet meteen dat het scala van factoren dat onder deze twee titels bij de te maken afweging gewicht in de schaal kan leggen, onafzienbaar is, en dat redelijkerwijs niet valt te vergen dat van te voren nader wordt aangegeven welke factoren zoal wel, en welke niet voor weging in aanmerking komen. Het is voldoende dat aan de hand van voorbeelden nader wordt verduidelijkt met wat voor soort gegevens men in dit verband rekening moet houden(49). Dat is, zoals in alinea's 17 -

19 hiervóór werd besproken, in de Parlementaire geschiedenis van de WIV op ruime schaal gedaan.

39. Partijen hebben de nodige aandacht besteed aan het in dit verband in de Parlementaire geschiedenis besproken gegeven van de AIVD (jaar)verslagen, waaraan volgens die Parlementaire geschiedenis(50) de burger nadere houvast bij de uitleg van art. 6 WIV zou kunnen ontleenen.

Ik denk dat de noodzakelijkerwijs vage norm die in art. 6 WIV is neergelegd ook zonder dit extra hulpmiddel bij de uitleg, al aan de uit de art. 8 lid 2 en 10 lid 2 EVRM blijkende eis van "voldoende kenbare regelgeving" voldoet. Dan komt men dus niet toe aan de vraag of dit nadere gegeven zou meebrengen dat een aanvankelijk als te vaag te kenschetsen regel de "drempel" van de art. 8 lid 2 en 10 lid 2 EVRM alsnog "haalt". Is de regel ook zonder deze verduidelijking al voldoende, dan is dat mét die verduidelijking eens te meer het geval.

40. In subonderdeel 2.2 van het principale middel wordt geklaagd dat het hof, terwijl De Telegraaf c.s. zowel op schending van art. 10 EVRM als op schending van art. 8 EVRM een beroep hadden gedaan, slechts het eerstgenoemde artikel in zijn beoordeling heeft betrokken.

Als men de processtukken erop naslaat ziet men echter dat De Telegraaf c.s. bij hun beroep op art. 8 EVRM telkens verwezen naar de (volgens De Telegraaf c.s.) voor proportionaliteit en subsidiariteit bepalende feiten die daarvóór in verband met art. 10 EVRM waren verdedigd (en in verband met dat artikel ook telkens zeer uitvoerig waren verdedigd)(51).

41. De Telegraaf c.s. hebben daarmee zelf de suggestie opgeroepen dat zij zich erop baseerden dat voor de gestelde inbreuk op beide verdragsartikelen (weging van) dezelfde feiten en argumenten beslissend was.

Bij die stand van zaken - en mede in aanmerking nemend het in alinea 34 hiervóór gememoreerde met betrekking tot de motiveringseis in kort geding - vind ik het (ruimschoots) aanvaardbaar dat het hof het niet nodig heeft geoordeeld om, na de argumenten van De Telegraaf c.s. met betrekking tot art. 10 EVRM te hebben beoordeeld, nog een aparte motivering te wijden aan dezelfde argumenten in het verband van art. 8 EVRM. (Ik lees rov. 12 van het bestreden arrest overigens zo, dat het hof inderdaad de inbreuken op art. 10 en art. 8 EVRM gezamenlijk, in één gemotiveerd betoog, heeft beoordeeld).

Kennelijk, en tegen deze achtergrond: begrijpelijkerwijs, heeft het hof bevonden dat de voorgedragen wegingsargumenten in de gegeven context in beide gevallen tot dezelfde uitkomsten leidden(52).

42. Subonderdeel 2.3 verbindt (vooral) aan het gebruik van het woord "onloochenbaar" in rov. 15 van het bestreden arrest en de uitdrukking "in redelijke verhouding tot het daarmee nagestreefde doel" de stelling dat het hof een verkeerde maatstaf zou hebben aangelegd. De door het EHRM gebruikte formules "overriding requirement in the public interest" (en "pressing social need"?) zouden een onmiskenbaar

overwicht van belangen aan de kant van de op de grondrechten inbreuk makende overheid vergen.

43. Ik stem ermee in dat de rechtspraak van het EHRM er blijk van geeft dat de belangen aan de kant van de overheid die zich op de uitzonderingsbepalingen van art. 8 lid 2 of art. 10 lid 2 EVRM beroept, zwaarder zullen moeten wegen dan de belangen die bij handhaving van de desbetreffende grondrechten (in het gegeven geval) betrokken zijn. De wat oudere rechtspraak van het EHRM roept dat beeld op: in die rechtspraak(53) verbeeldt het EHRM het begrip "necessary" als minder klemmend dan "absolutely necessary" of "strictly necessary", maar als klemmender dan "admissible", "useful" of zelfs "desirable". Wanneer men dat beeld plaatst in het verband van de in andere rechtspraak van het EHRM(54) gebruikte uitdrukking "overriding requirement" kan men niet anders dan concluderen dat er een belangenoverwicht aan de kant van de vóór de inbreuk pleitende belangen moet zijn(55).

44. Maar ik verschil met de steller van deze klacht als het erom gaat of het (gerechtshof) de hier bedoelde maatstaf heeft miskend. Het lijkt mij duidelijk dat het hof met de door hem gekozen formuleringen heeft bedoeld, de terminologie van het EHRM in het Nederlands weer te geven en dus ook, om zich aan de door het EHRM neergelegde normen te conformeren. In het verlengde daarvan moet 's hofs onderhavige oordeel dan zo worden begrepen, dat het inderdaad de belangen waaraan het de voorrang heeft gegeven, als zwaarder heeft gewogen dan de daartegenover staande belangen(56).

45. Subonderdeel 2.4 (dat zes "sub-subonderdelen" heeft) richt zich dan in de eerste plaats tegen de afweging van de vastgestelde belangen die het hof heeft gemaakt. Bij de beoordeling van de hier aangevoerde argumenten lijkt mij van belang wat ik in alinea 10 hiervóór opmerkte: naar Nederlands procesrecht gaat het hier om factoren die, althans voor een belangrijk deel, aan de hand van waarderingen van feitelijke aard op hun gewicht moeten worden "getaxeerd". De Hoge Raad heeft wat dat betreft een minder ruime beoordelingsmarge dan, althans in sommige beslissingen van het EHRM, door het laatstgenoemde college wordt aangehouden.

46. Sub-subonderdeel 2.4.1 verdedigt een ingenieuze redenering; maar per saldo komt het onderdeel erop neer dat de journalistieke bronnenbescherming onder alle omstandigheden zwaarder moet wegen dan de belangen die daar in dit geval tegenover werden geplaatst. Zo bezien is duidelijk dat het onderdeel niet kan slagen: hoezeer ook de vertrouwelijkheid van journalistieke bronnen als hoogwaardig goed en dienovereenkomstig beschermenswaardig moge worden gewaardeerd, er zijn natuurlijk belangen denkbaar van zodanig klemmende aard dat daaraan een groter gewicht moet worden toegekend(57).

47. Subonderdeel 2.4.2 klaagt dat het hof niet een concreet belang aan de kant van de Staat in de afweging zou hebben betrokken (maar algemeen geformuleerde, "abstracte" belangen).

Ik meen dat deze klacht op een misverstand berust en (dus) feitelijke grondslag mist: de belangen die het hof in aanmerking heeft genomen zijn wel degelijk "concreet": het gaat om het risico dat het (mogelijke) "lek" dat door het optreden van de journalisten aan het licht is gekomen, gepaard aan de inmiddels aan dat feit gegeven bekendheid, vertrouwelijke onderzoeken van de AIVD en (het leven van) daarbij betrokken personen in gevaar zal brengen. Dat is een alleszins "concrete" dreiging. Men moet zich het zicht daarop niet laten benemen door het feit dat naar de aard der dingen, op de in alinea's 26 en 27 hiervóór besproken voet, bij het begin van een desbetreffend onderzoek nog verregaand onduidelijk kan zijn welke vormen het risico dat men vreest, precies kan aannemen. Men weet dus nog niet hoe het beoogde risico zich kan verwezenlijken. Een "concreet" risico en een "concreet" belang bij het tegengaan daarvan blijft het, niettemin.

48. Subonderdeel 2.4.3 klaagt over onvoldoende motivering in verband met vier in dit subonderdeel aangewezen punten.

Ten eerste zou de formule "hetgeen in dit kort geding aannemelijk is geworden" onvoldoende duidelijk maken aan de hand van welke feitelijke basis het hof zijn oordeel heeft gevormd.

Deze klacht lijkt mij onaannemelijk. In context gelezen maken de overwegingen van het hof wel degelijk duidelijk waar de gegeven beslissing op berust: met als uitgangspunt dat moet worden aangenomen dat de Staat maatregelen zoals afluisteren tegen de journalisten heeft ingezet (rov. 10 en 11), worden tegen de aanspraak van De Telegraaf c.s. op respectering van de in geding zijnde grondrechten afgewogen, het risico van schade in de vorm van (i) (verdere) verspreiding van staatsgeheimen, (ii) de (toekomstige) gevolgen van het bekend worden van de onderhavige staatsgeheimen en (iii) het gevaar voor personen wier identiteit in verband met een en ander kan worden onthuld (rov. 15, herhaald in rov. 16).

Mij lijkt dit een voldoende duidelijke motivering voor het hier - ik wijs er nogmaals op: in kort geding - gegeven oordeel.

49. Vervolgens wordt geklaagd over onvoldoende responderen op het argument dat de in geding zijnde gegevens al sinds 2002 in het criminele circuit zouden circuleren.

Ik denk dat het hier een argument met een vrij ondergeschikt gewicht betreft; en dat het hof dat argument als onaannemelijk/niet doorslaggevend heeft beoordeeld. Voor de mogelijke dreiging van toekomstig onheil die het hof (volgens mij) vooral tot richtsnoer heeft genomen is immers het hier bedoelde gegeven (de bekendheid binnen (een deel van?) het "criminele circuit") veel minder relevant, dan het gegeven dat er inmiddels aan het licht is gekomen dát zich een mogelijk "lek" binnen de AIVD bevindt; dat zowel de AIVD als andere betrokkenen daarmee inmiddels zijn geconfronteerd; en dat dat tot allerhande reacties van verschillende - bekende en onbekende - betrokkenen aanleiding kan geven. Met die gegevens voor ogen is het niet verbazend dat het hof aan dit argument voorbij

is gegaan; en meen ik tevens dat het ongemotiveerd laten van het desbetreffende oordeel - nog juist - aanvaardbaar is.

50. Onder nummers (iii) en (iv) wordt in dit sub-subonderdeel geklaagd dat onvoldoende zou zijn onderzocht of er een reële dreiging als motief voor de gesties van de AIVD kon worden aangevoerd; en dat te gemakkelijk zou zijn voorbij gegaan aan de op de Staat rustende stelplicht/bewijslast.

Het eerste argument stelt, denk ik, geen andere aspecten aan de orde dan het in alinea 47 hiervóór besproken argument betreffende de onvoldoende "concrete" belangen van de Staat. Voor een, in een beginstadium van onderzoek noodzakelijkerwijs nog grotendeels onbekende, bron van dreigende risico's geldt nu eenmaal dat men zich een beeld moet vormen van iets wat op dat moment nog maar weinig realiteitsgehalte kan hebben (maar wat desondanks alleszins reëel kan zijn). Dat heeft het hof gedaan; en daarmee een goed te begrijpen oordeel gegeven.

Het tweede argument vergelijk ik met het in alinea 48 besprokene: het hof heeft, op de in alinea 48 aangegeven voet, een aantal gegevens als oriëntatiepunt genomen, en zijn afweging daarop gebaseerd. Van die gegevens kón het hof oordelen dat die aan de hand van het partijdebat voldoende aannemelijk waren. Daarmee heeft het hof de regels van stelplicht en bewijslastverdeling, die overigens in kort geding niet onverkort opgeld doen(58), niet miskend.

51. Sub-subonderdeel 2.4.4 ontleent een argument aan de door de Staat in deze procedure gevolgde lijn van zwijgen over alles wat volgens de Staat tot onder de AIVD ressorterende informatie te rekenen is. Met die lijn zou onverenigbaar zijn om uit de "proceshouding van de Staat" argumenten af te leiden ter ondersteuning van de subsidiariteit van de door de AIVD (mogelijk) toegepaste inbreuken op de grondrechten van de journalisten; ook omdat stelplicht en bewijslast te dien aanzien in beginsel op de Staat rusten.

Ik geef de steller van deze klacht na dat het hof op dit punt de Staat, in weerwil van de door deze gevolgde processtrategie, vergaand tegemoet is gekomen. Het hof heeft daarbij overigens in rov. 9 voorop gesteld dat de voor deze strategie aangevoerde redenen niet betekenen dat wezenlijk op de stelplicht van de Staat kan worden afgedongen.

52. In het licht van het in alinea 48 hiervóór opgemerkte lijkt mij echter ook de hier door het hof gekozen weg verdedigbaar en niet logisch aanvechtbaar of lacuneus.

De uitleg die het hof in rov. 17 aan de proceshouding van de Staat geeft is bij uitstek begrijpelijk: terwijl de Staat voorop heeft gesteld dat niet als vaststaand mag worden aangenomen dat er inbreuken op de grondrechten van de journalisten zijn gemaakt of dreigen (maar dat wet of staatsbelang de Staat beletten hierover inhoudelijke mededelingen te doen), ligt bepaald voor de hand dat de Staat voor het geval tóch zou worden aangenomen dat de bedoelde inbreuken hebben plaatsgehad of dreigen, ook heeft bedoeld dat er aan de hand van de ten processe gebleken feiten zou worden

onderzocht of aan het subsidiariteitsvereiste was voldaan.

53. Ook het oordeel van het hof dat inderdaad mocht worden aangenomen dat aan dit vereiste was voldaan lijkt mij niet ongerijmd. Uitgangspunt is hierbij inderdaad een op de Staat rustende stelplicht en bewijslast(59); maar deze worden gerelativeerd door het feit dat het hier een kort geding betreft waarin de desbetreffende regels niet onverkort opgeld doen, en door de in alinea's 26 en 27 hiervóór besproken gegevens: het hof mocht de vrij aanzienlijke mate van onzekerheid die aan de beginfase van onderzoeken als de onderhavige inherent is, in zijn beoordeling betrekken; en dan is niet onbegrijpelijk dat men, ervan uitgaande dat er voor serieuze bedreiging van wezenlijke veiligheidsbelangen (zowel staatsveiligheid als veiligheid van nog niet identificeerbare betrokkenen) gevreesd moest worden, het subsidiariteitsvereiste als vervuld aanmerkt. Mij dunkt dat er, in een fase waarin de onzekerheid omtrent de feiten nog groot is en de urgentie van de dreiging als hoog kan worden ingeschat, al vrij gauw aan dit vereiste voldaan zal zijn; en dat een (voorlopig) oordeel van die strekking daarom met een minimum aan motivering kan volstaan.

De verschillende (deel)argumenten waarmee sub-subonderdeel 2.4.4 wordt ondersteund stuiten volgens mij alle op deze tegenwerpingen af; terwijl zij voor het overige uitgaan van een te hoge motiveringseis voor beslissingen in kort geding.

54. Sub-subonderdeel 2.4.5 klaagt erover dat het hof in rov. 18 is uitgegaan van de veronderstelling dat de personen die de AIVD bij het tegen de journalisten gerichte onderzoek op het spoor kwamen (zelf) geen aanspraak konden maken op journalistieke bronbescherming.

Ik vraag mij - naar ik hoop: met passende behoedzaamheid - af of hier niet sprake is van een misverstand aan de kant van de steller van het middel. Volgens mij betreft het hier namelijk een gegeven dat het hof in het voordeel van De Telegraaf c.s. heeft laten wegen: doordat er aanknopingspunten voor onderzoek beschikbaar kwamen waarvoor de grondrechtelijke bezwaren waar het in deze zaak om gaat niet golden, kwam het optreden van de AIVD de proportionaliteit en subsidiariteit te ontberen die het hof daar in de eerdere fase wél bij aanwezig oordeelde; en konden de vorderingen van De Telegraaf c.s. in elk geval met ingang van dat ogenblik (gedeeltelijk) worden gehonoreerd. Met het "onderuithalen" van deze bevinding zou dus een dragend element komen te ontvallen aan de gedeeltelijke toewijzing van het gevorderde; en ik vermoed dat dat niet is, waar deze klacht toe strekt.

Als ik dit goed zie, missen De Telegraaf c.s. bij deze klacht dus belang.

55. Ook overigens lijkt de klacht mij intussen ongegrond. Het argument dat de personen die bij het AIVD onderzoek bekend werden wél op grondrechtelijke bescherming aanspraak zouden hebben, had steun kunnen bieden aan een stelling van de Staat dat verder onderzoek langs deze weg op (onoverkomelijke) bezwaren stuitte, en dat daarom het onderzoek ten laste van de

journalisten even noodzakelijk bleef als het van begin af aan was. Bij gebreke van stellingen van de Staat van deze strekking (terwijl stelplicht en bewijslast ten aanzien van de rechtvaardiging voor zijn optreden, ook hier in beginsel bij de Staat berustte) lag het in de rede om de voor De Telegraaf c.s. gunstiger feitelijke constellatie tot uitgangspunt te nemen. Dat het hof dat gedaan heeft is dan noch rechtens onjuist noch onvoldoende begrijpelijk.

56. Sub-subonderdeel 2.4.6 betoogt dat een bijstelling "...in elk geval zolang deze zelf geen "target" van het onderzoek zijn..." in rov. 18 van een onjuiste rechtsopvatting zou getuigen, omdat ook wanneer de betrokkenen wél "target" zouden zijn, er niet aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit zou zijn voldaan.

Deze klacht lijkt mij om meer dan een reden ondeugdelijk. Ten eerste hééft het hof nu eenmaal tot feitelijk uitgangspunt genomen dat de journalisten géén "targets" van het AIVD-onderzoek waren. Voor de verdere beoordeling is dan irrelevant hoe het zou zijn, wanneer de betrokkenen wél als "targets" zouden zijn aan te merken. Op zulke hypothetische kwesties hoeft de rechter niet in te gaan (en in deze zaak was ook geen oordeel over deze detailkwestie gevraagd). En ten tweede lijkt mij heel begrijpelijk dat het hof zich niet heeft willen begeven in de vraag hoe de belangen zouden liggen wanneer de journalisten wel als "targets" zouden zijn aan te merken. Het is goed denkbaar dat in dat geval wél aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit voldaan zou (kunnen) zijn. Dat het hof deze mogelijkheid (voor dit niet ter beoordeling staande, hypothetische geval) niet als uitgesloten heeft willen aanmerken, zou daarom niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigen.

Sub-subonderdeel 2.4.7 houdt geen specifieke klacht in.

57. Onderdeel 3 poneert in subonderdeel 3.1 terecht dat bij slagen van een of meer van de eerdere klachten ook het oordeel waar onderdeel 3 op doelt, zijn grondslag zou (kunnen) verliezen. Hiervóór heb ik echter verdedigd dat de voorafgaande klachten niet verdienen te worden gevolgd; dat geldt dan ook voor dit subonderdeel.

Subonderdelen 3.1 - 3.3 hernemen vervolgens een in de feitelijke instanties uitvoerig "uitgedebatteerd" argument, namelijk: dat de (rechtsgang bij) de Commissie van Toezicht waarin de art. 64 e.v. WIV voorzien, niet aangemerkt kan worden als "effective remedy" in de zin van art. 13 EVRM, en ook niet als een rechtsgang die aan art. 6 EVRM beantwoordt(60).

58. Ik stel voorop dat het hof zijn oordeel in rov. 22, waar de hier te bespreken klacht op gericht is, in de eerste plaats baseert op de overweging dat het zelf onvoldoende in de gelegenheid verkeert om te beoordelen welke gegevens rechtmatig en welke onrechtmatig door de AIVD zijn verkregen; en dat dat aan toewijsbaarheid van vorderingen gericht op (dan wel tegen) verdere behandeling van "de gegevens" in de weg staat. Dit vormt, meen ik, een zelfstandig dragende grond voor de hierop berustende beslissing; en die grond wordt in cas-

satie niet bestreden. Bij de bestrijding van de subsidiaire of alternatieve grond die, ingeleid met de woorden "Daarbij komt", in rov. 22 wordt gegeven hebben De Telegraaf c.s. daarom geen relevant belang.

59. Ware dat anders, dan zou ik de onderhavige klachten toch als niet-doeltreffend beoordelen. Die klachten betreffen, als gezegd, het oordeel van het hof in rov. 22 dat ertoe strekt dat alleen een ordemaatregel om te beletten dat uit de tegen de journalisten aangewende onderzoeksmiddelen verkregen gegevens aan het O.M. worden meegegeeld vóórdát de Commissie van Toezicht heeft beoordeeld of ten aanzien van die gegevens rechtmatig (dan wel "behoorlijk") is gehandeld, als voldoende spoedeisend kan worden aangemerkt.

Het gaat dus om beoordeling van de mate waarin voor het treffen van ordemaatregelen in kort geding, voldoende (spoedeisende) aanleiding bestond.

Zo'n oordeel heeft een sterk overwegend casuïstisch en feitelijk karakter. De rechter laat zich daarbij leiden door zijn voorlopige waardering van de beschikbare gegevens(61), maar ook door doelmatigheidsoverwegingen. Een dergelijk oordeel onttrekt zich nagenoeg volledig aan beoordeling in cassatie(62).

60. In het kader van de hier bedoelde beoordeling is alleszins aanvaardbaar dat rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat er door een gremium als de Commissie van Toezicht op afzienbare termijn kan worden onderzocht in hoeverre de AIVD bij de verkrijging van informatie uit onderzoek tegen de journalisten, de door hem in acht te nemen normen heeft gerespecteerd. Of de beoordeling door de Commissie van Toezicht als "effective remedy" kan gelden dan wel aan art. 6 EVRM beantwoordt, is daarbij van secundair belang. Waar het om gaat is dat er op afzienbare termijn uitzicht bestaat op een beoordeling die, anders dan de beoordeling waartoe het hof zich (niet) in staat acht, voldoende houvast biedt. Waar dat het geval is kán de rechter oordelen dat met een ordemaatregel die slechts tot dat moment van kracht blijft, voldoende aan de belangen van de eisers tegemoet wordt gekomen. De afweging waar dat oordeel op berust "staat of valt" niet met de aspecten die de subonderdelen 3.1 - 3.3 naar voren halen. Die aspecten kunnen in de te maken afweging een rol spelen (en het hof zal daar ook ongetwijfeld mee rekening hebben gehouden); maar zij zijn niet doorslaggevend. Een oordeel zoals het hof dat heeft gegeven kon dus ook met inachtneming van die aspecten zo uitvallen als hier is gebeurd. Daarmee wordt noch enige rechtsregel miskend, noch aan de begrijpelijkheid geweld aangedaan.

61. Subonderdeel 3.4 tenslotte bestrijdt (voorzover het niet slechts voortbouwt op de voorafgaande subonderdelen) rechtstreeks het oordeel dat De Telegraaf c.s. bij de gevorderde wissing/vernietiging van ten onrechte uit het omstreden onderzoek verkregen gegevens, onvoldoende (spoedeisend) belang hebben.

Die klacht merk ik eveneens aan als ondeugdelijk. Als men ervan uitgaat - zoals het hof heeft gedaan - dat onverantwoord gebruik van de desbetreffende gegevens tegen de journalisten (of anderen) langs de weg van mededeling aan het O.M. wordt "veiliggesteld" totdat

met een zekere mate van betrouwbaarheid door de Commissie van Toezicht is vastgesteld dat het gaat om gegevens die zonder schending van de desbetreffende verplichtingen zijn verkregen, is goed te begrijpen dat men vindt dat er onvoldoende spoedeisend belang reest om de - als fors aan te merken - stap van onmiddellijke vernietiging ("wissen" lijkt mij daarmee op een lijn te stellen) van de gegevens in kwestie bijwege van ordemaatregel te rechtvaardigen. Ook hier kan ik niet inzien dat enige rechtsregel zou zijn miskend of dat de begrijpelijkheid van dit oordeel tekort zou schieten.

62. Zo kom ik ertoe, de klachten in het principale cassatieberoep alle als ongegrond te beoordelen.

Het incidentele middel

63. Het eerste en tweede middel in het incidentele cassatieberoep betreffen de in alinea's 20 en 21 hiervóór besproken kwestie: de mate van geheimhouding die de WIV de Staat oplegt, en de consequenties daarvan (en van het feit dat de WIV de mogelijkheid van inhoudelijke beoordeling via de Commissie van Toezicht biedt) voor de ruimte die de civiele rechter heeft voor toetsing van gedragingen van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten of voor het treffen van ordemaatregelen.

Uit wat ik daar in de alinea's 23 - 25 hiervóór, in aansluiting op alinea's 20 en 21 heb geschreven zal duidelijk zijn geworden waarom ik deze klachten voor ongegrond houd. De geheimhoudingsplicht die de WIV oplegt is niet zo stringent als de Staat meent dat die is; en stringent of niet, die geheimhoudingsplicht brengt niet een (stilzwijgend geïntroduceerde) "Umwertung" van de beginselen van (burgerlijk) procesrecht met zich mee. In weerwil van die geheimhoudingsplicht blijft dan ook gelden dat er stelplicht en, in voorkomend geval, bewijslast op de Staat kan rusten. Dat komt misschien het meest pregnaat aan het licht als het gaat om het weerspreken van het namens De Telegraaf c.s. gestelde: al moge de geheimhoudingsplicht de Staat in dit opzicht beperkingen opleggen, tenminste mag worden verlangd dat deze "zo veel als mogelijk, onder waarborging van vertrouwelijkheid en zonedig in geschoonde vorm of met behulp van andere adequate voorzieningen..."(63) zijn standpunt ten opzichte van de stellingen van de andere partij verduidelijkt (en dat waar mogelijk ook onderbouwt).

64. Ik vermeld, volledigheidshalve, dat er naast de stelplicht nog een plicht tot juiste en volledige voorlichting van de rechter bestaat, o.a. tot uitdrukking komend in art. 21 Rv. Op de hier bedoelde verplichting worden uitzonderingen aanvaard, onder andere als het gaat om informatie die aanspraak op vertrouwelijkheid kan maken. In HR 20 december 2002, NJ 2004, 4 m.nt. JBMV is onderzocht hoe de rechter kan beoordelen of zich een dergelijke uitzondering voordoet. Voor het "ongezien" aanvaarden van een uitzondering voor alle door de AIVD bezeten (niet openbare) informatie, zoals de Staat die in deze zaak lijkt voor te staan, biedt de hier bedoelde regel geen steun. Ook de door de Hoge Raad in het genoemde arrest gewezen weg suggereert (als de desbetreffende overweging al niet zonder meer bete-

kent) dat het hier door de Staat betrokken standpunt onjuist is.

65. Bovendien heeft, denk ik, het hof het bij het rechte eind waar het (in rov. 9) overweegt dat de problemen waar de Staat in dit verband mee geconfronteerd wordt, in procesrechtelijk opzicht niet - en zeker niet: alleen maar - voor risico van de wederpartij behoren te komen. Ik kan althans geen rechtvaardiging zien die ertoe leidt dat problemen die typisch tot het domein van de Staat zijn te rekenen, hier tot gevolgen in het nadeel van anderen zouden mogen leiden.

A fortiori geldt dan dat niet aanvaard kan worden wat de Staat in deze middelen aanvaard wil zien: dat de burgerlijke (kort-geding)rechter zich erbij moet neerleggen dat de Staat geen openheid van zaken kan geven, en dan gehouden is vast te stellen dat een basis voor het van hem gevraagde oordeel niet kan worden gevonden. In materieel opzicht zou dat, nog afgezien van eerder besproken bezwaren, neerkomen op een vergaande beperking van de toegang tot de burgerlijke rechter, zonder dat daarvoor een wettelijke basis is geboden(64).

66. Ik sta nog even stil bij een inconsistentie die volgens mij in het op dit punt namens de Staat betoogde opduikt, en die de onaannemelijkheid van dat betoog nader accentueert: de Staat verdedigt dat de rechter (in elk geval) geen oordeel over de inzet van buitengewone onderzoeksmethoden door de AIVD kan c.q. mag geven, vóór de betrokkenen zich tot de Commissie van Toezicht bedoeld in art. 64 WIV hebben gewend en die commissie de klacht(en) van de betrokkenen heeft beoordeeld.

Daarna acht de Staat kennelijk het benaderen van de (burgerlijke) rechter wél mogelijk. De wettelijke regeling op dit punt voorziet er echter niet in dat de gegevens waarop de Commissie van Toezicht haar beoordeling baseert, aan de betrokkenen worden meegedeeld - zelfs het oordeel zélf van de commissie kan aan de betrokkenen worden onthouden. Ná de gang langs de commissie weten de betrokkenen, en weet ook de rechter, dus meestal nog net zo weinig als daarvóór; en weet men in elk geval een groot deel van de voor de beoordeling relevante feiten (nog steeds) niet. In de namens de Staat verdedigde gedachtegang zou de rechter zich dus ook dan nog van beoordeling moeten onthouden: hij (rechter) kan en mag immers de voor de beoordeling relevante feiten niet weten. Zo mondt de redenering die de Staat verdedigt uit in een "Catch 22"-situatie(65). Het lijkt mij evident dat die niet kan worden aanvaard.

67. Het derde middel in het incidentele beroep bestrijdt de conclusies die het hof aan twee in het geding gebrachte ambtsberichten van de AIVD heeft verbonden. Daaruit zou niet kunnen worden afgeleid dat er inderdaad middelen als waartegen De Telegraaf c.s. bezwaar maken, tegen de journalisten zijn ingezet.

Voor een deel worden daartoe argumenten aangevoerd die overeenkomen met de in de voorafgaande alinea's besproken (en ongegrond bevonden) argumenten - dat geldt met name voor de onderdelen 3 sub c en d. Deze

argumenten beoordeel ik ook in dit kader, en om dezelfde redenen, als ontoereikend.

68. Met betrekking tot de verdere argumenten, en met name die uit onderdelen 3 sub a en b (onderdeel 3 sub e bevat geen inhoudelijke klacht), geldt als volgt: zoals uit mijn eerdere opmerkingen zal zijn gebleken meen ik dat het hof reeds uit het ontbreken van effectieve tegenpraak van de kant van de Staat had mogen concluderen dat wat in dit verband door De Telegraaf c.s. werd gesteld, als vaststaand mocht worden aangenomen. De aanwezigheid van ambtsberichten die de uit de proceshouding van de Staat op te maken vermoedens (tot op zekere hoogte) ondersteunen, maakt dan eens te meer plausibel én begrijpelijk dat het hof inderdaad tot deze slotsom is gekomen.

69. Misschien ten overvloede vermeld ik nog dat onderdeel 3c zich keert tegen het oordeel van het hof (in rov. 11), dat ik zo begrijp dat er informatie is waarover de journalisten alleen met elkaar hebben gesproken; en dat het feit dat een van de ambtsberichten naar die informatie verwijst, bijdraagt tot de conclusie dat er inderdaad bijzondere onderzoeksmethoden tegen de journalisten zijn ingezet.

Het behoeft geen toelichting dat het hier inderdaad een aanwijzing betreft die men geredelijk zo kan waarderen als het hof heeft gedaan (en die er dan ook wezenlijk toe bijdraagt, dat men de beoordeling door het hof niet als onbegrijpelijk kan kwalificeren).

Om de in verband met de incidentele middelen 1 en 2 besproken redenen vormde, zoals ik hiervóór al even aanstipte, het feit dat de Staat (naar eigen inzicht) verhinderd was dit gegeven tegen te spreken, geen beletsel, voor het hof, om daar toch rekening mee te houden.

70. Beoordeling of feiten (mede) op grond van andere in een procedure ingebrachte gegevens aannemelijk zijn - oftewel: bewijswaardering "in ruime zin" -, is verder voorbehouden aan de rechters van de "feitelijke" instanties. Herbeoordeling in cassatie kan niet worden verlangd. Wanneer cassatieklachten dergelijke oordelen als "onjuist" kwalificeren miskennen die dan ook de ruimte die de cassatierechter in dit opzicht heeft.

Over onbegrijpelijkheid van desbetreffende beslissingen kan wel in cassatie worden geklaagd; maar het zal al zijn gebleken dat ik de hier bestreden beoordeling verre van onbegrijpelijk vind. Al zou het zo zijn dat de in middel 3 benadrukte gegevens ook (een minimum aan) ruimte laten voor een andere waardering van de bedoelde ambtsberichten, dan doet dat aan deze constatering niet af. De door het hof gekozen waardering is logisch houdbaar en allerminst verrassend.

71. Ook de klacht van het vierde middel bestaat er in essentie in dat het hof uit de genoemde ambtsberichten niet kon afleiden wat het hof daar in rov. 18 wel uit heeft afgeleid (namelijk: dat de AIVD al in een vroeg stadium van het onderzoek andere personen op het spoor kwam die aanknopingspunten voor verder onderzoek opleverden).

Hiervoor geldt het eerder opgemerkte dienovereenkomstig: De Telegraaf c.s. hadden gesteld dát de AIVD door het tegen de journalisten ingestelde onderzoek

(andere) bronnen op het spoor waren gekomen(66); dat gegeven, dat bovendien steun vindt in de al genoemde ambtsberichten, kon het hof daarom bij zijn beoordeling betrekken. Het betreft hier een feitelijk gegeven, en de vaststellingen van het hof daaromtrent zijn heel goed te begrijpen.

72. Onderdeel 4 sub b berust, als ik het goed zie, opnieuw op de gedachte dat omdat de Staat door de WIV verhinderd werd relevante feiten aan het hof mee te delen, het hof gehouden was tot uitgangspunt te nemen dat omtrent het feitelijk substraat niets - of in elk geval: niet voldoende - kon worden vastgesteld en dat daarom deugdelijke grond voor de van het hof gevraagde oordelen ontbrak. Deze gedachte heb ik hiervóór besproken en van de hand gewezen. In dezelfde lijn acht ik die ook hier niet aanvaardbaar.

73. Middel 5 bouwt geheel voort op de daaraan voorafgaande klachten en faalt dus, als men - zoals ik doe - aanneemt dat de eerdere klachten ongegrond zijn.

74. Middel 6 klaagt erover dat het hof niet heeft willen ingaan op een aanbod van de Staat om het hof vertrouwelijk (dus: zonder dat ook De Telegraaf c.s. die gelegenheid kregen) inzage te verlenen in de voor deze zaak van belang zijnde AIVD-dossiers.

Het middel lijkt er van uit te gaan dat de rechter verplicht zou zijn om een dergelijk aanbod te honoreren. Ik zie echter niet in waar een dergelijke verplichting op zou berusten. De rechter is in een bodemprocedure verplicht een aanbod van getuigenbewijs te honoreren, mits dat aan de daaraan te stellen eisen voldoet. In deze zaak heeft de Staat geen bewijsaanbod gedaan (er wordt niet aangevoerd dat dat het geval zou zijn, en er blijkt uit de stukken ook niets van(67)). Dat spoort met het gegeven dat de Staat ook slechts een minimum aan inhoudelijke feitelijke stellingen aan zijn verweer ten grondslag heeft gelegd. Als men (vrijwel) niets stelt, is er ook maar weinig ruimte voor een bewijsaanbod.

75. De rechter in kort geding heeft, ook als er een "volwaardig" bewijsaanbod wordt gedaan (waarvan in dit geval dus geen sprake kan zijn geweest), meer bewegingsvrijheid dan de "bodemrechter".

Uit een en ander vloeit voort dat het aan het beleid van de kort geding-rechter is overgelaten, of hij op een aanbod als het onderhavige (wat dat ook precies moge zijn geweest) in wenst te gaan. Klachten die ertoe strekken dat een negatieve beslissing in dit verband "onjuist" is, berusten daarom op een verkeerd uitgangspunt.

76. Bij de beleidsbeslissing die de kort geding-rechter in een geval als dit moet nemen, kan deze ongetwijfeld betekenis toekennen aan de bezwaren die het honoreren van het desbetreffende aanbod met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor oproept, en betekenis toekennen aan het feit dat de andere partij zich op de voorhand tegen de voorgestelde gang van zaken verzet. Afwijzen van het voorstel met het oog op aan dit beginsel ontleende bezwaren is dus, anders dan dit middel in onderdeel 6 sub a aanvoert, niet rechtens onjuist; en dat het hof aan de namens De Telegraaf c.s. gemaakte bezwaren betekenis heeft toegekend is dat ook niet, en kan, anders dan onderdeel 6 sub b betoogt, wel degelijk bijdragen tot de beslissing om deze weg niet te bewan-

delen. Voor het overige stelt dit onderdeel eisen aan de rechterlijke motivering die aanmerkelijk verder gaan dan rechtens te verantwoorden is.

77. Ten overvloede merk ik nog op dat ik de indruk heb dat de stellingen die de Staat in dit verband betreft, berusten op een verkeerd begrip van de in art. 8:29 AWB beschreven procedure, waar de Staat aansluiting bij zoekt. (De Staat gaat er aan de hand van HR 20 december 2002, NJ 2004, 4 m.nt. JBMV van uit dat een overeenkomstige manier van procederen in de burgerrechtelijke procedure mag worden toegepast; een gedachte die ik graag ondersteun, maar die niet algemeen wordt aanvaard(68).)

Het misverstand dat ik hier bedoel bestaat hierin: in de in art 8:29 AWB beschreven rechtsgang staat alléén ter beoordeling of de desbetreffende partij (in "ons" geval: de Staat) zich er met recht op beroept dat er gewichtige redenen bestaan die haar ontslaan van de verplichting om inlichtingen of stukken in de procedure in te brengen. (Alleen) in die context wordt de mogelijkheid geboden dat de rechter de gegevens in kwestie beoordeelt zonder dat de andere partijen die gegevens ook hebben ontvangen (of hebben kunnen inzien).

78. De Staat lijkt een flinke stap verder te willen gaan, en er op aan te sturen dat de rechter gegevens die de andere partij niet heeft mogen vernemen, inhoudelijk zou mogen beoordelen, en die zou mogen laten meewegen in de beslissing ten gronde die uiteindelijk van hem gevraagd wordt(69). Dát is dus beslist niet, waar de hier bedoelde procedure toe strekt: als die procedure er in uitmondt dat de rechter oordeelt, dat inderdaad met het oog op gewichtige redenen geen verplichting bestaat tot het "inbrengen" van gegevens in een procedure, en als de wederpartij weigert te aanvaarden dat de rechter die gegevens in aanmerking neemt zonder dat zij, wederpartij, daarvan ook kennis heeft genomen, moet de zaak worden verwezen naar een rechter die van de gegevens in kwestie geen kennis heeft genomen, en wordt van dat punt af verder geprocedeerd - dus: met als uitgangspunt dat de gegevens in kwestie niet in het geding zijn en (dus) niet aan de rechter bekend zijn. De namens de Staat geopperde gedachte dat de rechter dan althans gevolgtrekkingen zou mogen of kunnen verbinden aan de weigerachtige houding van de "buitengesloten" partij, lijkt mij erg onaannemelijk. Wij moeten er immers van uitgaan dat zowel deze partij alsook de tot oordelen geroepen rechter de gegevens waar het om gaat niet (kunnen) kennen. Dan valt werkelijk niet in te zien hoe de rechter gevolgtrekkingen zou kunnen verbinden aan de weigerachtige houding van de partij die, evenals hijzelf, niet weet wat het onderwerp van de weigering (de onbekend gebleven gegevens) inhoudelijk betekent.

79. Anders dan de Staat lijkt te menen, levert de gang van zaken op de voet van art. 8:29 AWB daarom geen (nu vooruit: vrijwel geen) aanknopingspunten op voor de oplossing van een conflict als dit, waarin de ene partij - de Staat - vermoedelijk op deugdelijke gronden staande houdt dat zij relevante gegevens wegens hun vertrouwelijke karakter niet in het geding wil brengen, en de andere partij - De Telegraaf c.s. - vermoedelijk

niet zal willen instemmen met inhoudelijke beoordeling van de desbetreffende gegevens (door de rechter), zonder dat die ook aan haar zijn meegedeeld(70).

Als men dat mede in aanmerking neemt, was er voor het hof eens te meer aanleiding om niet op het hier bedoelde aanbod van de Staat in te gaan: de kans dat daarmee het geschil nader tot een oplossing zou worden gebracht was, anders dan de Staat dat lijkt te menen, verwaarloosbaar klein (terwijl met het door de Staat aangeboden wel een aanzienlijke inspanning van betrokkenen en een navenant tijdverlies gemoeid zou zijn geweest).

80. Ook middel 7, tenslotte, beoordeel ik als ondeugdelijk. Anders dan daarin wordt verdedigd, staat het feit dat de strafrechter over de rechtmatigheid van hem voorgelegd bewijsmateriaal (als die rechtmatigheid wordt betwist) zal moeten oordelen, er niet aan in de weg dat een partij die aan onrechtmatige vergaring van informatie is blootgesteld, zich er met civielrechtelijke middelen tegen mag verzetten dat de desbetreffende informatie verder wordt benut (of dat nu in een strafvorderlijk onderzoek is of anderszins). Alleen ingrijpen in het verloop van het strafproces (inclusief het voorafgaande strafvorderlijke onderzoek) mag de burgerlijke rechter, uitzonderingen daargelaten, niet (daarvoor wijst de wetgeving op het gebied van de strafrechtspleging immers andere middelen aan, die niet met civielrechtelijke stappen moeten kunnen worden "doorkruist")(71). Maar in deze zaak is er geen sprake van "doorkruising" van de strafvorderlijke procedure: het gaat om gegevens die nog helemaal niet aan de bij opsporing/strafvorderlijke voorbereiding betrokken autoriteiten ter beschikking staan, en die dus in dat "traject" nog geen rol (kunnen) spelen.

81. Nu het hof had geoordeeld dat de tegen de journalisten ingezette onderzoeksmaatregelen nádat er andere bruikbare aanknopingspunten voor onderzoek beschikbaar waren gekomen, niet meer aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit voldeden en dus een onrechtmatige inbreuk op grondrechtelijke vrijheden van de journalisten opleverden, lag het bepaald voor de hand om vorderingen die ertoe strekten dat de in dit kader verkregen informatie niet verder zou (kunnen) worden gebruikt, in de ene of andere vorm als toewijsbaar te beoordelen. Dat het hof dat (met een alleszins terughoudend geformuleerde maatregel) heeft gedaan is dus niet rechtens onjuist en volkomen begrijpelijk.

82. Daarmee heb ik, naar ik meen, alle klachten uit de van weerszijden aangevoerde middelen besproken; en al die klachten ondeugdelijk bevonden. De onderstaande conclusie ligt dan voor de hand.

Conclusie

Ik concludeer zowel in het principale als in het incidentele beroep tot verwerping.

Noten

1 Ontleend aan de onder het kopje "1. De feiten" in het vonnis uit de eerste aanleg vastgestelde feiten en aan de rov. 2.1 - 2.4 van het in cassatie bestreden arrest.

2 Een klacht tegen dit besluit op de voet van art. 552a Sv heeft geleid tot een cassatieberoep. De Hoge Raad heeft op 25 maart jl. dat beroep verworpen, zie nader alinea's 11 en 12 hierna.

3 De eisers tot cassatie sub 4) en 5) nemen aan het geding deel als vertegenwoordigers van het belang bij, kort gezegd, een vrije pers en bij journalistieke bronbescherming. Zie daarover alinea's 2 en 3 van de inleidende dagvaarding en rov. 4.4 van het vonnis van de eerste aanleg.

4 Het vonnis van de voorzieningenrechter is gepubliceerd in Mediaforum 2006, p. 231 e.v. (samenvatting op p. 217). Het aanstonds te vermelden arrest a quo is met een annotatie van Schuijt gepubliceerd in Mediaforum 2006, p. 319 e.v.

5 Met Peters, noot onder EHRM 24 november 2005, NJ 2006, 250, kan men wel eens de indruk krijgen dat de rechtspraak, met name van het EHRM, enige mate van grilligheid of onbestendigheid vertoont. EHRM 10 december 2007, Appl.nr. 69698/01, samengevat in NJB 2008, p. 516, Stoll/Zwitserland, rov. 104, licht misschien een tipje van de sluier op: zoals daar blijkt, houdt het hof rekening met zich wijzigende maatschappelijke verhoudingen; zie overigens ook reeds EHRM 7 december 1976, A-serie nr. 24, NJ 1978, 236, Handyside/Verenigd Koninkrijk, rov. 48.

6 Uit vele uitspraken noem ik: EHRM 10 december 2007, Appl.nr. 69698/01, samengevat in NJB 2008, p. 516, Stoll/Zwitserland, rov. 101; EHRM 22 november 2007, Appl.nr. 64752/01, NJCM Bulletin 2008 nr. 1, p. 75 e.v. m.nt. Schuijt, Voskuil/Nederland, rov. 64 en 65; EHRM 24 november 2005, NJ 2006, 250, Tourancheau c.s./Frankrijk, rov. 64 en 65; EHRM 15 juli 2003, NJ 2006, 290, Ernst c.s./België, rov. 91 - 93; EHRM 26 november 1991, A-serie nr. 216, Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk, rov. 59; EHRM 26 april 1979, A-serie nr. 30, Sunday Times/Verenigd Koninkrijk, rov. 65; HR 18 januari 2008, RvdW 2008, 104, Van Gasteren/Hemelrijk, rov. 3.7.; EVRM Rechtspraak en Commentaar (losbl.), nr. 3.10.3.1 (p. 16 - 24); Van Dijk-Van Hoof c.s., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2006, nr. 14.2 (p. 774 - 775); Jacobs and White, the European Convention on Human Rights, 2006, p. 317 - 318; VandeLanotte c.s., Handboek EVRM deel 2 Volume I, 2004, p. 854 - 855 en p. 860 - 862; Meyer-Ladewig, EMRK, 2003, art. 10, rndnr. 1 (p. 160).

7 EHRM 22 november 2007, Appl.nr. 64752/01, NJCM Bulletin 2008 nr. 1, p. 75 e.v. m.nt. Schuijt, Voskuil/Nederland, rov. 65; EHRM 15 juli 2003, NJ 2006, 290, Ernst c.s./België, rov. 91; EHRM 27 maart 1996, NJ 1996, 577 m.nt. EJD onder nr. 578, Goodwin/Verenigd Koninkrijk, rov. 37; HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 m.nt. EJD, rov. 3.2 sub v; EVRM Rechtspraak en Commentaar (losbl.), nr. 3.10.4.6 (p. 75 - 76); Van Dijk-Van Hoof c.s., Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2006, nr. 14.4.8 (p. 811); VandeLanotte c.s., Handboek EVRM deel 2 Volume I, 2004, p. 912

8 EHRM 10 december 2007, Appl.nr. 69698/01, samengevat in NJB 2008, p. 516, Stoll/Zwitserland, rov.

105 en 106; EHRM 21 september 2006, RvdW 2006, 1134, Monnat/Zwitserland, rov. 61; EHRM 15 juli 2003, NJ 2006, 290, Ernst c.s./België, rov. 102; EHRM 25 mei 2003, Appl.nr. 51772/99, Roemen c.s./Luxemburg, rov. 46 en 57; EHRM 27 maart 1996, NJ 1996, 577 m.nt. EJD onder nr. 578, Goodwin/Verenigd Koninkrijk, rov. 40.

9 EHRM 24 november 2005, NJ 2006, 250, Tourancheau c.s./Frankrijk, rov. 67; EHRM 15 juli 2003, NJ 2006, 290, Ernst c.s./België, rov. 93 en rov. 113; EHRM 25 mei 2003, Appl.nr. 51772/99, Roemen c.s./Luxemburg, rov. 46; EHRM 29 augustus 1997, NJ 1999, 710 m.nt. EJD, Worm/Oostenrijk, rov. 47; EHRM 26 november 1991, A-serie nr. 216, Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk, rov. 59.

Zie i.v.m. art. 8 EVRM: EHRM 24 maart 1988, A-serie nr. 130, Olsson/Zweden, rov. 67; EHRM 26 maart 1987, A-serie nr. 116, Leander/Zweden, rov. 59; EHRM 25 maart 1983, A-serie nr. 61, Silver c.s./Verenigd Koninkrijk, rov. 98.

10 EHRM 22 november 2007, Appl.nr. 64752/01, NJCM Bulletin 2008 nr. 1, p. 75 e.v. m.nt. Schuijt, Voskuil/Nederland, rov. 67, 71 en 72; EHRM 15 juli 2003, NJ 2006, 290, Ernst c.s./België, rov. 102; EHRM 25 mei 2003, Appl.nr. 51772/99, Roemen c.s./Luxemburg, rov. 56; EHRM 25 augustus 1993, A-serie 266-B, Chorherr/Oostenrijk, rov. 31 - 32; EHRM 26 november 1991, A-serie nr. 216, Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk, rov. 59; HR 2 september 2005, NJ 2006, 291, rov. 3.3.2, Ostade Blade c.s./Staat (vervolgarrest in feitelijke aanleg gepubliceerd in NJ 2008, 98); HR 8 april 2003, NJ 2004, 188 m.nt. PMe, rov. 3.3. De hierna te bespreken Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 voorziet er overigens in de art. 31 en 32 rechtstreeks in dat bij de daarin voorziene maatregelen proportionaliteit en subsidiariteit in acht moeten worden genomen; zie ook Kamerstukken II 2000 - 2001, 25 877, nr. 58, p. 40; S&J-editie 151, p. 113.

11 EHRM 10 december 2007, Appl.nr. 69698/01, samengevat in NJB 2008, p. 516, Stoll/Zwitserland, rov. 157; EHRM 22 november 2007, Appl.nr. 64752/01, NJCM Bulletin 2008 nr. 1, p. 75 e.v. m.nt. Schuijt, Voskuil/Nederland, rov. 71. Ook sancties die de journalist kunnen afhouden van journalistiek onderzoek worden bijzonder kritisch beoordeeld, EHRM 25 april 2006, Appl.nr. 77551/01, Dammann/Zwitserland, rov. 57, geannoteerd door Voorhoof in Mediaforum 2006, p. 206 e.v. Ik merk echter op dat de Grote Kamer van het EHRM in de al herhaaldelijk aangehaalde zaak Stoll/Zwitserland tot een ander en afwijkend oordeel is gekomen, nadat in die zaak aanvankelijk door het EHRM in vergelijkbare zin (als in de zaak-Dammann) was beslist.

12 EHRM 15 juli 2003, NJ 2006, 290, Ernst c.s./België, rov. 102 - 104.

13 EHRM 10 december 2007, Appl.nr. 69698/01, samengevat in NJB 2008, p. 516, Stoll/Zwitserland, rov. 107; EHRM 15 juli 2003, NJ 2006, 290, Ernst c.s./België, rov. 114; EHRM 9 februari 1995, A-serie nr. 306A, Weekblad Bluf!/Nederland, rov. 39 - 40;

EVRM Rechtspraak en Commentaar (losbl.), nr. 3.10.4.3 (p. 40 - 41); Jacobs and White, the European Convention on Human Rights, 2006, p. 330; VandeLanotte c.s., Handboek EVRM deel 2 Volume I, 2004, p. 981 - 982.

Zie i.v.m. art. 8 EVRM: EHRM 6 juni 2006, EHRC 2006, 89, Segerstedt-Wiberg c.s./Zweden, rov. 102 - 104; EHRM 6 september 1978, A-serie nr. 28, Klass c.s./Duitsland, rov. 49 - 50, 58 en 68; ABRvS 14 januari 2004, AB 2004, 174, rov. 2.6; Jacobs and White, the European Convention on Human Rights, 2006, p. 288 - 289. Blijkens de in voetnoot 18 aangehaalde vindplaatsen is de marge voor concrete toepassing van restricties op de fundamentele vrijheden - althans als het gaat om het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer - echter weer tot het strikt noodzakelijke beperkt.

14 EHRM 10 december 2007, Appl.nr. 69698/01, samengevat in NJB 2008, p. 516, Stoll/Zwitserland, rov. 106 en 110; EVRM Rechtspraak en Commentaar (losbl.), nr. 3.10.4.5 (p. 60 - 62); VandeLanotte c.s., Handboek EVRM deel 2 Volume I, 2004, p. 995 - 996.

15 A contrario - in een zaak die overigens niet de staatsveiligheid of staatsgeheimen betrof, maar het "sub judice-beginsel" -: EHRM 24 november 2005, NJ 2006, 250, Tourancheau c.s./Frankrijk, rov. 73 en 74; wel met betrekking tot (staats)veiligheid: EHRM 22 november 2007, Appl.nr. 64752/01, NJCM Bulletin 2008 nr. 1, p. 75 e.v. m.nt. Schuijt, Voskuil/Nederland, rov. 70.

16 HR 2 september 2005, NJ 2006, 291 m.nt. E.J. Dommering (Ostade Blade/Staat), rov. 3.8.2; EVRM Rechtspraak en Commentaar (losbl.), nr. 3.10.4.5 (p. 49 - 50).

17 EHRM 2 november 2006, RvdW 2007, 219, Volokhy/Oekraïne, rov. 43; EHRM 6 september 1978, A-serie nr. 28, Klass c.s./Duitsland, rov. 42.

18 EHRM 6 september 1978, A-serie nr. 28, Klass c.s./Duitsland, rov. 50; Jacobs and White, the European Convention on Human Rights, 2006, p. 288 - 290; Meyer-Ladewig, EMRK, 2003, art. 8, rdnrs. 10 en 13 (p. 139 - 140).

19 EHRM 6 september 1978, A-serie nr. 28, Klass c.s./Duitsland, rov. 66 - 71.

20 Zie bijvoorbeeld (in een geval waar noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit in verband met art. 8 EVRM moesten worden beoordeeld) HR 14 september 2007, RvdW 2007, 763, rov. 3.4.2.

Dit sluit overigens rechtstreekse toetsing in cassatie niet in alle gevallen uit, zie bijvoorbeeld (bij toetsing aan art. 6 EVRM) HR 13 juli 2007, NJ 2007, 505 m.nt. E.A. Alkema, rov. 3.5.4, 3.5.6 en 3.5.9.

21 Wet van 7 februari 2002, S. 148.

22 ABRvS 9 juni 1994, AB 1995, 238 m.nt. Beers. De Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 1997 - 1998,

25 877 nr. 3, p. 1) vermeldt nog een tweede op dezelfde dag gegeven uitspraak, maar geeft daarvan geen vindplaats.

23 Wet van 3 december 1987, S. 635.

24 Zie bijvoorbeeld de brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer van 19 juni 2001, Kamerstukken

II 2000 - 2001, 25 877, nr. 59, p. 3 - 4; ook kenbaar uit S&J-editie 151, 2007, p. 32 - 33.

25 In de wetbepaling zelf is de toevoeging "nationale" overigens niet opgenomen.

26 Alle in deze alinea geëtaleerde wetenschap ontleen ik vooral aan de al aangehaalde brief van de Minister van BZK aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2000 - 2001, 25 877, nr. 59, p. 1 - 2; ook kenbaar uit S&J-editie 151, 2007, p. 33 - 35. Die brief noemt als ondersteuning voor het voorbeeld van publicatie van voor de staatsveiligheidsdienst nadelige geheime informatie de zaak EHRM 21 maart 1991 (Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk) waarnaar ik in voetnoten 6, 9 en 10 heb verwezen. Inderdaad ondersteunt rov. 56, tweede subalinea, van dit arrest volgens mij de in de brief van Zijne Excellentie omarmde opvatting.

27 Kamerstukken II 2000 - 2001, 25 877, nr. 14, p. 8; S&J-editie nr. 151, 2007, p. 35 - 36.

28 In dezelfde reeks voorbeelden wordt ook mensensmokkel genoemd (S&J-editie 151, p. 36 onderaan). Hier wordt gesuggereerd dat bescherming van (de rechten van) de betrokkenen tot de nationale veiligheid zou kunnen worden gerekend. Ik zou denken dat hier ook van het element "vitale belangen" afstand wordt genomen (wat niet betekent dat de bescherming van (mensen)rechten geen ernstige zaak zou zijn - maar dat daarbij steeds, of zelfs maar: in veel gevallen, "vitale belangen" in het geding zouden zijn, lijkt mij toch niet vol te houden).

29 Het "van meer dan verwaarloosbaar belang" zijn van de verschijnselen in kwestie krijgt nader accent door een passage uit de wetsgeschiedenis die in de processtukken van deze zaak vaak wordt aangehaald, en waarin de regering aangeeft dat het moet gaan om "belangen die wat zwaarte betreft vergelijkbaar zijn met de criteria "democratische rechtsorde" en "de veiligheid van de staat"; zie de al herhaaldelijk geciteerde brief van de minister van BZK, Kamerstukken II 2000 - 2001, 25 877, nr. 59, p. 1 - 2.

30 Het in de wetsgeschiedenis aangehaalde arrest EHRM 26 november 1991, A-serie 216, Observer & Guardian/Verenigd Koninkrijk, rov. 56 biedt, zoals ik al aangaf, steun voor die gedachte; maar zie ook EHRM 9 februari 1995, A-serie nr. 306A, Weekblad Bluf!/Nederland, rov. 35 - 36.

31 Kamerstukken II 1997 - 1998, 25 887, nr. 3, p. 57.

32 Een geprononceerde stelling van die strekking vindt men in alinea's 1.7 - 1.8 van de appeldagvaarding/Memorie van Grieven. Die stelling klinkt door in middel 1.

33 Ik wil niet onvermeld laten dat men enige verbazing kan ervaren wanneer men, terwijl men de onderhavige stellingen van de Staat voor zich heeft, NRC-Handelsblad van 19 maart 2008 leest. Op p. 2 van die krant staat een uitgebreid verslag van een onderzoek van de Commissie van Toezicht (als bedoeld in art. 64 WIV) naar een van de in het recente verleden door de AIVD uitgevoerde onderzoeken, waarin ook vastgestelde zwakke plekken in de organisatie en in de in het gegeven geval toegepaste werkwijze expliciet aan de orde komen.

34 Ik denk dan aan de zaak die in HR 20 december 2002, NJ 2004, 4 m.nt. JBMV (zie met name rov. 4.6) werd beoordeeld.

35 HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 3 m.nt. E.A. Alkema, rov. 3.7.9; HR 2 september 2005, NJ 2006, 291 m.nt. E.J. Dommering (Ostade Blade/Staat), rov. 3.3.3 en 3.9.3 - 3.9.5; HR 8 april 2003, NJ 2004, 188 m.nt. P.M.e., rov. 3.4.

36 Ik ben mij er overigens wel van bewust dat die regel in procedures in kort geding, zoals de onderhavige procedure, niet rechtstreeks toepasselijk is; zie HR 21 april 1978, NJ 1979, 194 m.nt. W.H.H., zie met name p. 567, r.k; Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), Numann, Titel 2, afd. 14 Inleiding, aant. 4, aant. 12.3 en aant. 12.4; Boonekamp c.s., Wet en rechtspraak Burgerlijke rechtsvordering (etc.), 2007, p. 375; Schenk c.s., Het Kort Geding A. Algemeen deel, 2002, nrs. 3.6.1 en 3.6.2.

37 Voor stellingen betreffende gegevens waarover partijen niet de vrije beschikking hebben mag de rechter besluiten dat er aan nadere bewijslevering behoefte bestaat. Dit is een discretionaire bevoegdheid, geen verplichting.

38 Zo verwijst de al vaker aangehaalde brief van de minister van BZK, Kamerstukken II 2000 - 2001, 25 877, nr. 59, op p. 20, waar het gaat over de rechtsbescherming en de vraag of aan art. 13 EVRM voldoende tegemoet wordt gekomen, expliciet naar "de combinatie van rechterlijke controle, controle door de Nationale ombudsman ...(etc.)". De Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1997 - 1998, 25 877, nr. 3, p. 80 maakt ook gewag van "beroep op de rechter", maar hier is niet duidelijk of die mogelijkheid inderdaad als aanwezig wordt verondersteld, of slechts wordt aangewezen als een (in dit geval wellicht niet gekozen) alternatief. Eerder, op p. 77 - 78 onder d, wordt ook verwezen naar ingrijpen van de (burgerlijke) rechter, met name als het gaat om (beweerd) onrechtmatig optreden van de inlichtingen- en veiligheidsdienst. Op deze plaats wordt een beschrijving gegeven van de (onder de "oude" wet) bestaande situatie, niet van de strekking van de "nieuwe" wet. Er wordt echter in geen enkel opzicht gesuggereerd dat de (burgerlijke) rechter in het beoogde "nieuwe" systeem zijn in het "oude" systeem bestaande rol zou verliezen. Daarom lijkt het mij verantwoord om ook hier "in te lezen" dat de wetgever niet heeft beoogd af te dingen op de "normale" bevoegdheid van de burgerlijke rechter.

39 Argumenten van deze strekking waren door de Staat in de feitelijke instanties aangevoerd; zie bijvoorbeeld alinea 2.2.9 van de appeldagvaarding/Memorie van Grieven; alinea's 4.1 - 4.2 van de appelpleitnota.

40 Citaat ontleend aan Hof Amsterdam 29 november 2007, NJ 2008, 98 (Ostade Blade/Staat, vervolgarrest), rov. 2.12.

41 Iets anders is, dat naarmate er meer duidelijkheid wordt verkregen en men zijn aanvankelijke risicotaxaties daarom moet "bijstellen", telkens weer moet worden beoordeeld of maatregelen die in de aanvankelijke onzekere situatie gerechtvaardigd waren, dat in de inmiddels veranderde omstandigheden nog steeds zijn.

Een soortgelijk onderzoek heeft het hof in deze zaak dan ook gedaan.

42 Op het eerste gezicht treft wat De Telegraaf c.s. in dit verband hebben aangevoerd overigens niet meteen als logisch en steekhoudend. Juist wanneer men vasthoudt aan het uitgangspunt dat de AIVD zich van strafvorderlijk onderzoek moet onthouden, ligt immers in de rede dat er, als een kwestie die zowel strafrechtelijke als "veiligheids"-aspecten vertoont bij de AIVD "binnenkomt", dan aangifte wordt gedaan; en dat vervolgens een strafvorderlijk en een "veiligheids"-onderzoek naast elkaar gaan lopen. Dat zoiets inderdaad gebeurt is dus het tegendeel van "verdacht" of zelfs maar verwonderlijk: het is wat men als logisch sequeel van de beoogde scheiding van taken en verantwoordelijkheden zou verwachten. (Ook) daarom kan ik er begrip voor opbrengen dat het hof het kennelijk niet nodig heeft gevonden om heel diep op de onderhavige argumentatie van De Telegraaf c.s. in te gaan.

43 HR 13 november 2007, NJ 2007, 614, i.h.b. rov. 3.3.5 - 3.4.3; HR 5 september 2006, NJ 2007, 336, i.h.b. rov. 4.5.1 - 4.8 en 6.1 - 6.4.2; en vrijwel gelijklopend HR 5 september 2006, RvdW 2006, 808.

44 Het middel geeft dan ook niet aan waar stellingen van een dergelijke strekking gevonden zouden kunnen worden.

45 De recente rechtspraak van de Hoge Raad bevat aanwijzingen dat aan dit uitgangspunt onverkort wordt vastgehouden, zie bijvoorbeeld HR 8 februari 2008, RvdW 2008, 210, rov. 3.4.2; HR 11 januari 2008, RvdW 2008, 98, rov. 3.3; HR 21 december 2007, NJ 2008, 31, rov. 3.3.

46 Bijvoorbeeld: EHRM 2 november 2006, RvdW 2007, 219, Volokhy/Oekraïne, rov. 49 - 54; EHRM 4 mei 2000, EHRC 2000, 53, Rotaru/Roemenië, rov. 23 - 24, o.a. verwijzend naar EHRM 2 augustus 1984, A-serie nr. 82, rov. 66 - 68; EHRM 25 augustus 1993, Appl.nr. 13308/87, Chorherr/Oostenrijk, rov. 25; EHRM 26 maart 1987, A-serie nr. 116, Leander/Zweden, rov. 52 - 56; EVRM Rechtspraak en Commentaar (losbl.), nr. 3.8.4.1 en nr. 3.10.4.2 (p. 36 - 38); VandeLanotte c.s., Handboek EVRM deel 2 Volume I, 2004, p. 969 - 970; Meyer-Ladewig, EMRK, 2003, art. 8, rndnr. 38.

47 EHRM 16 februari 2000, Appl.nr. 27798/95, Amann/Zwitserland, rov. 56 legt neer dat als het gaat om afluisteren van burgers de wettelijke basis "particularly precise" zou moeten zijn. Het betrof daar echter een geval waarin de beschikbare wettelijke basis een minimum aan precisie aan de dag legde (en de bij de wet voorziene waarborgen niet in acht waren genomen). Als ik het goed zie is de leer uit dit arrest in de beslissingen van het EHRM over de activiteiten van "geheime diensten", zoals de in de vorige en de volgende voetnoot aangehaalde, niet onverkort gevolgd.

48 Bijvoorbeeld EHRM 6 juni 2006, EHRC 2006, 89, Segerstedt-Wildenberg c.s./Zweden, rov. 76 - 79.

49 Opnieuw: EHRM 6 juni 2006, EHRC 2006, 89, Segerstedt-Wildenberg c.s./Zweden, i.h.b. rov. 79.

50 O.a. Kamerstukken II 1997 - 1998, 25 877, nr. 3, p. 13 - 14, en de al herhaaldelijk genoemde brief van de

Minister van BZK, Kamerstukken II 2000 - 2001, 25 877, nr. 59, p. 3 - 4.

51 Inleidende dagvaarding, alinea 66; pleitnota mr. Koppe in eerste aanleg, alinea 50, herhaald in de pleitnota van mr. Koppe in appel (alinea 7).

52 Ter vermindering van mogelijk misverstand wijs ik erop dat namens De Telegraaf c.s. bij pleidooi in appel wel met nadruk aandacht was gevraagd voor de aantasting van de journalisten in hun "privacy" (pleitnota mr. Koppe, p. 2 - 6). (Ook) daar wordt echter niet gesuggereerd dat de af te wegen factoren in het kader van art. 8 EVRM anders zouden zijn, of een andere waardering zouden verdienen, dan in het kader van art. 10 EVRM.

53 Ik noem als voorbeeld EHRM 7 december 1976, A-serie nr. 24, NJ 1978, 236 Handyside/Verenigd Koninkrijk, rov. 47 e.v.

54 Bijvoorbeeld EHRM 27 maart 1996, NJ 1996, 577 m.nt. EJD onder nr. 578, Goodwin/Verenigd Koninkrijk, rov. 39.

55 Illustratief vind ik EHRM 26 april 1979, A-serie nr. 30, Sunday Times/Verenigd Koninkrijk, rov. 65 (slot).

56 Anders dan in de schriftelijke toelichting namens De Telegraaf c.s. - met enige steun van Schuijt, noot in Mediaforum 2006, p. 323 - wordt verdedigd, zie ik hier dus geen reden om de overweging van het hof wezenlijk anders te beoordelen dan is gebeurd met een vergelijkbare overweging in HR 2 september 2005, NJ 2006, 291 m.nt. E.J. Dommering (Ostade Blade/Staat), rov. 3.8.1.

57 Ik moet in dit verband denken aan de vraag die met betrekking tot de advocatuur al lang de gemoederen bezig houdt, namelijk: of er gevallen denkbaar zijn waarin de geheimhoudingsplicht van de advocaat moet wijken voor nóg zwaarder te wegen belangen. De Tweede Kamer van de Hoge Raad heeft overigens die vraag duidelijk bevestigend beantwoord, zie bijvoorbeeld HR 12 februari 2002, NJ 2002, 439 m.nt. YB onder nr. 438, rov. 3.3. Voor de (smalle) marge die hier bestaat in het geval van een medisch verschoningsgerechtigde is illustratief HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622 m.nt. De Boer, rov. 4.4 e.v.

Bij de hier aangehaalde vindplaatsen lijkt mij overigens van belang dat strafrechtelijke handhaving in de regel niet zo veel bijdraagt aan de voorkoming van onmiddellijk dreigend toekomstig onheil of nadeel, en dat dat ook voor de zaken in deze vindplaatsen opgeld deed. In de appreciatie van het hof in de onderhavige zaak ging het daarentegen volgens mij wél in belangrijke mate om (het tegengaan van) toekomstig onheil/nadeel. Dat plaatst de te maken afweging in een wezenlijk ander licht.

Ik denk dat voor de journalistieke "geheimhoudingsplicht" geen principieel andere uitgangspunten (zouden moeten) gelden dan voor de advocatuurlijke (of de medische) geheimhoudingsplicht.

58 Ik herinner aan de in voetnoot 37 aangehaalde bronnen: HR 21 april 1978, NJ 1978, 194 m.nt. W.H.H., zie met name p. 567, r.k; Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), Numann, Titel 2, afd. 14 Inleiding, aant. 4, aant. 12.3 en aant. 12.4; Boonekamp c.s., Wet en rechtspraak Burgerlijke rechtsvordering (etc.), 2007, p. 375;

Schenk c.s., Het Kort Geding A. Algemeen deel, 2002, nrs. 3.6.1 en 3.6.2.

59 HR 2 september 2005, NJ 2006, 291 m.nt. E.J. Dommering (Ostade Blade/Staat), rov. 3.3.3, 3.9.3 en 3.9.5.

60 Het is enigszins merkwaardig om te constateren dat dit debat van de kant van de Staat is geïnitieerd (zie de pleitnota in eerste aanleg, alinea's 3.7 e.v.), en dat De Telegraaf c.s. schending van de art. 6 of 13 EVRM niet aan hun vorderingen ten grondslag legden. Deze processuele gang van zaken is daardoor te verklaren, dat in de rechtspraak van het EHRM voor de aanvaardbaarheid van regels die (brede) bevoegdheden aan "geheime diensten" toekennen (mede) als bepalend is aangemerkt, of die bevoegdheden niet discretionair dan wel arbitrair konden worden uitgeoefend, en of adequaat toezicht daarop bestond; zie o.a. EHRM 2 november 2006, RvdW 2007, 219, Volokhy/Oekraïne, rov. 49 - 54; EHRM 4 mei 2000, EHRC 2000, 53, Rotaru/Roemenië, rov. 23. Daarom lag het op de weg van de Staat, dit punt aan de orde te stellen.

61 Maar zoals ik al opmerkte, stelt het hof voorop dat het geen houvast heeft gekregen om de rechtmatigheid van door de AIVD verkregen informatie te kunnen beoordelen.

62 Over de marges waarover de kort geding-rechter in dit opzicht beschikt: Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), Numann, Titel 2, afd. 14 Inleiding, aant. 5; Boonekamp c.s., Wet en rechtspraak Burgerlijke rechtsvordering (etc.), 2007, p. 374; Schenk c.s., Het Kort Geding A. Algemeen deel, 2002, p. 199 - 200; Sniijders - Ynzonides - Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, 2007, nr. 339.

63 Formulering ontleend aan HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 3 m.nt. E.A. Alkema, rov. 3.7.9.

64 Schuijt, Mediaforum 2006, p. 205 zegt hetzelfde aanzienlijk korter en krachtiger dan ik hiervóór heb gedaan.

65 Ik bedoel daarmee de in de gelijknamige roman van Joseph Heller beschreven situatie, die de Wikipedia-website aldus weergeeft dat men telkens wordt genoodzaakt twee acties te verwezenlijken die van elkaar afhankelijk zijn en die ieder voor zich éérst moeten worden voltooid voor de andere actie kan worden verwezenlijkt.

66 Bijvoorbeeld in de pleitnota van mr. Le Poole in appel, alinea's 25 - 27.

67 Blijkbaar is het hier bedoelde aanbod bij gelegenheid van de pleidooien gedaan, maar is daarvan geen schriftelijke aantekening in het dossier gemaakt. In cassatie kan daardoor niet worden beoordeeld waar het aanbod precies toe strekte; maar dat het een gespecificeerd bewijsaanbod zou hebben betroffen wordt, als gezegd, niet aangevoerd. Zie ook de schriftelijke toelichting namens De Telegraaf c.s., alinea's 70, 104 en 112.

68 De schriftelijke toelichting namens De Telegraaf c.s. haalt in alinea's 105 - 107 enkele van de met elkaar botsende standpunten aan.

69 Zie bijvoorbeeld de nota van dupliek in cassatie, alinea 11.

70 De in de schriftelijke toelichting namens de Staat (alinea 3.21) aangehaalde beslissing ABRvS 14 januari 2004, AB 2004, 174 is al daarom niet werkelijk richtinggevend omdat in die zaak, anders dan ik voor de onderhavige zaak tot uitgangspunt neem, toestemming tot "eenzijdige" kennisname op de voet van art. 8:29 lid 5 AWB was verleend.

71 Naar ik meen spoort deze gedachte met het namens de Staat ingeroepen arrest HR 11 oktober 1991, NJ 1992, 494 m.nt. C.
