

# Geheimen zijn niet altijd geheim

## De Staat vs. De Telegraaf

Hugo Arlman<sup>1</sup>

VOOR JOURNALISTEN IS HET RECENTE ARREST VAN HET AMSTERDAMSE GERECHTSHOF IN DE ZAAK VAN *DE STAAT DER NEDERLANDEN VS. DE TELEGRAAF* EEN MOOI SIGNAAL: GEHEIMEN ZIJN NIET ALTIJD GEHEIM EN HOEVEN DAT MEESTAL OOK NIET TE BLIJVEN. EN ART. 10 EVRM GEEFT VERREGAANDE BRONBESCHERMING EN HELPT ONGENODE MEELUISTERAARS VAN JE AF TE HOUDEN.

### Denkraam

Alleen een vrije en ongehinderde pers kan op een effectieve manier misleiding door de overheid blootleggen. En doorslaggevend in die taken van een vrije pers is de plicht om te voorkómen dat de regering het volk bedriegt en hen naar verre landen stuurt om daar dood te gaan aan vreemde koorts en buitenlandse bommen en granaten.' Dit citaat van Hugo L. Black, Amerikaans opperrechter, komt uit zijn opinie in *New York Times Co vs. United States* uit 1971, een uitspraak van het Supreme Court waardoor de *New York Times* en *Washington Post* de publicatie van de *Pentagon Papers*, zeventuizend pagina's strikt geheime stukken over de oorlog in Vietnam, konden voortzetten.

Nog eens vele duizenden pagina's *top-secret* documenten hebben sindsdien in Amerika hun weg gevonden naar krantenkolommen en boekenpagina's, over de Watergate-affaire, over moordaanslagen op buitenlandse staatshoofden, de Iran Contra-affaire, het martelen van gevangenen in Guantanamo en elders, het door de National Security Agency illegaal af luisteren van zo ongeveer alle Amerikanen, de aanloop naar de oorlog in Irak en de amateuristische dan wel voorgekookte kwaliteit van de verzamelde inlichtingen over Iraakse massavernietigingswapens.

Het laatste onderwerp is ook onderdeel van een recent arrest van het Amsterdamse gerechtshof in een zaak van *de Staat der Nederlanden vs. De Telegraaf*, zijn hoofdredacteur en twee redactieleden (*LJN BK0003*, 13 oktober 2009). Het is verhelderend bovenbeschreven achtergrond als denkraam te gebruiken bij de daarin beoordeelde schermutselingen tussen *De Telegraaf* en de inlichtingendienst AIVD.

De start van dat conflict lag in een artikel van eind maart 2009 waarin de krant, zich baserend op interne AIVD-stukken, constateerde dat de inlichtingendienst zich bij de advisering aan het kabinet over Irak in 2002, geheel had verlaten op de rapportages van MI6 en CIA, die later bleken van

### De AIVD reageerde als door een wesp gestoken – staatsgeheimen zomaar op straat – en zette zijn 'bijzondere bevoegdheden' in, voor zover mogelijk met terugwerkende kracht

een ontluisterende onbenulligheid te zijn geweest. Goede krantenlezers hadden dat in 2002 zelf reeds kunnen vaststellen, daar hadden ze *De Telegraaf* toen niet bij nodig. In juni 2009 volgde van dezelfde verslaggeefster nog een artikel over de beveiliging van het bezoek van de Dalai Lama.

De AIVD reageerde als door een wesp gestoken – staatsgeheimen zomaar op straat – en zette zijn 'bijzondere bevoegdheden' (af luisteren, volgen, telefoongegevens opvragen, e.d.) in, voor zover mogelijk met terugwerkende kracht tot 15 januari 2009. Daarbij waren buiten de verslaggeefster ook een andere verslaggever en hoofdredacteur Sjuul Paradijs onderwerp van deze 'bijzondere bevoegdheden'. Via een ambtsbericht van de AIVD aan het OM kreeg *De Telegraaf* lucht van de bijzondere activiteiten. Op 18 juni werd het

#### Auteur

1. Hugo Arlman is journalist en bestuurslid van het Fonds Juridische Ondersteuning tegen Onrechtmatige Mediaberichten.

huis van de verslaggeefster doorzocht, op dezelfde datum werden twee contacten van haar, een AIVD-medewerkster en haar echtgenoot, in voorlopige hechtenis genomen.

### Nationale veiligheid

*De Telegraaf* spande een kort geding aan bij de voorzieningenrechter in Amsterdam en eiste daar stopzetting van het gebruik van de 'bijzondere bevoegdheden' en vernietiging van de daarbij verzamelde gegevens. De krant beriep zich daarbij met name op de bronbescherming die journalisten toekomt volgens art. 10 EVRM. De Staat wierp daar tegenin dat hier toch sprake was van staatsgeheimen waarvan de onthulling 'de integriteit en het functioneren' van de veiligheidsdienst in geding bracht, en *daarmee de nationale veiligheid*. Wie wist wat de betrokken medewerkster allemaal nog meer aan *De Telegraaf* verteld had? Een lek opsporen binnen de dienst gold als zeer zwaarwegend belang en dus mochten de 'bijzondere bevoegdheden' worden ingezet, ook tegen mensen met een (beperkt) verschoningsrecht zoals journalisten. Ook als de journalisten volgens het in deze wereld gebruikte jargon geen 'targets' waren – dat was de AIVD-medewerkster zelf – maar 'non-targets'. Aan het verschil dat de Commissie van Toezicht op de Inlichtingendiensten op dit punt aanlegde, waarbij ze betoogd hadden dat bij journalisten die geen target waren, wel heel zwaarwegende argumenten aanwezig moesten zijn om hen af te luisteren, had de Staat geen boodschap.

De Staat voerde diezelfde Commissie wel weer op om de bevoegdheid van de burgerlijk rechter in dit soort zaken te ondergraven. Als iemand problemen had met de AIVD

## De AIVD vond het oordeel van de rechter, zo blijkt uit zijn persverklaring, maar 'opmerkelijk'

konden ze toch een klacht indienen bij de Commissie? Die zou dan een en ander toetsen, waarbij ze ook de geheime achtergronden mochten weten, en volgens de Staat was dat een prachtige 'effective remedy' zoals art. 13 EVRM voorschrijft.

Met dat argument veegde de voorzieningenrechter de vloer aan (*LJN BJ3552*, 23 juli 2009). De Staat wilde niet eens vertellen of er nog steeds werd afgeluisterd – ook dat was namelijk een staatsgeheim – en wilde ook niet beloven niets met de informatie te doen totdat de onvolprezen Commissie haar oordeel had gegeven. Dat zou bovendien allemaal maanden gaan duren. Exit 'effective remedy'. Daarnaast betoogde de voorzieningenrechter dat de Staat te weinig concrete argumenten naar voren had gebracht waardoor duidelijk had moeten worden dat het noodzakelijk was alle drie *Telegraaf*-medewerkers af te luisteren en dat de Staat niet had aangetoond dat er geen andere manieren waren om achter 'het lek' te komen. Duidelijk was wel dat de verslaggeefster meer dan incidenteel contact gehad had met de betreffende AIVD-medewerkster. De voorzieningenrechter

Telegraaf hoofdredacteur Sjuul Paradijs met zijn raadsman in de Rechtbank Amsterdam. Uiterst rechts Telegraaf-journaliste Jolande van der Graaf. © Rick Nederstigt / ANP



wilde over de rechtmatigheid van het gebruik van de 'bijzondere bevoegdheden' in haar geval best het oordeel van de Commissie van Toezicht laten afwachten – zonder af te doen aan haar oordeel dat dit geen 'effective remedy' is. De verslaggeefster kon daarna altijd nog opnieuw een kort geding aanspannen. De AIVD vond het oordeel van de rechter, zo blijkt uit zijn persverklaring, maar 'opmerkelijk'. De rechter wilde niet eens kennismaken van het achterliggende dossier! De dienst ging in hoger beroep.

Het is denkbaar dat men zich bij de AIVD en Binnenlandse Zaken over de wijsheid van die beslissing nu achter de oren krabt. Het hof heeft, zoals het hem betaamt, met grote grondigheid de affaire opnieuw bekeken en het uiteindelijk oordeel wordt afdoende gekenschetst door het *chapeau* in *NRC Handelsblad* d.d. 14 oktober jl., 'Gerechtshof velt vernietigend oordeel over af luisterargumentatie geheime dienst'.

### Haags adagium

Wat vanuit journalistiek oogpunt in het arrest van het hof het meeste in het oog springt, is dat het hof ook een oordeel geeft over de *Telegraaf*-artikelen en de daarachterliggende stukken *zelf* en zich daarin niet heeft laten afschepen door het Haagse adagium dat staatsgeheim is wat Wij tot staatsgeheim verklaren. Voorts bevestigt – en dat mag ook de Tweede Kamer samenstelling 2002 en later zich aantrekken – het hof het oordeel van de voorzieningenrechter over de Commissie van Toezicht als 'effective remedy' en zet het in argumentatie nog wat scherper neer (de Commissie is ingesteld op grond van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten WIVD uit 2002).

Op het eerste punt formuleert het hof een zinnig uitgangspunt voor goede journalistiek: '(...) dat een journalist bij het uitoefenen van zijn functie in beginsel moet gehoorzamen aan wettelijke voorschriften die (verdere) verspreiding van bepaalde gegevens verbieden, maar dat de aard van deze journalistieke functie onder omstandigheden kan meebrengen dat de journalist niet onrechtmatig (of zelfs) strafbaar handelt door gegevens te publiceren ofschoon hij weet, of redelijkerwijs moet vermoeden, dat een wettelijke geheimhoudingsplicht is, of door publicatie, wordt geschon- den.' In lijn met opperrechter Hugo Black: het geheim van het staatsgeheim moet worden afgewogen tegen het publiek belang dat met openbaarmaking gediend is. Daar volgt volgens het hof ook uit dat het publiceren van een staatsgeheim 'niet zonder meer het ernstige vermoeden kan worden afgeleid dat hij [de journalist] een gevaar vormt voor de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat'. En het antwoord op die vraag is weer bepalend voor wat voor 'bijzondere

**Het geheim van het staatsgeheim moet worden afgewogen tegen het publiek belang dat met openbaarmaking gediend is**

## Ook nu is het commentaar van de dienst zuinig: 'het hof beschikte niet over alle achterliggende informatie'

bevoegdheden' tegen een journalist mogen worden ingezet.

In de specifieke behandeling van het eerste artikel in *De Telegraaf* – 'zeer recentelijke ambtelijke evaluaties over de rol van de inlichtingendienst bij de besluitvorming van het kabinet om politieke steun te geven aan de oorlog [in Irak]' – haalt het hof hard uit: 'Het hof kan de Staat niet volgen in het standpunt dat de openbaarmaking van deze gegevens kan worden gezien als een zó ernstige aantasting of bedreiging van de integriteit en het functioneren van de AIVD dat ook de nationale veiligheid rechtstreeks in het geding is.' Ook de buitenlandse diensten zullen hierdoor, zo zegt het hof, niet geschokt zijn omdat in die landen zelf ook forse kritiek op die diensten is geleverd. 'Nog minder valt in te zien hoe het openbaren van een interne evaluatie van hetgeen vijf jaar of langer tevoren is geschied de verkeerde personen inzicht zou kunnen verschaffen in 'het actuele kennisniveau' van de AIVD (...).'

De AIVD ziet dit soort argumenten liever helemaal niet terug in de rechtszaal en wil, behalve onder strikte geheimhouding, eigenlijk ook niets zeggen voor dat forum. Gaat u maar naar de Commissie van Toezicht, die kan, 'op volledig inzicht in de relevante feiten berustend', een oordeel vellen, is de redenering. Het hof gaat daar niet in mee en 'overweegt dat (...) het verlangde 'effectief rechtsmiddel' alleen kan worden gevonden in een rechtsgang die op korte termijn kan voeren tot een uitspraak van een instantie die onafhankelijk is (...), met welke uitspraak (...) de inbreuk op het recht daadwerkelijk kan worden beëindigd of ongedaan gemaakt'. Met zo'n Commissie kan het niet op korte termijn, terwijl de uiteindelijke beslissing kennelijk is voorbehouden aan de minister, die in dit geval toestemming heeft moeten geven voor het af luisteren. Geen onafhankelijke instantie, dus geen 'effective remedy'.

Ook nu is het commentaar van de dienst zuinig: 'het hof beschikte niet over alle achterliggende informatie.' Minister Guusje ter Horst hield eigenwijs vol 'een zorgvuldige afweging' te hebben gemaakt. Ze nam het besluit 'bijzondere bevoegdheden in te zetten 'om een hoger doel te dienen, namelijk het opsporen van een lek bij de AIVD'.

### Vreemde koorts

Voor journalisten is het Amsterdamse arrest een mooi signaal: geheimen zijn niet altijd geheim en hoeven dat meestal ook niet te blijven, en art. 10 EVRM geeft verregaande bronbescherming en helpt ongenode meeluisteraars van je af te houden. In januari 2010 publiceert de commissie-Davids zijn rapport over de besluitvorming rond de Nederlandse, politieke steun aan de oorlog in Irak. Misschien komt dan het antwoord op de vraag of Balkenende I en II ook van die regeringen waren 'die het volk bedrogen en hen naar verre landen stuurden om daar dood te gaan aan vreemde koorts en buitenlandse bommen en granaten'. •