

Bronbescherming (*Ressiot/Frankrijk*)

De Echternachprocessie naar nog onbekende wetgeving

Gerard Schuijt*

De inkadering van het mediarecht in het informatierecht was een gouden greep. Het functionele mediarecht was in de jaren tachtig schuchter aan het opkomen als zelfstandig te beoefenen rechtsgebied, maar kreeg verbreding en diepgang door uit te gaan van de grondbeginselen van het conceptuele informatierecht: vrijheid van informatie, bescherming van de persoonlijke levenssfeer (waaronder reputatiebescherming) en vrije concurrentie. De techniek van de communicatie is daarbij niet of nauwelijks van belang. De jaargangen van het jubilerende *Mediaforum* getuigen van deze benadering. Als men de jaargangen van het blad doorbladert en de reeks mediarechtelijke proefschriften van de afgelopen vijftientig jaar niet over het hoofd ziet, kan men zeker spreken van vooruitgang van dit deel van de rechtswetenschap. De oprichting van het Instituut voor Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam, waar *Mediaforum* in 1988 werd bedacht, heeft daar een belangrijke impuls aan gegeven.¹

VOORUITGANG

Vooruitgang in de wetenschap is nog geen vooruitgang in het recht. Kan men ook spreken van vooruitgang van het mediarecht?² Het antwoord op die vraag is normatief, maar genoemde grondbeginselen als meetlat nemend, kan het antwoord overwegend positief zijn. Voor mij bijvoorbeeld is in dit opzicht favoriet de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Ressiot/Frankrijk*.³ In een lange reeks uitspraken over journalistieke bronbescherming benadrukt het Hof in deze zaak met zoveel woorden dat het recht van journalisten te zwijgen over hun bronnen niet beschouwd moet worden als een eenvoudig privilege dat kan worden verleend of ingetrokken al naar gelang de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de bronnen, maar een waarachtig attribuut voor het recht op informatie, dat met de grootst mogelijke zorg moet worden behandeld. Waarom dat mijn favoriet is, ga ik hieronder uitleggen. Maar eerst nog iets over vooruitgang in het mediarecht in het algemeen.

* Prof. mr. G.A.I. Schuijt is emeritus hoogleraar Mediarecht aan de Universiteit Leiden en oud-redacteur van *Mediaforum*.

Daarvan is bijvoorbeeld geen sprake als we kijken naar het gehannes van de wetgever met de organisatie van de publieke omroep in Nederland. De voorspelling van collega Hugenholtz – wat vandaag verboden is wordt morgen verplicht – is op meerdere fronten uitgekomen.⁴ Het thans verplichte samengaan van de private, zogenaamd publieke, omroeporganisaties staat bijvoorbeeld in schril contrast met het in het verleden beleden uitgangspunt dat pluriforme informatievoorziening in de omroep alleen maar gerealiseerd zou kunnen worden door privaatrechtelijk – liefst op levensbeschouwelijke basis – georganiseerde omroepen die zoveel mogelijk van elkaar verschilden. Men zou dit nieuwe beleid voortschrijdend inzicht van de wetgever kunnen noemen en dus ook vooruitgang in het recht, maar daarvan zou ik pas willen spreken als de wetgever echt de stap neemt naar een, van private organisaties onafhankelijke, publieke omroep en – niet te vergeten – de private organisaties hun vrijheid terug geeft.⁵

Ondertussen is er – vooral onder invloed van Europese regelgeving – sprake van grootschalig gebruik van de toegenomen communicatiemiddelen en is er volop ruimte gegeven aan vrije concurrentie en dus toegenomen omroepvrijheid. Daarnaast moet men het positief waarderen dat de overheid, nationaal en internationaal – uitzonderingen daargelaten – het niet nodig heeft gevonden om het nieuwe medium internet, en alle daarmee verbonden communicatiemogelijkheden, meteen te lijf te gaan met allerlei ge- en verboden zoals zij dat gedaan heeft bij de ontdekking van de drukpers, de film en de omroep. Wel was het juist, dat de aansprakelijkheid van de tussenpersoon werd geregeld, min of meer in navolging van de bescherming die vanouds de drukker en uitgever ten deel viel.

Op het gebied van grenzen van de vrijheid van de media in het belang van de bescherming van de burger tegen inbreuk op zijn privacy en reputatie is in de rechtspraak de afgelopen vijftientwintig jaar, mede onder aanvoering van het Europese Hof voor de rechten van de mens, steeds scherper uitgewerkt dat het gaat om een belangenafweging tussen twee grondrechten. In dat verband wil ik nog eens in herinnering brengen dat in het *Gemeenteraadslid*-arrest van 1984 de woorden ‘vrijheid van meningsuiting’ niet voorkomen.⁶ Hoe anders is dat in *Ferdi E., Het Parool/Van Gasteren en Van Gasteren/Hemelrijk* in navolging van *Sunday Times, Lingens, Caroline von Hannover I en II e tutti quanti*. Ik beschouw dat als een vooruitgang omdat het de rechter dwingt tot een uiterst zorgvuldige afweging en men ziet dat ook in de feitenrechtspraak terug. Ik denk dat een vergelijkend onderzoek naar de feitenrechtspraak op dit punt van – zeg – de jaren zeventig en die in het eerste decennium van deze eeuw een wereld van verschil zal aantonen.

VRIJHEID VAN NIEUWSGARING

Is er ook sprake van vooruitgang in het mediarecht op het punt, waarop de redactie mij vroeg mijn bijdrage toe te spitsen, de bronbescherming voor journalisten?

Ik signaleer eerst enkele positieve ontwikkelingen in de rechtspraak met betrekking tot de vrijheid van nieuwsgaring in het algemeen. In de rechtspraak is de vrijheid van nieuwsgaring inmiddels als onlosmakelijk aspect van de informatievrijheid erkend. Dat geschiedde onder andere met de buitenwerkingstelling van het Wassenaarse fotografeerverbod dat de voorzieningenrechter toetste aan art. 10 lid 2 EVRM en te licht bevond.⁷ Ook de wetgever ziet de vrijheid van nieuwsgaring als een volwaardig aspect van de informatievrijheid. In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp Uitbreiding strafbaarstelling heimelijk cameratoezicht werd het element ‘wederrechtelijk’ bij de desbetreffende strafbepalingen ingevoerd met het oog op de vrijheid van nieuwsgaring, omdat het voor journalisten soms gerechtvaardigd kan zijn heimelijk opnamen te maken.⁸

In het *Valse rijbewijzen*-arrest⁹ heeft de journalist (die met zijn ‘valsheid in geschrift’ had aangetoond dat het geruststellende verhaal van de minister over de situatie bij de uitgifte van rijbewijzen niet klopte) hemel en aarde bewogen om de veroordeling zonder oplegging van straf ongedaan te maken in ruil voor een ontslag van rechtsvervolging. Dat zou juister zijn geweest, omdat er géén *chilling effect* van uitgaat op de nieuwsgaring. Maar de Hoge Raad was niet te vermurwen. Het was een te grote stap voor ons hoogste rechtscollege om te zeggen: je hebt het gedaan, het is een strafbaar feit, maar we laten de strafwet in dit geval buiten toepassing omdat artikel 94 van de Grondwet ons daartoe dwingt nu we met een veroordeling inbreuk zouden maken op de vrijheid van nieuwsgaring, zoals gegarandeerd in een in ons land voor eenieder geldende verdragsbepaling.

Enkele jaren later oordeelde het EHRM echter dat een veroordeling van een journalist voor een strafbaar feit, begaan in het kader van de nieuwsgaring, wel degelijk in strijd kan zijn met artikel 10 EVRM als niet voldaan is aan de beperkingsclausules van het tweede lid.¹⁰ En het Hof Amsterdam ontsloeg in 2011 de onderzoeksjournalist Alberto Stegeman van rechtsvervolging op grond van artikel 94 van de Grondwet. Als de journalist voor zijn onthulling geen andere mogelijkheid had dan het strafbare feit te plegen, dan was dat een juiste beslissing geweest van het hof, zo oordeelt de Hoge Raad in cassatie. Het hof heeft dat evenwel niet overtuigend uit de feiten kunnen afleiden en daarom verwees de Hoge Raad de zaak terug.¹¹ Uiteraard heeft een journalist zich nog steeds in beginsel aan de strafwet te houden.¹² Maar dat er uitzonderingen zijn is thans ook voor de Hoge Raad niet ondenkbaar. Kennelijk is de Hoge Raad dan ook bereid de consequentie te trekken dat er dan geen veroordeling – met of zonder oplegging van straf – dient te volgen maar een ontslag van rechtsvervolging.¹³

BEROEP OP VERSCHONING

Nu we het er toch over hebben, als een journalist als getuige weigert te antwoorden op vragen van de rechter, dan begaat hij ook een strafbaar feit, artikel 192 Sr.

In één van de geruchtmakende voorvallen uit de geschiedenis van de Nederlandse journalistiek, beriep een journalist zich op een verschoningsrecht ten aanzien van de identiteit van zijn bron. Het was de hoofdredacteur van *Elseviers Weekblad* A.H. Lunshof, die in 1947 hele stukken uit de geheime notulen van de Linngadjati-conferentie had gepubliceerd, die ging over de dekolonisatie van wat toen hier nog Nederlands-Indië heette. De rechter-commissaris vroeg hem naar degene die hem die notulen had toegespeeld. Lunshof antwoordde: 'U vraagt mij, wie deze relatie was. Ik weiger u dit te zeggen en beroep mij ter rechtvaardiging van die weigering op hetgeen ik als journalist gevoel als mijn beroepsgeheim.' Hij werd strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld voor zijn weigerachtigheid. Hij kwam er vanaf met een symbolische boete van tien gulden. In cassatie maakte zijn beroep op een journalistiek verschoningsrecht geen enkele kans. De Hoge Raad koos voor het belang van de waarheidsvinding in de rechtspleging, in casu het opsporen van wat thans de klokkenluider zou zijn genoemd: plegers van strafbare feiten dienen te worden opgespoord en een journalist mag zijn medewerking daaraan niet onthouden, evenmin als andere burgers.¹⁴ Dertig jaar later volgde de Hoge Raad deze lijn in een civielrechtelijke zaak: de stelling dat een journalist een verschoningsrecht toekomt kan in zijn algemeenheid niet worden aanvaard.¹⁵

VAN NEE-TENZIJ NAAR JA-TENZIJ

Dat was zo'n beetje de stand van zaken eind jaren tachtig, toen de eerste *Mediaforum* verscheen, Willem Korthals Altes zijn dissertatie verdedigde¹⁶ en Erik Jurgens korte tijd later zijn initiatief-wetsvoorstel indiende. Korthals Altes en Jurgens wilden, kort gezegd, van een 'nee, tenzij' naar een 'ja, tenzij'. Want waar gaat het om? Om een keuze tussen tegengestelde belangen. Aan de ene kant het maatschappelijk belang van de waarheidsvinding en een goede rechtsbedeling, het belang van de opsporing en vervolging van daders van strafbare feiten en opsporing van geheimschendende klokkenluiders. Daartegenover staat het belang van de informatievoorziening van de samenleving, kort gezegd het belang dat misstanden aan de kaak worden gesteld. Daarvoor is de nieuwsgaring een onmisbaar element.

En toen kwam *Goodwin*, het arrest waarin het EHRM overwoog dat bronbescherming onmisbaar is voor het verkrijgen van informatie, omdat zonder die bescherming bronnen ervan zouden worden afgehouden de pers te helpen bij het informeren van het publiek over zaken van algemeen belang.¹⁷ Een journalist dwingen zijn bron te noemen is een inbreuk op de vrijheid van nieuwsgaring, die niet verenigbaar is met artikel 10, tenzij het wordt gerechtvaardigd '*by an overriding requirement in the public interest*'. De ja-tenzij-regel was zonder wetswijziging gerealiseerd, meer dan Korthals Altes en Jurgens konden hopen. Dat noem ik nog eens vooruitgang.

Er volgden nog vele uitspraken waarin het Hof dit uitgangspunt bevestigde. Als het een journalist dwingen de identiteit van zijn bron te noemen in beginsel in strijd is met artikel 10, dan geldt dat uiteraard ook voor het achterhalen van de identiteit van een bron door middel van dwangmaatregelen als huiszoeking en inbeslagneming, zo maakte het Hof bijvoorbeeld nog duidelijk in o.a. *Roemen & Schmit* en in *Ernst*.¹⁸

AANVAARDING IN DE NEDERLANDSE RECHTSPRAAK

Aanvankelijk leken de uitgangspunten van het Hof ook in Nederland, misschien niet *con amore*, maar wel ruimhartig te worden aanvaard. De Hoge Raad volgde spoedig in een civiele zaak.¹⁹ Met betrekking tot een bevel tot afgifte van journalistiek materiaal ging de Hoge Raad later niet akkoord met het standpunt van het Openbaar Ministerie dat het geacht moet worden te handelen overeenkomstig het beginsel van subsidiariteit zolang het tegendeel niet uitdrukkelijk gebleken is. Nee, het Openbaar Ministerie moet zelf aannemelijk maken dat er geen ander, minder bezwaarlijk, middel voorhanden is.²⁰ Een huiszoeking en inbeslagneming van journalistiek en ander materiaal bij het blad *Ravage* waren volgens de Hoge Raad ingrijpende maatregelen, nog ingrijpender dan bijvoorbeeld een bevel tot uitlevering van de desbetreffende gegevens, mede omdat daardoor toegang kan worden verkregen tot andere, mogelijk door art. 10 EVRM beschermde, gegevens. Het was volgens de Hoge Raad derhalve aan de Staat te bewijzen dat een dergelijke inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving ter bescherming van een der in lid 2 van art. 10 EVRM genoemde belangen.²¹

DRIE STAPPEN VOORUIT, TWEE STAPPEN TERUG

Dit waren positieve geluiden; men kon zeker spreken van vooruitgang in het mediarecht op dit punt, zozeer zelfs dat ik wetgeving niet nodig achtte.²² Maar het zou een soort Echternachprocessie worden. Drie stappen vooruit, twee stappen terug. Driemaal ging het twee passen achteruit en moest Nederland van het EHRM en te horen krijgen dat gehandeld was in strijd met artikel 10 EVRM. In het strafrecht spreken we van rechterlijke dwalingen en tunnelvisie, maar op het gebied van de bronbescherming kon onze rechter ook behoorlijk falen, daarbij een handje geholpen door gebrekkige wetgeving. Dat laatste leverde volgens mij overigens geen excuus op, omdat rechter en openbaar ministerie steeds ook anders en beter hadden kunnen beslissen.²³ Maar nu het EHRM tot driemaal toe te verstaan heeft gegeven dat onze wetgeving niet deugt, moet de wetgever wel aan de bak. Er ligt inmiddels een wetsontwerp bij de Raad van State. De inhoud ervan is niet bekend. Dat betekent dat ik in deze bijdrage niet kan beoordelen of het wetsontwerp ons weer drie stappen vooruit zal helpen. Ik zal mij beperken tot een korte analyse van de oorzaken van de falende rechtspraak en een aantal aandachtspunten voor de beoordeling van het komende wetsontwerp.²⁴

VOSKUIL

Het Hof Amsterdam leek in het jaar 2000 nog nooit van *Goodwin* te hebben gehoord en haalde, toen de journalist Voskuil weigerde de identiteit van zijn bron te noemen, het paardenmiddel van de gijzeling van stal. Door een gebrekkige regelgeving met betrekking tot de rechtsbescherming tegen een dergelijke maatregel, kon de beslissing van het hof niet aan het oordeel van de Hoge Raad worden onderworpen. Dus moest men rechtstreeks naar Straatsburg om te klagen. Dat was op zichzelf al beschamend.²⁵ Het EHRM is er verbaasd over hoe ver men in Nederland bereid is te gaan om de identiteit van een klokkenluider te achterhalen en de mogelijkheden waarover de autoriteiten daarvoor beschikken. Dat heeft niet alleen een afschrikkend effect op de vrije journalistiek, maar óók op iedereen die met misstanden in zijn omgeving naar buiten wil komen door die ter kennis van de media te brengen.²⁶

Aandachtspunt 1: Wijziging van het Wetboek van Strafvordering met betrekking van de regeling van de gijzeling van weigerende getuigen, niet alleen journalisten. De mogelijkheid van hoger beroep en cassatie dienen te worden ingevoerd.

SANOMA

In 2002 verschenen politieambtenaren op het kantoor van de redactie van *Auto-week* met een bevel van de officier van justitie tot afgifte ter inbeslagneming van een cd-rom met foto's van een illegale straatrace. Na dreigementen dat het hele kantoor van Sanoma, waar ook andere tijdschriftredacties gevestigd zijn, zou worden doorzocht, heeft Sanoma onder protest de cd-rom afgegeven. Het bezwaar van Sanoma tegen de inbeslagneming van de cd-rom zou de rechtbank afwijzen in die zin dat wel teruggave werd gelast, maar het tevens gevraagde bevel tot vernietiging van eventueel gemaakte kopieën en het verbod aan politie en justitie van de informatie op de cd-rom gebruik te maken werden afgewezen. Als gebruikelijk verklaarde de Hoge Raad het cassatieberoep op grond van art. 52a Sv niet ontvankelijk wegens 'gebrek aan belang', omdat de cd-rom inmiddels was teruggegeven.²⁷ Daarmee miskende de Hoge Raad dat het bij informatiedragers om meer belangen gaat dan alleen het feitelijk bezit. Tevens liet de Hoge Raad daarmee de kans voorbijgaan om zelf over de zaak te beslissen in plaats van het op een procedure in Straatsburg te laten aankomen.

Aandachtspunt 2: Wijziging van art. 52a Wetboek van Strafvordering, zodra blijkt dat de wetwijziging van 2005 geen soelaas biedt bij cassatie tegen inbeslagneming van informatiedragers, die inmiddels zijn teruggegeven.

Nederland werd andermaal veroordeeld door het EHRM. Er was sprake van een interference in de vrijheid van nieuwsgaring. Aan de noodzakelijkheidstoets van

art. 10 lid 2 kwam het Hof niet toe, omdat het tot het oordeel kwam dat er weliswaar een wettelijke basis was voor een bevel tot afgifte in art. 96a Sv, maar dat dit artikel niet voorziet niet in een dwingende voorafgaande rechterlijke toets, waarbij een onafhankelijke rechter de in verband met de voorgenen inmenging in de vrijheid van nieuwsgaring noodzakelijke belangenafweging kan maken. In zaken die fundamentele rechten raken is het in strijd met de rechtsstaatgedachte aan de uitvoerende macht ongecontroleerde beoordelingsvrijheid te laten, aldus het Hof. Een onafhankelijke rechter dient vóórdat tot inbeslagneming wordt overgegaan, aan de hand van duidelijke criteria de aan de orde zijnde belangen af te wegen, hij dient te bezien of het bevel tot inbeslagneming kan worden gegeven en na te gaan of met een minder ingrijpende maatregel kan worden volstaan. Zo moet hij kunnen bepalen dat niet zonder voorbehoud al het journalistieke materiaal in beslag wordt genomen maar alleen datgene wat strikt nodig is en waarbij gegarandeerd is dat er géén gevaar is dat bronnen worden onthuld. Dit alles ontbreekt in Nederland. Het was niet zozeer het ontbreken van een wettelijke regel als wel gebrek aan kwaliteit van de regel, die volgens de Grote Kamer leidt tot schending van artikel 10 wegens niet ‘voorzien bij wet’.²⁸

Als we de Grote Kamer goed verstaan dan gaat de bescherming van artikel 10 voor de hier aan de orde zijnde problematiek verder gaat dan alleen de bronbescherming in enge zin: het niet hoeven onthullen van de identiteit van een bron aan wie men vertrouwelijkheid daaromtrent heeft toegezegd. Het gaat in veel ruimer zin om een ‘redactiegeheim’, te weten al het redactie(research)materiaal alsmede niet gepubliceerd materiaal dat zich ten huize en ten kantore van de journalist bevindt, omdat dat materiaal ertoe kán leiden dat bronnen worden geïdentificeerd of de herkomst van bepaalde informatie kan worden getraceerd. Daarbij gaat het óók om beelden waar geen sprake is van toegezegde vertrouwelijkheid: beelden van demonstraties en rellen die op de openbare weg plaats hebben en bijvoorbeeld met verborgen camera opgenomen beelden van een persoon die van de opnamen geen weet heeft en dus ook niet om vertrouwelijkheid kán hebben gevraagd.

Aandachtspunt 3: Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in die zin dat doorzoeking en inbeslagneming van journalistiek materiaal in de ruimste betekenis van het woord bij journalisten en mediabedrijven niet zonder rechterlijk verlof kunnen plaats vinden, waarbij die rechter ook aanwijzingen kan geven met betrekking tot, minder in de vrijheid van nieuwsgaring ingrijpende, modaliteiten van de doorzoeking en inbeslagneming.

DE TELEGRAAF

Ook in de derde tik op de vingers is gebrek aan afdoende wettelijke regeling het breekpunt. Als het een journalist dwingen zijn bron te noemen een inbreuk is op de vrijheid van nieuwsgaring, die slechts gerechtvaardigd is ‘*by an overriding requirement in the public interest*’, als dat idem dito geldt voor het zoeken naar die

bron door middel van doorzoeking en inbeslagneming van journalistiek materiaal, dan kan een kind begrijpen dat het af luisteren van journalisten met hetzelfde oogmerk aan eenzelfde zware toets dient te worden onderworpen vóórdat ertoe wordt overgegaan. Zo niet de AIVD, die journalisten van *De Telegraaf* af luisterde teneinde de identiteit te achterhalen van een klokkenluider, die de krant een BVD/AIVD-document had toegespeeld. Dit af luisteren werd gedekt door de Hoge Raad.

Het EHRM maakte Nederland opnieuw duidelijk dat een dergelijke, in de vrijheid van nieuwsgaring ingrijpende, maatregel slechts in uitzonderlijke gevallen gerechtvaardigd is, dat daarover niet op eigen houtje door de AIVD kan worden beslist en dat dus een voorafgaand onafhankelijk rechterlijk fiat daarvoor is vereist. Het recht moet bescherming bieden tegen *‘arbitrary interference by public authorities with the rights safeguarded by Article 8 par. 1 and Article 10 par. 1.’*²⁹ Omdat het ook een inbreuk is op de privacy, geldt dit dus niet alleen voor het af luisteren van journalisten maar van iedere burger.

Aandachtspunt 4: Wijziging van de Wet op de AIVD met betrekking tot een rechterlijk fiat voor het af luisteren en schaduwen van burgers en andere de privacy schendende maatregelen. Ook het Wetboek van Strafvordering dient op dit punt te voldoen aan de eisen van het EHRM.

NOGMAALS AFGIFTE DOCUMENT

In *De Telegraaf/Nederland* was ook aan de orde het bevel tot afgifte van het BVD/AIVD-document. De Telegraaf had dat geweigerd uit vrees dat er onderzoek aan het document zou worden gedaan teneinde aanwijzingen te verkrijgen omtrent de identiteit van de klokkenluider. De AIVD wist om welk document het ging, dus de informatie zelf was niet van belang. Het aanbod van De Telegraaf het document onder toezicht oog van een officier van justitie in de versnipperaars te doen, kwam tegemoet aan het bezwaar van de AIVD tegen het blijven rondslingeren van staatsgeheimen. Dat mocht allemaal, ook bij de Hoge Raad, niet helpen. Het document moest en zou terug naar de AIVD. Onbegrijpelijk dat ons hoogste rechtscollege ook hier weer niet beseftte dat het een informatiedrager betrof, waarvan de informatie bij de AIVD al bekend was en de materiële waarde dus niet méér waard was dan een pak bedrukt papier, tenzij de AIVD andere bedoelingen had.³⁰ Het EHRM paste de noodzakelijkheidstoets toe en corrigeerde de Hoge Raad: schending van artikel 10 lid 2 EVRM.

*Aandachtspunt 5: Wettelijke verankering van de beleidsregel van het openbaar ministerie dat journalistiek materiaal bij inbeslagneming steeds verzegeld wordt en niet wordt onderzocht, zolang niet in beroep c.q. cassatie is beslist over een beklag tegen de inbeslagneming.*³¹

Ook in de kwestie van het BVD/AIVD-document dat bij De Telegraaf terecht was gekomen, is geprobeerd de journalisten tot spreken te dwingen omtrent de identiteit van de klokkenluider door hen te gijzelen. Het was een beslissing van de rechter-commissaris in Den Haag die enkele dagen later door een kamer van de rechtbank werd teruggedraaid.³² Daar kon in Straatsburg niet meer over geklaagd worden, omdat de Nederlandse rechter al tot inkeer was gekomen. Dat roept de vraag op of een dergelijke door het EHRM als zo drastisch voor de vrijheid van nieuwsgaring betitelde maatregel met een zo hoog chilling effect, wel aan de beslissing van een alleensprekende rechter kan worden overgelaten. Drie weten meer dan één (al is dat geen garantie, zie hierboven Hof Amsterdam). Bovendien herstelt het later teruggedraaien van de beslissing lang niet alle morele en materiële schade die is opgelopen.

Aandachtspunt 6: Toevoegen aan aandachtspunt 1: niet meer een alleensprekende rechter maar een meervoudige kamer dient te beslissen over een bevel een journalist te gijzelen (dit zou trouwens niet alleen voor journalisten moeten gelden maar voor elke weigerachtige getuige). Als het hoger beroep tegen een beslissing tot gijzeling wordt toegewezen of als de gijzeling wordt opgeheven dient tevens beslist te worden over de schadevergoeding waarop de journalist en/of zijn krant, eventueel nader op te maken bij staat, recht heeft.

WETGEVING

Ik ben nooit een voorstander geweest van een wettelijke regeling.³³ Mijn adagium luidt nog steeds: de beste perswet is geen perswet. De veroordelingen door Straatsburg hadden ook met de huidige wetgeving voorkomen kunnen worden als de Nederlandse rechter, het openbaar ministerie en de AIVD onder verantwoordelijkheid van de minister, maar beter hadden beseft waar zij mee bezig waren. De vorige Minister van Justitie kondigde met veel aplomb aan dat journalisten bronbescherming zouden krijgen met een wet, die hij ging indienen. Dat was nogal aanmatigend, want dat recht op bronbescherming bestond al en wel in artikel 10 EVRM, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het EHRM. Maar ik denk, dat er nu toch wel wetgeving zal moeten komen, nu het Hof zo duidelijk onze wetgeving onder de maat heeft genoemd.

Mijn huiver voor wetgeving is er overigens nog steeds. Die wordt ingegeven door de vrees dat de wetgever geneigd is met wetgeving eerder het recht op bronbescherming en redactiegeheim te beperken dan te garanderen. En soms wil de wetgever en passant ook nog weleens wat meer regelen dan nodig is en meestal is ook dat een beperking van de informatievrijheid. Daar zal men straks dus uiterst alert op moeten zijn.

JOURNALISTEN

Hierboven heb ik al een aantal aandachtspunten genoemd waarbij dan bij de komende regelgeving rekening moet worden gehouden. Daarbij zal men gemerkt hebben dat de wet gewijzigd moet worden niet alleen voor journalisten in het kader van bronbescherming, maar ook om de rechten van andere burgers beter beschermen (zoals tegen gijzeling, af luisteren, inbeslagneming e.d.). Voor zover het om specifiek rechten voor journalisten gaat, zal de wetgever een zodanige formulering moeten kiezen, die conform de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad uitgaat van een functionele benadering.³⁴ Iemand die op een bepaald moment dezelfde functie vervult als een journalist dient dan dezelfde bescherming te krijgen. Dit geldt zeker voor personen die – zelf geen journalist zijnde – direct of indirect meewerken aan de nieuwsgaring van een journalist en wetenschap bezitten over zaken die tot het redactiegeheim behoren.³⁵ Juist in een tijd waarin de communicatiemogelijkheden voor elke burger zo enorm zijn toegenomen en de begrippen ‘journalist’ en ‘journalistiek’ nogal eens ten onrechte worden gebruikt voor eenieder die gebruik maakt van de zogenoemde *social media*, is het zaak de functie van de journalistiek niet uit het oog te verliezen: informatie vergaren, informatie checken en informatie verspreiden.

Aandachtspunt 7: De wet dient een ruime functionele definitie te bevatten van degenen voor wie bronbescherming en redactiegeheim gelden, zodat met name niet via de band van redactiemedewerkers toch inbreuk op de bronbescherming en het redactiegeheim kan worden gemaakt.

VOOR WAT, HOORT WAT?

Veelal heeft men de neiging aan het toekennen van een recht op bronbescherming en een redactiegeheim aan journalisten, voorwaarden te verbinden. Men hoorde het ook weer uit de mond van de voormalige Nederlandse rechter in het EHRM Egbert Myer in zijn persvrijheidslezing van dit jaar.³⁶ We moeten precies weten wie dan wel dat recht krijgen, dus wie journalisten zijn. Dat zouden dan alleen ‘erkende’ journalisten moeten zijn die toegelaten zijn tot een journalistenorganisatie en zich onderworpen hebben aan het tuchtrecht voor de beroepsgroep. En, zij zouden zich netjes moeten gedragen.

Deze ‘voor wat hoort wat’-gedachte vindt men nergens terug in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Uiteraard dienen journalisten zich als goed journalisten te gedragen. Dat betekent dat zij, als zij te maken krijgen met een geheimzinnige bron, diens betrouwbaarheid dienen te checken en door nadere informatie te vergaren te toetsen of de toegespeelde onthullingen een feitelijke grondslag hebben. Het EHRM gaat ervan uit dat journalisten te goeder trouw handelen, accuraat zijn ten opzichte van de feiten en de samenle-

ving voorzien van betrouwbare en precieze informatie in overeenstemming met de journalistieke ethiek. Maar dat wil niet zeggen dat als een publicatie onzorgvuldig en daardoor onrechtmatig is, de journalist dan maar zijn bron zou moeten onthullen. Dat staat los van elkaar. Dat Goodwins publicatie door de Britse rechter verboden was, speelde geen rol in Straatsburg.³⁷ De journalist hoort bij een ongeoorloofde publicatie te rectificeren of de schade te vergoeden en dergelijke. Maar zijn bronnen dient hij nog steeds te beschermen.³⁸ Zoals hij ook het recht heeft zijn bron te beschermen als die onrechtmatig of zelfs strafbaar heeft gehandeld.

Bij bronbescherming gaat het niet om een privilege voor journalisten. Ik was al tegen die term in de overigens uitstekende dissertatie van Willem Korthals Altes.³⁹ Ik krijg nu met zoveel woorden mijn gelijk van het Hof in de bij aanvang van deze bijdrage genoemde zaak-Ressiot/Frankrijk en men begrijpt waarom het mijn favoriet is. Het recht van journalisten te zwijgen over hun bronnen moet niet beschouwd worden als een privilege voor journalisten.⁴⁰ Als bronbescherming al een privilege is dan is het een privilege van de samenleving, namelijk het fundamentele recht om geïnformeerd te worden door vrij en onafhankelijk opererende media.

Aandachtspunt 8: De wet mag geen wet op een journalistiek privilege zijn met veel 'voor wat hoort wat', maar een wet die een recht van de samenleving garandeert, namelijk het recht te worden geïnformeerd door vrije en onafhankelijke media.

Pas indien aan deze acht uitgangspunten in de komende wet zal worden voldaan, zal kunnen worden gesproken van vooruitgang in het Nederlandse mediarecht met betrekking tot bronbescherming voor journalisten en het redactiegeheim.⁴¹

1 Persoonlijk heb ik het mediarecht in die jaren mogen beoefenen in de inspirerende omgeving van het Amsterdamse instituut en ik beschouw het als een voorrecht te hebben mogen behoren tot die intelligente, interessante en ook vrolijke groep wetenschappers. Ook heb ik als redacteur van *Mediaforum* gedurende tien jaar middenin de materie mogen zitten en kunnen profiteren van de kennis en wijsheid van mijn mederedacteuren en medebeoefenaren van het mediarecht.

2 Vgl. F.W. Grosheide, *Vooruitgang in het burgerlijk recht?* (Afscheidscollege), Utrecht 2006.

3 EHRM 28 juni 2012, nr. 15054/07 (*Ressiot/Frankrijk*). Eerder al in EHRM 27 november 2007, nr. 20477/05 (*Tillack/België*).

4 Ooit mondeling in een voordracht of discussiebijeenkomst, begin jaren negentig; Bernt noch ik weet precies wanneer.

5 Voor meer argumentatie, zie mijn oratie *Publieke*

omroep. Hoezo publiek?, Deventer: Kluwer 1992. Ik kreeg de handen niet op elkaar voor deze gedachten. In 'mijn eigen' *Mediaforum* mocht Bouke Geersing mij neersabelen: B. Geersing, 'De oratie van Schuijt. Een publieke vergissing', *Mediaforum* 1993-7/8, p. 81-83. Hij heeft mij niet overtuigd.

6 HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*).

7 V.zr. Rb. Den Haag 6 augustus 2003, NJCM-Bulletin 2004-1, p. 39-48 m.nt. G.A.I. Schuijt; ook AB *Rechtspraak Bestuursrecht* 2003/470 m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder.

8 *Kamerstukken II* 2000/01 27 732, nr. 1-3.

9 HR 27 juni 1995, NJ 1995/711 (*Valse rijbewijzen*).

10 EHRM 21 januari 1999, NJ 1999/713 (*Fressoz & Roire/Frankrijk*).

11 HR 26 maart 20113, ECLI:NL:HR:2013:BY5690 (*Strafzaak-Stegeman*).

12 EHRM 24 mei 2011, nr. 22918/08, NJ 2012/39

- m.nt. E.J. Dommering, *Mediaforum* 2011-7/8, nr. 18 m.nt. D. Voorhoof & C. Wiersma (*Mikkelsen & Christensen/Denemarken*) waar de journalisten doel en middelen uit het oog hadden verloren. Zie ook HR 5 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8343, NJ 2006/665 (*Valse incasso-opdrachten*).
- 13 Zie hierover de bijdrage van collega Voorhoof in deze bundel.
 - 14 HR 14 december 1948, NJ 1949/95, zie met name de conclusie van A-G Langemeijer (*Lunshof*).
 - 15 HR 11 november 1977, NJ 1978/399 (*KGB-affaire*).
 - 16 W.F. Korthals Altes, *Naar een Journalistiek privilege. Voorstellen voor een Journalistiek verschoningsrecht naar aanleiding van de Amerikaanse en Duitse rechtspraktijk*, Amsterdam: Cramwinckel 1989; *Kamerstukken II*, 1992/93, 23 133, nr. 1-9.
 - 17 EHRM 27 maart 1996, NJ 1996/577 (*Goodwin*).
 - 18 EHRM 25 februari 2003, *Mediaforum* 2003-4, nr. 20 (*Roemen & Schmit/Luxemburg*) m.nt. G.A.I. Schuijt en EHRM 15 juli 2003, nr. 33400 (*Ernst/België*).
 - 19 HR 10 mei 1996, NJ 1996/578 (*Van den Biggelaar/Dohmen & Langenberg*).
 - 20 HR 8 april 2003, NJ 2004/188, *Mediaforum* 2003-6, nr. 29 m.nt. G.A.I. Schuijt (*Zipschijf De Telegraaf*).
 - 21 HR 2 september 2005, *Mediaforum* 2005-10, nr. 31 m.nt. G.A.I. Schuijt (*Ravage*). Het leidde uiteindelijk niet tot schadevergoeding voor de redactie, maar er hangt nog een klacht tegen Nederland in Straatsburg.
 - 22 Zie uitgebreid hierover: G.A.I. Schuijt, 'Journalistieke bronbescherming met of zonder wet? In: D. Voorhoof (red.), *Het journalistiek bronnengeheim onthuld*, Brugge: Die Keure 2008, p. 57-80.
 - 23 *Ibid.* Er waren overigens nog wel enkele stapjes vooruit. Hof Den Haag 27 juli 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5197 besliste dat journalisten goede grond hadden om het afleggen van een verklaring te weigeren en dat zij derhalve niet als getuigen ter terechtzitting hoefden te verschijnen; HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7845, *Mediaforum* 2013-4, nr. 12 m.nt. W.F. Korthals Altes (*X/De Limburger*) oordeelde het juist dat de r-c terecht op verzoek van journalisten getuigen belet had bepaalde vragen te beantwoorden omdat daardoor de identiteit van hun bronnen zou kunnen worden achterhaald.
 - 24 Ik maak deel uit van een commissie van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht die in 2011 een aantal aanbevelingen voor wetgeving met betrekking tot bronbescherming van journalisten deed toekomen aan de staatssecretaris voor Justitie en Veiligheid. Het zal niet verbazen dat mijn aandachtspunten, op mijn eigen wijze geformuleerd en gegroepeerd, overeenkomsten vertonen met de inhoud van die brief. Zie ook O. Volgenant, 'Journalistieke bronbescherming', *Mediaforum* 2012-4, p. 117.
 - 25 Zie ook de *concurring opinion* van W. Thomassen, het Nederlandse lid van het EHRM, later lid van de Hoge Raad bij EHRM 22 november 2007, *Mediaforum* 2008-2, nr. 6 m.nt. W.F. Korthals Altes.
 - 26 Hof Amsterdam 28 september 2000 en 9 oktober 2000, *Mediaforum* 2000/69 en 2000/70 m.nt. G.A.I. Schuijt; EHRM 22 november 2007, *Mediaforum* 2008/6 m.nt. W.F. Korthals Altes; ook NJCM-Bulletin 2008-1, p. 75-89 m. nt. G.A.I. Schuijt (*Voskuil/Nederland*).
 - 27 In afwijking van de conclusie van de A-G Machiels bij HR 3 juni 2003, nr. 02517/02B (niet gepubliceerd, vermeld in G.A.I. Schuijt, *Vrijheid van nieuwsgaring*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 183). Over de vraag of het oude art. 552a ruimte liet voor cassatie als het in beslag genomen voorwerp reeds was teruggegeven bestaat al langer verschil van mening. De A-G Leyten dacht er anders over dan de HR in zijn conclusie bij HR 24 juni 1983, NJ 1984/38; Th. van Veen in zijn noot bij HR 9 januari 1990, NJ 1990/369 is het oneens met Leyten, zo ook de A-G. Fokkens in zijn conclusie. De A-G Machiels zit meer op de lijn van Leyten. Art. 552a Sv is gewijzigd bij wetten van 16 juli 2005, *Stb.* 2005, 390 en 1 juni 2006, *Stb.* 2006, 300. Ik kan (nog) niet beoordelen of de wetswijziging soelaas biedt voor het door mij geschetste probleem.
 - 28 EHRM 14 september 2010, nr. 38224, *Mediaforum* 2010/29; G.A.I. Schuijt, 'Nederland wederom in strijd met artikel 10 EVRM. Hoe verder na Sannoma?', *Mediaforum* 2010-11/12, p. 346-350.
 - 29 EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06, *Mediaforum* 2013-1, nr. 1 m. nt. A.W. Hins (*De Telegraaf/Nederland*).
 - 30 Onbegrijpelijk dat ook de Nederlandse rechter in het Hof in een dissenting opinion blijf gaf het bijzondere karakter van een informatiedrager te miskennen.
 - 31 Zie ook de noot van A.W. Hins (*De Telegraaf/Nederland*) (noot 29).
 - 32 Rb. Den Haag 30 november 2006; Zie ook W.F. Korthals Altes, 'Onnodige gijzeling', *Mediaforum* 2007-1, p. 1.
 - 33 Zie mijn bij nt. 20 vermelde bijdrage, alsook mijn bespreking van de dissertatie van Korthals Altes 'Een wet (?) op een journalistiek (?) privilege (?) toch maar liever de rechter', *Mediaforum* 1991-5, p. 52-54.
 - 34 Uitvoerig beargumenteerd in G.A.I. Schuijt, 'De juridische relevantie van de begrippen "journalist" en "journalistieke werkzaamheden"', *Mediaforum* 2008-5, p. 191-197.
 - 35 Zie ook de Belgische wet, te vinden in D. Voorhoof (red.), *Het journalistiek bronnengeheim onthuld*, Brugge: Die Keure 2008.
 - 36 E. Myer, 'Een publieke waakhond met verantwoordelijkheden', Persvrijheidslezing 2013, nvj.nl.
 - 37 EHRM 27 maart 1996, nr. 17488/90 (*Goodwin/VK*), NJ 1996, 577.
 - 38 Zelfs in journalistieke kringen werd hier en daar nogal smalend gevraagd of het 'journalistje' Voskuil wel recht had op bronbescherming. Ik verbaasde me over zoveel onbegrip in de eigen beroepsgroep.
 - 39 G.A.I. Schuijt, 'Een wet (?) op een journalistiek (?) privilege (?) toch maar liever de rechter', *Mediaforum* 1991-5, p. 52-54.
 - 40 EHRM 28 juni 2012, nr. 15054/07 (*Ressiot/Frankrijk*).
 - 41 Deze bijdrage is afgesloten op 7 september 2013. Het is mogelijk dat bij verschijning van deze bundel het wetsontwerp bij de Tweede Kamer is ingediend.