



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

WikiLeaks: te actief voor een webhoster, te passief voor een journalistiek medium

van der Sloot, B.

Published in:
Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van der Sloot, B. (2011). WikiLeaks: te actief voor een webhoster, te passief voor een journalistiek medium. *Nederlands Juristenblad*, 86(12), 735-739.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

WikiLeaks: te actief voor een webhoster, te passief voor een journalistiek medium

Bart van der Sloot¹

WikiLeaks begon op 28 november 2010 met het publiceren van 250 000 documenten, afkomstig van de Amerikaanse diplomatieke dienst. De Amerikaanse overheid onderzoekt momenteel of ze WikiLeaks hiervoor kan vervolgen. WikiLeaks verweert zich op voorhand door te stellen dat zij anderen slechts een platform biedt om stukken te lekken en derhalve niet zelf verantwoordelijk is voor de wederrechtelijkheid van de publicatie. En ook dat zij als journalistiek medium dient te worden beschouwd en derhalve aanspraak kan maken op een vergrote bescherming onder de vrijheid van meningsuitingdoctrine. Gaan deze verweren op?

WikiLeaks werd in 2006 opgericht met als doel repressieve regimes in Azië, het voormalige Oostblok, donker Afrika en het Midden-Oosten aan de kaak te stellen,² maar is gaandeweg voornamelijk een luis in de Amerikaanse pels gebleken. Na de publicatie van documenten over de oorlogen in Afghanistan en Irak en de situatie op Guantánamo Bay heeft WikiLeaks nu ook de hand weten te leggen op ruim 250 000 geheime documenten (cables) van de Amerikaanse diplomatieke dienst, die zij momenteel publiceert op haar site (Cablegate). De Amerikaanse overheid – de ontketende internetoorlog en de oproepen tot de dood van WikiLeaks voorman Assange negerend – tracht ondertussen via onder meer Twitter en Facebook persoonsgegevens te verkrijgen van WikiLeaks-sympathisanten en onderzoekt de mogelijke vervolging van WikiLeaks en Assange.³

In reactie hierop stelt Assange dat WikiLeaks dient te worden beschouwd als een 'whistleblower protection intermediary'.⁴ Enerzijds zou zij als tussenpersoon op het internet (webhoster) moeten worden gezien die slechts een internetplatform biedt aan klokkenluiders om stukken te lekken. Aangezien zij geen of weinig invloed heeft op de inhoud van deze stukken zou zij hiervoor niet in rechte verantwoordelijk kunnen worden gesteld. Anderzijds wijst Assange erop dat WikiLeaks als journalistiek medium moet

worden beschouwd. Bij de juridische beoordeling van de publicatie van de cables zou derhalve de vergrote bescherming van de pers onder de vrijheid van meningsuitingdoctrine, onder meer wat betreft de vrijheid van nieuwsgaring, bronbescherming en mogelijke wettelijke beperkingen, moeten worden meegewogen. Echter, WikiLeaks zal waarschijnlijk onder het huidige regime op geen van beide bijzondere posities aanspraak kunnen maken. Enerzijds is zij te actief betrokken bij het aantrekken van de gelekte documenten en het publiceren en verspreiden daarvan om in aanmerking te komen voor de positie van webhoster. Anderzijds is zij te passief betrokken bij het proces om als journalistiek medium te kunnen worden gekwalificeerd, daar zij noch informatie genereert, noch selecteert en deze slechts in beperkte mate redigeert.

Feiten

WikiLeaks heeft een website die via verschillende domeinnamen bereikt kan worden. Ook is de site gemakkelijk te kopiëren op andere sites (te 'spiegelen'). WikiLeaks publiceert al een aantal jaar documenten, foto's en films die zijn verkregen via derden, waarbij dezen vaak wederrechtelijk toegang hebben verkregen tot deze documenten of waarvan de verstrekking daarvan aan WikiLeaks als wederrechtelijk kan worden gekwalificeerd. Zo is de organisatie vermoedelijk in het bezit gekomen van ruim 250 000 documenten afkomstig van de Amerikaanse diplomatieke dienst via de militair Bradley Manning, die door deze te verstrekken een strafbare handeling zou hebben verricht.⁵ Van de 250 000 cables zijn er ongeveer 100 000 geclassificeerd als 'vertrouwelijk' en 15 000 als 'geheim'. Het merendeel is niet geclassificeerd en geen van alle hebben de kwalificatie 'top secret'. Alhoewel het overgrote gedeelte van de

WikiLeaks zal niet voldoen aan het negatieve vereiste van de safe harbours

informatie vaak als weinig opzienbarend wordt gekarakteriseerd, bevatten een aantal documenten desalniettemin gevoelige informatie omtrent militaire strategieën, het nationale veiligheidsbeleid van diverse landen en mogelijke terroristische aanslagen. Met name de Verenigde Staten heeft aangegeven dat dit zowel de internationale, de nationale als de persoonlijke veiligheid van bepaalde burgers, politici en militairen in gevaar kan brengen.⁶

Naast de reeds vrijgekomen cables is WikiLeaks voornemens in de komende maanden alle documenten stapsgewijs te openbaren. Op de site staan zeven korte interpretatieve artikelen over de cables, waarvan enkelen van de hand van het WikiLeaks-team. De cables worden grotendeels ongcensureerd gepubliceerd, af en toe gefilterd op gevoelige informatie die personen in gevaar kan brengen. Aan de Amerikaanse overheid is vóór de publicatie van de cables het verzoek gedaan om aan te geven welke documenten individuele personen mogelijk zouden schaden, maar zij heeft dit geweigerd en slechts verzocht niet tot publicatie over te gaan.⁷ WikiLeaks heeft dit verzoek genegeerd en afspraken gemaakt met vijf kranten (El País, Le Monde, Der Spiegel, The Guardian en The New York Times), die toegang hebben tot alle documenten en zo stapsgewijs alle cables ontsluiten en openbaar maken. Als een krant een *cable* openbaar maakt, wordt deze gelijktijdig gepubliceerd op WikiLeaks. Ook worden er afspraken gemaakt met lokale media als de NOS, die beperkt toegang krijgen tot de documenten.⁸ Alhoewel dit de zorgvuldigheid van het proces ten goede zal komen, is de reden van WikiLeaks om deze samenwerkingsverbanden aan te gaan naar eigen zeggen niet de redactionele hulp die deze media bieden, maar de verzekering van 'the maximum possible impact'. Evenzo is de reden om de documenten stapsgewijs te publiceren niet de tijd die het redactionele proces vergt, maar de maximale impact.⁹

Juridische kader

De gelekte documenten uit Cablegate zijn afkomstige van de Amerikaanse overheid en betreffen informatie over Amerikaanse diensten, strategieën en handelingen. Toch is niet uitsluitend het rechtsstelsel van de Verenigde Staten van belang in de juridische beoordeling van *Cablegate*. De cables bevatten ook overheidsgeheimen van andere landen en bovendien heeft WikiLeaks een sterke band met Europa. Zo heeft het zich ingeschreven als bedrijf in IJsland, staat een belangrijke WikiLeaks-server in een nucleaire bunker in Zweden en verblijft Assange momenteel in het Verenigd Koninkrijk. Bij de juridische beoordeling van Cablegate zijn derhalve zowel het Europese als het Amerikaanse rechtsstelsel van belang.

Auteur

1. Mr. drs. B. Van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatie Recht (IVIR) van de UvA.

Noten

2. <http://web.archive.org/web/20080314204422/http://www.WikiLeaks.org/wiki/WikiLeaks>About>.
3. www.nytimes.com/2010/12/08/

world/08leak.html.

4. <http://blogs.reuters.com/great-debate/2010/08/26/the-WikiLeaks-story-and-criminal-liability-under-the-espionage-laws/>.

5. www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/06/09/AR2010060906170.html.

6. www.cbsnews.com/stories/2010/07/29/eveningnews/main6725935.shtml.

Het gevolg van Cablegate is volgens Assange dat organisaties tot transparantie worden gedwongen

Bij een eventuele juridische actie ligt de strafrechtelijke invalshoek het meest voor de hand, ofwel in het kader van gevaarstelling ten aanzien van specifieke individuen ofwel met betrekking tot het ondermijnen van de staatsveiligheid. Zo wordt er gespeculeerd over eventuele strafbaarheid van WikiLeaks en van voorman Assange onder de Amerikaanse Espionage Act die, voor zover hier relevant, stelt:

'Whoever, in time of war, with intent that the same shall be communicated to the enemy, collects, records, publishes, or communicates, or attempts to elicit any information with respect to (any) information relating to the public defense, which might be useful to the enemy, shall be punished by death or by imprisonment for any term of years or for life.'¹⁰

Indien strafrechtelijke vervolging onmogelijk blijkt, zou ook een privacy-schending van Amerikaanse of Europese politici, militairen of ambtenaren, zoals bijvoorbeeld de in opspraak geraakte topambtenaar Pieter de Gooijer, een mogelijke grondslag kunnen bieden voor juridische actie.¹¹ Tot slot zou WikiLeaks mogelijk inbreuk maken op het auteursrecht van de Amerikaanse overheid dat op het door haar gecreëerde materiaal rust.¹²

Alhoewel er thans geen officiële aanklacht is ingediend, is de kans dat dit in de nabije toekomst zal geschieden geenszins nihil.¹³ Hoewel er derhalve niet kan worden ingegaan op enige specifieke vervolging of delict, die ofwel strafrechtelijk, privacyrechtelijk of auteursrechtelijk van aard kan zijn, is het nuttig om te analyseren in hoeverre WikiLeaks aanspraak kan maken op de twee posities die extra juridische bescherming bieden, namelijk die van webhoster en die van journalistiek medium.

Webhoster

WikiLeaks heeft een internetpagina waarop gelekte documenten worden gepubliceerd. Deze stukken worden niet geschreven door WikiLeaks, slechts beperkt geredigeerd en gepubliceerd op initiatief van een lek. Derhalve zou WikiLeaks bij vervolging een beroep kunnen doen op het feit dat zij slechts als passieve tussenpersoon fungeert bij het publiceren van geheime documenten. Zo stelt ze op haar website:

'WikiLeaks looks like Wikipedia. Anybody can post comments to it. No technical knowledge is required.'

7. <http://documents.nytimes.com/letters-between-WikiLeaks-and-gov#document/p4>.

8. <http://weblogs.nos.nl/hoofdredactie/2011/01/15/WikiLeaks-en-de-nos-de-verantwoording/#>.

9. <http://WikiLeaks.ch/static/html/faq.html>.

10. US Code Title 18 Part I Chapter 37 § 794 sub (b).

11. Zie ook: District Court of California: Bank Julius Baer/WikiLeaks, No. C 08-00824 JSW.

12. www.crikey.com.au/2010/12/13/could-WikiLeaks-be-prosecuted-under-copyright-law/ US Code Title 17 Chapter 1 § 101 e.v.

13. www.guardian.co.uk/media/2010/dec/05/julian-assange-lawyers-being-watched, www.webcitation.org/5uhyq15X.



© Joseph Feil/Corbis

Whistleblowers can post documents anonymously and untraceably.¹⁴

WikiLeaks zou bij een eventuele juridische procedure een beroep kunnen doen op de uitsluiting van aansprakelijkheid of strafbaarheid van internet providers voor inbreuken gemaakt door hun gebruikers via hun netwerk (safe harbour). De belangrijkste Europese regeling is vervat in de e-Commercerichtlijn,¹⁵ de belangrijkste Amerikaanse safe harbours zijn vervat in de Digital Millennium Copyright Act (DMCA)¹⁶ en de Communications Decency Act (CDA).¹⁷ De e-Commercerichtlijn geeft uitsluiting voor zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke aansprakelijkheid, de DMCA doet dat ten aanzien van de schending van intellectueel eigendom en de CDA voor civielrechtelijke aansprakelijkheid.

In de eerste twee regelingen krijgen zogenoemde hosting providers, die gebruikers opslagruimte bieden om een website te hosten en daarop materiaal te publiceren, deze uitzonderingspositie toegekend als zij voldoen aan zowel het positieve als het negatieve vereiste van de safe harbour.¹⁸ Het positieve vereiste bestaat uit de zogenoemde 'Notice and Takedown'-procedure, waarin een belanghebbende melding kan doen aan een *hosting provider* dat er illegaal materiaal op zijn server staat (notice), die dit materiaal vervolgens dient te verwijderen (take down). Het negatieve vereiste is dat de provider geen kennis heeft van het illegale karakter van het materiaal en dat hij geen actieve bijdrage levert aan het publiceren van dit materiaal.¹⁹ Alhoewel het vereiste van passiviteit enigszins is verruimd ten aanzien van zogenoemde actieve hosting providers, zoals Youtube, Wikipedia en Facebook die een actieve bijdrage leveren aan de organisatie van de site en de indexatie van het materiaal dat door hun gebruikers wordt geleverd, zal WikiLeaks niet aan dit vereiste voldoen aangezien zij zelf de stukken publiceert die op haar site staan. Hierdoor komt ook de vereiste onwetend-

heid omtrent de mogelijke wederrechtelijkheid van de stukken onder druk te staan. Derhalve zal WikiLeaks niet voldoen aan het negatieve vereiste van deze safe harbours. Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat om aan het positieve vereiste te voldoen, stukken met een inbreukmakend karakter op verzoek van belanghebbenden verwijderd dienen te worden. Een beroep op de safe harbour uit de e-Commercerichtlijn ofwel de DMCA zal WikiLeaks dan ook weinig solas bieden.

De Communications Decency Act biedt een sterkere grond voor een uitzonderingspositie. Internet intermediairs die niet verantwoordelijk zijn voor het vervaardigen of ontwikkelen van het materiaal dat via hun netwerk wordt verspreid, kunnen civielrechtelijke aansprakelijkheid ontlopen. Dit geldt niet alleen voor passieve internet intermediairs, maar ook voor de zogenoemde actieve *hosting providers*.²⁰ Internet intermediairs hebben geen positieve plicht om mee te werken aan een *Notice and Takedown*-regeling om onder de *safe harbour* uit de CDA te vallen.²¹ Wel dient er aan twee passieve vereisten te worden voldaan: namelijk passiviteit ten aanzien van de vervaardiging van het materiaal en passiviteit ten aanzien van de publicatie van het materiaal.

Het vereiste van passiviteit ten aanzien van de vervaardiging van het materiaal kwam uitvoerig aan bod in de zaak Drudge.²² Roddeljournalist Drudge, bekend van de primier rond Monika Lewinski, had in een nieuwsbrief, verspreid over het netwerk van internet intermediair America Online (AOL), onjuiste en belastende informatie verspreid over Blumenthal, een assistent van Bill Clinton. Hierop klaagde zij niet alleen Drudge, maar ook AOL aan. AOL had namelijk niet alleen kennis van het feit dat Drudge een roddelnieuwsbrief via haar netwerk verspreidde, ze had de populaire Drudge hiertoe zelf aangetrokken in de hoop zodoende nieuwe klanten aan te trekken. Drudge kreeg daartoe maandelijks 3 000 dollar betaald. Ondanks deze directe bemoeienis met de inbreukmakende activiteit kon AOL een succesvol beroep doen op de uitzonderingspositie in de CDA, daar zij niet zelf het materiaal had vervaardigd.

Toch is er een beperking op de zeer grote reikwijdte van deze exceptie. In de zaak Roommates.com, een koppelsite voor huisgenootjes waarvoor men zich gratis kon aanmelden, stonden ter discussie de drie verplicht te beantwoorden vragen betreffende geslacht, seksuele voorkeur en thuiswonende kinderen. De klacht betrof het feit dat de opgave van geslacht en seksuele voorkeur, bijvoorbeeld man en homoseksueel, zou kunnen leiden tot discriminatie. De vraag was in hoeverre Roommates.com verantwoordelijk kon worden gehouden voor deze discriminatie. De rechter oordeelde daaromtrent dat Roommates.com door beantwoording op de drie door haar vervaardigde vragen verplicht te stellen voor aanmelding, niet langer kon worden gekwalificeerd als passieve internet intermediair, maar deels had bijgedragen aan de ontwikkeling van het materiaal op haar site.²³

Derhalve dient de vraag te worden beantwoord in hoeverre WikiLeaks invloed heeft op de ontwikkeling van het materiaal dat op haar site wordt verspreid. Daarbij dient ten eerste te worden opgemerkt dat wettelijk is bepaald dat het redigeren door internet intermediairs van het materiaal dat is aangeleverd door hun gebruikers ten einde schade aan derden te voorkomen geen contra-

Hoe verhoudt de journalistieke vrijheid zich tot haar verantwoordelijkheid?

indicatie zal vormen voor de passiviteit van de desbetreffende provider.²⁴ Daarnaast heeft WikiLeaks geen opdracht gegeven met betrekking tot de vervaardiging van het door haar gepubliceerde materiaal, noch heeft zij daar invloed op gehad. Aangezien WikiLeaks slechts documenten publiceert die al vervaardigd waren voordat zij in haar bezit kwamen, lijkt het onaannemelijk dat zij op dit punt anders dan als passief zal worden gekwalificeerd.

Dit ligt anders ten aanzien van de vereiste passiviteit met betrekking tot de publicatie van het materiaal. De vraag rond actieve bijdrage bij de publicatie van materiaal kwam aan bod in *Batzel/Smith*.²⁵ Daarin werkte Smith als klusjesman bij Batzel, die veel oude schilderijen had hangen en volgens Smith zou hebben verklaard dat zij die uit een erfenis van nazivoorouders zou hebben verkregen. Daarop verstuurde Smith een waarschuwingsmail naar het Museum Security Network, onder leiding van Rijksmuseum-medewerker Cremers. Cremers publiceerde deze mail vervolgens op de website van het netwerk en nam deze ook op in de mailinglist, zonder Smiths medeweten of toestemming. Cremer was de redacteur van de webpagina en nieuwsbrief en koos van de binnengekomen mails welke hij hierin opnam en of deze geheel of gedeeltelijk werden gepubliceerd. Toen de zaak voor de rechter kwam, oordeelde deze:

'We therefore hold that a service provider or user is immune from liability under (the CDA) when a third person or entity that created or developed the information in question furnished it to the provider or user under circumstances in which a reasonable person in the position of the service provider or user would conclude that the information was provided for publication on the Internet or other "interactive computer service".²⁶

Ter beoordeling staat derhalve of een redelijk persoon had mogen oordelen dat de documenten die WikiLeaks heeft gepubliceerd, verstrekt zijn door degene die het materiaal heeft vervaardigd of ontwikkeld teneinde door WikiLeaks te worden gepubliceerd. Dit valt te betwijfelen aangezien WikiLeaks de documenten noch heeft ver-

cregen noch toestemming heeft gekregen deze te publiceren van degenen die ze hebben vervaardigd. Sterker nog, de Amerikaanse overheid heeft WikiLeaks expliciet gevraagd hiervan af te zien. Het is derhalve onwaarschijnlijk dat WikiLeaks een succesvol beroep zal kunnen doen op de uitsluiting van aansprakelijkheid onder een van de drie genoemde safe harbours.

Journalistiek medium

Naast de aanspraak op de status van webhoster, heeft Assange met verschillende argumenten in verscheidene interviews een beroep gedaan op de bescherming van WikiLeaks als journalistiek medium. Zo wijst hij op het onderzoeksjournalistieke proces van feitenverzameling en de controle van de documenten op authenticiteit.²⁷ Daarnaast voltrekt WikiLeaks ten aanzien van de cables een geheel en volwaardig journalistiek proces, zij het in samenwerking met de traditionele media die een interpretatieve rol vervullen.²⁸ Bovendien stelt WikiLeaks ook door de publicatie van de kale feiten misstanden aan de kaak. Zo laat WikiLeaks zien dat de beveiliging van diplomatieke documenten niet op orde is en dat de Amerikaanse overheid op een veelheid van punten oneerlijk en onvolledig is geweest. Het gevolg van Cablegate is volgens Assange dat organisaties tot transparantie worden gedwongen en tot een dusdanig handelen dat zij openbaarheid zullen toejuichen in plaats van schuwen.²⁹ De waarde die aan de publicatie van kale feiten wordt gehecht, houdt ook verband met het uitgangspunt van WikiLeaks: 'true information does good.'³⁰ Tot slot stelt Assange dat de publicaties van WikiLeaks een stimulans bieden voor de mondiale gelijkheid en het democratiseringsproces. Zo bestaat er thans informatieasymmetrie tussen de burgers en de overheid, die derhalve hun overheid niet goed kunnen controleren, en tussen landen onderling, zodat de overheden met een goede informatie- en veiligheidsdienst meer informatie, kennis en dus macht bezitten om hun eigen belang te behartigen dan andere landen.³¹

Journalisten en journalistieke media krijgen door- gaans extra bescherming onder de vrijheid van meningsuiting-regimes, zoals onder art. 10 EVRM³² en het eerste amendement uit de Amerikaanse Bill of Rights. Eén van de belangrijkste grondslagen voor het recht van vrije meningsuiting in beide rechtsregimes is dan ook het belang van de media voor het publieke en politieke debat en hun rol als 'public watchdog'.³³ De pers heeft dan ook

14. <http://web.archive.org/web/20080314204422/http://www.WikiLeaks.org/wiki/WikiLeaks>About>.

15. Richtlijn 2000/31/EG.

16. Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860.

17. US Code Title 47 Chapter 5 Subchapter II Part I § 230.

18. Van der Sloot, 'De verantwoordelijkheid voorbij. ISP's als verlengstuk van de overheid', *Mediaforum* 2010-5.

19. Deze negatieve verplichtingen volgen uit de uit de Amerikaanse leerstukken van de 'vicarious liability' en de 'contributory

liability', beide vormen van derdeaansprakelijkheid.

20. Ook wel 'Internet Content Facilitators' genoemd.

21. *Zeran/America Online*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997). *Schneider/Amazon.com*, 31

P. 3d 37 (Ct. of Appeals, Wash., 2001).

22. *Blumenthal/Drudge*, 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998).

23. *Fair Housing Council of San Fernando Valley/Roommates.com, LLC*, 521 F.3d

1157 (9th Cir. 2008).

24. CDA, § 230 sub (C) (2) (a).

25. *Batzel/Smith*, 333 F.3d 1018, 1032 (9th

Cir. 2003).

26. *Batzel/Smith*, § 76.

27. www.colbertnation.com/the-colbert-report-videos/260785/april-12-2010/exclusive---julian-assange-extended-interview.

28. www.youtube.com/watch?v=E_HPLHIBtA&feature=related, http://news.bbc.co.uk/today/hi/today/newsid_9309000/9309320.stm, www.guardian.co.uk/world/blog/2010/dec/03/julian-assange-WikiLeaks.

29. www.time.com/time/world/article/0,8599,2034040,00.html.

30. www.youtube.com/

[watch?v=8OSNrrDmUDY](http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2034040,00.html).

31. www.time.com/time/world/article/0,8599,2034040,00.html.

32. Voorhoof, 'Krijgen journalisten een streepje voor in Straatsburg?', *Mediaforum* 2008-5.

33. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, p. 81-86 en 289-290. EHRM: *Observer and Guardian/the United Kingdom*.

Cablegate verschilt op essentiële wijze van de Pentagon Papers-zaak

enerzijds een grotere vrijheid ten aanzien van bijvoorbeeld nieuwsgaring³⁴ en bronbescherming,³⁵ anderzijds komt haar een grotere bescherming tegen wettelijke beperkingen toe.³⁶ De vraag die in de zaak Cablegate speelt, is hoe de journalistieke vrijheid zich verhoudt tot haar verantwoordelijkheid, specifiek ten aanzien van de publicatie van gelekte overheidsdocumenten.

In de Verenigde Staten wordt Cablegate vaak vergeleken met de zaak rond de Pentagon Papers.³⁷ Dat betrof een studie omtrent de Vietnam-oorlog, verricht door ambtenaren van de Amerikaanse overheid, bestaande uit zo'n 4 000 overheidsdocumenten en 3 000 pagina's aan historische analyse geclassificeerd als 'Top Secret – Sensitive'. Deze documenten waren gelekt aan The New York Times'-journalist Daniel Ellsberg, die hier een aantal artikelen over publiceerde. De Amerikaanse overheid spande een rechtszaak aan teneinde de krant te dwingen af te zien van verdere publicatie over de Pentagon Papers. Het Supreme Court oordeelde echter dat dit een onredelijke inbreuk zou betekenen op de persvrijheid, gezien het publieke belang dat gemoeid was bij de publicaties en de rol van de pers in een democratische rechtsstaat.

'In the First Amendment the Founding Fathers gave the free press the protection it must have to fulfill its essential role in our democracy. The press was to serve the governed, not the governors. The Government's power to censor the press was abolished so that the press would remain forever free to censure the Government. The press was protected so that it could bare the secrets of government and inform the people. Only a free and unrestrained press can effectively expose deception in government.'³⁸

In de context van de art. 10 EVRM doctrine ligt een vergelijking met de zaak *Stoll/Zwitserland* het meest voor de hand. Daarin verkreeg Stoll, die als journalist voor de *Sonntags-Zeitung* werkzaam was, via een lek een als 'confidential' gecategoriseerd overheidsdocument in handen. Het betrof een diplomatiek stuk van de Zwitserse ambassadeur voor de Verenigde Staten, betreffende mogelijke compensatie voor Holocaust-slachtoffers die onopgevraagde tegoeden hadden uitstaan bij Zwitserse banken. Hieromtrent publiceerde Stoll twee artikelen, waarop hij zowel door een Zwitserse rechter schuldig werd bevonden aan een strafrechtelijke overtreding, als door de Zwitserse Raad voor de Journalistiek op zijn vingers werd getikt, omdat hij op onverantwoorde wijze had geciteerd uit de documenten en de toon van de stukken te sensatiebelust zou zijn. Het Hof in Straatsburg oordeelde echter dat deze uitspraken in strijd waren met art. 10 EVRM. Hierbij refereerde het Hof aan het publieke belang dat er met de publicatie was gemoeid en de rol van de pers in de democratische rechtsstaat.

'The conviction of a journalist for disclosing information considered to be confidential or secret may discourage those working in the media from informing the public on matters of public interest. As a result the press may no longer be able to play its vital role as "public watchdog" and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected (...)'³⁹

De vraag is derhalve of WikiLeaks als journalistiek medium dient te worden gekwalificeerd. Daarbij is het argument dat ze niet tot de traditionele media behoort onvoldoende om deze vraag negatief te beantwoorden. De status van een journalistieke dienst is sinds de opkomst van nieuwe communicatiemiddelen en met name het internet, niet langer eenduidig vast te stellen. Aangezien amateurjournalisten eenvoudig zelf een nieuwswaardig item kunnen vervaardigen en via het internet kunnen publiceren, is zowel in de Verenigde Staten⁴⁰ als in Europa⁴¹ bepaald dat ook niet traditionele media een beroep kunnen doen op de speciale bescherming voor journalistieke diensten onder het vrijheid van meningsuiting-regime.⁴² Het relevante criterium voor de toekenning van deze speciale bescherming is dan ook niet langer gekoppeld aan instituties maar aan de journalistieke functie en het journalistieke proces, dat globaal als 'het gehele proces van informatie inwinnen, informatie controleren, schrijven, redigeren, monteren, berichten selecteren, medewerkers selecteren en aansturen, de informatie voorzien van commentaar en achtergronden, het geheel vormgeven et cetera'⁴³ zou kunnen worden omschreven.

Derhalve dient te worden bekeken in hoeverre WikiLeaks dit journalistieke proces heeft voltrokken. Daarbij moet worden opgemerkt dat het publicatieproces ten aanzien van Cablegate anders is verlopen dan ten aanzien van bijvoorbeeld de publicatie van een video over een Amerikaanse luchtaanval in Irak waarbij een groep mensen, onder wie een fotograaf van nieuwsbureau Reuters, sneuvelde. Daarbij is de video voorzien van de interpretatieve titel 'Collateral Murder', een citaat van George Orwell, een historisch en interpretatief verhaal, ondertiteling, pijltjes met verwijzingen naar de namen van personen die zijn te zien in de video, rewinds en inzoommomenten om de nadruk te leggen op bepaalde misstappen van de Amerikanen en van quotes van personen die later over de zaak hebben verklaard.⁴⁴ Dit zou met recht een journalistiek proces kunnen worden genoemd. Dit proces verschilt echter van de procedure rondom Cablegate. WikiLeaks is van zins alle in haar bezit zijnde documenten in de komende maanden te publiceren, daarbij slechts geredigeerd op gevoelige informatie die personen in gevaar kan brengen. Wel moet worden opgemerkt dat WikiLeaks aan nieuwsgaring doet, de verkregen documenten op authenticiteit controleert en deze publiceert.

Toch verschilt deze zaak op essentiële wijze van zaken als Stoll en de Pentagon Papers. Noch de *Sonntags-Zeitung* noch The New York Times heeft ook maar één document in zijn geheel gepubliceerd.⁴⁵ Zij maakten slechts gebruik van de verkregen documenten als basis voor een journalistiek artikel; WikiLeaks publiceert daarentegen alle cables die ze heeft verkregen, nauwelijks voorzien van enig interpretatief kader. Hetgeen met Stoll en de Pentagon Papers werd geopenbaard, was van groot maatschappelijk belang, terwijl de tot nu toe vrijgekomen cables zich eerder laten kenmerken door small talk en roddels door en over diplomaten, dan door hun publieke belang. Waar het in zowel Stoll als de Pentagon Papers ging over één concreet onderwerp waarmee een bepaalde misstand aan de kaak werd gesteld, gaat het bij Cablegate om de publicatie van een veelheid aan documenten die een zeer brede reikwijdte hebben, waarbij er pas na de publicatie naar een mogelijke mis-

stand wordt gezocht.⁴⁶ Alhoewel een aantal specifieke cables wel degelijk een bepaalde misstand aan de kaak stellen en WikiLeaks wellicht ten aanzien van de publicatie daarvan een extra bescherming onder de vrijheid van meningsuiting-regimes geniet, zal dit niet opgaan ten aanzien van het overgrote merendeel van de cables die immers publiek belang missen. Alhoewel WikiLeaks derhalve aan nieuwsgaring doet, de verkregen documenten op authenticiteit controleert en deze beperkt geredigeerd publiceert, is zij te passief betrokken bij het proces om als journalistiek medium te kunnen worden gekwalificeerd. Dit omdat zij de feiten niet van een interpretatief kader voorziet, er geen directe aanleiding voor publicatie bestaat of misstand met de publicatie van de cables is gemoeid en omdat achteraf valt vast te stellen dat het publieke belang van het merendeel van de cables beperkt is. Het is derhalve onwaarschijnlijk dat WikiLeaks als journalistiek medium een beroep zal kunnen doen op een vergrote bescherming onder de vrijheid van meningsuiting-regimes.

Conclusie

WikiLeaks heeft ruim 250 000 documenten afkomstig van de Amerikaanse diplomatieke dienst verkregen via een lek. Bij de juridische beoordeling van de publicatie van deze cables zijn zowel het Europese als het Amerikaanse recht van belang. Er is nog geen officiële aanklacht ingediend tegen WikiLeaks, onderzocht wordt of strafrechtelijke vervolging in Amerika mogelijk is. Daarnaast zouden privacy- of auteursrechtelijke inbreuken een grond voor vervolging kunnen vormen. Alhoewel nog niet kan worden ingegaan op enige specifieke vervolging of delict, kan al wel worden bekeken in hoeverre WikiLeaks aanspraak kan maken op twee bijzondere beschermingsposities in het recht. Enerzijds kan er een beroep worden gedaan op de status van passieve webhoster, die slechts een platform biedt voor de publicatie van materiaal door zijn gebruikers. Aangezien deze geen invloed heeft op de vervaardiging en publicatie van het materiaal dat zij aanleveren kan de webhoster hiervoor niet aansprakelijkheid worden gesteld. Anderzijds kan er een beroep worden gedaan op de status van journalistiek medium. Gezien de bijzondere rol van de pers in de democratische rechtsstaat heeft deze een vergrote vrijheid ten aanzien van bijvoorbeeld nieuwsgaring en bronbescherming en komt haar extra bescherming tegen wettelijke beperkingen toe.

Het is echter onwaarschijnlijk dat WikiLeaks zich ten aanzien van Cablegate op een van beide bijzondere posi-

ties zal kunnen beroepen. Enerzijds heeft zij een te actieve rol bij de publicatie van het materiaal op haar site om als passieve webhoster te kwalificeren. Zij biedt immers niet slechts een platform waarop anderen materiaal kunnen publiceren, maar zij neemt zelf het voortouw in de publicatie van de documenten. Anderzijds is WikiLeaks te passief ten aanzien van de publicatie van de cables om als journalistiek medium te kunnen worden beschouwd; alhoewel zij aan nieuwsgaring doet, de verkregen documenten op authenticiteit controleert en deze publiceert, laat zij na de feiten van een interpretatief kader te voorzien, bestaat er geen directe aanleiding en is er geen concrete misstand met de publicatie van de cables gemoeid en valt achteraf vast te stellen dat het publieke belang van het merendeel van de cables beperkt is.

Ybo Buruma vroeg zich echter in een eerdere editie van het NJB terecht af: 'Moet je de heraut van een nieuwe tijd wel willen onderdrukken?'⁴⁷ Nieuwe tijden vragen om een herdefiniëring van kernconcepten als de vrijheid van meningsuiting en de pers. WikiLeaks vervult een aantal delen van het journalistieke proces met verve, zoals het verzamelen van feiten en het verspreiden daarvan. Andere media, zoals de betrokken kranten, vervullen de rol van interpretator en geven de feiten duiding. De extra bescherming van journalistieke media zal in de toekomst misschien dan ook niet langer dienen te worden gekoppeld aan het gehele proces van informatie inwinnen, informatie controleren, schrijven, redigeren, enz., maar ook aan delen daarvan. Daarbij moet worden opgemerkt dat door de opkomst van het internet en de daarbij behorende websites, blogs en tweets, er geen gebrek lijkt te zijn aan interpretatief en opiniërend vermogen, eerder aan objectieve informatie. Wat dat betreft sluit WikiLeaks goed aan bij de behoeften van de nieuwe tijd.

Naast de vraag of het wenselijk is om dit fenomeen te onderdrukken is de vraag of dit fenomeen wel valt te onderdrukken. De cables zijn al in handen van vele honderden personen en organisaties; WikiLeaks kent reeds een keur aan lokale, nationale en internationale alternatieven. De totale openheid van het bestuur en de staatsmacht lijkt een welhaast onvermijdelijk gegeven. De werkelijke vraag is dan ook of naast de democratisering van de wetgevende macht er zich in de toekomst ook een democratisering van de uitvoerende macht kan voltrekken, waarin er geen afstand in informatie, kennis en dus macht meer bestaat tussen de bestuurders en de bestuurden en tussen de bestuurders van verschillende landen onderling. •

34. EHRM: *Társaság a Szabadságjogokért/Hungary*. Ten aanzien van de Amerikaanse situatie: www.rcfp.org/privilege/shieldmap.html, *Connell/Town of Hudson*, 733 F. Supp. 465.

35. US code title 42 Chapter 21A Subchapter I part A § 2000aa. *Branzburg/Hayes*, 408 U.S. 665 (1972). EHRM: *Sanoma/the Netherlands*, application no. 38224/03, 14 september 2010.

36. EHRM: *Stoll/Switzerland*, § 105. Ten aanzien van de VS: Bill of Rights, eerste amendement 'Congress shall make no law

(...) abridging the freedom of speech, or of the press'. Zie ook: *Landmark Communications/Virginia*, 435 U.S. 829 (1978) 435 U.S. 829.

37. *The New York Times/United States*, 403 U.S. 713 (1971).

38. *The New York Times/United States*, opinion of Mr. Justice Black, with whom Mr. Justice Douglas joins, concurring.

39. EHRM: *Case of Stoll/Switzerland*, § 110.

40. *Reno/American Civil Liberties Union*.

41. EHRM: *Steel and Morris/The United*

Kingdom (application no. 68416/01).

42. Cucereanu, 'Aspects of Regulating Freedom of Expression on the Internet', School of Human Rights Research series 2008. Barendt, 'Freedom of Speech', Oxford University Press 2005, p. 455 e.v.

43. Schuijt, 'De juridische relevantie van de begrippen "journalist" en "journalistieke werkzaamheden"', *Mediaforum* 2008-5.

Zie ook: *Miami Herald Publishing Co./Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974) 418 U.S. 241.

44. www.collateralmurder.com/.

45. *Gravel/United States*, 408 U.S. 606

(1972).

46. www.guardian.co.uk/commentisfree/cifamerica/2010/nov/30/WikiLeaks-secrets-pentagon-papers, www.newyorker.com/online/blogs/newsdesk/2010/12/WikiLeaks-evolves.html, www.nybooks.com/articles/archives/2011/jan/13/why-WikiLeaks-changes-everything/.

47. Buruma, 'WikiLeaks: wat leert het ons echt?', *NJB* 2011/26, afl. 2, p. 26.