

Bijlage II

Toetsingkader & Tijdelijke Regeling

bij het toezichtsrapport over de inzet
van bijzondere bevoegdheden
jegens advocaten en journalisten door
de AIVD en de MIVD

CTIVD nr. 52

7 februari 2017



Commissie van Toezicht
op de Inlichtingen- en
Veiligheidsdiensten

Bij het toezichtsrapport over de inzet van bijzondere bevoegdheden
jegens advocaten en journalisten door de AIVD en de MIVD

1. Inleiding

Het toetsingskader is ontleend aan de Wiv 2002, de Tijdelijke Regeling, relevante jurisprudentie en de (eerder uitgebrachte) toezichtsrapporten die zijn opgesomd in bijlage V van dit rapport. Hieronder wordt waar nodig verwezen naar specifieke pagina's of paragrafen uit deze toezichtsrapporten. Deze rapporten bevatten onder meer aanbevelingen voor waarborgen die zijn overgenomen door de betrokken minister(s) en daarmee door de diensten rechtens dienen te worden nageleefd. Het toetsingskader geldt ongeacht het al dan niet toepassen van de Tijdelijke Regeling. Deze regeling vervangt dus niet (delen van) het toetsingskader, maar is een aanvulling daarop.

2. Het verschoningsrecht

Personen die vanwege hun beroep of ambt tot geheimhouding zijn verplicht, hebben een verschoningsrecht. Dit recht houdt in dat deze personen, ook wel verschoningsgerechtigden genoemd, in beginsel niet kunnen worden verplicht openheid te geven over zaken die onder hun geheimhoudingsplicht vallen.¹ Slechts zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen met zich meebrengen dat het belang van de waarheidsvinding voorrang heeft boven het verschoningsrecht.² Het verschoningsrecht is gebaseerd op het in Nederland geldende algemene rechtsbeginsel dat eenieder zich vrijelijk voor advies en bijstand tot verschoningsgerechtigden moet kunnen wenden, zonder de vrees dat wat met deze personen wordt besproken openbaar wordt gemaakt. Er moet, met andere woorden, sprake kunnen zijn van vertrouwelijke communicatie.

Wat valt onder het begrip "vertrouwelijke communicatie"?

Wil het verschoningsrecht van toepassing zijn op communicatie van of met een verschoningsgerechtigde dan moet de informatie in de eerste plaats aan de beroepsoefenaar in zijn *specifieke functie* ter beschikking zijn gesteld.³ Dit betekent dat communicatie van of met een verschoningsgerechtigde, in zijn hoedanigheid als privépersoon of andere professionele hoedanigheid, niet valt onder zijn verschoningsrecht. In de tweede plaats dient de informatie aan de verschoningsgerechtigde te zijn *toevertrouwd*, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt naar de mate van vertrouwelijkheid.

¹ HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 en HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622, ECLI:NL:HR:2006:AV2386.

² HR 29 juni 2004, NJ 2005, 273, ECLI:NL:HR:2004:AO5070.

³ HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173.

Advocaten en journalisten zijn onder anderen verschoningsgerechtigden. Het belang van het verschoningsrecht van een advocaat is onder meer gelegen in het *fair trial* beginsel (artikel 6 EVRM). Vertrouwelijke communicatie van een advocaat met diens cliënt mag in de regel niet, via de inzet van bijzondere bevoegdheden door de diensten, in bijvoorbeeld een strafdossier terechtkomen. Het belang van het verschoningsrecht van een journalist is gelegen in de bescherming van zijn journalistieke bronnen en vloeit voort uit artikel 10 EVRM (zie par. 4.3 in deze bijlage).

Het verschoningsrecht is niet absoluut. Het kan door de diensten worden doorbroken wanneer sprake is van een of meerdere concrete aanwijzingen van een direct gevaar voor de nationale veiligheid.

3. De begrippen “advocaat” en “journalist”

3.1 Wie is advocaat?

Wie advocaat is wordt bepaald door de wetgeving van het land waar hij is ingeschreven. In Nederland zijn ingevolge de Advocatenwet die personen advocaat, die staan ingeschreven op het tableau van de Nederlandse orde van advocaten.⁴ In de openbare lichamen Bonaire, Sint-Eustatius en Saba is ingevolge de Advocatenwet BES een ieder advocaat die als zodanig ingeschreven staat bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint-Maarten en van Bonaire, Sint-Eustatius en Saba (hierna: Gemeenschappelijk Hof van Justitie).⁵

In eerdere toezichtsrapporten is niet expliciet stilgestaan bij de vraag in hoeverre door de diensten rekening moet worden gehouden met het verschoningsrecht van advocaten die niet in Nederland staan ingeschreven en in het buitenland werkzaam zijn (buitenlandse advocaten).

Uit het arrest van het Gerechtshof Den Haag (27 oktober 2015) kan worden afgeleid dat dezelfde regels moeten worden nageleefd ten aanzien alle advocaten die zijn ingeschreven in een EU-lidstaat, waaronder *in ieder geval* advocaten die werkzaam zijn in Nederland.⁶

De CTIVD heeft geen rechtvaardiging kunnen vinden voor een onderscheid tussen advocaten werkzaam in Nederland en advocaten die dat niet zijn. Het algemene rechtsbeginsel waarop het verschoningsrecht is gebaseerd stelt het verschoningsrecht van een advocaat niet afhankelijk van de plaats van inschrijving of geografische locatie. Centraal staat de vraag in hoeverre de communicatie die heeft plaatsgevonden tussen een advocaat en een ander in dit verband moet worden gezien als *vertrouwelijke communicatie* waarop het verschoningsrecht van toepassing is. Het uitgangspunt moet zijn dat een advocaat vertrouwelijk moet kunnen overleggen met een rechtzoekende zonder de vrees dat anderen daarvan kennisnemen, ongeacht waar deze advocaat en rechtzoekende zich bevinden.

Het is wel van belang hier op te merken dat in de praktijk bij de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens targets in het buitenland, redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat de diensten altijd weten welke buitenlandse personen advocaten zijn. Het is voor de diensten ondoenlijk om van alle landen te

⁴ Artikel 16a e.v. Advocatenwet, waarin wordt bepaald wanneer een in Nederland optredende buitenlandse advocaat als advocaat in de zin van de Advocatenwet wordt aangemerkt. Dit betreft een implementatie van de Europese richtlijn tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten (77/249/EEG).

⁵ Voor de andere landen binnen het Koninkrijk (Aruba, Curaçao, Sint-Maarten) wordt in lokale wet- en regelgeving bepaald wie wordt aangemerkt als advocaat. Ook voor deze landen geldt dat een persoon advocaat is als deze als zodanig staat ingeschreven bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie.

⁶ Hof Den Haag 27 oktober 2015 ECLI:NL:GHDA2015:2881, r.o. 1.12 en 2.11.

weten welke personen daar als advocaat staan ingeschreven.⁷ Zodra echter wordt onderkend dat gaat om vertrouwelijke communicatie, dient deze communicatie als zodanig te worden behandeld.

3.2 Wie is journalist?

Iedereen mag zich journalist noemen. Journalisten vormen geen gesloten beroepsgroep zoals advocaten.⁸ In het kader van het wetsvoorstel bronbescherming in strafzaken, heeft de Raad van State in haar advies overwogen dat uit jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) niet zonder meer af te leiden is welke categorie personen een beroep kan doen op bronbescherming en dat het om deze reden vooralsnog de voorkeur verdient een wettelijk recht op bronbescherming voor te behouden aan personen die beroepsmatig als journalist informatie verzamelen.⁹ Gelijk aan de hierna te bespreken Tijdelijke Regeling hanteert de CTIVD als definitie van journalist: degene die beroepsmatig informatie verzamelt, verspreidt of publiceert ten behoeve van het publieke debat. Dit is ook de definitie die in de onderzoeksperiode aansloot bij de stand van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot journalistieke bronbescherming.¹⁰ Ten aanzien van de toepassing van het verschoningsrecht doet niet ter zake of een journalist zich in Nederland of daarbuiten bevindt.

4. Een beknopt overzicht van het toetsingskader

4.1 Algemene wettelijke vereisten (Wiv 2002)

- Een bijzondere bevoegdheid mag door de diensten slechts worden ingezet voor zover dit noodzakelijk is voor een goede uitvoering in het kader van de veiligheidstaak¹¹ of de inlichtingentaak buitenland¹² (noodzakelijkheidstoets, artikel 18 Wiv 2002).
- De inzet van een bijzondere bevoegdheid moet in redelijke verhouding staan tot het doel (proportionaliteitstoets) en zo licht mogelijk zijn (subsidiariteitstoets, artikelen 31 en 32 Wiv 2002).

⁷ Uitzonderingen hierop zijn advocaten die staan ingeschreven bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie. Hun inschrijving geeft deze advocaten namelijk het recht in Nederland (voor zover het Bonaire, St. Eustatius en Saba betreft) werkzaamheden te verrichten en op te treden bij de Hoge Raad der Nederlanden (artikel 8 en 13 Rijkswet cassatierechtspraak voor Aruba, Curaçao, Sint-Maarten en voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba). Dit maakt een verschil in benadering tussen advocaten die in Nederland werkzaam zijn en advocaten die in de andere landen van het Koninkrijk der Nederlanden werkzaam zijn, onwenselijk.

⁸ CTIVD nr. 19, p. 36.

⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 032, nr. 4.

¹⁰ Blijkens de memorie van toelichting bij het voorstel tot wijziging van de Wiv ziet het kabinet af van een wettelijke definitie van het begrip “journalist”. Volgens de memorie van toelichting zal worden aangesloten bij de invulling die door het EHRM aan het begrip wordt gegeven. De invulling van het begrip en de regelgeving daaromtrent kan dan mee evolueren met de ontwikkeling in de jurisprudentie van het EHRM.

¹¹ Taak gericht op het onderkennen van dreigingen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde dan wel voor de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat, of voor de veiligheid en de paraatheid van de krijgsmacht (artikel 6 lid 2 sub a (AIVD) en artikel 7 lid 2 sub a en c (MIVD) van de Wiv 2002).

¹² Het doen van onderzoek naar andere landen (zie artikel 6 lid 2 sub d (AIVD) en artikel 7 lid 2 sub e (MIVD) van de Wiv 2002). De diensten verrichten onderzoek naar onderwerpen en gebieden die worden genoemd in de zogenaamde Geïntegreerde Aanwijzing. Dit gebeurt om in het belang van de nationale veiligheid inlichtingen te vergaren die de regering kunnen ondersteunen bij het bepalen van het buitenlandse beleid en bij het voeren van internationale onderhandelingen.

- Onderschepte communicatie waarvan de verwerking door de diensten niet (langer) noodzakelijk is, moet worden vernietigd (vernietigingsplicht, artikel 12 jo. artikel 43 Wiv 2002).¹³

4.2 Specifieke vereisten bij de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens advocaten (CTIVD)

- Een bijzondere bevoegdheid die wordt ingezet jegens een advocaat (directe inzet) moet, naast de algemene wettelijke vereisten, voldoen aan een verzwaarde proportionaliteitstoets. Deze toets houdt in dat de diensten (expliciet) moeten afwegen of het belang van een goede taakuitvoering zwaarder weegt dan het belang van het verschoningsrecht. Ter invulling van (het verzwaarde element van) deze toets moet sprake zijn van een of meer concrete aanwijzingen van een direct gevaar voor de nationale veiligheid.¹⁴
- De bovenstaande verzwaarde proportionaliteitstoets geldt eveneens voor het uitwerken van communicatie met advocaten (directe/indirecte inzet). Voor het uitwerken van deze communicatie dient de daarvoor verantwoordelijke leidinggevende toestemming te geven. Dit moet schriftelijk gemotiveerd worden vastgelegd. Bovendien moet periodiek worden onderzocht of de uitwerking nog steeds relevant is voor de uitvoering van de inlichtingen- en/of veiligheidstaak.¹⁵
- Niet in alle gevallen zal het makkelijk zijn vast te stellen of bepaalde communicatie de bescherming van het verschoningsrecht dient te genieten. Met name de vraag of informatie aan een advocaat is toevertrouwd zal niet altijd eenvoudig te beantwoorden zijn. In die gevallen dat hierover twijfel bestaat moet het uitgangspunt zijn dat het verschoningsrecht van toepassing is.¹⁶
- Aan de inzet van een bijzondere bevoegdheid jegens een advocaat (directe inzet) is een kortere toestemmingstermijn verbonden (een maand).¹⁷
- Bij de inzet van een bijzondere bevoegdheid jegens een target waarbij redelijkerwijs voorzienbaar is dat deze contact zal hebben met een advocaat, moeten de diensten vooraf expliciet motiveren (in de verzoeken om toestemming) wat zij zullen doen met de communicatie tussen het target en de advocaat.¹⁸ Deze motiveringsplicht zorgt enerzijds voor alertheid ten aanzien van deze materie bij de betrokken dienstmedewerkers en geeft anderzijds de toestemmingverlener de mogelijkheid om de waarschijnlijkheid dat (ook) vertrouwelijke communicatie wordt onderschept, mee te wegen in zijn besluit om al dan niet toestemming te verlenen voor de inzet.

¹³ Zie omtrent de vernietigingsplicht de vaste EHRM-jurisprudentie: EHRM 4 december 2015, 47143/06 (Zakharov/Rusland), par. 255 ; EHRM 6 september 1978, 5029/71 (Kennedy/Verenigd Koninkrijk), par. 52; EHRM 18 mei 2010, 26839/05 (Klass e.a./Duitsland), par. 162.

¹⁴ O.a. CTIVD nr. 46, p. 9.

¹⁵ Idem.

¹⁶ CTIVD nr. 46, p. 8.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem., p. 10.

4.3 Specifieke vereisten bij de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens journalisten

Zoals hierboven reeds aangegeven hebben journalisten het recht hun bronnen in beginsel geheim te houden. Een essentiële voorwaarde voor een journalist om informatie te ontvangen is dat hij toegang heeft tot (journalistieke) bronnen. Dit wordt beschermd door artikel 10 EVRM.

Artikel 10 EVRM – Vrijheid van meningsuiting

1. Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. [...]
2. daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid [...].

Uit vaste jurisprudentie van het EHRM volgt expliciet dat artikel 10 EVRM het recht voor journalisten omvat hun bronnen geheim te houden. Zonder de bescherming van dit recht kunnen bronnen ervan worden afgeschrikt om de pers te helpen bij het informeren van het publiek over zaken van publiek belang (het zogenaamde *chilling effect*), aldus het EHRM. Het recht op bronbescherming kan immers teniet worden gedaan door dwangmiddelen¹⁹ en de inzet van bevoegdheden²⁰ door de overheid. De rol van de pers als "*vital public-watchdog*" met gebruikmaking van betrouwbare informatie kan daardoor worden ondermijnd.

Het recht op bronbescherming is niet absoluut. Uit het tweede lid van artikel 10 EVRM jo. artikel 8 EVRM volgt immers dat dit recht kan worden beperkt. Vaste jurisprudentie van het EHRM vult de benodigde voorwaarden voor een dergelijke beperking nader in. Volgens het EHRM moet, gezien het essentiële belang van de persvrijheid in een democratische rechtsstaat *elke* beperking van het recht op (journalistieke) bronbescherming, vergezeld gaan van juridische waarborgen passend bij het belang van het beginsel dat in het geding is.²¹

Dergelijke waarborgen kunnen volgens het EHRM gelegen zijn in voorafgaande en bindende toetsing door een onafhankelijk orgaan en een (verzwaarde) belangenafweging tussen het algemeen belang en het belang van een journalist een bron te beschermen. Er moet sprake zijn van een "*overriding requirement in the public interest*" (zwaarwegende algemene belangen), wil het doorbreken van het journalistieke bronbeschermingsrecht gerechtvaardigd zijn. Deze (verzwaarde) belangenafweging moet op een bindende wijze worden getoetst door een onafhankelijk orgaan.²²

De CTIVD heeft in dat kader in eerdere rapporten aangegeven dat de inzet van een bijzondere bevoegdheid jegens journalisten primair met het doel een bron te achterhalen ongeoorloofd is, tenzij zwaarwegende, bijzondere omstandigheden het noodzakelijk maken dat het verschoningsrecht van

¹⁹ EHRM 27 maart 1996, 17488/90 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 14 september 2010, 38224/03 (*Sanoma/Nederland*).

²⁰ EHRM 22 november 2012, 39315/06 (*Telegraaf e.a./Nederland*).

²¹ EHRM 14 september 2010, 38224/03 (*Sanoma/Nederland*), par. 88-90.

²² Idem.

de journalist dient te wijken.²³ De verzwaarde proportionaliteitstoets ziet op het bestaan van een of meer concrete aanwijzingen van een direct gevaar voor de nationale veiligheid.

Het kabinet heeft naar aanleiding van de EHRM-jurisprudentie een wijziging voorgesteld van de Wiv 2002. Zij stelde in 2015 voor de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid jegens een journalist, waarbij de uitoefening is gericht op het achterhalen van diens bron slechts toe te staan als de rechtbank Den Haag daartoe toestemming verleent. Dit is inmiddels tot uitdrukking gebracht in het wetsvoorstel voor een nieuwe wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en, in afwachting van inwerkingtreding daarvan, de Tijdelijke Regeling (zie par. 5 van deze bijlage).

Hiermee is duidelijk dat *in ieder geval* de directe inzet van bijzondere bevoegdheden jegens een journalist (mede) met het doel diens bron te achterhalen is (en moet zijn) onderworpen aan onafhankelijke en bindende toetsing vooraf.²⁴

Dit roept de vraag op welke waarborgen gelden als op een andere manier informatie over het contact tussen journalisten en hun bronnen wordt verzameld, bijvoorbeeld bij de inzet van bulkinterceptiebevoegdheden of bij de inzet van een bijzondere bevoegdheid die wordt uitgeoefend jegens de bron van een journalist (indirecte inzet).²⁵

Uit de zaak Weber en Saravia (EHRM) kan worden afgeleid dat bij de inzet van bulkinterceptiebevoegdheden uitsluitend met het specifiek omschreven doel ernstige misdrijven (en daarmee ernstige gevaren voor de staat) te voorkomen, waarborgen zoals toetsing door een onafhankelijk orgaan niet per definitie zijn vereist.²⁶ Ook in het geval mogelijk vertrouwelijke communicatie tussen journalist en diens bron wordt onderschept, bijvoorbeeld als bijvangst. In een dergelijk geval is er wel sprake van een inbreuk artikel 10 EVRM, maar is deze inbreuk niet dermate ernstig (*particularly serious*) omdat deze niet is gericht op het achterhalen van de journalistieke bron en daarmee op bronbescherming.²⁷ Het ging in feite om een situatie waarbij men *bij toeval* kon stuiten op communicatie tussen een journalist en diens bron. Dit in tegenstelling tot de latere Telegraaf-zaak (EHRM) waar de inzet van bevoegdheden mede was gericht op journalisten en het achterhalen van diens bron(nen). In deze zaak, waarin sprake was van het lekken van staatsgeheimen, ging het identificeren van het lek gepaard met het vaststellen van journalistieke bronnen.²⁸

Het EHRM heeft zich nog niet uitgesproken over noodzakelijke waarborgen bij de inzet van bijzondere bevoegdheden jegens een bron van een journalist (indirecte inzet). De lijn van onder meer de zaak Weber en Saravia en de Telegraaf-zaak voortzettend, zal bepalend moeten zijn in welke mate het recht van journalistieke bronbescherming wordt geraakt. Hierbij speelt de gerichtheid op het achterhalen van de journalistieke bron een grote rol. Of de inzet van de bijzondere bevoegdheid wordt uitgeoefend jegens de journalist of jegens een ander persoon lijkt hierbij niet doorslaggevend.

²³ CTIVD nr. 10, p. 13.

²⁴ In het nieuwe wetsvoorstel Wiv 20.. is dit verruimd. Voorgesteld wordt rechterlijke toestemming te vereisen als de inzet jegens een journalist kan leiden tot verwerving van gegevens inzake de bron van een journalist.

²⁵ Uit EHRM-jurisprudentie volgt dat een journalistieke bron eenieder is die vrijelijk informatie verstrekt aan een journalist over zaken die van publiek belang of van belang voor anderen zijn (EHRM 22 november 2012, 39315/06 (*Telegraaf e.a./Nederland*), par. 86). Dit betekent dat niet iedereen die informatie verstrekt aan een journalist per definitie kan worden beschouwd als een bron wiens identiteit beschermd wordt door artikel 10 EVRM (O.a. EHRM 27 mei 2014, 8406/06 (*Stichting Ostade Blad /Nederland*, par. 61-65).

²⁶ EHRM 29 juni 2006, 54943/00 (*Weber en Saravia/Duitsland*), par. 3-6, 9, 27, 78, 144-152. In deze zaak vond het Hof het niet nodig dat sprake was van onafhankelijke en bindende toetsing vooraf of een (verzwaarde) belangenafweging.

²⁷ Idem, par. 96.

²⁸ EHRM 22 november 2012, 39315/06 (*Telegraaf e.a./Nederland*).

Ook de aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa met betrekking tot de bescherming van journalistieke bronnen wijzen in deze richting.²⁹

De CTIVD concludeert dat de jurisprudentie over de indirecte inzet van bevoegdheden jegens journalisten nog niet is uitgekristalliseerd. De in december 2015 uitgebrachte Tijdelijke Regeling gaat niet in op de indirecte inzet van bevoegdheden tegen journalisten. Een helder antwoord op de vraag welke waarborgen in deze gevallen noodzakelijk zijn ontbreekt daarmee.

Het is echter van belang hierin voor de toekomst helderheid te verschaffen. Doorredenerend vanuit de geschetste jurisprudentie vindt de CTIVD een onafhankelijke bindende toetsing in de rede liggen als de indirecte inzet van een bevoegdheid jegens een journalist (mede) is gericht op het achterhalen van een journalistieke bron. Hierbij sprake kan immers ook sprake zijn van een inbreuk op de journalistieke bronbescherming.

De CTIVD beveelt in hoofdstuk 4 van dit toezichtsrapport dan ook aan de Tijdelijke Regeling zo toe te passen dat de Tijdelijke Toetsingscommissie in zulke gevallen om bindend advies wordt verzocht voorafgaande aan de (verdere) verwerking van gegevens inzake een journalistieke bron.

Deze aanbeveling strekt er derhalve toe dat de ministers voor de resterende looptijd van de Tijdelijke Regeling deze aanvullende waarborg van toepassing verklaren, respectievelijk aangeven dat de onder hen ressorterende diensten zich daarnaar zullen gedragen. Daarenboven beveelt de CTIVD de ministers aan een naar strekking gelijke bepaling, analoog aan de regeling die geldt voor advocaten, op te nemen in het thans in parlementaire behandeling zijnde wetsvoorstel voor een nieuwe wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Zij verwijst hiervoor naar haar Zienswijze op de Wiv 20..³⁰

Gelijk aan de regeling ten aanzien van het verwerken van vertrouwelijke communicatie met advocaten als gevolg van een indirecte inzet, betekent dit in de praktijk dat deze toetsing zou moeten plaatsvinden voorafgaande aan het *uitwerken* van communicatie (of informatie daarover; denk aan telefonieverkeersgegevens) die gegevens bevatten inzake een journalistieke bron.

Vooraf moet in het verzoek om toestemming voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid, wanneer redelijkerwijs voorzienbaar is dat dergelijke communicatie (of informatie daarover) wordt verworven, wel worden aangegeven wat met deze communicatie of informatie zal worden gedaan.

Tot slot is het van belang te vermelden dat in de praktijk het voor de diensten of de betrokken minister niet altijd even duidelijk zal zijn of daadwerkelijk sprake is (van het achterhalen) van een journalistieke bron. Zij acht het raadzaam dat in dergelijke twijfelgevallen de Tijdelijke Toetsingscommissie wordt geconsulteerd.

Samenvattend:

- De inzet van bijzondere bevoegdheden jegens een journalist (mede) met het doel diens bron te achterhalen is (en moet zijn) onderworpen aan onafhankelijke en bindende toetsing vooraf.

²⁹ Recommendation No. R. (2000) 7 of the Committee of Ministers to member states on the right of journalists not to disclose their sources of information (Appendix), principle 6.

³⁰ Hierin adviseert de CTIVD in de Wiv 20.. een regeling op te nemen voor het verwerken van gegevens die betrekking hebben op de identiteit van een bron van een journalist en verkregen zijn door de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid jegens een ander dan een journalist (Zienswijze van de CTIVD op het wetsvoorstel 20.. (november 2016), Bijlage II, par. 1) en het 'Nader standpunt CTIVD wetsvoorstel Wiv 20..' (januari 2017), p. 7.

- Hoewel nog niet volledig uitgekristalliseerd, lijken de jurisprudentie van het EHRM en de Aanbevelingen van het Comité van Ministers van de Raad van Europa erop te wijzen dat onafhankelijke bindende toetsing in de rede ligt als de indirecte inzet van een bevoegdheid jegens een journalist (mede) is gericht op het achterhalen van een journalistieke bron. Hierbij sprake kan immers ook sprake zijn van een inbreuk op de journalistieke bronbescherming.
- Gelijk aan de regeling ten aanzien van het verwerken van vertrouwelijke communicatie met advocaten als gevolg van een indirecte inzet, beveelt de CTIVD aan deze toetsing te laten plaatsvinden voorafgaande aan het *uitwerken* van communicatie (of informatie daarover; denk aan telefonieverkeersgegevens) die gegevens bevatten inzake een journalistieke bron.
- *Overige vereisten*
 - Aan de inzet van een bijzondere bevoegdheid jegens een journalist met het doel diens bron te achterhalen (directe inzet) is een kortere toestemmingstermijn verbonden (een maand).³¹
 - Bij de inzet van een bijzondere bevoegdheid jegens een target waarbij redelijkerwijs voorzienbaar is dat deze contact zal hebben met een journalist, moeten de diensten vooraf motiveren wat zij zullen doen met de communicatie tussen het target en de journalist indien deze valt onder het journalistieke brongeheim.³² Dit geldt ook indien de inzet wordt uitgeoefend jegens een journalist, zonder het doel zijn bronnen te achterhalen. Bijvoorbeeld omdat de journalist een persoon betreft van wie het vermoeden bestaat dat hij een gevaar is voor de nationale veiligheid.

5. Tijdelijke Regeling

De Tijdelijke Regeling voorziet in onafhankelijk toezicht door een orgaan dat de bevoegdheid heeft de inzet van een bijzondere bevoegdheid jegens advocaten of journalisten te voorkomen of te beëindigen. Dit orgaan is de zogenaamde Tijdelijke Toetsingscommissie³³ die voorafgaande aan onder meer de inzet van een bijzondere bevoegdheid of verstrekking aan het Openbaar Ministerie (OM) verplicht om bindend advies moet worden gevraagd.³⁴ De Wiv 2002 voorziet hier niet in. De werking van de Tijdelijke Regeling is op de volgende pagina schematisch weergegeven en wordt in deze paragraaf toegelicht.

Wat is er veranderd met de inwerkingtreding van de Tijdelijke Regeling?

Volgens de Tijdelijke Regeling moet door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties of de minister van Defensie om bindend advies van de Tijdelijke Toetsingscommissie worden gevraagd in de volgende situaties:

- De betrokken minister is voornemens toestemming te verlenen voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid die ertoe kan leiden dat kennis wordt genomen van de vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en een rechtzoekende.³⁵ Het woord “kan” impliceert dat het hier niet gaat om

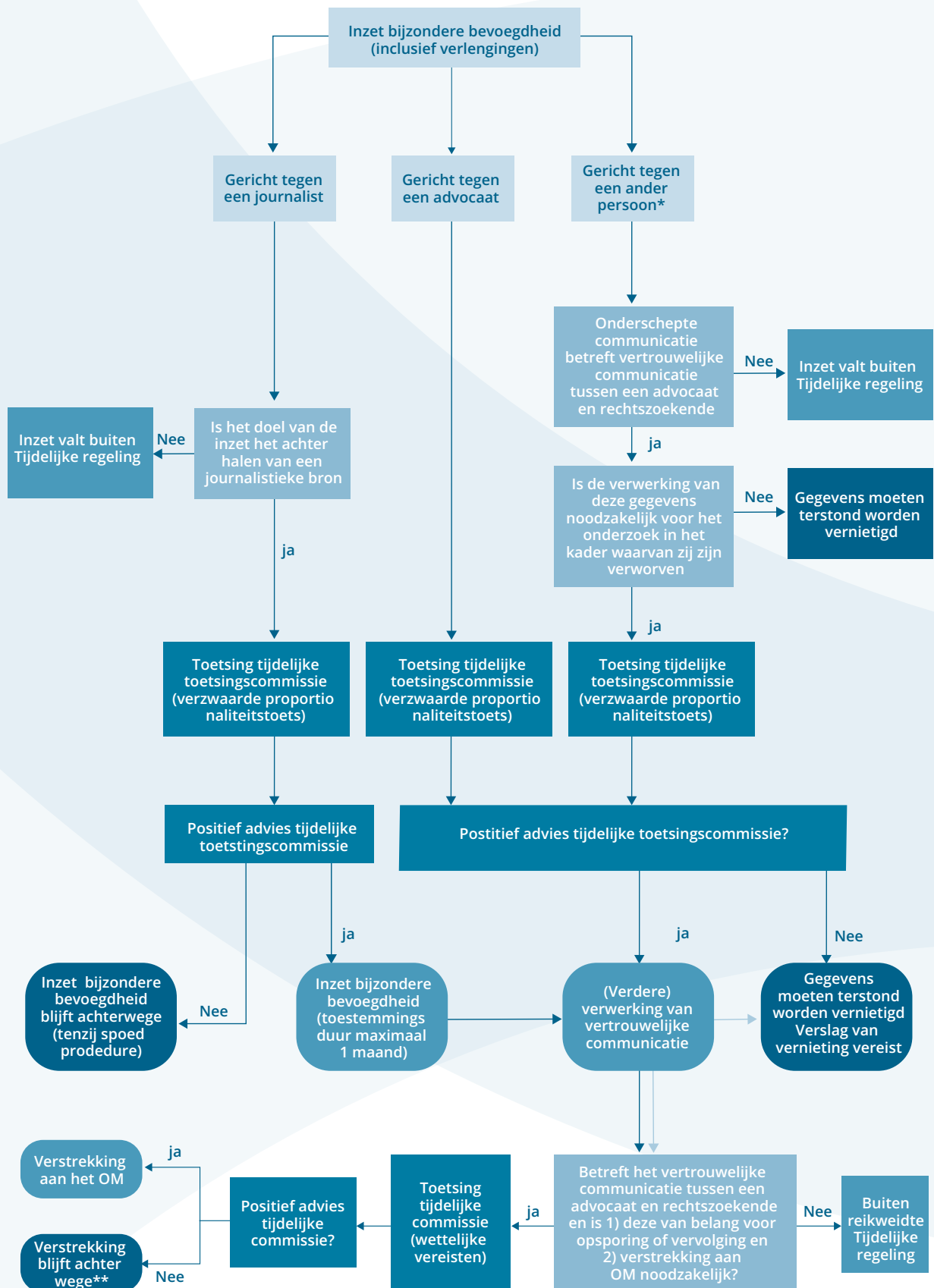
³¹ CTIVD nr. 19, p. 34. Deze beperkte toestemmingstermijn (een maand i.p.v. drie maanden) geldt ook ten aanzien van andere verschoningsgerechtigden (CTIVD nr. 10, p.13-14).

³² CTIVD nr. 40, p. 9.

³³ De Tijdelijke Toetsingscommissie bestaat uit een lid en plaatsvervangend lid. De voorzitter van de CTIVD is middels de Tijdelijke Regeling benoemd tot lid. Het plaatsvervangend lid is bij ministerieel besluit benoemd (conform artikel 10 van de Tijdelijke Regeling).

³⁴ Artikel 9 Tijdelijke Regeling.

³⁵ De bijzondere bevoegdheid tot het openen van brieven en geadresseerde zendingen, zonder goedvinden van de afzender of de geadresseerde (artikel 23 Wiv 2002), valt hier niet onder. Volgens de Wiv 2002 is niet de betrokken minister, maar de rechtbank Den Haag bevoegd om daarvoor een last af te geven. Hoewel dit in de Tijdelijke Regeling niet expliciet staat vermeld, vallen ook de verlengingsaanvragen van inzet van bijzondere bevoegdheden onder de adviesplicht uit de Tijdelijke Regeling.



* Indien sprake is van voorzienbare contact met een verschoningsgerechtigde, moet in de lastgeving het verschoningsrecht worden betrokken en worden aangegeven wat met onderschepte vertrouwelijke communicatie zal worden gedaan.

** De gegevens op basis waarvan de voorgenomen verstrekking is gebaseerd, mogen wel voor andere doeleinden worden blijven gebruikt, mits in overeenstemming met de wet.

de zekerheid dat een dergelijke kennisname plaatsvindt, maar de mogelijkheid ervan. Dit brengt met zich mee dat ook in het geval het de diensten niet gaat om de persoon in zijn hoedanigheid als advocaat (maar bijv. zijn of haar persoonlijke of andere professionele hoedanigheid) de Tijdelijke Regeling moet worden toegepast. De mogelijkheid dat vertrouwelijke communicatie *kan* worden onderschept is immers leidend. De toelichting bij de Tijdelijke Regeling vermeldt dat de Tijdelijke Regeling geldt voor alle advocaten als bedoeld in de richtlijn 77/249/EEG die werkzaam zijn in Nederland, daaronder begrepen het Caribische deel daarvan.

- De betrokken minister is voornemens toestemming te verlenen voor het *niet* terstond vernietigen van vertrouwelijke communicatie van een rechtzoekende met een advocaat die is verkregen door middel van een inzet van een bijzondere bevoegdheid jegens iemand anders dan een advocaat.
- Voorafgaande aan de verstrekking aan het OM van gegevens die zijn verkregen uit de inzet van een bijzondere bevoegdheid jegens een advocaat (direct en indirect) en die van belang kunnen zijn voor de opsporing of vervolging van strafbare feiten.
- De betrokken minister is voornemens toestemming te verlenen voor de inzet van een bijzondere bevoegdheid die jegens een journalist plaatsvindt en gericht is op het achterhalen van diens bron.³⁶
- Het hoofd van een van de diensten is voornemens toestemming te verlenen voor de inzet van de bijzondere bevoegdheid tot het opvragen van verkeersgegevens (artikel 28 Wiv 2002) met het doel een journalistieke bron te achterhalen.³⁷

³⁶ Idem.

³⁷ In dit kader ziet de inzet van deze bevoegdheid alleen op het achterhalen van een journalistieke bron. Met het slechts opvragen van verkeersgegevens kan immers niet worden kennisgenomen van vertrouwelijke communicatie.



Anna van Saksenlaan 50 | 2593 HT Den Haag
T 070 315 58 20 | F 070 381 71 68
E info@ctivd.nl | www.ctivd.nl