Boekx
Media & Intellectual Property

Boekx Advocaten
Leidsegracht 9
Postbus 15988
1001 NL Amsterdam
T +31 20 528 95 32
F +31 20 528 95 37
www.boekx.com

De Minister-President, Minister van Algemene Zaken
De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
De Minister van Defensie
De Minister van Veiligheid en Justitie

Amsterdam, 9 december 2016

Inzake: Reactie op wetsvoorstel Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20..
Aanbevelingen Studiecommissie Journalistieke Bronbescherming

Excellenties,

De Studiecommissie Journalistieke Bronbescherming[1] van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht heeft kennisgenomen van het wetsvoorstel voor een Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten[2] (hierna: 'het Wetsvoorstel') dat op 28 oktober 2016 aan de Tweede Kamer is gestuurd.

De Studiecommissie heeft bij brief van 31 augustus 2015 commentaar gegeven op het toen ter consultatie voorgelegde concept voor dat wetsvoorstel (bijlage 1), en bij brief van 28 januari 2016 heeft zij commentaar gegeven op het verwante Wetsvoorstel Bronbescherming in Strafzaken (bijlage 2).

[1] De Studiecommissie bestaat uit de volgende leden:
- mr. T. Bruning, secretaris Nederlandse Vereniging van Journalisten;
- prof. dr. N. Helberger, hoogleraar Informatierecht, IvIR, Universiteit van Amsterdam;
- prof. dr. A.W. Hins, hoogleraar Mediarecht, Universiteit Leiden;
- mr. G. Kemper, advocaat;
- mr. W.F. Korthals Altes, senior-rechter Rechtbank Amsterdam, Visiting Professor New York Law School;
- mr. B. Le Poole, advocaat, Le Poole Bekema;
- mr. P. Malherbe, journalist en docent journalistiek, Universiteit van Amsterdam en Hogeschool voor de Kunsten Utrecht;
- dr. T. McGonagle, senior onderzoeker IvIR, Universiteit van Amsterdam;
- mr. S.P. Poppelaars, promovenda Staatsrecht, Radboud Universiteit Nijmegen;
- dr. Ch. Samkalden, advocaat, Prakken d'Oliveira;
- mr. O. Trojan, advocaat, Bird & Bird;
- mr. J.P. Vogel, director juridische zaken Sanoma Media Netherlands B.V.;
- mr. O.M.B.J. Volgenant, advocaat, Boekx Advocaten; en
- prof. dr. D. Voorhoof, hoogleraar Mediarecht, Universiteit Gent en Universiteit Kopenhagen.

[2] TK 34588, nr 2.

Alle diensten worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met de maatschap Boekx Advocaten. Op deze diensten zijn de algemene voorwaarden, die een beperking van aansprakelijkheid bevatten, exclusief van toepassing. Ze zijn te raadplegen op www.boekx.com en worden op verzoek kosteloos toegezonden.

All services are provided solely by Boekx Advocaten, a partnership established under Dutch law, under a contract for services. The general terms and conditions of Boekx apply exclusively to all services and include a limitation of liability. They can be viewed at www.boekx.com and will be sent upon request, free of charge.

Journalistieke bronbescherming is hard nodig, juist ook waar het de inlichtingen- en veiligheidsdiensten betreft. De praktijk heeft de afgelopen jaren geleerd dat de AIVD een aantal malen aantoonbaar te ver is gegaan met het inzetten van bevoegdheden jegens journalisten. De constatering achteraf dat hiermee de regels rond bronbescherming werden overtreden biedt geen bescherming aan bronnen. Wanneer de identiteit van een bron eenmaal bekend is kan die kennis niet meer ongedaan gemaakt worden. De waarborgen dienen er op gericht te zijn dat er altijd voorafgaande rechterlijke toetsing plaatsvindt vóórdat de inlichtingendiensten informatie verkrijgen waarmee bronnen geïdentificeerd kunnen worden. En wanneer er zonder voorafgaande rechterlijke toestemming niettemin dergelijke informatie is vergaard, dient deze direct vernietigd te worden.

Het EHRM heeft keer op keer het belang van journalistieke bronbescherming benadrukt, en daarbij het principe van een *ex ante* beoordeling door een rechter of onafhankelijke instantie erkend als cruciale procedurele waarborg. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat artikel 10 EVRM zich ook uitstrekt tot inlichtingen- en veiligheidsdiensten.[3]

Helaas heeft de AIVD waar het gaat om de bescherming van de speciale positie van journalisten en hun bronnen geen goed *track record*. De AIVD is de afgelopen jaren een aantal keren in de fout gegaan toen zij de bronnen van journalisten die over de AIVD berichtten wilde achterhalen. Toen De Telegraaf in 2006 publiceerde over 'AIVD-geheimen bij de drugsmaffia' ging de AIVD direct de betrokken journalisten afluisteren, volgen en hun telecomgegevens opvragen. Deze kwestie leidde tot een veroordeling van Nederland door het EHRM in 2012. En toen De Telegraaf in 2009 publiceerde hoe de 'AIVD faalde rond Irak' ging de AIVD wederom direct de journalisten afluisteren om hun bron te achterhalen. De CTIVD oordeelde achteraf dat dit niet proportioneel was, maar toen had de AIVD al voldoende informatie vergaard. Deze kwestie is inmiddels aan het EHRM voorgelegd. In die kwestie vond ook huiszoeking plaats bij een journaliste van De Telegraaf, en werden computers van journalisten in beslag genomen. De Nederlandse regering heeft expliciet erkend dat hiermee inbreuk werd gemaakt op artikel 10 EVRM: *"[T]he Government hereby wishes to express – by way of unilateral declaration – its acknowledgement that the requirements of Article 10 of the Convention were violated in respect of the applicants*".[4]

De Studiecommissie constateert dat het recht op bronbescherming onvoldoende gewaarborgd is wanneer het Wetsvoorstel ongewijzigd zou worden aangenomen. De Studiecommissie doet in aanvulling op de eerdere opmerkingen de volgende aanbevelingen.

---

[3] EHRM 22 november 2012, no. 39315/06, *De Telegraaf / Nederland*, EHRM 25 juni 2014, no. 48135/06, *Youth Initiative for Human Rights v. Servië*, EHRM 8 januari 2013, no. 40238/02, *Bucur en Toma v. Roemenië*, EHRM 4 december 2015, no. 47143/06, *Zakharov t. Rusland.*

[4] EHRM 22 september 2016, nr. 33847/11, *Telegraaf en Jolande van der Graaf v. Nederland.*

a. Het recht op bronbescherming zou een wassen neus zijn als deze bronbescherming beperkt zou worden tot het vragen van rechterlijke toetsing in een fase dat een overheidsdienst de informatie al lang in huis heeft.[5] Dit is in strijd met de rechtspraak van het EHRM.[6]

b. De Memorie van Toelichting is lijvig, maar nut en noodzaak van de voorgestelde forse uitbreiding van bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten worden daarin niet onderbouwd. In de Memorie van Toelichting valt te lezen dat ongeveer 90% van alle telecommunicatie via kabelnetwerken verloopt.[7] De diensten hebben momenteel niet de bevoegdheid tot ongerichte interceptie van de kabel. De regering heeft niet onderbouwd waarom de huidige bevoegdheden, waaronder de huidige bevoegdheid tot *gerichte* interceptie, niet voldoen. Zonder onderbouwing valt niet in te zien waarom het sleepnet zoals voorgesteld in artikel 48 van het Wetsvoorstel noodzakelijk zou zijn. Dit artikel kan geschrapt worden. De massa-surveillance die het Wetsvoorstel mogelijk maakt stuit bovendien op fundamentele juridische bezwaren, omdat het botst met het grondrecht op privacy van alle burgers.

c. In artikel 27, tweede lid, van het Wetsvoorstel is een specifieke bepaling opgenomen ter zake van gegevens die door de diensten zijn verzameld en betrekking hebben op de vertrouwelijke communicatie tussen een *advocaat* en diens cliënt. Het gaat hierbij om communicatie die als bijvangst is verkregen. Uitgangspunt daarbij is dat dergelijke gegevens terstond dienen te worden vernietigd. Een vergelijkbare regeling ontbreekt voor communicatie tussen journalisten en bronnen, of communicatie tussen journalisten onderling. Het ligt voor de hand om de regeling van artikel 27 van het Wetsvoorstel uit te breiden naar journalisten.

- Dit onderscheid vindt ook de CTIVD onjuist.[8] De CTIVD adviseert letterlijk: aanpassing wetstekst artikel 27 lid 2 - Wijzig het lid als volgt: *"Gegevens die betrekking hebben op de vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en diens cliënt dan wel gegevens die betrekking hebben op de identiteit van een bron van een journalist en verkregen zijn door de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid als bedoeld in paragraaf 3.2.5 in andere gevallen als bedoeld in artikel 30, tweede of derde lid, worden terstond vernietigd [...]."*
- In een ingezonden opinie in *De Volkskrant* van 17 november 2016 werd namens journalisten en hoofdredacteuren op ditzelfde punt gewezen.[9]

---

[5] Vzr. Rechtbank Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436, Advocaten / De Staat, r.o. 4.9: '*Volgens de Staat kan als een journalistieke bron eenmaal bekend is, dit niet meer ongedaan gemaakt worden.'*

[6] EHRM 22 november 2012, no. 39315/06, *De Telegraaf / Nederland*, eist '*prior review by an independent body with the power to prevent or terminate it. Review post factum (…) cannot restore the confidentiality of journalistic sources once it is destroyed.'*

[7] TK 34588, nr. 3, p. 94.

[8] Zienswijze CTIVD op wetsvoorstel Wiv 20.., 7 november 2016, https://www.ctivd.nl/documenten/publicaties/2016/11/09/bijlage-ii

[9] *Nieuw wetsvoorstel brengt bronbescherming ernstig in gevaar*, Leon Willems, directeur Free Press Unlimited, Thomas Bruning, algemeen secretaris Nederlandse Vereniging van Journalisten, Marcel Gelauff, voorzitter Genootschap van Hoofdredacteuren, Otto Volgenant, voorzitter Studiecommissie Journalistieke Bronbescherming: http://www.volkskrant.nl/opinie/nieuw-wetsvoorstel-brengt-bronbescherming-ernstig-in-gevaar~a4416611/

- Ook Dunja Mijatović, *Representative on Freedom of the Media* van de *OSCE*, adviseerde in haar brief aan Minister Plasterk van 1 december 2016 dit gelijk te trekken.[10]

d. Het verdient aanbeveling om het rechterlijk toezicht te beleggen bij een meervoudige kamer van de rechtbank Den Haag, zodat drie rechters gezamenlijk beslissen over het opzij zetten van de journalistieke bronbescherming. Het Wetsvoorstel wijst wel de rechtbank Den Haag aan, maar specificeert niet dat de toetsing door een meervoudige kamer dient te geschieden.

e. Het delen van gegevens met andere partijen, waaronder buitenlandse inlichtingendiensten, is met onvoldoende waarborgen omgeven.[11] Uit 'ongeëvalueerde gegevens'[12] zullen bronnen van journalisten kunnen worden gedestilleerd. De wet dient voldoende waarborgen te bevatten om te voorkomen dat derden onderzoek kunnen doen waar de diensten zelf niet toe gerechtigd zijn. Die waarborgen ontbreken nu.

f. Bronbescherming strekt zich in het aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering[13] ook uit tot de 'publicist', maar in het voorliggende Wetsvoorstel is dat niet overgenomen. De Studiecommissie is overtuigd van het nut van de uitbreiding van bronbescherming tot de publicist. De regering licht niet toe waarom de publicist wél recht heeft op bronbescherming waar het gaat om een strafrechtelijk onderzoek, maar níet waar het gaat om onderzoek door de veiligheidsdiensten.[14] Bronbescherming voor de publicist dient ook in het voorliggende Wetsvoorstel te worden opgenomen.

---

[10] Brief Dunja Mijatović, 1 december 2016: '*The draft WIV law seems to offer a stronger protection to the confidentiality of the communication of lawyers with their clients. Article 27.2 demands that information regarding this communication be destroyed without delay and exceptions will only be possible following a judicial decision. The draft law does not introduce a similar provision on the destruction without delay of the communication between journalists and their sources.*
I would suggest that explicit safeguards are needed in this respect, bringing the text of the draft Law on the Intelligence and Security Services in line with the draft law on the protection of sources, in order to avoid a negative impact on the freedom of the media. Without these safeguards, whistle blowers and others may refrain from contacting the media with sensitive information. Self-censorship could be an unwelcome consequence of the new legislation, contrary to the public interest.
The Netherlands has always been a model country in its respect of fundamental freedoms. The new law may, for that reason, have an impact beyond its borders.'
[11] Artikel 62 van het Wetsvoorstel.
[12] Als bedoeld in artikel 64 van het Wetsvoorstel.
[13] TK 34032, Wetsvoorstel Bronbescherming in strafzaken.
[14] Dunja Mijatović, Representative on Freedom of the Media van de OSCE, wees hier ook op in haar brief van 1 december 2016 aan Minister Plasterk: "*Finally, the draft Law on Intelligence and Security Services refers to 'journalists', in the articles on investigations regarding citizens performing journalistic activities. The use of the term 'journalists' may lead to the application of this protection to a smaller group of media professionals than those targeted by the draft law on the protection of sources, where your Government plans to extend this right to "journalists and publicists." I commend this as it clearly refers to a broader group of writers, editors, bloggers and commentators, taking into account the fast changing media landscape. The draft law on Intelligence and Security Services may benefit from a harmonization of the terms used."*

g. De verplichting om mee te werken aan ontsleuteling van gegevens en aan het onderzoek van geautomatiseerde systemen kan een groot *chilling effect* hebben wanneer de diensten zich richten op systemen die juist functioneren dankzij het vertrouwen van de gebruiker in de veiligheid en versleuteling. Denk aan het Nederlandse klokkenluidersplatform *Publeaks*. De Studiecommissie is niet gerustgesteld door de 'terughoudendheid' die in de Memorie van Toelichting wordt toegezegd.[15] Beveiligde journalistieke omgevingen zouden niet gedwongen moeten kunnen worden om mee te werken aan ontsleuteling.

De Studiecommissie verzoekt U deze aanbevelingen mee te nemen bij de verdere parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel.

Journalisten moeten kritisch kunnen berichten over misstanden. Zonder bescherming voor bronnen zal informatie over misstanden opdrogen. Uitbreiding van bevoegdheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten om informatie te vergaren zonder dat voorafgaande rechterlijke toetsing heeft plaatsgevonden, staat haaks op het maatschappelijke belang van journalistieke bronbescherming.

Een kopie van deze brief is aan de vaste commissies van de betrokken departementen gezonden.

Hoogachtend,
namens de Studiecommissie Journalistieke Bronbescherming,

O.M.B.J. Volgenant

[15] De verwijzing op p. 237 van de MvT naar toetsing hiervan door de TIB zal een vergissing zijn, nu hiervoor in het Wetsvoorstel de rechtbank Den Haag is aangewezen.