

1. Deze zaak tegen Nederland is een vervolg op de uitspraak van het EHRM van 31 maart 2009, gepubliceerd in de *NJ* 2009, 450, m.nt. van ondergetekende. Anders dan de Kamer van zeven in een verdeelde uitspraak van vier tegen drie oordeelde, vinden de zeventien rechters van de Grand Chamber in een unaniem oordeel dat Nederland het Verdrag heeft geschonden. Aangezien de Nederlandse rechter Myer in de Kamer van zeven behoorde tot de meerderheid die tegen schending stemde, betekent dat dat hij, die als Nederlandse rechter ook q.q. in de Grote Kamer zat, inmiddels van mening is veranderd. Ik bespreek zijn concurring opinion hierna onder 7.
2. Gemakshalve geef ik nog even een recapitulering van de feiten. In februari 2002 werd bij Sanoma, uitgever van het weekblad *Autoweek* een CD-ROM in beslag genomen. Op die elektronische drager bevonden zich foto's van een illegale autorace, georganiseerd op een industrieterrein. Een journalist van *Autoweek* had daar foto's mogen maken, onder toezegging van bescherming van de anonimiteit van de deelnemende auto's en bestuurders. De politie vorderde foto's op door een ambtelijk bevel uit te vaardigen, hetgeen gepaard ging met de nodige dreigementen. De CD ROM werd overgebracht naar het kantoor van de advocaat van Sanoma, die met de Officier van Justitie overeenkwam dat eerst het advies van de dienst doende rechter-commissaris in strafzaken zou worden gevraagd. Dat was dus een interventie op basis van een *overeenkomst* met het OM, niet een wettelijke procedure. Deze rechter-commissaris gaf diezelfde avond het telefonisch advies dat hij in dit geval het opsporingsbelang en de aard van het strafbare feit zwaarder vond wegen. Daarop gaf Sanoma de CD ROM onder protest aan de Officier af. De CD ROM werd in de daarna op grond van artikel 552a Sv volgende beklagprocedure bij de Rechtbank, teruggegeven, maar niet de kopieën die ermee waren gemaakt, omdat volgens de Rechtbank het opsporingsbelang zwaarder woog. De stelling van het OM was dat met de foto's achterhaald kon worden of de auto die bij de race was gebruikt dezelfde was als die later bij een roofoverval met geweld(-dreiging), was gebruikt. Het cassatieberoep tegen de uitspraak van de Rechtbank werd (volgens vaste rechtspraak) bij gebrek aan belang verworpen, omdat het in beslaggenomen voorwerp (de CD ROM) inmiddels was teruggegeven. Of dat bij het nieuwe artikel 552a Sv dat over 'het gebruik van gegevens' spreekt, ook nog het geval is, is in de literatuur een discussiepunt (zie daarover G.A.I. Schuijt in zijn commentaar op dit arrest in *Mediaforum* 2010-11/12, p. 347).
3. De vraag rijst of dit wel een zuivere bronbeschermingszaak is. Wanneer een journalist de anonimiteit van zijn bron wil beschermen gaat het doorgaans over een reportage waarin hij anonieme bronnen citeert of die hij zonder ze te citeren bij de publicatie gebruikt. In dit geval gaat het om bronnen die zelf onderdeel van de reportage zijn, maar anoniem in beeld komen (zoals in dit geval; het ging er om via de andere niet gepubliceerde foto's die anonimiteit op te heffen) of anoniem geïnterviewd of beschreven worden (op de rug gefilmd, met gefade gezichten, onder gefingeerde namen). De Nederlandse regering had op dit punt bij de Grand Chamber verweer gevoerd (par. 54), onder verwijzing naar een oude Commissie beslissing (BBC/UK

appl. nr.254794/94), maar vindt op dit punt geen gehoor. In overweging 90 draait de Grand Chamber het beroep op de Commissiebeslissing om (de beslissing van de Commissie is het eerste voorbeeld van de noodzaak dat er een rechterlijke beoordeling moet zijn vooraleer er in beslagneming kan volgen), zonder in de overweging zelf een duidelijk antwoord op het verweer te geven. Kennelijk vindt het Hof ook in gevallen van de openbaargemaakte, maar bij de openbaarmaking bewust anoniem gehouden bron het beroep op bronbescherming gerechtvaardigd.

4. In de zaak bij de gewone Kamer hadden de dissenters al kritische opmerkingen gemaakt over de gebrekkige rechtsbescherming bij in beslagneming, in het bijzonder waar het om beslagneming bij journalisten gaat. Dit is nu de dragende overweging in het arrest. Er is dus niet voldaan aan de eis 'prescribed by law': De zaak wordt afgedaan op de gebrekkige kwaliteit van de Nederlandse wetgeving. Beslissend is voor het Hof dat bij in beslagneming bij journalisten de wetgeving niet voorziet in een rechterlijke of andere onafhankelijke toetsing vooraf van de beslissing tot in beslagneming. Het Hof oordeelt dat een bevel om bronnen te onthullen een potentieel negatief effect heeft op medewerking van bronnen/klokkenluiders in de toekomst, zodat daarbij de grootst mogelijke zorgvuldigheid in acht moet worden genomen ('chilling effect, zie ook par 71 van de andere zaak tegen Nederland, de zaak Voskuil: EHRM 22 november 2007, appl. 64752/01, NJ 2008, 216, m.nt. E.J. Dommering). Daarom mag volgens het Hof een dergelijke dwangmaatregel niet worden genomen zonder voorafgaande toetsing door ofwel een rechter ofwel een onafhankelijke en onpartijdig beslissende instantie ('body'). Dit toezicht moet worden uitgeoefend (par. 91) 'at the very least prior to the access and use of the obtained material'.
5. Het Hof geeft in de overwegingen 91 en 92 ook enige aanwijzingen over de kwaliteit van de onafhankelijke toetsing vooraf. Het Hof stelt dat het zich er van bewust van is dat in dit soort zaken de vervolgende instantie onder grote tijdsdruk moet handelen, toch moet de rechter of de onafhankelijke instantie in staat zijn om een behoorlijk oordeel te vellen. Ik citeer: 'it must be in a position to carry out this weighing of the potential risks and respective interests prior to disclosure and with reference to the material that it is sought to have disclosed so that the arguments of the authorities seeking the disclosure can be properly assessed. The decision of disclosure should be governed by clear criteria, including whether a less intrusive measure can suffice to serve the overriding public interests established.' De rechter moet de mogelijkheid hebben het bevel tot in beslagneming te beperken tot gespecificeerde stukken, en: 'In situations of urgency, a procedure should exist to identify and isolate, prior to exploitation of the material by the authorities, information that could lead to the identification of sources from information that carries no such risk.' Dit betekent dat het OM een verzoek tot in beslagneming behoorlijk zal moeten onderbouwen. Zoals het Hof aangeeft zijn er twee opties: voorafgaand aan de in beslagneming of voordat het in beslaggenomen materiaal mag worden gebruikt. De eerste variant heeft het voordeel dat een journalist behoed kan worden van de feitelijke uitoefening van de dwangmaatregel (inval bij de redactie en het overhoophalen van het redactiekantoor). De tweede variant heeft het voordeel dat de rechter zich aan de hand van concreet materiaal een beter beeld kan vormen van de risico's van onthulling van bronnen.

6. De Nederlandse procedure voldeed naar het Hof niet aan de eis van voorafgaande toetsing, omdat het OM partij is in de procedure (par. 93: dus niet is een 'impartial and independent body') en het ingewonnen advies van de rechter-commissaris niet op een wet was gebaseerd was en ook niet verplichtend was voor het OM (par. 94-97). Beide gebreken (niet gebaseerd op een wet en niet verplichtend) zijn op zich voldoende om de kwaliteit van de procedure te veroordelen zegt het Hof er in overweging 96 nog bij.
7. Rechter Myer acht in zijn concurring opinion de zaak nog steeds een 'borderline case' die in de noodzakelijkheidstoetsing ten voordele van het opsporingsbelang had kunnen uitvallen. Hij is er evenmin van overtuigd dat het feit dat de Officier van Justitie er mee had ingestemd dat eerst het advies van de rechter-commissaris zou worden ingewonnen geen voldoende waarborg was, omdat (ik parafraseer) het OM in Nederland fatsoenlijk genoeg is om een overeengekomen procedure na te komen. Maar de vermaningen van zijn collega's uit de 'nieuwe democratieën' in het nabije Oosten dat het daar nog wel eens ruig toegaat en de dissenter die in de gewone Kamer een soortgelijke waarschuwing had gegeven ('Finding no violation ... sends out a dangerous signal to the police forces throughout Europe, some of whose members may at times be tempted to display a "similar lack of moderation"'), trekken hem over de streep. Dit is wat men in de praktijk 'voortschrijdend inzicht' pleegt te noemen.
8. De uitspraak heeft de nodige implicaties voor de Nederlandse wetgeving. Er is allereerst discussie over de vraag of de nieuwe, eventueel aan te vullen instructie aan het OM hoe te handelen bij in beslagname van brongevoelig materiaal, volstaat. Deze instructie is van 1 april 2006, later aangescherpt in juli 2006 en dateert dus van na de zaak Sanoma (zie over deze instructie mijn noot onder 6 bij Telegraaf/AIVD, HR 11 juli 2008, NJ 2009, NJ 2009, 451). Deze instructie zegt dat bij een journalist in beslaggenomen materiaal wordt verzegeld totdat de beklagrecht ex 552a Sv heeft beslist. Het is de bedoeling dat de instructie dit jaar wordt aangevuld met voorafgaand verloop door de rechter-commissaris (een formalisering dus van de procedure die in de Sanomazaak werd gevolgd). Het standpunt dat de (aangevulde) instructie volstaat werd verdedigd door Procureur Generaal H. Brouwer op de op 11 november 2009 gehouden studiemiddag van de Vereniging voor Media en Communicatierecht (*Mediaforum* 2010-11/12, p. 353). Mij wil het voorkomen dat deze conclusie niet uit het arrest is te trekken. In overweging 93 oordeelt het Hof dat artikel 96a Sv de bevoegdheid om het bevel tot in beslagname te geven toekent aan het OM. De instructie aan het OM om eerst het oordeel van de rechter af te wachten is gegeven door de PG's, beiden dus geen 'impartial and independent body'. De interventie van de rechter is daardoor ook niet op een wettelijke grondslag gebaseerd (de tweede eis die het Hof stelt). In overweging 83 geeft het Hof een ruime uitleg aan het begrip 'law', daaronder ook begrijpend uitvoeringsregels van lagere orde dan een parlementaire wet, maar deze zijn alle afgeleid van 'independent rule-making powers'. De PG's of de Minister van Justitie zijn dat niet. De grondslag voor de instructie blijft artikel 96a Sv, en dat is geen grondslag voor een delegatie van wetgeving.
9. Het gepubliceerde voorontwerp bescherming van het brongehem van Journalisten, dat werd opgesteld in reactie op de Voskuilzaak, hiervoor onder 4 geciteerd, voorzag

er niet in (over dit voorontwerp G.A.I. Schuijt in zijn commentaar op het Sanoma-arrest, *Mediaforum* 2010-11/12, p. 349). De vraag is bovendien of een specifieke wettelijke regeling voor journalisten voldoende is. De overwegingen dat voorzichtig met de in beslagnemingsbevoegdheid moet worden omgegaan, gelden mijns inziens in dezelfde mate voor de traditionele geheimhouders, zoals de advocaat en de arts. Regeling bij wet heeft het voordeel dat beter kan worden afgewogen welke varianten de voorkeur hebben. Mij lijkt een procedure waarin een rechter-commissaris vooraf toetst of de uitoefening van de dwangmaatregel geboden is, en daarna welk in beslag genomen materiaal eventueel moet afvallen, de beste waarborgen bieden.

10. En heeft het niet ook gevolgen voor de Wet Inlichtingen en Veiligheidsdiensten (WIV)? De procedure in deze wet heb ik besproken in mijn noot bij het onder 8 geciteerde arrest Telegraaf/AIVD. Over deze beslissing en de daarmee verbandhoudende beslissingen liggen nog klachten in Straatsburg (Zie Schuijt, t.a.p., p. 350). De WIV voorziet in een ex post door een College van Toezicht uit te oefenen toezicht op de door de Minister gegeven toestemming een bepaald onderzoek uit te voeren. Het door het College gegeven advies is niet verplichtend. Is het feit dat het Hof naast de rechter nadrukkelijk een 'impartial en independent body' noemt niet een hint dat de in het arrest geformuleerde regels ook gelden voor de veiligheidsdiensten?
11. En om deze tour de horizon nog wat wijder te trekken: er is ook een discussie over het voorontwerp Versterking bestrijding computercriminaliteit, waarin de voorziene bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om – zonder rechterlijke tussenkomst- een bevel te geven om onrechtmatige inhoud op websites te verwijderen, de nodige discussie heeft opgeroepen. Men zie daarvoor: https://www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstel_versterking_bestrijding_computercriminaliteit. Een beslissing informatie te verwijderen, lijkt mij even ingrijpend als in beslagneming van brongevoelig materiaal. Het EHRM heeft zich over die situatie nog niet uitgesproken, maar als Nederland dit voorontwerp tot wet verheft, zal het er te eniger tijd wel van kunnen komen. Als er daarvoor tenminste niet reeds een soortgelijke zaak aan het Hof is voorgelegd afkomstig uit een 'nieuwe democratie' in het nabije Oosten.

E.J. Dommering