

Jurisprudentieoverzicht

Dit jurisprudentieoverzicht is op verzoek van de Commissie Evaluatie Wiv 2002 opgesteld door het Centrum Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel (CAOP) en dateert van 24 mei 2013.

Het overzicht bestaat uit twee onderdelen. Onderdeel I is een overzicht van Nederlandse jurisprudentie waarin de uitleg van de Wiv 2002 aan de orde is geweest. Onderdeel II (vanaf blz. 23) betreft jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie, voor zover daarin thema's aan de orde zijn geweest die van bijzonder belang zijn voor inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

I. Overzicht Nederlandse jurisprudentie over de Wiv 2002

1. Ambtsberichten en andere informatie van inlichtingen- en veiligheidsdiensten

1.1. Wijze van totstandkoming

Ambtsbericht; betrokkenheid LOvJ T bij de eindredactie daarvan

Nu de LOvJ T pas enkele dagen voordat een ambtsbericht is uitgebracht, in kennis is gesteld van het inlichtingenonderzoek waarover dat bericht rapporteert en voorts op geen enkele wijze is gebleken van inmenging van de LOvJ T in dit onderzoek, levert zijn betrokkenheid bij de eindredactie van het ambtsbericht geen belangenverstremming op. Hof Den Haag 21 februari 2013, LJV BZ1875 en 1878 (medewerkster AIVD en partner). Artikelen 25, 38 Wiv / artikel 8 EVRM (Straf).

Ambtsbericht vreemdeling; beoordelingscriterium wijze van totstandkoming

Uit de uitspraak van de Afdeling van 4 juli 2006 in zaak nr. 200602107/1 volgt dat, indien uit een ambtsbericht van de AIVD op objectieve, onpartijdige en inzichtelijke wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusie vervat in het ambtsbericht ten grondslag zijn gelegd en deze conclusie niet onbegrijpelijk is zonder nadere toelichting, voor de minister geen aanleiding bestaat om de aan dat ambtsbericht ten grondslag liggende stukken in te zien, tenzij de desbetreffende vreemdeling concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van dat ambtsbericht naar voren heeft gebracht. Uit die uitspraak volgt voorts dat er in beginsel van mag worden uitgegaan dat door de AIVD verricht onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Raad van State 29 september 2010, LJV BN8600, r.o. 2.6.1. Artikel 6 Wiv (Bestuursrecht overig).

1.2. Gebruik

AIVD-informatie; gebruik als startinformatie en als bewijs in een strafzaak

Zowel onder de vigeur van de Wiv 1987 als onder die van de Wiv 2002 bestaat in beginsel geen bezwaar tegen het gebruik in het strafproces van door inlichtingen- en veiligheidsdiensten vergaard materiaal. Dat noch in de Wiv 1987 noch in de Wiv 2002 is voorzien in een rechterlijke toetsing vooraf of achteraf van het optreden van die diensten, doet daaraan niet af. Beide wetten voorzien in onafhankelijk toezicht op de rechtmatigheid van het functioneren van genoemde diensten door middel van parlementaire controle en de Wiv 2002 voorziet daarnaast in onafhankelijke controle door een Commissie van Toezicht, die daartoe met uitgebreide bevoegdheden is toegerust (vgl. de art. 73-78 Wiv 2002). Geen rechtsregel verzet zich derhalve tegen het gebruik van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verstrekte inlichtingen als startinformatie voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek. Evenmin verzet enige rechtsregel zich tegen het gebruik van door zo een dienst vergaard materiaal tot het bewijs in een strafzaak. Daarbij zal de strafrechter van geval tot geval met de nodige behoedzaamheid moeten beoordelen of het materiaal, gelet op de soms beperkte toetsbaarheid, tot het bewijs kan meewerken. Hoge Raad 5 september 2006, LJV AV 4122, AV4144 en AV4149, NJ 2007, 336 met noot T.M. Schalken (Rotterdamse terroristenzaak) r.o. 4.6. *In zijn noot bij deze uitspraak acht Schalken deze uitspraak van beperkte betekenis voor de beantwoording van de vragen in hoeverre ambtsberichten van de AIVD door de rechter kunnen worden getoetst en in*

hoeverre die beperkte toetsing in de weg staat aan het gebruik van informatie van de AIVD als bewijs. In het geval dat heeft geleid tot deze uitspraak waren de ambtsberichten van de BVD op basis waarvan het strafrechtelijke onderzoek was ingesteld, immers buiten de bewijsvoering gelaten en waren slechts enkele door de BVD opgenomen telefoongesprekken toegelaten tot het bewijs. Artikel 23, 24 Wiv 1987 (Straf).

AIVD-informatie; weglating uit strafdossier; eerlijk proces

Het Hof heeft geoordeeld dat het door de AIVD op de voet van de daarvoor geldende regels verrichte interne onderzoek ertoe strekt de schade ten gevolge van compromittering te beperken en op de toekomst gerichte preventieve maatregelen te treffen en dus niet gericht was op enig strafvorderlijk onderzoek tegen de verdachte. Voorts heeft het geoordeeld dat ook overigens de door de AIVD gedane aangiftes en de daarbij overgelegde ambtsberichten niet als resultaat kunnen worden beschouwd van enig opsporingsonderzoek door de AIVD.

Daarvan uitgaande heeft het Hof geoordeeld dat er geen grond bestond om, zoals door de verdediging was verzocht, de op dat onderzoek betrekking hebbende stukken aan het dossier toe te voegen. Wel heeft het Hof onder ogen gezien of de verdediging in voldoende mate in de gelegenheid is geweest de betrouwbaarheid van de door de AIVD bij de aangifte aangeleverde documenten en informatie te toetsen. Het heeft die vraag bevestigend beantwoord. Daarbij heeft het in aanmerking genomen dat de verdediging in voldoende mate in de gelegenheid is geweest medewerkers van de AIVD daarover te horen als getuigen. Op grond van een en ander is het Hof tot de slotsom gekomen dat de verdediging in dit opzicht niet is tekortgedaan. Die oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn evenmin onbegrijpelijk.

Hoge Raad 7 juli 2009, *LJN* BG7232, *NJ* 2009, 528 met noot Y. Buruma (AIVD-tolk), r.o. 6.3 n.a.v. Hof Den Haag 1 maart 2007, *LJN* AZ 9644, r.o. 5.1.1, 5.2 en 5.3. *In zijn noot constateert Buruma dat de Hoge Raad alleen in heel duidelijke gevallen iets kan doen tegen het weglaten van AIVD-informatie uit een strafdossier door dit in strijd te verklaren met artikel 6 EVRM. De selectie en waardering van bewijsmiddelen is immers het domein van de feitenrechter. Deze zal moeten afwegen of het beroep op de geheimhoudingsplicht die waardering onmogelijk maakt. Artikelen 6, 85, 86 Wiv (Straf).*

Ambtsbericht; gebruik als bewijs in een strafzaak

Aan het gebruik van materiaal dat door de AIVD ter beschikking is gesteld aan het Openbaar Ministerie en dat door het Openbaar Ministerie is ingebracht in een strafdossier staat niets in de weg, wanneer de verdediging zich daartegen voldoende heeft kunnen verweren.

Hof Den Haag 2 oktober 2008, *LJN* BF 3987 en BF4814 (Piranhazaak).

Artikel 15 en 38 Wiv (Straf).

Het Hof volgt de verdediging in de stelling dat de ambtsberichten van de AIVD niet mogen worden gebruikt voor het bewijs, nu de verdediging hetgeen daaraan ten grondslag ligt, niet heeft kunnen toetsen.

Hof Amsterdam 17 december 2010, *LJN* BO7690, r.o. 2.2.1, *LJN* BO 8032 r.o. 2.1.1, *LJN* BO9014, r.o. 2.2.1, *LJN* BO9015, r.o. 2.2.1, *LJN* BO9016, r.o. 2.1.1, *LJN* BO9017, r.o. 2.1.1 en *LJN* BO9018, r.o. 2.2.1 (Hofstadgroep). Artikelen 25, 36, 38 Wiv (Straf).

Voor zover door de AIVD verstrekte inlichtingen in aanmerking mochten komen voor gebruik als bewijs in een strafzaak, levert het feit dat de LOvJ T de inhoud van het ambtsbericht slechts in een beperkte mate kon toetsen geen bezwaar op. De verdediging heeft immers alle gelegenheid gekregen om de betrouwbaarheid van mogelijke bewijsmiddelen ter discussie te stellen en na te gaan of zich tijdens het inlichtingenonderzoek omstandigheden hebben voorgedaan op grond waarvan de resultaten hiervan niet mogen worden gebruikt als bewijs. Hof Den Haag 21 februari 2013, *LJN* BZ1875 en 1878 (medewerkster AIVD en partner). Artikelen 25, 38 Wiv / artikel 8 EVRM (Straf).

Ambtsbericht; gebruik als bewijs in een strafzaak; eerlijk proces (art 6. EVRM)

Alleen in gevallen waarin sterke aanwijzingen bestaan dat informatie die de AIVD aan justitie heeft verstrekt, is verkregen met een grove schending van fundamentele rechten, is er plaats voor een rechterlijke toets op de rechtmatigheid van de verkrijging van die informatie. In zoverre dient in de relatie tussen de AIVD en justitie een vertrouwensbeginsel te gelden, dat

erop neerkomt dat justitie mag uitgaan van de rechtmatigheid van de verkrijging van de door de AIVD aan haar verstrekte informatie. Het hof wijst er daarbij op dat het EHRM in zijn uitspraak van 16 oktober 2001 (O'Hara/Verenigd Koninkrijk) heeft geoordeeld dat juist bij verdenking van terroristische misdrijven in het belang van de afscherming van vertrouwelijke bronnen grenzen mogen worden gesteld aan de informatieverstrekking aan verdachte en rechter. Hof Den Haag 25 april 2003, *LJN AF7798*, r.o. 2.4.
Artikel 38 Wiv / artikel 6 EVRM (Straf).

Onder omstandigheden mogen de resultaten van een onderzoek van een inlichtingen- en veiligheidsdienst niet worden gebruikt als bewijsmiddelen. Van zulke omstandigheden kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer:

- a. doelbewust met het oog op het buiten toepassing blijven van strafvorderlijke waarborgen geen opsporingsbevoegdheden worden aangewend teneinde gebruik te kunnen maken van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verstrekte informatie of
- b. het optreden van de betrokken dienst een schending heeft opgeleverd van de fundamentele rechten van de verdachte die van dien aard is dat daardoor geen sprake meer is van een fair trial als bedoeld in artikel 6 EVRM.

Hoge Raad 5 september 2006, *LJN AV 4122*, AV4144 en AV4149, *NJ 2007*, 336 met noot T.M. Schalken (Rotterdamse terroristenzaak) r.o. 4.7.2, aangehaald door Hof Den Haag 21 februari 2013, *LJN BZ1875* en 1878 (medewerkster AIVD en partner). *In zijn noot bij de uitspraak van de Hoge Raad wijst Schalken op de spanning tussen het oordeel van de Hoge Raad dat vanwege de uitgebreide parlementaire controle op het inlichtingenwerk zowel onder de oude als onder de nieuwe Wiv geen plaats is voor een toetsing hiervan vooraf of achteraf door de rechter met de conclusie van de Hoge Raad dat in een strafprocedure waarin informatie van de BVD wordt gebruikt als bewijs moet zijn voldaan aan de eisen van een fair trial en dat de rechter dit moet toetsen.*

Artikel 23, 24 Wiv 1987 (Straf).

Het Hof had aanvankelijk verzoeken van de verdediging toegewezen om door de AIVD vergaard bewijsmateriaal (waaronder een telefoongesprek van de verdachte met haar zuster over namen en adressen van politici dat het Hof cruciaal achtte voor de bewijsvoering) toe te voegen aan het dossier en om een AIVD-medewerkster Y. te horen. Nadat het hoofd van de AIVD met een beroep op art. 15 Wiv had geweigerd hieraan mee te werken, kwam het Hof op de honorering van deze verzoeken terug. Volgens de Hoge Raad behoefde de latere afwijzing van de verzoeken een nadere motivering. Gelet op de summier inhoud van het AIVD-ambtsbericht had het Hof niet mogen volstaan met het oordeel dat voldoening aan de verzoeken niet binnen aanvaardbare termijn zou zijn te realiseren, maar had het moeten onderzoeken of a) de telefoongesprekken konden verstrekt met verhuiling van gegevens die o.g.v. art. 15 Wiv door de AIVD niet konden worden geopenbaard en b) of de AIVD-medewerkster met het pseudoniem Y kon worden gehoord als afgeschermd getuige. Hoge Raad 15 november 2011, *LJN BP7544*, *NJ 2012/36* (Soumaya S) m. n. T.M. Schalken, r.o. 5.8, n.a.v. Hof Den Haag 2 oktober 2008, *LJN BF 4814*. *In zijn noot bij de uitspraak van de Hoge Raad merkt Schalken op dat het door de Hoge Raad gecasseerde arrest van het Hof minstens de schijn van innerlijke tegenstrijdigheid oproept, omdat het Hof bij nader inzien niet noodzakelijk noemt wat het eerst wel noodzakelijk achtte. De enkele verwijzing naar het beroep van de AIVD op zijn geheimhoudingsplicht is voor deze koerswijziging geen deugdelijke motivering. De annotator leidt uit deze gang van zaken af dat de feitenrechter zich niet al te snel en al te gemakkelijk achter de geheimhoudingsplicht van de AIVD mag verschuilen, gelet op de toch al beperkte mogelijkheden van de verdediging om bij de AIVD volledige openheid van zaken te bewerkstelligen.*

Artikel 15 en 38 Wiv (Straf).

Ambtsbericht: gebruik als startinformatie in een strafrechtelijk onderzoek

Het Hof vermag niet in te zien dat de in de onderhavige zaak door de BVD via het Korps Landelijke Politiediensten in augustus en september 2001 verstrekte ambtsberichten de op 13 september van dat jaar uitgevoerde doorzoekingen niet legitimeerden, noch dat die ambtsberichten - in samenhang met onder meer de resultaten van die doorzoekingen – de aanhouding en voortgezette vrijheidsbeneming van de verdachte op grond van tegen hem bestaande ernstige bezwaren, niet zou kunnen rechtvaardigen.

Hof Den Haag 21 juni 2004, *LJN AP2058* en *AP 3601*, Rotterdamse terroristenzaak, r.o. 4.3.10. Artikelen 6, 38 Wiv (Straf).

Voor zover door de AIVD verstrekte inlichtingen worden gebruikt als startinformatie voor het instellen van een strafrechtelijk onderzoek, levert dit geen grote bezwaren op. Het naar aanleiding van een ambtsbericht ingestelde strafrechtelijk onderzoek dient immers om de gronden waarop verdenkingen rusten nader te onderzoeken.

Hof Den Haag 21 februari 2013, *LJN BZ1875* en *1878* (medewerkster AIVD en partner). Artikelen 25, 38 Wiv / artikel 8 EVRM (Straf).

Ambtsbericht; gebruik als startinfo in strafrechtelijk onderzoek; geen misbruik bevoegdheden
O.b.v. de overweging dat niet is gebleken dat het OM de eigen opsporingsbevoegdheden heeft omzeild door de AIVD haar bevoegdheden t.b.v. de strafvordering te laten uitoefenen en de resultaten daarvan via de Landelijk OvJ voor terrorismebestrijding in het strafrechtelijk onderzoek te laten inbrengen, heeft het Hof terecht onvoldoende aanknopingspunten aanwezig geacht voor een onderzoek naar misbruik van bevoegdheden. Mitsdien is de noodzaak tot het horen van het plaatsvervangend hoofd van de AIVD, een teamleider van het KLPD en twee landelijk Officieren van Justitie voor terrorismebestrijding niet gebleken en is de verdachte door het niet horen van deze getuigen niet in zijn verdediging geschaad. Hoge Raad 13 november 2007, *LJN BA2553* (dierenrechtenactivisten), r.o. 3.6. Artikelen 6, 36, 38 Wiv (Straf).

Ambtsbericht vreemdeling; gebruik bij beoordeling gevaar voor de nationale veiligheid
Na kennisneming van de aan het ambtsbericht ten grondslag liggende stukken, is de Afdeling van oordeel dat deze een voldoende feitelijke grondslag vormen voor de in het ambtsbericht vermelde omstandigheden en gebeurtenissen met betrekking tot de Al Fourkaan moskee en de betrokkenheid van de vreemdeling daarbij. De term 'gevaar voor de nationale veiligheid' is in de wet niet nader omschreven. Volgens onderdeel B1/3.2.5 Vreemdelingencirculaire 2000 - zoals dat luidde ten tijde van belang - wordt gevaar voor de nationale veiligheid per geval beoordeeld. De AIVD is ingevolge artikel 6 lid 2 onder a Wiv de bevoegde instantie om te onderzoeken of van zodanig gevaar sprake is. De AIVD heeft op grond van voormelde omstandigheden en gebeurtenissen op goede gronden geconcludeerd dat de vreemdeling een gevaar vormt voor de nationale veiligheid. Raad van State 27 april 2007, *LJN BA4173*, r.o. 2.4.3. Artikelen 6, 87 Wiv (Vreemdelingen).

Ambtsbericht vreemdeling; gebruik bij toets aan artikel 9 Rijkswet op het Nederlandschap
De inhoud van het ambtsbericht is dusdanig concreet dat [verzoeker] daaruit onmiskenbaar heeft kunnen afleiden welke verdenkingen tegen hem bestaan en diensgevolge welke verdenkingen hij gemotiveerd dient te weerspreken. Door louter te volstaan met de ontkenning van de in het ambtsbericht vermelde feiten en de daaruit getrokken conclusies, zonder die op gemotiveerde wijze te weerspreken, heeft [verzoeker] geen aanknopingspunt voor twijfel aan de juistheid of volledigheid van het ambtsbericht geboden. De door [verzoeker] in bezwaar overgelegde stukken raken op geen enkele wijze de in het ambtsbericht vermelde feiten en de daaruit getrokken conclusies, zodat deze stukken reeds daarom geen afbreuk doen aan de inhoud van het ambtsbericht. Voor zover [verzoeker] heeft aangevoerd dat hij in 2001 nog niet in Nederland verbleef, laat dit onverlet dat in het ambtsbericht niet wordt geconcludeerd dat hij eerst in Nederland aanhanger van voormelde groeperingen is geworden. Voor het oordeel dat de minister de onderliggende stukken had dienen in te zien of dat hij zich tot de AIVD had moeten wenden voor nadere informatie of een nadere toelichting, bestaat onder deze omstandigheden geen grond. Van strijd met het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel is dan ook geen sprake. Raad van State 29 september 2010, *LJN BN8600*, r.o. 2.6.2. Artikelen 6, 87 Wiv (Bestuursrecht overig).

2. Inzageregime

2.1. Internationaalrechtelijk en wettelijk kader

Toetsing aan artikel 8 EVRM

Voor zover de afwijzing van het inzageverzoek al een inmenging vormt in het recht op privacy of in het familie- en gezinsleven als bedoeld in artikel 8 lid 1 EVRM, vindt deze inmenging haar rechtvaardiging in een beperkingsgrond, te weten het belang van de nationale veiligheid. Deze beperking is bij wet voorzien. Gelet op de beoordelingsmarge die de lidstaten ook blijkens de rechtspraak van het EHRM hebben bij de beoordeling of in het belang van de nationale veiligheid een inmenging in artikel 8, eerste lid, noodzakelijk is, en gelet op de waarborgen die de Wiv biedt om misbruik van de aan de Minister toegekende bevoegdheden te voorkomen, is de toepassing van de Wiv naar het oordeel van de Afdeling in dit geval niet in strijd met de eisen van dringende maatschappelijke noodzaak en evenredigheid. Derhalve kon de Minister in het belang van bescherming van het actuele kennisniveau van de AIVD met de op artikel 53 van de Wiv gebaseerde motivering volstaan. Raad van State 18 mei 2005, *LJN AT 5662* en *AT 5664*, r.o. 2.5. Artikel 53 Wiv / artikel 8 EVRM (Bestuursrecht overig).

Het door een overheidsorgaan bewaren, gebruiken en niet aan de betrokken persoon openbaar maken van gegevens die diens privéleven betreffen, levert een inmenging op in het recht op respect voor het privéleven als bedoeld in artikel 8 lid 2 EVRM. Deze inmenging vindt echter, gelet op het bepaalde in artikel 53 lid 1 en 55 lid 1 en 4 Wiv, steun in deze wet. Met inachtneming van de beoordelingsmarge waarover de verdragsstaten in dit verband beschikken, acht de Afdeling deze inmenging noodzakelijk in een democratische samenleving, nu hiervoor een dringende maatschappelijke noodzaak is aangewezen en de gevolgen van de inmenging niet onevenredig zijn ten opzichte van het doel daarvan. Daarbij is volgens de Afdeling voldaan aan het vereiste van een adequate en effectieve waarborg tegen misbruik van het opslaan en gebruik van niet voor de betrokkene toegankelijke gegevens, dat is gesteld door het EHRM onder meer in het arrest van 26 maart 1987, *Leander tegen Zweden*, no. 9248/81. De Wiv voorziet immers in de mogelijkheid tot kennisneming van persoonsgegevens en andere gegevens, tegen beslissingen van de Minister over die kennisneming staat beroep open op de rechter en de procedure van artikel 87 lid 1 Wiv juncto artikel 8:29 Awb verzekert de effectiviteit van de rechterlijke controle. Dat laatste vindt bevestiging in de - ook door appellant aangehaalde - beslissing van het EHRM van 5 april 2005, *Brinks tegen Nederland*, no. 9940/04. Gelet op het voorgaande levert de weigering om een verzoeker inzage te geven in de hem betreffende persoonsgegevens die door of ten behoeve van de AIVD zijn verwerkt, geen schending op van artikel 8 EVRM. Raad van State 11 april 2007, *LJN BA2691*, r.o. 2.4.2. Artikelen 53, 55, 87 Wiv / artikel 8 EVRM (Bestuursrecht overig).

Verhouding Wiv en Wob

Ingevolge artikel 45 Wiv kan van de gegevens verwerkt door of ten behoeve van een dienst slechts kennis worden genomen overeenkomstig de bepalingen van dit hoofdstuk. Blijkens de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 1997-1998, 25877, nr. 3, blz. 63) heeft onder meer deze bepaling als consequentie dat de Wob niet meer van toepassing is wanneer wordt verzocht om de verstrekking van gegevens verwerkt door of ten behoeve van een dienst. Niet in geschil is dat het verzoek van [appellant] betrekking heeft op gegevens over zijn overleden vader die bij de AIVD berusten. De minister heeft derhalve bij de behandeling van dat verzoek terecht de Wiv toegepast. Raad van State 16 april 2008, *LJN BC9614*, r.o. 2.5. Artikel 45 Wiv (Bestuursrecht overig).

Wettelijk kader beoordeling inzageverzoek

Ook nu is komen vast te staan dat over appellant actuele gegevens aanwezig zijn bij de AIVD, vloeit uit artikel 53 lid 1 Wiv en artikel 55 lid 1 Wiv, in verbinding met het vierde lid, voort dat de minister zijn verzoek om inzage in die gegevens diende af te wijzen. Deze bepalingen laten de Minister geen discretie. Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de Wiv, heeft de wetgever bij het vaststellen van die bepalingen als uitgangspunt gekozen dat de AIVD zijn wettelijke taak, de veiligheid van de staat te beschermen, uitsluitend binnen een zekere mate van geheimhouding effectief kan uitvoeren. Daarnaast moet de AIVD zijn bronnen en werkwijzen geheim kunnen houden. Raad van State 11 april 2007, *LJN BA2691*, r.o. 2.4.1. Artikelen 53, 55, 87 Wiv / artikel 8 EVRM (Bestuursrecht overig).

Wettelijk kader kring van inzagegerechtigden

Het procesbelang van [wijlen partij] is met zijn overlijden komen te vervallen. [De erven] behoren niet tot de kring van informatiegerechtigden als bedoeld in artikel 50 lid 1 Wiv. Daaruit volgt dat, indien zij op 30 maart 2006 een aanvraag als bedoeld in artikel 47 lid 1 Wiv zouden hebben ingediend, die aanvraag ingevolge artikel 50 lid 3 van deze wet niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard. Niet valt in te zien dat [de erven], doordat zij bij brief van 30 maart 2006 het beroep van [wijlen partij] hebben willen voortzetten, op dat moment in een gunstiger positie zouden verkeren dan wanneer zij op die datum zelf een aanvraag hadden gedaan en dus als erfgenamen zouden behoren tot de kring van informatiegerechtigden als bedoeld in artikel 50 lid 1 Wiv, om de enkele reden dat op de aanvraag van [wijlen partij] zelf een nog niet onherroepelijk geworden besluit was genomen. De rechtbank had het beroep van [de erven] dus niet-ontvankelijk moeten verklaren. Raad van State 12 maart 2008, *LJN BC6445*, *AB 2008/196* met noot C.M. Bitter, r.o. 2.3. *In haar noot bij deze uitspraak wijst Bitter erop dat op zichzelf wel kan worden aangenomen dat ook een broer en een zus belang kunnen hebben bij inzage in de gegevens van de PID over hun vermoorde broer en dat zij er dientengevolge belang bij hadden de procedure die hun broer was gestart, voort te zetten. Artikel 50 Wiv beperkt het inzagerecht echter tot partners, kinderen en ouders en schrijft dwingend voor dat andere nabestaanden geen inzage wordt verleend. Daarom hebben de broer en de zus van de overledene geen rechtens te respecteren belang bij de voortzetting van het beroep en verklaart de Afdeling dit niet ontvankelijk.* Artikelen 47, 50 Wiv (Bestuursrecht overig).

Wettelijk motiveringsregime

Mede gezien de totstandkomingsgeschiedenis van de Wiv (Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 25 877, nr. 3, pag. 69), heeft de rechtbank met juistheid overwogen dat de Minister, gelet op het bepaalde in artikel 53 lid 2 Wiv, de vraag of er al dan niet actuele gegevens over appellant bij de AIVD zijn, niet hoefde te beantwoorden. Raad van State 11 mei 2005, *LJN AT5373* en *AT5374*, r.o. 2.4). Artikelen 53, 55 Wiv (Bestuursrecht overig). Raad van State 21 december 2011, *LJN BU8858* (Roel van Duijn), r.o. 2.7.1. Artikelen 45, 55, 61, 62 Wiv (Bestuursrecht overig).

2.2. Verschillende soorten gegevens

Actuele gegevens

De Minister heeft, gelet op artikel 53 lid 2 Wiv, de vraag of over appellant actuele gegevens bij de AIVD berusten, onbeantwoord mogen laten en het verzoek van appellant om kennis te nemen van de eventueel bij de AIVD berustende gegevens, voor zover dit gegevens betreft die na 27 november 2002 mogelijk door de AIVD over hem zijn verzameld, mogen afwijzen. Raad van State 27 juni 2007, *LJN BA8150*, r.o. 2.4. Artikel 53 Wiv (Bestuursrecht overig).

Het bepaalde in artikel 53 lid 1 Wiv staat eraan in de weg dat appellant in kennis wordt gesteld van eventueel over hem bij de AIVD aanwezige actuele persoonsgegevens. Deze bepaling brengt mee dat de Minister bij toepassing ervan geen belang kan toekennen aan hetgeen de desbetreffende verzoeker stelt met de door hem verzochte gegevens te beogen. Raad van State 11 mei 2005, *LJN AT5374*, r.o. 2.4. Artikel 53 Wiv (Bestuursrecht overig).

Actuele en niet-actuele gegevens

De rechtbank heeft terecht onder verwijzing naar de bewoordingen en totstandkomingsgeschiedenis van artikel 53 overwogen dat de Minister de vraag of ten aanzien van appellant al dan niet actuele gegevens voorhanden zijn, onbeantwoord heeft moeten laten. Het betoog van appellant dat inzage dient te worden verleend in alle persoonsgegevens die meer dan vijf jaar geleden zijn verwerkt, heeft geen grondslag in artikel 53, noch elders in de wet. De mogelijke uitzondering, bedoeld in artikel 53 lid 1 onder a, is alleen van toepassing indien de daar vermelde omstandigheden zich tezamen voordoen. Raad van State 29 juni 2005, *LJN AT8420*, r.o. 2.4. Artikel 53 Wiv (Bestuursrecht overig).

Gegevens over bronnen

De AIVD heeft met toepassing van artikel 55 lid 1 onder b Wiv terecht geweigerd een niet-actueel gegeven over de betrokkene aan hem te verstrekken, omdat dit gegeven is te herleiden tot een voormalige bron. Uit de memorie van toelichting bij de Wiv (Kamerstukken II 1997-1998 25877, nr. 3, p. 69) volgt dat de wetgever met deze weigeringsgrond onder meer heeft beoogd het belang van de bescherming van bronnen te dienen.

Raad van State 11 mei 2005, *LJN AT5373*, r.o. 2.6.

Artikelen 53, 55 Wiv (Bestuursrecht overig).

Ingevolge artikel 55 lid 1 Wiv, juncto het vierde lid, wordt verstrekking van niet-actuele persoonsgegevens geweigerd, indien zich één of meer van de in het eerste lid vermelde gronden voordoen. De minister heeft zich op het standpunt mogen stellen dat geen niet-actuele gegevens kunnen worden verstrekt, zonder dat inzicht wordt gegeven in bronnen of werkwijzen van de AIVD of persoonsgegevens van derden. De AIVD kan zijn taak uitsluitend effectief uitoefenen met een zekere mate van geheimhouding. Indien de AIVD de geheimhouding van bronnen, waartoe artikel 15 onder b Wiv verplicht, niet kan waarborgen, gaat dit ten koste van het goed functioneren van de AIVD en daarmee van de nationale veiligheid. Nu ingevolge artikel 55 lid 1 onder b Wiv, juncto het vierde lid, geen gegevens mogen worden verstrekt, voor zover de nationale veiligheid daardoor geschaad zou kunnen worden, was de minister gehouden om verstrekking van de gegevens te weigeren.

Raad van State 18 augustus 2010, *LJN BN4258*, r.o. 2.3.1. en Raad van State 3 oktober 2012, *LJN BX8965*, r.o. 3.1.

Artikelen 15, 45, 47, 50, 55 Wiv (Bestuursrecht overig).

Gegevens over derden

Uit de Wiv en de geschiedenis van de totstandkoming ervan (Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 25 877, nr. 3, blz. 63 en 64) moet worden afgeleid dat deze wet geen mogelijkheid biedt om verzoeken die betrekking hebben op persoonsgegevens van derden die bij de AIVD berusten te honoreren en dat zulke persoonsgegevens voor derden pas beschikbaar zullen komen, nadat deze zijn overgebracht naar een archiefbewaarplaats.

Raad van State 4 mei 2005, *LJN AT5145*, r.o. 2.5.

Artikel 50 Wiv (Bestuursrecht overig).

De weggelaten passages bevatten persoonsgegevens van derden en/of kunnen zicht bieden op bronnen of werkwijzen van de BVD. De minister heeft inzage in de weggelaten passages derhalve achterwege kunnen laten. Raad van State 9 juli 2003, *LJN AH9390* en *AH9391* (Nijmeegse linkse activisten en organisaties), r.o. 2.4.

Artikel 15 Wiv/ artikel 8:29 Awb / artikel 13 EVRM (Bestuursrecht overig).

De weggelaten passages betreffen persoonsgegevens van derden en gegevens over bronnen. Ingevolge artikel 45 Wiv kan slechts overeenkomstig hoofdstuk 4 Wiv worden kennisgenomen van door of voor de AIVD verwerkte gegevens. In dat hoofdstuk is in artikel 47 en 50 aan een ieder het recht toegekend kennis te nemen van persoonsgegevens van hemzelf en persoonsgegevens van naaste familieleden die overleden zijn, maar is niet voorzien in een mogelijkheid om kennis te nemen van persoonsgegevens van derden.

Raad van State 18 augustus 2010, *LJN BN4258*, r.o. 2.3.1. en Raad van State 21 december 2011, *LJN BU8858* (Roel van Duijn), r.o. 2.8.1.

Artikelen 45, 55, 61, 62 Wiv (Bestuursrecht overig).

Gegevens over overledenen

Uit artikel 54 en de parlementaire geschiedenis van de Wiv (Tweede Kamer, 2000-2001, 25 877, nr. 15, p. 6) volgt dat de in artikel 53 lid 1 genoemde weigeringsgronden voor nabestaanden als bedoeld in artikel 50 lid 1 onverkort gelden. De Minister heeft zich op het standpunt mogen stellen dat het overlijden van [zoon] aan de actualiteit van het onderwerp niet afdoet, nu eventueel over hem aanwezige informatie voor de taakuitvoering van de AIVD van belang kan zijn in verband met enig lopend onderzoek naar internationaal terrorisme.

Raad van State 18 mei 2005, *LJN AT 5664*, r.o. 2.6.

Artikelen 50, 53, 54 Wiv (Bestuursrecht overig).

2.3. Overige onderwerpen

Identificatieplicht bij uitoefening inzagerecht

De rechtbank had de Minister opgedragen alsnog te onderzoeken of een aanvrager van inzage die bij zijn aanvraag geen identiteitsbewijs kon overleggen, degene is op wie de opgevraagde persoonsgegevens betrekking hebben. De Voorzitter ziet niet in dat de Minister aan deze uitspraak in afwachting van de behandeling van de bodemprocedure geen uitvoering kan geven. Daarbij neemt de Voorzitter in aanmerking dat hij de vrees van de Minister voor ongewenste onomkeerbare gevolgen niet deelt. Immers, de aanvraag kan alsnog worden afgewezen als niet komt vast te staan dat de aanvrager degene is op wie de opgevraagde persoonsgegevens betrekking hebben.

Voorzieningenrechter Raad van State 11 oktober 2007, *LJN* BB5814, r.o. 2.4.2.
Artikel 47 Wiv (Bestuursrecht overig).

3. Rechterlijke controle van geheim te houden gegevens

3.1. Bestuursrechtelijke jurisprudentie

3.1.1. Oudere jurisprudentie

Ambtsbericht vreemdeling gebaseerd op geheime stukken

De rechtbank en de Afdeling hebben de geheime stukken waarop het ambtsbericht is gebaseerd, ingezien en de afweging van de minister beoordeeld op basis van die stukken. Uit het arrest van het EHRM van 20 juni 2002, nr. 50963/99 Al Nashif tegen Bulgarije (JV 2002/239), noch uit de arresten van 1 maart 2005, nr. 14015/02 Haliti tegen Zwitserland (JV 2005/373), van 8 juni 2006 nr. 10337/04 Lupsa tegen Roemenie (JV 2006/311) en van 28 juni 2007 nr. 31753/02 Kaya tegen Duitsland (JV 2007/437), is af te leiden dat slechts sprake is van "adversarial proceedings" wanneer de vreemdeling de aan het ambtsbericht ten grondslag liggende stukken mag inzien, dan wel een derde voor hem in de gelegenheid wordt gesteld om na kennisneming van die stukken op de feitelijke bevindingen van de rechter te reageren. Raad van State 7 oktober 2008, *LJN* BG1209, r.o. 2.4.1.
Artikel 15 Wiv Artikel 6 EVRM (Vreemdelingen).

Artikel 87 Wiv doet niet af aan toepasselijkheid artikel 8:31 Awb

De Wiv ontslaat de minister niet van de op artikel 8:45 lid 2 Awb gebaseerde verplichting om de rechtbank informatie over bronnen te verstrekken. Wel is in die bepaling artikel 8:29 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard en mag de rechtbank op grond van artikel 87 Wiv in afwijking van artikel 8:29 lid 3 tot en met 5 Awb niet beoordelen of een weigering van de minister om aan de rechtbank informatie te verstrekken, gerechtvaardigd is. Artikel 87 Wiv doet echter niet af aan de bevoegdheid van de rechtbank ex artikel 8:31 Awb om aan een weigering van de minister om informatie te verstrekken de gevolgtrekkingen te verbinden die haar geraden voorkomen. Raad van State 3 mei 2006, *LJN* AW 7311, r.o. 2.5.2.
Artikelen 15, 87 Wiv / artikelen 8:29, 8:31, 8:45 Awb (Bestuursrecht overig).

[Appellant] heeft de rechtbank geen toestemming verleend kennis te nemen van de geheime stukken. Daardoor heeft hij de rechtbank de mogelijkheid ontnomen de rechtmatigheid van het besluit van de minister volledig te toetsen. De gevolgen van zo'n weigering dienen in beginsel voor rekening van [appellant] te komen. Hetgeen hij heeft aangevoerd geeft geen reden hierop een uitzondering te maken. Raad van State 28 mei 2008, *LJN* BD2648, r.o. 2.4.
Artikel 87 Wiv (Bestuursrecht overig).

Betrokkene heeft de rechtbank geen toestemming gegeven om kennis te nemen van de vertrouwelijke stukken. Daardoor heeft hij de rechtbank de mogelijkheid ontnomen de rechtmatigheid van de besluiten van de minister volledig te toetsen. De gevolgen van een dergelijke weigering dienen in beginsel voor rekening van betrokkene te komen. De conclusies van de bezwarencommissie zijn mede gebaseerd op de feiten en omstandigheden uit het rapport veldonderzoek en het verslag van de besloten hoorzitting, die de minister mede aan de besluiten van 27 augustus 2009 ten grondslag heeft gelegd. Nu de rechtbank deze stukken niet heeft kunnen raadplegen, kon zij niet beoordelen op grond van welke feiten en omstandigheden en op welke wijze de bezwarencommissie tot haar oordeel is gekomen.

De rechtbank kon evenmin de rechtmatigheid van de besluiten van de minister toetsen. Gelet hierop heeft de rechtbank ten onrechte de conclusies van de bezwarencommissie tot uitgangspunt van haar oordeelsvorming genomen. Raad van State 9 februari 2011 (r.o. 2.5.1.), *LJN BP3696*, *AB 2012/184* met noot O.J.D.M.L. Janssen. *Deze constateert dat de grond voor de vernietiging van de uitspraak van de rechtbank de vaste jurisprudentie is van de Raad van State dat de gevolgen van de weigering om de rechtbank toestemming te verlenen voor inzage in geheime stukken voor rekening moeten blijven van de betrokkene.* Artikel 87 Wiv / artikel 8:31 Awb (Bestuursrecht overig).

Artikel 87 Wiv is correct toegepast

De minister heeft op grond van artikel 87 Wiv te kennen gegeven dat alleen de rechtbank van een aantal stukken kennis mag nemen. Ingevolge artikel 87 lid 1 Wiv blijft artikel 8:29 lid 3 tot en met 5 Awb in dit geval buiten toepassing. De rechtbank heeft om die reden terecht geen beslissing als bedoeld in artikel 8:29 lid 3 Awb genomen en [appellant] kennisname van die stukken onthouden. Nu [appellant] toestemming heeft verleend mede op grond van deze stukken uitspraak te doen, heeft de rechtbank deze terecht bij haar beoordeling betrokken. Raad van State 21 januari 2009, *LJN BH0486*, r.o. 2.3.1. Artikel 87 Wiv / artikel 8:29 Awb (Bestuursrecht overig).

Artikel 87 Wiv verhindert niet een volledige rechterlijke toetsing van het bestreden besluit

De in bezwaar gehandhaafde weigering om een verklaring van geen bezwaar af te geven is gebaseerd op gegevens uit verschillende bronnen die op grond van artikel 15 Wiv geheim moeten worden gehouden. Het verzoek om inzage in deze stukken kan dan ook niet worden ingewilligd. In hoger beroep heeft appellante toestemming verleend als bedoeld in artikel 87 lid 1 Wiv. In de procedure van dit artikel vindt niet alleen een procedurele controle maar ook een inhoudelijke rechtmatigheidscontrole plaats, zodat sprake is van een volledige rechterlijke toetsing van het bestreden besluit. Derhalve is appellante niet op een ontoelaatbare wijze in haar procespositie geschaad. Raad van State 24 mei 2006, *LJN AX4382*, r.o. 2.4.1. Artikelen 15, 87 Wiv (Bestuursrecht overig).

Ingevolge artikel 87 lid 1 Wiv, blijft de bevoegdheid van de rechter ex artikel 8:29 lid 3 Awb om te beslissen of het gerechtvaardigd is dat bepaalde stukken niet of uitsluitend ter kennisneming van hem worden ingebracht, in procedures inzake de Wvo buiten toepassing. Deze beperkingen van de kennisneming van stukken zijn niet in strijd met artikel 6 EVRM. Deze bepaling bevat minimumnormen voor een eerlijke procesvoering, maar deze normen zijn niet absoluut. De nationale wetgever mag met het oog op een goede procesorde of ter bescherming van het algemeen belang of belangen van derden, procedurevoorschriften en beperkingen stellen, mits het eerlijke karakter van de procesvoering daarmee niet in essentie wordt aangetast. Artikel 87 Wiv en artikel 8:29 Awb tasten het recht op een eerlijk proces niet in essentie aan, omdat deze bepalingen niet beletten dat een volledige rechterlijke toetsing van het besluit op bezwaar plaatsvindt. Raad van State 13 juni 2007, *LJN BA7084*, r.o. 2.3.1. Artikel 87 Wiv / artikel 8:29 Awb / artikel 6 EVRM (Bestuursrecht overig).

Evenals de rechtbank heeft de Afdeling op grond van artikel 87 Wiv kennis genomen van de stukken en deze stukken met toestemming van [appellant] betrokken bij haar oordeel. Nu de rechtbank en de Afdeling wel kennis hebben kunnen nemen van de geheime stukken, is sprake van een volledige rechterlijke toetsing van het bestreden besluit. Het betoog dat sprake is van strijd met het beginsel van fair play treft op grond hiervan geen doel. Raad van State 24 september 2008, *LJN BF2132*, r.o. 2.3.1. Artikel 87 Wiv (Bestuursrecht overig).

Artikel 87 Wiv juncto artikel 8:29 Awb verzekert de effectiviteit van de rechterlijke controle

Gelet op de aard van de inlichtingen en stukken waarop artikel 87 Wiv betrekking heeft en het belang van de staatsveiligheid, vormt het enkele feit dat de rechter op grond van dit artikel het standpunt van de minister niet mag toetsen dat alleen hij kennis mag nemen van de stukken, geen grond om af te wijken van het uitgangspunt dat de gevolgen van de weigering toestemming te verlenen voor rekening dienen te komen van de betrokkene. Hierbij neemt de Afdeling tevens in aanmerking dat de procedure neergelegd in artikel 87 lid 1 van de Wiv juncto artikel 8:29 Awb de effectiviteit van de rechterlijke controle verzekert, hetgeen bevestiging vindt in de beslissing van het EHRM van 5 april 2005, Brinks tegen Nederland.

Raad van State 9 juli 2008, *LJN* BD6714, r.o. 2.6.1.
Artikel 87 Wiv / artikel 8:29 Awb (Bestuursrecht overig).

Geheimhouding gegevens gerechtvaardigd

De Afdeling is van oordeel dat de resultaten van het veiligheidsonderzoek de weigering van de verklaring van geen bezwaar kunnen dragen en acht het gelet op de aard en inhoud van de gegevens gerechtvaardigd dat daarover geen mededelingen worden gedaan. .

Raad van State 16 februari 2011, *LJN* BP4739, r.o. 2.3.1.
Artikel 87 Wiv (Bestuursrecht overig).

De motivering van de intrekking van de NATO Clearance vindt in afdoende mate haar grondslag in de stukken waarop geen geheimhouding is toegepast. Van deze niet-geheime stukken maakt onder meer een bewerkte versie van het rapport van het veiligheidsonderzoek deel uit. Dat aan de intrekking ter nadere onderbouwing tevens geheimgehouden stukken ten grondslag zijn gelegd, leidt daarom niet tot het oordeel dat [appellant] niet kan opkomen tegen de feiten en omstandigheden die in de besluiten zijn opgenomen en die hebben geleid tot de conclusie dat zijn betrouwbaarheid niet onomstreden is. In dat licht is de geheimhouding van een gedeelte van de stukken gerechtvaardigd in het belang van de bescherming van bronnen en werkwijzen van de AIVD, hetgeen tevens noodzakelijk is voor het in het belang van de nationale veiligheid verrichten van de taken van de AIVD. Gelet op het vorenstaande, heeft de rechtbank terecht geen grond gezien voor het oordeel dat het recht op een eerlijk proces in dit geval is geschonden.

Raad van State 9 maart 2011, *LJN* BP7183, r.o. 2.3.1.
Artikel 87 Wiv (Bestuursrecht overig).

Hoor en wederhoor bij toepassing van artikel 8:29 Awb

De Afdeling is van oordeel dat toepassing van artikel 8:29 Awb geen afbreuk kan doen aan de toepasselijkheid van de beginselen en wettelijke voorschriften omtrent het onderzoek ter zitting. Het horen van partijen buiten elkaars aanwezigheid is niet verenigbaar met deze beginselen en met afdeling 8.2.5. Awb. Raad van State 9 juli 2003, *LJN* AH9390 en 9391 (Nijmeegse linkse activisten en organisaties), r.o. 2.2.2.

Artikel 8:29 Awb / artikel 13 EVRM (Bestuursrecht overig).

3.1.2. Actuele jurisprudentie Raad van State

Aanleiding jurisprudentiewijziging Raad van State

Indien er een zwaarwegend belang is om bepaalde informatie geheim te houden, bijvoorbeeld om kwetsbare getuigen of bronnen van veiligheidsdiensten te beschermen, is het mogelijk de gedetineerde geen toegang te geven tot deze informatie, zolang hij een effectieve mogelijkheid behoudt om de tegen hem gerezen beschuldigingen te weerleggen (par. 205-211).

De mogelijkheid dat een speciale veiligheidsadvocaat de geheime informatie inziet en de inhoud daarvan waar nodig aanvecht, vormt hiervoor een belangrijke extra waarborg (par. 219). Deze advocaat kan zijn beschermende rol echter alleen goed vervullen als de gedetineerde kan beschikken over voldoende openbare informatie over de tegen hem gerezen beschuldigingen, zodat hij de advocaat effectief kan instrueren (par. 220). In vijf gevallen was aan deze voorwaarde voldaan. Weliswaar werden ook in die gevallen de meeste bewijsstukken geheimgehouden, maar er stonden voldoende specifieke beschuldigingen in de wel openbare stukken. In die gevallen achtte het EHRM het EVRM niet geschonden (par. 221-222). In vier gevallen bestond de openbare informatie echter slechts uit zeer algemene en vage veronderstellingen. In die gevallen was het EVRM volgens het EHRM wel geschonden (par. 223-224). EHRM 19 februari 2009, *NJ* 2010, 468 m. n. E.A. Alkema en *EHRC* 2009/50 m.n. J.P. Loof (A en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk).

Artikelen 5, lid 4 en 6 EVRM

Actuele beoordelingsprocedure Raad van State

De weigering een verklaring van geen bezwaar af te geven, is een vaststelling van burgerlijke rechten in de zin van artikel 6 EVRM, wanneer er een rechtstreeks verband bestaat tussen de verlening van de verklaring van geen bezwaar en het voortbestaan van de arbeidsverhouding van de betrokkene, die het inkomen verschaft dat hij nodig heeft voor zijn levensonderhoud.

In dat geval heeft de betrokkene een recht op gelijke proceskansen (equality of arms) en een recht op openbaarmaking van bewijs (right to disclosure of evidence).

Op grond van rechtspraak van het EHRM is de Afdeling van oordeel dat indien de veiligheid van de Staat in het geding is, die veiligheid een gerechtvaardigde grond kan zijn om de wederpartij kennisneming te onthouden van bewijsstukken waarvan de rechter kennis neemt. Uit de arresten van het EHRM van 19 februari 2009 (A en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk) en 5 juni 2009 (Mirilashvili tegen Rusland) leidt de Afdeling evenwel af dat zo'n beperkte kennisneming, gelet op de eisen die artikel 6 EVRM stelt aan een eerlijk proces, slechts toelaatbaar is wanneer is voldaan aan de volgende voorwaarden:

- de rechter is bevoegd en wordt in de gelegenheid gesteld te beslissen of zo'n beperkte kennisneming noodzakelijk en gerechtvaardigd is;
- hij maakt daarbij een afweging tussen het belang van de staatsveiligheid dat wordt gediend met vertrouwelijkheid en het belang van de wederpartij bij kennisneming van het tegen haar ingebrachte bewijs;
- bij die afweging betreft de rechter de aard van de zaak en de resterende mogelijkheden van de wederpartij om zijn standpunt in het geding te bepalen en naar voren te brengen overeenkomstig het vereiste van gelijke proceskansen;
- aan de hand van die afweging beoordeelt de rechter of onthouding van kennisneming is gerechtvaardigd en neemt hij daarover een toereikend gemotiveerde beslissing.

Gelet op het vorenstaande is de Afdeling thans van oordeel dat aan de eisen die zijn af te leiden uit de rechtspraak van het EHRM niet wordt voldaan als de rechter kennis neemt van de stukken waarvan de kennisneming aan een partij is onthouden en mede op basis van die stukken de zaak beoordeelt, zonder dat hij van te voren op de hiervoor uiteengezette wijze heeft beoordeeld en beslist of en in hoeverre beperkte kennisneming van die stukken is gerechtvaardigd. Naar het oordeel van de Raad dient artikel 87, eerste lid, eerste volzin, Wiv dan ook buiten toepassing te blijven voor zover in die bepaling artikel 8:29, derde lid, Awb buiten toepassing is verklaard. Raad van State 30 november 2011, AB 2012/142 m.n. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, r.o. 2.5 en 2.5.4.

Artikel 87 Wiv / artikel 8:29 Awb / artikel 6 EVRM (Bestuursrecht overig).

Geheimhouding gegevens gerechtvaardigd

Op basis van een toetsing aan het bovengenoemde toetsingskader van de redenen waarom de kennisneming van de stukken die ten grondslag liggen aan een ambtsbericht beperkt is, acht de Afdeling deze beperking gerechtvaardigd ter bescherming van de geraadpleegde bronnen en/of de gehanteerde werkwijzen. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat de vreemdeling op wie het ambtsbericht betrekking heeft, haar standpunt in het geding aan de hand van dit bericht kan bepalen. Gelet op deze omstandigheden is de gevolgde rechterlijke procedure naar het oordeel van de Afdeling niet in strijd met recht op een eerlijk proces. Raad van State 19 april 2012, L/JN BW4915, r.o. 2.8.3. Artikel 6 EVRM (Vreemdelingen).

Geheimhouding gegevens deels niet gerechtvaardigd

De minister heeft zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de aan de weigering ten grondslag gelegde gegevens niet in hun geheel aan [appellant] kunnen worden verstrekt omdat daarmee inzicht wordt gegeven in gebruikte bronnen, het actueel kennisniveau of de werkwijze van de AIVD en onderzoeken van de AIVD zowel nu als in de toekomst mogelijk in gevaar worden gebracht. Gezien de inhoud van de aan de weigering ten grondslag gelegde gegevens, heeft de minister zich echter niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat vanwege de aard van de gegevens in het geheel geen motivering kan worden gegeven waarom de verklaring van geen bezwaar wordt geweigerd. De minister heeft ten onrechte het belang van de staatsveiligheid, dat wordt gediend met vertrouwelijkheid van de gegevens, in zodanige mate laten prevaleren boven het belang van [appellant] dat hem ieder uitsluitel over de feiten op grond waarvan de verklaring is geweigerd is onthouden. Als gevolg daarvan kan [appellant] zich in rechte op geen enkele wijze verweren tegen de tegen hem gerezen bezwaren en wordt wezenlijk afbreuk gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor.

Raad van State 29 augustus 2012, L/JN BX5966, r.o. 2.7.1.

Artikelen 15, 87 Wiv, Artikel 6 EVRM (Bestuursrecht overig).

3.2. Civielrechtelijke jurisprudentie

AIVD-informatie; beoordeling geheimhouding in civiel proces

De rechter die gesteld wordt voor de vraag of gewichtige redenen geheimhouding van bepaalde stukken of bepaalde inlichtingen rechtvaardigen, zal die vraag in het algemeen niet kunnen beantwoorden zonder kennis te nemen van die stukken of die inlichtingen. De rechter zal dan ook kunnen verlangen dat de partij die zich op de gewichtige redenen beroept, uitsluitend hem die stukken of die inlichtingen ter vertrouwelijke kennisneming verstrekt. Mocht de rechter, na kennisneming van de inlichtingen of stukken, tot het oordeel komen dat geheimhouding om gewichtige redenen gerechtvaardigd is, dan vervalt de verplichting tot het geven van die inlichtingen of het overleggen van die stukken. Wel kan de partij die op grond van dit oordeel niet verplicht is tot het geven van inlichtingen of het overleggen van stukken, desgewenst mededelen dat uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van de van haar verlangde inlichtingen of stukken. De rechter zal evenwel in dat geval slechts mede op grond van die inlichtingen of stukken uitspraak mogen doen nadat de wederpartij ondubbelzinnig toestemming daartoe heeft verleend. De rechter die het geding verder behandelt, zal uit het niet verlenen van die toestemming de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht. Wanneer de eerder bedoelde mededeling niet door eerstgenoemde partij wordt gedaan, of de bedoelde toestemming niet door haar wederpartij wordt verleend, of wanneer de rechter heeft geoordeeld dat geen gewichtige redenen aanwezig zijn voor de weigering maar de betrokken partij daarin volhardt, brengen de eisen van een behoorlijke rechtspleging mee dat de rechter die over de geheimhouding heeft beslist niet deelneemt aan de verdere behandeling van het geding. Eventueel aan deze rechter ter beschikking gestelde stukken worden teruggegeven aan de partij die ze heeft verstrekt. Aldus is verzekerd dat de inlichtingen of stukken waarvan de rechter die over de weigering heeft geoordeeld, kennis heeft genomen, verder buiten het geding blijven en dus niet geopenbaard worden. Daarmee is de ratio weggenomen van het buiten toepassing laten van art. 8:29 lid 3-5 Awb in art. 87 Wiv 2002. Die ratio is immers te voorkomen dat als het beroep op de aanwezigheid van een gewichtige reden met betrekking tot verstrekte inlichtingen c.q. overgelegde stukken door de rechtbank wordt afgewezen, deze gegevens openbaar worden (Kamerstukken II 1997/1998, 25 877, nr. 3, p. 89 e.v.). HR 11 juli 2008, NJ 2009, 451 m. n. Dommering, r.o. 3.4.8 (Afluisteren Telegraafjournalisten), aangehaald door Hof Amsterdam 13 oktober 2009, LJV BK0003, Afluisteren journalisten en hoofdredacteur De Telegraaf, r.o. 3.9.4. *In zijn noot bij de uitspraak van de Hoge Raad merkt Dommering op dat de Hoge Raad de artikelen 8:27, 8:29 en 8:45 van de Algemene wet bestuursrecht hier analoog toepast in een civiele procedure.* Artikel 87 Wiv, Artikelen 8:27, 8:29 en 8:45 Awb (Civiel).

3.3. Strafrechtelijke jurisprudentie

AIVD-informatie met een geheim karakter; rechterlijke controle van het gebruik als bewijs
Van een toets op de rechtmatigheid van de verkrijging van de door de AIVD aan justitie verstrekte informatie kan slechts in zeer beperkte mate sprake zijn. Deze toets zal namelijk beperkt dienen te blijven tot de gevallen waarin sterke aanwijzingen bestaan dat sprake is van informatie die verkregen is met (grove) schending van fundamentele rechten. In zoverre dient naar 's hofs oordeel ook in de relatie tussen AIVD en justitie een vertrouwensbeginsel te gelden zoals dat geldt in het uitleveringsrecht en bij de verdragsrechtelijke rechtshulp in strafzaken. Dit beginsel komt erop neer dat de justitiële autoriteiten mogen uitgaan van de rechtmatige verkrijging van de door de AIVD verstrekte informatie. Het hof wijst er daarbij op dat het Europese hof voor de rechten van de mens zich op het standpunt heeft gesteld dat juist bij (verdenking van) terroristische misdrijven het belang van afscherming van vertrouwelijke bronnen grenzen stelt aan de informatieverstrekking aan verdachte en rechter (vgl. EHRM 16 oktober 2001, O'Hara vs Verenigd Koninkrijk, § 35). Het hof wil erop wijzen dat de onderhavige zaak ook feiten betreft die betrekking hebben op (in ruime zin) begunstiging van dergelijke misdrijven. Hof Den Haag 21 juni 2004, LJV AP 2058 en AP3601, Rotterdamse terroristenzaak, r.o. 4.3.9. Artikelen 6, 38 Wiv (Straf).

Nadat de BVD transcripten van een aantal afgeluisterde gesprekken aan justitie ter beschikking had gesteld, is ook de audioregistratie zelf (op een CD-rom) ter beschikking van justitie gekomen. Ten aanzien van deze gesprekken zijn vragen gesteld over a) de representativiteit van de ter beschikking gestelde gesprekken, in de zaak van één van de verdachten, b) de identificatie van de desbetreffende verdachte als gespreksdeelnemer en c) de juistheid van de vertaling van de gesprekken in de BVD-transcripten.

Ad a): over de totstandkoming van de selectie heeft de landelijk terreurofficier van justitie, Van der Molen-Maesen ter terechtzitting van het hof d.d. 4 juni 2003 verklaard dat deze selectie door medewerkers van de BVD was gemaakt en door haar is getoetst, waarbij zij tot de conclusie is gekomen dat verdere taps, waarvan zij de weergave inzag, niet ter zake deden: "deze voegden niets toe aan het bewijs en ontlastten de verdachte ook niet". Het hof constateert dat de verdediging dit oordeel op geen enkel moment (met een begin van onderbouwing) heeft bestreden.

Ad b): de identificatie van de desbetreffende verdachte als gespreksdeelnemer vond op basis van stemherkenning plaats. De wijze waarop die plaatsvond was laatstelijk ter terechtzitting van 24 maart 2004 onderwerp van discussie. Gelet op de omstandigheid dat die verdachte slechts geclausuleerd bereid was aan een nader onderzoek mee te werken en op het gegeven dat hij slechts in de meest algemene zin heeft verklaard zich niet in de uitgeluisterde telefoongesprekken te herkennen, maar geen enkele concrete onderbouwing daarvoor heeft gegeven, is het hof van oordeel dat met het opmaken van het toen verzochte aanvullend proces-verbaal kon worden volstaan.

Ad c): op verzoek van de verdediging is door een tweetal tolken een hernieuwde vertaling van de opgenomen telefoongesprekken vervaardigd. Bij de selectie van de bewijsmiddelen heeft het Hof de (beperkte) verschillen bestudeerd en een zorgvuldige keuze gemaakt.

Hof Den Haag 21 juni 2004, *LJN AP 2058* en *AP3601*, Rotterdamse terroristenzaak, r.o. 4.3.11. Artikelen 6, 38 Wiv (Straf).

Indien door een inlichtingen- en veiligheidsdienst verzameld materiaal naar het oordeel van de verdediging vanwege zijn onbetrouwbaarheid niet tot bewijs kan dienen in een strafzaak, dient de strafrechter de gegrondheid van die stelling te onderzoeken, waarbij de verdediging de gelegenheid moet hebben om de betrouwbaarheid van dat materiaal aan te vechten en te (doen) onderzoeken, eventueel door getuigen te doen horen door de rechter-commissaris. Daarbij dient de strafrechter rekening te houden met enerzijds de bijzondere positie van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, die veelal tot geheimhouding noopt, en anderzijds de verdedigingsrechten van de verdachte als bedoeld in art. 6, derde lid, EVRM. De vraag hoe dit onderzoek dient te worden verricht en in welke gevallen het materiaal vanwege de beperkte mogelijkheden om dit aan te vechten en te toetsen niet kan worden gebruikt als bewijsmateriaal gelet op het fair trial-vereiste van art. 6 EVRM, valt niet in algemene zin te beantwoorden. De rechter dient echter te streven naar compensatie van de beperkingen van de rechten van de verdediging door andere - bij wat is aangevoerd passende - wegen te zoeken om de betrouwbaarheid van het materiaal te onderzoeken. Bovendien is de aard van het materiaal van belang voor de beantwoording van de vraag of de betrouwbaarheid ervan in voldoende mate kan worden getoetst.

In het onderhavige geval zijn uitsluitend door de BVD afgeluisterde telefoongesprekken gebruikt als bewijsmateriaal. Met het oog op de betrouwbaarheid van dit bewijsmateriaal heeft het Hof onderzoek gedaan naar de representativiteit van de ter beschikking gestelde opgenomen gesprekken, naar de identiteit van de deelnemers aan die gesprekken en naar de juistheid van de vertalingen van die gesprekken. Daarnaast heeft het Hof de landelijk terreurofficier van justitie ter zitting gehoord als getuige en is de verdediging in de gelegenheid geweest alles naar voren te brengen wat zij dienstig vond. Aldus heeft het Hof voldoende compensatie geboden voor de beperking van de rechten van de verdediging als gevolg van het beroep op geheimhouding van de zijde van de BVD. Daarnaast heeft het Hof vastgesteld dat geen normen van strafprocesrecht zijn geschonden en dat de verdachte zijn verdedigingsrechten heeft kunnen benutten. Gelet op deze omstandigheden, en op het feit dat de ambtsberichten van de BVD niet zijn gebruikt als bewijsmateriaal, geeft het oordeel van het Hof dat aan verdachtes recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM niet is tekortgedaan, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is dit oordeel toereikend gemotiveerd, wat er ook zij van de overwegingen van het Hof over het vertrouwensbeginsel. Hoge Raad 5 september 2006, *NJ 2007*, 336 met noot T.M. Schalken (Rotterdamse terroristenzaak) r.o. 4.8. en 6.3.4.

In zijn noot bij deze uitspraak merkt Schalken op dat de manier waarop de rechter de compensatie moet bieden waarop de Hoge Raad doelt, duister blijft. Hij constateert dat werkelijke toetsing van geheime informatie door de Nederlandse rechter (vrijwel) niet mogelijk is en vraagt zich af of Straatsburg daarmee genoeg neemt.

Artikelen 23, 24 Wiv 1987 (Straf).

De bij wet geregelde en voor ambtenaren van de AIVD geldende geheimhoudingsplicht brengt met zich dat bij ambtsbericht ingebracht materiaal niet rechtstreeks kan worden getoetst. Dit betekent dat de strafrechter van geval tot geval met de nodige behoedzaamheid zal moeten beoordelen of het materiaal voor het bewijs kan worden gebezigd. Hof Den Haag 2 oktober 2008, *LJN BF3987* en *BF4814* (Piranhazaak) Artikel 85 Wiv (Straf).

Het Hof is van oordeel dat toetsing door de strafrechter van de rechtmatigheid van de verkrijging van de door de AIVD aan justitie verstrekte informatie, met name gelet op het eigen stelsel van controlemogelijkheden in de Wiv 2002, beperkt dient te blijven tot die gevallen waarin sterke aanwijzingen bestaan dat het gaat om informatie die is verkregen met een disproportionele inbreuk op, en dus schending van, de fundamentele rechten van de verdachte. In de onderhavige zaak acht het Hof dergelijke sterke aanwijzingen niet aanwezig. Het Hof ziet geen enkele aanleiding te twifelen aan de woorden van de getuigen, en gaat ervan uit dat de desbetreffende gesprekken conform de regeling van de Wiv 2002 zijn opgenomen en afgeluisterd. Ook overigens zijn naar het oordeel van het Hof geen feiten en omstandigheden aannemelijk geworden die meebrengen dat zich een schending van artikel 8 EVRM heeft voorgedaan.

Hof Amsterdam 17 december 2010, *LJN BO7690*, r.o. 2.2.2 (tussenoordeel), *LJN BO 8032* r.o. 2.1.2 (tussenoordeel), *LJN BO9014*, r.o. 2.2.2 (tussenoordeel), *LJN BO9015*, r.o. 2.2.2 (tussenoordeel), *LJN BO9016*, r.o. 2.1.2 (tussenoordeel),), *LJN BO9017*, r.o. 2.1.2 (tussenoordeel) en *LJN BO9018*, r.o. 2.2.2 (tussenoordeel) (Hofstadgroep). Artikelen 25, 36, 38 Wiv (Straf).

AIVD-informatie: rechterlijke controle van de kwalificatie als staatsgeheim

Het Hof heeft tot uitgangspunt genomen dat de wettelijke taak van de AIVD meebrengt dat het belang van de staat bij terrorismebestrijding rechtvaardigt dat het actuele kennisniveau, de (menselijke) bronnen en de operationele werkwijzen van de AIVD geheim worden gehouden en voorts dat informatie daarover tot de veiligheid van de staat in betrekking staat'. Uitgaande van die maatstaf heeft het Hof geoordeeld dat het zich aan de hand van (1) de zich in het dossier bevindende ongecensureerde tekstgedeelten, (2) de toelichtingen die door de AIVD bij de ambtsberichten zijn verstrekt omtrent de typering en de duiding van het staatsveiligheidsbelang van de in de gecensureerde tekstgedeelten vervatte informatie, en (3) de verificatie van het standpunt van de AIVD door de landelijk officier van justitie terrorismebestrijding, in onderlinge samenhang bezien, voldoende in staat achtte om de aard en het karakter van de teksten te beoordelen. Aldus is het Hof tot het oordeel gekomen dat de informatie op de documenten inlichtingen betreft waarvan de geheimhouding door het belang van de Staat wordt geboden en die tot de veiligheid van de Staat in betrekking staan, zoals bedoeld in art. 98 Sr. Een en ander geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk is. Het kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet verder worden getoetst. Hoge Raad 7 juli 2009, *LJN BG7232*, *NJ 2009*, 528 met noot Y. Buruma (AIVD-tolk), r.o. 8.4. *In zijn noot merkt Buruma op dat de constatering dat daadwerkelijk sprake was van staatsgeheimen, de Hoge Raad een stap te ver gaat. Gelet op de conclusies van het Hof over de inhoud van de documenten, acht de annotator wel degelijk sprake van staatsgeheimen. De documenten betroffen de vraag naar welke organisaties de AIVD onderzoek deed, het actuele kennisniveau van de AIVD gezien de observatie van bepaalde, aangewezen panden en informatie over de identiteit van menselijke bronnen in een mogelijk terroristisch netwerk.* Artikelen 6, 85, 86 Wiv (Straf).

4. Varia

Afluisteren telecommunicatie en de artikelen 6, 8 en 13 EVRM

Het Hof ziet geen enkele reden tot twijfel aan de woorden van de getuigen en neemt aan dat de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een last had afgegeven om over te gaan tot het afluisteren van het pand aan de Antheunisstraat. Ook overigens zijn er geen feiten en omstandigheden gebleken of door de verdediging aannemelijk gemaakt die met zich brengen dat sprake is van schending van artikel 8 EVRM. Nu het Hof in staat is te beoordelen

dat er geen sprake is van schending van artikel 8 EVRM en het Hof derhalve fungeert als 'daadwerkelijk rechtsmiddel', is er evenmin sprake van schending van artikel 13 EVRM. Hof Den Haag 23 januari 2008, *LJN BC4129* (Ismail A) en *LJN BC4178* (Mohamed Fahmi B). Artikelen 25, 36, 38, 85, 86 Wiv (Straf).

Het Hof is van oordeel dat de verdediging voldoende gelegenheid heeft gekregen het door de AIVD aan het Openbaar Ministerie overgedragen materiaal op betrouwbaarheid te toetsen. Het Hof acht de afgeluisterde gesprekken voldoende betrouwbaar, met uitzondering van die gedeelten waar de tolken en/of H. onduidelijkheden hebben gemeld, of waar onduidelijkheden bestaan vanwege de kwaliteit van de opnamen.

Ook overigens zijn geen feiten of omstandigheden gebleken of aannemelijk geworden die meebrengen dat zich enige ongeoorloofde inbreuk op de rechten van de verdachte heeft voorgedaan.

Nu het Hof in staat is te beoordelen of zich een schending van artikel 8 EVRM dan wel enige andere schending van de rechten van de verdachten heeft voorgedaan, en het Hof als "daadwerkelijk rechtsmiddel" fungeert, kan er evenmin sprake zijn van een schending van artikel 13 EVRM. Dit alles brengt mee dat er evenmin sprake is van schending van artikel 6 EVRM. De gesprekken kunnen derhalve in zoverre het Hof ze betrouwbaar acht, meewerken voor een eventuele bewijsvoering. Hetgeen overigens door de verdediging in dit verband naar voren is gebracht, maakt dat niet anders.

Hof Amsterdam 17 december 2010, *LJN BO7690*, r.o. 2.2.2 (slotsom), *LJN BO 8032* r.o. 2.1.2 (slotsom), *LJN BO9014*, r.o. 2.2.2 (slotsom), *LJN BO9015*, r.o. 2.2.2 (slotsom), *LJN BO9016*, r.o. 2.1.2 (slotsom), *LJN BO9017*, r.o. 2.1.2 (slotsom) en *LJN BO9018*, r.o. 2.2.2 (slotsom) (Hofstadgroep). Artikelen 25, 36, 38 Wiv (Straf).

Bescherming bronnen AIVD

De Wiv bevat geen bepaling op grond waarvan de minister gehouden is bronnen onder alle omstandigheden te beschermen en dus ook voor de bestuursrechter geheim te houden.

Artikel 15 Wiv voorziet in eenzelfde zorgplicht voor bronnen als voor gegevens en die zorgplicht staat niet in de weg aan wettelijke verplichtingen om gegevens te verstrekken.

Raad van State 3 mei 2006, *LJN AW 7311*, r.o. 2.5.2.

Artikelen 15, 87 Wiv / artikelen 8:29, 8:31, 8:45 Awb (Bestuursrecht overig).

Het belang van bronbescherming is niet alleen gelegen in het waarborgen van de veiligheid van menselijke bronnen maar, in het verlengde daarvan, ook in het voorkomen dat bronnen geen informatie aan de AIVD meer willen verstrekken. Dit belang is niet aan de orde voor zover het gaat om publiekrechtelijke organisaties zoals de politie en het Openbaar Ministerie die ingevolge de artikelen 61 en 62 van de Wiv verplicht zijn om relevante informatie aan de AIVD te verstrekken. Het geheimhouden van deze bronnen kan echter desondanks aangewezen zijn op grond van andere redenen die verband houden met de nationale veiligheid. Niet valt uit te sluiten dat in voorkomende gevallen reeds het enkele feit dat bekend is, dat aan de AIVD stukken zijn verstrekt door voormelde publiekrechtelijke organisaties, de nationale veiligheid zou kunnen schaden als bedoeld in artikel 55 lid 1 onder b van de Wiv. Het vermelden van deze bronnen kan dan om die reden achterwege worden gelaten.

Raad van State 21 december 2011, *LJN BU8858* (Roel van Duijn), r.o. 2.5.1.

Artikelen 45, 55, 61, 62 Wiv (Bestuursrecht overig).

Bijzondere bevoegdheden: bestrijding gebruik daarvan in Kort Geding

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wiv 2002 is van de zijde van de regering bij herhaling gesteld dat naast het toezicht door de Nationale Ombudsman en de commissie van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten het externe toezicht op de uitoefening van de in paragraaf 3.2.2. van deze wet verleende bijzondere bevoegdheden in voorkomende gevallen zal kunnen plaatsvinden door de burgerlijke rechter of de strafrechter (zie met name de nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II 1999/2000, 25 877, nr. 8, p. 7, 10; nota n.a.v. het nader verslag, Kamerstukken II 2000/2001, 25 877, nr 14, p. 911, 38, 41, 59, 66; memorie van antwoord Eerste Kamer, Kamerstukken I 2001/2002, 25 877, nr. 58a, p. 12). Het moge zo zijn dat de Wiv 2002 een uiterst restrictief regime bevat ten aanzien van het verstrekken van gegevens en inlichtingen, maar het is voor de Staat niet onmogelijk in een Kort Geding waarin wordt gevorderd bijzondere bevoegdheden niet langer te gebruiken, de grondslag van die vordering te bestrijden. De Wiv 2002 verbiedt de Staat niet onder alle omstandigheden

informatie over de uitoefening van bijzondere bevoegdheden ter kennis te brengen van de rechter en in de civiele procedure zijn er, zoals is uiteengezet in r.o. 3.4.8 waarvan een samenvatting is opgenomen in par. 3.2. van dit jurisprudentieoverzicht, voldoende mogelijkheden om te voorkomen dat vertrouwelijke gegevens in de openbaarheid komen. Hoge Raad 11 juli 2008, NJ 2009, 451 m. n. Dommering, r.o. 3.4.4 en 3.4.9 (Afluisteren Telegraafjournalisten).

In zijn noot bij deze uitspraak merkt Dommering op dat de Hoge Raad aan zijn overwegingen over de rol van de rechter bij het toezicht op inlichtingen- en veiligheidsdiensten nog had kunnen toevoegen dat het toezicht van de commissie van toezicht en de Nationale Ombudsman geen effective remedy is in de zin van art. 13 EVRM. Het bestuur is immers niet gehouden een advies van de commissie van toezicht op te volgen en kan ook een oordeel van de Nationale Ombudsman naast zich neerleggen. Zie hierover ook de discussie tussen Bos en Schilder, Loof en Sparrius in NJB 2013, p. 820-821. Artikel 25, 36 en 38 Wiv (Civiel).

Bijzondere bevoegdheden; gebruik tegen journalisten bij bestrijding van een lek bij de AIVD
Het Hof onderschrijft het oordeel van de voorzieningenrechter dat in het kader van een onderzoek als bedoeld in artikel 6 lid 2 onder a Wiv 2002 de bijzondere bevoegdheden die in de artikelen 20 en 25 van de Wiv 2002 aan de AIVD zijn gegeven, mogen worden toegepast. Deze bevoegdheden mogen ook worden toegepast jegens degenen die weliswaar niet zelf kunnen worden aangemerkt als "target", maar daarmee wel in verbinding staan op een wijze als waarvan hier sprake is (de journalisten waren in het bezit van geheime documenten). Dit betekent dat niet kan worden gezegd dat toepassing van die bijzondere bevoegdheden (observeren, in het kader daarvan registreren, volgen, aftappen en afluisteren van gesprekken, telecommunicatie etc.) jegens de journalisten a priori ongeoorloofd is. Ook als de journalisten zelf niet kunnen worden aangemerkt als personen als bedoeld in art. 6 lid 2 onder a van de Wiv 2002, kunnen de bijzondere bevoegdheden in het kader van het a-onderzoek naar anderen in de omstandigheden van dit geval dus wel jegens hen worden aangewend. Hof Den Haag 31 augustus 2006, LJN AY7004 (Afluisteren Telegraafjournalisten), r.o. 8. Artikelen 6, 20, 25 Wiv (Civiel).

De bescherming van journalistieke bronnen vindt zijn begrenzing in de bescherming van de nationale veiligheid en de noodzaak om verspreiding van vertrouwelijke informatie te verhinderen, zoals weergegeven in art. 10 lid 2 EVRM. Het Hof heeft daarom wel uiterste terughoudendheid vooropgesteld bij de toepassing van bijzondere bevoegdheden ten aanzien van journalistieke bronnen, maar deze toepassing terecht niet uitgesloten. Het Hof heeft ook niet miskend dat de belangen van de overheid die zich beroept op een uitzondering van artikel 10 lid 2 EVRM, zwaarder moeten wegen dan de belangen bij handhaving van de in die bepalingen gewaarborgde rechten, willen zij een dergelijke uitzondering wettigen. In casu heeft het Hof terecht geoordeeld dat gebruik van bijzondere bevoegdheden t.a.v. journalistieke bronnen gelet op het belang van de bescherming van zulke bronnen voor de persvrijheid en de mogelijk afschrikwekkende werking op zulke bronnen van de wetenschap dat de AIVD daarop bijzondere bevoegdheden toepast, slechts wordt gerechtvaardigd door een onloochenbare behoefte in het algemeen belang. Hoge Raad 11 juli 2008, NJ 2009, 451 m.n. Dommering, r.o. 3.7.3 en 3.7.4.2 (Afluisteren Telegraafjournalisten) Artikel 10 EVRM (Civiel).

Het Hof stelt vast dat de Staat onvoldoende heeft gesteld dat bij de beslissing tot het aanwenden van de in de Wiv 2002 voorziene bijzondere bevoegdheden jegens [de journaliste]. [de journalist] en [de hoofdredacteur] de in artikel 10 lid 2 EVRM gestelde grenzen zijn gerespecteerd waarbinnen de door die bevoegdheidsaanwending veroorzaakte en daarmee ook beoogde inbreuk op de door artikel 10 lid 1 EVRM beschermde rechten van de desbetreffende journalisten toelaatbaar zou zijn.

in het vermoeden dat een eigen medewerker geclassificeerd materiaal aan derden had verstrekt kon de AIVD aanleiding vinden voor een zogenaamd "a-onderzoek", teneinde met alle beschikbare middelen dat lek in eigen gelederen zo snel mogelijk te traceren. Dit vermoeden is evenwel niet zonder meer te beschouwen als een rechtvaardiging voor onderzoekshandelingen waardoor het journalistieke verschoningsrecht, dat verdragsrechtelijk bescherming krijgt als essentieel onderdeel van de informatievrijheid, wordt doorbroken. Die

rechtvaardiging kan slechts worden aangenomen indien sprake is van een (zeer) zwaarwegend belang, in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aangeduid als "overriding requirement in the public interest".

Het op 28 maart 2009 verschenen krantenartikel bevat geen gegevens op grond waarvan in redelijkheid kon worden geoordeeld dat zich dit "overriding requirement in the public interest" voordeed. De enkele omstandigheid dat in dit artikel vermoedelijk is geput uit een als staatsgeheim geclassificeerd document en de journalisten waarschijnlijk wel hebben beseft dat dit materiaal hen met schending van een geheimhoudingsplicht is toegespeeld, kan dit "overriding requirement" niet opleveren.

Overigens heeft de Staat niets gesteld omtrent een eventuele (met de verschijning van dit krantenartikel samenhangende) aantasting van de nationale veiligheid in de vorm van onmiddellijk dreigend geweld tegen personen of goederen die de (doelbewust gemaakte) inbreuk op het journalistieke verschoningsrecht had kunnen legitimeren [...] Gelet op het maatschappelijk belang bij instandhouding van de voorwaarden voor een vrije nieuwsgaring heeft de Staat in dit geding onvoldoende gesteld dat het werkelijk onvermijdelijk was om te grijpen naar onderzoeksmethoden die er naar hun aard op gericht waren het journalistieke verschoningsrecht van zijn effect te ontdoen.

Hof Amsterdam 13 oktober 2009, *LJN BK 0003* (Afluisteren journalisten en hoofdredacteur De Telegraaf), rechtsoverwegingen 3.11, 3.10.6, 3.10.7 en 3.10.9.
Artikelen 25 Wiv en 10 EVRM (Civiel).

Aan de uitoefening van de bevoegdheid om telecommunicatie af te luisteren is inherent dat niet alleen een inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de persoon die wordt afgeluisterd maar ook op die van de personen met wie die persoon telefonisch contact heeft. Dit gegeven vormt dan ook geen reden om een telefoontap te verbieden. Bovendien wordt hierdoor slechts in beperkte mate een inbreuk gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van die anderen. Er is ook geen rechtsregel die zich ertegen verzet dat de bevoegdheid om telecommunicatie af te luisteren mede wordt gebruikt om een nog onbekende persoon te identificeren, om zo een lek bij een inlichtingen- en veiligheidsdienst te dichten.

Hof Den Haag 21 februari 2013, *LJN BZ1875* en 1878 (medewerkster AIVD en partner).
Artikelen 25, 38 Wiv, artikel 8 EVRM (Straf).

Bijzondere bevoegdheden; wettelijke grondslag

Het Hof is van oordeel dat de taakuitvoering van de BVD ten tijde van de aan de orde zijnde informatiegaring (de Wiv 2002 trad nadien, op 29 mei 2002 in werking) voor zover daarbij inbreuken werden gemaakt op grondrechten van derden, geen voldoende (nauwkeurige en kenbare) grondslag vond in de toenmalige Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van 3 december 1987, Stb. 635. De door de BVD gehanteerde 'bijzondere methoden', zoals die bijvoorbeeld door de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden (PEC) zijn beschreven (TK 1995-1996, 24 072, nr 15, blz. 227 e.v.), vonden slechts hun basis in de taakomschrijving van de BVD, zoals die was neergelegd in artikel 8 Wiv 1987 en die mede omvatte (en omvat, zie artikel 6 lid 2 Wiv 2002) "het verzamelen van gegevens omtrent organisaties en personen welke door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de Staat".

Hof Den Haag 21 juni 2004, *LJN AP 2058* en AP3601, Rotterdamse terroristenzaak, r.o. 4.3.2. Artikelen 6, 20, 25 Wiv (Straf).

Bijzondere bevoegdheden; wettelijke grondslag; toetsing daarvan aan artt. 8 en 10 EVRM

In het licht van EHRM 6 juni 2006, *EHRC* 2006, 89, 76 inzake *Segerstedt-Wiberg /Zweden*, voldoet de Wiv 2002 ten aanzien van de uitoefening van de in art. 20 en 25 omschreven bijzondere bevoegdheden en de omschrijving van de grondslag voor de uitoefening daarvan in art. 18 in verbinding met art. 6 lid 2, onder a, aan het vereiste dat the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.

Hierbij tekent de Hoge Raad aan dat de omschrijving in art. 6 Wiv 2002 van de gevallen waarin de bijzondere bevoegdheden mogen worden uitgeoefend, noodzakelijkerwijs ruim moet zijn om met het oog op het doel waarvoor de bevoegdheid is gegeven voldoende effectief te kunnen zijn. Bovendien verschaffen de betrokken wettelijke bepalingen mede gelet

op het stelsel van rechtsbescherming van de Wiv 2002, de veiligheidsdiensten geen ongebreidelde macht en bieden zij deze diensten ook niet de mogelijkheid van willekeurige inmenging in de rechten of beperking van de vrijheden die hier aan de orde zijn. Daarom kan, ook als in aanmerking wordt genomen dat de bijzondere bevoegdheden in het geheim worden uitgeoefend waarbij het risico van willekeur onmiskenbaar aanwezig is, worden geconcludeerd dat tevens is voldaan aan de in de rechtspraak van het EHRM gestelde eis dat de genoemde bepalingen van de Wiv 2002 in overeenstemming zijn met the rule of law. Hoge Raad 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451 m. n. Dommering, r.o. 3.6.3. tot en met 3.6.5. (Afluisteren Telegraafjournalisten). Artikelen 20 en 25 Wiv en 8 en 10 EVRM (Civiel).

Geheimhoudingsplicht AIVD'er en eerlijk proces (artikel 6 EVRM)

Wanneer de geheimhoudingsplicht van een medewerker van de AIVD in een strafproces tegen hem onverkort van kracht zou zijn, zou dat aan een eerlijk proces in de weg staan. Hij is echter evenals zijn raadslieden op grond van artikel 86 lid 1 Wiv van deze verplichting ontheven onder het stellen van voorwaarden. Het Hof acht deze voorwaarden in het belang van de staatsveiligheid niet onredelijk en met het oog op het belang van de verdediging niet onwerkbaar. Voor het geval dat de verdachte en zijn raadslieden een verdere doorbreking van de geheimhoudingsplicht noodzakelijk achten voor een eerlijk proces, kunnen zij een beroep doen op de rechtvaardigingsgrond van het belang van een behoorlijke verdediging in de zin van artikel 6 EVRM. Hof Den Haag 12 oktober 2006, *LJN* AY9924 (AIVD-tolk), r.o. 2. Artikel 86 Wiv, artikel 6 EVRM (Straf).

De wet kent geen uitzondering op de geheimhoudingsplicht van art. 85 Wiv voor een ex-ambtenaar van de AIVD die verdachte is. Indien evenwel de rechter ter terechtzitting, al dan niet naar aanleiding van een verzoek of verweer van de verdediging, van oordeel is dat het verdedigingsbelang vergt dat onder de geheimhoudingsplicht vallende gegevens door de verdachte worden geopenbaard, zal de rechter de hier conflicterende belangen dienen af te wegen. Richtsnoer daarbij is of indien die gegevens niet alsnog kunnen worden geopenbaard, nog sprake kan zijn van een fair proces als bedoeld in art. 6 EVRM. Indien de rechter tot het oordeel komt dat kennisneming van de geheime gegevens vanuit een oogpunt van die verdragswaarborg noodzakelijk is en de handicap die de verdediging hierdoor ondervindt niet in voldoende mate wordt gecompenseerd door de gevolgde procedure, zal hij zich ervan dienen te vergewissen - bijvoorbeeld door daarover een of meer ambtenaren van de AIVD te horen - of de geheimhoudingsplicht ter zake van die gegevens onverkort wordt gehandhaafd. Indien dat het geval is zal de rechter daaraan de gevolgtrekking moeten verbinden dat van een eerlijk proces geen sprake kan zijn en zal hij de officier van justitie niet-ontvankelijk moeten verklaren. Voor zover het Hof een ander dan het zojuist geschetste processuele kader voor ogen heeft gestaan, heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Hoge Raad 7 juli 2009, *LJN* BG7232, *NJ* 2009, 528 met noot Y. Buruma (AIVD-tolk), r.o. 5.5. en 5.6. *In zijn noot wijst Buruma bij wijze van alternatief voor de benadering van de Hoge Raad op de mogelijkheid dat het hoofd van de AIVD de stukken die geheim moeten worden gehouden, declassificeert. Hij geeft echter de voorkeur aan de benadering van de Hoge Raad, omdat daarin niet het hoofd van de AIVD maar de rechter de reikwijdte van de mogelijkheden van de verdediging bepaalt. Daarbij tekent hij aan dat in die benadering wel een zware verantwoordelijkheid rust op de schouders van het Openbaar Ministerie, omdat de vertegenwoordiger daarvan zal moeten waken voor het belang van de staatsveiligheid.* Artikelen 6, 85, 86 Wiv (Straf).

De klacht van de verdachte dat hem geen compensatie is geboden voor zijn geheimhoudingsplicht ex artikel 85 Wiv (oud) als oud-medewerker van de AIVD, treft geen doel. In eerste aanleg is de verdachte in de gelegenheid gesteld de stukken die naar het oordeel van de AIVD van staatsgeheime aard waren in te zien en zich daaromtrent met zijn raadsman te beraden, terwijl de geschoonde stukken zowel in eerste aanleg als in hoger beroep voor de verdachte en zijn raadsman ter inzage hebben gelegen. Verder heeft het Hof ook de mogelijke beperkingen die de verdediging in ander opzicht heeft ondervonden onder ogen gezien. Daarbij is het Hof uiteindelijk tot het - niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigende en niet onbegrijpelijke - oordeel gekomen dat van zodanige beperkingen geen sprake is geweest. Ook overigens geeft het oordeel van het Hof - dat het in *NJ* 2009/528 uiteengezette toetsingskader niet heeft miskend - geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hoge Raad 29 november 2011, *LJN* BU6207, *NJ* 2012/45 met noot T.M. Schalken, r.o. 3.6.

In zijn noot wijst Schalken erop dat compensatie pas aan de orde kan zijn als de verdediging, ondanks de beperkte mogelijkheden, toch nog in de gelegenheid is geweest het bewijsmateriaal aan te vechten. Als dit niet mogelijk blijkt, bijvoorbeeld doordat de AIVD elke medewerking weigert, zoals in Hoge Raad 15 november 2011, LJN BP7544, NJ 2012/36 (Soumaya S), rest slechts de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Artikelen 85 en 86 Wiv (Straf).

Geheimhoudingsplicht AIVD'er en optreden als getuige in strafzaken

Op grond van art. 23 Wiv 1987 is een ieder die bij de uitvoering van die wet betrokken is en daarbij de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijk karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, verplicht tot geheimhouding daarvan. Op grond van art. 24, tweede lid, Wiv 1987 mag de ambtenaar die krachtens een wettelijke bepaling verplicht wordt als getuige op te treden, slechts een verklaring afleggen over iets waartoe zijn verplichting tot geheimhouding zich uitstrekt, voor zover de Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie gezamenlijk hem schriftelijk van zijn plicht tot geheimhouding hebben ontheven. Het Hof heeft op grond van de door het hoofd van de BVD in eerste aanleg afgelegde verklaring overwogen dat die ontheffing geen algemene kan zijn, maar per vraag zal moeten worden afgewogen. Voorts heeft het Hof in zijn overwegingen betrokken de geringe toetsingsruimte die er ten aanzien van het optreden van de BVD in het geldende wettelijke systeem voor de strafrechter bestaat. De afwijzing van de verzoeken van de verdediging om het hoofd van de BVD te horen als getuige, moet worden verstaan tegen de achtergrond van het bestaan van een rechtsplicht tot geheimhouding en van een daarmee samenhangend onderscheid tussen de bevoegdheden van de BVD enerzijds en de bevoegdheden van de politie en justitie anderzijds. Het voorgaande in aanmerking genomen, geeft het oordeel van het Hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd. Daarbij tekent de Hoge Raad aan dat het Hof heeft vastgesteld dat de gezamenlijke ministers hebben laten weten het hoofd van de BVD geen ontheffing van de geheimhoudingsverplichting te verlenen. Hoge Raad 5 september 2006, NJ 2007, 336 met noot T.M. Schalken (Rotterdamse terroristenzaak) r.o. 5.3. *In zijn noot bij deze uitspraak gaat Schalken niet op deze kwestie in. Artikelen 23, 24 Wiv 1987 (Straf).*

Naast staatsgeheimen in de zin van artikel 98 Sr zijn er nog andere zaken die (in de visie van de AIVD) onder de geheimhoudingsverplichting van artikel 85 Wiv 2002 vallen. Het Hof leidt uit het bepaalde in artikel 86 van die wet af dat die verplichting (in beginsel) boven de verplichting te getuigen in een strafzaak prevaleert. De beoordeling door de rechter van de vraag of door een AIVD-getuige terecht een beroep op die verplichting wordt gedaan, is noodzakelijkerwijs een afstandelijke / marginale. Dat ligt anders ten aanzien van de vraag of daardoor wezenlijke afbreuk wordt gedaan aan het ondervragingsrecht van de verdediging waarbij een rol speelt of de verklaring van die getuige tot het bewijs wordt gebezigd. Hof Den Haag 1 maart 2007, LJN AZ 9644 (AIVD-tolk), r.o. 5.1.2. Artikelen 15, 85, 86 Wiv (Straf).

Geheimhoudingsplicht AIVD'er en vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM)

Ambtenaren die werkzaam zijn bij de AIVD zijn uit hoofde van hun functie bij uitstek verplicht om staatsgeheime informatie geheim te houden. Indien zij die in artikel 98 tot en met 98c van het Wetboek van Strafrecht scherp gesanctioneerde verplichting schenden, kunnen zij zich in beginsel niet beroepen op het in het EVRM neergelegde recht van vrijheid van meningsuiting. Hof Den Haag 21 februari 2013, LJN BZ1875 en 1878 (medewerkster AIVD en partner) Artikelen 25, 38 Wiv / artikel 8 EVRM (Straf).

Geheimhoudingsplicht LOvJ T ten aanzien van onderliggende informatie ambtsberichten

Ingevolge artikel 38 lid 3 Wiv wordt aan de LOvJ T op diens verzoek inzage gegeven in alle gegevens die ten grondslag liggen aan de aan hem verstrekte informatie, maar daarbij zijn de geheimhoudingsbepalingen van artikel 85 en artikel 86 van overeenkomstige toepassing. Uit deze bepalingen kan worden afgeleid dat de LOvJ T tot geheimhouding verplicht is, in beginsel ook als hij optreedt als getuige.

Hof Den Haag 25 april 2003, LJN AF7798, r.o. 2.3 en Hof Den Haag 21 juni 2004, LJN AP2058, en AP 3601, (Rotterdamse terroristenzaak) r.o. 4.3.9.

Artikelen 6, 38 Wiv (Straf).

Informatieverstrekking Openbaar Ministerie aan inlichtingen- en veiligheidsdiensten

Het Openbaar Ministerie had in strijd met een overeenkomst met een informant, aan de BVD verslagen verstrekt van de gesprekken die de Officier van Justitie met die informant had gevoerd. Het Hof Amsterdam verklaart het Openbaar Ministerie onder meer vanwege deze handelwijze niet-ontvankelijk wegens een ernstige schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde. Volgens de Hoge Raad kunnen onrechtmatigheden die voor rekening komen van het Openbaar Ministerie maar zich hebben voorgedaan buiten het onderzoek naar het ten laste gelegde feit, niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Hoge Raad 2 juli 2002, NJ 2003, 2 met noot G. Knigge (Mink K.), r.o. 4.5. *In zijn noot bij deze uitspraak wijst Knigge erop dat dit oordeel hem niet verbaast, omdat de verdachte door de gang van zaken niet in zijn verdediging is geschaad.* (Straf).

De informant met wie de door het Openbaar Ministerie geschonden overeenkomst was gesloten, had in Kort Geding gevorderd verdere informatiestrekking te verbieden en de reeds verstrekte informatie te vernietigen. De Staat beriep zich op de verplichting van het Openbaar Ministerie ex art. 22 lid 1 Wiv (oud) of art. 61 Wiv, om inlichtingen te verschaffen aan de BVD. Volgens de Hoge Raad houdt dit artikel voor het Openbaar Ministerie niet alleen de mogelijkheid, maar ook de verplichting in gegevens die het voor een inlichtingen- of veiligheidsdienst van belang acht aan die dienst door te geven. Deze verplichting biedt echter ruimte voor een afweging tussen het belang van de staatsveiligheid en het belang informatie te kunnen verkrijgen die niet beschikbaar zou komen zonder garantie van geheimhouding. Het Openbaar Ministerie is bevoegd deze belangenafweging bij voorbaat te maken en op basis daarvan een bindende toezegging tot geheimhouding te doen. Zo'n toezegging en de overeenkomst waarin die is opgenomen, zijn dus niet in strijd met art. 22 lid 1 Wiv (oud). Een dergelijke overeenkomst bindt de Staat en zijn organen tenzij, gelet op de door de informant verstrekte informatie, in redelijkheid niet kan worden volgehouden dat zijn belang bij geheimhouding zich (nog) verzet tegen doorgeleiding van de informatie aan de veiligheidsdienst. Hoge Raad 28 maart 2003, NJ 2004, 71 met noot T.M. Schalken, r.o. 3.7.4 t/m 3.7.7 (Mink K). *In zijn noot merkt Schalken op dat de Hoge Raad de rechtmatigheid van de doorgeleiding van de geheime informatie door het OM aan de BVD bestrijdt. De wettelijke informatieplicht van het OM sluit volgens hem een belangenafweging niet uit, waarin de plicht tot nakoming van een uitdrukkelijke toezegging moet worden betrokken. De annotator meent dat de overheid goede redenen moet hebben om zich achteraf te beroepen op de nietigheid van een overeenkomst met een burger, nu een beroep van een burger op de nietigheid van een overeenkomst met de overheid niet snel wordt aanvaard.* Artikel 61 Wiv (Civiel).

Klachtprocedure Wiv en artikel 13 EVRM

Met betrekking tot klachten over inbreuken op de door artikel 10 lid 1 EVRM beschermde vrijheden kan het in artikel 13 EVRM verlangde "effectief rechtsmiddel" alleen worden gevonden in een rechtsgang die op korte termijn kan voeren tot een uitspraak van een instantie die onafhankelijk is van degene wiens optreden aanleiding gaf tot de klacht. Met die uitspraak moet (bij gegrondbevinding van de klacht) de inbreuk op het recht daadwerkelijk kunnen worden beëindigd of ongedaan kunnen worden gemaakt. Het is niet aannemelijk dat de klachtprocedure uit de Wiv 2002 op dezelfde termijn een beslissing kan opleveren als in Kort Geding uitspraak kan worden gedaan. Bovendien is in die klachtprocedure de beslissing kennelijk voorbehouden aan de Minister, die niet alleen (politiek) verantwoordelijk is voor het optreden van de inlichtingendienst, maar in de artikelen 19 e.v. Wiv 2002 tevens is aangewezen als de autoriteit die (behoudens mandatering, voor zover de Wiv 2002 die toelaat) zelf toestemming moet geven voor het gebruik van de bijzondere bevoegdheden. Ook die omstandigheid brengt mee dat de klachtprocedure uit de Wiv 2002 niet als "effective remedy" in de zin van artikel 13 EVRM is te beschouwen. Hof Amsterdam 13 oktober 2009, LJBK 0003 (Afluisteren journalisten en hoofdredacteur De Telegraaf), r.o. 3.15. Artikel 83 en 84 Wiv en artikelen 10 en 13 EVRM (Civiel).

Mandatering uitvoering veiligheidsonderzoeken

De Wiv sluit niet uit dat de uitvoering van een veiligheidsonderzoek voor de politie wordt opgedragen aan de korpschef. Daarnaast is deze opdracht slechts van beperkte aard, omdat de korpschef wel een verklaring van geen bezwaar mag afgeven maar niet mag weigeren.

Op grond van artikel 3 lid 2 van het Mandaatbesluit veiligheidsonderzoeken regionale politiekorpsen moet hij een onderzoek, wanneer dat een negatief resultaat heeft opgeleverd, teruggeven aan de AIVD. Voorts mag de politie, evenmin als de AIVD zelf, bij de uitvoering van een veiligheidsonderzoek gebruik maken van bijzondere bevoegdheden. Gelet op deze omstandigheden is de overdracht van de bevoegdheid tot uitvoering van veiligheidsonderzoeken aan de korpschef niet in strijd met artikel 6 lid 2 onder b van de Wiv. Raad van State 5 december 2007, *LJN BB9480*, r.o. 2.6. Artikel 6 Wiv (Bestuursrecht overig). Onregelmatigheden in AIVD-onderzoek; gevolgen voor strafproces

De toepassing van artikel 359a Sv is allereerst beperkt tot vormverzuimen die zijn begaan bij het voorbereidend onderzoek. Ingevolge artikel 132 Sv moet daaronder worden verstaan het onderzoek dat voorafgaat aan het onderzoek ter terechtzitting. Onder de vormverzuimen zijn blijkens de wetsgeschiedenis begrepen normschendingen bij de opsporing. Artikel 359a Sv is dus niet van toepassing op een vormverzuim dat is begaan buiten het verband van het voorbereidend onderzoek. Een onderzoek door een inlichtingen- en veiligheidsdienst vindt plaats buiten de verantwoordelijkheid van de politie of het Openbaar Ministerie en valt dus buiten dit verband. Daarom is artikel 369 Sv hierop niet van toepassing.

Hoge Raad 5 september 2006, *NJ 2007*, 336 met noot T.M. Schalken (Rotterdamse terroristenzaak) r.o. 4.7.1. *In zijn noot bij deze uitspraak merkt Schalken op dat strafrechtelijk relevant gebruik van besmette AIVD-informatie niet alleen kan leiden tot bewijsuitsluiting maar ook tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Artt. 23, 24 Wiv 1987 (Straf).*

Samenloop AIVD-onderzoek en opsporingsonderzoek

De BVD en justitie kunnen ieder voor zichzelf onderzoek doen - en ook blijven doen - naar personen of groeperingen indien daartoe, vanuit hun respectieve preventieve en repressieve taken bezien, aanleiding bestaat. De wetgever heeft in de Wiv 2002 (evenals in eerdere wetgeving, zie artikel 20 van de 'oude' Wiv) een strikte scheiding van taken en bijbehorende bevoegdheden beoogd, naast uitwisseling van informatie tussen BVD en justitie die vanuit een oogpunt van effectieve taakuitvoering van de diensten geboden is. Naar 's hofs oordeel brengt die strikte scheiding geenszins mee dat de BVD zou moeten terugtreden indien justitie gaat opsporen (of anderszins); wel zullen BVD en justitie hun bevoegdheden uitsluitend met het oog op de vervulling van de eigen taak moeten blijven uitoefenen - en gaat het dus bijvoorbeeld niet aan dat justitie grenzen die aan de eigen opsporingsbevoegdheid zijn gesteld omzeilt door de BVD háár bevoegdheden ten behoeve van de strafvordering te laten uitoefenen en de opbrengst daarvan via de landelijk terreurofficier van justitie in het strafrechtelijk onderzoek te laten inbrengen. Maar van een dergelijk handelen is in de onderhavige zaak op geen enkele wijze gebleken; gelet op de (ook voor justitie) beschikbare informatie was er voor de BVD immers alle aanleiding de groepering in kwestie te blijven volgen. De stelling dat een parallel onderzoek van BVD en justitie niet toegelaten zou zijn of dat voortgezette informatie-uitwisseling dan ontoelaatbaar is, vindt geen steun in het recht. Hof Den Haag 21 juni 2004, *LJN AP 2058* en *AP3601*, Rotterdamse terroristenzaak, r.o. 4.3.8. Artikelen 6, 36 en 38 Wiv (Straf).

Uit de artikelen 6, 36, 38, 40 en 61 van de Wiv 2002 en de totstandkomingsgeschiedenis van deze artikelen leidt de Hoge Raad het volgende af. De wetgever heeft met deze artikelen een duidelijk juridisch en feitelijk onderscheid voor ogen gehad tussen enerzijds het optreden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten en anderzijds het optreden van opsporingsdiensten. De toedeling van bevoegdheden aan deze diensten staat niet in de weg aan informatieverstrekking door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten aan de opsporingsdiensten en andersom. Daarbij mogen de inlichtingen- en veiligheidsdiensten hun bevoegdheden uitsluitend aanwenden voor de uitoefening van hun eigen taken. De Wiv verleent evenwel aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten de discretionaire bevoegdheid tot het verstrekken van informatie aan het Openbaar Ministerie. De inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn daarin autonoom en dienen binnen het wettelijk kader een eigen afweging te maken. De Wiv, noch het doel of de strekking van deze wet, verzet zich tegen informatieverstrekking op verzoek van het Openbaar Ministerie of de opsporingsdiensten. Voorts belet geen rechtsregel het Openbaar Ministerie of de opsporingsdiensten nadere informatie aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten te vragen. Het met het oog op het buiten toepassing laten van strafvorderlijke waarborgen doelbewust niet aanwenden van opsporingsbevoegdheden teneinde gebruik te kunnen maken van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst vergaarde informatie, en het door een inlichtingen- en veiligheidsdienst aanwenden van zijn

bevoegdheden voor strafvorderlijke doeleinden, is echter in strijd met de wet. Gelet op het vorenstaande en op de onderscheiden taakstelling, oordeelt de Hoge Raad dat geen rechtsregel zich ertegen verzet dat zowel een inlichtingen- en veiligheidsdienst als het Openbaar Ministerie of een opsporingsdienst elk voor zich - en daardoor mogelijk parallel - onderzoek doet naar personen of groeperingen, indien hun taak daartoe aanleiding geeft. Hoge Raad 13 november 2007, *LJN BA2553* (dierenrechtenactivisten), r.o. 3.4.1 t/m 3.4.3. Artikelen 6, 36, 38, 40 en 61 Wiv (Straf).

Het is in strijd met de wet als het Openbaar Ministerie met het oog op het buiten toepassing laten van strafvorderlijke waarborgen doelbewust geen opsporingsbevoegdheden aanwendt, teneinde gebruik te kunnen maken van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst vergaarde informatie. Hetzelfde geldt voor het door een inlichtingen- en veiligheidsdienst aanwenden van zijn bevoegdheden voor strafvorderlijke doeleinden. Geen rechtsregel verzet zich er evenwel tegen dat zowel een inlichtingen- en veiligheidsdienst als het Openbaar Ministerie of een opsporingsdienst elk voor zich - en daardoor mogelijk parallel - onderzoek doet naar bepaalde personen of groeperingen, indien daartoe vanuit de vervulling van hun taak aanleiding bestaat.

In de onderhavige zaak liepen de onderzoeken van de AIVD en het onderzoek van het Openbaar Ministerie gedeeltelijk parallel. Op grond van de artikelen 36 en 38 Wiv 2002 mag de AIVD gegevens verstrekken aan het Openbaar Ministerie. Geen rechtsregel belet het Openbaar Ministerie of de opsporingsdiensten voorts om zelf nadere informatie aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten te vragen. Het overleggen van de afgeluisterde gesprekken op CD-rom door de AIVD op verzoek van het Openbaar Ministerie was dus in overeenstemming met de wet en het Hof ziet overigens geen aanknopingspunten om aan te nemen dat het Openbaar Ministerie de eigen opsporingsbevoegdheden doelbewust heeft omzeild door de AIVD haar bevoegdheden ten behoeve van de strafvordering te laten uitoefenen en de resultaten daarvan in het strafrechtelijk onderzoek te laten inbrengen. Hof Den Haag 23 januari 2008, *LJN BC4171* (Nouriddin El F) en *LJN BC4183* (Ahmed H.). Artikelen 6, 36 en 38 Wiv (Straf).

De taken en bevoegdheden van de AIVD zijn vastgelegd in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (verder de Wiv 2002). De wetgever heeft daarbij een duidelijk juridisch en feitelijk onderscheid voor ogen gehad tussen enerzijds het optreden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en anderzijds het optreden van de opsporingsdiensten. Wederkerige contacten tussen de verschillende diensten zijn op grond van wet- en regelgeving mogelijk en daarbij geldt dat de inlichtingen- en veiligheidsdiensten bevoegdheden uitsluitend voor de eigen taakstelling mogen aanwenden.

De Wiv 2002 verleent aan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten de discretionaire bevoegdheid tot het verstrekken van informatie aan het Openbaar Ministerie en verzet zich niet tegen informatieverstrekking op verzoek van het Openbaar Ministerie of de opsporingsdiensten. Geen rechtsregel verzet zich er tegen dat zowel de inlichtingen- en veiligheidsdienst als het Openbaar Ministerie of een opsporingsdienst elk voor zich en daardoor mogelijk parallel onderzoek doet naar bepaalde personen of groeperingen. Hof Den Haag 2 oktober 2008, *LJN BF3987* en *BF4814* (Piranha-zaak) Artikel 6, 36, 38 Wiv (Straf).

In de Wiv 2002 is een voorziening getroffen voor de gegevensuitwisseling van de AIVD met het Openbaar Ministerie. In het onderhavige geval is gebleken dat in een periode waarin onder leiding van het Openbaar Ministerie een opsporingsonderzoek plaatsvond naar een aantal verdachten, deze verdachten gelijktijdig ook onderwerp van onderzoek waren van de AIVD. Geen rechtsregel staat er in een dergelijk geval aan in de weg dat het Openbaar Ministerie de AIVD verzoekt de bij die dienst berustende gegevens te overhandigen aan het Openbaar Ministerie. In het bijzonder is niet gebleken dat het Openbaar Ministerie heeft gehandeld met enig onzuiver oogmerk, in het bijzonder ook het oogmerk de wettelijke bepalingen over het opnemen en af luisteren van gesprekken in het Wetboek van Strafvordering te omzeilen. Aldus kan niet worden gezegd dat het Openbaar Ministerie heeft gehandeld met doelbewuste en grove veronachtzaming van de rechten van de verdachte. Hof Amsterdam 17 december 2010, *LJN BO7690*, r.o. 2.2.2 (tussenoordeel), *LJN BO 8032* r.o. 2.1.2 (tussenoordeel), *LJN BO9014*, r.o. 2.2.2 (tussenoordeel), *LJN BO9015*, r.o. 2.2.2

(tussenoordeel), *LJN* BO9016, r.o. 2.1.2 (tussenoordeel), *LJN* BO9017, r.o. 2.1.2 (tussenoordeel) en *LJN* BO9018, r.o. 2.2.2 (tussenoordeel) (Hofstadgroep).
Artikelen 6, 36, 38 Wiv (Straf).

II. Jurisprudentieoverzicht EHRM, ECRM en Hof van Justitie EU

1. Onmenselijke en vernederende behandeling

Uitleg begrip “onmenselijke en vernederende behandeling”

Het Hof heeft behandelingen gehouden voor “onmenselijk”, omdat zij werden uitgevoerd met voorbedachten rade, urenlang zonder onderbreking werden toegepast en psychisch lijden veroorzaakten. Behandelingen zijn aangemerkt als “vernederend” wanneer zij erop waren gericht de slachtoffers te vernederen en mogelijk hun fysieke of morele weerstand te breken door gevoelens van angst en minderwaardigheid op te wekken, of wanneer zij het slachtoffer hebben aangezet tot handelingen die ingaan tegen zijn wil of zijn geweten. Verder is de vraag of een behandeling tot doel had iemand te vernederen een factor die het Hof in aanmerking neemt bij de beoordeling of een behandeling “vernederend” is in de zin van art. 3 EVRM. Het ontbreken van dit doel betekent echter niet automatisch dat een behandeling niet “vernederend” is in de zin van dit artikel. EHRM 22 mei 2008, Wieser tegen Oostenrijk, § 36.

Arrestatie met overmacht van politie en gebruik van handboeien gerechtvaardigd

Omdat de politie redenen had om aan te nemen dat de betrokkene gewelddadig en gevaarlijk was, in het bezit was van een vuurwapen en geoefend was in de vechtkunst, levert zijn arrestatie door zes speciaal bewapende en gemaskerde agenten op zichzelf beschouwd geen schending op van art. 3 EVRM. In het licht van de zojuist genoemde omstandigheden levert ook het feit dat hij vier uur lang handboeien moest dragen geen schending op van dit artikel, nu dit niet heeft plaatsgevonden in het openbaar en geen lichamelijke verwondingen of langdurige effecten op de geestelijke gezondheid van de betrokkene tot gevolg heeft gehad. Op deze punten geen schending van art. 3 EVRM. EHRM 22 mei 2008, Wieser tegen Oostenrijk, § 37.

Visitatie levert “vernederende behandeling” op

Het Hof beschouwt het ontkleden van de betrokkene als een “vernederende behandeling” in de zin van art. 3 EVRM. Deze handelwijze was niet noodzakelijk en gerechtvaardigd om veiligheidsredenen, omdat de betrokkene werd verdacht van verboden wapenbezit en wapens, anders dan drugs, al kunnen worden opgespoord door de betrokkene te fouilleren zonder hem te ontkleden. Bovendien is hij niet verzocht zich te ontkleden, maar hebben politieagenten hem ontkleed. Schending van art. 3 EVRM. EHRM 22 mei 2008, Wieser tegen Oostenrijk, § 40.

2. Eerlijk proces

2.1. Gebruik vertrouwelijk bewijsmateriaal

Nationale veiligheid geen alibi voor gebrek aan rechterlijke controle

Het vertrouwelijke bewijsmateriaal op basis waarvan een Indiase asielzoeker in het Verenigd Koninkrijk was gedetineerd, was volledig onttrokken aan rechterlijke controle, omdat de betrokkene volgens de verantwoordelijke ministers een bedreiging vormde voor de nationale veiligheid (§ 121). Het Hof erkent dat het gebruik van vertrouwelijk bewijsmateriaal onvermijdelijk kan zijn wanneer de nationale veiligheid op het spel staat. Dit betekent echter niet dat de nationale autoriteiten zich kunnen onttrekken aan daadwerkelijk toezicht door nationale rechters telkens wanneer zij maar beweren dat de nationale veiligheid en terrorisme in het geding zijn. Rechtsvergelijking met Canada wijst uit dat er technieken bestaan om een juist(er) evenwicht te vinden tussen het vertrouwelijk houden van informatie en een eerlijke procesvoering (§ 131). Geen van de procedures voldeed i.c. aan de vereisten van art. 5 lid 4 EVRM (§ 132). EHRM 15 november 1996, Chahal tegen het Verenigd Koninkrijk, §§ 121 en 130-132.

Verdediging moet betrouwbaarheid getuigen zelf kunnen toetsen

Het bewijs tegen verdachten van moord/doodslag en gewelddadige beroving was uitsluitend gebaseerd op getuigenverklaringen van anonieme politiefunctionarissen die niet waren afgelegd in het bijzijn van de verdediging.

Het Hof vond deze beperking van het recht van de verdediging om de getuigen in hun aanwezigheid te ondervragen en op die manier hun betrouwbaarheid te beoordelen niet gerechtvaardigd. Hieraan doet niet af dat de rechter-commissaris de getuigen had ondervraagd en hun betrouwbaarheid en geloofwaardigheid, alsook de redenen waarom zij anoniem moesten blijven, nauwkeurig had beoordeeld. Schending van art. 6 lid 1 juncto art. 6 lid 3 onder d EVRM.

EHRM 23 april 1997, Van Mechelen tegen Nederland, §§ 59-65.

Procedurele waarborgen voor gebruik vertrouwelijk bewijsmateriaal

Het Hof beoordeelt niet de geheimhouding van het bewijsmateriaal als zodanig, maar de procedure van de besluitvorming daarover. In casu voldeed die aan het EVRM vanwege de participatie van de verdediging en de bewaking door een rechter (§§ 53, 55 en 56). Geen schending van art. 6 lid 1 en art. 6 lid 3 onder b en d EVRM.

EHRM 16 februari 2000, Jasper tegen het Verenigd Koninkrijk, §§ 53, 55 en 56.

Gedeeltelijke openbaarmaking aan rechter vereist van bewijsmateriaal tegen verdachte van terroristische misdrijven

Ook bij een verdenking van terroristische misdrijven moet de rechter de beschikking krijgen over ten minste een deel van de informatie waarop de verdenking is gebaseerd, om te kunnen beoordelen of de verdenking op redelijke gronden berust. Aan dit vereiste was in casu voldaan. Geen schending van artikel 5 lid 1 onder c EVRM.

EHRM 16 oktober 2001, O'Hara tegen het Verenigd Koninkrijk, § 35.

Methoden van gedeeltelijke openbaarmaking van het bewijsmateriaal

De autoriteiten zijn er niet in geslaagd aannemelijk te maken waarom het niet mogelijk was de gerubriceerde informatie op te nemen in een geheim te houden bijlage bij de tenlastelegging. Evenmin lijken zij te hebben overwogen het bewijsmateriaal dat staatsgeheimen bevat te scheiden van de overige processtukken, die in beginsel onbeperkt toegankelijk konden zijn. Schending van art. 6 lid 3 onder b en c EVRM.

EHRM 9 oktober 2008, Moyseyev tegen Rusland, § 216.

Bij gebruik van vertrouwelijk bewijsmateriaal moeten voldoende specifieke beschuldigingen zijn opgenomen in de openbare stukken

Artikel 5 lid 4 EVRM eist dat er effectieve mogelijkheden zijn voor een gedetineerde om de rechtmatigheid van zijn detentie te laten beoordelen door een rechterlijke instantie.

Het bewijs waarop de detentie is gebaseerd, dient in beginsel openbaar te zijn (§ 202-204). Er kan echter een zwaarwegend algemeen belang zijn om bepaalde informatie geheim te houden. Het Hof accepteert de urgente noodzaak om de bevolking van het Verenigd Koninkrijk te beschermen tegen terroristische aanvallen van het Al Qaeda netwerk als zodanig, omdat de activiteiten en doelstellingen van dit netwerk een "public emergency threatening the life of the nation" hebben veroorzaakt (§ 205 en 216). Er ontstaat dan evenwel behoefte aan een tegenwicht tijdens de gerechtelijke procedure waardoor het weerleggen van de beschuldigingen mogelijk blijft. De oordelende instantie in kwestie, de Special Immigration Appeals Commission, betref een onafhankelijk gerecht dat zowel de openbare als de geheime informatie bij zijn rechtmatigheidsoordeel kon betrekken. Het instituut van de speciale 'veiligheidsadvocaat' die voor de gedetineerde de geheime informatie kon inzien, vormde hierbij een extra waarborg (§ 219).

In die gevallen waarin de meeste informatie geheim wordt gehouden, maar sprake is van voldoende specifieke beschuldigingen in wel openbare stukken, zodat de gedetineerde op basis daarvan in de gelegenheid is zijn raadsman en de speciale veiligheidsadvocaat te voorzien van informatie die hem zou kunnen vrijpleiten, acht het Hof artikel 5 lid 4 EVRM niet geschonden (§§ 220-222). Ten aanzien van vier klagers acht het Hof de openbare informatie echter dermate vaag en algemeen geformuleerd dat wel sprake is van een schending van artikel 5 lid 4 EVRM (§§ 223-224).

EHRM 19 februari 2009, A en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk, §§ 202-224.

Voorwaarden voor gebruik vertrouwelijk bewijsmateriaal en inzet anonieme getuigen

1. De geheimhouding van het bewijsmateriaal of de anonimiteit van de getuigen is noodzakelijk en geschikt voor een legitiem doel, zoals de bescherming van de nationale veiligheid.

2. Er worden adequate compenserende procedurele maatregelen getroffen.
3. Van belang is verder de mate waarin niet-vertrouwelijk bewijsmateriaal en verklaringen van niet-anonieme getuigen bijdragen tot het bewijs.

Op basis van een toetsing van de omstandigheden van een geval aan deze voorwaarden kan worden bepaald of sprake is van schending van art. 6 lid 1 en lid 3 onder d EVRM. EHRM 5 juni 2009, Mirilashvili tegen Rusland, §§ 195-199.

Gedeeltelijke geheimhouding bewijsmateriaal doet niet af aan eerlijkheid proces

De beperkte openbaarheid van het bewijsmateriaal in de procedure voor het Investigatory Powers Tribunal (IPT) leidt niet tot een schending van het recht op een eerlijk proces. De openbaarmaking van relevant bewijsmateriaal is geen absoluut recht. Het belang van de nationale veiligheid en de noodzaak om onderzoeksmethoden van misdaad geheim te houden, moeten worden afgewogen tegen het algemene recht op een procedure op tegenspraak. In het onderhavige geval leidt deze belangenafweging tot de conclusie dat de beperkte openbaarmaking van het bewijsmateriaal in de procedure voor het IPT zowel noodzakelijk als proportioneel is en de rechten van de betrokkene uit hoofde van art. 6 EVRM niet wezenlijk aantast. Hierbij acht het Hof van belang de brede omschrijving van de rechtsmacht van het IPT, de geringe bewijslast voor het indienen van een klacht bij het IPT en het belang van een niet-volledige openbaarmaking van het bewijsmateriaal voor de strijd tegen terrorisme en ernstige misdaad. Geen schending van artikel 6 EVRM. EHRM 18 augustus 2010, Kennedy tegen het Verenigd Koninkrijk, §§ 187 en 190.

2.2. Equality of arms overig

Bewijslast onrechtmatigheid registratie als agent van inlichtingen- en veiligheidsdienst

De registratie als agent van een communistische inlichtingen- en veiligheidsdienst en de weigering van de afgifte van een verklaring van geen bezwaar op basis van die registratie zijn inbreuken op het recht op "family life". De toedeling van de bewijslast van de onrechtmatigheid van die registratie aan de betrokkene is te zwaar, want in strijd met het beginsel van equality of arms, nu het toepasselijke recht niet geheel toegankelijk was voor de betrokkene en wel voor de overheid. Schending van artikel 8 EVRM bij gebrek aan een procedure die effectieve bescherming biedt van het recht op family life. EHRM 13 september 2006, Turek tegen Slowakije, §§ 110-116.

3. Beperkingsgronden

3.1. In accordance with the law/prescribed by law

3.1.1. In relatie met artikel 8 EVRM

Voorzienbaarheids criterium en toetsing van Britse interceptiewetgeving aan dit criterium

Wetgeving op het gebied van de interceptie van telecommunicatie geldt als voorzienbaar wanneer de bevoegdheid tot interceptie van telecommunicatie met een redelijke mate van nauwkeurigheid is omschreven in toegankelijke wettelijke bepalingen die de reikwijdte en de wijze van uitoefening van die bevoegdheid voldoende reguleren (§ 70). De Britse wetgeving die van toepassing was ten tijde van deze uitspraak voldeed niet aan dit criterium. Zo was het onduidelijk welke elementen van de bevoegdheid tot interceptie van telecommunicatie hun grondslag hadden in de wetgeving en welke elementen van die bevoegdheid behoorden tot de discretie van het bestuur. Om die reden was de inbreuk van het af luisteren van de telefoon op de rechten van de betrokkene ex art. 8 lid 1 EVRM niet "in accordance with the law". Derhalve schending van art. 8 EVRM (§ 79). EHRM 2 augustus 1984, Malone tegen het Verenigd Koninkrijk, §§ 70 en 79.

Toetsing van Franse interceptiewetgeving aan het voorzienbaarheids criterium

De Franse wetgeving voorziet in onvoldoende waarborgen tegen het ongeoorloofd af luisteren van telefoongesprekken. Zo ontbreekt een definitie van de aard van de strafbare feiten die daartoe aanleiding geven en van de groepen personen die daarmee kunnen worden geconfronteerd. Verder voorziet de wet niet in een uitgewerkte procedure voor de verslaglegging van de afgeluisterde gesprekken en zijn de voorzorgsmaatregelen voor een volledige overdracht van de opnamen aan de rechter niet uitgeschreven.

Hetzelfde geldt voor de omstandigheden waaronder de opnamen moeten worden vernietigd. Bovendien waren de waarborgen tegen ongeoorloofd af luisteren waarop de Franse regering zich heeft beroepen, ten tijde van het af luisteren slechts voor een deel opgenomen in de wetgeving. Voor het overige blijken deze waarborgen uit jurisprudentie die is gevormd na het af luisteren van de betrokkenen. Schending van art. 8 EVRM. EHRM 24 april 1990, Huvig tegen Frankrijk, §§ 33 en 34. EHRM 24 april 1990, Kruslin tegen Frankrijk, §§ 34 en 35.

Toetsing van Zwitserse interceptiewetgeving aan het voorzienbaarheids criterium

Het af luisteren van de telefoon van een Zwitserse advocaat is niet "in accordance with the law". Hiervoor is wel een basis in de Zwitserse wetgeving, maar die is niet voldoende voorzienbaar. De omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder de telefoon van een advocaat mag worden afgeluisterd, blijken daaruit onvoldoende. Schending van art. 8 EVRM. EHRM 25 maart 1998, Kopp tegen Zwitserland, §§ 66-75.

Tijdens een telefoontap van de Sovjetambassade werd een gewoon handelsgesprek afgeluisterd. Hiervan werd een steekkaart opgemaakt en opgeslagen door de geheime dienst. Wanneer dit bekend raakt, krijgt de ondernemer die het gesprek heeft gevoerd een afschrift van het verslag hiervan met enkele doorhalingen. Het EHRM beschouwt zowel de telefoontap als het opmaken en bewaren van de steekkaart als schendingen van het recht op bescherming van het privé-leven van de betrokken ondernemer, omdat deze maatregelen geen voldoende basis hadden in de wet. Deze was niet concreet genoeg om voorzienbaar te kunnen worden genoemd. Schending van art. 8 EVRM. EHRM 16 februari 2000, Amann tegen Zwitserland, § 80.

In de noot bij deze uitspraak in EHRC 2000/31 merkt Brems op dat de kwaliteit van de wettelijke basis - waarvan de voorzienbaarheid deel uitmaakt - met betrekking tot geheime bewakingsmaatregelen strenger wordt beoordeeld dan gewoonlijk, omdat het voor zulke maatregelen meer dan anders noodzakelijk is dat zij strikt zijn gereguleerd.

Toetsing van Roemeense dataregistratiewetgeving aan het voorzienbaarheids criterium

Het bewaren van meer dan 40 jaar oude persoonsgegevens door de Roemeense inlichtingen- en veiligheidsdienst is niet "in accordance with the law". De toepasselijke wetgeving vermeldt niet de aard van de gegevens die mogen worden opgeslagen, de groepen personen waarop die gegevens betrekking mogen hebben, de procedure voor het opslaan van die gegevens en de omstandigheden waaronder zij mogen worden opgeslagen. Evenmin voorziet de wetgeving in beperkingen van de duur van de opslag of stelt zij grenzen aan de ouderdom van de opgeslagen gegevens. Schending art. 8 EVRM. EHRM 4 mei 2000, Rotaru tegen Roemenie, § 57.

Onvoldoende rechtsbescherming tegen inbreuken op het recht op "family life"

De verwijdering uit Bulgarije van een statenloze man, die zeven jaar getrouwd was met een statenloze vrouw en haar twee kinderen heeft geschonken, is een inbreuk op zijn recht op "family life". Deze inbreuk is niet "in accordance with the law", want:

- aan het besluit tot verwijdering ligt geen onderzoek ten grondslag van een onafhankelijke instantie;
- de redenen voor de verwijdering worden niet bekendgemaakt (behalve dat deze is geschied in het belang van de nationale veiligheid);
- tegen de verwijdering staat geen effectief rechtsmiddel open; de rechterlijke macht is verdeeld over de vraag of het Bulgaarse verwijderingsregime in overeenstemming is met de Bulgaarse Grondwet en het EVRM. Schending van art. 8 EVRM.

EHRM 20 september 2002, Al Nashif tegen Bulgarije, §§ 125-128.

Ongewenstverklaring van een Joegoslavische vreemdeling die in Roemenie een gezin had gesticht is niet "in accordance with the law", nu de betrokkene bij het Hof van Beroep niet een minimum aan bescherming genoot tegen willekeur van de kant van de autoriteiten. Het Hof van Beroep voerde een puur formeel-juridische toetsing uit van het verwijderingsbevel van de betrokkene en liet na te beoordelen of hij daadwerkelijk een gevaar vormde voor de nationale veiligheid. Schending van art. 8 EVRM.

EHRM 8 september 2006, Lupsa tegen Roemenie, §§ 41-42.

Toetsing van Zweedse dataregistratiewetgeving aan het voorzienbaarheids criterium

Ook de registratie door inlichtingen- en veiligheidsdiensten van gegevens die afkomstig zijn uit openbare bronnen, zoals kranten en gepubliceerde overheidsdocumenten, of van waarnemingen van openbaar optreden, zoals bezoek aan openbare partijbijeenkomsten, vormt een inmenging in de persoonlijke levenssfeer (§§ 71-73). De wetgeving op het gebied van de verzameling en verwerking van persoonsgegevens door inlichtingen- en veiligheidsdiensten mag niet een te grote beleidsvrijheid overlaten aan de autoriteiten, omdat het hier gaat om naar zijn aard geheim optreden dat niet of nauwelijks op een andere wijze aan publiek toezicht is onderworpen (§ 76). Het feit dat de Zweedse wetgeving, naast twee specifiek omschreven redenen voor het verrichten van onderzoek door de veiligheidsdienst (te weten verdenking van een misdrijf tegen de nationale veiligheid of een terroristisch misdrijf en een veiligheidsonderzoek ten behoeve van een vertrouwensfunctie) ook de grond 'andere speciale redenen' bevat, vindt het Hof echter niet problematisch. In het licht van het kader dat voortvloeit uit het geheel van de wetgeving rondom persoonsregistraties in Zweden, acht het Hof de wettelijke basis precies genoeg geformuleerd (§§ 79-80). Geen schending van art. 8 EVRM. EHRM 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg e.a. tegen Zweden, §§ 71-80.

Opname van telefoongesprekken met behulp van door de Rijksrecherche ter beschikking gestelde apparatuur is niet 'in accordance with the law'

De Rijksrecherche had in het kader van een feitenonderzoek aan een informant die voorheen werd "gerund" door de betrokkene opnameapparatuur ter beschikking gesteld voor het opnemen van telefoongesprekken met de betrokkene. Het Hof beschouwt deze handelwijze als een inbreuk op art. 8 EVRM, omdat de autoriteiten de apparatuur ter beschikking hebben gesteld en de informant soms ook instructies hebben gegeven over de informatie die hij moest verwerven van de betrokkene (§ 49). Het Hof acht deze inbreuk niet 'in accordance with the law'. In het kader van feitenonderzoeken was het de Rijksrecherche feitelijk niet toegestaan gebruik te maken van opsporingsbevoegdheden zoals het heimelijk opnemen van telefoongesprekken (§ 52). Het Hof kan niet aanvaarden dat technische assistentie door de autoriteiten door het ter beschikking stellen van opnameapparatuur niet is gebonden aan regels die erop zijn gericht juridische waarborgen te bieden tegen willekeurige handelwijzen (§ 53). Schending art. 8 EVRM. EHRM 25 januari 2008, Van Vondel tegen Nederland, §§ 49, 52 en 53.

Nationale veiligheid en voorzienbaarheid

Hoewel het onmogelijk is een alomvattende definitie op te stellen van het begrip 'nationale veiligheid', en de omschrijving van dit begrip noodzakelijkerwijs ruim moet zijn met een grote 'margin of appreciation' voor de verdragsstaten, mag dit begrip niet worden opgerekt tot over de grenzen van zijn natuurlijke betekenis. In het onderhavige geval was dit naar het oordeel van het Hof gebeurd door een vreemdeling die werd verdacht van betrokkenheid bij illegale drugstransporten in samenwerking met autochtonen, te kwalificeren als persoon die een gevaar oplevert voor de nationale veiligheid dat zijn uitzetting vordert. Schending van art. 8 EVRM. EHRM 24 juli 2008, C.G. en anderen tegen Bulgarije, § 43.

Inbreuk op "family life" door uitzetting uit Bulgarije niet "in accordance with the law" ondanks rechtsbescherming door bestuursrechters

Hoewel de betrokkene tegen zijn uitzetting uit Bulgarije rechtsbescherming genoot bij twee bestuursrechters, genoot hij niet het minimale niveau van bescherming tegen willekeur van de kant van de autoriteiten dat nodig is om deze inbreuk op zijn recht op "family life" "in accordance with the law" te doen zijn (§ 49). De bestuursrechters hebben de veronderstelling van de autoriteiten dat de betrokkene een gevaar vormde voor de nationale veiligheid niet serieus onderzocht (§ 44, cf. Lupsa § 41). Het besluit om de betrokkene uit te zetten, maakte ook geen melding van de feitelijke grondslag waarop dit besluit was gebaseerd. Daardoor ontbrak het de betrokkene zelfs aan oppervlakkige kennis van de beschuldigingen die tegen hem waren gerezen en was hij niet in staat zich hiertegen adequaat te verweren (§ 46). Verder hebben de bestuursrechters het vertrouwelijke bewijsmateriaal dat ten grondslag lag aan de beschuldigingen tegen de betrokkene niet onderzocht. Zij hebben zich beperkt tot een puur formeel-juridische beoordeling van het besluit om de betrokkene uit te zetten (§ 47).

Het Hof vindt dit des te meer problematisch in het licht van het feit dat de Bulgaarse wetgeving onvoldoende waarborgen bevat om te bewerkstelligen dat geheime bewakingsmaatregelen rechtmatig worden uitgevaardigd en worden uitgevoerd. De bestuursrechters hebben ook dit niet onderzocht (§ 48). Schending van art. 8 EVRM. EHRM 24 juli 2008, C.G. en anderen tegen Bulgarije, §§ 44-49.

Toetsing van Britse interceptiewetgeving aan het voorzienbaarheids criterium

De interceptie van telecommunicatie door de Britse overheid in de jaren negentig was niet “in accordance with the law”. De Britse wetgeving was op dit punt onvoldoende voorzienbaar, want zij bevatte geen gedetailleerde procedure voor de selectie voor nader onderzoek, de opslag, de verspreiding en de vernietiging van verslagen van afgeluisterde telefoongesprekken. Schending van art. 8 EVRM. EHRM 1 oktober 2008, Liberty en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk, § 69.

Bewaking van verdachte van mislukte bomaanslagen op ambtenaren en politici was “in accordance with the law”, hoewel een uitdrukkelijke wettelijke grondslag hiervoor ontbrak
Voor bewaking via GPS legt het Hof minder strikte maatstaven aan dan voor af luisteren van een telefoon, omdat bewaking van iemands gangen in de openbare ruimte via GPS een minder grote inbreuk maakt op zijn persoonlijke levenssfeer dan het af luisteren van zijn telefoon (§ 66). Het Hof acht de uitleg van de bepaling uit het Duitse Wetboek van Strafvordering die werd gebruikt als juridische grondslag voor dit optreden een redelijkerwijs voorzienbare ontwikkeling en verduidelijking van deze bepaling door middel van rechterlijke interpretatie (§ 68). Het Hof beschouwt de bewaking van de duur van de maatregel door middel van de rechterlijke proportionaliteitstoets als een toereikende waarborg tegen misbruik op dit punt (§ 69). Het Hof beschouwt de repressieve rechterlijke controle van de rechtmatigheid van een bewakingsmaatregel doordat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal buiten beschouwing wordt gelaten, eveneens als een belangrijke waarborg tegen misbruik, omdat zij de autoriteiten ontmoedigt op een onrechtmatige wijze bewijsmateriaal te verzamelen. Gelet op de minder vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van bewaking via GPS ten opzichte van het af luisteren van een telefoon, vindt het Hof een repressieve rechterlijke controle van deze bewaking voldoende. Ten slotte is het Hof met de hoogste Duitse rechter van mening dat er voldoende waarborgen waren tegen een te vergaande bewaking (§§ 71-73). Geen schending art. 8 EVRM. EHRM 2 december 2010, Uzun tegen Duitsland, §§ 66-73.

Afluisteren journalisten niet “in accordance with the law” bij gebrek aan preventief toezicht
Weliswaar was het af luisteren van twee journalisten van De Telegraaf door de AIVD voor hen voorzienbaar, omdat zij met die mogelijkheid redelijkerwijs rekening hadden kunnen houden na een publicatie van als staatsgeheim gerubriceerde documenten, maar desondanks was het gebruik van deze bijzondere bevoegdheid niet “in accordance with the law”. De Wiv 2002 voorziet immers niet in preventief toezicht op de uitoefening van bijzondere bevoegdheden ten opzichte van journalisten door een onafhankelijk orgaan dat bevoegd is de uitoefening van die bijzondere bevoegdheden te voorkomen of daaraan een einde te maken. Het repressief toezicht waarin deze wet wel voorziet, kan niet voorkomen dat een journalistieke bron door het gebruik van bijzondere bevoegdheden wordt onthuld. Bescherming van journalistieke bronnen is een van de basisvoorwaarden voor persvrijheid. Zonder die bescherming zouden bronnen kunnen worden afgeschrikt om de pers bij te staan bij het informeren van het publiek over zaken van publiek belang. Daardoor zou de vitale rol van de pers als publieke waakhond worden ondermijnd en het vermogen van de pers om accurate en betrouwbare informatie te verstrekken worden aangetast. Schending van de artikelen 8 en 10 EVRM. EHRM 22 februari 2013, Telegraaf e.a. tegen Nederland, §§ 93, 100-102 en 127.

3.1.2. In relatie met artikel 10 EVRM

Uitleg van het begrip “prescribed by law”

“Law” in de zin van art. 10 lid 2 EVRM omvat zowel geschreven als ongeschreven recht (§ 47). Een maatregel is “prescribed by law” wanneer het recht voldoende toegankelijk is en met voldoende nauwkeurigheid is geformuleerd om een burger in staat te stellen zijn gedrag daarop af te stemmen, eventueel na het inwinnen van adequaat juridisch advies.

Hij moet in een mate die redelijk is in de omstandigheden van het geval in staat zijn de gevolgen van een gedraging te voorzien. Die gevolgen behoeven niet voorzienbaar te zijn met een absolute zekerheid: met het oog op de mogelijkheid zich aan te passen aan veranderende omstandigheden moet het recht soms vage normen bevatten (§ 49). Het aan de Sunday Times opgelegde publicatieverbod was in deze zin voorzienbaar en dus "prescribed by law". Op dit punt geen schending van art. 10 EVRM. EHRM 26 april 1979, Sunday Times tegen het Verenigd Koninkrijk (1), §§ 47-49.

3.2. Legitiem doel

Bescherming nationale veiligheid geen legitiem doel voor beperking godsdienstvrijheid

Ook wanneer de nationale veiligheid in het geding is, moet er een vorm van "adversarial proceedings" zijn, waarin de betrokkene de deugdelijkheid van de motivering van een besluit dat op hem betrekking heeft, kan voorleggen aan een onafhankelijke rechter, eventueel met inachtneming van procedurele beperkingen t.a.v. geheime informatie. De Russische rechters hadden niet de bevoegdheid om te beoordelen of het beweerd gevaar van de activiteiten van de betrokkene voor de nationale veiligheid een feitelijke grondslag had. Bovendien is het belang van de nationale veiligheid in art. 9 lid 2 EVRM niet opgenomen als grond voor de beperking van het recht op godsdienstvrijheid. De weigering om de betrokkene toe te laten tot Rusland vanwege zijn religieuze activiteiten heeft dan ook geen legitiem doel. Schending van art. 9 EVRM.

EHRM 6 juli 2009, Nolan en K. tegen Rusland, §§ 71-75.

In zijn noot bij de publicatie van deze uitspraak in AB 2009/258 acht Aarrass de overweging van het Hof in § 72 dat art. 9 beperkingen op grond van de nationale veiligheid niet mogelijk maakt, om twee redenen interessant. In de eerste plaats komt bij hem de vraag op waarom het Hof eerst vijf paragrafen wijdt aan het bespreken van de nationale veiligheid en het ontbreken van een aantoonbaar gevaar daarvoor, terwijl het uiteindelijk tot de conclusie komt dat nationale veiligheid geen grond kan vormen voor het beperken van de vrijheid van godsdienst. In de tweede plaats lijkt het Hof volgens de annotator af te stappen van de doctrine dat er geen verschil is in de wijze waarop het Hof de beperkingsclausules van art. 9 enerzijds en van artt. 8, 10 en 11 anderzijds hanteert. De annotator vindt het verder interessant dat het Hof benadrukt dat zelfs wanneer de nationale veiligheid in het geding is, de concepten van 'lawfulness' en 'rule of law' vereisen dat maatregelen die mensenrechtennormen raken, moeten worden onderworpen aan een contradictoire procedure voor een onafhankelijk orgaan (§ 68 e.v.). Hij vraagt zich af hoe deze verplichting zich verhoudt tot de Nederlandse praktijk waarin een vreemdeling op grond van ambtsberichten van de AIVD ongewenst wordt verklaard, waarbij de vreemdeling geen recht heeft op inzage in de onderliggende informatie en de rechter daarin slechts een beperkt inzage-recht heeft. Overigens acht de annotator het zeer te betwijfelen of een zaak tegen Nederland bij het EHRM over de zojuist genoemde praktijk zou leiden tot de constatering van een schending van art. 9 EVRM, omdat de beperkingsgrond "nationale veiligheid", die niet wordt vermeld in art. 9 EVRM, uitwisselbaar is met de beperkingsgrond "openbare orde", die daarin wel wordt vermeld.

Afluisteren van journalisten had geen legitiem doel

Weliswaar had de AIVD met de zoektocht naar de personen die de afgeluisterde journalisten hadden voorzien van staatsgeheime informatie primair tot doel een lek in de eigen organisatie te dichten, maar het Hof acht dit niet doorslaggevend. Zo definieert het Hof een journalistieke bron als "een ieder die een journalist voorziet van informatie". Verder verstaat het Hof onder "informatie die een bron identificeert" mede de feitelijke omstandigheden waaronder een journalist informatie verwerft en de ongepubliceerde inhoud van de informatie die een bron heeft verstrekt aan een journalist. Tegen de achtergrond van deze definities meent het Hof dat de AIVD met het afluisteren van twee journalisten van De Telegraaf het niet-legitieme doel voor ogen heeft gehad de bescherming van journalistieke bronnen te omzeilen. Schending artt. 8 en 10 EVRM. EHRM 22 februari 2013, Telegraaf e.a. tegen Nederland, §§ 86-88.

3.3. Noodzakelijk in een democratische samenleving

3.3.1. In relatie met artikel 8 EVRM

Ook zonder rechterlijk toezicht voldoende waarborgen tegen misbruik van bevoegdheden

De toenmalige Duitse wetgeving die het mogelijk maakte brieven te openen en telecommunicatie af te luisteren, was noodzakelijk in een democratische samenleving in het belang van de nationale veiligheid (§ 60). De wetgeving bevatte verschillende voorzieningen die tot doel hadden het effect van de zojuist genoemde maatregelen tot een onvermijdelijk minimum te reduceren en te verzekeren dat deze maatregelen worden uitgevoerd op een manier die in overeenstemming is met de wettelijke bepalingen (§ 59). Hoewel het toezicht op de uitvoering van de wet niet werd uitgeoefend door rechterlijke instanties, wat de voorkeur heeft van het Hof, achtte het Hof dit niet in strijd met art. 8 EVRM, omdat de toezichthoudende instanties voldoende onafhankelijk waren om een objectief oordeel te kunnen geven. Deze instanties werden gevormd door een commissie uit de Bondsdag waarin ook leden van de oppositiefracties zitting hadden en een commissie van onafhankelijke deskundigen die was benoemd door de Bondsdag (§ 56). Er bestonden dus adequate en effectieve waarborgen tegen misbruik (§ 50) van de ruime maar niet onbeperkte discretionaire bevoegdheid van staten die partij zijn bij het EVRM om personen binnen hun jurisdictie te onderwerpen aan geheime bewaking (§ 49). Onder omstandigheden kan dit noodzakelijk zijn in een democratische samenleving om spionage en terrorisme te bestrijden (§ 48). Geen schending van art. 8 EVRM. EHRM 6 september 1978, Klass e.a. tegen Duitsland, §§ 48-60.

Uitgangspunten interpretatie begrip "noodzakelijk in een democratische samenleving"

1. 'Noodzakelijk' is niet hetzelfde als 'onontbeerlijk' (cf. Handyside § 48);
2. De staten die partij zijn bij het EVRM hebben een zekere maar geen onbeperkte beoordelingsruimte ('margin of appreciation') bij het opleggen van beperkingen van het recht op 'family life', maar het uiteindelijke oordeel over de verenigbaarheid van deze beperkingen met het EVRM komt toe aan het Hof (cf. Handyside § 49);
3. Een inbreuk op het recht op 'family life' is alleen 'noodzakelijk in een democratische samenleving' wanneer voor de inbreuk een 'pressing social need' bestaat en de inbreuk proportioneel is in relatie tot het legitieme doel dat wordt nagestreefd;
4. Beperkingsgronden moeten restrictief worden uitgelegd (cf. Klass e.a. § 42). EHRM 25 maart 1983, Silver en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk, § 97.

Verzameling, opslag en gebruik in veiligheidsonderzoeken van persoonsgegevens door inlichtingen - en veiligheidsdiensten is noodzakelijk in een democratische samenleving

Er kan geen twijfel over bestaan dat het voor staten die partij zijn bij het EVRM noodzakelijk is voor de bescherming van de nationale veiligheid om er wetten op na te houden die bevoegdheden toedelen om persoonsgegevens te verzamelen en op te slaan in niet openbaar toegankelijke registers en deze gegevens te gebruiken in onderzoeken naar de geschiktheid van kandidaten voor vertrouwensfuncties. Op dit punt beschikken de staten die partij zijn bij het EVRM over een ruime 'margin of appreciation'. Gelet op deze omstandigheid mocht Zweden in het onderhavige geval het belang van de nationale veiligheid zwaarder laten wegen dan de persoonlijke belangen van de heer Leander bij het vervullen van een vertrouwensfunctie. Geen schending van art. 8 EVRM. EHRM 26 maart 1987, Leander tegen Zweden, §§ 59 en 67.

Controle correspondentie PKK-kopstuk met advocaat is gerechtvaardigd

Gelet op de bedreiging die uitgaat van terrorisme in al zijn vormen, de waarborgen waarin het Duitse recht voorziet en de 'margin of appreciation' van de verdragsstaten, acht het Hof de controle van de correspondentie van een prominent PKK-lid met zijn advocaat niet disproportioneel in verhouding tot de legitieme doelen van bescherming van de nationale veiligheid en voorkoming van wanordelijkheden en strafbare feiten (§ 69). Het Hof acht compromissen tussen de vereisten voor de verdediging van een democratische samenleving en individuele rechten inherent aan het systeem van het EVRM (§ 68, cf. Klass § 59). Van het briefgeheim tussen een verdachte en zijn advocaat mag echter slechts worden afgeweken in uitzonderlijke omstandigheden en omkleed met voldoende waarborgen tegen misbruik. In het onderhavige geval is aan beide voorwaarden voldaan.

De berechting van kopstukken van de PKK stond in het teken van het voorkomen van terrorisme en was zeker in Duitsland met zijn grote Turkse gemeenschap - waarvan een aanzienlijk deel van Koerdische afkomst - omstreken. De desbetreffende bevoegdheid was in de Duitse wet nauwkeurig omschreven als een uitzondering op het briefgeheim tussen een verdachte en zijn advocaat, zij werd uitgeoefend door een rechter en zij deed niet af aan de vrije mondelinge gedachtwisseling tussen de verdachte en zijn advocaat, evenmin als aan de mogelijkheid van de advocaat om de verdachte te voorzien van schriftelijke informatie (§§ 65-67). Geen schending van art. 8 EVRM.

EHRM 5 oktober 2001, Erdem tegen Duitsland, §§ 65-69.

Op p. 265 van zijn proefschrift noemt Loof deze uitspraak bijzonder, omdat het Hof aan de verdragsstaten in beginsel een zeer smalle beoordelingsmarge toekent als het gaat om de controle van de correspondentie van een verdachte. In deze zaak maakte het Hof hierop een uitzondering. De dreiging van PKK-terrorisme in Duitsland rechtvaardigt in de ogen van het Hof een ruimere beoordelingsmarge voor de autoriteiten en mitsdien een terughoudender toetsing van de inbreuk op de privacy. Bij het toestaan van die ruimere beoordelingsmarge speelde volgens de promovendus een rol dat in het Duitse strafrecht waarborgen zijn ingebouwd die het toezicht op de correspondentie in goede banen moeten leiden. Die waarborgen zijn zeer strikt geredigeerd: niet het gevangenispersoneel maar een rechter die niet betrokken is bij het strafrechtelijk onderzoek opent de brieven. Over de inhoud daarvan moet hij zwijgen. Daarnaast kan mondelinge communicatie tussen een verdachte en zijn advocaat niet worden onderworpen aan enig toezicht.

Weigering inzage in BVD-dossier is noodzakelijk in een democratische samenleving

De gedeeltelijke weigering om een Nederlandse historicus die voor promotieonderzoek heeft verbleven in de DDR inzage te verlenen in zijn BVD-dossier is niet disproportioneel met het oog op het legitieme doel van de bescherming van de nationale veiligheid. Gelet op de 'margin of appreciation' van de Nederlandse staat, had deze het recht een zwaarder gewicht toe te kennen aan het belang van de nationale veiligheid bij het onthouden aan de betrokkene van informatie die hem inzicht zou kunnen verschaffen in de bronnen, de werkwijzen en het actuele kennisniveau van de BVD dan aan zijn belang bij volledige toegang tot de informatie die deze dienst mogelijk over hem heeft verzameld. De gedeeltelijke weigering om de betrokkene inzage te verlenen in zijn BVD-dossier was dan ook 'necessary in a democratic society' in de zin van art. 8 lid 2 EVRM. Geen aanwijzingen voor een schending van art. 8 EVRM, mede gelet op het effectieve rechterlijke toezicht van de rechtbank Groningen en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Met toepassing van art. 8:29 Awb hebben deze rechters kennis kunnen nemen van de informatie die de betrokkene is onthouden, om te kunnen beoordelen of de Wob ten aanzien van hem correct is toegepast. Betrokkene wordt niet-ontvankelijk verklaard. EHRM 5 april 2005, Brinks tegen Nederland, § 1.

Registratie verouderde gegevens is niet noodzakelijk in een democratische samenleving

Per klager beziet het Hof welke soorten gegevens geregistreerd zijn en of er nog steeds voldoende zwaarwegende redenen zijn om die registratie te handhaven. Voor mevrouw Segerstedt, die tamelijk recent nog voorwerp is geweest van bedreigingen, acht het Hof voldoende redenen aanwezig (§ 89). Voor de overige klagers is dit niet het geval. De over hen geregistreerde gegevens betreffen voorvallen van tientallen jaren geleden waarvan geen actueel gevaar meer uitgaat voor de nationale veiligheid (§§ 90-91).

EHRM 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg e.a. tegen Zweden, §§ 89-91.

In zijn noot bij deze uitspraak in EHRC 2006/89 constateert Loof dat het Hof hier impliciet een plicht formuleert voor de veiligheidsdiensten om de dossierkast periodiek op te schonen en te ontdoen van gegevens over personen die niet langer als gevaar voor de staatsveiligheid kunnen worden aangemerkt. Naar aanleiding van deze constatering vraagt de annotator zich af of een dergelijke verplichting niet in de wet zou moeten worden opgenomen. Hij stelt vast dat in de Nederlandse Wiv 2002 zo'n verplichting niet is te vinden, maar dat in art. 13 van deze wet de bevoegdheid van de AIVD om gegevens te verwerken wel is beperkt tot 'personen die aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat'. Hij stelt voor deze bepaling verdragsconform te interpreteren in die zin dat de bevoegdheid komt te vervallen als de gegevens zo verouderd zijn dat van enig daadwerkelijk gevaar geen sprake meer is.

Weigering volledige inzage in register veiligheidsdienst gerechtvaardigd

Het Hof oordeelt dat Zweden, gelet op de ruime 'margin of appreciation' waarover deze staat beschikt, het recht had om de belangen van de nationale veiligheid en de strijd tegen het terrorisme te laten prevaleren boven de belangen van de betrokkenen om kennis te kunnen nemen van de volledige inhoud van de informatie die over hen was opgenomen in het register van de Veiligheidspolitie. Geen schending van art. 8 EVRM. EHRM 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg e.a. tegen Zweden, § 104.

In zijn noot bij deze uitspraak in EHRC 2006/89 constateert Loof dat het Hof zich op dit punt zonder meer aansluit bij het oordeel van de nationale rechterlijke instanties dat een volledige inzage het effectief functioneren van de onderzoeksmethoden van de veiligheidsdienst in gevaar zou brengen. In het licht van de 'geen vierde instantie'-doctrine die het EHRM menigmaal aanhangt, acht de annotator het voorstelbaar dat het Hof zich niet wil mengen in de feitelijke kwestie of volledige inzage inderdaad deze mogelijke consequentie zou hebben. Aangezien de klagers echter juist aanvoeren dat de nationale rechterlijke instanties op dit punt altijd dezelfde standaardoverweging hanteren zonder echt te controleren of het functioneren van de veiligheidsdienst inderdaad in gevaar komt, noemt de annotator dit toch wat onbevredigend. Hij wijst erop dat het Hof in § 119 expliciet aangeeft dat het zich niet wil mengen in de door de nationale rechter gehanteerde toetsingsintensiteit.

Voorwaarden waaronder een inbreuk op artikel 8 EVRM noodzakelijk is in een democratische samenleving:

1. De wet behoeft geen limitatieve opsomming te bevatten van strafbare feiten die aanleiding kunnen geven tot de uitoefening van bijzondere bevoegdheden door inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Wel moet de wet voldoende informatie geven over de aard van deze strafbare feiten. Een aanduiding als "feiten die een bedreiging vormen voor de nationale veiligheid" is in dit kader voldoende gedetailleerd (§ 159).
 2. De aard van de strafbare feiten die aanleiding kunnen geven tot de uitoefening van bijzondere bevoegdheden vormt een aanwijzing voor de groepen personen op wie de uitoefening van die bevoegdheden mag worden gericht (§ 160).
 3. De duur van de uitoefening van de bevoegdheden mag afhankelijk zijn van de duur van het onderzoek, mits er voldoende waarborgen zijn tegen misbruik (§ 161).
 4. De wettelijke voorwaarden voor omgang met materiaal verkregen bij het gebruik van de bevoegdheden moeten adequate waarborgen bieden voor gegevensbescherming (§ 163).
 5. De wetgeving moet voorzien in onafhankelijk en semi-rechterlijk toezicht (§ 166).
 6. De rapporten van de toezichthouder moeten ingaan op de fouten bij de uitoefening van de bevoegdheden en op de aard (opzettelijk of onopzettelijk) daarvan (§ 168).
- EHRM 18 augustus 2010, Kennedy tegen het Verenigd Koninkrijk, §§159-168.

Bewaking van verdachte van mislukte bomaanslagen op ambtenaren en politici via GPS was "necessary in a democratic society"

Het Hof beschouwt een onderzoek naar bomaanslagen en met name het voorkomen van verdere bomaanslagen als een "pressing social need" en acht de toegepaste bewaking via GPS om de volgende redenen een proportioneel middel voor het bereiken van dit legitieme doel. De maatregel is pas toegepast nadat andere maatregelen, die een minder vergaande inbreuk maakten op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene, ineffectief waren gebleken. De maatregel stond ook niet op zichzelf, want ten aanzien van de betrokkene waren verschillende andere bewakingsmaatregelen getroffen, zowel door autoriteiten van een deelstaat als door federale autoriteiten. Gelet op de samenloop van deze maatregelen, waren klemmende redenen nodig om de aanvullende bewaking via GPS te rechtvaardigen. Echter, deze bewaking duurde maar enkele maanden en was alleen effectief in het weekend, wanneer de betrokkene meereed met de auto van een medeverdachte. De betrokkene is dan ook niet onderworpen geweest aan een "total and comprehensive surveillance". Geen schending van artikel 8 EVRM. EHRM 2 december 2010, Uzun tegen Duitsland, §§ 78-81.

3.3.2. *In relatie met artikel 10 EVRM*

Uitleg begrippen “noodzakelijk” en “in een democratische samenleving”

Het begrip “necessary” in art. 10 lid 2 EVRM heeft niet dezelfde betekenis als de begrippen “indispensable”, “absolutely necessary” en “strictly necessary”, die elders voorkomen in het EVRM. Het begrip “necessary” in art. 10 lid 2 EVRM laat zowel aan de wetgevers van de verdragsstaten als aan de organen van die staten die belast zijn met de uitvoering en de toepassing van het recht een beoordelingsruimte (‘margin of appreciation’). De ruimte wordt echter afgebakend door het Europees toezicht dat wordt uitgeoefend door de Commissie en het Hof. Bij de uitoefening van dit toezicht rekent het Hof de vrijheid van meningsuiting tot de grondbeginselen van een democratische samenleving. Die vrijheid is niet alleen van toepassing op informatie en gedachtegoed die in een samenleving positief of neutraal worden gewaardeerd, maar ook op informatie en gedachten die de staat of een deel van de bevolking “offend, shock or disturb”. Dit betekent dat de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting proportioneel moeten zijn in verhouding tot het legitieme doel dat daarmee wordt nagestreefd (§§ 48-49). Zij moeten noodzakelijk en geschikt zijn om dit doel te bereiken (§ 50).
EHRM 7 december 1976, Handyside tegen het Verenigd Koninkrijk, §§ 48-50.

Publicatieverbod niet noodzakelijk in een democratische samenleving

Artikel 10 EVRM waarborgt niet alleen het recht van de pers om het publiek te informeren maar ook het recht van het publiek om informatie te ontvangen. In het onderhavige geval hadden de gezinnen waarin mismaakte kinderen waren geboren als gevolg van het gebruik van Softenon door zwangere vrouwen, die zich niet bewust waren van de moeilijkheden die waren gerezen bij het overeenkomen van schadevergoedingen, een vitaal belang bij het ontvangen van informatie over dit onderwerp. Die informatie, die voor hen van cruciaal belang is, mag hun alleen worden onthouden wanneer het absoluut zeker lijkt dat de verspreiding daarvan een bedreiging vormt voor het gezag van de rechterlijke macht. Hiervan was volgens het Hof geen sprake. Schending art. 10 EVRM.
EHRM 26 april 1979, Sunday Times tegen het Verenigd Koninkrijk (1), §§ 66-67.

Publicatieverbod aanvankelijk gerechtvaardigd

Voor de verschijning van het boek “Spycatcher” in de Verenigde Staten was het aan de Guardian en de Observer opgelegde publicatieverbod van informatie uit dit boek noodzakelijk in een democratische samenleving. Deze maatregel was geschikt voor het bereiken van de beoogde doelen en was ook proportioneel, omdat zij de genoemde kranten niet belemmerde hun campagne voor een onafhankelijk onderzoek naar de werkwijzen van de Britse geheime dienst voort te zetten. Geen schending art. 10 EVRM.
EHRM 26 november 1991, Observer en Guardian tegen het Verenigd Koninkrijk, § 63-65.

Publicatieverbod ongerechtvaardigd, want ineffectief

Na het verschijnen van het boek “Spycatcher” in de Verenigde Staten was een publicatieverbod van informatie uit dit boek in Britse kranten niet meer noodzakelijk in een democratische samenleving. Dit verbod was niet effectief, want het was eigenlijk gericht tegen de auteur van de publicatie en het voegde weinig toe aan de maatregelen die al tegen hem waren genomen. Daarnaast belet een publicatieverbod de pers zijn rol te vervullen het publiek te informeren over zaken van publiek belang.
Schending van art. 10 EVRM.
EHRM 26 november 1991, Sunday Times tegen het Verenigd Koninkrijk (2), § 55.
EHRM 26 november 1991, Observer en Guardian tegen het Verenigd Koninkrijk, § 66-70.

Inbeslagname tijdschrift met publicatie licht staatsgeheim document niet gerechtvaardigd

De inbeslagname van een aflevering van het weekblad Bluf! was niet noodzakelijk in een democratische samenleving voor de bescherming van de nationale veiligheid. Het in deze aflevering gepubliceerde staatsgeheime document was zes jaar oud, droeg de rubricering Confidencieel en volgens de BVD waren de verschillende onderdelen van het document op zichzelf beschouwd geen staatsgeheimen meer. Schending van art. 10 EVRM.
EHRM 9 februari 1995, Weekblad Bluf! tegen Nederland, §§ 41 en 46.

Opdracht tot onthulling journalistieke bron niet noodzakelijk in een democratische samenleving

Gelet op het belang van de bescherming van journalistieke bronnen voor de persvrijheid in een democratische samenleving en het potentieel belemmerende effect van een opdracht om een bron te onthullen op de uitoefening van de persvrijheid, is zo'n maatregel alleen in overeenstemming met art. 10 EVRM wanneer deze wordt gerechtvaardigd door een 'overriding requirement in the public interest'. Daarvan was in casu geen sprake. Nu aan de gehele Britse pers al een publicatieverbod was opgelegd van informatie uit een uitgelekt bedrijfsplan, was het belang van het bedrijf bij het onthullen van de bron beperkt tot het voorkomen dat de informatie uit het bedrijfsplan op een andere wijze wordt verspreid dan via de pers, het verkrijgen van schadevergoeding en het ontmaskeren van een deloyale werknemer of adviseur. Zelfs wanneer deze belangen tezamen worden beschouwd, wegen zij niet op tegen het vitale publieke belang van bescherming van een journalistieke bron. Schending van art. 10 EVRM. EHRM 28 maart 1996, Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk, §§ 42-46.

Afluisteren telefoon Duitse journaliste i.h.k.v. "strategic monitoring" gerechtvaardigd

Het afluisteren van de telefoon van een in Uruguay werkzame Duitse journaliste door de Duitse inlichtingen- en veiligheidsdienst was niet gericht op het monitoren van journalisten of het onthullen van journalistieke bronnen en was omkleed met voldoende waarborgen. Geen schending van art. 10 EVRM. EHRM 29 juni 2006, Weber en Saravia tegen Duitsland, §§ 150 en 151.

Gijzeling Nederlandse journalist niet noodzakelijk in een democratische samenleving

Een verstreckende maatregel als de ruim twee weken geduurd hebbende gijzeling van een Nederlandse journalist die weigerde te voldoen aan een verzoek van een rechter om een bron te onthullen, kan mensen die beschikken over juiste en accurate informatie over misstanden slechts ontmoedigen hun kennis met de pers te delen (§ 71). Het gebruik van onjuiste methoden door publieke autoriteiten is nu juist een aangelegenheid waarover de pers het publiek moet kunnen informeren (§ 70). Het belang van een democratische samenleving bij het waarborgen van een vrije pers geeft dan ook de doorslag: het Hof vindt niet dat het belang van de Nederlandse overheid om de identiteit te kennen van de bron van de journalist zwaarder weegt dan het belang van de journalist om zijn bron niet te onthullen (§ 72). Schending van art. 10 EVRM. EHRM 22 februari 2008, Voskuil tegen Nederland, §§ 70-72.

Opdracht aan journalisten tot afgifte van uitgelekte staatsgeheime documenten was niet noodzakelijk in een democratische samenleving

"Relevant and sufficient reasons" voor een opdracht aan journalisten van De Telegraaf om uitgelekte staatsgeheime documenten waarover zij hadden gepubliceerd, af te geven, ontbraken. De behoefte van de AIVD om een lek te dichten, kan op zichzelf beschouwd deze handelwijze niet rechtvaardigen. De af te geven documenten circuleerden al buiten de AIVD, dus de afgifte hiervan kon niet voorkomen dat ze in verkeerde handen zouden raken. Aldus resteert als enige motief voor de afgifte de behoefte van de AIVD om te controleren of alle uit haar gebouw ontvreemde documenten aan de circulatie waren onttrokken. Deze behoefte is legitiem, maar is geen "overriding requirement in the public interest", dat de onthulling van een journalistieke bron rechtvaardigt. Schending van art. 10 EVRM. EHRM 22 februari 2013, Telegraaf e.a. tegen Nederland, §§ 129-132.

4. Effectief rechtsmiddel

Actie uit onrechtmatige daad geen effectief rechtsmiddel tegen weigering inzage dossier veiligheidsdienst

Tien Nederlanders hadden in 1988 een klacht tegen Nederland ingediend bij de ECRM, omdat hun verzoeken om inzage in de gegevens die inlichtingen- en veiligheidsdiensten over hen hadden verzameld, waren afgewezen en hun bezwaar en beroep tegen deze afwijzing ongegrond waren verklaard. De Nederlandse regering achtte de klachten niet-ontvankelijk, omdat de klagers door geen actie uit onrechtmatige daad in te stellen bij de Nederlandse burgerlijke rechter de nationale rechtsmiddelen niet geheel hadden uitgeput.

Volgens de Commissie heeft de Nederlandse regering echter niet aangetoond dat een actie uit onrechtmatige daad in dit geval een effectief rechtsmiddel zou zijn geweest, dat de klagers toegang kon verschaffen tot de gegevens die over hen waren verzameld en kon leiden tot een verbod om die gegevens nog langer te bewaren. De klagers hadden gesteld dat zij niet konden voldoen aan de stelplicht en de bewijslast van zo'n actie, omdat de regering weigerde bekend te maken of de inlichtingen- en veiligheidsdiensten gegevens over hen hadden verzameld en de Nederlandse regering had deze stelling niet weerlegd. Derhalve verwierp de Commissie het ontvankelijkheidsverweer van de Nederlandse regering. ECRM 4 maart 1991, V en anderen tegen Nederland, § 2.

Bevoegdheid Britse bestuursrechters te beperkt omschreven

In het Britse recht was civielrechtelijke aansprakelijkheid voor de gevolgen van de geluidsoverlast van nachtvluchten in de omgeving van luchthavens uitgesloten. De bestuursrechter voerde slechts een beperkte rechtmatigheidstoets uit en mocht niet beoordelen of de toename van het aantal nachtvluchten op Heathrow vanaf 1993 een te rechtvaardigen beperking vormde van het recht op "family life" en de woning van de omwonenden. In deze omstandigheden acht het Hof de bevoegdheid van de Britse bestuursrechter te beperkt om de omwonenden van Heathrow een effectief rechtsmiddel te kunnen bieden tegen geluidsoverlast van nachtvluchten. Schending art. 13 EVRM. EHRM 2 oktober 2001, Hatton en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk, §§ 115-116.

Zweedse rechtsmiddelen tegen weigering inzage bij veiligheidsdienst niet effectief

De Zweedse wetgeving kent diverse klacht- en toezichtsmechanismen inzake optreden door een veiligheidsdienst: klachtmogelijkheid bij de parlementaire ombudsman en bij de 'Chancellor of Justice' (die eventueel een schadevergoeding kan toekennen) en toezicht door de 'Records Board' en de 'Data Inspection Board'. Daarnaast is er de mogelijkheid een weigering tot inzage te laten toetsen door de administratieve rechter. Hoewel Zweden sinds het arrest-Leander verbeteringen heeft aangebracht in de rechtsbescherming, leiden de meeste rechtsbeschermings- en toezichtsmechanismen nog steeds niet tot een juridisch bindend oordeel over de rechtmatigheid. Daarnaast is de 'Records Board', die de dagelijkse controle uitoefent op de gegevensverwerking door de veiligheidsdienst, niet bevoegd opdracht te geven de gegevensverwerking te staken of geregistreerde gegevens te wissen. De 'Data Inspection Board' heeft die bevoegdheid wel, maar moet daartoe een procedure aanspannen bij de administratieve rechter en het Hof heeft niet genoeg duidelijkheid gekregen over de praktische effectiviteit van die procedure. Voor de geregistreerde individuen zelf staat geen rechtsmiddel open om het wissen van gegevens of staken van gegevensverwerking af te dwingen. Met name dat laatste is voor het Hof doorslaggevend om tot de conclusie te komen dat het geheel aan rechtsmiddelen niet voldoet aan de effectiviteitsmaatstaven van art.13. Schending van art. 13 EVRM. EHRM 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg e.a. tegen Zweden, §§ 116-122.

In zijn noot bij deze uitspraak in EHRC 2006/89 merkt Loof op dat de juridische mogelijkheden om te laten beoordelen of er voldoende redenen zijn om iemand door de veiligheidsdiensten in de gaten te laten houden en om gegevensverwerking door een veiligheidsdienst te doen staken, ook in Nederland vatbaar zijn voor verbetering. Hij refereert in dit kader aan een uitspraak van 21 juli 2006 waarbij de Haagse rechtbank in kort geding besliste dat het afluisteren door de AIVD van twee Telegraaf-journalisten die hadden gepubliceerd over het circuleren van staatsgeheime stukken in het criminele circuit, gelet op hun handelingen en gedragingen rondom die publicatie disproportioneel en onrechtmatig was (LJN AX9008). De annotator constateert dat de Wiv 2002 op dit punt niet voorziet in rechtsmiddelen die een juridisch bindend oordeel opleveren. Hij wijst erop dat tegen de afwijzing van een aanvraag om inzage op grond van de artt. 47 en 57 van deze wet wel beroep openstaat bij de bestuursrechter, maar tekent daarbij aan dat men met een klacht over de rechtmatigheid van AIVD-optreden alleen terecht kan bij de Nationale Ombudsman. Deze kan geen juridisch bindend oordeel uitspreken en evenmin opdracht geven tot het staken van gegevensverzameling of -verwerking door de AIVD of tot het wissen van gegevens. In het licht van het bovenstaande arrest acht de annotator deze situatie in strijd met art. 13 EVRM. Hij constateert dat de burgerlijke rechter door de vordering der journalisten ontvankelijk te achten een EVRM-gat in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming heeft gedicht, maar vraagt zich af of een aanpassing van de Wiv uit het oogpunt van overzichtelijkheid, helderheid en rechtszekerheid niet de voorkeur heeft.

Inhoud recht op effectief rechtsmiddel bij beweerd gevaar voor de nationale veiligheid

Zelfs wanneer iemand wordt beschuldigd een bedreiging te zijn voor de nationale veiligheid, vereist de waarborg van een effectief rechtsmiddel ten minste dat de instantie waarbij de betrokkene in beroep kan gaan tegen zijn uitzetting informatie ontvangt over de redenen die ten grondslag liggen aan het besluit tot uitzetting, zelfs als die redenen een vertrouwelijk karakter hebben. De instantie moet bevoegd zijn de aanname van de autoriteiten dat de betrokkene een gevaar vormt voor de nationale veiligheid te verwerpen, wanneer zij die aanname willekeurig of onredelijk vindt. Er moet een vorm van procedure op tegenspraak zijn, zo nodig met inschakeling van een speciale procesvertegenwoordiger die een veiligheidsonderzoek heeft ondergaan. Ten slotte moet worden onderzocht of de getroffen maatregel een inbreuk maakt op het recht op "family life" van de betrokkene en zo ja, of er een redelijke afweging is gemaakt tussen het publieke belang dat op het spel staat en de individuele rechten van de betrokkene. EHRM 24 juli 2008, C.G. en anderen tegen Bulgarije, § 57.

Geen effectief rechtsmiddel tegen uitzetting die inbreuk maakt op "family life"

Een in Bulgarije verblijvende vreemdeling die werd uitgezet vanwege als een gevaar voor de nationale veiligheid gekwalificeerde vermeende betrokkenheid bij drugstransporten, en die door die uitzetting zijn recht op "family life" met zijn vrouw en dochter niet meer kon uitoefenen, genoot daartegen om de volgende redenen geen effectief rechtsmiddel. Ten eerste hebben de bestuursrechters die het uitzettingsbesluit beoordeelden, niet correct onderzocht of de betrokkene daadwerkelijk een gevaar vormde voor de nationale veiligheid. Ten tweede beschikte de betrokkene aanvankelijk in het geheel niet over informatie over de feitelijke grondslag van de tegen hem gerezen beschuldigingen (§ 60). Ten derde hebben de rechters niet onderzocht of er voor de inbreuk op het recht op "family life" van de betrokkene een "pressing social need" bestond en of deze inbreuk proportioneel was in verhouding tot de legitieme doelen die hiermee werden beoogd (§ 61). Schending van artikel 13 EVRM. EHRM 24 juli 2008, C.G. en anderen tegen Bulgarije, §§ 60-61.

5. Bevriezing tegoeden Al Aqsa (uitspraak Hof van Justitie EU)

De stichting Al-Aqsa (hierna: de stichting) heeft onder meer tot doel bijstand te verlenen aan de Palestijnen die wonen in de bezette gebieden. Op 3 april 2003 heeft de minister van Buitenlandse Zaken ten aanzien van deze stichting de Sanctieregeling terrorisme 2003 (hierna: de Sanctieregeling) getroffen. Deze regeling was gebaseerd op een ambtsbericht van de AIVD dat inhield dat de stichting gelden zou hebben overgemaakt naar organisaties in het Midden-Oosten die het terrorisme ondersteunen. De regeling was bedoeld als een tijdelijke voorloper van een communautair besluit tot plaatsing van de stichting op een lijst van organisaties waarvan de tegoeden worden bevroren en zou worden ingetrokken zodra een dergelijk communautair besluit in werking was getreden.

De stichting heeft de voorzieningenrechter verzocht. Met het oog op de beoordeling van dit verzoek heeft de voorzieningenrechter de Staat bij tussenvonnis van 13 mei 2003 gelast hem in staat te stellen vertrouwelijk kennis te nemen van de gegevens die ten grondslag liggen aan het ambtsbericht van de AIVD waarop de Sanctieregeling is gebaseerd. Op 21 mei 2003 heeft hij deze gegevens ingezien, waarna hij het verzoek de tenuitvoerlegging van de Sanctieregeling op te schorten bij vonnis van 3 juni 2003 heeft afgewezen. Naar zijn oordeel bieden de bevindingen van de AIVD voldoende draagvlak voor de conclusie dat de gelden die de stichting heeft ingezameld in Nederland, ten goede zijn gekomen aan terroristische activiteiten van de Palestijnse islamitische beweging Hamas. De voorzieningenrechter merkte tevens op dat hij geen feiten of omstandigheden had ontdekt die aantoonde dat de AIVD op een onjuiste wijze uitvoering had gegeven aan de Wiv 2002. Nadat de communautaire besluiten 2003/480 en 2003/646 in werking waren getreden, is de Sanctieregeling ingetrokken.

Bij arrest van 11 juli 2007 (T-327/03), heeft het Gerecht van eerste aanleg het besluit 2006/379 nietig verklaard, dat inmiddels de zojuist genoemde besluiten had vervangen,

Ondertussen had de Raad van de Europese Unie (hierna: de Raad) op 28 juni 2007 een nieuw besluit (2007/445) genomen, waarbij de plaatsing van de stichting op de lijst van organisaties waarvan de tegoeden worden bevroren, is gehandhaafd. Bij uitspraak van 9 september 2010 (T-348/07), heeft het Gerecht van eerste aanleg (hierna: het Gerecht) dit besluit, de achtereenvolgens ter vervanging hiervan genomen besluiten 2007/868, 2008/583 en 2009/62 en de ter vervanging van het laatstgenoemde besluit dienende verordening 501/2009 nietig verklaard. Het Gerecht oordeelde dat de Sanctieregeling en het eindvonnis van de voorzieningenrechter de grondslag vormden van deze besluiten en deze verordening en niet als zodanig konden dienen, omdat de Sanctieregeling was ingetrokken en het vonnis van de voorzieningenrechter slechts een voorlopig karakter had. Daardoor ontbrak in de visie van het Gerecht in het Nederlandse recht een grondslag die de handhaving van de stichting op de lijst van organisaties waarvan de tegoeden worden bevroren, rechtens genoegzaam rechtvaardigde (§§ 28-30 en 61).

Naar het oordeel van het Hof van Justitie geeft het zojuist genoemde oordeel van het Gerecht echter blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In de visie van het Hof van Justitie was de Sanctieregeling niet ingetrokken omdat de stichting niet meer betrokken zou zijn bij de financiering van terrorisme, maar uitsluitend om een doublure met het EU-recht te voorkomen. Aangezien verordeningen van de EU in elke lidstaat rechtsreeks toepasselijk zijn, vormde de verordening 2580/01 waarop de in de jaren 2003 tot en met 2009 genomen besluiten van de Raad waren gebaseerd, ook in de Nederlandse rechtsorde de juridische grondslag van deze besluiten (§§ 83-89). Uit het arrest van het Gerecht van 9 september 2010 blijken geen aanwijzingen dat de betrokkenheid van de stichting bij de financiering van terroristische activiteiten sinds de intrekking van de Sanctieregeling is veranderd of dat de Nederlandse regering die betrokkenheid sindsdien anders is gaan beoordelen (§§ 90 en 111). De stichting voert ook niet aan dat het Gerecht heeft nagelaten zulke aanwijzingen in aanmerking te nemen of dat de Raad beschikte over aanwijzingen dat zij niet langer beoogde bij te dragen aan de financiering van terroristische activiteiten, los van de feitelijke onmogelijkheid om dat te doen als gevolg van de bevroering van haar tegoeden (§ 112). Derhalve betoogt de stichting ten onrechte dat de Raad de op hem rustende verplichting niet is nagekomen om periodiek te onderzoeken of de stichting moet worden gehandhaafd op de lijst van organisaties waarvan de tegoeden worden bevroren (§ 113). Deze maatregel is niet onevenredig in verhouding tot het ook door de stichting als legitiem erkende doel van het behoud van de internationale vrede en veiligheid door de bestrijding van de financiering van terrorisme (§§ 122-130). Derhalve vernietigt het Hof van Justitie het arrest van het Gerecht en blijven de tegoeden van de stichting bevroren.

Hof van Justitie 15 november 2012, Al Aqsa, §§ 28-30, 61, 83-90, 111-113 en 122-130.