Evaluatie van de Wet bronbescherming in strafzaken

Januari 2023

mr. dr. Bas de Wilde

Onderzoeksbureau De strafzaak

De strafzaak

Strafrechtelijk onderzoek en onderwijs

© 2023 WODC. Auteursrechten voorbehouden

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding | 1

1.1 Aanleiding en doelstelling | 1
1.2 Onderzoeksvragen | 2
1.3 Onderzoeksmethode | 4
1.4 Leeswijzer | 6

Hoofdstuk 2: Context: het recht op bronbescherming volgens het EHRM | 7

2.1 Inleiding | 7
2.2 Het recht op uitingsvrijheid en gerechtvaardigde inbreuken daarop | 8
2.3 Het recht op persvrijheid en het recht op bronbescherming | 9
2.4 Beoordeling of een inbreuk op het recht op bronbescherming gerechtvaardigd was | 13
2.4.1 Toepassing van de driestappentest | 13
2.4.2 Beoordeling van concrete gevallen | 15
2.5 Terzijde: inbeslagneming onder een journalist van voorwerpen die buiten het recht op bronbescherming vallen | 20
2.6 Belangrijkste bevindingen | 21

Hoofdstuk 3: Totstandkoming, doelstellingen en inhoud van de wet | 23

3.1 Inleiding | 23
3.2 De wet in een notendop | 23
3.3 Totstandkomingsgeschiedenis | 24
3.4 Aanleiding voor de wet | 28
3.5 Doelstellingen van de wet | 28
3.6 Recht op uitingsvrijheid en recht op bronbescherming | 29
3.7 Verschoningsrecht| 31
3.7.1 Algemeen | 31
3.7.2 Verschoningsgerechtigden op grond van artikel 218a Sv | 32
3.7.3 Tot welke bronnen strekt het verschoningsrecht zich uit? | 36
3.7.4 Doorbreking verschoningsrecht wegens zwaarwegend maatschappelijk belang | 37
3.8 Toepassing van dwangmiddelen t.a.v. een potentieel verschoningsgerechtigde | 40
3.8.1 Algemeen | 40
3.8.2 Concrete dwangmiddelen | 41
3.8.3 Supervisie | 50
3.8.4 Belang van de verdachte in verband met de toepassing van dwangmiddelen | 50
3.9 Terzijde: inbeslagneming onder een journalist van voorwerpen die buiten het recht op bronbescherming vallen | 51
3.10 Belangrijkste bevindingen | 53

Hoofdstuk 4: De wet in de praktijk | 55

4.1 Inleiding | 55
4.2 Gevallen waarin het recht op bronbescherming relevant was van kort vóór de inwerkingtreding van de wet | 55
4.2.1 Beschrijving en analyse gevallen | 55
4.2.2 Opvattingen over bronbescherming | 59
4.3 Gevallen waarin het recht op bronbescherming relevant was sinds de inwerkingtreding van de

wet | 61
4.3.1 Aantal gevallen | 61
4.3.2 Beschrijving en analyse gevallen | 62
4.3.3 Inbreuken op bronbescherming sinds de inwerkingtreding van de wet | 68
4.4 Het effect van de inwerkingtreding van de wet | 69
4.5 Opvattingen over de mate van bescherming die de wet biedt | 70
4.6 Belangrijkste bevindingen | 77

Hoofdstuk 5: Conclusies en aanbevelingen | 78

5.1 Conclusies | 78
5.2 Aanbevelingen | 82

Samenvatting | 87

Bijlage: samenstelling begeleidingscommissie | 94

Hoofdstuk 1
Inleiding

1.1 Aanleiding en doelstelling

Journalisten die over criminaliteit of andere misstanden publiceren, ontvangen hun informatie soms van personen die – om welke reden dan ook – niet bekend willen worden en aan wie journalisten soms ook geheimhouding beloven. Voor de politie en het openbaar ministerie kan het belangrijk zijn om de desbetreffende bronnen als getuigen te horen, omdat aan de hand van hun verklaringen strafbare feiten kunnen worden opgehelderd of kunnen worden voorkomen of beëindigd. Met het oog daarop kan de journalist in kwestie worden gehoord en worden gevraagd zijn bron te onthullen. Dit kan hij willen weigeren, omdat hij het belangrijker vindt om zijn bron te beschermen.

Tot aan de inwerkingtreding van de Wet bronbescherming in strafzaken hadden journalisten geen wettelijk verschoningsrecht. Vanaf 1996 konden zij wel aanspraak maken op een in de jurisprudentie erkend verschoningsrecht. Het is ook na 1996 voorgekomen dat journalisten werden onderworpen aan strafvorderlijke dwangmiddelen, omdat zij weigerden hun bronnen te onthullen. Verschillende journalisten die daar de negatieve gevolgen van hadden ondervonden, hebben bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) met succes geklaagd over schending van het recht op uitingsvrijheid.[1] Dit recht wordt gegarandeerd in artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

De regering heeft hierin aanleiding gezien tot het indienen van een voorstel van wet tot 'wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot vastlegging van het recht op bronbescherming bij vrije nieuwsgaring', kortweg aangeduid als de Wet bronbescherming in strafzaken. Na doorvoering van enkele wijzigingen is het wetsvoorstel door de Tweede en Eerste Kamer aanvaard, waarna de wet op 1 oktober 2018 in werking is getreden.[2] De Wet bronbescherming in strafzaken is geen zelfstandige wet, maar een wet waarbij andere wetten, in het bijzonder het Wetboek van Strafvordering, zijn gewijzigd. De kern van de wet wordt gevormd door artikel 218a Sv, dat als volgt luidt:

> 1. Getuigen die als journalist of publicist in het kader van nieuwsgaring, beschikken over gegevens van personen die deze gegevens ter openbaarmaking hebben verstrekt, kunnen zich verschonen van het beantwoorden van vragen over de herkomst van die gegevens.
> 2. De rechter-commissaris kan het beroep van de getuige, bedoeld in het eerste lid, afwijzen indien hij oordeelt dat bij het onbeantwoord blijven van vragen aan een zwaarder wegend maatschappelijk belang een onevenredig grote schade zou worden toegebracht.

Hiermee is een verschoningsrecht voor journalisten en publicisten ingevoerd in het Wetboek van Strafvordering. Dit recht is niet onbeperkt, omdat het door de rechter(-commissaris) opzij kan worden gezet op grond van zwaarder wegende maatschappelijke belangen. De

[1] EHRM 22 november 2007, appl.no. 64752/01, *NJ* 2008/216 (Voskuil/Nederland); EHRM 14 september 2010, appl.no. 38224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma Uitgevers/Nederland); EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland).
[2] Wet van 4 juli 2018, *Stb*. 2018/264 (bron inwerkingtreding *Stb*. 2018/265).

journalist die weigert vragen te beantwoorden vanwege het belang van bronbescherming, terwijl de rechter(-commissaris) zijn beroep op het journalistieke verschoningsrecht heeft afgewezen, loopt het risico te worden gegijzeld (art. 221 en 294 Sv). In andere bepalingen werkt het verschoningsrecht door. Zo heeft artikel 98 Sv betrekking op inbeslagneming en doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde, waar nu de journalist onder kan vallen. Ten aanzien van het vorderen van bepaalde gegevens van een 'persoon die aanspraak kan maken op bronbescherming' is in de artikelen 126n, 126nd, 126nda, 126u en 126ud Sv bepaald dat dit uitsluitend toegelaten is met machtiging van de rechter-commissaris.[3]

Het verschoningsrecht is toegekend aan zowel journalisten als publicisten. De Raad van State heeft opgemerkt dat de term 'publicist' relatief onbepaald is.[4] In theorie zouden daardoor veel soorten personen aanspraak kunnen maken op een verschoningsrecht. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is dan ook veel aandacht besteed aan de vraag wie nu precies vallen onder de reikwijdte van artikel 218a Sv. Daaronder kunnen in beginsel onder meer cameramensen, fotografen, cartoonisten en bloggers vallen.

In het kader van de parlementaire discussie over de betekenis van de term 'publicist' heeft het toenmalige Tweede Kamer-lid Yeşilgöz-Zegerius een motie ingediend met de volgende tekst:

> 'overwegende dat vrijheid van meningsuiting en persvrijheid fundamentele pilaren van onze democratie zijn;
> overwegende dat bronbescherming een basisvoorwaarde is voor journalisten en publicisten om hun werk te kunnen doen;
> constaterende dat journalisten en publicisten beoefenaars zijn van een vrij beroep;
> overwegende dat voorkomen dient te worden dat de wet misbruikt wordt;
> verzoekt de regering, de wet binnen drie jaar na inwerkingtreding te evalueren om te bezien of de wet voor de juiste doeleinden wordt toegepast'[5]

De Tweede Kamer heeft deze motie aangenomen.[6] Het doel van het onderhavige onderzoek, uitgevoerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) en aangevraagd door de Directie Wetgeving en Juridische Zaken (DWJZ), sector Straf- en sanctierecht (SSR) van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, is om het in de motie gevraagde onderzoek uit te voeren.

1.2 Onderzoeksvragen

De onderzoeksvragen en deelvragen luiden als volgt:

1. Wat waren de doelstellingen van de Wet bronbescherming in strafzaken?
2. Hoe vaak wordt sinds de inwerkingtreding van de Wet bronbescherming in strafzaken een beroep gedaan op het verschoningsrecht van artikel 218a Sv, hoe vaak en om welke

[3] Zie voor een korte kennismaking van de wet: https://www.nvj.nl/politie-en-pers/bronbescherming/zo-werkt-wet-bronbescherming.
[4] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 4, p. 13-14.
[5] *Kamerstukken II* 2017/18, 34032, 17.
[6] *Handelingen II* 2017/18, 48-12.

redenen wordt dit toe- en afgewezen en wat is de door de rechter gemaakte belangenafweging?

2.1 Hoe vaak is een beroep gedaan op artikel 218a Sv?

2.2 Hoe zijn de journalisten/publicisten die er een beroep op doen te typeren?

2.3 Hoe vaak is het beroep op artikel 218a Sv in strafzaken toe- en afgewezen?

2.4 Indien het verzoek werd afgewezen:

a. Hoe zijn de journalisten/publicisten ten aanzien van wie een beroep werd afgewezen te typeren?

b. Om welke redenen werd het beroep afgewezen? (bijv. betrokkene was geen journalist of publicist; de betreffende informatie viel niet onder het recht op bronbescherming; er was sprake van een zwaarder wegend maatschappelijk belang)

c. Indien er sprake was van een zwaarder wegend maatschappelijk belang, om welk belang ging het?

2.5 Indien het verzoek werd toegewezen:

a. Hoe zijn de journalisten/publicisten ten aanzien van wie een verzoek werd toegewezen te typeren?

b. Om welke reden werd het beroep toegewezen?

c. Is er getoetst aan het tweede lid van art 218a (uitzonderingsgronden) en zo ja, welke belangen werden betrokken en welke afweging maakte de rechter?

3. Hoe vaak komt het voor dat dwangmiddelen worden toegepast ten aanzien waarvan het Wetboek van Strafvordering bijzondere regels kent wanneer het een persoon betreft die aanspraak kan maken op het verschoningsrecht van artikel 218a Sv en op grond van welke overwegingen wordt bepaald of de inzet van deze dwangmiddelen toelaatbaar is?

3.1 Hoe vaak is een getuige die zich heeft beroepen op het verschoningsrecht van artikel 218a Sv in gijzeling genomen?

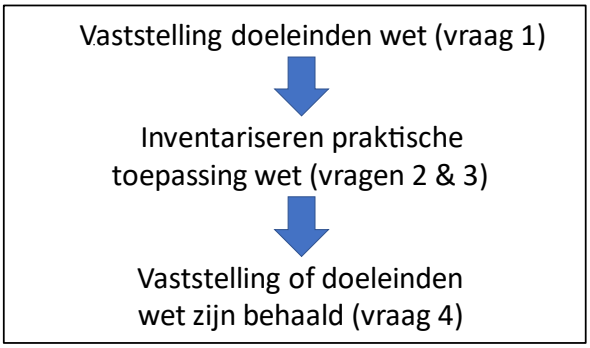
3.2 Hoe vaak heeft een rechter-commissaris een machtiging afgegeven dan wel geweigerd met betrekking tot het vorderen van bepaalde gegevens (art. 126n, 126nd, 126nda, 126u, 126ua Sv)?

3.3 Hoe vaak is het voorgekomen dat een rechter-commissaris het kantoor van een potentieel verschoningsgerechtigde journalist/publicist heeft doorzocht? Hoe functioneert in de praktijk de betrokkenheid van een vertegenwoordiger van de beroepsgroep waartoe de verschoningsgerechtigde behoort bij de beoordeling van de aannemelijkheid van het beroep van de verschoningsgerechtigde op een geheimhoudingsplicht?

4. Zijn de doelstellingen van de Wet bronbescherming in strafzaken behaald?

1.3 Onderzoeksmethode

In essentie is het onderzoek uitgevoerd in drie stappen:



Onderzoeksvraag 1
Ten behoeve van de beantwoording van de eerste vraag is de totstandkomingsgeschiedenis van de wet geanalyseerd, aan de hand van de Kamerstukken en de verslagen van de plenaire behandeling van de wet die in de Handelingen zijn opgenomen. Omdat gebleken is dat de uitgangspunten van het EHRM een belangrijke rol spelen bij het realiseren van de doelstellingen van de wet, is ook een beperkt onderzoek uitgevoerd naar de betekenis van de EHRM-jurisprudentie over het recht op bronbescherming. Onderzoeksvraag 1 wordt behandeld in hoofdstukken 2 en 3. Op de selectie van de EHRM-uitspraken wordt ingegaan in de inleiding van hoofdstuk 2.

Onderzoeksvragen 2 & 3
Ter beantwoording van de tweede en derde vraag zijn gevallen geanalyseerd waarin een beroep op bronbescherming is gedaan dan wel waarin een dwangmiddel is toegepast tegen een journalist/publicist. Er is op verschillende manieren geprobeerd om gevallen te verzamelen die zich hebben voorgedaan na de inwerkingtreding van de wet.

In de eerste plaats is gezocht naar beslissingen van rechters. Deze worden soms gepubliceerd op rechtspraak.nl. Beslissingen komen voor publicatie in aanmerking wanneer zij voldoen aan de selectiecriteria.[7] Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan zaken die veel media-aandacht hebben gekregen of belangrijk zijn voor de rechtsvorming. Het is voorbehouden aan de gerechten om uitspraken voor publicatie aan te bieden. Omdat beslissingen met betrekking tot het recht op bronbescherming juridisch en maatschappelijk relevant zijn, kan worden verwacht dat de meeste hiervan worden gepubliceerd. Dat geldt niet voor bijvoorbeeld machtigingen die de rechter-commissaris afgeeft voor de toepassing van dwangmiddelen. Een eerste onderzoek op rechtspraak.nl leverde zeer weinig gepubliceerde beslissingen op. Daarom is, met toestemming van de Raad voor de rechtspraak, ook gezocht in het e-archief. Daarin zijn rechterlijke uitspraken opgenomen die niet zijn gepubliceerd. Het onderzoek in het e-archief leverde echter geen nieuwe uitspraken op. De voorzitter van het Landelijk Overleg van Coördinerend Rechters-Commissarissen

[7] Zie https://www.rechtspraak.nl/Uitspraken/Paginas/Selectiecriteria.aspx.

heeft medewerking verleend aan het onderzoek door een verzoek van de onderzoeker om beslissingen over bronbescherming binnen de kabinetten op te vragen, onder de aandacht van de coördinerend rechters-commissarissen te brengen. Dit heeft echter geen beslissingen opgeleverd. Een interview met een officier van justitie heeft geleid tot contact met een rechter-commissaris die een bevel tot gijzeling en een proces-verbaal van verhoor van een journalist ter beschikking heeft gesteld. De rechter-commissaris heeft toestemming gegeven om gebruik te maken van deze documenten ten behoeve van dit onderzoek.

In de tweede plaats zijn gevallen in kaart gebracht waarover in de media is bericht en waarin bronbescherming relevant was. In sommige van die berichten is een rechterlijke beslissing genoemd, in andere gevallen is alleen sprake geweest van handelen door het OM.

In de derde plaats zijn interviews afgenomen aan drie journalisten, de algemeen secretaris van de Nederlandse Vereniging van Journalisten, twee (strafrecht)advocaten die journalisten hebben bijgestaan, een officier van justitie en een rechter-commissaris.[8] De officier van justitie en rechter-commissaris zijn benaderd vanwege hun aantoonbare ervaring met bronbeschermingskwesties. De interviews hebben de onderzoeker op het spoor gezet van enkele gevallen die nog niet eerder naar voren waren gekomen. Alle in interviews genoemde gevallen zijn in mediaberichten beschreven. Aan de respondenten is ook gevraagd naar hun ervaringen met de praktische toepassing van de wet en naar hun opvatting over de vraag in welke mate de wet bescherming biedt aan journalisten/publicisten en op welke punten de wet zou kunnen worden verbeterd. De respondenten hebben delen van het concept-rapport toegezonden gekregen waarin verslag is gedaan van de interviews en zij hebben de gelegenheid gekregen om te wijzen op feitelijke onjuistheden daarin. Ten aanzien van één interview heeft dit geleid tot wijziging van de tekst.

In de vierde plaats is bij de kwaliteitsofficieren van justitie bij vijf parketten geïnformeerd of gevallen bekend waren waarin een journalist of publicist zich op bronbescherming had beroepen dan wel gevallen waarin dwangmiddelen waren toegepast tegen een journalist of publicist. Het betrof de parketten Rotterdam, Den Haag, Limburg, Oost-Brabant en Zeeland-West-Brabant. Specifiek deze officieren van justitie zijn benaderd omdat de onderzoeker in een ander kader eerder contact met hen heeft gehad en omdat op deze manier een goede spreiding over Nederland werd gerealiseerd. De kwaliteitsofficieren van justitie hebben allen gereageerd. De reacties hebben echter geen nieuwe gevallen opgeleverd.

Onderzoeksvragen 2 en 3 worden behandeld in hoofdstuk 4.

Onderzoeksvraag 4

Ter beantwoording van vraag 4 zijn de resultaten van het onderzoek naar aanleiding van de vragen 2 en 3 beschouwd tegen de achtergrond van de doeleinden van de wet die in het kader van vraag 1 zijn geïnventariseerd. Onderzoeksvraag 4 wordt beantwoord in hoofdstuk 5.

[8] In de oorspronkelijke onderzoeksopzet waren vijf interviews gepland. Toen bleek dat het onderzoek weinig rechterlijke beslissingen opleverde, is besloten om het aantal interviews uit te breiden.

Vooruitblik naar de conclusies
Zoals hiervoor reeds werd opgemerkt, zijn er weinig gevallen gevonden waarin sinds de inwerkingtreding van de wet sprake is geweest van aanspraken op het recht op bronbescherming. Dit hangt vermoedelijk samen met de relatief korte periode (ongeveer vier jaar) waarop deze evaluatie betrekking heeft. Over de gevonden gevallen waren soms alleen mediaberichten beschikbaar waarin in beperkte mate de voor dit onderzoek relevante gegevens zijn opgenomen. De beperkte beschikbaarheid van data heeft zijn weerslag op de beantwoording van de onderzoeksvragen, die grotendeels kwantitatief zijn ingestoken. Op deze plaats vermeld ik reeds dat in het bijzonder de deelvragen niet steeds specifiek zullen kunnen worden beantwoord. In hoofdstukken 4 zal een meer kwalitatieve analyse worden gegeven van de thema's waarop onderzoeksvragen 2 en 3 betrekking hebben.

1.4 Leeswijzer

Het recht op bronbescherming is tot ontwikkeling gekomen in de jurisprudentie van het EHRM. Die jurisprudentie wordt, blijkens de parlementaire geschiedenis, ook leidend geacht voor de interpretatie van de wet. Dit rapport begint daarom met een uiteenzetting van de EHRM-jurisprudentie, in hoofdstuk 2. In hoofdstuk 3 wordt de inhoud en betekenis van de Wet bronbescherming in strafzaken besproken. De praktische toepassing van de wet komt aan de orde in hoofdstuk 4. Daarin zal ook aandacht worden besteed aan opvattingen over de mate waarin de wet bescherming biedt aan journalisten. In het slothoofdstuk, hoofdstuk 5, worden de onderzoeksvragen beantwoord. De conclusies die dit oplevert, leiden niet tot aanbevelingen. In hoofdstuk 5 worden wel aanbevelingen voor wijziging van de strafvorderlijke wetgeving gedaan die voortvloeien uit de vaststellingen en analyses in hoofdstukken 3 en 4.

In § 2.5 en 3.9 zal kort worden ingegaan op inbeslagneming onder journalisten van voorwerpen die niet onder het recht op bronbescherming vallen. Dit thema valt strikt genomen buiten het onderzoek, maar houdt er wel zodanig verband mee dat het relevant is om te bespreken.

Hoofdstuk 2
Context: het recht op bronbescherming volgens het EHRM

2.1 Inleiding

Lang voordat de Wet bronbescherming in strafzaken in werking trad, hadden journalisten al recht op bronbescherming. Dit recht kon worden afgeleid uit jurisprudentie van het EHRM over artikel 10 EVRM. In dit artikel wordt het recht op uitingsvrijheid (*freedom of expression*) gegarandeerd.[9] Het uit dit 'moederrecht' voortvloeiende recht op bronbescherming is voor het eerst expliciet erkend in de uitspraak van het EHRM in de zaak Goodwin. De Wet bronbescherming in strafzaken vormt grotendeels een codificatie van de EHRM-jurisprudentie. In hoofdstuk 3 zal duidelijk worden dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat de wet verdragsconform wordt uitgelegd. In dit eerste inhoudelijke hoofdstuk wordt daarom beschreven op welke manier het EHRM klachten over schending van het recht op bronbescherming beoordeelt. Als eerste wordt kort ingegaan op het recht op uitingsvrijheid en in het bijzonder op de driestappentest die het EHRM uitvoert ter beoordeling van de vraag of een inbreuk op artikel 10 EVRM gerechtvaardigd was (§ 2.2). Daarna wordt beschreven wat het recht op persvrijheid en het recht op bronbescherming inhouden (§ 2.3). Vervolgens wordt de concrete toepassing van de driestappentest ten aanzien van het recht op bronbescherming besproken (§ 2.4). Daarbij zullen ook drie Nederlandse zaken waarin een schending van artikel 10 EVRM is vastgesteld, kort worden besproken. Voorts zal kort worden ingegaan op de wijze waarop het EHRM beoordeelt of inbeslagneming van voorwerpen die niet onder het recht op bronbescherming vallen, in overeenstemming is met artikel 10 EVRM (§ 2.5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een overzicht van de belangrijkste bevindingen (§ 2.6).

Ten behoeve van het schrijven van dit hoofdstuk is een beperkt jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. Bij de selectie daarvan zijn uitspraken van de *Grand Chamber* en andere uitspraken die zijn genoemd in de 'Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights'[10] leidend geweest. Ook zijn soms precedenten geraadpleegd die in deze uitspraken worden genoemd. Een uitspraak die standaard als precedent wordt genoemd is de zaak Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk. Om vast te stellen in welke gevallen klachten bij het EHRM *niet* hebben geleid tot een schending van het recht op bronbescherming, is in https://hudoc.echr.coe.int/ gezocht binnen *judgments* en *decisions* naar beslissingen waarin de termen *Goodwin* (een uitspraak waaraan standaard wordt

[9] Een in Nederland gebruikelijke aanduiding van het recht dat in artikel 10 EVRM is neergelegd, is het recht op vrijheid van meningsuiting. Omdat het bij publicaties door journalisten niet (primair) gaat om het uiten van een opvatting, maar om het openbaar maken van nieuwsfeiten, is de term uitingsvrijheid ten aanzien van het thema bronbescherming geschikter. Dit is een vrij letterlijke vertaling van de Engelse aanduiding *freedom of expression*.

[10] Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Straatsburg: Europees Hof voor de Rechten van de Mens 2021, te raadplegen via https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#.

gerefereerd in bronbeschermingszaken), *journalist* en *source* voorkomen, terwijl de klacht niet-ontvankelijk is verklaard dan wel een inhoudelijke beoordeling niet heeft geleid tot de vaststelling van een schending. Deze zoekactie is uitgevoerd om te achterhalen wat de reikwijdte van het recht op bronbescherming is. Het recht op bronbescherming is niet alleen relevant in strafzaken, maar ook in bijvoorbeeld civielrechtelijke zaken. Niet alle EHRM-uitspraken die hierna worden behandeld hebben daarom betrekking op strafzaken.

2.2 Het recht op uitingsvrijheid en gerechtvaardigde inbreuken daarop

De eerste twee zinnen van artikel 10 lid 1 EVRM luiden:

> 'Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.'

Het EHRM hecht grote waarde aan het recht op uitingsvrijheid. Het vormt volgens het EHRM een van de essentiële fundamenten van de democratische samenleving, een van de basisvoorwaarden voor haar vooruitgang en voor de ontwikkeling van iedere mens. Uitingsvrijheid bestaat niet alleen ten aanzien van informatie en opvattingen die worden gewaardeerd, maar ook ten aanzien van uitingen waardoor mensen of organisaties zich aangevallen of geshockeerd kunnen voelen.[11]

Een inbreuk op artikel 10 EVRM kan gerechtvaardigd zijn op grond van specifieke feiten en omstandigheden, maar alleen wanneer aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden is voldaan:

1. *De inbreuk is voorzien bij wet ('prescribed by law')*
   Dit betekent dat de inbreuk terug moet kunnen worden gevoerd op een kenbare norm, waarvan de betekenis voldoende duidelijk is, zodat voorzienbaar is welke consequenties de toepassing van de norm in een concreet geval kan hebben.[12] Dit zal vaak een geschreven wet zijn, maar het EHRM neemt ook genoegen met gepubliceerde jurisprudentie waarin normen zijn gesteld. Hoewel het wenselijk is dat normen zo specifiek mogelijk worden afgebakend, is het onvermijdelijk dat de betekenis ervan in concrete zaken enigszins onduidelijk kan zijn, waardoor interpretatie door een rechter noodzakelijk is.[13] Het enkele feit dat een bevoegdheid discretionair is, waardoor het al dan niet toepassen ervan afhankelijk is van een afweging van belangen, staat op zichzelf niet in de weg aan de conclusie dat een inbreuk die door toepassing van die bevoegdheid is gemaakt, voorzienbaar was.[14]

[11] EHRM 7 december 1976, appl.no. 5493/72, *NJ* 1978/236 (Handyside/Verenigd Koninkrijk), § 49.
[12] EHRM (GC) 15 oktober 2015, appl.no. 27510/08 (Perinçek/Zwitserland), § 131.
[13] EHRM (GC) 22 oktober 2007, appl.nos. 21279/02 & 36448/02, *NJ* 2008/443 (Lindon, Otchakovsky-Laurens & July/Frankrijk), § 41.
[14] EHRM 27 maart 1996, appl.nr. 17488/90, *NJ* 1996/577 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk), § 31.

2. *De inbreuk is gemaakt om één of meer van de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde doelen te dienen ('legitimate aim')*
   In artikel 10 lid 2 EVRM worden limitatief de doelen opgesomd op grond waarvoor een inbreuk op artikel 10 EVRM in het algemeen gerechtvaardigd kan zijn.[15] Valt de reden waarom een inbreuk is gemaakt, niet onder een van deze doelen, dan is de inbreuk niet gerechtvaardigd.
3. *De inbreuk is noodzakelijk in een democratische samenleving*
   Bij deze stap gaat het om de vraag of de inbreuk in het concrete geval gerechtvaardigd was. Dit wordt onderzocht aan de hand van de vraag of sprake was van een *pressing social need*. Meer concreet gaat het erom of de door overheid aangevoerde redenen waarom de inbreuk is gemaakt, *relevant and sufficient* waren.[16] Een *relevant reason* is een reden die in het algemeen een inbreuk kan rechtvaardigen. Wanneer de redenen tezamen genomen voldoende rechtvaardiging bieden voor de gemaakte inbreuk, is sprake van *sufficient reasons*. In het kader van de beoordeling van de noodzakelijkheid is van belang of het doel ook op andere, minder ingrijpende manieren had kunnen worden bereikt (subsidiariteit). Ook wordt beoordeeld of de inbreuk proportioneel was ten opzichte van het nagestreefde doel.[17] Bij de beoordeling of dat het geval was wordt – op basis van alle feiten en omstandigheden van de zaak – een afweging gemaakt tussen het belang ten behoeve waarvan de inbreuk is gemaakt enerzijds en het belang van het slachtoffer van de inbreuk anderzijds.

2.3 Het recht op persvrijheid en het recht op bronbescherming

Recht op persvrijheid

In het bijzonder ten aanzien van journalisten is het recht op vrije meningsuiting belangrijk. De pers speelt een cruciale rol in een democratische samenleving. Hoewel de pers bepaalde beperkingen in acht moet nemen, in het bijzonder ten aanzien van de reputatie en rechten van anderen en de noodzaak om onthulling van vertrouwelijke informatie te voorkomen[18], is het de plicht van de pers om informatie en ideeën over alle kwesties van algemeen belang te verstrekken, op een manier die in overeenstemming is met haar verplichtingen en verantwoordelijkheden, aldus het EHRM.[19] De journalistiek wordt dikwijls aangeduid als de *public-watchdog*.[20] Zij moet kunnen publiceren over zaken van algemeen belang, ook als die de overheid of anderen ongevallig zijn. Het publiek heeft het recht om kennis te nemen van

[15] In de Nederlandse vertaling gaat het om 'het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen'.
[16] Zie bijvoorbeeld EHRM (GC) 21 januari 1999, appl.no. 25716/94 (Janowski/Polen), § 31.
[17] Zie bijvoorbeeld EHRM (GC) 21 januari 1999, appl.no. 25716/94 (Janowski/Polen), § 31.
[18] In bijzondere gevallen zal de openbaarmaking van vertrouwelijke informatie vermoedelijk gerechtvaardigd kunnen zijn, omdat daardoor bepaalde misstanden onder de aandacht van het publiek kunnen worden gebracht.
[19] EHRM (GC) 21 januari 1999, appl.no. 29183/95, *NJ* 1999/713 (Fressoz & Roire), § 45.
[20] Zie bijvoorbeeld EHRM 27 maart 1996, appl.nr. 17488/90, *NJ* 1996/577 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk), § 39.

dergelijke informatie.[21] Voor zover het overheidsinformatie betreft, hebben journalisten in beginsel een recht op kennisneming daarvan.[22] Het EHRM noemt in het kader van de beoordeling of het algemeen belang is gediend met een publicatie, geregeld dat een artikel is gepubliceerd in de context van een publiek debat.[23] Een duidelijke afbakening van de termen 'algemeen belang' en 'publiek debat' lijkt het EHRM niet te hebben gegeven.

Omdat de functie van waakhond zo belangrijk is in een democratische samenleving, heeft de overheid weinig ruimte om de persvrijheid te beperken.[24] Als uitgangspunt hanteert het EHRM dat een inbreuk op de uitoefening van persvrijheid alleen verenigbaar is met artikel 10 EVRM wanneer sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang (*overriding requirement in the public interest*).[25] Daar staat tegenover dat het recht op persvrijheid alleen toekomt aan organisaties/bedrijven en personen die voldoen aan bepaalde journalistieke normen. Zij moeten verantwoordelijke journalistiek (*responsible journalism*) bedrijven. Dit houdt onder meer in dat zij zich voldoende inspannen om te bewerkstelligen dat zij accurate en betrouwbare informatie verstrekken.[26] Wanneer wordt gepubliceerd over een bepaalde persoon, dan moet deze met voldoende respect worden behandeld. In het bijzonder wanneer sprake is van misleiding van het publiek door weglating van relevante feiten[27] dan wel wanneer de wijze van publicatie meer duidt op het opwekken van sensatie dan op objectieve berichtgeving,[28] is daarvan mogelijk geen sprake.

Recht op bronbescherming[29]

Het recht op bronbescherming werd voor de eerste keer expliciet erkend door het EHRM in zijn uitspraak in de zaak Goodwin. Het EHRM overwoog dat bronbescherming een van de basisvoorwaarden voor persvrijheid is in een democratische samenleving. Zonder die bescherming zouden bronnen afgeschrikt kunnen worden om de pers te informeren over zaken van openbaar belang. Wanneer bronnen niet meer met de pers zouden willen spreken, kan de rol van de pers als publieke waakhond worden ondermijnd. De pers kan dan worden beperkt in de mogelijkheid om betrouwbare informatie te verstrekken. Het beperken van het recht op bronbescherming heeft daarom een *potentially chilling effect*.[30]

In de opvatting van het EHRM is een journalistieke bron *any person who provides information to a journalist*. Bronbescherming houdt niet alleen in dat een journalist niet verplicht is de identiteit van een bron te onthullen. Ook informatie die tot een bron kan worden herleid valt eronder. Het kan daarbij gaan om zowel informatie over de omstandigheden waarom de informatie van een bron is verkregen door de journalist als de niet-gepubliceerde inhoud van de informatie die door de bron aan de journalist is

[21] EHRM 26 november 1991, appl.nr. 13585/88 (Observer & Gardian/Verenigd Koninkrijk), § 59.
[22] EHRM 8 november 2016, appl.no. 18030/11 (Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije), § 126-170.
[23] EHRM (GC) 10 december 2007, appl.no. 69698/01, *NJ* 2008/236 (Stoll/Zwitserland), § 118.
[24] EHRM (GC) 10 december 2007, appl.no. 69698/01, *NJ* 2008/236 (Stoll/Zwitserland), § 102.
[25] EHRM (GC) 21 januari 1999, appl.no. 29183/95, *NJ* 1999/713 (Fressoz & Roire), § 51.
[26] EHRM (GC) 20 oktober 2015, appl.no. 11882/10 (Pentikäinen/Finland), § 90-91.
[27] EHRM (dec.) 24 januari 2017, appl.no. 64746/14 (Travaglio/Italië), § 34.
[28] EHRM (GC) 10 december 2007, appl.no. 69698/01, *NJ* 2008/236 (Stoll/Zwitserland), § 149-152.
[29] Zie voor een samenvatting van de EHRM-jurisprudentie over het recht op bronbescherming: Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights, Straatsburg: Europees Hof voor de Rechten van de Mens 2021, te raadplegen via https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=#.
[30] EHRM 27 maart 1996, appl.nr. 17488/90, *NJ* 1996/577 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk), § 39.

verstrekt.[31] Het EHRM refereerde bij deze interpretatie in de uitspraak Telegraaf aan *Recommendation No. R(2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information*.[32] In een andere uitspraak werd een bijlage bij deze Aanbeveling aangehaald om duidelijk te maken wat in de definitie van een journalistieke bron wordt verstaan onder 'informatie', te weten 'any statement of fact, opinion or idea in the form of text, sound and/or picture'.[33] Wanneer een nieuwswebsite de mogelijkheid kent om commentaren achter te laten, worden de auteurs van die commentaren niet aangemerkt als journalistieke bronnen. De reden hiervoor is dat dergelijke uitlatingen vooral aan het publiek zijn gericht en niet aan een journalist.[34] Een bron kan minder beschermwaardig zijn wanneer deze zijn informatie heeft verkregen door *clearly acting in bad faith with a harmful purpose*.[35] Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan gefabriceerde valse informatie. In de Nederlandse zaak Ostade Blade was sprake van bron die de verantwoordelijkheid voor een bomaanslag had opgeëist door middel van een brief die in een tijdschrift was gepubliceerd. Het kantoor van het tijdschrift was doorzocht, onder andere om toekomstige aanslagen te voorkomen. Het EHRM overwoog dat aan deze bron, die zelf aandacht zocht voor de aanslag, niet dezelfde bescherming toekwam als andere journalistieke bronnen.[36] Het gedrag van de bron kan weliswaar een belangrijke factor zijn bij de beoordeling of een inbreuk op het recht op bronbescherming gerechtvaardigd was, maar het is nooit een beslissende factor.[37] Dat hangt samen met de uiteenlopende belangen die moeten kunnen worden meegewogen. Het enkele feit dat de bron een strafbaar feit heeft begaan om de informatie te bemachtigen, bijvoorbeeld door staatsgeheime documenten mee naar huis te nemen, lijkt dan ook geen zelfstandige grond op te leveren om bronbescherming te onthouden. Voor een persoon die een misstand aan de kaak wil stellen, kan het beschikken over dergelijke documenten immers cruciaal zijn om misstanden aan de orde te stellen.

Ook wanneer een journalist zelf onrechtmatig en mogelijk strafbaar heeft gehandeld, vervalt niet in alle gevallen zijn aanspraak op bronbescherming. Onrechtmatig handelen kan echter onverenigbaar zijn met het uitgangspunt van verantwoordelijke journalistiek. Heeft de journalist onrechtmatig of strafbaar gehandeld, dan is dat een zeer belangrijke factor bij de beoordeling of de persoon in kwestie zich een verantwoordelijke journalist heeft getoond. Wanneer het EHRM aanneemt dat dit niet het geval is geweest, heeft dit als gevolg dat de klager zich niet met succes op artikel 10 EVRM kan beroepen.[38] Wanneer een journalist een strafbaar feit heeft begaan dat geen verband houdt met zijn werk als journalist, zal een beroep op bronbescherming falen.[39]

---

[31] EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland), § 86.

[32] Dit is een weliswaar niet bindende, maar wel gezaghebbende aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa.

[33] EHRM 7 december 2021, appl.no. 39378/15 (Standard Verlagsgesellschaft mbH/Oostenrijk), § 70.

[34] EHRM 7 december 2021, appl.no. 39378/15 (Standard Verlagsgesellschaft mbH/Oostenrijk), § 71

[35] EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland), § 128.

[36] EHRM 27 mei 2014 (dec.), appl.no. 8406/06 (Stichting Ostade Blade/Nederland).

[37] EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland), § 128.

[38] EHRM (GC) 20 oktober 2015, appl.no. 11882/10 (Pentikäinen/Finland), § 90-91. Dit was het geval in EHRM (dec.) 30 september 2014, appl.no. 29804/10 (Keena & Kennedy/Ierland).

[39] In EHRM 25 februari 2003, appl.nr. 51772/99 (Roemen & Schmit/Luxemburg), § 52 overwoog het EHRM daaromtrent: 'The Court notes at the outset that the searches in the instant case were not carried out in order to seek evidence of an offence committed by the first applicant other than in his capacity as a journalist.' In

Moet anonimiteit zijn toegezegd om aanspraak op bronbescherming te kunnen maken? In de zaak Sanoma overwoog het EHRM dat geen bewijs hoefde te worden geleverd dat geheimhouding overeen was gekomen. Het EHRM ging ervan uit dat geheimhouding overeen was gekomen omdat de journalist dat had gesteld.[40] Daaruit kan niet worden afgeleid dat toezegging van anonimiteit niet vereist is, maar alleen dat in deze zaak niet hoefde te worden bewezen dat die toezegging is gedaan. Er zijn ook uitspraken waarin het recht op bronbescherming geschonden is geacht terwijl uit de uitspraak niet kan worden afgeleid of sprake is geweest van een toezegging van anonimiteit.[41] Het EHRM lijkt al met al weinig aandacht te besteden aan de vraag of een toezegging al dan niet is gedaan. Belangrijker lijkt te zijn of de journalist informatie heeft ontvangen waarvan kan worden aangenomen dat de bron deze heeft verstrekt met de verwachting dat de journalist er vertrouwelijk mee om zou gaan.[42]

Ook als de identiteit van de bron al bekend is, kan de journalist aanspraak maken op het recht op bronbescherming. In de zaak Becker had de bron tegenover een financiële toezichthouder bevestigd dat hij een bepaalde brief had geschreven. De journalist die naar aanleiding daarvan een artikel had geschreven, weigerde de identiteit van deze bron te bevestigen. Het EHRM overwoog dat het weliswaar niet ging om het onthullen van de identiteit van een anoniem gebleven bron, maar dat de mogelijke effecten van het bevel om de bron te onthullen zodanig van aard waren, dat de uitgangspunten met betrekking tot het recht op bronbescherming toepasselijk waren. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de inbreuk op het recht op bronbescherming werd het bekend zijn van de identiteit van de bron als één relevant aspect beschouwd, dat op zichzelf niet doorslaggevend was. De mate van bescherming op grond van artikel 10 EVRM was volgens het EHRM wel lager dan in geval van onbekende bronnen. Het EHRM stelde een schending van artikel 10 EVRM vast, waarbij een belangrijke overweging was dat de bron was veroordeeld zonder dat de journalist een verklaring had afgelegd. Er was derhalve niet voldaan aan het beginsel van subsidiariteit.[43]

Hiervoor is uiteengezet dat het recht op persvrijheid toekomt aan personen die aan bepaalde journalistieke normen voldoen. In het kader van het daaruit voortvloeiende recht op bronbescherming kan dit ook relevant worden geacht. In de mij bekende jurisprudentie was steeds sprake van 'klassieke' journalisten: medewerkers van kranten of tijdschriften,

---

deze zaak waren doorzoekingen uitgevoerd in het kantoor, de woning en de auto van een journalist. De journalist werd ervan verdacht een strafbaar feit (openbaar maken van vertrouwelijke informatie) te hebben begaan in zijn hoedanigheid van journalist. Die hoedanigheid was relevant, omdat de verdenking zag op feiten die waren begaan in het kader van de vrije nieuwsgaring. Zou de klager zijn verdacht van een strafbaar feit dat hij anders dan in zijn hoedanigheid van journalist zou hebben begaan, dan zouden de doorzoekingen geen inbreuk hebben gemaakt op het recht op bronbescherming.

[40] EHRM (GC) 14 september 2010, appl.no. 39224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma/Nederland), § 64.

[41] Bijvoorbeeld EHRM 16 juli 2013, appl.no. 73469/10 (Nagla/Letland), § 82.

[42] Vgl. ECRM 18 januari 1996, appl.no. 25798/94 (British Broadcasting Company/Verenigd Koninkrijk). In deze beslissing overwoog de ECRM dat het in de desbetreffende zaak, anders dan in de zaak Goodwin, gegevens betrof 'to which no particular secrecy or duty of confidentiality could possibly attach.' Daaruit kan worden afgeleid dat het vertrouwelijke karakter van de verstrekking van de gegevens relevant kan zijn. Het is aannemelijk dat de ECRM ten aanzien van de vertrouwelijkheid mede het oog heeft op de identiteit van de bron.

[43] EHRM 5 oktober 2017, appl.no. 21272/12, *EHRC* 2018/8 (Becker/Noorwegen), § 71-84. Zie ook EHRM 16 juli 2013, appl.no. 73469/10 (Nagla/Letland), § 95.

programmamakers, etc. Uit de EHRM-jurisprudentie zijn mij geen gevallen bekend waarin een persoon die niet als journalist werkzaam was, een beroep had gedaan op bronbescherming.[44]

2.4 Beoordeling of een inbreuk op het recht op bronbescherming gerechtvaardigd was

2.4.1 Toepassing van de driestappentest

Vertrekpunt: inbreuk op recht op bronbescherming
Het uitgangspunt van de hiervoor genoemde door het EHRM ontwikkelde driestappentest is dat een inbreuk op het recht op bronbescherming heeft plaatsgevonden.[45] Dat kan op verschillende manieren zijn gebeurd. Er kan bijvoorbeeld een bevel zijn gegeven om een bron te onthullen, het kantoor van een journalist kan zijn doorzocht of een journalist kan zijn gegijzeld. Zie daarover § 2.4.2. Om van een inbreuk op het recht op bronbescherming te kunnen spreken is niet vereist dat de identiteit van de bron daadwerkelijk is achterhaald. Voldoende is dat een dwangmiddel tegen een journalist is aangewend dat kon leiden tot onthulling van de bron.[46]

Stap 1: wettelijke basis
Een inbreuk op artikel 10 EVRM moet blijkens het tweede lid van die bepaling een grondslag hebben in een rechtsregel (*provided by law*). Hoewel dat volgens het EHRM geen wettelijke regel hoeft te zijn, is dat doorgaans wel het geval.[47] De rechtsregel moet kenbaar zijn (*accessibility*) en moet zodanig zijn geformuleerd dat voldoende kan worden voorzien op welke wijze deze zal kunnen worden toegepast (*foreseeability*). De kwaliteit van wetgeving is dus van belang. Niet alleen moet een wet duidelijk zijn, maar deze moet ook procedurele waarborgen bieden tegen willekeurige inbreuken op het recht op bronbescherming. Dat wordt belangrijk gevonden, omdat het achterhalen van de identiteit van een bron in potentie schadelijke gevolgen kan hebben. De bron zelf kan schade ondervinden. Ook voor bijvoorbeeld de krant of de journalist kan het achterhalen van de identiteit van een bron nadelig zijn, omdat hun reputatie negatief kan worden beïnvloed in de ogen van potentiële toekomstige bronnen. Daarnaast ondervindt het publiek mogelijk gevolgen, omdat het belang heeft bij het kennisnemen van informatie die verkregen is van anonieme bronnen.[48]

Iedere inbreuk op het recht op bronbescherming die kan leiden tot identificatie van een bron, moet daarom terug te voeren zijn op een juridische regeling die voldoende waarborgen biedt tegen willekeur.[49] In het bijzonder ten aanzien van heimelijke

[44] Daar moet bij worden opgemerkt dat het jurisprudentieonderzoek verre van uitputtend is geweest. Zie daarover § 2.1.
[45] Wanneer het EHRM van oordeel is dat geen inbreuk is gemaakt op artikel 10 EVRM, zal de driestappentest niet worden uitgevoerd, omdat reeds op die grond kan worden vastgesteld dat het recht op uitingsvrijheid niet is geschonden.
[46] Zie bijvoorbeeld EHRM 25 februari 2003, appl.nr. 51772/99 (Roemen & Schmit/Luxemburg).
[47] In Nederland is op grond van artikel 1 Sv een formeel-wettelijke grondslag vereist voor inbreuken op grondrechten die in het kader van de strafvordering worden gemaakt.
[48] EHRM (GC) 14 september 2010, appl.no. 39224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma/Nederland), § 89.
[49] EHRM (GC) 14 september 2010, appl.no. 39224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma/Nederland), § 88-89.

bevoegdheden zijn de risico's van willekeur groot. Omdat het publiek en de personen die het betreft geen zicht hebben op de uitoefening van dergelijke bevoegdheden, moet de wet duidelijk maken wat de reikwijdte van de discretionaire bevoegdheid is en moet voldoende duidelijk worden gemaakt op welke manier de bevoegdheid zal worden uitgeoefend, waarbij rekening moet worden gehouden met het (gerechtvaardigde) doel waarmee de bevoegdheid wordt ingezet.[50]

De belangrijkste waarborg is de beoordeling van de inzet van een bevoegdheid tegen een journalist door een rechter of een ander onafhankelijk en onpartijdig orgaan. Deze rechter of dit orgaan moet bevoegd zijn om te beoordelen of sprake is van een zodanig zwaarwegend maatschappelijk belang dat inbeuk op het recht op bronbescherming gerechtvaardigd is. De beoordeling moet bij voorkeur voorafgaand aan de inzet van de inbreuk makende bevoegdheid plaatsvinden, omdat op die manier kan worden voorkomen dat onnodig toegang wordt verkregen tot informatie waaruit de identiteit van een bron zou kunnen worden afgeleid.[51] In bijzondere gevallen, met name wanneer sprake is van urgentie, kan het voor de officier van justitie praktisch bezwaarlijk zijn om voorafgaand aan de inzet van de bevoegdheid uitvoerig toe te lichten waarom de inzet ervan noodzakelijk is. Ook in die gevallen moet de toetsing hebben plaatsgevonden voordat kennis wordt genomen van het verkregen materiaal. Wanneer de toetsing pas zou plaatsvinden nadat de informatie over de bron bekend is geworden, zou de essentie van het recht op bronbescherming worden ondermijnd.[52] De wet moet duidelijke criteria bevatten waaraan moet worden getoetst, waaronder de subsidiariteit: kan worden volstaan met een minder ingrijpende maatregel? Ook ten aanzien van spoedgevallen moet een procedure bestaan die het mogelijk maakt om materiaal te identificeren dat zou kunnen leiden tot de onthulling van een bron en dat materiaal te scheiden van ander materiaal.[53]

Ingeval de telefoon van een journalist wordt getapt, moet op grond van de algemene jurisprudentie van het EHRM de rechtmatigheid daarvan altijd *voorafgaand* aan het tappen worden beoordeeld door een rechter.[54]

Stap 2: legitiem doel

Inbreuken op bronbescherming kunnen met uiteenlopende doelen worden begaan. In de civielrechtelijke zaak Goodwin ging het om bescherming van de financiële belangen en reputatie van een bedrijf. In de zaak Telegraaf werd ten aanzien van het aftappen van een telefoon door de AIVD de staatsveiligheid als legitiem doel geaccepteerd.[55] In strafzaken, waarop dit onderzoek betrekking heeft, zal het meestal gaan om 'the prevention of disorder or crime'. Dit doel wordt ruim uitgelegd. Hieronder valt ook het opsporen van strafbare feiten.[56]

[50] EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland), § 90.
[51] EHRM (GC) 14 september 2010, appl.no. 39224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma/Nederland), § 90.
[52] EHRM (GC) 14 september 2010, appl.no. 39224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma/Nederland), § 91.
[53] EHRM (GC) 14 september 2010, appl.no. 39224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma/Nederland), § 92.
[54] EHRM (GC) 4 december 2015, appl.no. 47143/06 (Zakharov/Rusland), § 233.
[55] EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland), § 75.
[56] EHRM 25 februari 2003, appl.nr. 51772/99 (Roemen & Schmit/Luxemburg), § 50.

Stap 3: noodzakelijkheid in een democratische samenleving

Bij de beoordeling of een inbreuk noodzakelijk was in een democratische samenleving met het oog op het bij stap 2 vastgestelde doel, wordt een belangenafweging gemaakt. Het belang dat met de inbreuk op het recht op bronbescherming wordt gediend, moet duidelijk zwaarder wegen dan het belang om de identiteit van de bron geheim te houden. Er moet immers sprake zijn van een *overriding requirement in the public interest*.[57] Het EHRM beoordeelt in het bijzonder of de inbreuk in overeenstemming is met de uitgangspunten van subsidiariteit en proportionaliteit. Bij subsidiariteit gaat het om de vraag of de identiteit van de bron op een andere manier had kunnen worden onderzocht dan door inbreuk te maken op het recht op bronbescherming. Bij de beoordeling van de proportionaliteit is het de vraag of de concrete inbreuk in een redelijke verhouding staat tot het te bereiken doel. Daarbij kan van belang zijn hoe ingrijpend de inbreuk is geweest en hoe ernstig het strafbare feit was dat werd opgespoord. In de EHRM-uitspraken waarin het EHRM inbreuken op het recht op bronbescherming die in een strafrechtelijke context zijn begaan, heeft onderzocht, lijkt het steeds de opheldering van reeds begane strafbare feiten te betreffen. Het jurisprudentieonderzoek heeft geen gevallen opgeleverd waarin de autoriteiten hebben gehandeld ter voorkoming of beëindiging van een (levens)gevaarlijke situatie. Het ligt echter in de rede dat ook in die gevallen inbreuken op het recht op bronbescherming onder omstandigheden gerechtvaardigd kunnen zijn.

Wanneer sprake is geweest van een inbreuk op het recht op bronbescherming, heeft het EHRM (vrijwel) altijd een schending van artikel 10 EVRM vastgesteld.[58] Hieruit kan worden afgeleid dat het EHRM alleen in zeer uitzonderlijke gevallen zal aannemen dat sprake is geweest van een zwaarwegend maatschappelijk belang dat zo zwaar weegt dat het recht op bronbescherming ervoor opzij mocht worden gezet.

2.4.2 Beoordeling van concrete gevallen

In deze paragraaf wordt de beoordeling van specifieke soorten inbreuken op het recht op bronbescherming besproken aan de hand van enkele toonaangevende zaken. Omdat in de Nederlandse wettelijke regeling het verschoningsrecht centraal staat (art. 218a Sv), wordt eerst aandacht besteed aan een mogelijke consequentie van het niet voldoen aan de spreekplicht als getuige, te weten gijzeling. Daarna wordt ingegaan op het bevel tot uitlevering van voorwerpen waaruit de identiteit van de bron zou kunnen afgeleid. Ten slotte worden bevoegdheden besproken waarvoor de medewerking van de journalist niet is vereist. De meeste van de besproken uitspraken zijn gedaan vóór de inwerkingtreding van de Wet bronbescherming in strafzaken. Enkele uitspraken hebben betrekking op zaken die naar het nationale recht van de desbetreffende verdragspartij niet onder het strafrecht vielen. Deze worden besproken omdat in deze uitspraken belangrijke uitgangspunten zijn

[57] EHRM 27 maart 1996, appl.nr. 17488/90, *NJ* 1996/577 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk), § 39.

[58] In § 2.1 is aangegeven dat in https://hudoc.echr.coe.int/ een onderzoek is uitgevoerd naar *judgments* en *decisions* waarin de termen *Goodwin*, *journalist* en *source* voorkomen. Dit onderzoek heeft niet één uitspraak opgeleverd waarin wel sprake was van een inbreuk, maar niet van een schending. Er zijn wel enkele zaken (Ostade Blade, Keena & Kennedy) waarin het EHRM van oordeel was dat maatregelen om een bron te achterhalen geen inbreuk op het recht op bronbescherming maakten.

genoemd die óók relevant zijn voor de beoordeling van inbreuken op het recht op bronbescherming in het strafrecht.

Gijzeling na niet voldoen aan spreekplicht

De zaak Voskuil[59] was een Nederlandse zaak. Een journalist had in de krant Sp!ts gepubliceerd over een grote wapenvondst. Hij schreef onder andere dat de inval in het pand waar de wapens zich bevonden, in scène was gezet. In het artikel citeerde hij anoniem een politieman. In verband met de aangetroffen wapens, werden drie verdachten strafrechtelijk vervolgd. Tijdens de behandeling van de zaak in hoger beroep verzocht de verdediging om de oproeping van onder andere de journalist als getuige. Hij verscheen, vergezeld door een advocaat, bij een verhoor. Daarbij werd hem gevraagd naar de identiteit van de politieman. Hij weigerde die te onthullen, met een beroep op zijn verschoningsrecht. Het gerechtshof oordeelde dat de journalist verplicht was om de gestelde vragen te beantwoorden. Wanneer de verklaring van de politieman correct was, zou dat de veroordeling van de verdachten kunnen beïnvloeden, terwijl ook de integriteit van politie en justitie op het spel stond. Het hof beval de onmiddellijke gijzeling van de journalist voor een periode van 30 dagen. Gijzeling is een dwangmiddel waarbij de vrijheid van een getuige wordt ontnomen door hem de detineren, met als doel de getuige aan te sporen alsnog aan zijn spreekplicht te voldoen. Na 18 dagen is de journalist in vrijheid gesteld, zonder dat hij de identiteit van de politieman bekend heeft gemaakt. Het EHRM heeft zich in deze uitspraak niet in het algemeen willen uitlaten over de vraag of een journalist kan worden gedwongen zijn bron bekend te maken op grond van de verplichting om een eerlijk proces te bieden aan een verdachte (art. 6 EVRM). In deze zaak was dat in ieder geval niet aan de orde, omdat het hof de zaken van de verdachten uiteindelijk inhoudelijk heeft beoordeeld zonder dat de identiteit van de bron is onthuld. De verklaring van de journalist was kennelijk niet essentieel voor de waarheidsvinding. Het EHRM toonde zich verder gevoelig voor het argument van de Nederlandse regering dat de suggestie dat de politie niet integer handelt, ondermijnend kan werken, maar stelde daar tegenover dat het gebruik van ongeoorloofde opsporingsmethoden in een rechtsstaat precies het type onderwerp is waarover het publiek moet kunnen worden geïnformeerd. Al met al kan dus worden gesteld dat het EHRM geen goede redenen zag voor de inbreuk op het recht op bronbescherming. Die inbreuk (gijzeling voor een lange periode) achtte het bovendien disproportioneel. Het EHRM merkte op dat zulke vergaande maatregelen personen die betrouwbare en accurate informatie hebben over misstanden, in de toekomst zullen ontmoedigen om zich te melden en hun kennis te delen met de pers.[60]

[59] EHRM 22 november 2007, appl.no. 64752/01, *NJ* 2008/216 (Voskuil/Nederland), § 71.

[60] Ook de zaak Telegraaf was sprake van gijzeling. Twee journalisten waren gedurende drie dagen gegijzeld. Het EHRM heeft zich niet uitgelaten over de toelaatbaarheid daarvan, hoewel in het overzicht van de relevante feiten de gijzeling wel wordt genoemd. Zie EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland), § 34-36.

Bevel tot uitlevering van documenten of andere voorwerpen

In de zaak Britse zaak Goodwin[61] had een journalist telefonisch informatie gekregen over een bedrijf dat een grote lening had aangevraagd, hoewel het grote verliezen leed (en dus mogelijk niet kredietwaardig was). De informatie was afkomstig uit een vertrouwelijk document van het bedrijf. Mogelijk heeft de bron die de informatie verstrekte daardoor een strafbaar feit begaan, maar dat is niet vastgesteld. Kort nadat de journalist Goodwin het bedrijf heeft benaderd om de juistheid van de feiten te checken, werd door het bedrijf een civielrechtelijke procedure gestart, die leidde tot een publicatieverbod voor alle media met betrekking tot deze kwestie. Een tweede civielrechtelijke procedure was gericht tegen Goodwin. Deze kreeg het bevel om de aantekeningen van het telefoongesprek met de bron te verstrekken, waaruit de identiteit van de bron zou kunnen worden afgeleid. De rechter overwoog onder meer dat het recht op bronbescherming sterk aan belang had verloren omdat de bron minimaal medeplichtig was aan schending van een geheimhoudingsplicht, waar geen publiek belang mee was gediend. Goodwin weigerde om aan het bevel tot uitlevering te voldoen. In appel bleef het bevel in stand. Goodwin kreeg een boete opgelegd voor het weigeren aan het bevel te voldoen. Het EHRM oordeelde dat geen goede reden bestond voor de inbreuk op het recht op bronbescherming, omdat de belangen van het bedrijf al voldoende waren beschermd door het publicatieverbod. Het opsporen wie het lek binnen het bedrijf was geweest, was weliswaar een *relevant reason*, maar geen *overriding requirement in the public interest* dat doorbreking van het recht op bronbescherming rechtvaardigde.

In de Nederlandse zaak Sanoma was de uitgever van het tijdschrift Autoweek bevolen om een CD-ROM met daarop foto's van illegale straatraces uit te leveren. De journalisten die bij de straatraces aanwezig waren geweest, hadden foto's mogen maken onder de voorwaarde dat de identiteit van de deelnemers aan de autoraces niet zou worden onthuld. Het bevel tot uitlevering was gegeven door een officier van justitie. Het materiaal werd relevant gevonden omdat het vermoeden bestond dat een van de auto's later was gebruikt in het kader van een ramkraak. In § 2.4.1 is ingegaan op de eisen die het EHRM stelt aan wetgeving op grond waarvan inbreuken op het recht op bronbescherming mogen worden gemaakt. Een van de eisen is dat een rechter de rechtmatigheid van het dwangmiddel toetst, bij voorkeur voordat de bevoegdheid wordt ingezet, maar in ieder geval voordat kennis wordt genomen van de inhoud van het in beslag genomen materiaal. Omdat die toetsing niet had plaatsgevonden, stelde het EHRM een schending van artikel 10 EVRM vast.[62]

In de zaak Telegraaf, eveneens een Nederlandse zaak, hadden journalisten de beschikking over documenten met daarin informatie over operationele activiteiten van de BVD of AIVD. De officier van justitie beval de uitlevering daarvan. Er werd afgesproken dat de documenten in een container zouden worden geplaatst, die zou worden verzegeld door een notaris. De container werd overgedragen aan een rechter-commissaris en bleef verzegeld in een kluis totdat de klacht die de advocaat van de journalist over de inbeslagneming had ingediend op grond van artikel 552a Sv, was beoordeeld door de

[61] EHRM 27 maart 1996, appl.nr. 17488/90, *NJ* 1996/577 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk). Goodwin was een civielrechtelijke zaak.

[62] EHRM (GC) 14 september 2010, appl.no. 39224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma/Nederland).

rechtbank.[63] De rechtbank verklaarde de klacht over de inbeslagneming ongegrond. In hoogste instantie oordeelde ook de Hoge Raad dat het bevel tot uitlevering rechtmatig was geweest. Het EHRM stelde daarentegen een schending van artikel 10 EVRM vast, omdat er geen relevante redenen waren om de uitlevering te bevelen. Daarbij speelde onder meer een rol dat het kopieën van de originele stukken waren, waarvan zeer aannemelijk was dat ze ruimer waren verspreid binnen het criminele milieu. De mogelijkheid om de documenten te controleren op sporen om zo te identificeren wie ze had gelekt, was ook geen relevante reden, omdat eenvoudig had kunnen worden vastgesteld welke ambtenaren toegang hadden gehad tot de documenten.[64]

Doorzoeking van kantoor, woning of auto journalist

In de zaak Roemen & Schmit[65], die zijn oorsprong in Luxemburg had, had een journalist een artikel gepubliceerd over de oplegging van een boete wegens belastingontduiking aan een minister. De journalist beschikte over documenten waaruit de bestraffing bleek. De minister deed aangifte van schending van een geheimhoudingsplicht, waar de documenten kennelijk onder vielen. In het kader van het strafrechtelijke onderzoek dat vervolgens werd ingesteld, werden het kantoor, de woning en de auto van Roemen doorzocht. Ook werd het kantoor van zijn advocaat doorzocht. Daarbij mocht alles in beslag worden genomen dat aan de waarheidsvinding zou kunnen bijdragen. Het ging in het bijzonder om het vaststellen van de identiteit van de degenen die betrokken waren geweest bij het opleggen van de boete, die de bron van kennis van de journalist waren. Er werd overigens geen bewijsmateriaal gevonden. De journalist en de advocaat verzochten de rechter om de machtigingen tot doorzoeking ongedaan te maken, waarbij de journalist zich beriep op het recht op bronbescherming. Deze verzoeken werden afgewezen. De journalist werd in staat van beschuldiging gesteld wegens het verwerken van informatie die met schending van de professionele geheimhoudingsplicht was verkregen. Deze procedure werd stopgezet nadat de journalist een nieuw artikel had gepubliceerd waarin de minister-president werd aangehaald die stelde dat de inbreuk op het recht op bronbescherming disproportioneel was. Het EHRM stelde een schending van artikel 10 EVRM vast. Het overwoog dat de journalist had gepubliceerd over een feit van algemeen belang en dat een inbreuk op het recht op bronbescherming daarom alleen toelaatbaar was wanneer sprake was van een *overriding requirement in the public interest*. Tegen een aantal functionarissen die de informatie mogelijk hadden verstrekt, was pas na de doorzoeking bij de journalist een doorzoekingsbevel geven. Het EHRM was van oordeel dat maatregelen als het verhoor van die functionarissen en de doorzoeking van hun kantoor mogelijk aan het licht hadden gebracht wie de informatie had gelekt, waardoor geen reden meer zou hebben bestaan voor een inbreuk op het recht op bronbescherming.[66] Het EHRM overwoog verder dat het doorzoeken van een kantoor en woning van een journalist een grotere inbreuk maakt op het recht op bronbescherming dan het enkele bevelen om een document uit te leveren of de identiteit van een bron bekend te maken, wat in de zaak Goodwin was gebeurd:

[63] EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland), § 20.
[64] EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland), § 129-132.
[65] EHRM 25 februari 2003, appl.nr. 51772/99 (Roemen & Schmit/Luxemburg).
[66] Dit is een subsidariteitsredenering.

> 'In the Court's opinion, there is a fundamental difference between this case and *Goodwin*. In the latter case, an order for discovery was served on the journalist requiring him to reveal the identity of his informant, whereas in the instant case searches were carried out at the first applicant's home and workplace. The Court considers that, even if unproductive, a search conducted with a view to uncover a journalist's source is a more drastic measure than an order to divulge the source's identity. This is because investigators who raid a journalist's workplace unannounced and armed with search warrants have very wide investigative powers, as, by definition, they have access to all the documentation held by the journalist. The Court reiterates that "limitations on the confidentiality of journalistic sources call for the most careful scrutiny by the Court" (…). It thus considers that the searches of the first applicant's home and workplace undermined the protection of sources to an even greater extent than the measures in issue in *Goodwin*.'[67]

In Roemen & Schmit waren de belangen om de identiteit van de lekkende functionarissen te achterhalen weliswaar relevant, maar zij waren niet voldoende om de inbreuk op het recht op bronbescherming te rechtvaardigen. Het belang van de samenleving bij een vrije pers woog zwaarder.[68]

Aftappen/afluisteren

In de hiervoor al genoemde Telegraaf-zaak hadden twee journalisten geschreven over geheime AIVD-informatie die ter beschikking was gekomen van Amsterdamse criminelen en die ook de journalisten in bezit hadden. Niet alleen was aan de journalisten een vordering gedaan tot overdracht van de documenten, ook had de AIVD het telefoonverkeer van de journalisten afgetapt, teneinde de bron van informatie te achterhalen. Dat was weliswaar in het belang van de nationale veiligheid, maar er was dus geen sprake van 'bijvangst' van gesprekken met journalisten, zoals in bijvoorbeeld de zaak Weber & Saravia, waarmee het EHRM de zaak vergeleek.[69] Het EHRM benadrukte onder meer dat het besluit om de journalisten te tappen was genomen zonder dat een onafhankelijk orgaan de rechtmatigheid ervan had getoetst voorafgaand aan het nemen van het besluit. Volgens het EHRM was een beoordeling achteraf niet voldoende, omdat de identiteit van bronnen dan reeds kon zijn onthuld, wat onherstelbaar zou zijn.[70]

[67] EHRM 25 februari 2003, appl.nr. 51772/99 (Roemen & Schmit/Luxemburg), § 57.

[68] Een andere zaak waarin een kantoor van een journalist was doorzocht en waarin een schending van artikel 10 EVRM is vastgesteld, is EHRM 18 april 2013, appl.no. 26419/10, *EHRC* 2013/130 (Saint-Paul Luxembourg/Luxemburg).

[69] EHRM (dec.) 29 juni 2006, appl.nr. 54934/00 (Weber & Saravia), § 151. In geval van bijvangst is weliswaar sprake van een inbreuk op het recht op bronbescherming, maar die inbreuk is vrij gering. Dat was een belangrijke reden waarom in deze zaak geen schending van artikel 10 EVRM werd vastgesteld.

[70] EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland), § 97-101. Zie over het afluisteren van journalisten in geval van grootschalige interceptie van gegevens door een inlichtingen- en veiligheidsdienst: EHRM 13 september 2018, appl.nos. 58170/13, 62322/14 & 24960/15, *NJ* 2021/361 (Big Brother Watch/Verenigd Koninkrijk), § 487-500.

2.5 Terzijde: inbeslagneming onder een journalist van voorwerpen die buiten het recht op bronbescherming vallen

Het recht op bronbescherming heeft als doel om te voorkomen dat de identiteit van een bron wordt onthuld, ofwel doordat de journalist in kwestie daarover een verklaring aflegt ofwel doordat deze materiaal uitlevert waaruit de identiteit van de bron blijkt of kan worden afgeleid. Journalisten beschikken soms ook over materiaal ten aanzien waarvan dit niet het geval is. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan beelden waarop te zien is dat een strafbaar feit is begaan. Wanneer die beelden met toestemming van de in beeld komende personen zijn gemaakt onder de voorwaarde dat de identiteit van die personen niet zal worden onthuld, vallen zij onder het recht op bronbescherming. Dit was het geval in de zaak Sanoma, waarin beelden van straatraces waren gemaakt.[71] Het is ook denkbaar dat geen overleg heeft plaatsgevonden met personen die in beeld worden gebracht. In dat geval is geen sprake van informatie die door een bron aan een journalist is toevertrouwd.

In de zaak Nordisk Film T.V. A.S.[72] hadden journalisten een televisieprogramma gemaakt over pedofilie in Denemarken. Omdat geen toestemming was verkregen van een pedofielenorganisatie om een bijeenkomst bij te wonen en leden te interviewen, besloot een van de journalisten om undercover deel te nemen aan een bijeenkomst, waarbij hij zich voordeed als pedofiel. Hij maakte beelden met een verborgen camera. Twee deelnemers aan de bijeenkomsten vertelden gedetailleerd over misbruik van kinderen en gaven tips over de manier waarop dat zou kunnen worden uitgevoerd. Voordat het programma werd uitgezonden, werden de leden van de organisatie die in beeld zouden worden gebracht, daarvan op de hoogte gebracht. Zij kregen de garantie dat zij anoniem zouden blijven. Er werden valse namen gebruikt en de gezichten en stemgeluiden werden vervormd. De dag na de uitzending werd een van de in beeld gebrachte personen aangehouden door de politie, in verband met zedendelicten. Het filmbedrijf kreeg het bevel om het ruwe filmmateriaal over te dragen aan de politie waarop de verdachte of een Indiase (misbruikte) jongen te zien was en ook de aantekeningen van de journalist daaromtrent. Uit de beslissing van het EHRM blijkt niet of de journalist aan dit bevel heeft voldaan. Bij het EHRM klaagde de journalist over schending van het recht op bronbescherming. Het EHRM was echter van oordeel dat dit recht in casu niet van toepassing was, omdat de personen die de journalist had gefilmd, niet wisten dat zij tegen een journalist spraken en dat zij werden gefilmd. Er was derhalve geen sprake van informatie die was toevertrouwd aan de journalist, met de wens dat die openbaar zou worden gemaakt. De gefilmde personen konden daarom niet worden aangemerkt als bronnen van journalistieke informatie in de traditionele zin. Het filmbedrijf had derhalve geen bevel gekregen om een journalistieke bron te onthullen, maar om een deel van het eigen onderzoeksmateriaal te overhandigen. Weliswaar kan ook dat een *chilling effect* hebben op de uitoefening van de journalistieke uitingsvrijheid, maar artikel 10 EVRM biedt daarbij niet dezelfde mate van bescherming als ten aanzien van bronbescherming. In deze zaak oordeelde het EHRM dat de inbreuk om het recht op uitingsvrijheid noodzakelijk

[71] EHRM (GC) 14 september 2010, appl.no. 39224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma/Nederland). Vermoedelijk ging het om het niet onthullen van kentekens aan de hand waarvan de deelnemers aan de straatrace zouden kunnen worden getraceerd.

[72] EHRM (dec.) 8 december 2005, appl.no. 40485/02 (Nordisk Film & T.V. A.S./Denemarken).

was in een democratische samenleving en dat het recht op uitingsvrijheid dus niet was geschonden. Daarbij was relevant dat de overheid verplicht is om kindermisbruik op te sporen vanwege de positieve verplichtingen die voortvloeien uit artikel 3 EVRM.[73] Het gefilmde materiaal kon steun geven aan de beschuldiging van de verdachte, wiens identiteit al bekend was bij de politie. Het filmbedrijf hoefde geen materiaal te overhandigen waaruit de identiteit van de Indiase jongen, een politieman of de moeder van een hotelmedewerker zou kunnen worden afgeleid.[74] Ook hoefde het geen materiaal te overhandigen dat betrekking had op andere bij de bijeenkomst van pedofielen aanwezige personen die waren gefilmd. Het EHRM overwoog ten slotte dat in vergelijking met de doorzoeking van het kantoor of de woning van de journalist, het bevel tot uitlevering van een deel van de geschoten beelden relatief weinig ingrijpend was.[75]

2.6 Belangrijkste bevindingen

In artikel 10 EVRM wordt het recht op uitingsvrijheid gegarandeerd. Het recht op bronbescherming is daar een aspect van. In de jurisprudentie van het EHRM is een normatief kader tot stand gebracht aan de hand waarvan kan worden beoordeeld wat het recht op bronbescherming inhoudt en onder welke voorwaarden een inbreuk op dat recht geoorloofd is. Bronbescherming wordt door het EHRM beschouwd als een belangrijk recht in een democratische samenleving. Journalisten worden beschouwd als publieke waakhond. Zij moeten kunnen berichten over nieuwsfeiten, in het bijzonder wanneer sprake is van misstanden binnen de overheid. Het is belangrijk dat het publiek daarvan op de hoogte kan raken. Wanneer een journalist gedwongen kan worden om de identiteit van een bron prijs te geven, zullen bronnen minder bereid zijn om informatie aan journalisten te verstrekken. Daardoor zal het publiek niet op de hoogte raken van bepaalde nieuwsfeiten. De journalist die een uitlating heeft gedaan in het kader van een publiek debat, is daarom in beginsel niet verplicht om desgevraagd de identiteit van zijn bron te onthullen of om niet-gepubliceerde informatie te geven die zou kunnen leiden tot identificatie van de bron. Dat kan in bijzondere gevallen anders zijn, maar alleen wanneer sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang. Het recht op bronbescherming komt alleen toe aan personen die als een verantwoordelijke journalist optreden. Dit betekent dat bepaalde journalistieke normen in acht moeten zijn genomen. Dit houdt onder meer in dat accurate en betrouwbare

[73] Positieve verplichtingen houden in dat de overheid verplicht is om bepaalde actie te ondernemen om te voorkomen dat schendingen van mensenrechten (door burgers of organisaties) plaatsvinden en om bij indicaties van inbreuken op mensenrechten te onderzoeken wat er is gebeurd en de verantwoordelijken strafrechtelijk te vervolgen en bestraffen. Ten aanzien van een substantieel aantal strafbare feiten heeft het EHRM positieve verplichtingen vastgesteld. Die vloeien meestal voort uit de artikelen 2, 3 of 8 EVRM. Zie daarover E.C. Gijselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid : De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse aansprakelijkheids- en strafrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boomjuridisch 2021. De noodzakelijkheid van inbreuken op artikel 10 EVRM zal mede in het licht van de positieve verplichtingen moeten worden beoordeeld.

[74] Vermoedelijk werden zij wel beschouwd als bronnen die onder het recht op bronbescherming vielen.

[75] In ECRM 18 januari 1996, appl.no. 25798/94 (British Broadcasting Company/Verenigd Koninkrijk) was sprake van beelden die in het openbaar waren gemaakt. De autoriteiten hadden de uitlevering van de beelden gevorderd. De ECRM overwoog dat de vordering geen inbreuk had gemaakt op het recht op bronbescherming. Artikel 10 EVRM was weliswaar van toepassing, maar werd niet geschonden geacht.

informatie wordt verstrekt. Wanneer de journalist een strafbaar feit heeft begaan bij de voorbereiding van een publicatie of met de publicatie zelf, kan dat – afhankelijk van de omstandigheden van de zaak – in de weg staan aan een geslaagd beroep op het recht op bronbescherming.

In strafzaken kan een journalist zich op zijn recht op bronbescherming beroepen wanneer hij als getuige wordt gehoord. Ook bij de inzet van bevoegdheden tegen journalisten moet het recht op bronbescherming in acht worden genomen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het gijzelen van een journalist die weigert te getuigen, het vorderen van de uitlevering van gegevens en het tappen van de telefoon van een journalist. Dergelijke bevoegdheden moeten een wettelijke basis hebben en de desbetreffende wet moet voldoende procedurele waarborgen bieden om willekeurige inbreuken op het recht op bronbescherming te voorkomen. Een belangrijke waarborg is de toetsing door een rechter of andere onpartijdige instantie van de rechtmatigheid van de inbreuk. Die toetsing moet bij voorkeur plaatsvinden voorafgaand aan de inzet van de bevoegdheid, en in ieder geval voorafgaand aan de kennisneming van de door de bevoegdheid verkregen gegevens.

Wanneer de inzet van een bevoegdheid een wettelijke grondslag heeft van voldoende kwaliteit en die inzet heeft plaats gevonden met één of meer van de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde doelen, beoordeelt het EHRM de noodzakelijkheid van de inbreuk. Daarbij spelen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een belangrijke rol. Bij subsidiariteit gaat het om de vraag of de gegevens in kwestie ook hadden kunnen worden verkregen op een andere manier dan de inbreuk op het bronbeschermingsrecht. Bij de proportionaliteit staat de verhouding tussen de ingrijpendheid van de concrete inbreuk en het nagestreefde doel centraal. Daarbij is de ernst van het strafbare feit dat wordt onderzocht, een belangrijke factor.

In drie Nederlandse zaken waarin dwangmiddelen tegen journalisten waren toegepast, heeft het EHRM een schending van artikel 10 EVRM vastgesteld.

Hoofdstuk 3
Totstandkoming, doelstellingen en inhoud van de wet

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de achtergronden en betekenis van de Wet bronbescherming in strafzaken. Na een korte introductie van de wet (§ 3.2), wordt beschreven wat aan de totstandkoming van de wet vooraf is gegaan (§ 3.3) en wat de aanleiding voor en de doelstellingen van de wet zijn geweest (§ 3.4 en 3.5). In hoofdstuk 2 is uitvoerig ingegaan op de wijze waarop het EHRM het recht op bronbescherming uitlegt. In § 3.6 wordt ingegaan op de betekenis en reikwijdte van dit recht die de wetgever op het oog heeft gehad blijkens de parlementaire stukken. Daarna zal uitgebreid worden ingegaan op verschillende aspecten van de wet. Als eerste wordt het in artikel 218a Sv neergelegde verschoningsrecht van journalisten en publicisten besproken. Daarbij wordt onder meer ingegaan op de kring van verschoningsgerechtigden en op de mogelijkheid om het verschoningsrecht te doorbreken in geval van een zwaarwegend maatschappelijk belang (§ 3.7). Vervolgens wordt ingegaan op de toepassing van dwangmiddelen ten aanzien van personen die aanspraak kunnen maken op bronbescherming (§ 3.8). Als laatste wordt ingegaan op inbeslagneming onder journalisten van voorwerpen, in het bijzonder camera's, die niet onder het recht op bronbescherming vallen (§ 3.9). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting van de belangrijkste bevindingen (§ 3.10).

3.2 De wet in een notendop

De Wet bronbescherming in strafzaken is geen zelfstandige wet, maar een wet die heeft geleid tot wijzigingen in twee bestaande wetten, het Wetboek van Strafvordering en de Wet administratiefrechtelijke handhaving van verkeersvoorschriften.[76] De kern van de wet wordt gevormd door artikel 218a Sv. Dit luidt als volgt:

> '1 Getuigen die als journalist of publicist in het kader van nieuwsgaring, beschikken over gegevens van personen die deze gegevens ter openbaarmaking hebben verstrekt, kunnen zich verschonen van het beantwoorden van vragen over de herkomst van die gegevens.
> 2 De rechter-commissaris kan het beroep van de getuige, bedoeld in het eerste lid, afwijzen indien hij oordeelt dat bij het onbeantwoord blijven van vragen aan een zwaarder wegend maatschappelijk belang een onevenredig grote schade zou worden toegebracht.'

Met deze bepaling is een verschoningsrecht voor journalisten en publicisten in het Wetboek van Strafvordering ingevoerd ten aanzien van vragen die zouden kunnen leiden tot

[76] De wet heeft artikel 22 lid 3 WAHV gewijzigd, op grond waarvan een persoon verplicht kan zijn inlichtingen te verstrekken met betrekking tot de inning van een administratieve boete. Verschoningsgerechtigden, waaronder nu ook journalisten en publicisten vallen die aanspraak kunnen maken op het recht op bronbescherming, zijn van die plicht ontheven. Aan die wijziging zal in dit rapport verder geen aandacht worden besteed.

onthulling van de identiteit van een bron. Wanneer een getuige zich op dit verschoningsrecht beroept, is het aan de rechter om dit beroep te beoordelen. Wanneer een journalist door een rechter-commissaris wordt gehoord, beoordeelt deze het beroep. Wordt tijdens een verhoor gedurende het onderzoek ter terechtzitting een beroep gedaan op het verschoningsrecht van artikel 218a Sv, dan wordt het door de zittingsrechter beoordeeld.[77] De rechter kan het beroep op het verschoningsrecht afwijzen omdat hij van oordeel is dat de getuige geen journalist of publicist in de zin van artikel 218a Sv is of omdat in zijn opvatting sprake is van een maatschappelijk belang dat zwaarder weegt dan het belang om de bronbescherming te eerbiedigen. De rest van de wet heeft betrekking op de toepassing van verschillende dwangmiddelen ten aanzien van een persoon die aanspraak kan maken op bronbescherming.

3.3 Totstandkomingsgeschiedenis

Het uitgangspunt tot 1996: geen verschoningsrecht voor journalisten
Aan personen die in bepaalde soorten beroepen werkzaam zijn – artsen, advocaten, notarissen en geestelijken – komt van oudsher een verschoningsrecht toe. Ten aanzien van artsen, advocaten en notarissen hangt dit samen met hun wettelijke geheimhoudingsplicht. Die is belangrijk, omdat daardoor de vrije toegang tot deze beroepsuitoefenaars wordt gewaarborgd. Geestelijken hebben een geheimhoudingsplicht die niet voortvloeit uit de wet, maar uit met betrekking tot deze beroepsgroep erkende normen. Journalisten hebben *geen* geheimhoudingsplicht, maar kunnen wel geheimhouding toezeggen aan bronnen die informatie verstrekken.[78] De vraag of aan journalisten vanwege het belang van bronbescherming een verschoningsrecht zou moeten toekomen, werd al decennia geleden opgeworpen. De Hoge Raad oordeelde in 1977 dat journalisten zich alleen in bijzondere gevallen succesvol op bronbescherming kunnen beroepen. Het uitgangspunt van dit arrest was dat journalisten zich niet kunnen verschonen wanneer zij als getuige worden gehoord.[79] Een rechter zou wel kunnen toestaan dat een vraag niet wordt beantwoord. In dat geval wordt wel gesproken van een incidenteel verschoningsrecht.

Wetsvoorstel Jurgens (1993)
In 1993 diende het toenmalige Tweede Kamer-lid Jurgens een initiatiefwetsvoorstel in voor een Wet journalistiek privilege.[80] De kern van dit voorstel werd gevormd door de invoering van een nieuw artikel 218a Sv, dat als volgt was geformuleerd:

> ‘1. Een journalist is niet gehouden getuigenis te geven of vragen te beantwoorden over de herkomst van aan hem met het oog op openbaarmaking toevertrouwde informatie.
> 2. Het eerste lid is niet van toepassing indien daardoor aan een zwaarwegend maatschappelijk belang een onevenredig grote schade zou worden toegebracht.’

[77] In artikel 290 lid 5 Sv is artikel 218a Sv van overeenkomstige toepassing verklaard op getuigenverhoren door de zittingsrechter.
[78] Hierna zal blijken dat ook een beroep op bronbescherming kan worden gedaan wanneer geen geheimhouding is toegezegd.
[79] HR 11 november 1977, *NJ* 1978/399.
[80] *Kamerstukken II* 1992/93, 23133, 2 (Voorstel van wet).

Het voorstel bevatte ook bepalingen met betrekking tot de toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten. Het doel van het wetsvoorstel was het bieden van bronbescherming aan journalisten in de context van het strafrecht, met het oog op het belang van de vrije nieuwsgaring. Onder een journalist werd verstaan: 'ieder die publiceert in een voor het algemeen publiek toegankelijke vorm van openbare communicatie'.[81]

Erkenning van een verschoningsrecht van journalisten in de rechtspraak (1996)
Terwijl het wetgevingsproces liep, deed het EHRM in 1996 uitspraak in de in hoofdstuk 2 besproken zaak Goodwin. Het EHRM bepaalde in die uitspraak dat aan journalisten in beginsel bronbescherming toekomt.[82] De facto kwam dit neer op de toekenning van een verschoningsrecht. Dit recht is ten aanzien van journalisten niet absoluut. Zwaarwegende belangen kunnen rechtvaardigen dat het verschoningsrecht wordt doorbroken. Bij de beoordeling van de concrete klacht woog het EHRM het belang van de journalist op bronbescherming af tegen het belang van strafvorderlijke waarheidsvinding.[83]

De civiele kamer van de Hoge Raad heeft in hetzelfde jaar consequenties verbonden aan de Goodwin-uitspraak. In deze zaak hadden journalisten die hadden gepubliceerd over corruptie, geweigerd hun bronnen te onthullen, met een beroep op het verschoningsrecht dat aan hun als journalisten zou toekomen. De Hoge Raad vatte de overwegingen uit Goodwin samen en constateerde dat het noodzakelijk was om terug te komen op zijn eerdere opvatting. In 1977 had de Hoge Raad immers overwogen dat aan journalisten in beginsel geen verschoningsrecht toekwam en dat dit alleen in bijzondere gevallen anders kon zijn.[84] In Goodwin paste het EHRM juist de omgekeerde redenering toe: in beginsel heeft een journalist een verschoningsrecht, maar in bijzondere gevallen kan dat anders zijn. De Hoge Raad volgde Goodwin in zijn arrest uit 1996:

> 'Voormeld arrest brengt mee dat moet worden aanvaard dat uit het eerste lid van art. 10 EVRM voor een journalist in beginsel het recht voortvloeit zich te verschonen van het beantwoorden van een hem gestelde vraag indien hij daardoor het bekend worden van zijn bron zou riskeren, maar dat de rechter een beroep op dit recht niet behoeft te honoreren wanneer hij van oordeel is dat in de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval openbaring van die bron in een democratische samenleving noodzakelijk is met het oog op een of meer van de in het tweede lid van voormelde verdragsbepaling bedoelde, door degene die de journalist als getuige doet horen, te stellen en, zonodig, aannemelijk te maken belangen.'[85]

Bij de concrete beoordeling van een zaak moet volgens de Hoge Raad een belangenafweging worden gemaakt. In deze uitspraak was de Hoge Raad van oordeel dat de belangen van de eisers bij bekendmaking van de bronnen – zij wilden een procedure starten om schadevergoeding van de bronnen te eisen en voorkomen dat verder zou worden gelekt – niet opwogen tegen het belang van de journalisten om de bronnen te beschermen.[86]

---

[81] *Kamerstukken II* 1992/93, 23133, 3 (MvT), p. 2.
[82] EHRM 27 maart 1996, appl.no. 17488/90, *NJ* 1996/577 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk), § 39.
[83] EHRM 27 maart 1996, appl.no. 17488/90, *NJ* 1996/577 (Goodwin/Verenigd Koninkrijk), § 45.
[84] HR 11 november 1977, *NJ* 1978/399.
[85] HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/578, r.o. 3.4.
[86] HR 10 mei 1996, *NJ* 1996/578, r.o. 3.5.

Recommendation (2000)

Een andere belangrijke ontwikkeling was het aannemen van de *Recommendation No. R(2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information* door de Raad van Ministers van de Raad van Europa. Dit gebeurde in het jaar 2000. Aanbevelingen van de Raad van Europa zijn niet bindend, maar worden wel als zeer gezaghebbend beschouwd en worden door het EHRM vaak betrokken bij de uitleg van verdragsrechten. In de MvT bij het wetsvoorstel Bronbescherming in strafzaken wordt *principle 1* uit deze Aanbeveling aangehaald:

> 'Domestic law and practice in member states should provide for explicit and clear protection of the right of journalists not to disclose information identifying a source in accordance with article 10 of the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms and the principles' established herein, which are to be considered as minimum standards for the respect of this right.'[87]

OM-beleid (vanaf 2000)

Eveneens in 2000 trad de eerste versie van de Aanwijzing toepassing dwangmiddelen tegen journalisten in werking.[88] Hierin werd het OM-beleid ten aanzien van bronbescherming uiteengezet. In 2012 is deze Aanwijzing geactualiseerd.[89] In de Aanwijzing werd onder andere beschreven op welke manier de afweging kan worden gemaakt of het journalistieke verschoningsrecht mag worden doorbroken en welke rol dit recht speelt bij de toepassing van dwangmiddelen. Op 1 oktober 2018, de datum van inwerkingtreding van de Wet bronbescherming in strafzaken, trad de Aanwijzing toepassing dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden bij journalisten in werking, die geldig was tot 1 juni 2020.[90] Op 1 juni 2020 trad de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten in werking.[91] De inhoud van de laatstgenoemde, nu geldende Aanwijzing wordt elders in dit rapport hier en daar besproken. Hoewel er vóór 2018 nog geen wettelijke regeling bestond, bevatten de verschillende Aanwijzingen toen vrij specifieke regels en uitgangspunten met betrekking tot de wijze waarop met bronbescherming in strafzaken zou moeten worden omgegaan.

Intrekking van het initatiefwetsvoorstel van Jurgens (2005)

In 2005 is het wetsvoorstel van Jurgens ingetrokken.[92] In de intrekkingsbrief is geen motivering gegeven voor dit besluit.[93] Blijkens de MvT bij het latere wetsvoorstel Bronbescherming in strafzaken was de schriftelijke voorbereiding van het voorstel geheel

---

[87] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 3-4.

[88] Deze Aanwijzing verving de 'Leidraad over de positie van de pers bij politieoptreden', een ministeriële circulaire uit 1988. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 3.

[89] *Stcrt*. 27 februari 2012, 3656.

[90] *Stcrt*. 2018, 52664, kenmerk 2018A007.

[91] *Stcrt*. 2020, 27623, kenmerk 2020A002.

[92] K*amerstukken II* 2004/05, 23133, 9 (Brief houdende intrekking van het wetsvoorstel).

[93] Op p. 3 van de MvT wordt de vermoedelijke reden genoemd: 'Met het arrest in de zaak Goodwin en de wijze waarop de Hoge Raad daaraan in zijn hiervoor genoemde arrest van 10 mei 1996 voor het Nederlandse recht betekenis heeft toegekend, was de aanleiding voor het door de heer Jurgens ingediende wetsvoorstel in belangrijke mate weggenomen.'

afgerond toen het werd ingetrokken. Vanwege ontwikkelingen in de EHRM-rechtspraak was de mondelinge behandeling ervan nog niet gestart.[94]

EHRM-uitspraken in de zaken Voskuil, Telegraaf en Sanoma (2007-2012)
In 2007, 2010 en 2012 oordeelde het EHRM over zaken waarin door Nederlandse journalisten was geklaagd over schending van het recht op uitingsvrijheid in verband met bronbescherming. Het ging in deze zaken om de toepassing van dwangmiddelen ten aanzien van journalisten die weigerden hun bronnen prijs te geven: afluisteren en gijzeling (Voskuil), afluisteren en observeren (Telegraaf) en inbeslagneming van foto's en dreiging met doorzoeking van de redactie en inbeslagneming van computers (Sanoma). Het EHRM stelde in alle drie de zaken een schending van artikel 10 EVRM vast.[95] In § 2.4.2 zijn de drie zaken besproken.

De Wet bronbescherming in strafzaken
Reeds in 2007, nadat het EHRM had beslist in de zaak Voskuil, had de toenmalige minister van Justitie toegezegd om een wettelijke regeling van het journalistieke verschoningsrecht te zullen voorbereiden.[96] Pas in het vergaderjaar 2014/2015, nadat de laatste van de drie hiervoor genoemde EHRM-uitspraken was gedaan, werd daadwerkelijk een wetsvoorstel over dit thema ingediend bij de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel is nadien gewijzigd door een nota van verbetering, een nota van wijziging en het aannemen van twee amendementen.[97] De Tweede en Eerste Kamer hebben ingestemd met het wetsvoorstel, waarna de wet op 4 juli 2018 is ondertekend en vervolgens is gepubliceerd.[98] Op 1 oktober 2018 is de wet in werking is getreden.[99]

Nabije toekomst
Momenteel wordt gewerkt aan een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering.
Het recht op bronbescherming wordt hierin niet wezenlijk anders geregeld dan in het huidige wetboek. Het concept-artikel 1.6.8 uit de versie van het concept-wetboek waarover de Raad van State heeft geadviseerd, komt vrijwel overeen met artikel 218a Sv. Ook worden beperkingen gesteld aan de toepassing van dwangmiddelen jegens journalisten.[100]

---

[94] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 2.
[95] EHRM 22 november 2007, appl.no. 64752/01, *NJ* 2008/216 (Voskuil/Nederland); EHRM (GC) 14 september 2010, appl.no. 39224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma/Nederland); EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland).
[96] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VI, 104, p. 6-7.
[97] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 5 (Nota van verbetering), *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 9 (Nota van wijziging) en *Kamerstukken II* 2017/18, 34032, 13 en 18 (amendementen).
[98] *Stb*. 2018/264.
[99] *Stb*. 2018/265.
[100] De wettekst waarop het advies van de Raad van State is gebaseerd en het advies zelf kunnen worden geraadpleegd via https://wetgevingskalender.overheid.nl/regeling/WGK005570/documenten/Raad%20van%20State/Adviesaanvraag%20aanhangig%20bij%20Raad%20van%20State/1.

3.4 Aanleiding voor de wet

Het belang van een vrije nieuwsgaring is in een democratische samenleving groot. Burgers hebben het recht om te worden geïnformeerd, ook wanneer de berichtgeving betrekking heeft op feiten die de autoriteiten liever niet openbaar gemaakt zouden zien. Het kan noodzakelijk zijn om bronnen die informatie verschaffen, toe te zeggen dat hun identiteit niet bekend zal worden gemaakt. Deze bronbescherming is een essentieel aspect van het recht op uitingsvrijheid, omdat zonder bronbescherming bepaalde misstanden niet in de openbaarheid zouden komen.[101]

De Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ) heeft al in 2007 aangedrongen op een wettelijke regeling van de toepassing van dwangmiddelen ten aanzien van journalisten.[102] Sinds het Goodwin-arrest en het erop volgende arrest van de Hoge Raad is duidelijk dat journalisten zich in beginsel met succes op een verschoningsrecht kunnen beroepen om hun bronnen te beschermen. De noodzaak om dit verschoningsrecht bij wet te regelen, was daarom niet groot.[103] In de Nota naar aanleiding van het verslag wordt aangegeven dat codificatie desondanks van belang werd geacht omdat daarvan rechtszekerheid en bestendiging uitgaat. In de zaken Voskuil, Sanoma en Telegraaf bleek dat ook dwangmiddelen werden ingezet tegen journalisten, waardoor mogelijk gegevens zouden kunnen worden bemachtigd die onder de bronbescherming vielen. Ten aanzien van de doorwerking van het recht op bronbescherming bij de toepassing van dwangmiddelen werd een wettelijke regeling daarom noodzakelijk geacht.[104]

3.5 Doelstellingen van de wet

Het doel van de wet is, in de woorden van de MvT:

> ‘vastlegging van het recht op bronbescherming, waarop personen een beroep kunnen doen bij de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting in een democratische samenleving (artikel 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)), zoals dit door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna EHRM) is uitgelegd. Daartoe wordt aan personen die zich op professionele wijze bezig houden met berichtgeving en degenen die ten behoeve daarvan gegevens verstrekken extra bescherming geboden om vrijelijk, zonder inmenging van het openbaar gezag, inlichtingen of denkbeelden te ontvangen en te verstrekken.[105]

Het hoofddoel van de wet is derhalve het codificeren van het recht op bronbescherming, dat toekomt aan personen die zich op professionele wijze bezighouden met berichtgeving,

---

[101] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 1.
[102] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 4.
[103] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 4.
[104] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 9.
[105] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT) p. 1. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 6. In het debat in de Tweede Kamer zei de minister: ‘Het is goed om nog eens even vast te leggen dat het doel van dit wetsvoorstel de erkenning van het recht op bronbescherming is. Dat is enerzijds in het belang van de vrije nieuwsgaring en de vrijheid van meningsuiting, maar anderzijds van belang in een niet-absoluut recht op bronbescherming in het kader van waarheidsvinding die nu eenmaal speelt bij het strafrecht.’ Zie *Handelingen II* 2017/18, 45-24, p. 17.

waardoor de vrije nieuwsgaring wordt bevorderd. Daartoe is aan journalisten en publicisten een verschoningsrecht toegekend, dat doorwerkt in de toepassing van dwangmiddelen tegen deze personen.

Vanwege de nadruk op de EHRM-jurisprudentie kan als eerste nevendoel worden geformuleerd dat de wetgeving toekomstbestendig is, waardoor de vaststelling van nieuwe schendingen door het EHRM zoveel mogelijk wordt voorkomen. Een tweede nevendoel hangt hiermee samen. Onder de bescherming van artikel 218a Sv vallen zowel journalisten als publicisten. Over de betekenis van de term publicist heeft veel parlementaire discussie plaatsgevonden. Met het oog op de toekomstbestendigheid is de term publicist niet nauw afgebakend, zodat deze steeds in overeenstemming met de EHRM-jurisprudentie kan worden uitgelegd. Tegelijk bestond de wens om alleen bescherming toe te kennen aan personen die aan de voorwaarden voldoen om als journalist of publicist te worden aangemerkt. De kring van personen die aanspraak kunnen maken op het verschoningsrecht moet dus niet te ruim worden. Dat zou immers betekenen dat de waarheidsvinding in strafzaken zou worden beperkt.[106] Als tweede nevendoel van de wet kan daarom worden genoemd dat deze uitsluitend bescherming biedt aan de personen die voldoen aan de voorwaarden om als journalist of publicist te kunnen worden aangemerkt.

3.6 Recht op uitingsvrijheid en recht op bronbescherming

Uitingsvrijheid

Het recht op bronbescherming vloeit voort uit het recht op uitingsvrijheid (art. 10 EVRM). Op de betekenis van dit recht volgens het EHRM is uitvoerig ingegaan in hoofdstuk 2. In deze paragraaf wordt de betekenis van het recht op bronbescherming besproken die aan de orde is gekomen in het kader van totstandkoming van de wet.

Het is in een democratische samenleving relevant dat misstanden aan de orde kunnen worden gesteld, in het bijzonder als deze misstanden zijn begaan door de overheid. Zou een journalist verplicht zijn om zijn bron prijs te geven, die daardoor negatieve gevolgen zou ervaren, dan zou de vrije nieuwsgaring op de tocht komen te staan. Bronnen zouden mogelijk niet meer bereid zijn om met journalisten te spreken, waardoor de misstanden in kwestie niet meer in het publieke debat zouden worden besproken.[107] Uit de in § 3.5 aangehaalde overweging kan worden afgeleid dat de uitleg van de uitingsvrijheid door het EHRM leidend is. Artikel 218a Sv zal dan ook moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de jurisprudentie van het EHRM. Dit kan worden toegelicht met een voorbeeld. In de MvT wordt aangegeven dat een van de kenmerken van een publicist is dat deze regelmatig publiceert (zie § 3.8.2). Het is denkbaar dat het EHRM een uitspraak zou doen waaruit blijkt dat het recht op bronbescherming ook moet worden gerespecteerd ten aanzien van een persoon die eenmalig heeft gepubliceerd. Dat zou mijns inziens als gevolg moeten hebben dat de term publicist ‘ruimer’ moet worden uitgelegd. Dat is mogelijk zonder dat de wet daartoe hoeft te worden gewijzigd.

[106] *Handelingen II* 2017/18, 45-24, p. 17. Dit is de achtergrond van de motie die opriep om de wet te evalueren.
[107] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 5.

Soorten uitingen waarvoor bronbescherming geldt

Het recht op bronbescherming is een aspect van het recht op uitingsvrijheid. Op het recht op bronbescherming kan een beroep worden gedaan ten aanzien van uiteenlopende media, waaronder papieren en digitale media, films, radio-uitzendingen en Youtube-documentaires.[108] Volgens de MvT valt, gezien de ratio en uitleg van artikel 10 EVRM, namelijk niet te verwachten dat het EHRM van doorslaggevende betekenis zou achten in welke vorm een nieuwsuiting is gedaan.[109]

Omvang van de bronbescherming

De bron kan uiteenlopende redenen hebben om anoniem te willen blijven. Het openbaar worden van maatschappelijke misstanden kan negatieve gevolgen hebben voor de bron. In de MvT worden de vrees voor ontslag, het verlies van promotiekansen en het verlies van klandizie genoemd. Niet alle redenen rechtvaardigen echter bronbescherming. Wanneer de bron de informatie op illegale wijze heeft verkregen, zal bronbescherming niet steeds aan de orde zijn.[110] In de MvT worden als voorbeelden hiervan genoemd dat de bron vertrouwelijke informatie – waarover hij binnen zijn dienstbetrekking beschikte – heeft verkocht, dat de bron een geheimhoudingsplicht heeft geschonden en dat de bron bewust onjuiste gegevens heeft verstrekt om een ander negatief in het nieuws te brengen. Hoewel in die gevallen de bron op grond van de wet niet zonder meer op bescherming door de journalist kan rekenen, zal deze soms wel een klokkenluider-verweer kunnen voeren wanneer hij strafrechtelijk wordt vervolgd.[111]

Wanneer de journalist/publicist zelf een strafbaar feit – zoals belediging, discriminatie of opruiing – of een onrechtmatige daad heeft begaan met de publicatie, is denkbaar dat deze zich nog steeds met succes op bronbescherming kan beroepen.[112] In § 3 van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten wordt een onderscheid gemaakt tussen strafbare feiten die met een journalistiek oogmerk zijn begaan en strafbare feiten waarbij de vrije nieuwsgaring niet in het geding is. Bij strafbare feiten met een journalistiek oogmerk kan worden gedacht aan bijvoorbeeld het ethisch hacken van een computersysteem, het beschikken over staatsgeheimen, het zich bevinden op een verboden plaats of het lasterlijk publiceren. Bij dit soort strafbare feiten moet volgens de Aanwijzing het recht op bronbescherming worden gerespecteerd wanneer dwangmiddelen worden toegepast. Dat is anders wanneer die journalist ervan wordt verdacht strafbare feiten te hebben begaan die geen verband houden met de vrije nieuwsgaring. In dat geval heeft de

[108] *Handelingen II* 2017/18, 45-24, p. 21.

[109] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 6.

[110] Dit is in overeenstemming met de EHRM-jurisprudentie. In EHRM 27 mei 2014 (dec.), appl.no. 8406/06 (Stichting Ostade Blade/Nederland) was de redactie van een tijdschrift doorzocht nadat het tijdschrift een brief had geplaatst waarin de bron de verantwoordelijkheid opeiste voor een bomaanslag. Het EHRM overwoog dat aan deze informant, die publiciteit zocht voor de aanslag, niet dezelfde mate van bescherming toekwam als aan andere bronnen. Zie daarover § 2.3.

[111] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 14.

[112] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 20.

journalist niet gehandeld in zijn hoedanigheid van journalist. Hem komt dan geen recht op bronbescherming toe.[113]

3.7 Verschoningsrecht

3.7.1 Algemeen

Een verschoningsrecht is het recht van een persoon die als getuige wordt gehoord, om aan hem gestelde vragen niet te beantwoorden. In het Wetboek van Strafvordering is van oudsher aan verschillende categorieën personen verschoningsrecht toegekend. In de volgende gevallen kunnen getuigen gerechtvaardigd weigeren te antwoorden:

- de getuige is een in de wet bepaalde bloed- of aanverwant van de verdachte (art. 217 Sv);
- de getuige heeft een geheimhoudingsplicht omdat deze behoort tot een bepaalde stand of een bepaald beroep of ambt uitoefent – hierbij gaat het traditioneel om geestelijken, artsen, advocaten en notarissen[114] – en de vraag betrekking heeft op kennis die aan deze persoon in die hoedanigheid is toevertrouwd (art. 218 Sv);
- de getuige zou door het geven van antwoorden zichzelf of een in de wet bepaalde bloed- of aanverwant blootstellen aan het gevaar strafrechtelijk te worden veroordeeld (art. 219 Sv).

Verschoningsrechten zijn toegekend omdat bepaalde belangen zwaarder wegen dan het belang van de waarheidsvinding: het belang om familierelaties niet aan te tasten (art. 217 Sv), het belang dat hetgeen in vertrouwen wordt gezegd tegen een geheimhouder ook daadwerkelijk geheim blijft (art. 218 Sv) en het belang om zichzelf of een ander niet te belasten (art. 219 Sv). De verschoningsrechten van de artikelen 218 en 219 Sv zijn niet absoluut, in de zin dat de desbetreffende persoon het recht heeft om op iedere vraag te zwijgen. Zo zal een medeverdachte die als getuige wordt gehoord, vragen moeten beantwoorden wanneer hij zelf reeds onherroepelijk is veroordeeld of wanneer hij door het afleggen van een verklaring een ander belast die geen bloed- of aanverwant is. In het algemeen impliceert een verschoningsrecht geen verplichting tot zwijgen.[115] Het is aan de verschoningsgerechtigde zelf om te bepalen of deze van dit recht gebruik maakt. Het weigeren te verklaren kan in bepaalde gevallen vergaande gevolgen hebben voor de uitvoering van het strafrechtelijke onderzoek en de waarheidsvinding.[116] Het is dan denkbaar

[113] Omdat ter zake van inbeslagneming het risico bestaat dat bronmateriaal in beslag genomen wordt dat geen verband houdt met het strafbare feit waarvan de journalist wordt verdacht, moet mijns inziens wel zorgvuldig worden omgegaan met het in beslag genomen materiaal. Ten aanzien van bepaald materiaal zou de journalist zich immers mogelijk wel succesvol kunnen beroepen op zijn recht op bronbescherming, omdat het geen verband houdt met de beschuldiging tegen hem, maar betrekking heeft op zijn werk als journalist.

[114] Ondertussen is ook ten aanzien van bepaalde anderen erkend dat zij een (beperkt) verschoningsrecht hebben. Zie ten aanzien van reclasseringsmedewerkers HR 20 juni 1968, *NJ* 1968/332.

[115] Dat is anders ten aanzien van de persoon die betrokken is geweest bij het verhoor van een afgeschermde (AIVD- of MIVD-)getuige (art. 219b Sv). Wanneer het spreken een schending van een (andere) geheimhoudingsplicht zou opleveren, is zwijgen uiteraard ook verplicht.

[116] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 2.

dat niet met succes kan worden vervolgd, hoewel de verdachte in kwestie mogelijk een strafbaar feit heeft begaan.

3.7.2 Verschoningsgerechtigden op grond van artikel 218a Sv

Algemeen

In de EHRM-jurisprudentie waren ten tijde van het schrijven van de MvT geen zaken bekend die betrekking hadden op het recht op bronbescherming ten aanzien van anderen dan personen die duidelijk de status van journalist hadden.[117] Ook in de in hoofdstuk 2 besproken EHRM-zaken was steeds sprake van klassieke journalisten van de schrijvende pers of professionele filmmakers. Volgens de MvT zou, mede tegen de achtergrond van de opkomst van nieuwe publicatiemedia, zoals blogs en *social media*, een scheiding tussen serieuze en minder serieuze journalistiek echter vrij willekeurig zijn en niet goed kunnen worden verdedigd.[118]

In artikel 218a Sv is daarom een verschoningsrecht toegekend aan zowel journalisten als publicisten. Daarmee zijn groepen personen in de bepaling opgenomen en is niet gekozen voor het opnemen van een materieel criterium aan de hand waarvan kan worden bepaald of aanspraak kan worden gemaakt op bronbescherming. Het wetsvoorstel dat in 1993 door Jurgens werd ingediend, kende aan alleen journalisten een verschoningsrecht toe. Ook in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 is gekozen voor een aparte status van alleen journalisten (art. 29 lid 2 sub c en 30 lid 2 WIV 2017).[119] In de Wet bronbescherming in strafzaken is gekozen voor een ruimere kring van verschoningsgerechtigden. Daarbinnen vallen niet alleen journalisten, maar ook publicisten, voor zover zij 'in het kader van nieuwsgaring, beschikken over gegevens van personen die deze gegevens ter openbaarmaking hebben verstrekt' (art. 218a Sv).

Niet iedereen die iets heeft gepubliceerd, kan worden aangemerkt als een journalist/publicist in de zin van de wet. Die kwalificatie komt alleen toe aan een 'verantwoordelijk en zorgvuldig publicist'.[120] Bij het bepalen of daarvan sprake is, is van belang of de persoon in kwestie heeft gehandeld conform normen van een goede journalistiek. In de Nota naar aanleiding van het verslag wordt aangegeven dat binnen de journalistiek geen set van normen bestaat die door alle journalisten worden gedeeld. Wanneer sprake is van freelance-journalisten en publicisten zullen afwijkende opvattingen over te volgen normen vermoedelijk nog vaker voorkomen, omdat zij niet aangesloten zullen zijn bij een beroepsvereniging.[121]

---

[117] *Handelingen II* 2017/18, 45-24, p. 18.

[118] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 8-10. Ook in de Nota naar aanleiding van verslag wordt uitgelegd dat een scheiding tussen journalisten en publicisten niet goed kan worden gemaakt. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 1-3.

[119] Zie daarover *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 8 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 12.

[120] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 13.

[121] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 3-4.

Ten aanzien van de normen van een goede journalistiek is relevant dat de journalist/publicist zich ervan heeft vergewist dat de door hem gepubliceerde informatie correct en betrouwbaar is. Daarbij kunnen het toepassen van hoor en wederhoor, het recht op goedkeuring, het recht op rectificatie en het beschikken over meer dan één bron relevant zijn. Dit zijn echter geen normen die onder journalisten en publicisten algemeen worden gedeeld. Het niet in acht nemen van één norm hoeft bovendien niet als gevolg te hebben dat de persoon in kwestie niet in aanmerking komt voor bronbescherming. Wanneer de publicerende persoon bijvoorbeeld geen hoor en wederhoor heeft toegepast, brengt dit niet noodzakelijkerwijs mee dat hij niet als publicist wordt erkend. Het is uiteindelijk aan de rechter om op basis van alle door hem relevant geachte factoren te bepalen of een persoon als journalist/publicist kan worden aangemerkt.[122]

Journalist

In de MvT wordt de omschrijving van 'journalist' in de (oude) Aanwijzing toepassing dwangmiddelen tegen journalisten aangehaald: 'Een journalist is iemand die zich beroepsmatig bezighoudt met het verzamelen en vervolgens verspreiden van informatie via de publieke media'. Het beroepsmatige aspect wordt in de MvT benadrukt.[123] De journalist onderscheidt zich alleen door dat aspect van de publicist.[124] Journalisten kunnen geschreven stukken publiceren, maar bijvoorbeeld ook documentaires maken.

Publicist

Publicisten zijn volgens de MvT 'personen die zelfstandig en niet als hun hoofdberoep op gestructureerde en regelmatige wijze in geschrifte een substantiële bijdrage leveren aan het publieke debat en de informerende en controlerende functie van de media.' [125] Wat wordt bedoeld met de term 'publiek debat' wordt overigens niet uitgelegd.[126] Er kan mogelijk onder worden verstaan dat burgers onderling discussies voeren over een bepaalde kwestie.[127]

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is opgemerkt dat uit de EHRM-jurisprudentie ten tijde van de behandeling van het wetsvoorstel geen verplichting voortvloeide om bronbescherming toe te kennen aan anderen dan journalisten.[128] In de MvT wordt uitgelegd dat de aanleiding om ook aan publicisten een verschoningsrecht toe te kennen, gelegen is in de maatschappelijke ontwikkelingen ten aanzien van de media en het publieke debat. Weliswaar lijkt het EHRM ten aanzien van anderen dan journalisten nog geen klachten met betrekking tot schending van het recht op bronbescherming te hebben behandeld, maar uit jurisprudentie met betrekking tot artikel 10 EVRM blijkt wel dat het recht op uitingsvrijheid ook van toepassing kan zijn op bloggers

[122] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 19.
[123] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 8-9.
[124] *Handelingen II* 2017/18, 45-24, p. 21.
[125] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 8; *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 17.
[126] Ook in de EHRM-jurisprudentie lijkt geen omschrijving te zijn gegeven van de daarin voorkomende term 'publiek debat'. Zie § 2.3.
[127] Vgl. http://www.minitrue.nl/blogocratie/h5-3.html.
[128] *Handelingen II* 2017/18, 45-24, p. 18.

en gebruikers van *social media*, aangezien ook zij kunnen worden beschouwd als *public-watchdogs* in een tijd waarin internet een belangrijke rol speelt bij het bieden van toegang tot nieuws.[129]

Het publieke debat wordt immers niet meer alleen gevoerd binnen de klassieke media als kranten, televisie en radio. Berichtgeving vindt steeds vaker plaats via websites en blogs. Ook via dat soort media worden berichten verspreid die kunnen bijdragen aan het publieke debat. Anders dan bij de klassieke media, wordt bij de nieuwe media vaak gepubliceerd door personen die niet beroepsmatig publiceren. Het beroepsmatige aspect van het publiceren zou daarom niet doorslaggevend moeten zijn voor bronbescherming. Bronbescherming komt toe aan iedereen die bijdraagt aan het publieke debat en die als publicist kan worden aangemerkt. Dit maakt het mogelijk dat publicisten geheimhouding kunnen toezeggen aan hun bronnen. Dat is belangrijk, omdat daardoor gegevens kunnen worden verkregen die zonder de toezegging van bronbescherming mogelijk niet bekend zouden zijn geworden.[130]

De term 'publicist' is vrij onbepaald, zo wordt in de MvT erkend.[131] In theorie zouden daarom veel soorten personen een beroep kunnen doen op bronbescherming, ook wanneer zij niet voldoen aan de voorwaarden om als publicist te worden aangemerkt. De toenmalige minister van Veiligheid en Justitie was echter niet bang dat dergelijke beroepen zouden worden gehonoreerd, omdat 'uit de aard en de inhoud van de publicaties (kortom diens feitelijke werkzaamheden) kan worden afgeleid of iemand zich als publicist kenbaar heeft gemaakt'.[132] Daarbij is wel een vereiste dat de persoon in kwestie met een bepaalde publicatie heeft deelgenomen aan het publieke debat of dat voornemens was.[133] In de omschrijving van de term 'publicist' wordt de regelmatigheid van publiceren genoemd. Of daarvan sprake is, kan vermoedelijk vrij eenvoudig worden achterhaald door naar eerdere publicaties te zoeken.[134] Iemand die één keer een bericht op internet plaatst kan op grond van de definitie niet worden aangemerkt als een publicist, omdat dan geen sprake is van publicatie met een regelmatig karakter.[135] Het is niet duidelijk hoe dit zich verhoudt tot de opmerking in de MvA dat het ontbreken van publicatie-ervaring niet in de weg mag staan

[129] EHRM 8 november 2016, appl.no. 18030/11 (Magyar Helsinki Bizottság/Hongarije), § 168. Vgl. VN-Mensenrechtencomité, General Comment 34 (art. 19), 2011, § 44: journalisten hebben 'a function shared by a wide range of actors, including professional full-time reporters and analysts, as well as bloggers and others who engage in forms of selfpublication in print, on the internet or elsewhere'.

[130] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 8.

[131] De Raad van State stelde in zijn advies dat de term 'relatief onbepaald' is. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 4, p. 13-14.

[132] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 9. Ik merk op dat het feit dat de activiteiten van een persoon die zich op bronbescherming beroept eenvoudig kunnen achterhaald, niet meebrengt dat ook eenvoudig kan worden vastgesteld of die persoon publicist is in de zin van de wet. Er is immers geen sprake van een duidelijk afgebakende definitie aan de hand waarvan kan worden bepaald of iemand publicist is.

[133] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 4.

[134] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 14.

[135] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 8. Dit wordt bevestigd in *Handelingen II* 2017/18, 45-24, p. 21.

aan een geslaagd beroep op bronbescherming.[136] Omdat de jurisprudentie van het EHRM leidend is bij de interpretatie van de term 'publicist' is denkbaar dat de term in de toekomst anders wordt uitgelegd.

Onder de groep publicisten kunnen verschillende soorten personen vallen. In de MvT wordt gesproken van personen die journalistiek niet als hoofdberoep uitoefenen, zoals wetenschappers of beheerders van een website waarop een maatschappelijk issue aan de orde is, zoals patiënten- of lotgenotenverenigingen. Omdat deze personen deskundig zijn op een bepaald terrein, kunnen zij worden benaderd door personen die een bepaalde misstand aan de orde willen laten stellen.[137] Ook voorvechters en leden van belangenorganisaties kunnen onder omstandigheden als publicist worden aangemerkt.[138] Tijdens het parlementaire debat gaf de minister aan dat ook medewerkers van ngo's, zoals Wereld Natuur Fonds, Amnesty International, Greenpeace en Defence for Children, aanspraak kunnen maken op bronbescherming.[139]

Mogelijk moeten – afhankelijk van de exacte feiten en omstandigheden – ook roddeljournalisten als journalist of publicist worden aangemerkt. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan personen die via een zogeheten juice-kanaal roddels verspreiden. In de parlementaire stukken wordt hieraan geen aandacht besteed. Onthullingen op een juice-kanaal kunnen sterk gericht zijn op entertainment en sensatie-opwekking. Kan een persoon die regelmatig op een juice-kanaal publiceert, worden aangemerkt als journalist of publicist? Er wordt voldaan aan het uitgangspunt van regelmatig publiceren, maar het is de vraag of de persoon in kwestie zich ook voldoende volgens journalistieke normen met nieuwsgaring bezighoudt om zich met succes op bronbescherming te kunnen beroepen.[140] Dat is een vraag die alleen in concrete gevallen kan worden beantwoord. De rechtbank Amsterdam was in een civielrechtelijke zaak van opvatting dat een persoon die een bericht had verspreid via een juice-kanaal, en daarop vaker had gepubliceerd, moest worden aangemerkt als een journalist die aanspraak kon maken op bronbescherming.[141] De rechtbank heeft helaas niet onderbouwd waarom zij van oordeel was dat aan deze persoon de status van journalist toekomt.[142] Wanneer publicerende personen evident onjuiste informatie publiceren en geen hoor en wederhoor toepassen, zal vermoedelijk geen sprake zijn van een publicist die beschermwaardig is, omdat belangrijke journalistieke normen dan niet in acht worden genomen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan twee postcastmakers die hadden gesteld dat een bekende Nederlander corrupt was. Deze bewering was onderbouwd met

[136] *Kamerstukken I* 2017/18, 34032, C (MvA), p. 3. Op vragen van Tweede Kamer-lid Van Dam over de situatie dat een vlogger slechts eenmaal een bericht heeft gepubliceerd, heeft de minister van Justitie en Veiligheid geen duidelijk antwoord gegeven. Zie *Handelingen II* 2017/18, 45-24, p. 21.

[137] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 8.

[138] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 17.

[139] *Handelingen II* 2017/18, 45-24, p. 18.

[140] Het EHRM spreekt in dit verband van *responsible journalism*. Zie EHRM (GC) 20 oktober 2015, appl.no. 11882/10 (Pentikäinen/Finland), § 90-91.

[141] Rb. Amsterdam 29 april 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2347, r.o. 4.1. In het privaatrecht wordt het onderscheid tussen journalist en publicist niet gemaakt.

[142] Zie over de vraag of personen die op juice-kanalen publiceren in civielrechtelijke zin als journalist kunnen worden aangemerkt: https://lisa-groningen.nl/privacyschending-als-verdienmodel-van-juicechannels-grenzen/.

een rekeningafschrift van een bankrekening, die niet aan deze persoon bleek toe te behoren.[143]

Verschoningsrecht zonder publicatie
Niet alleen de persoon die al heeft gepubliceerd kan zich met succes op zijn verschoningsrecht beroepen, maar ook degene die nog slechts informatie heeft verzameld, met het doel om daarover op een later moment te publiceren.[144]

Afgeleid verschoningsrecht
Ook degene die niet zelf gaat publiceren, maar informatie verzamelt ten behoeve van de publicatie door een ander, kan zich verschonen. Dit afgeleide verschoningsrecht kan bijvoorbeeld toekomen aan documentalisten, bureauredacteuren en secretariaatsmedewerkers,[145] stagiairs, vrijwilligers[146] en vertalers[147]. Dat ook zij zich kunnen verschonen, is belangrijk, omdat bronbescherming niet mag worden omzeild door dwangmiddelen toe te passen op personen aan wie niet expliciet een verschoningsrecht is toegekend.[148]

3.7.3 Tot welke bronnen strekt het verschoningsrecht zich uit?

Journalisten/publicisten kunnen van allerlei bronnen informatie ontvangen. Die bronnen kunnen informatie verstrekken onder de voorwaarde van geheimhouding, maar zullen dikwijls niet expliciet geheimhouding bedingen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was in artikel 218a lid 1 Sv de zinsnede 'onder voorwaarde dat de verstrekking niet tot hen kan worden herleid' opgenomen.[149] Deze zinsnede is vervallen doordat de Tweede Kamer een amendement van Van Nispen e.a. heeft aangenomen.[150] In de toelichting bij het amendement is aangegeven dat de bronbescherming te zeer zou worden ingeperkt wanneer van een verschoningsrecht alleen sprake zou zijn wanneer expliciet bronbescherming is toegezegd.

De reikwijdte van het verschoningsrecht is in theorie aanzienlijk uitgebreid door het schrappen van de genoemde zinsnede. Er kan worden betoogd dat op grond van artikel 218a Sv aan alle bronnen die informatie met nieuwswaarde hebben verstrekt aan een journalist/publicist, voortaan bronbescherming toekomt. Het is de vraag of deze uitbreiding daadwerkelijk is beoogd. In de toelichting bij het amendement wordt artikel B.2 van de

[143] https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2445717-rivm-onderneemt-geen-verdere-stappen-tegen-podcastduo/. In deze kwestie was overigens geen beroep op bronbescherming gedaan.
[144] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 9.
[145] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 10.
[146] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 15.
[147] *Kamerstukken I* 2017/18, 34032, C (MvA), p. 7.
3.8)[148] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 21.
[149] Het volledige voorgestelde eerste lid luidde als volgt: 'Getuigen die als journalist of publicist in het kader van nieuwsgaring, beschikken over gegevens van personen die deze gegevens ter openbaarmaking hebben verstrekt onder voorwaarde dat de verstrekking niet tot hen kan worden herleid, kunnen zich verschonen van het beantwoorden van vragen over de herkomst van die gegevens.
[150] *Kamerstukken II* 2017/18, 34032, 18 (Amendement).

Leidraad van de Raad voor de Journalistiek aangehaald, waarin is bepaald 'dat in publicaties de identiteit wordt beschermd van bronnen aan wie de journalisten vertrouwelijkheid hebben toegezegd, en van bronnen van wie zij wisten of konden weten dat zij hen informatie hebben toegespeeld in de verwachting dat hun identiteit niet zou worden onthuld'. Daarbij wordt echter niet expliciet aangegeven dat het de bedoeling van de indieners van het amendement was om bronbescherming te beperken tot personen aan wie bronbescherming is toegezegd of personen die redelijkerwijs mochten verwachten dat hun identiteit niet zou worden onthuld.[151] Dit laatste komt mij voor in beginsel voor als een redelijke interpretatie. Bij die interpretatie zou de reikwijdte van artikel 218a Sv minder groot zijn dan uit de wettekst blijkt. Praktisch zou die interpretatie echter weinig consequenties hebben ten opzichte van een ruimere interpretatie. Van een journalist wordt namelijk niet verlangd dat hij bewijs overlegt van een toezegging of dat hij onderbouwt waarom in een concreet geval een redelijke verwachting van bronbescherming bestond.[152] Wanneer heimelijke bevoegdheden tegen een journalist worden toegepast (zie daarover § 3.8), kan de journalist zich zelfs helemaal niet uitlaten over de omstandigheden waaronder een bron mededelingen heeft gedaan, terwijl de regels over bronbescherming ook dan in acht moeten worden genomen. Hoewel dus te billijken is dat alleen aanspraak op het recht op bronbescherming kan worden gemaakt wanneer sprake is van een bron die bronbescherming mocht verwachten,[153] zullen aanspraken op bronbescherming de facto ook worden gehonoreerd wanneer die verwachting niet is gebleken.

Er kan volgens de MvT alleen aanspraak worden gemaakt op het verschoningsrecht wanneer sprake is van 'feitelijke informatie die voor verificatie vatbaar is'. Wanneer de informatie slechts bestaat uit persoonlijke opvattingen en waarderingen, bestaat derhalve geen recht op bronbescherming.[154] Het moet bovendien gaan om feiten met nieuwswaarde, waarvan de weergave volgens de Nota naar aanleiding van het verslag zoveel mogelijk een feitelijke grondslag moet hebben.[155]

3.7.4 Doorbreking verschoningsrecht wegens zwaarwegend maatschappelijk belang

Algemeen

De status van de journalist/publicist als verschoningsgerechtigde is een andere dan die van de klassieke geheimhouders met verschoningsrecht, omdat het verschoningsrecht minder absoluut is. De rechter kan namelijk bepalen dat het beroep op een verschoningsrecht wordt

[151] Ook in *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 11 wordt de Leidraad aangehaald, maar zonder duidelijke duiding van de betekenis daarvan voor de onderhavige wet.

[152] In § 2.3 is uiteengezet dat het EHRM de toezegging van bronbescherming niet essentieel lijkt te achten voor de vraag of een journalist met succes aanspraak kan maken op bronbescherming. De journalist hoeft in de Straatsburgse procedure niet te bewijzen dat hij bronbescherming heeft toegezegd.

[153] Het EHRM lijkt van belang te achten of een bron informatie heeft verstrekt met de verwachting dat de journalist er vertrouwelijk mee om zou gaan. Dat kan worden afgeleid uit ECRM 18 januari 1996, appl.no. 25798/94 (British Broadcasting Company/Verenigd Koninkrijk). Het is uiteraard toegelaten om ook in andere gevallen bescherming te bieden.

[154] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 14.

[155] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 4.

afgewezen, omdat door het onbeantwoord blijven van vragen 'een zwaarder wegend maatschappelijk belang een onevenredig grote schade zou worden toegebracht'. De aparte status van journalisten/publicisten hangt samen met een aantal verschillen tussen deze groep personen en de klassieke geheimhouders. In de MvT worden genoemd:

> 'a) de vrije toegang tot het beroep (een ieder kan zich zonder vooropleiding of diploma journalist noemen),
> b) het is in hoofdzaak geen vertrouwensberoep (het is juist gericht op openbaarmaking en niet op geheimhouding), en
> c) de beroepsuitoefenaren zijn niet onderworpen aan tuchtrecht (de Raad voor de Journalistiek is geen tuchtcollege).'[156]

Het toekennen van een min of meer algemeen verschoningsrecht aan journalisten werd tegen deze achtergrond niet passend geacht.

Procedure

Wanneer het wenselijk gevonden wordt om een journalist als getuige te horen, kan deze door de politie worden uitgenodigd voor een verhoor. Getuigen die door de politie worden uitgenodigd voor een verhoor, hebben echter geen verschijnings- of spreekplicht. Journalisten zijn over het algemeen weinig bereid om mee te werken aan verhoren in strafzaken.[157] Daarom zal een journalist doorgaans worden opgeroepen om door een rechter-commissaris te worden gehoord. In dat geval heeft een getuige in het algemeen wel een verschijnings- en spreekplicht. Wanneer een journalist zich tijdens het verhoor door een rechter-commissaris beroept op zijn journalistieke verschoningsrecht, zal de rechter-commissaris dat beroep moeten beoordelen op de voet van artikel 218a Sv. De rechter-commissaris moet beoordelen of de desbetreffende getuige als journalist/publicist moet worden aangemerkt conform de in § 3.7.2 besproken uitgangspunten[158] en of beantwoording van de aan de getuige gestelde vragen in beginsel kan worden geweigerd op grond van het recht op bronbescherming.[159] Als dat het geval is, moet de rechter-commissaris een belangenafweging maken om vast te stellen of een zwaarder wegend maatschappelijk belang moet prevaleren boven het belang van bronbescherming. Per geval wordt dus beoordeeld of aan een journalist/publicist een verschoningsrecht toekomt. Dat wordt niet standaard aangenomen om de enkele reden dat getuige een journalist/publicist is of omdat hij geheimhouding heeft toegezegd aan een bron. Het ligt voor de hand dat de desbetreffende getuige door de rechter-commissaris wordt gehoord voordat deze een beslissing neemt.

---

[156] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 7. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 10-12.

[157] Zie daarover § 4.5.

[158] Dat is anders ten aanzien van de klassieke geheimhouders met een wettelijke geheimhoudingsplicht. Hun status als geheimhouder is in beginsel een gegeven. Er kunnen normaliter bijvoorbeeld geen discussies worden verwacht over de vraag of een getuige als advocaat moet worden aangemerkt. Bij geestelijken, die geen wettelijke geheimhoudingsplicht hebben, kan wel discussie bestaan over de reikwijdte van het verschoningsrecht. Zie bijvoorbeeld HR 19 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:68, over de vraag of aan ouderlingen van de Jehova's Getuigen een verschoningsrecht toekomt.

[159] Het is mogelijk dat vragen worden gesteld die moeten worden beantwoord, omdat er geen reden is om aan te nemen dat de beantwoording kan leiden tot de onthulling van de identiteit van een bron.

Het is denkbaar dat een journalist door een zittingsrechter wordt gehoord en zich bij dat verhoor op zijn verschoningsrecht beroept. In dat geval kan de zittingsrechter het beroep zelf beoordelen, met inachtneming van het criterium van artikel 218a lid 2 Sv. Deze bepaling is namelijk van overeenkomstige toepassing verklaard in artikel 290 lid 5 Sv.

Wat is een 'zwaarder wegend maatschappelijk belang'?
In de zaak Goodwin overwoog het EHRM dat van een verplichting om de identiteit van een bron te onthullen alleen sprake kan zijn in geval van *an overriding requirement in the public interest*. Meer concreet komt het erop neer dat de subsidiariteit en proportionaliteit van de inbreuk op artikel 10 EVRM moeten worden getoetst. De Hoge Raad overwoog daarover:

> 'dat bij de afweging of de in aanmerking komende belangen van zo zwaarwegende aard zijn dat zij de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting in het voorliggende geval rechtvaardigen, betekenis toekomt, niet alleen aan de ernst van de te voorkomen strafbare feiten en de ernst van het gevaar voor de openbare veiligheid, maar ook aan de mate waarin het gevaar voor het plegen van strafbare feiten en voor de openbare veiligheid in concreto aannemelijk is: naarmate die dreiging concreter is, kan te eerder de inbreuk noodzakelijk zijn te achten.'[160]

De minister haalde deze overweging instemmend aan in de MvT.[161] Er is voor gekozen om geen specifieke situaties of delicten in de wet op te nemen ter nadere afbakening van de beperking van het verschoningsrecht. Zo is afwijzing van een beroep op het verschoningsrecht denkbaar ter voorkoming van ernstige strafbare feiten, ter beëindiging ervan (zoals bij een kaping of gijzeling) en ter opheldering ervan nadat zij hebben plaatsgevonden.[162] De rechter die een beroep op het verschoningsrecht beoordeelt, zal alle relevante belangen die zich in de concrete zaak voordoen, moeten kunnen meewegen. Die belangen zijn daarom niet in de wet vastgelegd.[163] Er moet rekening worden gehouden met de belangen van de journalist/publicist die als getuige wordt gehoord over de herkomst van door hem gepubliceerde informatie, met het belang van de bron die de informatie heeft verstrekt en met het belang van opsporing en vervolging van een strafbaar feit.[164]

De positie van de persoon aan wie bronbescherming is toegezegd, is een andere dan die van de persoon die informatie heeft verstrekt aan een klassieke geheimhouder. Wie met een klassieke geheimhouder spreekt, heeft de wens dat niets van wat hij aan deze toevertrouwt, openbaar wordt gemaakt. De persoon die zich tot een journalist/publicist wendt en bronbescherming toegezegd krijgt, heeft juist de wens dat de door hem verstrekte

[160] HR 2 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6926, *NJ* 2006/291, r.o. 3.8.2.
[161] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 21. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2019/20, 1340 (antwoorden op kamervragen).
[162] In het laatste geval zal het verschoningsrecht mogelijk minder vaak moeten wijken voor de waarheidsvinding dan in de eerste twee gevallen, omdat een aantasting van rechtsgoederen bij de eerste twee gevallen kan worden voorkomen of beëindigd, terwijl in het derde geval het rechtsgoed al onomkeerbaar is aangetast door het (vermoedelijke) strafbare feit al heeft plaatsgevonden. Het lijkt echter redelijk om ook de ernst van het strafbare feit dat zou kunnen worden voorkomen, beëindigd of opgehelderd, een rol te laten spelen. Concreet toegepast is bijvoorbeeld denkbaar dat het belang van opheldering van een moord zwaarder zou wegen dan het belang om een overval te voorkomen.
[163] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 13-14.
[164] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 6.

informatie leidt tot een publicatie. Het enige dat mogelijk niet openbaar wordt gemaakt is de identiteit van de bron.[165]

3.8 Toepassing van dwangmiddelen t.a.v. een (potentieel) verschoningsgerechtigde

3.8.1 Algemeen

Het verschoningsrecht van een journalist/publicist en het recht op bronbescherming zouden illusoir worden wanneer het toelaatbaar zou zijn om informatie over de bron te verwerven door de inzet van dwangmiddelen. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat dwangmiddelen die ertoe kunnen leiden dat de identiteit van een bron wordt achterhaald, daarom alleen mogen worden ingezet wanneer sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang. De inbreuk op het recht op bronbescherming moet bovendien kunnen worden gebaseerd op een wettelijke regeling die voldoende waarborgen bevat. Een belangrijke waarborg wordt gevormd door de toetsing van de inbreuk door een rechter, op een moment waarop nog geen kennis is genomen van het door inzet van een dwangmiddel verkregen materiaal. In gevallen die niet spoedeisend zijn, is het uitgangspunt dat een rechter voorafgaand aan de inzet van de bevoegdheid de rechtmatigheid daarvan toetst.[166]

De Wet bronbescherming in strafzaken heeft daarom beperkingen gebracht ten aanzien van de toepassing van bepaalde dwangmiddelen.[167] In de wettelijke regeling is gekozen voor toetsing door de rechter-commissaris als uitgangspunt. Op grond van artikel 218a lid 2 Sv beoordeelt de rechter-commissaris een beroep op het journalistieke verschoningsrecht.[168] Ook wanneer moet worden beoordeeld of een dwangmiddel tegen een journalist mag worden ingezet, beoordeelt de rechter-commissaris de rechtmatigheid daarvan. Ten aanzien van de verschillende dwangmiddelen is de wijze waarop de beoordeling door de rechter is gewaarborgd, verschillend. In de volgende paragraaf wordt dit beschreven. In de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten zijn op sommige punten handelwijzen voorgeschreven die niet uit de wet volgen. Ook deze kunnen worden beschouwd als waarborgen voor een zorgvuldige omgang met het recht op bronbescherming. In de Aanwijzing wordt vooropgesteld

> ‘dat zeer terughoudend moet worden omgegaan met de toepassing van dwangmiddelen jegens journalisten die aanspraak kunnen maken op bronbescherming. Dit geldt ook als de inzet van het dwangmiddel niet direct gericht is op het achterhalen van de identiteit van de bron, maar wel voorzienbaar is dat de bronbescherming in het geding komt.’ (§ 2.1)

Ten aanzien van de beoordeling of noodzaak bestaat voor de doorbreking van het verschoningsrecht van een journalist/publicist wordt in de Aanwijzing het volgende opgemerkt:

---

[165] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 14.

[166] Zie § 2.4.1.

[167] In de MvT wordt gesproken van de ‘doorwerking van het recht op bronbescherming bij de toepassing van dwangmiddelen’. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 15.

[168] Wanneer dat beroep is gedaan tijdens het onderzoek ter terechtzitting, beoordeelt de zittingsrechter het. Zie artikel 290 lid 5 Sv.

> ‘Aan toepassing van dwangmiddelen bij journalisten met doorbreking van bronbescherming kan worden gedacht bij ernstige feiten waarop naar wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van 12 jaar of meer is gesteld en waarbij de noodzakelijke gegevens niet op een andere wijze kunnen worden verkregen.’ (§ 2.2)

3.8.2 Concrete dwangmiddelen

Gijzeling

Getuigen die door een rechter als getuige zijn opgeroepen en worden gehoord, hebben in beginsel een spreekplicht.[169] Het is de journalist/publicist die aanspraak kan maken op het verschoningsrecht van artikel 218a Sv, toegestaan om geen antwoord te geven op vragen wanneer hij als getuige wordt gehoord door een rechter.[170] Vanwege het verschoningsrecht heeft de journalist/publicist in dat geval, in afwijking van de normale situatie, geen spreekplicht. Het is de rechter dan niet toegestaan om de gijzeling van de getuige te bevelen (art. 221 resp. 292 Sv). Gijzeling van een journalist kan wel aan de orde zijn wanneer sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang waarvan de rechter oordeelt dat het moet prevaleren boven het belang van bronbescherming.

De artikelen 222 en 294 Sv, waarin regels worden gegeven over de gijzeling van getuigen, zijn gewijzigd bij de Wet bronbescherming in strafzaken. Nieuw is het derde lid van artikel 222 Sv – dat in artikel 294 lid 4 Sv van overeenkomstige toepassing is verklaard ten aanzien van de procedure bij de rechtbank – waarin is bepaald dat de rechter-commissaris een vertegenwoordiger van de beroepsgroep kan oproepen als deskundige bij de beoordeling of voortzetting van de gijzeling noodzakelijk is. Aan het eerste lid van artikel 294 Sv is een zin toegevoegd waarin wordt bepaald dat in geval van gijzeling door de rechtbank tijdens het onderzoek ter terechtzitting, deze binnen 14 dagen na aanvang van de gijzeling moet beoordelen of de gijzeling zal voortduren. Daarbij moet de rechtbank toetsen aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.[171]

Gijzeling is een zeer ingrijpend dwangmiddel. Ook wanneer een journalist in een concreet geval geen aanspraak kan maken op zijn verschoningsrecht, bijvoorbeeld omdat sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang dat doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigt, is het niet vanzelfsprekend dat een getuige wordt gegijzeld. Op grond van de wettelijke regeling is dat – ten aanzien van alle soorten getuigen – alleen toegelaten wanneer het ‘in het belang van het onderzoek dringend noodzakelijk’ is. Daarbij is bijvoorbeeld relevant of de zittingsrechter ook zonder de getuigenverklaring tot een oordeel over het ten laste gelegde feit zou kunnen komen en of er andere manieren zijn om dezelfde informatie te verkrijgen. Ook wanneer een journalist geen aanspraak kan maken op

---

[169] De spreekplicht van getuigen wordt niet expliciet in de wet tot uitdrukking gebracht, maar kan worden afgeleid uit bepalingen in het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht. Vgl. onderdeel 3.6.3 van de conclusie van AG Aben bij HR 2 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5951.

[170] Bij een verhoor door de politie bestaat ten aanzien van geen enkele getuige een spreekplicht. Die plicht bestaat op grond van artikel 192 Sr alleen wanneer een getuige is opgeroepen om ten overstaan van een rechter te worden gehoord.

[171] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 18. Deze wijziging is gebaseerd op EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland).

een verschoningsrecht, zal hij niet snel geneigd zijn om zijn bron te onthullen. De effectiviteit van gijzeling is echter geen aspect dat hoeft te worden meegewogen bij de beoordeling door de rechter of een getuige in gijzeling wordt genomen.

Bevel tot uitlevering

Opsporingsambtenaren zijn bevoegd om een bevel tot uitlevering van in beslag te nemen voorwerpen te geven. Een journalist/publicist is sinds de inwerkingtreding van de Wet bronbescherming in strafzaken niet verplicht om te voldoen aan zo'n bevel wanneer de uitlevering in strijd zou zijn met zijn geheimhoudingsplicht (art. 96a lid 3 sub b Sv).[172] Wanneer in het kader van een verkennend onderzoek (art. 126gg Sv) ter voorbereiding van een opsporingsonderzoek naar terroristische misdrijven (na machtiging door de rechter-commissaris) door de officier van justitie een vordering wordt gedaan om een computerbestand te verstrekken, zijn journalisten/publicisten niet verplicht om aan die vordering te voldoen 'voor zover de uitlevering met hun plicht tot geheimhouding in strijd zou zijn' (art. 126hh lid 1 Sv).

In artikel 126hh Sv is sprake van rechterlijke betrokkenheid doordat de officier van justitie een machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft om een bevel tot uitlevering te mogen doen. In de meeste gevallen waarin een bevel tot uitlevering wordt gedaan, is sprake van een opsporingsonderzoek en is artikel 96a Sv dus van toepassing. In die bepaling wordt geen beoordeling door een rechter-commissaris voorgeschreven. Ook is niet aangegeven dat artikel 218a van overeenkomstige toepassing is en een beoordeling door de rechter-commissaris dus aangewezen is.

De Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten voorziet wel in een verplichte beoordeling door de rechter-commissaris. In § 2.3 daarvan wordt toepassing van artikel 96a Sv ten aanzien van journalisten/publicisten namelijk uitgesloten. Het geven van een bevel tot uitlevering aan een journalist is 'uitdrukkelijk geen optie'. Wanneer de politie in het kader van een opsporingsonderzoek behoefte heeft aan journalistiek materiaal, zoals foto's en video-opnames, schrijft de Aanwijzing voor dat de officier van justitie op grond van artikel 105 Sv bij de rechter-commissaris een machtiging vordert tot uitlevering van deze voorwerpen. Dat is anders wanneer op voorhand duidelijk is dat bepaald materiaal niet valt onder het recht op bronbescherming. In dat geval kan de procedure van artikel 96a Sv worden gevolgd. In de Aanwijzing wordt benadrukt dat de journalist zo weinig mogelijk moet worden belemmerd in zijn werk. Hij moet de gelegenheid krijgen om een kopie van het uit te leveren materiaal te maken en het materiaal moet zo snel mogelijk worden teruggegeven.

De verschoningsgerechtigden in de zin van artikel 218 Sv hebben een beroepsgeheim dat in de weg staat aan openbaarmaking van bepaalde informatie. Journalisten hebben daarentegen geen beroepsgeheim. Zij kunnen wel geheimhouding toezeggen aan een bron en mogen de identiteit van de bron in veel gevallen beschermen. Waar de klassieke geheimhouders vertrouwelijkheid in acht dienen te nemen ten aanzien van alle gesprekken die zij met cliënten voeren, is het voor de journalist/publicist, met inachtneming van de

[172] Zie over het geven van een bevel tot uitlevering aan een journalist naar oud recht: HR 8 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8771, *NJ* 2004/188.

journalistieke normen, een keuze om dat wel of niet te doen.[173] Het geheim houden van de identiteit van een bron is derhalve geen algemene verplichting, maar een recht van de journalist/publicist.[174] Tegen deze achtergrond is de formulering van de artikelen 96a lid 3 en 126hh lid 1 Sv ongelukkig. Daarin wordt namelijk bescherming tegen een bevel tot uitlevering gegeven aan journalisten/publicisten, maar alleen wanneer de uitlevering in strijd zou komen met een geheimhoudingsplicht. Een soortgelijke formulering is opgenomen in de hierna te bespreken artikelen 98 lid 1 en 125l Sv en in artikel 4 leden 1 en 2 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken.

Inbeslagneming

Bij een verschoningsgerechtigde journalist/publicist mogen geen brieven of andere geschriften in beslag worden genomen 'tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt', tenzij zij daarvoor toestemming hebben gegeven (art. 98 lid 1 Sv). Het maakt daarbij geen verschil of de in beslag te nemen voorwerpen zich in een kantoor bevinden of op een andere plaats, zoals een auto of een woonhuis.[175] Het is aan de rechter-commissaris om te beslissen of geschriften in beslag mogen worden genomen. Wanneer de journalist/publicist bezwaar maakt tegen inbeslagneming met een beroep op zijn recht op bronbescherming, moet de rechter-commissaris beslissen of tot inbeslagneming mocht worden overgegaan (art. 98 lid 2 Sv). Pas daarna mag worden kennisgenomen van de inhoud van de in beslag genomen stukken. Het ligt voor de hand dat de rechter-commissaris nagaat of de geschriften onder het recht op bronbescherming vallen en of sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang dat doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigt. Omdat het kan gaan om grote hoeveelheden in beslag te nemen materiaal, is het praktisch niet steeds doenlijk voor de rechter-commissaris om ter plekke te bepalen welke voorwerpen wel en niet in beslag worden genomen. In de MvT wordt aangegeven dat het praktisch zo kan zijn dat een grote hoeveelheid materiaal wordt aangetroffen waaruit een eerste selectie wordt gemaakt die in beslag wordt genomen, waarna op een andere plaats (zoals het kabinet van de rechter-commissaris) en mogelijk in overleg met de rechthebbende een nadere selectie wordt gemaakt en ten onrechte in beslag genomen materiaal wordt teruggegeven. Als andere mogelijkheid wordt genoemd dat materiaal wordt verzegeld en naar het kabinet van de rechter-commissaris wordt gebracht; de rechter-commissaris beslist of het materiaal inderdaad in beslag wordt genomen, waarna de rechthebbende op grond van artikel 552a Sv bij de rechtbank kan klagen over de inbeslagneming van materiaal dat onder bronbescherming valt.[176] De rechthebbende

[173] In nieuwsberichten worden bronnen dikwijls met naam genoemd. Alleen in bijzondere gevallen, met name wanneer de bron negatieve gevolgen zou kunnen ervaren door het bekend worden van zijn identiteit, is bronbescherming essentieel.

[174] In artikel B.2 van de Leidraad van de Raad voor de Journalistiek wordt bronbescherming wel als een gedragsnorm voor journalisten genoemd in geval anonimiteit is toegezegd dan wel redelijkerwijs kon worden verwacht. Zie https://www.rvdj.nl/leidraad.

[175] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 24; *Kamerstukken I* 2017/18, 34032, C (MvA), p. 4.

[176] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 16 en 20. Deze laatste methode is toegepast in EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland). Het EHRM had geen bezwaar tegen deze praktijk als zodanig (§ 120).

journalist/publicist moet op grond van artikel 98 lid 3 Sv overigens worden geattendeerd op die beklagmogelijkheid wanneer de rechter-commissaris heeft beslist dat de inbeslagneming toegelaten was.

De rechter-commissaris kan zich bij de beoordeling van het beroep van de journalist/publicist 'op zijn geheimhoudingsplicht' laten voorlichten door 'een vertegenwoordiger van de beroepsgroep waartoe de verschoningsgerechtigde behoort' (art. 98 lid 6 Sv). Ook hier geldt dat journalisten/publicisten geen wettelijke geheimhoudingsplicht hebben, waardoor de bepaling op het eerste gezicht niet relevant lijkt te zijn ten aanzien van hen. Uit de MvT blijkt dat het wel de bedoeling is om artikel 98 lid 6 Sv op journalisten/publicisten van toepassing te laten zijn. Concreet kan bij een vertegenwoordiger van de beroepsgroep bijvoorbeeld worden gedacht aan de algemeen secretaris van de NVJ, de voorzitter van de Raad voor de Journalistiek of de voorzitter van het Genootschap van Hoofdredacteuren. Deze kan de rechter-commissaris informeren welke werkwijzen binnen hun kring als gebruikelijk worden beschouwd.[177] Over de voorlichting door een vertegenwoordiger van de beroepsgroep wordt in de MvT opgemerkt dat de normen die binnen de beroepsgroep gelden over het algemeen niet volledig bekend zullen zijn bij de rechter-commissaris. Ook wordt de mogelijkheid genoemd dat geen brede overeenstemming bestaat over het bestaan van een bepaalde norm. Het wordt wenselijk geacht dat de rechter-commissaris zich in een vroeg stadium oriënteert op de door de beroepsgroep toepasselijk geachte normen, omdat het bestaan van een verschoningsrecht daarmee sterk verweven is.[178]

De bescherming die artikel 98 lid 1 Sv biedt, is beperkt tot 'brieven of andere geschriften'. Dit roept de vraag op in hoeverre bijvoorbeeld de smartphone van de journalist beschermd is tegen inbeslagneming. In een smartphone is zichtbaar met welke personen de journalist wanneer heeft gecommuniceerd. Kennisneming daarvan levert al snel een inbreuk op het recht op bronbescherming op. De smartphone valt vermoedelijk wel onder artikel 98 lid 1 Sv, omdat daarop geschreven teksten zijn opgeslagen. Er is dus sprake van een verzameling digitale geschriften. Wanneer een smartphone in beslag wordt genomen onder een journalist, en deze daartegen bezwaar maakt op grond van zijn recht op bronbescherming, zal een rechter-commissaris derhalve moeten beslissen over de inbeslagneming daarvan (art. 98 lid 2 Sv), tenzij de smartphone wordt teruggegeven zonder dat kennis is genomen van de inhoud ervan.[179] Wanneer een journalist een interview heeft gehouden en dat op camera heeft opgenomen, valt dit onder het recht op bronbescherming wanneer uit de opgenomen gegevens de identiteit van de bron zou kunnen worden afgeleid. Ten aanzien van camerabeelden kan moeilijker worden gesteld dat deze een geschrift opleveren. De Hoge Raad lijkt artikel 98 Sv echter extensief uit te leggen. In een zaak die betrekking had op de inbeslagneming van een gegevensdrager met daarop camerabeelden, overwoog hij namelijk dat het in de eerste plaats aan de rechter-commissaris is om te beslissen over het beroep door een verschoningsgerechtigde op het verschoningsrecht. [180]

[177] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 8 (Nota n.a.v. het verslag), p. 27.
[178] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 20.
[179] Vgl. Rb. Den Haag 8 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9219.
[180] HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553, r.o. 2.3.2.

Doorzoeking van kantoor of woning journalist
Een (hulp)officier van justitie mag een kantoor van een journalist/publicist sinds de inwerkingtreding van de Wet bronbescherming in strafzaken niet (meer) doorzoeken, ook niet in het geval van een spoeddoorzoeking (art. 96c lid 1 en 97 Sv). Die bevoegdheid komt alleen aan de rechter-commissaris toe (art. 110 Sv).[181] Hetzelfde geldt ten aanzien van de spoedzoeking in het kader van een strafrechtelijk financieel onderzoek (art. 126c Sv). De officier van justitie die een kantoor of woning van een journalist/publicist wil doorzoeken, moet dus bij de rechter-commissaris vorderen dat deze tot doorzoeking over gaat. Artikel 98 lid 5 Sv schrijft voor dat een doorzoeking bij onder meer journalisten/publicisten alleen plaatsvindt voor zover dat mogelijk is zonder het stands-, beroeps- of ambtsgeheim te schenden dan wel met hun toestemming. Het is aannemelijk dat bedoeld is om deze bepaling van toepassing te laten zijn op journalisten en publicisten, hoewel zij geen geheimhoudingsplicht hebben.

Doorzoeking van computer
Tijdens een doorzoeking ter vastlegging van gegevens mag geen onderzoek worden gedaan naar computergegevens die vallen binnen de geheimhoudingsplicht van een journalist/publicist en die mogen evenmin worden vastgelegd; dat is anders wanneer deze daarvoor toestemming heeft gegeven (art. 125/ Sv). In een computer mag alleen onderzoek worden verricht wanneer dat mogelijk is met inachtneming van de geheimhoudingsplicht. Met deze regel wordt voorkomen dat een opsporingsambtenaar inbreekt in de computer van een journalist/publicist om een bron te achterhalen.[182]

Vordering van telecommunicatiegegevens etc.
Een vordering om gegevens met betrekking tot gebruikers van telecommunicatie en telecommunicatieverkeer te verstrekken, kan ten aanzien van een persoon die aanspraak kan maken op bronbescherming, alleen worden gedaan wanneer de rechter-commissaris daarvoor op vordering van de officier van justitie een schriftelijke machtiging heeft verleend (art. 126n lid 2 Sv). De rechter-commissaris beoordeelt of sprake is van een persoon die aanspraak kan maken op het journalistieke verschoningsrecht en, zo ja, of er een zwaarwegend maatschappelijk belang als bedoeld in artikel 218a Sv is dat dient te prevaleren boven het recht op bronbescherming.

Soortgelijke bepalingen als die van artikel 126n lid 2 Sv zijn opgenomen in de artikelen 126nda lid 2 Sv, 126u lid 2 Sv en 126ud lid 2 Sv. Het gaat hierbij steeds over de vordering van gegevens of camerabeelden ten aanzien van een persoon die aanspraak kan maken op bronbescherming.[183] Daarmee wordt de journalist/publicist in de zin van artikel 218a Sv bedoeld. Met deze aanpassing wordt voorkomen dat een officier van justitie

[181] Ook kantoren van andere verschoningsgerechtigden mogen niet langer door de (hulp)officier van justitie worden doorzocht.
[182] *Kamerstukken II* 2017/18, 34032, 9 (Nota van wijziging), p. 2.
[183] Deze bepalingen zijn onder andere het gevolg van het aannemen van een amendement van Groothuizen: *Kamerstukken II* 2017/18, 34021, 13.

telefoonnummers, adressen, e-mails of camerabeelden opvraagt om op die manier te achterhalen wie de bron is.[184]

Aftappen

Voor het aftappen van een telefoon is een machtiging van de rechter-commissaris vereist (art. 126m lid 8 jo. 126*l* lid 4 Sv). De inzet van de tapbevoegdheid wordt in de wet niet beperkt door het feit dat sprake is van een verschoningsgerechtigde. Er is wel een bepaling die betrekking heeft op de resultaten van de inzet van deze bevoegdheden. De eerste volzin van artikel 126aa lid 2 Sv luidt namelijk als volgt:

> 'Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van de artikelen 218 en 218a zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd, worden deze processen-verbaal en andere voorwerpen vernietigd.'[185]

Het ligt voor de hand dat de rechter-commissaris die moet beoordelen of hij een machtiging voor een telefoontap afgeeft, toetst of sprake is van een journalist/publicist en of sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang dat een inbreuk op het recht op bronbescherming rechtvaardigt. Wanneer de inzet van de bevoegdheid een ongeoorloofde inbreuk op het recht op bronbescherming zou opleveren, zal hij geen machtiging afgeven. In de MvT wordt daarover opgemerkt:

> 'De inzet van heimelijke bevoegdheden, zoals het opnemen van vertrouwelijke communicatie of infiltratie, is niet aan de orde omdat de informatie uit de processen-verbaal en de voorwerpen die op deze wijze van verschoningsgerechtigden zijn verkregen op grond van artikel 126aa, tweede lid, moet worden vernietigd.'[186]

De Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten lijkt hier ook vanuit te gaan. In § 2.6 wordt onder andere het volgende overwogen:

> 'Indien achteraf komt vast [te] staan dat het om een journalist gaat, dient te worden beoordeeld of door de inzet van het dwangmiddel een ongeoorloofde inbreuk op het recht op bronbescherming van de journalist is gemaakt (artikel 218a Sv). Is dat het geval, dan worden de daarbij verkregen gegevens terstond vernietigd (artikel 126aa, tweede lid, Sv). Te denken valt aan de situatie van een telefoontap waarbij later blijkt dat een nummer waar het tapbevel betrekking op heeft in gebruik is bij een journalist.'

Een bezwaar tegen deze benadering is dat kennis moet worden genomen van een getapt gesprek voordat kan worden vastgesteld dat sprake is geweest van een getapte journalist. Wanneer een journalist heeft gesproken met een bron, zal uit de kennisneming van het getapte gesprek mogelijk kunnen worden afgeleid wie de bron is. Hoewel de tapgesprekken worden uitgeluisterd door andere opsporingsambtenaren dan die het onderzoek in een

[184] *Kamerstukken II* 2017/18, 34032, 9 (Nota van wijziging), p. 2.
[185] In artikel 4 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken wordt de procedure nader uitgewerkt.
[186] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 9.

strafzaak uitvoeren, kan niet worden uitgesloten dat de identiteit van de bron wordt doorgegeven binnen de organisatie voordat het tapgesprek wordt vernietigd. De vernietiging van het gesprek zou in dat geval onvoldoende waarborg bieden voor het respecteren van het recht op bronbescherming.[187] In de Nota van wijziging wordt overigens aangegeven dat het praktisch niet voorkomt dat een vordering wordt gedaan om een verschoningsgerechtigde af te tappen.[188] De officier van justitie die in het kader van dit onderzoek is geïnterviewd, heeft de indruk dat het inderdaad niet voorkomt, omdat alle officieren van justitie ervan doordrongen zijn dat dit niet toelaatbaar is.

Het zal mogelijk niet in alle gevallen evident zijn of een bepaalde persoon verschoningsgerechtigd is en of de desbetreffende gegevens onder het verschoningsrecht vallen. In artikel 126aa lid 2 Sv is niet geregeld welke procedure moet worden gevolgd in geval van onduidelijkheid. Het ligt voor de hand dat het niet de opsporingsambtenaar in kwestie is, die erover besluit, maar dat de officier van justitie de kwestie moet voorleggen aan de rechter-commissaris, die er dan aan de hand van de maatstaf van artikel 218a lid 2 Sv over moet beslissen. De wet bevat geen verplichting om de journalist/publicist in het kader hiervan te horen.

De Aanwijzing maakt een onderscheid tussen het gericht tappen van de journalist zelf en het tappen van een ander dan de journalist, met wie de journalist telefonisch heeft gesproken. In het laatste geval wordt de term 'bijvangst' genoemd. Daarover wordt in § 4 het volgende gesteld:

> 'Het is mogelijk dat een journalist in beeld komt door de inzet van een dwangmiddel tegen een ander (niet zijnde een journalist), bijvoorbeeld wanneer uit tapgegevens blijkt dat de verdachte ook met een journalist heeft gesproken. In een dergelijk geval is er in beginsel geen sprake van een ongeoorloofde doorbreking van het recht op bronbescherming en gelden dus de normale regels voor de inzet van dwangmiddelen. Bij het gebruik van de daaruit voortvloeiende informatie houdt de officier van justitie rekening met de belangen van de verdachte en de bron, bijvoorbeeld ten aanzien van hun veiligheid. Wel kan natuurlijk bij eventueel 'doorrechercheren' op de journalist de situatie ontstaan dat diens bronbescherming in het geding is. In dat geval zijn de hoofdstukken 2 en 3 van deze aanwijzing van toepassing.
> Hoewel een journalist in het geval van bijvangst niet het doel is van het ingezette dwangmiddel, kan informatie over hem als gevolg van die inzet wel in het aan de verdediging te verstrekken procesdossier terechtkomen. Het is niet wenselijk dat door deze verstrekking naar buiten komt op welke wijze en met wie een journalist in de uitoefening van zijn functie contact heeft, zonder dat de journalist in kwestie daarvan vooraf op de hoogte is. Als duidelijk is geworden dat informatie over een journalist als bijvangst is verkregen, dan wordt de betreffende journalist daarvan in kennis gesteld zodra het belang van het onderzoek dat toelaat.'[189]

[187] In § 5.2 zal een aanbeveling worden gedaan voor wijziging van de wet op dit punt. Op deze plek merk ik nog op dat discussie kan bestaan over de vraag wat onder 'vernietigen' moet worden verstaan. Uit HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1257 lijkt te volgen dat het 'uitgrijzen' van een proces-verbaal voldoende kan zijn als vernietiging, mits voldoende waarborgen in acht worden genomen met betrekking tot het weer toegankelijk maken van de stukken.

[188] *Kamerstukken II* 2017/18, 34032, 9 (Nota van wijziging), p. 2.

[189] Zie over het inlichten van de journalist ook: https://nos.nl/artikel/2271926-om-informeert-voortaan-journalist-als-die-in-een-strafdossier-voorkomt.

Wanneer een journalist telefonisch met een bron heeft gesproken en die bron is getapt, waarbij het gesprek met de journalist is opgenomen, wordt in de Aanwijzing gesteld dat in beginsel geen sprake is van het recht op bronbescherming.[190] Deze stelling wordt niet onderbouwd. Mogelijk is de gedachte dat reeds bekend is wie de persoon is met wie de journalist heeft gesproken. In geval van aftappen zal het inderdaad zo zijn dat bekend is wie de afgetapte persoon is. Het is echter mogelijk dat de journalist in het gesprek met de afgetapte persoon vertelt wat hij van een andere bron heeft vernomen. Die informatie valt in ieder geval onder het recht op bronbescherming. Als de bekendheid van de bron de achtergrond is van het niet van toepassing achten van het recht op bronbescherming wanneer de bron is getapt, is die benadering niet geheel conform de EHRM-jurisprudentie. Het EHRM heeft in de zaak Becker een schending van het recht op bronbescherming vastgesteld, terwijl in die zaak bekend was wie de bron van de journalist was.[191] Volgens het EHRM is het recht op bronbescherming ook van toepassing wanneer bekend is wie de bron is, maar biedt artikel 10 EVRM niet dezelfde mate van bescherming als wanneer sprake is van een onbekende bron.[192] In de Aanwijzing wordt het omgedraaid: in beginsel kan de journalist geen aanspraak maken op bronbescherming. Het zal van de concrete feiten en omstandigheden van een zaak afhangen of toepassing van de Aanwijzing op dit punt in overeenstemming is met artikel 10 EVRM. Mogelijk is daarbij een relevant gezichtspunt dat in geval van het geven van een bevel tot onthulling van de identiteit van een bron, wat in de zaak Becker was gedaan, de medewerking van de journalist vereist is, terwijl weigering om aan een dergelijk bevel gevolg te geven strafrechtelijke consequenties kan hebben, omdat dit een strafbaar feit oplevert. In geval van aftappen van een bekende bron die met een journalist heeft gesproken, is de medewerking van de journalist niet vereist, terwijl sanctionering van de journalist niet aan de orde is. Er zal dan mogelijk minder snel sprake zijn van een schending van artikel 10 EVRM.

De Aanwijzing komt ten aanzien van de vernietiging van gegevens niet overeen met het hiervoor aangehaalde artikel 126aa lid 2 Sv. Daarin is immers aangegeven dat de resultaten van de inzet van heimelijke bevoegdheden moeten worden vernietigd wanneer deze mededelingen bevatten die ‘door of aan’ een persoon zijn gedaan die zich met succes op zijn verschoningsrecht zou kunnen beroepen wanneer hij als getuige zou worden gehoord en zou worden bevraagd over de inhoud van die mededelingen. Wanneer een journalist wordt bevraagd over een gesprek met een bron, heeft deze het recht op bronbescherming.

Ten aanzien van advocaten, aan wie op grond van artikel 218 Sv een verschoningsrecht toekomt, wordt een nummerherkenningssysteem toegepast. In dit systeem worden telefoonnummers van advocaten en hun medewerkers met een afgeleid

[190] Zo ook advocaat Jan van Vegchel die RTV Oost bijstond in een zaak waarin een gesprek was getapt waaraan een journalist deelnam: ‘Als Peper als ‘bijvangst’ werd afgeluisterd, valt dat niet onder journalistieke bronbescherming’. Zie https://www.villamedia.nl/artikel/rtv-oost-wil-opheldering-van-justitie-over-afluisteren-journalist.

[191] EHRM 5 oktober 2017, appl.no. 21272/12, *EHRC* 2018/8 (Becker/Noorwegen), § 71-84.

[192] Zie ook EHRM (dec.) 29 juni 2006, appl.nr. 54934/00 (Weber & Saravia), § 151. Daaruit blijkt dat het EHRM artikel 10 EVRM wel van toepassing acht wanneer sprake is van bijvangst, maar dat in dat geval sprake is van een vrij geringe inbreuk, waardoor niet snel sprake zal zijn van een schending van artikel 10 EVRM. Het aftappen van telefoons was in deze zaak gebeurd om strafbare feiten te voorkomen en niet om journalistieke bronnen te achterhalen. Dat achtte het EHRM van belang.

verschoningsrecht opgenomen. Wanneer een telefoon wordt getapt die bij een advocaat in gebruik is en in het systeem van nummerherkenning is opgenomen, wordt dit door het systeem herkend en wordt de opname van het gesprek automatisch beëindigd.[193] De juridische basis voor deze werkwijze is artikel 4a van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken. Een vergelijkbaar nummerherkenningssysteem bestaat niet voor journalisten/publicisten.

Afluisteren

Ook voor het afluisteren van gesprekken (art. 126l Sv) met een microfoon bestaan geen bepalingen die de toepassing van deze bevoegdheden ten aanzien van verschoningsgerechtigden beperken. Op grond van artikel 126*l* lid 4 Sv mag een persoon alleen worden afgeluisterd wanneer de rechter-commissaris daarvoor, op vordering van de officier van justitie, een machtiging heeft afgegeven. In § 2.5 van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten wordt over de inzet van dit dwangmiddel ten aanzien van journalisten het volgende opgemerkt:

> 'Het opnemen van vertrouwelijke communicatie is een vergaand dwangmiddel waarbij een bron achterhaald kan worden zonder dat de journalist in staat is zijn bron af te schermen. Er zal dan ook niet snel sprake zijn van een situatie waarbij toepassing van dit middel geoorloofd is.'

Op het moment waarop een gesprek wordt afgeluisterd, zal niet altijd bekend zijn wie de persoon is met wie de journalist spreekt. Het afluisteren kan als doel hebben om dat te achterhalen.[194] In geval van afluisteren zal doorgaans geen sprake zijn van bijvangst. De bevoegdheid wordt immers niet jegens één persoon toegepast, zoals bij het tappen van een specifiek telefoonnummer, maar heeft betrekking op het gesprek waaraan meer personen deelnemen. De journalist en zijn gesprekspartner worden dus altijd beiden afgeluisterd. Het is wel denkbaar dat een microfoon op een bepaalde plaats is aangebracht en dat op die plaats onverwacht een journalist een gesprek voert dat wordt opgenomen. Omdat in dat geval geen intentie bestond om een gesprek af te luisteren waaraan een journalist zou deelnemen, zou kunnen worden gesteld dat dan sprake is van bijvangst. In alle gevallen waarin een journalist is afgeluisterd, of nu sprake is van bijvangst of niet, zou wat mij betreft doorslaggevend moeten zijn of de identiteit van de gesprekspartner van de journalist bekend is. Is dat het geval, dan kan hetzelfde regime worden toegepast als ten aanzien van bijvangst bij het aftappen van een telefoon. Het belang van bronbescherming is in dat geval relatief gering. Is de identiteit van de gesprekspartner niet bekend en is aannemelijk dat de gesprekspartner informatie heeft verschaft waarover de journalist tijdens een verhoor zou mogen zwijgen, dan zou mijns inziens de regeling van artikel 126aa lid 2 Sv moeten worden toegepast. Dit betekent dat een afgeluisterd en opgenomen gesprek met een journalist die aanspraak kan maken op het recht bronbescherming, moet worden vernietigd. De hiervoor onder het kopje 'Aftappen' aangehaalde overweging uit § 4 van de Aanwijzing strafvorderlijk

[193] https://www.advocatenorde.nl/geheimhoudernummer; https://bewijs-in-strafzaken.nl/afluisteren-telefoon-advocaten-niet-meer-mogelijk/.

[194] In § 4.2.1 zal een zaak worden besproken waarin een journalist was afgeluisterd en het OM besloot om het opgenomen gesprek te vernietigen, omdat sprake was van een inbreuk op het recht op bronbescherming.

optreden tegen journalisten lijkt echter ook van toepassing te zijn op afluisteren. Dit betekent dat vernietiging van een opgenomen afgeluisterd gesprek volgens de Aanwijzing achterwege kan blijven ingeval het opvangen van een gesprek met een journalist als 'bijvangst' kan worden beschouwd, omdat niet bekend was dat een van de deelnemers aan het gesprek journalist was.

3.8.3 Supervisie

In § 2.1 van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten worden twee vormen van supervisie voorgeschreven. Wanneer het noodzakelijk wordt geacht om een dwangmiddel toe te passen jegens een journalist/publicist waarmee inbreuk wordt gemaakt op het recht op bronbescherming, moet de officier van justitie instemming vragen aan de hoofdofficier van justitie voor de inzet van het dwangmiddel. Daarnaast moet het College van procureurs-generaal voorafgaand aan de inzet van het dwangmiddel op de hoogte worden gesteld van de toepassing ervan. Het is denkbaar dat pas nadat een bevoegdheid is ingezet duidelijk wordt dat deze is toegepast tegen een journalist. In dat geval moeten volgens § 2.6 van de Aanwijzing alsnog de hoofofficier van justitie en het College van procureurs-generaal op de hoogte worden gesteld. Omdat de procedures ten aanzien van de inzet van bevoegdheden jegens journalisten dan mogelijk niet zijn gevolgd, is denkbaar dat dit consequenties heeft voor het strafrechtelijke onderzoek in het kader waarvan het dwangmiddel is ingezet.

3.8.4 Belang van de verdachte in verband met de toepassing van dwangmiddelen

Wanneer bevoegdheden zijn toegepast tegen een journalist aan wie een (potentieel) beroep op een verschoningsrecht als bedoeld in art. 218a Sv toekomt, is het in het belang van de verdachte naar wie het opsporingsonderzoek werd uitgevoerd in het kader waarvan de bevoegdheden zijn ingezet, om de rechtmatigheid daarvan te kunnen betwisten. Wanneer wordt geconstateerd dat de inzet van de bevoegdheden onrechtmatig is geweest, kan dat mogelijk leiden tot het vernietigen van verkregen gegevens door het OM of tot het verbinden van een processuele consequentie aan die onrechtmatigheid op grond van artikel 359a Sv.[195]

De verdachte kan ook belang hebben bij het horen van een journalist als getuige. Als een journalist op basis van anonieme bronnen mededelingen heeft gedaan over zaken die *belastend* zijn voor de verdachte, kan het relevant zijn om de journalist als getuige te horen. Daarbij kan aan de journalist worden gevraagd wie de personen zijn die als bron hebben gediend, ofwel om ook deze als getuigen te kunnen horen, ofwel om de geloofwaardigheid van de getuigen en de betrouwbaarheid van hun verklaringen te onderzoeken. De journalist

[195] De mogelijkheid van processuele gevolgen wordt genoemd in § 1.3 van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten. Het is de vraag of rechters in concrete zaken bereid zouden zijn om consequenties te verbinden aan de inbreuk op het recht op bronbescherming, mede vanwege het Schutznorm-vereiste. In Rb. Oost-Brabant 4 november 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:6310 was tevergeefs gepleit voor niet-ontvankelijkverklaring van het OM vanwege onder meer (gestelde) onrechtmatige vordering van belgegevens van een journalist.

kan zich tijdens het verhoor op zijn verschoningsrecht beroepen. Wanneer een belastende getuige niet effectief door de verdediging kon worden ondervraagd, omdat het verzoek is afgewezen of de journalist – al dan niet met een beroep om het recht op bronbescherming – heeft geweigerd te spreken, kan dit in bijzondere gevallen leiden tot vrijspraak van de verdachte. Bij de beoordeling of vrijspraak aangewezen is, is relevant of een goede reden bestaat waarom de journalist niet effectief als getuige kon worden gehoord, wat het gewicht van de mededelingen van de journalist is voor bewijs van het ten laste gelegde feit en in hoeverre compensatie is geboden voor het ontbreken van een effectieve ondervragingsgelegenheid.[196]

Wanneer sprake is van een journalist wiens eerder gedane mededelingen van beslissende betekenis zouden kunnen zijn bij de vaststelling van de schuld van de verdachte, zou een niet gerechtvaardigde weigering van een journalist om vragen van de verdediging te beantwoorden, aanleiding kunnen vormen om de journalist te gijzelen. De verdediging zou daar om kunnen verzoeken. De rechter zou aanleiding kunnen zien om de journalist te gijzelen wanneer de onmogelijkheid de journalist als getuige te horen zou moeten leiden tot vrijspraak. Het kan dan dringend noodzakelijk worden geacht dat de journalist verklaart.

Het is ook denkbaar dat de verdediging verzoekt om de ondervraging van een journalist die in *ontlastende* zin kan verklaren.[197] Wanneer aannemelijk is dat de verklaring die de journalist zou kunnen afleggen van wezenlijke invloed zou zijn op de beoordeling van het ten laste gelegde feit door de zittingsrechter, mag een verzoek om de journalist te horen in beginsel niet worden afgewezen.[198] Ook hier geldt dat de weigering van de journalist om tijdens een verhoor door een rechter te verklaren, terwijl de rechter van opvatting is dat aan de journalist geen verschoningsrecht toekomt, zou kunnen leiden tot gijzeling van de journalist.

3.9 Terzijde: inbeslagneming onder een journalist van voorwerpen die buiten het recht op bronbescherming vallen

De Hoge Raad heeft in 1999 geoordeeld over de vraag of camerabeelden, die op de openbare weg waren gemaakt van ongeregeldheden in Amsterdam op twee verschillende dagen, in beslag mochten worden genomen.[199] Het betrof het cassatieberoep tegen een beslissing van de rechtbank op het beklag tegen inbeslagneming op grond van artikel 552a Sv. De politie had de uitlevering van de camerabeelden bevolen omdat op de door SBS uitgezonden beelden niet zichtbaar was welke personen zich schuldig hadden gemaakt aan geweld tegen de politie.

De rechtbank had overwogen dat een journalist, cameraman of fotograaf in zijn werkzaamheden kan worden belemmerd door inbeslagneming van beelden, omdat hij kan worden beschouwd als een ‘potentiële verlengde arm van justitie’. Daarom zou het

[196] Zie HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, *NJ* 2021/173 en HR 29 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX5539, *NJ* 2013/145.
[197] Dit was gebeurd in een zaak waarin de vraag speelde of een journalist zou moeten worden gegijzeld. Zie https://nos.nl/artikel/2308568-gerechtshof-den-haag-ziet-af-van-gijzeling-ad-journaliste.
[198] HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, *NJ* 2014/441, r.o. 2.6.
[199] HR 9 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3817, *NJ* 2000/461.

denkbaar zijn dat zij, wanneer zij verslag zouden doen van andere ongeregeldheden, zouden worden gehinderd om hun werk te doen, waardoor de vrije nieuwsgaring zou worden belemmerd. De Hoge Raad overwoog daarover dat het belang van bronbescherming van de journalist niet in het geding was, omdat geen sprake was geweest van mededelingen aan een journalist. Op het recht op uitingsvrijheid was echter wel inbreuk gemaakt, zij het een 'zeer indirecte inbreuk'.

De rechtbank had ook overwogen dat bij de belangenafweging tussen enerzijds het belang van de vrije nieuwsgaring en anderzijds strafvorderlijke belangen, de subsidiariteit en proportionaliteit moesten worden beoordeeld. Ten aanzien van de subsidiariteit achtte zij aannemelijk dat in relatie tot de strafrechtelijk relevante gedragingen geen ander bewijsmateriaal beschikbaar was dan de in beslag genomen videobanden en foto's. De beoordeling van de proportionaliteit leidde tot verschillende oordelen van de rechtbank. Daarbij was de ernst van de begane strafbare feiten doorslaggevend. Bij de ongeregeldheden op 14 december 1998 was weliswaar geweld tegen de politie gebruikt, maar dit was niet zo ernstig dat de inbreuk op de uitingsvrijheid erdoor kon worden gerechtvaardigd. Dat was anders bij de incidenten op 20 december 1998. Het daarbij gepleegde geweld was zo ernstig, dat het belang van strafvorderlijk optreden naar het oordeel van de rechtbank moest prevaleren boven het belang van de nieuwe nieuwsgaring.

De Hoge Raad deelde de opvatting van de rechtbank dat de subsidiariteit en proportionaliteit moesten worden beoordeeld en dat bij de beoordeling van de proportionaliteit de ernst van het strafbare feit relevant is. Hij oordeelde dat de beschikking van de rechtbank ten aanzien van de ongeregeldheden op 14 december 1998 onvoldoende gemotiveerd was:

> 'Indien, zoals hier, ervan moet worden uitgegaan dat geen ander bewijsmateriaal voorhanden is, is de inbeslagneming van de foto's en videobanden, die ingevolge art. 94 Sv kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen ten aanzien van mogelijk gepleegde misdrijven als de onderhavige, op zichzelf reeds een maatregel die niet disproportioneel is. Zonder nadere motivering, welke in de bestreden beschikking ontbreekt, valt niet in te zien waarom de afweging of die maatregel in een democratische samenleving noodzakelijk is ter bereiking van de in het tweede lid van art. 10 EVRM genoemde doeleinden hier moet uitvallen ten nadele van het belang van de waarheidsvinding op de enkele grond dat het niet een "zodanig ernstig misdrijf" betreft dat die inbeslagneming zou zijn gerechtvaardigd. Zulks klemt te meer nu het hier gaat om een wel zeer indirecte inbreuk op het recht van vrije nieuwsgaring.'

Omdat niet was geklaagd over de beslissing over de incidenten op 20 december 1998, heeft de Hoge Raad zich niet uitgelaten over de begrijpelijkheid daarvan. Op grond van de overwegingen over de gebeurtenissen op 14 december 1998 is het echter aannemelijk dat de Hoge Raad daarmee akkoord kon gaan. De uitspraak van de Hoge Raad lijkt in overeenstemming te zijn met de in § 2.5 besproken benadering door het EHRM.[200]

In § 2.3 van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten wordt – onder verwijzing naar het hiervoor besproken arrest – overwogen dat de procedure via de rechter-

[200] De feiten van de door de Hoge Raad beoordeelde zaak lijken sterk op de feiten in ECRM 18 januari 1996, appl.no. 25798/94 (British Broadcasting Company/Verenigd Koninkrijk).

commissaris in geval van een bevel tot uitlevering achterwege kan blijven als op voorhand duidelijk is dat journalistiek beeldmateriaal tot stand is gekomen zonder dat een journalistieke bron in het geding is. De uitlevering van dergelijk materiaal kan dus door de officier van justitie worden gevorderd op grond van artikel 96a Sv.[201]

3.10 Belangrijkste bevindingen

Het recht op bronbescherming vloeide vóór de inwerkingtreding van de Wet bronbescherming in strafzaken voort uit de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad en uit het OM-beleid. Met de wet is beoogd om dit recht op een toekomstbestendige wijze te codificeren. Een nevendoel van de wet is daarom dat de wet toekomstbestendig zou zijn, ook in geval van ontwikkelingen in de EHRM-jurisprudentie. Het is de bedoeling dat de wet wordt uitgelegd op een manier die in overeenstemming is met de EHRM-jurisprudentie. De centrale bepaling in de wet is artikel 218a Sv. Hierin is een verschoningsrecht toegekend aan journalisten en publicisten die zich in het publieke debat mengen door middel van publicaties met nieuwswaarde.

Wanneer een journalist of publicist als getuige wordt gehoord, heeft deze het recht om te weigeren op vragen te antwoorden wanneer uit een antwoord de identiteit van de bron zou kunnen afgeleid. Het verschoningsrecht is echter niet absoluut. Een rechter kan in uitzonderlijke gevallen bepalen dat een zwaarwegend maatschappelijk belang moet prevaleren boven het recht op bronbescherming. Een zwaarwegend maatschappelijk belang kan worden aangenomen ter voorkoming, beëindiging of opsporing van strafbare feiten. Bij de beoordeling of het verschoningsrecht in een concreet geval opzij kan worden gezet, moet worden getoetst aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.

Om te voorkomen dat de identiteit van een bron achterhaald zou kunnen worden door dwangmiddelen toe te passen op een journalist of publicist, zijn beperkingen gesteld aan de inzet van bepaalde dwangmiddelen jegens journalisten. Die dwangmiddelen mogen alleen worden toegepast wanneer sprake is van een maatschappelijk belang dat zwaarder weegt dan het recht op bronbescherming. In navolging van de EHRM-jurisprudentie is het aan de rechter(-commissaris) om daarover te oordelen, in de meeste gevallen op vordering van de officier van justitie. Wanneer een officier van justitie overweegt om een dwangmiddel aan te wenden tegen een journalist of publicist, moet hij daarvoor de instemming van de hoofdofficier van justitie krijgen. Ook moet het College van procureurs-generaal op de hoogte worden gesteld. Deze procedure vloeit voort uit de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten, waarin meer normen worden beschreven die het OM in acht moet nemen.

Tijdens de parlementaire behandeling van de wet is veel aandacht uitgegaan naar kring van verschoningsgerechtigden. De term ‘publicist’ is niet duidelijk afgebakend. De motie die de aanleiding vormt voor het onderhavige onderzoek, is ingediend in het kader van de discussie over de betekenis van de term ‘publicist’. In de motie wordt tot uitdrukking gebracht dat ook personen aan wie op grond van de bedoeling van de wetgever geen

[201] De journalist/publicist in kwestie zou in eerste instantie wel kunnen weigeren aan het bevel te voldoen, met een beroep op het journalistieke verschoningsrecht. Wanneer hij dat dat doet, zal de rechter-commissaris het beroep moeten beoordelen op de voet van artikel 218a lid 2 Sv.

verschoningsrecht toekomt, zich op het verschoningsrecht zouden kunnen beroepen en dat dergelijke beroepen mogelijk zouden worden gehonoreerd door rechters. Dat werd door veel Tweede Kamer-leden onwenselijk geacht. Een tweede nevendoel van de wet is dan ook dat alleen bescherming wordt geboden aan personen die volgens de wetgever bescherming verdienen.

Hoofdstuk 4
De wet in de praktijk

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de toepassing van de Wet bronbescherming in strafzaken (hierna: de wet) sinds de inwerkingtreding ervan op 1 oktober 2018. De onderzoeksvragen 2 en 3, die in hoofdstuk 1 zijn genoemd, zijn kwantitatief van aard. De dataverzameling heeft echter zeer weinig gevallen opgeleverd waarin bronbescherming in strafzaken een rol heeft gespeeld sinds de inwerkingtreding van de wet. Daarom is – hoewel de onderzoeksvragen daar niet om vragen – naast de kwantitatieve analyse een meer kwalitatieve analyse uitgevoerd. Deze heeft als doel om meer zicht te krijgen op het functioneren van de wet.

Eerst worden drie gevallen besproken die speelden ten tijde van de parlementaire behandeling van de wet (§ 4.2). Deze gevallen zijn geselecteerd vanwege de ruime aandacht die eraan is besteed in de media en in het bijzonder vanwege de reacties erop, waaruit onder meer de houding van het OM ten opzichte van de toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten blijkt.[202] Daarna worden gevallen besproken waarin bronbescherming relevant was en die zich sinds de inwerkingtreding van de wet hebben voorgedaan (§ 4.3). Vervolgens wordt beschreven wat het effect van invoering van de wet is geweest (§ 4.4). Ten slotte wordt ingegaan op opvattingen die uit mediaberichten en interviews blijken over de mate van bescherming die de wet biedt (§ 4.5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een overzicht van de belangrijkste bevindingen (§ 4.6).

4.2 Gevallen waarin het recht op bronbescherming relevant was van kort vóór de inwerkingtreding van de wet

4.2.1 Beschrijving en analyse gevallen

1. Opvragen belgegevens en poging tot afluisteren journalist

Beschrijving
Een journalist voor het Brabants Dagblad heeft in 2017 geschreven over de benoeming van de burgemeester van Den Bosch. Hij heeft contact gehad met een persoon die ervan wordt verdacht dat hij vertrouwelijke informatie in het kader van de burgemeestersbenoeming heeft gelekt. Het OM heeft besloten om de telecommunicatie-gegevens van de journalist op te vragen, omdat daaruit kon blijken met wie de journalist op een bepaald moment had gebeld. Verder is de telefoon van de verdachte getapt en zijn daarbij gesprekken opgenomen die de journalist met de verdachte heeft gevoerd. Ten slotte heeft het OM actie

[202] Er zijn vóór de inwerkingtreding van de wet meer gevallen geweest waarin inbreuk was gemaakt op het recht op bronbescherming.

ondernomen om een gesprek in een horecagelegenheid tussen de journalist en een van de verdachten af te luisteren. Dat heeft uiteindelijk niet geresulteerd in een opname.

De verdachte, die de informatie had gelekt, is vervolgd. De inhoud van de getapte gesprekken en de historische printgegevens van de journalist zijn niet uit het dossier verwijderd, maar wel volledig onleesbaar gemaakt, zo heeft de rechtbank vastgesteld. Het OM heeft ter zitting verklaard dat ook alle 'vruchten' hiervan uit het dossier zijn gehaald. De raadsvrouw van de verdachte heeft ter zitting betoogd dat het OM onrechtmatig heeft gehandeld, onder meer door telecommunicatie tussen de verdachte en de journalist op te nemen en door de historische printgegevens van de journalist op te vragen en niet te vernietigen. De raadsvrouw stelde zich primair op het standpunt dat dit tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie zou moeten leiden en subsidiair dat bewijsuitsluiting zou moeten worden toegepast. De rechtbank heeft dit verweer verworpen:

> 'Ten slotte merkt de rechtbank op dat niet valt in te zien waarom contacten tussen de [journalist] en derden, voor zover die contacten relevant zouden zijn voor de bewijsvoering, niet gebruikt zouden mogen [worden] voor het bewijs. De rechtbank verwerpt het verweer van de raadsvrouw. Naar het oordeel van de rechtbank is niet gebleken dat de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden tegen verdachte onrechtmatig is geweest.'[203]

Deze overwegingen zijn wat lastig te begrijpen. Als de belgegevens van de journalist uit het dossier zijn weggestreept, kunnen deze niet meer voor het bewijs worden gebruikt. Uit het vonnis blijkt echter dat ook de belgegevens van de verdachte zelf zijn opgevraagd. Vermoedelijk heeft de rechtbank op die gegevens gedoeld, die niet onleesbaar zijn gemaakt. De nadruk op de bruikbaarheid van de gegevens voor het bewijs is ook wat verwarrend omdat de aangehaalde passage is geplaatst onder het kopje 'Ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie', maar inhoudelijk betrekking heeft op de vraag of bewijsuitsluiting zou moeten worden toegepast.

De hoofdredacteur van het Brabants Dagblad reageerde verbolgen op de toepassing van dwangmiddelen tegen de journalist. Hij stelde dat justitie niet op deze manier had mogen opereren: 'Je mag als justitie wel íets doen met journalisten, maar alleen als daar zeer zwaarwegende redenen voor zijn. Bijvoorbeeld staatsveiligheid, of zaken van leven of dood. En niet dit. (…) Dit is een onacceptabele belemmering van ons journalistieke werk.' [204] De toenmalige minister Grapperhaus van Justitie en Veiligheid bevestigde in een reactie het belang van bronbescherming. Hij liet zich niet uit over de rechtmatigheid van inzet van BOB-middelen, maar stelde wel vast dat de procedurele regels niet waren gevolgd. Voorafgaand aan het toepassen van BOB-middelen had de zaak, conform de toen geldende Aanwijzing, moeten worden voorgelegd aan het College van procureurs-generaal, dat had moeten toetsen of de inzet van die middelen in de concrete zaak gerechtvaardigd was.[205]

[203] Rb. Oost-Brabant 4 november 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:6310.
[204] https://nos.nl/artikel/2235559-justitie-vroeg-belgegevens-journalist-brabants-dagblad-op.
[205] https://nos.nl/artikel/2235559-justitie-vroeg-belgegevens-journalist-brabants-dagblad-op.

Analyse

De rechtbank heeft het aftappen van de telefoon van de verdachte rechtmatig geacht, maar heeft zich niet expliciet uitgelaten over het feit dat daarbij een gesprek met een journalist is afgetapt. Uit de overwegingen van de rechtbank kan worden afgeleid *dat* zij het aftappen rechtmatig heeft geacht, maar niet *waarom* het feit dat een gesprek met een journalist is opgenomen, niet in de weg staat aan de conclusie dat geen sprake was van onrechtmatigheid. In de toen geldende Aanwijzing toepassing dwangmiddelen tegen journalisten werd niets bepaald met betrekking tot opgenomen gesprekken die een journalist heeft gevoerd en die als 'bijvangst' zijn verkregen bij het tappen van de telefoon van een verdachte. Uit artikel 126aa lid 2 Sv volgde dat opgenomen gesprekken met een journalist moesten worden vernietigd. Het is niet duidelijk waarom dit in deze zaak niet is gebeurd en waarom in plaats daarvan is gekozen voor het opnemen van de uitgewerkte getapte gesprekken in het dossier, met volledige wegstreping van de inhoud van de gesprekken.[206] Duidelijk is wel dat de inbreuk op het recht op bronbescherming gering is, omdat geen kennis kon worden genomen van de inhoud van de getapte gesprekken, terwijl bovendien bekend was wie de gesprekspartner van de journalist was. Dat was immers de verdachte.

De rechtbank heeft niet gereageerd op het onderdeel van het verweer van de raadsvrouw waarin is betoogd dat het opvragen van de historische printgegevens van de journalist onrechtmatig was. Zij heeft alleen overwogen dat de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden tegen de verdachte zelf niet onrechtmatig is geweest. Ten aanzien van de vordering van de belgegevens van de journalist is het niet evident dat rechtmatig is gehandeld. Dat is immers alleen toelaatbaar wanneer sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang dat die ingreep rechtvaardigt. Weliswaar was het nieuwe artikel 126n Sv nog niet in werking getreden toen het dwangmiddel werd toegepast, maar uit de EHRM-jurisprudentie bleek genoegzaam dat de toepassing van dit soort dwangmiddelen alleen in bijzondere gevallen toelaatbaar is en dat door een rechter moet worden beoordeeld zo'n bijzonder geval zich voordoet. Uit het vonnis blijkt niet of een rechter-commissaris heeft beoordeeld of sprake was van een zwaarwegend maatschappelijk belang. Mijns inziens is het vonnis al met al onvoldoende gemotiveerd. Het lijkt erop dat het vorderen van de belgegevens van de journalist een schending van het recht op bronbescherming heeft opgeleverd.

Zou de rechtbank het verweer van de raadsvrouw wel hebben beoordeeld ten aanzien van het vorderen van de belgegevens van de journalist, en zou zij hebben geoordeeld dat dit onrechtmatig was, dan is aannemelijk dat zij daaraan geen processuele consequentie zou hebben verbonden. Daarbij zijn twee factoren relevant. Ten eerste is het de vraag in welk belang de verdachte is geschaad door de onrechtmatigheid jegens de journalist. Het recht op privacy van de journalist is aangetast, maar niet dat van de verdachte. Bovendien zijn de belgegevens onleesbaar gemaakt, waardoor zij niet in het nadeel van de verdachte konden worden gebruikt. Ten tweede heeft de raadsvrouw niet verzocht om strafvermindering, maar alleen om niet-ontvankelijkverklaring van het OM dan

[206] Mogelijk is uit oogpunt van transparantie gekozen voor opnemen van de uitgestreepte gegevens. Daaruit blijkt het feit dat sprake is geweest van een telefoontap.

wel bewijsuitsluiting. Tot niet-ontvankelijkheid kan alleen in uitzonderlijke gevallen worden besloten, terwijl voor bewijsuitsluiting in beginsel alleen plaats is wanneer het gebruik van de onrechtmatig verkregen gegevens het recht op een eerlijk proces zou schenden.[207]

De toenmalige minister van Justitie en Veiligheid verklaarde dat niet vooraf is getoetst door het College van procureurs-generaal of de inzet van BOB-middelen tegen de journalist gerechtvaardigd was. Die toetsing was voorgeschreven in de toenmalige Aanwijzing toepassing dwangmiddelen tegen journalisten. Het ontbreken van de toetsing lijkt tijdens de behandeling van de strafzaak ter zitting niet aan de orde te zijn geweest. De raadsvrouw van de verdachte heeft weliswaar niet-ontvankelijkheid van het OM bepleit wegens onrechtmatig handelen, maar in de weergave in het vonnis van haar standpunten, wordt de toetsing door het College niet genoemd. De rechtbank heeft daar ook ambtshalve geen aandacht aan besteed.

2. Met richtmicrofoon afluisteren van journalist in openbare ruimte

Beschrijving
Deze zaak betreft de opsporing van de moord op de broer van de kroongetuige in het Marengo-proces. Daarbij is op 29 maart 2018 op bevel van het OM met een richtmicrofoon een gesprek in een openbare ruimte afgeluisterd tussen een journalist en een andere persoon. Voorafgaand hieraan heeft de rechter-commissaris de officier van justitie mondeling gemachtigd om dit dwangmiddel toe te passen. Een advocaat die een verdachte bijstond in dit proces, was van mening dat het afluisteren van een journalist die bronbescherming geniet ‘een klap in het gezicht’ is van de vrije pers. Hij vond het schokkend dat het kennelijk normaal is voor een officier van justitie om op basis van informatie een journalist (een bronbeschermer) en zijn bron zonder intern overleg direct af te laten luisteren.[208]

Het OM heeft zelf vastgesteld dat het bevel tot afluisteren met een richtmicrofoon niet is voorgelegd aan de hoofdofficier van justitie en evenmin aan het College van procureurs-generaal, hoewel de toen geldende Aanwijzing toepassing dwangmiddelen en opsporingsmiddelen bij journalisten dat wel voorschreef. Het OM legde uit dat de drang om alle beschikbare opsporingsmiddelen in te zetten begrijpelijk was, vanwege de impact en ernst van het gepleegde strafbare feit. Dat nam niet weg dat de in de Aanwijzing aangewezen weg had moeten worden gevolgd. Omdat dat niet is gebeurd, is de opname van het gesprek nog dezelfde dag in een kluis gelegd en niet uitgeluisterd. De rechter-commissaris heeft opdracht gegeven om de opname wel uit te luisteren. Aan dat bevel heeft het OM geen gevolg gegeven. Na overleg met het College van procureurs-generaal is besloten om de opname te vernietigen, omdat het OM van opvatting was dat met het maken van de opname een ontoelaatbare inbreuk was gemaakt op de bronbescherming van

[207] HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013/308; HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, *NJ* 2021/169.
[208] https://www.crimesite.nl/schutter-redouan-b-in-2017-benaderd-voor-liquidatie/.

journalisten.[209] De NOS heeft bericht dat tussen de rechter-commissaris en het OM zes weken is gesproken over de vraag wat met de opname zou moeten gebeuren.[210]

Analyse
Er waren twee redenen waarom het OM van opvatting was dat geen kennis mocht worden genomen van de afgeluisterde gegevens. De eerste was een reden van procedurele aard: de voorgeschreven weg van instemming door de hoofdofficier van justitie en het op de hoogte stellen van het College van procureurs-generaal was niet gevolgd. Dat had op zichzelf vermoedelijk niet tot vernietiging van de verkregen gegevens hoeven te leiden wanneer de top van het OM achteraf alsnog zou hebben vastgesteld dat de inbreuk gerechtvaardigd was. De tweede reden lijkt doorslaggevend te zijn geweest: de opname maakte volgens het OM een ontoelaatbare inbreuk op het recht op bronbescherming. Daarover had de rechter-commissaris een andere opvatting. Omdat de onderbouwing van de opvattingen van het OM en de rechter-commissaris niet openbaar is gemaakt, kan niet worden beoordeeld in hoeverre het recht op bronbescherming ontoelaatbaar was aangetast. Gezien de ernst van de zaak was het afluisteren wellicht een proportionele inbreuk op het recht op bronbescherming.

3. Opvragen belgegevens fotograaf

Beschrijving
In februari 2018 zijn de historische belgegevens opgevraagd van een fotograaf. Dit is gebeurd in het kader van een opsporingsonderzoek naar schending van een ambtsgeheim door een politieambtenaar. De gegevens zijn vernietigd toen het OM besefte dat het dwangmiddel niet had mogen worden ingezet tegen een persoon met recht op bronbescherming. De fotograaf is op de hoogte gesteld van de toepassing van het dwangmiddel.[211] Er is geen strafzaak gevolgd.

Analyse
Over deze kwestie is geschreven in een mediabericht. Op grond daarvan kan niet worden beoordeeld of sprake was van een zwaarwegend maatschappelijk belang dat doorbreking van het recht op bronbescherming rechtvaardigde. Hoe dit ook zij, het OM zelf is tot de conclusie gekomen dat de bevoegdheid niet had mogen worden ingezet.

4.2.2 Opvattingen over bronbescherming

De hiervoor besproken gevallen hebben in de media stevige reacties losgemaakt. In korte tijd deden zich drie gevallen voor waarin tegen een journalist bijzondere

[209] https://www.om.nl/actueel/nieuws/2018/07/04/opgenomen-gesprek-met-journalist-vernietigd-zonder-uit-te-luisteren; https://www.villamedia.nl/artikel/openbaar-ministerie-opnieuw-in-de-fout-met-ongeoorloofde-afluisteractie-journalist.
[210] https://nos.nl/artikel/2239900-openbaar-ministerie-luistert-journalist-af-in-moordzaak-broer-kroongetuige.
[211] https://www.villamedia.nl/artikel/politie-luistert-derde-journalist-af.

opsporingsmethoden bleken te zijn toegepast. Dat riep de vraag op in hoeverre het recht op bronbescherming van journalisten serieus werd genomen door het OM.

In zaken 1 en 2 is sprake geweest van toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten, terwijl die dwangmiddelen niet of niet zonder interne toetsing binnen het OM hadden mogen worden ingezet. Het OM heeft dat erkend, heeft er in één zaak voor gezorgd dat geen kennis is genomen van de verkregen data en heeft beterschap beloofd. In deze beide zaken was de rechtbank respectievelijk de rechter-commissaris van opvatting dat de toepassing van een bijzondere opsporingsbevoegdheid geen schending van het recht op bronbescherming opleverde. In zaak 1 was dat oordeel mijns inziens onvoldoende onderbouwd. In zaak 2 is de onderbouwing niet openbaar gemaakt. Gezien de ernst van de zaak was een inbreuk op het recht op bronbescherming mogelijk niet onrechtmatig.

Het College van procureurs-generaal zag in de drie zaken aanleiding om het belang van bronbescherming beter onder de aandacht van de officieren van justitie te brengen. Dat gebeurde door middel van de invoering van de nieuwe Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten. Bij de aankondiging hiervan schreef de voorzitter van het College Van der Burg dat het beeld kan zijn ontstaan dat justitie bronbescherming niet serieus neemt. Dat is echter niet hoe het College bronbescherming waardeert: 'Journalisten moeten in alle vrijheid hun werk kunnen doen. Het recht op bronbescherming is een groot goed. Daar kan geen misverstand over bestaan.'[212] Van der Burg heeft in een overleg met de NVJ en het Genootschap van Hoofdredacteuren gezegd dat een onderzoek heeft plaatsgevonden binnen het OM teneinde vast te stellen of er andere, mogelijk al afgesloten, zaken of onderzoeken waren dan op dat moment bekend waren, waarin dwangmiddelen tegen journalisten waren toegepast. Dat heeft volgens Van der Burg geen andere zaken of onderzoeken opgeleverd.[213]

In zijn antwoord op een Kamervraag naar aanleiding van het afluisteren van de journalist in de zaak met betrekking tot de moord op de broer van de kroongetuige, benadrukte ook de toenmalige minister van Justitie en Veiligheid het belang van bronbescherming. Daarbij gaf ook hij aan dat in de nieuwe Aanwijzing nog duidelijker tot uitdrukking is gebracht dat journalisten in beginsel niet aan de toepassing van dwangmiddelen mogen worden blootgesteld. Ook meldde hij dat in de opleiding van officieren van justitie meer aandacht zal worden besteed aan het belang van bronbescherming.[214]

De NVJ en het Genootschap van Hoofdredacteuren waren tevreden dat de top van het OM heeft laten zien bronbescherming serieus te nemen. Zij gaven wel aan 'dat er blijkbaar een cultuur is binnen politie en justitie waarin het opsporen van bronnen van journalisten zelfs in relatief kleine zaken zoals in Rotterdam en Brabant, gewoon en acceptabel wordt gevonden' en eisten een nader onderzoek naar die cultuur.[215] Het is mij niet bekend is of dat onderzoek heeft plaatsgevonden.

---

[212] https://www.om.nl/actueel/nieuws/2018/10/01/nieuwe-aanwijzing-toepassing-dwangmiddelen-bij-journalisten-1-oktober-van-kracht.

[213] https://www.villamedia.nl/artikel/politie-luistert-derde-journalist-af.

[214] https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20172018-3103.html. Navraag bij een docent van de cursus BOB-bevoegdheden van SSR heeft geleerd dat hieraan inderdaad aandacht wordt besteed.

[215] https://www.villamedia.nl/artikel/politie-luistert-derde-journalist-af.

4.3 Gevallen waarin het recht op bronbescherming relevant was sinds de inwerkingtreding van de wet

4.3.1 Aantal gevallen

In het kader van dit onderzoek zijn via de voorzitter van het landelijk overleg van coördinerend rechters-commissarissen bij alle coördinerend rechters-commissarissen beschikkingen opgevraagd met betrekking tot gevallen na 1 oktober 2018 waarin een beroep is gedaan op bronbescherming, dan wel waarin dwangmiddelen zijn toegepast tegen journalisten. Dit heeft geen beschikkingen opgeleverd. Zoeken via rechtspraak.nl en in het e-archief van de rechtspraak heeft twee zaken opgeleverd. In een daarvan heeft een rechtbank het besluit van de rechter-commissaris tot gijzeling vernietigd. De uitspraak van de rechtbank in deze zaak is gepubliceerd op rechtspraak.nl. Het bevel tot gijzeling en het proces-verbaal van het daaraan voorafgaande verhoor zijn niet gepubliceerd. De rechter-commissaris die de gijzeling heeft bevolen, heeft deze documenten zelf ter beschikking gesteld ten behoeve van dit onderzoek.

Uit nieuwsberichten blijkt dat rechters-commissarissen of gerechten vaker beslissingen hebben genomen over bronbescherming. Die beslissingen zijn niet gepubliceerd en de onderzoeker heeft er ook niet op een andere manier de beschikking over gekregen. In nieuwsberichten zijn ook enkele gevallen gevonden waarin geen sprake was van een rechterlijke beslissing, maar wel van een geval waarin een dwangmiddel was toegepast op een journalist of een journalist was opgeroepen voor een verhoor als getuige. Ten slotte is aan kwaliteitsofficieren van justitie uit vijf verschillende parketten gevraagd naar andere gevallen waarin bronbescherming aan de orde was. Dit heeft geen nieuwe gevallen opgeleverd. De officieren van justitie bevestigden dat het bijna nooit voorkomt dat een journalist wordt onderworpen aan een verhoor of aan dwangmiddelen wanneer bronbescherming in het geding kan zijn. Eén kwaliteitsofficier heeft de onderzoeker in contact gebracht met een officier van justitie die wel een zaak had behandeld waarin bronbescherming aan de orde was. Die officier is geïnterviewd.

In totaal heeft het onderzoek acht gevallen opgeleverd waarin in de periode tussen 1 oktober 2018 tot 12 december 2022 sprake lijkt te zijn geweest van een aanspraak op bronbescherming door een journalist, dan wel de toepassing van een dwangmiddel tegen een journalist. Hierna zal blijken dat van twee van de gevallen geen feiten en omstandigheden bekend zijn geworden. Van die gevallen kan daarom niet worden beoordeeld of daadwerkelijk sprake is geweest van een bronbeschermingskwestie.

4.3.2 Beschrijving en analyse gevallen

1. Gijzeling NOS-journalist

Beschrijving

Op 22 februari 2019 heeft de rechtbank Rotterdam een verzoek van de verdediging toegewezen om een NOS-journalist als getuige te laten ondervragen ten overstaan van de rechter-commissaris. In het procesdossier zijn tapgesprekken opgenomen waarbij de getapte persoon – niet zijnde de verdachte – in gesprek was met de journalist. Daarover wenste de advocaat van de verdachte hem te bevragen. De journalist heeft zich beroepen op zijn journalistieke verschoningsrecht.

Op 28 juni 2019 heeft rechter-commissaris op dit beroep op het verschoningsrecht beslist. Hij heeft geoordeeld dat de journalist mocht weigeren vragen te beantwoorden, maar alleen voor zover een antwoord op een vraag 'zou kunnen leiden tot de herleiding van de identiteit van enige andere bron dan de persoon met wie de journalist de getapte telefoongesprekken heeft gevoerd'. Wanneer de journalist dat zou aangeven, zou hij aan de rechter-commissaris buiten aanwezigheid van anderen, mogen uitleggen waarom hij zich zou mogen verschonen, waarna de rechter-commissaris per vraag zou beslissen of het beroep op het verschoningsrecht zou worden gehonoreerd.

Op 24 oktober 2019 is de journalist, bijgestaan door een raadsman, verschenen bij een verhoor door de rechter-commissaris. Nog voordat enige vraag was gesteld, heeft hij laten weten dat hij zich op zijn journalistieke verschoningsrecht zou beroepen ten aanzien van alle vragen. Hij heeft een schriftelijke verklaring overgelegd waarin hij uitlegde waarom hij geen enkele vraag zou beantwoorden. De inhoud van deze verklaring is mij niet bekend geworden. De rechter-commissaris heeft de journalist gewezen op de hiervoor genoemde procedure. De advocaat van de verdachte heeft aan de journalist de vraag gesteld wat deze bedoelde met zijn mededeling in het tapgesprek 'want die hele zaak gaat als een nachtkaars uit'. De journalist heeft geweigerd daarop te antwoorden, onder verwijzing naar de schriftelijke verklaring, maar zonder de rechter-commissaris uit te leggen waarom beantwoording van deze vraag zou kunnen leiden tot de onthulling van de identiteit van een getuige. Daarop heeft de rechter-commissaris aangegeven dat hij niet inzag hoe de beantwoording van de vraag zou kunnen leiden tot herleiding van de identiteit van enige bron. De journalist bleef weigeren. Daarop is hij in gijzeling genomen.

In het proces-verbaal van het verhoor stelt de rechter-commissaris dat de gevraagde informatie niet op een andere manier dan door ondervraging van de journalist kon worden verkregen, zoals door advocaat van de journalist was gesteld. Alleen de journalist zelf zou kunnen uitleggen wat hij met de uitspraak bedoelde. Ook overweegt de rechter-commissaris dat de journalist niet heeft aangevoerd dat de identiteit van enige andere bron dan de gesprekspartner zou worden prijsgegeven wanneer hij de vraag zou beantwoorden, terwijl dat ook niet op een andere manier is gebleken. De rechter-commissaris concludeert dat bij die stand van zaken aan de journalist geen verschoningsrecht toekomt. Vanwege de ernst van de verdenking tegen de verdachte (moord), het belang van uitoefening van het ondervragingsrecht door de verdediging en het algemene belang van de waarheidsvinding

acht de rechter-commissaris gijzeling (op grond van art. 221 Sv) dringend noodzakelijk in het belang van het onderzoek.[216]

De gijzeling heeft geleid tot veel beroering onder journalisten. Een grote groep journalisten demonstreerde voor het gerechtsgebouw voor de vrijlating van de journalist. Een NRC-journalist, initiatiefnemer tot de demonstratie, was van mening dat sprake was van 'magistratelijk machtsmisbruik'.[217]

Wanneer een gijzeling is bevolen door de rechter-commissaris, moet de rechter-commissaris dat binnen 24 uur bij de rechtbank melden, die binnen 24 uur daarna moet oordelen of de gijzeling wordt voortgezet (art. 221 lid 2 Sv). De rechtbank legde artikel 218a Sv in deze zaak op een andere manier uit dan de rechter-commissaris:

> 'De rechtbank legt deze bepaling uit met inachtneming van de rechtspraak van het EHRM over het journalistieke verschoningsrecht in relatie tot artikel 10 EVRM.
> Het verschoningsrecht is niet absoluut, maar is beperkt tot bronbescherming in het belang van de vrije nieuwsgaring. Het gaat daarbij niet alleen om de naam van de bron, maar ook om informatie over de feitelijke omstandigheden waaronder de journalist informatie van een bron heeft verkregen en de ongepubliceerde inhoud van de door de bron aan de journalist geleverde informatie.
> Dat in deze zaak relatief veel bekend is over de wijze waarop de journalist informatie heeft verkregen van de bron doet daar niet aan af.
> In het dossier bevinden zich drie getapte telefoongesprekken, maar gesteld noch gebleken is dat dit alle contacten zijn geweest tussen de journalist en de bron.
> Het verschoningsrecht geldt blijkens rechtspraak van het EHRM (in beginsel) ook voor bronnen die niet of niet langer anoniem zijn. Het omvat – voor zover hier van belang – ook en in het bijzonder het recht van de journalist om geen tekst en uitleg te hoeven geven over een door hem met een bron gevoerd gesprek.
> Te beperkte uitleg van wat onder bronbescherming valt heeft, zoals het EHRM herhaalde malen benadrukt heeft, een afschrikwekkende werking op het delen van informatie door bronnen die anoniem willen blijven en is aldus een gevaar voor de vrije nieuwsgaring.
> De journalist heeft bij de rechter-commissaris geweigerd de vraag te beantwoorden wat hij bedoelde met de opmerking 'want die hele zaak gaat nu uit als een nachtkaars'. Gelet op het voorgaande valt de beantwoording van deze en soortgelijke vragen inderdaad onder het verschoningsrecht van artikel 218a lid 1 Sv.'[218]

De rechtbank overwoog vervolgens dat geen zwaarwegend maatschappelijk belang was gebleken dat doorbreking van het verschoningsrecht zou rechtvaardigen. Daarop is de journalist ontslagen uit de gijzeling.

Analyse

In deze zaak is een uitwerking van het tapgesprek tussen de journalist en de getapte persoon in het procesdossier opgenomen. Dit is op grond van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten toegelaten, hoewel artikel 126aa lid 2 Sv anders doet vermoeden. In die bepaling is namelijk aangegeven dat processen-verbaal houdende mededelingen die van of

[216] Beschikking rechter-commissaris van 24 oktober 2019 met bevel tot gijzeling en proces-verbaal van bevindingen rechter-commissaris van 24 oktober 2019 (beide niet gepubliceerd).
[217] https://nos.nl/artikel/2307569-journalisten-demonstreren-in-rotterdam-voor-vrijlating-nos-verslaggever.
[218] Rb. Rotterdam 25 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8376.

aan een verschoningsgerechtigde zijn gedaan en in het kader van de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn verkregen, moeten worden vernietigd voor zover de verschoningsgerechtigde zou mogen zwijgen op vragen die over die mededelingen worden gesteld. Wanneer het andersoortige mededelingen betreft, mogen deze alleen in het dossier worden opgenomen wanneer de rechter-commissaris daartoe heeft besloten.

Over de reikwijdte van het verschoningsrecht lopen de opvattingen van de rechter-commissaris en de rechtbank uiteen. De rechtbank kiest voor een ruime uitleg van het recht op bronbescherming. Het verschoningsrecht omvat het recht van de journalist om geen uitleg te hoeven geven over een door hem met een bron gevoerd gesprek, aldus de rechtbank. Daarbij beroept de rechtbank zich op het uitgangspunt van het EHRM dat het recht op bronbescherming niet te beperkt moet worden uitgelegd, maar niet op jurisprudentie van het EHRM die concreet betrekking heeft op de reikwijdte van het verschoningsrecht. De rechter-commissaris heeft als uitgangspunt genomen dat vragen moeten worden beantwoord tenzij aannemelijk is dat de beantwoording van een vraag kan leiden tot onthulling van een bron. Voor de opvatting van de rechter-commissaris kan steun worden gevonden in de jurisprudentie van het EHRM. In de zaak Telegraaf overwoog het EHRM:

> 'The Court's understanding of the concept of journalistic "source" is "any person who provides information to a journalist"; it understands "information identifying a source" to include, as far as they are likely to lead to the identification of a source, both "the factual circumstances of acquiring information from a source by a journalist" and "the unpublished content of the information provided by a source to a journalist" (…).'[219]

Onder bronbescherming valt dus niet alleen het verborgen houden van de identiteit van een bron, maar ook het niet geven van informatie waaruit de identiteit van een bron mogelijk kan worden afgeleid. De rechter-commissaris heeft aangegeven dat de journalist vragen onbeantwoord zou mogen laten wanneer de journalist – buiten aanwezigheid van de anderen – aan de rechter-commissaris kon uitleggen waarom het geven van een antwoord het risico zou inhouden dat de identiteit van de bron bekend zou worden. De journalist stelde echter op voorhand al dat hij geen enkele vraag zou gaan beantwoorden. Hij heeft geen uitleg willen geven op welke wijze een antwoord op de vraag wat hij zelf had bedoeld met de uitspraak 'want die hele zaak gaat als een nachtkaars uit', zou kunnen worden herleid tot een onbekend gebleven bron. De advocaten van de journalist hebben in een interview in het kader van het onderhavige onderzoek aangegeven dat het niet mogelijk was om uit te leggen waarom die vraag niet zou kunnen worden beantwoorden, omdat dan dingen zouden moeten worden gezegd waarover de journalist nu juist niet wilde verklaren. Wat betreft de advocaten vallen ook vragen over de interpretatie van verklaringen onder het verschoningsrecht, omdat dit volgt uit de jurisprudentie van het EHRM over het recht op bronbescherming. Mijns inziens kan dit niet worden afgeleid uit de EHRM-jurisprudentie. In die jurisprudentie staat centraal dat de identiteit van een bron effectief moet kunnen beschermd. In deze zaak is niet aannemelijk geworden dat het beantwoorden van de gestelde vraag verband zou houden met de identiteit van andere personen dan de persoon

[219] EHRM 22 november 2012, appl.no. 39315/06, *NJ* 2013/252 (Telegraaf/Nederland), § 86.

wiens telefoon was getapt. De journalist heeft in feite een onbeperkt verschoningsrecht uitgeoefend, terwijl het verschoningsrecht van journalisten beperkt is tot informatie die brongerelateerd is. De opvatting van de rechter-commissaris komt mij tegen die achtergrond niet onbegrijpelijk voor en is verenigbaar met artikel 10 EVRM.

Een andere vraag is of het noodzakelijk was om de journalist te gijzelen. Dat is alleen toegelaten wanneer het 'in het belang van het onderzoek dringend noodzakelijk' is (art. 222 Sv). Het betrof een verdenking van een ernstig strafbaar feit, namelijk moord. Op grond van de mij bekende feiten is niet vast te stellen in hoeverre de schuld van de verdachte kon worden vastgesteld zonder de antwoorden van de journalist.

2. Geen gijzeling AD-journaliste

Beschrijving

Een week na de gijzeling van de NOS-journalist, oordeelde het hof Den Haag over de vraag of een AD-journaliste moest worden gegijzeld. Van deze zaak zijn geen rechterlijke uitspraken opgenomen op rechtspraak.nl of in het e-archief van de rechtspraak. Volgens berichtgeving in de media had de rechter-commissaris gedreigd met gijzeling, omdat de journaliste weigerde te getuigen in een strafzaak. Zij was aanwezig geweest bij een politieactie waarbij wapens en geld waren aangetroffen. De advocaat van de verdachte had het hof in het kader van de behandeling van de strafzaak in hoger beroep verzocht om oproeping van de journaliste als getuige, omdat zij mogelijk opheldering zou kunnen geven over de vraag of de politie onjuiste beweringen had gedaan. Volgens de berichtgeving bestond er in de opvatting van het hof geen dringende noodzaak om de journaliste te gijzelen.[220]

Analyse

Het hof lijkt van oordeel te zijn geweest dat de journaliste zich niet op haar journalistieke verschoningsrecht kon beroepen. Zij wordt door het hof namelijk aangemerkt als een 'weigerachtige getuige'. Dat impliceert dat zij in de ogen van het hof een spreekplicht had. Uit de berichtgeving in de media kan niet worden afgeleid waarom het hof van opvatting was dat de journalist een spreekplicht had. Het is goed denkbaar dat het hof van opvatting was dat de beantwoording van de vragen van de advocaat niet het gevaar voor onthulling van de identiteit van enige bron zou opleveren. Het lijkt erop dat de journalist is gevraagd om te verklaren over hetgeen zij zelf heeft waargenomen en niet over informatie die haar door een bron is toevertrouwd. Een andere mogelijkheid is dat het hof van opvatting was dat weliswaar sprake was een bron die in beginsel onder het recht op bronbescherming valt, maar dat in casu een zwaarwegend maatschappelijk belang moest prevaleren boven het recht op bronbescherming.

[220] https://nos.nl/artikel/2308568-gerechtshof-den-haag-ziet-af-van-gijzeling-ad-journaliste.

3. Aftappen gesprek journalist TV Oost

Beschrijving
Een journalist bij RTV Oost had contact met de baas van een kroeg waar verschillende keren een granaat aan de deur was gehangen. De kroeg is in verband daarmee gesloten geweest en later weer geopend. RTV Oost heeft op basis van dat contact verschillende keren nieuwsberichten gepubliceerd. Er is een BIBOB-onderzoek gestart naar de achtergronden van de kroegeigenaar en zijn personeel. De kroegbaas werd ervan verdacht dat hij uit het BIBOB-rapport had gelekt. In het kader van het onderzoek daarvan is de telefoon van de kroegeigenaar getapt. Mogelijk is daarbij ook een gesprek opgenomen dat de kroegeigenaar met de journalist heeft gevoerd.

RTV Oost heeft de politie laten weten dat het wil weten of inderdaad een gesprek met de journalist is opgenomen en, zo ja, of de journalist gericht zelf is getapt of dat een gesprek is opgevangen in het kader van een tap op de telefoon van de kroegeigenaar. De advocaat van RTV Oost stelde dat in geval van een tap op de telefoon van de journalist zelf de bronbeschermingsregels zijn overtreden, wat zou moeten leiden tot vernietiging van de gesprekken. Volgens mediaberichten ontkent het OM dat de journalist gericht is getapt.[221]

Analyse
Het is, ook na navraag bij de desbetreffende journalist, onduidelijk gebleven of een gesprek is opgenomen dat de journalist heeft gevoerd en of de telefoon van de journalist zelf daarbij is getapt. Daarom kan niet worden vastgesteld in hoeverre inbreuk is gemaakt op het recht op bronbescherming.

4. Oproepen documentairemaker als getuige (1)

Beschrijving
Een documentairemaker heeft voorbereidingen gedaan om in samenwerking met een persoon die actief was in het criminele circuit een documentaire te maken over een nieuwe generatie jonge criminelen. In dat kader reisde hij met enkele leden van een motorclub naar het buitenland. De persoon met wie de documentairemaker samenwerkte, is in 2018 aangehouden als hoofdverdachte in de liquidatiezaak die bekend is geworden onder de naam Eris. Deze hoofdverdachte is in juli 2022 veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf. In het kader van het strafproces is de documentairemaker op verzoek van de verdediging in 2021 door de rechter-commissaris opgeroepen als getuige. Eerder was hij door de politie uitgenodigd voor een verhoor. Daar wilde hij niet aan meewerken omdat hij niet als verlengstuk van de politie wenste te fungeren. Ook aan een verhoor door de rechtbank wilde hij niet meewerken. Hij kondigde in reactie op de oproeping aan dat hij zich tijdens het verhoor op zijn journalistieke verschoningsrecht zou beroepen. In een nieuwsitem over deze zaak wordt de documentairemaker geciteerd: ‘Ik vind het erg vreemd dat de rechtbank er zomaar aan voorbij gaat dat ik journalist en filmmaker ben. Bovendien kan op deze manier

[221] https://www.villamedia.nl/artikel/rtv-oost-wil-opheldering-van-justitie-over-afluisteren-journalist; https://www.zwollenu.nl/rtv-oost-journalist-mogelijk-afgeluisterd-in-onderzoek-naar-granaatcafe-in-zwolle/.

mijn veiligheid in gevaar worden gebracht, omdat wellicht gedacht wordt dat ik praat over mijn bronnen. Wij als journalisten moeten juist onze bronnen beschermen.'[222]

Ook de NVJ had bezwaren tegen de oproeping van de documentairemaker als getuige. De algemeen secretaris van de NVJ liet weten: 'Het is een verwarrende beslissing, want ook de rechtbank weet dat hij niets zal zeggen om zijn bronnen te beschermen. Ik ga ervan uit dat zijn verschoningsrecht in acht zal worden genomen. (…) Je moet journalisten niet in deze situatie willen brengen, het kan gevaarlijke situaties opleveren. De journalistiek heeft een onafhankelijke rol.'[223] Het OM reageerde op de commotie door aan te geven dat de naam van de documentairemaker voorkomt in het dossier en dat hij daarom zal worden gehoord. Het OM erkende dat documentairemaker recht heeft op bronbescherming en dat zal moeten blijken hoe verder dat reikt.[224]

De documentairemaker is uiteindelijk verschenen bij een getuigenverhoor bij de rechter-commissaris, vergezeld door een advocaat. De advocaat adviseerde op welke vragen wel en niet antwoord moest te worden gegeven. De documentairemaker heeft zich ter zake van sommige vragen op zijn verschoningsrecht beroepen en heeft andere vragen beantwoord.

Analyse

Het is niet in strijd met het recht op bronbescherming om een journalist als getuige op te roepen. Omdat journalisten een beperkt verschoningsrecht hebben, mogen zij op vragen die de anonimiteit van een bron in gevaar kunnen brengen, zwijgen. Op andere vragen zijn zij verplicht te antwoorden wanneer zij door een rechter zijn opgeroepen (art. 192 Sr).

5. Oproepen documentairemaker als getuige (2)

De documentairemaker waarover onder 4. is geschreven, is in het kader van dit onderzoek geïnterviewd. Hij heeft aangegeven dat hij rond dezelfde tijd ook in een ander strafrechtelijk onderzoek door een rechter-commissaris als getuige is opgeroepen en gehoord, eveneens op verzoek van de verdediging. Bij dat verhoor heeft hij zich op dezelfde wijze opgesteld als bij de zaak onder 4. Hij heeft aangegeven dat hij het problematisch vond dat hij in korte tijd tweemaal als getuige werd opgeroepen in een strafzaak. Dat wekte de indruk dat rechters niet terughoudend omgingen met de oproeping van journalisten als getuige.

6. Inbeslagneming camera van journalist

Beschrijving

De rechtbank Den Haag oordeelde in 2022 in een civielrechtelijke zaak met een strafrechtelijke context over de vraag of inbeslagneming van de smartphone van een journalist rechtmatig was geweest. De journalist zat met leden van de protestgroep

[222] https://www.parool.nl/nederland/documentairemaker-moet-getuigen-in-liquidatieproces-nvj-verbolgen~b9594b5a/.
[223] https://www.parool.nl/nederland/documentairemaker-moet-getuigen-in-liquidatieproces-nvj-verbolgen~b9594b5a/.
[224] https://www.villamedia.nl/artikel/documentairemaker-moet-getuigen-in-liquidatieproces-nvj-verbolgen.

Extinction Rebellion in een busje, dat op weg was naar een protestactie. Het busje werd stilgehouden door de politie. Toen de bus werd geopend, begon de journalist te filmen met zijn smartphone. Door een senior politieambtenaar werd opdracht gegeven om spullen in beslag te nemen. Ook de smartphone en camera's van de journalist werden in beslag genomen, hoewel hij zich kenbaar had gemaakt als journalist, onder meer door zijn perskaart te tonen, en had aangegeven dat hij de inbeslagname niet normaal vond. Kort na aankomst op het politiebureau is de journalist heengezonden en heeft hij zijn smartphone teruggekregen. De civielrechtelijke procedure is onder andere aangespannen om een uitspraak te krijgen over de rechtmatigheid van de aanhouding en de inbeslagneming. De rechtbank was van oordeel dat de aanhouding en inbeslagneming rechtmatig waren en dat het feit dat de eiser journalist was, daar niet aan af deed. De rechtbank overwoog dat voldaan was aan artikel 10 lid 2 EVRM, waardoor de inbreuk op het recht op uitingsvrijheid gerechtvaardigd was.[225] De journalist had aangevoerd dat de telefoon op de vliegtuigstand was gezet door de politie en dat daarbij mogelijk kennis was genomen van berichten die van journalistieke bronnen afkomstig waren. De rechtbank ging daar niet in mee, omdat niet voldoende met feiten en omstandigheden was onderbouwd dat dit het geval zou zijn geweest.[226]

Analyse
In deze zaak is niet aannemelijk geworden dat kennis is genomen van gegevens die tot een bron te herleiden waren. Een smartphone van een journalist zal vrijwel altijd gegevens bevatten waaruit de identiteit van bronnen kan worden afgeleid, zoals belgegevens, contactgegevens en opgenomen interviews. Wanneer een smartphone in beslag wordt genomen, is de procedure van artikel 98 Sv van toepassing. Dit betekent dat niet direct kennis mag worden genomen van de inhoud van de smartphone wanneer de journalist daar bezwaar tegen maakt. In deze zaak is deze procedure niet gevolgd. Dat hoefde ook niet, omdat niet aannemelijk is geworden dat kennis is genomen van de inhoud ervan, aangezien de smartphone kort na de inbeslagneming is teruggegeven.

Overige gevallen
De voor dit onderzoek geïnterviewde advocaten hebben verklaard dat zij op de hoogte zijn van twee gevallen die na de inwerkingtreding van de wet hebben gespeeld waarin de bronbescherming van een journalist op het spel stond. Vanwege het beroepsgeheim dat de advocaten in acht moeten nemen, hebben zij niet kunnen ingaan op de concrete feiten en omstandigheden van deze zaken.

4.3.3 Inbreuken op bronbescherming sinds de inwerkingtreding van de wet

Er kan worden vastgesteld dat sinds de inwerkingtreding van de wet weinig gevallen bekend zijn geworden waarin bronbescherming een rol speelde in een strafrechtelijke context. Twee

[225] De rechtbank overwoog hierbij slechts dat er een wettelijke grondslag bestond voor de inbeslagneming en dat deze had plaatsgevonden ter bescherming van een legitiem doel. De belangrijkste vraag, of de inbeslagneming noodzakelijk was in een democratische samenleving, is niet beantwoord in de uitspraak.
[226] Rb. Den Haag 8 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9219.

journalisten hebben ervaren dat strafrechtelijke dwangmiddelen (gijzeling gedurende één dag resp. inbeslagneming telefoon) tegen hen zijn toegepast. Een derde journalist is opgeroepen als getuige en is na een weigering om te getuigen niet gegijzeld. Mogelijk is een gesprek dat een vierde journalist voerde, opgenomen. Het is echter niet duidelijk geworden of dat het geval is geweest en, zo ja, of de telefoon van de journalist zelf was getapt. Advocaten die ten behoeve van dit onderzoek zijn geïnterviewd kennen nog twee andere gevallen waarin de bronbescherming van een journalist aan de orde was. Daarover zijn echter geen concrete gegevens beschikbaar gekomen. Een documentairemaker is ten slotte twee keer opgeroepen en gehoord als getuige, maar dat levert op zichzelf geen inbreuk op het recht op bronbescherming op.

Het is mogelijk dat in meer gevallen dwangmiddelen zijn toegepast tegen een journalist of publicist. In het kader van dit onderzoek is immers slechts een klein aantal relevante betrokkenen bevraagd.

Het onderzoek heeft geen gevallen opgeleverd ten aanzien waarvan kan worden vastgesteld dat de regels van de Wet bronbescherming in strafzaken niet zijn nageleefd. Dat betekent niet dat de conclusie kan worden getrokken dat de regels wél zijn nageleefd, omdat de beschrijving van de zaken voor een belangrijk deel is gebaseerd op berichtgeving in de media, waarin niet steeds alle relevante gegevens zijn opgenomen.

In alle hiervoor beschreven gevallen die zich na de inwerkingtreding van de wet hebben voorgedaan, was sprake van een schrijvende journalist of documentairemaker die als journalist moest worden aangemerkt. Het onderzoek heeft geen gevallen opgeleverd waarin bronbescherming door een publicist (niet zijnde journalist) aan de orde was.

4.4 Het effect van de inwerkingtreding van de wet

In de wet is het recht op bronbescherming van journalisten/publicist gecodificeerd. Dat recht vloeide vóór de inwerkingtreding van de wet voort uit de jurisprudentie van het EHRM. Het beleid van het OM op dit punt was neergelegd in opeenvolgende Aanwijzingen. Het is daarom de vraag wat de invoering van de wet heeft opgeleverd ten opzichte van de periode vóór de inwerkingtreding.

In § 4.2 zijn drie zaken besproken van net vóór de inwerkingtreding van de wet. In twee van die zaken constateerde het OM zelf dat inbreuken op het recht op bronbescherming niet rechtmatig waren geweest. Er zijn geen gevallen bekend geworden van na de inwerkingtreding van de wet waarin evident sprake was van onrechtmatig handelen door de justitiële autoriteiten. Omdat het zeer weinig zaken betreft, is terughoudendheid geboden met betrekking tot de vraag of het ontbreken van evidente onrechtmatigheden kan worden verklaard door de inwerkingtreding van de wet.

Het belangrijkste dat de wet lijkt te hebben gebracht, is het bewustzijn bij de justitiële autoriteiten dat het recht op bronbescherming dient te worden gerespecteerd. Dat bewustzijn is door verschillende officieren van justitie die voor dit onderzoek zijn benaderd, genoemd. Sommigen gaven aan dat zij geen zaken kennen waarin bronbescherming een rol had gespeeld en dat dit vermoedelijk komt doordat het OM heel terughoudend is met de

toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten. Het algemene beleid van het OM, dat ten tijde van de inwerkingtreding van de wet in een nieuwe Aanwijzing is vastgelegd, is dat dwangmiddelen niet worden ingezet tegen journalisten. Alleen in heel bijzondere gevallen kan dat anders liggen. Men is zich dus bewust van de bijzondere gevoeligheid van het toepassen van bevoegdheden tegen journalisten. Dit bewustzijn lijkt sterker te zijn geworden door de inwerkingtreding van de wet, zo stelt de geïnterviewde officier van justitie. Dit wordt bevestigd door de algemeen secretaris van de NVJ.

Een ander geluid komt van de twee advocaten die voor dit onderzoek zijn geïnterviewd. Als al sprake is van meer bewustzijn, leidt dat wat hen betreft in concrete zaken niet tot een meer terughoudende opstelling bij het OM en rechters-commissarissen dan vóór de inwerkingtreding van de wet.

4.5 Opvattingen over de mate van bescherming die de wet biedt

Algemeen

Met de in het kader van dit onderzoek geïnterviewde personen is onder andere gesproken over de mate van bescherming die de Wet bronbescherming in strafzaken biedt en over de wijze waarop in de praktijk met bronbescherming wordt omgegaan. In deze paragraaf wordt ingegaan op de opvattingen van de verschillende soorten respondenten. Hierbij zij opgemerkt dat slechts een klein aantal personen is geïnterviewd, uit verschillende beroepsgroepen. Het is mogelijk dat andere personen uit die beroepsgroepen andere opvattingen hebben.

Uiteenlopende belangen

Bij het bepalen of de wet voldoende, te weinig of te veel bescherming biedt, is het relevant dat de verschillende soorten betrokkenen uiteenlopende belangen hebben. Journalisten houden zich bezig met nieuwsgaring en dat moeten zij in beginsel in vrijheid kunnen doen, zonder enige overheidsinmenging. Het OM en de politie zijn belast met de opsporing en vervolging van strafbare feiten en hebben bevoegdheden toegekend gekregen om dat effectief te kunnen doen. Ook rechters-commissarissen kunnen een belangrijke rol spelen bij het onderzoek naar strafbare feiten. Zij kunnen zelfstandig onderzoek verrichten, maar geven ook machtigingen af voor de toepassing van dwangmiddelen. Verdachten van strafbare feiten moeten verdedigingsrechten kunnen uitoefenen, waaronder het recht om getuigen te horen. Advocaten kunnen een journalist of een verdachte bijstaan in een strafzaak, waarbij de belangen van de cliënt doorslaggevend zijn voor het optreden van de advocaat. Deze uiteenlopende belangen kunnen leiden tot uiteenlopende opvattingen over de vraag over de mate van bescherming die de wet biedt.

Perspectief van journalisten

Journalisten benadrukken dat het enkele uitnodigen of oproepen van een journalist om als getuige te worden gehoord al op gespannen voet staat met bronbescherming. Het is nutteloos om een journalist als getuige te horen, omdat hij zich zal beroepen op zijn verschoningsrecht dat voortvloeit uit het recht op bronbescherming. Ook wanneer antwoorden niet onder het verschoningsrecht zouden vallen, zullen journalisten soms niet

willen antwoorden, daarbij het risico nemend dat zij zullen worden gegijzeld. Daarvoor bestaan verschillende redenen. Ten eerste willen journalisten onafhankelijk zijn en niet als verlengstuk van de politie dienen.[227] Ten tweede is het onwenselijk om als journalist een verklaring af te leggen in een strafzaak, omdat dit schadelijk is voor de reputatie als journalist aan wie je als bron informatie kunt toevertrouwen.[228] Dat zal in het bijzonder het geval zijn ten aanzien van bronnen uit kringen van de georganiseerde criminaliteit. Daarbij maakt het weinig uit of de journalist verklaringen heeft afgelegd en, zo ja, wat hij heeft gezegd. Het enkele contact met de politie of een rechter-commissaris wekt de schijn van onbetrouwbaarheid als bronbeschermer. In de derde plaats kan een journalist te maken krijgen met bedreigingen wanneer bekend wordt dat politie of justitie met hem heeft gesproken.[229] De zaak waarin de documentairemaker was opgeroepen als getuige, had betrekking op liquidaties binnen de zware criminaliteit. Het is voorstelbaar dat een journalist die onderzoek doet naar dit type criminaliteit, voorafgaand aan een verhoor zou worden bedreigd om zeker te stellen dat hij zal zwijgen. Ook na afloop van een verhoor zou hij bedreigingen kunnen ontvangen. Journalisten die over criminaliteit schrijven, zijn al eerder serieus bedreigd.[230] Gezien de aard van de criminaliteit zou zelfs niet kunnen worden uitgesloten dat een aanslag op een journalist zou worden gepleegd.

De journalisten met wie in het kader van dit onderzoek is gesproken, zijn van opvatting dat het recht op bronbescherming momenteel behoorlijk goed bij wet is geregeld. De algemeen secretaris van de NVJ deelt die opvatting. Hij ziet wel drie verbeterpunten. Ten eerste zou de mogelijkheid van gijzeling van journalisten wat hem betreft uit de wet moeten worden geschrapt, omdat het, zoals hiervoor uiteengezet, zinloos en onwenselijk is om journalisten te gijzelen. Ten tweede zou de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten moeten worden gewijzigd om te voorkomen dat de inzet van AIVD-bevoegdheden gegevens oplevert over bronnen van journalisten. Daarbij wordt vooral het 'sleepnetartikel' (art. 48 WIW 2017) als bezwaarlijk gezien. Journalisten zoeken beroepsmatig op internet met termen als 'Al-Qaida'. Wanneer het internetverkeer in een bepaalde wijk wordt onderschept en op zoektermen wordt doorzocht, is het mogelijk dat het zoekgedrag van een journalist opvalt en dat een onderzoek wordt gestart naar de personen waarmee de journalist contact heeft. Die informatie zou via een ambtsbericht kunnen worden doorgespeeld aan de politie. Dergelijk onderzoek zou wat betreft de NVJ, als het journalisten betreft, ontoelaatbaar moeten worden.[231] Ten derde is de algemeen secretaris van opvatting dat een zwaarwegend

[227] Zie bijvoorbeeld https://www.villamedia.nl/artikel/documentairemaker-moet-getuigen-in-liquidatieproces-nvj-verbolgen.

[228] Zo zei de hoofdredacteur van AD Regio: 'Het is fout als journalisten hun belangrijke werk niet meer kunnen doen doordat bronnen er mogelijk aan twijfelen of informatie wel in betrouwbare handen bij hen is.' Zie https://nos.nl/artikel/2308568-gerechtshof-den-haag-ziet-af-van-gijzeling-ad-journaliste.

[229] https://www.villamedia.nl/artikel/verhoor-journalist-van-der-valk-brengt-ook-collegas-nodeloos-in-gevaar; https://www.ad.nl/binnenland/documentairemaker-moet-getuigen-in-liquidatieproces-nvj-verbolgen~a6cacd8b/

[230] Zie bijvoorbeeld https://www.parool.nl/kunst-media/niet-fijn-als-mensen-bedragen-noemen-verbonden-aan-jou~b65b8e62/ en https://eenvandaag.avrotros.nl/item/bedreiging-stopt-misdaadverslaggever-paul-vugts-niet-laat-criminelen-zien-dat-je-gewoon-doorwerkt/.

[231] Ook los van de sleepnetbepaling kan de AIVD bevoegdheden inzetten tegen journalisten. Zie daarover https://www.nrc.nl/nieuws/2022/08/28/journalist-stella-braam-35-jaar-gevolgd-door-aivd-a4140118. In dit artikel wordt gesteld dat een journaliste 35 jaar lang door de AIVD is gevolgd. Dit heeft geleid door diverse

maatschappelijk belang alleen zou mogen worden aangenomen wanneer moet worden opgetreden ter voorkoming of beëindiging van strafbare feiten. Het enkele belang om strafbare feiten op te sporen rechtvaardigt wat hem betrekking geen doorbreking van het journalistieke verschoningsrecht.

Eén journalist heeft desgevraagd aangegeven dat hij gebruik zou maken van de mogelijkheid om zijn telefoonnummer te registreren in een lijst zoals die ook ten aanzien van advocaten wordt gehanteerd om te voorkomen dat hun geheimhoudertelefoon wordt getapt. Andere journalisten stonden niet afwijzend tegenover die gedachte, maar zouden eerst goed willen nadenken over de mogelijke negatieve consequenties daarvan.

Perspectief van OM en rechters

De wet biedt een verschoningsrecht aan journalisten waarop zij zich kunnen beroepen om hun bronnen te beschermen. De wet staat niet in de weg aan het horen van journalisten als getuigen in strafzaken. Het komt praktisch ook voor dat journalisten worden benaderd met het verzoek om te worden gehoord. Aan zo'n verzoek wensen zij doorgaans niet mee te werken. Als door een officier van justitie aan een journalist wordt gevraagd of deze bereid zou zijn om bronnen te delen, levert dat al snel een geïrriteerde reactie van de desbetreffende journalist op. De geïnterviewde officier van justitie benadrukte dat hij de taak heeft om 'boeven te vangen'. Als het – in een zaak die ertoe doet – daarvoor nodig is om een journalist te benaderen, zal hij dat doen. De wet verbiedt dat niet. Het ligt op het pad van de journalist om zich op zijn journalistieke verschoningsrecht te beroepen als hij dat wil. De geïnterviewde rechter-commissaris deelt deze opvatting.

De officier van justitie en rechter-commissaris geven tevens aan dat zij bereid zijn om – zonder overschrijding van de wettelijke beperkingen – de ruimte te zoeken die de wet biedt, wanneer er veel op het spel staat. Het toepassen van dwangmiddelen jegens journalisten kan daarbij aan de orde zijn. In geval van twijfel zal de officier niet aarzelen om een machtiging bij de rechter-commissaris te vorderen voor de inzet van een bevoegdheid tegen een journalist wanneer de zaak daarom vraagt. Daarbij is een relevante factor hoe ernstig het strafbare feit is dat wordt opgespoord. De rechter-commissaris geeft aan dat tijdens het opsporingsonderzoek de inhoud van het einddossier nog niet bekend is en dat bevoegdheden daarom niet alleen worden ingezet omdat er geen enkele andere mogelijkheid bestaat om de van belang geachte gegevens te verkrijgen. Het moet naar de stand van het onderzoek noodzakelijk zijn om de bevoegdheid toe te passen.

Het OM is zich er volgens de officier van justitie van bewust dat het voor de reputatie en veiligheid van journalisten schadelijk kan zijn om met justitie te spreken, ook wanneer daarbij niet over bronnen wordt gesproken. Hij wees er echter op dat journalisten ook niet bereid zijn om anoniem te verklaren. Zij beroepen zich op hun onafhankelijkheid en stellen dat het niet hun taak is om justitie te helpen.

Het algemene beleid van het OM, zoals dat ook uit de Aanwijzing naar voren komt, is dat dwangmiddelen niet worden ingezet tegen journalisten, tenzij die zelf als verdachten worden beschouwd. Alleen in bijzondere gevallen kan dat anders zijn. Die gevallen kunnen

---

kamervragen: https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20212022-4058.html en https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20212022-4056.html.

zich niet alleen voordoen wanneer strafbare feiten moeten worden voorkomen of beëindigd, maar ook wanneer ernstige strafbare feiten moeten worden opgespoord. Het toepassen van dwangmiddelen tegen journalisten wordt in het algemeen als een 'no go' beschouwd binnen het OM. Men is er volgens de geïnterviewde officier van justitie scherp op dat geen dwangmiddelen tegen journalisten worden ingezet. Het is wel denkbaar dat een gesprek dat een journalist heeft gevoerd met een bron, is getapt, omdat de telefoon van een ander werd getapt en daarbij een gesprek is opgevangen dat die ander met een journalist heeft gevoerd. Wanneer dat wordt vastgesteld, wordt het tapgesprek volgens de officier van justitie vernietigd.[232]

De officier van justitie vindt dat de bescherming die de wet biedt op één punt te ver gaat. Dat punt betreft publicisten. Het kan in zijn ogen niet zo zijn dat iemand die een paar keer een blog heeft geschreven, onder de bescherming van de wet valt, wat op grond van de parlementaire geschiedenis wel denkbaar is. In geval het onduidelijk is of een persoon als journalist/publicist kan worden aangemerkt, zou deze officier niet aarzelen om een machtiging te vragen voor de inzet van bijzondere opsporingsmethoden als een zaak daarom vraagt. Iemand die één keer een serieus ingezonden stuk in een krant heeft gepubliceerd, waarin anonieme bronnen worden aangehaald, zou wat hem betreft moeten worden aangemerkt als een gewone getuige. Het is niet ondenkbaar dat een rechter-commissaris daar in een concreet geval anders over zou denken, maar je kunt als officier in ieder geval proberen om een machtiging te verkrijgen. De geïnterviewde rechter-commissaris deelt deze opvatting.

Hiervoor is genoemd dat de algemeen secretaris van de NVJ van opvatting is dat de mogelijkheid om journalisten te gijzelen uit de wet zou moeten worden verwijderd en dat een zwaarwegend maatschappelijk belang niet gelegen mag zijn in een opsporingsbelang. De geïnterviewde officier van justitie en rechter-commissaris delen deze opvattingen niet. Hoewel terughoudend moet worden omgegaan met inbreuken op het recht op bronbescherming, zijn zij van mening dat er geen aanleiding is om journalisten die zonder geldige grond weigeren te verklaren, anders te behandelen dan andere getuigen. Verder zijn zij van opvatting dat het opsporen van ernstige strafbare feiten, zoals liquidaties, wel degelijk doorbreking van het journalistieke verschoningsrecht kan rechtvaardigen. In de memorie van toelichting bij de wet wordt het opsporingsbelang genoemd als een potentieel zwaarwegend maatschappelijk belang op grond waarvan het verschoningsrecht mag worden doorbroken. Over de inzet van AIVD-bevoegdheden in het kader van de opsporing merkt de officier van justitie op dat AIVD-bevoegdheden niet mogen worden ingezet om strafbare feiten op te sporen om op die manier strafvorderlijke waarborgen te omzeilen. Alle informatie die in ambtsberichten naar de opsporingsautoriteiten wordt gestuurd, gaat eerst langs de terrorisme-officier van justitie (art. 66 WIV 2017). Wanneer aanleiding bestaat om te denken dat strafrechtelijke waarborgen van journalisten zijn omzeild door de inzet van AIVD-bevoegdheden, zal de terrorisme-officier van justitie voorkomen dat een ambtsbericht dat op de toepassing van die bevoegdheden is gebaseerd, beschikbaar komt voor de opsporing, aldus de geïnterviewde officier van justitie.

[232] De Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten schrijft dit niet voor.

Perspectief van advocaten

De twee voor dit onderzoek geïnterviewde advocaten hebben journalisten bijgestaan die als getuige waren opgeroepen in strafzaken, maar staan ook verdachten bij, waarbij andere belangen relevant zijn.

De opvatting van de algemeen secretaris van de NVJ dat het wettelijk onmogelijk zou moeten worden om een journalist te gijzelen, delen de advocaten niet. Weliswaar moet uitermate terughoudend worden omgegaan met het dwangmiddel gijzeling, maar in uitzonderlijke gevallen zou ook een journalist moeten kunnen worden gegijzeld. Als voorbeeld wordt genoemd dat de journalist beschikt over kennis dat een grote aanslag zal worden gepleegd, die mogelijk nog kan worden voorkomen. De advocaten zien niet in waarom journalisten op dit punt een betere rechtspositie zouden moeten krijgen dan advocaten. Advocaten kunnen immers onder uitzonderlijke omstandigheden ook worden gegijzeld.

De advocaten zijn van opvatting dat het geen aanbeveling verdient om een registratie van telefoonnummers van journalisten in te voeren om het tappen van journalisten te voorkomen. Dat zou voor de journalisten heel prettig zijn, omdat daarmee het tappen onmogelijk wordt gemaakt. Journalisten hebben echter geen absoluut verschoningsrecht, maar een verschoningsrecht dat is gekoppeld aan het recht op bronbescherming. Journalisten spreken telefonisch ook met personen die geen bronnen zijn. Die gesprekken moeten kunnen worden getapt. Hier ligt een relevant verschil met advocaten, die op grond van hun beroepsgeheim in beginsel nooit mogen worden getapt,[233] aangezien dit de vrije toegang tot een advocaat zou kunnen belemmeren. Advocaten hebben een belangrijke rol in het strafproces en moeten vertrouwelijk kunnen telefoneren met een verdachte. Journalisten hebben in beginsel geen rol in het strafproces.

Wat betreft de advocaten biedt de wettelijke regeling in abstracto voldoende bescherming aan journalisten ten aanzien van bronbescherming. Ten aanzien van de toepassing van de wet constateren zij echter dat het OM en rechters-commissarissen terughoudender zouden moeten zijn om dwangmiddelen tegen journalisten in te zetten. Dit standpunt komt voor uit eigen ervaringen in gevallen waarin zij een journalist – die geen verdachte was – hebben bijgestaan in een strafzaak. Deze ervaringen zijn, op één zaak na, niet geconcretiseerd, omdat de advocaten er vanwege hun beroepsgeheim niet meer over konden zeggen. De advocaten zijn verder van opvatting dat justitie zeer terughoudend zouden moeten zijn met de oproeping van journalisten als getuige. Weliswaar staat de wettelijke regeling daaraan niet in de weg, maar vanwege de publieke waakhond-functie en vanwege de mogelijke aantasting van de reputatie en veiligheid van de journalist, zou een journalist alleen moeten worden opgeroepen wanneer dat noodzakelijk is. In het hiervoor genoemde voorbeeld waarin een aanslag zou kunnen worden voorkomen, zou die noodzakelijkheid mogelijk kunnen worden aangenomen. Wanneer de informatie die de journalist zou kunnen geven ook op andere manieren zou kunnen worden verkregen, zou de journalist niet moeten worden opgeroepen. In de ervaring van de advocaten gaat het justitie meestal om het verkrijgen van meer bewijsmateriaal en niet om het verkrijgen van

[233] Dat zou anders kunnen zijn wanneer het verschoningsrecht wordt doorbroken omdat de advocaat zelf verdachte is.

bewijsmateriaal dat cruciaal is om een strafzaak rond te krijgen. De advocaten begrijpen in algemene zin dat advocaten in specifieke gevallen verzoeken indienen om een journalist als getuige te horen als dat in het belang van hun cliënt is. De lat om dergelijke verzoeken te honoreren, moet wat hen betreft echter extreem hoog liggen.

Over publicisten zijn de advocaten van opvatting dat niet te snel zou moeten worden aangenomen dat zij aanspraak kunnen maken op bronbescherming. Wanneer iemand geen perskaart heeft, is bescherming minder voor de hand liggend. Regelmatigheid van publiceren zou dan een relevante beoordelingsfactor moeten zijn. De advocaten vinden het belangrijk dat de duidelijke criteria bestaan aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of recht op bronbescherming bestaan. De advocaat merkt op dat het meer voor de hand ligt om een 'echte' journalist te benaderen om een verhaal wereldkundig te maken dan een persoon van wie onduidelijk is of deze publicist is.

De advocaten zijn ten slotte van opvatting dat journalisten niet gehouden zouden moeten zijn om te verklaren over zaken die zij zelf, buiten de setting van een interview, hebben waargenomen in relatie tot (mogelijke) strafbare feiten. Daaraan liggen twee redenen ten grondslag. Ten eerste kan het buitengewoon gevaarzettend zijn om te verklaren over dergelijke zaken. Ten tweede is een verklaringsplicht ten aanzien van eigen waarnemingen niet goed verenigbaar met de functie van publieke waakhond. Wanneer aan een journalist vragen worden gesteld over eigen waarnemingen in relatie tot (mogelijke) strafbare feiten, zouden ook die wat betreft de advocaat onder een verschoningsrecht moeten vallen, wat naar geldend recht niet het geval is. De ruimte om dat verschoningsrecht te doorbreken, zou nog kleiner moeten zijn dan ten aanzien van vragen die zouden kunnen leiden tot onthulling van de identiteit van een bron. Alleen in geval van zeer ernstige strafbare feiten zou daarvan sprake kunnen zijn.

Eigen opvatting over suggesties voor aanpassing wet en beleid

In § 5.2 zal ik enkele aanbevelingen doen voor aanpassing van de wet en de toepassing van de wet. Enkele suggesties die hiervoor aan de orde kwamen in relatie tot de geïnterviewde personen, hebben niet geleid tot aanbevelingen. De algemeen secretaris van de NVJ is van opvatting dat gijzeling ten aanzien van journalisten wettelijk onmogelijk gemaakt zou moeten worden. Die opvatting deel ik niet. Een journalist kan een spreekplicht hebben, ofwel omdat de beantwoording van vragen geen gevaar voor onthulling van de identiteit van een bron oplevert, ofwel omdat de rechter-commissaris heeft geoordeeld dat het verschoningsrecht wordt doorbroken. Ten aanzien van een journalist met een spreekplicht bestaat geen wezenlijk verschil met de gewone burger. Het criterium voor gijzeling is dat het dringend noodzakelijk is voor het onderzoek (art. 221 resp. 294 Sv). Gijzeling is een zeer ingrijpend dwangmiddel, dat op grond van het wettelijke criterium alleen in zeer uitzonderlijke gevallen zou moeten worden ingezet. Het enkele feit dat niet verwacht kan worden dat gijzeling een getuige tot spreken zal brengen, is echter geen geldig argument om niet tot gijzeling over te gaan.

De opvatting dat alleen sprake zou mogen zijn van doorbreking van het verschoningsrecht ter voorkoming of beëindiging van een (levens)gevaarlijke situatie en niet ter opheldering van strafbare feiten, deel ik evenmin. De reden waarom het verschoningsrecht zou moeten worden doorbroken is wat mij betreft wel een relevant

aspect van de belangenafweging. Er zal over het algemeen meer noodzaak bestaan voor doorbreking van het verschoningsrecht in geval van onmiddellijk (dreigend) gevaar voor personen dan in geval strafbare feiten (vermoedelijk) zijn begaan en worden onderzocht. De ernst van het strafbare feit dat moet worden voorkomen, beëindigd of opgehelderd, is echter een belangrijk aspect, omdat de proportionaliteit van de inbreuk op het recht op bronbescherming daar mede door wordt bepaald.

Het invoeren van een lijst waarop journalisten hun telefoonnummer kunnen laten registreren, zou kunnen voorkomen dat een journalist wordt getapt. De journalist die in een concreet geval geen aanspraak kan maken op bronbescherming, bijvoorbeeld omdat sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang dat het recht op bronbescherming opzijzet, zou bij het bestaan van een dergelijk registratiesysteem echter ook niet kunnen worden getapt, wat onwenselijk is. Ook publicisten mogen niet worden getapt. Een complicerende factor ten aanzien van hen is dat het begrip 'publicist' niet helder afgebakend is. Voorafgaand aan het opnemen van het telefoonnummer van een publicist op een dergelijke lijst zou daarom moeten worden beoordeeld of persoon die zijn telefoonnummer aan de lijst toegevoegd zou willen zien, als publicist moet worden aangemerkt. Gezien het wettelijke systeem zou het voor de hand liggen dat die beoordeling door een rechter-commissaris zou moeten worden gemaakt. Op grond van het voorgaande verdient het invoeren van een lijst met telefoonnummers van journalisten mijns inziens geen aanbeveling. Het zou de toepassing van telefoontaps onmogelijk maken in gevallen waarin het recht op bronbescherming daar niet aan in de weg staat en het zou praktisch niet eenvoudig uitvoerbaar zijn.

Invoering van een verschoningsrecht van journalisten ten aanzien van waarnemingen die zij zelf hebben gedaan, zoals voorgesteld door een geïnterviewde advocaat, valt strikt genomen buiten het bereik van het onderzoek. Een dergelijk verschoningsrecht is immers niet gebaseerd op het recht op bronbescherming. Ter onderbouwing van invoering van dit verschoningsrecht zijn twee argumenten genoemd: het is zeer gevaarzettend voor de journalist om te verklaren en het gaat ten koste van de functie van publieke waakhond. In mijn optiek bestaat geen aanleiding om het voorgestelde verschoningsrecht in te voeren. Het kan weliswaar inderdaad gevaarzettend zijn om een journalist te horen met betrekking tot waarnemingen die deze heeft gedaan van strafbare feiten, omdat zowel het oproepen van de getuige als het verklaren door de getuige kan leiden tot bedreigingen en represailles. Dat geldt echter ook ten aanzien van gewone burgers, die ook in dit soort gevallen een spreekplicht hebben. Wanneer een reëel gevaar bestaat voor represailles, kan in bijzondere gevallen worden besloten om de identiteit van de getuige binnen het strafproces verborgen te houden. Er is dan wel sprake van een spreekplicht, maar vragen die zouden kunnen leiden tot onthulling van de identiteit van de getuige kunnen door de rechter-commissaris worden belet (art. 187d Sv). Wanneer de journalist wordt gehoord over door hem gedane waarnemingen die verband houden met een strafbaar feit, staat dat ten slotte niet in de weg aan publicatie over de waargenomen feiten. Daarom is mijns inziens de functie van publieke waakhond niet in het geding.

Onderzoek door de AIVD valt buiten het bereik van het onderzoek waarvan in dit rapport verslag wordt gedaan. Omdat daarover alleen een opvatting kan worden bepaald na

een grondig onderzoek hiernaar, neem ik geen standpunt in over de in een interview voorgestelde wijziging van artikel 48 WIV.

4.6 Belangrijkste bevindingen

Er zijn sinds de inwerkingtreding van de Wet bronbescherming in strafzaken weinig gevallen bekend geworden waarin sprake was van een inbreuk op het recht op bronbescherming. In totaal heeft het onderzoek acht gevallen opgeleverd, waarvan ten aanzien van twee gevallen geen feiten bekend zijn geworden. In geen van de resterende zes gevallen was evident sprake van onrechtmatigheden. Daarbij merk ik op dat de beschikbare gegevens soms onvoldoende informatie bevatten om dit adequaat en meer in detail te kunnen beoordelen. In alle zes gevallen was sprake van een persoon die als 'journalist' kon worden gekwalificeerd. Er zijn geen gevallen bekend geworden waarin iemand claimde publicist te zijn en daarom aanspraak wenste te maken op bronbescherming. In vier van de zes gevallen waarover feitelijke informatie bekend is geworden, was sprake van een verhoor van een journalist op verzoek van de advocaat van de verdachte. Dit vormt een indicatie dat journalisten zelden op initiatief van de justitiële autoriteiten worden opgeroepen.

Op basis van dit onderzoek kan niet worden vastgesteld dat het kleine aantal gevallen waarin inbreuk is gemaakt op het recht op bronbescherming, het gevolg is van invoering van een normatief kader ter zake van het recht op bronbescherming in het Wetboek van Strafvordering. Voordat de wet in werking trad, bleken de meeste aspecten daarvan namelijk al uit de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad en uit het OM-beleid. De inwerkingtreding van de wet en van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten heeft wel bijgedragen aan de bewustwording van het belang van bronbescherming binnen het OM. Dit kan worden afgeleid uit de mededelingen daarover door een geïnterviewde officier van justitie en uit het feit dat ongeveer vanaf het moment van inwerkingtreding van de wet in de opleiding van officieren van justitie aandacht wordt besteed aan de toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten/publicisten. Ook heeft de inwerkingtreding van de wet geleid tot een aanscherping van de in OM-Aanwijzing gebruikte formuleringen, wat de bewustwording eveneens kan hebben bevorderd.

De wet biedt volgens de geïnterviewde journalisten en advocaten redelijk goede bescherming en volgens de geïnterviewde officier van justitie en rechter-commissaris goede bescherming tegen inbreuken op het recht op bronbescherming. Over de toepassing van de wet lopen de opvattingen uiteen. Het uitgangspunt van het OM-beleid is dat journalisten in beginsel niet worden blootgesteld aan dwangmiddelen. Alleen in uitzonderlijke gevallen zal daarop een uitzondering worden gemaakt. Officieren van justitie die in het kader van dit onderzoek schriftelijke input hebben gegeven of zijn geïnterviewd, hebben aangegeven dat men zich binnen het OM sterk bewust is van de noodzaak om terughoudend om te gaan met de inzet van dwangmiddelen jegens journalisten. Advocaten die zijn geïnterviewd, zien echter geen terughoudendheid bij het OM als het gaat om de toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten.

5 Conclusies en aanbevelingen

5.1 Conclusies

Onderzoeksvraag 1
Wat waren de doelstellingen van de Wet bronbescherming in strafzaken?

De wet had als hoofddoel om het recht op bronbescherming, dat voortvloeit uit de op artikel 10 EVRM gebaseerde jurisprudentie van het EHRM, te codificeren. Er kunnen twee nevendoelen worden onderscheiden. Het eerste nevendoel is dat de wet toekomstbestendig is, in de zin dat geen wetswijziging hoeft te worden doorgevoerd wanneer het EHRM het recht op bronbescherming in de toekomst anders zou gaan uitleggen. Het tweede nevendoel is dat de wet alleen bescherming biedt aan personen die voldoen aan de voorwaarden om als journalist of publicist te kunnen worden aangemerkt. De kring van verschoningsgerechtigden moet in de praktijk niet ruimer worden getrokken dan de bedoeling van de wetgever is geweest.

Onderzoeksvraag 2
Hoe vaak wordt sinds de inwerkingtreding van de Wet bronbescherming in strafzaken een beroep gedaan op het verschoningsrecht van artikel 218a Sv, hoe vaak en om welke redenen wordt dit toe- en afgewezen en wat is de door de rechter gemaakte belangenafweging?

Deze vraag is onderverdeeld in een groot aantal subvragen. Deze lenen zich voor gezamenlijke beantwoording. De tweede onderzoeksvraag heeft een kwantitatieve insteek. De dataverzameling heeft slechts acht gevallen opgeleverd, waarbij van twee gevallen – die door de geïnterviewde advocaten werden genoemd – niet meer bekend is geworden dan dat de gevallen zich hebben voorgedaan. De verzamelde data ter zake van de andere zes gevallen bevatten niet steeds alle gegevens die relevant zijn om deze onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden. Twee van die zes gevallen betreffen verhoren van dezelfde journalist, waarbij het beroep op het journalistieke verschoningsrecht is gehonoreerd.

Er kan worden geconstateerd dat het onderzoek weinig gevallen heeft opgeleverd waarin het recht op bronbescherming een rol speelde. Het is echter aannemelijk dat zich ook andere gevallen hebben voorgedaan, die in het dit onderzoek niet naar voren zijn gekomen. Het feit dat de twee geïnterviewde advocaten twee zaken noemden die in het onderzoek tot dan toe niet naar boven waren gekomen, vormt daarvoor een indicatie. Vanwege het kleine aantal gevallen en vanwege het vermoedelijk onvolledig zijn van de set data zou het niet juist zijn om kwantitatieve conclusies te trekken. Het uitgevoerde onderzoek geeft wel een beeld van de toepassing van de wet in de praktijk.

In alle gevallen waarin informatie bekend is geworden over de feitelijke toedracht, was sprake van een journalist en dus niet van een publicist. In één geval is niet zeker of inbreuk is gemaakt op het recht op bronbescherming. Mogelijk is een telefoongesprek van de desbetreffende journalist opgenomen. In vier van de andere gevallen is een journalist als getuige gehoord en heeft deze zich daarbij op het verschoningsrecht beroepen. In één geval

was sprake van inbeslagneming van een telefoon van een journalist, die zich in een daaropvolgende civielrechtelijke procedure op zijn recht op bronbescherming beriep.

In geen van de zaken heeft een rechter geoordeeld dat sprake was van een zodanig zwaarwegend maatschappelijk belang dat de journalist geen aanspraak kon maken op zijn verschoningsrecht. In vier gevallen is aanspraak gemaakt op het verschoningsrecht tijdens het verhoor van een journalist als getuige. In twee van die gevallen is die aanspraak ook gehonoreerd, in twee andere gevallen is niet duidelijk of dat het geval was. In één van de vier gevallen had de rechtbank een ruimere opvatting van de reikwijdte van het recht op bronbescherming dan de rechter-commissaris. De rechter-commissaris was van oordeel dat een bepaalde vraag moest worden beantwoord, omdat niet aannemelijk was geworden dat de beantwoording een risico opleverde dat de identiteit van de bron zou worden onthuld. De rechtbank meende – mijns inziens ten onrechte – dat op grond van EHRM-jurisprudentie moest worden uitgegaan van een ruime interpretatie van het recht op bronbescherming, maar motiveerde niet waarom de door de rechtbank gekozen uitleg in lijn met die jurisprudentie was.

Opvallend is dat in vier van de zes gevallen waarover concrete feiten bekend zijn, sprake was van een verhoor van een journalist op verzoek van de advocaat van de verdachte. Dit vormt een indicatie dat journalisten zelden op initiatief van de justitiële autoriteiten worden opgeroepen.

Onderzoeksvraag 3
Hoe vaak komt het voor dat dwangmiddelen worden toegepast ten aanzien waarvan het Wetboek van Strafvordering bijzondere regels kent wanneer het een persoon betreft die aanspraak kan maken op het verschoningsrecht van artikel 218a Sv en op grond van welke overwegingen wordt bepaald of de inzet van deze dwangmiddelen toelaatbaar is?

Ook deze vraag is onderverdeeld in een groot aantal subvragen. Deze lenen zich eveneens voor gezamenlijke beantwoording. Ook hier verdient opmerking dat het trekken van kwantitatieve conclusies maar zeer beperkt mogelijk is vanwege de zeer kleine hoeveelheid gevallen.

In twee zaken was de vraag aan de orde of een journalist die weigerde te verklaren, zou worden gegijzeld. In de ene zaak is besloten niet tot gijzeling over te gaan, omdat de rechter dat niet dringend noodzakelijk achtte. In de andere zaak heeft de rechter-commissaris de gijzeling van de journalist bevolen, omdat deze weigerde een vraag van de verdediging te beantwoorden, hoewel wat betreft de rechter-commissaris niet aannemelijk was geworden dat de identiteit van een bron zou kunnen worden onthuld door de vraag te beantwoorden. De gijzeling heeft één dag geduurd. Toen stelde de rechtbank de journalist in vrijheid, omdat zij van oordeel was dat de journalist het recht had om de gestelde vraag niet te beantwoorden.

Er is één geval bekend geworden waarin de smartphone van een journalist in het kader van een strafrechtelijk onderzoek in beslag is genomen. De smartphone is enkele uren later teruggegeven. In de civielrechtelijke zaak die hierover werd gevoerd, oordeelde de rechtbank dat de inbeslagneming niet onrechtmatig is geweest en geen aantoonbare

inbreuk op het recht op bronbescherming heeft plaatsgevonden. Het is niet aannemelijk geworden dat de politie kennis heeft genomen van de inhoud van de smartphone. Dit oordeel is mijns inziens niet onbegrijpelijk.

Mogelijk is in een van de gevallen een telefoongesprek van een journalist getapt, waarbij niet duidelijk is of de telefoon van de journalist of die van zijn gesprekspartner is getapt. Er zijn sinds de inwerkingtreding van de wet geen gevallen gevonden waarin met zekerheid sprake was van het aftappen van een telefoon van een journalist, het afluisteren van een gesprek dat een journalist heeft gevoerd, het vorderen van belgegevens of andere gegevens van een journalist of het doorzoeken van het kantoor of de woning van een journalist.

Er zijn derhalve zeer weinig gevallen bekend geworden waarin sprake was van de toepassing van een dwangmiddel jegens een journalist (of publicist) die aanspraak kon maken op een verschoningsrecht met het oog op de bescherming van zijn bronnen. In geen van die gevallen was sprake van doorbreking van het recht op bronbescherming op grond van een zwaarder wegend maatschappelijk belang. Over de overwegingen van rechters om een dwangmiddel in te zetten of de inzet achteraf rechtmatig te achten, kan dan ook weinig worden geconcludeerd. In één geval was de rechter-commissaris van oordeel dat gijzeling verenigbaar was met het recht op bronbescherming, omdat niet aannemelijk was geworden dat beantwoording van vragen zou kunnen leiden tot de onthulling van de identiteit van een bron. In een ander geval was weliswaar sprake geweest van inbeslagneming onder een journalist, maar was de rechtbank van oordeel dat geen sprake was van onrechtmatig handelen omdat niet aannemelijk was geworden dat kennis was genomen van de inhoud daarvan.

De officier van justitie en rechter-commissaris die zijn geïnterviewd, hebben aangegeven dat zij bereid zijn om de grenzen van de wet op te zoeken – maar niet te overschrijden – wanneer de zaak erom vraagt. Daarbij is relevant hoe ernstig het strafbare feit is dat wordt opgespoord. De geïnterviewde advocaten hebben de indruk dat het subsidiariteitsbeginsel niet steeds in acht wordt genomen: ook als bepaalde gegevens op een andere manier kunnen worden verkregen dan door het toepassen van een dwangmiddel jegens een journalist, worden journalisten in hun ervaring aan dwangmiddelen onderworpen, waarmee inbreuk wordt gemaakt op het recht op bronbescherming. De rechter-commissaris met wie is gesproken, gaf aan dat tijdens het opsporingsonderzoek de inhoud van het einddossier nog niet bekend is en dat bevoegdheden daarom niet alleen worden ingezet omdat er geen enkele andere mogelijkheid bestaat om de van belang geachte gegevens te verkrijgen. Naar de stand van het onderzoek moet het noodzakelijk zijn om de bevoegdheden in te zetten. Hierin kan tot op zekere hoogte bevestiging worden gevonden voor de opvatting van de advocaten dat het subsidiariteitsbeginsel niet steeds in acht wordt genomen.

De invoering van de wet en van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten heeft volgens respondenten geleid tot meer bewustwording van het belang van een terughoudende opstelling van justitie als het gaat om de toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten. De respondenten zijn van opvatting dan de wet een (redelijk) goede bescherming biedt tegen inbreuken op het recht op bronbescherming.

Onderzoeksvraag 4
Zijn de doelstellingen van de Wet bronbescherming in strafzaken behaald?

In hoofdstuk 2 is de EHRM-jurisprudentie in kaart gebracht. Ook vier jaar na de inwerkingtreding van de wet, is de wet in overeenstemming met die jurisprudentie. In de EHRM-jurisprudentie wordt benadrukt dat inbreuken op het recht op bronbescherming alleen in uitzonderlijke gevallen toelaatbaar zijn. In geen van de gevallen waarin het recht op bronbescherming aan de orde was sinds de inwerkingtreding van de wet, is evident sprake geweest van een inbreuk op het recht op bronbescherming. Er is wel sprake geweest van aanspraken op het recht op bronbescherming. Die werden ofwel gehonoreerd ofwel afgewezen omdat de rechter van opvatting was dat het beantwoorden van vragen geen inbreuk op het recht op bronbescherming zou opleveren. De beschreven gevallen hadden steeds betrekking op journalisten en niet op publicisten. Er hebben zich in de strafrechtelijke context nog geen gevallen voorgedaan waarbij de vraag speelde of een bepaalde persoon wel kon worden gekwalificeerd als journalist of publicist.

De conclusie is dat de hoofddoelstelling van de wet is behaald. De uitgangspunten uit de EHRM-jurisprudentie zijn immers gecodificeerd. Ook nevendoelstellingen van de wet zijn gerealiseerd. De wet is vooralsnog toekomstbestendig gebleken, omdat deze op dit moment nog steeds in overeenstemming is met artikel 10 EVRM. Ook de tweede nevendoelstelling is behaald. De kring van verschoningsgerechtigden is in de praktijk namelijk niet ruimer geworden dan de wetgever voor ogen had.

Een EHRM-conforme *toepassing* van de wet is niet expliciet als doelstelling van de invoering van de wet geformuleerd, maar is duidelijk wel de intentie van de wetgever geweest. Er zijn geen gevallen naar voren gekomen waarin het recht op bronbescherming sinds de inwerkingtreding van de wet evident geschonden is. Een belangrijke kanttekening hierbij is dat deze conclusie is gebaseerd op een zeer klein aantal gevallen, terwijl het op grond van uitlatingen van de door mij geïnterviewde advocaten aannemelijk is dat zich meer gevallen hebben voorgedaan waarin inbreuk is gemaakt op het recht op recht op bronbescherming. Er kan niet worden uitgesloten dat het recht op bronbescherming in die mogelijke andere gevallen is geschonden.[234]

Het verdient opmerking dat de interviews met de rechter-commissaris en de advocaten aanleiding geven om te denken dat het subsidiariteitsbeginsel mogelijk niet steeds voldoende in acht wordt genomen. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van een inbreuk op het recht op bronbescherming door het EHRM is de subsidiariteit een belangrijke factor. In een aantal van de in hoofdstuk 2 besproken zaken is namelijk een schending van artikel 10 EVRM vastgesteld omdat andere middelen om dezelfde gegevens te verkrijgen niet waren benut. Voor de Nederlandse strafrechtspraktijk is het in acht nemen van de subsidiariteit dan ook belangrijk aandachtspunt.

[234] Een schending is een ongeoorloofde inbreuk.

5.2 Aanbevelingen

Uit de conclusies komen geen aanbevelingen voort. Wel worden enkele aanbevelingen voor aanpassing van de wettelijke regeling gedaan die voortvloeien uit het onderzoek.

Aanbeveling 1:
Wijzig artikelen 96a lid 3 sub b, 98 lid 6, 125l en 126hh lid 1 Sv en artikel 4 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken zodanig dat daarin niet langer wordt gesproken van een geheimhoudingsplicht ten aanzien van journalisten en publicisten.

> Artikel 96a lid 3, aanhef en sub b luidt:
> 'Op grond van hun bevoegdheid tot verschoning zijn niet verplicht aan het bevel te voldoen:
> a. (…);
> b. de personen bedoeld bij de artikelen 218 en 218a, voorzover de uitlevering met hun plicht tot geheimhouding in strijd zou zijn;'
>
> Artikel 98 leden 5 en 6 Sv luiden:
> '5. Een doorzoeking vindt bij zodanige personen, tenzij met hun toestemming, alleen plaats voor zover het zonder schending van het stands-, beroeps- of ambtsgeheim kan geschieden, en strekt zich niet uit tot andere brieven of geschriften dan die welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben.
> 6. De rechter-commissaris kan zich bij de beoordeling van de aannemelijkheid van het beroep van de verschoningsgerechtigde op zijn geheimhoudingsplicht laten voorlichten door een vertegenwoordiger van de beroepsgroep waartoe de verschoningsgerechtigde behoort.'
>
> Artikel 125*l* Sv luidt:
> 'Naar gegevens die zijn ingevoerd door of vanwege personen met bevoegdheid tot verschoning als bedoeld in de artikelen 218 en 218a, vindt, tenzij met hun toestemming, geen onderzoek plaats voor zover daartoe hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt. Een onderzoek in een geautomatiseerd werk waarin zodanige gegevens zijn opgeslagen, vindt, tenzij met hun toestemming, slechts plaats, voor zover dit zonder schending van het stands-, beroeps- of ambtsgeheim kan geschieden.'
>
> Artikel 126hh lid 1 Sv, laatste volzin luidt:
> 'De personen, bedoeld in de artikelen 218 en 218a, zijn niet verplicht aan de vordering te voldoen, voor zover de uitlevering met hun plicht tot geheimhouding in strijd zou zijn.'
>
> Artikel 4 leden 1 en 2 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken luiden:
> '1. De opsporingsambtenaar die door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc van het Wetboek van Strafvordering, kennisneemt van mededelingen waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze zijn gedaan door of aan een geheimhouder, stelt hiervan de officier van justitie onverwijld in kennis.
> 2. Indien de officier van justitie vaststelt dat de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, mededelingen zijn als bedoeld in artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering, beveelt hij terstond de vernietiging van de processen-verbaal en andere voorwerpen, voorzover zij deze mededelingen behelzen. Het bevel tot vernietiging is schriftelijk. Van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt, dat wordt gezonden aan de officier van justitie.'

De bedoeling van al deze bepalingen is om onder meer journalisten en publicisten bescherming te bieden tegen de toepassing van dwangmiddelen. Dat blijkt uit het feit dat artikel 218a Sv wordt aangehaald en uit de parlementaire geschiedenis. Wanneer deze

bepalingen letterlijk worden genomen, is echter geen sprake van bescherming van journalisten, omdat die bescherming alleen wordt toegekend voor zover sprake is van een geheimhoudingsplicht. Klassieke verschoningsgerechtigden, zoals advocaten, hebben een geheimhoudingsplicht. Journalisten hebben die daarentegen niet. Zij kunnen wel geheimhouding afspreken, maar zelfs wanneer dat niet is gebeurd, komt aan hen een verschoningsrecht toe ten aanzien van vragen die zouden kunnen leiden tot onthulling van hun bronnen. Het is daarom aan te bevelen om de bepalingen zodanig te wijzigen dat deze ook naar de letter genomen betrekking hebben op journalisten.

Wanneer het voorgestelde gemoderniseerde wetboek in werking treedt, is deze aanbeveling overbodig ten aanzien van de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering.[235] De geheimhoudingsplicht komt daarin niet terug. Er is gekozen voor andere formuleringen.[236]

Aanbeveling 2
Wijzig artikel 98 lid 1 Sv zodanig dat uit de tekst ervan blijkt dat de inbeslagneming van alle soorten voorwerpen eronder valt.

> Artikel 98 lid 1 Sv luidt:
> 'Bij personen met bevoegdheid tot verschooning, als bedoeld bij de artikelen 218 en 218a, worden, tenzij met hunne toestemming, niet in beslag genomen brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt. De rechter-commissaris is bevoegd ter zake te beslissen.'

Deze bepaling is te beperkt geformuleerd, omdat deze uitsluitend betrekking heeft op geschriften. De term 'geschrift' lijkt door de Hoge Raad weliswaar extensief te worden uitgelegd, waardoor ook gegevensdragers waarop camerabeelden zijn opgeslagen eronder kunnen vallen,[237] maar het is wenselijk dat uit de tekst van de wet voldoende duidelijk blijkt wat de reikwijdte van een wettelijke bepaling is.

Wanneer de in het gemoderniseerde wetboek voorgestelde artikelen 2.7.62-2.7.64 in werking treden, is deze aanbeveling overbodig. In die bepalingen wordt gesproken van 'voorwerpen' en 'gegevens'.

Aanbeveling 3
Wijzig artikelen 126l en 126m Sv zodanig dat de rechter-commissaris op grond van de wet verplicht wordt om te toetsen of sprake zou zijn van het afluisteren of aftappen van een verschoningsgerechtigde.

Op grond van de artikelen 126*l* en 126m Sv is de officier van justitie verplicht om een machtiging te vorderen van de rechter-commissaris voor het afluisteren van een gesprek

[235] Ik ga hierbij uit van de concept-wet waar het advies van de Raad van State op is gebaseerd. Dit kan worden geraadpleegd via https://wetgevingskalender.overheid.nl/regeling/WGK005570/documenten/Raad%20van%20State/Adviesaanvraag%20aanhangig%20bij%20Raad%20van%20State/1.
[236] Zie bijvoorbeeld de artikelen 2.7.63-2.7.65.
[237] HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553, r.o. 2.3.2.

respectievelijk het aftappen van een telefoon. Ter zake van sommige andere bevoegdheden waarvoor een machtiging van de rechter-commissaris is vereist, zoals het vorderen van belgegevens (art. 126n Sv) is na de bepaling dat de rechter-commissaris een machtiging moet afgeven, de zin 'Artikel 218a, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing' opgenomen. In artikel 126*l* en 126m Sv is niet bepaald dat verschoningsgerechtigden in beginsel niet mogen worden onderworpen aan deze maatregelen. Wel bepaalt artikel 126aa lid 2 Sv dat mededelingen die door of aan een verschoningsgerechtigde zijn gedaan in een afgeluisterd of afgetapt gesprek, moeten worden vernietigd. In de MvT wordt gesteld dat de inzet van heimelijke bevoegdheden bij verschoningsgerechtigden niet aan de orde is, omdat de voorwerpen die zijn verkregen door toepassing van die bevoegdheden moeten worden vernietigd en het dus zinloos is om dan een machtiging af te geven.[238] Vernietiging impliceert dat een gesprek is opgenomen en dat daarvan is kennisgenomen, om te beoordelen of vernietiging noodzakelijk is. Zo ver zou het niet mogen komen. Op dat moment is ten aanzien van journalisten immers al een inbreuk gemaakt op het recht op bronbescherming. Het EHRM verlangt dat een rechterlijke autoriteit uiterlijk voorafgaand aan de kennisneming van de inhoud van de gesprekken en bij voorkeur voorafgaand aan de inzet van de bevoegdheid toetst of het recht op bronbescherming zou worden geschonden door de bevoegdheid in te zetten.[239] Tegen de achtergrond van dit alles, ligt het dan ook voor de hand om de verplichting van de rechter-commissaris om te beoordelen of sprake is van een verschoningsgerechtigde en of desondanks de bevoegdheid mag worden ingezet, in de bevoegdheidverlenende normen tot uitdrukking te laten komen.

In het voorgestelde gemoderniseerde wetboek wordt het aftappen van telefoons geregeld in artikel 2.8.13 en direct afluisteren in artikel 2.8.16. Daarin wordt geen beperking aangebracht ten aanzien van verschoningsgerechtigden. Een equivalent van artikel 126aa lid 2 Sv wordt opgenomen in artikel 2.8.3. Aanbeveling 3 is derhalve ook na inwerkingtreding van het voorgenomen Wetboek van Strafvordering relevant.

Aanbeveling 4
Breng artikel 126aa lid 2 Sv en de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten met elkaar in overeenstemming.

> Artikel 126aa lid 2 Sv luidt als volgt:
> 'Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van de artikelen 218 en 218a zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd, worden deze processen-verbaal en andere voorwerpen vernietigd.'

In deze bepaling wordt gesproken van mededelingen 'door of aan' een verschoningsgerechtigde. Het is mogelijk dat een gesprek dat een journalist met een ander heeft gevoerd, is opgenomen in het kader van de tap van de telefoon van die ander. Er wordt dan gesproken van 'bijvangst'. Op grond van artikel 126aa lid 2 Sv behoort het proces-

[238] *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3 (MvT), p. 9.
[239] EHRM (GC) 14 september 2010, appl.no. 39224/03, *NJ* 2011/230 (Sanoma/Nederland), § 90.

verbaal waarin het desbetreffende tapgesprek is uitgewerkt, te worden vernietigd voor zover het mededelingen betreft ten aanzien waarvan de verschoningsgerechtigde zou mogen zwijgen wanneer hem er vragen over zouden worden gesteld. Andersoortige mededelingen mogen alleen worden opgenomen wanneer een rechter-commissaris daarvoor een machtiging heeft gegeven. Volgens § 4 van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten mag het tap-proces-verbaal daarentegen zonder meer in het procesdossier worden opgenomen. De Aanwijzing komt op dit punt niet overeen met de tekst van de wet. De benadering van de Aanwijzing zal vermoedelijk doorgaans leiden tot beslissingen die Straatsburg-*proof* zijn. Het EHRM is van opvatting dat in geval van bijvangst weliswaar sprake is van een inbreuk op artikel 10 EVRM, maar dat die inbreuk weinig ernstig is.[240] Dat is een belangrijke factor bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de inbreuk, die niet snel een schending zal opleveren. Het primaat ligt ten aanzien van de bepaling van de regels van strafvordering evenwel bij de wetgever, niet bij het College van procureurs-generaal. Het verdient daarom aanbeveling dat artikel 126aa lid 2 Sv zodanig wordt aangepast dat duidelijk wordt dat bijvangst van telefoontaps niet in alle gevallen hoeft te worden vernietigd.

De passage over bijvangst in de Aanwijzing lijkt ook betrekking te hebben op afgeluisterde gesprekken. Hierbij gaat het om gesprekken tussen een journalist en een bron die met een microfoon zijn opgevangen, zijn opgenomen en in een proces-verbaal zijn uitgewerkt. Deze gesprekken vallen in beginsel onder het bronbeschermingsrecht. Dat kan anders zijn wanneer sprake is van een maatschappelijk belang dat zwaarder weegt dan het belang van bronbescherming. In geval van afluisteren is geen sprake van bijvangst, omdat de bevoegdheid niet jegens één persoon wordt toegepast, maar de journalist en zijn gesprekspartner altijd beiden worden afgeluisterd. Ten aanzien van afgeluisterde gesprekken lijkt de regeling van artikel 126aa lid 2 Sv daarom onverkort te moeten worden toegepast.

Deze punten worden niet opgelost in het voorgestelde artikel 2.8.3 van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Aanbeveling 4 is derhalve ook relevant na inwerkingtreding van het voorgenomen Wetboek van Strafvordering,

Aanbeveling 5
Onderzoek of het wenselijk is om aan een journalist/publicist die als getuige wordt gehoord, een recht op rechtsbijstand toe te kennen.

Het horen van een journalist/publicist als getuige is weliswaar toegelaten, maar kan voor de journalist flinke risico's opleveren, zowel voor zijn reputatie als voor zijn veiligheid. Journalisten/publicisten zullen dikwijls niet goed kunnen inschatten op welke vragen zij wel en geen antwoord moeten geven. Een verhoor door de advocaat van een verdachte kan bovendien als heftig worden ervaren, waardoor het moeilijker is om juiste beslissingen te nemen. Er zou daarom kunnen worden overwogen om aan journalisten/publicisten een recht op rechtsbijstand toe te kennen en aan de journalist/publicist desgewenst een

[240] EHRM (dec.) 29 juni 2006, appl.nr. 54934/00 (Weber & Saravia), § 151.

advocaat toe te voegen. Om die overweging goed te kunnen maken, is echter nader onderzoek noodzakelijk. Immers, ook voor andere soorten personen met verschoningsrecht die als getuige worden gehoord, kan het moeilijk kan zijn om te bepalen op welke vragen wel en niet moet worden geantwoord. Wanneer het recht op rechtsbijstand ten aanzien van journalisten/publicisten zou worden ingevoerd, zouden daarom mogelijk ook anderen dan journalisten aanspraak moeten kunnen maken op gefinancierde rechtsbijstand.

Samenvatting

Hoofdstuk 1: Inleiding

In dit rapport wordt verslag gedaan van een onderzoek dat is uitgevoerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) en is aangevraagd door de Directie Wetgeving en Juridische Zaken (DWJZ), sector Straf- en sanctierecht (SSR) van het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Het onderzoek had als doel om de op 1 oktober 2018 in werking getreden Wet bronbescherming in strafzaken te evalueren. De aanleiding voor het onderzoek is gelegen in een door de Tweede Kamer aangenomen motie die opriep tot evaluatie van de wet.

In de wet is het recht op bronbescherming, dat eerder reeds voortvloeide uit rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en de Hoge Raad en uit een OM-Aanwijzing, gecodificeerd. Op grond van de wet mag een journalist/publicist de identiteit van een bron die informatie heeft verschaft, verborgen houden. De invoering van de wet heeft geleid tot wijziging van andere, reeds bestaande wetten. De kernbepaling is artikel 218a van het Wetboek van Strafvordering (Sv), waarin een verschoningsrecht wordt toegekend aan journalisten en publicisten. Dit verschoningsrecht kan worden doorbroken wanneer een rechter van oordeel is dat sprake is van een zwaarwegend maatschappelijk belang dat moet prevaleren boven het belang van bronbescherming. Het verschoningsrecht werkt door bij de toepassing van dwangmiddelen ten aanzien van journalisten/publicisten.

De onderzoeksvragen luiden als volgt:

5. *Wat waren de doelstellingen van de Wet bronbescherming in strafzaken?*
6. *Hoe vaak wordt sinds de inwerkingtreding van de Wet bronbescherming in strafzaken een beroep gedaan op het verschoningsrecht van artikel 218a Sv, hoe vaak en om welke redenen wordt dit toe- en afgewezen en wat is de door de rechter gemaakte belangenafweging?*
7. *Hoe vaak komt het voor dat dwangmiddelen worden toegepast ten aanzien waarvan het Wetboek van Strafvordering bijzondere regels kent wanneer het een persoon betreft die aanspraak kan maken op het verschoningsrecht van artikel 218a Sv en op grond van welke overwegingen wordt bepaald of de inzet van deze dwangmiddelen toelaatbaar is?*
8. *Zijn de doelstellingen van de Wet bronbescherming in strafzaken behaald?*

Om de eerste onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden is de parlementaire geschiedenis bestudeerd. Voor de beantwoording van onderzoeksvragen 2 en 3, die betrekking hebben op de toepassing van de wet, is op verschillende manieren getracht gevallen te verzamelen waarin het recht op bronbescherming een rol speelde in strafzaken sinds de inwerkingtreding van de wet. Er is gezocht naar rechterlijke uitspraken op rechtspraak.nl en in het e-archief (met niet-gepubliceerde uitspraken) van de rechtspraak. Aan rechters-commissarissen is verzocht om relevante beslissingen ter beschikking te stellen. Kwaliteitsofficieren van justitie in vijf parketten zijn benaderd om gevallen op te sporen die binnen die parketten hebben gespeeld. Verder is in mediaberichten gezocht naar gevallen. Ten slotte zijn journalisten, de algemeen secretaris van de Nederlandse Vereniging van

Journalisten, een rechter-commissaris, een officier van justitie en twee strafrechtadvocaten geïnterviewd. In de interviews is ook aandacht besteed aan opvattingen over de mate van bescherming die de wet biedt.

De dataverzameling heeft weinig gevallen opgeleverd. In totaal zijn acht gevallen bekend geworden. Over twee daarvan is geen feitelijke informatie bekend geworden. Het zeer kleine aantal gevonden gevallen heeft als gevolg dat een kwantitatieve analyse nauwelijks mogelijk was. Hoewel onderzoeksvragen 2 en 3 kwantitatief zijn geformuleerd, is het uiteindelijk uitgevoerde onderzoek daarom meer kwalitatief ingestoken.

Hoofdstuk 2: Context: het recht op bronbescherming volgens het EHRM

Het recht op bronbescherming is een aspect van het recht op uitingsvrijheid, dat wordt gegarandeerd in artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het recht op bronbescherming is een belangrijk recht in een democratische samenleving. Journalisten worden door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) beschouwd als publieke waakhond. Zij moeten kunnen berichten over nieuwsfeiten, in het bijzonder wanneer sprake is van misstanden binnen de overheid. Het publiek moet daarvan kennis kunnen nemen. Wanneer een journalist gedwongen kan worden om de identiteit van een bron prijs te geven, zullen bronnen minder snel bereid zijn om informatie aan journalisten te verstrekken. De journalist die een uitlating heeft gedaan in het kader van een publiek debat, is daarom op grond van de jurisprudentie van het EHRM in beginsel niet verplicht om desgevraagd de identiteit van zijn bron te onthullen of om niet-gepubliceerde informatie te geven die zou kunnen leiden tot identificatie van de bron. Het recht op bronbescherming komt echter alleen toe aan personen die als een verantwoordelijke journalist optreden. Dit betekent dat bepaalde journalistieke normen in acht moeten zijn genomen. In strafzaken kan een journalist met een beroep op zijn recht op bronbescherming weigeren vragen te beantwoorden wanneer hij als getuige wordt gehoord. Ook mogen dwangmiddelen die kunnen leiden tot onthulling van de identiteit van een bron in beginsel niet worden toegepast.

In bijzondere gevallen kan een inbreuk op het recht op bronbescherming echter gerechtvaardigd zijn. In die gevallen is sprake van een zwaarwegend maatschappelijk belang, dat prevaleert boven het belang van bronbescherming. In de jurisprudentie van het EHRM is een normatief kader ontwikkeld dat wordt gebruikt om te beoordelen of een inbreuk op het recht op bronbescherming al dan niet geoorloofd is geweest. Uit dat normatieve kader volgt dat de inbreuk een basis moet hebben in een juridische norm die voldoende duidelijk is en die voldoende waarborgen bevat tegen willekeurig overheidsoptreden. Een belangrijke waarborg is de toetsing door een rechter of andere onpartijdige instantie van de rechtmatigheid van de inbreuk. Die toetsing moet bij voorkeur plaatsvinden voorafgaand aan de inzet van de bevoegdheid, en in ieder geval voorafgaand aan de kennisneming van de door de bevoegdheid verkregen gegevens. Inbreuken op het recht op bronbescherming moeten verder een legitiem doel dienen en moeten noodzakelijk zijn. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid zijn de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit belangrijk. Klachten bij het EHRM over schending van het recht op bronbescherming hebben al dikwijls

geleid tot de vaststelling van schendingen van artikel 10 EVRM. Dat was ook het geval in drie Nederlandse zaken waarin dwangmiddelen tegen journalisten waren toegepast.

Hoofdstuk 3: Totstandkoming, doelstellingen en inhoud van de wet

Het hoofddoel van de Wet bronbescherming in strafzaken was om de regels en uitgangspunten over het recht op bronbescherming die uit de EHRM-jurisprudentie volgen, te codificeren. De wens bestond om dit op een toekomstbestendige wijze te doen. Een nevendoel van de wet is daarom dat de wet toekomstbestendig zou zijn, zodat de wet ook in geval van ontwikkelingen in de EHRM-jurisprudentie in overeenstemming is met artikel 10 EVRM. Het is daarom de bedoeling dat de wet wordt uitgelegd op een manier die in overeenstemming is met de EHRM-jurisprudentie. De centrale bepaling in de wet is artikel 218a Sv. Hierin is een verschoningsrecht toegekend aan journalisten en publicisten die zich in het publieke debat mengen door middel van publicaties met nieuwswaarde.

Het verschoningsrecht komt toe aan zowel journalisten als publicisten. Journalisten publiceren beroepsmatig. Publicisten doen dat niet. Er is geen afgebakend criterium gegeven op grond waarvan kan worden bepaald of iemand als publicist moet worden beschouwd. Daardoor is de term publicist enigszins onbepaald. Bij de bepaling of sprake is van een publicist, is relevant of de publicerende persoon handelt conform journalistieke normen en of deze regelmatig publiceert.

Tijdens de parlementaire behandeling van de wet is veel aandacht uitgegaan naar kring van verschoningsgerechtigden. De motie die de aanleiding vormt voor het onderhavige onderzoek, is ingediend in het kader van de discussie over de betekenis van de term ‘publicist’. De motie geeft uitdrukking aan de zorg dat ook personen aan wie op grond van de bedoeling van de wetgever geen verschoningsrecht toekomt, zich op het verschoningsrecht zouden kunnen beroepen en dat dergelijke beroepen mogelijk zouden worden gehonoreerd door rechters. Dat werd door sommige parlementariërs onwenselijk geacht. Uit het voorgaande vloeit een tweede nevendoel van de wet voort: met de wet wordt beoogd om alleen bescherming te bieden aan personen die volgens de wetgever bescherming verdienen.

Wanneer een journalist of publicist als getuige wordt gehoord, heeft deze het recht om te weigeren op vragen te antwoorden wanneer uit deze antwoorden de identiteit van de bron zou kunnen afgeleid. Dit verschoningsrecht is echter niet absoluut. Een rechter kan in uitzonderlijke gevallen bepalen dat een zwaarwegend maatschappelijk belang moet prevaleren boven het recht op bronbescherming. Van een zwaarwegend maatschappelijk belang kan sprake zijn in geval het noodzakelijk wordt geacht om strafbare feiten te voorkomen, beëindigen of op te sporen. Bij de beoordeling van die noodzakelijkheid moet conform de jurisprudentie van het EHRM worden getoetst aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.

Om te voorkomen dat de identiteit van een bron achterhaald zou kunnen worden door dwangmiddelen toe te passen op een journalist/publicist, zijn beperkingen gesteld aan de inzet van bepaalde dwangmiddelen jegens journalisten. Die dwangmiddelen mogen alleen worden toegepast wanneer sprake is van een maatschappelijk belang dat zwaarder weegt dan het recht op bronbescherming. Het is aan de rechter om deze afweging te maken.

De officier van justitie die overweegt om een dwangmiddel aan te wenden tegen een journalist/publicist, moet om instemming vragen aan de hoofdofficier van justitie. Ook moet het College van procureurs-generaal op de hoogte worden gesteld. Deze procedure is bepaald in de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten. Daarin zijn ook andere normen neergelegd die het OM in acht moet nemen.

Hoofdstuk 4: De wet in de praktijk

In totaal heeft het onderzoek acht gevallen opgeleverd waarin bronbescherming sinds de inwerkingtreding van de wet een rol speelde in een strafrechtelijke context. Ten aanzien van twee van deze gevallen zijn geen feiten bekend geworden. Analyse van de zes overige gevallen heeft geen ongerechtvaardigde inbreuken op het recht op bronbescherming aan het licht gebracht. Omdat de verzamelde data vaak niet alle relevante feiten bevatten, kan echter niet worden uitgesloten dat het recht op bronbescherming soms wel is geschonden. In de bestudeerde gevallen was steeds sprake van een journalist.

Op basis van dit onderzoek kan niet worden geconcludeerd dat het kleine aantal gevallen waarin inbreuk is gemaakt op het recht op bronbescherming, het gevolg is van invoering van een normatief kader ter zake van het recht op bronbescherming in het Wetboek van Strafvordering. Voordat de wet in werking trad, bleken de meeste aspecten daarvan namelijk al uit de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad en uit het OM-beleid. De inwerkingtreding van de wet en van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten heeft wel bijgedragen aan de bewustwording van het belang van bronbescherming binnen het OM. Dit kan worden afgeleid uit de mededelingen daarover door een geïnterviewde officier van justitie en uit het feit dat ongeveer vanaf het moment van inwerkingtreding van de wet in de opleiding van officieren van justitie aandacht wordt besteed aan de toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten/publicisten. Ook heeft de inwerkingtreding van de wet geleid tot een aanscherping van de in OM-Aanwijzing gebruikte formuleringen, wat de bewustwording eveneens kan hebben bevorderd.

De wet biedt volgens de geïnterviewde journalisten en advocaten redelijk goede bescherming en volgens de geïnterviewde officier van justitie en rechter-commissaris goede bescherming tegen inbreuken op het recht op bronbescherming. Over de toepassing van de wet lopen de opvattingen uiteen. Het uitgangspunt van het OM-beleid is dat journalisten in beginsel niet worden blootgesteld aan dwangmiddelen. Alleen in uitzonderlijke gevallen zal daarop een uitzondering worden gemaakt. Officieren van justitie die in het kader van dit onderzoek schriftelijke input hebben gegeven of zijn geïnterviewd, hebben aangegeven dat men zich binnen het OM sterk bewust is van de noodzaak om terughoudend om te gaan met de inzet van dwangmiddelen jegens journalisten. In vier van de zes gevallen waarover feitelijke informatie bekend is geworden, was sprake van een verhoor van een journalist op verzoek van de advocaat van de verdachte. Dit kan worden beschouwd als een aanwijzing dat het OM zelden het initiatief neemt om een journalist als getuige op te roepen. Een ander geluid komt uit de advocatuur. De twee advocaten die zijn geïnterviewd, zien namelijk geen tekenen van terughoudendheid bij het OM als het gaat om de toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten.

Hoofdstuk 5: Conclusies

Onderzoeksvraag 1: doelstellingen wet

De wet had als hoofddoel om het recht op bronbescherming, dat voortvloeit uit de op artikel 10 EVRM gebaseerde jurisprudentie van het EHRM, te codificeren. Er kunnen twee nevendoelen worden onderscheiden. Het eerste nevendoel is dat de wet toekomstbestendig is, in de zin dat geen wetswijziging hoeft te worden doorgevoerd wanneer het EHRM het recht op bronbescherming in de toekomst anders zou gaan uitleggen. Het tweede nevendoel is dat de wet alleen bescherming biedt aan personen die voldoen aan de voorwaarden om als journalist of publicist te kunnen worden aangemerkt. De kring van verschoningsgerechtigden zou in de praktijk niet ruimer moeten worden getrokken dan de bedoeling van de wetgever is geweest.

Onderzoeksvraag 2: beroep op het verschoningsrecht in de praktijk

De dataverzameling heeft slechts acht gevallen opgeleverd, waarbij van twee gevallen – die door de geïnterviewde advocaten werden genoemd – niet meer bekend is geworden dan dat de gevallen zich hebben voorgedaan. De verzamelde data ter zake van de andere zes gevallen bevatten niet steeds alle gegevens die relevant zijn om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden. Het onderzoek heeft derhalve weinig gevallen opgeleverd waarin het recht op bronbescherming een rol speelde. Het is aannemelijk dat zich ook andere gevallen hebben voorgedaan, die in dit onderzoek niet naar voren zijn gekomen. Omdat slechts een klein aantal gevallen is gevonden en omdat dit vermoedelijk geen compleet beeld geeft, is het trekken van kwantitatieve conclusies niet goed mogelijk. Het uitgevoerde onderzoek geeft niettemin wel een beeld van de toepassing van de wet in de praktijk.

In alle zes gevallen waarover feitelijke informatie bekend is geworden, was sprake van een journalist en dus niet van een publicist. In vier gevallen is een journalist als getuige gehoord en heeft deze zich daarbij op het verschoningsrecht beroepen. In één geval was sprake van inbeslagneming van een telefoon van een journalist. In het zesde geval is mogelijk een telefoongesprek opgenomen waaraan een journalist deelnam.

In geen van de zaken heeft een rechter geoordeeld dat sprake was van een zodanig zwaarwegend maatschappelijk belang dat de journalist geen aanspraak kon maken op zijn verschoningsrecht. In vier gevallen is aanspraak gemaakt op het verschoningsrecht tijdens het verhoor van een journalist als getuige. In twee van die gevallen is die aanspraak ook gehonoreerd, in twee andere gevallen is niet duidelijk of dat het geval was. In één van de vier gevallen was de rechter-commissaris van oordeel dat een bepaalde vraag moest worden beantwoord, omdat niet aannemelijk was geworden dat de beantwoording van de vraag door de journalist een risico opleverde dat de identiteit van de bron zou worden onthuld. De rechtbank die later over deze zaak oordeelde, was echter van opvatting dat op grond van EHRM-jurisprudentie moest worden uitgegaan van een ruimere interpretatie van het recht op bronbescherming, maar motiveerde niet waarom de door haar gekozen uitleg in lijn met die jurisprudentie was.

Onderzoeksvraag 3: toepassing dwangmiddelen in de praktijk

Ook ten aanzien van de derde onderzoeksvraag is een belangrijke beperking dat slechts een klein aantal gevallen is gevonden waarin bronbescherming een rol speelde. In slechts enkele van die gevallen was ook sprake van de toepassing van dwangmiddelen. In twee zaken was de vraag aan de orde of een journalist die weigerde te verklaren, zou worden gegijzeld. In de ene zaak is besloten niet tot gijzeling over te gaan, omdat de rechter dat niet dringend noodzakelijk achtte. In de andere zaak heeft de rechter-commissaris de gijzeling van de journalist bevolen, omdat deze weigerde een vraag van de verdediging te beantwoorden, hoewel wat de rechter-commissaris betreft niet aannemelijk was geworden dat de identiteit van een getuige zou kunnen worden onthuld door de vraag te beantwoorden. De gijzeling heeft één dag geduurd. Toen stelde de rechtbank de journalist in vrijheid, omdat zij van oordeel was dat de journalist het recht had om de gestelde vraag niet te beantwoorden.

Er is één geval bekend geworden waarin de smartphone van een journalist in beslag is genomen. De smartphone is enkele uren later teruggegeven. In de civielrechtelijke zaak die hierover werd gevoerd, oordeelde de rechtbank dat de inbeslagneming niet onrechtmatig is geweest en geen aantoonbare inbreuk op het recht op bronbescherming heeft plaatsgevonden. Het is niet aannemelijk geworden dat de politie kennis heeft genomen van de inhoud van de smartphone. Er zijn geen gevallen gevonden die zich na de inwerkingtreding van de wet hebben voorgedaan, waarin met zekerheid sprake was van het aftappen van een telefoon van een journalist, het afluisteren van een gesprek dat een journalist heeft gevoerd, het vorderen van belgegevens of andere gegevens of het doorzoeken van het kantoor of de woning van een journalist.

Er kan weinig worden geconcludeerd ten aanzien van de overwegingen van rechters om een dwangmiddel al dan niet in te zetten of de inzet achteraf (on)rechtmatig te achten. De officier van justitie en rechter-commissaris die zijn geïnterviewd, hebben aangegeven dat zij, binnen de grenzen van de wet, bereid zijn om de mogelijkheden voor de inzet van dwangmiddelen te verkennen wanneer dat noodzakelijk is voor de opsporing van een ernstig strafbaar feit. De geïnterviewde advocaten hebben aangegeven dat zij de indruk hebben dat het subsidiariteitsbeginsel niet steeds in acht wordt genomen door de justitiële autoriteiten. Ook als bepaalde gegevens op een andere manier kunnen worden verkregen dan door het toepassen van een dwangmiddel jegens een journalist, worden journalisten in hun ervaring aan dwangmiddelen onderworpen, waardoor inbreuk wordt gemaakt op het recht op bronbescherming. De rechter-commissaris met wie is gesproken, gaf aan dat tijdens het opsporingsonderzoek de inhoud van het einddossier nog niet bekend is en dat bevoegdheden daarom niet alleen worden ingezet omdat er geen enkele andere mogelijkheid bestaat om de van belang geachte gegevens te verkrijgen. Hierin kan tot op zekere hoogte bevestiging worden gevonden voor de opvatting van de advocaten dat het subsidiariteitsbeginsel niet steeds in acht wordt genomen.

De invoering van de wet en van de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen journalisten heeft volgens respondenten geleid tot meer bewustwording van het belang van een terughoudende opstelling van justitie als het gaat om de toepassing van dwangmiddelen tegen journalisten. De respondenten zijn van opvatting dan de wet een (redelijk) goede bescherming biedt tegen inbreuken op het recht op bronbescherming.

Onderzoeksvraag 4: doelstellingen behaald?
De hoofddoelstelling van de wet is behaald. De uitgangspunten uit de EHRM-jurisprudentie zijn immers gecodificeerd. Ook de nevendoelstellingen van de wet zijn gerealiseerd. De wet is tot nu toe toekomstbestendig gebleken, omdat deze op dit moment nog steeds in overeenstemming is met artikel 10 EVRM. Daarmee is voldaan aan de eerste nevendoelstelling Ook de tweede nevendoelstelling is behaald. De kring van verschoningsgerechtigden is in de praktijk namelijk niet ruimer dan de wetgever voor ogen had.

Een EHRM-conforme *toepassing* van de wet is niet expliciet als doelstelling van de invoering van de wet geformuleerd, maar is duidelijk wel de intentie van de wetgever geweest. Er zijn bij het onderhavige onderzoek geen gevallen naar voren gekomen waarin het recht op bronbescherming sinds de inwerkingtreding van de wet evident geschonden is. Daarbij is opnieuw een belangrijke kanttekening dat deze vaststelling is gebaseerd op een zeer klein aantal gevallen. Er kan niet worden uitgesloten worden dat zich meer gevallen hebben voorgedaan waarin het recht op bronbescherming een rol speelde en waarbij inbreuk is gemaakt op dat recht.

Het verdient opmerking dat de interviews met de rechter-commissaris en de advocaten aanleiding geven om te denken dat het subsidiariteitsbeginsel mogelijk niet steeds voldoende in acht wordt genomen. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van een inbreuk op het recht op bronbescherming door het EHRM is de subsidiariteit een belangrijke factor. In een aantal van de in hoofdstuk 2 besproken zaken is namelijk een schending van artikel 10 EVRM vastgesteld omdat andere middelen om dezelfde gegevens te verkrijgen niet waren benut. Voor de Nederlandse strafrechtspraktijk is het in acht nemen van de subsidiariteit tegen die achtergrond dan ook belangrijk aandachtspunt.

Bijlage: samenstelling begeleidingscommissie

prof. mr. P.T.C. (Petra) van Kampen (voorzitter)
hoogleraar Strafrechtspraktijk aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht en advocaat bij Franken Van Kampen Groenhuijsen Advocaten

dr. S. (Saskia) Baas (projectbegeleider)
wetenschappelijk medewerker bij het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Justitie en Veiligheid

mr. dr. S.S. (Sara) Arendse
raadadviseur bij de Directie Wetgeving en Juridische Zaken, sector Straf- en sanctierecht, van het Ministerie van Justitie en Veiligheid

mr. dr. M. (Marloes) van Noorloos
universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht aan Tilburg University

mr. dr. M. (Mojan) Samadi
universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden