

Nr. 25 Strafadvocaten e.a./Staat

Rechtbank 's-Gravenhage 23 juli 2014
 Zaaknummer: C/09/455237 / HA ZA 13-1325

Vonnis in de zaak van

1. [eiser 1], (hierna: [eiser 1]), wonende te [woonplaats 1],
2. [eiser 2], (hierna: [eiser 2]), wonende te [woonplaats 2],
3. [eiser 3], (hierna: [eiser 3]), wonende te [woonplaats 3],
4. [eiser 4], (hierna: [eiser 4]), wonende te [woonplaats 4],
5. [eiser 5], (hierna: [eiser 5]), wonende te [woonplaats 5],
6. De vereniging Nederlandse Vereniging voor Strafrechtadvocaten, (hierna: de NVSA), gevestigd te Goirle,
7. De vereniging Nederlandse Vereniging voor Journalisten, (hierna: de NVJ), gevestigd te Amsterdam,
8. De vereniging Internet Society Nederland, (hierna: Internet Society Nederland), gevestigd te Den Haag,
9. De stichting Stichting Privacy First, (hierna: Privacy First), gevestigd te Amsterdam,

tegen

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), gevestigd te Den Haag, gedaagde, advocaat mr. E.J. Daalder te Den Haag.

Eisers zullen hierna ieder afzonderlijk worden aangeduid zoals in de kop van dit vonnis vermeld en gezamenlijk als eisers. Gedaagde zal worden aangeduid als de Staat.

1. De procedure

[...]

2. De feiten

[...]

3. De Wiv 2002

[...]

4. Het geschil

[...]

5. De beoordeling

[...]

5.29. Geen van de uitspraken van het EHRM betreffende het verzamelen en de verwerking van gegevens heeft betrekking op de uitwisseling van gegevens in het kader van internationale samenwerking. Het EHRM heeft steeds de nationale wetgeving betreffende de inzet van (bijzondere) bevoegdheden van de nationale inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de betrokken lidstaat getoetst. Bij internationale samenwerking op het gebied van geheime surveillance bestaat er naar het oordeel van de rechtbank temeer aanleiding voor een bijzondere, dat wil zeggen minder stringente, invulling van de eisen die artikel 8 lid 2 EVRM stelt aan de gerechtvaardigheid van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van het individu, in het bijzonder wat betreft de voorzienbaarheid van de nationale wetgeving. Dit, om de volgende redenen.

5.30. In verband met de uitwisseling van gegevens tussen de diensten en buitenlandse diensten geldt allereerst dat deze gegevens worden verzameld door de buitenlandse diensten op basis van de hun toekomstige (bijzondere) bevoegdheden. Dit betekent dat het van de waarborgen van de voor die buitenlandse diensten geldende regels afhangt of bij de uitoefening van de bijzondere bevoegdheden van die diensten wordt voldaan aan (het voor de diensten geldende) artikel 8 EVRM. In dit verband is niet van belang of bij de inzet van de bevoegdheden van de buitenlandse diensten sprake is van gerichte of van ongerichte interceptie van telecommunicatie en of die interceptie betrekking heeft op kabelgebonden of op niet-kabelgebonden telecommunicatie. Ook de ongerichte interceptie van kabelgebonden telecommunicatie kan immers, mits met voldoende waarborgen omkleed, aan de voorzienbaarheidstoets van artikel 8 lid 2 EVRM

voldoen. Hieruit vloeit voort dat de ontvangst en het gebruik van gegevens door de diensten van buitenlandse diensten die door die diensten zijn vergaard door ongerichte interceptie van kabelgebonden telecommunicatie, op zichzelf niet zonder meer onrechtmatig is, ofschoon hier te lande de Wiv 2002 niet voorziet in de bevoegdheid van de diensten om op die manier inlichtingen te verzamelen. Dit geldt ook voor de inzet van eventuele andere (bijzondere) bevoegdheden waarover die buitenlandse diensten beschikken en de diensten niet.

[...]

5.34. Eisers werpen de Staat tegen dat de *modus operandi* van inlichtingen- en veiligheidsdiensten, op grond waarvan diensten elkaar niet plegen te informeren over hun bronnen, en het wederkerigheidsbeginsel ten aanzien van de uitwisseling van informatie, waarop de Staat zich beroept, geen valide argumenten vormen voor het ontbreken van de door hen gestelde waarborgen. Die feitelijke praktijk kan naar het oordeel van de rechtbank echter niet door de Staat worden genegeerd, terwijl uit het oogpunt van nationale veiligheid niet van de Staat kan worden verwacht dat hij de samenwerking met buitenlandse diensten als gevolg van die praktijk ook dan verbreekt als deze diensten op zichzelf voldoen aan de eerder geschetste criteria voor samenwerking. Als eenmaal aan de criteria voor samenwerking wordt voldaan, noopt artikel 8 EVRM niet tot het eerder genoemde "hek aan de grens". En juist dit vormt de kern in deze procedure voor zover het gaat om de ontvangst en het gebruik van gegevens door de diensten van buitenlandse diensten wanneer deze gegevens zijn verkregen met de inzet van bevoegdheden waarover de Nederlandse diensten niet beschikken, waaronder met behulp van 'PRISM' of vergelijkbare programma's.

5.35. De omstandigheid dat niet kan worden uitgesloten dat, ondanks de internationale verdragsverplichtingen en de nationale wet- en regelgeving waaraan de desbetreffende buitenlandse diensten zijn gebonden, de diensten gegevens verwerven die in het buitenland zijn verzameld op een wijze die niet in overeenstemming is met artikel 8 EVRM, doet hieraan geen afbreuk. In dit verband is van belang dat 'eenieder' in Nederland verschillende wegen kan bewandelen om, desgewenst, de ontvangst en het gebruik van gegevens door de diensten die afkomstig zijn van (bepaalde) buitenlandse diensten te redresseren. Het CTIVD is een onafhankelijk toezichtorgaan dat toezicht houdt op de rechtmatigheid van de uitvoering van de Wiv 2002 en de Wet veiligheidsonderzoeken. Zij beschikt voor de uitvoering van haar wettelijke taak over verregaande bevoegdheden, waarbij zij toegang heeft tot alle relevante informatie van de AIVD en de MIVD. Zij heeft voorts de bevoegdheid alle medewerkers van de diensten te horen, getuigen (onder ede) of deskundigen te horen en plaatsen te betreden. Ook kan zij werkzaamheden aan deskundigen opdragen, indien een goede taakuitvoering dit noodzakelijk maakt. Niet alleen verricht de CTIVD in het kader van haar toezichthoudende taak onderzoeken, waarvan zij rapport uitbrengt, zij kan ook de betrokken ministers gevraagd en ongevraagd adviseren over haar bevindingen en heeft ook tot taak te adviseren over de afhandeling van klachten over de diensten. Het CTIVD is, met andere woorden, bij uitstek een geschikt orgaan om in algemene zin, dan wel in een concrete situatie, de geoorlooftheid van de ontvangst en het gebruik van gegevens door de diensten te beoordelen. De geoorlooftheid van het bestuurlijk handelen van de diensten kan voorts aan de Nationale ombudsman ter beoordeling worden voorgelegd. Het externe toezicht op de bevoegdheidsuitoefening zal (achteraf) in voorkomende gevallen kunnen plaatsvinden door de burgerlijke rechter indien een belanghebbende van oordeel is dat er een onrechtmatige daad is gepleegd. De *modus operandi* is dus, anders dan eisers stellen, geen vrijbrief of "absoluut verschoningsrecht" voor het handelen van diensten bij het verwerven van gegevens van buitenlandse diensten.

5.36. Zoals eisers aanvoeren, is in de uitspraak van EHRM 22 november 2012, app. no. 39315/06 (*Telegraaf Media Nederland Landelijke Media BV and others/The Netherlands*) geoordeeld dat de Wiv 2002 niet in "accordance with the law" is omdat niet is voorzien in een rechterlijke toets voorafgaand aan de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten om hun journalistieke bronnen te achterhalen. In die zaak was evenwel voldoende aanemelijk dat de journalisten van *De Telegraaf* op basis van de inzet van een daartoe strekkende bijzondere bevoegdheid werden afgeluisterd door de AIVD. Bovendien had het in die zaak (in de nationale procedure) gevorderde gebod tot het staken van alle onderzoeken en het gebruik van bijzondere bevoegdheden door de AIVD, uitsluitend betrekking op de desbetreffende journalisten. Dit nu is in deze zaak anders. Eisers hebben, anders dan een algemene beschrijving van hun activiteiten, geen feiten gesteld

waaruit enige concrete aanwijzing blijkt dat met betrekking tot hen persoonlijk gegevens door de diensten zijn ontvangen en gebruikt die zijn verzameld door buitenlandse diensten in strijd met artikel 8 EVRM. De gevorderde verklaring voor recht en het gevorderde gebod de ontvangst en het gebruik van gegevens van buitenlandse diensten te staken, hebben verder niet slechts betrekking op eisers, maar zijn algemeen van aard. 5.37. Gelet op dit alles is de enkele omstandigheid dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de diensten gegevens ontvangen en gebruiken die door de buitenlandse diensten zijn verzameld op een wijze die niet in overeenstemming is met artikel 8 EVRM, onvoldoende voor de conclusie dat, bij gebreke aan de door eisers gestelde waarborgen in de Wiv 2002, de ontvangst en het gebruik door de diensten van gegevens afkomstig van buitenlandse diensten die zijn vergaard met de inzet van bevoegdheden waarover de diensten zelf niet beschikken onder alle omstandigheden in strijd met artikel 8 EVRM is.

[...]

6. De beslissing

De rechtbank:

- 6.1. wijst de vorderingen af;
- 6.2. veroordeelt eisers in de kosten van de procedure aan de zijde van de Staat, tot op heden begroot op € 1.493,-;
- 6.3. verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.F.M. Hofhuis, mr. M.J. Alt-van Endt en mr. M.C. Ritsema van Eck-van Drempt en in het openbaar uitgesproken op 23 juli 2014.

Noot

Bart van der Sloot

Mr. B. van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam.

De zaak betreffende de samenwerking van de Nederlandse inlichtingendiensten met buitenlandse, specifiek de Britse en Amerikaanse, diensten is om meerdere redenen van belang. Zo legt het naadloos bloot welke problemen er zijn gemoeid met de toepassing van het huidige regime op de nieuwe privacyschendingen die samenhangen met de technologische ontwikkelingen. Niet voor niets spelen drie van de vier klassieke ontvankelijkheidsverweren een belangrijke rol: de *ratione personae*, de *ratione materiae* en de *ratione loci* (de vierde doctrine, de *ratione temporis*, speelt (vooralsnog) geen rol) – de zaak raakt aan de randen van het recht op privacy. Gezien de beperkte ruimte hier zal slechts op de eerste van deze punten worden ingegaan. De klacht betreft in het kort de schending van artikel 8 EVRM door de Nederlandse staat door van buitenlandse diensten gegevens te ontvangen die via ongeoorloofde middelen zijn vergaard, de staat te verbieden dergelijke gegevens van buitenlandse diensten te ontvangen en openheid van zaken te geven over dergelijke praktijken en wie ze raken. Er zijn in deze zaak 9 klagers, waaronder 5 natuurlijke personen, Bart Nooitgedagt (strafrecht advocaat), Brenno de Winter (onderzoeksjournalist), Jeroen van Beek (adviseur informatiebeveiliging), Rob Gongrijp (internationaal vermaard hacker) en Mathieu Paapst (wetenschapper), en vier rechtspersonen, namelijk de Nederlandse Vereniging voor Strafrecht Advocaten (NVSA), de Nederlandse Vereniging voor Journalisten (NVJ), de Internet Society Nederland en de Stichting Privacy First.

Centraal staat de *ratione personae*, de vraag of de partijen wel getroffen zijn door de zaak waarover zij klagen. Uitgangspunt hierbij is, zeker als wordt geklaagd bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat alleen zij mogen klagen die individueel en persoonlijk getroffen zijn door de misstand (uitzonderingen o.a. *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev/Bulgaria*, *André and another/France, Liberty and other/ United Kingdom*, *Ernst and others/Belgium*). Andere dan natuurlijke personen (zoals rechtspersonen en groepen natuurlijke personen) worden doorgaans niet-ontvankelijk verklaard, wat ook geldt voor *in abstracto* claims (aangaande wetten of beleid als zodanig, zonder dat zij in de praktijk zijn gebracht), class actions (waarbij partijen klagen niet uit persoonlijk, maar uit algemeen belang) en hypothetische klachten (betreffende zaken waarbij onduidelijk is of schade is opgetreden of dit een in de toekomst liggend geval betreft). De staat voert aan dat geen van de partijen ont-

vankelijk moet worden verklaard, behalve Privacy First en zelfs deze slechts voor een gedeelte van de klacht. Alhoewel zij in lijn met de voor omschreven doctrine de algemeen geformuleerde eisen en stellingen verwerpt, overweegt de rechtbank ten aanzien van de ontvankelijkheid van de klagers anders.

Ten aanzien van Privacy First en Internet Society Nederland overweegt zij dat zij opkomen voor een publiek belang. Hierbij kan worden verwezen naar twee recente uitspraken, in een zaak omtrent de uitgifte van nieuwe paspoorten, aangespannen door stichting Privacy First en een aantal natuurlijke personen, waaruit volgt dat de Nederlandse situatie op dit punt iets ruimer is dan de Europese. In eerste aanleg werden de natuurlijke personen door de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard omdat zij eerst een bestuursrechtelijke klacht hadden moeten indienen en werd Privacy First door de rechtbank niet-ontvankelijk verklaard omdat het geen eigen belang zou hebben. 'Zij komt uitsluitend op voor een belang dat voortvloeit uit de bundeling van de privacybelangen van – naar zij zelf stelt – alle Nederlanders boven de twaalf jaar die een paspoort of identiteitskaart aanvragen. Al deze personen kunnen echter zelf opkomen tegen de verplichting tot het verstrekken van biometrische gegevens, zodat het door Privacy First gestelde belang uitsluitend een bundeling van belangen van die personen betreft. Bovendien betreft dit door Privacy First gestelde algemene belang, te weten de bescherming van de privacy van alle Nederlanders, een zuiver ideëel belang. Naar vaste rechtspraak kan het enkele ideële belang niet gelden als een voldoende belang in de zin van artikel 3:303 BW [...]’ (Rb. Den Haag 2 februari 2011, *ECLI:NL:RBSGR:2011:BP2860*, r.o. 4.6). Het gerechtshof verklaarde de stichting in hoger beroep echter wel ontvankelijk, mede omdat Privacy First niet slechts de gebundelde belangen van specifieke individuen vertegenwoordigt, maar voor het algemeen belang opkomt (Hof Den Haag 18 februari 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:412*).

De rechtbank volgt deze benadering in de onderhavige zaak en verklaart Privacy First ontvankelijk omdat zij zich wegens haar statuten richt op het 'behouden en bevorderen van het recht op privacy', tegen zij beoogt te realiseren door onder meer het in rechte optreden voor 'alle burgers in Nederland ter bescherming van dit algemene belang'. Dit lijkt inderdaad een algemeen belang en tevens een belang dat met deze zaak is gemoeid. De rechtbank oordeelt dat ook Internet Society Nederland ontvankelijk is omdat zij een algemeen belang verdedigt, namelijk verbonden aan haar doelstelling van 'het stimuleren van gebruik en toepassingen van het internet in Nederland en het participeren in de evolutie en ontwikkelingen van het internet in de internationale context'. Het is sterk de vraag wat dit belang nu precies inhoudt, of het een algemeen belang is en helemaal of dit vermeende publieke belang centraal staat in deze zaak, waar het gaat om het uitwisselen van gegevens tussen inlichtingendiensten en niet om het stimuleren van het gebruik van internet in Nederland.

Daarnaast geldt nog een ander opmerkelijk punt, namelijk aangaande de eis de staat te gelasten passende maatregelen te treffen, onder andere het wissen van gegevens. De vraag is hierbij of een civiele procedure, gebaseerd op het onrechtmatig handelen van de staat (civielrechtelijke procedure), niet voortijdig is. De Wiv biedt personen niet de mogelijkheid hun gegevens te wissen; burgers zouden een dergelijk verzoek toch kunnen indienen en een afwijzend besluit bij de bestuursrechter kunnen aanvechten. De rechter overweegt echter dat niet kan 'worden aangenomen dat, met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, het gestelde onrechtmatige handelen van de Staat dat ten grondslag ligt aan de desbetreffende vorderingen, alleen door de betrokken burger zelf kan worden aangevochten in het kader van een bestuursrechtelijke procedure na een (daartoe uitgelokt) afwijzend besluit van de betrokken minister op een aanvraag in de zin van de artikelen 47 of 51 Wiv 2002.' (r.o. 5.5-5.6) Dit leidt volgens de rechtbank tot de conclusie dat Privacy First en Internet Society Nederland ook in deze vordering kunnen worden ontvangen. Dit is opmerkelijk omdat het nu voorkomt alsof deze twee partijen niet een algemeen, publiek belang vertegenwoordigen, zoals de rechtbank eerst stelt, maar opkomen voor de gebundelde belangen van diegenen die niet kunnen worden geacht deze rechtsgang zelf te doorlopen.

Aan dit vraagstuk verbonden is de ontvankelijk verklaring van de NVSA en de NVJ, waarbij de rechtbank verwijst naar artikel 3:305a BW, dat bepaalt dat een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsovername kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt (zie verder: WODC, Rechtsvergelijkend onderzoek collectieve acties in het publiek- en privaatrecht). De rechtbank overweegt dat de NVSA de gebundelde

belangen van haar leden, zijnde individuele strafrechtadvocaten, waaronder mede begrepen is het belang van Nooitgedagt, behartigt en dat de NVJ de gebundelde belangen van haar leden, zijnde individuele journalisten, waaronder dat van De Winter, behartigt. Zij worden ontvankelijk verklaard, niet omdat zij een algemeen, publiek belang dienen, als wel het gebundelde belang van de bij hen aangesloten individuen. Dit is opmerkelijk, omdat het Haagse Hof in de eerder besproken zaak Privacy First, in tegenstelling tot de Haagse rechtbank, wel ontvankelijk verklaarde juist omdat zij werd geacht niet alleen de gebundelde belangen van derden, die zelf en individueel zouden kunnen klagen over de vermeende misstand, te vertegenwoordigen. 'Ook indien het zo is, hetgeen Privacy First c.s. bestrijden, dat individuele belanghebbenden zoals [appellanten] hun bezwaren tegen de Nieuwe Paspoortwet aan de orde kunnen stellen in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter, is een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering van een belangenorganisatie die is gegrond op art. 3:305a BW bij de burgerlijke rechter ontvankelijk. Dit laatste lijkt slechts uitzondering indien de belangenorganisatie kennelijk slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van individuele belanghebbenden. Dat van dit laatste sprake is blijkt niet. Naar het oordeel van het hof is onmiskenbaar dat Privacy First niet slechts de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen nastreeft, maar veel meer het algemeen belang op bescherming van het recht op privacy van personen met de Nederlandse nationaliteit, die immers als regel op enig moment een reisdocument zullen moeten aanvragen. Deze groep personen is dermate diffuus en onbepaald dat niet kan worden gezegd dat Privacy First slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van deze personen. De rechtbank heeft dit miskend.' (Hof Den Haag 18 februari 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:412*, r.o. 3.2). Hoe die benadering en de hier gekozen lijn zich tot elkaar verhouden blijft vooralsnog onduidelijk.

Tot slot verklaart de rechtbank ook de vijf natuurlijke personen ontvankelijk. Wegens artikel 3:303 BW moeten zij een voldoende belang hebben om als klager te kunnen worden ontvangen. Hier komt het kernprobleem van deze zaak en de toepassing van het huidige rechtstelsel op de nieuwe privacygevechten naar boven. Er wordt namelijk geklaagd over de bulk-verzameling van gegevens door inlichtingendiensten, die simpelweg alle data verzamelen die zij kunnen krijgen, zonder dat daarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen personen die het betreft. Er zijn over miljoenen mensen gegevens verzameld – dit wordt door de klagers de *collect it all*-mentaliteit genoemd. Kern is dus dat iedereen, zonder aanzien des persoons, door deze praktijk is of kan worden getroffen, terwijl nu juist vereist wordt dat de klagers specifiek en individueel worden geraakt. De staat ontkent in zijn Conclusie van Antwoord dan ook dat de natuurlijke personen een dergelijke bijzonder belang hebben aangezien zij niet individueel en persoonlijk zijn geraakt. 'De stellingen zijn op dit punt zo algemeen en onbepaald van aard, en bovendien zodanig speculatief, terwijl ook geen concreet verband wordt gelegd met het onrechtmatig handelen dat eisers de Staat verwijten en met de vorderingen die zij op basis daarvan formuleren, en die zien op handelen van de Staat, dat moet worden geconcludeerd dat deze eisers geen voldoende, concreet en eigen belang bij de vorderingen hebben.' (Conclusie van Antwoord, punt 5.2).

De rechtbank overweegt echter: 'Gelet op het karakter en de inhoud van de activiteiten waarop de eisende partijen-natuurlijke personen zich toelagen, in samenhang bezien met de omstandigheid dat deze eisende partijen nationaal en internationaal in meer of mindere mate bekendheid genieten op het terrein waarop zij werkzaam zijn, acht de rechtbank aannemelijk dat deze eisers, meer dan de gemiddelde burger in Nederland, de verdenking op zich kunnen laden dat zij door hun activiteiten een gevaar voor de nationale veiligheid zouden kunnen opleveren en derhalve op grond van de Wiv 2002 onderwerp zouden kunnen zijn van onderzoek door de diensten.' (r.o. 5.2). Punt blijft dat de noodzaak van een dergelijke aanname haaks staat op de aard van de klacht. Bovendien is het de vraag waar zij op is gestoeld en of zij voor ieder van de natuurlijke personen in gelijke mate opgaat. Dat Gongrijp een meer dan gemiddeld risico loopt om gevolgd te worden ligt voor de hand, en internationaal opererend strafrecht advocaat waarschijnlijk en een kritische onderzoeksjournalist misschien. Maar een adviseur op het gebied van informatietechnologie – een onderzoeker aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zou de NSA hen werkelijk in het bijzonder in de gaten houden?

Opmerkelijk is daarnaast dat de rechtbank hier overweegt dat de klagers (waarschijnlijk) individueel zijn getroffen en dergelijks elders juist betwijfelt. 'De bescherming van deze klassieke grondrechten door het EHRM, waarbij wordt uitgegaan van het individuele belang

en persoonlijke schade, biedt geen pasklaar antwoord op de vragen die uit privacy-oogpunt rijzen in verband met grootschalige verzameling van gegevens in bulk. Die verzameling betreft immers per definitie niet het individu, maar, zoals eisers ter zitting ook naar voren hebben gebracht, in beginsel "eenieder".' (r.o. 5.24). Daarnaast moet worden bedacht dat de klacht een hypothetisch karakter draagt – niemand weet wat de verschillende inlichtingendiensten precies doen, wie er door hun praktijken zijn getroffen en of de klagers tot die groep behoren. Het EHRM heeft reeds bepaald dat het enkele feit dat mensen niet worden geïnformeerd over het feit of zij zijn geraakt door een bepaalde misstand waarover zij klagen er niet toe kan leiden dat zij niet-ontvankelijk worden verklaard (*Klass a.o./Germany*).

Het is wellicht daarom dat de rechtbank, na het bijzonder belang van de klagers te hebben vastgesteld, verklaart: 'Daaruit volgt dat niet kan worden uitgesloten dat de diensten ter uitvoering van dit onderzoek met betrekking tot hen gegevens verwerken en dus ook verzamelen. De rechtbank acht voor de ontvankelijkheid van deze eisers in de onderhavige procedure niet van belang of dit werkelijk het geval is. Voorts neemt zij in aanmerking dat het enkele bestaan van de Wiv 2002, waarin is voorzien in de mogelijkheid voor de diensten om in het geheim gegevens te verzamelen en samen te werken met buitenlandse diensten, voor eenieder het risico in zich heeft dat gegevens verzameld worden op grond van de Wiv 2002.' (r.o. 5.2). In deze overweging wordt wederom van 'eenieder' gesproken, wat zich slecht lijkt te verhouden tot het vermeende individuele belang. Ook wordt het hypothetische karakter van de zaak bevestigd. Dit hypothetische karakter van zowel de klacht als de verweren van de staat blijft echter een terugkerend thema in de uitspraak van de rechtbank, onder meer omdat het ook voor de Nederlandse inlichtingendiensten vaak onduidelijk is hoe de gegevens die zij krijgen van buitenlandse diensten precies zijn bemachtigd. De rechtbank overweegt bijvoorbeeld 'dat niet bekend is op welke wijze de NSA gegevens verzamelt. A fortiori bestaat daarover geen zekerheid.' (r.o. 5.22).

Een punt dat echter opmerkelijk genoeg niet terugkeert, is dat de rechtbank expliciet drie typen klagers heeft onderscheiden. De vijf natuurlijke personen die opkomen voor hun eigen (veronderstelde) belang, de twee verenigingen die opkomen voor de gebundelde belangen van hun leden en de twee partijen die opkomen voor het algemeen belang. Dit brengt met zich dat de zaak voor een goede beoordeling op drie verschillende niveaus zal moeten worden beoordeeld, zeker als de rechter negatief oordeelt over de ingediende klacht, nu zij deze afwijzing zal moeten motiveren voor elk van deze drie groepen. Dit laat de rechtbank echter na. De rechtbank lijkt zich in de uitspraak voornamelijk te richten op de klachten van de natuurlijke personen.

Dit wordt al direct duidelijk bij de inhoudelijke behandeling van de klacht. Het beroep op de vrijheid van meningsuiting wordt niet gehonoreerd. De klagers stellen dat door de grootschalige gegevensverzamelingsprocessen, onder meer, de journalistieke bronbescherming wordt ondermijnd. Er is een aantal beroepsgroepen dat niet of in sterk mindere mate kan functioneren als er geen geheimhouding kan worden gegarandeerd – de journalistiek, die steunt op de bronbescherming, de advocatuur, die is gestoeld op de besloten relatie tussen cliënt en advocaat, en de medische zorg, die niet kan functioneren zonder de vertrouwelijkheid tussen arts en patiënt. De belangen van de journalisten en de advocatuur worden in deze zaak behartigd door de NVSA en NVJ en individueel door Nooitgedagt en De Winter ('Slechts wanneer hij de anonimiteit van zijn bronnen kan beschermen, kan hij immers gebruik maken van zijn recht op vrije nieuwsgaring,' dagvaarding, punt 9). Nog los van de vraag of deze twee individuen specifiek zijn geraakt door de praktijken waarover wordt geklaagd, lijkt aannemelijk dat het stelselmatig verzamelen van gegevens over grote groepen Nederlandse onderdanen de gebundelde belangen van de journalisten en de strafrechtadvocaten raakt of althans het algemene, publieke belang dat met het bestaan van deze instituten is gediend. De rechter wijst het beroep op de vrijheid van meningsuiting echter af omdat er geen zelfstandige gronden ten aanzien van deze klacht zijn aangevoerd (zie ook *Weber and Savaria/Germany*). Het is alleen de vraag welke gronden er verder moeten worden aangevoerd als het gaat om het publieke belang dat hier centraal staat.

Daarbij moet in ogenschouw worden genomen dat Nederland onlangs door het EHRM is veroordeeld omdat de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (*Wiv*), de wettelijke grondslag voor het opereren van de AIVD, onder andere niet voorziet in een rechterlijke toets voorafgaand aan de inzet van bijzondere bevoegdheden tegen journalisten, om hun journalistieke bronnen te achterhalen (*Telegraaf/Nederland*). De rechtbank wijst echter op een verschil in die zaak en deze: 'Eisers hebben, anders dan een algemene beschrijving van hun

activiteiten, geen feiten gesteld waaruit enige concrete aanwijzing blijkt dat met betrekking tot hen persoonlijk gegevens door de diensten zijn ontvangen en gebruikt die zijn verzameld door buitenlandse diensten in strijd met artikel 8 EVRM. De gevorderde verklaring voor recht en het gevorderde gebod de ontvangst en het gebruik van gegevens van buitenlandse diensten te staken, hebben verder niet slechts betrekking op eisers, maar zijn algemeen van aard.’ (r.o. 5.36) Hier komen twee eerder genoemde punten terug. De rechtbank ging er eerst juist van uit dat de partijen (vermoedelijk) wel waren getroffen door de praktijken waarover zij klagen, zoals journalist De Winter, om hen als klagers te kunnen ontvangen. Hier lijkt de rechtbank dat juist weer te ontkennen. Daarenboven staat in deze zaak nu juist niet slechts het individuele belang van De Winter centraal, maar ook de gebundelde belangen van alle (bij de NVJ aangesloten) journalisten en het publieke belang dat met de garantie van de vertrouwelijkheid tussen journalist en bron is gemeoid. De rechtbank lijkt zich hier echter slechts en alleen te richten op natuurlijke personen die individueel en specifiek zijn getroffen.

Tot slot nog kort enkele opmerkingen:

- (1) De rechtbank erkent dat er onduidelijkheid bestaat over welke gegevens worden verzameld en wie ze betreffen, door wie ze zijn verzameld en hoe ze worden gebruikt. Opmerkelijk is dat zij desalniettemin oordeelt dat het vereiste van voorzienbaarheid niet is geschonden.
- (2) De rechtbank overweegt onder meer: ‘Van de Staat kan niet worden gevergd dat hij de dringend noodzakelijke samenwerking met buitenlandse diensten, zoals die van de VS, op het spel zet louter op grond van onbekendheid met hun werkwijze en de kans dat de Nederlandse diensten informatie ontvangen die is vergaard op een in Nederland niet toegelaten wijze. Het zwaarwegende belang van de nationale veiligheid geeft hier de doorslag.’ (r.o. 5.38). Waarom Nederland de internationale samenwerking op het spel zou zetten door navraag te doen over de herkomst van informatie blijft echter onduidelijk. Als dat zo is, dan lijkt dat hoe dan ook geen goed teken. Bovendien blijkt uit niets welke bijdrage de internationale gegevensdoorvoer levert aan de Nederlandse veiligheid. Als de klagers zo expliciet hun persoonlijke belangen moeten substantiëren, dan ligt het voor de hand dat ook de staat moet aantonen hoe deze samenwerking precies aan het nationaal belang bijdraagt.
- (3) De rechtbank stelt dat de inlichtingendiensten erop mogen vertrouwen ‘dat buitenlandse diensten die voldoen aan de selectie-

factoren voor samenwerking de voor hen geldende nationale wet- en regelgeving en internationale verdragsverplichtingen respecteren.’ (r.o. 5.20). Dit is een opmerkelijk uitgangspunt omdat de actualiteit nu juist aanleiding geeft om hier aan te twifelen, natuurlijk ten aanzien van de Verenigde Staten, maar ook in Nederland zelf (zie over de Nederlandse situatie o.a. CTIVD toezichtsrapport nr. 39).

- (4) De rechtbank overweegt onder meer: ‘Als eenmaal aan de criteria voor samenwerking wordt voldaan, noopt artikel 8 EVRM niet tot het eerder genoemde ‘hek aan de grens’. En juist dit vormt de kern in deze procedure voor zover het gaat om de ontvangst en het gebruik van gegevens door de diensten van buitenlandse diensten wanneer deze gegevens zijn verkregen met de inzet van bevoegdheden waarover de Nederlandse diensten niet beschikken, waaronder met behulp van ‘PRISM’ of vergelijkbare programma’s.’ (r.o. 5.34). Het feit dat de rechtbank hiermee de eisen van de klagers nogal badinerend wegzet als een verzoek om een ‘hek om de grens’ siert haar niet. Ze wil daarmee waarschijnlijk aantonen dat de eisen van de klagers niet reëel zijn in een tijd van grootschalig internationaal gegevensverkeer, maar demonstreert daarmee vooral haar eigen onbegrip. De eisers vragen niet om een hek om de grens of een totaalverbod op internationale samenwerking, zij wensen simpelweg dat de Nederlandse inlichtingendiensten geen gebruik maken van data die zijn verzameld op een wijze die in Nederland als illegaal zou gelden.
- (5) Slechts in beperkte mate aan de orde gekomen is de vraag of Nederland een rol heeft in het beschermen van Nederlandse burgers tegen buitenlandse inlichtingendiensten, of de overheid een plicht heeft om ervoor zorg te dragen dat de door haar afgestane gegevens aan vreemde mogelijkheden goed worden gebruikt en of er een eventuele medeplichtigheid van de Nederlandse diensten is als zij gebruik maken van gegevens verkregen uit onbekende bronnen. Dit is opmerkelijk omdat het EHRM onder meer expliciet heeft geaccepteerd dat internationale gegevensdoorvoer slechts onder voorwaarden geoorloofd is, dat het EHRM ook een extraterritoriale werking heeft, dat staten de plicht hebben om ervoor zorg te dragen dat de rechten van hun onderdanen ook door andere mogelijkheden worden gerespecteerd en dat de staat aansprakelijk is als hij gebruik maakt van gegevens die door derden zijn verzameld op een onrechtmatige wijze (bijvoorbeeld door privédetectives die zich niet aan de wet houden).