



Rechtbank Den Haag – Civiel
Afdeling Kort Geding
Postbus 20302
2500 EH Den Haag

Leiden, 26 mei 2015

Betreft: 48 72 29, KGZA 15-540 (Prakken d'Oliveira – Staat der Nederlanden), 17 juni 2015, 11.00 uur

Edelachtbare,

In verband met het kort geding van advocatenkantoor Prakken d'Oliveira en de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten (NSVA) betreffende het afluisteren van advocaten van Prakken d'Oliveira door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD), vraagt het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM), in samenwerking met haar Public Interest Litigation Project (PILP-NJCM), uw aandacht voor het volgende.

Onlangs is bekend geworden dat de AIVD op grote schaal telefoongesprekken tussen advocaten van Prakken d'Oliveira, een advocatenkantoor gevestigd te Amsterdam, en derden heeft afgeluisterd en uitgewerkt. Op 8 april 2014 hebben de advocaten van Prakken d'Oliveira een klacht ingediend bij de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), welke op 15 december 2014 deels gegrond en deels ongegrond werd verklaard. De minister oordeelde dat het direct tappen van advocaten met voldoende waarborgen was omkleed, daar de AIVD beschikt over intern beleid en richtlijnen met betrekking tot deze bijzondere bevoegdheid. Voor het indirect tappen van vertrouwelijke communicatie tussen advocaten en derden was echter geen beleid geformuleerd, waardoor de klacht van Prakken d'Oliveira op dit punt gegrond werd geacht.

Door het afluisteren van advocaten maakt de staat inbreuk op het verschoningsrecht van advocaten, welk recht valt onder de bescherming van het door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) erkende 'privéleven' van cliënten van advocaten krachtens artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Een inmenging met het door artikel 8 beschermde recht op privéleven is slechts dan toegestaan, wanneer dit voldoet aan de cumulatieve eisen van artikel 8, tweede lid, EVRM: dat de inmenging bij wet is voorzien en dat deze noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van de nationale veiligheid. Ook artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces) is hier van toepassing, aangezien het handelen van de staat het recht op een goed functionerende, onafhankelijke advocatuur als essentieel onderdeel van een eerlijk rechtssysteem in gevaar brengt.

Nederlands recht en het EVRM

Het NJCM is, met mr. Pestman, van mening dat het tappen door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van gesprekken en gegevens van advocaten zoals dat nu gebeurt strijdig is met de internationale mensenrechten, in het bijzonder het recht op privacy in combinatie met het recht op een eerlijk proces. Het NJCM onderschrijft de standpunten die mr. Pestman in zijn betoog heeft uiteengezet en wil met name de volgende punten kracht bijzetten.

Het op juiste wijze implementeren van het recht op privacy en het recht op een eerlijk proces is een noodzakelijke voorwaarde voor het goed functioneren van een democratische rechtsstaat. Eén en ander geldt des te meer waar het recht op privacy in voorkomende gevallen toekomt aan een advocaat, daar vertrouwelijkheid in de communicatie met een advocaat onontbeerlijk is voor het kunnen voorbereiden van een effectieve verdediging en het recht op privacy zodoende rechtstreeks raakt aan het recht op een eerlijk proces.ⁱ Het belang dat aan voornoemde mensenrechten in de geschetste context toekomt, heeft uiting gevonden in het aan advocaten toekomende verschoningsrecht. Blijkens vaste jurisprudentie van het EHRM wordt communicatie tussen cliënt en advocaat bestreken door het recht uit artikel 8 EVRM en kan in dat kader ook artikel 6 EVRM aanvullende bescherming bieden, aangezien: '(..) where a lawyer is involved, an encroachment on professional secrecy may have repercussions on the proper administration of justice and hence on the rights guaranteed by Article 6 of the Convention.'ⁱⁱ

Dat de grondslag van het verschoningsrecht moet worden gezocht in fundamentele beginselen en rechten die onze rechtsstaat normeren, blijkt ook uit een uitspraak van de Hoge Raad dat de bestaansreden van het verschoningsrecht vindt in

'een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden'.ⁱⁱⁱ

Standpunt AIVD

Voordat kan worden toegekomen aan een meer inhoudelijke bespreking van eisen die voortvloeien uit het EVRM, dient eerst een preliminair bezwaar van de AIVD te worden geadresseerd. De AIVD lijkt zich op het standpunt te stellen dat gezien zijn andersoortige bestaansreden de straf(proces)rechtelijke regels die het tappen van advocaten door politie en justitie en het gebruik van aldus vergaarde informatie in een strafproces normeren, niet integraal voor de AIVD gelden. Immers, zo luidt de redenering, de AIVD heeft als taak het tijdig signaleren van bedreigingen van de nationale veiligheid en het doorspelen van informatie aan de bevoegde organen om die nationale veiligheid te waarborgen.^{iv} Het gebruik van verzamelde gegevens in een (straf)proces is daarmee van ondergeschikt belang en zou tot gevolg hebben dat de aldaar geldende regels niet op de AIVD van toepassing zijn.

Het NJCM stelt zich op het standpunt dat de aannames waarop deze beredenering is geënt feitelijk onjuist is. Op de keper beschouwd is het niet ongebruikelijk dat door de inlichtingendiensten verzamelde gegevens worden gebruikt in gerechtelijke procedures.^v In een arrest van 5 september 2006 stelde de Hoge Raad bovendien dat de rechter dient te toetsen of is voldaan aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM als op enige wijze gebruik is gemaakt van gegevens die door inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn verzameld en verstrekt. Het feit dat artikel 359a Wetboek van Strafvordering (Sv), dat normaliter vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek sanctioneert, niet onverkort kan worden toegepast op activiteiten van inlichtingen- en opsporingsdiensten, betekent volgens de Hoge Raad dus uitdrukkelijk niet dat een aantal fundamentele mensenrechten (waaronder het recht uit artikel 6 EVRM) buitenspel zou worden gezet.^{vi}

Inbreuk op rechten van advocaten en eis 'bij wet voorzien'

Dat met het tappen van de correspondentie van advocaten van Prakken d'Oliveira een inbreuk is gemaakt op de rechten die worden beschermd door het EVRM, staat volgens het NJCM buiten kijf. Zoals door mr. Pestman is uiteengezet, zijn inbreuken slechts dan gerechtvaardigd wanneer zij bij wet zijn voorzien en in het licht van een specifiek doel (i.c. bescherming van de nationale veiligheid) noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. De af luisterpraktijken van de AIVD kunnen, om de redenen die terugkomen in mr. Pestman's betoog, deze toets niet doorstaan. Het NJCM zou in aanvulling op de in de dagvaarding reeds genoemde argumenten het volgende willen benadrukken.

De in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002) genoemde bevoegdheden waarop de AIVD het tappen van advocaten van Prakken d'Oliveira heeft gestoeld, zijn onvoldoende omkaderd en de genoemde wet kan aldus de toets van 'bij wet voorzien' niet doorstaan. Artikel 25 Wiv 2002 beschrijft in ruime en weinigzeggende termen de bevoegdheid: '(..) tot het met een technisch

hulpmiddel gericht aftappen, ontvangen, opnemen en afluisteren van elke vorm van gesprek, telecommunicatie of gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk, ongeacht waar een en ander plaatsvindt.^v De wet treft daarbij geen speciale voorzieningen voor het tappen van communicatie waarbij verschoningsgerechtigden betrokken zijn. Het is vaste jurisprudentie van het EHRM dat de wet op basis waarvan in een voorkomend geval een inbreuk op het recht uit artikel 8 EVRM wordt gemaakt, dient te voldoen aan een bepaalde graad van helderheid, toegankelijkheid en voorzienbaarheid. In *Kopp t. Zwitserland* werd door het Hof benadrukt dat deze eis speciaal dan heeft te gelden als het gaat om tappen, immers: '(...) *tapping and other forms of interception of telephone conversations constitute a serious interference with private life and correspondence and must accordingly be based on a "law" that is particularly precise. It is essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated.*^{vii}

Gelet op deze aangescherpte eis van duidelijkheid voor regelgeving waarbij een bevoegdheid tot tappen wordt verleend, dient te worden gewezen op het grote contrast tussen de vrij uitgebreide regeling omtrent het opnemen van vertrouwelijke communicatie in het Wetboek van Strafvordering en de summiere bepaling in de Wiv 2002 die hierboven is beschreven. In *Aalmoes e.a. t. Nederland* oordeelde het Hof in relatie tot de eerstgenoemde wet dat, gelet op het feit dat artikelen 126m jo. 126l Sv opname van vertrouwelijke communicatie slechts mogelijk maken indien de rechter-commissaris daartoe heeft gemachtigd en dan slechts bij verdenking van een bepaalde categorie ernstige strafbare feiten en gedurende een beperkte tijdsperiode, de Nederlandse wetgeving voldoende duidelijk en precies was om te voldoen aan de door artikel 8, tweede lid, EVRM gestelde eisen.^{viii} Het is duidelijk dat de door het Hof goedgekeurde waarborgen geen plaats hebben gekregen in de Wiv 2002 (of in het, overigens ongepubliceerde, interne beleid dat daarop is gebaseerd).

De noodzaak om beperking van het recht op privacy van verschoningsgerechtigden slechts te laten geschieden via heldere en concrete wetgeving waarin voldoende waarborgen tegen ongerechtvaardigde inmenging zijn ingebouwd, werd voorts door het Hof onderstreept in *Foxley t. het Verenigd Koninkrijk* en eerder in *Niemietz t. Duitsland*. In de eerstgenoemde zaak stelde het Hof, geconfronteerd met de ruime wettelijke bevoegdheden van een curator in faillissement om vertrouwelijke correspondentie tussen de failliet en diens advocaat in te zien (i.c. om de inkomstenbron van de failliet te kunnen traceren), dat:

'Nevertheless, the implementation of the measures must be accompanied by adequate and effective safeguards which ensure minimum impairment of the right to respect for his correspondence. This is particularly so where, as in the case at issue, correspondence with the bankrupt's legal advisers may be intercepted. The Court notes in this connection that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged and correspondence in that context, whatever its purpose, concerns matters of a private and confidential nature.'^{ix}

In *Niemietz* achtte het Hof een machtiging op basis waarvan een doorzoeking van het kantoor van een advocaat had plaatsgevonden te weinig afgebakend, waarbij speciale betekenis toekwam aan de afwezigheid van 'any special procedural safeguards, such as the presence of an independent observer.'^x

Het NJCM wil op dit punt benadrukken dat, gelijk door mr. Pestman in dit verband is opgemerkt, het EHRM zich in de zaak *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland*^{xi} reeds heeft uitgelaten over het gebrek aan voorzorgsmaatregelen in de Wiv 2002. Het Hof kende gewicht toe aan het feit dat 'special powers' (waaronder de bevoegdheid tot het afluisteren van vertrouwelijke communicatie kan worden geschaard) door de AIVD waren ingezet zonder dat daaraan een toets door een (van de uitvoerende macht) onafhankelijke instantie vooraf was gegaan. Het Hof concludeerde dienovereenkomstig dat de Nederlandse staat was tekortgeschoten in de vervulling van de plichten die artikel 8 jo. artikel 10 EVRM haar opleggen.

Duidelijk is dat het Hof bijzondere waarde hecht aan procedurele waarborgen die waken tegen schendingen van het recht uit artikel 8 EVRM. Eveneens helder is dat de Wiv 2002 dergelijke waarborgen niet behelst. De Nederlandse staat zal bijgevolg maatregelen dienen te nemen om de discrepantie tussen de hier te lande geldende wetgeving en de standaarden van het EVRM op te heffen. Hieronder zullen twee van deze maatregelen, die reeds vanuit de advocatuur zijn voorgesteld, kort worden becommentarieerd.

Rechterlijke toets vooraf – direct tappen

In eerste instantie is het van belang om het onderscheid dat wordt gemaakt tussen direct en indirect tappen, vanuit mensenrechtelijk oogpunt, te relativiseren. Zoals mr. Pestman terecht opmerkt, wordt een dergelijk onderscheid niet gemaakt door het EHRM.^{xii} Het NJCM stelt zich op het standpunt dat voor direct tappen een rechterlijke toets vooraf noodzakelijk is, terwijl de praktijk van het indirect tappen door middel van een nummerherkenningssysteem dient te worden teruggedrongen. In de hierboven besproken *Telegraaf*-zaak, verwees het Hof ondubbelzinnig naar een voorafgaande rechterlijke toets als verkiezenswaardige methode om het gebruik van 'special powers' aan controle te onderwerpen.

De voorkeur van het Hof voor een rechterlijke toets *a priori* blijkt ook uit de eerdergenoemde zaak *Aalmoes e.a. t. Nederland*, waarin het Hof oordeelde dat uit het principe van vertrouwelijkheid van communicatie tussen advocaten en hun cliënten, voor advocaten een redelijke verwachting voortvloeit dat hun professionele verschoningsrecht zal worden gerespecteerd. Het Hof vervolgde:

'In order to secure respect for this reasonable expectation, it is therefore required that the interception of telecommunications be subject to an adequate system of supervision. In this area, faced with evolving and sophisticated technology and the possibility of human error or abuse, the Court considers that it is in principle desirable to entrust the supervisory control to a judge.'^{xiii}

Het onderwerpen van de inzet van bevoegdheden tot (direct) tappen aan een voorafgaande rechterlijke controle is derhalve de aangewezen methode voor de Nederlandse staat om aan haar verdragsverplichtingen te voldoen.

Nummerherkenning – indirect tappen

Door het invoeren van een systeem van nummerherkenning voor indirect tappen kan worden tegemoet gekomen aan de eisen van artikel 8, tweede lid, EVRM. Het ongereguleerde^{xiv} indirecte tappen van advocaten kan op die manier een halt worden toegeroepen. Het doorbreken van het verschoningsrecht zou, zoals ook lijkt te zijn beoogd door de strafkamer van de Hoge Raad in het kader van het opsporingsonderzoek, beperkt blijven tot uitzonderlijke gevallen - bijvoorbeeld die waarin de advocaat direct voorwerp is van de tap, dat wil zeggen, gevallen waarin de advocaat zelf wordt verdacht van een ernstig strafbaar feit.^{xv} Het bezwaar dat wel is geuit tegen een dergelijk categoriale uitsluiting van indirect tappen, wordt ingegeven door de bezorgdheid dat cliënten en advocaten misbruik zouden kunnen maken van het systeem door verdachte communicatie te laten verlopen via geregistreerde nummers. In dat verband merkt het NJCM op dat het EHRM in de zaak *Campbell t. het Verenigd Koninkrijk*^{xvi} een dergelijk argument niet overtuigend voorkwam. De zaak betrof het door gevangenispersoneel preventief openen en lezen van correspondentie tussen een gedetineerde en diens advocaat. Het Verenigd Koninkrijk stelde zich op het standpunt dat, indien bekend zou zijn dat correspondentie van advocaten niet geopend zou worden, dit kanaal voor illegale doeleinden zou (kunnen) worden misbruikt. Het Hof reageerde met de opmerking dat 'solicitors' onderworpen zijn aan disciplinair toezicht en concludeerde dat: '(..) *In sum, the mere possibility of abuse is outweighed by the need to respect the confidentiality attached to the lawyer-client relationship.*'^{xvii}

Concluderend kan worden gesteld dat uit Nederlandse en Europese jurisprudentie naar voren komt dat voor een doorbreking van het verschoningsrecht slechts plaats is in zeer uitzonderlijke omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer een verschoningsgerechtigde zelf is aangemerkt als verdachte en dan, met rechtelijke goedkeuring, direct voorwerp uitmaakt van een tap. Voor indirect tappen, de 'bijvangst' van vertrouwelijke communicatie tussen een verschoningsgerechtigde en een rechtzoekende, is vanuit mensenrechtelijk perspectief geen plaats.

Internationale mensenrechtenstandaarden

Ook in internationale verdragen zijn bepalingen opgenomen die het recht op privéleven en privacy beschermen. In artikel 12 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM) staat dat niemand zal worden onderworpen aan willekeurige inmenging in zijn persoonlijke aangelegenheden, in zijn gezin, zijn huis of zijn briefwisseling, noch aan enige aantasting van zijn eer of goede naam.^{xviii} Volgens het artikel moet dit in wet- en regelgeving worden gewaarborgd.

Vergelijkbare bewoordingen zijn in artikel 17 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) opgenomen.^{xx} Echter, in dit artikel is het woord 'onwettig' toegevoegd om aan te geven dat inmenging onrechtmatig is als het willekeurig dan wel onwettig is. In *General Comment No. 16* geeft het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties een toelichting op het bepaalde in artikel 17 IVBPR. Hieruit blijkt dat met 'onwettig' wordt bedoeld dat geen inmenging toegestaan is, behalve in de gevallen voorzien bij de wet.^{xx}

Ook al is inmenging voorzien bij de wet, dan nog kan het willekeurig zijn als het niet in lijn is met de bepalingen en doelstellingen van het IVBPR en wanneer het onredelijk is in de specifieke omstandigheden van het geval.^{xxi} Het Mensenrechtencomité interpreteerde het vereiste van redelijkheid in *Toonen t. Australië* in de zin dat elke inmenging met het privéleven proportioneel moet zijn tot het beoogde doel en noodzakelijk in de omstandigheden van het geval.^{xxii}

De toelichting stelt dat het aftappen en onderscheppen van gesprekken verboden zou moeten zijn.^{xxiii} In het geval van uitzonderingen moet gedetailleerde wetgeving in plaats zijn, die passende mechanismen voor gerechtelijk toezicht omvat.^{xxiv} Volgens het Mensenrechtencomité moet elke beslissing tot inmenging per individueel geval gemaakt worden door een autoriteit aangeduid door de wet.^{xxv} Een brede toekenning van bevoegdheden tot surveillance in de wet is niet voldoende om inmenging rechtmatig te laten zijn. In verband met het tappen van telefoons heeft het Mensenrechtencomité benadrukt dat dergelijke bepalingen in detail dienen aan te geven wat de precieze omstandigheden zijn waarbij een inmenging met de privacy is toegestaan en dit moet over het algemeen nauwkeurig en helder zijn omschreven.^{xxvi} Ook moet elk individu het recht hebben om in een begrijpelijke vorm te vernemen of, en zo ja welke, persoonlijke gegevens worden opgeslagen in automatische databestanden en voor welke doeleinden.^{xxvii}

Het recht op een eerlijk proces vloeit voort uit artikel 14 IVBPR. In het derde lid, sub b is bepaald dat '*[i]n the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (...) To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing*'. Volgens het Comité houdt deze bepaling in dat een verdachte moet kunnen communiceren in omstandigheden die de vertrouwelijkheid van de advocaat-cliënt relatie waarborgt.^{xxviii}

Het Mensenrechtencomité heeft zich in een aantal communicaties uitgesproken over de rechtmatigheid van het tappen van privé-communicatie tussen cliënt en advocaat door de staat. In *Van Hulst t. Nederland* stond het Comité voor de vraag of de Nederlandse staat in strijd met artikel 17 IVBPR had gehandeld door het onderscheppen en registreren van de telefoongesprekken tussen de heer Van Hulst en de heer A.T.M.M, zijn toenmalige advocaat.^{xxix} A.T.M.M was zelf verdacht in een strafrechtelijk onderzoek en in verband met dit onderzoek werden zijn telefoongesprekken getapt en opgeslagen. Hieronder vielen ook gesprekken die A.T.M.M voerde met Van Hulst. Op basis van informatie verkregen uit de onderschepte telefoongesprekken werd een gerechtelijk vooronderzoek naar Van Hulst geopend en werd hij vervolgens veroordeeld tot zes jaar gevangenisstraf.

Het Mensenrechtencomité was van mening dat het onderscheppen en registreren van de gesprekken tussen Van Hulst en zijn advocaat geen onevenredige inbreuk vormde op zijn recht tot communicatie met zijn advocaat, aangezien de Nederlandse rechter een onderscheid had gemaakt tussen onderschepte gesprekken in welke A.T.M.M. deelnam als Van Hulsts advocaat, welke gesprekken moesten worden vernietigd, en andere gesprekken die waren onderschept in de context van het gerechtelijk vooronderzoek, die gebruikt mochten worden.^{xxx} Vertrouwelijke gesprekken tussen cliënt en advocaat, waarin de advocaat ook daadwerkelijk in de hoedanigheid van advocaat van de cliënt optrad, mochten dus niet worden gebruikt.

De VN-Mensenrechtenraad heeft onlangs het belang van het recht op privacy benadrukt door een resolutie aan te nemen voor het aanstellen van een Speciale rapporteur voor het recht op privacy.^{xxxi} In

deze resolutie uitte de Raad bezorgdheid over de negatieve effecten van surveillance en/of het onderscheppen van communicatie, in het bijzonder wanneer dit op grote schaal gebeurt.^{xxxii}

De Speciale rapporteur voor het recht van meningsuiting, Frank La Rue, was in zijn rapport over de implicaties van surveillance van communicatie door lidstaten van mening dat het recht op privacy alleen dan mag worden ingeperkt, als het voldoet aan dezelfde eisen die van toepassing zijn op het recht op bewegingsvrijheid zoals weergegeven in *General Comment No. 27*. Deze eisen zijn dat de beperkingen voorzien moeten zijn bij wet, dat de essentie van een mensenrecht niet het onderwerp is van de beperkingen, dat de beperkingen noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving en om het beoogde doel te bereiken, en dat de beperkingen precies moeten zijn omschreven.^{xxxiii} Deze 'permissible limitations test' werd ook genoemd in een rapport van Special rapporteur Martin Scheinin.^{xxxiv}

Artikel 11 van het Amerikaans Verdrag inzake de Rechten van de Mens bevat ook een bepaling die een willekeurige of onrechtmatige inmenging in ieders privéleven, familie, thuis of briefwisseling verbiedt.^{xxxv} In *Donoso t. Panama* voor het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens beweerde advocaat Donoso dat telefoongesprekken tussen hem en zijn cliënt waren onderschept, opgeslagen en openbaar gemaakt door de Panamese staat.^{xxxvi} Door gebrek aan voldoende bewijs achtte het Hof het niet bewezen dat de Panamese staat verantwoordelijk was voor het aftappen en opnemen van de telefoon gesprekken.^{xxxvii} Echter, dit betekende niet dat de staat niet aansprakelijk kon worden gehouden voor het openbaar maken van de telefoongesprekken.

In dit verband overwoog het Hof dat de telefoongesprekken tussen Donoso en zijn cliënt privé waren en dat geen van beiden had toegestemd om de inhoud ervan openbaar te maken aan derden. Het Hof vond bovendien dat, aangezien deze gesprekken waren gevoerd tussen een advocaat en zijn cliënt, een grotere mate van bescherming toegekend moest worden op grond van het verschoningsrecht van de advocaat.^{xxxviii} Het Hof onderzocht toen of het openbaar maken van de telefoongesprekken, wat een inmenging met het recht op privacy van Donoso was, in lijn was met het bepaalde in artikel 11(2) van de Conventie doordat het was voorzien bij wet, een legitiem doel diende, geschikt, noodzakelijk en proportioneel was.^{xxxix} Het Hof beantwoordde deze vraag ontkennend en stelde vast dat er een schending van het recht op privéleven en reputatie van Donoso, in strijd met Artikel 11(1) en 11(2) van de Conventie had plaatsgevonden.^{xi}

Conclusie

Het NJCM hecht een bijzonder belang aan het verschoningsrecht dat aan advocaten wordt toegekend, aangezien dit essentieel is voor een goed functionerend rechtssysteem. Indien advocaten en derden er niet vanuit kunnen gaan dat hun communicatie vertrouwelijk blijft, doordat de noodzakelijke waarborgen niet in acht worden genomen, zou dit er toe kunnen leiden dat advocaten en cliënten geen vertrouwelijke zaken via telefoon, email, fax, briefverkeer of andere communicatiemiddelen zullen bespreken, maar dat dit in persoon gedaan zal moeten worden. Naast een inbreuk op het recht op privéleven en het verschoningsrecht van advocaten, zal dit ook de efficiëntie van de verdediging aanzienlijk hinderen en hiermee een inbreuk op het recht op een eerlijk proces tot gevolg hebben.

De AIVD heeft zijn zorgen geuit over een systeem van nummerherkenning dat tot misbruik zou kunnen leiden, aangezien derden via deze beschermd nummers vrijuit zouden kunnen communiceren terwijl ze buiten het zicht van opsporingsinstanties en veiligheidsdiensten blijven. Dit verweer gaat echter niet op. Zoals blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM, moet ervan uit gegaan worden dat advocaten, onderworpen aan disciplinair toezicht, zich houden aan gedragsregels en wetten. Volgens het Hof wordt de enkele mogelijkheid van misbruik overtroffen door de noodzaak om de vertrouwelijke communicatie tussen cliënt en advocaat te respecteren.^{xii}

Cliënten moeten ervan uit kunnen gaan dat vertrouwelijke gesprekken die zij voeren met hun advocaat nooit tegen hen gebruikt zullen worden. Indirect tappen dient volgens het NJCM in zijn totaliteit te worden voorkomen. Het NJCM sluit zich dan ook aan bij het betoog van Prakken d'Oliveira om een systeem van nummerherkenning in te voeren, waardoor tap-apparatuur automatisch uitschakelt op het moment dat

een geregistreerd en aan een advocaat gekoppeld telefoonnummer onderwerp van tappen dreigt te worden.

In verband met direct tappen is het NJCM van mening dat dit alleen toegestaan is waar dit is voorzien bij de wet en noodzakelijk in een democratische samenleving, en wanneer onderscheid wordt gemaakt tussen gesprekken van cliënt en advocaat die in deze professionele hoedanigheid gevoerd worden, welke gesprekken vernietigd moeten worden, en gesprekken die buiten deze professionele relatie gevoerd worden, die onder voorwaarden uitgewerkt mogen worden. Echter, deze rechtstreekse inzet van bijzondere bevoegdheden tegen verschoningsgerechtigden, moet worden voorafgegaan door een rechterlijke toets. Het NJCM sluit zich in verband hiermee aan bij de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) die ervoor pleit dat de bescherming die, als het betreffende wetsvoorstel wordt aangenomen, aan journalisten zal toekomen, op dezelfde manier voor advocaten dient te gelden. Volgens de NOvA leidt het afluisteren van advocaten immers 'tot een aantasting van het recht van rechtzoekenden op vertrouwelijke communicatie met hun advocaat. Dat recht is een hoeksteen van een democratische rechtsstaat en maakt onafhankelijke en effectieve rechtsbescherming tegen diezelfde staat mogelijk.' Deze rechterlijke toets moet aan ieder individueel geval van aftappen voorafgaan.

Concluderend is het NJCM van oordeel dat het indirect aftappen van advocaten niet verenigbaar is met artikel 8 en artikel 6 EVRM. De invoering van een systeem van nummerherkenning kan volgens het NJCM de rechten van verdachten waarborgen. Direct tappen is naar het oordeel van het NJCM alleen verenigbaar met artikel 8 en artikel 6 van het EVRM, wanneer dit is voorzien bij wet en met voldoende waarborgen is omkleed; wanneer de inzet van deze bevoegdheden in ieder individueel geval wordt voorafgegaan door een rechterlijke toets' en zo lang gesprekken die tussen cliënt en advocaat niet worden uitgewerkt wanneer deze in de hoedanigheid van de cliënt-advocaat relatie gevoerd zijn. Het NJCM hoopt dat de bovenstaande informatie van nut zal zijn bij de behandeling van dit kort geding.

Hoogachtend,



Mr.dr. Marloes van Noorloos, voorzitter NJCM



Mr. Jelle Klaas, projectcoördinator PILP-NJCM

ⁱ EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88 (Niemietz/Duitsland).

ⁱⁱ EHRM 20 juni 2000, nr. 33274/96 (Foxley/VK), par. 50. Vgl. ook *Niemietz (supra noot 1)*, para. 37.

ⁱⁱⁱ HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173, r.o. 3.1.

^{iv} CTIVD Toezichtsrapport nr. 6, *Kamerstukken II* 2005/06, 29924, 9.

^v Vgl. bijv. CTIVD Toezichtsrapport nr. 9a, *Kamerstukken II* 2005/06, 29924, 72. Zo ook Van Kroon-Zweden, *NJB* 2015, p. 860.

^{vi} HR 5 september 2006, *NJ* 2007, 336, o.a. r.o. 4.7.

^{vii} EHRM 25 maart 1998, nr. 23224/94 (Kopp/Zwitserland), par. 72.

- viii EHRM 25 november 2004, nr. 16269/02 (Aalmoes e.a./Nederland).
- ix *Foxley* (*supra* noot 2), par. 43. Vgl. ook HR 29 juni 2004, *NJ* 2005, 273, waarin de Hoge Raad stelde dat '(...) indien moet worden geoordeeld dat het belang van de waarheidsvinding dient te prevaleren, die inbreuk op het verschoningsrecht niet verder mag gaan dan strikt nodig is voor het aan het licht brengen van de waarheid (...)', r.o. 5.3.
- x *Niemietz* (*supra* noot 1), par. 37.
- xi EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06 (Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a./Nederland), par. 98-100.
- xii EHRM 6 december 2012, nr. 12323/11 (Michaud/Frankrijk).
- xiii *Aalmoes* (*supra* noot 8), p. 25.
- xiv Zoals blijkt uit de gedeeltelijk gegrondverklaring van de Minister van BZK van de klacht van Prakken d'Oliveira, namelijk voor zover deze betrof het *indirect* tappen.
- xv Vgl. bijv. HR 10 december 2013, *NJ* 2014, 93. Vgl. ook HR *NJ* 2002, 438, waarin werd geoordeeld dat het in beginsel aan een advocaat is om (in het kader van een doorzoeking) te beoordelen welke stukken worden beslagen door zijn verschoningsrecht. Dit is slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden anders, bijv. wanneer een advocaat wordt verdacht van een ernstig strafbaar feit. Vgl. ook HR *NJ* 2006, 622 waarin de Hoge Raad stelt dat de doorbreking van het verschoningsrecht van een arts niet zonder meer begrijpelijk is, nu de arts niet zelf was aangemerkt als verdachte.
- xvi EHRM 25 maart 1992, nr. 13590/88 (Campbell/VK).
- xvii *Ibid.* par. 52.
- xviii Art. 12 UVRM bepaalt: '*No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.*'
- xix Art. 17 IVBPR bepaalt: '(1) *No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. (2) Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.*'
- xx VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 16*, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 8 april 1988, par. 3.
- xxi *General Comment No. 16* (*supra* noot 20), par. 4.
- xxii *Communication No. 488/1992* (Toonen/Australië), par. 8.3.
- xxiii *General Comment No. 16* (*supra* noot 20), par. 8.
- xxiv VN-Mensenrechtencomité, *Concluding Observations on Jamaica*, CCPR/C/79/Add.83 (1997), par. 20.
- xxv *General Comment No. 16* (*supra* noot 20), par. 8.
- xxvi VN-Mensenrechtencomité, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant: International Covenant on Civil and Political Rights, Concluding Observations, United States*, par. 22, maart 2014; zie ook *General Comment No. 34, Article 19, Freedoms of opinion and expression*, par. 24-26, U.N. Doc. CCPR/C/GC/34 ,12 september 2011.
- xxvii *Idem*, par. 10.
- xxviii VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 13*, HRI/GEN/1/Rev.1 at 14, 13 april 1984, par.9.
- xxix *Antonius Cornelis van Hulst t. Nederland, Communication No. 903/1999*.
- xxx *Idem*, par. 7.8.
- xxxi VN-Mensenrechtenraad, *The right to privacy in the digital age*, A/HRC/28/L.27 (24 March 2015).
- xxxii *Idem*, p. 3.
- xxxiii *General Comment No. 27*, par. 13.
- xxxiv Martin Scheinin, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, A/HRC/13/37, 28 december 2009, par. 16-19.
- xxxv Art. 11 Amerikaans Verdrag inzake de Rechten van de Mens bepaalt: '(1) Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized, (2) No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation, (3) Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.'
- xxxvi *Tristan Donoso t. Panama*, Judgment of 27 January 2009 (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs).
- xxxvii *Idem*, par. 66.
- xxxviii *Idem*, par. 75.
- xxxix *Idem*, par. 76-82.
- xl *Idem* par. 83.
- xli *Campbell* (*supra* noot 16),par. 52.