

## AFLUISTEREN VAN EEN ADVOCaat

- Europees Hof voor de Rechten van de Mens 25 november 2004 <sup>1</sup>  
Aalmoes & 112 anderen t. Nederland (Appl.nr. 16269/02)
- 15 november 2004 VN-Mensenrechtencomité  
Van Hulst t. Nederland (Comm.nr. 903/1999)
- President Rechtbank 's-Gravenhage 15 maart 2005 (KG 04/1411)

Met noot van Tom Blom <sup>2</sup>

*Het plaatsen van een telefoontap op een lijn heeft als consequentie dat alle inkomende en uitgaande gesprekken worden afgeluisterd. Sinds februari 2000 zijn ingevolge de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden de wettelijke regels voor het tappen van telefoonverkeer gewijzigd. Onder de oude regeling mochten slechts gesprekken worden getapt waaraan een verdachte naar verwachting zou deelnemen, terwijl onder de nieuwe regeling ook gesprekken mogen worden getapt van personen die zelf geen verdachte zijn (artikel 126m Sv). Onder de oude regeling was de vernietiging en het opnemen van geheime gegevens zonder tussenkomst van de officier van justitie opgedragen aan de rechter-commissaris. Het nieuwe artikel 126aa tweede lid Sv eist dat voor zover processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen bevatten gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 zou kunnen verschonen, deze moeten worden vernietigd. Voorzover het gegevens betreft die niet onder het verschoningsrecht vallen, worden ze niet bij de processtukken gevoegd dan na machtiging door de rechter-commissaris. In het Besluit bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken (Stb. 1999, 548) en de daarop gebaseerde Instructie van het College van procureurs-generaal (Nieuwsbrief Srafrecht 2002, p. 266-271) is als werkwijze vastgesteld dat alle binnenkomende gesprekken met advocaten door een opsporingsambtenaar worden verwerkt en ter kennisgeving worden aangeboden aan de officier van justitie. Die leest het verslag en beoordeelt of dit mededelingen bevat gedaan aan of door een geheimhouder. Indien dat het geval is, laat hij de inhoud van de communicatie vernietigen.*

*Deze praktijk is recentelijk beoordeeld door drie rechterlijke college's, respectievelijk het EHRM in de zaak Aalmoes & 112 anderen t. Nederland van 25 november 2004, het Mensenrechtencomité in de zaak Van Hulst t. Nederland van 15 november 2004 en de Haagse Rechtbank in kort geding op 15 maart 2005.*

### De zaak Aalmoes & 112 anderen t. Nederland

#### FEITEN

Achtergrond van deze zaak wordt gevormd door twee strafrechtelijke procedures bij de Rotterdamse respectievelijk Almelose rechtbank in de periode 2000-2001, waarin enkele van de betrokken advocaten ontdekken dat in het kader van het vooronderzoek talrijke telefoongesprekken van advocaten, die vallen onder het verschoningsrecht uit artikel 218 Sv, zijn

- Samenstelling Hof (derde sectie): Zupančič; Hedigan; Caflisch; Tsatsa-Nikolovska, Jaeger, Myjer, Björgvinsson.
- Dr. T. Blom is universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht Erasmus Universiteit Rotterdam.

onderschept, opgenomen en soms in schriftelijke vorm aan het dossier zijn toegevoegd.<sup>1</sup> Beide rechtbanken stellen uitvoerig onderzoek in naar deze gang van zaken. Uit verklaringen van betrokken agenten blijkt dat zij er niet altijd van op de hoogte waren dat het verboden is dergelijke geheime gegevens te bewaren of aan het dossier toe te voegen. Volgens het openbaar ministerie in de Almelose zaak zou sinds 1994 geen enkel getapt gesprek zijn gewist.

Naar aanleiding van deze incidenten verzoekt de Nederlandse Vereniging van Strafadvocaten (NVS) de minister van Justitie om opheldering. Wanneer de minister niet reageert, beginnen de NVS, de Nederlandse Orde van Advocaten en de betrokken advocaten een kort-geding procedure tegen de staat, waarin zij vragen om een bevel tot vernietiging van alle opgeslagen geheime gegevens sinds 1994 op grond van artikel 125h Sv (oud) en het nieuwe artikel 126aa Sv, een bevel tot het toezenden van een notificatie in de zin van artikel 126bb aan alle afgeluisterde advocaten alsook een afschrift van het schriftelijke bewijs van vernietiging, en een bevel tot publicatie van de maatregelen om naleving van de regelgeving omtrent omgang met geheime gegevens in het vervolg te garanderen. In december 2001 wijst de president van de Haagse Rechtbank de eerste en tweede vordering af maar wijst de derde vordering toe. Tegen de uitspraak wordt geen beroep ingesteld. In maart 2002 vaardigt het College van procureurs-generaal de Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders uit waarin de procedure tot naleving van artikel 126aa Sv wordt beschreven.

In maart 2002 begint het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) op verzoek van de NVS een onderzoek naar de wijze waarop getapte gegevens in het kader van strafrechtelijk onderzoek worden verwerkt en de naleving van de plicht tot vernietiging van geheime gegevens. Het CBP richt zich op de situatie onder de nieuwe wetgeving en voor wat betreft de vernietiging op de periode na maart 2002. In het onderzoeksrapport – juli 2003 – concludeert het CBP dat de systematische praktijk van tappen en opnemen van gesprekken met advocaten en kennisnemen van de inhoud ervan (om te beoordelen of het een gesprek betreft dat voor vernietiging in aanmerking komt) onrechtmatig is. *Het belang van vertrouwelijkheid van deze gesprekken moet prevaleren boven het belang van het onderzoek.* Derhalve moet artikel 4 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken, zodanig worden geïnterpreteerd dat tappen en opnemen van gesprekken met advocaten slechts met grote terughoudendheid mag plaatsvinden en dat de officier van justitie slechts van de inhoud van deze gesprekken mag kennisnemen indien, en voor zover het niet mogelijk is op andere wijze de vertrouwelijkheid te respecteren. Verder constateert het CBP dat in de praktijk nog steeds geen duidelijkheid bestaat over de wijze waarop een opdracht tot vernietiging moet worden uitgevoerd en is ook gebleken dat niet alle manieren waarop dit kan gebeuren effectief zijn.

In maart 2003 wordt in opdracht van de Ministers van Justitie en BZK een risicoanalyse uitgevoerd door Pricewaterhouse Coopers Accountants N.V. (PvC) naar de kwetsbaarheid van de vijf tapsystemen die in Nederland worden gebruikt. Hieruit blijkt dat belangrijke lacunes zitten in zowel het beheer van de systemen als de technische beveiliging ervan, waardoor

1 In die Almelose zaak ging het om ongeveer 14.000 uren geluidsopnamen en bleken 631 gesprekken met geheimhouders niet te zijn vernietigd. Geen van de officieren van justitie in de strafzaken die de aanleiding vormden voor het kort geding was op de hoogte van de wijze waarop telefoongesprekken waren gearchiveerd of van de (on)mogelijkheid om gesprekken met geheimhouders te wissen.

RAAD VAN EUROPA

risico's ontstaan dat ongeautoriseerde derden toegang kunnen krijgen tot de gegevens die erin zijn opgeslagen. In december 2003 informeren de betreffende ministers de Tweede Kamer dat reeds maatregelen zijn genomen om deze gebreken te verhelpen. Ondertussen heeft de Minister van Justitie in september 2003 het CBP geïnformeerd dat hij niet instemt met de uitkomsten van het onderzoek van dit College. Hij is van oordeel dat de praktijk van het tappen van alle gesprekken van een specifiek nummer, waaronder ook gesprekken met advocaten *geheel in overeenstemming is met 126aa Sv en artikel 4 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken*.

## DE KLACHT

Op 27 maart 2002 dienen Aalmoes en 112 andere strafadvocaten een klacht in bij het EHRM. Onder artikel 8 EVRM klagen zij dat de ruimere onderzoeksbevoegdheden, onder andere tot het tappen van telecommunicatie van advocaten met hun cliënten, zoals geregeld in het WvSv en aanvullende regelgeving, niet voldoen aan het voorzienbaarheidsvereiste, geen bescherming bieden tegen misbruik en ongeoorloofde inbreuk maken op het verschoningsrecht van advocaten. Daarnaast klagen zij dat de autoriteiten sinds 1994 structureel of op grote schaal hebben nagelaten getapte gegevens die onder het verschoningsrecht van advocaten vallen in overeenstemming met de wettelijke plicht daartoe te vernietigen. Onder artikel 13 EVRM stellen zij geen effectief rechtsmiddel te hebben tegen de klacht onder artikel 8.

## UITSPRAAK

### *Artikel 8 EVRM*

'(...) the Court is satisfied that the Netherlands regulations governing the interception of telecommunications in the context of criminal investigations are sufficiently precise and comprehensive, and provide for adequate safeguards, to be considered as "law" for the purposes of Article 8 § 2.

It further considers that the possibility to intercept telecommunications in the context of a criminal investigation pursues an aim that is legitimate under Article 8 § 2, namely the prevention of crime.

It remains to be determined whether the procedures for supervising the interception of telecommunications in which a lawyer participates are such as to limit the "interference" to what is "necessary in a democratic society". (...).

In this connection and in agreement with the considerations of the Supreme Court in its judgment of 12 January 1999, the Court considers that it is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for this reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged (see *Foxley v. the United Kingdom*, no. 33274/96, § 43, 20 June 2000). The suggestion that information conveyed by or to a lawyer in the latter's professional capacity is susceptible to interception, particularly by criminal investigation authorities who may have a direct interest in obtaining such information, is not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his or her clients. It is for this reason that, in principle, lawyers have in their professional contacts with clients a reasonable expectation of protection and respect for their professional privacy.

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.

It notes that, under the Netherlands domestic rules, judicial supervision takes place at various stages:

- when the investigating judge authorises the public prosecutor to issue an initial interception order and on each occasion when the investigating judge authorises a prolongation thereof;
- when the public prosecutor seeks authorisation from the investigating judge to add to the case file information not falling within the ambit of the privilege of non-disclosure under Article 218 of the CCP, but which information has been conveyed to or by a person enjoying the privilege of non-disclosure;
- when -a lawyer being the suspect -the public prosecutor seeks authorisation from the investigating judge to add to the case file information that has been identified by the public prosecutor -with the assistance of the competent member of the local Bar Association -as not falling within the ambit of the privilege of non-disclosure; and,
- when the suspect is committed for trial, in the proceedings before the trial court where an argument based on Article 359a of the CCP can be raised, claiming that information falling within the ambit of the privilege of non-disclosure had been unlawfully obtained and/or unlawfully retained.

In the light of these considerations and its detailed examination of the impugned legal rules on the interception of telecommunications, the Court is of the opinion that the possible interference with the exercise of the applicants' right to respect for private life and correspondence in this field can reasonably be regarded as falling within the limits of what is necessary in a democratic society for the prevention of crime, as envisaged by Article 8 § 2.

It follows that this part of the application must be rejected as being manifestly ill-founded, pursuant to Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

2. The applicants also complain under Article 8 of the Convention that, as became apparent in the proceedings before the Rotterdam Regional Court and the Almelo Regional Court, the obligation of destruction under former Article 125h and Article 126aa of the CCP has been ignored on a large scale, possibly since 1994. This has possibly entailed confidential information conveyed to or by each of them being kept in digital files held by the judicial authorities without any possibility for the applicants to obtain clarity on this point.

The Court notes that in the proceedings before the Almelo Regional Court, the public prosecutor stated that, since 1994, no recorded telephone conversation had been deleted in the nine police tapping rooms. The Rotterdam and Almelo trial courts examined the issue in depth and, insofar as can be established from the applicants' submissions, any failings found in these cases were apparently the result of a lack of professional knowledge and/or negligence on the part of the responsible officials in the respective criminal investigations.

The Court further notes that, in the summary proceedings before the President of the Regional Court of The Hague, the claim that there was a longstanding structural failure to comply with the obligation of destruction was not determined as this would have required a thorough investigation outside the scope of the summary proceedings in question. Moreover, the Personal Data Protection Authority decided not, for the time being, to examine this point during its enquiry. No civil proceedings on the merits were taken by the applicants in order to obtain a judicial determination of the issue.

Although the Court appreciates the applicants' concerns, it is nevertheless of the opinion that, given the circumstances as a whole, and particularly the constructive reaction of the authorities in response to the applicants' complaints, their claim that the obligation to destroy intercepted, privileged telecommunications has been ignored, either structurally or at least at a large scale, remains speculative.

RAAD VAN EUROPA

The Court concludes therefore that this part of the application is also to be rejected as being manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.

*Artikel 13 EVRM*

‘The Court notes in the first place that where it appears that information conveyed by or to a lawyer, which has been obtained and/or included in the case file in violation of the domestic rules on privileged information, the suspect may raise an argument based on Article 359a of the CCP before the trial court, claiming that the prosecution is defective and should be declared inadmissible. Although it is true that such an outcome would benefit the accused rather than the lawyer concerned, the Court has no doubt that this possibility of sanctioning the prosecution is an important incentive for the criminal investigation authorities to comply with those rules.

The Court observes that in the summary proceedings taken in the present case, the President of the Regional Court of The Hague did not declare the plaintiffs’ action inadmissible for lack of competence but accepted jurisdiction in the matter and, insofar as those proceedings provided sufficient scope to determine the plaintiffs’ claims, the problems were examined. Furthermore, in compliance with the injunction issued by the President on that occasion, the Government took measures to clarify and tighten the relevant rules. Insofar as these measures would, in the applicants’ opinion, be inadequate or insufficient, the Court finds no indication that it would not have been possible for the applicants to pursue the matter further in civil proceedings on the merits, rather than by the already tried summary action.

It follows that this part of the application must similarly be rejected as being manifestly ill-founded, pursuant to Article 35 § 3 and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court unanimously

*Declares the application inadmissible.’*

**President Rechtbank 's-Gravenhage 15 maart 2005 (KG 04/1411)<sup>2</sup>**

De Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten (NVS) spant opnieuw een kort-gedingprocedure tegen de staat aan.

‘2. De vordering

De NVS vordert - zakelijk weergegeven -

1. gedaagde te verbieden om nog langer met behulp van technische middelen via het vaste of mobiele telefoonnet gevoerde gesprekken op te nemen of af te luisteren, indien hieraan voorafgaand bekend is dat aan het betrokken gesprek naar alle waarschijnlijkheid een advocaat in de zin van artikel 9a van de Advocatenwet in de uitoefening van zijn werkzaamheden (geheimhouder) zal deelnemen, behoudens indien de betrokken advocaat zelf voorafgaand aan het opnemen of afluisteren reeds als verdachte was aangemerkt, alsmede gedaagde te bevelen dat eiseres volledig en onverwijld wordt ingelicht over de door gedaagde hiertoe toe te passen techniek;
2. gedaagde te gebieden gesprekken als hiervoor onder 1 bedoeld maar waarvan pas achteraf blijkt dat het geheimhouders betreft, behoudens de vermelde uitzondering, te vernietigen op de wijze als hierna

2 De integrale tekst van deze beslissing is te vinden op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl).

onder 3 vermeld en zonder dat van de inhoud van dit gesprek verder wordt kennis genomen of op welke wijze dan ook de inhoud van dit gesprek wordt vastgelegd;

3. gedaagde te gebieden de elektronische of schriftelijke registratie van de hierboven bedoelde geregistreerde gesprekken, alsmede in het verleden met technische hulpmiddelen afgeluisterde gesprekken, behoudens de meervermelde uitzondering, op zodanige wijze te vernietigen dat de registratie daarvan niet nog op enigerlei wijze kan worden achterhaald.

Daartoe voert eiseres onder meer het volgende aan.

De huidige praktijk ten aanzien van de wijze waarop de vernietigingsplicht van artikel 126aa tweede lid Sv wordt nageleefd door gedaagde is onrechtmatig. Deze praktijk houdt een ernstige aantasting in van het recht op vertrouwelijke communicatie met verschoningsgerechtigden. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat dit recht gebaseerd is op een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht moet komen, 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. Ook het CBP heeft in zijn rapport van 16 juli 2003 geconcludeerd dat de huidige wijze van opnemen en registreren van zogenoemde geheimhoudersgesprekken onrechtmatig is. Daarnaast blijkt uit het onderzoek van PwC dat er nogal wat valt aan te merken op het beheer en de technische beveiliging van de tapsystemen. Inmiddels is gebleken dat het gaat om een structureel niet naleven van de vernietigingsplicht. Niet te verwachten valt dat gedaagde binnen een redelijke termijn maatregelen zal nemen die deze onrechtmatige praktijk beëindigen.

Beoordeling van het geschil

3.5 Eiseres heeft niet kunnen weerleggen dat de wetgever bij artikel 126aa Sv voor ogen heeft gehad dat ook gesprekken met geheimhouders worden opgenomen en vastgelegd in een proces-verbaal. Uit de betreffende Kamerstukken - zowel uit de MvT als uit de relevante verslagen en nota's - blijkt dat het zeker niet de bedoeling is geweest dat "verschoonbare" communicatie tussen advocaat en cliënt nooit zou mogen worden opgenomen. Daarnaast blijkt echter uit de wetsgeschiedenis evenzeer dat ingevolge Strafvordering de verschoningsgerechtigden niet worden gevrijwaard van onderzoek; vooral de mededelingen die onder het verschoningsrecht vallen worden beschermd. Gedaagde heeft er in dit verband op gewezen dat de ratio van de verplichting tot vernietiging van artikel 126aa tweede lid Sv gelegen is in de bescherming van het verschoningsrecht: er mag in het verdere verloop van de strafzaak geen acht worden geslagen op gegevens die onder het verschoningsrecht vallen. Er moet dan ook van worden uitgegaan dat de wetgever een keuze heeft gemaakt als bedoeld in de slotzinnen van rechtsoverweging 3.4.<sup>3</sup> Voor een ingrijpen van de civiele rechter, zeker in kort geding, is dan geen plaats, behoudens indien strijd geconstateerd wordt met in het EVRM gewaarborgde rechten.

3.6 Partijen verschillen van opvatting over de uitleg en de reikwijdte die de uitspraak van het EHRM van 25 november 2004 heeft. Eiseres heeft gesteld dat het EHRM in die uitspraak de vraag of de procedure van vernietiging voldoet aan de door het EHRM gehanteerde uitgangspunten, niet heeft beantwoord. Volgens eiseres heeft het EHRM over de klacht van eisers in die procedure, die tevens de grondslag is van dit kort geding, in feite niets gezegd. Gedaagde daarentegen heeft aangevoerd dat het EHRM zich in die zaak heeft uitgesproken over de Nederlandse tapprokatie, meer in het bijzonder over de positie van geheimhouders daarin, en daarbij geen strijd met verdragsbepalingen heeft geconstateerd. Vastgesteld moet worden dat de bij het EHRM ingediende klacht ziet op de Nederlandse tapprokatie en dat het EHRM

3 Het stelsel vormt de uitkomst van de afweging die de wetgever heeft gemaakt tussen het zwaarwegende belang van de vertrouwelijke communicatie tussen geheimhouders en hun cliënten enerzijds en het belang dat is gemoeid met de waarheidsvinding in strafzaken.

RAAD VAN EUROPA

geoordeeld heeft dat de klacht in ieder geval duidelijk zonder grond is. Conclusie dient dan te zijn dat geen sprake is van strijd met in het EVRM gewaarborgde rechten.

3.7 Het voorgaande zou nog anders kunnen zijn indien vastgesteld kan worden dat gedaagde zich structureel niet houdt aan de regelgeving als vastgelegd in en op basis van artikel 126aa Sv. De gevallen die eiseres ter onderbouwing van haar stelling terzake noemt dateren voor een deel van vóór het kort-gedingvonnis van 19 december 2001. De enkele gevallen uit de periode daarna wijzen geenszins op een structureel veronachtzamen van de regelgeving. Ten overvloede wordt overwogen dat het EHRM in zijn meergenoemde uitspraak de stelling speculatief oordeelt dat de verplichting om met schending van het verschoningsrecht verkregen informatie te vernietigen structureel of op grote schaal niet is nagekomen.

3.8 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de gestelde vraag of er sprake is van onrechtmatig handelen door gedaagde ten aanzien van de wijze waarop de vernietigingsplicht van artikel 126aa tweede lid Sv wordt nageleefd, in ontkennende zin beantwoord dient te worden. De vordering zal daarom worden afgewezen.'

#### **Mensenrechtencomité 15 november 2004, van Hulst t. Nederland (Comm.no. 903/1999)<sup>4</sup>**

Ook hier ging het over afluisteren van telefoongesprekken tussen advocaten en belanghebbende. In deze zaak was de advocaat echter onderwerp van onderzoek en werd betrokkene pas later als verdachte aangemerkt onder meer op basis van de inhoud van telefoongesprekken met zijn advocaat.

'7.6 Finally, the Committee must consider whether the interference with the author's telephonic conversations with Mr. A.T.M.M. was arbitrary or reasonable in the circumstances of the case. The Committee recalls its jurisprudence that the requirement of reasonableness implies that any interference with privacy must be proportionate to the end sought, and must be necessary in the circumstances of any given case. (...) The Committee has noted the author's argument that clients can no longer rely on the confidentiality of communication with their lawyer, if there is a risk that the content of such communication may be intercepted and used against them, depending on whether or not their lawyer is suspected of having committed a criminal offence, and irrespective of whether this is known to the client. While acknowledging the importance of protecting the confidentiality of communication, in particular that relating to communication between lawyer and client, the Committee must also weigh the need for States parties to take effective measures for the prevention and investigation of criminal offences.

(...)

7.8 The Committee considers that the interception and recording of the author's telephone calls with A.T.M.M. did not disproportionately affect his right to communicate with his lawyer in conditions ensuring full respect for the confidentiality of the communications between them, as the District Court distinguished between tapped conversations in which A.T.M.M. participated as the author's lawyer, and ordering their removal from the evidence, and other conversations, which were admitted as evidence because they were intercepted in the context of the preliminary inquiry against A.T.M.M. Although the author contested that the State party accurately made this distinction, he has failed to substantiate this challenge.

(...)

4 De integrale tekst van deze beslissing is te vinden op [www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch).

7.10 In the light of the foregoing, the Committee concludes that the interference with the author's privacy in regard to his telephone conversations with A.T.M.M. was proportionate and necessary to achieve the legitimate purpose of combating crime, and therefore reasonable in the particular circumstances of the case, and that there was accordingly no violation of article 17 of the Covenant.'

## NOOT

### 1 Vertrouwelijkheid

In alle drie de zaken laten de rechters zien dat het in het algemeen belang is dat de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt in beginsel in het teken staat van vertrouwelijkheid. Ook de Hoge Raad heeft in 1999 in een zaak die betrekking had op de oude regelgeving dit belang benadrukt:

'Met het artikel 125h, tweede lid (oud) vervatte voorschrift is beoogd het belang te beschermen dat een ieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan – o.a. – de advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, een advocaat te raadplegen'.<sup>5</sup>

Het belang van dit vertrouwen en het daarop gebaseerde verschoningsrecht lijkt in deze uitspraak te prevaleren boven het belang van het onderzoek. In de drie beschreven zaken lijkt de belangenafweging anders te hebben uitgepakt. Het EHRM is overigens nooit uitgegaan van een absolute bescherming van de vertrouwensrelatie tussen de cliënt en zijn advocaat. Al in de Niemietz-zaak oordeelde het EHRM dat:

"In arriving at its opinion that there had been an interference with Mr Niemietz's "private life" and "home", the Commission attached particular significance to the confidential relationship that exists between lawyer and client. The Court shares the Government's doubts as to whether this factor can serve as a workable criterion for the purposes of delimiting the scope of the protection afforded by Article 8. Virtually all professional and business activities may involve, to a greater or lesser degree, matters that are confidential, with the result that, if that criterion were adopted, disputes would frequently arise as to where the line should be drawn".<sup>6</sup>

Ook in de Aalmoes-zaak overweegt het Hof dat het (slechts) om een beginsel gaat. Met het oog op dat beginsel mogen advocaten in hun professionele contacten met cliënten (opnieuw) 'in beginsel' een redelijke verwachting hebben van bescherming van en respect voor hun professionele privacy. Dat is dus duidelijk iets anders dan het uitgangspunt van het College Bescherming Persoonsgegevens en de Hoge Raad dat 'het belang van de vertrouwelijkheid van deze gesprekken moet prevaleren boven het belang van het onderzoek'.

Om respect voor deze redelijke verwachting te garanderen, dient het tappen van telefoonverkeer onderworpen te zijn aan een adequaat systeem van toezicht. Dat toezicht dient bij voorkeur te worden toevertrouwd aan een rechter, aldus het Hof.

5 HR 12 januari 1999, *NJB* 1999, p. 268.

6 EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400, r.o. 28.



## 2 De rechter als betrouwbare controleur

Het Hof schuift de rechter naar voren als betrouwbare controleur die ervoor zorgt dat het algemeen belang dat de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt in het teken staat van vertrouwelijkheid, wordt gediend. De vraag is echter of de rechter wel in staat is adequaat toezicht te houden. De rechter neemt immers pas op zijn vroegst in derde instantie kennis van de inhoud van de afgeluisterde gesprekken. In Artikel 4 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken is immers bepaald dat alle binnenkomende gesprekken met advocaten eerst door een opsporingsambtenaar worden verwerkt en ter kennisgeving worden aangeboden aan de officier van justitie. Die leest het verslag en beoordeelt of dit mededelingen bevat gedaan aan of door een geheimhouder. Indien dat het geval is, laat hij de inhoud van de communicatie vernietigen.<sup>7</sup> In de Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders wordt verwoord dat de uitwerking van die gesprekken moet plaatsvinden voor zover dat noodzakelijk is om de officier van justitie in staat te stellen zijn wettelijke taak (kiezen tussen vernietigen dan wel voordragen aan de rechter-commissaris ter voeging) van artikel 126aa tweede lid uit te voeren.<sup>8</sup> Een en ander betekent dat niet alleen de officier van justitie kennis neemt van de gesprekken gevoerd door de geheimhouder, maar ook de ambtenaar, die de opgenomen gesprekken uitwerkt en dus ook de (reeks van) ambtenaren, die in de ambtelijk hiërarchie staan tussen de betrokken ambtenaar en de officier van justitie. Praktisch betekent dit dat de mogelijkheid bestaat dat tal van opsporingsambtenaren en (op zijn minst) één officier van justitie op de hoogte geraken van de informatie die (zeker voor de opsporing) geheim had moeten blijven.<sup>9</sup>

Deze regeling staat in scherp contrast met de (tot dan toe) geldende jurisprudentie waarin is bepaald dat het in principe aan de verschoningsgerechtigde zelf is te beoordelen of informatie door het verschoningsrecht wordt beschermd. Dit betreft overigens jurisprudentie met betrekking tot het doorzoeken van het kantoor van de verschoningsgerechtigde.<sup>10</sup> Zodra de advocaat als medeverdachte van zijn cliënt wordt aangemerkt, verliest hij bij doorzoeking en inbeslag-

7 Het artikel luidt volledig: '1. De opsporingsambtenaar die door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Va 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. 3. Indien de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, zijn gedaan door of aan een geheimhouder die als verdachte is aangemerkt, wint de officier van justitie het oordeel in van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep waartoe de geheimhouder behoort, omtrent de vraag of de mededelingen zijn aan te merken als mededelingen in de zin van artikel 126aa tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering. Indien de officier van justitie besluit af te wijken van het oordeel van het gezaghebbende lid van de beroepsgroep, wordt dit besluit met redenen omkleed.'

8 Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2002, p. 266-271.

9 H. de Doelder, 'Onrechtmatig tuchtrecht', in: *Recht op tuchtrecht*, 50 jaar Hof van Discipline onder redactie van J.H.C. Zwitser-Schouten e.a., s.l, mei 2003, p. 161-167 en T.N.B.M.Spronken, *Verdediging. Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken* (diss. Universiteit Maastricht), 2001, p. 434.

10 Zie ook P.A.M. Mevis, 'De bescherming van het beroepsverschoningsrecht onder de Wet-BOB, in het bijzonder bij het afluisteren van telecommunicatie', *D&D* 2003, p. 378 e.v.

neming zijn geprivilegieerde positie te bepalen wat wel en niet onder zijn geheimhoudingsplicht valt. In het normale geval van artikel 98 tweede lid is het aan de advocaat om te beslissen of hij zich op zijn verschoningsrecht beroept, of niet. Alleen wanneer over de onjuistheid van dat standpunt geen twijfel kan bestaan, kan op het uitgangspunt dat de verschoningsgerechtigde dit zelf beoordeelt een uitzondering worden gemaakt.<sup>11</sup> Daar staat tegenover het standpunt, zoals verdedigd door de minister, dat dit uitgangspunt praktisch moeilijk hanteerbaar is, nu de inzet van deze specifieke bevoegdheid nutteloos zou worden als vooraf toestemming zou moeten worden gevraagd.<sup>12</sup>

Mevis vraagt zich af of deze regeling de potentiële cliënten van de verschoningsgerechtigde advocaat wel voldoende bescherming biedt nu de opsporende en vervolgende instantie de informatie moet 'verwerken' alvorens deze kan beslissen of het gesprek wel of niet onder het verschoningsrecht valt.<sup>13</sup> Hij stelt voor informatie die evident onder het verschoningsrecht valt direct te laten vernietigen door de opsporingsambtenaar en die beslissing bij twijfelgevallen over te laten aan de rechter-commissaris. Ook deze suggestie wordt door de minister niet overgenomen nu de consequentie zou kunnen zijn dat de opsporingsambtenaar een kennisvoorsprong heeft op de officier van justitie, wat indruist tegen het uitgangspunt dat de officier van justitie is belast met de leiding van het onderzoek.<sup>14</sup>

### 3 De vereiste machtiging

Ook de vereiste machtiging van de rechter-commissaris voordat de bevoegdheid tot tappen mag worden verleend, heeft geen controlerende meerwaarde. Uit de evaluatie van de Wet BOB is gebleken dat de rechters-commissarissen nog maar zijdelings bij opsporingsonderzoeken zijn betrokken. Waar een machtiging wordt gevraagd, wordt deze zowel volgens de rechters-commissarissen zelf als volgens de overige respondenten zelden afgewezen. Gezien de beperkte betrokkenheid van de rechters-commissarissen bij het onderzoek, is dit ook een lastige beslissing. De rechters-commissarissen problematiseren deze positie maar in beperkte mate, omdat zij erop vertrouwen dat de onrechtmatige of onzorgvuldige inzet van bevoegdheden op de zitting aan de orde zal worden gesteld.<sup>15</sup> Deze laatste vooronderstelling blijkt echter ook onjuist te zijn. Zittingsrechters, zo blijkt uit de evaluatie, richten zich bij de bestudering van de zaak sterk op de vraag of het ten laste gelegde feit bewezen kan worden. Zij controleren niet ambtshalve of de inzet en het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden rechtmatig is. Als de inzet van de middelen geen grote verbazing wekt (disproportioneel lijkt te zijn) en de advocaat geen verweer voert, komen de gebruikte bevoegdheden niet op de zitting aan de orde.

11 HR 12 februari 2002, NJ 2002, 439 (m.nt. YB).

12 *Kamerstukken II*, 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 60-61 en nr. 7, p. 76-77.

13 Mevis 2003 (*supra* noot 10), p. 384.

14 Brief van de Minister van Justitie aan het CBP, 15 oktober 2002, p. 15.

15 A. Beijer, R.J. Bokhorst, M. Boone, C.H. Brants & J.M.W. Lindeman, *De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden – eindexamen*, WODC, Onderzoek en beleid, nr. 222.

Deze bevindingen staan op gespannen voet met de veronderstelling van de rechters-commissarissen in het onderzoek, die de geringe rol die zij vervullen bij de toetsing van bijzondere opsporingsbevoegdheden juist verdedigen met een beroep op de zittingsrechter. Omdat de inzet van bevoegdheden altijd nog getoetst wordt door de zittingsrechter, is het volgens het merendeel van de rechters-commissarissen uit het onderzoek onnodig dat zij zelf een actievere rol vervullen in het voortraject. Geen van de rechters heeft echter ambtshalve het openbaar ministerie om een nadere verantwoording gevraagd. De raadslieden moeten dus zelf eventuele ongerechtigheden aanvoeren; het is een piepsysteem.<sup>16</sup> Gepiept wordt er echter nog nauwelijks.

#### 4 Vormverzuimen

Ook het EHRM geeft de zittingsrechter een belangrijke rol (controle door middel van de toepassing van artikel 359a Sv) maar ook deze garantie biedt geen meerwaarde. Herhaalde malen is door rechterlijke colleges geconstateerd dat artikel 126aa tweede lid Sv en artikel 4 van het Besluit bewaren en vernietigen niet zijn nageleefd en het openbaar ministerie onzorgvuldig handelen kan worden verweten. Dit heeft echter tot nu toe geen enkele keer tot toepassing van een strafprocessuele sanctie geleid. In een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage uit 2002, werd geen strafvermindering toegepast omdat slechts één niet vernietigd gesprek inhoudelijke informatie bevatte, en omdat het in casu om een ernstig strafbaar feit ging, te weten poging tot moord.<sup>17</sup> In een uitspraak van het Hof Den Bosch deed de raadsman een beroep op de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. Het openbaar ministerie verweerde zich door te stellen dat de raadslieden in deze zaak ook verdachten waren. Het hof laat dit in het midden en overweegt dat ook indien dat zo zou zijn geweest de regels toch zouden zijn geschonden. Voor de vraag of de mededelingen die door een als verdachte aangemerkte geheimhouder zijn gedaan, vallen onder diens geheimhoudingsplicht, dient de officier van justitie het oordeel in te winnen van een gezaghebbend lid van de betrokken beroepsgroep. Dit was in casu niet gebeurd. Bovendien waren de betreffende processen-verbaal zonder de machtiging van de rechter-commissaris aan het dossier toegevoegd. Het hof past echter geen sanctie toe omdat niet aannemelijk is dat politie en justitie het verschoningsrecht hebben trachten te omzeilen en doelbewust de belangen van de verdachte hebben trachten te veronachtzamen. Tevens waren er geen aanwijzingen dat de gesprekken met de advocaten tot nadere onderzoekshandelingen hebben geleid.<sup>18</sup> Piepen lijkt geen zin meer te hebben.

16 A. Beijer, R.J. Bokhorst, M. Boone, C.H. Brants & J.M.W. Lindeman, *De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden – eindexamen*, WODC, Onderzoek en beleid, nr. 222.

17 Rb. 's-Gravenhage 22 februari 2002, *LJN AD 9728*.

18 Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2003, *LJN AN 1270*.

## 5 Tot slot

Tot slot nog een ander probleem. Wat valt onder het verschoningsrecht? Van een niet door het verschoningsrecht beschermde situatie is volgens de politierechter van de Rechtbank Amsterdam sprake wanneer de inhoud van een gesprek tussen een advocaat en zijn cliënt wordt gebruikt om de voortvluchtige verdachte te lokaliseren:

‘De informatie uit de tap is enkel en alleen aangewend om de plaats te bepalen waar de verdachte op zekere tijd zou arriveren, zodat verdachte (...) kon worden aangehouden. Het valt niet in te zien waarom het op deze wijze lokaliseren en observeren van een verdachte de rechtsregels die het vrije verkeer tussen de advocaat en diens cliënt beogen te waarborgen, zouden raken. Deze regels dienen immers uitsluitend ter waarborging van het recht en belang van een verdachte om vrijelijk met zijn advocaat te kunnen communiceren over de inhoud van de tegen hem bestaande verdenking, de strafbaarheid ervan en de standpuntbepaling van de verdediging in deze.’<sup>19</sup>

Nu valt er op deze uitspraak het nodige af te dingen. Tot het verschoningsrecht hoort immers meer dan uit dit citaat kan worden afgeleid. Artikel 218 Sv waarin het verschoningsrecht is geregeld luidt: ‘Van het geven van een getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschoonen zij die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd’. In de jurisprudentie wordt het begrip ‘toevertrouwd’ ruim uitgelegd. Hieronder valt niet alleen de informatie van de cliënt, maar vallen alle waarnemingen en ondervindingen in het kader van de hulpverlening, inclusief ongewild of toevallig verkregen informatie en inclusief informatie van derden.<sup>20</sup> Voorstelbaar is dat onder omstandigheden de cliënt van de advocaat er belang bij kan hebben dat niet bekend wordt dat en op welke tijdstippen en op welke wijze hij om hulp en bijstand van de advocaat heeft gevraagd, zodat de advocaat terzake eveneens een geheimhoudingsplicht heeft en zich op zijn verschoningsrecht moet kunnen beroepen.<sup>21</sup>

Bovendien wordt met een dergelijke beperkte uitleg van het verschoningsrecht aan het algemeen belang dat de relatie tussen een advocaat en zijn cliënt in beginsel in het teken staat van vertrouwelijkheid, niet toegekomen. Het moet nog maar eens worden gezegd: het verschoningsrecht van advocaten is inderdaad gestoeld op algemene rechtsbeginselen. Al eeuwenlang wordt aangenomen dat hulpverlenende beroepen hun werk niet zouden kunnen doen zonder aan het verschoningsrecht een hogere waarde toe te kennen dan aan opsporingsbelangen. Het verschoningsrecht van advocaten dient zeker niet slechts het belang dat een ieder die rechtshulp zoekt zich daartoe tot een advocaat kan wenden zonder te hoeven vrezen dat hetgeen hij aan een advocaat toevertrouwt aan een ander bekend wordt. Het recht strekt er tevens toe de advocaat zijn werk te laten doen zonder dat hij de kans loopt door de overheid ter verantwoording te worden geroepen. Slechts indien hij zelf voorafgaand aan het opnemen of af luisteren

19 Rb. Amsterdam, 20 juni 2001, *Nieuwsbrief Strafrecht* 2001, p. 314/315. Andere voorbeelden zijn te vinden in Hof 's-Gravenhage, 15 mei 2002, *LJN* AE 4578 en Rechtbank Zutphen, 16 september 2003, *LJN* AM 2817.

20 Spronken 2001 (*supra* noot 9), p. 397.

21 Kantonrechter Amsterdam 4 september 1991, *NJ* 1992, 351.

RAAD VAN EUROPA

reeds als verdachte kan worden aangemerkt, moet het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht moet komen prevaleren boven het maatschappelijke belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking om bijstand en advies tot een advocaat moet kunnen wenden. Het verschoningsrecht voor advocaten is niet alleen onmisbaar uit het oogpunt van een procedure, maar ook uit oogpunt van bedeling van recht van een deugdelijk niveau.<sup>22</sup>

Twee van de drie rechtscollège's hebben onvoldoende rekening gehouden met dit algemene belang.

22 J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, Groningen: H. D. Tjeenk Willink 1975, p. 23 en H. de Doelder 2003 (*supra* noot 9), p. 164.