

Tweede Kamer der Staten-Generaal  
t.a.v. de woordvoerders van de vaste Kamercommissie voor Binnenlandse Zaken en  
Koninkrijksrelaties  
Postbus 20018  
2500 EA DEN HAAG

Den Haag, 19 december 2016  
dossiernummer: 102261  
uw kenmerk:  
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 77  
e-mail: r.huges@advocatenorde.nl

**Betreft: reactie adviescommissies strafrecht en rechtsstatelijkheid van de NOvA op het  
wetsvoorstel WIV**

Geachte woordvoerders,

Op 2 juli 2015 is het wetsvoorstel Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (WIV) in consultatie gegeven. Gelet op het ontbreken van wettelijke waarborgen indien inlichtingen- en veiligheidsdiensten bijzondere bevoegdheden willen inzetten jegens advocaten of hun cliënten, heeft de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) eerder advies uitgebracht in het kader van de consultatieprocedure.

Op 28 oktober 2016 is een herziene versie van het wetsvoorstel WIV ingediend bij de Tweede Kamer. In dit wetsvoorstel wordt gedeeltelijk tegemoet gekomen aan de door de NOvA gesignaleerde bezwaren. De NOvA is content dat indien inlichtingen- en veiligheidsdiensten bijzondere bevoegdheden willen inzetten jegens advocaten (direct tappen) een voorafgaande rechterlijke toets verplicht wordt. Dat deze regeling niet alleen ziet op de bevoegdheid van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten om te mogen aftappen, maar geldt voor alle bijzondere bevoegdheden die de inlichtingen- en veiligheidsdiensten willen inzetten jegens advocaten waarbij mogelijk kennis wordt genomen van vertrouwelijke communicatie, is een goede ontwikkeling.

Indien bijzondere bevoegdheden worden ingezet jegens cliënten van advocaten (indirect tappen) is in het wetsvoorstel helaas niet gekozen voor het door de NOvA voorgestelde systeem van nummerherkenning, zoals dat nu ook geldt bij de nationale politie. In het wetsvoorstel is ervoor gekozen om de gegevens die betrekking hebben op de vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt terstond te vernietigen. Mocht de verwerking van de gegevens noodzakelijk zijn voor het onderzoek dan kunnen deze alleen gebruikt worden als de rechtbank Den Haag daarvoor toestemming heeft verleend. Een bezwaar van deze constructie is dat vooraf inzage plaats heeft van vertrouwelijke informatie door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

Bezoekadres  
Neuhuyskade 94  
2596 XM Den Haag  
Tel. 070 - 335 35 35  
Fax 070 - 335 35 31

Postadres  
Postbus 30851  
2500 GW Den Haag

De NOvA heeft zijn adviescommissies strafrecht en rechtsstatelijkheid gevraagd advies uit te brengen over de herziene versie van het wetsvoorstel WIV. Dit advies treft u bijgaand aan, waarvoor de NOvA uw aandacht vraagt.

Met vriendelijke groet,  
namens de algemene raad



mw. mr. R.G. van den Berg  
algemeen secretaris

Bijlage: advies adviescommissies strafrecht en rechtsstatelijkheid van de NOvA

## ADVIES

|         |   |   |
|---------|---|---|
| Van     | : | adviescommissie strafrecht en adviescommissie rechtsstatelijkheid   |
| Datum   | : | 19 december 2016  |
| Betreft | : | <b>Wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (herziene versie d.d. 28 oktober 2016)</b> |

### Introductie

Bij brief van 1 september 2015 aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden heeft de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) naar aanleiding van de voorgestelde Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (WIV) – ter vervanging van de huidige Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (WIV 2002) - advies uitgebracht in het kader van de openbare consultatieprocedure.

Inmiddels is een herziene versie van het wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer. Met de indiening van deze versie meent het kabinet tegemoet te komen aan de reacties uit de internetconsultatie, de door de Tweede Kamer gevraagde Privacy Impact Assessment (PIA) en het advies van de Raad van State. Naar aanleiding daarvan heeft de Algemene Raad van de NOvA een nieuw verzoek aan onze adviescommissie rechtsstatelijkheid en de adviescommissie strafrecht gericht.

Dit advies beperkt zich tot de vraag of en zo ja, in hoeverre het herziene wetsvoorstel tegemoetkomt aan de bezwaren zoals die namens de NOvA naar voren zijn gebracht (en het wetsvoorstel thans de toets van rechtsstatelijkheid kan doorstaan).

### Toetsingskader adviescommissies

De adviescommissies toetsen ten behoeve van dit advies met betrekking tot de herziene versie van de WIV of de wijze waarop die wijzigingen zijn vormgegeven ook in lijn zijn met fundamentele beginselen van rechtsstatelijkheid. Daarbij werken zij met een toetsingskader dat uitgaat van de gedachte dat een rechtsstaat er primair is om burgers tegen overheidswillekeur te beschermen en in dat kader waarborgen biedt op drie gebieden:

1. De rechtsstaat geeft garanties ten aanzien van een voorspelbare overheid die zich aan de voor haar geldende regels houdt en in evenredigheid recht doet aan allen die door haar geraakt kunnen worden;
2. De rechtsstaat biedt alle ingezetenen elementaire rechtsbescherming op het terrein van grondrechten en mensenrechten;
3. De rechtsstaat verleent iedereen een effectieve toegang tot een onpartijdige en onafhankelijke rechter.

Willen deze waarborgen effectief zijn, dan vormt het recht van een ieder tot ongehinderde, vertrouwelijke communicatie met zijn advocaat een fundamenteel sluitstuk. De waarborg van dit recht is voor dit advies met name van belang.

### Bezwaren NOvA tegen aanvankelijke wetsvoorstel

De bezwaren van de NOvA geuit in voornoemde brief van 1 september 2015 tegen het aanvankelijke wetsvoorstel waren in hoofdlijnen de volgende:



1. Voor het tappen van communicatie waarbij advocaten betrokken zijn, wordt in het wetsvoorstel geen wettelijke waarborg getroffen die eventuele inbreuken op het fundamentele verschoningsrecht zou kunnen rechtvaardigen, waarmee het wetsvoorstel niet in lijn is met de door het EHRM gestelde waarborgen;
2. Voor advocaten geldt niet een voorafgaande en onafhankelijke rechterlijke toetsing c.q. controle op de uitoefening van bijzondere bevoegdheden jegens een advocaat tegen wie een bepaalde verdenking geldt ('direct tappen'), zoals dit wel in het wetsvoorstel is opgenomen voor journalisten tegen wie een bepaalde verdenking geldt (voorafgaande toetsing door de Rechtbank Den Haag);
3. Voor doorbreking van het verschoningsrecht van advocaten bestaat sowieso geen rechtvaardiging ingeval niet de advocaat maar diens cliënt 'target' is van de inzet van bijzondere bevoegdheden ('indirect tappen'). Om te voorkomen dat gesprekken tussen advocaten en cliënten bij wijze van 'bijvangst' worden afgeluisterd, wordt geadviseerd aansluiting te zoeken bij het systeem van nummerherkenning.

### Het herziene wetsvoorstel

Voor zover relevant voor de advocatenpraktijk en het fundamentele verschoningsrecht van de advocaat brengt het herziene wetsvoorstel de volgende wijzigingen mee:

1. Voor de inzet van bijzondere bevoegdheden door de diensten jegens advocaten ('direct tappen') wordt een specifieke regeling voorgesteld. Voor advocaten geldt dat – indien de diensten bijzondere bevoegdheden willen inzetten jegens advocaten waarbij de uitvoering kan leiden tot verwerving van gegevens die betrekking hebben op de vertrouwelijke communicatie tussen advocaten en hun cliënten – voorafgaande toetsing vereist is door de Rechtbank Den Haag; dit geldt dus niet alleen voor tapbevoegdheden, maar voor alle bijzondere bevoegdheden waarbij de advocaat de 'target' is en mogelijk kennis kan worden genomen van vertrouwelijke communicatie tussen die advocaat en zijn/haar cliënt (en dus ook op de uitbreiding van de bevoegdheden van de diensten in het wetsvoorstel);
2. Voor gegevens die betrekking hebben op de vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en diens cliënt en verkregen zijn in andere gevallen dan artikel 30 lid 3 van het wetsvoorstel (bijvoorbeeld 'indirect tappen' waarbij de cliënt de 'target' is) is in artikel 27 lid 2 van het wetsvoorstel bepaald dat deze direct moeten worden vernietigd; indien de verdere verwerking noodzakelijk is voor het onderzoek, zal daarvoor ook eerst toestemming verleend dienen te worden door de Rechtbank Den Haag;
3. Verder is in artikel 66 van het voorstel een regeling opgenomen voor het uitbrengen van ambtsberichten aan het Openbaar Ministerie<sup>1</sup>; indien deze berichten betrekking hebben op de vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en diens cliënt dient voorafgaand aan het doen van de mededeling toestemming gevraagd te worden aan de Rechtbank Den Haag.

### Voldoet het herziene wetsvoorstel aan de criteria van rechtsstatelijkheid?

Het voorstel van wet komt in zoverre tegemoet aan de eerder geuite bezwaren van de NOvA dat thans in bepaalde gevallen voorafgaande en onafhankelijke rechterlijke toetsing verplicht is gesteld bij het inzetten van een maatregel waarbij vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en diens cliënt verworven kunnen worden. Echter, nu in het voorstel een geëigende methode om

<sup>1</sup> Een vergelijkbare regeling zou van toepassing moeten zijn indien vertrouwelijke informatie van advocaten (of notarissen, artsen of geestelijk verzorgers) door een veiligheidsdienst met anderen dan het OM wordt gedeeld. Ook dan wordt die vertrouwelijkheid immers geschonden.

daaraan in de praktijk (deels) handen en voeten te geven – zoals nummerherkenning, maar ook een selectieregeling – niet wordt overgenomen omwille van ‘nationale belangen’, dienen nog altijd grote vraagtekens te worden geplaatst in hoeverre de regeling praktisch daadwerkelijk het vrije en vertrouwelijke verkeer tussen advocaat en cliënt garandeert. In zijn algemeenheid missen de adviescommissies regels die tegengaan dat de overheid inhoudelijk kennis neemt van vertrouwelijke communicatie.

In het advies van 1 september 2015 is uitvoerig stilgestaan bij het belang van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat<sup>2</sup> en cliënt en de gebreken die de huidige praktijk vertoont. Gewezen wordt verder op de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 27 oktober 2015 (ECLI:NL:GHDHA:2015:2881). Het lijkt erop dat het nieuwe voorstel thans wel de beginselen onderschrijft, maar nog altijd niet de volledige consequenties daaruit wil trekken voor de praktijk.

Ten eerste signaleren de adviescommissie rechtsstatelijkheid dat **ook als de advocaat zelf ‘target’ is** (de situatie genoemd in artikel 30 lid 3), zijn/haar cliënten die niet zelf ook ‘target’ zijn (en uiteraard niet kunnen weten dat hun advocaat ‘target’ is), er toch op moeten kunnen rekenen dat wat zij hun advocaat toevertrouwen, vertrouwelijk is en blijft, en zeker niet in handen van de overheid valt. Er moet een *effectieve* waarborg zijn dat de overheid van die niet-relevante, maar wel vertrouwelijke advocaat-cliënt-informatie geen kennis neemt en deze, voor zover die informatie toch door technische toepassingen in haar handen komt, vernietigd wordt voordat de overheidsdiensten daarvan inhoudelijk kennis kunnen nemen. Het voorstel voorziet niet in een regeling hiervoor en voorziet daardoor evenmin in een effectieve waarborg voor de (rechtsstatelijke) vertrouwelijkheid.

Als de Rechtbank Den Haag eenmaal haar toestemming heeft verleend krachtens artikel 30 lid 3, dan lijkt het erop dat het alleen nog de inlichtingendiensten zelf zijn die volgens artikel 27 lid 1 bepalen welke alsdan verzamelde gegevens relevant zijn en bewaard en gebruikt worden of vernietigd worden. Dit komt de adviescommissies onjuist voor. Zij adviseren dat er een selectieregeling komt vergelijkbaar met de regeling die geldt voor huiszoekingen bij advocaten, waarbij de van de advocaat als ‘target’ verzamelde informatie door tussenkomst van de rechter en de bevoegde deken wordt geschoond van die informatie die voortvloeit uit communicatie tussen de advocaat die ‘target’ is en zijn/haar cliënten die geen ‘target’ zijn en deze informatie wordt vernietigd voordat de opsporings- c.q. inlichtingendiensten van de voor hen relevante informatie kennisnemen (zie onder andere HR 30 november 1999, *NJ* 2002, 438, m.nt. Buruma; Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten (*Stcr.* 4981, 2011) en *Handleiding voor de deken ter waarborging van de geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht van advocaten bij extern onderzoek*, maart 2013). Een dergelijke selectieregeling is bij geheime onderscheppingen van informatie des te meer van belang, omdat de advocaat zelf, aan wie primair de geheimhoudingsplicht en het daaraan gekoppelde verschoningsrecht toekomt, bij dit soort geheime acties – anders dan bij reguliere strafrechtelijke onderzoeken – niet zelf een beroep op de vertrouwelijkheid kan doen en geen rechtsmiddelen kan aanwenden.

Ten tweede, eenzelfde probleem doet zich voor in het spiegelbeeldige geval **waarin de cliënt de ‘target’ is** en de advocaat niet. De vertrouwelijke communicatie tussen beiden die wordt

<sup>2</sup> Dit preadvies focust op de vertrouwelijkheid van de communicatie van en met advocaten, maar met betrekking tot de vertrouwelijke communicatie met en van andere beroepen met een wettelijke geheimhoudingsplicht, zoals artsen, notarissen en geestelijk verzorgers, zou eveneens een specifieke regeling in het leven moeten worden geroepen. Indien dergelijke informatie door de veiligheidsdiensten met het OM, of andere instanties, wordt gedeeld, is immers eveneens sprake van schending van een wettelijk voorgeschreven vertrouwelijkheid.



onderschept, is dan 'bijvangst': het doel is niet de vertrouwelijke communicatie te onderscheppen, maar omdat alle communicatie van de 'target' wordt onderschept, kan daar ook per abuis zijn vertrouwelijke communicatie met zijn advocaat bij zitten. Dit behoort voorkomen te worden.

In het voorstel is het echter oncontroleerbaar wat er met die betreffende vertrouwelijke informatie, verkregen bij wijze van 'bijvangst', gebeurt. Voor een effectieve bescherming van de vertrouwelijkheid is een dergelijke preventieve controle evenwel noodzakelijk. Volgens het voorstel zou de betrekkelijke informatie vernietigd dienen te worden. De adviescommissies houden er niettemin rekening mee dat deze mogelijk toch voor de inlichtingendiensten interessante informatie in de praktijk toch direct of indirect haar weg vindt naar de zogenaamde ambtsberichten waaraan iedere nadere controle zich onttrekt. Ambtsberichten hebben een gesloten karakter in die zin dat zij (niet zonder meer) de herkomst van de informatie bevatten en dat de inhoud ervan zelfs voor personen waarop zij betrekking hebben niet gekend is (de gerubriceerde ambtsberichten). Ambtsberichten kunnen gedeeld worden met externe partijen (buitenlandse veiligheidsdiensten, Openbaar Ministerie) of de grondslag vormen voor verdere analyse.

Omdat de diensten bij deze stand van zaken simpelweg niet in staat zijn onrechtmatige onderscheppingen te voorkomen of te beëindigen, is de praktijk, ondanks de voorgestelde regeling, weer terug bij af. Het lijkt alsof de realiteit van de hiervoor aangehaalde uitspraak en het dwingende regime van het EVRM en de implicaties die dat ontegenzeggelijk ook voor de praktijk met zich meebrengt niet willen doordringen tot de wetgever. De tekst van de Memorie van Toelichting dat *'het gelet op het door de diensten te behartigen belang van de nationale veiligheid onwenselijk (is) om op voorhand communicatie als hier bedoeld – maar dat geldt evenzeer voor communicatie van journalisten – categorisch uit te sluiten van eventueel gebruik in onderzoeken van de diensten'* verdraagt zich niet met het fundamentele uitgangspunt dat de communicatie tussen advocaten en hun cliënten vertrouwelijk is en dat de overheid daar geen kennis van mag nemen, ook niet als de informatie achteraf wordt vernietigd, behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden die rechtvaardigen dat, steeds met tussenkomst van de rechter, de advocaat zelf de 'target' is.

In het advies van 1 september 2015 is reeds uitvoerig toegelicht dat het onvoldoende waarborgen van die vertrouwelijkheid rechtstreeks raakt aan fundamentele beginselen zoals neergelegd in de artikelen 6 en 8 EVRM. Het voorgestelde systeem van nummerherkenning, waarmee op een eenvoudige wijze voorkomen wordt dat communicatie met advocaten wordt afgeluisterd en opgenomen indien diens cliënt de target is, is voorgesteld door de NOvA. De adviescommissies zien dit impliciet afgewezen in het wetsvoorstel met een beroep op de nationale veiligheid. Zij achten dat oneigenlijk, omdat als de inlichtingendiensten reden hebben te vermoeden dat in de communicatie met de advocaat zaken besproken worden die de nationale veiligheid bedreigen, de geëigende weg is dat de inlichtingendiensten een verzoek doen om de advocaat als 'target' aan te merken om hem/haar direct te kunnen tappen, met de waarborgen die daarvoor gelden (voorafgaande rechterlijke toetsing en een selectieregeling achteraf als hierboven geadviseerd).

De adviescommissie rechtsstatelijkheid benadrukt tot slot dat nummerherkenning slechts één van de technieken is waarmee voorkomen kan worden dat de overheid vertrouwelijke cliënt-advocaten-informatie in handen krijgt. Aangezien het wetsvoorstel niet alleen tappen betreft, maar veel meer vormen van informatievergaring, zouden ook daarvoor technieken moeten worden ingezet waarmee voorkomen wordt dat vertrouwelijke cliënt-advocaten-communicatie in handen van de overheid valt. Welke die andere technieken precies zouden moeten zijn, valt buiten het bestek van deze signalering. Het hoofdpunt dat de adviescommissie rechtsstatelijkheid signaleert, is dat bij

'indirect tappen' de rechtsstaat weg behoort te blijven van een stelsel waarbij de overheid de vertrouwelijke informatie in beginsel wel mag onderscheppen en inzien, met als argument dat de overheid dat doet om te beoordelen wat wegens het vertrouwelijke karakter vernietigd kan (eigenlijk: moet) worden en wat niet. Zo'n stelsel gaat echter ervan uit dat er in beginsel wel een recht van de overheid bestaat, althans kan bestaan, in een rechtsstaat om ook van communicatie tussen cliënt en advocaat kennis te nemen, al is het maar opdat de overheid kan beoordelen of die communicatie vertrouwelijke communicatie tussen cliënt en advocaat betreft. De adviescommissie rechtsstatelijkheid acht een dergelijk uitgangspunt fundamenteel onjuist. Immers, kennisneming van vertrouwelijke informatie door een overheidsdienst betekent per definitie dat die vertrouwelijkheid wordt geschonden. Daar komt bij dat een overheidsdienst vanuit zijn perspectief vaak de neiging zal vertonen in een specifiek geval een reden te bedenken waarom de vertrouwelijke informatie dienstig zou kunnen zijn aan een bepaald onderzoek. Het is juist de rechtstatelijke taak van de overheid om tegen zo'n, op zichzelf wellicht begrijpelijke, neiging effectieve bescherming te bieden en zo te voorkomen dat communicatie met een advocaat haar vertrouwelijkheid verliest in gevallen waartoe daar geen reden is. Een bevoegdheid van de overheid om kennis te nemen van de communicatie tussen advocaat en cliënt kan daarom alleen worden aangenomen in de zeer uitzonderlijke omstandigheid, dat niet alleen de cliënt maar ook de advocaat zelf, na toetsing door de rechter en met de andere waarborgen van dien (zie hierboven), als 'target' mag worden aangemerkt. Daarom dient volgens de adviescommissie rechtsstatelijkheid het uitgangspunt te zijn dat als en zolang een advocaat zelf niet als 'target' aangemerkt mag worden, steeds zoveel als technisch mogelijk (en veel is mogelijk) voorkomen moet worden dat die vertrouwelijke informatie überhaupt in handen van de overheid valt, opdat iedere vorm van verwerking door anderen dan de advocaat uitblijft, hoe goed die beoogde verwerking ook bedoeld is.

Zien de Commissies het goed, dan is de in het wetsvoorstel genoemde specifieke regeling alleen van toepassing op vertrouwelijke informatie verkregen door *bijzondere* opsporingsbevoegdheden. Het geval waarin de veiligheidsdiensten langs de weg van een standaard bevoegdheid toegang hebben gekregen tot vertrouwelijke communicatie van of met een advocaat zou dan de bescherming ontberen ofschoon ook dan sprake is van een geschonden vertrouwelijkheid. De adviescommissies dringen er dan ook op aan de specifieke regeling van toepassing te laten zijn op alle gevallen waarin de veiligheidsdiensten door uitoefening van hun bevoegdheden toegang krijgen tot of de beschikking krijgen over vertrouwelijke communicatie.

## Conclusie

De adviescommissie rechtsstatelijkheid en de adviescommissie strafrecht signaleren dat:

1. De herziene versie van de WIV zoals die is voorgelegd aan de Tweede Kamer op 28 oktober 2016 ten dele, maar onvoldoende, tegemoet lijkt te komen aan de bezwaren van de NOvA waar het gaat om een voorafgaande onafhankelijk rechterlijk toetsing voordat kan worden overgegaan tot het onderscheppen van communicatie van een advocaat die zelf 'target' is ('direct tappen');
2. Er echter een regeling ontbreekt die verzekert dat niet-relevante vertrouwelijke informatie die voortvloeit uit communicatie tussen de advocaat als 'target' en zijn/haar cliënten die zelf geen 'target' zijn en die wordt verkregen bij 'direct tappen', door tussenkomst van de rechter en de bevoegde deken wordt gescheiden van de voor de inlichtingendiensten relevante informatie, vóórdat de inlichtingendiensten daarvan kennisnemen; en
3. De regeling voor 'indirect tappen' van advocaten waarbij de cliënt de 'target' is qua belijdenis nu in orde lijkt, maar de beoogde uitvoering vooralsnog niet strookt met hetgeen wordt



beleden, omdat het voorstel 'bijvangst' niet voorkomt maar, integendeel, blijkens de Memorie van Toelichting er rekening mee houdt dat in die communicatie met de advocaat mogelijk ook voor de inlichtingendiensten interessante informatie aangetroffen kan worden; de adviescommissies adviseren onverkort een systeem van nummerherkenning in te voeren en pleit voor implementatie van vergelijkbare technieken om te voorkomen dat ook bij communicatie anders dan per telefoon vertrouwelijke advocaat-cliënt-informatie in de macht van de overheidsdiensten komt in gevallen van 'indirect tappen'.

De adviescommissies benadrukken dat bovenstaande signalering een beknopt resultaat is van een eerste lezing enkel gericht op de hoofdpunten van het herziene wetsvoorstel en op de vraag of tegemoet is gekomen aan de zwaarwegende bezwaren van de NOvA die zijn kenbaar gemaakt in de brief van 1 september 2015 aan de Minister. Aan dit spoedadvies kan niet de conclusie worden ontleend dat het voorstel overigens volgens de adviescommissies de toets der rechtsstatelijkheid kan doorstaan. Daarvoor is nadere bestudering nodig. Een nader advies ter zake kan nog worden uitgebracht.