

Nederland besproken. In het volgende nummer nemen we het recente arrest van het Grondwettelijk Hof in verband met de meldplicht inzake witwassen dat bepaalde grenzen stelt aan de uitholling van het beroepsgeheim onder de loep.

HET GEBRUIK VAN VERTROUWELIJKE BRIEFWISSELING EN HET AFLUISTEREN VAN GESPREKKEN TUSSEN RAADSMAN EN CLIËNT

Het arrest van 23 januari 2008 (10/2008) van het Grondwettelijk Hof werd door de advocatuur onthaald als een niet te onderschatten verankering van het beroepsgeheim van de advocaat. De toepassing van de anti-witwasverplichtingen op advocaten wordt daarbij op strikte wijze geïnterpreteerd teneinde de effectiviteit van de rechten van verdediging te garanderen. De effectiviteit van de rechten van de verdediging van iedere rechtzoekende veronderstelt immers noodzakelijkerwijs dat een vertrouwensrelatie tot stand kan komen tussen hem en de advocaat die hem raad geeft en hem verdedigt.

Het Hof past daarbij het gekende toetsingskader toe, waarbij het opheffen van het beroepsgeheim van de advocaat slechts verenigbaar wordt geacht met de fundamentele rechten, wanneer dat door een dringende reden wordt verantwoord en strikt evenredig is.

Het goede nieuws is dat daarbij voorrang wordt gegeven aan de vertrouwensrelatie met de cliënt. De vraag blijft echter of door de evolutie van de rechtspraak de overheid, en m.n. Openbaar Ministerie en de politieambtenaren, datzelfde signaal krijgen.

En of zij niet vooral onthouden dat bvb. het beroepsgeheim in ieder geval niet absoluut is. Ook feitenrechters gaan schendingen van fundamentele rechten en vrijheden aftoetsen aan de noodzaak en evenredigheid ervan met gewetigde doelstellingen van algemeen belang als de bestrijding van de (georganiseerde) misdaad. Zonder effectieve procedurele sanctie van de inbreuk op het beroepsgeheim, blijft het belijden van het belang van de fundamentele rechten en vrijheden echter loze woorden.

Voorbeelden uit de praktijk van schendingen van het beroepsgeheim betreffen het gebruik van vertrouwelijke briefwisseling en het afluisteren van gesprekken tussen raadsman en cliënt

Inzake afluistering stelt art. 90sexies, lid 3 Sv. dat de communicaties of telecommunicaties die onder het beroepsgeheim vallen niet opgetekend worden in het proces-verbaal.

In een zaak voor de K.I. Brussel van 31 mei 1999 (P.&B. 2000, 46, noot Traest, P.), werd overwogen dat niet enkel de vertrouwelijke mededelingen door een cliënt aan zijn advocaat gedekt zijn door het beroepsgeheim, maar eveneens elk contact dat een persoon heeft met een advocaat in de uitoefening van zijn beroep, zonder dat het van belang is of deze advocaat volgend op dit contact al dan niet heeft aanvaard de belangen van deze persoon te behartigen die niet zijn cliënt zou zijn geworden.

Op grond van voormelde wetsbepaling werden de processen-verbaal die daarmee in strijd waren, verwijderd uit het strafdossier.

In een recente zaak voor het Hof van Cassatie werd een arrest van het Hof van Beroep in Luik verbroken dat een beklaagde veroordeeld had op basis van ernstige, nauwkeurige en overeenstemmende vermoedens van schuld, waaronder de inhoud van een in beslag genomen brief aan zijn advocaat. (Cass., 9 mei 2007, Juristenkrant 2007 (weergave Vanwalleghem, P.), afl. 151, 12; J.T. 2007, afl. 6274, 526, noot Kennes, L., T. Strafr. 2008, afl. 2, 97, noot Decaigny, T.)

In de brief had hij zijn advocaat om advies gevraagd, ondermeer over de bestraffing van de feiten waarvoor hij uiteindelijk veroordeeld werd.

Het Hof overwoog dat door een vermoeden van schuld uit deze briefwisseling af te leiden, de rechten van verdediging geschonden werden. Belangrijke nuance is dat het arrest niet om die reden op zich verbroken werd, doch omdat er uit volgde dat het niet rechtsgeldig gemotiveerd was.

Het arrest zelf spreekt zich echter niet uit over het gevolg van het vastgestelde onregelmatig

gebruik van de door het beroepsgeheim beschermde briefwisseling. Dat oordeel komt de feitenrechter toe.

En die hoeft niet noodzakelijk te besluiten tot het weren van onrechtmatig verkregen bewijs.

Sedert de zgn Antigoonrechtspraak (Cass. 14 oktober 2003), is er geen sprake meer van onvoorwaardelijke uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs. Die rechtspraak heeft de vroegere regel van bewijsuitsluiting aanzienlijk gerelativeerd.

Eén van de hypothesen waaronder tot bewijsuitsluiting kan besloten worden, is dus het gebruik van het bewijs in strijd met het recht op een eerlijk proces.

In de lijn van de overwegingen van het cassatie-arrest van 9 mei 2007, mag men aannemen dat de feitenrechter naar wie de zaak verwezen werd, tot wering van de in beslag genomen brief aan de advocaat besluit. Zeker nu het Grondwettelijk Hof oordeelde dat het beroepsgeheim van de advocaat een algemeen beginsel is dat verband houdt met de naleving van de fundamentele rechten.

Meteen wordt ook nogmaals het belang van het arrest van 23 januari 2008 in de verf gezet, m.n. van de interpretatie die het beroepsgeheim procedureel verankert.

In het advies van advocaat-generaal Poiares Maduro in de prejudiciële zaak (bij tussenarrest nr. 126/2005 van 13 juli 2005 had het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen), had deze het beroepsgeheim omschreven als een principe met twee gezichten: één procedureel, geënt op het recht op een eerlijk proces, en één substantieel, afgeleid van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. (H.v.J. (Grote Kamer) nr. C-305/05, 26 juni 2007, J.L.M.B. 2007, 1120, concl. Poiares Maduro, 1132, nr. 44)

Vanzelfsprekend is er ook veel te zeggen om het beroepsgeheim te relateren aan art 8 EVRM.

Doch die grondslag biedt procedureel veel minder garanties om de schending van het beroepsgeheim te sanctioneren.

Men kan hiervoor overigens ook verwijzen naar een evolutie in het burgerlijk bewijsrecht, waarbij bvb. de opname van een telefoongesprek op zichzelf geen onrechtmatig bewijs geacht wordt omdat het strijdig is met de bescherming van het privé-leven. Wat telt is of de verkrijging ervan dermate aangetast is door onrechtmatigheden dat het recht op bewijs ervoor moet wijken (Gent, 6 september 2006, DAOR 2007, afl. 83, 326 en Allemeersch, B., De heimelijke opname van een eigen (telefoon)gesprek als bewijs in burgerlijke en commerciële geschillen, DAOR 2007, afl. 83, 333-339).

Blijkt het bewijs echter gedekt te zijn door het beroepsgeheim, dan komt men echter niet toe aan voormelde vraag omtrent de bewijsverkrijging, daar het bewijs zelf onrechtmatig is

Ook daar geldt dat de bescherming van het beroepsgeheim verder strekt dan de bescherming van het privé-leven.

Daarmee is uiteraard niet gezegd dat ook in strafzaken schendingen van de privacy, die niet beantwoorden aan het Straatsburgse toetsingskader (voorzien bij wet, legitiem en noodzakelijk) niet gesanctioneerd worden. Men denke maar aan art 90ter, §1 Sv., dat stelt dat de onderzoeksrechter in uitzonderlijke gevallen privécommunicatie, tijdens de overbrenging ervan, kan doen opnemen, indien de overige middelen van onderzoek niet volstaan om de waarheid aan de dag te brengen.

De voorwaarde die de wet zelf aanbrengt, is noch min noch meer een toepassing van de proportionaliteitstoets als onderdeel van de noodzakelijkheidstoets.

Zo werd in een cassatiearrest van 5 oktober 2005 een arrest van de KI van Bergen in een terrorismedossier goedgekeurd omdat het de beschikkingen van de onderzoeksrechter nietig had verklaard op grond dat zij niet aantonen waarom het opnemen van de gesprekken werd verkozen boven andere onderzoeksmethodes, hun beslis-

sing naar recht verantwoord. Het ging daarbij over gesprekken die, voor de verschijning voor de correctionele raadkamer van de betrokkene, door hem gevoerd waren vanuit zijn cel. (Cass., 5 oktober 2005, Juristenkrant 2005 (weergave Vanwalleghem, P.), afl. 116, 1; Pas. 2005, afl. 9-10, 1817; Rev. dr. pén. 2006, afl. 2, 208; T. Strafr. 2006, afl. 1, 20, noot Vanwalleghem, P.)

In een klimaat waar grondrechten dreigen opgeofferd te worden voor meer veiligheid, behoren de bescherming van het van het privé-leven en de bescherming van het beroepsgeheim, zeker nu het rang van een grondwettelijk principe gekregen heeft (STEVENS J. Voorwoord, Ad Rem, 2008, blz. 3), meer dan ooit ook in de procedure ernstig genomen te worden, willen zij überhaupt nog enige geloofwaardigheid overhouden.

Carl Alexander*

DE TELEFOONTAP EN DE TELOORGANG VAN HET BEROEPSGEHEIM IN NEDERLAND

Inleiding

Nederland staat in Europa aan de top waar het gaat om het gebruik van de telefoontap (en het tappen van overige telecommunicatiemiddelen) als opsporings- en bewijsmiddel. Precieze gegevens over het gebruik van de telefoontap worden niet openbaar gemaakt, maar in vrijwel iedere strafzaak van enige betekenis wordt de telefoontap toegepast en vaak is het ook het belangrijkste bewijsmiddel in de strafzaak die daarop volgt. Dit heeft repercussies voor de bescherming van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht van advocaten, zo is de afgelopen jaren in Nederland gebleken. Hierna volgt een korte geschiedenis van de teloorgang van het beroepsgeheim van de advocaat in Nederland door de toepassing van de telefoontap en het onvermogen - of de onwil - van de wetgever en opsporingsinstanties voldoende waarborgen te scheppen om het beroepsgeheim te beschermen. Eerst volgt echter voor een goed begrip een korte

schets van de wijze waarop het beroepsgeheim in Nederland is vormgegeven.¹

Wettelijk kader

In Nederland is het beroepsgeheim sterk verbonden met het verschoningsrecht. De geheimhoudingsplicht is voor de advocaat niet met zoveel woorden in de wet vastgelegd maar volgt uit Regel 6 van de Gedragsregels voor Advocaten van 1992 en is een uitvloeisel van art. 46 Advocatenwet, met name van de verplichting van de advocaat tot zorgvuldige behartiging van de belangen van de cliënt. Regel 6 bepaalt:

1. De advocaat is verplicht tot geheimhouding; hij dient te zwijgen over bijzonderheden van door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en de aard en omvang van diens belangen.
2. Indien een juiste uitvoering van de hem opgedragen taak naar zijn oordeel een gebruik maken van zijn verkregen kennis naar buiten eist, staat dat de advocaat vrij, voor zover de cliënt daartegen geen bezwaar heeft en voor zover dit in overeenstemming is met een goede beroepsuitoefening.
3. De advocaat legt zijn medewerkers en personeel de inachtneming van een gelijke geheimhouding op.
4. De geheimhoudingsplicht duurt voort na de beëindiging van de relatie met de cliënt.
5. Indien de advocaat aan een wederpartij vertrouwelijkheid heeft toegezegd of deze vertrouwelijkheid voortvloeit uit de aard van zijn relatie met een derde, zal de advocaat deze vertrouwelijkheid ook jegens zijn cliënt in acht nemen.

De processuele tegenhanger van deze geheimhoudingsplicht is het verschoningsrecht dat bepaalt:

'Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen

¹ Zie voor een uitgebreidere bespreking Chrisje Brants en Taru Spronken, Het professionele verschoningsrecht: de arts, de advocaat en de journalist in de Nederlandse strafpraktijk, preadvies Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht, Wolf Legal Publishers, Tilburg 2006.

* Advocaat bij de balie te Brugge