

sing naar recht verantwoorden. 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

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 zodanig is toevertrouwd.²

Verder is nog van belang art. 272 Sr, dat opzettelijke schending van het beroepsgeheim strafbaar stelt.

Praktijk

De rechter laat de advocaat een grote vrijheid om zelf te bepalen wat onder zijn geheimhoudingsplicht valt. De advocaat heeft dan ook een grote mate van eigen verantwoordelijkheid voor de handhaving ervan, nu geheimhoudingsplicht noch verschoningsrecht absoluut zijn. Deze verantwoordelijkheid komt ook tot uitdrukking in de richtlijnen die vanuit de Orde van Advocaten zijn uitgevaardigd in het geval op een advocatenkantoor een doorzoeking of inbeslagneming plaatsvindt.³ Daaruit blijkt dat uit gedragsrechtelijk perspectief de advocaat verplicht wordt geacht zich op zijn verschoningsrecht te beroepen. Het verschoningsrecht wordt in het gedragsrecht niet als een bevoegdheid gezien, maar als een plicht, omdat het in het belang van het vertrouwen in de beroepsgroep is dat cliënten onvoorwaardelijk op geheimhouding kunnen vertrouwen. Dit betekent dat de (betrekkelijke) vrijheid die de advocaat in rechte heeft om van zijn verschoningsrecht al dan niet gebruik te maken, wordt begrensd door het tuchtrecht. Ook de tuchtrechter gaat bij de beoordeling van klachten die betrekking hebben op de schending van de geheimhouding, ervan uit dat de handhaving van de geheimhoudingsplicht van fundamenteel belang is voor de beroepsgroep.

² Art. 218 Sv Een gelijksoortige bepaling kan worden gevonden in het civiele recht. Verder kunnen verwante regelingen worden gevonden in talloze bijzondere wetten waarin het professionele verschoningsrecht in het kader van een getuigenverhoor wordt gewaarborgd.

³ Zie Handleiding dekens bij de huiszoeking op een advocatenkantoor 1998, NbSr 1998, p. 166-168.

Klassieke dwangmiddelen

Bij de zogenaamde klassieke dwangmiddelen zoals de doorzoeking en inbeslagneming is de positie van de geheimhouder relatief goed geregeld. Ingevolge art. 98 Sv mag een doorzoeking en inbeslagneming de geheimhoudingsplicht niet schenden. De advocaat bepaalt in beginsel zelf welke toevertrouwde informatie onder zijn geheimhoudingsplicht valt, en zolang het niet aan redelijke twijfel onderhevig is, moet het beroep op het verschoningsrecht worden gerespecteerd.⁴ Bij doorzoeking en inbeslagneming behoort in beginsel als waarborg de deken aanwezig te zijn (tenzij diens komst niet kan worden afgewacht), en in geval van verschil van mening over een eventuele schending van het verschoningsrecht kunnen de in beslag genomen voorwerpen verzegeld worden in afwachting van een beslissing van de rechter op het beklag tegen inbeslagneming ex art. 552a Sv.⁵ Probleem is wel dat de deken geen geformaliseerde positie heeft. Hoewel blijkens de jurisprudentie doorzoeking bij een advocaat niet rechtmatig kan plaatsvinden in afwezigheid van de deken,⁶ blijft onduidelijk welke bevoegdheden hij heeft. Er zijn wel richtlijnen opgesteld door de Orde van Advocaten hoe in een dergelijke situatie te handelen,⁷ maar uiteindelijk is hij afhankelijk van de ruimte die de rechter-commissaris c.q. officier van justitie hem geeft.

De advocaat als verdachte

De vrije beoordelingsruimte van de advocaat om zich al dan niet op zijn verschoningsrecht te beroepen vervalt als sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die de doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigen - bij advocaten tot nu toe beperkt tot situaties waarin zij verdacht waren van betrokkenheid bij ernstige strafbare feiten. Dan is het niet meer aan de

⁴ HR 12 februari 2002, NJ 2002, 439; HR 4 april 2006, NJ 2006, 248.

⁵ Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, College van procureurs-generaal, 15 mei 2006, Stcrt. 7 juli 2006, 130, p. 18.

⁶ HR 30 november 1999, NJ 2002, 438.

⁷ Handleiding dekens bij de huiszoeking op een advocatenkantoor 1998, NbSr 1998, p. 166-168.

advocaat, maar aan de rechter-commissaris om te beoordelen welke voorwerpen in beslag kunnen worden genomen: een inbreuk op het verschoningsrecht is toegestaan mits deze beperkt blijft tot het strikt noodzakelijke om de waarheid met betrekking tot het strafbare feit boven water te brengen. Vooral met de belangen van andere, niet bij het strafbare feit betrokken cliënten dient rekening te worden gehouden.⁸

De uitzondering op het verschoningsrecht op het moment dat de advocaat zelf als verdachte wordt aangemerkt heeft, gelet op zijn bijzondere positie en rol in het strafproces, nogal wat repercussies. Als gevolg van de verruiming van de strafbaarstelling van deelneming aan criminele organisaties en de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, kunnen advocaten bij hun beroepsuitoefening sneller worden verdacht van deelname aan de criminele activiteiten waarvan hun cliënten worden verdacht. Een advocaat die zich laat betalen met geld waarvan hij kan vermoeden dat dit afkomstig is uit criminele bron, maakt zich in beginsel schuldig aan schuldheiling of de culpose vorm van het witwassen van opbrengsten van misdrijven.⁹ Hij kan ook worden vervolgd als hij in de ogen van justitie ten onrechte een ongebruikelijke transactie niet heeft gemeld. Problematisch uit oogpunt van rechtsbescherming is, dat het soms discutabel is of een advocaat zelf als verdachte kan worden aangemerkt. Zo was bijvoorbeeld een telefonische mededeling van een verdachte vanuit het huis van bewaring aan zijn echtgenote dat zijn advocaat contact zou opnemen met een aantal getuigen - iets wat in Nederland op zichzelf zonder meer is toegestaan - voldoende grond om de advocaat te verdenken van een

poging de getuigen te beïnvloeden.¹⁰ Is van doorzoeking en inbeslagneming sprake, dan kan de kwestie in een redelijk vroeg stadium ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd: deze dwangmiddelen kunnen niet buiten de advocaat om worden uitgeoefend. Dat is echter anders als het gaat om bijzondere opsporingsbevoegdheden die heimelijk worden toegepast, zoals bijvoorbeeld een telefoontap. Een verdenking is niet zo moeilijk te construeren. Eventuele inbreuken op het verschoningsrecht komen pas aan het licht als de advocaat uiteindelijk wordt vervolgd, hetgeen uiteindelijk maar zelden voorkomt.¹¹

Telefoontap

Vooral door de invoering van de Wet Bijzonder Opsporingsbevoegdheden op 1 februari 2000 is de positie van de advocaat als geheimhouder verzwakt. Dit geldt weliswaar voor alle verschoningsgerechtigden, maar het zijn de advocaten als de professionele tegenspelers van het OM in de strafrechtspiegeling, die daar het meeste door lijken te worden getroffen. Doordat de officier van justitie de centrale figuur is geworden die opdracht kan geven tot het toepassen van opsporingsbevoegdheden, waaronder de telefoontap, is de waarborgfunctie voor het verschoningsrecht die de rechter-commissaris voorheen had, vrijwel komen te vervallen.¹² De officier heeft voor een telefoontap wel een machtiging nodig van de rechter-commissaris, maar deze hoeft niet (meer) te toetsen of de advocaat verdachte is: voor het geven van een machtiging is niet vereist dat het vermoeden bestaat dat de verdachte aan de telecommunicatie deelneemt. De rechter-commissaris hoeft alleen te beoordelen of de tap in het onderzoeksbelang is. De enige garantie ter bescherming van het beroepsgeheim is de vernietigingsplicht achteraf.

In het tweede lid van art. 126aa Sv is bepaald dat processen verbaal en andere gegevensdragers

⁸ HR 30 november 1999, NJ 2002, 438 (betrokkenheid bij een grootscheepse fraude waarbij de advocaat misbruik zou hebben gemaakt van zijn professie); HR 18 juni 2002, LJN AD 5297 (advocaat ervan verdacht samen met zijn cliënt te hebben geprobeerd getuigen te beïnvloeden); HR 14 juni 2005, NbSr 2005, 253 (advocaat verdacht van deelname aan witwassen van grote bedragen).

⁹ Zie hierover uitgebreider: Taru Spronken, Verdediging, Gouda Quint Deventer, 2001, p. 182-191 en elders in deze rubriek.

¹⁰ Rb Roermond 14.4.2004 LJN AO 7566; zie ook HR 18 juni 2002, LJN AD 5297.

¹¹ Gegevens van de Orde van Advocaten vermelden dat het tussen de 2-5 keer per jaar komt het tot een vervolging.

¹² Art. 126m en 126t Sv.

die mededelingen behelzen gedaan door of aan een geheimhouder, dienen te worden vernietigd. Doordat de strafrechtelijke cliëntèle van advocaten niet zelden object zijn van bijzondere opsporingsbevoegdheden (observatie, infiltratie, pseudo-koop, het opnemen van vertrouwelijke communicatie en de telefoontap), is de vertrouwelijkheid van de communicatie met advocaten onder druk komen te staan. Niet alleen kunnen deze opsporingsbevoegdheden ook op advocaten worden toegepast (al zal dan meestal sprake zijn van een verdenking dat de advocaat meedoet aan de ernstige strafbare feiten waarvan zijn cliënt verdacht wordt), als degene die object is van deze bevoegdheden, contact opneemt met een advocaat wordt deze communicatie als zogenaamde 'bijvangst' ook geregistreerd. Weliswaar dient zij ingevolge art. 126aa Sv te worden vernietigd, de wijze waarop daaraan uitvoering is gegeven, is al jaren onderwerp van discussie. In 1999 bleek in een aantal strafzaken dat de vernietigingsplicht niet was nageleefd: processen-verbaal van tagesprekken met advocaten waren in het dossier terecht gekomen of bleken bij uitluistering van de originele gegevensdragers niet te zijn vernietigd. Daarop spande de Orde van Advocaten en de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten (NVSA) een kort geding tegen de staat aan, waarin naleving van de vernietigingsplicht werd gevorderd. De president van de rechtbank Den Haag beval de staat bekend te maken op welke wijze en volgens welke procedure art. 126aa Sv en het Besluit bewaren en vernietigen van niet-gevoegde stukken zullen worden nageleefd. Dit leidde tot de Instructie vernietiging gegevens van geïntercepteerde geheimhoudersgesprekken van het College van procureurs-generaal, die op 1 april 2002 in werking is getreden. Kernpunt van de instructie is dat het is voorbehouden aan de officier van justitie om *na kennisneming van de vertrouwelijke informatie* te beslissen of deze al dan niet onder het verschoningsrecht van de advocaat valt. Dit wordt afgeleid uit de tekst van art. 126aa lid 2 Sv waarin staat dat voor zover processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen behelzen gedaan door of aan en persoon die zich op grond van art. 218 Sv kan verschonen, deze processen-verbaal en andere voorwerpen die-

nen te worden vernietigd.¹³ De redenering is dat hieruit voortvloeit dat de officier van justitie die het bevel tot vernietiging dient te geven zich eerst moet vergewissen of het om gegevens gaat die onder het verschoningsrecht vallen alvorens tot vernietiging te kunnen besluiten.

De NVSA achtte deze regeling in strijd met het doel en de strekking van de vernietigingsplicht, nu in beginsel alle vertrouwelijke informatie bekend zou worden bij justitie alvorens te worden vernietigd. Namens een groot aantal strafrechtadvocaten werd een klacht ingediend bij het EHRM. Daarin werd gesteld dat de huidige regeling in strijd is met art. 8 EVRM omdat zij onvoldoende waarborgen bevat voor de bescherming van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat. Gelijktijdig werd aan het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) verzocht een oordeel te geven over de rechtmatigheid van de uitvoering van de vernietigingsplicht. Op 16 juli 2003 - de behandeling van de klacht bij het EHRM was nog niet afgerond - rapporteerde het CBP. Zijn conclusies zijn niet voor misverstand vatbaar.¹⁴ Volgens het College is de huidige werkwijze ten aanzien van het opnemen en registreren van vertrouwelijke telecommunicatie met een advocaat of andere rechtshulpverlener onrechtmatig. Uit onderzoek is gebleken dat alle opgenomen telefoongesprekken met advocaten en andere rechtshulpverleners, ook als deze niet als verdachte zijn aangemerkt, stelselmatig worden beluisterd door een lid van het onderzoeksteam en vervolgens uitgewerkt en aan de zaakofficier van justitie ter kennis worden gebracht, zoals in de instructie is vastgelegd. Het CBP acht deze werkwijze in strijd met het uitgangspunt van art. 126aa lid 2 Sv, dat bij het opnemen van gesprekken het verschoningsrecht van de advocaat wordt gerespecteerd.

Desalniettemin verklaarde het EHRM de in 2002 ingediende klacht niet ontvankelijk. Het achtte onvoldoende aangetoond dat sprake zou zijn van structurele tekortkomingen en achtte de gang

¹³ De regeling is verder uitgewerkt in het Besluit bewaren en vernietigen van niet-gevoegde stukken, Stb. 1999, 548.

¹⁴ Te vinden op www.cbs.nl.

van zaken in Nederland met betrekking tot de naleving van de vernietigingsplicht voldoende geregeld en in overeenstemming met de voorwaarden van art. 8 lid 2 EVRM. Opmerkelijk is daarbij dat het EHRM er nauwelijks aandacht aan besteedt dat vertrouwelijke gegevens stelselmatig aan de opsporende instanties bekend worden, en alleen oog heeft voor het feit dat, voor het gebruik van vertrouwelijke informatie in de procedure, toestemming van de rechter-commissaris nodig is.¹⁵

Huidige stand van zaken

De kwestie is daarmee nog niet beëindigd, want de minister van Justitie heeft de aanbevelingen van het CBP om de regeling aan te passen naast zich neergelegd. In het parlement zijn stemmen opgegaan om meer wettelijke waarborgen in te bouwen voor de bescherming van het professionele beroepsgeheim, die echter tot nog toe weinig concreets hebben opgeleverd. Inmiddels heeft de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten een nieuwe procedure tegen de Staat aangespannen waarin een verklaring voor recht gevorderd wordt dat de bestaande praktijk met betrekking tot de telefoontap in strijd is met 'een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.' zwaarder weegt dan de waarheidsvinding.¹⁶ Het zal echter nog jaren duren voordat in deze procedure een definitieve uitspraak in hoogste instantie zal worden verkregen

Voorlopig is de conclusie dat het beroepsgeheim in ieder geval bij de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden gesneuveld is. Daarbij komt ook nog dat de sanctionering van de niet-naleving van de vernietigingsplicht nauwelijks soelaas biedt in die zin dat zij een aansporing zou zijn de bestaande regels na te leven. Welis-

waar heeft de Hoge Raad overwogen dat hij de schending van de rechtsregels die samenhangen met het verschoningsrecht van de advocaat even ernstig acht als een mogelijke directe schending van het verschoningsrecht zelf,¹⁷ zolang niet is bewezen dat de inbreuken moedwillig door het openbaar ministerie of politie zijn begaan en/of de verkregen vertrouwelijke gegevens niet ten nadele van de verdachte zijn gebruikt, is de sanctie van niet ontvankelijkheid van het OM volgens de Hoge Raad niet op zijn plaats.¹⁸ De rechtbank Amsterdam paste bijvoorbeeld voor de niet-naleving van de vernietigingsplicht van vertrouwelijke tagesprekken een jaar strafvermindering toe en legde een gevangenisstraf op van 11 jaar.¹⁹

Taru Spronken*

¹⁷ HR 15 maart 2005, NbSr 2005, 196.

¹⁸ Dit gebeurde recentelijk wel in de zogenaamde Hells Angelszaak, Rb Amsterdam 20 december 2007, NbSr 2008, 27, waarin het OM niet ontvankelijk werd verklaard doordat opsporingsambtenaren jarenlang kennis hadden genomen van gesprekken gevoerd tussen advocaten en hun cliënten.

¹⁹ Rb Amsterdam 7 juni 2006 LJN AX 7135. Sinds 2001 is in 18 zaken, afgezien van de hier besproken zaken gebleken dat de regels niet waren nageleefd en dit is slechts een topje van de ijsberg, want in de meeste zaken komt het helemaal niet aan het licht.: Rb 's-Gravenhage 22-2-2002, LJN: AD9728; Hof 's-Gravenhage 15-5-2002, LJN: AE4758; Hof Amsterdam 7-7-2003, LJN: AN9317; Hof 's-Hertogenbosch 21-10-2003, LJN: AN1270; Rb 's-Gravenhage 15-11-2004, LJN: AR5730; HR 1-2-2005, NbSr 2005, 101 (Enschedeese vuurwerkkramp); HR 15-3-2005, NbSr 2005, 169; HR 13-9-2005 NbSr 2005, 362; Rb Rotterdam 10-10-2005, NbSr 2005, 428; Rb Amsterdam 5-1-2006 LJN: AU9128; Hof 's-Gravenhage 9-2-2006, NbSr 2006, 118 (Haagse Gasexplosie); Rb 's-Gravenhage 25-1-2007, LJN: AZ7021; Rb Rotterdam 20-2-2007, NbSr 2007, 145; Hof 's-Gravenhage 3-4-2007, LJN: BA2127; Hof Amsterdam 20-6-2007, LJN: BA7722; HR 2-10-2007, NbSr 2007, 389 (arts); Rb 's-Gravenhage 7-12-2007, NbSr 2007, 468; Hof Amsterdam 13-2-2008, NbSr 2008, 90.

* Hoogleraar Straf(proces)recht Universiteit Maastricht en advocaat aan de Advocatenpraktijk Universiteit Maastricht.

¹⁵ EHRM 25 april 2004, Aalmoes e.a. v. Nederland, No.16269/02.

¹⁶ HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (Notaris Maas) en sindsdien nog steeds vaste jurisprudentie.