



Eén zwaluw

In de met prijzen overladen Duitse film *Das Leben der Anderen* (2006, regisseur Florian Henckel von Donnersmarck, distributie Nederland: Cinemien) speelt (wijlen) Ulrich Mûhe de Stasi-ambtenaar HGW XX/7, die de opdracht heeft mensen af te luisteren. Hij aarzelt...

Tappen van advocaten na Hells Angels-uitspraak

Kunnen na de Amsterdamse uitspraak in de zaak tegen de Hells Angels¹ de raadsman en zijn cliënt nu eindelijk vrijelijk en vertrouwelijk communiceren via de telefoon? Tot dan toe hadden strafadvocatuur en het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) in de af luisterstrijd slechts minieme successen geboekt.² Na de laatste uitspraak is nog steeds scepsis op zijn plaats. Er zijn ingrijpendere maatregelen nodig, en mogelijk.

.....
Dirk Daamen

advocaat te Maastricht³
.....

¹²
In de strafzaak tegen 22 leden van de Hells Angels heeft de Rechtbank Amsterdam op 20 december jl. vastgesteld dat de uitwerkingen van honderden gesprekken tussen verdachten en advocaten jarenlang ter beschikking hebben gestaan van het opsporingsteam en CIE-ambtenaren. Terwijl regelgeving dwingt tot een spoedige vernietiging van dergelijke uitwerkingen, had de zaaksofficier daartoe tot begin 2007 nimmer een bevel afgegeven. Tot tweemaal toe is een aantal tapverslagen in het aan de rechtbank overgelegde procesdossier terechtgekomen. De tweede keer bleek dat deze

.....
1 Vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 20 december jl.; LJN: BCo685.
2 Een beschrijving van de voorgeschiedenis valt buiten het bestek van deze bijdrage. Een beschrijving is te vinden in *Verdediging in vertrouwen*, p. 73 e.v. Momenteel loopt er een civiele bodemprocedure van de NVSA tegen de Staat, waarin wordt gevorderd een verklaring voor recht dat de huidige regeling voor de vernietiging van geheimhoudersgesprekken in strijd is met de ratio van het verschoningsrecht. Zie ook Actualiteiten voor in dit nummer.

maakt nog geen zomer

ook daadwerkelijk in het onderzoek zijn gebruikt. Ze werden verwerkt in een aanvraag van een bevel tot stelselmatige observatie en verlengingsverzoeken voor taps.³

Vertrouwensbreuk

Bij de juridische beoordeling van de zaak stelt de rechtbank voorop dat schending van de regels voor afgeluisterde gesprekken met advocaten even ernstig is als een directe schending van het verschoningsrecht van art. 218 Sv. Voorts wijst de rechtbank erop dat de regelgeving juist de officier van justitie aanwijst als de autoriteit die voor de onmiddellijke (!) vernietiging van geheimhoudersgesprekken dient te zorgen. Dat maakt deze functionaris bij uitstek tot de hoeder van de belangen van de verschoningsgerechtigde advocaat en daarmee van zijn cliënt. De rechtbank stelt vast dat het Openbaar Ministerie in casu bij herhaling schromelijk tekort is geschoten in deze taak. De geconstateerde ernstige, grootschalige en herhaaldelijke inbreuken door het Openbaar Ministerie op de regelgeving ondergraven het vertrouwen van de burger dat wat hij in vertrouwen met een advocaat bespreekt, ook geheim blijft. Het gebrek aan verantwoording hieromtrent door het Openbaar Ministerie versterkt die vertrouwensbreuk. Omtrent de consequenties overweegt de rechtbank dat de kwestie uitstijgt boven schending van de individuele rechtsbelangen van een verdachte in een concrete strafzaak en het vertrouwen in de rechtspleging in zijn geheel raakt. Gelet hierop acht de rechtbank de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de strafvervolgung de enig passende sanctie.⁴

Opvallend is dat de rechtbank tot de niet-ontvankelijkheid komt met een

3 Zie de uitspraak onder 2.1.3.2; onder 2.1.3.3 noemt de rechtbank nog enkele relevante feiten en omstandigheden.
4 De beoordeling is in de uitspraak opgenomen onder 2.1.3.3.

redenering die sterk doet denken aan het criterium uit het Karman-arrest.⁵ Aan toetsing aan het Zwolsman-criterium⁶ kwam het college niet toe. Daarin wijkt de uitspraak af van eerdere rechtspraak, waarin met name het Schutznorm-element uit het criterium⁷ vaak aan niet-ontvankelijkheid in de weg stond. In casu gaan alle verdachten vrijuit, ook zonder dat is vastgesteld dat verdachten in hun individuele rechtsbelangen zijn geschaad. Door de criteriumkeuze heeft de rechtbank duidelijk stelling genomen: dergelijke misstanden moeten tegen elke prijs worden bestreden.

Meer eenheid

De zaak is nog onder de rechter, het Openbaar Ministerie heeft hoger beroep ingesteld. Niettemin willen we hier enkele aspecten noemen die opvallen als we het vonnis in een breder kader plaatsen. Een eerste punt van bespreking is de sanctionering van vormverzuimen. In casu werd de niet-ontvankelijkheid uitgesproken, het ging dan ook om omvangrijke schendingen. Uit de casuïstische jurisprudentie van de afgelopen jaren blijkt dat een niet-ontvankelijkheidsverweer niet altijd slaagt en dat bij minder ernstige schendingen wordt

5 Hoge Raad 1 juni 1999, NJ 1999, 567. Op grond van dit arrest kan niet-ontvankelijkheid volgen op een ernstige inbreuk op beginselen van een behoorlijke strafvervolgung waardoor het wettelijk systeem in de kern wordt geraakt.

6 'Voor niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie is slechts plaats indien door het onrechtmatig optreden van opsporingsambtenaren sprake is van ernstige inbreuken op de beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekort gedaan.' HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 (Zwolsman).

7 De Schutznormleer houdt in dat indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van een voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim. Vergelijk Hoge Raad 30 maart 2004, LJN: AM2533, r.o. 3-5.

volstaan met bewijsuitsluiting (als de tapverslagen voor het bewijs relevant kunnen zijn) en/of strafvermindering. Een korte impressie.⁸

Er zijn enkele uitspraken waarin met de enkele constatering van de onrechtmatigheid werd volstaan, met als argument dat er geen informatie was verkregen die het verloop van de zaak had beïnvloed en/of relevant was voor het bewijs.⁹ De Hoge Raad liet een arrest in stand waarin bewijsuitsluiting en strafvermindering werden gecombineerd als sanctie op het toevoegen aan het dossier van tapverslagen van verdachte met buitenlandse (tevens verdachte) advocaten. Omdat er geen sprake was van doelbewuste of grove veronachtzaming van verdachtes belangen, ging niet-ontvankelijkheid het hof te ver.¹⁰ In een Haagse zaak werd in eerste aanleg wel de niet-ontvankelijkheid uitgesproken, maar het hof vond geen aanwijzingen dat de informatie uit de taps voor sturing van het onderzoek was gebruikt en hield het bij strafvermindering.¹¹ Ook in de Haagse gasexplosiezaak vond het hof in tegenstelling tot de rechtbank niet-ontvankelijkheid niet op zijn plaats. Van sturing van het onderzoek was niet gebleken, de slordigheden vormden geen doelbewuste of grove veronachtzaming van de belangen en rechten van de verdachte en de schendingen waren onvoldoende ernstig om desondanks – via het Karman-criterium – de niet-ontvankelijkheid uit te spreken.¹² Een niet-ontvankelijkverklaring van de

8 In *Verdediging in vertrouwen* worden de meeste te noemen uitspraken uitgebreid besproken (p. 92-95).

9 Hoge Raad 1 april 2003, NJ 2003/303 (voor deze zaak gold de Wet BOB nog niet); Rechtbank 's-Gravenhage 22 februari 2002, LJN: AD9728.

10 Hoge Raad 15 maart 2005, LJN: AS4638, vervolgd op Hof 's-Hertogenbosch 21 oktober 2003, LJN: AN1270.

11 Rechtbank 's-Gravenhage 15 november 2004, LJN: AR5730, *NbSr* 2005/77 en Hof 's-Gravenhage 2 juni 2005, LJN: AT6675.

12 Hof 's-Gravenhage 9 februari 2006, LJN: AV1251 en AV1263.

Rotterdamse rechtbank nam hetzelfde hof wel over. Doordat men de verdachte letterlijk op de stoep van zijn advocaat had aangehouden dankzij het af luisteren van het telefoontje waarin de betreffende afspraak werd gemaakt, was aan het Zwolsman-criterium voldaan.¹³ Aan schending van de regels voor geheimhoudersgesprekken worden dus consequenties verbonden. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is gebruik voor het bewijs in elk geval uit den boze.¹⁴ Het is echter weinig voorzienbaar of naast bewijsuitsluiting nog een andere en/of zwaardere sanctie zal volgen. Politie en justitie kunnen er dus op gokken met dergelijke verzuimen weg te komen, hetgeen buitengewoon onwenselijk is. Indien tot aan de Hoge Raad wordt geprocedeerd, zou de hoogste rechter de Hells Angels-zaak kunnen aangrijpen om meer eenheid te scheppen in de sanctiëring op dit punt en duidelijk te maken dat schending van de vernietigingsplicht in geen geval loont. Sanctiëring is niet alleen aangewezen om onregelmatigheden te compenseren, maar ook om justitie en politie het belang van de bescherming van het verschoningsrecht in te scherpen.¹⁵

Niet uit geheugen

De belangrijkste vraag die de Amsterdamse uitspraak oproept is of deze gevolgen heeft voor de wijze waarop advocaten met hun cliënten kunnen communiceren. De rechtbank heeft zich moeten beperken tot schendingen van de geldende regels. In de beoordeling van de rechtmatigheid van de regels zelf kan de rechter niet treden. En juist daar zit de pijn. Want of de tapverslagen nu conform de regels vernietigd worden of niet: in de procedure die eraan voorafgaat hebben meerdere functionarissen inzage gehad. Daarin kan de rechtspraak geen verandering brengen: zowel de wetgevende als de uitvoerende macht zal in actie moeten komen.

13 Rechtbank Rotterdam 10 oktober 2005, LJN: AU4036 en Hof 's-Gravenhage 3 april 2007, LJN: BA2127. Zie ook Rechtbank Rotterdam 20 februari 2007, LJN: AZ9179.
14 Zie bijvoorbeeld het arrest van 2 oktober 2007, *NbSt* 2007/389.
15 Vergelijk P.A.M. Mevis, 'De bescherming van het verschoningsrecht uit hoofde van beroep, stand of ambt bij de toepassing van dwangmiddelen', *DD* 2006, p. 250.

Achteraf vernietigen wist niet de informatie uit het geheugen van de opsporingsfunctionarissen

In het kort komt de huidige regelgeving op het volgende neer.¹⁶ Gesprekken met geheimhouders kunnen worden opgenomen als alle andere. Als de opsporingsambtenaar – in de regel een lid van het opsporingsteam – bij het beluisteren van de taps bemerkt dat het vermoedelijk een geheimhoudersgesprek betreft, werkt hij het gesprek uit en stelt hij onverwijld de teamleiding in kennis. Dan dient de officier van justitie in kennis te worden gesteld en zendt de teamleiding binnen zeven dagen het proces-verbaal met de uitwerking naar het parket. Deze beoordeelt binnen drie dagen of het inderdaad om een gesprek gaat dat door art. 126aa lid 2 Sv wordt beschermd. Is dat het geval, dan geeft de officier een schriftelijk bevel aan de teamleiding om de inhoud van de communicatie te vernietigen. Het gaat dan om zowel de uitwerking van het gesprek als de opname zelf, of deze zich nu bij de recherche of in het interceptiecentrum bevinden. Het CBP hanteert hiervoor een termijn van één dag na het bevel tot vernietiging. De teamleiding stuurt de processen-verbaal die van de vernietiging moeten worden opgemaakt binnen tien dagen na ontvangst van het bevel aan de officier van justitie.

16 In de uitspraak van de Amsterdamse rechtbank wordt onder 2.1.3.1 een overzicht gegeven van de relevante regelgeving. Op 1 januari 2007 is een nieuwe Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders in werking getreden. Deze wijkt op details af van de oude Instructie als besproken in de uitspraak; met name worden enige termijnen geconcretiseerd. De nieuwe Instructie is opgenomen in het CBP-rapport *De vernietiging van geheimhoudersgesprekken. Een onderzoek naar de naleving van artikel 126aa lid 2 Sv door de tapkamers in Epe en Driebergen* van oktober 2007, p. 26 e.v. Het rapport is te raadplegen via www.cbweb.nl.

En de rechter? Die heeft slechts een controlerende functie achteraf, terwijl hij voor de Wet BOB juist verantwoordelijk was voor het wissen.¹⁷

De beschreven regeling beoogt te waarborgen dat iedereen vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan de advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd een advocaat kan raadplegen. Maar in hoeverre wordt aan die doelstelling werkelijk tegemoetgekomen? Gebruik voor het bewijs is uitgesloten. Maar de resultaten van het af luisteren kunnen ook richting geven aan een onderzoek en dat wordt nu juist niet voorkomen door de verplichte vernietiging. Immers, ten minste drie functionarissen die door hun taak uitermate geïnteresseerd zullen zijn in de informatie, nemen kennis van de tapgesprekken. De inhoud van een geheimhoudersgesprek kan ook ter sprake komen bij het teamoverleg en zo ter kennis komen van nog meer opsporingsambtenaren, onder wie tactisch rechercheurs. Het vernietigen (wat al vaak niet of te laat gebeurt) zorgt er uiteraard niet voor dat de informatie uit het geheugen van de betrokken functionarissen wordt gewist. In bepaalde gevallen kan overigens het blote feit *dat* er contact was met een advocaat al voldoende zijn om het onderzoek in een andere richting te sturen. Dit is voor veel advocaten reden om terughoudend te zijn met het vragen van informatie over de telefoon. Zij kappen zelfs cliënten af als die zichzelf dreigen te belasten, omdat ze er van uitgaan te worden afgeluisterd. Cliënten zullen ervoor terugschrikken hun advocaat via de telefoon te raadplegen. Niet alleen in termen van tijd, geld en moeite is het bezwaarlijk dat een cliënt voor elke kwestie bij zijn advocaat op kantoor langs moet gaan, of dat de advocaat telkens bij zijn gedetineerde cliënt op bezoek moet. In spoedeisende gevallen kan het zelfs rampzalige gevolgen hebben als iemand niet een advocaat durft te raadplegen via de telefoon.

17 Het toezicht door de rechter in de huidige regelgeving wordt door het EHRM voldoende geacht, zodat de regeling niet in strijd is met art. 8 EVRM. Dit blijkt uit het arrest van het EHRM van 25 november 2004, nr. 16269/02 (Aalmoes).

Dit maakt duidelijk dat de huidige regeling haar doel volkomen voorbijschiet.

Achterhaalde regeling

De regeling wijkt ook behoorlijk af van de procedures die het verschoningsrecht moeten waarborgen bij doorzoeking en inbeslagneming, de 'klassieke' opsporingsmethoden, bij advocaten. Daarin wordt de beoordeling welke informatie geheim moet blijven in beginsel aan de advocaat overgelaten. De rechter-commissaris – en in de praktijk vaak ook de deken – vervullen daarnaast een belangrijke waarborgfunctie. De gehele procedure is erop gericht te voorkomen dat vertrouwelijke informatie ter kennis komt van de autoriteiten.

Om twee redenen is er gekozen voor een afwijkende regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden, gericht namelijk op het *achteraf uitsluiten* van geheimhoudersinformatie. De eerste reden is een praktische, namelijk dat het lang niet altijd mogelijk is om bij voorbaat uit te sluiten dat met deze opsporingsmethoden ook vertrouwelijke communicatie met de raadsman zal worden opgevangen.

De tweede reden is meer principieel van aard: het standpunt dat contact met een geheimhouder op zichzelf reeds moet worden beschermd, is verruild voor de opvatting dat men naar de concrete invulling van dat contact moet kijken en dat er dus niet a priori een uitzondering voor geheimhouders moet worden gemaakt.

In elk geval voor de meest gebruikte bijzondere opsporingsmethode, de telefoontap, overtuigen beide argumenten niet langer (als ze dat eerder al wel deden). Ten eerste zijn de technische mogelijkheden uitgebreid. Ten tweede is in de praktijk gebleken dat er een groot gebrek is aan duidelijkheid. Men weet niet voor welke gesprekken met een advocaat de vernietigingsplicht geldt. Daardoor weet men in de praktijk maar al te vaak niet het kaf op de juiste wijze van het koren te scheiden, ook zonder dat van laksheid of opzet kan worden gesproken. Informatie die had moeten worden vernietigd, gaat daardoor een eigen leven leiden. De schade die dit teweegbrengt is vele malen groter dan het nadeel dat ontstaat doordat ten onrechte informatie wordt afge-

Veel advocaten kappen cliënten aan de telefoon af, omdat ze er van uitgaan te worden afgeluisterd

scherm. Voor de zeldzame gevallen van misbruik is er het advocatentucht recht.

Blokking

De enige oplossing is dat voorkomen wordt dat de gesprekken met advocaten worden getapt. Daarvoor is een centraal systeem van automatische nummerherkenning en -blokkering nodig. Daardoor wordt zelfs niet bekend *dat* er contact met een advocaat is geweest. Door de beslissingen aan de techniek over te laten, krijgen menselijke instincten geen kans. Het beheer van de database met beschermde nummers kan via BAR lopen, de instantie die nu reeds de registratie van advocatengegevens verzorgt.¹⁸ Advocaten geven door over welke lijnen zij vertrouwelijk met cliënten communiceren en houden deze gegevens up-to-date. De Orde houdt toezicht en grijpt in bij vermoedens van misbruik. De tapcentrales krijgen toegang tot een digitale lijst met enkel telefoonnummers, zodat wordt voorkomen dat in bepaalde zaken uitzonderingen worden gemaakt.¹⁹

Een dergelijk systeem sluit niet in alle gevallen uit dat geheimhoudersgesprekken worden getapt, maar advocaten houden het wel zelf in de hand. Evenmin is gegarandeerd dat uitsluitend geheimhoudersgesprekken worden gefilterd, doch echt problemen geeft dat pas indien er sprake is van misbruik. En het aantal 'foute' advocaten blijkt in de praktijk zeer gering.²⁰

18 www.barbeheer.nl.

19 Er zal dan wel een procedure gecreëerd moeten worden die het tappen van verdachte advocaten mogelijk maakt.

20 Lankhorst en Nelen deden onderzoek naar het aantal zaken waarbij advocaten in verband

De voorgestane oplossing is praktisch uitvoerbaar.²¹ Het tappen gebeurt immers al geruime tijd via digitale systemen. Bovendien is in 2007 het aantal tapkamers teruggebracht tot twee landelijke interceptiefaciliteiten,²² waarop alle politiekorpsen en bijzondere opsporingsdiensten zijn aangesloten.²³ Deze centralisering maakt het mogelijk dat advocaten in het hele land dezelfde bescherming krijgen. Enkele penitentiaire inrichtingen werken reeds met een systeem van automatische nummerblokkering.

Indien voor deze oplossing wordt gekozen, zal deze ook in de wet veranderd moeten worden. Art. 126aa Sv geldt nu nog voor alle bijzondere opsporingsbevoegdheden, maar voor de telefoontap zal dan een uitzondering gemaakt moeten worden. Voor de gesprekken die er toch tussendoor glippen, dient de huidige regeling te worden aangescherpt, waarin als het op een inhoudelijke beoordeling van de gesprekken aankomt de rechter-commissaris weer de centrale figuur wordt.

Weg vrij

Er kan nog altijd geen vertrouwelijke informatie worden uitgewisseld met cliënten via de telefoon. Voorlopig blijft waakzaamheid geboden. Doordat de kwestie in zo'n grote strafzaak aan de orde komt, heeft ze in elk geval weer de aandacht. In zoverre kan de zaak wellicht de weg vrijmaken voor de fundamentele ingrepen die noodzakelijk zijn.

werden gebracht met (ernstige) vormen van criminaliteit en troffen voor de periode 1996-2001 elf verdeningen aan. Vijf advocaten werden daadwerkelijk vervolgd, met drie veroordelingen als resultaat. Daarnaast is er een groter aantal gevallen waarin advocaten door onzorgvuldig handelen (bijvoorbeeld in strijd met de Bruyninckx-richtlijnen) dienstbaar waren aan criminele activiteiten van cliënten. De meeste 'foute advocaten' bleken civielrechtelijk actief (F. Lankhorst & J.M. Nelen, 'Integriteitsproblemen van advocaten en notarissen in relatie tot georganiseerde criminaliteit', *Justitiële verkenningen* 2005-3, p. 34-37).

21 Dit werd vanwege de Staat ook niet betwist toen de NVSA in kort geding vorderde dat een dergelijk systeem zou worden ingevoerd. Zie Rechtbank 's-Gravenhage 15 maart 2005, LJN: AT0304 en de pleitnota van de landsadvocaat, te vinden op <http://rechtennieuws.nl/2367/>.

22 Deze vallen onder de Unit Landelijke Interceptie, een onderdeel van de Dienst Specialistische Recherche Toepassingen van het KLPD.

23 Zie het eerdergenoemde CBP-rapport van oktober 2007, p. 6.