



Mr. C.W. Noorduyt en mr. F.B.W. Groendijk  
zijn advocaat bij Sjöcrona van Stigt advocaten in  
respectievelijk Den Haag en Rotterdam.

**DNA**

DISCUSSIE, NIEUWS & ANALYSE

# Het niet-vernietigen van geheimhoudersgesprekken: de balans opgemaakt

Het kan voor een opsporingsinstantie buitengewoon verleidelijk zijn kennis te nemen van gesprekken met geheimhouders, met name van mededelingen tussen een raadsman en zijn cliënt, omdat in die in vermeende vertrouwelijkheid gevoerde gesprekken mogelijk aanwijzingen zijn te vinden over de toedracht of de betrokkenheid van personen, die niet op andere wijze zijn te achterhalen. Het is derhalve noodzakelijk dat de sanctie die op overtreding wordt gesteld van dien aard is dat zo veel mogelijk afbreuk wordt gedaan aan die verleiding.<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Met de *Hells Angels*-zaak<sup>2</sup> eind 2007 als startpunt leidde politieke kennisname van geheimhoudersgesprekken in verscheidene zaken tot de voor het opsporingsapparaat meest verstrekende sanctie: de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. In die gevallen werd geoordeeld dat het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsrecht had verspeeld, nadat was gebleken dat opsporingsinstanties ten onrechte kennis hadden kunnen nemen of daadwerkelijk hadden genomen van gesprekken met geheimhouders. Een dergelijke zware sanctie zou een goede stok achter de deur moeten zijn voor opsporingsinstanties om zich te conformeren aan de toepasselijke regelgeving, die het in ons land overigens relatief eenvoudig maakt voor politie en Justitie om gelegitiemd inbreuk te maken op het recht van een ieder om vrijelijk met een verschoningsgerechtigde te communiceren.<sup>3</sup>

Inmiddels is een kentering in deze jurisprudentie waarneembaar en constateren wij dat (grove) schendingen van de betreffende regelgeving niet meer tot niet-ontvankelijkheid van Openbaar Ministerie of directe bewijsuitsluiting leiden. Dit doet de vraag rijzen of het Openbaar Ministerie zichzelf en de onder zijn verantwoordelijkheid opererende politie-eenheid inmiddels beter in de hand heeft of dat de soep gewoonweg niet meer zo heet wordt gegeten als zij in december 2007 werd opgediend. Aan de hand van een analyse van recente feitenrechtspraak komen wij tot de conclusie dat dit laatste het geval is. Eerst schetsen wij het juridisch kader.

## 2 Juridisch kader

De toepasselijke bepalingen zijn de artikelen 218, 126aa lid 2 en lid 3 en 126cc Sv, de artikelen 4 en 5 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken, de bepalingen uit de Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders en de artikelen 6 lid 3 sub c en 8 EVRM. De regelgeving houdt, kort gezegd, in dat indien bij een telefoontap gesprekken worden opgenomen waarbij een geheimhouder is betrokken, de officier van justitie daarvan *onverwijld* op de hoogte wordt gesteld. Vervolgens zal de officier van justitie moeten beoordelen of sprake is van een mededeling waarvan de inhoud valt onder het verschonings-

1 Rechtbank Amsterdam 17 november 2008, LJN BG4454, BG4471, BG4476 en BG4479.

2 Rechtbank Amsterdam 20 december 2007, LJN BC0685; zie daaromtrent ook bijlage bij brief van Ministerie van Justitie, Directoraat-Generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving, Directie Juridische en Operationele Aangelegenheden aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 19 augustus 2008.

3 In bijvoorbeeld de Verenigde Staten ligt de drempel hoger. Daar moet minstens door een onderzoeksrechter worden getoetst.

recht van de geheimhouder. Indien dat het geval is, zal hij *terstond* de vernietiging van de geheimhoudersgesprekken moeten bevelen. Het uitgangspunt van de vertrouwelijke communicatie tussen een verdachte en de advocaat is, dat een verdachte in ieder geval met één iemand vrijelijk moet kunnen communiceren zonder dat hij daardoor aan zijn eigen veroordeling bijdraagt. Dit wordt van belang geacht voor een goed functionerende verdediging, die op haar beurt weer bepalend is voor de kwaliteit van de rechtspleging. Volgens de memorie van toelichting bij artikel 126aa lid 2 Sv is de ratio van de vernietigingsplicht 'dat het verschoningsrecht anders illusoir zou kunnen worden'.<sup>4</sup> In beginsel prevaleert het verschoningsrecht boven het belang van de waarheidsvinding.<sup>5</sup> De Hoge Raad hanteert ditzelfde uitgangspunt. Het in artikel 126aa, lid 2, Sv vervatte voorschrift strekt er volgens hem toe dat gegevens die als gevolg van de toepassing van – onder meer – artikel 126m Sv zijn verkregen, onmiddellijk worden vernietigd indien zij vallen onder het verschoningsrecht als bedoeld in artikel 218 Sv, zodat is verzekerd dat die gegevens geen deel uitmaken van de processtukken en dat daarop in het verdere verloop van het strafproces, dus ook in het eindonderzoek ter terechtzitting, geen acht wordt geslagen. Uit artikel 126aa, lid 2, Sv vloeit derhalve voort dat gegevens als in die bepaling bedoeld niet in het strafproces kunnen worden gebruikt.<sup>6</sup> Het verschoningsrecht mag slechts in zeer uitzonderlijke gevallen worden doorbroken, bijvoorbeeld in het geval dat de veiligheid van de samenleving daartoe noopt. De Hoge Raad overwoog recentelijk dat indien de geheimhouder ten tijde van het opnemen en af luisteren van de telefoongesprekken zelf geen verdachte is, in artikel 126aa Sv noch in enige andere bepaling is voorzien in de mogelijkheid voor de officier van justitie om, al dan niet na machtiging van de rechter-commissaris, onder omstandigheden mededelingen die onder het verschoningsrecht vallen niettemin aan het dossier toe te voegen op de grond dat het belang van de waarheidsvinding moet prevaleren boven het belang van het verschoningsrecht.<sup>7</sup> Van zeer uitzonderlijke omstandigheden

kan daarom pas sprake zijn indien de verschoningsgerechtigde in kwestie zelf verdachte is. En die situatie op zichzelf is onvoldoende om een doorbreking van het verschoningsrecht te rechtvaardigen; er zullen bijkomende omstandigheden moeten zijn om de waarheidsvinding te laten prevaleren. Die situatie doet zich in de praktijk niet vaak voor. De meeste onderschepte gesprekken met geheimhouders, die onder het verschoningsrecht vallen, zullen dus *terstond* dienen te worden vernietigd.

Als dat niet gebeurt of gesprekken met geheimhouders worden niet met gezwinde spoed aan een officier van justitie voorgelegd of deze beveelt niet *terstond* de vernietiging, dan wel gesprekken worden ten onrechte niet als vallend onder het verschoningsrecht aangemerkt, dan zal in de regel sprake zijn van een onherstelbaar<sup>8</sup> vormverzuim in het voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a Sv. Op grond van deze bepaling kan de rechter beoordelen welk rechtsgevolg hij aan het geconstateerde vormverzuim verbindt. Hij heeft daarbij de keuze uit de in het eerste lid genoemde rechtsgevolgen en 'de enkele constatering dat vormen zijn verzuimd'.<sup>9</sup> Bij de beslissing voor een van deze rechtgevolgen dient de rechter rekening te houden met de in het tweede lid van artikel 359a Sv genoemde factoren (het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt). Het rechtsgevolg zal door deze factoren moeten worden gerechtvaardigd.<sup>10</sup> Voor de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie is slechts in uitzonderlijke gevallen ruimte. Enkel indien door het betreffende verzuim geen sprake meer kan zijn van een behandeling van de zaak, die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet, zal het Openbaar Ministerie zijn recht tot strafvervolgning verliezen. Daarvan is sprake indien met de opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk hebben gemaakt op 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 tekortgedaan (Zwolsman-criterium). Waar de Hoge Raad aanvankelijk nog oordeelde dat het ten onrechte niet vernietigen van geheimhoudersgesprekken diende te leiden tot bewijsuitsluiting<sup>11</sup> houdt hij inmiddels strak vast aan het Zwolsman-criterium en de vereisten uit artikel 359a lid 2 Sv waarbij met

4 Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing bij Wet van 27 mei 1999, zie: *Staatsblad* 1999, 245.

5 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25 403, nr. 7, p. 83-84. Zie ook: Rechtbank Amsterdam 26 september 2008, LJN BF3171; Rechtbank Amsterdam 17 november 2008, LJN BG4454, BG4471, BG4476 en BG4479; Rechtbank Den Haag 26 maart 2009, LJN BH7911, BH7915 en BH7921; Rechtbank Maastricht 9 juni 2009, LJN BI6976.

6 Zie onder meer HR 12 januari 1999, NJ 1999, 290, HR, 2 oktober 2007, LJN BA5632, HR 16 juni 2009, LJN BH2678 en HR 20 april 2010, LJN BK3369.

7 HR 20 april 2010, LJN BK3369.

8 In HR 16 juni 2009, LJN BH2678 oordeelde de Hoge Raad dat in beginsel kan worden gesteld dat het ten onrechte niet *terstond* vernietigen van een geheimhoudersgesprek niet meer herstelbaar is, aangezien de termijn voor 'onverwijlde vernietiging' is verstreken.

9 Zie bijv. Hof Den Haag 23 juni 2010, LJN BM8949.

10 Zie ook HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376 m.nt. YB.

11 Zie HR 12 januari 1999, NJ 1990, 290.

name veel nadruk lijkt te worden gelegd op het concrete nadeel dat de verdachte heeft ondervonden.<sup>12</sup>

Nu de Hoge Raad de gevolgen die de feitenrechter verbindt aan deze vormverzuimen enkel marginaal toetst is het interessant te bezien welke consequenties de feitenrechter verbindt aan het ten onrechte niet vernietigen van gesprekken die kwalificeren als geheimhoudersgesprekken.

### 3 Rechtspraak

#### 3.1 OM niet-ontvankelijk

In de *Hells Angels*-zaak<sup>13</sup> was door de Rechtbank Amsterdam vastgesteld dat een ordner met 128 geheimhoudersgesprekken jarenlang ten onrechte bewaard was gebleven en zodoende al die tijd ter kennisname van het opsporingsteam had gestaan. Bovendien was gebleken dat de uitgewerkte tapverslagen van een aantal gesprekken met geheimhouders terecht waren gekomen bij de processtukken ter zake toepassing van bijzondere opsporingsmethoden. Deze zouden zijn gebruikt door de politie bij een aanvraag tot stelselmatige observatie en bij verzoeken om het afluisteren van telefoons te mogen voortzetten. De toenmalige officier van justitie was ter zitting gehoord omtrent de gang van zaken met betrekking tot het niet-vernietigen van de geheimhoudersgesprekken, maar volgens de rechtbank had hij zijn handelwijze niet inzichtelijk willen maken. De rechtbank achtte de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie de enig passende sanctie. Volgens haar steeg deze kwestie uit boven de schending van de individuele rechtsbelangen van een verdachte in een concrete strafzaak en werd het vertrouwen in de rechtspleging in zijn geheel geraakt. Eenzelfde soort redenering treffen we aan in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van een jaar later.<sup>14</sup> In deze zaak leverde een nadere zoekslag in het zogeheten Octopus-systeem<sup>15</sup> nog 199 gesprekken met geheimhouders op. Ter zitting bleek voorts dat niet viel uit te sluiten dat zich in het systeem nog meer gesprekken met geheimhouders bevonden, die met de nadere zoekslag niet als zodanig waren geïdentificeerd. Kennelijk was een groot aantal gesprekken op basis van een evident onjuiste maatstaf dus niet als vallend onder het verschoningsrecht aangemerkt. Daar kwam nog bij dat een beperkte hoeveelheid gesprekken, die wel was aangemerkt als vallend onder het verschoningsrecht, waarvan de

vernietiging was bevolen en waarvan ook proces-verbaal was opgemaakt dat de gesprekken waren vernietigd, in werkelijkheid niet bleek te zijn vernietigd. Een groot aantal mensen had gedurende langere tijd dus kennis kunnen nemen van zowel de digitale versie van de uitgewerkte gesprekken als van de in hard-copy bewaarde afschriften van deze tapverslagen (het zgn. bibliotheekdossier). Een en ander bracht de rechtbank tot het oordeel dat met geen andere maatregel kon worden volstaan dan de officier van justitie niet-ontvankelijk te verklaren. In de zogenaamde 'Tulpenbollenfraude' sprak de Rechtbank Den Haag<sup>16</sup> eveneens de niet-ontvankelijkheid uit. In deze zaak was vast komen te staan dat geen enkel geïntercepteerd gesprek met een geheimhouder onverwijld was vernietigd en dat ten minste 58 opgenomen gesprekken meer dan vier jaar onvernietigd waren gebleven. Ook was in de onderhavige zaak geheimhoudersinformatie in de vorm van uitgeprinte e-mails zonder toestemming in beslag genomen en ter voorbereiding op verdachtenverhoren in de zaaksmappen van de respectievelijke opsporingsambtenaren terecht gekomen. Omdat dus een groot aantal leden van het opsporingsteam jarenlang kennis had kunnen nemen van geheimhoudersinformatie en kennisneming van die informatie ook daadwerkelijk had plaatsgevonden, kon volgens de rechtbank geenszins worden uitgesloten dat geheimhoudersinformatie mede richting had gegeven aan het strafrechtelijk onderzoek. Het gegeven dat niet kon worden vastgesteld in hoeverre aan het recht op een eerlijke behandeling van de zaak tekort was gedaan en welk concreet nadeel door de verdachte is geleden, liet volgens de rechtbank onverlet dat deze handelwijze diende te leiden tot niet-ontvankelijkheid.

Deze uitspraken doen recht aan de oorspronkelijk door de wetgever beoogde balans tussen verschoningsrecht en waarheidsvinding. Dat evenwicht lijkt in de rechtspraak echter steeds minder evident. Aan het niet terstond vernietigen van geheimhoudersgesprekken worden nauwelijks nog rechtsgevolgen verbonden. Dat blijkt uit de volgende uitspraken.

#### 3.2 OM toch minder gauw niet-ontvankelijk

Zo oordeelde het Bossche hof over een OM-appel, ingesteld naar aanleiding van een vonnis van de Rechtbank Maastricht. De rechtbank had het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard wegens langdurige aanwezigheid (variërend van 2,5 tot 15 maanden) van 231 geheimhoudersgesprekken.<sup>17</sup> Het Openbaar Ministerie had de aanwezigheid van deze geheimhoudersgesprekken niet eerder bekend gemaakt dan tijdens

12 Zie HR 1 april 2003, NJ 2003, 303 en HR 16 juni 2009, LJN BH2678, zie ook J.M. Reijntjes, 'Geheimhoudersgesprekken en de wet', *Strafblad* 2010, p. 349.

13 Rechtbank Amsterdam 20 december 2007, LJN BC0685.

14 Rechtbank Amsterdam 17 november 2008, LJN BG4454.

15 Het digitale systeem van de politie waarin tapgesprekken worden uitgewerkt.

16 Rechtbank Den Haag, 26 maart 2009, LJN BH7911.

17 Hof Den Bosch, 4 september 2009, LJN BJ6892.

een hervat onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg. Het hof constateerde dat sprake was van een langdurige schending van artikel 126aa lid 2 Sv, wat als een ernstig te verwijten organisatiefout moet worden gezien. Toch oordeelde het hof dat er geen aanwijzingen waren dat naar aanleiding van de langdurige aanwezigheid van de geheimhoudersgesprekken onderzoekshandelingen waren verricht of dat de inhoud van de gesprekken in de bewijsfeer tot vruchten had geleid. Gelet daarop was geen sprake van een doelbewuste en grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte. De zaak werd teruggewezen.

Uit een vonnis van de Rechtbank Alkmaar blijkt dat het Openbaar Ministerie op drie momenten had bevolen geheimhoudersgesprekken te vernietigen.<sup>18</sup> Daaraan was geen gevolg gegeven. De gesprekken, waarop de laatste twee bevelen zagen, hadden meer dan twee jaar deel uitgemaakt van het strafdossier. De verdediging had (van een gedeelte) daarvan kennis genomen tijdens een inzage in het strafdossier. Ondanks de langdurige aanwezigheid van de geheimhoudersgesprekken werd een verweer strekkende tot de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie afgewezen. De rechtbank oordeelde dat niet kon worden vastgesteld dat het Openbaar Ministerie de gesprekken verborgen had willen houden voor de verdediging, maar dat veeleer sprake was geweest van onachtzaamheid en onvoldoende besef bij de betrokken opsporingsambtenaren van de wet- en regelgeving over de vernietiging van geheimhoudersgesprekken. Gelet daarop was geen sprake van grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte, waardoor aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak was tekortgedaan. Er volgde strafvermindering.

In een zaak die aan het Bossche hof<sup>19</sup> was voorgelegd was sprake van niet terstond vernietigde geheimhoudersgesprekken over een periode van ruim een maand. De verdediging voerde geen ontvankelijkheidsverweer, maar bepleitte dat strafvermindering diende te volgen. Het hof volgde dit verweer niet en volstond met de enkele constatering van het verzuim. De reden daarvoor was dat aangevoerd noch anderszins aannemelijk was geworden dat de verdachte als gevolg van het verzuim zelfs maar in enige mate in haar belangen was geschaad.

Korte tijd hierna wees het Hof Den Bosch<sup>20</sup> opnieuw arrest in een zaak waarin de kwestie van niet tijdig vernietigde

geheimhoudersgesprekken speelde. In dit geval bleek niet eerder dan ter zitting in hoger beroep dat zich in de aan het hof ter beschikking staande stukken uitwerkingen van geheimhoudersgesprekken bevonden. De verdediging wist tot dat moment niet van het bestaan van die uitwerkingen. Er bleek sprake te zijn van 25 gesprekken. Het hof beval naar aanleiding daarvan tot driemaal toe ambtshalve een onderzoek naar de aanwezigheid van meer geheimhoudersgesprekken. Uiteindelijk werden 50 ten onrechte niet vernietigde geheimhoudersgesprekken aangetroffen. Het hof wees het ter zake gevoerde ontvankelijkheidsverweer af, aangezien geen strafvorderlijk nadeel voor de verdachten was veroorzaakt. Daarbij nam het hof in ogenschouw dat het een gering aantal gesprekken betrof en dat de inhoud daarvan niet in sturende zin of anderszins van invloed was geweest op het opsporingsonderzoek.

Op 24 november 2009 was de Rechtbank Amsterdam aan zet.<sup>21</sup> In deze zaak was vast komen te staan dat aanzienlijke aantallen getapte gesprekken met geheimhouders niet tijdig waren vernietigd. Bovendien was gebleken dat een gesprek tussen twee medeverdachten en hun raadsman in een werkkamer direct was opgenomen. In een e-mailbericht van een betrokken opsporingsambtenaar aan een collega werd een deel van dat gesprek uiteengezet. Beide verbalisanten werden als getuige gehoord. Uit die verhoren bleek kennelijk dat de betrokken opsporingsambtenaar aan zijn collega had meegedeeld dat het gesprek waardevolle informatie bevatte, maar dat deze niet mocht worden gebruikt voor het onderzoek. Ook verklaarde een van de verbalisanten dat het gesprek slechts in zoverre was beluisterd om vast te stellen of sprake was van een geheimhoudersgesprek en dat de informatie verkregen uit het gesprek niet was geregistreerd of gebruikt bij het onderzoek. De rechtbank oordeelde met de verdediging dat sprake was van vormverzuimen, maar kwalificeerde deze als 'slordigheden' en wees het ontvankelijkheidsverweer om die reden van de hand. Er was niet doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte te werk gegaan. Of de rechtbank zou hebben gekozen voor een ander in artikel 359a Sv genoemd rechtsgevolg is niet bekend nu de verdachte integraal werd vrijgesproken.

In een zaak waarin het Hof Den Haag arrest wees, bleek dat gesprekken met verschoningsgerechtigden waren opgenomen met behulp van telefoontaps en directe afuisterapparatuur in auto's.<sup>22</sup> Twee geheimhoudersgesprekken tussen de

18 Rechtbank Alkmaar 28 oktober 2009, LJN BK2294.

19 Hof Den Bosch 22 januari 2009, LJN BH0705.

20 Hof Den Bosch 10 april 2009, LJN BI0780.

21 Rechtbank Amsterdam 24 november 2009, LJN BK6863.

22 Hof Den Haag 19 januari 2010, LJN BK9406.

verdachte en diens raadslieden waren uitgewerkt en in het strafdossier opgenomen. Ook was één gesprek een tweede keer schriftelijk uitgewerkt ondanks een daarvoor afgegeven bevel tot vernietiging. Voorts was een aantal geheimhoudersgesprekken en -stukken, na een opdracht door de officier van justitie tot vernietiging ten spoedigste, pas na acht weken tot zeven maanden daarna vernietigd. Van die vernietiging was geen proces-verbaal opgemaakt. Een belangrijk gegeven in deze zaak was dat er vier ambtsedige processen-verbaal waren opgemaakt, waarin was vermeld dat een groot aantal geheimhoudersgesprekken was vernietigd terwijl dit feitelijk nimmer was gebeurd. Bij requisitoir in hoger beroep bleek dat 44 geheimhoudersgesprekken nog altijd niet van de audiodragers waren verwijderd. Ook werd duidelijk dat 53 tap- en 28 OVC-gesprekken met geheimhouders niet als zodanig waren herkend. Het hof bepaalde dat de regelgeving over de omgang met verschoningsgerechtigde informatie langdurig was geschonden en kwalificeerde dit als een ernstig onherstelbaar vormverzuim. Toch meende het hof dat het Openbaar Ministerie noch had aangestuurd op deze schending noch doelbewust een situatie had gecreëerd waarin deze schending kon plaatsvinden. Ditzelfde oordeelde het hof ten aanzien van de onjuiste processen-verbaal. Voorts merkte het hof op dat (in de kern) slechts sprake was van twee geheimhoudersgesprekken, die niet inhoudelijk van aard waren. Dit laatste is overigens merkwaardig, nu het hof eerder in het arrest constateerde dat geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen vertrouwelijke en inhoudelijke informatie. Ten aanzien van de procedurele afwikkeling van het vernietigen van de geheimhoudersgesprekken zag het hof evenmin aanleiding te oordelen dat sprake was van het doelbewust of met grove veronachtzaming de belangen van de verdachte op een eerlijk proces tekortdoen. Alhoewel sprake was van onzorgvuldig handelen door politie en Justitie volgens het hof, waren de processen-verbaal door de verbalisanten niet willens en wetens in strijd met de waarheid opgemaakt. Het hof volstond met de enkele constatering dat vormen waren verzuimd en verbond hier verder geen rechtsgevolg aan.

Het Hof Den Bosch oordeelde op 4 juni 2010 over een ontvankelijkheidsvraagstuk ter zake de aanwezigheid van 250 tot 290 geheimhoudersstukken en een zevental geheimhoudersgesprekken.<sup>23</sup> Ten aanzien van de geheimhoudersgesprekken bleek uit een proces-verbaal van twee jaar na het opnemen van de gesprekken, dat deze in het procesdossier waren opgenomen met het verzoek aan de officier van justitie om een beslissing te nemen met betrekking tot de vernieti-

ging daarvan. Het hof constateerde dat het niet-vernietigen een ernstig onherstelbaar verzuim opleverde. Toch meende het hof dat niet doelbewust een situatie was geschapen, waarin opsporingsambtenaren langer dan was toegelaten kennis konden nemen van de inhoud van communicatie met geheimhouders. Het hof nam daarbij in aanmerking dat de wet- en regelgeving ter zake de vernietiging van geheimhoudersgesprekken moeilijk uitvoerbaar was. Ook oordeelde het hof dat geen onderzoekshandelingen waren verricht naar aanleiding van de geheimhoudersgesprekken, of dat de inhoud daarvan in de bewijssfeer tot vruchten had geleid. Het hof paste vervolgens een geringe strafvermindering toe.

In een zaak van het Hof Den Haag was sprake van twee getapte telefoongesprekken tussen een verdachte en een raadsman kort voorafgaand aan de aanhouding van die verdachte. Deze waren uitgewerkt en toegevoegd aan het strafdossier.<sup>24</sup> Ook was een telefoongesprek tussen de verdachte en de raadsman getapt toen hij zich in volledige beperkingen bevond in de Penitentiaire Inrichting 'De Schie' (hierna: 'PI'). De vernietiging was door de officier van justitie bevolen, maar daaraan was geen gevolg gegeven bleek in hoger beroep. Desalniettemin achtte het hof het Openbaar Ministerie ontvankelijk. Het hof overwoog daartoe dat de twee gesprekken, die waren opgenomen voorafgaand aan de aanhouding van de verdachte, niet aangemerkt moesten worden als gesprekken met een verschoningsgerechtigde. De reden daarvan was dat de betreffende verschoningsgerechtigde op dat moment optrad als raadsman van de medeverdachte en mededelingen deed over deze medeverdachte. Door op die wijze te handelen verspeelde de raadsman volgens het hof zijn verschoningsrecht ten aanzien van zijn cliënt, de medeverdachte. Dit is een verrassende redenering omdat het Haagse hof hiermee een geheel nieuwe 'bijzondere omstandigheid' lijkt te hebben ontwikkeld, waarin het verschoningsrecht mag worden doorbroken. Daarenboven stelde het hof vast dat de gesprekken geen mededelingen bevatten als bedoeld in artikel 126aa lid 2 Sv. Ten aanzien van het getapte gesprek in de PI was volgens het hof wel degelijk gehandeld in strijd met de wet- en regelgeving ter zake de vernietiging van geheimhoudersgesprekken. Toch bleek dit onvoldoende om te komen tot niet-ontvankelijkheid. Het hof baseerde dit op het feit dat het gesprek was uitgewerkt, noch aan het dossier was toegevoegd. Ook meende het hof dat naar aanleiding van het gesprek geen onderzoekshandelingen waren verricht, of dat de inhoud van het gesprek anderszins als sturingsinformatie had gediend. Ten aanzien van de procedurele afwikkeling van de vernietiging van het geheimhoudersgesprek oordeelde het

23 Hof Den Bosch 4 juni 2010, LJN BM6781.

24 Hof Den Haag 23 juni 2010, LJN BM8949.

hof dat deze weliswaar onzorgvuldig was, maar niet kon leiden tot niet-onvankelijkheid. Ten slotte zag het hof ook geen termen aanwezig om naar aanleiding van het vormverzuim tot strafvermindering te komen.

Tot slot bespreken we hier een recent arrest van het Hof Den Haag.<sup>25</sup> In deze zaak had de rechtbank het Openbaar Ministerie niet-onvankelijk verklaard wegens de langdurige aanwezigheid van 199 geheimhoudersgesprekken. Het hof maakte echter korte metten met dit vonnis. Ondanks de 199 niet-vernietigde geheimhoudersgesprekken, waartoe officieren van justitie en parketsecretarissen toegang hadden gehad en waarvan zij ten dele kennis hadden genomen, oordeelde het hof dat de verdachte daardoor niet in zijn verdediging was geschaad. Zelfs niet toen in hoger beroep bleek dat bovenop de 199 gesprekken nog eens 197 geheimhoudersgesprekken niet waren vernietigd. Het hof kwam tot zijn oordeel nu de geheimhoudersgesprekken nimmer aan het procesdossier waren toegevoegd. Hierdoor zouden de zaakofficier van justitie en de behandelend advocaat-generaal nooit kennis hebben kunnen nemen van de gesprekken waardoor de gesprekken ook nooit als bewijs zouden kunnen worden gebruikt. Het hof constateerde voorts dat niet was komen vast te staan dat de geheimhoudersgesprekken in het opsporingsonderzoek waren gebruikt. Er was weliswaar sprake van een onherstelbaar vormverzuim, maar dit leverde geen zodanig ernstige inbreuk op de beginselen van een behoorlijke procesorde op dat deze diende te leiden tot niet-onvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Het hof heeft de zaak teruggewezen naar de rechtbank.

#### 4 Bevindingen

Uit de weergegeven vonnissen en arresten volgt dat de feitenrechter bij het ten onrechte niet of tardief vernietigen van geheimhoudersgesprekken in de meeste gevallen tot de conclusie komt dat sprake is van een (ernstig en) onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in artikel 359a lid 1 Sv. Daarom trent zijn geen verschillen waarneembaar tussen rechtbanken en hoven onderling. De *sanctie* die vervolgens wordt verbonden aan deze normschending verschilt daarentegen wel. Zo lijken rechtbanken iets 'scheutiger' te zijn in het toekennen van compensatie voor de verdachten dan hoven en menen wij bovendien een zekere 'gewenning' bij de feitenrechter waar te nemen. Relatief ernstigere schendingen lijken in de loop der tijd minder hard te worden afgestraft; regelmatig wordt immers volstaan met de enkele constatering dat vormen zijn verzuimd, ook indien sprake is van aanzien-

lijke hoeveelheden niet vernietigde geheimhoudersgesprekken.

In dat kader constateren wij voorts dat de feitenrechter maar moeilijk wil aannemen dat sprake is van een doelbewust en met grove veronachtzaming tekort doen van de belangen van de verdachte. Op zichzelf is dat begrijpelijk en zou er inderdaad van moeten kunnen worden uitgegaan dat opsporingsinstanties in beginsel niet de intentie hebben belangen van verdachten te schaden. Dat uitgangspunt wordt echter in de praktijk op de proef gesteld. Het is toch bepaald lastig voor te stellen dat het niet of te laat vernietigen van geheimhoudersgesprekken zo goed als nooit doelbewust zou plaatsvinden. We zouden moeten kunnen verwachten van onze opsporingsambtenaren dat zij de regelgeving over het terstond vernietigen van geheimhoudersgesprekken kennen, begrijpen en naar eer en geweten toepassen. Dat geldt te meer voor officieren van justitie. Zij hebben de verantwoordelijkheid erop toe te zien dat hun bevelen tot vernietiging terstond worden uitgevoerd en zij dienen dit te controleren. Uit de voorgaande analyse is echter gebleken dat dit met enige regelmaat hopeloos mis gaat. Gelet op de heldere regelgeving en de alertheid hierop die mag worden verwacht van overheidsdienaren die sterk kunnen inbreken in de privacy van burgers, is het ondenkbaar dat deze (ernstige) vormverzuimen bijna altijd 'per ongeluk' geschieden. De feitenrechter is naar ons oordeel gewoon niet kritisch genoeg bij het duiden van de 'mens rea' van de normschenders en zou anders moeten oordelen indien blijkt dat die alertheid er niet is geweest, zoals bijvoorbeeld in de zaak van het hiervoor genoemde arrest van het Hof Den Haag, waar sprake was van het opmaken van onjuiste processen-verbaal. In maar liefst vier ambtsedig opgemaakte processen-verbaal stond letterlijk dat *44 gesprekken waren vernietigd*, terwijl twee jaar later bleek dat van enige vernietiging geen sprake was geweest. Hoe kan een dergelijke handelwijze nu onopzettelijk plaatsvinden?

Bovendien blijkt de feitenrechter voor wat betreft de sanctionering van overschrijding van artikel 126aa lid 2 Sv met name waarde te hechten aan het antwoord op de vraag of er aanwijzingen bestaan dat naar aanleiding van de niet terstond vernietigde geheimhoudersgesprekken onderzoekshandelingen zijn verricht of dat deze anderszins als sturingsinformatie zijn gebruikt. Er moeten kennelijk duidelijke aanknopingspunten zijn dat de verdachte in concreto daadwerkelijk in zijn belangen is geschaad, wil er aan overtreding van het in artikel 126aa lid 2 Sv vervatte voorschrift een consequentie worden verbonden. Die redenering vertaalt zich naar het in artikel 359a lid 2 Sv genoemde nadeel dat door de schending

25 Hof Den Haag 8 maart 2011, LJN BP7088.

is veroorzaakt en sluit tevens aan bij het kader waarbinnen de Hoge Raad deze problematiek afdoet.

De vraag is echter of het strak vasthouden aan dit nadeelsvereiste recht doet aan de aard van de problematiek en zodoende tot bevredigende uitkomsten leidt. Wij menen van niet. Vooreerst staat de verdediging hierdoor naar ons idee ten onrechte op achterstand. In veel gevallen is het immers lastig aannemelijk te maken dat geheimhoudersinformatie daadwerkelijk op één of andere wijze een rol heeft gespeeld in het opsporingsonderzoek. Door gebrek aan transparantie en overzicht kan de verdediging haar vinger er vaak moeilijk achter krijgen of en hoe bepaalde informatie is gebruikt en is zij enkel in staat vermoedens te uiten die voor een rechter onvoldoende fundament bieden. Daar komt bij dat in veel gevallen de onrechtmatig bewaard gebleven geheimhoudersgesprekken uiteindelijk alsnog worden vernietigd voordat zij hun weg vinden naar het voor de verdediging toegankelijke strafdossier. De verdediging is dan op de hoogte van het gegeven dat bepaalde gesprekken geruime tijd ter beschikking van het opsporingsteam hebben gestaan, maar de inhoud daarvan is onbekend. Het is derhalve uitermate moeilijk voor de verdediging om concreet gebruik van informatie verkregen uit geheimhoudersgesprekken aannemelijk te maken.

Verder menen wij dat de nadruk die is komen te liggen op het concrete nadeel dat een verdachte heeft geleden niet strookt met het fundamentele belang dat het verschoningsrecht van een advocaat speelt in ons rechtsbestel. Daarbij refereren wij opnieuw aan het principiële standpunt van de wetgever in deze.<sup>26</sup> De wetgever heeft het verschoningsrecht dermate belangrijk geacht dat de waarheidsvinding in een strafzaak daarvoor in het algemeen moet wijken. Het verschoningsrecht is, met andere woorden, een fundamenteel rechtsbeginsel waar niet aan mag worden getornd en dat de individuele belangen van een verdachte pleegt te overstijgen. Eerbiediging daarvan dient derhalve voorop te staan. Wat ons betreft zou schending van artikel 126aa Sv dan ook meer als een kwestie van principiële aard dienen te worden beschouwd: indien politie en/of Justitie de (toch al soepele) regels dienaangaande overschrijden, dient dat te worden gesanctioneerd en moet er niet in de marge worden gezocht naar wat die overschrijding de facto mogelijk voor invloed heeft gehad. Met Reijntjes<sup>27</sup> zijn wij van mening dat de Hoge Raad (en in navolging daarvan de feitenrechter) zich

nog eens zou moeten bezinnen op de consequenties, die aan schending van artikel 126aa lid 2 Sv moeten worden verbonden. Naar ons oordeel dient het op grote schaal schenden van de vernietigingsplicht primair te leiden tot niet-ontvankelijkheid of bewijsuitsluiting en subsidiair tot (substantiële) strafvermindering, ongeacht de vraag welk concreet nadeel deze schending voor een verdachte heeft opgeleverd.

## 5 Slotsom

Uit het bovenstaande volgt dat aan het niet terstond vernietigen van geheimhoudersgesprekken nauwelijks nog rechtsgevolgen worden verbonden. Dit betekent dat geleidelijk aan afstand wordt genomen van de ratio van de wet. In deze ontwikkeling worden creatieve wegen bewandeld door de politie, het Openbaar Ministerie en door rechters. De gesprekken zijn bijvoorbeeld niet aan het dossier gevoegd,

Maar waar gaat het nou echt om? Het gaat erom dat opsporingsambtenaren en officieren van justitie met regelmaat kennisnemen van geheimhoudersgesprekken

niet inhoudelijk van aard of niet te kwalificeren als geheimhoudersgesprekken, er is sprake geweest van de intentie de gesprekken te vernietigen of de opsporingsambtenaren zijn onvoldoende bekend met de regelgeving over de vernietiging van geheimhoudersgesprekken. Het lijkt erop dat de 'argeloosheid' van opsporingsambtenaren ten aanzien daarvan prevaleert boven het verschoningsrecht. Dat is opmerkelijk, want het Wetboek van Strafvordering voorziet al elf jaar in de onmiddellijke vernietiging van geheimhoudersgesprekken.<sup>28</sup> Maar waar gaat het nou echt om? Het gaat erom dat opsporingsambtenaren en officieren van justitie met regelmaat kennisnemen van geheimhoudersgesprekken en dus de mogelijkheid krijgen de inhoud daarvan op enigerlei wijze te gebruiken in het opsporingsonderzoek. Het gaat erom dat de verschoningsgerechtigde zelf niet meer primair de kans krijgt te oordelen over de vraag of een gesprek verschoningsgerechtigde informatie bevat. En dit alles was nu juist niet de bedoeling van de wetgever. Deze ontwikkeling is aan de wetgever overigens niet voorbij gegaan. Mede gelet daarop kunnen advocaten sinds 15 mei 2011 een aantal zake-

26 Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing bij Wet van 27 mei 1999, zie *Staatsblad* 1999, 245.

27 Zie Reijntjes a.w., p. 351.

28 Art. 126aa Sv werd ingevoerd bij Wet van 27 mei 1999 (*Staatsblad* 1999, 245) en trad in werking op 1 februari 2000 (*Staatsblad* 2000, 32).

lijke telefoonnummers opgeven, waarna een systeem van nummerherkenning ervoor zou moeten zorgen dat eventuele taps op geheimhoudersgesprekken direct worden herkend en geblokkeerd.<sup>29</sup> We hebben de hoop dat respect voor de verdedigingsrechten daarmee wordt hersteld,<sup>30</sup> maar menen dat het heilzamer is het probleem bij de bron aan te pakken: zwaarder optreden door de feitenrechter, daar waar geheimhoudersgesprekken niet terstond zijn vernietigd. Een systeem voor nummerherkenning zou in dat geval niet nodig moeten zijn.

---

29 Zie o.m. het verslag van het algemeen overleg d.d. 3 februari 2011 van de Vaste Commissie van Veiligheid en Justitie en *Staatscourant* 2011, 6728, 15 april 2011.

30 Ook dit systeem lijkt niet zaligmakend te zijn. Zie hierover J. Leliveld: 'Twee jaar praten over het ei van Columbus', *Advocatenblad*, 18 maart 2011, p. 29-31.