

POSTADRES Postbus 93374, 2509 AJ Den Haag BEZOEKADRES Prins Clauslaan 20
TEL 070 - 381 13 00 FAX 070 - 381 13 01 E-MAIL info@cbpweb.nl INTERNET www.cbpweb.nl

**Onderzoek naar de waarborging van de vertrouwelijke
communicatie van advocaten bij de interceptie
van telecommunicatie**

16 juli 2003

Inhoudsopgave

1.	Het verzoek	1
2.	Het onderzoek	3
3.	Wettelijk kader	5
4.	Feitelijke bevindingen	8
5.	Beoordeling	9
6.	Conclusie	17
7.	Aanbevelingen	17

1 HET VERZOEK

De Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten (NVSA) en een aantal advocaten, te weten mrs. G.F. van der Hardt Aberson, C.W. Reintjes, R.J. Verweij, G.P.M.F. Mols en T.E. van der Spoel (verzoekers), voor wie als gemachtigde optreedt mr. T. Spronken, hebben bij brief van 4 maart 2002 het College bescherming persoonsgegevens (CBP) verzocht:

- een onderzoek in te stellen naar de naleving van de vernietigingsplicht als omschreven in artikel 125h, tweede lid, (oud) en artikel 126aa, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering (Sv), vanaf de ingebruikneming van digitale tapsystemen in 1994,
- een oordeel en aanbevelingen te geven over de kwaliteit van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de in de politie- en/of justitieregisters opgenomen personen, en
- een oordeel te geven over de instructie "Vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders" van het College van procureurs-generaal van 12 maart 2002 (instructie).

Verzoekers hebben aan hun verzoek ten grondslag gelegd dat de vernietigingsplicht als bedoeld in artikel 126 aa, tweede lid, Sv door het OM niet wordt nagekomen met betrekking tot opgenomen telecommunicatie en dat het verschoningsrecht van advocaten wordt geschonden.

Op grond van artikel 51, eerste lid, Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) heeft het CBP tot taak toe te zien op de naleving van het bij en krachtens de wet bepaalde. Ingevolge artikel 60, eerste lid, WBP kan het CBP ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende een onderzoek instellen naar de wijze waarop ten aanzien van gegevensverwerking toepassing wordt gegeven aan het bij en krachtens de wet bepaalde.

Op grond van artikel 26, eerste lid, Wet politieregisters (Wpolr) ziet het CBP toe op de werking van de politieregisters overeenkomstig het bij of krachtens de Wpolr bepaalde en in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het algemeen. Artikel 27 Wpolr verklaart de artikelen 51, eerste lid, en artikel 60 WBP van overeenkomstige toepassing.

Tot 1 september 2001 gold de Wet persoonsregistraties (WPR) en was de Registratiekamer de toezichthouder op deze wet en op de Wet politieregisters. Het CBP is de rechtsopvolger van de Registratiekamer en is als zodanig bevoegd ook onderzoeken die op de periode voor 1 september 2001 betrekking hebben uit te voeren.

Voor de ontvankelijkheid en de behandeling van het verzoek is van belang: of, en zo ja in welke mate, het verzoek betrekking heeft op een onderwerp ten aanzien waarvan het CBP bevoegd is, dan wel de Registratiekamer bevoegd was,

voorts of de verzoekers als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt, en tenslotte de vraag of, en zo ja in welke mate een onderzoek opportuun is.

Bevoegdheid

Verwerking door de politie van persoonsgegevens, die worden verkregen in het kader van de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden met betrekking tot interceptie van telecommunicatie vindt plaats ter uitvoering van de politietaak. Registratie van deze gegevens vindt ingevolge artikel 4 Wpolr plaats in politieregisters. De Wpolr is daarop van toepassing en alleen al daarom is het CBP en was voorheen de Registratiekamer bevoegd om een onderzoek in te stellen.

De politie verstrekt de resultaten van de telecommunicatie, waarvan ingevolge het bepaalde in het Wetboek van Strafvordering interceptie heeft plaatsgevonden, aan het openbaar ministerie (OM). Op de registratie en verwerking van persoonsgegevens door het OM in strafdossiers en het Communicatiesysteem Openbaar Ministerie-Parket Administratiesysteem (Compas) was de WPR en is nu de WBP van toepassing.

Instructies over de verwerking van persoonsgegevens heeft het College van Procureurs-Generaal in de Aanwijzing WBP (2001A006) van 3 juli 2001 gegeven, welke aanwijzing de Aanwijzing WPR heeft vervangen. De Aanwijzing WBP is gepubliceerd in de Staatscourant 2001, 154 en is in werking getreden met ingang van 1 september 2001.

Deze toepasselijkheid van de Wpolr en de WBP laat onverlet dat op de interceptie van telecommunicatie door de politie in een strafrechtelijk onderzoek de bijzondere regels van het Wetboek van Strafvordering van toepassing zijn. Voor zover het daarbij gaat om de verwerking van persoonsgegevens is de toepassing daarvan ook onderworpen aan het toezicht van het CBP, daargelaten de bevoegdheid van de rechter in het strafproces.

Het CBP is derhalve bevoegd van het verzoek kennis te nemen en een onderzoek in te stellen.

Ontvankelijkheid

Blijkens haar statuten heeft de NVSA zich ten doel gesteld te doen al datgene, dat voor een goed functionerende verdediging in strafzaken dienstig is. De naleving van de vernietigingsplicht als bedoeld in artikel 126 aa, tweede lid, Sv en het waarborgen van de vertrouwelijke communicatie met cliënten behoren daartoe. De NVSA kan dan ook als belanghebbende in de zin van artikel 60 WBP worden aangemerkt.

Dit geldt ook voor de verzoekende advocaten. Voor de uitoefening van hun praktijk is het van belang dat hun cliënten ook telefonisch vertrouwelijk met hen kunnen communiceren.

Verzoekers kunnen in hun verzoek tot het instellen van een onderzoek worden ontvangen.

Opportuniteit en reikwijdte

Het verzoek een oordeel te geven over de kwaliteit van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de in de politie- en/of justitieregisters opgenomen personen is te algemeen geformuleerd. Aan het verzoek ten grondslag ligt het belang van het handhaven van de waarborging van de vertrouwelijke communicatie van

advocaten en andere rechtshulpverleners. Het CBP zal hiernaar een onderzoek instellen op grond van zijn bevoegdheid ingevolge artikel 60 WBP. Dit onderzoek concentreert zich op de huidige praktijk ten aanzien van de registratie van telecommunicatie waarbij advocaten of rechtshulpverleners zijn betrokken en, ten aanzien van de vernietiging van opgenomen gesprekken, op de naleving van de instructie van 12 maart 2002. In dit kader zal het CBP ook een oordeel geven over de instructie van 12 maart 2002.

Vooralsnog richt het onderzoek zich niet op de naleving van de vernietigingsplicht vanaf het moment dat digitale tapsystemen in 1994 in gebruik zijn genomen. Bij gelegenheid van de hoorzitting, die in het kader van dit onderzoek is gehouden (zie onderdeel 2) heeft het CBP een beslissing over het instellen van een onderzoek naar dit onderdeel van het verzoek uitgesteld. Zie hieromtrent onderdeel 5, slot, van dit rapport.

2 Het onderzoek

Het CBP heeft het verzoek voorgelegd aan het Ministerie van Justitie, het College van procureurs-generaal en het Landelijk parket, hierna ook te noemen: het openbaar ministerie (OM).

Het CBP heeft tevens nadere informatie gevraagd aan verzoekers, het OM en het regionaal politiekorps Rotterdam Rijnmond.

Verzoekers hebben nadere informatie verstrekt bij brieven van 6, 19 en 26 juni 2002.

Het OM heeft bij brief van 21 juni 2002 gereageerd op het verzoek en nadere informatie verstrekt. Van het regionaal politiekorps Rotterdam Rijnmond heeft het CBP geen nadere informatie ontvangen.

Op 11 juli 2002 is een hoorzitting gehouden. Het verslag van deze hoorzitting is als bijlage bij dit rapport gevoegd.

De Nederlandse Orde van Advocaten heeft prof. mr. P.A.M. Mevis verzocht een onderzoek naar het verschoningsrecht in te stellen. Het rapport daarover (*Notitie inzake het verschoningsrecht van de advocaat in strafzaken en de uitwerking daarvan in artikel 126aa Sv en in daarop gebaseerde regelgeving*) hebben verzoekers tijdens de hoorzitting aan het CBP overgelegd en onderschreven (zie ook: P.A.M. Mevis, *De bescherming van het verschoningsrecht onder de Wet-BOB, in het bijzonder bij het af luisteren van telecommunicatie*, DD 2003, pp. 375-392).

De Minister van Justitie heeft bij brief van 15 oktober 2002 gereageerd en nadere informatie verstrekt naar aanleiding van het verhandelde bij de hoorzitting. Verzoekers hebben bij brieven van 14 en 18 november 2002 gereageerd op de brief van de Minister van Justitie van 15 oktober 2002.

Bij brief van 2 april 2003 heeft het CBP zijn voorlopige bevindingen ter kennis gebracht van verzoekers, de Minister van Justitie en het openbaar ministerie. Het CBP heeft daarbij de gelegenheid geboden binnen vier weken op de voorlopige bevindingen te reageren.

Verzoekers hebben op de voorlopige bevindingen gereageerd bij brief van hun gemachtigde van 9 mei 2003. De Minister van Justitie heeft, na daartoe verleend uitstel, op de voorlopige bevindingen gereageerd bij brief van 27 mei 2003.

Het standpunt van verzoekers

Ten aanzien van de wijze waarop vastgesteld wordt welke opgenomen telecommunicatie op grond van artikel 126aa, tweede lid, Sv dient te worden vernietigd.

Volgens verzoekers is het recht op vertrouwelijke communicatie van de advocaat onvoldoende gewaarborgd bij de registratie en verwerking van opgenomen telefoongesprekken. In de praktijk wordt stelselmatig kennis genomen van de inhoud van opgenomen telefoongesprekken met advocaten door opsporingsambtenaren. Vervolgens neemt de officier van justitie kennis van de uitgewerkte inhoud van die telefoongesprekken. Het is bovendien de officier van justitie die beslist of de inhoud van een opgenomen telefoongesprek onder het verschoningsrecht van de advocaat valt. De instructie formaliseert deze praktijk. Het recht op vertrouwelijke communicatie beoogt nu juist te voorkomen dat gesprekken die onder het verschoningsrecht vallen, ter kennis van politie en justitie komen. Volgens verzoekers is het mogelijk nummers van advocaten van het opnemen van telecommunicatie uit te sluiten, door die nummers in het tapsysteem in te voeren. Voor verzoekers zou dit een voldoende waarborg zijn voor vertrouwelijke communicatie door advocaten met hun cliënten.

Ten aanzien van de wijze van vernietigen.

Verzoekers voeren aan dat in een aantal strafzaken is gebleken dat opgenomen telefoongesprekken met advocaten die onder het verschoningsrecht vielen in strijd met artikel 125h (oud) Sv en artikel 126aa, tweede lid, Sv niet waren vernietigd. Zij wijten dit aan onzorgvuldig gegevensbeheer dat is ontstaan met de invoer van digitale tapsystemen. Volgens verzoekers is er sprake van vernietiging als de gegevens niet meer aanwezig zijn en kan dit bereikt worden door fysieke vernietiging van gegevensdragers. De te bewaren gesprekken kunnen eerst op een andere gegevensdrager worden overgenomen. Volgens verzoekers ontbreekt een adequate omschrijving van de wijze van vernietiging in de instructie.

Het standpunt van het OM

Ten aanzien van de wijze waarop vastgesteld wordt welke opgenomen telecommunicatie op grond van artikel 126aa, tweede lid, Sv dient te worden vernietigd.

Volgens het OM moet kennis worden genomen van de inhoud van opgenomen telefoongesprekken om te kunnen bepalen wat onder het verschoningsrecht valt. Niet alle gesprekken die advocaten voeren vallen onder het verschoningsrecht. Op grond van het wettelijk systeem dient de officier van justitie te bepalen wat onder het verschoningsrecht valt. Artikel 126aa Sv en artikel 5 van het Besluit gaan er ook vanuit dat de inhoud van gesprekken met verschoningsgerechtigden in processen-verbaal worden verwerkt. Het door nummerherkenning uitsluiten van telefoonnummers van advocaten voor de telefoontap is niet gewenst. Nummerselectie kan niet van telecomproviders worden gevraagd en de inhoud van gesprekken wordt niet door het

gebruikte nummer bepaald. De uitwerking van een gesprek in een proces-verbaal is beperkt tot een vorm die voldoende is om de officier van justitie in staat te stellen een beslissing te nemen over de vraag of het gesprek onder het verschoningsrecht valt. In de praktijk wordt in belangrijke mate al volgens de instructie gewerkt.

Er is volgens het OM reden de instructie zo aan te passen dat daaruit duidelijk blijkt dat een eerste opgenomen telefoongesprek met een advocaat door de officier van justitie op de toepasselijkheid van het verschoningsrecht wordt beoordeeld. Volgende gesprekken die worden opgenomen worden uitsluitend uitgewerkt en aan de officier van justitie ter beoordeling voorgelegd, indien er aanwijzingen zijn dat die gesprekken niet onder het verschoningsrecht vallen. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn op grond van de inhoud van het eerste opgenomen telefoongesprek of andere informatie uit het opsporingsonderzoek. Bij twijfel over de vraag of communicatie onder het verschoningsrecht valt is te overwegen het oordeel van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep in te winnen.

Ten aanzien van de wijze van vernietigen.

Van de zijde van het OM is erkend dat niet in voldoende mate uitvoering is gegeven aan de vernietigingsplicht ten aanzien van telecommunicatie met advocaten die onder het verschoningsrecht valt. Volgens het OM is het voldoende als de vernietigde gegevens niet met eenvoudige middelen kunnen worden teruggehaald. De door de leveranciers van de diverse tapsystemen beschreven methoden van verwijdering voldoen daaraan. Fysieke vernietiging van gegevensdragers kan te ver gaan, vanwege de daaraan verbonden kosten. Het OM heeft in reactie op de voorlopige bevindingen het standpunt, dat het ter gelegenheid van de hoorzitting heeft ingenomen, dat het openbaar ministerie niet verantwoordelijk is voor het beheer van de tapkamers, herhaald.

3 Wettelijk kader

Artikel 1, eerste lid, aanhef en onder c, Wpolr:

In deze wet en de daarop rustende bepalingen wordt verstaan onder:

- c. politieregister of register: een samenhangende verzameling van op verschillende personen betrekking hebbende persoonsgegevens
- die langs geautomatiseerde weg wordt gevoerd of met het oog op een doeltreffende raadpleging van gegevens systematisch is aangelegd, en
- die is aangelegd ten dienste van de uitvoering van de politietaak.

Artikel 4 Wpolr:

- 1. Het aanleggen van een politieregister vindt slechts plaats voor een bepaald doel en voor zover dit noodzakelijk is voor een goede uitvoering van de politietaak.
- 2. Het bevat slechts persoonsgegevens die rechtmatig zijn verkregen en die noodzakelijk zijn voor het doel waarvoor het is aangelegd. Bij de in een bijzonder politieregister opgenomen gegevens wordt de herkomst van de gegevens vermeld en op welke wijze de gegevens zijn verkregen.
- 3. De beheerder treft de nodige voorzieningen ter bevordering van de juistheid en volledigheid van de opgenomen gegevens.

Artikel 2, eerste lid en tweede lid, onder c, WBP:

- 1. Deze wet is van toepassing op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, alsmede de niet geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen.
- 2. Deze wet is niet van toepassing op verwerking van persoonsgegevens:
c. ten behoeve van de uitvoering van de politietaak, omschreven in artikel 2 van de Politiewet 1993.

Artikel 6 WBP:

Persoonsgegevens worden in overeenstemming met de wet en op behoorlijke en zorgvuldige wijze verwerkt.

Artikel 8, aanhef en onder a, c en e WBP:

Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien:

- a. de betrokkene voor de verwerking zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend;
- c. de gegevensverwerking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke onderworpen is;
- e. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor een goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het desbetreffende bestuursorgaan dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt;

Artikel 13 WBP:

De verantwoordelijke legt passende technische en organisatorische maatregelen ten uitvoer om persoonsgegevens te beveiligen tegen verlies of tegen enige vorm van onrechtmatige verwerking. Deze maatregelen garanderen, rekening houdend met de stand van de techniek en de kosten van tenuitvoerlegging, een passend beveiligingsniveau gelet op de risico's die de verwerking en de aard van te beschermen gegevens met zich meebrengen. De maatregelen zijn er mede op gericht onnodige verzameling en verdere verwerking van persoonsgegevens te voorkomen.

Artikel 125h (oud)Sv:

- 1. De rechter-commissaris doet te zijnen overstaan processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan een gegeven kan worden ontleend, dat is verkregen als gevolg van de inlichtingen bedoeld in artikel 125f, of door aftappen of opnemen, als in het vorige artikel bedoeld, en die van geen betekenis zijn voor het onderzoek, zo spoedig mogelijk vernietigen. Van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt.
- 2. De rechter-commissaris doet op dezelfde wijze processen-verbaal en andere voorwerpen als in het vorige lid bedoeld vernietigen voor zover deze betrekking hebben op mededelingen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd.
- 3. De rechter-commissaris voegt de overige processen-verbaal en andere voorwerpen als in het eerste lid bedoeld uiterlijk op het tijdstip waarop de beschikking tot sluiting van het gerechtelijk vooronderzoek onherroepelijk wordt bij de processtukken.

- 4. De officier van justitie doet te zijnen overstaan de processen-verbaal of andere voorwerpen, waaraan een gegeven kan worden ontleend, dat hij heeft verkregen als gevolg van de inlichtingen bedoeld in artikel 125f, vernietigen indien hij niet binnen een maand na het verkrijgen van de inlichtingen een gerechtelijk vooronderzoek vordert. Hij maakt proces-verbaal van de vernietiging op.

Artikel 126aa, eerste en tweede lid, (nieuw)Sv:

- 1. De officier van justitie voegt de processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend die zijn verkregen door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Va, dan wel door de toepassing van artikel 126ff, voor zover die voor de zaak van betekenis zijn, bij de processtukken.

- 2. Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd, worden deze processen-verbaal en andere voorwerpen vernietigd. Bij algemene maatregel van bestuur worden hieromtrent voorschriften gegeven. Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin behelzen gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon, worden zij niet bij de processtukken gevoegd dan na voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris.

Artikel 218 Sv:

Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschonen 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.

Artikel 4 Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken:

1. De opsporingsambtenaar die door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Va van het Wetboek van Strafvordering, kennisneemt van mededelingen waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze zijn gedaan zijn door of aan een geheimhouder, stelt hiervan de officier van justitie onverwijld in kennis.

2. Indien de officier van justitie vaststelt dat de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, mededelingen zijn als bedoeld in artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering, beveelt hij terstond de vernietiging van de processen-verbaal en andere voorwerpen, voorzover zij deze mededelingen behelzen. Het bevel tot vernietiging is schriftelijk. Van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt, dat wordt gezonden aan de officier van justitie.

3. Indien de mededelingen, bedoeld in het eerste lid zijn gedaan door of aan een geheimhouder die als verdachte is aangemerkt, wint de officier van justitie het oordeel in van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep waartoe de geheimhouder behoort, omtrent de vraag of de mededelingen zijn aan te merken als mededelingen in de zin van artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering. Indien de officier van justitie besluit af te wijken van het oordeel van het gezaghebbende lid van de beroepsgroep, wordt dit besluit met redenen omkleed.

Artikel 5 Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken:

1. Indien het proces-verbaal is opgeslagen op een afzonderlijke gegevensdrager, staat met de vernietiging van het proces-verbaal gelijk het op zodanige wijze bewerken van de gegevensdrager dat de gegevens die daaraan voor die bewerking konden worden ontleend, niet meer kenbaar zijn.
2. Met vernietiging van een voorwerp staat gelijk het op zodanige wijze bewerken van een voorwerp dat de gegevens die daaraan voor de bewerking konden worden ontleend, niet meer kenbaar zijn.

De procedure in schema volgens de instructie:

- 1 De opsporingsambtenaar, die belast is met de uitwerking van de geïntercepteerde communicatie meent een geheimhouder te constateren.
- 2 De opsporingsambtenaar verwerkt de inhoud van de communicatie ter kennisgeving aan de officier van justitie.
- 3 De opsporingsambtenaar meldt zijn constatering onverwijld bij de teamleiding.
- 4 **De teamleiding geeft opdracht de bevinding onverwijld ter kennis aan de officier van justitie te melden**
- 5 **De officier van justitie beoordeelt of de inhoud van de communicatie mededelingen bevat gedaan aan of door een geheimhouder (art. 126 aa lid 2 Sv).**
- 6 **Indien ja: De officier van justitie geeft terstond schriftelijk bevel om de inhoud van de communicatie te vernietigen. Het betreft hier zowel het uitgewerkte gesprek, als communicatie op andere gegevensdragers. De officier van justitie doet dit schriftelijk bevel toekomen aan de teamleiding.**
- 7 De teamleiding is verantwoordelijk voor de uitvoering van het bevel.
- 8 De teamleiding draagt zorg voor de uitvoering van het bevel tot vernietiging voor zover deze betrekking heeft op onderschepte communicatie, die zich bij de recherche bevindt. Hieronder wordt tevens verstaan de in het proces-verbaal uitgewerkte communicatie.
- 9 De teamleiding maakt proces-verbaal op van de vernietiging. Dit proces-verbaal bevat uiteraard geen mededelingen als bedoeld in art. 126aa lid 2 Sv.
- 10 De beheerder van het interceptiecentrum draagt zorg voor de vernietiging van het materiaal in het interceptiesysteem en het reeds op een gegevensdrager gearcheiverde materiaal.
- 11 De beheerder van het interceptiesysteem maakt proces-verbaal op van de vernietiging.
- 12 De beheerder van het interceptiecentrum stuurt het proces-verbaal van vernietiging aan de teamleiding. Dit proces-verbaal bevat uiteraard geen mededelingen als bedoeld in art. 126aa lid 2 Sv.
- 13 De teamleiding stuurt beide processen-verbaal van vernietiging aan de officier van justitie.

4 Feitelijke bevindingen

Ten aanzien van de wijze waarop vastgesteld wordt welke opgenomen telecommunicatie op grond van artikel 126 aa, tweede lid, Sv dient te worden vernietigd.

Een bevel tot het opnemen van telecommunicatie vermeldt een telefoonnummer. De telecomprovider verstrekt digitale gespreksgegevens die worden doorgegeven met dat telefoonnummer aan een tapkamer van de politie. Er zijn vijf verschillende digitale tapsystemen in de tapkamers van de politie in gebruik. Het functioneren van de verschillende tapsystemen is vergelijkbaar.

De door de telecomprovider verstrekte digitale gegevens worden opgeslagen op een harde schijf in het tapsysteem. Tijdens het opslaan op de harde schijf kunnen de gesprekken on line worden beluisterd. Dit directe beluisteren is uitzondering.

Van de harde schijf worden gegevens gekopieerd naar een optical disk. Dit kopiëren wordt ook wel archiveren genoemd. Zowel voor als na het archiveren kunnen gesprekken die op de harde schijf zijn opgeslagen worden beluisterd. Als de harde schijf vol is worden op de harde schijf opgeslagen gesprekken overgeschreven met nieuw binnenkomende gesprekken.

Het beluisteren van de opgenomen gesprekken vindt in de regel plaats door het afspelen van een optical disk met behulp van een uitluisterunit.

De door het opnemen van telecommunicatie verkregen gegevens worden opgeslagen in een (bijzonder) politieregister.

Het beluisteren van opgenomen gesprekken gebeurt in eerste instantie door een lid van het onderzoeksteam, dat belast is met het onderzoek, waarin het bevel tot het opnemen van telecommunicatie is gegeven. Als bij het beluisteren van opgenomen gesprekken het vermoeden rijst of blijkt dat met een advocaat wordt gesproken, wordt een uitwerking van het opgenomen telefoongesprek aan de officier van justitie, die het betreffende opsporingsonderzoek leidt, voorgelegd. De officier van justitie beoordeelt of het gesprek mededelingen bevat, die onder het verschoningsrecht vallen. Is dit naar het oordeel van de officier van justitie het geval, dan beveelt de officier van justitie in zoverre de vernietiging van het opgenomen telefoongesprek.

Volgens de toelichting op de instructie kan ten aanzien van opgenomen gesprekken met een bepaalde advocaat een generiek bevel tot vernietiging worden gegeven, op grond waarvan met deze advocaat gevoerde communicatie terstond na ontdekking wordt vernietigd, zonder dat de inhoud van de communicatie eerst aan de officier van justitie wordt voorgelegd. De toelichting op de instructie geeft, bij wijze van voorbeeld, aan dat het kan gaan om gevallen van regelmatige interceptie van telefoongesprekken met een en dezelfde advocaat, welke telefoongesprekken enige malen onder het verschoningsrecht bleken te vallen. Van de mogelijkheid een dergelijk generiek bevel te geven wordt tot nu toe in de praktijk geen gebruik gemaakt.

Ten aanzien van de wijze van vernietigen.

Tussen verzoekers en het OM staat vast dat over de wijze waarop een bevel tot vernietiging dient te worden uitgevoerd onduidelijkheid heeft bestaan. Ook staat vast dat op verschillende manieren gewist kan worden en dat niet alle manieren effectief zijn, zoals in de Almelose zaak is gebleken. De instructie schrijft niet voor op welke wijze vernietiging dient plaats te vinden. In de toelichting bij de instructie wordt verwezen naar de toelichting bij het besluit, waar is gesteld dat het simpelweg wissen van de bestanden niet voldoende is, maar dat de gegevensdrager zo zal moeten worden bewerkt, dat van de te vernietigen gegevens geen kennis meer kan worden genomen.

Het Nederlands Forensisch Instituut (NFI) heeft in opdracht van het OM, nader onderzoek ingesteld. Een van de uitkomsten was, dat het ten aanzien van het Kislev

systeem met de inspanning van een academisch geschoolde wetenschappelijk onderzoeker en een onderzoeksmedewerker met HBO-opleiding, met vier respectievelijk één jaar ervaring, in een tijdsbestek van 56 uur mogelijk was verwijderde gesprekken terug te halen.

5 Beoordeling

Het belang en de omvang van het verschoningsrecht

Het CBP stelt voorop dat, naar algemeen is aanvaard, het verschoningsrecht van de advocaat en andere rechtshulpverleners in strafzaken van fundamentele waarde is. Dit wordt door zowel verzoekers als het OM onderschreven en is ook door de Minister van Justitie ter gelegenheid van de totstandkoming van de nieuwe wettelijke regeling voor de interceptie van telecommunicatie onderschreven.

Het verschoningsrecht van de advocaat dient het belang van de burger die jegens een advocaat aanspraak kan maken op geheimhouding van hetgeen die burger een advocaat in zijn hoedanigheid toevertrouwt. Het verschoningsrecht van de advocaat is in een democratische samenleving tevens een waarborg voor een zorgvuldig en eerlijk strafproces. Dit belang verzet zich niet alleen tegen openbaarmaking van wat onder het verschoningsrecht valt, maar verzet zich ook tegen het bestaan van gerechtvaardigde vrees bij burgers dat wat zij een advocaat in diens hoedanigheid medelen openbaar wordt gemaakt.

In het licht hiervan stelt artikel 218 Sv het belang dat het verschoningsrecht dient boven het belang van de waarheidsvinding in strafzaken. Ook bij andere opsporingsbevoegdheden, zoals inbeslagname en doorzoeking, prevaleert het belang van het verschoningsrecht boven het belang van de waarheidsvinding. Het verschoningsrecht biedt niet alleen bescherming tegen het gebruik als bewijs in strafzaken van mededelingen die onder het verschoningsrecht vallen. Het verschoningsrecht biedt ook bescherming tegen ander gebruik in het strafproces van mededelingen die onder het verschoningsrecht vallen.

Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel, dat heeft geleid tot de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, waarbij artikel 126aa, tweede lid, Sv is ingevoerd, is door de Minister van Justitie opgemerkt (Kamerstukken II 1997-1998, 25 403, nr. 7, pp. 76-77): *“Naar mijn mening moeten het belang en de reikwijdte van de voorziening van artikel 126aa, tweede lid, Sv niet worden onderschat. Het artikellid verplicht ertoe, processen-verbaal en andere voorwerpen te vernietigen, voor zover zij mededelingen behelzen door of aan een persoon gedaan, die zich op grond van artikel 218 Sv zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd. Dat betekent dat indien een advocaat, al dan niet betrokken bij georganiseerde criminaliteit, met anderen gesprekken heeft die onder de geheimhoudingsplicht vallen, deze gesprekken niet in het procesdossier mogen terechtkomen. Deze omstandigheid werpt bovendien zijn schaduw vooruit. Dat deze gegevens niet in het procesdossier terecht mogen komen, impliceert dat het op de hoogte raken met deze gegevens ook niet de grondslag voor het toepassen van een bijzondere opsporingsmethode mag zijn. Uit artikel 126aa lid 2 Sv volgt immers dat deze gegevens in het strafproces geen rol mogen spelen. Daaruit volgt, dat advocaten zelden met bijzondere*

opsporingsbevoegdheden als het opnemen van telecommunicatie en het opnemen van vertrouwelijke communicatie in aanraking zullen komen. Bij die bevoegdheden gaat het immers om de inhoud van de communicatie. Als het contact tussen de advocaat en de verdachte of de onderzochte criminele organisatie strikt professioneel is, en de communicatie onder het verschoningsrecht valt, is er geen reden om de advocaat af te luisteren. Die reden kan er eerst zijn, als te verwachten valt dat er voldoende voor het strafrechtelijk onderzoek relevante communicatie plaatsvindt. Gewoonlijk zal het dan gaan om een advocaat die zelf verdachte is."

De omvang van het verschoningsrecht van de advocaat is beperkt tot mededelingen die door en aan een advocaat worden gedaan in diens hoedanigheid. Het beroep op het verschoningsrecht kan alleen door de advocaat worden gedaan en niet door een ander, zoals diens cliënt. Slechts indien er geen redelijke twijfel over kan bestaan dat een mededeling niet onder het verschoningsrecht valt, komt een beroep op het verschoningsrecht de advocaat in beginsel niet toe. Bovendien kunnen zeer uitzonderlijke omstandigheden rechtvaardigen dat mededelingen van en aan een advocaat in diens hoedanigheid openbaar gemaakt worden.

In reactie op de voorlopige bevindingen van het CBP heeft de Minister van Justitie zijn standpunt, dat de officier van justitie kennis dient te nemen van de inhoud van opgenomen telecommunicatie, nader onderbouwd met een beroep op de parlementaire geschiedenis van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden en het systeem van die wet. Dit betoog miskent evenwel het ook in de rechtspraak verankerde uitgangspunt dat de verschoningsgerechtigde het beroep op het verschoningsrecht toekomt en dat het de verschoningsgerechtigde is die in beginsel dient te beoordelen of hem een beroep op het verschoningsrecht in een concrete situatie toekomt. Dit uitgangspunt gaat slechts in uitzonderingsgevallen, zoals de situatie waarin de advocaat verdachte is, niet op.

Dit volgt onder meer uit HR 30 november 1999, NJ 2002, 438 en HR 12 februari 2002, NJ 2002, 439. Weliswaar hebben deze uitspraken betrekking op het geval dat huiszoeking wordt gedaan bij een advocaat, maar uit het belang van het respecteren van het beroepsgeheim volgt dat dit een vergaande bescherming verdient tegen alle mogelijke inbreuken. Niet te verdedigen is dat dit principieel bij huiszoeking anders ligt dan bij het onderscheppen van vertrouwelijke communicatie. Het is derhalve in beginsel aan de advocaat te beoordelen of een beroep op het verschoningsrecht hem toekomt. Uit de hiervoor vermelde parlementaire geschiedenis van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden blijkt juist dat de wetgever niet heeft beoogd hierin wijziging te brengen. Tot deze conclusie komt ook P.A.M. Mevis (DD 2003, p. 302).

De feitelijke situatie bij het opnemen van telefoongesprekken brengt mee dat de advocaat van dit opnemen geen kennis zal dragen. Hiervoor is aandacht gevraagd bij de totstandkoming van het Besluit. In de Nota van Toelichting (Staatsblad 1999, 548, p. 5) is hierover het volgende opgemerkt: *"Voorts heeft de NOvA aangegeven te willen vasthouden aan het beginsel dat de geheimhouder zelf bepaalt welke mededelingen vallen onder zijn verschoningsrecht. Bij de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden zal dit echter niet mogelijk zijn. De toepassing hiervan geschiedt namelijk zonder dat dit voor de betrokkene jegens wie de bevoegdheid wordt toegepast direct kenbaar is."*

Gegeven het door alle betrokkenen onderschreven grote belang van het respecteren van de vertrouwelijke communicatie, is het de vraag of de huidige wijze van opnemen, registratie en verdere verwerking van telecommunicatie met advocaten en andere rechtshulpverleners en de voorgeschreven wijze van vernietiging hiermee in overeenstemming zijn.

Ten aanzien van de wijze waarop vastgesteld wordt welke opgenomen telecommunicatie op grond van artikel 126aa, tweede lid, Sv dient te worden vernietigd.

Uit met name de wetsgeschiedenis leidt het CBP af dat artikel 126aa, tweede lid, Sv geen grondslag biedt voor stelselmatige kennisneming van communicatie tussen een advocaat en een burger door opsporingsambtenaren en officieren van justitie, zonder dat van bijzondere omstandigheden sprake is.

Uit het onderzoek is evenwel 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 worden uitgewerkt en aan de zaakofficier van justitie ter kennis worden gebracht. Deze werkwijze is in de instructie vastgelegd.

Deze werkwijze is in strijd met het uitgangspunt van artikel 126aa, tweede lid, Sv dat bij het opnemen van gesprekken het verschoningsrecht van de advocaat wordt gerespecteerd. Artikel 4 van het op dit artikel gebaseerde Besluit verplicht de opsporingsambtenaren tot het onverwijld in kennis stellen van de officier van justitie van het gegeven dat mededelingen zijn opgenomen die mogelijk onder het verschoningsrecht van de advocaat (of andere beroepsgeheimhouders) vallen. Dit impliceert geenszins een verplichting tot het uitwerken van de inhoud van de communicatie. Het onderdeel van de instructie dat opdracht geeft tot deze uitwerking is dan ook in strijd met de onmiskenbare strekking van artikel 126aa, tweede lid, Sv. Het voornoemde artikel van het Besluit verplicht slechts tot het melden van het gegeven dat een gesprek heeft plaatsgehad dat onder de reikwijdte van het verschoningsrecht van de advocaat zou kunnen vallen.

Dit oordeel heeft gevolgen voor de rechtmatigheid van de registratie van de inhoud van deze telefoongesprekken. Hierbij dienen verschillende fasen te worden onderscheiden. Het - op de in onderdeel 4 beschreven wijze - opslaan van de gespreksgegevens is doorgaans onvermijdelijk te achten. De rechtmatigheid van de verwerking komt wel in het geding bij het stelselmatig beluisteren en uitwerken van de inhoud van gesprekken die onder het verschoningsrecht van de advocaat kunnen vallen. Deze uitwerking leidt tot registratie van de inhoud van de gesprekken in de politieregisters. Artikel 4 Wpolr vereist dat deze vastlegging noodzakelijk is voor de goede taakuitoefening en dat het gaat om gegevens die rechtmatig zijn verkregen. Nu de hiervoor omschreven uitwerking van de gesprekken met advocaten onrechtmatig is, geldt dit ook voor de vastlegging hiervan in de politieregisters.

Tot dezelfde conclusie komt het CBP ten aanzien van de stelselmatige verwerking van de inhoud van de gesprekken in de registraties van het OM, waarop de WBP van toepassing is. Artikel 6 WBP schrijft voor dat de persoonsgegevens in overeenstemming met de wet en op behoorlijke en zorgvuldige wijze worden verwerkt. De hiervoor in aanmerking komende grondslagen onder artikel 8, onder c en onder e, WBP stellen ook de eis dat de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk

is voor respectievelijk de nakoming van een wettelijke verplichting dan wel de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak. Artikel 13 WBP legt het OM op waarborgen te treffen tegen onrechtmatige verwerkingen. De registratie van de stelselmatig uitgewerkte gesprekken met advocaten komt hiermee dus in strijd.

Ten aanzien van de gevolgen van het onrechtmatigheidsoordeel.

Dit oordeel plaatst het CBP voor de vraag of de huidige regelgeving onvoldoende recht doet aan het respecteren van deze vorm van vertrouwelijke communicatie.

Het CBP verstaat artikel 4 van het Besluit aldus dat het opnemen en registreren van communicatie die als vertrouwelijk in de relatie advocaat/rechtshulpverlener en cliënt moet worden aangemerkt, slechts geschiedt met de grootst mogelijke terughoudendheid. Slechts een dergelijke interpretatie verdraagt zich met de bovenliggende norm omtrent de noodzaak van het respecteren van deze vertrouwelijke communicatie. Artikel 4 van het Besluit biedt derhalve slechts een grondslag voor de officier van justitie kennis te nemen van opgenomen telecommunicatie met een persoon die vermoedelijk of zeker een geheimhouder als bedoeld in artikel 126aa, tweede lid Sv, is, indien en voor zover het niet mogelijk is op andere wijze aan diens dominante belang recht te doen. Mocht deze interpretatie niet juist zijn, dan doet zich de vraag voor of artikel 4 van het Besluit op dit onderdeel in overeenstemming is met de in wet en verdrag erkende bijzondere positie van beroepsgeheimhouders.

Vooralsnog trekt het CBP deze conclusie evenwel niet en spant het zich in voor het realiseren van het op een normconforme werkwijze opnemen en registreren van gesprekken met advocaten en andere rechtshulpverleners. Het spreekt voor zich dat bij een dergelijke uitleg de instructie met deze terughoudende werkwijze in overeenstemming dient te zijn.

Ruimte voor deze opstelling wordt het CBP geboden door de reactie van het OM in het kader van dit onderzoek. Ook het OM richt zich op een dergelijke aanpak, waar het een nuancering van de instructie en aanpassing van de praktijk heeft aangekondigd. Deze wijziging brengt mee, dat kennisneming, behoudens bijzondere omstandigheden, beperkt blijft tot een eerste telefoongesprek. Naar het oordeel van het CBP doet ook deze werkwijze nog onvoldoende recht aan het respecteren van de vertrouwelijke communicatie. Ook dan geldt nog dat kennisneming van de communicatie door een opsporingsambtenaar en de officier van justitie, belast met, respectievelijk leidend aan, het opsporingsonderzoek, uitgangspunt blijft, alvorens de vertrouwelijkheid van de communicatie wordt gerespecteerd.

Het CBP komt, in het licht van het voorgaande, tot het oordeel dat in het algemeen de vertrouwelijkheid van de communicatie dient te worden gerespecteerd vanaf het moment waarop redelijkerwijs kenbaar is geworden dat de advocaat of rechtshulpverlener als zodanig aan de communicatie deelneemt. Zodra bij de interceptie van telecommunicatie duidelijk is dat een beroepsgeheimhouder als zodanig hieraan deelneemt, dient verdere opname en registratie daarvan te worden gestaakt en dient de al opgenomen communicatie zo spoedig mogelijk te worden vernietigd. Dit geldt niet voor het door de wetgever

beoogde geval, dat de advocaat (mede)verdachte is, het geval dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen waarin het belang van de waarheidsvinding prevaleert, of het geval waarin er geen twijfel kan bestaan dat de volgende communicatie niet onder het verschoningsrecht valt. In die uitzonderingsgevallen dient de verdere verwerking van opgenomen communicatie met maximale waarborgen te worden omkleed, teneinde de inbreuk op het belang dat het verschoningsrecht dient te minimaliseren.

Het CBP is van oordeel dat het op de weg van de advocaat en andere rechtshulpverleners ligt maatregelen te treffen voor het scheppen van de vereiste duidelijkheid omtrent hun hoedanigheid bij deelname aan telecommunicatie. Hiertoe kan de advocaat bij de aanvang van telecommunicatie ondubbelzinnig duidelijk maken dat hij in zijn hoedanigheid van advocaat aan de telecommunicatie deelneemt, indien het om vertrouwelijke communicatie met zijn cliënt gaat.

Naast de mogelijkheden dat de advocaat of andere rechtshulpverlener bij de aanvang van de communicatie zich als zodanig kenbaar maakt en nuancering van de instructie als door het OM aangeboden, zijn tijdens het onderzoek andere mogelijkheden aan de orde gekomen teneinde het belang van het respecteren van de vertrouwelijke communicatie bij de interceptie van telecommunicatie voldoende te waarborgen.

Het meest vergaand is de invoering van nummerherkenning in het tapsysteem. Verzoekers hebben hun standpunt dat nummerherkenning door het tapsysteem technisch goed realiseerbaar is onderbouwd met rapportages. Het OM heeft hiertegen twee bezwaren aangevoerd. Allereerst de zware belasting die nummerherkenning voor de telecomprovider zou meebrengen. Het CBP stelt voorop dat een zekere mate van inspanning zonder meer gevegd kan worden gelet op het grote in het geding zijnde belang van de vertrouwelijke communicatie. Overigens wordt dit bezwaar door verzoekers ontkend. Zij stellen gemotiveerd dat nummerherkenning door de tapsystemen van de politie technisch goed realiseerbaar is. Het OM heeft zijn bezwaar daarentegen niet nader onderbouwd. Het CBP gaat er, mede gebaseerd op de eigen technologische kennis, dan ook vanuit dat een dergelijke voorziening technisch goed te realiseren is.

Het tweede bezwaar betreft de reikwijdte van het verschoningsrecht. Het OM heeft gesteld dat kennisneming door de officier van justitie vereist is om te kunnen bepalen wat onder het verschoningsrecht valt. Dit standpunt is naar het oordeel van het CBP onjuist. Het CBP verwijst naar hetgeen het hiervoor, in het bijzonder ten aanzien van artikel 4 van het Besluit, heeft overwogen. Het is in beginsel de advocaat die bepaalt wat onder het verschoningsrecht valt.

In reactie op de voorlopige bevindingen van het CBP heeft de Minister van Justitie gewezen op de praktische bezwaren, die bij gelegenheid van de hoorzitting door de vertegenwoordigers van justitie zijn aangevoerd. De Minister van Justitie doelt hiermee kennelijk op het aangevoerde, maar niet nader onderbouwde risico van de mogelijkheid van misbruik buiten medeweten van de advocatuur. Uiteraard dient een systeem van nummerherkenning passende waarborgen te bieden om misbruik tegen te gaan. Dat het onmogelijk is dergelijke passende waarborgen te bieden is niet gebleken. De Minister van Justitie heeft zijn standpunt terzake onvoldoende onderbouwd.

Een systeem van nummerherkenning vereist wel dat advocaten garanderen dat van te selecteren nummers uitsluitend gebruik wordt gemaakt voor het voeren van gesprekken die onder het verschoningsrecht vallen. Verzoekers hebben toegezegd deze garantie te kunnen en willen geven. In de regeling omtrent geprivilegieerde post tussen advocaat en cliënt, wanneer deze laatste zich in een huis van bewaring, gevangenis of andere penitentiaire inrichting bevindt, is bovendien een soortgelijke oplossing gekozen. Bij de schriftelijke reactie van verzoekers heeft de Nederlandse Orde van Advocaten zich bereid verklaard tot het voeren van een registratie van telefoonnummers van advocaten en tot het voeren van nader overleg daartoe met het OM.

Op grond hiervan is het CBP van oordeel dat het mogelijk is herkenbare advocatengesprekken onmiddellijk na interceptie te vernietigen, zonder van de inhoud van de gesprekken kennis te nemen.

Bij niet als zodanig herkenbare of aangemerkte gesprekken kan kennisneming vervolgens beperkt blijven tot één eerste telefoongesprek, zoals het OM heeft aangegeven. Volgende gesprekken die worden opgenomen worden uitsluitend beluisterd en aan de officier van justitie ter beoordeling voorgelegd, indien er aanwijzingen zijn dat die gesprekken niet onder het verschoningsrecht vallen. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn op grond van de inhoud van het eerste opgenomen telefoongesprek of andere informatie uit het opsporingsonderzoek. Bij twijfel over de vraag of communicatie onder het verschoningsrecht valt is te overwegen het oordeel van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep in te winnen. Het CBP ziet in dit verband geen relevant onderscheid tussen de situatie dat een geheimhouder als verdachte is aangemerkt en de situatie dat een geheimhouder niet als verdachte is aangemerkt.

Bij gelegenheid van de hoorzitting is ook de mogelijkheid van functiescheiding besproken. Deze functiescheiding kan vorm krijgen zowel bij het uitluisteren en uitwerken van opgenomen telefoongesprekken, als bij de beslissing of opgenomen en uitgewerkte gesprekken dienen te worden vernietigd. Hier kunnen ten aanzien van gesprekken met geheimhouders een niet aan het onderzoeksteam verbonden opsporingsambtenaar en officier van justitie worden ingeschakeld. Een vergelijking met de vormgeving van het gezag over de criminele inlichtingen eenheden dringt zich op. Ook hier is een aparte afdeling van de politie belast met het invoeren en beoordelen van informatie en is met het gezag hierover een andere dan de zaakofficier van justitie belast. In vergelijking met nummerherkenning komt functiescheiding minder tegemoet aan het verschoningsrecht, omdat de inhoud van de gesprekken wel wordt geopenbaard. In aanvulling op de selectieve werking van nummerherkenning kan dan juist functiescheiding een waarborg zijn.

Ten aanzien van de wijze van vernietigen
Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het in de bedoeling van de wetgever heeft gelegen dat van de te vernietigen gegevens in het strafproces geen gebruik gemaakt kan worden.

In artikel 5 van het Besluit is met vernietiging van een gegevensdrager gelijkgesteld het op zodanige wijze bewerken daarvan dat de gegevens, die voor de bewerking daaraan konden worden ontleend, niet meer kenbaar zijn. In de toelichting is daarbij opgemerkt (Staatsblad 1999, 548, pp. 9-10): *“dat het simpelweg wissen van bestanden op een diskette niet voldoende is. Met betrekkelijk eenvoudige programmatuur zijn de oorspronkelijk opgeslagen gegevens dan weer te achterhalen. Men zal de diskette bijvoorbeeld opnieuw moeten formatteren.”*

Het CBP is van oordeel dat vernietiging in de zin van artikel 126aa, tweede lid, Sv inhoudt dat geen kennis meer kan worden genomen van de te vernietigen gegevens, meer in het bijzonder in het kader van het strafproces.

Aan artikel 13 WBP is te ontleen dat bij het treffen van passende maatregelen ter beveiliging rekening dient te worden gehouden met de stand van de techniek en de kosten van tenuitvoerlegging en gelet dient te worden op de risico's die de verwerking en de aard van de te beschermen gegevens meebrengen.

Tussen verzoekers en het OM staat niet ter discussie dat onvoldoende duidelijk is geweest hoe een bevel tot vernietiging dient te worden uitgevoerd. In de Almelse strafzaak bleek het mogelijk, zonder manipulatie of ander ingrijpen in de werking van het tapsysteem, gesprekken op te roepen en te beluisteren, ten aanzien van welke gesprekken een proces-verbaal van vernietiging was opgemaakt.

Naar het oordeel van het CBP staat vast dat tot het moment van inwerkingtreding van de instructie ontoereikend werd voldaan aan de vernietigingsplicht van artikel 126aa, tweede lid, Sv in de praktijk van het opnemen van telecommunicatie.

De instructie is uitgevaardigd teneinde te verzekeren dat aan de vernietigingsplicht wordt voldaan door middel van een stapsgewijze procedurebeschrijving. De instructie bevat evenwel geen beschrijving van de wijze waarop aan een bevel tot vernietiging uitvoering gegeven dient te worden en evenmin tot welk resultaat vernietiging dient te leiden. De enkele inwerkingtreding en naleving van de instructie met ingang van 1 april 2002 zullen naar verwachting van het CBP dan ook geen einde hebben gemaakt aan de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens die zijn verkregen door het opnemen van communicatie met geheimhouders.

Het CBP heeft het OM gevraagd na te gaan op welke wijze de tapkamers omgaan met de instructie. Bij brief van 15 oktober 2002 heeft de Minister van Justitie hierover informatie aan het CBP verstrekt. Uit de wijze waarop een bevel tot vernietiging na de inwerkingtreding van de instructie wordt uitgevoerd is onvoldoende duidelijk geworden dat de werkwijze in de tapkamers dusdanig is gewijzigd, dat de vernietigingsplicht van artikel 126aa, tweede lid, Sv inmiddels wordt nageleefd. Dit, terwijl uit de Nota van Toelichting bij het Besluit (Staatsblad 1999, 548, p. 11) volgt dat een proces-verbaal van vernietiging duidelijkheid dient te verschaffen over de wijze waarop de vernietiging heeft plaatsgevonden. Bovendien is uit het onderzoek van het NFI gebleken dat verwijderde gesprekken met betrekkelijk eenvoudige middelen zijn terug te halen.

Het CBP is van oordeel dat de in de praktijk gehanteerde methode van verwijdering van gesprekken van geheimhouders niet in overeenstemming is met artikel 126aa, tweede lid, Sv en derhalve onrechtmatig is. De bestaande instructie schiet tekort. De daarin gestelde norm dient voldoende specifiek te zijn om technische uitvoering van de vernietigingsplicht op te baseren. De technische uitvoering kan worden overgelaten aan de korpsbeheerders, die verantwoordelijk zijn voor de feitelijke vernietiging. Dat neemt niet weg dat het openbaar ministerie in individuele strafzaken verantwoordelijk is voor de naleving van de vernietigingsplicht van artikel 126aa, tweede lid, Sv.

Ten aanzien van het verzoek tot een onderzoek naar de naleving van de vernietigingsplicht vanaf de ingebruikname van digitale tapsystemen.

Het CBP wijst het verzoek tot het instellen van een onderzoek naar de naleving van de vernietigingsplicht vanaf de ingebruikname van digitale tapsystemen in 1994 af. Het onderhavige onderzoek heeft zich reeds deels op de naleving van de vernietigingsplicht tot 1 april 2002 gericht. Op grond van dit onderzoek doet het CBP ook uitspraak. Het onderzoek heeft betrekking gehad op de huidige praktijk met betrekking tot de wijze van het opnemen van gesprekken met geheimhouders en de instructie “vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders” van 12 maart 2002. Voorts hebben verzoekers geen voldoende geïndividualiseerde gesprekken aangeduid waarop het verzochte onderzoek zich zou dienen te richten. Van verzoekers mag bovendien verwacht worden dat zij in individuele gevallen eerst zelf de hun ten dienste staande middelen aanwenden om opgenomen mededelingen te laten vernietigen, door zich tot de daarvoor verantwoordelijken te wenden. Daar komt bij dat niet het OM op grond van artikel 125h (oud) Sv ten aanzien van de vernietiging als verantwoordelijke is aan te merken, maar de rechter-commissaris.

6 Conclusie

Met betrekking tot de huidige werkwijze ten aanzien van het opnemen en registreren van vertrouwelijke telecommunicatie met een advocaat of andere rechtshulpverlener komt het CBP tot het oordeel dat deze onrechtmatig is. Uit de recente wetsgeschiedenis volgt in lijn met de rechtspraak hieromtrent dat het belang van het beschermen van deze vertrouwelijke communicatie prevaleert boven het belang van de waarheidsvinding in strafzaken, ook waar het de uitoefening van bijzondere opsporingsbevoegdheden betreft. Hiermee in strijd is het stelselmatig opnemen, registreren en kennismaken van deze vertrouwelijke communicatie door de politie en het OM. Dit leidt ook tot strijd met het bepaalde in artikel 4 Wpolr en de artikelen 6, 8 en 13 WBP.

Het CBP verstaat artikel 4 van het Besluit aldus dat het opnemen en registreren van communicatie die als vertrouwelijk in de relatie advocaat/rechtshulpverlener en cliënt moet worden aangemerkt, slechts geschiedt met de grootst mogelijke terughoudendheid. Slechts een dergelijke interpretatie verdraagt zich met de bovenliggende norm omtrent de noodzaak van het respecteren van deze vertrouwelijke communicatie. Artikel 4 van het Besluit biedt derhalve slechts een grondslag voor de officier van justitie kennis te nemen van opgenomen telecommunicatie met een persoon die vermoedelijk of zeker een geheimhouder als

bedoeld in artikel 126aa, tweede lid Sv, is, indien en voor zover het niet mogelijk is op andere wijze recht te doen aan het respecteren van de vertrouwelijkheid hiervan.

Mocht deze interpretatie niet juist zijn, dan doet zich de vraag voor of artikel 4 van het Besluit op dit onderdeel in overeenstemming is met de bij wet en verdrag erkende bijzondere positie van beroepsgeheimhouders. Vooralsnog trekt het CBP deze conclusie evenwel niet en richt het zich op het bevorderen van een normconforme werkwijze bij het opnemen en registreren van gesprekken met advocaten en andere rechtshulpverleners. Het OM dient de instructie met deze terughoudende werkwijze in overeenstemming te brengen.

Met betrekking tot de vernietigingsplicht is het CBP van oordeel dat in voorkomende gevallen artikel 126aa, tweede lid, Sv niet wordt nageleefd. Het OM dient hem ten dienste staande maatregelen te treffen teneinde zoveel mogelijk te verzekeren dat na vernietiging van gegevens op grond van artikel 126aa, tweede lid, Sv, in het kader van het strafproces niet met betrekkelijk eenvoudige middelen kennis kan worden genomen van de vernietigde gegevens.

7. Aanbevelingen

Het voorgaande bevat het oordeel van het CBP. In het verlengde daarvan doet het CBP de volgende aanbevelingen. Het CBP houdt zich beschikbaar om ten aanzien van de opvolging van deze aanbevelingen te adviseren. Het CBP zal na verloop van zes maanden zich laten informeren over de opvolging van de aanbevelingen.

1. De advocatuur en andere rechtshulpverleners dragen zorg voor het scheppen van duidelijkheid omtrent hun hoedanigheid bij deelname aan telecommunicatie. Hiertoe kan de advocaat bij de aanvang van telecommunicatie ondubbelzinnig duidelijk maken dat hij in zijn hoedanigheid van advocaat aan de telecommunicatie deelneemt, indien het om vertrouwelijke communicatie met zijn cliënt gaat.

2. Het OM gaat over tot het voorschrijven van een systeem van nummerherkenning ter selectie van gesprekken waaraan advocaten uitsluitend in hun hoedanigheid van advocaat deelnemen. Bij niet herkende nummers hoeft alleen een eerste gesprek te worden beluisterd. Functiescheiding, zoals ten aanzien van het gezag over de CIE, bij de beluistering en beoordeling van gesprekken kan onder deze omstandigheden een laatste waarborg bieden.

3. Het OM geeft invulling aan de norm, dat van vernietigde gesprekken geen kennis meer kan worden genomen, specifiek in het kader van het strafproces, door in de instructie een voldoende specifieke norm op te nemen om de feitelijke uitvoering van de vernietigingsplicht met betrekking tot de verschillende tapsystemen op te baseren.

4. Het OM vult zijn verantwoordelijkheid voor de naleving van de vernietigingsplicht in individuele strafzaken in door te komen tot nadere afspraken met de korpsbeheerders die verantwoordelijk zijn voor de feitelijke uitvoering van de vernietigingsplicht. Het OM vergewist zich ervan dat er adequaat uitvoering wordt

gegeven aan de vernietigingsplicht en laat zich daarover een half jaar na invoering van een nieuwe instructie rapporteren.