

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Ingediend per e-mail

Openbaar Ministerie
t.a.v. het Parket-Generaal

Den Haag, 9 februari 2023

dossiernummer: 203481

uw kenmerk: n.v.t.

telefoonnummer: +31 (0)6 53 38 24 65

e-mail: e.vanderbosch@advocatenorde.nl

Betreft: aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal

Geachte heer/mevrouw,

Op 27 januari 2023 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) gevraagd te adviseren over de 'aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal'. De NOvA heeft zijn adviescommissie strafrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mr. drs. W.M. van Tellingen
plaatsvervangend algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

Bezoekadres

Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres

Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

REACTIE

Aan:	algemene raad
Van:	adviescommissie strafrecht (ACS)
Datum:	9 februari 2023
Betreft:	aanwijzing omgang met verschoningsgerechtigd materiaal

Inleiding

In de 'aanwijzing omgang met verschoningsgerechtigd materiaal' heeft het OM de uitgangspunten opgenomen die het OM en de onder het gezag van het OM opererende opsporingsinstanties in acht nemen om het professionele verschoningsrecht te waarborgen.

In de eerder in het kader van het overleg tussen het OM en de NOvA, NVSA en NVJSA voorgelegde Conceptversie van deze Aanwijzing hanteerde het OM nog verschillende procedures bij de omgang met verschoningsgerechtigd materiaal, waarbij de wijze waarop het OM het betreffende materiaal heeft verkregen (door middel van een (doorzoeking ter) inbeslagneming (artikel 96c Sv) of door middel van bijzondere opsporingsbevoegdheden (genoemd in titels IVa t/m Vc Sv) leidend was voor de te volgen procedure. Dit onderscheid is vervallen in de Aanwijzing die nu ter consultatie voorligt. In alle gevallen dient de rechter-commissaris te oordelen over de toepasselijkheid van het verschoningsrecht, zo schrijft de Aanwijzing voor.

Dit laatste is zeker een verbetering. Ook de ACS meent immers dat het oordeel in alle gevallen aan de rechter(-commissaris) dient toe te komen. De ACS is dan ook blij te vernemen dat de Aanwijzing op dit punt is aangepast.

Tegelijkertijd stelt de ACS vast dat de Aanwijzing nog onvoldoende waarborgen bevat om "aan de poort" te voorkomen dat opsporingsambtenaren kennis kunnen nemen van verschoningsgerechtigd materiaal. Daarnaast zijn de definities "ontoegankelijk maken" en "vernietigen", alsmede de bepalingen omtrent de uitzonderingssituatie onvoldoende uitgewerkt. Voorts bevat de Aanwijzing geen bepalingen ten aanzien van de verbalisering van de omgang met (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal. De ACS is daarom van oordeel dat de Aanwijzing (ook) in haar gewijzigde vorm nog onvoldoende bescherming biedt aan het verschoningsrecht.

Onvoldoende waarborgen "aan de poort"

Uitgangspunt in ons strafproces is dat het OM en de opsporingsinstanties niet bevoegd zijn over geheimhouderinformatie te beschikken en/of van geheimhouderinformatie kennis te nemen, behalve wanneer de rechter-commissaris in streng genormeerde uitzonderingsgevallen anders beslist. Zie hierover onder meer de (Ontwerp-) Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering van 4 mei 2022, pagina 476.

Het voorgaande betekent dat het OM adequate maatregelen moet nemen om te voorkomen dat geheimhouderinformatie wordt verkregen door middel van de inzet van opsporingsbevoegdheden. De maatregelen die de Aanwijzing in dit verband bevat, biedt wat de ACS onvoldoende waarborgen tegen het verkrijgen van mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal. Enkel in situaties waarin voorafgaand aan de inbeslagneming of overname van informatie bekend is of redelijkerwijs kan worden vermoed dat zich in de informatie mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal bevindt, worden maatregelen genomen om dat materiaal niet mee te nemen. In gevallen waarin het OM niet

bekend is of wordt gemaakt met de aanwezigheid van mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal, biedt de Aanwijzing geen bescherming. In al die gevallen komt het OM over mogelijke verschoningsgerechtigd materiaal te beschikken, kunnen opsporingsambtenaren op die geheimhouderinformatie stuiten en vervolgens van die informatie kennisnemen.

De ACS stelt zich op het standpunt dat de Aanwijzing moet worden aangevuld met maatregelen waarmee, op vergelijkbare wijze als bij telefoongesprekken, “aan de poort” wordt voorkomen dat opsporingsambtenaren over geheimhouderinformatie zoals e-mailcommunicatie komen te beschikken. Advocaat-Generaal Spronken stelde in het NJB van 3 juni 2022 voor een systeem van e-mailherkenning te introduceren. Nu de Aanwijzing dergelijke maatregelen niet bevat, is in onvoldoende mate gewaarborgd dat geheimhouderinformatie wordt meegenomen.

Dit betekent dat de opsporingsinstanties in voorkomende situaties over verschoningsgerechtigd materiaal komen te beschikken, hetgeen in strijd is met het uitgangspunt dat OM en opsporingsinstanties niet over geheimhouderinformatie beschikken daarvan geen kennisnemen. Dit heeft als gevolg dat de verantwoordelijkheid voor de wijze waarop met (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal wordt omgegaan, in handen komt te liggen van de opsporingsambtenaar die op het materiaal stuit. Die wordt geacht het mogelijk verschoningsgerechtigde materiaal als zodanig te herkennen en het vervolgens niet te openen, niet te lezen en niet nader te onderzoeken. Dit is niet alleen in strijd met het eerdere genoemde uitgangspunt, de ACS meent ook dat dit een bovenmenselijke discipline vereist van de opsporingsambtenaar die als taak en verantwoordelijkheid heeft het opsporen van strafbare feiten. Het OM moet eenvoudigweg zoveel als mogelijk voorkomen dat mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal bij de opsporingsinstanties terecht komt en daartoe aanvullende maatregelen treffen.

Onvoldoende uitwerking procedure en begrippen

Nadere bepalingen ten aanzien van beoordeling opsporingsambtenaar

Wanneer we naar de te volgen procedure kijken, stelt de ACS vast dat de Aanwijzing niet voorschrijft hoe de opsporingsambtenaar die op mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal stuit, dient te handelen. Allereerst is niet duidelijk *wanneer* de opsporingsambtenaar aan de bel moet trekken teneinde verschoningsgerechtelijk materiaal toegankelijk te laten maken. Kan de opsporingsambtenaar nog een eigen afweging maken bij de vraag of materiaal onder het verschoningsrecht valt of niet? Kan hij bijvoorbeeld zelf oordelen dat een bijlage bij een e-mail van een geheimhouder géén verschoningsgerechtigd materiaal betreft en dat hij hier zodoende kennis van mag nemen? De ACS stelt zich op het standpunt dat de opsporingsambtenaar zelf geen enkele beoordelingsruimte toekomt. De Aanwijzing zou derhalve moeten voorschrijven dat de opsporingsambtenaar onverwijld melding maakt van het aantreffen van elke vorm van informatie die is toevertrouwd aan of afkomstig is van een geheimhouder of ten behoeve van die geheimhouder is opgesteld. Elke nadere beoordeling van die informatie dient aan de rechter-commissaris te worden overgelaten. Overigens zou de Aanwijzing ook moeten voorschrijven bij wie de opsporingsambtenaar melding moet maken van de aangetroffen informatie en dat dit schriftelijk moet geschieden.

Ontoegankelijk maken

De volgende stap in de procedure betreft het “ontoegankelijk maken” van (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal. De Aanwijzing werkt niet uit hoe dit “ontoegankelijk maken”

plaatsvindt. Wie maakt de (mogelijk) verschoningsgerechtigde informatie ontoegankelijk? Wat houdt ontoegankelijk maken nu precies in en op welke wijze gebeurt dit?

Filtering zonder kennisneming

De Aanwijzing vervolgt met een beschrijving van de werkzaamheden van de medewerker geheimhouder. Deze mag een filtering van mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal maken indien dat mogelijk is “zonder kennisneming”. Dit is een cruciale stap in het proces die niet wordt uitgewerkt of toegelicht. Op welke wijze wordt er gefilterd? Gebeurt dit door menselijke tussenkomst of gaat dit volledig geautomatiseerd, met gebruikmaking van een computerprogramma dat op zoektermen filtert? Indien het een volledig geautomatiseerd proces is, wordt de automatische selectie (output) dan zonder meer gevolgd of vindt nog een (steekproefsgewijze) controle van de resultaten plaats? Indien er nog menselijke tussenkomst plaatsvindt, hoe wordt dan concreet gewaarborgd dat geen kennis wordt genomen van het (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal? Ziet het OM een zogeheten “kop-staartbeoordeling” als filteren “zonder kennisname”?

Ook met het oog op de toekomst is een goed begrip van deze stap essentieel, aangezien de (Ontwerp-) Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering van 4 mei 2022 op pagina 492 voorschrijft dat de rechter-commissaris bij het filteren van (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal door opsporingsambtenaren mag worden ondersteund indien filteren zonder kennisname (technisch) mogelijk is.

Zonder exact te begrijpen op welke wijze de filtering plaatsvindt en hoe gewaarborgd wordt dat de medewerker geheimhouder geen kennis neemt van het (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal, kan de ACS dit onderdeel onvoldoende beoordelen en zou dat wel moeten kunnen doen voordat de Aanwijzing van kracht wordt.

Bovendien grijpt de ACS hier terug op haar opmerking dat het uitgangspunt moet zijn dat (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal zo veel mogelijk “aan de poort” wordt uitgefilterd zodat het niet in handen komt van de opsporingsambtenaren. Indien de medewerker geheimhouder materiaal (technisch) kan filteren zonder daarvan kennis te nemen, valt niet in te zien waarom dit niet mogelijk is alvorens het materiaal in beslag genomen of overgenomen wordt.

Vernietigen

Volgens de procedure wordt het uitgefilterde (mogelijke) verschoningsgerechtigd materiaal vervolgens op bevel van de officier van justitie “vernietigd”, tenzij het ter beoordeling aan de rechter-commissaris wordt overgelegd. Indien de rechter-commissaris oordeelt dat het verschoningsrecht van toepassing is, dient het materiaal alsnog te worden vernietigd. Allereerst dient aan de eerste volzin van onderdeel 3.6 het woord “onverwijld” te worden toegevoegd, zodat duidelijk is dat het vernietigen zo snel als mogelijk moet gebeuren. Wat betreft de wijze van “vernietigen” dient nog beleid te worden geformuleerd, zo blijkt uit het Memo waarmee de Aanwijzing aan de NOvA is toegezonden. Daarbij merkt het OM op dat de Hoge Raad in zijn beschikking van 20 september 2022 heeft geoordeeld dat “vernietigen” van verschoningsgerechtigd materiaal door “uitgrijzen” daarvan, is toegestaan. In het verlengde daarvan is in onderdeel 3.9 opgenomen dat aan het bevel vernietiging uitvoering kan worden gegeven “door bewerking van digitale voorziening waarmee gegevens raadpleegbaar zijn (het

zogenaamde 'uitgrijzen')". Die uitleg van het OM van het arrest van de Hoge Raad is wat de ACS betreft niet helemaal juist en onderdeel 3.9 van de Aanwijzing is te onbepaald. De strekking van voornoemde beschikking van de Hoge Raad is dat aan het vernietigen van verschoningsgerechtigd materiaal, al dan niet door uitgrijzen, eisen moeten worden gesteld. De vraag of sprake is van "vernietigen" zoals bedoeld in wet- en regelgeving, staat of valt derhalve met de wijze waarop dit gebeurt. Zonder kennisname van het nadere beleid ten aanzien van het "vernietigen" van geheimhouderinformatie kan de ACS niet over dit deel van de procedure adviseren. Voordat de Aanwijzing van kracht wordt dient heel precies duidelijk te zijn wat het OM onder "uitgrijzen" verstaat en hoe "uitgrijzen" zich verhoudt tot "vernietigen".

Met het oog op het nog te formuleren beleid, merkt de ACS nog het volgende op. Het dient voor alle partijen duidelijk te zijn dat er, als gevolg van de wijze waarop opsporingsinstanties omgaan met verschoningsgerechtigd materiaal, veelal verschillende locaties / gegevensdragers / bestanden zullen worden gecreëerd waar verschoningsgerechtigd materiaal staat opgeslagen. Zo bestaat er een originele kopie (image) van de beslagen of overgenomen informatie. Er bestaat een bestand waarin het opsporingsteam werkt en waarin op grond van de Aanwijzing (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal ontoegankelijk wordt gemaakt. Er bestaat voorts een bestand waaruit de medewerker geheimhouder (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal filtert. De ACS meent dat geregeld moet worden dat (i) de originele kopie (image) van de beslagen of overgenomen materiaal direct na de inbeslagname of overname van gegevens aan de rechter-commissaris ter beschikking wordt gesteld en dat (ii) het verschoningsgerechtigd materiaal, ofwel direct op bevel van de officier van justitie ofwel na het oordeel van de rechter-commissaris, op alle overige locaties / gegevensdragers / bestanden onverwijld wordt vernietigd.

Daarnaast geldt dat in beslag genomen of overgenomen informatie in praktijk ook wordt gedeeld met personen buiten het opsporingsteam in de betreffende strafzaak. Zo wordt informatie, al dan niet op basis van de Wjsg of Wpg, met derden gedeeld zoals bijvoorbeeld opsporingsambtenaren in andere strafrechtelijke onderzoeken, de TCI of andere medewerkers van andere inlichtingendiensten of toezichthouders. Ook deze derden mogen geen kennisnemen van verschoningsgerechtigd materiaal. De Aanwijzing beschrijft niet hoe voorkomen wordt dat mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal met derden wordt gedeeld en hoe het OM richting deze derden handelt indien, al dan niet na tussenkomst van de rechter-commissaris, wordt vastgesteld dat zich tussen de in beslag genomen of overgenomen (en dus met derden gedeelde) informatie verschoningsgerechtigde informatie bevindt die moet worden vernietigd. De Aanwijzing dient op dit punt te worden aangevuld.

Uitzonderingsbepaling

Onderdeel 3.10 van de Aanwijzing bepaalt dat de opsporingsambtenaar in geval van ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit of in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv, bij dringende noodzakelijkheid en indien de hier beschreven filtering niet kan worden afgewacht, onderzoek kan doen naar het inbeslaggenomen voorwerp of de vastgelegde gegevens. Opgemerkt wordt daarbij dat geen kennis mag worden genomen van verschoningsgerechtigd materiaal. De ACS heeft begrip voor het opnemen van een uitzonderingsbepaling maar acht, zoals deze bepaling nu is geformuleerd, het risico reëel dat deze uitzonderingssituatie al het bepaalde van deze Aanwijzing illusoir maakt doordat (te) gemakkelijk op de uitzonderingssituatie wordt teruggevallen. Van een uitzonderingssituatie kan alleen sprake zijn als deze zeer specifiek omschreven is en er voorts waarborgen worden ingebouwd ten aanzien van het verschoningsrecht. In dat verband merkt de ACS allereerst op dat niet precies omschreven

is wanneer sprake is van dringende noodzakelijkheid. Een nadere uitwerking op dit punt is van belang, aangezien in veel grote zaken, waaronder fraudezaken, al snel sprake zal zijn van misdrijven als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv. Daarnaast stelt de ACS vast dat de uitzonderingssituatie alleen van toepassing kan zijn in de situatie dat “filtering zonder kennisneming” niet mogelijk is, waardoor het onderzoek naar het materiaal waarin zich het verschoningsgerechtigd materiaal bevindt moet worden gestaakt en het materiaal naar de rechter-commissaris moet (de situatie beschreven onder 3.7). Alleen dan zou het onderzoek immers niet door kunnen gaan, in alle andere gevallen kan het onderzoek en het filteren tegelijkertijd plaatsvinden. De uitzonderingssituatie zou zich dus moeten beperken tot de situatie als omschreven in 3.7. Tegelijkertijd valt niet in te zien waarom in de uitzonderingssituatie de stap van het “ontoegankelijk maken” van mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal niet kan worden gezet. Kennelijk is bekend of bestaat er aanleiding om te vermoeden dat zich in het te onderzoeken materiaal verschoningsgerechtigd materiaal bevindt. Alleen dan doet zich immers een situatie voor waarin het materiaal gefilterd moet worden. De ACS meent dat óók wanneer het filteren door de rechter-commissaris niet kan worden afgewacht en het onderzoek om dringende redenen door moet, de mogelijke verschoningsgerechtigde informatie ontoegankelijk moet worden gemaakt voor de opsporingsinstanties. Er bestaat geen reden om deze stap over te slaan.

Verbaliseren van handelingen

De Aanwijzing bevat geen bepalingen ten aanzien van de vastlegging van de wijze waarop met het (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal is omgegaan. Zo is achteraf oncontroleerbaar wie, op welk moment, onder welke omstandigheden, gedurende welke periode toegang hebben gehad tot (mogelijk) verschoningsgerechtigde informatie en welke handelingen zij hebben verricht teneinde het verschoningsrecht te waarborgen. Zeker in het geval dat geheimhouderinformatie door middel van een bijzondere opsporingsbevoegdheid is verkregen, waarvan de verdachte en de geheimhouder in de regel geruime tijd niet op de hoogte zijn, is het van belang dat achteraf kan worden nagegaan op welk moment de opsporingsambtenaar op (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal is gestuit en of respectievelijk op welk moment die informatie vervolgens is vernietigd dan wel in handen is gesteld van de RC en ontoegankelijk is gemaakt.

Uit de beschikking van 20 september 2022 (ECLI:NL:HR:2022:1257) volgt dat de Hoge Raad ook eist dat de omgang met geheimhouderinformatie controleerbaar is. De Hoge Raad casseerde de bestreden uitspraak omdat de rechtbank niet had vastgesteld op welke wijze is gewaarborgd dat personen die bij het opsporingsonderzoek zijn betrokken op geen enkele wijze toegang kunnen krijgen tot de (in casu) ‘uitgegreide’ gegevens. Teneinde aan de eisen van de Hoge Raad tegemoet te komen, dient de Aanwijzing te worden aangevuld met bepalingen omtrent het deugdelijk verbaliseren van handelingen betreffende (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal.

Tot slot: vordering ex artikel 181 Sv

Zowel de Aanwijzing als het begeleidend memo waarmee de Aanwijzing aan de NOvA is toegezonden, vermeldt dat het OM de rechter-commissaris door middel van een vordering ex art. 181 Sv betreft om een oordeel te vormen over de toepasselijkheid van het verschoningsrecht, zodat het OM de mogelijkheid heeft om op te komen tegen beslissingen van de rechter-commissaris

De ACS merkt op dat het doen van vordering ex art. 181 Sv onnodig (c.q. overbodig) is. Het OM kan immers de (mogelijk) verschoningsgerechtigde informatie 'gewoon' in handen van de rechter-commissaris stellen, zodat deze zijn bevoegdheid ex art. 98 Sv kan uitoefenen.

Door de route van art. 181 Sv te volgen, creëert het OM een appelinstantie voor zichzelf die het op basis van art. 98 Sv niet heeft. Immers kent de wet het OM tegen de beslissing van rechter-commissaris ex art. 98 Sv geen beroepsmogelijkheid toe: alleen de verschoningsgerechtigde heeft de mogelijkheid die beslissing bij de raadkamer aan te vechten, door indiening van een klaagschrift. Vanuit een oogpunt van rechtsbescherming heeft de ACS geen bezwaar tegen een extra rechterlijke toets. Desalniettemin zou het goed zijn duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of het creëren van een appelinstantie de enige reden is om de RC door middel van een vordering ex art. 181 Sv te betrekken, of dat hieraan nog anderen gedachten ten grondslag liggen.