

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

**Ingediend per e-mail**

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

Den Haag, 20 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 strafvorderlijk optreden tegen advocaten**

Geachte heer/mevrouw,

Op 27 januari 2023 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) gevraagd te adviseren over de 'aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen advocaten'. 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](http://www.advocatenorde.nl)

## REACTIE

Aan:	algemene raad
Van:	adviescommissie strafrecht (ACS)
Datum:	16 februari 2023
Betreft:	<b>aanwijzing strafvorderlijk optreden advocaten</b>

### Inleiding

De 'aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen advocaten' (de 'aanwijzing') vervangt het huidige beleid van het OM dat ziet op inzet van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten ('aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten')

Ten opzichte van het huidige beleid bevat de consultatieversie van de nieuwe aanwijzing minder waarborgen en wordt ten onrechte de primaire rol van de rechter-commissaris onbelicht gelaten.

Ook is in algemene zin sprake van een systeem dat niet aansluit op de hoge eisen die onder meer door het Mensenrechtenhof in Straatsburg worden gesteld aan de uitzonderlijke situatie dat tegen een advocaat strafvorderlijk wordt opgetreden. Vooral is daarbij in de Aanwijzing onvoldoende oog voor het verschoningsrecht.

Bij dit alles moet worden bedacht dat het inzetten van dwangmiddelen tegen advocaten van zeer uitzonderlijke aard is, en moet blijven. Advocaten vervullen een hoeksteenfunctie in de rechtsstaat. Burgers moeten op hun inzet en de vertrouwelijkheid van het overleg dat zij met advocaten hebben kunnen rekenen. Inbreuken daarop hebben uit hun aard een ondermijnend effect op het vertrouwen in de rechtsstaat en moeten – alleen al – daarom tot het absolute minimum beperkt blijven.

### Gebrek aan waarborgen en miskennen rol rechter-commissaris

De aanwijzing onderkent op zichzelf voornoemde rol van de advocaat en het uitzonderlijke karakter van het inzetten van dwangmiddelen tegen een advocaat.

De aanwijzing bevat echter niet voldoende waarborgen om onjuist of het ten onrechte inzetten van dwangmiddelen tegen een advocaat te voorkomen.

In dat verband valt allereerst op dat de eerdere aanwijzing meer aandacht besteedde aan de geboden zorgvuldigheid waarmee het onderwerp behandeld dient te worden.

Zo komt de volgende tekst uit de eerdere aanwijzing – naar lijkt ten onrechte – niet terug in de aanwijzing:

*“De toepassing van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten vergt een hoge mate van zorgvuldigheid. Daar komt bij dat door de vele in acht te nemen waarborgen het denkbaar is dat de aangewende opsporingsbevoegdheden minder resultaat opleveren dan wanneer deze worden aangewend in een situatie waarin geen verschoningsgerechtigden in beeld zijn. Dat betekent niet dat het OM nooit zou mogen overgaan tot het toepassen van dwangmiddelen jegens advocaten. Wel zal in die gevallen waarin het verschoningsrecht (mogelijk) in beeld is, zeer goed acht geslagen moeten*

*worden op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit."*

Belangrijk gemis in de aanwijzing is het in de eerdere versie opgenomen stappenplan dat ziet op een doorzoeking bij/omtrent een advocaat. De daarin opgenomen:

- Rol van de deken (die aanwezig is bij de doorzoeking *teneinde te bevorderen dat de regels met betrekking tot het verschoningsrecht van de advocaat in acht worden genomen*)
- Benodigde omzichtigheid waardoor bijvoorbeeld (i) heel gericht zal moeten worden gezocht en (ii) zo min mogelijk uiterlijk vertoon wordt gebruikt;
- Verwijzing naar de rol van de rechter-commissaris, die ingevolge art. 98 Sv en de jurisprudentie gaat over inbeslagname van gegevens onder een advocaat en die tevens – primair – oordeelt over de vraag of inbeslagname kan plaatsvinden omdat de gegevens *'het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben'*, alsook die oordeelt over de vraag of sprake is van een zeer uitzonderlijke omstandigheid die doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigt waardoor inbeslagname kan plaatsvinden;
- Verwijzing naar de rol van de rechter-commissaris en zo nodig de raadkamer indien een advocaat zich beroept op het verschoningsrecht (ingevolge art. 98 juncto 552a Sv) en de beginselplicht tot verzegeling van de gegevens in zo'n geval totdat uitsluitel bestaat over het beroep op het verschoningsrecht

worden node gemist in de aanwijzing.

Die wettelijke en jurisprudentiële regels bestaan onverminderd en het is daarom niet juist dat het OM ze onvermeld laat in de aanwijzing.

De regels zijn kort geleden nog eens duidelijk samengevat door advocaat-generaal Spronken vóór HR 18 februari 2022 (ECLI:NL:HR:2022:96) in haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2022:96, verwijzing naar de vaste rechtspraak). Die komen er – samengevat - op neer:

- Art. 98 Sv bevat het verschoningsrecht voor advocaten;
- In art. 98, lid 5 Sv is bepaald dat brieven of geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend, de zogenaamde corpora en instrumenta delicti, wel in beslag mogen worden genomen. De ratio hiervan is dat dergelijke stukken geen object van verschoning zijn en het verschoningsrecht daarop niet van toepassing kan zijn;
- het oordeel over de vraag of brieven of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken komt in beginsel toe aan de tot verschoningsgerechtigde persoon. Wanneer deze zich op het standpunt stelt dat het gaat om stukken die noch voorwerp van het strafbare feit uitmaken noch tot het begaan daarvan hebben gediend en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient dit standpunt door de organen van politie en justitie te worden geëerbiedigd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.
- Op dit uitgangspunt is in de rechtspraak uitzondering gemaakt als er sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden". Doorgaans is voor de vaststelling van de zeer uitzonderlijke omstandigheden niet vereist dat kennis wordt genomen van de betreffende stukken omdat het daarbij gaat om omstandigheden die zich ongeacht de inhoud van de stukken voordoen. Meestal gaat het dan om (een verdenking van) strafrechtelijke betrokkenheid van de verschoningsgerechtigde bij strafbare feiten van zijn cliënten. In dat

- geval is het mogelijk om het verschoningsrecht te doorbreken.
- Het oordeel of documenten in een zodanig direct verband staan met de strafbare feiten dat zij kunnen dienen om de waarheid aan het licht te brengen komt dan toe aan de rechter-commissaris, ook dan bij voorkeur in gezamenlijk overleg met de vertegenwoordiger van de beroepsgroep.
  - De inbreuk op het verschoningsrecht mag niet verder gaan dan strikt nodig is voor het aan het licht brengen van de waarheid van het desbetreffende feit, waarbij zorg moet worden betracht om te voorkomen dat de belangen van andere cliënten van de advocaat dan de cliënten die betrokken zijn bij de strafbare feiten waarvan de advocaat wordt verdacht, onevenredig zouden worden getroffen. Voor de uitzondering gelden bovendien zware motiveringseisen.
  - Beslist de rechter-commissaris dat de inbeslagneming of de vastlegging van digitale gegevens is toegestaan, dan dient gehandeld te worden zoals in art. 98 lid 3 Sv (De rechter-commissaris die beslist dat inbeslagneming is toegestaan, deelt de persoon met bevoegdheid tot verschoning mede dat tegen zijn beslissing beklag open staat bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd en tevens dat niet tot kennisneming wordt overgegaan dan nadat onherroepelijk over het beklag is beslist.) is bepaald. De zogenoemde versnelde beklagprocedure voor verschoningsgerechtigden ex art. 98, leden 3 en 4, art. 552a lid 8 en 552d lid 3 Sv is dan van toepassing, dus ook in het geval dat sprake is van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden'.

De regels gelden voor fysieke en digitale gegevens (zo wordt in de HR uitspraak in deze zaak, rov. 4.6. nog eens onderstreept).

De aanwijzing meldt deze regels niet. Dat is ten onrechte. De aanwijzing behoeft aanpassing zodat de voornoemde (vaste) rechtspraak van de HR tot uitdrukking komt in de aanwijzing. De regels weglaten wekt ten onrechte de indruk dat het OM daaraan niet gebonden zou zijn of dat het OM die bij de toepassing van de aanwijzing niet zou hoeven te eerbiedigen.

Opvalt daarbij vooral dat het OM in de aanwijzing de rol van de rechter-commissaris in het geheel niet noemt. Dat is, zoals hiervoor al bleek, geheel ten onrechte nu die bij de inzet van dwangmiddelen tegen advocaten een kernrol vervult.

Ook het onderkennen dat voor de doorzoeking ten aanzien van advocaten een machtiging van de rechter-commissaris nodig is, zoals dat in de vorige aanwijzing het geval was, ontbreekt ten onrechte.

### **Systeem niet EHRM proof**

Gelet op de rechtspraak van het Mensenrechtenhof in Straatsburg (recent bijv. Särgava t. Estland, ECLI:CE:ECHR:2021:116JUD000069819) is een raamwerk nodig met regels die in het recht zijn verankerd om te borgen dat het verschoningsrecht niet, of zo min mogelijk, in het gedrang komt in geval bijvoorbeeld een doorzoeking bij een advocaat plaatsvindt of anderszins dwangmiddelen tegen een advocaat worden ingezet. Er zijn volgens het EHRM regels nodig die zien – onder meer - op de wijze waarop om wordt gegaan met gegevens die in beslag worden genomen, het zo veel mogelijk borgen van het verschoningsrecht dat op die gegevens kan rusten, de mogelijkheid daarover te klagen bij een rechter etc. Alhoewel betwijfeld kan worden of OM beleid tot de 'wettelijke' regels in dit opzicht behoren (zoals bedoeld door het

EHRM), is het systeem dat het OM in de aanwijzing neerzet en waarmee het de voornoemde onderwerpen niet onderkent, niet EHRM proof.

Minst genomen zal, mede gelet daarop, de toelichting in lijn moeten worden gebracht met hetgeen hiervoor als vaste rechtspraak is weergegeven.<sup>1</sup> Gelet op het ontbreken daarvan is in de aanwijzing onvoldoende oog voor het verschoningsrecht dat immers met inzetten van dwangmiddelen of breder strafvorderlijk optreden tegen een advocaat in het gedrang komt.

Tot slot zij erop gewezen dat de toelichting van het OM op de aanpassing van de aanwijzing stelt: *De aanwijzing ziet nu ook op situaties waarin opsporingsbevoegdheden of dwangmiddelen worden ingezet die gericht zijn op of tegen een advocaat die niet tevens verdachte is.*

Niet duidelijk is of het OM in de situatie van een niet-verdachte advocaat andere regels meent de mogen toepassen (hetgeen niet het geval is; dezelfde waarborgen gelden), maar het valt op dat de aanwijzing over dat onderscheid geen opmerking maakt.

---

<sup>1</sup> Het verdient aanbeveling de rechtens onjuiste stellingen 'Uit de jurisprudentie volgt dat zowel het vorderen van verkeersgegevens als het toepassen van een stelselmatige observatie in beginsel niet onder het verschoningsrecht van de advocaat vallen' uit de aanwijzing te verwijderen. Dat is niet de stand van de jurisprudentie: vgl. ECLI:NL:HR:2018:553.