

Verschoningsrecht in het gedrang

— door **Robbert de Bree
& Ybo Buruma**

In de strijd om het verschoningsrecht staat een fel OM tegenover een strijdvaardige advocatuur. Advocaten Robbert de Bree en Ybo Buruma zien een weg die uit de impasse voert, met een belangrijke rol voor de rechter-commissaris.

Het verschoningsrecht is een kostbaar goed. Een kwetsbaar koord waarop rechtzoekende en advocaat (maar ook arts en patiënt enzovoort) zich bewegen om in vrijheid te kunnen verkeren. Door het verschoningsrecht kan de rechtzoekende vrijelijk – en dus in alle privacy – zijn problemen aan de advocaat voorleggen, zodat die de rechtzoekende kan bijstaan.

Dat uitgangspunt staat als een huis. Het logische gevolg is dat niemand – en dus zeker ook niet de opsporende overheid – zich bemoeit met en inzage neemt of krijgt in het vertrouwelijke verkeer dat onder het verschoningsrecht valt.

De laatste jaren is, na een periode van relatieve rust, veel te doen over het verschoningsrecht. Zeker in de sfeer van de strafrechtspleging lijken Openbaar Ministerie (OM) en advocatuur vaker en feller tegenover elkaar te staan bij dit onderwerp. Het verschoningsrecht, veel meer omvattend dan die strafrechtspleging, geldt voor alle advocaten en andere erkende geheimhouders. Toch is het niet zonder logica dat het debat vooral in het strafrecht gevoerd wordt. Daar toont zich de opsporende overheid en doet een eventuele schending van het verschoningsrecht pijn, in de zin dat het blootleggen van het vertrouwelijk verkeer tussen advocaat en cliënt-verdachte bewijs tegen die verdachte kan opleveren

of aanknopingspunt kan zijn voor nader onderzoek. De discussie is op zichzelf van belang. Ze gaat verder dan het strafrecht, nu inperkingen van het verschoningsrecht (rechtens of feitelijk) niet beperkt zullen blijven tot het strafrecht. Het uitlichten van enkele thema's in de discussie kan dat inzichtelijk maken. Hierna worden die behandeld. Vervolgens is de vraag hoe het verder moet. Wie bijvoorbeeld kijkt naar de Box-zaak ziet een grote tegenstelling, een fel OM, een strijdvaardige advocatuur. Toch lijkt er wel een weg voorwaarts te zijn, als tenminste de overheid systeemadaptaties doorvoert. Ook die worden hierna behandeld.

THEMATIEK VAN HET DEBAT

Er zijn legio redenen waarom het debat over het verschoningsrecht in de strafrechtspleging de laatste periode oplaat. Belangrijk thema bij veel van de discussie is digitalisering. Doordat bijna al ons verkeer digitaal plaatsvindt en er heel veel bewaard wordt (zowel in apps als in digitale opslag van bestanden, in het bijzonder ook van e-mails), zijn de strafvorderlijke beslagen uitgedijd. De opsporing en OM hebben daarop geen echte strategie ontwikkeld. Dit betekent dat in veel gevallen een datahonger die hollebolle gijs jaloers zou maken zich van de opsporing meester maakt.

Omdat het kan, wordt zo veel mogelijk data beslagen of bij derden gevorderd. Opsporing en OM stellen in de praktijk weinig paal en perk aan de beslagomvang waardoor enorme hoeveelheden data hun weg naar het strafvorderlijk onderzoek vinden. Als zich daarin eenmaal verschoningsrecht materiaal bevindt – bijvoorbeeld als gevolg van een te omvangrijk beslag of een te ruim omschreven vordering van het OM – is het vervolgens een klus dat erin te identificeren en het eruit te halen. Het is dus in de eerste plaats zaak om te voorkomen dat verschoningsgerechtigd materiaal in beslag wordt genomen of wordt gevorderd.

Onvermijdelijk gevolg van een (te) ruim beslag of (te) ruime vordering, is vervolgens de last die het filter- en schoningsproces met zich brengt: als niet aan de poort geselecteerd wordt, moet dat immers later gebeuren. Dat is ingewikkeld, duurt lang en staat aan voortvarende opsporing in de weg, zo is niet zelden de gedachte vanuit de opsporing. Immers, de data die bij een verdachte in beslag is genomen en waar verschoningsrecht materiaal in (kan) zit(ten), gaat naar de rechter-commissaris en onder leiding van die rechter-commissaris wordt het proces van filteren en schonen uitgevoerd (artikel 98 Sv). Die als last(ig) ervaren procedure vormt de achtergrond van het slepende debat tussen het OM en Stibbe in/omtrent de Box-zaak. Wat daar speelt, is in de kern genomen een voorbeeld van de creatieve oplossing die de opsporing en het OM steeds vaker zoeken om het rechter-commissaristraject te vermijden en zo ook de verschoningsgerechtigde (aan wie het oordeel over zijn verschoningsrecht als eerste toekomt) buitenspel te zetten. Daarbij speelt mee dat opsporing en OM weten dat veel van de mogelijk relevante data zich in bestanden en e-mails bevindt en dat die niet alleen bij een betrokkene (bedrijf of individu) zelf te vinden is. Veelal zal deze data keurig gehost en opgeslagen worden door een externe dienstverlenende partij, van klein tot Microsoft. Een dergelijke externe dienstverlenende partij beschikt niet over een eigen verschoningsrecht, heeft zelf geen idee wat de inhoud van de gevorderde data is en zal in de praktijk dan ook geen beroep op het (afgeleide) verschoningsrecht (kunnen) doen.

In plaats van een doorzoeking te doen bij de betrokkene en zo de data in beslag te nemen, wordt dus regelmatig gebruikgemaakt van onderdelen van de bijzondere opsporingsbevoegdhedenwetgeving waardoor diezelfde data bij een derde (de dienstverlener) kan worden gevorderd. Met als bijzonderheid: dergelijke bijzondere opsporingsbevoegdheden kunnen, in tegenstelling tot bijvoorbeeld beslag bij de betrokkene zelf, heimelijk worden uitgevoerd. Cliënt noch

advocaat draagt dan kennis van het feit dat verschoningsgerechtigd materiaal bij een derde gevorderd wordt.

Het OM stelt, op basis van artikel 126aa Sv (dat gaat over vernietiging van materiaal verkregen door dergelijke bijzondere opsporingsbevoegdheden), dat hij zelf gaat over het primaire filterproces omtrent verschoningsrechtmateriaal. Daar zou de rechter-commissaris geen (primaire) rol hebben, aldus het OM. Er wordt door het OM daarbij gewerkt met geheimhouderofficieren van justitie (een functie zonder wettelijke basis). Die sturen geheimhoudermedewerkers van de opsporing (de FIOD in voorkomende gevallen) aan, die, kortweg, het verschoningsrechtmateriaal in dergelijke data selecteren en beoordelen. Wordt dat soort materiaal onderschept, dan wordt het in de IT-omgeving van de opsporing op grijs gezet (een digitaal slot met sleutel enkel bij de geheimhoudermedewerker/-officier). Deze werkwijze wordt door het OM geduid als de interne bestendige en met waarborgen omklede werkwijze. Daarmee zou de bescherming van het verschoningsrecht verzekerd zijn.

Het OM verdedigt in de Stibbe-zaak dit beleid inmiddels met grote geestdrift en is doende een aanwijzing op te stellen met betrekking tot de omgang met geheimhouders-/verschoningsrechtinformatie die op deze leest is geschoeid. Toch bleef dit (al, naar nu blijkt, sinds in ieder geval 2014 bestaande) beleid tot voor kort onbekend. Eerst in en door de Stibbe-zaak is het in de openbaarheid gekomen.¹

Na stevige kritiek van onder andere de orde, maar ook de voorzieningenrechter in de Stibbe-zaak, is het nu voorgenomen beleid wat aangepast.² De kern blijft evenwel dat het OM twee regimes ziet, dat van het databeslag bij de betrokkene (of juist: het reguliere databeslag) en dat bij de derde (of juist: met gebruikmaking van de bijzondere opsporingsbevoegdheden).

Saillant is dat juist in de onderliggende zaak bij Stibbe (het Box-onderzoek) inzage werd genomen in verschoningsrechtdata door opsporingsambtenaren van het onderzoeksteam en dat er ook overigens bij het interne proces binnen de FIOD behoorlijk wat mis ging (zo werd het digitale slot niet goed op de data gehouden).³ Bijzonder is dat Stibbe zich niet alleen kranig weert tegen die inmenging, maar inmiddels met verve ten strijde trekt om bloot te leggen op welke wijze de opsporing kennisneemt van verschoningsgerechtigde informatie.

Wie met een schuin oog naar de materie kijkt, zou kunnen denken dat OM en advocatuur allebei wat water bij de wijn kunnen doen. Zo heeft het OM weleens naar voren gebracht dat de verdedigende advocatuur het verschoningsrecht als

procedureel wapen gebruikt; zand in de machine van de opsporing lijkt de gedachte.⁴ En zo is bijvoorbeeld door de advocatuur naar voren gebracht dat het OM zand in de ogen van de rechterlijke macht en advocatuur heeft gestrooid door de voornoemde beleidslijn geheim te houden.⁵

Toch is hier iets anders aan de hand. Het OM en de opsporing trachten immers de geëigende procedure bij de rechter-commissaris te vermijden door ‘derdenbeslag’ waarbij het naar eigen zeggen een andere procedure kan voeren. Een procedure waarin hij zelf de pen voert. Dat is evenwel niet juist. Niet alleen kent de wet, inzonderheid artikel 126aa Sv, daarvoor geen basis.⁶ Het is vooral ook een achterhoedegevecht. De wet die komen gaat, Modernisering Strafvordering, kent immers ook niet zo’n twee-regimesstelsel voor het verschoningsrecht.⁷ Dat is volstrekt logisch omdat het beginsel van het verschoningsrecht simpelweg met zich brengt dat de opsporing en het OM zich niet met de inhoud van dergelijke data hebben te bemoeien, laat staan ervan kennis hebben te nemen. Weliswaar is het verschoningsrecht niet absoluut; het mag niet wijken voor praktische bezwaren. Daaraan staan wetten in de weg.

De uitleg van het OM, de *trouvaille* van het twee-regimesstelsel, heeft veel weg van *good cause circumvention*. Zo kan de moeizame weg langs de rechter-commissaris worden vermeden en de opsporing effectief en efficiënt blijven (kan de gedachte zijn). Maar omzeiling blijft omzeiling.⁸ Het grotere effect is uiteraard de ondermijning van het vertrouwen in de overheid en het *chilling* effect dat dit kan hebben op de burger die zich tot de verschoningsgerechtigde wendt. Die laatste onderwerpen zijn hoeksteen voor het EHRM in de rechtspraak op dit vlak. Uit die rechtspraak blijkt overigens dat het juridisch kader, inclusief de feitelijke uitwerking daarvan, *vis-à-vis* verschoningsrecht materiaal duidelijk en voorzienbaar moeten zijn en dat de waarborgen ter bescherming van het verschoningsrecht concreet en effectief moeten zijn, zowel juridisch als in de praktijk.⁹

Bij dit alles valt op dat juist de houding van het OM, met een verbeterd opstelling, deels tegen beter weten in, het geheel geen goed doet.¹⁰ Verwacht had mogen worden dat het OM zijn beleid zelf openbaar had gemaakt; geheim beleid en geheime bevoegdheden riskeren willekeur en inspireren geen vertrouwen.¹¹ Verwacht zou ook mogen worden dat vanuit het OM de zorgen over het waarborgen van het verschoningsrecht niet alleen in woord, maar vooral in daad zouden worden omarmd. En dat met de betrokken partijen, rechterlijke macht, advocatuur en opsporing zou worden gezocht naar oplossingen die voldoen aan – ten minste – de eisen zoals het EHRM die heeft geformuleerd. Die houding wordt door het OM tot op heden niet aangenomen. Dat is spijtig want oplossingen zijn wel degelijk denkbaar.

NAAR EEN (RECHTERLIJKE) WERKWIJZE GEHEIMHOUDERSDATA

Wie bij dit vraagstuk in termen van oplossingen wil denken, moet onderkennen dat de leidende rol bij het filter- en scho-

ningsproces bij de rechter-commissaris ligt. Alleen dan wordt het verschoningsrecht geborgd. Het oordeel over de verschoningsgerechtigde en de toets daarop ligt bij de rechter-commissaris.¹²

Om dit systeem goed te laten lopen, zeker in omvangrijk databeslagen, is het van belang dat er een goed uitgerust landelijk kabinet rechter-commissaris komt met eigen ondersteuning op IT-gebied en eigen IT-omgeving. Nu nog worden die mankracht en hardware op afroep ‘geleend’ van de opsporing en is iedere rechter-commissaris zelf verantwoordelijk. Dit komt neer op het telkens weer opnieuw uitvinden van hetzelfde wiel, wat al ingewikkeld genoeg is. De wetgever voorziet nog niet in zo’n landelijke aanpak, ook niet bij Modernisering Strafvordering, maar het is de enige solide basis om in de toekomst de hoeveelheden data te verwerken die de opsporing in beslag neemt. Natuurlijk zou het goed zijn als de datahonger vermindert, maar dan nog blijft de omvang te groot om dit ongecoördineerd te lijf te gaan.

Bij de wijze van aanpak door de rechter-commissaris zal de variant van het derdenbeslag een bijzondere blijven, al is het maar omdat de verdachte (en dus ook diens advocaat) vaak onkundig is van dit beslag. Daar kunnen goede opsporingsredenen voor zijn en dus moet de rechter-commissaris aan de slag zonder gedetailleerde informatie over de geheimhouders. Dit betekent dat een andere aanpak, dan die tot op heden werd gebezigd, gewenst is. Bij deze aanpak zal de borging van het verschoningsrecht voorop moeten staan; indien het verschoningsrecht niet geborgd kan worden, zal het opsporingsonderzoek dan ook uitstel moeten dulden.¹³ Waar het OM of de opsporing weet heeft van betrokkenheid van geheimhouders, behoren zij dat aan de rechter-commissaris te melden bij aanleveren van het beslag.

In algemene zin is het nodig dat een systeem wordt geïntroduceerd à la de nummerherkenning bij taps. De gegevens van alle bekende geheimhouders – ten minste alle advocaten, notarissen en artsen – zouden geautomatiseerd door de data gehaald kunnen worden.¹⁴ En uiteraard, anderen, zo daartoe aanwijzingen bestaan.

Die data kan vervolgens in opdracht van de rechter-commissaris uit het digitale beslag worden ‘gesneden’ door een nieuwe kopie te maken minus deze data. Met de uitgesneden data kan de opsporing vervolgens aan de slag. De ervaring leert dat het hierbij gaat om bijna de gehele omvang van het beslag (vaak is het verschoningsrecht materiaal slechts enkele procenten groot). Dit lost ook de praktijk van het uitgrijpen op die niet waterdicht is en niet echt ontoegankelijk maakt.¹⁵ De bij de rechter-commissaris achtergebleven dataset kan dan bewaard blijven totdat deze, zo nodig, nader is beoordeeld (het gaat immers om potentieel verschoningsgerechtigd materiaal).¹⁶ Omdat nou juist dat beoordelen veel tijd kost en de extra data die het de opsporing oplevert (die dus uiteindelijk niet onder het verschoningsrecht valt) zelden het opsporingsverschil maakt, zou het beter zijn die uitsnede gewoonweg buiten beschouwing te laten.

De inhoudelijke beoordeling van het verschoningsrecht ligt

bij de verschoningsgerechtigde met toets door de rechter-commissaris.¹⁷ Bij een zeer omvangrijk aantal geheimhouders ten aanzien van de(zelfde) betrokkene kan mogelijk de advocaat of raadsman van die betrokkene een leidende rol bij die beoordeling vervullen, al dan niet aangevuld door de deken. Dit betekent overigens wel dat het dekenaat ook capaciteit zal moeten inruimen voor deze taak (nu komt de betrokkenheid immers slechts sporadisch voor).

OPLOSSEN VERGT VERANDERING

De oplossing voor veel van de gesignaleerde onderwerpen ligt niet in het felle debat dat het OM voert. Van hem mag meer worden verwacht. Het idee van de eigen rol bij het filter- en schoningsproces is een onhoudbaar standpunt dat zo nodig een aanwijzing van minister vergt (in de zin van artikel 127 RO). Het staat in de weg aan borging van het verschoningsrecht; ook blokkeert het een effectief en efficiënt opsporingsproces.

Voor de meer structurele oplossingen, die er zoals uitgesproken wel degelijk zijn, is deels ander beleid nodig en is deels de wetgever aan zet. Veel budgettaire consequenties hoeft het niet te hebben. De ambtenaren die nu nog door het OM en de opsporing worden ingezet voor selectie en beoordeling van geheimhouderinformatie worden immers betaald door de Staat; zij kunnen worden overgeheveld naar de rechterlijke macht. Wel vergen deze oplossingen heldere, voorzienbare en effectieve regels vanuit de wetgever. De rechterlijke macht, advocatuur en OM zouden dergelijk beleid (vervolgens) gezamenlijk verder moeten ontwikkelen om tot een werkwijze te komen die recht doet aan het verschoningsrecht.

– Robbert de Bree en Ybo E.A. Buruma zijn beiden advocaat bij Wladimiroff Advocaten in Den Haag.

Noten

- 1 Zie Rb. Oost-Brabant 22 maart 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1035; <https://www.advocatenorde.nl/nieuws/om-handleiding-verwerking-geheimhouderinformatie-miskent-verschoningsrecht>.
- 2 <https://www.om.nl/documenten/richtlijnen/2022/04/19/voorlopig-beleid-uitspraak-kort-geding-verschoningsrecht>.
- 3 Zie onder meer Rb. Oost-Brabant 22 maart 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1035, r.o. 4.23.
- 4 <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2019/06/07/om-en-fiod-willen-procedures-voor-verschoningsrecht-effectiever-en-duidelijker-maken>.
- 5 <https://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/over-de-geheime-en-onrechtmatige-werkwijze-van-het-om-amp-de-fiod-bij-het-vorderen-van-e-mails-in-strafzaken>.
- 6 Zie D.R. Doorenbos, 'E-mails en verschoningsrecht – kortsluiting bij het OM', *NJB Blog* 18 september 2022.
- 7 Zie onder meer de memorie van toelichting bij Modernisering Strafvordering, p. 22: 'Kern van de regeling is, net als in het geldend recht, dat zulke gegevens [waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt] niet mogen worden inbeslaggenomen en overgenomen en dat van de onder het

verschoningsrecht vallende informatie geen kennis mag worden genomen behalve wanneer de rechter-commissaris in streng genormeerde gevallen anders beslist.'

- 8 Vgl. CAG Hartevelt 5 juli 2022, ECLI:NL:PHR:2022:647; Rb. Rotterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6676; Rb. Den Haag 16 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13758; Hof Den Haag 24 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:87.
- 9 Zie onder meer EHRM 17 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0:1217JUD000045918 en EHRM 16 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000069819.
- 10 Denk in dit verband, naast de discussie over artikel 126aa Sv, ook aan andere discussies ten aanzien van het verschoningsrecht, zoals bijvoorbeeld de discussies over in-house counsels, e-mails aan advocaten in de 'cc', *corpora & instrumenta delicti* en de – veelal te enge – opvatting wanneer informatie aan een advocaat is toevertrouwd. Een greep uit recente rechtspraak inzake deze onderwerpen toont het belang van een kritische houding ten opzichte van de stellingen van het OM. Zie onder meer: Rb. Rotterdam 22 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5019, HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:751 en HR 24 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:760.
- 11 Zie ook de veelvuldig herhaalde overweging van het EHRM: 'Especially where a power of the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident' (zie onder meer EHRM 2 augustus 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:0802JUD000869179).
- 12 Zie onder meer artikel 98 Sv, alsmede voornoemde uitspraken. Ter illustratie wordt gewezen op Rb. Amsterdam 7 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3127.
- 13 Zie ook de wetgever bij Modernisering Strafvordering (MvT, p. 465-466): 'In uitzonderlijke gevallen zal de verschoningsgerechtigde niet (direct) op de hoogte zijn van de inbeslagneming van voorwerpen of van het overnemen van gegevens. Het gaat dan om gevallen waarin het uitreiken of achterlaten van het bewijs van de uitoefening van bevoegdheden wordt uitgesteld, omdat het belang van het onderzoek dit dringend vereist (zie de artikelen 2.7.6 en 2.7.36). In die gevallen zal ook de beslissing over de kennisneming van de gegevens moeten worden uitgesteld: de informatie wordt dan bewaard, maar er wordt (nog) geen kennis van genomen. Het kan om voornoemde redenen immers niet zo zijn dat een beslissing over de kennisneming wordt genomen, zonder dat de verschoningsgerechtigde in de gelegenheid is geweest zijn standpunt kenbaar te maken.'
- 14 Zie T. Spronken, 'Verschoningsrecht en "repressieve" druk', *NJB* 2022/1188. Een dergelijke werkwijze dekt mogelijk niet alles. Verschoningsrecht materiaal van buitenlandse advocaten, artsen, geestelijken en afgeleid verschoningsgerechtigden zou immers niet worden geraakt. Indien aanwijzingen zouden bestaan dat dergelijk materiaal zich (mogelijk) in het derdenbeslag bevindt, lijkt uitstel dan ook geboden.
- 15 Geen van de IT-systemen van de opsporing, althans niet in de huidige configuratie en voor zover bekend überhaupt, kan permanent ontoegankelijk maken in de zin van slot erop sleutel weg. Vgl. ook HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1257 waarin die vraag speelt.
- 16 Indien de opsporing, mogelijk in het licht van voornoemde datahonger, meent dat nadere uifiltering noodzakelijk is, kunnen specifiekere zoektermen worden gebruikt. In de praktijk worden op dit moment vaak (nauwere) zoektermen aangeleverd door het OM (om de reikwijdte van het beslag in te perken) en de verdediging (om naar de betrokken verschoningsgerechtigden te zoeken), waarna de gegevens die op basis van die zoektermen mogelijk verschoningsgerechtigd zijn kunnen worden beoordeeld door de betrokken verschoningsgerechtigde. Wanneer (zeer) vele verschillende verschoningsgerechtigden in een zaak betrokken zijn, wordt die beoordeling ook wel overgelaten aan een vertegenwoordiger van de orde of aan de raadsman van de verdachte.
- 17 HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066.