

## Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden

### 1971

Vragen van het lid **Van Nispen** (SP) aan de Ministers van Justitie en Veiligheid en voor Rechtsbescherming over *mogelijke schendingen van het verschoningsrecht door OM en FIOD* (ingezonden 18 januari 2022).

Antwoord van Minister **Yeşilgöz-Zegerius** (Justitie en Veiligheid) (ontvangen 7 maart 2022). Zie ook Aanhangsel Handelingen, vergaderjaar 2021–2022, nr. 1607.

#### Vraag 1

Heeft u kennisgenomen van de berichten over mogelijke schendingen van het verschoningsrecht door het OM en de FIOD?<sup>1 2 3</sup>

#### Antwoord 1

Ja.

#### Vraag 2

Kunt u, zo uitgebreid en precies mogelijk, uiteenzetten wat de huidige werkwijze van het OM en de FIOD is inzake het verwerken (lezen, opslaan, delen, printen, etc.) van stukken waarop het verschoningsrecht van toepassing is?

#### Antwoord 2

Voor de beantwoording van deze vragen wil ik eerst in zijn algemeenheid het volgende benoemen.

Advocaten behoren tot de groep van personen die uit hoofde van hun beroep een verschoningsrecht hebben en om die reden zich kunnen verschonen van het afleggen van een verklaring. Ook kunnen stukken die onder het verschoningsrecht vallen niet in beslag worden genomen. Niet bij de verschoningsgerechtigde, maar ook niet bij een derde waar de stukken waarop het verschoningsrecht rust zich bevinden.

Het verschoningsrecht is evenwel niet absoluut. Er kunnen zeer uitzonderlijke omstandigheden zich voordoen waarin het belang van waarheidsvinding

<sup>1</sup> fd.nl: 14 januari 2022 <https://fd.nl/bedrijfsleven/1426290/rechtszaak-legt-bom-onder-fraudeaanpak-openbaar-ministerie>

<sup>2</sup> nrc.nl: 14 januari 2022 <https://www.nrc.nl/nieuws/2022/01/14/staatspeurders-naar-fraude-nu-opeens-zelf-aangeklaagd-a4079332>

<sup>3</sup> fd.nl: 16 januari 2022 <https://fd.nl/samenleving/1427110/stibbe-krijgt-steun-in-strijd-met-de-staat-om-verschoningsrecht>

moet prevaleren boven het verschoningsrecht. In een dergelijk geval moet het verschoningsrecht wijken voor het belang van de strafvordering. Deze afweging is aan de rechter(-commissaris). Tegen deze beslissing van de rechter-commissaris staat beklag open bij de rechtbank.

In de wijze van verwerking van stukken waarop het verschoningsrecht van toepassing is, dient onderscheid gemaakt te worden tussen twee situaties waarin een opsporingsdienst, dan wel het openbaar ministerie (hierna ook: OM) in aanraking kan komen met dergelijke stukken.

De eerste situatie ziet op een doorzoeking ter inbeslagneming, dan wel een doorzoeking ter vastlegging van gegevens die op de plaats van de doorzoeking op een gegevensdrager zijn opgeslagen of vastgelegd. Indien een doorzoeking niet plaats vindt in een woning of op een kantoor van een verschoningsgerechtigde, is het de bevoegdheid van de officier van justitie om deze doorzoeking uit te voeren. Aangaande stukken die onder het verschoningsrecht vallen is een centrale rol weggelegd voor de (niet bij de doorzoeking aanwezige) rechter-commissaris. Artikel 98 van het Wetboek van Strafvordering (hierna ook: Sv) is erop gericht te waarborgen dat verschoningsgerechtigde informatie niet in beslag wordt genomen of digitaal wordt vastgelegd.

Bij de start van de doorzoeking door de officier van justitie wordt de betrokkene of de aanwezige advocaat in de gelegenheid gesteld om concreet aan te geven of er stukken of gegevens aanwezig zijn die onder het verschoningsrecht van een geheimhouder vallen. Wordt dat aangevoerd, of is er anderszins reden om aan te nemen dat het om mogelijk verschoningsrechtelijk materiaal gaat en wil de officier van justitie het materiaal toch in beslag nemen (omdat twijfel bestaat over de toepassing van het verschoningsrecht en het materiaal mogelijk relevant is voor het onderzoek), dan wordt het materiaal afgezonderd in een verzegelde envelop die aan de rechter-commissaris wordt overhandigd. De rechter-commissaris is bevoegd om ter zake te beslissen. Dit materiaal komt dan dus niet ter beschikking van het onderzoeksteam. Al het overige materiaal komt wel ter beschikking van het onderzoeksteam. De rechter-commissaris zal vervolgens, als de identiteit van de geheimhouder bekend is deze in staat stellen zich uit te laten over zijn verschoningsrecht met betrekking tot de stukken en gegevens. Wanneer de verschoningsgerechtigde zich op het standpunt stelt dat het gaat om stukken of gegevens 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 politie en justitie te worden geëerbiedigd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is. Het oordeel of dit laatste het geval is komt in eerste instantie toe aan de rechter-commissaris, bij voorkeur na overleg met een gezaghebbend vertegenwoordiger van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde (zoals de plaatselijk deken van de Nederlandse Orde van Advocaten of de Ringvoorzitter).

Het kan zich evenwel voordoen dat tijdens de doorzoeking toch stukken in beslag worden genomen of digitale gegevens worden vastgelegd waarvan op het moment van de doorzoeking niet bekend is dat dit stukken of gegevens zijn die vallen onder het verschoningsrecht. Dit zal zich eerder voordoen bij de vastlegging van digitale gegevens dan bij de inbeslagneming van fysieke stukken. De constatering dat het mogelijk verschoningsgerechtigde informatie is, doet zich dan voor op het moment dat de opsporingsambtenaar de inbeslaggenomen stukken of vastgelegde gegevens onderzoekt. Het beslag of de vastlegging van gegevens moet dan worden ontdaan van die informatie. Dat laat zich bij fysieke stukken makkelijker denken dan bij vastgelegde gegevens. Het is om die reden dat de geheimhouder-medewerker binnen de opsporingsdienst (die niet is betrokken bij het opsporingsonderzoek) hiervan op de hoogte wordt gesteld opdat deze medewerker ervoor zorgt dat het fysieke stuk uit het beslag wordt gehaald dan wel dat de digitale informatie uit de vastgelegde gegevens wordt gehaald. Door een eveneens buiten het opsporingsonderzoek staande officier van justitie (de zogenoemde geheimhouder-officier van justitie) kan aan de rechter-commissaris worden gevraagd een beslissing te nemen om de mogelijk verschoningsgerechtigde informatie alsnog vrij te geven voor het strafrechtelijk onderzoek.

Voor zover dat noodzakelijk is voor zijn beoordeling mag door de rechter-commissaris van de desbetreffende stukken en gegevens worden kennisgenomen. Indien de rechter-commissaris – bijvoorbeeld in verband met de aard

of de omvang van de inbeslaggenomen stukken of gegevens – niet in staat is zelf dat onderzoek te verrichten, zal hij het daarheen dienen te leiden dat het onderzoek wordt verricht door zodanige functionaris en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt. De rechter-commissaris kan zich in dit verband bijvoorbeeld laten bijstaan door een niet bij het onderzoek betrokken (digitaal) rechercheur (al dan niet) door tussenkomst van een geheimhouder-officier van justitie. De betreffende (digitale) rechercheur verricht daarbij in opdracht van de rechter-commissaris zijn werkzaamheden om de rechter-commissaris in staat te stellen zijn beslissing te nemen. Tegen de beslissing van de rechter-commissaris kan door de verschoningsgerechtigde beklag worden ingesteld bij de rechtbank. De tweede situatie betreft de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden door de officier van justitie. Een voorbeeld daarvan is het opvragen van de inhoud van een mailbox van een verdachte bij een serviceprovider op basis van toepassing van de bevoegdheid genoemd in artikel 126ng Sv. Bijzondere opsporingsbevoegdheden staan ten dienste van de opsporing en de officier van justitie, waarbij, afhankelijk van de bijzondere opsporingsbevoegdheid, een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris is vereist.

Het gaat daarbij vaak om grote hoeveelheden data, die niet kunnen worden gefilterd door degene tot wie de vordering is gericht. Daarom wordt de door middel van de vordering verkregen informatie integraal en versleuteld op een externe gegevensdrager van de opsporingsdienst gezet. Hiervan wordt een exacte kopie (image) gemaakt waardoor de structuur, integriteit en authenticiteit van de veiliggestelde gegevens wordt gewaarborgd. Vervolgens wordt van deze image een werkkopie gemaakt en aan het opsporingsteam ter beschikking gesteld die aan de hand van gerichte, op de zaak toegesneden, zoektermen kan worden doorzocht. De hierdoor uit de dataset geselecteerde gegevens worden in het onderzoek betrokken.

Indien tijdens dit onderzoek potentieel geprivilegieerde correspondentie tussen geheimhouder en cliënt wordt aangetroffen, wordt uitvoering gegeven aan het bepaalde in artikel 126aa lid 2 Sv en het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken. Op basis van de wet en dit Besluit is het aan de officier van justitie om vast te stellen dat het gegevens zijn waarop het verschoningsrecht rust. In de praktijk wordt dit gedaan door een – niet bij het onderzoek betrokken – geheimhouder-officier van justitie. Het mogelijk geprivilegieerde materiaal wordt hem voorgelegd door de geheimhouder-medewerker, een medewerker bij de opsporingsdienst die niet is betrokken bij het onderzoek en die de betreffende gegevens krijgt van degene in het onderzoek die op de gegevens is gestuit. De taak van deze geheimhouder-medewerker is (onder meer) om ervoor te zorgen dat de betreffende mogelijk geprivilegieerde gegevens tot na de beslissing van de geheimhouder-officier van justitie voor het opsporingsteam ontoegankelijk worden gemaakt.

Indien het stuiten op geprivilegieerde gegevens aanleiding geeft te veronderstellen dat meer geprivilegieerde gegevens van dezelfde aard (bijvoorbeeld van of aan dezelfde verschoningsgerechtigde) in de vastgelegde gegevens aanwezig zijn, kan met behulp van zoektermen een selectie van gegevens worden gemaakt waarop het verschoningsrecht van toepassing is. Door middel van deze automatische selectie – waarbij geen gegevens worden ingezien – kunnen bestanden worden geselecteerd en digitaal gemarkeerd als mogelijke geheimhoudercommunicatie. Deze gemarkeerde bestanden worden ook ontoegankelijk gemaakt voor het onderzoeksteam en zijn derhalve niet raadpleegbaar door het onderzoeksteam. Alleen de niet bij het onderzoek betrokken geheimhouder-medewerker kan toegang krijgen tot de ontoegankelijk gemaakte bestanden.

De geheimhouder-medewerker draagt zorg voor vernietiging van de documenten waarvan door de geheimhouder-officier van justitie is vastgesteld dat zij mededelingen door of aan een verschoningsgerechtigde betreffen ten aanzien waarvan deze zich zou kunnen verschonen. De vernietiging vindt plaats door de betreffende gegevens ontoegankelijk te houden, waarmee de gegevens niet kenbaar zijn in de zin van artikel 5 Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken.

Met betrekking tot mededelingen waarvan door de geheimhouder-officier van justitie is vastgesteld dat zij geen mededelingen betreffen door of aan een verschoningsgerechtigde als bedoeld in art. 126aa lid 2 Sv, laat de geheimhouder-medewerker deze toegankelijk maken voor het onderzoeksteam.

Met betrekking tot mededelingen van of aan een verschoningsgerechtigde, ten aanzien waarvan deze zich niet op grond van artikel 218 Sv zou kunnen verschonen van het geven van getuigenis, kunnen deze mededelingen alleen met een machtiging van de rechter-commissaris bij de processtukken worden gevoegd.

#### Vraag 3

Is deze werkwijze de afgelopen jaren veranderd? Zo ja, waarom, op welke manier en wanneer precies?

#### Antwoord 3

Ja. Door het OM is in 2014 een handleiding opgesteld waarin de werkwijze (van destijds) is vastgelegd. In 2020 heeft de Hoge Raad in een beklagprocedure naar aanleiding van een (doorzoeking ter) inbeslagneming bepaald dat indien sprake is van een grote hoeveelheid (digitale) stukken of gegevens die in relatie lijken te staan tot verschillende geheimhouders van wie de identiteit of contactgegevens niet bekend is en gemakkelijk te achterhalen is, onder leiding van de rechter-commissaris een schifting zal worden gemaakt tussen stukken of gegevens die wel en die niet onder het verschoningsrecht vallen, bijvoorbeeld door gebruik te maken van een lijst met zoektermen. De rechter-commissaris dient ook dit onderzoek zo in te richten dat voldoende wordt gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet kan worden geschonden. Conform deze op het oordeel van de Hoge Raad gebaseerde werkwijze wordt door het OM en de FIOD in voorkomende gevallen ook op deze wijze gewerkt.

De handleiding uit 2014 wordt momenteel door het OM in lijn gebracht met deze ontwikkelingen en ook op andere punten geactualiseerd. Daarbij zal ook consultatie plaatsvinden van onder meer de beroepsgroep van de advocatuur.

#### Vraag 4

Kunt u verduidelijken hoe vaak het in het verleden is voorgekomen dat het OM en of FIOD stukken aan de landsadvocaat hebben voorgelegd ter beoordeling van de vraag of het om geprivilegieerde berichten gaat of niet? Zo nee, waarom niet? Zo ja, om welke gevallen gaat het specifiek en waarom dachten het OM en of FIOD in die gevallen dat het goed zou zijn om die stukken aan de landsadvocaat voor te leggen?

#### Antwoord 4

Het OM heeft me laten weten dat er geen gevallen bekend zijn waarin door het OM in strafzaken (geheimhouders)stukken zijn voorgelegd aan de Landsadvocaat ter beoordeling of stukken onder het verschoningsrecht vallen op grond van artikel 98 of 126aa Sv. Wel is door het OM een keer advies gevraagd aan de Landsadvocaat over het gebruik van (mogelijk) geprivilegieerde informatie ten behoeve van een tuchtklacht.

#### Vraag 5

Bent u het er in algemene zin mee eens dat de landsadvocaat niet gevraagd zou moeten worden te beoordelen of berichten al dan niet geprivilegieerde berichten zijn, omdat daarmee het verschoningsrecht per definitie wordt aangetast?

#### Antwoord 5

Ja. Voor zover het andere berichten betreft dan afkomstig van of bestemd voor de landsadvocaat zelf, ben ik het met u eens dat de beoordeling conform art. 126aa Sv. is voorbehouden aan de officier van justitie en de rechter-commissaris.

#### Vraag 6

Klopt het dat in de werkwijze een belangrijke rol is weggelegd voor de Geheimhouder officier van justitie, die kan worden toegewezen aan een zaak met de opdracht om te beoordelen of bepaalde stukken geprivilegieerde gegevens bevatten? Zo ja, is het oordeel van deze geheimhouder officier van justitie altijd finaal of kan hier door zaaksofficieren ook van worden afgeweken? Als dit laatste het geval is, in welke gevallen?

#### Antwoord 6

Zie mijn antwoord op vraag 2. Indien de geheimhouder-officier van justitie in het kader van de beoordeling ex 126aa Sv. van oordeel is dat er sprake is van informatie die onder het verschoningsrecht valt, dan wordt die informatie niet ter beschikking gesteld voor het onderzoek.

#### Vraag 7

Wie houdt toezicht op de beslissingen van de geheimhouder officier van justitie? Met andere woorden: hoe wordt gecontroleerd of de geheimhouder officier van justitie geprivilegieerde berichten daadwerkelijk goed scheidt van de berichten waar het OM wel kennis van mag nemen?

#### Antwoord 7

Voor een beschrijving van de procedure om te voorkomen dat kennis wordt genomen van verschoningsgerechtigde berichten verwijs ik naar het antwoord onder 2.

In de twee in dat antwoord genoemde situaties heeft de rechter-commissaris een beslisbevoegdheid.

#### Vraag 8

Hoe kan het volgens u dat er zo veel onduidelijkheid bestaat bij advocaten over de manier waarop het OM en de FIOD met verschoningsgerechtigde stukken omgaan?<sup>4</sup>

#### Antwoord 8

Het OM probeert eventuele onduidelijkheid hierover zoveel mogelijk weg te nemen. Om die reden verwerkt het OM momenteel de werkwijze inzake het verschoningsrecht in een openbare instructie of aanwijzing, die dan voor een ieder kenbaar is. Deze werkwijze is door de rechter in verschillende zaken getoetst en geaccepteerd.

#### Vraag 9

Bent u het eens dat er geen onduidelijkheid zou mogen bestaan over hoe het OM en de FIOD met geprivilegieerde berichten omgaan en dat zij hierover te allen tijde transparant zouden moeten zijn? Zo nee, waarom niet? Zo ja, vindt u dat OM, FIOD en Pels Ricken in hun communicatie richting het advocatenkantoor Stibbe en de rechter, in eerdere instanties, voldoende transparant zijn geweest?

#### Antwoord 9

Ik vind het in het algemeen goed dat het OM en de FIOD duidelijk zijn over de wijze waarop zij met geprivilegieerde berichten omgaan. Zoals aangegeven in het antwoord op vraag 8 probeert het OM eventuele onduidelijkheid zoveel mogelijk weg te nemen. Om die reden verwerkt het OM momenteel de werkwijze inzake het verschoningsrecht in een openbare instructie of aanwijzing, die dan voor een ieder kenbaar is. Ik kan in het belang van lopende zaken niet op individuele zaken ingaan.

#### Vraag 10 en 11

Wat vindt u van het idee een centrale organisatie onder te brengen bij de rechtspraak die de vertrouwelijkheid van data in voorkomende gevallen geheel onafhankelijk kan toetsen en daarmee deze beoordeling dus weg te halen bij het OM? Wat zou hierop tegen zijn?

Bent u bereid, bijvoorbeeld door de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, onderzoek te laten doen naar de werkwijze van het OM en de FIOD met geprivilegieerde berichten? Zo nee, waarom niet?

#### Antwoord 10 en 11

In elke strafzaak beoordeelt de rechter de rechtmatigheid van het door de officier van justitie overgelegde bewijs. In meer algemene zin is de procureur-generaal bij de Hoge Raad op basis van artikel 122 van de Wet op de rechterlijke organisatie belast met het toezicht op het OM. De procureur-

<sup>4</sup> nvsa.nl: 17 januari 2022 <https://www.nvsa.nl/algemeen/nvsa-sluit-zich-aan-bij-kort-geding-staatschendt-verschoningsrecht-advocatuur>

generaal bij de Hoge Raad oordeelt of het OM bij de uitoefening van zijn taak de wettelijke voorschriften naar behoren handhaaft of uitvoert. Voor het introduceren van een aanvullende toetsingsbevoegdheid zie ik dan ook geen aanleiding. De procureur-generaal bij de Hoge Raad voert diens toezichhoudende taak in onafhankelijkheid uit. Er loopt momenteel een civielrechtelijke procedure over het verschoningsrecht. Ik zal, indien de uitkomst van deze procedure daartoe aanleiding geeft, met de procureur-generaal bij de Hoge Raad bespreken of hij in deze aanleiding ziet om onderzoek in te stellen naar de werkwijze van het OM met geprivilegieerde berichten.