Ontvangen op 30-07-2018
Verwerkt op 30-07-2018

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 30 juli 2018
dossiernummer:
uw kenmerk:
telefoonnummer:
e-mail:

Betreft: consultatie wetsvoorstellen boeken 3 tot en met 6 Wetboek van Strafvordering

Bijgaand treft u het advies aan van de Nederlandse orde van advocaten over de boeken 3 tot en met 6 van het vernieuwde Wetboek van Strafvordering.

Het tot stand brengen van dit advies is een niet geringe opgave gebleken. Niet alleen was de tijd die voor deze omvangrijke en belangrijke consultatie is gegund relatief beperkt, ook zijn tijdens de consultatieperiode diverse andere adviesaanvragen op het terrein van het straf(proces)recht ontvangen.

Zo zijn nog enkele volledig nieuwe onderwerpen aan het herziene wetboek toegevoegd. Ook is advies gevraagd over voorstellen die voortvloeien uit het regeerakkoord. Deze voorstellen zouden vooruitlopend op het gemoderniseerde wetboek in werking moeten treden.

Daarnaast zijn de gewijzigde versies van de boeken 1 en 2, waarover eerder advies is uitgebracht, halverwege de consultatieronde aan partijen toegezonden. De keuze van Wetgeving om transparant te zijn in de na consultatie aangebrachte wijzigingen wordt bijzonder gewaardeerd. De tijd die beschikbaar was voor het bestuderen en verwerken was echter te krap.

Het betrekken van de gewijzigde versies van de boeken 1 en 2 bij het onderhavige advies is dan ook helaas niet (volledig) gelukt. Dat geldt voor de advocatuur, die als enige niet in de positie is experts voor dit project vrij te stellen, maar naar wij begrepen hebben ook voor andere partijen.

Dit alles komt de benodigde samenhang tussen de verschillende voorstellen en de advisering daarover niet ten goede.

Wij geven u dan ook in overweging om, zoals ook door de Raad voor de Rechtspraak in zijn advies verzocht, aan betrokken partijen een *eindadvies* te vragen nadat alle onderdelen in consultatie zijn geweest en de adviezen daarover in de verschillende

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

conceptwetsvoorstellen zijn verwerkt. Dat draagt bij aan de uiteindelijke kwaliteit van het nieuwe wetboek en zou bovendien passen bij het karakter van dit project.

De afgelopen jaren is door alle partijen veel tijd en energie gestoken in de informele en formele advisering. Die inspanning vraagt om de mogelijkheid van een opmaken van een 'eindbalans', niet om een overhaast einde.

In bijgaand advies is ervoor gekozen de -vanuit het belang van een goede rechtsbedeling en adequate rechtsbescherming- meest in het oog springende thema's uit de boeken 3 t/m 6 te becommentariëren. In de bijlage wordt voorts ingegaan op de bepalingen over het verschoningsrecht uit de boeken 1 en 2. Hetgeen in hoofdstuk 4.2 van boek 6 wordt voorgesteld geeft daartoe aanleiding.

Het advies is niet uitputtend. Uit het feit dat bepaalde onderwerpen niet besproken worden kan geen instemming worden afgeleid. Ook behouden wij ons het recht voor in een later stadium nog of nogmaals op onderdelen te reageren.

Op basis van de voorstellen zoals ze er nu liggen constateert de NOvA dat belangrijke stappen zijn gezet om te komen tot een evenwichtig wetboek maar dat de balans tussen het opsporingsbelang enerzijds en een adequaat niveau van rechtsbescherming anderzijds helaas niet is bereikt.

Het advies is daarom veelal opbouwend kritisch van aard. Het bevat enkele belangrijke suggesties ter aanvulling van de voorstellen en het signaleert belangrijke punten van zorg. Het advies gaat ook in op de positieve ontwikkelingen die het nieuwe wetboek laat zien.

Om met het laatste te beginnen: de NOvA merkt op dat de wetsvoorstellen het weer mogelijk maken dat door politie of justitie gemaakte fouten in het strafproces kunnen worden gesanctioneerd. Sanctionering binnen het strafproces biedt meer garanties dat (vergelijkbare) fouten in de toekomst worden voorkomen. Dat is voor de integriteit van de rechtsbedeling en vanuit het perspectief van de rechtsbescherming bezien positief.

Een andere positieve ontwikkeling, die in de boeken 1 en 2 is ingezet, is dat in de nieuwe procedure rondom inbeslagname van verschoningsgerechtigde stukken wordt geregeld dat de rechter-commissaris zich voortaan bij zijn beoordeling slechts nog kan laten bijstaan door medewerkers van zijn eigen kabinet en niet door opsporingsambtenaren. Een goede ontwikkeling, omdat zo'n screening door een van de opsporing zichtbaar onafhankelijke instantie moet geschieden. Dat duidt erop dat de wetgever het verschoningsrecht als beginsel in een rechtsstaat serieus neemt. Het advies biedt handvatten om deze gedachte door te trekken in de overige boeken.

Er zijn ook voorstellen waarbij de NOvA de veronderstelde bedoeling op zichzelf onderschrijft maar de uitwerking met enige aarzeling tegemoet ziet. Dat geldt bijvoorbeeld ten aanzien van de beoogde werking van de zogenoemde 'procesinleiding'. Zo lang van de wetsvoorstellen geen enkele prikkel uit gaat om processtukken zo snel als mogelijk aan de verdediging te verstrekken, zal de gewenste 'beweging naar voren' niet kunnen slagen. Het advies gaat hier nader op in.

Naast (potentiële) verbeteringen en kansen zijn er elementen die grote zorg baren. Het gaat dan bijvoorbeeld over de vraag of het ondervragingsrecht ter zitting in de nieuwe plannen voldoende kan worden geëffectueerd, of de verdediging bij een gedelegeerd RC-verhoor dezelfde rechten zal

houden als bij een RC-verhoor en over de nieuwe inrichting van het hoger beroep. Ook hierover leest u meer in bijgaand advies.

Tot slot merken wij graag nog het volgende op.

De verantwoordelijkheden die het nieuwe wetboek oplegt aan de advocaat, zijn groot. De positie die de raadsman in het herziene Wetboek van Strafvordering zal innemen, is belangrijk. Het voorgestelde systeem zal moeizaam functioneren in gevallen waarin een verdachte niet door een raadsman zal worden bijgestaan.

De NOvA constateert dat bij het ontwerp van het nieuwe wetboek de (financiële) krapte waarmee de praktijk van de strafrechtpleging in toenemende mate te maken heeft, een belemmerende factor is.

Tot op heden is er geen zicht op zelfs maar een begin van de investeringen die nodig zijn om deze ontwikkeling te keren.

Wanneer deze ontwikkeling geen halt zal worden toegeroepen, zullen dientengevolge steeds meer verdachten het zonder advocaat moeten doen. Het resultaat van het herziene Wetboek van Strafvordering zal zijn dat strafrechtelijke procedures minder efficiënt zullen verlopen dan de huidige procedures. Het systeem zal trager en uiteindelijk ook duurder worden. Dat is niet alleen zorgelijk vanuit het oogpunt van een goede rechtsbedeling, het is bovendien in strijd met de doelstellingen van het project.

Over die notie gaan wij graag nader met u in gesprek, net als over de overige punten. Een uitnodiging daartoe zien wij graag tegemoet.

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

ADVIES

Van	:	adviescommissie strafrecht
Datum	:	30 juli 2018
Betreft	:	**wetsvoorstellen tot herziening Boeken 3 - 6 Wetboek van Strafvordering (project modernisering)**

I. Samenvatting belangrijkste opmerkingen blz. 6

II. Algemene inleiding blz. 10

III. Voorbereiding van de terechtzitting blz. 12
- Dagvaarding wordt procesinleiding
- Termijn opgeven onderzoekswensen, waaronder getuigen
- Processtukken
- Schriftelijke ronde

IV. De getuigenregeling blz. 16
- Samenvatting getuigenregeling in wetsvoorstel (in gehele samenhang)
  - *Vooronderzoek: rechter-commissaris (boek 2)*
  - *Getuigenregeling na de procesinleiding (boeken 3-6)*
- Commentaar ACS op de voorgestelde getuigenregeling
  - *Onmiddellijkheidsbeginsel*
  - *Getuigencriterium*

V. Processuele sancties op onrechtmatig handelen blz. 27
- Inleiding
- Bewijsuitsluiting
- Niet-ontvankelijkheid
- Strafvermindering

VI. Benadeelde partij/slachtoffer blz. 31
- Inleiding
- Aanwezigheidsplicht verdachte
- Zelfstandig recht op hoger beroep
  - *Gevolgen voor (proces)positie benadeelde partij: praktische aspecten van de voorgestelde regeling*

VII. Hoger beroep blz. 37
- Inleiding – uitgangspunten – principiële stellingname
- Hoger beroep gericht op bezwaren
- Regie voorzitter
- Beslismodel en besliscriteria
- Ambtshalve beoordeling
- Unusrechtspraak

VIII. Bijzondere procedures blz. 45
- Beklag tegen inbeslagneming gegevens (incl. verschoningsrecht)

- Schadevergoeding en kosten
- Jeugdigen en jong volwassenen
- Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

Bijlage: Verschoningsrecht blz. 64

I. Samenvatting belangrijkste opmerkingen

- De advocatuur heeft vanaf het begin van dit herzieningstraject met argumenten betoogd dat wijziging van de wet niet de oplossing is voor de werkelijke knelpunten die een stroperige strafprocedure veroorzaken. Die werkelijke oorzaken liggen niet in de wet maar in de gebrekkige organisatorische functionering van met name politie en justitie, maar soms ook de rechterlijke macht. Een slagvaardige oplossing voor de vele praktische knelpunten die zich in de loop naar en tijdens het strafproces kunnen voordoen wordt niet bereikt. De ACS is zich ervan bewust dat het in de praktijk niet mogelijk zal zijn alle organisatorische problemen op te lossen maar is nog altijd onaangenaam getroffen door de afwezigheid in de wetsvoorstellen van enige prikkel om de betreffende organisaties meer praktisch te laten werken. Opvallend in dit verband is, bijvoorbeeld, dat wel wordt voorgesteld de verdediging in bepaalde gevallen aan termijnen te binden, maar dat dergelijke voorstellen ten aan zien van openbaar ministerie, politie en rechterlijke macht ontbreken. Het laat zich aan het publiek en aan de verdachte of de klager moeilijk uitleggen waarom het maanden en maanden moet duren voordat een getuige gehoord wordt, voordat de verdachte processtukken ontvangt of voordat een klaagschrift tegen het in beslag nemen van voorwerpen of gegevens wordt behandeld. Zelfs waar een deel van de oplossing wellicht te vinden is in het ter beschikking stellen van extra middelen moet de ACS constateren dat de wetgever zijn verantwoordelijkheid in deze wetsvoorstellen niet neemt. Dat betreurt de ACS zeer en is een gemiste kans. De ACS roept de wetgever en het parlement op om voor de oplossing van deze werkelijke knelpunten meer aandacht te hebben en middelen ter beschikking te stellen.

- Dit laatste geldt overigens ook voor de wijze waarop de overheid meent nog altijd te kunnen doorgaan met het bezuinigen op de beloning van (strafrecht)advocaten. De ACS ziet dat deze bezuinigingen steeds meer weerslag krijgen in de praktijk: goede en gedreven strafrechtadvocaten hangen hun toga aan de wilgen omdat de basiskosten voor het voeren van de praktijk uit toevoegingsgelden eenvoudigweg niet meer zijn op te brengen. Verdachten zien meer en meer af van het inschakelen van een advocaat omdat dit te duur voor hen wordt. En als zij een advocaat inschakelen, wordt steeds vaker de opdracht gegeven geen volledige verdediging te voeren omdat de kans bestaat dat de verdachte bij veroordeling opdraait voor een deel van de beloning van zijn advocaat. De huidige voorstellen gaan er van uit dat en verdachte een advocaat heeft, zodat via die advocaat vaart in de procedure kan worden gehouden. Het aantal verdachten zonder advocaat stijgt echter meer en meer, waardoor het met de herziening beoogde doel steeds verder uit het zicht raakt.

- De voorgestelde termijnen waarbinnen door de verdediging onderzoekswensen kunnen worden opgegeven aan de voorzitter van de rechtbank nadat de procesinleiding is betekend zullen in de praktijk te kort blijken waardoor het beoogde doel (een vlottere procesgang) niet wordt bereikt. Dit geldt met name, maar niet alleen, voor de (veel voorkomende) gevallen waarin een verdachte pas op het laatste moment besluit een advocaat in te schakelen.

- Het met de procesinleiding en daarbij behorende regiefunctie van de voorzitter beoogde succes staat of valt met de vraag of de verdediging tijdig beschikt over de processtukken. In de huidige praktijk is dat vaker niet dan wel het geval met vertraging

als gevolg. De ACS heeft bij meerdere gelegenheden gewezen op dit voor de praktijk zo belangrijke knelpunt. De ACS is teleurgesteld dat in de huidige voorstellen geen enkele prikkel is te vinden voor (de organisaties van) politie, justitie en rechterlijke macht om dit knelpunt beter op te lossen. De ACS beveelt met klem aan dat hierover alsnog wordt nagedacht en een prikkel wordt ingebouwd. Gebeurt dat niet, dan is in de ogen van de ACS de beoogde "beweging naar voren" (waarvan de ACS de voordelen zeker ziet) tot mislukken gedoemd.

- De ACS meent dat de wetgever het uitgangspunt dat het (belangrijkste) bewijs ter zitting moet worden gepresenteerd beter in de wet zou moeten verankeren. Daarmee is de openbare controle van de strafrechtspraak gediend en krijgt de verdediging concretere kansen om in voorkomende gevallen de rechter vaker te dwingen het belangrijkste bewijs nogmaals en zo direct mogelijk (door de getuige zelf op zitting te horen) te toetsen. Een werkelijke procedure op tegenspraak wordt daarmee beter vorm gegeven. Het leidt ook tot een beter begrip van de zaak bij het publiek. De voorliggende wetsvoorstellen staan te zeer in het teken van het "panklaar maken" van de zitting in de fase van het vooronderzoek. Voor een groot deel van de zaken zal dit wellicht volstaan, maar het blokkeert in de praktijk te veel de toepassing van het onmiddellijkheidsbeginsel in zaken waarin de verdediging daartoe een gemotiveerd verzoek doet. De ACS meent dat de rechter gestimuleerd zou moet worden om zijn, op dit moment vrijwel volledig passieve, rol actiever in te vullen door verzoeken van de verdediging welwillender te beoordelen of ambtshalve getuigen op zitting te laten komen. De afwikkeling van strafzaken staat op dit ogenblik meer dan ooit in de belangstelling van pers, politiek en publiek, met name slachtoffers. Het vaker toepassen van het onmiddellijkheidsbeginsel komt aan deze belangstelling en publieke toetsing in voorkomende gevallen meer tegemoet dan het op papier panklaar maken van de zaak in een niet openbare voorfase. Bovendien neemt het EVRM en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) nog altijd het onmiddellijkheidsbeginsel als uitgangspunt en geeft het daardoor de verdachte in beginsel het recht om (belangrijke) getuigen ter zitting te horen. Nederland wijkt in dit opzicht veel te veel af van de meeste ons omringende landen.

- Het wettelijk verankeren van de mogelijkheid een schriftelijke ronde in te lassen zal er toe leiden dat het Nederlandse strafproces nog verder af raakt van het onmiddellijkheidsbeginsel. Daarin schuilt een gevaar van de schriftelijke ronde. Als de wetgever aan dit onderdeel vasthoudt, beveelt de ACS wel aan in de wet vast te leggen dat in de schriftelijke ronde door verdediging of openbaar ministerie ingenomen standpunten als ter zitting herhaald en ingelast dienen te worden beschouwd.

- Het wetsvoorstel maakt het mogelijk getuigen te verplichten te verschijnen op een uitnodiging tot verhoor door de politie indien de RC het verhoor aan de politie over laat (delegeert). Om onduidelijkheid te voorkomen beveelt de ACS aan in de wet op te nemen dat de verdachte (en de getuige) dezelfde rechten hebben bij zo'n politieverhoor als bij een RC-verhoor.

- Met betrekking tot het criterium dat wordt gebruikt om verzoeken tot het horen van getuigen te beoordelen beveelt de ACS aan om terug te keren naar het eerder, in het kader van de herziening, voorgestelde *relevantiecriterium*: een verzoek tot het

oproepen van een getuige moet worden ingewilligd indien redelijkerwijs valt aan te nemen dat deze iets kan verklaren dat van belang is of kan zijn voor enige, naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting door de rechter te nemen beslissing.

- De ACS is enthousiast over het voorstel het huidige artikel 359a Sv vervangen door een regeling waarbij de mogelijke sancties op onrechtmatig handelen in de betreffende strafzaak zelf kunnen worden toegepast. Hiervan gaat een krachtiger en efficiënter signaal uit waardoor onrechtmatig handelen beter kan worden voorkomen. Een sanctionering buiten de strafzaak om werkt niet en bovendien is zo'n 'extern' sanctioneringssysteem nimmer van de grond gekomen.

- Het introduceren van een zelfstandig hoger beroep voor de benadeelde partij is niet alleen een tamelijk ingrijpende systeembreuk die door de wetgever niet goed lijkt te zijn doordacht, maar leidt ook tot praktische bezwaren en mogelijk onbedoelde consequenties die zowel voor de benadeelde partij als voor de verdachte nadelig kunnen uitpakken. De ACS meent dan ook dat de gerechtvaardigde belangen van de benadeelde partij beter op andere wijze kunnen worden gediend dan met een zelfstandig appelrecht. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat de positie van het slachtoffer in de afgelopen jaren al op zeer veel punten is verbeterd en moet worden gewaakt voor het te ver doorschieten van een 'slachtofferminded' strafproces waardoor bij benadeelden verwachtingen worden gewekt die in de praktijk niet kunnen worden waargemaakt.

- De keuze die in de voorstellen wordt gemaakt, voor het verder uitbouwen van het voortbouwend karakter van het hoger beroep, onderschrijft de ACS niet. Er valt weinig van te verwachten, terwijl het – zeker op de middellange termijn – wel de vrees gestalte kan doen geven dat de rechtsbescherming afneemt.
  Dit geldt te meer wanneer daarbij in aanmerking wordt genomen dat het belang van een grondige behandeling in de laatste feitelijke instantie alleen maar toe zal nemen met de 'terugtrekkende beweging' die de Hoge Raad – beleidsmatig – maakt, onder meer door ruime toepassing van de mogelijkheden die hem door de wetgever zijn vergund in art. 80a en 81 RO. Een hoogste rechter die zich minder geroepen voelt recht in de voorliggende casus te doen, legt veel druk op de feitenrechters, die onmiskenbaar wel voor die taak staan (recht doen in feitelijke instantie). Die ontwikkeling vraagt niet om minder recht in hoger beroep, maar juist om meer recht en rechtsbescherming. Daarbij past het niet of althans niet goed om het hoger beroep tot een keuzemenu te laten verworden. De 'slimme' verdachte zal daarmee wellicht zijn voordeel kunnen doen, het gros zou er de dupe van kunnen worden. Meer overkoepelend bekeken lijkt te kunnen worden opgemerkt dat de kans op gerechtelijke fouten/onjuiste beslissingen zal toenemen door het vernauwen van het hoger beroep.

- Digitalisering heeft in onze maatschappij een hoge vlucht genomen. De rol die digitalisering speelt bij onze hedendaagse communicatie is enorm. Inmiddels is het besef ontstaan dat privacy steeds meer gevaar loopt en bescherming moet worden geboden, tegen een al te gemakkelijke uitwisseling van informatie. Die uitwisseling geschiedt maar al te vaak voor een ander doel dan waarvoor de uitwisselaar de gegevens heeft verkregen. Algeheel heerst het gevoel dat bescherming moet worden geboden tegen een al te gemakkelijk verlies van het beheer over gegevens. Te

midden van deze ontwikkelingen acht de ACS het onbegrijpelijk dat wordt voorgesteld de mogelijkheid om een klacht in te dienen tegen inbeslagneming van gegevens te schrappen omdat de betrokkene zelf na inbeslagneming vaak ook nog over de gegevens blijft beschikken; de in beslag name vindt immer vaak plaats door van de gegevens een kopie te maken. Daardoor kan iemand bij wie zijn gegevens in beslag zijn genomen niet meer klagen over het feit dat grote hoeveelheden, voor het strafrechtelijke onderzoek volkomen irrelevante gegevens in beslag worden genomen en niet meer worden terug gegeven. De ACS beveelt dringend aan om het klachtrecht tegen inbeslagneming van gegevens, dat in het huidige recht wel mogelijk is, ook in deze wetsvoorstellen te handhaven. De jurisprudentie is heel wel in staat om eventuele praktische problemen die hierdoor voor het openbaar ministerie en de politie bestaan, op te lossen.

- De ACS beveelt met klem aan om de verschoningsgerechtigde en degene wiens vertrouwelijke communicatie door het verschoningsrecht wordt beschermd de mogelijkheid te geven een klaagschrift in te dienen indien de officier van justitie - om welke reden dan ook - verzuimt de beoordeling van mogelijk verschoningsgerechtelijke stukken en data aan de rechter-commissaris voor te leggen. Die mogelijkheid bestaat onder het huidige recht wel, maar is - naar de ACS vermoedt abusievelijk - niet in de wetsvoorstellen teruggekeerd. Het antwoord op de vraag of een rechtssysteem rechtsstatelijk kan functioneren hangt af het systeem voldoende *checks en balances* heeft. Een check op een goede naleving door de overheid van de regels omtrent het verschoningsrecht behoort hierbij tot de belangrijkste in een rechtsstaat.

- Het voorstel voor boek 6 bespreekt ook een wijziging met betrekking tot de regels omtrent het verschoningsrecht die alsnog in de voorstellen voor boek 2 zal worden doorgevoerd. Voor de ACS is dit aanleiding nogmaals aandacht te vragen voor de belangrijke rol die de bescherming van het verschoningsrecht ook in het nieuwe wetboek zou moeten spelen. Daarbij past niet dat, zoals nu het geval is, de screening van mogelijk verschoningsgerechtelijke stukken in de praktijk in handen ligt van het openbaar ministerie en de politie in plaats van in handen van een onafhankelijke rechter-commissaris. De ACS beveelt dan ook aan om niet alleen de regie van die screening maar ook de uitvoering daarvan volledig in handen te leggen van het kabinet van de rechter-commissaris en dat zo nodig gepaard te laten gaan met overheveling naar de rechterlijke macht van daarvoor benodigde financiële middelen.

- De ACS juicht de voorstellen met betrekking tot de vergoeding van schade en kosten in algemene zin toe. Zij pleit wel voor invoering van een recht op cassatieberoep, zowel voor de belanghebbende als voor het openbaar ministerie. Subsidiair pleit de ACS ervoor om – gelijk nu het geval is bij beklag tegen inbeslagneming (art. 552a) – de mogelijkheid van hoger beroep bij het gerechtshof te vervangen door cassatieberoep bij de Hoge Raad.

- Met betrekking tot de voorstellen voor het stellen van prejudiciële vragen, door feitenrechters, aan de Hoge Raad beveelt de ACS aan nog eens kritisch te bezien of die mogelijkheid niet ook zou moeten worden opengesteld voor andere procedures, zoals de beklagprocedure, voorlopige hechtenis of verzoeken tot vergoeding van schade en kosten. Voorts wordt aanbevolen de termijnen voor de prejudiciële-vragen-

procedure te verkorten zodat vertraging, met name in zaken waarin de verdachte in voorlopige hechtenis zit, zo veel mogelijk te voorkomen.

II. Algemene inleiding

Samenhang

1. Gelet op de snelheid waarmee het project Modernisering tot nu toe loopt (ook al is inmiddels wel enigszins getemporiseerd) en het belang dat een algehele herziening van het wetboek heeft voor een doeltreffend functioneren van het wetboek in de nabije en verre toekomst, acht de ACS het zinvol dat betrokken organisaties gelegenheid wordt gegeven opnieuw te reageren indien voorstellen ná de consultatiefase opnieuw worden gewijzigd, zoals nu bij de voorstellen voor de boeken 1 en 2 aan de orde is. Alleen dan kan de onderlinge samenhang van de diverse onderdelen van het wetboek goed in beeld worden gebracht en worden beoordeeld.

Waardering

2. *De* ACS heeft waardering voor een aantal onderdelen van de voorstellen, herinvoering van de mogelijkheid tot sanctionering van onrechtmatig handelen binnen het strafproces zelf, de procesinleiding en de daarbij behorende versterkte regiefunctie van de voorzitter. Met betrekking tot het laatste punt maakt de ACS zich wel grote zorgen dat niet aan de randvoorwaarden wordt voldaan om hiervan een succes te maken. Die randvoorwaarden betreffen met name het zo vroegtijdig mogelijk verstrekken van processtukken aan de verdediging en het toepassen van redelijke en realistische termijnen, welke termijnen dan overigens tevens aan het openbaar ministerie gesteld zouden moeten worden. Met betrekking tot de sanctionering zou de memorie van toelichting nadrukkelijker kunnen vermelden dat het de bedoeling is dat deze mogelijkheid in de praktijk slechts een symbolische toepassing krijgt: daadwerkelijke sanctionering kan een effectieve bijdrage zijn aan het voorkomen van onrechtmatig handelen in de opsporing en vervolging.

"Processtukken" en "verdachte zonder raadsman"

3. Het uitgangspunt bij de wetvoorstellen voor de boeken 3-6 is (evenals bij de boeken 1 en 2) dat er sprake is van een adequaat reagerende verdachte die tijdig is voorzien van een raadsman en tijdig de beschikking heeft over een compleet procesdossier.

4. Dit uitgangspunt is onjuist en miskent de realiteit. In het advies ten aanzien van de herziening van de boeken 1 en 2 (hierna "boeken 1 en 2") heeft de ACS meerdere malen opgemerkt dat de praktijk laat zien dat een verdachte in een substantieel aantal gevallen nog niet voorzien is van rechtsbijstand. De wetsvoorstellen leunen te zwaar op de aanwezigheid van een raadsman, terwijl de praktijk is dat als gevolg van allerlei maatregelen steeds meer verdachten zullen afzien van rechtsbijstand of die tot een minimum zullen beperken. De terugvorderingsregeling die het mogelijk maakt dat van de veroordeelde verdachte de kosten van rechtsbijstand na toevoeging alsnog worden teruggevorderd, is inmiddels van kracht. Er zijn al gevallen uit de praktijk bekend dat verdachten om die specifieke reden afzien van een aan hem of haar toegevoegde advocaat, dan wel er bewust voor kiezen om bijvoorbeeld de getuigenverhoren zelf te doen in plaats van zijn of haar toegevoegde advocaat dit te laten doen.

In breder verband wordt ten aanzien van het onjuiste uitgangpunt verwezen naar wat de ACS daarover in het advies ten aanzien van de wetsvoorstellen tot herziening van boeken 1 en 2 heeft opgemerkt.[1] In verband met de relevantie van dat advies voor het onderhavig advies wordt die alinea hier integraal weergegeven:

> *"Door de steeds scherpere inkomenstoets en verplichte (hogere) eigen bijdragen, te betalen aan toegevoegde advocaten, door de mogelijkheid dat een veroordeelde moet bijdragen aan de kosten van de strafvordering[2] en door de in het vooruitzicht gestelde maatregel dat de veroordeelde verdachte achteraf een deel van de toevoegingsvergoeding zelf moet betalen[3] zullen steeds meer verdachten afzien van rechtsbijstand of die rechtsbijstand tot een minimum beperken. Het aantal verdachten dat geen raadsman inschakelt is nu al substantieel en zal door de bezuinigingsmaatregelen alleen maar groeien. Dat heeft niet alleen gevolgen voor de kwaliteit van de rechtsbijstand, die zal afnemen. Het heeft ook gevolgen voor het effect van allerlei maatregelen waarvan de wetgever nu verwacht dat deze door een raadsman namens de verdachte zullen worden uitgevoerd en tot een vlottere procedure zal leiden. Het aantal zaken dat niet op tegenspraak wordt afgewikkeld zal stijgen met gevolgen voor het tijdstip waarop zo'n zaak onherroepelijk zal zijn. De verdachte zonder rechtsbijstand geeft van tevoren geen onderzoekswensen op, maar verschijnt (soms) onverwacht ter zitting en roept iets waaruit de rechter wellicht moet afleiden dat nader onderzoek nodig is. De wetsvoorstellen leunen te zwaar op de aanwezigheid van een raadsman."*

Geen systematische fundering, maar een ad hoc benadering

5. Net als in het advies met betrekking tot boeken 1 en 2, mist de ACS ook in de voorstellen voor boeken 3 - 6 een systematische fundering van de gemaakte keuzes. Er worden überhaupt geen of weinig principiële keuzes gemaakt, waarbij wordt gekozen voor een uitgedacht systeem waar steeds op kan worden teruggegrepen. In plaats daarvan zien wij in de wetsvoorstellen veelal ad hoc oplossingen (soms voor niet bestaande problemen) en voorstellen tot ad hoc modellen. Een duidelijk voorbeeld van een ad hoc model is het voorstel over hoger beroep.[4]

---

[1] Preadvies Boeken 1 en 2, randnummer 13

[2] De ACS stelt met tevredenheid vast dat het wetsvoorstel eigen bijdrage van veroordeelden aan de kosten van de strafvordering en de slachtofferzorg per 1 november is ingetrokken. Dit betekent echter niet dat het gevaar dat steeds meer verdachten zonder raadsman naar een zitting gaan, is verdwenen; daarvoor zijn er al teveel bezuinigingsmaatregelen in werking getreden.

[3] Per 1 maart 2017 is de Maatregel kostenverhaal draagkrachtig veroordeelden (aanpassing artikel 43 lid 3 en 4 Wet op de rechtsbijstand) in werking getreden. Indien aan een verdachte op last van de rechtbank een advocaat is toegevoegd, bijvoorbeeld omdat de verdachte in voorlopige hechtenis is genomen en daardoor rechtsbijstand nodig heeft, en de verdachte vervolgens wordt veroordeeld, dan kan de aan de advocaat uitgekeerde vergoeding op de verdachte worden verhaald indien zijn inkomen en/of vermogen te hoog is om op basis van de inkomenstoets voor een toegevoegde advocaat in aanmerking te komen. De lat van de inkomenstoets ligt laag, zodat men zich bij het begrip "draagkrachtig" in de meeste gevallen niet moet voorstellen dat het om in weelde levende verdachten gaat. Deze maatregel kan indirect een negatieve invloed hebben op de kwaliteit van de gevoerde verdediging. De advocaat die op basis van zijn analyse van het dossier zijn cliënt adviseert om een x-aantal getuigen op te roepen om te worden gehoord moet zijn cliënt daarbij informeren dat als hij desondanks wordt veroordeeld het bedrag aan toevoegingskosten dat op hem kan worden verhaald kan stijgen omdat de advocaat gelet op het door hem geleverde meerwerk een hogere vergoeding krijgt. Voorstelbaar is dat een verdachte op grond van een puur financiële afweging zal besluiten geen verzoek tot het horen van die getuigen in te dienen.

[4] Zie hierna randnummer 110 e.v.

6. Bij deze ad hoc benadering past ook het niet voldoende doordenken over de vraag welke de werkelijke oorzaken van de problemen in de strafrechtketen zijn. De ACS maakt van deze gelegenheid gebruik om nogmaals te benadrukken dat strafprocedures in de praktijk niet in de eerste plaats traag verlopen omdat bijvoorbeeld de verdediging haar onderzoekswensen niet tijdig zou doen, maar omdat:
   - de verdediging de definitieve tenlastelegging en de volledige processtukken vaak met grote vertraging ontvangt;
   - de overbelaste kabinetten rechter-commissaris soms maanden doen over het nemen van een beslissing op een verzoek om getuigen te horen en dan nog eens maanden over het oproepen van de getuige, waarna het verhoor van de getuige pas maanden later daadwerkelijk kan plaats vinden. Wanneer de getuige dan vervolgens - om welke reden dan ook - niet verschijnt neemt het opnieuw inplannen en oproepen nogmaals geruime tijd in beslag;
   - politie en justitie in de praktijk zeer moeilijk te bereiken zijn, voor advocaten vooral als het gaat om het maken van afspraken of het uitwisselen van gedachten of standpunten in een concrete zaak;
   - de logistieke problemen bij de rechtbanken zelf steeds knellender worden.

7. Wil men bereiken dat strafprocedures vlot verlopen dan zal in de eerste plaats moeten worden geïnvesteerd in het opzetten van een systeem dat de *capaciteit* heeft om de processtukken meteen te verstrekken, vlot te beslissen op onderzoekwensen, en om getuigen snel en effectief op te roepen en te horen in het bijzijn van de verdachte en zijn raadsman. Is die capaciteit er niet dan zullen strafprocedures altijd traag blijven verlopen.

III. Voorbereiding van de terechtzitting

Dagvaarding wordt procesinleiding

8. De dagvaarding zal verdwijnen en wordt vervangen door het systeem van de procesinleiding. De ACS acht het systeem van procesinleiding op zichzelf nuttig. De ACS merkt evenwel op dat er onvoldoende aandacht lijkt te zijn voor de groep verdachten die, ook nu al, pas in actie komen c.q. zich tot een raadsman wenden op het moment dat de dag van de zitting aanstaande is dan wel op het moment dat men een officieel schrijven ontvangt waarin een vervolging wordt aangekondigd. Deze groep kan door de invoering van de het nieuwe systeem van de procesinleiding een extra nadeel ondervinden, met name vanwege het verstrijken van bepaalde termijnen zoals die voor het opgeven van onderzoekswensen. De omvang van deze groep mag niet onderschat worden.

Termijn opgeven onderzoekswensen, waaronder getuigen

9. Het systeem van de procesinleiding heeft, zoals hierboven al benoemd, belangrijke consequenties voor (de termijn voor) het opgeven van onderzoekswensen, waaronder getuigen en daarmee het criterium waaraan de verzoeken getoetst dienen te worden.

10. In het voorstel wordt een onderscheid gemaakt tussen tijdig en niet tijdig gedane verzoeken. De tijdig (want binnen twee/vier weken na betekening van de procesinleiding) gedane verzoeken worden beoordeeld volgens het verdedigingscriterium, andere verzoeken volgens het noodzaakcriterium. Maar ook wanneer zal worden teruggekeerd

naar één getuigencriterium, zoals de ACS voorstelt[5] kan het van belang zijn of een getuigenverzoek tijdig is gedaan.
Na betekening van de procesinleiding heeft de verdachte volgens art. 4.1.1.4 lid 3 twee weken de tijd om onderzoekswensen zoals getuigen op te geven aan de voorzitter. Deze termijn kan door de voorzitter op verzoek met twee weken worden verlengd. Dat betekent dat de verdediging in het beste geval vier en in alle andere gevallen twee weken de tijd heeft voor het opgeven van deze onderzoekswensen.

11. De ACS acht deze termijn in tal van gevallen te kort. Dat is het geval wanneer sprake is van een omvangrijk dossier, zeker als dit nog niet eerder (volledig) was verstrekt. In de huidige praktijk worden in omvangrijke zaken nog veelvuldig in plukjes steeds nieuwe stukken aan het dossier gevoegd, ook na het uitbrengen van de dagvaarding ter zake van bijvoorbeeld een regiezitting. Maar ook wanneer nog een toevoeging moet worden afgegeven, kan de termijn (te) kort zijn, bijvoorbeeld als de advocaat in kwestie niet deelneemt aan de high trustregeling van de Raad voor Rechtsbijstand of wanneer een peiljaarverlegging noodzakelijk is. Maar zelfs een gewone vakantie van verdachte (bijvoorbeeld bij uitreiking aan een huisgenoot) of advocaat (als de verdachte niet door diens vervanger wil worden bijgestaan) kan ertoe leiden dat de termijn gaat klemmen. En dan hebben we nog het al genoemde veel voorkomende probleem dat de verdachte zich in een laat stadium tot een raadsman wendt, meestal pas wanneer de zittingsdatum aanstaande is.

12. Ten opzichte van de thans geldende termijn (10 dagen voor de zitting) wordt van de verdediging een veel vroeger optreden gevraagd. De ACS vraagt zich af of dat zinvol is. Te verwachten valt dat, in de regel, tussen de betekening van de procesinleiding en de dagbepaling de nodige tijd zal verstrijken. Het beoogde systeem zou ertoe moeten leiden dat pas zittingscapaciteit wordt gereserveerd nadat duidelijkheid is verkregen over de getuigen die (mogelijk) zullen worden gehoord. In het huidige systeem wordt die duidelijkheid pas verkregen nadat de zitting is ingepland. Het lijkt logisch dat dit laatste systeem tot meer aanhoudingen leidt. In die zin kan voor de voorgestelde regeling begrip worden opgebracht. Maar de korte termijnen, en de gevallen waarin zij onredelijk zullen zijn, zullen er onvermijdelijk toe leiden dat in allerlei situaties een behoefte zal ontstaan aan uitzonderingen of bijzonderheden (zoals ook gebeurde met de voorschriften die met de wet stroomlijnen hoger beroep zijn ingevoerd).[3]
De voorgestelde regeling zal blijven voorzien in de mogelijkheid na de oproeping getuigen op te geven (art. 4.1.2.3). En naarmate de termijn van twee weken na de betekening van de procesinleiding vaker te kort zal worden gevonden, zal van die mogelijkheid vaker gebruik gemaakt worden. Het criterium aan de hand waarvan deze verzoeken dienen te worden beoordeeld lijkt niet vast te staan. De rechter krijgt daarmee ook de ruimte voor het formuleren van uitzonderingen en bijzonderheden. En dan schiet de regeling haar doel weer voorbij, zeker als de gevallen talrijk worden.

13. Aan dit bezwaar zou tegemoet kunnen worden gekomen door (in ieder geval voor niet-standaardzaken)[4] een langere termijn (bijvoorbeeld twee maanden na betekening van de procesinleiding) voor het opgeven van getuigen te geven. Het aantal gevallen waarin de termijn gaat knellen, zal dan zeker afnemen. Maar er zullen ook gevallen blijven bestaan

[5] Zie randnummer 68

waarbij ook twee maanden in redelijkheid nog niet voldoende is (bijvoorbeeld wanneer het dossier blijft "groeien").

14. Alles overziende is de ACS van oordeel dat de beste oplossing is, het meteen aan de voorzitter over te laten om te bepalen welke termijn redelijk is. De voorzitter kan het van de aard van de zaak en andere omstandigheden laten afhangen hoeveel tijd hij geeft voor het formuleren van onderzoekswensen. Om de verdediging tegen willekeur te beschermen zou een termijn van vier of zes weken als wettelijk *minimum* gesteld kunnen worden.
Aan de verdachte *die nog geen raadsman heeft* zou naar het oordeel van de ACS door de voorzitter in de procesinleiding eerst nog een korte maar redelijke termijn dienen te worden gesteld voor inschakelen van een raadsman – die vervolgens automatisch de processtukken meteen toegezonden zou moeten krijgen. Te denken is aan een termijn van tenminste twee weken, en tenminste vier weken wanneer de verdachte in het buitenland woont.

15. Een regeling die het bepalen van de redelijke termijn voor het opgeven van onderzoekswensen aan de voorzitter overlaat, lijkt ook het beste aan te sluiten op het vierde lid van art. lid 4.1.1.4. Dat artikellid stipuleert dat de voorzitter de officier van justitie gelegenheid geeft te reageren. Een termijn wordt daarbij niet genoemd, zodat het in de rede ligt aan te nemen dat die door de voorzitter dient te worden bepaald. De ACS acht dat uitgangspunt ook voor het verzoek waarop de officier van justitie mag reageren bruikbaar. De voorgestelde mogelijkheid voor de verdediging om in te stemmen met kortere termijnen (art. 4.1.1.4 lid 2) kan voorkomen dat de langere wettelijke minimumtermijnen in eenvoudige zaken voor onnodige vertraging zullen zorgen.

16. Verzoeken die binnen de door de voorzitter gestelde termijn worden gedaan moeten in elk geval als tijdig worden beschouwd. Dat behoort echter ook te gelden voor verzoeken die na het verstrijken van de termijn worden gedaan, omdat er nieuwe processtukken zijn ingebracht. In een dergelijk geval moet een getuigenverzoek ook als tijdig worden beschouwd als het korte tijd na het ter beschikking komen van die nieuwe processtukken wordt gedaan en het verzoek samenhangt met die nieuwe processtukken, zodat het redelijkerwijs niet eerder kon worden gedaan.

<u>Processtukken</u>

17. Verder is het cruciaal om op deze plaats nogmaals te benadrukken dat de verdachte en diens raadsman zo spoedig mogelijk over het complete procesdossier dienen te beschikken. Dit is een conditio sine qua non om de gewenste beweging naar voren daadwerkelijk te realiseren. Van de verdediging wordt immers verlangd zich in een zo vroeg mogelijk stadium actief op te stellen en onderzoekswensen op te geven. Deze wens kan alleen daadwerkelijk gestalte krijgen, indien de verdediging in een zo vroeg mogelijk stadium over de volledige processtukken kan beschikken, zodat de verdachte weet waartegen hij zich dient te verweren. Zoals wij in ons advies met betrekking tot boeken 1 en 2 al signaleerden, gaat van de wetsvoorstellen echter geen enkele prikkel uit

om processtukken zo snel als mogelijk te verstrekken.[6] De ACS adviseert dan ook om in het wettelijke systeem te voorzien in een dergelijke prikkel.

Schriftelijke ronde

18. In art. 4.1.1.5 wordt voorgesteld dat de voorzitter van de rechtbank ambtshalve, op vordering van de officier van justitie dan wel op verzoek van de verdediging, voorafgaande aan de inhoudelijke behandeling van de strafzaak, gelegenheid geeft voor het plaatsvinden van uitwisseling van schriftelijke standpunten (hierna: een schriftelijke ronde). Een dergelijke schriftelijke ronde kennen we thans al in het kader van de ontnemingsprocedure (huidige art. 511d Sv). In de huidige praktijk komt – in omvangrijke en meer complexe strafzaken – soms ook al in hoofdzaken een schriftelijke ronde voor.

19. De ACS is geen voorstander van het wettelijk verankeren van de schriftelijke ronde voorafgaande aan de inhoudelijke behandeling van de strafzaak. Het uitgangspunt dient immers te zijn en te blijven dat de behandeling van een strafzaak ter openbare terechtzitting plaatsvindt. Door de toelating van de-auditu-verklaringen vindt in Nederland reeds een groot deel van de behandeling van strafzaken plaats zonder (onmiddellijke) controle van een openbare terechtzitting [verwijzing naar onderwerp over getuigenregeling]. De ACS vreest dat door het wettelijk verankeren van de schriftelijke ronde een weg wordt ingeslagen waarbij strafzaken nóg meer schriftelijk en dus nóg verder buiten de controle van een openbare zitting zullen worden afgedaan. Hiermee zal nog verder afbreuk worden gedaan aan het geldende onmiddellijkheidsbeginsel.

20. Voor zover de schriftelijke ronde toch wettelijk wordt verankerd, heeft de ACS nog de volgende opmerkingen.

21. Te allen tijde dient voorkomen te worden dat door het toelaten van een schriftelijke ronde afbreuk wordt gedaan aan het openbare karakter van de terechtzitting. De schriftelijke ronde dient nadrukkelijk *ter aanvulling* op de openbare terechtzitting en niet *ter vervanging* daarvan. Ook moet ervoor worden gewaakt dat de openbare terechtzitting onnavolgbaar wordt, omdat door de partijen (teveel) wordt verwezen naar de schriftelijke standpunten. In dat verband stelt de ACS aan de orde dat aan de verdediging – ondanks het plaatsvinden van de schriftelijke ronde - nog alle ruimte zal moeten worden geboden om ter zitting alle verweren te voeren die zij voor het voeren van de verdediging van belang acht. Dit geldt te meer in verband met de eis van de Hoge Raad dat de rechter alleen op ter zitting gevoerde verweren behoeft te beslissen (en al dan niet moet motiveren). Dit brengt ons ook op de vraag of de schriftelijke standpunten – na korte aanduiding ex art. 4.2.4.1.1, vijfde lid - automatisch als ter zitting herhaald en ingelast kunnen worden beschouwd, dan wel de verdediging dit zelf nadrukkelijk zal moet verzoeken, dan wel de schriftelijke standpunten in het licht van de voornoemde cassatie-eis toch echt allemaal nog ter zitting uitgesproken moeten worden. In het verlengde hiervan speelt de vraag of de rechter ten aanzien van de schriftelijke standpunten een responsieplicht heeft. De ACS beveelt aan in de wet op te nemen dat door de verdediging (en door het openbaar ministerie) in schriftelijke rondes ingenomen

[6] Zie daarover ook het preadvies ACS t.a.v. de wetsvoorstellen boeken 1 en 2, randnrs. 34 t/m 40.

standpunten als ter zitting herhaald en ingelast dienen te worden beschouwd en in voorkomende gevallen onder de responsieplicht vallen.

IV. De getuigenregeling

Samenvatting getuigenregeling in wetsvoorstel (in gehele samenhang)

22. Het horen van getuigen vormt niet alleen de hoeksteen van de bewijsvoering maar ook van een eerlijk proces voor de verdachte, met name diens ondervragingsrecht. Volgens het wetsvoorstel Modernisering Wetboek van Strafvordering kan de verdediging op verschillende momenten de wens te kennen geven om getuigen te ondervragen. Hieronder wordt daarvan eerst een samenvatting gegeven, inclusief de voorstellen uit boek 2[7], waarna het commentaar volgt.

Vooronderzoek: rechter-commissaris (boek 2)

23. Ten eerste kan de verdachte "*die is verhoord*" aan de rechter-commissaris (hierna: RC) verzoeken om een getuige te horen en te kunnen ondervragen (en/of ander onderzoek te verrichten, art. 2.10.1.2). De RC wijst dit verzoek toe "*voor zover het onderzoek redelijkerwijs van belang is voor de naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting te nemen beslissingen*" (*relevantiecriterium*, 2.10.1.5). Hoofdregel is dat de verdachte het verhoor op zijn verzoek in beginsel mag bijwonen (2.1.3.1.4).

24. Dit laatste is nieuw, maar niet onbelangrijk, vooral in die gevallen waarin het de voorkeur van de verdachte heeft om een getuige uiteindelijk (ook) ter zitting te (doen) ondervragen. Indien een verzoek tot het horen op zitting niet wordt gehonoreerd, dan is in elk geval van belang dat de verdachte wel persoonlijk aanwezig kan zijn bij het RC-verhoor. Dit kan ertoe leiden dat een zittingsrechter die een uitdrukkelijk verzoek om een getuige op zitting te horen afwijst, bijvoorbeeld omdat hij al eerder (maar buiten de aanwezigheid van de verdachte zelf) bij de RC is gehoord, wel bepaalt dat de getuige opnieuw door de RC wordt gehoord, ditmaal in aanwezigheid van de verdachte.

25. Ook nieuw is dat de RC het verhoor kan uitbesteden aan de politie en daarbij kan bepalen wie het verhoor mag bijwonen (2.10.1.9). Sommige getuigen, zoals accountants en belastingadviseurs, verschenen vaak niet als getuige bij de politie omdat zij vreesden door hun cliënten aansprakelijk te worden gesteld als zij onverplicht vragen van de politie zouden beantwoorden en aldus hun (veelal contractuele) geheimhoudingsplicht zouden schenden (MvT p. 284). De ACS juicht het toe dat het verschijnen op (alleen) een oproep van de politie niet zonder meer verplicht wordt, maar dat die verplichting wordt opgelegd via delegatie door de RC, zodat het verhoor onder verantwoordelijkheid van de RC plaatsvindt. Dit brengt naar de mening van de ACS dan ook mee dat in het wetsvoorstel moet worden vast gelegd dat het, aldus gedelegeerde, politieverhoor op dezelfde wijze moet plaatsvinden als het geval is bij een niet-gedelegeerd RC verhoor, dat wil zeggen desgewenst in aanwezigheid van de raadsman van de verdachte en een advocaat van de getuige. Over die aanwezigheid houdt de RC, zoals bepaald in 2.10.1.9 lid 4, de

[7] Over de wetsvoorstellen boek 1 en 2 heeft de ACS al eerder geadviseerd en naar dat advies wordt nadrukkelijk verwezen

regie.[8] Voorkomen dient immers te worden dat een raadsman of advocaat niet aanwezig mag zijn omdat het verhoor om efficiency redenen aan de politie wordt gedelegeerd.

26. De regeling van bedreigde getuigen en afgeschermde getuigen blijft zoals hij is. Ook de mogelijkheid van de RC om vragen te beletten (of om te beletten dat van bepaalde antwoorden kennis kan worden genomen) blijft hetzelfde.

27. Bij een verdachte van wie de gevangenhouding is bevolen moet de officier van justitie binnen uiterlijk drie maanden een kennisgeving betekenen met een omschrijving van het strafbare feit, een prognose omtrent het moment waarop de dag van de terechtzitting zal worden bepaald, vergezeld van alle processtukken (2.10.5.1). De RC kan vanaf dat moment (en als hij, zoals vaak het geval zal zijn, al onderzoek verricht, ook vóór dat moment) de verdachte en de officier van justitie een termijn stellen voor het indienen van onderzoekswensen (2.10.5.2). Hij kan ook een regiebijeenkomst gelasten (2.10.5.3).

Getuigenregeling na de procesinleiding (boeken 3-6)

28. Het eigenlijke strafproces voor de meervoudige kamer van de rechtbank vangt volgens het voorstel aan doordat de officier van justitie "*de procesinleiding*" indient bij de voorzitter van de rechtbank. Dit geldt zowel voor verdachten die gedetineerd zijn in hun strafzaak, als voor verdachten die in vrijheid zijn.

29. In de procesinleiding staat onder meer vermeld een opgave van het ten laste gelegde strafbare feit en een opgave van de getuigen die de officier van justitie voor de terechtzitting zal oproepen.[9] De voorzitter doet de procesinleiding aan de verdachte betekenen. Daarbij wordt de verdachte onder meer meegedeeld dat hij de voorzitter schriftelijk kan verzoeken om getuigen en deskundigen op te roepen (4.1.1.2 en 4.1.1.4). Het verzoek om oproeping van getuigen moet de verdachte *binnen twee weken* na de betekening van de procesinleiding doen, welke termijn *eenmaal met twee weken kan worden verlengd* (4.1.1.4, derde lid). Het verzoek kan ook nog buiten deze termijn worden ingediend maar dan bestaat geen aanspraak op een beslissing meer (4.1.1.4, achtste lid). De voorzitter is bij zijn beslissing op zichzelf niet gebonden aan enig criterium, al zal hij wel rekening houden met het criterium dat toepasselijk wordt wanneer het verzoek niet wordt ingewilligd. Per getuige heeft de voorzitter de keus: het verzoek toewijzen of niet-inwilligen (eigenlijk: geen beslissing nemen). Hij kan geen getuigen weigeren want die beslissing kan alleen de meervoudige kamer in zijn geheel nemen ter terechtzitting. Niet-inwilligen kan echter altijd en dat is in sommige gevallen (voorbeeld: een bedreigde getuige) zelfs verplicht. De beslissing is dan aan de zittingsrechter.

30. De voorzitter kan met instemming van de verdachte en de officier van justitie bepalen dat de RC de getuige zal horen (4.1.1.4., zesde lid). De verwachting en bedoeling is dat dit in de meeste gevallen zal gebeuren zodat de zaak *panklaar* kan worden gemaakt voor de inhoudelijke zitting. De wet voorziet met dit doel ook nog uitdrukkelijk in de mogelijkheid om met partijen in overleg te treden ter voorbereiding van de zitting (4.1.1.3), partijen schriftelijk standpunten te laten uitwisselen (4.1.1.5) en om een regiezitting te houden (4.1.1.6).

---

[8] zie ACS preadvies boeken 1 en 2, randnummer 73

[9] Qua inhoud is de procesinleiding vergelijkbaar met de huidige dagvaarding

31. Ter terechtzitting moeten de getuigen die zijn toegewezen maar die niet zijn verschenen opnieuw worden opgeroepen (waarbij de medebrenging kan worden gelast), tenzij het onaannemelijk is dat de getuige binnen een aanvaardbare termijn zal verschijnen, de oproeping de gezondheid/welzijn van de getuige onevenredig in gevaar zal brengen dan wel "*redelijkerwijs valt aan te nemen dat daardoor het openbaar ministerie niet in zijn vervolging en de verdachte niet in de verdediging zal worden geschaad*" (waarin besloten ligt: het *verdedigingscriterium*, art. 4.2.2.9). Ten aanzien van de niet door de voorzitter toegewezen getuigen kan de verdachte alsnog bij de rechtbank (de zittingsrechter) de oproeping verzoeken. Doet hij dit en gaat het om *tijdig aan de voorzitter verzochte* getuigen, dan dient het verzoek te worden beoordeeld met toepassing van het *verdedigingscriterium* (art. 4.2.2.9), inclusief de daarbij behorende uitzonderingen. Bij alle later verzochte getuigen geldt het *noodzaakcriterium*. Dit geldt zowel voor de getuigen die vóór de zitting doch ná het verstrijken van de door de voorzitter gestelde termijn zijn opgegeven als voor getuigen waarom pas ter terechtzitting wordt verzocht en ongeacht de vraag of de getuige redelijkerwijs eerder kòn worden opgeroepen. Bij dit criterium geldt dat de rechtbank de oproeping van deze getuigen beveelt *"indien de rechtbank de oproeping van een getuige noodzakelijk oordeelt in het belang van een behoorlijke behandeling van de zaak"* (4.2.4.8.1).

32. In artikel 4.2.2.10 is verder de zeer belangrijke regel opgenomen dat ook het verhoor van een niet-verschenen getuige door de rechtbank kan worden opgedragen aan de RC wanneer *"het belang van een behoorlijke behandeling van de zaak daardoor niet wordt geschaad"*; òf wanneer de officier van justitie en de verdachte daarmee uitdrukkelijk instemmen.

33. In de memorie van toelichting wordt "*de efficiënte inrichting van de procedure"* genoemd als een reden voor deze verwijzing. Nu dit soort beslissingen doorgaans op een regiezitting wordt genomen waar geen getuigen worden opgeroepen, is de verwachting gerechtvaardigd dat het horen van getuigen in veruit de meeste gevallen zal worden uitbesteed aan de RC (op welk verhoor de al genoemde regels uit Boek 2 van toepassing zijn), en dat lijkt ook de bedoeling van de wetgever.[10]

34. Het verwijzen naar de "normale" RC lijkt alleen problematisch wanneer de getuige al door de RC is gehoord in het vooronderzoek en het verzoek om de getuige te horen is ingegeven door de wens van de verdediging om de getuige daadwerkelijk door de zittingsrechter te kunnen ondervragen, bijvoorbeeld om de betrouwbaarheid van die getuige door de zittingsrechter te laten toetsen. De verdachte doet dan een uitdrukkelijk beroep op het onmiddellijkheidsbeginsel (waarover hieronder bij ons Commentaar meer).

35. Het voorstel voorziet niet in een erg duidelijke regeling omtrent getuigen die door de verdachte (of de officier van justitie) naar de zitting zijn *meegebracht.* Bij nauwkeurige beschouwing volgt uit de artikelen 4.2.2.6. en 4.2.4.3.1. evenwel dat het horen van deze meegebrachte getuigen alleen achterwege mag blijven, wanneer redelijkerwijs valt aan te

[10] Met instemming van de officier van justitie en de verdachte kan de zittingskamer ook haar voorzitter of een van haar rechters uit het eigen midden overigens aanwijzen als r-c, en kan de verdachte doorgaans aanwezige zijn bij het verhoor van de getuige. Wanneer de verdachte niet bij dit verhoor aanwezig mag zijn kan deze RC vervolgens niet meer als zittingsrechter optreden.

nemen dat de verdachte niet in zijn verdediging zal worden geschaad (*verdedigingsbelang*). Verwijzing naar de RC zal wel mogelijk zijn wanneer de officier en de verdachte daarmee instemmen.

36. Wanneer het onderzoek wordt geschorst voor bepaalde tijd, dan wordt de verschenen getuigen (waaronder de meegebrachte getuigen) de nieuwe zitting aangezegd (4.2.4.9.3). Bij aanhouding voor onbepaalde tijd worden deze getuigen opgeroepen (4.2.4.9.4). Alle beslissingen ten aanzien van het horen van getuigen blijven in stand, zelfs wanneer de rechtbank de zitting opnieuw moet aanvangen omdat zij inmiddels anders is samengesteld (4.2.4.9.5)[11] Eenmaal opgeroepen getuigen die niet verschijnen kunnen – ongeacht welk criterium eerder van toepassing was - worden geweigerd op grond van het verdedigingscriterium, of wanneer niet aannemelijk is dat zij binnen aanvaardbare termijn zullen verschijnen dan wel hun gezondheid of welzijn onevenredig gevaar loopt. Hetzelfde geldt wanneer de RC de hem opgedragen getuige niet heeft kunnen horen. Ten aanzien van al deze getuigen geldt dat verwijzing naar de rechter-commissaris steeds mogelijk blijft (4.2.4.9.5, jo 4.2.2.10).

37. Verder zij nog vermeld dat volgens duidelijke en vaste EHRM jurisprudentie het bewijs niet in beslissende mate kan berusten op de verklaringen van een getuige die de verdediging niet heeft kunnen ondervragen, tenzij dit niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces (4.3.2.5). Strijd met het recht op een eerlijk proces zal, gelet op de jurisprudentie van het EHRM, niet behoeven te ontstaan indien voldoende "*compenserende maatregelen*" zijn getroffen.

38. Voor de verklaringen van bepaalde personen zoals de persoon wiens identiteitsgegevens niet volledige bekend zijn, een afgeschermde getuige of een getuige die bij de rechter heeft gezegd dat zijn eerdere verklaringen niet juist waren, geldt verder dat de rechter het gebruik ervan moet motiveren (4.3.4.5.).

39. Het komt er dus op neer dat het wetsvoorstel als uitgangspunt hanteert dat de rechtbank het horen van een getuige vrijwel steeds kan opdragen aan de RC. Het belangrijke onmiddellijkheidsbeginsel dreigt daardoor ook in het nieuwe wetboek steeds meer uit zicht te raken, hetgeen in strijd is met de uitgangspunten van het EVRM en bovendien de passieve taakopvatting van de Nederlandse rechter in dit opzicht stimuleert. Daarop richt zich dan ook de kritiek van de ACS, zoals hierna beschreven.

40. Bij de politierechter gaat de procesinleiding meteen vergezeld van een oproeping (art. 4.4.4). De verdachte kan *tot het moment van de zitting* schriftelijk verzoeken om het oproepen van getuigen. Doet hij dit, dan is steeds het verdedigingscriterium van toepassing. Voor het overige gelden de regels voor de meervoudige kamer.

41. In hoger beroep gelden in beginsel dezelfde regels als in eerste aanleg met enkele afwijkingen (5.4.4.1). De regeling lijkt op de regeling voor de *meervoudige kamer*, ook wanneer de zaak door een enkelvoudige kamer van het hof wordt behandeld (5.4.3.2). In

[11] Dit is conform de huidige regeling, met uitzondering van de afwijzing van getuigenverzoeken die ter zitting zijn gedaan en waarop het noodzaakcriterium van toepassing is; een dergelijk verzoek moet thans na het opnieuw aanvangen van de terechtzitting opnieuw worden gedaan, wil het in cassatie nog een rol kunnen spelen (overzichtsarrest HR 1-7-2014, ECLI:NL:HR:2014:447:1496).

plaats van de procesinleiding laat de voorzitter een kennisgeving aan de verdachte betekenen dat de stukken ontvangen zijn (5.4.2.1). Binnen een termijn van twee weken (eenmaal met twee weken verlengbaar) dient de verdachte schriftelijk getuigen op te geven. Daarna gaat het zoals hiervoor vermeld, met dit verschil dat het noodzakelijkheidscriterium óók toepasselijk is op *tijdig* opgegeven getuigen, wanneer die al in aanwezigheid van de verdachte zijn gehoord, hetzij op de terechtzitting in eerste aanleg, hetzij door de *raadsheer-commissaris* in de voorfase van de procedure in hoger beroep (5.4.4.5). Het enkele feit dat de getuige al is gehoord door de *rechter*-commissaris doet het verdedigingscriterium echter niet vervallen omdat dit in eerste aanleg ook niet zo is. Wel is toepasselijk artikel 4.2.2.10, zodat ook het hof het horen van getuigen kan overlaten aan de rechter-commissaris of de raadsheer-commissaris.

42. Het in het voorstel geïntroduceerde noodzaakscriterium ("noodzakelijk... in het belang van een behoorlijke behandeling van de zaak, 4.2.4.8.1) omvat blijkens de MvT (paragraaf 4.5.2 e.v; p. 42 e.v.) niet alleen het belang dat de rechter zelf ziet voor de door hem te nemen beslissingen maar ook:
- het recht op een eerlijk proces (waaronder de rechten van de verdediging als bedoeld in artikel 6 EVRM) en de beginselen van behoorlijke procesorde;
- belangen van de getuige;
- onmiddellijkheidsbeginsel en openbaarheid van het onderzoek ter terechtzitting en
- procedurele aspecten, zoals het stadium van de procedure en de proceshouding van de verdachte.

43. Bij dit laatste vermeldt de MvT:

> *"als er geen goede reden is waarom het verzoek of de vordering laat is gedaan kan dit- in samenhang met andere omstandigheden – aanleiding vormen om het verzoek af te wijzen."*

Commentaar ACS op de voorgestelde getuigenregeling

Onmiddellijkheidsbeginsel

44. Zoals hierboven al aangegeven valt op dat het horen van een getuige vrijwel altijd door de zittingsrechter aan de RC kan worden overgelaten. Het uitgangspunt van de wetsvoorstellen is niet dat een getuige in beginsel op zitting moet worden gehoord, zodat de rechter die over schuld en straf oordeelt zelf de (belangrijkste) getuigen kan horen en diens betrouwbaarheid kan toetsen. Toetsing van die betrouwbaarheid door een onafhankelijke rechter is een zeer belangrijk ingrediënt van een eerlijk proces. De mogelijkheid om getuigen steeds door een RC in het vooronderzoek te laten horen wordt vooral ingegeven door de wens de zaak "panklaar" op zitting aan te leveren. De efficiency van het strafproces zou daarmee gebaat zijn.

45. Aan ons huidige wetboek, dat op 1 januari 1926 in werking is getreden lag wel het onmiddellijkheidsbeginsel ten grondslag: de gedachte daarbij is dat het bewijs, in het bijzonder het bewijs door middel van getuigen, ter terechtzitting wordt geleverd. Artikel 342, eerste lid Sv is daarvan het nog levende bewijs:

> Onder verklaring van een getuige wordt verstaan zijne bij het onderzoek op de terechtzitting gedane mededeling van feiten of omstandigheden, welke hij zelf waargenomen of ondervonden heeft.

46. Het onmiddellijkheidsbeginsel is al onmiddellijk na de invoering van het wetboek ondergraven door het De-Auditu-arrest van 20 december 1926, waarin de Hoge Raad leerde dat de verklaring van een getuige die zegt iets te hebben vernomen van een andere persoon, de "*gehoorsindruk*" van die getuige weergeeft. De verklaring geeft zo bezien een feit weer dat de getuige zelf heeft waargenomen of ondervonden (art. 342, eerste lid Sv), en om die reden voor het bewijs kan worden gebruikt. Dit geldt dan natuurlijk ook voor verbalisanten wanneer zij getuigen ondervragen. Wat zij dan vernemen kunnen zij in een proces-verbaal vastleggen, dat op zijn beurt een wettig bewijsmiddel is als bedoeld in artikel 344, eerste lid, onder 2 Sv. Al snel bestonden getuigenverklaringen in strafzaken daardoor voornamelijk uit processen-verbaal van politieambtenaren die de door hen waargenomen verklaringen van getuigen weergaven. Dat was immers gemakkelijker en goedkoper. Het is tot op de dag van vandaag zo gebleven.

Uitgangspunt EVRM nog altijd: onmiddellijkheid

47. Het EHRM gaat bij de beschrijving van een *"eerlijk proces"* als bedoeld in artikel 6 EVRM nog altijd uit van hetzelfde beginsel als de wetgever van 1926. In het arrest van 15 december 2011 inzake Al Khawaja en Tahery / VK overwoog de Grote Kamer van het EHRM:

> "118. (...) Article 6 § 3 (d) enshrines the principle that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument. Exceptions to this principle are possible but must not infringe the rights of the defence, which, as a rule, require that the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings (see Lucà, cited above, § 39, and Solakov v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia", no. 47023/99, § 57, ECHR 2001-X).
> 119. Having regard to the Court's case-law, there are two requirements which follow from the above general principle. Firstly, there must be a good reason for the non-attendance of a witness. Secondly, when a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence may be restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 (the so-called "sole or decisive rule"). (...)

48. In zijn arrest van 27 maart 2014 inzake Matytsina / Rusland overwoog het EHRM

> "153. The Court further reiterates that the right of the defence to examine witnesses and test other evidence introduced by the prosecution should be read in the light of the more general guarantee of adversarial proceedings enshrined in the concept of a fair trial under Article 6 § 1 (see, among many other authorities, F.C.B. v. Italy, 28 August 1991, § 29, Series A no. 208 B; and Poitrimol v. France, judgment of 23 November 1993, § 29, Series A no. 277 A; Al-Khawaja and Tahery, cited above, §

118). Even where the defence was able to cross-examine a witness or an expert at the stage of the police investigation, it cannot replace cross-examination of that witness or expert at the trial before the judges. It is an important element of fair criminal proceedings that the accused is confronted with the witness "in the presence of the judge who ultimately decides the case" in order for that judge to hear the witness directly, to observe his demeanour and to form an opinion about his credibility." (onderstreping ACS)

49. Tenslotte heeft de Grote Kamer van het EHRM in het arrest Schatschaschwili / Duitsland van 15 december 2015 geoordeeld:

"107. According to the principles developed in the Al-Khawaja and Tahery judgment, it is necessary to examine in three steps the compatibility with Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention of proceedings in which statements made by a witness who had not been present and questioned at the trial were used as evidence (ibid., § 152). The Court must examine:

(i) whether there was a good reason for the non-attendance of the witness and, consequently, for the admission of the absent witness's untested statements as evidence (ibid., §§ 119-25);
(ii) whether the evidence of the absent witness was the sole or decisive basis for the defendant's conviction (ibid., §§ 119 and 126-47); and
(iii) whether there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to compensate for the handicaps caused to the defence as a result of the admission of the untested evidence and to ensure that the trial, judged as a whole, was fair (ibid., § 147). (...)
113. (...)The Grand Chamber, in the light of the foregoing (see paragraphs 111-112), considers that the absence of good reason for the non-attendance of a witness cannot of itself be conclusive of the unfairness of a trial. This being said, the lack of a good reason for a prosecution witness's absence is a very important factor to be weighed in the balance when assessing the overall fairness of a trial, and one which may tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (d)."

50. In de uitspraken die sedertdien zijn gedaan door het EHRM blijkt het feit dat de verdediging de mogelijkheid heeft gehad om belangrijke getuigen in de voorfase van het proces te ondervragen vaak voldoende "*compensatie*" te vormen voor het feit dat die getuigen niet op de terechtzitting ten overstaan van de rechter die schuld en straf moet vaststellen zijn gehoord.

51. Dat neemt niet weg dat betwijfeld moet worden of het voorgestelde procesmodel dat een tegenovergesteld uitgangspunt kent (getuigen worden in beginsel niet op zitting gehoord, maar alleen door de politie of een onderzoeksrechter) in overeenstemming kan worden geacht met het EHRM-model. De Nederlandse rechtspraktijk wijkt *systematisch* af van het Europese model en het is de vraag of dat in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Bovendien wordt op deze manier immers niet alleen de onmiddellijkheid van het strafproces geweld aangedaan maar ook de *openbaarheid* ervan – een eveneens zeer belangrijk principe.

52. Daarbij komt dat het EHRM in een aantal gevallen de zittingsrechter in feite verplicht zelf een getuige op zitting te horen. Het gaat daarbij vaak om gevallen waarin vraagtekens kunnen worden geplaatst over de betrouwbaarheid van die getuigen. Zo heeft het EHRM recentelijk een aantal malen aangenomen dat de *hoger beroep rechter* belastende getuigen zelf opnieuw ter terechtzitting diende te horen, nadat de verdachte in eerste aanleg was vrijgesproken omdat de rechter in eerste aanleg die belastende getuigen zelf had gehoord en onvoldoende betrouwbaar had bevonden. In zijn arrest van 28 februari 2017 inzake Manoli/ Moldavië (appl. 56875/11) overwoog het EHRM:

> "32. (...)The Court considers that those who have responsibility for deciding on the guilt or innocence of an accused ought, in principle, to be able to hear the victims, the accused and the witnesses in person and assess their trustworthiness (see, a contrario, Kashlev v. Estonia, no. 22574/08, §§ 48-50, 26 April 2016). The assessment of trustworthiness is a complex task which cannot usually be achieved merely by reading a record of their words, even more so when only some of the words are taken into consideration.
> Of course, there are cases where it is impossible to hear someone in person at the trial because, for example, he or she has died, or in order to protect the right of a witness not to incriminate himself or herself (see Craxi v. Italy (no. 1), no. 34896/97, § 86, 5 December 2002, and Dan v. Moldova, no. 8999/07, § 33, 5 July 2011). However, that was not the case here."

53. Omdat de hoger beroep rechter de getuigen niet opnieuw zelf had gehoord oordeelde het EHRM de veroordeling in hoger beroep in strijd is met het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6, eerste lid, EVRM (zie ook EHRM 29-6-2017 inz Lorefice / Italië, appl. 63446/13, ro. 43 ev.). Het is net onlogisch te veronderstellen dat de zelfstandige verplichting van de zittingsrechter om belastende getuigen te horen geldt in alle gevallen waarin de betrouwbaarheid van de getuige niet zonder meer een gegeven is, bijvoorbeeld wanneer belastende verklaringen (deels) zijn ingetrokken of sprake is van innerlijk tegenstrijdige verklaringen. Daarbij doet minder ter zake of de getuige in het vooronderzoek of tijdens de zitting in eerste aanleg in aanwezigheid van de raadsman is ondervraagd. Het gaat om de zelfstandige verantwoordelijkheid van de zittingsrechter om zich zelf ervan te vergewissen dat bewijs, dat hij van plan is te gaan gebruiken, echt betrouwbaar is.

54. Opgemerkt wordt voorts dat de strafprocespraktijk in vrijwel alle ons omringende landen wèl het Straatsburgse model volgt: afgezien van bagatelzaken wordt getuigenbewijs steeds geleverd op de openbare terechtzitting, ten overstaan van de rechter die beslist over de schuld van de verdachte en de straf. Dit geldt onder meer voor Duitsland, het VK, België, Denemarken, Oostenrijk, Denemarken, Zweden, Estland, en de meeste andere EU- lidstaten. Dat Nederlandse rechters in staat zijn om een moordzaak in een ochtend te behandelen zonder ook maar één getuige te hebben gehoord, wekt bij praktijkjuristen uit die landen vaak grote verbazing en zelfs ongeloof.[12] Ook pers en publiek zouden een

[12] In dit verband zou de wetgever ook onder ogen moeten zien, en publiekelijk erkennen, dat het huidige strafproces in Nederland vele malen goedkoper is dan een strafproces in andere EU-landen.

zitting beter kunnen volgen als de (belangrijkste) getuigenverklaringen ter zitting worden afgelegd.[13]

55. De ACS meent dat tenminste de uitgangspunten van het strafproces meer in lijn met het EVRM en onze buurlanden zouden moeten worden ingericht. Uitgangspunt zou moeten zijn dat getuigen ter terechtzitting verklaren, behoudens in die gevallen waarin de verdediging akkoord gaat met het niet horen van de getuige op zitting. Het uitsluitend horen in de voorfase van het proces zou beperkt moeten zijn tot de gevallen waarin het risico aanwezig is dat een getuige niet ter zitting aanwezig zal kunnen zijn, wegens afreizen naar het buitenland, jeugdige leeftijd, medische beperkingen en dergelijke.

56. Het voorgestelde systeem is geheel anders. Het geeft de verdediging zelfs geen duidelijk en eenvoudig afdwingbaar recht om een getuige *ter terechtzitting* te doen oproepen en aldaar te ondervragen, zelfs niet wanneer het gaat om belastende getuigen die belangrijk en wellicht zelfs van beslissend belang zijn. Wanneer de verdachte de voorzitter vraagt om een getuige "*voor de terechtzitting op te roepen*" (4.1.1.4, eerste lid), dan dwingt het huidige uitgangspunt van het wetsvoorstel om het ertoe te leiden dat de getuige door de rechter-commissaris zal worden gehoord, met de vereiste toestemming van de officier van justitie en raadsman (zesde lid). Lukt dat niet dan kan de voorzitter het verzoek simpelweg niet-inwilligen. Ter terechtzitting zal de advocaat dan moeten bepleiten dat de getuigen dáár en niet door de RC zal worden gehoord.

57. Heeft de verdediging de getuige nog niet op enig moment gehoord, dan zal de rechtbank het verhoor eenvoudigweg kunnen opdragen aan de rechter-commissaris, "*indien het belang van een behoorlijke behandeling van de zaak daardoor niet wordt geschaad.*" (4.2.2.10). Zoals al opgemerkt kan de rechtbank hiertoe volgens de Memorie ven Toelichting al overgaan wanneer zij meent dat een efficiënte inrichting van de procedure dit wenselijk maakt. Bij de heersende neiging om het rechtsbedrijf in economische termen te bezien zal het streven om een zo hoog mogelijke productie te behalen al snel tot gevolg hebben dat verwijzing naar de rechter-commissaris dient te volgen, teneinde geen kostbare zittingsruimte te verspelen.

58. Heeft de verdachte de getuige al wèl in het vooronderzoek bij de RC gehoord en is het hem er om te doen de getuige nogmaals ter terechtzitting te (laten) ondervragen, dan kan de rechtbank overwegen dat de verdediging al een kans heeft gehad tot ondervraging en dat zij er dus (bij gebreke van nieuwe thema's) geen verdedigingsbelang meer bij heeft om dit nog eens te doen, en dit specifieke verzoek om die reden afwijzen eventueel met de opmerking dat het recht op een eerlijke proces als bedoeld in artikel 6 EVRM is gerespecteerd nu de verdediging de getuige al heeft kunnen ondervragen.

59. In hoger beroep staat het er weinig beter voor: indien een getuige in eerste aanleg al is gehoord door de rechter-commissaris (verdedigingscriterium van toepassing) of door de zittingsrechter (noodzaakcriterium van toepassing), dan zal het hof kunnen oordelen dat de verdachte er geen belang bij heeft de getuige op de zitting te horen. Indien de getuige nog niet (volledig) is gehoord kan het hof de zaak simpelweg verwijzen naar de rechter-

[13] Wie op Twitter de verslagen van, toch door de wol geverfde, journalisten van zittingen volgt komt nu regelmatig de verzuchting tegen dat hetgeen ter zitting besproken wordt voor hen niet goed is te begrijpen omdat zij niet over het dossier beschikken.

commissaris of de raadsheer-commissaris voor het horen van de getuige (5.4.4.1. jo 4.2.2.10).

Résumé

60. Resumerend is de ACS van mening dat het wetsvoorstel het onmiddellijkheidsbeginsel en het beginsel van openbare toetsing van een strafzaak onnodig tekort doet en beknot. Het zal leiden tot voortzetting en wellicht intensivering van de huidige praktijk waarin terechtzittingen soms het karakter hebben van een verificatievergadering, waarin alleen nog maar behoeft te worden nagelopen welk bewijs er op papier staat en waarin de rechter die uiteindelijk beslist over schuld en straf te weinig tijd besteed aan het rechtstreeks toetsen van de waarde van het getuigenbewijs.

61. Gelet op het voorgaande beveelt de ACS aan om het onmiddellijkheidsbeginsel als uitgangspunt van een nieuw in te voeren Wetboek van Strafvordering te hanteren en daarbij in elk geval aan de verdediging in beginsel het recht toe te kennen om getuigen *ter terechtzitting* te doen horen en zelf te ondervragen. Dit zou in ieder geval moeten gelden voor getuigen wier verklaring van aanzienlijk belang is bij een eventuele bewezenverklaring. Uitzonderingen zouden moeten worden beperkt tot kort gezegd het geval dat de gezondheid/welzijn van de verdachte schade zal lijden door het ter zitting getuigen (zoals bij kinderen het geval kan zijn) en het geval van de bedreigde/afgeschermde getuige.

62. In het verlengde hiervan beveelt de ACS aan om het horen van bedreigde en afgeschermde *anonieme* getuigen ter terechtzitting mogelijk te maken op verzoek van de verdediging, en wel in die gevallen waarin dit kan geschieden zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de reden van de bescherming, doorgaans de veiligheid van de betreffende getuige. Ook hier zien we dat té makkelijk toevlucht kan worden genomen tot een verhoor door de RC in plaats van op zitting, ook als het gaat om getuigen die van (aanzienlijk) belang zijn voor de bewezenverklaring. In veel gevallen zal het waarborgen van die veiligheid vrij simpel kunnen geschieden doordat deze getuigen aan het oog van de aanwezigen worden onttrokken en/of hun stem wordt vervormd. De ACS merkt op dat het horen van deze anonieme getuigen ter terechtzitting ten overstaan van de zittingsrechter noodzakelijk kan zijn om een eerlijk proces te waarborgen.[14] Bovendien wordt daardoor de huidige anomalie in ons rechtssysteem (de zittingsrechter kán de betrouwbaarheid van een bedreigde getuige niet eens toetsen omdat de wetgever die toetsing bij uitsluiting heeft opgedragen aan de rechter-commissaris) opgeheven.

Onmiddellijkheidsbeginsel in hoger beroep

63. Dit geldt ook voor de procedure in hoger beroep en is daar zo mogelijk nog relevanter omdat de appelrechter de laatste feitelijke instantie is die de waarde van een getuigenverklaring voor het bewijs zelfstandig kan toetsen.[15]

Criteria beoordeling verzoek getuigenverhoor

---

[14] vgl EHRM 12-4-2012 inzake Ellis, Simms en Martin / UK, appl 46099/06 en 46699/06

[15] Het ACS herinnert in dit verband aan de hiervoor reeds genoemde arresten van het EHRM inzake Manoli en Lorefice

64. In het voorstel is de rechter-commissaris, aan wie de verdediging verzoekt om een getuige te horen, gebonden aan het criterium dat de getuige redelijkerwijs van belang om voor de naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting te nemen beslissingen. Dit ruime *relevantiecriterium* wordt in de praktijk ook nu al veelal gehanteerd. Het is winst dat dit criterium thans wordt gecodificeerd.

65. De voorgestelde regeling gaat ervan uit dat de officier van justitie zelf kan beslissen welke getuigen hij oproept voor de zitting. De verdachte kan dat echter niet: hij is afhankelijk van een gunstige beslissing van de voorzitter c.q. de rechtbank op zijn verzoek om een getuige voor de zitting op te roepen. Dit is op zichzelf in strijd met de *equality of arms*. De verdachte is bovendien onderworpen aan toewijzingscriteria. Het eerste criterium, dat met name geldt voor verzoeken die binnen de termijn zijn gedaan, luidt of in redelijkheid valt aan te nemen dat de verdachte in zijn verdediging wordt geschaad, indien een getuige niet wordt opgeroepen: het *verdedigingscriterium* dat nogal wat subjectieve kanten bevat.
Voor verzoeken die buiten de termijn worden ingediend geldt het nog onduidelijker *noodzaakscriterium*: of de rechter het "*noodzakelijk*" acht dat een getuige zal worden gehoord, waarbij een aantal factoren van belang kan zijn, waaronder de vraag of een getuigenverzoek redelijkerwijs eerder had kunnen worden gedaan. Het is niet altijd eenvoudig vast te stellen in welke gevallen het ene dan wel het andere criterium van toepassing is. Hier komt bij dat de verdediging soms niet in staat is om getuigenverzoeken *binnen* de termijn te doen, namelijk wanneer de stukken van de zaak niet tijdig ter beschikking zijn gekomen of wanneer na het verstrijken van de termijn nieuwe feiten blijken, bijvoorbeeld uit de verklaring van een andere getuigen of uit nadere onderzoeksresultaten.

66. In het voorontwerp was om al deze redenen voorgesteld om simpelweg in alle gevallen het *relevantiecriterium* aan te houden voor alle beslissingen omtrent het horen van getuigen, met de correctie dat verzoeken die redelijkerwijs eerder hadden kunnen worden gedaan kunnen worden afgewezen, tenzij door het afzien van het verhoren van de getuige het recht op een eerlijk proces zou worden geschonden (4.2.3.3.1 voorontwerp). Het komt de ACS voor dat dit inderdaad het juiste criterium is en dat dit criterium ook steeds zou behoren te gelden, ongeacht het moment waarop het verzoek wordt gedaan.

67. Het thans voorgestelde systeem met maar liefst *drie* criteria is nodeloos ingewikkeld en leidt af van waar het werkelijk om gaat: zorgvuldige waarheidsvinding door het horen van de relevante getuigen en het waarborgen van een recht op een eerlijk proces. De ACS merkt op dat in de praktijk het onderscheid tussen het verdedigingscriterium en het noodzaakscriterium vaak leidt tot ingewikkeld juridisch gepuzzel, terwijl in de praktijk soms weinig verschil bestaat bij de toepassing ervan. Dit geldt onder meer wanneer gaande de procedure nieuwe feiten en omstandigheden blijken: dan ontstaat al snel de procedurele *noodzaak* om nieuwe getuigen te horen en al gehoorde getuigen nogmaals te ondervragen. Hetzelfde geldt wanneer het te laat gedane getuigenverzoek een belangrijke belastende getuige betreft: gelet op artikel 6 EVRM is het dan toch al snel *noodzakelijk* dat het verzoek wordt toegewezen om de verdediging de mogelijkheid te bieden om deze getuigen te ondervragen. De Hoge Raad vroeg zich recentelijk dan ook hardop af wat het bestaansrecht is van twee getuigencriteria (zie HR 1-7-2014. ECLI:NL:HR:2014:1496, rov 2.78).

68. De ACS doet gelet op het voorgaande de aanbeveling om terug te keren tot het eerder voorgestelde relevantiecriterium, te weten dat een verzoek tot het oproepen van een getuigen moet worden ingewilligd indien redelijkerwijs valt aan te nemen dat deze iets kan verklaren dat van belang is of kan zijn voor enige, naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting door de rechter te nemen beslissing, waarbij de rechtbank kan meewegen of het verzoek redelijkerwijs eerder had kunnen worden gedaan, tenzij door het afzien van het verhoren van de getuige het recht op een eerlijk proces wordt geschonden.

69. Uit de MvT volgt dat de wetgever het noodzaakcriterium ruimer wil herformuleren teneinde aldus alle relevante belangen te kunnen afwegen, waaronder het belang van onmiddellijkheid en openbaarheid.[16]

70. Voorgesteld wordt daarom om het noodzaakcriterium zo aan te passen dat ook in de wet tot uitdrukking wordt gebracht dat ook andere (processuele) belangen dan het belang van de waarheidsvinding mee kunnen wegen bij de beslissing of het noodzakelijk is om een getuige op te roepen voor de terechtzitting. Voorgesteld wordt daarom om het noodzaakcriterium te herformuleren tot "noodzakelijk in het belang van een behoorlijke behandeling van de zaak".

71. De wetgever komt tot deze herformulering, onder andere, omdat hij in het handhaven van twee criteria (verdedigingsbelang- en noodzaakcriterium) een prikkel voor de verdediging ziet om verzoeken eerder in te dienen. Afgezien van de vraag of dit in de praktijk ook daadwerkelijk als prikkel werkt, zal de handhaving van twee verschillende criteria resulteren in onduidelijkheid, veel discussies, veel appellen en dus veel rechtspraak. Als men voorop stelt waarmee het horen van getuigen gediend is (waarheidsvinding en ondervragingsrecht van de verdediging), dan komt men uit op het relevantiecriterium. De ontwikkeling in de jurisprudentie in de afgelopen jaren heeft dit bevestigd. Niet voor niets vraagt de Hoge Raad zich af welk doel het onderscheid van twee criteria heeft. Het in stand houden van twee criteria levert onduidelijkheid en onoverzichtelijkheid op. De ACS vindt het niet verstandig de strafprocedure met die onduidelijkheid en onoverzichtelijkheid te "vervuilen".

72. In artikel 5.4.4.5 lid 1 sub b lijkt overigens sprake te zijn van weer een ander criterium: *"...[indien] het gerechtshof de oproeping wenselijk oordeelt"*, waardoor de onduidelijkheid van de reikwijdte van de verschillende criteria alleen maar groter wordt.

Termijn van 2 weken

73. Deze kan en zal in de praktijk in een aanzienlijk aantal gevallen niet realistisch blijken en dient derhalve te worden aangepast.[17]

V. Processuele sancties op onrechtmatig handelen

Inleiding

[16] MvT, boek 4, paragraaf 4.5.2, p. 42 e.v.
[17] Verwezen wordt naar randnummer 131 van dit advies.

74. In het wetsontwerp is het huidige artikel 359a Sv vervangen door een regeling waarbij de mogelijke sancties op onrechtmatig handelen in drie aparte artikelen zijn opgenomen. De ACS juicht het afschaffen van artikel 359a Sv toe. De nieuwe regeling is gebaseerd op enkele uitgangspunten die wij zeker onderschrijven. Op onderdelen kan de nieuwe regeling ons inziens nog worden aangescherpt om de beoogde werking ook in de praktijk optimaal te kunnen bereiken.

75. Ten eerste bevestigt en benadrukt deze regeling het uitgangspunt dat onrechtmatig handelen binnen het strafproces gesanctioneerd moet worden. Dat uitgangspunt lijkt in de jurisprudentie van de Hoge Raad aan belang te hebben ingeboet, terwijl dit de fundamenten van onze rechtsstaat raakt. Juist in het strafproces, waarin onrechtmatig handelen van burgers wordt bestraft door de overheid, dient diezelfde overheid zich aan de regels te houden. Het niet-naleven van vormvoorschriften tast daarnaast het gezag van opsporingsambtenaren en de overheid in bredere zin aan, zowel in de ogen van de verdachte als in de ogen van derden. Het onrechtmatig handelen maakt bovendien in de regel niet alleen een inbreuk op (fundamentele) rechten van de verdachten, maar mogelijk ook van derden, zoals familieleden van de verdachten, slachtoffers of getuigen. Een verdachte die onder druk een valse bekentenis aflegt, brengt genoegdoening immers niet dichterbij. In voorkomende gevallen raken de vormverzuimen ook aan de (betrouwbaarheid van de) waarheidsvinding; de getuige die informatie van de verbalisanten heeft gekregen is minder betrouwbaar. En tot slot blijkt het vooralsnog buitengewoon lastig effectief tegen dergelijke vormverzuimen op te treden buiten het kader van het strafrecht, niet in de laatste plaats omdat ze daar minder vaak aan het licht komen. Hoewel wij menen dat dergelijke alternatieve mogelijkheden, zoals schadevergoeding of een tuchtprocedure, een belangrijke rol kunnen vervullen, achten wij de mogelijkheid te sanctioneren binnen het strafproces een noodzakelijke aanvulling, nu het strafproces het directe slachtoffer van het onrechtmatig handelen is.

76. Het is daarom ook goed dat in de Memorie van Toelichting, ten tweede, is benadrukt dat het sanctioneren van vormverzuimen niet uitsluitend een taak van de rechter is, maar ook van opsporingsambtenaren zelf en van het Openbaar Ministerie; in het kader van, bijvoorbeeld, buitengerechtelijke afdoeningen dienen politieambtenaren en het openbaar ministerie ook verzuimen te (kunnen) sanctioneren (MvT p. 86).

77. Ten derde zien wij een grote vooruitgang in het afschaffen van het onderscheid tussen vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek en vormverzuimen daarbuiten. De reeds in de Memorie van Toelichting aangehaalde zaak HR 5 januari 2016, NJ 2016/153 is wat ons betreft een pakkend voorbeeld hoe het *niet* moet (MvT p. 88). In die zaak was bij de aanhouding voor feit 1 door de politieagenten excessief geweld gebruikt, dat direct leidde tot de bedreiging die feit 2 opleverde. De verdachte werd alleen voor feit 2 vervolgd, maar het excessieve geweld vond niet plaats in het voorbereidend onderzoek inzake de bedreiging (die immers zonder het onrechtmatig handelen niet zou hebben plaatsgevonden). Dat dit aan het sanctioneren van dat geweld in de weg zou staan is voor de verdachte, maar ook voor de bredere samenleving, onbegrijpelijk. De Memorie van Toelichting verwijst voorts zelf al terecht naar het belang van een eenvormig sanctieregime (MvT 89-90).

78. De ACS is dus enthousiast over de uitgangspunten van het voorstel, maar meent dat op enkele punten nadere aanscherping mogelijk is. Gezien de wijze waarop in de

jurisprudentie het huidige art. 359a Sv is uitgelegd, is het van belang ook in de wettekst zelf de uitgangspunten van de wetgever zo duidelijk mogelijk neer te leggen.

Bewijsuitsluiting (artikel 4.3.2.6 Sv)

79. Voorgesteld wordt in lid 1 de formulering om te draaien: Indien bij de verkrijging van bewijsmiddelen onrechtmatig is gehandeld, kunnen deze bewijsmiddelen *niet* bijdragen aan het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan tenzij het belang van een goede rechtsbedeling zich daartegen verzet. De ACS meent dat hiervan een extra prikkel uitgaat voor opsporingsambtenaren en het openbaar ministerie om onrechtmatig handelen te voorkomen. Daarnaast wordt de rechter hierdoor extra gedwongen een bewuste beslissing te nemen. Benadrukt wordt bovendien dat rechtmatig handelen de norm is en dat gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs echt een uitzondering is en moet blijven. De norm blijft op deze manier duidelijk(er); dat is niet het geval indien de suggestie wordt gewekt dat onrechtmatig handelen slechts bij (hoge) uitzondering gevolg kan hebben voor de bruikbaarheid van het bewijs.

80. Ook vanwege de hiervoor al genoemde relatie tussen de onrechtmatigheid en onbetrouwbaarheid van bewijsmateriaal is dit van belang. Om echter evident onredelijke uitkomsten van dit principe te voorkomen (de moordenaar die vrijkomt vanwege een vergeten papiertje), kan het belang van een goede rechtsbedeling meebrengen dat het materiaal toch niet hoeft te worden uitgesloten van het bewijs en dat voor een andere sanctie wordt gekozen.

81. Begrijpen wij de verdere regeling goed, dan zijn de leden 2 en 3 uitwerkingen van lid 1. Tegelijkertijd lijkt de norm van lid 2 ook van toepassing te kunnen zijn wanneer met betrokkenheid van openbaar ministerie en opsporingsambtenaren onrechtmatig is gehandeld. De verhouding tussen deze twee leden zou dan ook nader toegelicht kunnen worden.

82. Aan lid 3 moet wat de ACS betreft bovendien 'openbaar ministerie of' worden toegevoegd, nu officieren van justitie ook zelf onrechtmatig kunnen handelen, bijvoorbeeld bij het opstellen van een proces-verbaal.

Niet-ontvankelijkheid (artikel 3.1.8 Sv)

83. In de Memorie van Toelichting is opgenomen dat ook schendingen van andere beginselen van een goede procesorde dan het recht op een fair trial tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kunnen leiden (MvT p. 94). Wij zijn het eens met dit uitgangspunt, waarbij natuurlijk voor zich spreekt dat dit slechts op ernstige schendingen van de procesorde kan zien. Wij gaan er bijvoorbeeld vanuit dat ook de oude Karman-jurisprudentie onder deze nieuwe regeling valt.

84. Niet helemaal helder is echter waarom aan deze formulering is toegevoegd "ten gevolge van onrechtmatig handelen". Voorstelbaar is immers dat de vervolging niet te verenigen is met de goede procesorde, zonder dat van een duidelijk onrechtmatig handelen gesproken kan worden. Denk bijvoorbeeld aan een vervolging in strijd met de richtlijnen, niet vanwege een duidelijk onrechtmatig handelen, maar als gevolg van fouten in het computersysteem. Ook is voorstelbaar dat het verbod op willekeur wordt geschonden,

zonder dat er sprake is van procedureel onrechtmatig handelen. Indien moet worden vast gesteld dat geen sprake is van een eerlijk proces of dat een ander beginsel van goede procesorde is geschonden, dan is het die vaststelling waar het om gaat en waardoor een sanctionering wordt gerechtvaardigd. Of dat een gevolg is van onrechtmatig handelen is niet relevant.

85. Lid 3 achten wij een goede toevoeging. Wij zien hierin met name een meerwaarde voor de gevallen waarin verslag wordt gedaan van feiten of omstandigheden die niet direct op het onderzoek naar het strafbare feit zien. Bijvoorbeeld de omstandigheden waaronder de aanhouding of detentie plaatsvond. Wij lezen dan ook met instemming dat de Memorie van Toelichting expliciteert dat ook het bestaan van dergelijke omstandigheden kan worden gesanctioneerd, en ook op andere momenten dan bij de rechter-commissaris (MvT p. 97).

86. Tegelijkertijd roept de formulering nog enige vragen op. Zo dient aan onjuist en onvolledig ook 'geen,' te worden toegevoegd; het geheel achterwege laten van verslaglegging over ernstig onrechtmatig handelen moet niet buiten deze regeling vallen. Ook kan in de Memorie van Toelichting nader worden toegelicht wat met 'tijdig' wordt bedoeld. In de hiervoor al besproken zaak van 5 januari 2016 werd onder andere meegewogen dat uiteindelijk in hoger beroep duidelijk was geworden dat de verbalisant gelogen had over de aanhouding. Ons inziens kan dat niet als 'tijdig' worden beschouwd. Wij stellen voor 'tijdig' zo te begrijpen, dat er sprake is van oprecht herstel op eigen initiatief. Dat betekent dat, wanneer de officier van justitie het dossier bestudeert en vaststelt dat er mogelijk een ernstig onrechtmatig handelen heeft plaatsgevonden, het nog kan worden hersteld. Maar wanneer pas na het horen van getuigen, of het verkrijgen van videobeelden, er alsnog volledig verslag wordt gedaan, is dat te laat.

87. Tenslotte dient ook hier in lid 3 te worden toegevoegd: "openbaar ministerie of"; ook een officier van justitie kan, zoals hiervoor bij 4.3.2.6. aangehaald, onrechtmatig handelen.

<u>Strafvermindering (artikel 44b Sr)</u>

88. Wij zouden graag in de Memorie van Toelichting nog enige aandacht zien voor de keuze van het wetsvoorstel om dit onderwerp in het Wetboek van Strafrecht te regelen, nu dit de samenhang van het systeem doorbreekt en bovendien in het licht van de artikelen 348 en 350 Sv vragen lijkt op te roepen. De nu voorgestelde tekst lijkt uit te nodigen eerst strafvermindering te overwegen, en dan pas één van de andere sanctiemodaliteiten. Dat past niet in het systeem van artikel 348-350 Sv, waarin de beslissing over de strafmaat pas op het eind komt.

Overigens begrijpen wij het voorstel nu zo, dat het ook mogelijk is verschillende sancties gelijktijdig toe te passen. Indien dit inderdaad wordt beoogd is het wenselijk dat dit in de memorie van toelichting nader wordt geëxpliciteerd.

89. Daarnaast stellen wij voor 'en' te veranderen in 'of': onrechtmatig handelen door het openbaar ministerie of een opsporingsambtenaar leidt tot vermindering van de opgelegde straf indien het daardoor veroorzaakte nadeel langs deze weg kan worden gecompenseerd *of* strafvermindering in het belang is van een goede rechtsbedeling. Dit behoeven geen cumulatieve eisen te zijn. Ook wanneer het nadeel niet goed via

strafvermindering kan worden gecompenseerd kan strafvermindering vanwege de signaalfunctie in het belang van een goede rechtsbedeling zijn.

VI. Benadeelde partij/slachtoffer

Inleiding

90. De positie van het slachtoffer in het strafproces is in de afgelopen jaren via verschillende wijzigingswetten versterkt. Op zichzelf acht de ACS deze versterking begrijpelijk. Sommigen achten die versterking nog niet voldoende waardoor nieuwe voorstellen het licht zien. Hierbij lijken spelen vooral politieke overwegingen een rol te spelen. De ACS beschouwt de nieuwe voorstellen niet vanuit politieke overwegingen of keuzes, maar uitsluitend vanuit de vraag of en hoe die voorstellen in het systeem en de praktijk passen.

91. In het kader van de positie van de benadeelde partij/het slachtoffer wenst de ACS op twee onderwerpen commentaar te geven: (i) de aanwezigheidsplicht van de verdachte bij het spreekrecht en (ii) het zelfstandig recht op hoger beroep voor de benadeelde partij.

Aanwezigheidsplicht verdachte

92. Een deel van het voorstel houdt in dat bepaalde verdachten ter zitting aanwezig moeten zijn als het slachtoffer zijn spreekrecht uitoefent. Het gaat dan om de verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt en verdacht wordt van een feit waarvoor krachtens artikel 51e Sv het spreekrecht kan worden uitgeoefend dan wel verdacht wordt van een feit dat is gericht tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen en waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld.

93. Allereerst bestaat bij de ACS de indruk dat de verdachte in de meeste gevallen al wel aanwezig is als het slachtoffer van het spreekrecht gebruikt maakt. In zoverre lijkt het een oplossing van een niet bestaand probleem, en eerder een voorbeeld van symboolwetgeving. De gevallen waarin de verdachte (alleen) niet aanwezig is bij het spreekrecht, betreft dan hoogstwaarschijnlijk gevallen waarin de verdachte, om welke reden dan ook, de toelichting van het slachtoffer niet wil aanhoren. Zo'n verdachte verplichten toch aanwezig te zijn betekent dat het slachtoffer tegen een ongeïnteresseerde spreekt, terwijl aannemelijk is dat datzelfde slachtoffer eigenlijk aandacht van de verdachte wenst. Die frustrerende situatie zal, zo schat de ACS in, in de meeste gevallen eerder leiden tot (nieuwe) victimisatie dan tot een tevreden gevoel aan de kant van het slachtoffer.

94. Bovendien is ook hier sprake van een opvallende systeembreuk. Het Nederlandse strafprocesrecht kent geen plicht voor de verdachte om bij zijn eigen berechting aanwezig te zijn. Het EVRM accepteert dit. De rechtbank kan wel bepalen dat de verdachte naar de zitting wordt gebracht indien de rechtbank dat nuttig acht. Procespartijen kunnen de rechtbank vragen van deze mogelijkheid tot medebrenging gebruik te maken. Ook onder het huidige systeem is het dus mogelijk dat de rechter, in voorkomende gevallen, de verdachte verplicht aanwezig te zijn bij de uitoefening van het spreekrecht. Om van deze rechterlijke vrijheid nu een verplichting te maken, uitsluitend ten aanzien van het spreekrecht van het slachtoffer, is een onverantwoorde stijlbreuk met het principe dat de

rechter soeverein is over de orde van de zitting. Het is dan merkwaardig indien een aanwezigheidsplicht wel wordt ingevoerd ten behoeve van een niet-procespartij.

95. Tenslotte is het uitermate merkwaardig dat met het idee wordt gespeeld om deze bepaling al versneld, buiten het project Modernisering om, in te voeren door middel van de invoering van een nieuw artikel 268a van het huidige Wetboek van Strafvordering. Dat komt de mogelijkheid om de herziening van het wetboek in samenhang te bezien en te beoordelen niet ten goede. De ACS zal over dit afzonderlijke voorstel nog afzonderlijk en uitgebreider adviseren.

Zelfstandig recht op hoger beroep

96. Wanneer het gaat om de positie van het slachtoffer in de boeken 3-6 is een belangrijke wijziging te vinden in boek 5, waarin een zelfstandig recht van beroep is opgenomen voor benadeelde partijen en voor de ouders of voogden van veertien-minners die door de strafrechter zijn veroordeeld tot vergoeding van schade.

Gevolgen voor (proces)positie benadeelde partij

97. Wat betreft de aan de wijziging ten grondslag liggende knelpunten wordt in de Memorie van Toelichting van boek 5 gewezen op het relatief hoge percentage (gedeeltelijk) niet-ontvankelijkverklaringen en de hoge drempel voor het instellen van een civiele procedure.[18] Maar met de constatering dat de beslissing van de strafrechter over de vordering van de benadeelde partij voor slachtoffers soms teleurstellend is, is nog niet de noodzaak of wenselijkheid van de voorliggende wijziging gegeven. Daarvoor is met name van belang dat de regeling nogal fundamentele betekenis heeft voor de positie van het slachtoffer. Door het slachtoffer een zelfstandig recht op beroep te geven, waarmee hij *'een eenzijdig recht zou krijgen om de (niet) oplegging van een publiekrechtelijke sanctie bij een hogere strafrechtelijke instantie aan te vechten'*,[19] wordt hij immers in feite *procespartij*. Dat komt neer op een zeer ingrijpende wijziging van het strafprocesrechtelijk stelsel, waarover een veel grondiger debat zou moeten worden gevoerd dan tot nog toe het geval is geweest. De wetgever sleutelt daarmee immers aan uitgangspunten die al decennia in het stelsel besloten liggen, in het bijzonder het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie en de daaruit voortvloeiende consequentie dat uitsluitend verdachte en openbaar ministerie een (gedeeltelijke) behandeling van de strafzaak in hoger beroep kunnen initiëren. In dat stelsel is de vordering van de benadeelde partij dan ook altijd aangemerkt als accessoir. Hoezeer ook terecht dat slachtoffers binnen de kaders van het strafproces voldoende ruimte en mogelijkheden krijgen, met de voorgestelde wijziging wordt dat uitgangspunt van accessoriteit verlaten. De beslissing over de vordering van de benadeelde partij vormt dan immers een zelfstandig – en mogelijk zelfs het enige – rechtsbelang waarover in een strafrechtelijke appelprocedure moet worden geoordeeld.

98. Nog los van de te verwachten praktische problemen (waarover hierna meer), kan dat leiden tot onevenwichtigheid en een verschuiving in de richting van een praktijk waarbij

[18] MvT boek 5, p. 37

[19] Aldus M.S. Groenhuijsen, 'Van de regen in de drup. Van een kennis gestuurde slachtofferemancipatie in het strafrecht naar een 'goede bedoelingen slachtofferpolitiek' anno 2018', *DD* 2018/14, onder 3

het strafproces veel meer een strijdtoneel zal worden tussen verdachte en slachtoffer.[20] De tendens die ook thans, met name sinds de uitbreiding van het spreekrecht zichtbaar is, waarbij slachtoffers het strafproces soms domineren (door bijvoorbeeld grote hoeveelheden bewijsmateriaal in te brengen en langer aan het woord te zijn dan de officier van justitie), zal met deze wijziging mogelijk aanzienlijk worden versterkt. Bovendien kan de voorgestelde regeling tot onevenwichtigheid leiden omdat de beslissing over strafmaat en vordering benadeelde partij/schadevergoedingsmaatregel niet probleemloos te scheiden zijn. Hoewel de schadevergoedingsmaatregel geen straf in de zin van de wet is, ervaren veel verdachten de maatregel wel degelijk als punitief, niet in het minst omdat vervangende hechtenis kan worden bevolen. In de praktijk zullen strafrechters bij de afdoeningsbeslissing dan ook vaak het gehele 'pakket' aan straffen en maatregelen in aanmerking nemen, en bij de keuze voor de strafmaat en -modaliteit rekening houden met de toekenning van de vordering, met name als dit om grote bedragen gaat. Dat kan ook andersom, wanneer een vordering om wat voor reden dan ook (deels) niet kan worden toegewezen, resulteren in een hogere straf, bijvoorbeeld een forse geldboete. Bij het uit elkaar trekken van de beslissing over straf en vordering ontstaat daarmee een niet denkbeeldig risico van een uiteindelijk onevenwichtig resultaat.

99. Het is bovendien de vraag of slachtoffers met het voorstel veel geholpen zijn. Is het slachtoffer niet beter af om, indien een rechter zijn vordering heeft afgewezen of niet-ontvankelijk heeft verklaard, zijn heil bij de civiele rechter te zoeken? Dit geldt temeer nu de HR ruimhartiger is geworden in het toewijzen van schadevorderingen waarbij ten minste over de vereiste causaliteit gediscussieerd kan worden. Als de strafrechter de vordering desondanks afwijst of niet-ontvankelijk verklaart, dan is dit wellicht een signaal dat de vordering ofwel niet haalbaar is ofwel zo gecompliceerd dat er een (gespecialiseerde) civiele rechter naar zou moeten kijken.

100. Het voorstel impliceert dus een ingrijpende verschuiving in het strafprocesrechtelijk speelveld waarvan de wetgever zich naar het zich laat aanzien geen rekenschap heeft gegeven. Blijkens de Memorie van Toelichting bij boek 1 is het immers uitdrukkelijk *niet* de bedoeling van de wetgever om het slachtoffer als procespartij aan te merken of zijn positie anderszins fundamenteel te wijzigen.[21] Dat valt moeilijk te verenigen met de voorliggende wijziging in boek 5. Uit de toelichting op boek 5 blijkt niet dat de wetgever deze tegenstrijdigheid heeft onderkend, net zomin als de mogelijke gevolgen van het – al dan niet expliciet – aanmerken van het slachtoffer als procespartij. Daarbij wijst Groenhuijsen in een recent artikel onder meer op het feit dat de verdediging zich krachtdadiger tegen de beweringen van het slachtoffer zal kunnen gaan verweren, verwacht hij discussie over het invoeren van een responsieplicht voor de rechter omtrent hetgeen door het slachtoffer naar voren wordt gebracht en – uiteindelijk – een zelfstandig (onbeperkt) recht op hoger beroep van het slachtoffer.[22] Mede gelet op de graduele maar ingrijpende verschuiving in het strafprocesrechtelijk systeem kan een grondige bezinning van de wetgever op de voorgestelde wijziging node worden gemist. Dat de Memorie van Toelichting op dit punt geheel zwijgt is een teken dat de wetgever zich onvoldoende van

[20] Zie daarover ook Groenhuijsen 2018, onder 3
[21] Zie MvT boek 1, p. 62-63
[22] Groenhuijsen 2018, onder 3

het fundamentele karakter van deze wijziging bewust is. De ACS meent alleen daarom al dat heroverweging van de voorgestelde wijziging noodzakelijk is.

101. Daarbij komt dat blijkens de Memorie van Toelichting de grote hoeveelheid (gedeeltelijk) niet-ontvankelijkverklaringen van schadevorderingen een belangrijke reden is voor de invoering van het zelfstandig recht op appel. De wetgever besteedt geen (kenbare) aandacht aan de (uiteenlopende) redenen voor niet-ontvankelijkverklaring. Het maakt nogal wat uit of een benadeelde partij niet in zijn vordering kan worden ontvangen omdat de verdachte wordt vrijgesproken, omdat de schade niet in rechtstreeks verband staat tot het bewezenverklaarde feit, of dat de ingediende vordering een onevenredige belasting van het strafgeding oplevert. Belangrijker is echter dat voor veel van deze gevallen een zelfstandig recht op appel geen oplossing biedt. Bij een vrijspraak is dat evident. Een appel van het slachtoffer zal dan niet baten. Dat geldt in mindere mate ook voor de niet-rechtstreekse schade. En wanneer de onevenredige belasting voor het strafgeding tot veel niet-ontvankelijkverklaringen leidt dan ligt het voor de hand om aandacht te besteden aan (de toepassing van) dat criterium, en niet een zelfstandig appelrecht te introduceren. Met de voorgestelde regeling bestaat het risico dat bij slachtoffers verwachtingen worden gewekt die in de praktijk niet kunnen worden waargemaakt. Dergelijke teleurstellingen in de rechtsgang kunnen uiteindelijk zelfs tot secundaire victimisatie leiden.

102. Bovendien is niet ondenkbaar dat de zelfstandige appelmogelijkheid een aanzuigende werking zal hebben. Mede gelet op het feit dat schadeverhaal via het strafproces voor slachtoffers veel voordelen lijkt te bieden ten opzichte van een civiele procedure, kan de wetenschap dat de strafprocedure de mogelijkheid biedt om tot de Hoge Raad over de civiele vordering te procederen ertoe leiden dat meer slachtoffers zullen proberen op deze wijze hun schade vergoed te krijgen. Een toegenomen werkdruk bij alle instanties valt dan ook te verwachten. Het lijkt er al met al op dat de wetgever een gesignaleerd probleem probeert op te lossen met een niet (zonder meer) geschikt middel waaraan de nodige praktische bezwaren en mogelijk ongewenste neveneffecten kleven en dat bovendien in de kern een fundamentele systeembreuk oplevert.

Praktische aspecten van de voorgestelde regeling

103. Daarnaast ziet de ACS verschillende praktische bezwaren tegen de voorgestelde regeling. Sommige daarvan zijn van dien aard dat zij aanleiding geven tot heroverweging van de wijzigingen, aan andere bezwaren kan met relatief eenvoudige aanpassingen tegemoet worden gekomen.

Onevenredige belasting strafgeding in appel

104. Allereerst is het de vraag wat de betekenis is van het 'onevenredige belasting van het strafgeding'-criterium, wanneer verdachte noch officier van justitie in hoger beroep zijn gegaan. In die gevallen is het in feite onmogelijk om een vordering vanwege de complexiteit of omvang niet-ontvankelijk te verklaren omdat er geen strafgeding meer is dat onevenredig kan worden belast. In de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat in die situatie inderdaad van de strafrechtelijke appelrechter mag worden verwacht dat hij tot een inhoudelijk oordeel over de vordering komt (p. 42). Kennelijk moet hij dat wel doen in een zeer summiere procedure, want het horen van getuigen en deskundigen

is niet toegestaan (p. 42). Als het de wetgever voor ogen staat dat ingewikkelde civiele vorderingen in die gevallen volledig kunnen worden toegewezen levert dat een vergaande breuk op met het huidige stelsel, waarin immers slechts betrekkelijk eenvoudige vorderingen voor toewijzing vatbaar zijn. De ACS meent dat een dergelijke breuk onverstandig en onwenselijk is, al is het maar omdat daarmee de waarborgen van een civiele rechtsgang worden omzeild. Zo kan de verdachte zich bijvoorbeeld niet met getuigenbewijs tegen de vordering weren. Dat klemt te meer gelet op het feit dat een publiekrechtelijke maatregel (de schadevergoedingsmaatregel) kan worden opgelegd met voor de verdachte potentieel vergaande consequenties (vervangende hechtenis). Bovendien is een mogelijke consequentie dat ingewikkelde vorderingen in zaken waarin door OM en/of verdachte géén hoger beroep wordt ingesteld, sneller voor toewijzing in aanmerking komen dan wanneer OM en/of verdachte wél appelleren. Dat werkt rechtsongelijkheid in de hand en kan bovendien leiden tot een toename in verdachte-appellen. De voorgestelde regeling is op deze punten onvoldoende doordacht.

Automatisch appel bij intrekken appel OM/verdachte

105. Praktische problemen zijn ook te voorzien op een ander punt van het wetsvoorstel, namelijk waar het gaat om het mechanisme dat een in hoger beroep gevoegde vordering als zelfstandig appel heeft te gelden wanneer het in eerste instantie door de officier van justitie en/of de verdachte ingestelde beroep wordt ingetrokken (art. 5.4.2.7. lid 5). Niet alleen is dit een nogal afwijkende eend in de bijt van de rechtsmiddelenregeling, ook zet het de deur open voor een grote toename van het aantal benadeelde partij-'appellen'. Bovendien is het de vraag of de benadeelde partij daar steeds op zit te wachten. Het is bepaald niet ondenkbaar dat een benadeelde partij er de voorkeur aan geeft dat de zaak tot een einde komt, ook als zijn vordering niet geheel is toegewezen. Aangenomen moet worden dat hij in dat geval het appel kan intrekken (of moet hij zijn voeging ongedaan maken?). Het ligt echter meer voor de hand om de benadeelde partij, na intrekking van het appel door OM en/of verdachte, in de gelegenheid te stellen binnen een termijn van veertien dagen zelfstandig appel in te stellen c.q. aan te geven of hij zijn "appel" handhaaft. Niet alleen past dit beter in het stelsel van rechtsmiddelen en wordt daarmee voorkomen dat een appelprocedure wordt gevoerd waar eigenlijk niemand op zit te wachten, ook biedt het de benadeelde partij die zich nog niet in hoger beroep had gevoegd maar die zijn vordering wél zou willen laten behandelen, een mogelijkheid om zijn vordering alsnog aan de rechter voor te leggen.

Termijn voor informeren slachtoffer over uitspraak

106. In art. 5.4.1.2.1 lid 4 respectievelijk art. 5.4.1.2.2 lid 3 is geregeld dat de benadeelde partij hoger beroep kan instellen binnen veertien dagen nadat haar door het openbaar ministerie schriftelijk kennis is gegeven van het feit dat 1) de officier van justitie noch de verdachte hoger beroep tegen het vonnis heeft ingesteld of 2) het hoger beroep van (een van) beiden zodanig is beperkt dat de vordering van de benadeelde partij niet aan het oordeel van het gerechtshof zou zijn onderworpen. De ervaring leert dat (het slachtofferloket van) het OM niet erg voortvarend is met het verstrekken van informatie, en die informatie soms zelfs geheel uitblijft. Dat zorgt ervoor dat de verdachte lang in onzekerheid kan blijven verkeren over de vraag of de benadeelde partij zal appelleren. Het wetsvoorstel kan op dit punt worden verbeterd door in de wet voor het OM de verplichting op te nemen dat het slachtoffer binnen veertien dagen op de hoogte wordt

gebracht van de inhoud van het vonnis en van het feit of tegen het vonnis appel is ingesteld (hetgeen ook de informatiepositie van het slachtoffer ten goede komt).

Ondergrens van de vordering

107. Een volgend aspect van de regeling dat kan worden verbeterd is het voorschrift van art. 5.4.1.2.1. lid 3 sub b, op grond waarvan de vordering meer dan € 1.750 moet bedragen. Op zichzelf is er veel te zeggen voor het vaststellen van een ondergrens, maar het zou beter zijn wanneer daarbij het niet toegewezen deel van de vordering doorslaggevend wordt. Anders kan alsnog voor minimale bedragen een kostbare appelprocedure worden gevoerd. Een voorbeeld kan dat verduidelijken: stel dat de vordering oorspronkelijk € 5.000 bedroeg en een bedrag van € 4.500 is toegewezen, dan staat niets in de weg aan het instellen van appel door de benadeelde partij, terwijl het betwiste bedrag van € 500 zo'n procedure niet rechtvaardigt.

Eisvermeerdering in hoger beroep

108. Een laatste punt dat de ACS zorgen baart is de voorgestelde regeling omtrent het vermeerderen van de eis in hoger beroep. Op zichzelf zijn er goede redenen voor het verruimen van de huidige regeling. Blijkens de Memorie van Toelichting wordt beoogd om meer aan te sluiten bij het civiele recht. In praktisch opzicht wordt de regeling thans echter ruimer dan de civiele procedure, omdat niet wordt voorzien in een termijn voor de eisvermeerdering. Het vermeerderen van de eis kan (bij een zelfstandig appel van de benadeelde partij) tot het indienen van de schriftuur, of (bij een OM/verdachte-appel en een niet geheel toegewezen vordering) bij de voeging in hoger beroep. Dat kan nog op het allerlaatste moment plaatsvinden. Weliswaar is het mogelijk dat het gerechtshof de vermeerdering in strijd zal kunnen oordelen met de eisen van een goede procesorde en op die grond buiten beschouwing kan laten[23], maar dat laat onverlet dat de regeling in feite veel ruimer is dan de civiele procedure waarbij een vermeerdering van eis niet later dan bij memorie van grieven of memorie van antwoord kan plaatsvinden. Dat daarop in het civiele recht ook wel uitzonderingen worden toegelaten, neemt niet weg dat er grote bedenkingen mogelijk zijn tegen een regeling waarbij géén termijnen gelden. De ACS meent dan ook dat de voorgestelde wijziging op dit punt veel te weinig waarborgen omvat dat de verdachte in hoger beroep niet op een (zeer) laat moment met een (veel) hogere vordering wordt geconfronteerd. Bovendien staat dit ontbreken van termijnen in wel zeer schril contrast met het voorschrift dat de verdachte binnen veertien dagen na de procesinleiding opgave moet doen van getuigen en deskundigen. Op deze wijze raakt de balans tussen de rechten van de verdachte (nog altijd de centrale persoon in het proces) en de (formeel niet als procesdeelnemer aangemerkte) benadeelde partij te zeer zoek. Het is daarom van belang dat in de regeling een termijn voor eisvermeerdering wordt opgenomen (bijvoorbeeld veertien dagen vóór de zitting), waarvan eventueel – net als in het civiele recht – in uitzonderingssituaties kan worden afgeweken.

Conclusie

109. Het introduceren van een zelfstandig hoger beroep voor de benadeelde partij is niet alleen een tamelijk ingrijpende systeembreuk die door de wetgever niet goed lijkt te zijn

[23] Zie hierover uitgebreid MvT p. 41-42.

doordacht, maar leidt ook tot praktische bezwaren en mogelijk onbedoelde consequenties die zowel voor de benadeelde partij als voor de verdachte nadelig kunnen uitpakken.[24] De ACS meent dan ook dat de gerechtvaardigde belangen van de benadeelde partij beter op andere wijze kunnen worden gediend dan met een zelfstandig appelrecht. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat de positie van het slachtoffer in de afgelopen jaren al op zeer veel punten is verbeterd en moet worden gewaakt voor het te ver doorschieten van een 'slachtofferminded' strafproces. De voorgestelde mogelijkheid tot het vermeerderen van de eis in appel zou in elk geval moeten worden voorzien van een termijnbepaling.

VII. Hoger Beroep

Inleiding – uitgangspunten – principiële stellingname

110. De kern van de bepalingen in Boek 5 omtrent de voorgestelde inrichting van het nieuwe hoger beroep is de wens van de wetgever het hoger beroep voortbouwend te laten zijn en meer gericht op de bezwaren van de partijen.

111. Vanuit die gedachte wordt voorgesteld – zakelijk samengevat – over te gaan tot een systeem van hoger beroep waarin:

- Bevorderd wordt dat partijen hun bezwaren en verzoeken opgeven bij schriftuur, en waarin gevergd wordt dat zij de bezwaren in elk geval opgeven bij aanvang van de zitting;
- De aldus toegelichte bezwaren in beginsel het richtpunt voor het gerechtshof zijn bij de beoordeling in hoger beroep;
- Er meer regie mogelijk zal zijn voor de voorzitter om een efficiënte rechtsgang in hoger beroep te bevorderen en hem ook daaromtrent een taak wordt opgelegd;
- Het beslismodel in hoger beroep wordt aangepast (en in hoofdzaak gericht zal zijn op de bezwaren van partijen);
- De besliscriteria in hoger beroep worden aangepast zodat het gerechtshof meer ruimte toekomt te oordelen op de bezwaren van partijen en de beslissing daarop te gronden;
- Het gerechtshof niettemin bevoegd, en in een beperkt aantal gevallen verplicht, zal zijn zich ambtshalve te buigen over (deel)vragen van (het huidige) artikel 348 en 350 Sv;

112. In het verlengde van deze voorstellen ligt het voorstel om het beoogde nieuwe beslissingsmodel doorwerking te laten hebben in de fase van beroep in cassatie waardoor grotendeels in hoger beroep niet aan de orde gestelde onderwerpen niet meer in cassatie bestreden zullen kunnen worden.

[24] Deze bezwaren gelden, zij het in mindere mate vanwege de andere aard van de procedure, ook voor het zelfstandig recht op cassatie.

113. Eerder constateerde de ACS een systematische oneffenheid in de regeling van het hoger beroep. Ook de voorgestelde regeling hinkt op twee gedachten, waardoor enerzijds partijen meer autonomie toekomt voor het inrichten van het hoger beroep en het trekken van de grenzen van het debat in hoger beroep, maar anderzijds ruimte wordt gegeven aan een ambtshalve opererende rechter, die de grenslijnen van de rechtsstrijd – zoals door partijen getrokken – even makkelijk weer kan wegvegen als de rechter zo beslist. Deze systematische oneffenheid is met het voorstel niet weggenomen.

114. Op een fundamenteler niveau moet vastgesteld worden dat de taakinhoud van de rechter in eerste aanleg en de rechter in hoger beroep met het voorgestelde beslissingsmodel in hoger beroep uiteen zullen gaan lopen. Dat doet zich vooral voelen waar het betreft de (eigen) verantwoordelijkheid van de rechter voor de juistheid van de bewijsbeslissing - en dus: de vaststelling van de materiële waarheid. De rechter in hoger beroep heeft in het voorstel slechts de ambtshalve *bevoegdheid* - en niet de ambtshalve *verplichting* - om de juistheid van de bewijsbeslissing te toetsen als de verdachte (ook de verdachte zonder raadsman) de bewijsbeslissing niet uitdrukkelijk aan de orde stelt. De appelrechter die er in die omstandigheden voor kiest om de bewijsbeslissing van de rechter in eerste aanleg *niet* te controleren, handelt geheel conform het wettelijke systeem. Deze stand van zaken roept de vraag op of in hoger beroep nog steeds uitgegaan kan worden van het dogma dat wij in Nederland actieve rechters hebben, die een eigen verantwoordelijkheid hebben voor de kwaliteit van de rechterlijke beslissing – en dat in die actieve rechterlijke rol een belangrijke waarborg voor de verdachte besloten ligt. De ACS meent dat met het voorgestelde beslissingsmodel in hoger beroep afscheid wordt genomen van de actieve rechter, en daar een meer lijdelijke rechter voor in de plaatst komt. Die verandering roept fundamentele vragen op over de verantwoordelijkheid van de verdediging. Immers, als van de verdediging wordt verwacht dat zij ten overstaan van een lijdelijke rechter procedeert, dan moet de vraag gesteld worden of de verdediging daartoe ook de benodigde bevoegdheden (bijvoorbeeld in de sfeer van onderzoeksmiddelen) worden gegeven. En hoe in dat verband om te gaan met de verdachte zonder rechtsbijstand - of de verdachte die vanwege de financiële gevolgen van de terugvorderingsmaatregel feitelijk zonder advocaat procedeert. Ook wordt dan de vraag actueel waarom de rechter in hoger beroep dan wél de ruimte zou moeten krijgen om - buiten de grieven van partijen om - ambtshalve ten nadele van de verdachte af te wijken van de beslissing in eerste aanleg. Tenslotte wordt met deze positiewijziging van de appelrechter de vraag actueel waarom partieel appel - dus appel wat zich uitdrukkelijk beperkt tot één of enkele van de door de rechtbank beantwoorde vragen van 348 en 350 - ontoelaatbaar zou moeten blijven.

115. Deze bezwaren en effecten worden voor zover wij zien niet in de MvT geadresseerd. Dat leidt er toe dat de ACS van oordeel is dat de verschuivingen in de onderlinge posities van de procespartijen en de appelrechter die het gevolg zijn van het voorgestelde beslismodel in hoger beroep onvoldoende zijn onderkend en doordacht. Dat zelfde geldt voor de meer fundamentele vraag óf ook in hoger beroep de rechter een actieve rol heeft, met een eigenstandige verantwoordelijkheid voor de juistheid van de rechterlijke beslissing. Zo ja, dan moet de wet daar verplichtingen toe aanleggen. Zo nee, dan moet de keuze zijn om de procespartijen autonoom te maken in hoger beroep – hetgeen met zich brengt dat een grievenstelsel moet worden doorgevoerd waarbij de rechter geen - of

nauwelijks - ruimte toekomt om buiten de grieven om ten nadele van partijen te beslissen. Het voorgelegde voorstel is in dit verband dus vlees noch vis.

116. De ACS betwijfelt of er voordelen kleven aan het voorgestelde systeem. Te meer nu de minister de keuze maakt de voorzitter meer ruimte te geven voor regie voor en in aanloop naar de behandeling van het hoger beroep. Dat laatste immers kan, zo heeft de ACS eerder onder de aandacht gebracht, naar verwachting meer bijdragen aan een efficiënt en gericht verloop van het hoger beroep dan de voorstellen tot – kortweg – wijziging van het beslismodel.

117. Beter lijkt het dan ofwel het huidige systeem (met hooguit wat kleine wijzigingen) intact te laten, ofwel een keuze te maken die doorhelt naar de autonomie voor partijen om het hoger beroep in te richten – maar dan past slechts een minimale ruimte voor ambtshalve toetsing. Een keuze voor een gewijzigd systeem op de voet van de voorstellen waarin de ambtshalve toetsing door de rechter overeind blijft als mogelijkheid, levert zo weinig toegevoegde waarde op dat het naar de mening van de ACS de voorkeur heeft het huidige systeem te handhaven.

118. Aangezien het huidige systeem van hoger beroep deugdelijk lijkt te functioneren, begrijpelijk is in zijn opzet (immers gelijk aan de eerste aanleg), verdient het aanbeveling de voorstellen tot wijziging ervan niet over te nemen en het huidige systeem in hoofdzaak in stand te laten.

119. Dat geldt te meer wanneer daarbij in aanmerking wordt genomen dat het belang van een grondige behandeling in de laatste feitelijke instantie alleen maar toe zal nemen met de 'terugtrekkende beweging' die de Hoge Raad – beleidsmatig – maakt, onder meer door ruime toepassing van de mogelijkheden die hem door de wetgever zijn vergund in art. 80a en 81 RO. Een hoogste rechter die zich minder geroepen voelt recht in de voorliggende casus te doen, legt veel druk op de feitenrechters, die onmiskenbaar wel voor die taak staan (recht doen in feitelijke instantie). Die ontwikkeling vraagt niet om minder recht in hoger beroep, maar juist om meer recht en rechtsbescherming. Daarbij past het niet of althans niet goed om het hoger beroep tot een keuzemenu te laten verworden. De 'slimme' verdachte zal daarmee wellicht zijn voordeel kunnen doen, het gros zou er de dupe van kunnen worden. Meer overkoepelend bekeken lijkt te kunnen worden opgemerkt dat de kans op gerechtelijke fouten/onjuiste beslissingen zal toenemen door het vernauwen van het hoger beroep.

120. Dat afwegende kan de keuze die in de voorstellen wordt gemaakt, voor het verder uitbouwen van het voortbouwend karakter van het hoger beroep, niet worden onderschreven. Er valt weinig van te verwachten, terwijl het – zeker op de middellange termijn – wel de vrees gestalte kan doen geven dat de rechtsbescherming afneemt.

<u>Hoger beroep gericht op bezwaren</u>

121. In de voorgestelde regeling zal de verdachte, vergelijkbaar met de huidige regeling, verzocht worden de bezwaren op te geven voorafgaand aan de behandeling van het hoger beroep (art. 5.4.4.3., lid 1) en kan hij deze bij de aanvang van het hoger beroep ook (nog) opgeven (art. 5.4.4.3, lid 2). Ook kan hij deze eerder opgegeven bezwaren op dat moment nog intrekken, wijzigen, of aanvullen (art. 5.4.4.3., lid 3).

122. Die bezwaren zijn dan in zoverre leidend bij het hoger beroep dat de verdachte gedurende het geding in hoger beroep niet langer andere bezwaren kan inbrengen. Een vergelijkbare constellatie geldt voor het openbaar ministerie.

123. Gevolg ervan is ook dat het gerechtshof de verdachte niet-ontvankelijk kan verklaren als geen bezwaren zijn opgegeven (of partieel niet-ontvankelijk als bij cumulatief ten laste gelegde feiten tegen een deel van die feiten geen bezwaren zijn opgegeven) (art. 5.4.4.10, lid 2 sub b en c). In opzet verschilt die regeling niet wezenlijk van de huidige (behoudens ten aanzien van de partiële niet-ontvankelijkheid). Uit de memorie van toelichting klinkt daarbij door dat voor het gerechtshof in dergelijke gevallen niet-ontvankelijkheid het uitgangspunt zal zijn (bijvoorbeeld MvT, p. 30, waar is opgenomen dat de bezwaren de rechtsingang tot het hoger beroep vormen).

124. De centrale bepaling omtrent het voortbouwend appel is art. 5.4.4.4.:
Het gerechtshof richt het onderzoek op de terechtzitting op de opgegeven bezwaren tegen het vonnis en op hetgeen het overigens nodig oordeelt.

125. Daarin ligt besloten de tweeledigheid van de herinrichting van het hoger beroep die hiervoor al belicht werd. Op de ambtshalve toetsing wordt hieronder nog separaat ingegaan.

126. Het tijdstip waarop de verdachte verzocht wordt de bezwaren voor de zitting op te geven (bij schriftuur) verandert in het nieuwe stelsel. In het nieuwe systeem zal de voorzitter kennis geven aan de verdachte en de officier van justitie van het feit dat de stukken uit de eerste aanleg bij het gerechtshof zijn binnengekomen en zijn geregistreerd door de griffier (art. 5.4.2.1.). Daaronder vallen het uitgewerkte vonnis en het proces-verbaal van de zitting. In die mededeling wijst de voorzitter de verdachte die appel heeft ingesteld op de mogelijkheid een schriftuur met bezwaren in te dienen. De voorzitter kan daartoe een termijn stellen (lid 6).

127. Net als in het huidige model kan de verdachte ook verzoeken, zoals getuigenverzoeken, opgeven. Deze worden bij de voorzitter opgegeven. Daartoe geldt een termijn van 14 dagen. Deze termijn kan eenmaal met 14 dagen worden verlengd. Deze termijnen zijn (te) kort.

128. Waar voor bezwaren geldt dat de termijn van 14 dagen geen gevolgen heeft omdat de bezwaren ook nog bij de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep kunnen worden meegedeeld, is dit voor verzoeken anders. Ingevolge art. 5.4.2.2., lid 8, kan de voorzitter het verzoek in dat geval buiten beschouwing laten indien de voorzitter meteen van oordeel is dat het verzoek zich gelet op het tijdstip dat voor de terechtzitting is bepaald, niet voor inwilliging leent. Zo dat geschiedt kan het verzoek ter zitting worden herhaald en geldt het (nieuwe) noodzaakscriterium (art. 5.4.4.5., lid 3). Buiten de gevallen waarin het verzoek tijdig is ingediend) kan de voorzitter, na raadpleging van de advocaat-generaal in veel gevallen het verzoek al inwilligen en laten uitvoeren (door een raadsheer- of rechter-commissaris) of zal erover op zitting worden geoordeeld onder het (nieuwe) algemene criterium voor getuigenverzoeken.

129. De ACS is positief over de wijziging van het aanvangspunt voor het doen van verzoeken en indienen van een schriftuur. Met de wijziging wordt het tijdstip waarop deze handelingen verricht kunnen worden logischer aangesloten op de beschikbaarheid van daartoe benodigde stukken (zoals een uitgewerkt vonnis).

130. De ACS begrijpt ook de wens van de wetgever de voorzitter meer een regierol te geven en dat die regie ook in belangrijke mate voorafgaand aan de zitting zal kunnen plaatsvinden. Niettemin is de ACS bevreesd voor de bepaling inhoudend dat de voorzitter een termijn kan stellen voor het indienen van een schriftuur. De ACS ziet daartoe de noodzaak niet in, nu immers de bezwaren ook nog bij de aanvang van de zitting kunnen worden opgegeven. In elk geval roept de ACS op in de MvT vast te leggen dat het stellen van zo'n termijn niet ten nadele van het recht om bij aanvang van de zitting bezwaren te mogen opgeven kan worden uitgelegd.

131. Ten aanzien van verzoeken, waaronder getuigenverzoeken, is de ACS positief over voornoemde wijziging in aanvangspunt voor de termijn. Evenwel is de ACS negatief over het keurslijf van maximaal 4 weken (2 weken met maximaal 2 weken verlenging). Bij een opvolgend raadsman, of bij een zeer omvangrijk vonnis met navenante bewijsmiddelen, komt het voor dat het deugdelijk kunnen formuleren van onderzoekswensen nu eenmaal langer vergt. Beter lijkt het dan ook de voorzitter de ruimte te geven de termijn langer te maken indien de goede rechtsbedeling dat vergt. Ook lijkt het de ACS goed dat de minister explicieter dan nu (MvT, p. 22) belicht dat in gevallen waar geen verwijt te maken valt voor het buiten de termijn doen van dergelijke verzoeken (bijvoorbeeld omdat de getuige pas na ommekomst ervan bekend wordt) toepassing van het noodzaakscriterium niet in de weg hoeft te staan aan inwilliging van het verzoek.

132. In het verlengde daarvan maakt de ACS een opmerking over het tijdens de zitting inbrengen van nieuwe stukken. In de nieuwe regeling zal het pas op de zitting inbrengen in hoger beroep van nieuwe stukken slechts mogelijk zijn indien dat 'in het belang is van een behoorlijke rechtspleging' (artikel 5.4.2.6.). De ACS acht het wenselijk dat de minister daarop een nadere toelichting geeft in de memorie van toelichting, temeer nu dit criterium aanzienlijk beperkter lijkt dan het huidige criterium dat in de (ook in de MvT aangehaalde) rechtspraak van de Hoge Raad besloten ligt (en inhoudt het recht om stukken ter terechtzitting te overleggen, die vervolgens bij de processtukken worden gevoegd, tenzij de beginselen van een behoorlijke procesorde daaraan in de weg staan). Uit de MvT (p. 80-81) wordt niet duidelijk of in dit verband inderdaad een beperking is beoogd, en zo ja, wat daarvoor de overwegingen zijn.

<u>Regie voorzitter</u>

133. In het voorstel wordt nadrukkelijk een grotere regierol voor de voorzitter geschapen met het oog op efficiënte voorbereiding op de zitting en het zo mogelijk al voordien verrichten van onderzoek en ophelderen van de gronden voor het hoger beroep en de standpunten van partijen. Daartoe kan de voorzitter, naast het gelasten van onderzoek (ook op verzoek van de verdachte) ook een regiezitting bepalen of een schriftelijke ronde inlassen (MvT, p. 20 e.v.).

134. De ACS is positief over deze wijziging. Wel wijst zij erop dat:

- onwenselijk is dat in art. 5.4.2.2, lid 3, een termijn van twee weken is opgenomen, terwijl voorts niet wordt voorzien in de mogelijkheid van een tweede verlenging, of een verlenging van meer dan twee weken (MvT, p. 21). Anders dan de MvT suggereert is wel degelijk reëel dat verzoeken in voorkomende gevallen niet binnen twee resp. vier weken kunnen worden ingediend. In dit verband moet worden bedacht dat voor de verdediging onvoorzienbaar is wanneer de kennisgeving ex art. 5.4.2.1 wordt betekend (hetgeen anders is in de huidige situatie, waarin de verdediging ruim van tevoren bekend is wanneer uitspraak wordt gedaan en haar opgave bij appelschriftuur binnen veertien dagen nadien moet zijn gedaan). Als de raadsman (bijvoorbeeld) op vakantie is op het moment waarop de kennisgeving wordt betekend – hij kan daarmee immers geen rekening houden in zijn agenda – ontstaat thans onmiddellijk een agendaprobleem. Ter voorkoming daarvan is noodzakelijk dat de termijn van art. 5.4.2.2, lid 3, ruimer wordt gesteld, bijvoorbeeld een termijn van ten minste vier tot zes weken, met mogelijkheid tot verlenging van die termijn tot een moment dat door de voorzitter redelijk wordt geacht.
- art. 5.4.2.2 voor de verdediging slechts voorziet in de mogelijkheid te verzoeken om getuigen en deskundigen *voor de terechtzitting* te doen oproepen, en niet de mogelijkheid kent van het verzoek om hun verhoor door de rechter- of raadsheer-commissaris *voorafgaand aan de zitting*. Voor dat laatste is de verdediging – anders dan in de huidige situatie krachtens art. 411a Sv het geval is – afhankelijk van de voorzitter én van de instemming van de advocaat-generaal (vgl. art. 5.4.4.2, lid 6). Deze beperking van de mogelijkheden van de verdediging is onwenselijk, temeer nu de advocaat-generaal wél de mogelijkheid behoudt om (bij de voorzitter) te vorderen dat de rechter- of raadsheer-commissaris voorafgaand aan de zitting onderzoek verricht (vgl. art. 5.4.2.3). Bedacht moet worden dat er een groot belang mee gemoeid kan zijn om getuigen of deskundigen reeds voorafgaand aan de terechtzitting in hoger beroep te doen horen bij de rechter- of raadsheer-commissaris. Daardoor kan namelijk in een vroeg stadium van hun verklaring worden kennisgenomen en kan het hoger beroep nadien eventueel alsnog worden ingetrokken. Die mogelijkheid bestaat niet meer als het onderzoek ter zitting is aangevangen. Het is daarom wenselijk dat de verdediging, evenals thans het geval is en in het nieuwe voorstel ook aan de advocaat-generaal wordt vergund, de mogelijkheid behoudt om de rechter- dan wel raadsheer-commissaris rechtstreeks te verzoeken nader onderzoek te doen. Onjuist is de suggestie in de MvT (p. 21) dat de weg van art. 411a Sv in de praktijk niet als zodanig wordt bewandeld; dit gebeurt wel degelijk en is om voornoemde reden ook van belang;
- het recht om getuigen of deskundigen op zitting ten overstaan van de oordelende rechter te kunnen horen niet mag inboeten door de toenemende mogelijkheden dergelijke getuigen en deskundigen voorafgaand aan de terechtzitting te horen.

<u>Beslismodel en besliscriteria</u>

135. De centrale wijziging in de regeling van het hoger beroep komt neer op een nieuw beslismodel met nieuwe besliscriteria.

136. Samengevat hoeft het gerechtshof niet langer alle vragen van art. 348-350 te beantwoorden, maar beoordeelt het de bezwaren (en wat het verder nodig oordeelt, waarover hieronder nader).

137. Dit wordt doorgevoerd in de uitspraken die het gerechtshof kan doen en die komen neer op de al benoemde niet-ontvankelijkverklaring; verwerping van het hoger beroep; gegrondverklaring zonder vernietiging; vernietiging van het vonnis.

138. Zoals in de inleiding werd benoemd is naar de ACS meent deze ingrijpende wijziging van de inrichting van het hoger beroep niet voldoende gemotiveerd; lijkt zij niet nodig en hinkt zij op twee gedachten doordat het gerechtshof niettemin ook deels ambtshalve oordelen kan vellen.

139. De ACS is daarenboven negatief over de formulering van de oordeelsvorming over een gegrond hoger beroep. Artikel 5.4.4.10, lid 5 onder a bepaalt daarover dat het gerechtshof het vonnis kan vernietigen voor zover het de bezwaren die tegen beslissingen in het vonnis zijn ingebracht gegrond acht en het belang van een goede rechtsbedeling vernietiging van die beslissingen vergt.

140. De MvT meldt over dat criterium:

"Het centrale begrip in de regeling van de vernietiging is 'het belang van een goede rechtsbedeling'. Dit criterium zal het hof bij de vraag of een bepaalde beslissing dient te worden vernietigd, kunnen dienen als richtsnoer bij een afweging van belangen als rechtsontwikkeling en rechtseenheid, en het belang van een juiste en voor alle betrokkenen rechtvaardige uitspraak.
Ten aanzien van de vraag in welke gevallen vernietiging in het belang van een goede rechtsbedeling kan zijn, kan aansluiting worden gezocht bij de door de Hoge Raad in zijn arrest van 13 juli 2010 genoemde gevallen, waarin het hof zich niet kan verenigen met door de eerste rechter op de voet van artikel 358 in verbinding met de artikelen 348 en 350 genomen beslissingen'. Dat betreft de beslissingen inzake de geldigheid van de inleidende dagvaarding (straks: van de tenlastelegging), de bevoegdheid van de eerste rechter tot kennisneming van de zaak, de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging dan wel de aanwezigheid van redenen voor schorsing van de vervolging, en de beslissingen over de vraag of de verdachte het tenlastegelegde heeft begaan, de strafbaarheid van het bewezenverklaarde en van de verdachte alsmede de oplegging van straf en/of maatregel." (MvT, p. 32).

141. De ACS komt dit voor als een te mager toegelicht criterium dat in hoger beroep van cruciaal belang wordt als het voorstel wet zou worden. De ACS meent dat bij handhaving van het criterium, de minister meer richting dient te geven aan de invulling van het criterium, dan wel hij het heeft te wijzigen. Voorkomen moet worden dat door een open criterium als de goede rechtsbedeling hoven zich kunnen voorzien van standaardoverwegingen om het vonnis niet te vernietigen terwijl de aangevoerde bezwaren hout snijden.

142. Tot slot meent de ACS dat in het nieuwe beslismodel onvoldoende tot uitdrukking komt de verplichting die op de rechter rust zijn oordeel en beslissing te motiveren. Het voorgestelde artikel 5.4.4.10., lid 8 vermeldt dat de beslissingen met redenen omkleed zijn voor zover dat voor de begrijpelijkheid van die beslissingen nodig is. De MvT, p. 33 legt daarbij mede de nadruk op hetgeen als verweer is aangevoerd. De ACS meent dat de minister steviger tot uitdrukking dient te brengen dat de beslissingen van het

gerechtshof an sich deugdelijk gemotiveerd dienen te zijn. Dit kan door de redactie van het lid te wijzigen in: dat de beslissingen met redenen omkleed zijn en zij begrijpelijk zijn.

Ambtshalve beoordeling

143. Het voorstel behoudt de mogelijkheid, en in enkele gevallen de verplichting, ambtshalve oordelen te vellen. De verplichte ambtshalve beoordeling ziet in het voorstel op de situatie waarin het hof vaststelt dat: a. geen recht tot strafvordering bestaat, terwijl de beslissing op het bestaan van dat recht gebaseerd is; b. het bewezenverklaarde niet onder een wettelijke strafbepaling valt; c. de oplegging van een straf of maatregel niet op de wet berust (art. 5.4.4.10, lid 6). Voor het overige wordt het aan de rechter gelaten om te beoordelen wat hij in het belang van een goede rechtsbedeling acht. Een verplichting om zich te vergewissen van de juistheid van de in eerste aanleg genomen beslissingen geldt uitdrukkelijk niet meer (vgl. MvT, p. 30). Dat betekent concreet dat de appelrechter die buiten de door partijen aangevoerde klachten niet meer kijkt naar de bewezenverklaring of de bewijsconstructie handelt conform de taakopvatting die hij in de MvT krijgt toebedeeld.

144. De ACS mist in dit verband een fundamentele beschouwing over de rol van de (appel)rechter in het algemeen, en over de van hem verlangde actieve opstelling waar het de materiële waarheidsvinding betreft in het bijzonder. In de huidige voorstellen valt met name op dat deze waarheidsvinding en de (deugdelijkheid van de) bewijsconstructie in eerste aanleg geen onderdeel meer uitmaken van de ambtshalve toets in appel. De rol die de appelrechter speelt in het proces van 'fact-finding' en bij de selectie en waardering van het feitelijke materiaal dat in de voorliggende zaak aan de orde is, wordt in de voorstellen sterk afhankelijk gemaakt van het beroep dat partijen in dit verband op hem doen. Daarmee wordt de rechterlijke verantwoordelijkheid voor de juistheid van een veroordeling (of vrijspraak) ingeperkt op een wijze die zich niet goed lijkt te verhouden met het huidige karakter van ons strafproces, waarin immers wordt uitgegaan van een actieve rechter, die op zoek is naar de materiële waarheid meer dan dat hij genoegen neemt met een processuele werkelijkheid. Het dogma van de actieve rechter wordt ook als waarborg voor de verdachte aangedragen. Door de (appel)rechter een lijdelijker rol toe te bedelen wordt een reactieve rechterlijke opstelling in de hand gewerkt, waardoor ook de procesvoering een sterker contradictoir karakter krijgt dan nu het geval is. Een dergelijke wijziging in de opvatting van de rol die de strafrechter (in hoger beroep) heeft, verdient een uitvoeriger en explicietere overdenking, alsmede een doordachte herstructurering binnen het wettelijk bestel – zeker als in ogenschouw wordt genomen dat in de voorstellen geen onderscheid wordt gemaakt tussen zaken waarin wel of geen (deugdelijk opererende) raadsman optreedt. De ACS mist dergelijke overdenkingen, net zoals zij garanties mist voor een actief opererende rechter, die een eigen verantwoordelijkheid houdt voor de materiële juistheid van een veroordelende (of vrijsprekende) beslissing.

145. De minister licht, naar opvatting van de ACS, ook onvoldoende toe waarom de ambtshalve beoordeling *ten nadele van de verdachte* blijft functioneren naast het aansterken van het voortbouwend appel gericht op de bezwaren van partijen.

146. Waar in de voorstellen de rechter de mogelijkheid houdt (ruim) ambtshalve te toetsen, en in te grijpen en eigen onderzoek te doen omdat hij niet gehouden kan worden aan

beslissingen waarmee hij zich niet kan verenigen en het onwenselijk is als hij zijn beslissingen zou moeten baseren op feiten en omstandigheden die zich naar zijn mening niet of anders hebben voorgedaan, moet worden voorkomen dat er een verrassingsbeslissing wordt gewezen. Het verdient aanbeveling wettelijk te verankeren dat indien de rechter buiten de bezwaren om wil beslissen hij de partijen op het punt in kwestie – expliciet – de gelegenheid moet geven zich er over uit te laten. Dit kan in voorkomende gevallen leiden tot heropening van het onderzoek, namelijk indien een en ander pas in raadkamer na de inhoudelijke behandeling duidelijk wordt. Bij het bieden van voornoemde gelegenheid zal voorts hebben te gelden dat de partijen afdoende voorbereidingstijd behoren te krijgen.

Unusrechtspraak

147. Het voorstel neemt voor de behandeling in hoger beroep tot uitgangspunt dat meer unusrechtspraak zal plaatsvinden dan tot op heden. Daarbij gaat het uit van de gedachte dat een unusuitspraak in eerste aanleg ook in hoger beroep op die voet kan worden berecht. De maximale strafoplegging zal in dat geval het jaar niet mogen overschrijden (MvT, p. 83 e.v.).

148. De ACS is niet positief over dit voorstel. De ACS meent dat geen goede reden bestaat unusrechtspraak in appel tot standaard te maken waar de zaak in eerste aanleg zo is behandeld. Bovendien meent de ACS dat voorgestelde aanscherping in het criterium (naar een jaar gevangenisstraf) zal kunnen leiden tot een verschraling van de rechtsbescherming. Mocht aan het voorstel worden vastgehouden, stelt de ACS voor de verdachte een verzoekrecht te gunnen de zaak te laten verwijzen naar een meervoudige kamer op welk verzoek gemotiveerd beslist moet worden.

VIII. Bijzondere procedures

Beklag tegen inbeslagneming van gegevens

149. In hoofdstuk 4.2. van Boek 6 wordt een herziene regeling voorgesteld voor beklag tegen inbeslagneming. De meest in het oog springende wijziging die in deze regeling wordt voorgesteld, is het laten vervallen van de mogelijkheid beklag te doen over gedragingen ten aanzien van gegevens. Deze worden in het huidige Wetboek beschreven in leden 2 en 3 van artikel 552a Sv. Het betreft:

- de vordering van gegevens, de vordering medewerking te verlenen aan het ontsleutelen van gegevens, over de kennisneming of het gebruik van gegevens, vastgelegd tijdens een doorzoeking of op vordering verstrekt, over de kennisneming of het gebruik van gegevens, opgeslagen, verwerkt of overgedragen door middel van een geautomatiseerd werk en vastgelegd bij een onderzoek in zodanig werk, over de kennisneming of het gebruik van gegevens als bedoeld in de artikelen 100, 101 en 114, over de vordering gegevens te bewaren en beschikbaar te houden, alsmede over de ontoegankelijkmaking van gegevens, aangetroffen in een geautomatiseerd werk, bedoeld in artikel 125o, de opheffing van de desbetreffende maatregelen of het uitblijven van een last tot zodanige opheffing;

- het verzoek om vernietiging van gegevens, vastgelegd tijdens een doorzoeking of op vordering verstrekt.

150. In de voorgestelde regeling worden de mogelijkheid van beklag beperkt tot uitsluitend beslissingen die zien op tastbare voorwerpen. De idee achter deze wijziging is (zie paragraaf 5.2.3 van de concept MvT) dat door het beslag op voorwerpen de beslagene niet meer vrijelijk kan beschikken over het voorwerp dat ten behoeve van de strafvordering onder de macht van justitie is gekomen, terwijl ten aanzien van gegevens de "inbeslagneming" er niet altijd toe leidt dat de rechthebbende de beschikkingsmacht over de gegevens verliest. Om die reden is er voor gekozen de mogelijkheden tot het doen van beklag voor zover dit betrekking heeft op de inbeslagname van gegevens te schrappen.

151. Deze redenering is in elk geval onjuist, waar zij betrekking heeft op gegevens die zich bevinden op gegevensdragers die als voorwerp in beslag zijn genomen. Men kan denken aan (onschuldige) familiefoto's die zijn opgeslagen op een harde schijf waarop de politie ook kinderpornografisch materiaal aantreft. De rechthebbende is over deze onschuldige gegevens de beschikkingsmacht kwijtgeraakt. Alleen al vanwege het feit dat zich ook volgens de wetgever gevallen voordoen waarbij in beslag name van gegevens meebrengt dat de rechthebbende - evenals bij inbeslagname van voorwerpen - de heerschappij over het materiaal heeft verloren, is het volledig schrappen van de mogelijkheid om beklag in te dienen tegen de in beslag name van gegevens systematisch niet juist en volstrekt onlogisch.
Indien een gegevensdrager in beslag is genomen en justitie meent dat een deel van de daarop opgeslagen gegevens voor het onderzoek beschikbaar moet blijven of in aanmerking komt om verbeurd te worden verklaard dan wel te worden onttrokken aan het verkeer, dan betekent dat nog niet dat er geen reden is om de gegevens waarvan vast staat dat deze geen strafvorderlijke relevantie hebben, niet terug te geven. Die teruggave kan plaats vinden, hetzij door de andere gegevens op de gegevensdrager niet-toegankelijk te maken en de in beslag genomen gegevensdrager terug te geven, hetzij door de terug te geven voor het onderzoek niet relevante gegevens op een lege gegevensdrager te zetten en vervolgens deze aan de rechthebbende terug te geven en de oorspronkelijke gegevens op de in beslag genomen gegevens drager te vernietigen (ontoegankelijk te maken). Dat dit voor politie en justitie "praktisch onwerkbaar" zou zijn, zoals de MvT suggereert (pagina 53), vermag de ACS niet in te zien en is bovendien geen reden om in beslag name van een volledige categorie materiaal niet van een beklagmogelijkheid te voorzien. Zie in dit verband ook de in de MvT aangehaalde uitspraak van de rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2016:8345) die dezelfde mening ventileert.

152. Maar de ACS acht de redenering ook principieel onjuist. Inbeslagneming betekent in beginsel een inbreuk op het eigendomsrecht van de rechthebbende. Volgens het EVRM dient het eigendomsrecht beschermd te worden en dient de Lidstaat bij enige inbreuk daarop ten minste te waarborgen dat de rechthebbende zich tot een onafhankelijke rechter kan wenden die beslist of de inbreuk op dat eigendomsrecht in het concrete geval gerechtvaardigd is. Er is geen reden dit voor gegevens anders te beoordelen dan voor voorwerpen. In beide gevallen komt materiaal in de invloedssfeer van de overheid zonder dat de rechthebbende daar toestemming voor heeft gegeven. Vóór de in beslagname had de rechthebbende als enige de beschikkingsmacht over die gegevens, ná de

inbeslagname is dat niet meer het geval. In het wetsvoorstel ontbreekt een rechtsgang voor de rechthebbende om de in beslag name van gegevens aan een rechter voor te leggen, waardoor het de vraag is of het voorstel in dit opzicht de toets van het EVRM kan doorstaan.
De MvT (paragraaf 5.2.3) onderbouwt het schrappen van de mogelijkheid van beklag tegen in beslag name van gegevens met voorbeelden waarin het gaat om gegevens die zelf onderdeel van een strafbaar feit zijn (kinderporno) of waarin justitie veronderstelt dat het beklagrecht in de praktijk alleen wordt gebruikt om te proberen "(mede) te bepalen wat justitie met de in beslag genomen gegevens doet."
Naar de mening van de ACS zijn dit slechts ad hoc argumenten die op geen enkele manier rechtvaardigen dat geen enkele mogelijkheid van beklag meer mogelijk wordt tegen in beslag name van gegevens.
Dit geldt te meer nu de omvang van digitale communicatie in onze maatschappij de afgelopen decennia exponentieel is gegroeid. Mede door die omvang is het praktisch vaak niet mogelijk om ten tijde van een doorzoeking of een bevel uitlevering gegevens direct, dus nog vóór in beslagname, te selecteren welke gegevens voor het onderzoek wél en welke níet relevant zijn. Als het om voorwerpen gaat is selectie ter plaatse nog wel te doen, waardoor er - in verhouding - weinig irrelevante voorwerpen in beslag worden genomen. Bij gegevens is dat echter anders. Er wordt vaak een kopie gemaakt van complete dossiers, folders of zelfs hele servers en al die gegevens worden in beslag genomen. Daar zit heel veel irrelevant materiaal bij. Wat de ACS in de praktijk vaak ziet gebeuren is dat de opsporingsinstanties zo lang mogelijk op die in beslag genomen gegevens blijven zitten, ook als deze voor het onderzoek helemaal niet relevant zijn. Dat wordt gerechtvaardigd met het argument dat, nu het om grote hoeveelheden gaat, het vernietigen (ontoegankelijk maken) van niet-relevante gegevens te veel tijd in beslag neemt. Het voorstel gaat hierbij nog een stap verder door simpelweg als uitgangspunt te nemen dat de klager alleen een klaagschrift indient om op die wijze terug te krijgen wat hijzelf door de inbeslagname niet meer heeft. Daarvan is - zo gaat de redenering verder - bij gegevens geen sprake omdat de betrokkene die gegevens zelf ook nog heeft; er is immers slechts een kopie van gemaakt.
Daarbij wordt voorbij gegaan aan het feit dat de klager niet alleen het in beslag genomen voorwerp wil terug hebben, maar ook wenst dat het voorwerp niet langer onder beheer van de opsporingsautoriteiten is; het is immers zijn eigendom en dan behoort het niet bij iemand anders te liggen, zeker niet bij de overheid. Bij een voorwerp vallen beide redenen samen: is het voorwerp terug bij de beslagene dan volgt daaruit dat het niet meer bij de autoriteiten ligt.
Bij gegevens is dat vaak anders, maar het enkele feit dat de beslagene nog over zijn gegevens beschikt, betekent niet dat hij geen rechtens te respecteren belang heeft om bezwaar te maken tegen het feit dat zijn data inmiddels ook - en naar zijn mening ten onrechte en/of onnodig - onder beheer van de overheid is gekomen.

153. Het gebeurt door het in toenemende mate in beslagnemen van grote hoeveelheden digitale data, vaak meerdere terabytes, maar al te vaak dat grote hoeveelheden gegevens in beslag worden genomen die geen enkele strafvorderlijke relevantie hebben. Deze disproportionele in beslag name, die eerder regel dan uitzondering is, is de ACS ook een doorn in het oog.
Indien in het voorstel geen mogelijkheid wordt geschapen om beklag in te dienen tegen de in beslag name van gegevens, betekent dit de facto dat vele terabytes digitale informatie onder beheer van opsporingsinstanties komen en blijven, terwijl die gegevens

daar eenvoudigweg niet thuis horen omdat zij niet-relevant zijn voor het betreffende onderzoek maar alleen zijn "mee gekopieerd" omdat zij toevallig in dezelfde folder zaten of op dezelfde server stonden als data die mogelijk wel relevant zijn voor het onderzoek. Aan een *fait accompli* (het is nu eenmaal niet mogelijk ten tijde van de in beslag name relevante data te selecteren en daarom worden *alle* data in beslag genomen) en het feit dat de rechthebbende veelal zelf nog over de data beschikt, wordt de conclusie gekoppeld dat rechtsbescherming "dus" niet nodig is en/of te veel geld kost. Dat is een conclusie die een rechtsstaat onwaardig is, temeer gelet op de strenge regelgeving die - via de Algemene Gegevens Verordening - op persoonsgegevens van toepassing is. De conclusie is bovendien onjuist: gelet op de hoeveelheid gegevens waar het om gaat en om het veelal privacygevoelige karakter van die gegevens is rechtsbescherming in de vorm van een klachtprocedure juist eens te meer nodig.
De ACS beveelt dan ook met klem aan in het voorstel een mogelijkheid tot beklag tegen in beslagname van gegevens op te nemen alsmede tegen een weigering van de officier van justitie om tot vernietiging (ontoegankelijk making) van die gegevens over te gaan.

154. Blijkens de concept Memorie van Toelichting wordt het regime van de Wet Politiegegevens (Wpg) geacht te voorzien in voldoende rechtsbescherming. Maar ook deze mening deelt de ACS om een aantal hierna te bespreken redenen niet.

Wet politiegegevens: betrokkene is niet de beslagene of de verdachte

155. De Wet politiegegevens voorziet in de mogelijkheid dat de betrokkene op grond van art. 25 Wpg schriftelijk verzoekt om mede te delen of en zo ja, welke deze persoon betreffende politiegegevens zijn verwerkt. Die verzoek kan worden afgewezen voor zover het onthouden van kennisneming noodzakelijk is in het belang van de goede uitvoering van de politietaak; de bescherming van de rechten van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van derden; en de veiligheid van de staat.
Vervolgens kan de betrokkene, op grond van art. 28 Wpg, schriftelijk verzoeken om de gegevens te verbeteren, aan te vullen, te verwijderen of af te schermen indien deze feitelijk onjuist, voor het doel van de verwerking onvolledig of niet ter zake dienend zijn, dan wel in strijd met een wettelijk voorschrift worden verwerkt.

156. Wie "betrokkene" is, wordt gedefinieerd in artikel 1 onder g. Wpg: "betrokkene" is "degene op wie een politiegegeven betrekking heeft". Het begrip "betrokkene" in de Wpg valt daarmee niet samen met, en kan ook niet gelijkgesteld worden aan de strafvorderlijke begrippen "beslagene" of "verdachte". Sterker: het begrip "betrokkene" in de Wpg heeft niet eens dezelfde inhoud als het begrip "betrokkene" in de voorgestelde regeling van Boek 2 (vgl. art. 2.8.1.3.1 lid 2).

157. Dat betekent dat alleen degene op wie de gegevens betrekking hebben, een verzoek kan doen om verbetering, aanvulling, verwijdering en afscherming van die op hemzelf betrekking hebbende gegevens. Alleen voor zover bij een persoon gegevens in beslag zijn genomen die op hemzelf betrekking hebben, kan de beslagene dus een verzoek op grond van artikel 25/28 Wpg doen.

158. In veel gevallen worden bij een (rechts)persoon echter vooral gegevens in beslag genomen die betrekking hebben op anderen dan de beslagene zelf. Denk aan een accountantskantoor, een belastingadvieskantoor, een sportvereniging, een vakbond of

een politieke organisatie. In al deze gevallen heeft het beslag betrekking op gegevens van de cliënten, de leden of de aangesloten personen van of bij de beslagene. In al deze gevallen zou de beslagene zelf dus geen verzoek doen op grond van artikel 25/28 Wpg. Deze beslagene heeft kortom geen enkel rechtsmiddel meer.

159. Daarbij dient te worden opgemerkt dat onduidelijk is of art. 28 Wpg voorziet in de mogelijkheid tot rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de verkrijging van de gegevens. Weliswaar biedt art. 28 Wpg de mogelijkheid tot het doen van een schriftelijk verzoek tot wijziging indien de gegevens in strijd met een wettelijk voorschrift worden verwerkt, maar op welk wettelijk voorschrift wordt gedoeld, blijkt niet. Dat betekent dat de bestuursrechter de rechtmatigheid van de verkrijging van de gegevens niet kan toetsen, en in het wetsvoorstel ook niet op een andere wijze in een rechtmatigheidstoets wordt voorzien, terwijl die eis wel uit het EVRM voortvloeit.

160. In veel gevallen heeft de geadresseerde van een vordering dan ook geen mogelijkheid meer (zelfs niet achteraf) om de rechtmatigheid van de vordering ten toets te laten komen bij de straf- of bestuursrechter. Deze lacune in de rechtsbescherming kan met zich brengen dat de civiele voorzieningenrechter in kortgeding zich als restrechter ter zake bevoegd zou kunnen achten.

Wet politiegegevens: alleen persoonsgegevens

161. Daarnaast moet worden vastgesteld dat de Wpg slechts betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens. Dit betekent dat de regeling van artikel 25/28 Wpg geen rechtsingang biedt voor een verzoek tot informatie over of correctie van gegevens van niet-persoonlijke aard die door de opsporingsdienst worden verwerkt. Met het vervallen van de mogelijkheid van beklag tegen inbeslagneming van gegevens bestaat dan geen rechtsmiddel met betrekking tot de verwerking van dit type gegevens. Een voorbeeld kan dit verduidelijken: als bij een accountantskantoor financiële gegevens worden gevorderd die betrekking hebben op een aantal rechtspersonen/ondernemingen onder haar cliënten, dan zijn deze gegevens geen persoonsgegevens zoals bedoeld in de Wet politiegegevens. Rechtspersonen hebben immers geen persoonsgegevens. Op deze gegevens is het regime en de rechtsbescherming van de Wpg niet van toepassing. De betrokken onderneming kan dus niet verzoeken om inzage in de gegevens en kan ook niet verzoeken om correctie of vernietiging van de gegevens. Tegen het gebruik (dat kan bestaan in of leiden tot openbaarmaking van die gegevens) van mogelijk zeer concurrentiegevoelige bedrijfsgegevens kan dus niet onder de Wpg worden opgekomen. Dat betekent dat ten aanzien van deze gegevens alleen de burgerlijke rechter als restrechter geadiëerd zou kunnen worden om een oordeel te vellen over de rechtmatigheid van de verwerking van de gegevens.

Bekendheid met verwerking

162. Al opgemerkt is dat het accountantskantoor, de sportvereniging en de politieke organisatie als "beslagene" – oftewel als "leverancier" van de gegevens – geen rechtsingang heeft in de Wpg. Het zijn de cliënten of de leden van het accountantskantoor, de sportvereniging of de politieke organisatie die ieder voor zich individueel een verzoek op grond van artikel 25/28 Wpg zullen moeten indienen. Dat heeft een aantal verstrekkende gevolgen.

In de eerste plaats moet vastgesteld worden dat degene op wie de gevorderde gegevens betrekking hebben, in de meeste gevallen onwetend zal zijn van het feit dat zijn persoonsgegevens zijn gevorderd en zijn vastgelegd door de politie. Degene tot wie de vordering is gericht, dient immers omtrent die vordering geheimhouding in acht te nemen. Deze algemene geheimhoudingsplicht die in de huidige wettelijke regeling bestaat word overgenomen in de gemoderniseerde regeling (art. 2.7.3.1.4). Alleen de verdachte komt, zodra hij kennisneemt van het procesdossier, op de hoogte van het feit dat zijn gegevens worden verwerkt. Leidt een verdenking uiteindelijk *niet* tot een strafvervolging, dan komt zelfs de verdachte niet van dit feit op de hoogte.
De voorgestelde regeling voorziet in een notificatieplicht van een beperkte categorie "betrokkenen" in strafvorderlijke zin (art. 2.8.1.3.1). Het voorstel voorziet met name niet in een notificatieplicht van alle personen van wie persoonsgegevens in beslag zijn genomen en sindsdien worden verwerkt. Deze betrokkenen mogen niet worden "getipt" door de beslagene, krijgen geen inzage in het strafdossier en worden ook niet door de overheid genotificeerd. Zij blijven onkundig, en kunnen reeds op die grond niet van de mogelijkheden van artikel 25/28 Wpg gebruik maken.
Als dat in een voorkomend geval al eens anders is – bijvoorbeeld: uit persberichten naar aanleiding van een openbare terechtzitting wordt bekend dat de FIOD in het kader van het strafrechtelijk onderzoek een omvangrijke hoeveelheid gegevens van rekeninghouders van een bank heeft opgevraagd – dan zullen alle individuele belanghebbenden moeten klagen, in plaats van dat (zoals nu) in één keer kan worden beslist voor alle betrokken gegevens. Dat zou een enorme uitbreiding van het aantal verzoeken aan de politie kunnen opleveren (met alle kosten van dien), alsmede een uitbreiding van het aantal rechterlijke procedures, waarbij bovendien het principiële karakter van een klacht kan ondersneeuwen in de individuele belangenafweging die in dat kader dient te worden gemaakt.

Positie verschoningsgerechtigden: teruggave in beslag genomen voorwerpen of gegevens

163. Het wetsvoorstel boek 6 bevat tevens het voorstel om het eerder gedane voorstel met betrekking tot boek 2 te wijzigen als het gaat om teruggave van in beslag genomen voorwerpen of gegevens waarvan is vast gesteld dat deze verschoningsgerechtigde informatie bevatten. Als is vastgesteld dat het in beslaggenomen voorwerp (het betreft dan vaak papieren stukken) verschoningsgerechtigd is, dan behoeft het voorwerp, aldus het voorstel, alleen dan te worden teruggegeven als het verschoningsrecht zich over *alle* informatie uitstrekt. Als het voorwerp ook niet-verschoningsgerechtigde informatie bevat, dan behoeft het niet te worden teruggegeven. Hetzelfde geldt voor gegevensdragers waarop zowel verschoningsgerechtigde gegevens als niet-verschoningsgerechtigde gegevens staan. Het voorstel vindt weliswaar dat opsporingsinstanties in dat geval geen toegang moeten (kunnen) hebben tot het verschoningsgerechtigde deel van het voorwerp respectievelijk de gegevens, maar zoekt dit in een "strikt autorisatiesysteem" waardoor de verschoningsgerechtigde informatie ontoegankelijk wordt gemaakt voor de opsporingsambtenaren. Dat strikte autorisatiesysteem houdt in dat alleen een "zogenoemde medewerker geheimhouder" (een opsporingsambtenaar die niet is betroken bij het opsporingsonderzoek) toegang tot de vertrouwelijke informatie heeft.

164. De ACS plaatst hierbij twee belangrijke kanttekeningen. Allereerst moet in de voorgestelde wettekst worden toegevoegd dat voorop dient te staan dat de

verschoningsgerechtigde informatie, indien dat ook maar enigszins mogelijk is, wél direct moet worden teruggegeven. Voorkomen moet worden dat, indien een stuk of gegevensdrager slechts voor een heel klein deel uit niet-verschoningsgerechtigd materiaal bestaat, het volledige voorwerp of alle gegevens op de gegevensdrager niet hoeven te worden terug gegeven. In dat geval zal zich vrijwel zeker de praktijk ontwikkelen dat vertrouwelijke informatie, ofschoon is vast gesteld dat deze verschoningsgerechtigd is, nooit meer behoeft te worden teruggegeven. De bescherming van verschoningsgerechtelijke informatie in een rechtsstaat is daarvoor te belangrijk. Van de overheid mag - en moet - worden gevraagd dat zij de nodige moeite doet om te voorkomen dat verschoningsgerechtigd materiaal bij de overheid terecht komt of daar blijft. Is van een bepaald document slechts een aantal pagina's verschoningsgerechtigd, dan kunnen die pagina's uit het document worden gehaald en worden terug gegeven. Dat gebeurt op dit moment in de praktijk ook al.
Ook als het gaat om digitaal verschoningsgerechtigd materiaal dient de overheid zich enige moeite te getroosten om ervoor te zorgen dat dit materiaal daadwerkelijk ontoegankelijk wordt gemaakt. Het is technisch mogelijk om verschoningsgerechtigde gegevens op een forensic image te vernietigen (niet toegankelijk te maken) zonder dat daarmee de bewijswaarde van die forensic image wordt aangetast. Daar moet wel enige moeite voor worden gedaan, maar naar de mening van de ACS is het verschoningsrecht dat zeker waard. het wetsvoorstel maakt zich te gemakkelijk af van de verantwoordelijkheid die de overheid in dit opzicht heeft.

165. Een tweede opmerking betreft de oplossing die het wetsvoorstel aandraagt om ervoor te zorgen dat materiaal dat mogelijk verschoningsgerechtigd is ook daadwerkelijk niet toegankelijk wordt voor een opsporingsambtenaar die in het betreffende onderzoek is betrokken, inclusief de zaaksofficier van justitie, Het wetsvoorstel zoekt de oplossing in de zogenoemde "medewerker geheimhouder". Dit is een opsporingsambtenaar die niet is betrokken bij het opsporingsonderzoek en wiens taak het is zorg te dragen voor de doorgeleiding van verschoningsgerechtigd materiaal naar het openbaar ministerie (dat wil zeggen naar de geheimhoudersofficier van justitie) en de rechter-commissaris voor een beoordeling.
De ACS constateert dat deze oplossing, die nu ook al wordt gebruikt, in de praktijk niet altijd werkt en bovendien systematisch niet juist is omdat de medewerker geheimhouder in dienst is van een opsporingsinstantie (het is en blijft een opsporingsambtenaar). Medewerker geheimhouder is bovendien geen fulltime baan: in andere zaken functioneert deze medewerker gewoon als opsporingsambtenaar die zich wél bezig houdt met het opsporingswerk. Functioneert hij in een bepaalde zaak als medewerker geheimhouder en beschikt hij in die hoedanigheid over verschoningsgerechtigde informatie die hij voor de onderzoekers en de zaaksofficier geheim moet houden, in andere zaken moet hij met diezelfde collega's of diezelfde officier van justitie weer samenwerken en informatie uitwisselen. Het is de ACS bekend dat dit in de praktijk wel eens fout gaat. Dat heeft niet te maken met de integriteit of goede wil van de betrokken persoon, maar met diens positie als opsporingsambtenaar. Is het niet te vele gevraagd van een opsporingsambtenaar, die is opgeleid en opgevoed om zoveel mogelijk informatie te achterhalen en te delen die van belang kán zijn voor het achterhalen van de waarheid om, indien hij als medewerker geheimhouder optreedt, plotseling een heel andere invalshoek moet kiezen en vertrouwelijke informatie, die heel wel van belang kan zijn voor de waarheidsvinding, om principiële redenen niet mág delen, noch i concrete

zin, noch in algemene, niet tot een persoon herleidbare zin. Kán dat van een opsporingsambtenaar gevraagd worden? Naar de mening van de ACS niet.

166. Er zit bovendien nog een principiële kant aan: is de overheid geloofwaardig als zij de bescherming van het verschoningsrecht in de praktijk vooral over laat aan degenen waartegen het verschoningsrecht nu juist beschermd moet worden? De ACS meent van niet en is dan ook zeer te spreken over het wetsvoorstel met betrekking tot boek 1 waarin wordt voorgesteld dat de hele screening van mogelijk verschoningsgerechtigde informatie feitelijk moet worden gedaan door (medewerkers van) de Rechter-Commissaris, die daarbij dan geen opsporingsambtenaren mag inschakelen. De toetsing ligt dan immers waar deze in een rechtsstaat hoort te liggen: bij een onafhankelijke rechter. DE ACS juicht dit voorstel dan ook toe, maar heeft begrepen dat dit onderdeel op grote weerstand stuit bij politie, justitie en - enigszins tot verbazing van de ACS - rechterlijke macht. De bezwaren van de rechterlijke macht lijken vooral praktisch van aard te zijn: de kabinetten RC zouden nu onvoldoende toegerust zijn en over onvoldoende middelen beschikken om voldoende toegerust te worden. Dit "probleem" kan naar de mening van de ACS eenvoudig worden opgelost door financiële middelen over te hevelen van de opsporingsdiensten naar de rechterlijke macht. De huidige medewerkers geheimhouder bij de opsporingsdiensten krijgen vervolgens meer tijd om zich met opsporingswerkzaamheden bezig te houden en in die zin kan de overheveling financieel neutraal worden uitgevoerd. De ACS is ervan overtuigd dat de kabinetten RC een eventuele kennis- en ervaringsachterstand snel zal kunnen inhalen.
Elke tussenoplossing, waarin de huidige medewerker geheimhouder bijvoorbeeld een aparte status krijgt voor de momenten waarop hij zijn pure opsporingswerkzaamheden tijdelijk inruilt voor de screening van mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal, stuit - wat de ACS betreft - af op het gegeven dat een medewerker geheimhouder die onder een opsporingsdienst of het openbaar ministerie ressorteert per definitie ten minste de schijn van partijdigheid meedraagt. En, zoals bij elke onafhankelijkheid het geval is, is ook al het voorkomen van een schijn van partijdigheid een zelfstandige reden om te kiezen voor een daadwerkelijk onafhankelijke instantie, zoals de rechter-commissaris.

167. Voor haar standpunt vindt de ACS steun bij de Hoge Raad, de advocaat-generaal bij de Hoge Raad, het Europese Hof voor de Rechten van de mens en in de literatuur.
Indien het gaat om de beoordeling van grote hoeveelheden stukken, bijvoorbeeld (kopieën van) grote computerbestanden, is het aannemelijk dat de rc bij zijn onderzoek hulp nodig heeft van derden. Volgens de HR moet de rc er in een dergelijk geval voor zorgen dat 'het onderzoek wordt verricht door zodanige functionaris en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt'.[25] De voorgestelde bepaling (2.7.6.2.2.3 lid 2), op grond waarvan de rc zich ten behoeve van zijn beslissing alleen kan laten bijstaan door medewerkers van zijn kabinet die daartoe door hem zijn aangewezen, is een oplossing die recht doet aan de bescherming van het verschoningsrecht en in lijn is met hetgeen ter waarborging van het verschoningsrecht uit de jurisprudentie naar voren komt.
In de zaak die ten grondslag lag aan de uitspraak van de HR van 22 december 2015 had de rc zich bij zijn onderzoek laten bijstaan door een medewerker geheimhouder van de

[25] HR2 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1450, *NJ* 2015, 490, r.o. 3.6, m.nt. Vellinga-Schootstra. HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, *NJ* 2016, 140, r.o.3.5.3, m.nt. Vellinga-Schootstra

FIOD en de geheimhoudersofficier van justitie van het FP, die stukken hadden onderzocht, beoordeeld en geïnventariseerd.[26] In zijn conclusie bij deze uitspraak merkte A-G Knigge op dat de door de rc gevolgde procedure geen schoonheidsprijs verdiende. Volgens hem is er in ons strafproces geen plaats voor 'geheimhouder officieren van justitie en geheimhouder medewerkers van de FIOD'. Bij dergelijke functionarissen ontbreekt immers de garantie van onafhankelijkheid en onpartijdigheid die ligt besloten in de rechterlijke hoedanigheid van de rc.[27]
De in lid 2 gekozen oplossing is ook in lijn met de jurisprudentie van het EHRM, waarin wordt benadrukt dat als het gaat om doorzoeking van (grote hoeveelheden) elektronische bestanden ter bescherming van het beroepsgeheim specifieke waarborgen moeten gelden.[28]

168. Vanwege het belang dat de bescherming van het verschoningsrecht in een rechtsstaat verdient, voegt de ACS aan dit preadvies een **"bijlage verschoningsrecht"** waarin het belang van de geheimhoudingsplicht en het daarmee samenhangende verschoningsrecht nog eens op een rij wordt gezet.

Positie verschoningsgerechtigden: klacht indien officier van justitie verzuimt (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal ter screening aan de rechter-commissaris voor te leggen.

169. Bijzondere aandacht verdient in dit kader ook nog het gegeven dat het huidige voorstel niet voorziet in een klacht mogelijkheid van de verschoningsgerechtigde in het geval de officier van justitie, om welke reden dan ook, in strijd met de wet mogelijk verschoningsgerechtigde gegevens niet aan de rechter-commissaris ter screening voorlegt. Zo'n klachtmogelijkheid is er onder het huidige recht wel. De positie van de verschoningsgerechtigde of – dat is wezenlijker – de positie van gegevens die onder het verschoningsrecht vallen, zou daarmee in belangrijke mate achteruit gaan.
Het beslag bij verschoningsgerechtigden wordt geregeld in artikel 2.7.6.2.2.1. Ten aanzien van kennisneming van materiaal vinden we de hoofdregel in 2.7.6.2.2.2: Behoudens de RC in het kader van de beslissing over de kennisneming van het materiaal, kan van gegevens of aan voorwerpen te ontlenen informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt in beginsel geen kennis worden genomen. Artikel 2.7.6.2.2.3 geeft vervolgens de beslissingsstructuur en de door de RC te volgen procedure weer. Lid 6 van dit artikel houdt in dat ingeval de RC in gebreke blijft te beslissen, hem op verzoek van de verschoningsgerechtigde of de OvJ door de rechtbank een beslissingstermijn kan worden opgelegd. Van de beslissing van de RC (houdende

---

[26] ECLI:NL:HR:2015:3714

[27] ECLI:NL:PHR:2015:2463, 7.8 -7.10. Zie voor een eerdere uitspraak waarin kritiek was op de procedure waarin opsporingsambtenaren van de FIOD geheimhouderstukken hadden bekeken voordat ze aan de rc werden gezonden: HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:BJ9262 en de conclusie bij deze zaak. Zie hierover nader: F. Vellinga-Schootstra, 'Verschoningsrecht onder vuur. Vertrouwen op eer en geweten? Over beslag en doorzoeking bij de verschoningsgerechtigde', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2017-3 (hierna: Vellinga-Schootstra 2017), p.108. Vellinga-Schootstra wijst ook nog op EHRM 14 september 2010, *NJ* 2011, 230, m.nt. E.J. Dommering en T.M. Schalken (*Sanoma/Nederland*), waarin in de context van het journalistiek brongeheim volgens het EHRM de OvJ in Nederland 'nauwelijks kan worden aangemerkt als objectief en onpartijdig'.

[28] Zie EHRM 16 oktober 2007, nr. 74336/01 (*Wieser und Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*). EHRM 3 juli 2012, nr. 30457/06 (*Robathin t.* Oostenrijk).EHRM 20 oktober 2015, nr. 5201/11, (*Sher e.a.t. Verenigd Koninkrijk*)

toestemming om van het materiaal kennis te nemen) kan de verschoningsgerechtigde in appel komen bij de rechtbank (artikel 2.7.6.2.4.2).

170. De situatie waarin het beslag is gelegd bij *anderen* dan verschoningsgerechtigden wordt geregeld in artikel 2.7.6.2.3.1: Vanaf het moment dat bij een inbeslagneming bij een ander dan een professioneel verschoningsgerechtigde het redelijk vermoeden ontstaat[29] dat het professioneel verschoningsrecht zich over een voorwerp of een gegeven uitstrekt, onthoudt de opsporingsambtenaar zich van kennisneming daarvan. Tot kennisneming wordt alleen overgegaan als de RC daartoe (overeenkomstig de procedure van artikel 2.7.6.2.2.3) toestemming heeft verleend.

171. Zo is wel geregeld de procedure waarbij de verschoningsgerechtigde betrokken wordt als de OvJ aan de RC toestemming vraagt om kennis te nemen van inbeslaggenomen materiaal dat (mogelijk) onder het verschoningsrecht valt.
Niet geregeld is echter de situatie waarin de OvJ (naar het oordeel van de verschoningsgerechtigde) ten onrechte verzuimt om zulke toestemming te vragen, bijvoorbeeld omdat de OvJ meent dat in het geheel geen sprake is van verschoningsgerechtigde stukken of het in ieder geval niet met de verschoningsgerechtigde eens is. Voor het geval de OvJ ten onrechte verzuimt toestemming tot kennisneming aan de RC te vragen – en het materiaal "gewoon" gebruikt in het kader van een strafrechtelijk onderzoek of het materiaal ter beschikking stelt aan andere overheidsinstanties zoals de Belastingdienst of de AFM – ontbreekt een rechtsingang in de voorgestelde regeling. In deze situatie kan de verschoningsgerechtigde niet als "betrokkene" in de zin van de Wpg worden aangemerkt. Zowel een rechtsgang om de OvJ te dwingen de procedure van artikel 2.7.6.2.2.3 te volgen als een beklagprocedure tegen een besluit van de officier van justitie om stukken, waarvan de verschoningsrechtigde meent dat deze onder het verschoningsrecht vallen, ter inzage aan het onderzoeksdossier toe te voegen ontbreken. Onder het huidige recht kan een verschoningsgerechtigde een klaagschrift tegen in beslag neming van de gegevens indienen.
Het wetsvoorstel legt het initiatief tot het laten toetsen van in beslag genomen stukken of gegevens uitsluitend bij het OM en geeft noch aan de verschoningsgerechtigde, noch aan de verdachte een mogelijkheid om de kwestie van het verschoningsrecht aan de RC voor te leggen. Daardoor blijft het mogelijk dat in beslag genomen verschoningsgerechtigde stukken of gegevens langer onder het beheer van politie en justitie blijven dan is toegestaan. Verschoningsgerechtigde stukken blijven langer bij de instanties waar zij - indien de RC (of in beroep de rechtbank) van mening is dat zij verschoningsgerechtigd zijn - niet thuis horen.

172. Een behoorlijke beklagregeling tegen inbeslagneming en gebruik van gegevens in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering kan voorkomen dat ook in zo'n geval een civiel kortgeding bij de Voorzieningenrechter als restrechter moet worden gevoerd. De ACS beveelt dan ook met klem aan dat in Afdeling 7.6.2.1 een bepaling wordt toegevoegd die de verschoningsgerechtigde de mogelijkheid geeft de in beslag name van voorwerpen of data aan de rechter-commissaris ter toetsing voor te leggen.

[29] De ACS gaat er hierbij vanuit dat de enkele mededeling van een verschoningsgerechtigde dat het om verschoningsgerechtigde stukken gaat in elk geval zo'n redelijke vermoeden doet ontstaan.

Overige nadelen van het ontbreken van een beklagregeling

173. Het vervallen van de mogelijkheid van beklag tegen inbeslagneming van gegevens heeft tot gevolg dat vraagstukken van hoogst principiële aard (ten aanzien van de reikwijdte van de vordering of ten aanzien van de vraag of sprake is van gevoelige persoonsgegevens) onder het voorgestelde regime niet langer aan de strafrechter kunnen worden voorgelegd. De beslissingen omtrent de reikwijdte van strafvorderlijke bevoegdheden worden bij de bestuursrechter of de kortgedingrechter gelegd.

174. Bovendien moet worden geconstateerd dat de Wet politiegegevens ruime mogelijkheden biedt om een verzoek tot inzage in gegevens af te wijzen (in het belang van de goede uitvoering van de politietaak). Als het onderzoeksbelang zich verzet tegen mededeling of gegevens zijn verwerkt, kan de betrokkene niets anders doen dan bezwaar maken en eventueel beroep instellen bij de bestuursrechter. Aan een Wpg-verzoek zijn bovendien kosten verbonden, waarmee een griffierecht zou worden geïntroduceerd. Ook bij het indienen van beroep op de rechter moet griffierecht worden betaald. Tenslotte toetst de bestuursrechter marginaal.

175. Als afsluitende opmerking moet de vraag gesteld worden hoe het afschaffen van een strafvorderlijke rechtsgang omtrent inbeslaggenomen gegevens zich verhoudt met artikel 8 en artikel 13 van het EVRM. In dit verband kan gewezen worden op de rechtsbescherming die het EHRM ook voor de inbeslagname van gegevens eist. Zie bijv. EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05 (Prezhdarovi t. Bulgarije).

Conclusie

176. Naar het oordeel van de ACS kan in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering een wettelijke regeling van beklag tegen inbeslagneming en gebruik (etc.) van gegevens niet ontbreken. Zou dat wel het geval zijn, dan kan verwacht worden dat de Voorzieningenrechter in kortgeding de (door het EVRM vereiste) rechtsbescherming zal vormgeven. Dat zou een ronduit gênante uitkomst zijn van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering.

<u>Schadevergoeding en kosten</u>

177. In hoofdstuk 6 van Boek 6 wordt een volledig nieuwe regeling voorgesteld voor de vergoeding van schade na strafvorderlijk optreden. De ACS heeft met instemming kennis genomen van het voorstel. Desalniettemin meent zij dat het voorstel op onderdelen wijziging dan wel aanvulling behoeft.

Nieuwe regeling valt in z'n algemeenheid toe te juichen

178. Voor degene die schade heeft geleden als gevolg van strafvorderlijk optreden bestaat op dit moment een lappendeken van mogelijkheden om te trachten die schade te verhalen: degene wiens zaak is geseponeerd of die is vrijgesproken van alle aan hem tenlastegelegde strafbare feiten kan de schade die hij heeft geleden als gevolg van de ondergane voorlopige hechtenis verhalen middels een verzoek ex art. 89 Sv. Op dit verzoek wordt beslist door de raadkamer van de rechtbank dan wel, indien is vrijgesproken in hoger beroep, de raadkamer van het gerechtshof. In dergelijke gevallen

kan via art. 591 en 591a Sv bovendien een verzoek om vergoeding van (advocaat)kosten worden ingediend. De schade die de gewezen verdachte heeft geleden ten gevolge van de toepassing van opsporingsbevoegdheden (bijvoorbeeld een doorzoeking) kan daarentegen alleen via een verzoek aan de schadeveroorzakende partij worden verhaald en, bij afwijzing, middels het adiëren van de civiele rechter. Criterium voor vergoeding van de schade in zo'n geval is of sprake is van onrechtmatig overheidsoptreden. De gewezen verdachte wordt daarbij veelal geconfronteerd met het criterium van de 'gebleken onschuld'. Bij een vrijspraak is echter niet zonder meer sprake van 'gebleken onschuld'. Dat betekent dat de eiser in veel geval bewijs zal moeten leveren van zijn onschuld. Dat blijkt in de praktijk in de meeste gevallen onmogelijk.

179. Voor derden – niet zijnde verdachten – die schade lijden als gevolg van strafvorderlijk overheidsoptreden staat slechts de weg naar de civiele rechter open, waarbij het een verschil kan maken of sprake was van rechtmatig of onrechtmatig strafvorderlijk optreden.

180. Bovendien is het op dit moment vaak onvoldoende duidelijk wie aansprakelijk is voor de geleden schade: politie of Openbaar Ministerie.

181. Het valt daarom toe te juichen dat wordt voorgesteld om één algemene, laagdrempelige regeling in te voeren voor de vergoeding van schade na strafvorderlijk optreden. Daarbij valt eveneens toe te juichen dat is gekozen voor één loket (de officier van justitie).

182. Ook op een aantal andere punten is de ACS uitgesproken positief over dit onderdeel.

Positief: nuancering zaakbegrip

183. Zo is de ACS verheugd dat wordt voorgesteld om het zaakbegrip te nuanceren (art. 6.6.1.3 lid 3). Daarmee wordt een eind gemaakt aan de als onrechtvaardig ervaren situatie dat door het ten laste leggen van strafbare feiten waar tussen geen enkel onderling verband bestaat, de weg naar een schadevergoeding kan worden afgesneden. Gedacht kan worden aan de verdachte die geruime tijd in voorlopige hechtenis zit op verdenking van moord, terwijl bij de doorzoeking van zijn woning in het moordonderzoek een groot bedrag aan contant geld is aangetroffen. Naar huidig recht kan deze verdachte als hij van de moord wordt vrijgesproken, maar tegelijkertijd voor het witwassen wordt veroordeeld, geen aanspraak maken op vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van de ondergane voorlopige hechtenis voor de moord. Het is positief te waarderen dat deze onbillijke hardheid met het voorstel wordt opgeheven.

Positief: mogelijkheid vergoeding bij te lang voorarrest

184. De ACS is ook verheugd dat het voorstel beoogt een einde te maken aan de situatie dat een verdachte, die wordt veroordeeld tot een lagere onvoorwaardelijke gevangenisstraf dan de reeds in voorarrest doorgebrachte tijd, de daardoor geleden schade niet vergoed krijgt (art. 6.6.1.3 lid 2 aanhef en onder b). Ook in dit geval kan worden gedacht aan de verdachte die op verdenking van moord vele jaren in voorlopige hechtenis doorbrengt en die uiteindelijk tot een lage onvoorwaardelijke (gevangenis)straf wordt veroordeeld voor de meest subsidiair ten laste gelegde eenvoudige mishandeling de dood ten gevolge hebbend. Nu komt deze veroordeelde niet in aanmerking voor vergoeding van schade die

is geleden ten gevolge van de ondergane voorlopige hechtenis. Dat ook aan deze als onrechtvaardig ervaren situatie een einde komt, valt te waarderen.

185. Toch plaatst de ACS ook een aantal kanttekeningen bij het voorstel.

Kanttekening: onwenselijk dat verjaringstermijnen uiteenlopen

186. Allereerst kan worden gewezen op art. 6.6.1.5 waarin is bepaald dat een verzoek tot vergoeding van schade wegens onrechtmatig strafvorderlijk optreden dient te worden ingediend binnen vijf jaar (art. 6.6.1.5 lid 1). Een verzoek daarentegen tot vergoeding van schade wegens rechtmatig strafvorderlijk optreden door de benadeelde – niet zijnde de gewezen verdachte – moet binnen een jaar nadat deze met de schade bekend is geworden worden ingediend. Dat zou tot de situatie kunnen leiden dat de benadeelde die ervan overtuigd is dat zijn schade is veroorzaakt door onrechtmatig strafvorderlijk optreden en die er om die reden voor kiest om niet binnen een jaar een verzoek tot schadevergoeding in te dienen, in zijn verzoek niet ontvankelijk zou zijn als de officier van justitie (en de rechter) van oordeel zijn dat het strafvorderlijk optreden wel rechtmatig is geweest. De ACS adviseert daarom deze termijnen gelijk te trekken en daarbij de langste termijn van vijf jaar aan te houden.

Kanttekening: onwenselijk dat niet uitdrukkelijk is voorzien in een stuitingsmogelijkheid

187. Het is niet uitzonderlijk dat pas na een uitspraak van de Hoge Raad duidelijk is of bepaald strafvorderlijk optreden in een strafzaak rechtmatig of onrechtmatig was. Denkbaar is zelfs dat het definitieve antwoord hierop eerst door het EHRM wordt gegeven. Dit kan met name voor de benadeelde – niet zijde de gewezen verdachte – tot problemen leiden. Deze kan de uitkomst van de strafzaak immers niet afwachten omdat zijn termijn dan reeds zal zijn verlopen. Maar ook voor de gewezen verdachte kan een en ander problematisch zijn. De strafzaak is immers geëindigd met een onherroepelijke uitspraak van de Hoge Raad, een eventuele procedure bij het EHRM maakt dat niet anders. De uitspraak van het EHRM kan echter wel relevant zijn voor de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van het strafvorderlijk optreden. Tot slot is zeker niet uitgesloten, met name in complexe gevallen, dat de exacte omvang van de schade na een jaar nog niet bekend is.

188. Onder de verjaringsregels van het civiele procesrecht – waar in art. 6.6.1.5. lid 1 uitdrukkelijk naar wordt verwezen – kan de verjaringstermijn worden gestuit. Gelet op de omstandigheid dat een onherroepelijke einduitspraak in de strafzaak niet zelfden eerst ná een termijn van vijf jaar na het (initiële) strafvorderlijke overheidsoptreden beschikbaar komt, moet buiten twijfel staan dat de verjaring van de vorderingen ex art. 6.6.1.5 kan worden gestuit. Het komt de ACS daarom wenselijk voor dat ook uitdrukkelijk wordt voorzien in een mogelijkheid tot stuiting van de termijnen voor indiening van het schadevergoedingsverzoek, zowel voor de vordering uit rechtmatig als die uit onrechtmatig optreden.

Kanttekening: maximum vergoeding onwenselijk; rechter moet bevoegd zijn af te wijken van forfaitaire bedragen

189. Daarnaast moeten kritische kanttekeningen worden geplaatst bij art. 6.6.1.9 waarin wordt gesteld dat bij AMvB maxima kunnen worden bepaald ten aanzien van de hoogte van de schadevergoeding voor rechtmatig overheidsoptreden (lid 1). Niet goed valt in te zien waarom de schadevergoeding aan een maximum zou dienen te worden gebonden. De wet geeft daarbij geen kaders voor de minimale hoogte van zulke maxima – mag bij AMvB de hoogte van de schadevergoeding worden gemaximeerd op 1 euro? Nu de Staat zelf een financieel belang heeft bij het stellen van nadere regels, ligt hier een reëel risico dat de Staat bij AMvB terugneemt wat het bij wet heeft gegeven. De eerste volzin van art. 6.6.1.9 lid 1 dient dan ook te vervallen. Voor zover met forfaitaire bedragen wordt gewerkt moet de rechter ruimere vrijheid worden gegeven om hiervan af te wijken indien daartoe gronden van billijkheid bestaan. Het woord "gemotiveerd" in de tweede volzin van art. 6.6.1.9 lid 1 stelt daarop een te grote beperking.

Kanttekening: art. 6.6.1.9, tweede lid onvoldoende specifiek; ontbreken proceskostenveroordeling

190. Het tweede lid van art. 6.6.1.9 bepaalt dat bij AMvB nadere regels kunnen worden gesteld over de wijze van indiening van het verzoek, de behandeling van en de beslissing op het verzoek alsmede daarop betrekking hebbende kosten of heffingen (lid 2). De ACS meent dat deze bepaling onvoldoende specifiek is. Wat gaat hier allemaal onder vallen? Als hier zou worden beoogd het mogelijk te maken dat voor een verzoek om vergoeding van schade, althans het beroep op een rechter na een afwijzende beslissing van de officier van justitie, griffierechten worden geheven, dan zou dat een aanzienlijke verslechtering van de positie van een groot aantal verzoekers met zich brengen. Thans worden immers geen griffierechten geheven voor strafvorderlijke schadevergoedingsverzoeken (art. 89 en 591a Sv). Wat de ACS betreft past het heffen van griffierechten ook niet in strafvorderlijke procedures.

191. De ACS adviseert daarom af te zien van een heffing van griffierechten. In ieder geval moet bij handhaving daarvan worden voorzien in de mogelijkheid van een proceskostenveroordeling.

Kanttekening: ontbreken schakelbepaling in art. 6.6.1.4

192. In art. 6.6.1.4 (schadevergoeding na herziening) ontbreekt een verwijzing naar art. 6.6.1.3, lid 2, sub b (schadevergoeding als voorarrest langer heeft geduurd dan opgelegde straf). De ACS adviseert alsnog een schakelbepaling van deze strekking op te nemen.

Kanttekening: onwenselijk dat vergoeding advocatenkosten beperkt is tot hoofdzaak

193. Ten aanzien van art. 6.6.2.2 signaleert de ACS dat nog immer niet wordt voorzien in een recht op vergoeding van advocaatkosten in andere procedures dan de hoofdzaak. Te denken valt hierbij aan de ontnemingsprocedure, beklag tegen de inname van het rijbewijs en beklag tegen DNA afname. Dat klemt te meer nu de Hoge Raad in een drietal uitspraken in het belang der wet uit 2015 heeft aangegeven dat juist de wetgever aan zet

is op dit punt.[30] Bovendien vervalt – door het niet overnemen van enkele schakelbepalingen – de mogelijkheid van vergoeding van advocaatkosten na een gegrond verklaard beklag tegen inbeslagneming (art. 552a). Het verdient wat de ACS betreft verre de voorkeur dat gekomen wordt tot een algemene regeling voor de vergoeding van advocaatkosten in zowel de hoofdzaak als in bijzondere klaagschriftprocedures.

Kanttekening: onwenselijk dat hoger beroep alleen mogelijk is vanaf drempelbedrag

194. Het voorstel voorziet in één loket: verzoeken tot vergoeding van schade die het gevolg is van strafvorderlijk optreden, dienen te worden ingediend bij de officier van justitie (art. 6.6.1.6). Als de officier van justitie niet binnen de termijn reageert op het verzoek of het verzoek (gedeeltelijk) afwijst, kan het verzoek worden ingediend bij de rechtbank (art. 6.6.1.7). Tegen de door de rechtbank genomen beslissing staat vervolgens hoger beroep open (art. 6.6.1.8). De ACS is in beginsel verheugd dat in alle gevallen de mogelijkheid van hoger beroep wordt geschapen. Op dit moment dienen verzoeken wegens ondergane detentie (art. 89 Sv oud) en advocatenkosten (art. 591a oud) in sommige gevallen bij het Gerechtshof te worden ingediend, waardoor het verzoek slechts door één instantie wordt beoordeeld.

195. Met betrekking tot dergelijke verzoeken is echter ook weer sprake van een verslechtering. Art. 6.6.2.1 verklaart art. 6.6.1.8 immers integraal van overeenkomstige toepassing. Met andere woorden: ook voor deze verzoeken geldt het drempelbedrag van art. 322 Rv (thans EUR 1750,-). Onder de huidige regeling is echter geen sprake van een drempelbedrag. De ACS mist een goede reden voor deze verslechtering.

196. In zijn algemeenheid acht de ACS een drempelbedrag voor hoger beroep overigens onwenselijk. Allereerst past een dergelijk drempelbedrag niet goed bij een versimpelde rechtsgang zoals voorgestaan in het voorstel. Voorts is een drempelbedrag ook onwenselijk in het kader van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Dit te meer nu ook de mogelijkheid van cassatieberoep ontbreekt (zie kanttekening hieronder).

197. De ACS adviseert daarom de verwijzing naar het drempelbedrag van art. 322 Rv te schrappen.

Kanttekening: ontbreken cassatieberoep is onwenselijk

198. De ACS constateert voorts dat niet is voorzien in de mogelijkheid van cassatie. Niet voor de belanghebbende maar ook niet voor het OM. Dat is allereerst onwenselijk met het oog op de rechtseenheid. De vele cassaties in het belang der wet over art. 89 en 591a Sv laten zien dat toegang tot de Hoge Raad bepaald geen overbodige luxe is bij schadevergoedingsverzoeken. Deze uitspraken bewijzen dat gerechtshoven er regelmatig verschillende interpretaties van de huidige schadevergoedingsbepalingen op na houden met als gevolg dat bepaalde schade soms jarenlang in het ene ressort wel en in het andere ressort niet wordt vergoed. Er bestaat daarom daadwerkelijk behoefte aan een instantie die rechtseenheid bevordert. Dit te meer nu, gelet op het brede karakter van

[30] ECLI:NL:HR:2015:2757 (rijbewijs), ECLI:NL:HR:2015:2756 (DNA afname) en ECLI:NL:HR:2015:2758 (ontnemingsprocedure).

de nieuwe regeling, zeer waarschijnlijk ook complexe rechtsvragen aan de orde kunnen zijn. Ook dat pleit voor directe toegang tot de Hoge Raad. Tot slot, beoogt het voorstel de gang naar de civiele rechter in beginsel af te sluiten. Dat betekent dat voor zaken waar normaal gesproken cassatieberoep mogelijk was dat nu ineens niet meer het geval is. De ACS acht dat onwenselijk.

199. Al met al pleit de ACS daarom voor invoering van een recht op cassatieberoep voor zowel de belanghebbende als het OM. Subsidiair, pleit de ACS ervoor om – gelijk nu het geval is bij beklag tegen inbeslagneming (art. 552a) – de mogelijkheid van hoger beroep bij het gerechtshof te vervangen door cassatieberoep bij de Hoge Raad.

Jeugdigen en jongvolwassenen

200. Bij het strafprocesrecht voor jeugdigen en jongvolwassenen in het voorgestelde Boek 6 (Bijzondere regelingen) is ervoor gekozen om het (concept) wetsontwerp dat strekt tot implementatie van Richtlijn 2016/800/EU inzake procedure rechten van minderjarige verdachten NIET te verwerken in het voorstel. De ACS heeft uitgebreid en kritisch geadviseerd over dit concept wetsvoorstel. De Ministerraad is op 15 juni 2018 akkoord gegaan met een al dan niet gewijzigd wetsontwerp zodat de indiening ervan binnenkort te verwachten is. Als uiterste implementatiedatum geldt 11 juni 2019.

201. Omdat de richtlijn noodzaakt tot een flink aantal aanpassingen van het strafprocesrecht voor jeugdigen, onder meer voor wat betreft het recht op rechtsbijstand, is het onderhavige voorstel reeds nu achterhaald. Voor wat betreft het concept wetsontwerp verwijst de ACS naar het daarover reeds uitgebrachte advies.

202. Het voorstel bevat, afgezien van de onderwerpen die door de richtlijn worden beheerst, enkele nieuwe elementen ten opzichte van het huidige Wetboek van Strafvordering:
- De positie en rol van de ouder is iets uitgebreider en beter omschreven dan voorheen;
- Het jeugdstrafprocesrecht kan anders dan voorheen door de rechter(-commissaris) van toepassing worden verklaard in een concrete zaak. Dat geeft de jongvolwassene in de strafprocedure meteen aanspraak op voorzieningen zoals de ondersteuning door de ouder(s), de verplichting tot rapportage over de persoonlijke omstandigheden, en een uitgebreider recht op rechtsbijstand.

Deze wijzigingen die de positie van de minderjarige en jongvolwassene in de strafprocedure versterken, hebben de instemming van de ACS.

Ten aanzien van de voorlopige hechtenis is in artikel 6.1.1.3.1.4 bepaald dat de gevangenhouding voor ten hoogste een maand kan worden bevolen, dat het bevel kan worden verlengd tot een totale periode van maximaal één jaar. Dit is in overeenstemming met de voorgestelde regeling voor volwassenen, die tot doel heeft het aantal pro-formazittingen te beperken. De ACS is van oordeel dat de mogelijkheid om de voorlopige hechtenis tot ruim een jaar te verlengen voordat de zittingsrechter eraan te pas komt onnodig is en vreest dat het zal leiden tot minder urgentie bij het vooronderzoek waardoor de duur van de voorlopige hechtenis aanzienlijk zal toenemen. In het geval van minderjarige verdachten behoort deze regeling temeer niet te worden ingevoerd. Het verschijnsel van de pro-forma zitting doet zich bij minderjarigen veel minder voor en

bovendien dient de regeling van de voorlopige hechtenis zoveel mogelijk waarborgen te bevatten voor het beperken van de duur ervan, waaronder een regelmatige toetsing van de rechtmatigheid, noodzaak en wenselijkheid van de voortgezette vrijheidsbeneming door de zittingsrechter.
Ten aanzien van audiovisuele registratie van verhoren van de verdachte is slechts opgenomen dat dit geschiedt in bij AMvB bepaalde gevallen. De ACS is van oordeel dat in de wet tenminste een aantal hoofregels moeten worden vastgelegd. Te denken is aan: het verhoor van een verdachten van een feit waarop 12 jaar of meer is gesteld of van zedenmisdrijven, de gevallen waarin bij het verhoor geen raadsman aanwezig is; het geval dat de verdachte van een feit waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is hierom verzoekt.
De voorgestelde tweede titel van Hoofdstuk 1: *Personen met een psychische stoornis, een verstandelijke dan wel fysieke beperking of een ziekte* bevat een nieuwe regeling die voorziet in meer bescherming van al dan niet meerderjarige verdachten die vermoedelijk onvoldoende in staat zijn om het strafproces te begrijpen. Aan deze verdachten behoort steeds een raadsman te worden toegevoegd op last van de rechter. Indien de zaak er zitting wordt aangebracht kan de rechter het onderzoek ter terechtzitting schorsen en de officier van justitie ook niet-ontvankelijk verklaren wanneer aannemelijk is dat de verdachte ook niet met het nemen van maatregelen niet binnen afzienbare termijn in staat zal zijn het proces te begrijpen en eraan deel te nemen. Deze regeling is een verbetering die de ACS met instemming begroet.

Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

203. In titel 2.3 (artikelen 6.2.3.1, 6.2.3.2 en 6.2.3.3) wordt de mogelijkheid geboden in strafzaken en procedures tot ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Deze vragen kunnen worden gesteld indien een antwoord op de vraag nodig is om te beslissen over de vragen van de artikelen 348, 350 en 361 Sv of over de vordering van het wederrechtelijk verkregen voordeel en aan de beantwoording van de vraag bijzonder gewicht kan worden toegekend, gelet op het zaak overstijgend belang.
In de toelichting wordt onder meer gewezen op het feit dat het instrument in het civiele recht al is ingevoerd en daar in een behoefte voorziet. Ook in strafzaken zou het op een snelle manier voorzien in antwoorden op rechtsvragen en een belangrijke bijdrage kunnen vormen aan de rechtseenheid en rechtszekerheid. Dit vermindert het risico op tegenstrijdige uitspraken door lagere rechters en langdurige rechtsonzekerheid.
Van openstelling van de procedure voor andere procedures, zoals inbeslagneming en beklag, is vooralsnog afgezien.
Uit de toelichting volgt dat het stellen van de vragen (vooralsnog) is voorbehouden aan de zittingsrechter. Een rechter-commissaris of de raadkamer kan deze vragen niet stellen, hoewel dit niet direct uit de wetstekst blijkt. De officier van justitie en de verdachte worden in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het voornemen om een vraag te stellen en over de inhoud van de vraag.
Tenzij de Hoge Raad meteen beslist om af te zien van beantwoording van de vraag, worden de raadsman van de verdachte en de officier van justitie in de gelegenheid gesteld om opmerkingen te maken. Ook kan de Hoge Raad bepalen dat 'eventuele derden' in de gelegenheid worden gesteld om opmerkingen te maken. Uit de toelichting blijkt dat hierbij gedacht wordt aan beroepsgroepen zoals accountants, advocaten,

notarissen. Indien de procureur-generaal een conclusie neemt, kunnen de advocaat van de verdachte en de officier van justitie daarop commentaar geven.
Nadat een conclusie door de procureur-generaal is genomen, kan de Hoge Raad afzien van beantwoording, indien naar zijn mening de vraag zich niet voor beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing leent of de vraag van onvoldoende gewicht is om beantwoording te rechtvaardigen. Deze beslissing behoeft niet te worden gemotiveerd. De beslissing, waaronder blijkens de toelichting ook de door de Hoge Raad gegeven antwoorden moeten worden begrepen, wordt vervolgens door de griffier van de Hoge Raad ter beschikking gesteld aan de rechter die de vraag heeft gesteld.
Art. 6.2.3.3. lid 5 stelt vervolgens dat 'de rechter beslist met inachtneming van de beslissing van de Hoge Raad'. In de toelichting wordt daaraan toegevoegd dat de rechter vervolgens kan beslissen, nadat hij de verdachte en de officier van justitie de gelegenheid heeft gegeven om te reageren op de uitspraak van de Hoge Raad. Dit is niet in een specifieke bepaling opgenomen omdat de beslissing tot het stellen van de vraag een tussenbeslissing is, en de partijen nog in het requisitoir, pleidooi en laatste woord op de uitspraak van de Hoge Raad zouden kunnen reageren.

Opmerkingen van de ACS:

Procedures

204. Zoals uit de wetstekst blijkt, is de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen vooralsnog beperkt tot strafprocedures en ontnemingsprocedures. Opmerking verdient dat het risico op tegenstrijdige uitspraken door lagere rechters en op langdurige onzekerheid zich ook manifesteren in ander procedures, zoals beklagprocedures en procedures waarin cassatie is uitgesloten. Zo heeft de Hoge Raad in beklagprocedures meermalen aanleiding gevonden 'overzichtsarresten' te wijzen.[31] Daar komt nog bij dat verwacht kan worden dat internationale ontwikkelingen en verder schrijdende internationale rechtshulp meer vragen zal oproepen, zodat in deze procedures de Hoge Raad door middel van dit instrument richting zal kunnen geven. Ook in procedures waarin cassatie is uitgesloten, zoals bijvoorbeeld in zaken betreffende de voorlopige hechtenis en schadevergoedingsverzoeken, ligt rechtsonzekerheid op de loer. Hoewel in dit soort kwesties de procureur-generaal door middel van het instrument van 'cassatie in het belang der wet' de Hoge Raad richting gevende uitspraken heeft ontlokt[32], biedt de mogelijkheid van prejudiciële vragen feitenrechters de gelegenheid mogelijke onduidelijkheden eerder bij de Hoge Raad aan te kaarten teneinde op een vrij snelle manier antwoord te krijgen op bij hen levende onduidelijkheden. Voorgesteld wordt het middel ook in dit soort procedures open te stellen.

Termijn en voorlopige hechtenis

205. In de toelichting wordt onderkend dat een prejudiciële procedure kan leiden tot verlenging van het strafproces en daarmee tot een langere periode van voorlopige hechtenis. In de toelichting wordt erkend dat een snelle procedure gewenst is. Als uitgangspunt zou moeten gelden dat binnen 6 maanden, en -waar mogelijk, korter- een antwoord van de

[31] Zie o.m. HR 28 september 2010, NJ 2010,654 en HR 3 januari 2017, NJ 2017,93
[32] Zie bijvoorbeeld ten aanzien van voorlopige hechtenis HR 10 februari 2015, NJ 2015, 197, 198 en 199; zie met betrekking tot schadevergoedingsverzoeken HR 22 september 2015, NJ 2016, 4 en 5

Hoge Raad wordt verkregen. De toelichting merkt voorts op dat de Hoge Raad desgewenst in zijn procesreglement de nodige regels kan opnemen, teneinde de duur van de procedure te bewaken. Een termijn wordt in de wet evenwel niet uitdrukkelijk genoemd. Omdat het stellen van de vragen aan de zittingsrechter is voorbehouden en de praktijk uitwijst dat in zaken waarin een verdachte voorlopig gehecht is de zittingsrechter pas na 3 maanden een zaak voor het eerst behandelt, wordt voorgesteld om ingeval van voorlopige hechtenis in de wet een voorziening op nemen, waarbij aangeknoopt kan worden bij art 552d lid 3 Sv. In dat artikel wordt de termijn voor indiening van een cassatieschriftuur beperkt tot 14 dagen. Daarnaast wordt de termijn waarbinnen de Hoge Raad een beslissing moet geven beperkt tot 90 dagen. Dit is opgenomen teneinde de voorgang van een lopend onderzoek niet te frustreren.[33]
Het opnemen van termijnen heeft ten gevolge dat de duur van de voorlopige hechtenis niet onnodig wordt verlengd. De bepalingen zouden kunnen luiden:

(bijvoorbeeld na art 6.2.3.1 lid 4)

Indien de beslissing gegeven is in een zaak waarin de verdachte in voorlopige hechtenis verblijft, stelt de griffier de beslissing binnen 3 dagen na de beslissing ter beschikking aan de Hoge Raad.

(bijvoorbeeld na art. 6.2.3.3 lid 3)

Indien de vraag gesteld is in een zaak, waarin de verdachte voorlopig gehecht is, beslist de Hoge Raad binnen 60 dagen na indiening van de vraag.

****

[33] Zie de wetsgeschiedenis, genoemd in HR 15 september 2015, NJ 2016,7

BIJLAGE bij preadvies ACS herziening wetboek van strafvordering boeken 3 – 6.

Belang verschoningsrecht:

Het verschoningsrecht is weliswaar een recht van de advocaat, maar dit recht is de advocaat uitsluitend gegeven om een principieel recht dat elke burger in een rechtsstaat heeft in de praktijk gestalte te laten krijgen. Elke burger heeft immers het recht, dat wordt ook door het wetsvoorstel onderschreven, om zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring tot een verschoningsgerechtigde te wenden, met de verschoningsgerechtigde te communiceren en, in geval van een advocaat, in een procedure te worden bij gestaan en/of juridisch te worden geadviseerd.
Indien het verschoningsrecht niet voldoende wordt gewaarborgd, dan heeft dat onmiskenbaar tot gevolg dat de burger niet meer, of minder, open met zijn advocaat zal communiceren. Dat heeft weer gevolgen voor de mogelijkheid van de burger in het algemeen om zijn juridische positie te bepalen door het verkrijgen van een goed juridisch advies en in het bijzonder om zijn verdedigingspositie te bepalen in een procedure. Het door het EVRM gegarandeerde recht op "access to law" en op "access to justice" wordt daardoor bedreigd.
Dit betekent dat met het verschoningsrecht niet alleen individuele belangen zijn gediend, maar dat hiermee met name een maatschappelijk belang wordt gediend. In afwegingen met betrekking tot het verschoningsrecht dienen daarom niet alleen concrete omstandigheden van het betreffende dossier te worden betrokken, maar ook "dossieroverstijgende" factoren.
De ACS is van mening dat het rechtsstatelijk belang van de waarborging van het verschoningsrecht, waaronder zij overigens ook het belang van voorkoming van misbruik van dat verschoningsrecht schaart, te groot is om daarmee op welke wijze ook te marchanderen.

Wetsvoorstellen boek 1 en 2:

De ACS juicht de voorstellen die in boek 1 met betrekking tot het verschoningsrecht zijn gedaan toe. Zij verwelkomt het in de wetsvoorstellen voor boek 1 en 2 door de wetgever gekozen uitgangspunt om de jurisprudentie van de Hoge Raad te codificeren en te verduidelijken. Zij verwelkomt voorts het principiële voorstel om de screening van mogelijke verschoningsgerechtigde stukken niet langer door opsporingsambtenaren te laten doen, maar door (medewerkers van) de (onafhankelijke) rechter-commissaris. De huidige praktijk waarin de medewerker geheimhouder van een opsporingsdienst of van het openbaar ministerie die screening voor een belangrijk deel verricht acht de ACS niet voldoende om te kunnen spreken van een onafhankelijke toetsing en in strijd met de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) (zie de in het preadvies genoemde verwijzingen naar jurisprudentie van de Hoge Raad, van het EHRM en naar literatuur die dit standpunt onderschrijven.
De ACS is van mening dat het door de Hoge Raad opgezette toetsingssysteem heel wel in staat is om te voorkomen dat informatie onder het verschoningsrecht wordt gebracht die daar niet thuis hoort en om misbruik van het verschoningsrecht te voorkomen. Waar met name van de zijde van het Openbaar Ministerie in de afgelopen jaren is betoogd dat door nieuwe ontwikkelingen het verschoningsrecht zou worden opgerekt en daardoor de waarheidsvinding te zeer in de weg zou staan, heeft de jurisprudentie aangetoond dat dergelijke ontwikkelingen met behulp van de door de Hoge Raad ontwikkelede normering in voorkomende gevallen goed kunnen worden bestreden. Daar is derhalve geen wetswijziging voor nodig.
Dit wordt bevestigd door de toelichting op de huidige gedragsregel 3 ("Regel 3 Vertrouwelijkheid"), tot stand gekomen naar aanleiding van de commissie Loorbach, waarin onder meer wordt gemeld:

Het uitgangspunt is de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt. In dergelijke situaties is bepalend of het in dit geval gaat om informatie die hem is 'toevertrouwd in zijn hoedanigheid van advocaat'. Het is voorts niet aan derden om te bepalen of zich een uitzonderingssituatie voordoet. In geval van betwisting is het aan de deken of aan de (tucht)rechter om te oordelen of de advocaat met recht en reden een beroep heeft gedaan op zijn verschoningsrecht en of dat beroep gehonoreerd kan worden of juist niet.

Dit geldt ook in die situaties waarbij een advocaat als zodanig is betrokken zonder dat een geslaagd beroep op zijn verschoningsrecht mogelijk is, bijvoorbeeld omdat de informatie de advocaat niet 'als zodanig is toevertrouwd'. Zonder volledigheid te suggereren gaat het daarbij om:

- *het 'inkopiëren' van een advocaat in de cc-regel van een e-mail met geen ander doel dan de inhoud van de e-mail onder de vertrouwelijkheid te brengen;*

- *het laten deelnemen van een advocaat aan een gesprek met het enige doel om wat tijdens het gesprek ter tafel komt vertrouwelijk te laten zijn.*

Als punten op de bekende i heeft de ACS niettemin enkele opmerkingen op de voorgestelde wettekst en memorie van toelichting die volgens de ACS in de huidige vorm de gewenste codificatie en verduidelijking niet steeds geven, maar op sommige punten mogelijk voor verwarring zouden kunnen zorgen.

<u>Omvang/reikwijdte verschoningsrecht:</u>

Boek 1 Art. 1.6.2.2.2 *(...) Zij kunnen zich slechts verschonen omtrent de wetenschap over hetgeen <u>rechtstreeks</u> verband houdt met deze <u>specifieke</u> taakuitoefening.*

De woorden "rechtstreeks" en "specifiek" zijn niet in lijn met de jurisprudentie en literatuur en werken (daardoor) onduidelijkheid in de hand.

De in de huidige tekst van art. 218 Sv geformuleerde open norm 'hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd' heeft zich gaandeweg in de jurisprudentie ontwikkeld.[34] Als het advocaten betreft komt uit de jurisprudentie naar voren dat een advocaat in zijn hoedanigheid van advocaat moet zijn benaderd en in die hoedanigheid moet hebben opgetreden. Om te bepalen of een advocaat werkzaamheden ' in hoedanigheid' heeft verricht, moet worden gekeken naar de taak van de advocaat. Een rechter zal bij een beroep op het verschoningsrecht zelf nagaan of de werkzaamheden die zijn verricht tot de taak van de advocaat horen en zal daarbij acht slaan op de maatschappelijke opvattingen hierover. Zo is bijvoorbeeld in het in 2006 door de Commissie Van Wijmen uitgebrachte rapport *'Een maatschappelijke orde'* geconcludeerd dat de kerntaak van de advocaat gericht is op het waarborgen van de rechtspositie van de cliënt en dat dit (nog steeds) zowel procesbijstand als juridische advisering omvat.[35] Ook de commissie Loorbach heeft hierin geen verandering aangebracht.

---

[34] En loopt gelijke tred met de invulling van de open norm van art. 165 lid 2 b Rv: "hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd".

[35] Zie rapport d.d. 24 april 2006, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 VI, 144, p. 19. Zie ook de kabinetsreactie op dit rapport, *Kamerstukken II*, 2006/07, 30800 VI, 13, p. 1 en 7. Zie over de taak en het werkterrein van de advocaat ook: Leliveld e.a., *Dit is een advocaat. Rapport van de Commissie 'Wat is een advocaat?' van 13 oktober 2013*, Den Haag: NOvA 2013, p. 8.

Uit de jurisprudentie van de HR komt naar voren, dat een advocaat zich slechts op het verschoningsrecht kan beroepen met betrekking tot de wetenschap die hij ' in de normale beroepsuitoefening' van zijn beroep heeft verkregen.[36] Het gaat volgens de HR om de wetenschap die een verschoningsgerechtigde heeft verkregen in de uitoefening van zijn beroep; een advocaat komt alleen een verschoningsrecht toe in het kader van zijn juridische dienstverlening aan een rechtzoekende die zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid van advocaat.[37] De tuchtrechter heeft zich in een recente uitspraak aangesloten bij deze jurisprudentie en in aanvulling hierop gesteld dat het moet gaan om informatie verkregen binnen het kader van de juridische dienstverlening van de advocaat van de cliënt 'zoals deze rechtsbijstand van een integer advocaat moet worden verwacht'.[38]

De huidige jurisprudentie en maatschappelijke opvattingen impliceren reeds dat de in de MvT genoemde 'overige werkzaamheden of functievervulling van advocaten' niet onder de 'normale beroepsuitoefening' (en dus niet onder het verschoningsrecht) vallen, bijvoorbeeld: het optreden van de advocaat als bestuurder of curator; de advocaat die per toeval getuige is van een misdrijf; en voorbeelden van werkzaamheden of situaties, waarin het kort gezegd steeds gaat om het delen van informatie met de verschoningsgerechtigde, *'met geen ander doel'* dan de inhoud van deze informatie onder het bereik van het verschoningsrecht te brengen.[39]

Er is op grond van de huidige jurisprudentie, literatuur en maatschappelijke opvattingen geen aanleiding voor een aanpassing van de reikwijdte van het verschoningsrecht door het maken van een onderscheid tussen 'verschoningsgerechtigde werkzaamheden' en 'andere werkzaamheden' van de advocaat. Zolang de werkzaamheden van de advocaat terug te voeren zijn tot zijn kerntaak, tot zijn 'normale beroepsuitoefening', kan er geen twijfel over bestaan dat het verschoningsrecht op al zijn werkzaamheden van toepassing is. Een andere uitleg zou in strijd komen met de ratio van het verschoningsrecht.

Conform vaste jurisprudentie dient het standpunt van de advocaat dat hij 'in hoedanigheid' is benaderd en werkzaam is geweest leidend te zijn; dit standpunt wordt door de rechter marginaal getoetst.[40]

In art. 1.6.2.2.2 wordt niet langer gesproken van informatie die aan de verschoningsgerechtigde 'als zodanig is *toevertrouwd'*. In de toelichting wordt summier ingegaan op de invulling van dit begrip in de jurisprudentie.[41] Daarin wordt terecht opgemerkt dat het verschoningsrecht zich niet alleen uitstrekt over informatie die de verschoningsgerechtigde van de cliënt of patiënt heeft gekregen, maar dat het ook gaat om informatie die de verschoningsgerechtigde binnen de vertrouwensrelatie aan de cliënt/patiënt verstrekt en over eventuele waarnemingen en ondervindingen in het kader van de bijstandsverlening. In de jurisprudentie is ook aanvaard dat correspondentie met derden en van derden verkregen stukken onder het verschoningsrecht kunnen vallen.[42] Volgens de MvT is het de bedoeling dat de nieuwe wetstekst de invulling van het begrip 'toevertrouwd' beter weergeeft. Dat doel wordt in ieder geval niet bereikt door het gebruik

---

[36] ECLI:NL:HR:2010:BN0526, r.o. 5.3.3.
[37] ECLI:NL:HR:2015:3258, r.o. 3.3.
[38] ECLI:NL:TAHVD:2016:78 en (vervolguitspraak) ECLI:TAHVD:2017:62. r.o 3.4.
[39] Zie voor laatstbedoelde voorbeelden MvT boek 1, p. 132, 133.
[40] Zie onder meer *Notaris Maas*-beschikking. Een eventueel gewenste verduidelijking van de invulling van de 'normale beroepsuitoefening van de advocaat dient in de Advocatenwet of de gedragsregels te geschieden.
[41] MvT boek 1, p. 134, 135.
[42] Zie HR 24 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4666, *NJ* 2006, 109.

van het woord: 'rechtstreeks'. De jurisprudentie biedt geen aanknopingspunt voor het stellen van de eis, dat het moet gaan om een daadwerkelijk verband en niet een 'ver verwijderd, zijdelings verband'. Als uitgangspunt geldt de overweging van de HR in de *Notaris Maas*- beschikking: "*alles wat aan de geheimhouder als zodanig is medegedeeld, ook als aan hem toevertrouwd heeft te gelden*". Hiermee heeft de HR willen aangeven dat bij het beoordelen welke informatie als toevertrouwd heeft te gelden geen onderscheid moet worden gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens. Een andersluidende opvatting zou leiden tot grote rechtsonzekerheid. De HR verwoordde het, o.a. in de *Notaris Maas*-beschikking, als volgt:

"Dit betoog moet worden verworpen. Het miskent dat het verschoningsrecht ten doel heeft cliënten en andere belanghebbenden de zekerheid te geven dat zij vrijelijk met de notaris kunnen spreken. Die zekerheid zou door het maken van zulk een onderscheid op onaanvaardbare wijze worden aangetast."[43]

Door gebruik van de woorden 'rechtstreeks' en 'specifiek' wordt de indruk gewekt dat dit nog steeds geldende uitgangspunt wordt miskend. Toevoeging van deze woorden doet naar de mening van de ACS onvoldoende recht aan de uitleg van het begrip "toevertrouwd" en zij beveelt dan ook met klem aan deze woorden uit de tekst te schrappen. Hetgeen het wetsvoorstel door toevoeging van deze woorden wil bewerkstelligen wordt reeds bewerkstelligd door toepassing van het uitgangspunt "normale beroepsuitoefening". Gebruik van de toegevoegde woorden zou er slechts toe kunnen leiden dat een tweedeling van de bezigheden van een advocaat wordt gemaakt welke voor de kern van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet relevant is, maar wel zouden kunnen leiden tot een ongewenste uitholling van deze kernwaarden van de communicatie tussen advocaat en zijn cliënt.

<u>Verschoningsrecht gekoppeld aan beantwoorden van bepaalde vragen: niet noodzakelijke wijziging:</u>

In de MvT wordt gesteld dat het professioneel verschoningsrecht zich beperkt tot *bepaalde informatie* die aan de verschoningsgerechtigde in het kader van zijn verschoningsrecht is verstrekt. Deze stelling miskent de hiervoor weergegeven invulling van het begrip 'toevertrouwd'. In beginsel valt alle informatie die in het kader van de 'normale beroepsuitoefening' tussen advocaat en cliënt is uitgewisseld onder het verschoningsrecht.[44]
Indien een advocaat, die is opgeroepen om als getuige te worden gehoord, een beroep op het verschoningsrecht doet omdat hij in de betreffende kwestie als advocaat is ingeschakeld en in die hoedanigheid werkzaamheden heeft verricht, wordt dit standpunt van de advocaat door de rechter slechts marginaal getoetst. Er hoeven geen vragen te worden beantwoord, *'zolang de rechter aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording naar waarheid zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven'*. De strekking hiervan is om te voorkomen dat bij de beantwoording van de vraag of terecht een beroep op het verschoningsrecht

[43] HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986, 173, r.o. 3.4. Zie ook HR 18 december 1998, ECLI:NL:HR:ZC2808, *NJ* 2000, 341, r.o. 3.5.2.
[44] In uitzonderingsgevallen kan dit anders zijn. Een grens die in de jurisprudentie naar voren is gekomen, is indien bij het delen van informatie geen vertrouwelijkheid is beoogd: bijvoorbeeld als de cliënt informatie verschaft aan de verschoningsgerechtigde met als doel dat deze de informatie aan een ander doorgeeft. Zie bijv. HR13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4533, *NJ* 2006, 480.

wordt gedaan toch geopenbaard wordt wat verborgen moet blijven.[45] Een beroep van een advocaat op het verschoningsrecht gaat dus eigenlijk altijd op als het duidelijk is dat een advocaat gevraagd wordt naar zaken waarvoor hij als advocaat is ingeschakeld. Dat kan anders zijn in zeer uitzonderlijke omstandigheden of als meteen duidelijk is dat de strekking van een vraag is iets te vernemen waartoe het verschoningsrecht zich niet uitstrekt.[46] In de toelichting wordt niet duidelijk gemaakt waarom het thans noodzakelijk is om de huidige mogelijkheid om zich te kunnen verschonen van het geven van een getuigenis *als zodanig*, te laten vervallen.

Boek 2 Art. 2.7.6.2.1.1 *Doorzoeking van een kantoor van een professioneel verschoningsgerechtigde vindt alleen plaats voor zover zij zonder schending van het verschoningsrecht kan geschieden.*

Hierin is art. 98 lid 5 Sv helaas slechts gedeeltelijk overgenomen. Verwijzing naar de eventuele. toestemming van de verschoningsgerechtigde en de verwijzing naar de eis dat de doorzoeking zich niet mag uitstrekken tot, kort gezegd, andere stukken dan die voorwerp uitmaken van het strafbare feit of daartoe gediend hebben is achterwege gebleven. Uit vaste jurisprudentie komt naar voren dat doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde gericht moet gebeuren met een duidelijke omschrijving vooraf van de aard van de gezochte stukken. Er mag alleen op bepaalde plaatsen worden gezocht als er sterke aanwijzingen of vermoedens bestaan dat zich op die plaatsen corpora et instrumenta delicti bevinden, dan wel als het om stukken gaat die niet onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat vallen, bijvoorbeeld omdat hij die stukken niet als advocaat onder zich heeft. Er mag niet worden gezocht naar stukken die slechts een aanwijzing opleveren voor een strafbaar feit en de doorzoeking moet op de minst bezwarende wijze geschieden zodat de kans dat verschoningsgerechtigde gegevens ter kennis van derden kunnen komen zo klein mogelijk is.[47]

Tenslotte: uit de jurisprudentie blijkt dat de regels omtrent doorzoeking bij advocaten zich niet beperken tot het 'kantoor' maar ook van toepassing zijn bij de doorzoeking van bijvoorbeeld de woning van de advocaat.

Boek 2 Art. 2.7.6.2.2.2 onderdeel b

Als voorbeelden van "corpora et instrumenta delicti" wordt in de toelichting verwezen naar: (a) het originele vervalste geschrift, (b) emailberichten of notulen die betrekking hebben op overleg over of het uitdenken van strafbare gedragingen. De (b) categorie was aan de orde in een door de HR in een uitspraak van 26 januari 2016 gehonoreerde (in mijn ogen) extensieve interpretatie van de rechtbank van het begrip "instrumenta delicti".[48] In deze zaak ging het om een verdenking van het (mede)plegen van een intellectueel delict (het uitdenken van complexe financiële en belastingtechnische constructies waarmee de fiscus werd benadeeld) dat zich gedurende een aantal jaren en in onderlinge samenwerking had voltrokken. De aard en complexiteit van de verdenking in deze zaak speelde dus een belangrijke rol en het is zeer voor discussie vatbaar om op basis van deze ene concrete en in zekere zin bijzondere zaak een zo algemene regel te

[45] *Notaris Maas*- beschikking, r.o. 3.5. De HR heeft hiermee de rechtszekerheid over de reikwijdte van het verschoningsrecht willen bevorderen.
[46] *Notaris Maas*- beschikking, r.o. 3.6. Zie ook HR 7 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9067, *NJ* 1986, 174, r.o. 3.6. Zie ook concl. Machielse voor 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, *NJ* 2005, 273, onder 5.12 e.v.
[47] Vaste jurisprudentie sinds HR 20 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0367, *NJ* 1989, 213.
[48] HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

destilleren. Een bekend gevaar van het te snel veralgemeniseren van ad-hoc uitspraken is dat dit leidt tot een zodanige inperking van het onderliggende beginsel dat dit beginsel te onrechte wordt uitgehold.[49] Dit staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat beperkingen op het beroepsgeheim en het verschoningsrecht strikt moeten zijn ingekaderd en leidt tot een onwenselijke rechtsonzekerheid. De ACS stelt voor dat dit (tenminste in de toelichting) wordt hersteld.

Boek 2 artikel 2.7.6.2.2.3

In de toelichting (MvT boek 2, p. 55) wordt erop gewezen dat het uitgangspunt voor de nieuwe regeling in 7.6 art. 98 Sv is en dat ten opzichte van dat artikel wordt voorzien in een meer uitgebreide beschrijving van de procedure en de toetsingscriteria. In de nieuwe ' meer uitgebreide' regeling ontbreekt echter een voor de waarborging van het verschoningsrecht wezenlijk onderdeel, te weten de eerbiediging van het standpunt van de verschoningsgerechtigde.

Het in de jurisprudentie aanvaarde uitgangspunt is dat het standpunt van de verschoningsgerechtigde ten aanzien van de vraag of bepaalde informatie onder zijn verschoningsrecht valt leidend is. Dit standpunt dient door politie en justitie te worden geëerbiedigd, tenzij er redelijkerwijze niet over kan worden getwijfeld dat dit standpunt onjuist is.[50] Dit uitgangspunt, dat in elke uitspraak waarin het verschoningsrecht aan de orde is wordt herhaald, ontbreekt ten onrechte in de wetstekst en wordt bovendien, in strijd met de jurisprudentie, afgezwakt door het gebruik van de woorden 'zo mogelijk' in lid 3. De verschoningsgerechtigde moet dan ook altijd in staat worden gesteld zijn standpunt kenbaar te maken.[51] Dit onderdeel van de procedure dient onderdeel te zijn van en ten grondslag te liggen aan de beslissing van de rc ten aanzien van de kennisneming van stukken en dient in de wet zelf te worden opgenomen. Bovendien dient de rc in zijn beslissing te motiveren waarom hij van oordeel is dat het standpunt van de verschoningsgerechtigde kennelijk onjuist is en hij daarvan wil afwijken.

Ook in de toelichting wordt dit uitgangspunt onvoldoende onderstreept. Ten onrechte wordt in de toelichting (MvT boek 2 p. 220) aangegeven dat wanneer de verschoningsgerechtigde zich beroept op zijn verschoningsrecht de rc hem kan vragen om een nadere onderbouwing. Hiermee wordt miskend dat dat alleen aangewezen lijkt, indien het standpunt van de verschoningsgerechtigde kennelijk onjuist is. Voorkomen moet immers worden dat de verschoningsgerechtigde gedwongen kan worden tot openbaarmaking van informatie die niet te rijmen is met de aard van het verschoningsrecht waardoor dit recht illusoir wordt.

Indien de RC beslist (lid 5) dat tot kennisneming kan worden overgegaan op grond van het feit dat sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, geldt het volgende. Uit de jurisprudentie volgt dat de zeer uitzonderlijke omstandigheden van te voren moeten vast staan. Het oordeel of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden behoort niet te steunen op stukken die juist onder het

---

[49] Zie ook HR 21 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1092, *NJ* 2015, 257, m. nt. Vellinga-Schootstra. Zie ook HR 5 januari 2016:NL:HR:2016:8: de enkele omstandigheid dat een stuk kan bijdragen aan de waarheidsvinding brengt nog niet mee dat dit stuk voorwerp van het strafbare feit uitmaakt.

[50] Vaste jurisprudentie. Volgens Vellinga-Schootstra (F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagname en huiszoeking. De dwangmiddelen ter inbeslagneming (*diss. Groningen), Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1982, p. 181) is dit aan de orde als het standpunt 'duidelijk onwaar' is of 'grote twijfel' bestaat over de juistheid ervan.

[51] Dit geldt ook als het gaat om stukken die worden gevorderd van of in beslag worden genomen bij iemand met een afgeleid verschoningsrecht, zie HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714.

verschoningsrecht vallen. In een uitspraak van 1 juli 2014 overwoog de HR dat bij de beoordeling van de vraag òf zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen kennisneming van de stukken doorgaans niet vereist zal zijn, omdat het daarbij gaat om beoordeling van omstandigheden die zich voordoen ongeacht de inhoud van de stukken.[52] Volgens A-G Knigge moet de verdenking dat een verschoningsgerechtigde zich heeft schuldig gemaakt aan ernstige strafbare feiten vooraf bestaan, een *fishing expedition* om te zien *of* de verschoningsgerechtigde zich daaraan heeft schuldig gemaakt is uit den boze. Het zou goed zijn als in de toelichting aan deze uitgangspunten wordt gerefereerd.

[52] HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566, *NJ* 2014, 476.