

# ECLI:NL:PHR:2023:1122

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	08-12-2023
Datum publicatie	08-12-2023
Zaaknummer	23/03504
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2024:375
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Conclusie AG. Prejudiciële vragen hof Den Bosch inzake verschoningsrecht, art. 126ng/ug en 126aa Sv. Filtering verschoningsgerechtigd materiaal door OvJ of R-C? AG gaat in op de grondslag en reikwijdte van het verschoningsrecht, het wettelijk systeem van het WvSv, lagere regelgeving en plaatst e.e.a. in het licht van het voorgenomen nieuwe WvSv. AG doet aanbeveling voor een grotere rol voor de R-C.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl V-N Vandaag 2023/2932 V-N 2024/3.25 met annotatie van Redactie

## Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

**Nummer** 23/03504

**Zitting** 8 december 2023

CONCLUSIE

A.E. Harteveld

In de zaak

De Staat der Nederlanden (het OM, de FIOD en de Belastingdienst)

tegen

1. [verweerder 1]
2. [verweerder 2]
3. [verweerder 3]
4. [verweerder 4]

Partijen worden hierna verkort aangeduid als De Staat respectievelijk [verweerders]

## **Samenvatting**

**§ 1.** In deze zaak is door vier advocaten van een vermogensbeheerder een civiel kort geding aangespannen tegen de Staat der Nederlanden (hierna: de Staat). Het gaat in deze procedure om het verschoningsrecht. Door de advocaten is betoogd dat hun verschoningsrecht in deze procedure door de Staat structureel is geschonden. Namens de Staat - en door het Openbaar Ministerie (hierna: OM) - is erkend dat er in deze zaak fouten zijn gemaakt bij de omgang met verschoningsgerechtigd materiaal. Niettemin verschillen de advocaten en de Staat van mening over de juiste uitleg van de wet met betrekking tot het verschoningsrecht. Het hof 's-Hertogenbosch heeft hierover prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. Meer in het bijzonder gaat het in deze procedure om de situatie waarin door het OM een vordering tot verstrekking van gegevens is gericht aan een derde (in deze zaak: een hostingbedrijf).

**§ 3.** De belangrijkste vraag is hoe moet worden gehandeld indien op enig moment blijkt of het vermoeden rijst dat zich tussen die gevorderde gegevens (in deze zaak: de bedrijfsadministratie van de vermogensbeheerder) materiaal bevindt dat valt onder het verschoningsrecht van de advocaat. Dat dit materiaal niet mag worden gebruikt in het strafproces staat niet ter discussie. De discussie gaat wel over de vraag of het uit die gegevens filteren van dit materiaal moet geschieden door of in opdracht van de rechter-commissaris, of onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie.

Naast de betrokken advocaten en de Staat, hebben zich in deze procedure ook gemeld de Nederlandse Orde van Advocaten (de NOvA), het Dekenberaad, de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten en de Nederlandse Vereniging van Jonge Strafrechtadvocaten (de NVSA en NVJSA). Deze partijen hebben schriftelijke opmerkingen ingediend waarin zij hun standpunt uiteenzetten over de antwoorden op de door het hof gestelde vragen.

**§ 4.** Het verschoningsrecht is een algemeen rechtsbeginsel. Personen met een verschoningsrecht zijn in elk geval de advocaat, de arts, de geestelijke en de notaris. De grondslag van het verschoningsrecht is dat het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrij en zonder vrees voor openbaarmaking tot een verschoningsgerechtigd persoon moet kunnen wenden, in beginsel zwaarder weegt dan het belang dat de waarheid aan het licht komt. Verschoningsgerechtigde personen kunnen daarom niet worden verplicht om te getuigen over feiten die zij in het kader van hun beroepsuitoefening te weten zijn gekomen. Bovendien zijn de mogelijkheden om bij deze personen strafrechtelijk onderzoek te doen - bijvoorbeeld door het aftappen van hun telefoon of door het doorzoeken van hun kantoor - met veel juridische waarborgen omgeven.

**§ 5.** De wettelijke bescherming van het verschoningsrecht komt erop neer dat door de wetgever is voorzien in twee sporen. Het eerste spoor gaat met name over de inbeslagneming van voorwerpen bij verschoningsgerechtigden. Onder 'voorwerpen' vallen onder meer papieren documenten en computers. Indien bij een advocaat (of bij een andere verschoningsgerechtigde) voorwerpen in beslag worden genomen, voorziet de wet in een procedure die erop neerkomt dat de rechter-commissaris het standpunt inwint van de verschoningsgerechtigde over de vraag of zich onder de inbeslaggenomen voorwerpen materiaal bevindt dat onder zijn verschoningsrecht valt. Van dat standpunt kan de rechter-commissaris vervolgens slechts in uitzonderingssituaties afwijken. Tegen zijn beslissing staat bovendien beroep open voor de verschoningsgerechtigde. Door de Hoge Raad is al eerder bepaald dat deze procedure ook geldt indien een voorwerp niet bij een advocaat in beslag is genomen, maar bij een derde (bijvoorbeeld bij de cliënt van de advocaat of bij een door de advocaat ingeschakelde deskundige). Ook dan moet de rechter-commissaris dus het standpunt inwinnen van de verschoningsgerechtigde.

**§ 6.** Het tweede spoor is in de wet gekomen door de invoering in het jaar 2000 van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (kortweg: Wet bob). Dit spoor biedt het juridisch kader als een 'bijzondere opsporingsbevoegdheid' is ingezet. Hieronder vallen onder meer de telefoontap, infiltratie, het hacken door de overheid en het vorderen van gegevens. De wet schrijft voor dat het uit de onderzoeksresultaten filteren van verschoningsgerechtigd materiaal in die gevallen moet plaatsvinden onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie. De wet is niet duidelijk over de vraag of de officier van justitie (of de door hem ingeschakelde medewerkers) hierbij kennis mag nemen van de inhoud van deze informatie en of zij die informatie daarna mogen gebruiken voor nader onderzoek.

In de conclusie wordt beschreven dat bij de invoering van de Wet bob de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens nog niet bestonden. Die zijn daarna - hoofdzakelijk - in 2006 ingevoerd. Deze bevoegdheden zijn toen door de wetgever op het tweede spoor geplaatst. De wetgever kon toen echter nog niet goed overzien welke problematiek zich nu voordoet. Grote, onoverzichtelijke gegevensbestanden die extern - bij een hostingbedrijf - worden opgeslagen, bestonden toen immers nog niet. Daar staat tegenover dat nog later (in 2019) de hackbevoegdheden in de wet zijn gekomen. Op dat moment was de wetgever wel bekend met de eigenschappen van de hedendaagse informatiesamenleving. Dat heeft de wetgever er toen niet toe bewogen om wijzigingen aan te brengen in de twee sporen die de wet sinds 2000 kent.

In de conclusie is ook aandacht voor het beleid van het OM, waarin sinds 2000 veel veranderingen hebben plaatsgevonden.

**§ 7.** Vervolgens wordt ingegaan op het voorgestelde nieuwe Wetboek van Strafvordering dat nu in behandeling is bij de Tweede Kamer. Dit wetsvoorstel voorziet in een aantal ingrijpende wijzigingen, die onder meer inhouden dat gegevensvorderingen voortaan onder het 'eerste spoor' vallen en niet meer onder het tweede.

**§ 8.** Tot slot wordt aandacht besteed aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), waarbij het met name gaat om de verplichtingen die voortvloeien uit art. 6 en art. 8 EVRM.

**§ 9.** Op grond van het voorgaande kan worden vastgesteld dat sprake is van een hiaat in de wetgeving. Gelet daarop wordt in deze conclusie geadviseerd dat in meer gevallen dan die waarin de wet dat

voorschrijft een rol moet zijn weggelegd voor de rechter-commissaris. De belangrijkste argumenten hiervoor zijn het belang van eenvormigheid van regels, de complexiteit van grote gegevensbestanden en het aankomende nieuwe Wetboek van Strafvordering, waarin de rechter-commissaris op dit punt toch al een grotere rol zal krijgen (althans afgaande op de tekst van het wetsvoorstel dat nu bij de Tweede Kamer in behandeling is).

Kort gezegd komt het erop neer dat de AG de Hoge Raad adviseert om voor toekomstige gevallen te bepalen dat een redelijke wetstoepassing meebrengt dat indien op enig moment bij (voorgenomen) gegevensonderzoek het redelijk vermoeden ontstaat dat zich tussen de te onderzoeken gegevens materiaal bevindt waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt, en het hieruit schiften van het verschoningsgerechtigd materiaal niet mogelijk is zonder kennisname van de inhoud van dat materiaal, gehandeld dient te worden op dezelfde manier als wanneer bij een advocaat beslag wordt gelegd op een voorwerp.

**§ 10.** De conclusie besluit met een voorstel voor beantwoording van de prejudiciële vragen van het hof. Daar zij hier naar verwezen. In aanvulling hierop merkt de AG op dat aan de besproken problematiek ook verschillende praktische aspecten kleven. Deze lenen zich niet goed voor beantwoording in een prejudiciële procedure, omdat deze procedure slechts openstaat voor rechtsvragen. Hiervoor zullen in de praktijk werkbare werkwijzen moeten worden ontwikkeld. Overleg tussen de betrokken partijen, waaronder het OM en de advocatuur, is daarvoor aangewezen.

## **Inhoudsopgave**

### **1 De prejudiciële procedure**

### **2. Inleiding: een historische schets van de problematiek**

### **3. De prejudiciële vragen, de door het hof vastgestelde feiten en de standpunten van partijen**

3.1 - 3.4 Het procesverloop in het kort

3.5 De door het hof vastgestelde feiten

3.6 - 3.7 De prejudiciële vragen

3.8 - 3.11 De ingekomen schriftelijke opmerkingen

#### **4. Het verschoningsrecht als algemeen rechtsbeginsel**

4.1 - 4.5 De grondslag van het verschoningsrecht

4.6 - 4.13 De materiële zijde van het rechtsbeginsel: de reikwijdte van het verschoningsrecht

4.14 - 4.18 De formele zijde van het rechtsbeginsel: de bescherming in concrete zaken

4.19 Tussenbalans

#### **5. Het functioneel verschoningsrecht in het 'klassieke' domein**

5.1 - 5.2 Inleiding

5.3 - 5.15 Art. 218, 96a en 98 Sv

5.16 - 5.21 Inbeslagname van voorwerpen bij een ander dan de advocaat

5.22 - 5.24 De doorzoeking ter vastlegging van gegevens

#### **6. Het functioneel verschoningsrecht en de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden**

6.1 - 6.3 Inleiding

- 6.4 - 6.7 Een overzicht van de lagere regelgeving
- 6.8 - 6.17 Art. 126aa Sv
- 6.18 - 6.23 Het besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken
- 6.24 - 6.32 Art. 126ng Sv
- 6.33 - 6.50 Het beleid van het Openbaar Ministerie
- 6.51 - 6.54 De hackbevoegdheden
- 6.55 - 6.59 Het vorderen van gegevens op andere gronden dan art. 126ng Sv
- 6.60 - 6.64 Tussenbalans

## **7. Het nieuwe Wetboek van Strafvordering (NSv)**

- 7.1 Inleiding
- 7.2 - 7.21 Enkele relevante aspecten van de nieuwe regeling
- 7.22 - 7.23 Tussenbalans

## **8. Het mensenrechtelijk perspectief**

- 8.1 - 8.2 Inleiding
- 8.3 - 8.4 Art. 6 EVRM
- 8.5 - 8.9 Art. 8 EVRM
- 8.10 Tussenbalans

## **9. Slotsom**

## **10. De beantwoording van de vragen**

- 10.2 - 10.4 De eerste prejudiciële vraag
- 10.5 - 10.8 De tweede prejudiciële vraag
- 10.9 - 10.10 De derde en vierde prejudiciële vraag
- 10.11 - 10.13 De vijfde prejudiciële vraag

## **1 De prejudiciële procedure**

- 1.1 Bij arrest van 5 september 2023 heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.<sup>1</sup>
- 1.2 De vragen van het gerechtshof 's-Hertogenbosch hebben betrekking op de wijze waarop invulling moet worden gegeven aan met het verschoningsrecht van advocaten samenhangende verplichting tot vernietiging van gegevens die zijn gevorderd op grond van art. 126ng/ug Sv, oftewel bij een aanbieder van een communicatiedienst. In de kern gaat het om de vraag of de vernietigingsverplichting die is neergelegd in art. 126aa lid 2 Sv met zich meebrengt dat de selectie en filtering van verschoningsgerechtigde informatie moet plaatsvinden door (of in opdracht van) de rechter-commissaris of dat dit ook door of in opdracht van een (geheimhouder-)officier van justitie mag geschieden. In het verlengde hiervan heeft het hof enkele vragen gesteld van meer praktische aard, die zien op de wijze waarop door de rechter-commissaris en/of de officier van justitie invulling moet worden gegeven aan de vernietigingsverplichting. Tot slot is nog de vraag gesteld of de vernietigingsverplichting uit art. 126aa lid 2 Sv ook in de weg staat aan het gebruik van verschoningsgerechtigde informatie buiten het strafproces.
- 1.3 Over de onderhavige zaak is al enige tijd veel te doen. Dat is deels het gevolg van het feit dat in deze zaak onmiskenbaar - hoe men de vernietigingsplicht van art. 126aa lid 2 Sv ook zou willen uitleggen - veel is misgegaan bij de verwerking van geheimhouderinformatie door het openbaar ministerie (hierna: OM). Daarover is in de literatuur en in de media veelvuldig gepubliceerd.<sup>2</sup> Het OM heeft dit inmiddels zelf ook erkend en de aan de onderhavige civiele procedure onderliggende strafzaak geseponeerd.<sup>3</sup> Het belang van (en de belangstelling voor) deze zaak is daarnaast gelegen in het feit

dat deze zaak een discussie op gang heeft gebracht over de juiste uitleg van art. 126aa Sv in relatie tot art. 126ng/ug Sv. Deze discussie heeft onder meer geleid tot voortschrijdende wijzigingen in het beleid van het OM. In reactie op het kort-geding in eerste aanleg van de onderhavige procedure ontwikkelde het OM nieuw 'Voorlopig beleid'<sup>4</sup> en een concept-Aanwijzing omgang met verschoningsgerechtigd materiaal. Deze documenten zijn inmiddels ingehaald door een 'Voorlopig handelingskader' en een tweede versie van de hiervoor bedoelde concept-Aanwijzing.<sup>5</sup>

- 1.4 Gebleken is nochtans dat het nieuwe OM-beleid in de feitenrechtspraak niet zonder meer wordt omarmd. Door verschillende rechters(-commissarissen) is in andere strafrechtelijke procedures geoordeeld dat aan art. 126aa Sv geen wettelijke grondslag ontleend kan worden op grond waarvan de selectie en filtering van verschoningsgerechtigde informatie bij de rechter-commissaris belegd dient te worden.<sup>6</sup> Het OM spreekt om die reden van een impasse.<sup>7</sup> Met de onderhavige prejudiciële procedure dient die impasse te worden doorbroken. Hiermee lijkt mij ook te zijn gegeven dat - wat het gevolg van het sepot in de onderliggende strafzaak ook zal zijn voor de civiele procedure waarin de nu aan de orde zijnde vragen zijn gesteld - nog steeds aanleiding is om de gestelde vragen te beantwoorden (vgl. art. 393 lid 9 Rv).
- 1.5 Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Hieronder begin ik bij wijze van inleiding met een korte historische schets van de (problematiek omtrent de) bescherming van het verschoningsrecht in strafzaken (§ 2). Vervolgens geef ik de door het hof aan de prejudiciële vragen ten grondslag gelegde feitenvaststellingen, de vragen zelf en de in deze prejudiciële procedure ingenomen standpunten van partijen weer, alsmede de standpunten van derden die schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt (§ 3). Dan ga ik in op het functioneel verschoningsrecht als algemeen rechtsbeginsel (§ 4), waarna ik toekom aan de wijze waarop dit rechtsbeginsel in het strafprocesrecht wordt beschermd. Daartoe bespreek ik eerst het zogenoemde 'klassieke' domein (§ 5) en daarna de bescherming indien toepassing wordt gegeven aan 'bijzondere' opsporingsbevoegdheden (§ 6). Ik besteed afzonderlijk aandacht aan de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (§ 7) en het internationaal kader (§ 8). Een en ander mondt uit in een synthese (§ 9) en een voorstel voor de beantwoording van de vragen (§ 10).

## **2 Inleiding: een historische schets van de problematiek**

- 2.1 De bescherming van het functioneel verschoningsrecht van de advocaat, en het daarmee samenhangende en meer abstracte rechtsbeginsel dat een advocaat en zijn cliënt vertrouwelijk met elkaar moeten kunnen communiceren, is niet op één plaats in de wet geregeld. In plaats daarvan krijgt het wettelijk systeem vorm in diverse verschillende regelingen. Dit systeem - reeds in 1959 door Hazewinkel-Suringa als 'doolhof'<sup>8</sup> getypeerd - is in de loop der jaren steeds complexer geworden. Waar bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 nog kon worden volstaan met in essentie een vijftal aan het verschoningsrecht te relateren regelingen, is dat - alleen al in dit wetboek - nu een veelvoud daarvan, terwijl daarnaast in de jurisprudentie nog de nodige aanvullende kaders zijn ontwikkeld.<sup>9</sup> Ik bespreek hieronder zeer in het kort, bij wijze van inleiding, die geschiedenis van de bescherming van het functioneel verschoningsrecht in het Wetboek van Strafvordering door de jaren heen.
- 2.2 De vijf aan het verschoningsrecht te relateren regelingen in het wetboek van 1926 hadden betrekking op de mondelinge getuigenis en/of de inbeslagneming van voorwerpen.<sup>10</sup> Dit vijftal was niet meer toereikend op het moment dat de telefonie opkwam. Een eerste toevoeging aan de in 1926 voorziene regelingen hing dan ook samen met de invoering van een wettelijke grondslag voor de telefoontap en het vorderen van 'inlichtingen' bij diensten voor telecommunicatie, per 1 maart 1973.<sup>11</sup> Dit bracht mee dat voor het eerst heimelijk - dus zonder dat de advocaat dit wist - informatie 'bij' een advocaat kon worden ingewonnen. Zodoende zou ook ongemerkt een schending van zijn verschoningsrecht kunnen plaatsvinden. Een wettelijke regeling moest dit voorkomen.<sup>12</sup> De meeste aanvullingen van het palet aan verschoningsrecht-beschermende regelingen van na die tijd hingen samen met de digitalisering van de samenleving. Deze digitalisering bracht immers mee dat ook in digitale

omgevingen moest kunnen worden opgespoord. De nieuwe hierop toegesneden opsporingsbevoegdheden werden gecomplementeerd met nieuwe regelingen om het verschoningsrecht ook in de digitale wereld te beschermen. Een eerste voorbeeld is de Wet computercriminaliteit, die in 1993 voorzag in de eerste bevoegdheid tot het onderzoeken en ook het ten behoeve daarvan vorderen van (computer)gegevens, toen nog als onderdeel van het gerechtelijk vooronderzoek.<sup>13</sup> Deze bevoegdheid ging vergezeld met een verbod om onderzoek te doen naar - kort gezegd - verschoningsgerechtigde informatie.<sup>14</sup>

- 2.3 Nadien is het aantal bevoegdheden voor het vorderen van gegevens verder uitgebreid. Eerst werden ter uitvoering van Unierecht de artikelen 126nc tot en met 126nf Sv ingevoerd (per 1 juni 2004),<sup>15</sup> daarna volgde (per 1 januari 2006) de Wet vorderen gegevens,<sup>16</sup> waarbij onder meer de artikelen 126ng en 126ug Sv in werking traden. Bij die laatste wetswijziging is ook de in 1993 ingevoerde vorderingsbevoegdheid komen te vervallen en de huidige regeling voor het doorzoeken ter vastlegging van gegevens in de wet gekomen.<sup>17</sup> Van belang is dat hiermee ook een verandering van verantwoordelijkheden gepaard ging: het overhevelen van de vorderingsbevoegdheden uit de bepalingen over het gerechtelijk vooronderzoek<sup>18</sup> naar de titels over bijzondere opsporingsbevoegdheden bracht mee dat de officier van justitie (in plaats van de rechter-commissaris) de centrale autoriteit werd bij het doen van deze vorderingen. De telefoontap was de vorderingsbevoegdheden hierin al voorgegaan, de 'tapbevoegdheden' waren per 1 februari 2000 door toedoen van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (hierna: Wet bob)<sup>19</sup> toegevoegd aan de officier van justitie.<sup>20</sup> Later volgde - onder meer - nog de introductie van 'hackbevoegdheden'.<sup>21</sup> Op deze bevoegdheden kom ik verderop in deze conclusie nog terug.
- 2.4 De hiervoor genoemde toename in en wijzigingen van voor het verschoningsrecht relevante wettelijke regelingen is niet zonder kritiek gebleven. Met name na de invoering van de Wet bob zijn in de literatuur kritische noten gekraakt over de wijze waarop het verschoningsrecht van de advocaat *de iure* en (vooral) *de facto* wordt beschermd.<sup>22</sup> Zo is in het verleden de wijze waarop het verschoningsrecht werd geëerbiedigd bij het uitvoeren van telefoontaps frequent op de korrel genomen. In de praktijk bleek dat niet zelden per ongeluk vertrouwelijke telefoongesprekken tussen een advocaat en zijn cliënt werden afgeluisterd en dat de hiervan opgemaakte processen-verbaal niet steeds werden vernietigd.<sup>23</sup> Dit heeft uiteindelijk geleid tot het momenteel in gebruik zijnde systeem van nummerherkenning.<sup>24</sup> Dit systeem moet ervoor zorgen dat gesprekken die worden gevoerd met een als zodanig aangemelde geheimhoudertelefoon automatisch niet worden opgenomen.<sup>25</sup> Met dit systeem lijkt de rust enigszins te zijn weergekeerd,<sup>26</sup> althans op het vlak van de strafvorderlijke telefoontaps,<sup>27</sup> al wordt door sommigen nog altijd gepleit voor het herinvoeren van de oude situatie waarin het aftappen plaatsvond onder verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris en niet onder die van de officier van justitie.<sup>28</sup>
- 2.5 De thematiek die in de onderhavige procedure aan de orde is ligt deels in het verlengde van de voorheen bestaande aftapproblematiek. Wanneer een derde, niet zijnde een verdachte en/of zijn raadsman (bijvoorbeeld: een hostingbedrijf) beschikt over gegevens waartussen zich (mogelijk) geheimhouderinformatie bevindt, kunnen deze (mits uiteraard aan de daarvoor geldende wettelijke vereisten wordt voldaan) worden gevorderd en komt dit hostingbedrijf als zodanig geen beroep op een verschoningsrecht c.q. weigeringsgrond toe. In zoverre is een vordering gegevens vergelijkbaar met een telefoontap bij een aanbieder van een (tele)communicatiedienst. Daarnaast geldt - opnieuw net als bij de telefoontap - dat de betrokkenen, waaronder de verdachte en in beginsel ook zijn advocaat en/of andere functioneel verschoningsgerechtigde, in de regel langere tijd onbekend zullen blijven met het feit dat zo'n vordering is gedaan; de wet schrijft voor dat degene tot wie de vordering is gericht 'geheimhouding in acht [neemt] omtrent al hetgeen hem terzake van de vordering bekend is.'<sup>29</sup> Ten slotte is het zo dat - zoals reeds gezegd - het in beginsel ook bij het vorderen van gegevens de officier van justitie en niet de rechter-commissaris is die beslist over de vordering en verantwoordelijk is voor de uitvoering hiervan.
- 2.6 De situatie is echter ook om een aantal redenen complexer dan die van de telefoontap. Waar de telefoontap zich betrekkelijk eenvoudig laat isoleren - het gaat om afzonderlijk 'getapte' gesprekken tussen een advocaat en zijn cliënt - is dit voor onderzoek aan gegevens minder eenvoudig. Zeker bij grotere vorderingen, bijvoorbeeld in zaken waarin (een deel van) de bedrijfsadministratie inclusief e-

mails van een verdachte (rechts)persoon wordt gevorderd wegens verdenking van een financieel misdrijf, kan het al snel gaan om grote hoeveelheden data. Het hieruit filteren van geheimhouderinformatie is niet eenvoudig, vergt technische kennis die niet overal voorhanden is en is bovendien tijdrovend.<sup>30</sup> Om deze en meer redenen is de kans om 'per ongeluk' op geheimhouderinformatie te stuiten in een lopend opsporingsonderzoek steeds groter geworden. Dit geldt overigens niet alleen voor gevorderde gegevens, maar bijvoorbeeld ook voor onderzoek aan in beslag genomen computers. De vraag bij wie de taak om verschoningsgerechtigde informatie uit de gevorderde data te filteren moet worden belegd kent daardoor onmiskenbaar en meer dan het geval was bij de telefoontap ook een praktische dimensie.<sup>31</sup>

2.7 Voor de onderhavige procedure is ten slotte van belang dat de wetgever voornemens is om in het nieuwe Wetboek van Strafvordering zowel de regelingen met betrekking tot het verschoningsrecht, als die met betrekking tot gegevens aanzienlijk te wijzigen. Belangrijk vanuit systematisch perspectief is dat veel bevoegdheden met betrekking tot gegevens in het nieuwe wetboek worden geconcentreerd in één hoofdstuk. In het huidige wetboek zijn de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens, de doorzoeking ter vastlegging van gegevens en de bevoegdheden voor het in beslag nemen van voorwerpen (hetgeen ook kan uitmonden in onderzoek aan gegevens als dat voorwerp bijvoorbeeld een smartphone of computer is)<sup>32</sup> op afzonderlijke plaatsen in de wet neergelegd. Dit leidt er onder meer toe dat art. 126aa Sv niet in alle situaties van 'gegevensonderzoek' van toepassing is, terwijl omgekeerd de waarborgen uit de artikelen over de inbeslagneming van voorwerpen niet zonder meer geacht kunnen worden (reflex)werking te hebben indien gegevensonderzoek na de inzet van een vorderingsbevoegdheid plaatsvindt. Het nieuwe Wetboek van Strafvordering zal daar - in de thans voorliggende vorm - tot op grote hoogte verandering in aanbrengen. In het voorgestelde hoofdstuk 7 van boek 2 zijn algemene voorschriften opgenomen voor gegevensonderzoek.<sup>33</sup> Dit hoofdstuk bevat ook een onderdeel (titel 7.5) over de uitoefening van bevoegdheden 'in geval van verschoningsrecht' met een generieke werking. Daardoor zal de wijze waarop gegevensonderzoek moet plaatsvinden minder afhankelijk worden van de vormgeving van de opsporingsbevoegdheid waarmee die gegevens zijn verkregen. In die nieuwe regeling is ook een grotere rol voor de rechter-commissaris voorzien dan de wet nu nog voorschrijft.<sup>34</sup>

### **3. De prejudiciële vragen, de door het hof vastgestelde feiten en de standpunten van partijen**

#### *Het procesverloop in het kort*

- 3.1 Het procesverloop in deze procedure komt in het kort op het volgende neer. Bij tussenarrest van 2 mei 2023 heeft het gerechtshof het voornemen uitgesproken prejudiciële vragen te stellen en een viertal - voorlopige - vragen geformuleerd.<sup>35</sup> Het hof heeft bij die gelegenheid beide partijen de gelegenheid geboden zich uiterlijk op 13 juni 2023 uit te laten over de inhoud van de te stellen vragen,<sup>36</sup> aan welke gelegenheid door beide partijen gevolg is gegeven.<sup>37</sup> Op grond hiervan heeft het hof de vragen enigszins aangepast en één vraag toegevoegd (vraag 5).
- 3.2 Na het stellen van de vragen door het hof op 5 september 2023, hebben beide partijen de gelegenheid gekregen om schriftelijk opmerkingen te maken als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv (vgl. art. 3.3.7.1 Procesreglement HR). Namens de Staat zijn opmerkingen gemaakt door G.C. Nieuwland (m.m.v. M.F.H. Hirsch Ballin), en namens [verweerders] door W.H. van Hemel en T.R.B. de Greve.
- 3.3 Voorts zijn door een drietal derden schriftelijke opmerkingen ingediend, te weten door D.M. de Knijff namens de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: de NOvA), door F.E. Vermeulen en C. van der Meulen namens het Dekenberaad (als bedoeld in art. 2.5 Verordening op de advocatuur) en door K. Aantjes en J.C. Zevenberg namens de Nederlandse Vereniging Van Strafrechtadvocaten (hierna: NVSA) en de Nederlandse Vereniging Van Jonge Strafrechtadvocaten (hierna: NVJSA).
- 3.4 De Staat en [verweerders] hebben vervolgens gebruik gemaakt van de gelegenheid om zich uit te laten over schriftelijke opmerkingen die door de andere partijen zijn ingediend (als bedoeld in art. 3.3.9.3 Procesreglement HR).

#### *De door het hof vastgestelde feiten*

- 3.5 De feiten waar in deze procedure vanuit moet worden gegaan zijn door het gerechtshof vastgesteld in het arrest van 2 mei 2023.<sup>38</sup> Ik citeer de relevante passages:



`De feiten

(...)

- 3.1.1. Vanaf 4 juli 2013 hebben rechercheurs van het Team Bijzondere Zaken van de FIOD te Eindhoven onder leiding van het Functioneel Parket te 's-Hertogenbosch een strafrechtelijk onderzoek ingesteld (onder de codenaam ` [...] ') naar [BV 1] B.V., [BV 2] B.V., [BV 3] B.V. en hun bestuurders (hierna: [de BV's] ).
- 3.1.2. Op 17 maart 2015 heeft in het kader van voornoemd onderzoek [...] een doorzoeking ter inbeslagname bij [de BV's] plaatsgevonden. Op die dag werden [de BV's] bekend met het strafrechtelijk onderzoek dat naar hen werd verricht en hebben zij zich gewend tot de Advocaten [dit betreft: [verweerders] , AEH] om zich juridisch te laten bijstaan. Op dezelfde dag hebben de Advocaten het OM en de FIOD op de hoogte gesteld dat zij juridische bijstand verlenen aan [de BV's]
- 3.1.3. Op 4 september 2015 heeft de FIOD namens het OM. na machtiging daartoe van de rechter-commissaris, op grond van artikel 126ng/ug Sv een bevel tot verstrekking van e-mails gegeven aan hostingbedrijf [hostingbedrijf] B.V. (hierna: [hostingbedrijf] ), de externe e-mailprovider van [de BV's] . Krachtens dit bevel diende [hostingbedrijf] alle e-mailberichten van [de BV's] over de periode 11 maart 2015 tot en met 24 augustus 2015 aan de FIOD en het OM te verstrekken (de [hostingbedrijf] -gegevens). [hostingbedrijf] werd tevens bevolen tot geheimhouding.
- 3.1.4. Bij het strafrechtelijk onderzoek [...] waren - onder meer en voor zover in dit hoger beroep van belang - de volgende personen betrokken:
- [betrokkene 1] , officier van justitie, functioneel parket 's-Hertogenbosch, hierna: [betrokkene 1] of zaaksofficier [betrokkene 1] ;
  - [betrokkene 2] , officier van justitie, functioneel parket 's-Hertogenbosch, aangesteld als geheimhoudersofficier, hierna: [betrokkene 2] of geheimhoudersofficier [betrokkene 2] ;
  - [betrokkene 3] , hulpofficier van justitie, functioneel parket 's-Hertogenbosch, projectleider van het onderzoeksteam, hierna: [betrokkene 3] of projectleider [betrokkene 3] ;
  - [betrokkene 4] , parketsecretaris functioneel parket 's-Hertogenbosch, hierna: [betrokkene 4] of parketsecretaris [betrokkene 4] ;
  - [betrokkene 5] , medewerker opsporing FIOD Zuidoost, kantoor Eindhoven, hierna: [betrokkene 5] of medewerker opsporing [betrokkene 5] ;
  - [betrokkene 6] , medewerker opsporing FIOD Zuidoost, kantoor Eindhoven, hierna: [betrokkene 6] of medewerker opsporing [betrokkene 6] ;
  - [betrokkene 7] , medewerker opsporing FIOD Zuidoost, kantoor Eindhoven, hierna: [betrokkene 7] of medewerker opsporing [betrokkene 7] ;
  - [betrokkene 8] , opsporingsambtenaar, rechercheur, medewerker geheimhouders bij de Belastingdienst/FIOD Zuidoost, kantoor Eindhoven, hierna: [betrokkene 8] of geheimhoudersmedewerker [betrokkene 8] ;
  - [betrokkene 9] , ICT deskundige FIOD Zuidoost, kantoor Eindhoven, hierna: [betrokkene 9] of IT-specialist [betrokkene 9] .

Medewerkers van de FIOD en de Belastingdienst hebben onder verantwoordelijkheid van het OM geopereerd. Daar waar in dit arrest het OM wordt vermeld, kan dit ook betrekking hebben op medewerkers van de FIOD en/of de Belastingdienst.

Gegevens die mogelijk onder het verschoningsrecht van een advocaat vallen zoals bijvoorbeeld e-mails van en/of naar een advocaat, zullen hierna worden aangeduid als mogelijke geheimhoudersgegevens, -informatie, of -materiaal of mogelijk geprivilegieerde gegevens. De overige gegevens worden hierna aangeduid als evident niet-geheimhoudersgegevens.

3.1.5. Zaakofficier [betrokkene 1] heeft [hostingbedrijf] bevolen de in rov. 3.1.3 genoemde gegevens binnen tien dagen digitaal te verstrekken. Een medewerker van [hostingbedrijf] heeft aan deze vordering gevolg gegeven door de aan [de BV's] gerelateerde databestanden (ongeveer 2.000.000 bestanden) te kopiëren naar een externe USB harde schijf van de FIOD.

3.1.6. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 126ng/126ug Sv zijn [de BV's] en de Advocaten pas achteraf op de hoogte gesteld van de verstrekking aan het OM van de bij [hostingbedrijf] gevorderde digitale gegevens.

3.1.7. Van de circa 2.000.000 bestanden die zich op voornoemde USB bevonden, hebben forensische IT-specialisten van de FIOD een zogenoemde 'imagekopie' (een exacte kopie) gemaakt en daarvan een 'werkkopie' gemaakt. Deze werkkopie is overgezet in het softwareprogramma NUIX waarmee het mogelijk is om grote hoeveelheden data te indexeren en met behulp van zoektermen te doorzoeken.

3.1.8. Medewerkers opsporing [betrokkene 6] en [betrokkene 7] hebben de bestanden op de werkkopie doorzocht aan de hand van gerichte, op de zaak toegesneden zoektermen. Op deze wijze zijn uit de verkregen bestanden gegevens geselecteerd die relevant werden geacht voor het onderzoek. In het kader van dat onderzoek hebben [betrokkene 6] en [betrokkene 7] ook kennis genomen van de inhoudelijke tekst van bepaalde e-mailcorrespondentie. In deze e-mails stuurde een van de verdachten diverse stukken uit de periode waarop het strafrechtelijk onderzoek betrekking had (2006-2009) door aan haar accountant. Deze e-mails (door het onderzoeksteam gecodeerd als DOC-548 tot en met DOC-551) zouden vermoedelijk binnen het bereik van het verschoningsrecht vallen omdat ze afkomstig waren van of bestemd waren voor het kantoor van de Advocaten. Het betrof in elk geval een e-mail van 30 maart 2015 (DOC-551), afkomstig van een van de verdachten aan Doorenbos.

Aan de hand van de inhoud van deze e-mails ontstond bij het onderzoeksteam de indruk dat het verschoningsrecht door Doorenbos werd misbruikt. Hierbij ging het om het voorstel van Doorenbos om een opdracht aan BDO Accountants en Belastingadviseurs B.V. (hierna: BDO) voor het uitvoeren van een onderzoek bij [de BV's] te laten verstrekken door advocatenkantoor Stibbe zodat het onderzoek onder het verschoningsrecht zou vallen.

3.1.9. De door het onderzoeksteam gevonden e-mailberichten die leken te wijzen op misbruik van het verschoningsrecht zijn overhandigd aan medewerker opsporing [betrokkene 5] met het oog op het starten van een afzonderlijk tuchtrechtelijk onderzoek. Op enig moment heeft de Staat ongeveer 15 e-mailberichten die onder het verschoningsrecht vallen verstrekt aan (het kantoor van) de landsadvocaat met het oog op advisering ten aanzien van de tuchtklacht. Deze e-mails zijn binnen het kantoor van de landsadvocaat bewaard gebleven en niet vernietigd.

3.1.10. In het kader van andere op het onderzoek toegesneden zoekslagen werd vervolgens gestuit op andere: e-mailcorrespondentie met daarin de onderwerpregel 'vertrouwelijk' en/of 'geprivilegieerd' vermeld (of iets vergelijkbaars), al dan niet in combinatie met de toevoeging 'advocaat'. Omdat meer digitale bestanden vermoedelijk geheimhoudersgegevens bevatten, hebben [betrokkene 6] en [betrokkene 7] aan de hand van de zoekterm 'Stibbe' op 29 september 2015 een automatisch gegenereerde lijst aangemaakt met daarop onder meer vermeld de ontvanger, de afzender en het onderwerp. Er zijn via de zoekterm 'Stibbe' 3.115 digitale bestanden gevonden waarin die term voorkomt. Deze 3.115 bestanden zijn digitaal gemarkeerd als mogelijke geheimhoudersgegevens. Over het exacte aantal bestanden bestaat onduidelijkheid (zo is naast 3.115 ook een aantal van 3.022 genoemd): Het hof zal daarom hierna "de circa 3.000 bestanden" aanhouden.

3.1.1.1. Vanwege technische problemen is de eerste werkkopie van de [hostingbedrijf] - gegevens onbruikbaar geraakt. Daarom heeft IT-specialist [betrokkene 9] een nieuwe werkkopie gemaakt van de originele imagekopie.

3.1.12. Omdat reeds bekend was dat geprivilegieerde gegevens deel uitmaakten van de [hostingbedrijf] -gegevens is besloten forensisch IT-specialisten deze nieuwe werkkopie te laten schonen door bestanden te selecteren met bijvoorbeeld de zoektermen '@stibbe.nl' en '@stibbe.com'. [betrokkene 9] heeft verklaard (pagina 6, productie 27 bij de inleidende dagvaarding) op die manier in eerste instantie een gedeelte van de circa 3.000 bestanden uit de nieuwe werkkopie te hebben verwijderd. Dat betreft de e-mails van en naar Stibbe en met Stibbe in de Cc. De nieuwe, geschoonde werkkopie is daarna ingeladen in het door het opsporingsteam gebruikte softwareprogramma. Een paar weken later, nadat [betrokkene 7] en [betrokkene 6] verder gegaan waren met hun onderzoek en opnieuw mailverkeer tegenkwamen waarbij Stibbe betrokken was, bleek volgens [betrokkene 9] dat de e-mails waarin Stibbe in de Bcc stond niet waren verwijderd waarna hij deze alsnog heeft verwijderd. Van de verwijderde circa. 3.000 bestanden heeft [betrokkene 9] een afzonderlijke werkkopie aangemaakt.

3.1.13. Vervolgens heeft geheimhoudersmedewerker [betrokkene 8] de opdracht gekregen om de circa 3.000 bestanden te beoordelen op vermoedelijke geheimhoudersinformatie. Door middel van een zogenaamde "kop-staart beoordeling" heeft [betrokkene 8] uit de circa 3.000 bestanden een selectie gemaakt van bestanden die naar zijn mening niet als geheimhoudersinformatie konden worden aangemerkt. Deze selectie leverde volgens de tekst van een achteraf opgemaakt proces-verbaal (rov: 3.2.11) 837 (waarvan 403 unieke) andere items op, die [betrokkene 8] aanmerkte als zijnde zeer waarschijnlijk niet geprivilegieerd (de voorselectie).

3.1.14. Op verzoek van [betrokkene 8] heeft geheimhoudersofficier [betrokkene 2] op 10 maart 2016 de circa 3.000 bestanden beoordeeld op geheimhoudersinformatie. [betrokkene 2] concludeerde dat alle digitale bestanden als vermoedelijke geheimhoudersinformatie dienden te worden aangemerkt en heeft aan [betrokkene 8] de opdracht gegeven zorg te dragen voor de vernietiging van deze digitale bestanden.

3.1.15: Op 10 maart 2016 heeft [betrokkene 8] de zienswijze en het besluit van [betrokkene 2] kenbaar gemaakt aan het onderzoeksteam. Het onderzoeksteam was het niet eens met de beslissing van [betrokkene 2], omdat deze tegengesteld was aan een adviesrapport dat de landsadvocaat omtrent het verschoningsrecht had uitgebracht en omdat de beslissing niet in lijn zou zijn met de jurisprudentie.

3.1.16. Projectleider [betrokkene 3] heeft vervolgens aan [betrokkene 8] gevraagd om uit de bestanden de e-mailwisselingen te filteren die in verband kunnen worden gebracht met het advies van Doorenbos om de opdracht aan BDO door advocatenkantoor Stibbe te laten verlenen en deze e-mailberichten opnieuw voor te leggen aan [betrokkene 2].

3.1.17. In dit kader heeft [betrokkene 8] op 6, 7 en 11 april 2016 in totaal 15.5 digitale bestanden geselecteerd en geprint. Deze heeft hij in een ordner aan parketsecretaris [betrokkene 4], betrokken bij het [...] -onderzoek, overhandigd. Daarbij heeft hij verzocht deze aan [betrokkene 2] voor te leggen teneinde te toetsen of deze al dan niet als geheimhoudersstuk zouden moeten worden aangemerkt.

[betrokkene 4] heeft een overzicht opgesteld van de 155 e-mails waarin hij per e-mail heeft aangegeven of het volgens hem een geheimhoudersstuk betreft of niet. Dit overzicht, door [betrokkene 4] aangeduid als "*voorstel aan [betrokkene 2] met betrekking tot de aard van de stukken en of er geheimhoudersstukken tussen zaten*", heeft [betrokkene 4] aan [betrokkene 2] verstrekt.

3.1.18. Per e-mail van 24 mei 2016 heeft [betrokkene 2] aan [betrokkene 8] medegedeeld dat hij de ordner met documenten beoordeeld heeft. [betrokkene 2] verwees in het e-mailbericht voor zijn beslissing naar het als bijlage gevoegde overzicht en heeft [betrokkene 8] verzocht om 'conform het protocol geheimhouders' zijn beslissing uit te voeren en verder af te wikkelen. Het overzicht in de bijlage bij het e-mailbericht van [betrokkene 2] is het in rov. 3.1.17 genoemde overzicht

dat opgesteld is door [betrokkene 4] . In dat overzicht is van 105 van de 155 bestanden geoordeeld dat het geen geheimhoudersstuk betreft en van 50 dat dat wel het geval is.

- 3.1.19. De hierboven genoemde 105 documenten zijn vervolgens (in fysieke vorm) aan het opsporingsteam ter beschikking gesteld. [betrokkene 8] heeft de eerder door hem gemaakte voorselectie (rov. 3.1.13), waartoe niet de 105 documenten behoorden, digitaal aan het onderzoeksteam laten vrijgeven.
- 3.1.20. De via [hostingbedrijf] verkregen e-mails en bestanden hebben aanleiding gegeven tot verdere opsporingsactiviteiten, zoals de doorzoeking ter inbeslagneming op grond van artikel 96c Sv bij BDO.
- 3.1.21. De Advocaten hebben zich op het standpunt gesteld dat alle bij BDO in beslag genomen papieren bescheiden en digitale bestanden onder het (afgeleid) verschoningsrecht vallen zodat deze stukken niet in beslag hadden mogen worden genomen en moesten worden teruggegeven aan BDO. Tevens hebben zij zich op het standpunt gesteld dat de doorzoeking bij BDO onrechtmatig was omdat de doorzoeking voortvloeide uit het gebruik van door [hostingbedrijf] verstrekte e-mailberichten die, onder het verschoningsrecht vielen.
- 3.1.22. Het bezwaar van [verweerder 1] , [verweerder 2] en [betrokkene 10] (toenmalig kantoorgenoot van Doorenbos en Rosing en destijds tevens advocaat van [de BV's] ) in verband met het verschoningsrecht bij het beslag onder BDO, heeft de rechter-commissaris in strafzaken van de rechtbank Oost-Brabant bij beschikking van 10 januari 2018 ongegrond verklaard (productie 10 eva). Tegen de beschikking van de rechter-commissaris hebben [verweerder 1] , [verweerder 2] en [betrokkene 10] een klaagschrift als bedoeld in artikel 98 lid 4 Sv ingediend bij de rechtbank Oost-Brabant.
- 3.1.23. Bij beschikking van 13 september 2018 (productie 1 bij de inleidende dagvaarding) heeft de rechtbank Oost-Brabant het beklag gegrond verklaard. De rechtbank heeft teruggave gelast van alle communicatie over het onderzoek dat de advocaten hebben opgedragen aan BDO, alsmede van alle informatie die de door de Advocaten ingeschakelde onderzoeker onder zich had. De rechtbank overwoog daartoe onder meer:
- "(...) Uit die gang van zaken blijkt dat de advocaten in een zeer vroeg stadium bij de opdracht aan BDO betrokken waren en dat van een feitelijke opdracht door de Raad van Commissarissen toen nog geen sprake was. Voorts stelt de rechtbank vast dat het inschakelen van BDO verband hield met de door Box aan de advocaten toevertrouwde kwestie omtrent de verdenking van valsheid in geschrifte en witwassen. De rechtbank komt op grond van dit alles tot de conclusie dat BDO door de advocaten in het licht van een behoorlijke vervulling van hun taak als deskundige werd ingeschakeld. De rechtbank is dan ook van oordeel dat bovengenoemde stukken van overtuiging als geheimhouderstukken dienen te worden aangemerkt. Voorts is niet gebleken dat deze documenten en digitale bestanden voorwerp van het strafbare feit uitmaken dan wel tot het begaan daarvan hebben gediend en evenmin dat sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden waarbij het belang van de waarheidsvinding moet prevaleren boven het belang dat met het verschoningsrecht wordt gediend. (...)"*
- Omdat het onderzoek in raadkamer door de rechtbank van het klaagschrift een summier karakter draagt, heeft de rechtbank zich niet uitgelaten over de rechtmatigheid met betrekking tot het gebruik en de kennisneming van de gegevens.
- 3.1.24. Nadat het OM een door haar ingesteld cassatieberoep tegen de beschikking van de rechtbank van 13 september 2018 had ingetrokken, is deze beschikking onherroepelijk geworden, Aan het door de rechtbank Oost-Brabant gegeven bevel tot teruggave is niet voldaan. Na het door de Advocaten onder de Staat op 8 januari 2019 gelegde bewijsbeslag was teruggave van de

stukken niet meer mogelijk.'

*De prejudiciële vragen*

3.6 De vragen die het hof in het arrest van 5 september 2023 heeft gesteld zijn de volgende:

**Vraag 1**

Dienen maatregelen ter waarborging van het verschoningsrecht te worden genomen indien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudergegevens bevinden (bijvoorbeeld omdat bekend is dat de verdachte is of wordt bijgestaan door een advocaat), en, zo ja, welke?

Meer in het bijzonder doen zich ten aanzien van een dergelijke situatie de volgende subvragen voor:

- a) Dient in het proces-verbaal bij de vordering waarmee de machtiging aan de rechter-commissaris wordt gevraagd, kenbaar te worden gemaakt dat de verdachte op wie het onderzoek zich richt, is of wordt bijgestaan door een advocaat en dus te verwachten valt dat zich bij de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudersgegevens bevinden?
- b) Mag van de Staat verlangd worden dat er technische voorzieningen getroffen worden, zodat de kans op het stuiten op mogelijke geheimhoudersinformatie zo klein mogelijk is en zo ja, welke (bijvoorbeeld het (laten) filteren van e-mails met bepaalde extensies)?

**Vraag 2**

a) Indien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudergegevens bevinden (bijvoorbeeld omdat bekend is dat de verdachte is of wordt bijgestaan door een advocaat), dient dan in het licht van artikel 126aa Sv, artikel 4 van het Besluit en de relevante jurisprudentie een selectie/filtering te worden verricht, waarbij de gegevens worden aangemerkt ofwel als evident niet geheimhoudersgegevens ofwel als mogelijke geheimhoudersgegevens? Zo ja, komt de rechter-commissaris of de officier van justitie deze bevoegdheid toe? In hoeverre is daarbij relevant of dit selecteren/filteren mogelijk is zonder (enige) kennisname van de mogelijke geheimhoudersgegevens?

b) Indien het opsporingsteam (tijdens het onderzoek) stuit op (mogelijke) geheimhoudersgegevens, wie dient dan in het licht van artikel 126aa Sv artikel 4 van het Besluit en de relevante jurisprudentie de selectie/filtering te verrichten, waarbij de gegevens worden aangemerkt ofwel als evident niet geheimhoudersgegevens ofwel als mogelijke geheimhoudersgegevens? Komt de rechter-commissaris of de officier van justitie deze bevoegdheid toe?

c) Indien de bevoegdheid aan de officier van justitie toekomt, kan de officier van justitie de selectie/filtering overlaten of delegeren aan een opsporingsambtenaar (al dan niet aangewezen als geheimhoudersmedewerker)? Is in dat geval toegestaan dat de gegevens die door de opsporingsambtenaar als evident niet geheimhoudersgegevens dienen te worden beschouwd, door de opsporingsambtenaar worden vrijgegeven aan het opsporingsteam?

**Vraag 3**

Indien het antwoord op de vragen 2a en/of 2b luidt dat de rechter-commissaris die bevoegdheid toekomt, dan doen zich de volgende vragen voor. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de volgende categorieën mogelijke geheimhoudersgegevens te onderscheiden zijn:

- i. geheimhoudersgegevens
- ii. "andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon" zoals bedoeld in artikel 126aa Sv tweede lid;
- iii. de uiteindelijk door de rechter-commissaris als niet geheimhoudersgegevens beoordeelde gegevens (de zogenaamde "false positives").

Het hof gaat er van uit dat door de rechter-commissaris zal worden beoordeeld welke gegevens in welke van de drie categorieën vallen. Wat dient er vervolgens wanneer met elk van deze categorieën te gebeuren, en onder welke voorwaarden?

#### **Vraag 4**

Indien het antwoord op de vragen 2a en/of 2b luidt dat de officier van justitie die bevoegdheid toekomt, dan doen zich de onderstaande vragen a, b1 tot en met b3 en c voor. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de volgende drie categorieën mogelijke geheimhoudersgegevens te onderscheiden zijn:

- i. geheimhoudersgegevens
- ii. "andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon" zoals bedoeld in artikel 126aa Sv tweede lid;
- iii. de uiteindelijk door de rechter-commissaris als niet geheimhoudersgegevens beoordeelde gegevens (de zogenaamde "false positives").

a) Mag de beoordeling, welke gegevens in welke van de drie categorieën vallen plaatsvinden door de officier van justitie?

b) Zo ja, dan doen zich de volgende subvragen voor over eventuele maatregelen die dan genomen dienen te worden ter waarborging van het verschoningsrecht:

1. Is de door de Staat gehanteerde werkwijze met een geheimhoudersofficier en/of een geheimhoudersmedewerker in overeenstemming met artikel 126aa Sv? Is in overeenstemming met dit artikel dat de geheimhoudersofficier in voorkomend geval beslist dat gegevens die uiteindelijk naar het oordeel van de geheimhoudersofficier niet vallen onder het verschoningsrecht worden vrijgegeven aan het opsporingsteam? Is in overeenstemming met artikel 126aa Sv dat de geheimhoudersmedewerker in voorkomend geval beslist dat gegevens die uiteindelijk naar het oordeel van de geheimhoudersmedewerker niet vallen onder het verschoningsrecht door hem worden vrijgegeven aan het opsporingsteam?

2. Indien de werkwijze met een geheimhoudersofficier en/of een geheimhoudersmedewerker is toegestaan, waarborgt de aan het slot van rov. 3.5.4 genoemde roulatieregeling dan voldoende afstand tot de opsporing, of dienen bepaalde extra (organisatorische) maatregelen in acht te worden genomen?

3. Dienen technische maatregelen te worden genomen, om de bij de onder a) bedoelde beoordeling inhoudelijke kennisname van de gegevens zo beperkt mogelijk te houden, en zo ja, welke?

Het hof neemt in aanmerking dat voor wat betreft de geheimhoudersgegevens (categorie i) en de "andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon" zoals bedoeld in artikel 126aa Sv tweede lid (categorie ii), in dat geval de werkwijze als beschreven in artikel 126aa Sv geldt.

c) Mogen de uiteindelijk door de officier van justitie als niet geheimhoudersgegevens beoordeelde gegevens (categorie iii, de zogenaamde "false positives") vrijgegeven worden aan het opsporingsteam en zo ja, onder welke voorwaarden?

#### **Vraag 5**

Vloeit uit artikel 126aa lid 2 Sv (eerste twee zinnen) voort dat gegevens als in die bepaling bedoeld ook niet buiten het strafproces door de Staat mogen worden gebruikt?

3.7 In het arrest van 5 september 2023 gaat het hof voorts nog in op de uitlatingen van partijen met betrekking tot de inhoud van de vragen. Voor een goed begrip van de inhoud van de vragen lijkt het me niet nodig daar nader op in te gaan.

### *De ingekomen schriftelijke opmerkingen*

- 3.8 In de schriftelijke opmerkingen die zijn ingediend door de Staat wordt erkend dat in de aan de onderhavige procedure onderliggende strafzaak 'niet steeds alles goed is verlopen' in de omgang met verschoningsgerechtigde informatie.<sup>39</sup> Daarnaast wordt gewezen op de 'problematische spagaat' c.q. 'onwenselijke impasse' waarin de praktijk zich bevindt als gevolg van de uiteenlopende uitspraken in de feitenrechtspraak,<sup>40</sup> zoals die zijn gevolgd op de uitspraken van het hof Den Bosch in de onderhavige procedure.<sup>41</sup> De Staat verzoekt de Hoge Raad uitdrukkelijk om deze impasse te 'doorbreken' door de feitenrechtspraak hieromtrent helderheid te verschaffen.<sup>42</sup>
- 3.9 Hoewel de Staat in zijn voorstel voor de concrete beantwoording van de vragen in grote lijnen vasthoudt aan de in de procedure bij het hof 's-Hertogenbosch verdedigde stelling dat de officier van justitie de bevoegde autoriteit is bij het op de voet van art. 126aa Sv selecteren en vernietigen van geheimhouderinformatie,<sup>43</sup> wordt in de namens de Staat ingediende schriftelijke opmerkingen ook een ander spoor bewandeld. Hierin geeft de Staat aan dat het OM de verantwoordelijkheden gegeven in art. 126aa Sv 'liever nog (...) uit handen [zou] geven aan de onafhankelijke rechter-commissaris.' Gesteld wordt: 'Het Openbaar Ministerie is namelijk niet geïnteresseerd in geheimhouderinformatie, nu die niet kan worden gebruikt ten behoeve van opsporing en vervolging. Bovendien vormen discussies over (de omgang met) geheimhouderinformatie een toenemende belasting voor veel strafzaken.'<sup>44</sup> De Staat besluit zijn schriftelijke opmerkingen dan ook met een zienswijze over 'juridische mogelijkheden voor een andere aanpak'.<sup>45</sup>
- 3.10 De schriftelijke opmerkingen van de zijde van [verweerders] bevatten - anders dan de opmerkingen die namens de Staat zijn ingediend - geen algemeen deel; de opmerkingen zijn toegespitst op een voorstel voor de beantwoording van de prejudiciële vragen. Aan dat voorstel ligt kort gezegd de stelling ten grondslag dat de selectie en filtering van geheimhouderinformatie altijd, dus ook wanneer toepassing wordt gegeven aan art. 126aa Sv, dient plaats te vinden door (het kabinet van) de rechter-commissaris.<sup>46</sup> Voor de figuur van 'geheimhouderambtenaren' en/of die van 'geheimhouderofficier van justitie' zou volgens [verweerders] in het Nederlands systeem geen plaats moeten zijn.<sup>47</sup> Meer - en meest - verstrekkend wordt nog de stelling betrokken dat het Nederlands (strafproces)recht geen 'onderscheid in procedures' kent en de omgang met geheimhoudergegevens dus in alle gevallen - en zo begrijp ik: onafhankelijk van de vormgeving van de toegepaste opsporingsbevoegdheid - op dezelfde wijze zou moeten geschieden.<sup>48</sup> Ook op deze opmerkingen en stellingen kom ik in het vervolg van deze conclusie nog terug.
- 3.11 De opmerkingen die zijn ingediend namens het Dekenberaad, de NOvA en de NVSA en NVJSA komen er grotendeels op neer dat deze partijen zich aansluiten bij de standpunten van [verweerders] . Zo zien ook het Dekenberaad en de NOvA geen ruimte voor geheimhoudersofficieren van justitie of geheimhoudersambtenaren bij de uitvoering van de bevoegdheden bedoeld in art. 126aa Sv,<sup>49</sup> en wordt gepleit voor één landelijk (kabinet) rechter-commissaris die deze filtering met eigen medewerkers zou moeten uitvoeren.<sup>50</sup> Daarnaast wordt namens de NOvA nog vermeld dat 'momenteel' onderzocht wordt of het mogelijk is 'of een systeem van e-mailherkenning (naar voorbeeld van het reeds bestaande systeem van nummerherkenning) kan worden ontwikkeld en geïmplementeerd'.<sup>51</sup> Bovendien wordt in alle drie hier genoemde schriftelijke opmerkingen verwezen naar andere praktijkvoorbeelden waarin het verschoningsrecht onvoldoende (effectief) zou zijn beschermd en/of het fundamentele karakter van het verschoningsrecht onderstreept.<sup>52</sup>

## **4 Het verschoningsrecht als algemeen rechtsbeginsel**

### *De grondslag van het verschoningsrecht*

- 4.1 Het verschoningsrecht van functioneel geheimhouders - waaronder in elk geval begrepen: de arts, notaris, geestelijke en advocaat - is zoals algemeen wordt erkend een fundamenteel rechtsbeginsel. Dit beginsel is inmiddels al zo'n twee eeuwen onderdeel van onze rechtsorde.<sup>53</sup> De grondslag hiervoor wordt traditioneel gezocht in de erkenning van het belang dat iedereen zich vrij tot een functioneel

geheimhouder moet kunnen wenden, zonder de vrees dat de in vertrouwen uitgewisselde informatie, of de (daarna) door de advocaat c.q. functioneel geheimhouder in dat kader ondernomen stappen, worden openbaargemaakt.<sup>54</sup> Dit belang weegt zo zwaar, dat het belang van waarheidsvinding daar in beginsel voor moet wijken. De Hoge Raad pleegt deze grondslag sinds het *Notaris Maas*-arrest van 1 maart 1985 als volgt onder woorden te brengen:

'De grondslag van dit verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.'<sup>55</sup>

4.2 Het verschoningsrecht van de advocaat is onlosmakelijk verbonden met, en vormt in zekere zin een waarborg voor zijn geheimhoudingsplicht (art. 11a Advocatenwet). Een en ander hangt samen met de als 'kernwaarde' van de advocatuur beschouwde vertrouwelijkheid.<sup>56</sup> Deze is sinds 2015 ook formeel neergelegd in art. 10a lid 1 sub e Advocatenwet,<sup>57</sup> en sinds 2018 in Regel 3 van de vanwege de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOvA) gepubliceerde Gedragsregels advocatuur (hierna: de Gedragsregels).<sup>58</sup> Mede gelet op het evidente gewicht van de geheimhoudingsplicht kan de advocaat die deze vertrouwelijkheid/ zijn geheimhoudingsplicht schendt zonder dat hiervoor een rechtvaardigingsgrond bestaat, zowel tuchtrechtelijk (via art. 46 Advocatenwet)<sup>59</sup> als strafrechtelijk (via art. 272 Sr) worden gesanctioneerd.

4.3 In dit verband zij vast opgemerkt dat, mede door de digitalisering van informatiestromen, een bijzondere verantwoordelijkheid - en dus een zorgplicht - op de advocaat rust om zijn (digitale) informatiehuishouding zo te organiseren dat zijn geheimhoudingsplicht niet kwetsbaar wordt.<sup>60</sup> Dit lijkt mij ook mee te brengen dat van de advocaat het nodige kan worden gevergd om te verzekeren dat in zijn digitale administratie en communicatie verschoningsgerechtigde en niet-verschoningsgerechtigde informatie niet teveel door elkaar loopt, zodat bij een eventueel strafrechtelijk onderzoek het onderscheid hiertussen met een minimum aan fouten - waaronder begrepen: fout-positieven en fout-negatieven - kan worden gemaakt.<sup>61</sup>

4.4 De bescherming van het functioneel verschoningsrecht is als gezegd niet op één plaats in de wet geregeld. Dit geldt niet alleen voor het strafrecht, ook in het administratieve, civiele, fiscale en penitentiaire recht bestaan diverse regelingen in afzonderlijke wetten.<sup>62</sup> Niettemin wordt van oudsher aangenomen dat de jurisprudentie uit de verschillende rechtsgebieden over en weer gelding heeft, nu het om een algemeen rechtsbeginsel gaat en de in afzonderlijke wetten neergelegde bepalingen op elkaar zijn afgestemd,<sup>63</sup> terwijl voorts in de jurisprudentie naar harmonie wordt gestreefd.<sup>64</sup> Een en ander geldt niet alleen voor de samenhang tussen rechtsgebieden; eenvormigheid bestaat ook in de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het verschoningsrecht ten aanzien van de verschillende functioneel verschoningsgerechtigden. Wat geldt voor de arts of notaris, geldt daarmee in beginsel ook voor de advocaat.<sup>65</sup>

4.5 Uit het feit dat het om een algemeen beginsel gaat, wordt tot slot nog afgeleid dat de advocaat ook in het geval dat er niet een specifieke wettelijke regeling van toepassing is (dus bij een wettelijke lacune), zich op zijn verschoningsrecht kan beroepen.<sup>66</sup> Zo bestaat er geen in de wet neergelegd verbod om advocaten te 'schaduw' - bijvoorbeeld met het oogmerk om een voortvluchtige verdachte te lokaliseren - maar is het feit dat dit ontoelaatbaar is toch boven elke twijfel verheven.<sup>67</sup>

*De materiële zijde van het rechtsbeginsel: de reikwijdte van het verschoningsrecht*

4.6 Het verschoningsrecht is niet absoluut. In de wet en jurisprudentie zijn hierop twee uitzonderingsgronden en één 'doorbrekingsgrond' erkend. Kort gezegd gaat het om (i) de situatie waarin de advocaat zelf ervoor kiest zijn verschoningsrecht niet in te roepen;<sup>68</sup> (ii) de situatie dat zich bij een advocaat 'brieven of geschriften'<sup>69</sup> of gegevens bevinden die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend (de uitzonderingsgronden); of (iii) gevallen waarin sprake is van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' als gevolg waarvan het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven het verschoningsrecht (de doorbrekingsgrond).<sup>70</sup>

4.7 Hoewel deze drie gronden vaak worden gezien als 'algemene' gronden voor het opzij zetten van het verschoningsrecht, is hun gelding en werking niet zo uniform. Om te beginnen smelten in de



jurisprudentie de tweede en derde grond vaak samen. In het geval een advocaat verdachte is - bijvoorbeeld omdat hij deelneemt aan een crimineel samenwerkingsverband met zijn 'cliënten' - kan onder omstandigheden zowel sprake zijn van een situatie dat zich onder een verdachte geschriften bevinden die voorwerp van het strafbare feit uitmaken (denk aan vervalste documenten), als van zeer uitzonderlijke omstandigheden die het doorbreken van het verschoningsrecht rechtvaardigen.<sup>71</sup> Ook is het zo dat volgens vaste jurisprudentie de doorbrekingsgrond geen grondslag mag vormen voor alle dwangmiddelen en/of opsporingsbevoegdheden die het wetboek van strafvordering kent. Een aantal is hiervan uitgezonderd.<sup>72</sup> De zelfstandige waarde van deze doorbrekingsgrond lijkt bij advocaten hoe dan ook minder evident dan bij andere professionele geheimhouders.<sup>73</sup> Bij de bespreking van enkele afzonderlijke opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen ga ik hier verder op in.

- 4.8 Nog enkele opmerkingen over de reikwijdte van het verschoningsrecht van de advocaat. Anders dan de tekst van art. 218 Sv (zie daarvoor onder 5.3) zou kunnen doen vermoeden, strekt het verschoningsrecht zich niet slechts uit tot informatie die door een cliënt aan zijn advocaat is 'toevertrouwd'. Het kan ook gaan om informatie die de advocaat uit eigen bevinding te weten komt,<sup>74</sup> alsmede om informatie die hij - omgekeerd - aan zijn cliënt heeft gegeven.<sup>75</sup> Het verschoningsrecht beschermt dus meer dan alleen berichten gericht aan de advocaat.<sup>76</sup> Daarnaast is het zo dat ook mededelingen die de advocaat nog niet hebben bereikt onder zijn verschoningsrecht kunnen vallen. Dan zal wel aannemelijk moeten worden dat deze mededelingen daadwerkelijk bestemd waren om door de cliënt aan de advocaat in de uitoefening van zijn beroep te worden toevertrouwd.<sup>77</sup> In de jurisprudentie over deze situaties, heeft de Hoge Raad zijn rechtspraak over de situaties waarin 'bij' een advocaat beslag is gelegd immers van overeenkomstige toepassing verklaard.<sup>78</sup>
- 4.9 In het verlengde hiervan is ook de vaste jurisprudentie over het 'afgeleid verschoningsrecht' van belang. Onder omstandigheden, bijvoorbeeld indien een advocaat een deskundige inschakelt in het kader van een strafzaak, kan geheimhouderinformatie ter kennis van een ander (de deskundige) komen. Gedacht kan ook worden aan (secretariële) ondersteuning. In die gevallen is sprake van een 'afgeleid' verschoningsrecht. Hiermee wordt de kring vergroot van (digitale) omgevingen waar potentieel geheimhouderinformatie kan worden aangetroffen, hetgeen de kans doet toenemen dat bij gegevensvorderingen per ongeluk (als 'bijvangst') gegevens worden vergaard die onder een afgeleid verschoningsrecht vallen. Het spreekt voor zich dat dit relevant is in situaties als in de onderhavige zaak aan de orde is, waarin gegevensvorderingen worden gedaan en/of grote hoeveelheden (digitale) gegevens moeten worden onderzocht.<sup>79</sup>
- 4.10 Een volgend punt betreft de vraag of en in hoeverre het verschoningsrecht ook van toepassing is op werkzaamheden die niet tot de 'klassieke' werkzaamheden van de advocaat gerekend worden. Denk aan 'in house' advocaten in dienstbetrekking, bedrijfsjuristen die tevens advocaat zijn, '(integriteits)onderzoeken' die worden uitgevoerd door advocaten(kantoren) of advocaten die tevens (belasting)adviseur zijn. Hoewel de afbakening van de 'beroepsspecifieke' werkzaamheden van de advocaat een aloude probleem is,<sup>80</sup> lijkt de relevantie hiervan te zijn toegenomen omdat de indruk bestaat dat advocaten zich in de afgelopen decennia in toenemende mate op minder 'advocatuurlijke' werkzaamheden zijn gaan toeleggen.<sup>81</sup> Voor die werkzaamheden kunnen advocaten in beginsel geen beroep doen op hun verschoningsrecht. De Hoge Raad bezigt als standaardoverweging dat het verschoningsrecht slechts betrekking heeft op de wetenschap die een advocaat 'in de normale uitoefening van zijn beroep' heeft verkregen, dat wil zeggen 'wat hem is toevertrouwd in het kader van zijn juridische dienstverlening aan een rechtzoekende die zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid van advocaat.'<sup>82</sup>
- 4.11 Dit brengt met zich mee dat in het geval van gegevensvorderingen bij (hostingbedrijven van) 'gemengde' (juridische en bijvoorbeeld ook fiscaal advies-) praktijken, een scherpe afbakening tussen gegevens die wel onder het verschoningsrecht vallen en gegevens die dit niet doen niet altijd eenvoudig te maken zal zijn.<sup>83</sup> 'Ruwe' methoden van het filteren van geheimhouderinformatie (bijvoorbeeld door het eenvoudigweg verwijderen van alle e-mails (mede) gericht aan of afkomstig van een e-mailadres dat in gebruik is bij een advocaat), kunnen de benodigde selectie dan niet maken (althans niet wanneer daarvoor dezelfde e-mailadressen en wijze van archivering worden gebruikt).<sup>84</sup> Wanneer daar wel behoefte aan is, lijkt een methode van selectie waarbij wordt geïnterpreteerd - en dus een mens kennisneemt van de inhoud van al dan niet verschoningsgerechtigde informatie -

onvermijdelijk. De vraag of sprake is van werkzaamheden in de 'hoedanigheid' van advocaat, zal, zo heeft de Hoge Raad bepaald, immers van geval tot geval moeten worden beoordeeld en afhangen van waar de inhoud van de gegevens op 'duidt'.<sup>85</sup>

4.12 Waar de grenzen rond het verschoningsrecht door de rechtspraak over 'advocatuurlijke' werkzaamheden strak(ker) lijken te worden getrokken, geldt in zekere zin het omgekeerde voor de rechtspraak over '(toekomstige) hulpverlenersrelaties'. Als uitgangspunt heeft - zo vloeit logisch voort uit de ratio dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking tot een professioneel geheimhouder moet kunnen wenden - namelijk te gelden dat ook gegevens waaruit het (enkele) bestaan van een (toekomstige) hulpverleningsrelatie valt af te leiden, onder het verschoningsrecht kunnen vallen. Dit uitgangspunt is door de Hoge Raad voor het eerst onder woorden gebracht in een arrest waarin de vraag aan de orde was (en bevestigend werd beantwoord) of de camerabeelden van de wachtruimte bij en de toegangspaden tot de afdeling spoedeisende hulp van een ziekenhuis onder het verschoningsrecht van de arts c.q. het afgeleid verschoningsrecht van het ziekenhuis vielen.<sup>86</sup> In een meer recente beschikking heeft de Hoge Raad dezelfde lijn gevolgd met betrekking tot lijsten met namen van mogelijke geheimhouders.<sup>87</sup> Het past in deze lijn dat ook informatie over de derdengeldenrekening van een advocaat in beginsel onder de reikwijdte van het verschoningsrecht valt,<sup>88</sup> en het verschoningsrecht niet beperkt blijft tot stukken die juridische bevindingen, kwalificaties of conclusies bevatten.<sup>89</sup>

4.13 De slotsom van het voorgaande is dat het soms zo kan zijn dat hetgeen aan informatie wordt uitgewisseld tussen een klant/cliënt en een advocaat niet onder de bescherming van het verschoningsrecht valt - in het bijzonder in die situaties waarin de advocaat niet in zijn hoedanigheid als advocaat optreedt, maar bijvoorbeeld als (belasting)adviseur of als onderdeel van een crimineel samenwerkingsverband - terwijl het anderzijds zo kan zijn dat nog vóórdat sprake is van een bestaande advocaat-cliënt/klant-relatie - bijvoorbeeld op het moment dat een verdachte c.q. potentiële cliënt zich voor een eerste oriënterend gesprek ten kantore van een advocaat meldt - dit gegeven op zich al onder de bescherming van het verschoningsrecht kan vallen. Dit maakt - opnieuw - duidelijk dat het beoordelen van de vraag of bepaalde informatie in een concreet geval onder het verschoningsrecht valt, in veel gevallen niet kan worden gedaan zonder het in enige mate interpreteren van die informatie en/of de bredere context, hetgeen dan al snel veronderstelt dat ook in enige mate tot inhoudelijke kennisname wordt overgegaan.

*De formele zijde van het rechtsbeginsel: de bescherming in concrete zaken*

4.14 Het voorgaande brengt ons bij de procedurele dimensie van het verschoningsrecht, oftewel bij de vraag hoe in een concreet geval bepaald moet worden of bepaalde informatie onder het verschoningsrecht valt. Op de daarvoor relevante inhoud van het geldend strafprocesrecht - hetgeen in wezen de belangrijkste twistappel betreft in de onderhavige procedure - ga ik vanaf de volgende paragraaf van deze conclusie nader in. Het nu geldende strafprocesrecht kan evenwel niet los worden gezien van eerdere rechtspraak en aanpalende rechtsgebieden. Vanuit dat perspectief is het volgende van belang.

4.15 Ook voor wat betreft de formele zijde van het functioneel verschoningsrecht biedt het hiervoor genoemde *Notaris Maas*-arrest een geschikt vertrekpunt. In dit arrest overwoog de Hoge Raad onder meer dat (i) het in beginsel de verschoningsgerechtigde zelf is die bepaalt of hij vragen van een rechter kan beantwoorden zonder zijn verschoningsrecht te schenden; en (ii) dat de rechter dit standpunt dient te respecteren zolang hij 'aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording naar waarheid zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven'<sup>90</sup> Daar voegde de Hoge Raad nog aan toe (iii) dat de rechter hierbij slechts een marginale toetsing kan aanleggen.<sup>91</sup>

4.16 In latere rechtspraak heeft de Hoge Raad dezelfde lijn gevolgd met betrekking tot in beslag genomen voorwerpen. Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 22 november 1991 dat indien de functioneel verschoningsgerechtigde zich op het standpunt stelt dat voorwerpen waarvan inbeslagneming is voorgenomen - kort gezegd - onder de reikwijdte van zijn verschoningsrecht vallen, zijn standpunt 'door de organen van politie en justitie [dient] te worden geëerbiedigd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel er over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.'<sup>92</sup> Dit is nadien vaste rechtspraak geworden en in het strafrecht voor onder meer de inbeslagneming van voorwerpen gecodificeerd (zie daarover

hierna). Ook buiten de context van beslag is dit kader door (de strafkamer van) de Hoge Raad in grote lijnen herhaald en dus van overeenkomstige toepassing verklaard.<sup>93</sup>

4.17 Ook buiten de sfeer van het strafrecht is door de Hoge Raad meermaals het uitgangspunt onder woorden gebracht dat de professioneel geheimhouder zelf bepaalt wat onder de reikwijdte van zijn verschoningsrecht valt en dat zijn standpunt vervolgens alleen door een rechter en marginaal kan worden getoetst.<sup>94</sup> In de literatuur wordt mede tegen die achtergrond - bezien in verbinding met de status van het verschoningsrecht als een 'algemeen' rechtsbeginsel - nog wel eens het standpunt ingenomen dat deze procedure uniforme gelding heeft, en het dus in alle gevallen de advocaat is die in eerste instantie zelf aangeeft wat onder zijn verschoningsrecht valt en de advocaat noodzakelijkerwijs bij die oordeelsvorming moet worden betrokken.<sup>95</sup> Deze opvatting keert ook terug in de meest verstrekkende stellingname van [verweerders] .

4.18 Een dergelijke, tot uniformiteit dwingende uitleg van de procedurele dimensie van het verschoningsrecht lijkt mij - in zijn algemeenheid - onjuist. Ik zie niet in waarom het karakter van een algemeen rechtsbeginsel er aan in de weg zou moeten staan dat de wetgever afhankelijk van de relevante context uiteenlopende keuzes kan en mag maken over de wijze waarop het verschoningsrecht beschermd wordt.<sup>96</sup> Een meer diepgaande beschouwing van het toepasselijke strafprocesrecht toont dat ook aan.<sup>97</sup> Daarop kom ik in de volgende paragraaf terug.

#### *Tussenbalans*

4.19 Uit het voorgaande volgt dat over het verschoningsrecht van de advocaat wordt gedacht als een rechtsbeginsel met algemene gelding, hetgeen meebrengt dat in de reikwijdte en beperkingsmogelijkheden ervan een zekere consistentie geacht wordt aanwezig te (moeten) zijn. Zo maakt het in principe niet uit voor de inhoud en omvang van het verschoningsrecht in welke vorm (fysiek of digitaal) of op welke plaats (onder de advocaat zelf, bij zijn cliënt of in een digitale omgeving en/of onder een derde) de verschoningsgerechtigde informatie zich bevindt. Dat neemt niet weg dat het de wetgever vrij staat voor de verschillende situaties die zich in de praktijk kunnen voordoen, verschillende en op die verschillende praktische situaties toegesneden procedures te ontwerpen. De meest verstrekkende stelling die door [verweerders] wordt betrokken - zie hiervoor onder 3.10 - stuit op dit laatste punt af. Uit het voorgaande volgt eveneens dat niet alle tussen een klant/cliënt en een advocaat uitgewisselde informatie telkens onder het verschoningsrecht valt. Dit kan zijn omdat een van de uitzonderingsgronden of de doorbrekingsgrond van toepassing is, of omdat iets buiten het bestek van de 'advocatuurlijke' werkzaamheden valt.

## **5 Het functioneel verschoningsrecht in het 'klassieke' domein**

### *Inleiding*

5.1 Voor de bescherming van het verschoningsrecht binnen het strafproces zijn in de eerste plaats de artikelen 96a lid 3 sub b en 98 (over de inbeslagneming van voorwerpen) en 218 (over de getuigenis ten overstaan van de rechter-commissaris) Sv van belang. De in die artikelen genoemde regelingen geven tezamen de grondtoon aan waarop talloze andere - al dan niet later in het wetboek opgenomen - regelingen ter bescherming van het verschoningsrecht variaties vormen; via een netwerk van schakelbepalingen worden zij in een groot aantal plaatsen in het Wetboek van Strafvordering van overeenkomstige toepassing verklaard.<sup>98</sup> Tegelijkertijd geldt voor een aantal van die later opgenomen regelingen - in het bijzonder voor art. 126aa Sv - dat zij op onderdelen met het op de drie genoemde artikelen gebaseerde kader een breuk vormen en dus in zoverre niet als variatie maar als modulatie of, naar smaak, dissonant moeten worden beschouwd.

5.2 Met het voorgaande is gezegd dat het voor deze procedure primair relevante kader (dat van art 126aa en 126ng/ug Sv), niet kan worden beschouwd zonder daar de rest van (het systeem van) het Wetboek van Strafvordering bij te betrekken. In het onderstaande ga ik daarom eerst in op de drie genoemde artikelen en bespreek ik de bescherming van het verschoningsrecht in het zogenoemde 'klassieke' domein. Na een bespreking van de relevante aspecten van de artikelen 218, 96a lid 3 sub b en 98 en - met name - de bescherming van het verschoningsrecht in situaties van inbeslagneming van fysieke voorwerpen 'bij een advocaat' (5.3-5.15), besteed ik nog kort aandacht aan de situatie van beslag van

voorwerpen bij een ander dan de advocaat terwijl op enig moment blijkt of het vermoeden rijst dat zich tussen het beslag verschoningsgerechtigde informatie bevindt (5.16-5.21) en de figuur van de doorzoeking ter vastlegging van gegevens (5.22-5.24). In de volgende paragraaf (§ 6) komen dan de 'bijzondere' opsporingsbevoegdheden aan bod.

*Art. 218, 96a en 98 Sv*

5.3 Art. 218 Sv luidt als volgt:

'Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschoonen zij die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd.'

5.4 Art. 218 Sv is opgenomen in titel 3 van boek 2 (onderzoek door de rechter-commissaris), maar is via art. 290 lid 5 Sv ook van toepassing op het onderzoek ter terechtzitting.<sup>99</sup> Onder de personen die zich uit hoofde van hun 'beroep' krachtens dit artikel kunnen verschoonen is in elk geval begrepen de advocaat.<sup>100</sup> De tekst van het artikel geeft de reikwijdte van het verschoningsrecht niet goed weer (zie daarover hiervoor onder 4.6-4.13) en zal bij de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Strafvordering worden herzien (zie hierna onder 7.2-7.3). Het belang van het artikel schuilt echter met name in het feit dat in andere bepalingen naar 'personen bedoeld bij art. 218 Sv' (hiervoor en hierna ook: functioneel verschoningsgerechtigden) wordt verwezen.

5.5 Een eerste voorbeeld hiervan is art. 96a Sv. Tot het in beslag nemen van voorwerpen is als bekend elke opsporingsambtenaar gerechtigd, onder de voorwaarden genoemd in art. 96 Sv. Ook kan een opsporingsambtenaar onder de in art. 96a Sv genoemde voorwaarden de uitlevering van voorwerpen bevelen. Op grond van art. 96a lid 3 onder b Sv kan de advocaat nakoming van dit bevel echter weigeren 'voorzover de uitlevering met hun plicht tot geheimhouding in strijd zou zijn'.

5.6 Indien voor de inbeslagneming van een voorwerp een doorzoeking van het kantoor van de advocaat nodig is, geldt dat deze alleen kan plaatsvinden onder leiding van de rechter-commissaris (art. 110 Sv, vgl. art. 96c en 97 Sv).<sup>101</sup> Het begrip 'kantoor' zal overigens ruim moeten worden opgevat.<sup>102</sup> Het hiervoor eveneens al meermaals genoemde art. 98 Sv geeft voor deze situatie (en andere vormen van inbeslagneming 'bij' een advocaat) een regeling. Dit artikel luidt (deels nog in oude spelling) als volgt:

'1. Bij personen met bevoegdheid tot verschooning, als bedoeld bij de artikelen 218 en 218a, worden, tenzij met hunne toestemming, niet in beslag genomen brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt. De rechter-commissaris is bevoegd ter zake te beslissen.

2. Indien de persoon met bevoegdheid tot verschooning bezwaar maakt tegen de inbeslagneming van brieven of andere geschriften omdat zijn plicht tot geheimhouding zich daartoe uitstrekt, wordt niet tot kennisneming overgegaan dan nadat de rechter-commissaris daarover heeft bepaald.

3. De rechter-commissaris die beslist dat inbeslagneming is toegestaan, deelt de persoon met bevoegdheid tot verschooning mede dat tegen zijn beslissing beklag open staat bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd en tevens dat niet tot kennisneming wordt overgegaan dan nadat onherroepelijk over het beklag is beslist.

4. Tegen de beschikking van de rechter-commissaris kan de persoon met bevoegdheid tot verschooning binnen veertien dagen na de betekening daarvan een klaagschrift indienen bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd. Artikel 552a is van toepassing.

5. Een doorzoeking vindt bij zodanige personen, tenzij met hun toestemming, alleen plaats voor zover het zonder schending van het stands-, beroeps- of ambtsgeheim kan geschieden, en strekt zich niet uit tot andere brieven of geschriften dan die welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben.

6. De rechter-commissaris kan zich bij de beoordeling van de aannemelijkheid van het beroep van de verschoningsgerechtigde op zijn geheimhoudingsplicht laten voorlichten door een vertegenwoordiger

van de beroepsgroep waartoe de verschoningsgerechtigde behoort.’

- 5.7 De leden 1 en 5 van dit artikel waren reeds bij invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 opgenomen. Zij zijn nadien wel extensief geïnterpreteerd, in die zin dat onder de ‘brieven en geschriften’ tegenwoordig ook gegevensdragers die geschriften bevatten (computers, usb-sticks, enzovoort) worden begrepen.<sup>103</sup> De leden 2 tot en met 4 zijn ingevoegd per 1 maart 2015.<sup>104</sup> Lid 6 van art. 98 Sv is ingevoerd per 1 oktober 2018, als onderdeel van de wet die het verschoningsrecht (bronbescherming) voor journalisten invoerde (art. 218a Sv).<sup>105</sup>
- 5.8 Het in de wet opnemen van de in de leden 2 tot en met 4 uiteengezette procedure (de zogenoemde ‘gesloten enveloppe’-procedure) in 2015 betrof in wezen niet meer dan een codificatie van de rechtspraak van de Hoge Raad, zoals die - mede in andere rechtsgebieden - in de periode 1986-2015 tot stand was gekomen (vgl. hiervoor onder 4.16).<sup>106</sup> Een wijziging van die procedure werd door de wetgever in 2015 expliciet niet beoogd.<sup>107</sup> Hieruit volgt dat de wettekst moet worden gelezen in samenhang met de voor en na 1 maart 2015 ontwikkelde jurisprudentie. In aanvulling hierop kan nog gewezen worden op de Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten (hierna: de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden),<sup>108</sup> in welke aanwijzing het OM het eigen beleid uiteenzet dat gevolgd moet worden bij - onder meer - doorzoeking en inbeslagneming.<sup>109</sup>
- 5.9 De procedure die moet worden gevolgd indien een rechter-commissaris of een opsporingsambtenaar bij een advocaat brieven of geschriften in beslag wil nemen, al dan niet na een doorzoeking, komt al met al op het volgende neer. Het is in eerste instantie aan de advocaat om aan te geven over welke brieven of geschriften zijn verschoningsrecht zich uitstrekt. Zijn standpunt moet worden gerespecteerd, tenzij er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.<sup>110</sup> Bij twijfel aan de juistheid van dit standpunt beslist in eerste instantie de rechter-commissaris, bij voorkeur na overleg met een gezaghebbende vertegenwoordiger van de beroepsgroep (in de regel: de Deken, vgl. lid 6 en hetgeen hierover is opgenomen in de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden).<sup>111</sup> De rechter-commissaris mag, voor zover dat noodzakelijk is om de stelling van de advocaat te toetsen, van de desbetreffende stukken kennisnemen (en dus een blik werpen in de ‘gesloten enveloppe’).<sup>112</sup>
- 5.10 Als de advocaat het niet eens is met het oordeel van de rechter-commissaris treedt de zogenoemde (en per 1 maart 2015 ingevoerde) spoedprocedure in werking. Deze komt erop neer dat de advocaat veertien dagen de tijd heeft om een klaagschrift in te dienen en dat tot die tijd in beginsel geen kennis wordt genomen van de informatie waarover het gaat (de ‘enveloppe’ blijft dan dus voor de opsporing gesloten). Op het klaagschrift moet binnen dertig dagen worden beslist door de rechtbank (art. 552a lid 8 Sv), die daarvoor eveneens en voor zover noodzakelijk in de ‘gesloten enveloppe’ mag kijken. Op een eventueel door de verschoningsgerechtigde hiertegen ingesteld cassatieberoep moet binnen 90 dagen worden beslist door de Hoge Raad (art. 552d lid 3 Sv). Indien de advocaat zich rechtstreeks tot de rechtbank wendt met een klaagschrift (vooraleerst bezwaar aan te tekenen bij de rechter-commissaris), dient de rechtbank de zaak in handen te stellen van de rechter-commissaris, zodat die kan beslissen op de wijze bedoeld in lid 2 en 3 van art. 98 Sv.<sup>113</sup>
- 5.11 Wat betreft de objecten van inbeslagneming c.q. de doelen van een doorzoeking geldt dat deze begrensd worden door de algemene grenzen aan het verschoningsrecht die ik hiervoor al noemde.<sup>114</sup> Deze grenzen zijn binnen de context van deze bevoegdheden evenwel weer op hun eigen manier uitgewerkt in de jurisprudentie. Zij komen op het volgende neer. De doorzoeking mag slechts gericht zijn op brieven en geschriften (en dus gegevensdragers) die ‘het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben’ (lid 5). Het zal dan dus kunnen gaan om geschriften die een relatie hebben met een jegens de advocaat gerezen verdenking (bijvoorbeeld om door hem vervalste documenten)<sup>115</sup> of om documenten die door een verdachte aan zijn advocaat in bewaring zijn gegeven om deze te verhullen voor de opsporing.<sup>116</sup> Dat geldt overigens ook voor andere voorwerpen die buiten het begrip ‘brief of geschrift’ vallen,<sup>117</sup> hierop heeft lid 1 van art. 98 Sv immers geen betrekking.<sup>118</sup> Daarnaast is het mogelijk dat de advocaat zelf toestemming geeft voor een inbeslagneming (lid 1),<sup>119</sup> al lijkt de praktische relevantie hiervan - zeker bij doorzoekingen - beperkt.<sup>120</sup>
- 5.12 Van belang in relatie tot de nu voorliggende prejudiciële procedure is met name dat geschriften die niet verbonden zijn met de ‘hoedanigheid als advocaat’ buiten de bescherming van art. 98 Sv vallen.<sup>121</sup> Daarmee is niet gezegd dat indien een geschrift op die grond in beslag is genomen, de

advocaat niet aan art. 98 Sv een recht kan ontnemen om over inbeslagneming bezwaar te maken bij de rechter-commissaris (en zich over de uitkomst daarvan eventueel later te beklagen bij de rechtbank). Minder duidelijk is de zelfstandige relevantie van de 'doorbrekingsgrond', oftewel de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' waaronder het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven het verschoningsrecht,<sup>122</sup> bij het toepassen van het dwangmiddel van inbeslagneming en/of het uitvoeren van een doorzoeking bij een advocaat. In alle situaties waarin de doorbrekingsgrond tot dusver in de jurisprudentie is aangenomen, was de advocaat tevens verdachte en hield de inbeslagneming van voorwerpen daarmee rechtstreeks verband.<sup>123</sup> Die inbeslagneming was daarom toch al mogelijk op grond van (i) het feit dat het ging om voorwerpen die met zijn 'hoedanigheid als advocaat' niet van doen hadden (maar in plaats daarvan met zijn criminele activiteiten), en/of (ii) het feit dat de in beslag genomen brieven of geschriften 'het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben' (de uitzonderingsgrond van lid 5). Omdat de doorbrekingsgrond bij het vorderen van gegevens toch al geen rol speelt, problematiseer ik dat hier niet verder.

- 5.13 Voor de wijze waarop een doorzoeking en/of inbeslagneming bij een advocaat moet plaatsvinden geldt het volgende. In de rechtspraak van de Hoge Raad over de (doorzoeking ter) inbeslagneming, is door hem aandacht gevraagd voor het belang van het minimaliseren van de kans om per ongeluk kennis te nemen van verschoningsgerechtigde informatie waarop de doorzoeking niet is gericht. Zo heeft de Hoge Raad eens overwogen dat de doorzoeking dient 'te geschieden op zodanige wijze en onder zodanige omstandigheden dat de kans dat gegevens waarvan de wetenschap de advocaat in diens hoedanigheid zijn toevertrouwd ter kennis van derden zouden kunnen komen, zo klein mogelijk is.'<sup>124</sup> In een andere uitspraak besteedde de Hoge Raad aandacht aan de 'zorg [die] moet worden betracht om te voorkomen dat de belangen van andere cliënten van de advocaat dan de cliënten die betrokken zijn bij de strafbare feiten waarvan de advocaat wordt verdacht, onevenredig worden getroffen.'<sup>125</sup> Bij een doorzoeking moet dus - ook als een advocaat zelf verdachte is - met de nodige behoedzaamheid worden geopereerd, om te voorkomen dat, per ongeluk, kennis wordt genomen van informatie die onder zijn verschoningsrecht valt, bijvoorbeeld omdat op zijn kantoor ook dossiers uit zijn 'normale' werkzaamheden liggen.<sup>126</sup>
- 5.14 Het gegeven dat er tegenwoordig 'voorwerpen' bestaan - denk aan computers - waarop zich zeer grote hoeveelheden 'brieven of geschriften' bevinden die zich niet gemakkelijk laten overzien, heeft bij de inzet van inbeslagnemingsbevoegdheden tot nieuwe (rechts)vragen geleid. De Hoge Raad heeft reeds in 2007 geoordeeld dat het in beginsel toelaatbaar is om een computer van een geheimhouder in zijn geheel in beslag te nemen (indien onder bezwaar in een 'gesloten enveloppe'), mits zo'n computer vervolgens wordt 'onderzocht op een wijze waarbij het verschoningsrecht van de klager niet in het gedrang komt.'<sup>127</sup> De klager had in die zaak echter niet in de gelegenheid te hoeven worden gesteld om tevoren per bestand aan te geven of dat bestand onder zijn verschoningsrecht viel.
- 5.15 Een aanverwant probleem houdt verband met het feit dat de rechter-commissaris zelf niet altijd de expertise en gelegenheid heeft om het tijdrovende onderzoek aan computers uit te voeren. In die gevallen moet hij het feitelijke onderzoek dus door anderen laten uitvoeren. De Hoge Raad heeft het goed gevonden dat dit onderzoek in opdracht van de rechter-commissaris door een andere 'functionaris' zou worden verricht, mits zou zijn gewaarborgd dat 'het verschoningsrecht niet in het gedrang komt'.<sup>128</sup> Het is enige tijd onduidelijk geweest of die andere 'functionaris' ook een geheimhouder-opsporingsambtenaar en/of geheimhouder-officier van justitie mag zijn.<sup>129</sup> In de praktijk zijn dit namelijk de functionarissen aan wie de rechters-commissarissen de onderzoeksoopdracht geven, waarbij het feit dat zij over de expertise en capaciteit beschikken om dit te doen ongetwijfeld een rol speelt. Het pleit over de toelaatbaarheid hiervan is inmiddels beslecht: het is - in elk geval wanneer zij in opdracht van de rechter-commissaris onderzoek doen en deze zich ervan vergewist dat zij op geen enkele manier betrokken zijn bij het onderzoek - toelaatbaar indien het onderzoek door deze functionarissen wordt verricht.<sup>130</sup> De stelling van [verweerders] , inhoudende dat voor geheimhouderopsporingsambtenaren in het Nederlands strafprocesrecht geen plaats zou moeten zijn - ook niet indien zij optreden in opdracht van de rechter-commissaris (zie hiervoor onder 3.10)<sup>131</sup> - bindt in wezen de strijd aan met deze tot dusver aanvaarde compatibiliteit van functies.

*Inbeslagneming van voorwerpen bij een ander dan de advocaat*

- 5.16 Tot dusver ging het steeds om de situatie dat een voorwerp in beslag wordt genomen 'bij' de advocaat zelf. Net zoals vorderingen gedaan kunnen worden bij een derde, kunnen ook voorwerpen bij anderen dan de advocaat in beslag worden genomen en ook dan kan blijken dat zich hiertussen informatie bevindt die onder het verschoningsrecht valt. Gedacht kan worden aan de inbeslagneming van voorwerpen bij een cliënt (bijvoorbeeld zijn computer) of bij een door een advocaat ingeschakelde deskundige. Art. 98 lid 1 Sv heeft op die situaties geen betrekking. Niettemin kan dan wel sprake zijn van een afgeleid verschoningsrecht.<sup>132</sup> De Hoge Raad heeft voor die situaties bepaald dat 'een redelijke wetstoepassing' meebrengt dat ook in die situaties gehandeld dient te worden zoals in art. 98 lid 3 Sv is bepaald.<sup>133</sup>
- 5.17 Dit brengt mee dat ook dan door de verschoningsgerechtigde bezwaar kan worden gemaakt bij de rechter-commissaris tegen de inbeslagneming (art. 98 lid 2 Sv) en dat ook dan de mededeling van de advocaat dat bepaalde gegevens onder zijn verschoningsrecht vallen in beginsel leidend is (tenzij geen redelijke twijfel dat het onjuist is). Indien niet de geheimhouder zelf - maar bijvoorbeeld de beslagene - zich op het standpunt stelt dat onder de in beslag genomen voorwerpen zich verschoningsgerechtigde informatie bevindt, zal de rechter-commissaris de verschoningsgerechtigde in de gelegenheid moeten stellen zich daaromtrent uit te laten.<sup>134</sup> Vervolgens geldt dezelfde (art. 98 Sv-)procedure.<sup>135</sup>
- 5.18 De voornaamste kwetsbaarheid van dit stelsel doet zich voor in het scenario waarin de beslagene niet zelf aan de bel trekt (bij de rechter-commissaris of de verschoningsgerechtigde, bijvoorbeeld zijn advocaat) over het gelegde beslag en de mogelijke schending van het verschoningsrecht. In die gevallen kan de situatie ontstaan dat een opsporingsambtenaar bij een onderzoek aan een in beslag genomen voorwerp stuit op verschoningsgerechtigde informatie zonder dat de rechter-commissaris in beeld is.<sup>136</sup> De wet geeft voor deze situatie geen regeling, maar het uitgangspunt van de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt te zijn dat ook in die gevallen (of indien 'het vermoeden rijst' dat zich tussen de stukken verschoningsgerechtigde informatie bevindt) de stukken onverwijld aan de rechter-commissaris moeten worden gezonden en dat voor inhoudelijke kennisname door opsporingsambtenaren geen plaats is.<sup>137</sup> De vraag wat hiervoor de grondslag zou moeten zijn, heeft de Hoge Raad voor zover ik kan zien nog niet beantwoord.<sup>138</sup>
- 5.19 Enige verwarring kan op dit punt nog bestaan ten aanzien van het relevante OM-beleid. De hiervoor genoemde Aanwijzing opsporingsbevoegdheden geldt voor deze situatie niet (die heeft slechts betrekking op onderzoek 'bij' een advocaat).<sup>139</sup> Van belang is enige tijd geweest de 'Handleiding verwerking geheimhouderinformatie aangetroffen in inbeslaggenomen voorwerpen en in digitale bestanden' (hierna: de Handleiding). Deze Handleiding betrof een interne werkinstructie en is nooit officieel gepubliceerd geweest.<sup>140</sup> In deze Handleiding was onder meer een stappenplan opgenomen voor hoe in situaties van 'onverhoopte kennisname' bij onderzoek aan inbeslaggenomen voorwerpen moet worden gehandeld,<sup>141</sup> welk stappenplan zich slecht verdroeg met het wettelijk kader,<sup>142</sup> hetgeen - nadat de Handleiding door de NOvA was gepubliceerd - tot de nodige beroering heeft geleid.<sup>143</sup> In de in deze procedure namens de Staat ingediende schriftelijke opmerkingen wordt over deze Handleiding gesteld dat zij niet langer de nu gevolgde werkwijze weergeeft.<sup>144</sup> De wel gevoerde c.q. de te voeren werkwijze moet worden neergelegd in een nieuwe Aanwijzing omgang met verschoningsgerechtigd materiaal, welke aanwijzing zowel van betekenis zal zijn voor beslag onder anderen dan verschoningsgerechtigden als voor de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Op die aanwijzing kom ik in de volgende paragraaf nog terug.<sup>145</sup>
- 5.20 Nog kort iets over niet traceerbare verschoningsgerechtigden. Dit speelde in een recente beschikking. In die zaak was onder een directeur van een bedrijf dat internationaal ambulancevervoer verzorgt onder meer een iMac in beslag genomen, waarop zich meer dan twee miljoen bestanden bevonden. De directeur (in deze procedure de afgeleid verschoningsgerechtigde) had zich op het standpunt gesteld dat zich hiertussen een aanzienlijke hoeveelheid medische gegevens bevonden die onder het verschoningsrecht van (buitenlandse) artsen-behandelaars (de originair verschoningsgerechtigden) vielen. Niet te achterhalen viel wie deze artsen waren en/of wat hun contactgegevens waren. De Hoge Raad oordeelde hierover als volgt:

In zijn beschikkingen van 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3076, 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714 en 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1960, heeft de Hoge Raad enige overwegingen gegeven over gevallen waarin een beslagene, niet zijnde de verschoningsgerechtigde, in een beklagprocedure aanvoert dat een geheimhouder de bevoegdheid tot verschoning kan uitoefenen ten aanzien van onder hem inbeslaggenomen bescheiden, brieven of andere stukken, stukken of gegevens die door hem zijn uitgeleverd ter inbeslagneming dan wel gegevens die op de voet van artikel 125i Sv zijn vastgelegd.

#### 4.2.2

Deze rechtspraak komt erop neer dat een redelijke wetstoepassing ook in die gevallen meebrengt dat de rechter-commissaris bevoegd is ter zake te beslissen. Hij zal de verschoningsgerechtigde in staat stellen zich uit te laten over zijn verschoningsrecht met betrekking tot de stukken en gegevens. Wanneer de verschoningsgerechtigde zich op het standpunt stelt dat het gaat om stukken of gegevens die noch voorwerp van het strafbare feit uitmaken noch tot het begaan daarvan hebben gediend en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient dit standpunt door de organen van politie en justitie te worden geëerbiedigd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is. Het oordeel of dit laatste het geval is komt in eerste instantie toe aan de rechter-commissaris, bij voorkeur na overleg met een gezaghebbend vertegenwoordiger van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde (zoals de plaatselijk deken van de Orde van Advocaten of de Ringvoorzitter). Voor zover dat noodzakelijk is mag daartoe door de rechter-commissaris van de desbetreffende stukken en gegevens worden kennisgenomen. Indien de rechter-commissaris – bijvoorbeeld in verband met de aard of de omvang van de inbeslaggenomen stukken of gegevens – niet in staat is zelf dat onderzoek te verrichten, zal hij het daarheen dienen te leiden dat het onderzoek wordt verricht door zodanige functionaris en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt.

#### 4.2.3

Beslist de rechter-commissaris dat de inbeslagneming (of, indien het gaat om gegevens, de kennisneming) is toegestaan, dan dient gehandeld te worden zoals in artikel 98 lid 3 Sv is bepaald. De beschikking van de rechter-commissaris zal aan de betrokken verschoningsgerechtigde moeten worden betekend, onder mededeling dat deze binnen veertien dagen tegen deze beschikking een klaagschrift kan indienen bij een in die mededeling aangeduid gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd en tevens dat niet tot kennisneming van de stukken of gegevens wordt overgegaan dan nadat onherroepelijk over het beklag van de verschoningsgerechtigde is beslist.

#### 4.3.1

Daaraan kan het volgende worden toegevoegd in verband met gevallen zoals het onderhavige, waarin sprake is van een grote hoeveelheid (digitale) stukken of gegevens die volgens de beslagene onder het verschoningsrecht van geheimhouders vallen en waarin de desbetreffende stukken of gegevens in relatie lijken te staan tot (vele) verschillende geheimhouders van wie de identiteit of een contactgegeven onbekend is of welke informatie zich niet op betrekkelijk eenvoudige wijze laat achterhalen. In een dergelijk geval ligt het doorgaans in de rede dat onder leiding van de rechter-commissaris een schifting wordt gemaakt tussen stukken of gegevens die wel en die niet onder het verschoningsrecht kunnen vallen, bijvoorbeeld door gebruik te maken van een lijst met zoektermen die betrekking hebben op het deel van het materiaal waarover het verschoningsrecht zich mogelijk uitstrekt, zoals namen en e-mailadressen of termen die specifiek kunnen duiden op het voorwerp van het ingeroepen verschoningsrecht.

De rechter-commissaris dient het onderzoek zo in te richten dat voldoende wordt gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet door het strafrechtelijk onderzoek kan worden geschonden. Dat kan meebrengen dat de rechter-commissaris die voornemens is een dergelijke schifting te (laten) maken, zowel de afgeleid verschoningsgerechtigde als een gezaghebbend lid van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde dan wel een andere ter zake deskundige persoon bij de voorbereiding en uitvoering van dit onderzoek betreft.



#### 4.3.2

Alvorens te beslissen of het beslag op de na de schifting overgebleven stukken of gegevens kan worden toegestaan op de grond dat het niet gaat om onder het verschoningsrecht vallend materiaal, wordt de afgeleid verschoningsgerechtigde in beginsel in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de toelaatbaarheid van het gebruik van de voorgeselecteerde stukken of gegevens voor strafrechtelijk onderzoek. Verder dient, nadat de rechter-commissaris heeft beslist dat inbeslagneming is toegestaan, te worden gehandeld zoals in artikel 98 lid 3 Sv is bepaald. Daarvan kan echter worden afgezien indien en voor zover, ondanks de daartoe verrichte nodige inspanningen – mede in verband met het belang van de voortgang van het opsporingsonderzoek en het daarmee samenhangende recht van de verdachte op berechting binnen een redelijke termijn – het redelijkerwijs als gevolg van de omstandigheid dat de stukken of gegevens in relatie lijken te staan tot (vele) verschillende onbekende of niet eenvoudig te achterhalen geheimhouders niet mogelijk is gebleken alle (eventuele) verschoningsgerechtigden in staat te stellen zich uit te laten over hun verschoningsrecht met betrekking tot de geselecteerde stukken of gegevens.

Daarbij geldt dat de rechter-commissaris zich ervan moet vergewissen dat het niet aannemelijk is dat er (nog) een verschoningsgerechtigde is die zich met betrekking tot na de schifting overgebleven stukken en gegevens op zijn verschoningsrecht beroept.<sup>146</sup>

- 5.21 De 'toevoeging' aan eerdere rechtspraak (vanaf r.o. 4.3.1) houdt dus in dat in situaties waarin de verschoningsgerechtigden zelf niet (gemakkelijk) vindbaar zijn en zich dus niet kunnen uitlaten over de vraag wat van de gegevens die op grond van een inbeslagnemingsbevoegdheid zijn verkregen onder hun verschoningsrecht valt, het 'doorgaans in de rede ligt' dat de relevante schifting door de rechter-commissaris wordt gemaakt. Die moet daarbij waarborgen dat het verschoningsrecht wordt beschermd. Daartoe 'kan' de rechter-commissaris hier naast een lid van de beroepsgroep (de Deken) ook de afgeleid verschoningsgerechtigde bij wie het voorwerp in beslag is genomen bij betrekken. Aldus wordt de eindverantwoordelijkheid voor het beschermen van het verschoningsrecht hier door de Hoge Raad bij de rechter-commissaris gelegd.

#### *De doorzoeking ter vastlegging van gegevens*

- 5.22 Naast de doorzoeking ter inbeslagneming kent ons wetboek sinds enige tijd ook de doorzoeking ter vastlegging van gegevens. Dit is mogelijk onder dezelfde voorwaarden als de doorzoeking ter inbeslagneming; art. 98 Sv is hierop ook van overeenkomstige toepassing (art. 125i Sv). In de praktijk lijkt de meerwaarde van deze regeling beperkt, zeker nu het begrip 'brieven en geschriften' uit art. 98 Sv ruim wordt uitgelegd zodat onder dit begrip ook gegevensdragers vallen. Het belangrijkste verschil tussen de doorzoeking ter inbeslagneming en die ter overname zit hem dus in het doorzoeken om vervolgens de aangetroffen brieven, geschriften of gegevensdragers mee te nemen (in een gesloten enveloppe), dan wel ter plaatse de gegevens over te nemen, waarna de kopieën vervolgens (eveneens in gesloten enveloppe) op een gegevensdrager worden meegenomen voor nader onderzoek.
- 5.23 Ook de inzet van deze bevoegdheid zal in beginsel niet heimelijk kunnen geschieden. Dat kan anders zijn indien niet bij een verdachte zelf of bij zijn advocaat een doorzoeking plaatsvindt, maar bijvoorbeeld bij het hostingbedrijf waar een van hen gebruik van maakt, al geldt ook dan - in beginsel - een notificatieverplichting (art. 125m Sv), alhoewel hier onder omstandigheden de mogelijkheid bestaat tot een bevel van geheimhouding (lid 5 van art. 125m Sv), vergelijkbaar met dat van art. 126bb lid 5. Daarnaast kan gedacht worden aan de figuur van de netwerkzoeking (art. 125j Sv), die het mogelijk maakt dat gegevens worden onderzocht en vastgelegd die zich op een andere plaats bevinden dan waar de doorzoeking plaatsvindt. In de praktijk lijken de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens (bij een bonafide hostingbedrijf) of het 'hacken' (van een malafide communicatiedienst) in de gevallen dat heimelijkheid beoogd wordt echter van groter belang. Jurisprudentie over de situatie dat de doorzoeking ter vastlegging van gegevens wordt ingezet bij een derde op een manier dat de verdachte en/of zijn raadsman hiermee onbekend blijven, waarna vervolgens tussen de overgenomen gegevens verschoningsgerechtigde informatie wordt aangetroffen, heb ik niet aangetroffen.
- 5.24 De beperkte rechtspraak over de situatie dat een doorzoeking ter vastlegging van gegevens plaatsvindt bij een verdachte of een advocaat zelf, verschilt inhoudelijk niet van de rechtspraak waarin

voorwerpen in beslag zijn genomen. Illustratief is de beschikking van 16 oktober 2018.<sup>147</sup> In die zaak waren bij een doorzoeking ter vastlegging van gegevens in een bedrijfspand gegevens vastgelegd. Hierbij waren blijkens de vaststellingen van de rechtbank niet de rechter-commissaris, maar wel de officier van justitie en 'strafrechtadvocaten' aanwezig. Op het moment zelf is door de aanwezige advocaten geen bezwaar gemaakt, maar later is een klaagschrift ingediend omdat zich tussen de vastgelegde gegevens verschoningsgerechtigde informatie zou bevinden. De rechtbank achtte dat klaagschrift ongegrond. De Hoge Raad casseerde omdat het op grond van het van overeenkomstige toepassing zijnde art. 98 Sv eerst de rechter-commissaris is die moet beslissen wanneer een beroep wordt gedaan op het verschoningsrecht. De rechtbank had daarom de zaak in handen moeten stellen van de rechter-commissaris, in plaats van zelf op het klaagschrift te beslissen.<sup>148</sup> Aldus sloot de Hoge Raad aan bij de eigen jurisprudentie over het (afgeleid) verschoningsrecht bij de inbeslagneming van voorwerpen.<sup>149</sup>

#### *Tussenbalans*

5.25 Het voorgaande laat zien dat binnen het 'klassieke' domein een eerst in de jurisprudentie ontwikkelde en vervolgens deels gecodificeerde procedure bestaat voor de bescherming van het verschoningsrecht, waarbij het uitgangspunt steeds is dat de advocaat in eerste instantie zelf bepaalt wat onder zijn verschoningsrecht valt en dit oordeel slechts na een beslissing van een rechter kan worden gepasseerd. Op deze procedure bestaan in het klassieke domein geen uitzonderingen, tenzij de verschoningsgerechtigde niet vindbaar is (of, zo mag worden aangenomen, anderszins niet raadpleegbaar is, bijvoorbeeld omdat hij is overleden of weigert een standpunt kenbaar te maken). Hiermee is niet gezegd dat het binnen dit domein ondenkbaar is dat verschoningsgerechtigde informatie per ongeluk ter kennis van de opsporing komt. Bijvoorbeeld indien computers of gegevensdragers in beslag worden genomen - of tijdens een doorzoeking ter vastlegging van gegevens worden onderzocht - bij iemand anders dan de advocaat zelf. Daarnaast is het zo dat de capaciteit van hedendaagse gegevensdragers maakt dat - ook indien na inbeslagneming van een gegevensdrager door of in opdracht van een rechter een selectie van de te onderzoeken gegevens wordt gemaakt - fouten in dit proces (fout negatieven en fout positieven) nooit geheel zullen kunnen worden uitgesloten.

## **6. Het functioneel verschoningsrecht en de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden**

### *Inleiding*

- 6.1 Dan kom ik nu toe aan de bepalingen waar het bij deze procedure in het bijzonder om gaat, te weten art. 126ng/ug en 126aa Sv. De historische ontwikkeling van deze bepalingen heb ik hiervoor reeds kort geschetst.<sup>150</sup> Van belang voor wat hierna volgt is in de eerste plaats dat op het moment van invoering van art. 126aa Sv de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens (waaronder art. 126ng/ug Sv)<sup>151</sup> nog niet bestonden, althans nog niet waren gerubriceerd onder - kort gezegd - de 'bijzondere' opsporingsbevoegdheden.<sup>152</sup> De geheimhouderinformatie die de wetgever bij de invoering van art. 126aa Sv voor ogen stond, betrof dus geen gevorderde gegevens (laat staan grote en/of 'bulk-'databestanden'), maar slechts tapverslagen en processen-verbaal van anderszins afgeluisterde gesprekken (bijvoorbeeld door een informant).<sup>153</sup>
- 6.2 Vervolgens is van belang kort iets te zeggen over de invoering van de Wet bob. Deze wet behelsde (naast de invoering van art. 126aa Sv) een verhuizing van aftapbevoegdheden uit het gerechtelijk vooronderzoek naar de nieuwe titels voor bijzondere opsporingsbevoegdheden,<sup>154</sup> alsmede uiteraard de invoering van nieuwe (wettelijke grondslagen voor) opsporingsbevoegdheden waarmee in theorie ook geheimhouderinformatie zou kunnen worden afgeluisterd (infiltratie, stelselmatige observatie, enzovoort). De centrale autoriteit bij de inzet van deze bevoegdheden werd de officier van justitie. In dit licht moet de invoering van art. 126aa Sv worden begrepen. Waar vóór de invoering van de Wet bob de verantwoordelijkheid voor het vernietigen van verschoningsgerechtigde informatie, aangetroffen in tapverslagen en eventueel gevorderde verkeersgegevens, bij de rechter-commissaris lag,<sup>155</sup> kwam deze verantwoordelijkheid per 1 februari 2000 bij de officier van justitie te liggen.<sup>156</sup>
- 6.3 Behalve in de artikelen over de bijzondere opsporingsbevoegdheden zelf, bestaat er een aantal lagere regelingen die relevant zijn. Daarvan geef ik hieronder eerst een overzicht (6.4-6.7). Daarna bespreek ik art. 126aa Sv (6.8-6.17) en de daarop gebaseerde Amvb (6.18-6.23). Dan kom ik toe aan de

regeling van art. 126ng/ug Sv (6.24-6-32). Daarna bespreek ik (ontwikkelingen in) het ter zake relevante OM-beleid (6.33-6.50). Ik besluit dit onderdeel van de conclusie met de hackbevoegdheden (6.51.6.54) en vorderingen gegevens op andere grondslag dan die van art. 126ng/ug Sv (6.55-6.59). Hoewel deze laatste twee onderwerpen niet directe betekenis hebben voor de prejudiciële vragen waar het in deze procedure om gaat, zijn zij wel relevant voor een overzicht van het bredere wettelijk systeem.

#### *Een overzicht van de lagere regelgeving*

- 6.4 In de overwegingen van het hof, de door de partijen ingediende schriftelijke opmerkingen en in overige rechtspraak wordt in relatie tot het voorschrift van art. 126aa Sv geregeld verwezen naar lagere (pseudo)regelgeving. Een deel hiervan is of was ook relevant voor het klassieke domein en kwam hiervoor al aan de orde, een aantal andere is slechts relevant voor de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Ten behoeve van de overzichtelijkheid zet ik ze kort onder elkaar:
- (i) het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken (kort: het Besluit);
  - (ii) de 'Handleiding verwerking geheimhouderinformatie aangetroffen in inbeslaggenomen voorwerpen en in digitale bestanden' (kort: de Handleiding);
  - (iii) de 'OM-Instructie Vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders' (kort: de Instructie);
  - (iv) de Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten (kort: de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden);
  - (v) het 'Voorlopig beleid uitspraak kort geding verschoningsrecht' (kort: het Voorlopig beleid);
  - (vi) Het eerste concept van de Aanwijzing omgang met verschoningsgerechtigd materiaal (kort: eerste concept-Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal);
  - (vii) Het tweede concept van de Aanwijzing omgang met verschoningsgerechtigd materiaal (kort: tweede concept-Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal);
  - (viii) Het (concept) 'Voorlopig handelingskader'
- 6.5 Het Besluit (i) is ingevoerd gelijktijdig met art. 126aa Sv (dus op 1 februari 2000) en heeft de status van een Amvb. 157 De grondslag is lid 2 van art. 126aa Sv. Het Besluit beschrijft in meer detail de werkwijze die op grond van art. 126aa Sv moet worden gevolgd. De Handleiding (ii) betrof een interne werkinstructie, is niet officieel gepubliceerd (in de tekst gedateerd op 'juni 2014') en betreft dus ook geen recht in de zin van art. 79 RO.158 Het OM stelt zich in de onderhavige procedure op het standpunt dat deze Handleiding niet langer de door het OM gevolgde werkwijze weergeeft.159 Het hof heeft in de onderhavige procedure echter wel betekenis aan de Handleiding toegekend.160 De Instructie (iii) is evenmin formeel gepubliceerd (en ook geen recht in de zin van art. 79 RO),161 maar wel - als gevolg van een WOO-verzoek - op het internet te vinden.162 De Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (iv) kwam hiervoor reeds aan de orde.163 In de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden zelf gaat het niet over het vorderen van gegevens als bedoeld in art. 126ng Sv, maar slechts over andere dwangmiddelen/ opsporingsbevoegdheden, terwijl de nadruk bovendien ligt op onderzoeken waarin de advocaat zelf verdachte is.164 Omdat in de Handleiding enkele onderdelen uit de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden van overeenkomstige toepassing worden verklaard voor het geval dat gegevensvorderingen worden gedaan, is (althans was) de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden toch niet zonder betekenis. Het voornemen bestaat de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden in de toekomst te vervangen door een nieuwe Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen advocaten.165
- 6.6 Het arrest van het hof van 2 mei 2023 vermeldt dat de Staat heeft aangekondigd dat binnenkort een nieuwe aanwijzing in de zin van 130 lid 6 RO zal worden gepubliceerd.166 Dit betreft de nieuwe Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal waarvan zich tussen de stukken een eerste (vi) en een tweede (vii) versie bevinden.167 De eerste versie - die het licht heeft gezien 'medio 2022'168 - vertoont enige verwantschap met het Voorlopig beleid (v), dat door het OM op 19 april 2022 op de eigen website is gepubliceerd en bedoeld was om - in afwachting van geformaliseerd beleid - een kader aan de praktijk te bieden.169 De tweede versie van de Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal lijkt mij in grote lijnen te corresponderen met het Voorlopig

handelingskader (viii). Dit laatste document bevindt zich niet tussen de stukken maar wordt in de namens de Staat in de onderhavige procedure ingediende opmerkingen omschreven. Kort gezegd komt het er dus op neer dat er steeds parallel aan de ontwikkeling van de nieuwe Aanwijzing omgang een 'voorlopig' document heeft bestaan dat voor de praktijk *de facto* als het geldend beleidskader heeft gegolden. Gesproken kan gelet op het voorgaande worden van drie fases in het OM beleid, te weten die van het Besluit, de Handleiding en de Instructie (de eerste fase), die van de eerste concept-Aanwijzing en het Voorlopig beleid (de tweede fase) en die van de tweede concept-Aanwijzing en het Voorlopig handelingskader (de derde fase).<sup>170</sup>

6.7 Zowel in de documenten die de vrucht zijn van de tweede fase als die uit de derde fase wordt op onderdelen afgeweken van de procedure die is uiteengezet in het Besluit en in de Handleiding. Die lijken daarmee in elk geval gedeeltelijk hun relevantie te hebben verloren. Het voornaamste verschil tussen de documenten uit de tweede en die uit de derde fase is dat in de laatstgenoemde geen plaats meer wordt gezien voor een 'geheimhouder-officier van justitie' en de 'filtering' van verschoningsgerechtigde informatie in plaats daarvan (geheel) bij de rechter-commissaris wordt belegd. Daarmee wordt in de meest recente beleidsvoornemens van het OM in essentie voldaan aan hetgeen in de onderhavige procedure door [verweerdere] wordt verlangd. Hierbij zij echter aangetekend dat het OM de beleidsvoornemens uit de derde fase niet zonder meer als beter dan die uit de tweede fase c.q. meer in lijn met het wettelijk kader lijkt te beschouwen,<sup>171</sup> terwijl bovendien moet worden gewezen op het feit dat dit beleid in de feitenrechtspraak nog niet unisono wordt aanvaard.<sup>172</sup> Het Voorlopig handelingskader is door het OM - anders dan het voorlopig beleid - ook nog niet op de eigen website geplaatst en daarmee ook nog niet voor de buitenwereld kenbaar. In de schriftelijke opmerkingen van de zijde van de Staat wordt de bal nadrukkelijk bij de Hoge Raad gelegd en worden de beleidsvoornemens uit de tweede en derde fase als alternatieve 'opties' voorgelegd. Bij het inhoudelijk bespreken van het OM-beleid kom ik hierop terug.

*Art. 126aa Sv*

6.8 Art. 126aa Sv is ingevoerd met de Wet bob,<sup>173</sup> die in werking trad per 1 februari 2000.<sup>174</sup> Het artikel is sinds die tijd enkele keren aangepast en luidt in de huidige vorm als volgt:

'1. De officier van justitie voegt de processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend die zijn verkregen door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc, dan wel door de toepassing van artikel 126ff, voorzover die voor het onderzoek in de zaak van betekenis zijn, bij de processtukken.

2. Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van de artikelen 218 en 218a zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd, worden deze processen-verbaal en andere voorwerpen vernietigd. Bij algemene maatregel van bestuur worden hieromtrent voorschriften gegeven. Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin behelzen gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon, worden zij niet bij de processtukken gevoegd dan na voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris.

3. De voeging bij de processtukken vindt plaats zodra het belang van het onderzoek het toelaat.

4. Indien geen processen-verbaal van de uitoefening van een van de bevoegdheden, bedoeld in de titels IVa tot en met Vc, dan wel van de toepassing van artikel 126ff, bij de processtukken zijn gevoegd, wordt van het gebruik van deze bevoegdheid in de processtukken melding gemaakt. De eerste volzin is niet van toepassing indien voeging van de melding op grond van artikel 149b achterwege wordt gelaten.

5. De verdachte of diens raadsman kan de officier van justitie schriftelijk verzoeken bepaalde door hem aangeduide processen-verbaal of andere voorwerpen bij de processtukken te voegen.'

6.9

Om aan art. 126aa Sv uitvoering te geven moeten dus twee in theorie te onderscheiden selectieprocessen plaatsvinden. De als eerste<sup>175</sup> in de wet genoemde selectie betreft het bepalen welke informatie 'voor het onderzoek in de zaak van betekenis is' (lid 1). Dit betreft in wezen een relevantietoets.<sup>176</sup> Dat wat niet relevant is (en dus niet bij de processtukken wordt gevoegd), moet in beginsel enige tijd worden bewaard (art. 126cc lid 1 Sv).<sup>177</sup> De in lid 2 genoemde selectie betreft het filteren van - kort gezegd - verschoningsgerechtigde informatie (lid 2). Die informatie moet worden vernietigd. In de beschikking van 20 september 2022 heeft de Hoge Raad bepaald dat 'vernietigen' betekent dat verzekerd moet zijn dat hierop in het verdere verloop van het strafproces geen acht wordt geslagen.<sup>178</sup> Vernietigen impliceert in de digitale wereld dus niet het volledig 'tot niet maken', in de praktijk pleegt juist het maken van een 1-op-1 kopie van het originele bestand (de zogenoemde 'mirror-image') als procedurele waarborg te worden aangemerkt om de integriteit van de data te kunnen toetsen.<sup>179</sup>

- 6.10 De formulering van de eerste volzin van lid 2 moet precies worden gelezen. Er staat dat het moet gaan om mededelingen gedaan door of aan een functioneel geheimhouder, 'indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd.' De opname van het woord 'die' brengt mee dat dit tweede lid alleen betrekking heeft op informatie die daadwerkelijk verschoningsgerechtigd is. Mededelingen die zijn gedaan aan of door iemand die weliswaar ook advocaat is, maar niet zijn gedaan terwijl hij optrad in die hoedanigheid vallen dus niet onder het bereik van het tweede lid en hoeven dus ook niet te worden vernietigd.<sup>180</sup> Voor het eventueel voegen bij de processtukken is dan nog wel het restant van het tweede lid van belang.
- 6.11 De tweede en derde volzin van lid 2 zijn in de wettekst opgenomen als gevolg van onderscheidenlijk de Tweede nota van wijziging<sup>181</sup> en een amendement<sup>182</sup>. Een en ander hing samen met in de Kamer levende zorgen over de voorgenomen verschuiving van de verantwoordelijkheid voor de vernietiging van met de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen gegevens van de rechter-commissaris naar de officier van justitie. De vraag was toen reeds - ondanks dat het dus nog slechts om tapverslagen ging - of de bescherming van het verschoningsrecht wel voldoende gewaarborgd was indien dit aan de officier van justitie zou worden overgelaten. De tweede volzin vormt de grondslag voor het Besluit. Daar kom ik hieronder bij het bespreken van dat Besluit op terug.
- 6.12 Over het amendement ten gevolge waarvan de derde volzin is toegevoegd valt iets meer te zeggen. Het uiteindelijk aangenomen amendement verving een amendement van dezelfde indiener,<sup>183</sup> waarvan de strekking kort gezegd was dat de bevoegdheid bedoeld in lid 1 niet aan de officier van justitie maar aan de rechter-commissaris zou moeten toevallen en het dus de rechter-commissaris zou zijn die - in alle gevallen, dus ook wanneer geen verschoningsgerechtigde informatie in beeld was - verantwoordelijk zou worden voor het voegen van de daar bedoelde informatie bij de processtukken.<sup>184</sup> Dat zou een breuk hebben betekend met het systeem van de Wet bob, waarin de officier van justitie immers als centrale autoriteit was aangewezen.<sup>185</sup> Blijkens de toelichting op het amendement was het de indiener ook slechts om de bescherming van verschoningsgerechtigde informatie te doen.<sup>186</sup> De minister gaf in zijn reactie aan de ruime strekking van het amendement 'ongewenst' te vinden, maar 'niet afwijzend' te staan tegenover het onderliggende idee om de rechter-commissaris 'te betrekken' bij de selectie van de stukken welke in het procesdossier dienen te worden gevoegd in het geval 'het gaat om een geheimhouder'.<sup>187</sup> In reactie hierop is het uiteindelijk aangenomen amendement ingediend.
- 6.13 De derde volzin van het tweede lid schrijft als gevolg van dit amendement voor - kort gezegd - dat indien tussen de met de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden vergaarde informatie mededelingen worden aangetroffen van of aan een in de eerste volzin bedoelde persoon, die mededelingen alleen aan het procesdossier kunnen worden toegevoegd na een machtiging van de rechter-commissaris. Het gaat hier, voor de duidelijkheid, niet om informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt, maar om informatie die daar buiten valt. De vraag is wat voor informatie dit is. Gedacht wordt wellicht in eerste instantie aan informatie die niet valt onder de 'advocatuurlijke' werkzaamheden, dus om mededelingen die niet samenhangen met de 'hoedanigheid' van de advocaat in kwestie (bijvoorbeeld een advocaat die tevens belastingadviseur is en in die hoedanigheid mededelingen heeft gedaan en/of ontvangen). Over die 'persoon' gaat het in de eerste volzin van lid 2 echter niet. Daar gaat het immers alleen om de verschoningsgerechtigde in zijn

hoedanigheid als verschoningsgerechtigde.

- 6.14 Wanneer de derde volzin van lid 2 strikt zou worden gelezen, zou daarom kunnen worden beargumenteerd dat de verplichting om de rechter-commissaris om een machtiging te vragen slechts geldt indien de officier van justitie mededelingen bij de stukken wil voegen die zijn gedaan aan of door een advocaat die optrad in die hoedanigheid (terwijl deze mededelingen ondanks dat niet onder het verschoningsrecht zouden vallen). In die lezing zou de officier van justitie *niet* gehouden zijn een machtiging te vragen - en dus een eigenstandige afweging mogen maken - indien hij zou menen dat de 'mededelingen' die hij bij de stukken wil voegen zijn gedaan aan of door iemand die weliswaar ook advocaat is, maar bij het doen of ontvangen van die mededelingen niet in die hoedanigheid optrad. Zie ik het goed, dan is het OM - ook in de onderhavige procedure - enige tijd van deze lezing van art. 126aa lid 2 Sv uitgegaan en heeft het op die lezing, tenminste enige tijd, het eigen beleid gebaseerd.<sup>188</sup>
- 6.15 Een dergelijke lezing lijkt mij evenwel niet te stroken met een redelijke uitleg van art. 126aa lid 2 Sv en ook niet met de geldende jurisprudentie van de Hoge Raad. Daartoe wijs ik om te beginnen op het arrest van 20 april 2010. In dat arrest stelt de Hoge Raad dat mededelingen gedaan aan of door een advocaat die niet in die hoedanigheid optreedt, 'andere mededelingen' zijn in de zin van lid 2 en dat dan dus een machtiging van de rechter-commissaris nodig is om deze mededelingen bij de processtukken te voegen.<sup>189</sup> Een andere uitleg zou ook niet goed stroken met het doel van het amendement waarbij de derde volzin in de wettekst is opgenomen. Dit doel was immers om de officier van justitie niet (eigenstandig) te laten bepalen wat wel en wat niet onder het verschoningsrecht van de advocaat valt. Daar past niet goed bij dat bij een bepaalde categorie van twijfelgevallen alsnog buiten de rechter-commissaris om zou kunnen worden gewerkt. Tot slot merk ik op dat - in elk geval in dit stadium van de procedure - door de Staat ook niet meer wordt volgehouden dat de derde volzin van het tweede lid niet van toepassing is indien een advocaat naar het oordeel van de officier van justitie niet in die hoedanigheid optreedt.<sup>190</sup> Het uitgangspunt zal dus moeten zijn dat indien de officier van justitie mededelingen gedaan aan of door een advocaat bij de stukken wil voegen, hij in beginsel in alle<sup>191</sup> gevallen (en dus ook indien hij meent dat de advocaat 'misbruik' maakt van zijn verschoningsrecht en/of niet optreedt in de hoedanigheid als advocaat), hiervoor een machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft.
- 6.16 Daarmee is overigens niet gezegd dat de wet ertoe verplicht om in alle situaties waarin twijfel mogelijk is over de vraag of bepaald materiaal onder het verschoningsrecht valt de rechter-commissaris om een machtiging te vragen. Indien geen sprake is van 'mededelingen aan of door' een advocaat, maar wel van een ander stuk en/of materiaal ten aanzien waarvan in redelijkheid getwijfeld kan worden over de vraag of het verschoningsrecht zich daarover uitstrekt,<sup>192</sup> geldt de verplichting bedoeld in de derde volzin in beginsel niet.<sup>193</sup>
- 6.17 Ten slotte. Tussen de partijen in de onderhavige procedure bestaat verschil van inzicht over de vraag of de wetgever de bevoegdheid tot het uitvoeren van de selectie en filtering als bedoeld in art. 126aa Sv bij de officier van justitie of de rechter-commissaris heeft willen beleggen. Uit het voorgaande zal duidelijk zijn geworden dat uit de parlementaire geschiedenis en de tekst van art. 126aa Sv volgt dat de wetgever - in elk geval op het moment van de invoering van dit artikel - de officier van justitie op het oog heeft gehad. Dat het de officier van justitie is die deze beoordeling uitvoert is - in elk geval voor wat betreft tapverslagen - in de jurisprudentie van de Hoge Raad ook aanvaard.<sup>194</sup> Dat er bij het indienen van het amendement ten aanzien van dit punt op twee gedachten lijkt te zijn gehinkt, doet daar (dus) niet aan af.<sup>195</sup> Daarbij moet nochtans ten eerste de kanttekening worden gemaakt dat het op het moment van de invoering van art. 126aa Sv nog hoofdzakelijk om tapverslagen ging.<sup>196</sup> Ten tweede - en samenhangend met de 'eenvoudige' aard van het materiaal waar het aanvankelijk om ging - kan worden opgemerkt dat in de parlementaire geschiedenis weinig aandacht is geweest voor de vraag in hoeverre de officier van justitie bij het uitvoeren van de schifting ook inhoudelijk kennis mocht nemen van (potentieel) verschoningsgerechtigd materiaal. Dat wordt iets duidelijker bij de hieronder te bespreken totstandkomingsgeschiedenis van het Besluit.
- Het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken*
- 6.18 Het Besluit is tegelijk met de Wet bob ingevoerd, dus op 1 februari 2000.<sup>197</sup> De grondslag is als gezegd de tweede volzin van lid 2 van art. 126aa Sv (in de wettekst opgenomen bij de Tweede nota

van wijziging). De gedachte hiervan was dat hiermee de *forseeability* van de door de minister voorgestane 'zorgvuldige procedure ten aanzien van geheimhouders' zou worden verhoogd.<sup>198</sup> Het Besluit is op onderdelen als het ware buitenspel gezet door het Voorlopig beleid en daarna door het Voorlopig handelingskader. Daar ga ik in het onderstaande nog even aan voorbij.

6.19 Art. 4 van het Besluit luidt als volgt:

'1. De opsporingsambtenaar die door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc van het Wetboek van Strafvordering, kennisneemt van mededelingen waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze zijn gedaan door of aan een geheimhouder, stelt hiervan de officier van justitie onverwijld in kennis.

2. Indien de officier van justitie vaststelt dat de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, mededelingen zijn als bedoeld in artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering, beveelt hij terstond de vernietiging van de processen-verbaal en andere voorwerpen, voorzover zij deze mededelingen behelzen. Het bevel tot vernietiging is schriftelijk. Van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt, dat wordt gezonden aan de officier van justitie.

3. Indien de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, zijn gedaan door of aan een geheimhouder die als verdachte is aangemerkt, wint de officier van justitie het oordeel in van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep waartoe de geheimhouder behoort, omtrent de vraag of de mededelingen zijn aan te merken als mededelingen in de zin van artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering. Indien de officier van justitie besluit af te wijken van het oordeel van het gezaghebbende lid van de beroepsgroep, wordt dit besluit met redenen omkleed.

4. In afwijking van het eerste lid kan de officier van justitie bij de uitoefening van de bevoegdheid tot het opnemen van telecommunicatie, bedoeld in de artikelen 126m, 126t en 126zg van het Wetboek van Strafvordering, bevelen dat processen-verbaal en andere voorwerpen die naar het oordeel van de opsporingsambtenaar mededelingen, bedoeld in het eerste lid, bevatten, terstond worden vernietigd, voor zover zij deze mededelingen behelzen. Het generieke bevel tot vernietiging is schriftelijk. Van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt dat de nummers van de vernietigde gesprekken en de datum en het tijdstip van de communicatie en van de vernietiging daarvan bevat. Het proces-verbaal van vernietiging wordt aan de officier van justitie gezonden.'

6.20 De eerste drie artikelleden zijn sinds de invoering in essentie ongewijzigd gebleven.<sup>199</sup> De invoering van het vierde lid hangt samen met een latere wijziging in het in 2011 ingevoerde systeem van nummerherkenning (art. 4a Besluit).<sup>200</sup> Dit doet hier verder niet ter zake.

6.21 Art. 4 Besluit voorziet in een uitwerking van de procedure die in art. 126aa Sv is voorzien. De procedure komt erop neer dat ervan wordt uitgegaan dat het in de regel zo zal zijn dat de eerste persoon die opmerkt dat geheimhouderinformatie is vergaard een opsporingsambtenaar is (lid 1), die zelf betrokken is bij het strafrechtelijk onderzoek waarbinnen de geheimhouderinformatie is verkregen.<sup>201</sup> Deze opsporingsambtenaar moet vervolgens de officier van justitie die leiding geeft aan dat onderzoek van zijn bevinding 'onverwijld' in kennis stellen.<sup>202</sup> Gedacht zal - bij wijze van voorbeeld - zijn aan de situatie dat een opsporingsambtenaar stuit op gespreksverslagen van gesprekken tussen (kennelijk) een verdachte en zijn advocaat, bijvoorbeeld tijdens het uitwerken van een opgenomen telefoongesprek.<sup>203</sup>

6.22 Uit de in dit Besluit neergelegde procedure (en de toelichting daarop) blijkt dat de minister er - in elk geval in 2000 - geen been in zag als de officier van justitie en overige opsporingsambtenaren inhoudelijk kennis zouden nemen van verschoningsgerechtigde informatie. Indien zij zouden stuiten op geheimhouderinformatie zouden zij dit immers zelf mogen beoordelen en aan die beoordeling mocht kennelijk ook enige inhoudelijke kennisname voorafgaan, anders laat een eventueel meningsverschil met de Deken zich immers moeilijk denken.<sup>204</sup> De hieronder te noemen Instructie uit 2002 gaat ook nog uit van die gedachte.<sup>205</sup> Daarmee is overigens niet gezegd dat deze kennisname vervolgens mag leiden tot het operationeel gebruik van de opgedane kennis. Dit aspect lijkt - ook bij de totstandkoming van het Besluit niet werkelijk onder ogen te zijn gekomen door de wetgever.<sup>206</sup>

6.23 Veel van wat hier in 2000 over is geschreven is echter door de praktijk ingehaald. Het systeem van nummerherkenning heeft hier voor wat betreft de telefoontap reeds de angel uitgehaald.<sup>207</sup> Voor gevorderde gegevens geldt dat de Staat zich in deze procedure op het standpunt stelt dat al langere tijd een andere procedure wordt gevolgd en dat in de Aanwijzing omgang met verschoningsgerechtigd materiaal (zowel in het eerste als in het tweede concept) in elk geval een andere koers wordt gevaren. Daar kom ik hieronder, na het bespreken van de regeling van art. 126ng Sv op terug.

*Art. 126ng Sv*

6.24 Als gezegd zijn de bevoegdheden tot het vorderen van gegevens van een latere datum dan de regeling van art. 126aa Sv. De artikelen waar het in deze procedure om gaat zijn sinds 1 januari 2006 in het Wetboek van Strafvordering te vinden.<sup>208</sup> De bevoegdheid waar het in deze procedure primair om draait is die van art. 126ng Sv.<sup>209</sup> Dit artikel luidt - in zijn huidige vorm - als volgt:

'1. Een vordering als bedoeld in artikel 126nc, eerste lid, 126nd, eerste lid, of 126ne, eerste en derde lid, en artikel 126nf, eerste lid kan worden gericht tot de aanbieder van een communicatiedienst in de zin van artikel 138g, voor zover de vordering betrekking heeft op andere gegevens dan die welke gevorderd kunnen worden door toepassing van de artikelen 126n en 126na. De vordering kan geen betrekking hebben op gegevens die zijn opgeslagen in het geautomatiseerde werk van de aanbieder en niet voor deze bestemd of van deze afkomstig zijn.

2. In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, dat gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert, kan de officier van justitie, indien het belang van het onderzoek dit dringend vordert, van de aanbieder van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot gegevens als bedoeld in de laatste volzin van het eerste lid, deze gegevens vorderen, voor zover zij klaarblijkelijk van de verdachte afkomstig zijn, voor hem bestemd zijn, op hem betrekking hebben of tot het begaan van het strafbare feit hebben gediend, of klaarblijkelijk met betrekking tot die gegevens het strafbare feit is gepleegd.

3. Een vordering als bedoeld in het tweede lid kan niet worden gericht tot de verdachte. Artikel 96a, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

4. Een vordering als bedoeld in het tweede lid kan slechts worden gedaan na voorafgaande schriftelijke machtiging, op vordering van de officier van justitie te verlenen door de rechter-commissaris. Artikel 126l, zevende lid, is van overeenkomstige toepassing.

5. Artikel 126nd, derde tot en met vijfde en zevende lid, is van overeenkomstige toepassing.'

6.25 Het artikel is mede door de vele schakelbepalingen lastig leesbaar. Ik vat de strekking hiervan, voor zover relevant, kort samen. Van belang is met name het tweede lid. Hier wordt bepaald onder welke omstandigheden (i) de officier van justitie; (ii) bij een aanbieder van een communicatiedienst;<sup>210</sup> (iii) gegevens kan vorderen, 'voor zover zij klaarblijkelijk van de verdachte afkomstig zijn, voor hem bestemd zijn, op hem betrekking hebben of tot het begaan van het strafbare feit hebben gediend, of klaarblijkelijk met betrekking tot die gegevens het strafbare feit is gepleegd.'<sup>211</sup> Op grond van deze bevoegdheid kan dus van een hostingbedrijf (in deze zaak: [hostingbedrijf] B.V.) worden gevorderd om alle e-mailberichten van, aan of over een als verdachte aangemerkte persoon te verstrekken. De via het zevende lid van overeenkomstige toepassing verklaarde leden van art. 126nd Sv bevatten (iv) enkele procedurele voorschriften voor hoe zo'n vordering kan worden gedaan en hoe deze eruit moet zien. Op grond van het vierde lid van art. 126ng Sv wordt duidelijk dat voor zo'n vordering (v) een machtiging van de rechter-commissaris nodig is, welke machtiging - zo volgt uit art. 126l Sv - bij dringende noodzaak ook mondeling kan worden gegeven.<sup>212</sup>

6.26 Van belang voor de onderhavige procedure is vooral de wijze waarop de omgang met geheimhouderinformatie wordt geregeld. In het derde lid van art. 126ng Sv wordt het hiervoor al genoemde art. 96a lid 3 Sv (zoals op veel plekken in de titels over bijzondere opsporingsbevoegdheden) van overeenkomstige toepassing verklaard. Hieruit volgt dat indien een



vordering direct wordt gericht aan een geheimhouder (die dan dus tevens een aanbieder van een communicatiedienst moet zijn), de geheimhouder niet zelf verplicht is aan de vordering te voldoen voor zover dit met zijn plicht tot geheimhouding in strijd zou zijn. Hiermee wordt geen antwoord gegeven op de waarschijnlijk in praktijk vaker en ook in de onderhavige zaak spelende vraag, namelijk hoe gehandeld moet worden als een derde (bijvoorbeeld: een hostingbedrijf) beschikt over gegevens van een geheimhouder en die gegevens vervolgens, buiten medeweten van die geheimhouder om, worden gevorderd.

6.27 Bij de totstandkoming van art. 126ng Sv is voor deze kwestie enige (zij het beperkte) aandacht geweest. De Memorie van Toelichting bevat hierover in het algemeen deel het volgende:

‘Het CBP en de NOVA bevelen aan, te komen tot een regeling voor het vorderen van gegevens in de omgeving van de beroepsgeheimhouders. Het kabinet meent dat aangesloten kan worden bij artikel 96a, derde lid, onder b, van het Wetboek van Strafvordering. Hiermee wordt erkend dat gegevens die onder het verschoningsrecht vallen geen onderwerp kunnen zijn van de toepassing van de voorgestelde bevoegdheden. Dit betekent tevens dat de bevoegdheden niet zodanig mogen worden aangewend dat deze gegevens langs andere weg verkregen worden. Het is niet nodig hiervoor in de wet een regeling te treffen.’<sup>213</sup>

6.28 In het artikelsgewijze gedeelte van de Memorie van Toelichting staat bij art. 126nc Sv voorts nog dit:

‘Gegevens die onder het verschoningsrecht vallen kunnen geen onderwerp zijn van de toepassing van de voorgestelde bevoegdheden. Dit betekent tevens dat de bevoegdheden niet zodanig mogen worden aangewend dat deze gegevens langs andere weg verkregen worden. In de rechtspraak wordt dit ook aangenomen. Verwezen zij naar Hoge Raad 1 november 1988, NJ 1989, 349, en Hoge Raad 29 maart 1994, NJ 1994, 552. De ratio van een bepaling als artikel 96a, derde lid, onder b, verzet zich tegen de mogelijkheid dat de waarborg van deze bepaling zou worden omzeild door dezelfde gegevens bij een andere derde te vorderen.’<sup>214</sup>

6.29 In de artikelsgewijze toelichting bij art. 126ng Sv wordt het onderwerp niet aangesneden.

6.30 In de latere parlementaire behandeling heeft de minister zich - ook in reactie op vragen vanuit de Kamer - steeds op het standpunt gesteld dat de positie van verschoningsgerechtigde informatie voldoende zou zijn beschermd door het van overeenkomstige toepassing verklaren van art. 96a lid 3 Sv, zonder daarbij precies duidelijk te maken wat hij met dit ‘van overeenkomstige toepassing verklaren’ precies bedoelde.<sup>215</sup>

6.31 Gelet op deze parlementaire geschiedenis kan worden geconcludeerd dat ten tijde van de totstandkoming van dit artikel nog geen rekening werd gehouden met de problematiek die zich in de onderhavige procedure voordoet. Dit was in die tijd waarschijnlijk ook niet goed mogelijk.<sup>216</sup> In de parlementaire geschiedenis wordt er steeds vanuit gegaan dat een vordering gegevens een duidelijke ‘gerichtheid’ heeft. Voor de situatie waarin men met enige precisie weet wat men zoekt, legt de Memorie van Toelichting de verantwoordelijkheid bij de opsporing: dan mogen geen gegevens worden gevorderd waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt. Gegevens waarvan een advocaat zelf uitlevering zou mogen weigeren, en die ook niet via een rechtstreekse tap op de telefoonlijn van de advocaat zelf verkregen zouden mogen worden,<sup>217</sup> mogen immers niet via de ‘andere weg’ van het hostingbedrijf waar deze advocaat gebruik van maakt gevorderd worden. De huidige praktijk is evenwel veelkleuriger. Moeilijkheden dienen zich met name aan indien grote hoeveelheden vastgelegde digitale communicatie worden gevorderd en niet op voorhand duidelijk is - noch bij de opsporingsambtenaren, noch bij de aanbieder van de communicatiedienst - of zich tussen die gegevens aan functionele geheimhouders te relateren informatie bevindt en zo ja, in hoeverre dit als verschoningsgerechtigde informatie moet worden aangemerkt.

6.32 De verwijzing in de Memorie van Toelichting naar de uitspraken uit 1988 en 1994 werkt hiervoor evenmin verhelderend. In die zaken ging het om het afgeleid verschoningsrecht bij de inzet van niet-heimelijke opsporingsbevoegdheden (in beide gevallen om niet onder de verschoningsgerechtigde zelf in beslag genomen correspondentie).<sup>218</sup> Zodoende werd de verschoningsgerechtigde advocaat met de inzet van dit opsporingsmiddel bekend en kon hij zijn recht zelf inroepen door bezwaar te maken op grond van de bezwaarmogelijkheid van art. 98 lid 2 Sv en eventueel daaropvolgend in de

beklagprocedure (via art. 552a Sv). Dat kan bij de inzet van de heimelijke vorderingsbevoegdheden waar het in de onderhavige zaak om gaat nu net niet; en juist dan wordt de beklagmogelijkheid illusoir indien de belanghebbende advocaat niet weet dat gegevens waarover zijn verschoningsrecht zich uitstrekt zijn gevorderd<sup>219</sup>.

#### *Het beleid van het Openbaar Ministerie*

6.33 Hiervoor (onder 6.4-6.7) heb ik al kort weergegeven welke elkaar opvolgende beleidsdocumenten van het OM voor de onderhavige procedure van belang zijn en onderscheidde ik drie fases in de beleidsvorming van het OM. Ik bespreek de daar genoemde documenten hieronder inhoudelijk.

#### Fase 1: de Handleiding en de Instructie

6.34 Het doel van de in 2014 opgestelde Handleiding was te voorzien in een kennelijk binnen het OM bestaande 'grote behoefte aan een eenduidige handleiding waarin stapsgewijs staat omschreven hoe er dient te worden omgegaan met aangetroffen geheimhouderinformatie'<sup>220</sup>. In de kern bestaat de Handleiding uit stappenplannen voor hoe moet worden gehandeld in verschillende situaties waarin verschoningsgerechtigde informatie wordt of kan worden aangetroffen.<sup>221</sup> Voor de situatie waarin gegevens op vordering zijn verkregen en zich hiertussen vermoedelijke geheimhouderinformatie<sup>222</sup> bevindt, komt de in de Handleiding voorgestelde procedure op het volgende neer:

(i) De opsporingsambtenaar, die na het ontvangen van een digitale gegevensdrager waarop zich gevorderde digitale bestanden bevinden waarvan het vermoeden bestaat dat deze verschoningsgerechtigde informatie bevatten, overlegt met de leider van het onderzoek of er inderdaad sprake is van een digitaal bestand met vermoedelijke geheimhouderinformatie.

(ii) Is er sprake van een digitaal bestand met vermoedelijke geheimhouderinformatie [ik neem aan: naar het oordeel van de leider van het onderzoek, AEH], dan wordt de betreffende digitale gegevensdrager - indien mogelijk - in een gesloten enveloppe aan de medewerker geheimhouders overhandigd.

(iii) Indien nog geen 'image' of kopie is gemaakt, wordt dit gedaan. Hiervan wordt vervolgens een 'werkkopie' gemaakt. De werkkopieën worden ter beschikking gesteld aan het onderzoeksteam, behalve de onderdelen van de werkkopieën die verschoningsgerechtigde informatie bevatten.

(iv) De digitale bestanden met vermoedelijke verschoningsgerechtigde informatie worden ter toetsing ter beschikking gesteld aan de medewerker geheimhouders.

(v) In de werkkopieën wordt [ik neem aan: door het opsporingsteam, AEH] niet actief gezocht naar vermoedelijke geheimhouderinformatie.

(vi) Indien de 'betrokkene' [ik neem aan: de advocaat en/of de verdachte en/of een anderszins belanghebbende in de zin van art. 552a Sv, AEH] tijdens het verdere verloop van het onderzoek concreet aangeeft dat er sprake is van digitale bestanden met vermoedelijke verschoningsgerechtigde informatie en daarbij aangeeft welke bestanden het betreft alsmede waar die zich bevinden, zullen deze bestanden ter toetsing aan de medewerker geheimhouder ter beschikking worden gesteld.

(vii) Indien het opsporingsteam digitale bestanden met vermoedelijke verschoningsgerechtigde informatie aantreft, worden deze bestanden, zonder verdere kennisneming van de inhoud daarvan, eveneens ter toetsing ter beschikking gesteld aan de medewerker geheimhouder.

(viii) Als de medewerker geheimhouders van oordeel is dat de digitale bestanden geen verschoningsgerechtigde informatie bevatten, zorgt hij dat het onderzoeksteam de beschikking krijgt over die digitale bestanden.

(ix) Bevatten de digitale bestanden verschoningsgerechtigde informatie of heeft de medewerker geheimhouders daarover twijfels dan stelt de medewerker geheimhouders de digitale bestanden ter beschikking aan de officier van justitie in een gesloten enveloppe. De Handleiding doet de 'aanbeveling' om dit een geheimhouder-officier van justitie te laten zijn, maar schrijft dit niet dwingend voor.<sup>223</sup>

(x) Indien het digitale bestand is verkregen door een door de rechter-commissaris toegepast dwangmiddel dan wel indien de officier van justitie een beslissing van de rechter-commissaris wenselijk acht, dient de officier van justitie het digitale bestand voor te leggen aan de rechter-commissaris.

(xi) Indien het digitaal bestand is verkregen door een door de officier van justitie of door een opsporingsambtenaar toegepaste bevoegdheid dan kan de officier van justitie het volgende beslissen:

- het digitale bestand bevat verschoningsgerechtigde informatie: hij geeft dan opdracht aan de medewerker geheimhouders om zorg te dragen dat het bestand niet ter beschikking wordt gesteld aan het onderzoeksteam.

- het digitale bestand ter beoordeling voorleggen aan de geheimhouder (al dan niet via een advocaat). Als deze zich niet wil neerleggen bij het oordeel dat er geen sprake is van verschoningsgerechtigde informatie, vraagt de officier van justitie bemiddeling van een vertegenwoordiger van de beroepsorganisatie of dringt aan op een zo spoedig mogelijke indiening van een klaagschrift tegen het gebruik van of de voeging van het digitale bestand bij de processtukken.

- het digitale bestand bevat geen verschoningsgerechtigde informatie, want het valt niet onder het verschoningsrecht dan wel er dient zich een reden aan die leidt tot doorbreking van het verschoningsrecht: de officier van justitie geeft aan de medewerker geheimhouders aan dat het digitale bestand gebruikt mag worden in het onderzoek. De medewerker geheimhouders maakt daar een proces-verbaal van op en stelt het digitale bestand ter beschikking aan het onderzoeksteam.

(xii) Is sprake van zeer uitzonderlijke omstandigheden dan bepaalt de rechter-commissaris of een digitale gegevensdrager en/of een digitaal bestand in beslag genomen en/of vastgelegd mag worden.

(xiii) De medewerker geheimhouders houdt in een overzicht bij welke digitale bestanden die geheimhouderinformatie bevatten niet aan het onderzoeksteam ter beschikking zijn gesteld zijn.

(xiv) De medewerker geheimhouders controleert in hoeverre de inhoud van een digitaal bestand met geheimhouderinformatie gebruikt is binnen een onderzoek en draagt zorg ervoor dat de aan dat digitale bestand te liëren stukken, documenten e.d. (inclusief de eventueel gemaakte kopieën) worden vernietigd. Van zijn bevindingen maakt hij een proces-verbaal op.

6.35 Het in de Handleiding uiteengezette stappenplan is om een aantal redenen opmerkelijk te noemen.

Opvallend is met name dat het voorschrift uit beeld is geraakt dat indien zich tussen de gegevens mededelingen gedaan door of aan een advocaat bevinden, deze niet bij de processtukken worden gevoegd dan na voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris. (art. 126aa lid 2 derde volzin Sv). Een mogelijke oorzaak daarvan is dat het OM bij het opstellen van de Handleiding is uitgegaan van een te strikte lezing van dit voorschrift.<sup>224</sup> De Handleiding schrijft slechts betrokkenheid van de rechter-commissaris voor indien de gegevens zijn verkregen na een door de rechter-commissaris toegepast dwangmiddel (onder x), hetgeen bij een vordering gegevens niet het geval is, of indien sprake is van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' (onder xii), waarmee wordt verwezen naar de 'doorbrekingsgrond' die volgens staande jurisprudentie door de Hoge Raad alleen van toepassing kan zijn als de advocaat zelf verdachte is (hetgeen niet expliciet in de Handleiding staat).<sup>225</sup>

6.36 In andere gevallen beslist ofwel de 'medewerker geheimhouders' (onder viii) of, indien deze twijfels heeft (ix), de officier van justitie (xi) over het al dan niet voegen van de gegevens bij de processtukken. Dit zet de deur open naar een praktijk waarbij door deze functionarissen wordt besloten dat niet van verschoningsgerechtigde informatie sprake is, bijvoorbeeld omdat correspondentie tussen een verdachte en een advocaat niet kan worden aangemerkt als correspondentie die plaatsvond in het kader van de typisch advocatuurlijke werkzaamheden (omdat de advocaat niet zou hebben opgetreden in zijn 'hoedanigheid' als advocaat). De mogelijkheid dat de medewerker geheimhouders ook zonder betrokkenheid van de officier van justitie kan besluiten om gegevens ter beschikking te stellen aan het opsporingsteam, lijkt bovendien op gespannen voet te staan met de procedure die is voorzien in art. 4 van het Besluit. Hier staat immers dat de opsporingsambtenaar die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat tussen de gegevens die hij onderzoekt zich mededelingen bevinden gedaan door of aan een geheimhouder, de officier van justitie hiervan onverwijld in kennis stelt.<sup>226</sup> Het bevreemdt dan ook niet dat het OM op deze Handleiding is teruggekomen.

6.37 Zeer kort iets over de Instructie. Deze is - zoals gebruikelijk bij instructies en evenals de Handleiding - nooit formeel gepubliceerd. Wel is bij gelegenheid van een WOO-verzoek (waarop is beslist op 1 augustus 2022)<sup>227</sup> een oudere versie (van 1 april 2002) als volledig openbaar aangemerkt. Deze is op het internet te vinden.<sup>228</sup> Een meer recente versie (van 1 november 2014) is

bij gelegenheid van datzelfde WOO-verzoek openbaar gemaakt. Bij die gelegenheid heeft het OM evenwel opgemerkt dat de Instructie zal worden geactualiseerd.<sup>229</sup> De teksten van de - verouderde - instructies uit 2002 en 2014 volgen de lijn zoals die binnen het OM in de 'eerste fase' en eerder werd gevolgd. Zij belegden de bevoegdheid tot het filteren en selecteren van verschoningsgerechtigde informatie bij onderscheidenlijk de zaakofficier (2002)<sup>230</sup> en een medewerker-geheimhouders in samenspraak met de officier van justitie niet zijnde de zaakofficier (2014)<sup>231</sup>. Nu ook de meest recente Instructie is verouderd, ga ik daar hier niet verder op in.

#### Fase 2: het eerste concept van de Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal en het Voorlopig beleid

- 6.38 Voor wat betreft de tweede fase van het OM beleid beperk ik mij hier tot een bespreking van het eerste concept van de Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal. Het Voorlopig beleid stemt hiermee grotendeels overeen en heb ik in een eerdere conclusie integraal weergegeven, waarnaar zij verwezen.<sup>232</sup> De eerste concept-Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal is volgens de Staat ontwikkeld om de bestaande werkwijze, die na het opstellen van de Handleiding was geëvolueerd, 'te formaliseren'. Daarnaast bevatte het eerste concept ook een 'aanscherping' hiervan, ingegeven door de wens van het OM om 'verder te gaan dan de wet voorschrijft'.<sup>233</sup>
- 6.39 In het eerste concept worden regels gegeven voor (i) de (doorzoeking ter) inbeslagneming en de doorzoeking ter vastlegging van gegevens bij iemand anders dan een verschoningsgerechtigde, terwijl wel 'redelijkerwijs [kan] worden vermoed dat het (gedeeltelijk) om mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal gaat' (vgl. hiervoor onder 5.19); en (ii) voor de situatie waarin voor of na de inzet van een bijzondere opsporingsbevoegdheid een dergelijk vermoeden rijst. De passage over de bijzondere opsporingsbevoegdheden luidt als volgt:

#### **'4. Inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden**

- 4.1. De officier van justitie is bevoegd tot de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc van het Wetboek van Strafvordering. Afhankelijk van de bijzondere opsporingsbevoegdheid is een voorafgaande machtiging van de rechtercommissaris vereist. De inzet van deze bevoegdheden zal (behoudens in zeer uitzonderlijke omstandigheden) niet zijn gericht op het verkrijgen van mededelingen door of aan een geheimhouder.
- 4.2. De officier van justitie is verantwoordelijk voor de samenstelling van het procesdossier als bedoeld in artikel 126aa lid 1 Sv.
- 4.3. Kan redelijkerwijs worden vermoed dat met de toepassing van een bijzondere opsporingsbevoegdheid gegevens worden verkregen waartussen zich verschoningsgerechtigde informatie bevindt, dan worden alle verkregen gegevens direct - alvorens dit aan het onderzoeksteam ter beschikking te stellen - in handen gesteld van de geheimhouder officier van justitie ten behoeve van de beoordeling als bedoeld in artikel 126aa lid 2 Sv. Onder verantwoordelijkheid van de geheimhouder officier van justitie wordt mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal uit de verkregen gegevens gefilterd (bijvoorbeeld met gebruikmaking van zoektermen die corresponderen met de naam of het e-mailadres van de geheimhouder). Eerst nadat de verkregen gegevens zijn ontdaan van mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal worden de gegevens door de geheimhouder officier van justitie ter beschikking gesteld aan het onderzoeksteam ten behoeve van het opsporingsonderzoek. De geheimhouder officier van justitie onderwerpt de mogelijk verschoningsgerechtigde informatie vervolgens aan de beoordeling als bedoeld in artikel 126aa lid 2 Sv.
- 4.4. Voor zover het (uitgefilterde) mogelijk verschoningsgerechtigde materiaal mededelingen behelzen door of aan een geheimhouder ten aanzien waarvan hij zich zou kunnen verschonen, worden deze onder verantwoordelijkheid van de geheimhouder officier van justitie vernietigd (art. 126aa lid 2 eerste volzin Sv).
- 4.5. Voor zover het (uitgefilterde) mogelijk verschoningsgerechtigde materiaal *andere* mededelingen door of aan een geheimhouder behelzen (ten aanzien waarvan hij zich niet zou kunnen verschonen), wordt

dit niet bij de processtukken gevoegd dan na voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris (artikel 126aa lid 2 laatste volzin Sv).

- 4.6. Voor zover het (uitgefilterde) mogelijke verschoningsgerechtigd materiaal *geen* mededelingen door of aan een geheimhouder behelzen, wordt dit door de geheimhouder officier van justitie ter beschikking gesteld aan het onderzoeksteam.
- 4.7. De geheimhouder officier van justitie kan zich bij zijn werkzaamheden laten ondersteunen door de medewerker geheimhouder. Uitsluitend de geheimhouder officier van justitie is bevoegd de beoordeling te verrichten als bedoeld in artikel 126aa lid 2 Sv. De geheimhouder officier van justitie doet in een proces-verbaal verslag van zijn werkzaamheden.
- 4.8. Het kan voorkomen dat pas na verkrijging van de gegevens (bijvoorbeeld tijdens het onderzoek aan de gegevens) een redelijk vermoeden ontstaat dat tussen deze gegevens zich verschoningsgerechtigd materiaal bevindt. In dat geval wordt de geheimhouder officier van justitie hierover onverwijld in kennis gesteld en wordt het onderzoek aan de gegevens gestaakt. De geheimhouder officier van justitie draagt er zorg voor dat het mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal ontoegankelijk wordt gemaakt voor het onderzoeksteam. De geheimhouder officier van justitie onderwerpt mogelijk verschoningsgerechtigde materiaal vervolgens aan de beoordeling als bedoeld in artikel 126aa lid 2 Sv en zoals uitgewerkt in de artikelen 4.3 - 4.6 van deze aanwijzing.'
- 6.40 De belangrijkste wijziging ten opzichte van het beleid uit de eerste fase is dat in de eerste concept-Aanwijzing verschoningsgerechtigd materiaal wordt voorgeschreven dat de gegevens na uitlevering moeten worden gegeven aan een geheimhouder-officier van justitie. In het Besluit werd er nog van uitgegaan dat hier een taak lag voor de officier van justitie die zelf ook leiding gaf aan het onderzoek,<sup>234</sup> terwijl de Handleiding volstond met een aanbeveling om dit een geheimhouder-officier van justitie te laten zijn en bovendien de eerste schifting liet uitvoeren door een 'medewerker geheimhouders'.<sup>235</sup>
- 6.41 Winst ten opzichte van zowel het Besluit als de Handleiding is dat expliciet wordt herinnerd aan het voorschrift van de derde volzin van lid 2 van art. 126aa Sv. Een hiermee samenhangende beperking is evenwel dat dit voorschrift slechts van toepassing wordt verklaard - in lijn met de wettekst - indien sprake is van 'mededelingen' aan of door een verschoningsgerechtigde. Strikt genomen verplicht de eerste concept-Aanwijzing dus niet tot het verkrijgen van een machtiging van de rechter-commissaris bij het in het dossier voegen van materiaal dat geen 'mededeling aan of door' betreft, maar wel anderszins als een grensgeval en/of aanvankelijk als 'mogelijk' verschoningsgerechtigd materiaal was aangemerkt.<sup>236</sup>

#### Fase 3: het tweede concept van de Aanwijzing omgang en het Voorlopig handelingskader

- 6.42 In het tweede concept van de Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal wordt een wezenlijk andere procedure voorgeschreven. Het tweede concept is, zo ik begrijp anders dan het eerste concept,<sup>237</sup> ter consultatie aangeboden aan de NOvA.<sup>238</sup> De reden voor het opstellen van een aangepast concept is, volgens de Staat, de bereidheid van het OM 'om te zoeken naar een aanpak die in verdergaande mate de keerzijde van de regeling van art, 126aa lid 2 Sv adresseert en daarmee beter tegemoetkomt aan de wensen van de advocatuur.'<sup>239</sup>
- 6.43 In het tweede concept wordt eerst het bereik van de aanwijzing enerzijds verruimd tot de netwerkzoeking (art. 125j Sv) en anderzijds ingeperkt doordat de noodzaak tot het filteren van het verschoningsgerechtigd materiaal wordt beperkt tot situaties waarin bij onderzoek aan gegevens naar voor het strafrechtelijk onderzoek relevant bewijs op verschoningsgerechtigd materiaal kan worden gestuit.<sup>240</sup> Onveranderd blijft dat de aanwijzing geen betrekking heeft op onderzoek bij een advocaat.<sup>241</sup> Vervolgens wordt eerst een procedure voorgeschreven voor de (doorzoeking ter) inbeslagneming, ter vastlegging van gegevens en de netwerkzoeking en vervolgens een - op die eerste procedure geënte - procedure voor de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden.
- 6.44 De procedure die bij de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden wordt voorgeschreven is als volgt:

#### 4. Inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden

4.1. De officier van justitie is bevoegd tot de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc Sv. Afhankelijk van de in te zetten bijzondere opsporingsbevoegdheid is een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris vereist. De inzet van deze bevoegdheden zal (behoudens in zeer uitzonderlijke omstandigheden) niet zijn gericht op het verkrijgen van verschoningsgerechtigd materiaal.

4.2. Indien de bijzondere opsporingsbevoegdheid strekt tot de verstrekking van gegevens en degene tot wie de vordering is gericht aanvoert dat de door hem te verstrekken gegevens onder het verschoningsrecht van een geheimhouder vallen, dan wordt het betreffende (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal zonder kennisneming en zo mogelijk verzegeld aan de rechter-commissaris ter beschikking gesteld teneinde de procedure ex artikel 98 Sv te doorlopen. De officier van justitie doet hiertoe een vordering ex artikel 181 Sv.

Maakt het (mogelijk) verschoningsgerechtigde materiaal deel uit van een grotere hoeveelheid stukken of gegevens en is het redelijkerwijs niet mogelijk het (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal daarvan voorafgaand aan de uitlevering af te scheiden, dan wordt al het materiaal zonder kennisneming en zo mogelijk verzegeld aan de rechter-commissaris ter beschikking gesteld teneinde de procedure ex artikel 98 Sv te doorlopen. De officier van justitie doet hiertoe een vordering ex artikel 181 Sv.

4.3. Indien er redenen zijn om aan te nemen dat zich tussen de stukken of gegevens die worden verkregen door middel van de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden, verschoningsgerechtigd materiaal bevindt, wordt de procedure van artikel 3.5 tot en met 3.10 doorlopen. Daarbij verzoekt de officier van justitie ook om een machtiging ex artikel 126aa, lid 2 Sv, laatste volzin om stukken die andere mededelingen door of aan een geheimhouder bevatten (ten aanzien waarvan hij zich niet zou kunnen verschonen), bij de processtukken te mogen voegen.

4.4. In alle overige gevallen wordt ten aanzien van stukken of gegevens die worden verkregen door middel van de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden de procedure van artikel 3.4 tot en met 3.10 doorlopen. Daarbij verzoekt de officier van justitie ook om een machtiging ex artikel 126aa, lid 2 Sv, laatste volzin om stukken die andere mededelingen door of aan een geheimhouder bevatten (ten aanzien waarvan hij zich niet zou kunnen verschonen), bij de processtukken te mogen voegen.'

6.45 De artikelen 3.4 tot en met 3.10 waar onder 4.3 en 4.4. naar wordt verwezen maken onderdeel uit van de regeling die geldt voor de (doorzoeking ter) inbeslagneming, de doorzoeking ter vastlegging van gegevens en de netwerkzoeking. De voorgenomen artikelen luiden in het tweede concept als volgt:

'3.4. Het kan voorkomen dat pas *na* inbeslagneming van stukken of vastlegging van gegevens een redelijk vermoeden ontstaat dat zich tussen deze stukken of gegevens verschoningsgerechtigd materiaal bevindt, omdat:

- pas op een later moment na de inbeslagneming of vastlegging hiervan mededeling wordt gedaan;
- het onderzoeksteam op een later moment door op verschoningsgerechtigd materiaal stuit. In deze gevallen wordt het (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal onverwijld ontoegankelijk gemaakt voor het onderzoeksteam.

3.5. Indien het filteren van (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal zonder kennisneming hiervan mogelijk is, kan in opdracht van de officier van justitie door de medewerker geheimhouder een filtering worden gemaakt van stukken en gegevens die mogelijk onder het verschoningsrecht vallen. Het aldus uitgefilterde materiaal wordt onverwijld ontoegankelijk gemaakt voor het onderzoeksteam. Nadat het (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal is uitgefilterd, kan het opsporingsteam onderzoek doen aan de geschoonde gegevens of stukken.

3.6. Het (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal wordt op bevel van de officier van justitie vernietigd of, indien het gaat om fysieke stukken/voorwerpen, zo mogelijk geretourneerd aan de beslagene tenzij:

er redenen zijn om aan te nemen dat tussen de uitgefilterde informatie zich informatie bevindt die mogelijk relevant is voor het onderzoek en die niet onder het verschoningsrecht valt (bijv. *false positives* of mededelingen van een verschoningsgerechtigde die niet onder een verschoningsrecht vallen)

er redenen zijn om aan te nemen dat sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, waardoor het belang van waarheidsvinding prevaleert boven het belang dat met het verschoningsrecht wordt beschermd;

er redenen zijn om aan te nemen dat sprake is van *corpora of instrumenti delicti*.

In dat geval vordert de officier van justitie op grond van artikel 181 Sv dat de rechter-commissaris een beslissing neemt over het uitgefilterde materiaal. Het uitgefilterde (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal wordt daartoe onverwijld, zonder kennisneming en zo mogelijk verzegeld, aan de rechter-commissaris ter beschikking gesteld.

3.7. Is filtering van het (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal niet mogelijk zonder kennisneming daarvan, dan wordt het onderzoek naar het materiaal waarin zich het mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal bevindt, gestaakt. In dat geval doet de officier van justitie een vordering ex artikel 181 Sv bij de rechter-commissaris teneinde onder verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris een filtering te maken tussen gegevens die wel en die niet onder het verschoningsrecht vallen. Al het materiaal waarin zich (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal bevindt wordt onverwijld, zonder kennisneming en zo mogelijk verzegeld, aan de rechter-commissaris ter beschikking gesteld om ter zake te beslissen.

3.8. Het kan voorkomen dat in de reeds door de medewerker geheimhouder (ingevolge 3.5) of rechter-commissaris (ingevolge 3.7) vrijgegeven stukken of gegevens zich (abusievelijk) nog verschoningsgerechtigd materiaal bevindt. In dit geval wordt ten aanzien van dit materiaal gehandeld als beschreven onder 3.4 tot en met 3.8.

3.9. Aan het bevel vernietiging wordt uitvoering gegeven overeenkomstig het bepaalde in het Besluit bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken. Aan het bevel tot vernietiging kan uitvoering worden gegeven door bewerking van de digitale voorziening waarmee gegevens raadpleegbaar zijn (het zogenoemde 'uitgrijzen').

3.10. In geval van ontdekking op heterdaad van een strafbaar feit of in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv kan de opsporingsambtenaar bij dringende noodzakelijkheid en indien de hier beschreven filtering niet kan worden afgewacht, onderzoek doen naar het inbeslaggenomen voorwerp of de vastgelegde gegevens. Daarbij mag geen kennis worden genomen van verschoningsgerechtigd materiaal. Hieromtrent wordt proces-verbaal opgemaakt. Zo spoedig mogelijk wordt alsnog een filtering gedaan zoals hier beschreven.'

6.46 Het in het tweede concept geschetste kader maakt dus onderscheid tussen twee situaties. De eerste situatie doet zich voor indien door iemand wordt aangevoerd (bijvoorbeeld door de persoon tot wie de vordering is gericht) dat zich onder de gevorderde gegevens materiaal bevindt dat onder het verschoningsrecht valt (art. 4.2). Dan dient de filtering plaats te vinden door de rechter-commissaris. In de tweede situatie wordt de mogelijke aanwezigheid van verschoningsgerechtigd materiaal niet aangevoerd maar zijn er wel 'redenen om aan te nemen dat' dergelijk materiaal zich tussen de gevorderde gegevens bevindt (4.3). Gedoeld zal lijkt me worden op het geval dat hier in het onderzoek op wordt gestuit of dat anderszins een (redelijk) vermoeden rijst. In dat geval, en indien filtering zonder kennisname van de inhoud mogelijk is, kan een eerste filtering plaatsvinden door een geheimhouder-medewerker (art. 3.5). In het geval dat die filtering mogelijk te grofmazig is geweest (art. 3.6) of niet mogelijk is zonder inhoudelijke kennisname (art. 3.7) dient alsnog de rechter-

commissaris te worden ingeschakeld, waarvoor art. 181 Sv als grondslag wordt aangewezen. Een verschil met eerste concept is voorts dat de betrokkenheid van de rechter-commissaris niet beperkt blijft tot 'mededelingen aan of door' een verschoningsgerechtigde, maar wordt voorgeschreven in alle gevallen waarin sprake is van 'mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal'.

6.47 Ik sta nog kort stil bij het Voorlopig handelingskader. Dit document - dat zich niet tussen de stukken bevindt en niet is gepubliceerd, waardoor ik me voor wat betreft de inhoud hiervan moet verlaten op de omschrijving die wordt gegeven in de schriftelijke opmerkingen ingediend namens de Staat - verwoordt, zo begrijp ik, het huidige beleid van het OM en dus de thans staande praktijk.<sup>242</sup> Het vertrekt vanuit eenzelfde grondgedachte als de tweede concept-Aanwijzing in die zin dat wordt voorgeschreven dat geen plaats meer is voor inhoudelijke kennisname door een geheimhouder-medewerker/officier van justitie van het OM. Enkele verschillen met de tweede concept-Aanwijzing springen in het oog. De eerste is dat niet van belang is of er na het doen van een vordering wel of niet iets over de aanwezigheid van verschoningsgerechtigd materiaal wordt aangevoerd. De schriftelijke opmerkingen van de Staat vermelden namelijk over de inhoud van dit handelingskader:

'als (i) vóór verkrijging de redelijke verwachting bestaat dat mogelijke geheimhouderinformatie wordt verkregen en (ii) als na verkrijging op mogelijke geheimhouderinformatie wordt gestuit - [wordt] de rechter-commissaris door de officier van justitie met een vordering ex art. 181 Sv (...) gevraagd om de mogelijke geheimhouderinformatie te (doen) filteren, te beoordelen en de officier van justitie opdracht te geven geheimhouderinformatie te (laten) vernietigen of terug te (doen) geven.'<sup>243</sup>

6.48 Bepalend is dus of 'voor verkrijging' een 'redelijke verwachting/ redelijk vermoeden'<sup>244</sup> bestaat, of dat na verkrijging op 'mogelijk' verschoningsgerechtigde informatie wordt 'gestuit'. In beide gevallen moet de rechter-commissaris worden aangezocht door middel van een vordering bedoeld in art. 181 lid 1 Sv. Strikt genomen is het ontstaan van een 'redelijk vermoeden' ná verkrijging hiervoor dus niet genoeg en in zoverre lijkt het Voorlopig handelingskader weer enger geformuleerd dan de tweede concept-Aanwijzing (vgl. de 'redenen om aan te nemen' uit art. 4.3 van het tweede concept). Voor het overige lijken mij tussen de tweede concept-Aanwijzing en het Voorlopig handelingskader geen wezenlijke verschillen te bestaan.<sup>245</sup>

6.49 In de afgelopen maanden is gebleken dat het Voorlopig handelingskader niet steeds wordt aanvaard in de feitenrechtspraak. In de schriftelijke opmerkingen die namens de Staat zijn ingediend wordt gewezen op enkele zaken waarin de rechter-commissaris een vordering als bedoeld in art. 181 lid 1 Sv strekkende tot filtering van verschoningsgerechtigd materiaal heeft afgewezen en/of het daartegen ingestelde hoger beroep door het openbaar ministerie ongegrond of niet-ontvankelijk is verklaard.<sup>246</sup> In de namens de Staat ingediende schriftelijke opmerkingen wordt voorts gewezen op correspondentie die zou hebben plaatsgevonden met de 'expertgroep rechters-commissarissen'. Deze zou wegens juridische redenen en redenen van capaciteit hebben aangegeven dat overwogen zou worden om op het Voorlopig handelingskader gebaseerde vorderingen ex art. 181 lid 1 Sv niet-ontvankelijk te verklaren.<sup>247</sup>

6.50 Ten slotte nog kort iets over de praktische aspecten verbonden aan het nieuwe beleid/ de nieuwe werkwijze. Tussen de partijen in de onderhavige procedure bestaat een verschil van inzicht over de mogelijkheden en wenselijkheid van filtering in het stadium van verkrijging. Het OM lijkt ten tijde van het Voorlopig beleid erop te hebben aangestuurd dat de filtering zoveel mogelijk op het moment van de verkrijging - bijvoorbeeld door het laten uitvoeren van een filtering op mail-extensies door de persoon (het hostingbedrijf) tot wie de vordering is gericht - zou worden uitgevoerd.<sup>248</sup> In de latere beleidsvoornemens - en in de in deze procedure ingediende schriftelijke opmerkingen - wordt namens het OM/ de Staat het standpunt betrokken dat dit technisch niet altijd mogelijk is.<sup>249</sup> Daarbij zal ook meespelen dat een 'systeem van e-mailherkenning' (vergelijkbaar met het systeem van nummerherkenning) fraudegevoelig is en dat een zo ontworpen vorm van selectie 'aan de poort' tot een potentieel groot aantal fout-positieven zal leiden waarop dan geen correctie meer mogelijk is.<sup>250</sup> Anders gezegd: het bij de verwerving grofmazig filteren op e-mailadressen van advocaten leidt ertoe dat teveel gegevens permanent buiten het strafvorderlijk onderzoek zullen blijven. Ik kom verderop nog kort op deze praktische aspecten terug.<sup>251</sup>

*De hackbevoegdheden*



- 6.51 Voor ik tot een afronding kom sta ik eerst nog kort stil bij enkele andere bijzondere opsporingsbevoegdheden die kunnen leiden tot een situatie waarin verschoningsgerechtigd materiaal binnen het bereik van een strafrechtelijk onderzoek kan komen. Om te beginnen de - sinds 1 maart 2019 in het Wetboek van Strafvordering opgenomen - 'hackbevoegdheden' (de artikelen 126nba, 126uba en 126zpa Sv).<sup>252</sup> Met deze bevoegdheden kan worden ingebroken op computers (doorgaans servers). Opvallend is dat tijdens het wetgevingsproces dat aan de invoering van deze artikelen voorafging - anders dan bij de voorbereiding van de bevoegdheden voor het vorderen van de gegevens - aandacht is geweest voor de mogelijkheid dat bij dergelijke opsporingsacties onbedoeld (als 'bijvangst') gestuit wordt op verschoningsgerechtigde informatie.
- 6.52 De NOvA had in haar advies aangedrongen op een specifieke regeling - die vergelijkbaar zou moeten zijn met het systeem van nummerherkenning bij telecommunicatie - die zou moeten voorkomen dat op deze manier (per ongeluk) geheimhouderinformatie zou worden vergaard.<sup>253</sup> Ook de Raad voor de rechtspraak had een dergelijk voorstel gedaan.<sup>254</sup> De minister heeft deze voorstellen evenwel niet willen overnemen. In de Memorie van Toelichting wordt in reactie op deze adviezen voldoende geacht dat eventueel als bijvangst aangetroffen geheimhouderinformatie - nu art. 126aa Sv ook op deze artikelen van toepassing is - dient te worden vernietigd.<sup>255</sup>
- 6.53 Tijdens de parlementaire behandeling is vervolgens vanuit de Kamer het punt benoemd dat de vernietigingsplicht van art. 126aa Sv weliswaar van toepassing is op de nieuwe hackbevoegdheden, maar dat hiermee niet wordt voorkomen dat bij de opsporing betrokken personen op het moment dat zij op de informatie stuiten - en dus voordat zij die (kunnen) vernietigen - reeds kennisnemen van de inhoud van die informatie.<sup>256</sup> Dit probleem is door de staatssecretaris in zijn beantwoording van de Kamervragen, voor zover ik heb kunnen zien, in essentie onbesproken gelaten.<sup>257</sup> De staatssecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling nog wel gewezen op de Instructie, waarin de te volgen procedure indien een opsporingsambtenaar bij de uitwerking van geïntercepteerde communicatie meent op communicatie met een geheimhouder te stuiten, 'stapsgewijs' zou zijn uitgewerkt.<sup>258</sup> Dit betreft evenwel de verouderde Instructie die volgens het OM niet langer de gevolgde praktijk weergeeft (zie hiervoor onder 6.37).
- 6.54 Over de wijze waarop in de praktijk wordt voorkomen dat bij de inzet van hackbevoegdheden het verschoningsrecht van geheimhouders wordt geschonden is mij geen jurisprudentie bekend. Wel wijs ik op het (art. 122 lid 1 RO-)onderzoek van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad naar de wijze waarop het OM toepassing geeft aan de hackbevoegdheden.<sup>259</sup> In dit onderzoek wordt gewezen op enkele 'ongerijmdheden' tussen de relevante bepalingen uit het Besluit (zie hierover hiervoor onder 6.18-6.23) en het eveneens van toepassing zijnde Besluit onderzoek in een geautomatiseerd werk.<sup>260</sup> Met betrekking tot de omgang met geheimhouderinformatie wordt aanbevolen om (in afwachting van nieuwe regelgeving) aan de rechter-commissaris een 'regisserende rol toe te kennen'.<sup>261</sup>
- Het vorderen van gegevens op andere gronden dan art. 126ng Sv*
- 6.55 Ten slotte nog iets over het vorderen van gegevens op andere grond dan art. 126ng Sv. De andere bevoegdheden voor het vorderen zijn grotendeels gelijktijdig met art. 126ng Sv in de wet gekomen. Zie voor de parlementaire geschiedenis 6.24-6.32. Het samenstel aan vorderingsbevoegdheden vormt zoals bekend een tamelijk complex geheel van bevoegdheden die onder meer verschillen in het type gegevens waar het om gaat (identificerende gegevens, andere bestaande gegevens, toekomstige bestaande gegevens, gevoelige gegevens, camerabeelden), het beoogde doel (bevriezing, ontsleuteling), het type onderzoek (verdenking, 'vroegsporing', terrorisme) en het subject tot wie de vordering kan worden gericht (degene die daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komt, degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot bepaalde opgeslagen of vastgelegde gegevens, degene die anders dan ten behoeve van persoonlijk gebruik gegevens verwerkt, de aanbieder van een communicatiedienst). Het bespreken van al deze bepalingen gaat het bestek van deze conclusie te buiten. Ik beperk me daarom tot het bespreken van de relevante rechtspraak.
- 6.56 Een eerste hier te noemen relevante uitspraak betreft een beschikking van 10 december 2013.<sup>262</sup> In deze zaak draaide het om een vordering gegevens op grond van art. 126nf Sv. De vordering was gericht aan een forensisch psychiatrische afdeling (hierna: FPA), waardoor de verschoningsgerechtigde (de geneesheer-directeur) zelf kennis had van het bestaan van de vordering. De vordering had betrekking op zogenoemde 'gevoelige' (medische) gegevens over een patiënt van de FPA. De FPA had

de gevorderde gegevens in een gesloten enveloppe aan de rechter-commissaris ter beschikking gesteld en over de vordering een klaagschrift als bedoeld in art. 552a Sv ingediend, omdat de betroffen gegevens zouden vallen onder het (afgeleid) professioneel verschoningsrecht (art. 126nf lid 2 Sv verklaart art. 96a lid 3 Sv van overeenkomstige toepassing). De rechtbank verklaarde het beroep gegrond en gelastte teruggave.

6.57 Het tegen die beschikking door het OM ingestelde cassatieberoep werd verworpen. Daartoe overwoog de Hoge Raad onder meer dat - ook in het geval gegevens worden gevorderd in plaats van vastgelegd of verkregen via inbeslagneming - 'de beslissing van de verschoningsgerechtigde dat zijn verschoningsrecht aan het voldoen aan de vordering in de weg staat (...) door de rechter in beginsel [zal] dienen te worden geëerbiedigd.'<sup>263</sup> Daarbij verwees de Hoge Raad naar eerdere rechtspraak waarbij medische gegevens na een weigering te voldoen aan de vordering in beslag waren genomen.<sup>264</sup> Aldus werd door de Hoge Raad het uitgangspunt uit het 'klassieke' domein - inhoudende dat het primaat bij de verschoningsgerechtigde zelf ligt om aan te geven wat onder zijn verschoningsrecht valt (zie hiervoor onder 5 - ook van toepassing verklaard in het kader van een bijzondere opsporingsbevoegdheid).<sup>265</sup> Opvallend is bovendien dat in deze zaak de zogenoemde gesloten enveloppe-procedure is gevolgd, terwijl art. 126nf Sv daar niet in voorziet (al was tegen het volgen van deze procedure als zodanig geen klacht geformuleerd).<sup>266</sup> Daarbij geldt uiteraard als belangrijke kanttekening dat in deze zaak de vordering rechtstreeks gericht was tot de (rechts)persoon die zelf beschikte over een (afgeleid) verschoningsrecht, waardoor van de voor art. 126ng Sv kenmerkende heimelijkheid toch al geen sprake meer was.

6.58 Een belangrijke volgende zaak betreft een beschikking van 30 juni 2017.<sup>267</sup> Ook in deze zaak was op grond van art. 126nf Sv een vordering gedaan, dit keer - zeer in het kort - aan een 112-meldkamer. Tegen een melder was de verdenking ontstaan dat hij zelf de hand had gehad in het onwel worden van zijn vrouw, waarover hij een 112-melding had gedaan en wat zijn vrouw uiteindelijk fataal werd. Op de complexe vragen wie hier precies een (afgeleid) professioneel verschoningsrecht had ga ik hier niet in. De casus bracht de Hoge Raad ertoe in meer algemene bewoordingen uiteen te zetten hoe moet worden gehandeld indien een vordering gegevens wordt gedaan jegens iemand die niet zelf de geheimhouder is, maar wel aanvoert dat zich tussen de gevorderde gegevens verschoningsgerechtigde informatie bevindt. Deze overwegingen luiden voor zover relevant als volgt:

## '2.6.

Wat betreft de te volgen procedure het volgende.

Indien degene jegens wie door de officier van justitie, met machtiging van de rechter-commissaris, een vordering is gedaan tot het verstrekken van gegevens niet zelf de verschoningsgerechtigde is, maar aanvoert dat een geheimhouder de bevoegdheid tot verschoning kan uitoefenen ten aanzien van die gegevens, is het aangewezen dat de gegevens waarvan de verstrekking is gevorderd in handen worden gesteld van de rechter-commissaris. Deze zal vervolgens de geheimhouder in staat moeten stellen zich uit te laten over zijn verschoningsrecht met betrekking tot die gegevens. Het standpunt van de verschoningsgerechtigde geheimhouder dient te worden gerespecteerd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is. Het oordeel of dit laatste het geval is komt in eerste instantie toe aan de rechter-commissaris. Voor zover dat noodzakelijk is mag daartoe door de rechter-commissaris van de desbetreffende gegevens worden kennisgenomen. (Vgl. HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0434, NJ 2014/12.)

Het is ook de rechter-commissaris die in eerste instantie beoordeelt of zich de situatie voordoet als in 2.5.5 bedoeld waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven de eerbiediging van het verschoningsrecht.

Beslist de rechter-commissaris dat de betrokken geheimhouder geen verschoningsrecht heeft of dat in de gegeven omstandigheden het verschoningsrecht moet worden doorbroken en dat aan de vordering tot verstrekking van gegevens gevolg dient te worden gegeven, dan brengt een redelijke wetstoepassing met het oog op het belang van een voortvarende procedure mee dat gehandeld wordt in overeenstemming met hetgeen in art. 98, derde lid, Sv is bepaald voor inbeslagneming. De

beschikking van de rechter-commissaris zal aan de betrokken geheimhouder moeten worden betekend, onder mededeling dat deze binnen veertien dagen tegen deze beschikking een klaagschrift kan indienen bij een in die mededeling aangeduid gerecht in feitelijke aanleg en tevens dat niet tot kennisneming van de gegevens wordt overgegaan dan na afloop van die veertien dagen dan wel indien zo'n klaagschrift wordt ingediend nadat in die beklagzaak onherroepelijk over (de eerbiediging van) het verschoningsrecht van de geheimhouder is beslist. (Vgl. HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, NJ 2016/140.)

In de eventuele beklagzaak van degene jegens wie de vordering is gedaan tot het verstrekken van gegevens dient het oordeel in de beklagprocedure van de geheimhouder, als dat onherroepelijk is geworden, tot uitgangspunt te worden genomen. Indien in die laatste procedure is beslist dat met betrekking tot de desbetreffende gegevens het verschoningsrecht moet worden gerespecteerd, is het klaagschrift van degene van wie de verstrekking van deze gegevens is gevorderd in zoverre gegrond en behoeven die gegevens niet te worden verstrekt.

In het geval dat in de beklagzaak van de geheimhouder diens beroep op zijn verschoningsrecht ongegrond wordt verklaard, moet degene van wie de verstrekking van gegevens is gevorderd, niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn klaagschrift voor zover het de klachten met betrekking tot het verschoningsrecht betreft.

Indien de geheimhouder geen klaagschrift indient tegen de beslissing van de rechter-commissaris dat aan de vordering tot verstrekking van gegevens gevolg dient te worden gegeven, moet het ervoor worden gehouden dat door de geheimhouder geen beroep wordt gedaan op zijn verschoningsrecht. Ook in dat geval moet degene van wie de verstrekking van gegevens is gevorderd niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn klaagschrift voor zover het de klachten met betrekking tot het verschoningsrecht betreft. In deze gevallen geldt dat, zodra vaststaat dat een beroep op het verschoningsrecht niet is gedaan of niet opgaat, van de verstrekte gegevens kan worden kennisgenomen. (Vgl. HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR: 2015:3076.)

6.59 Deze overweging komt erop neer dat de Hoge Raad bepaalt dat de procedure die is voorzien in art. 98 Sv, analoog moet worden toegepast indien een vordering wordt gedaan en zich daartussen naar het oordeel van degene tot wie de vordering is gericht verschoningsgerechtigde informatie bevindt. Dit betekent dat de rechter-commissaris, die afgaande op de tekst van de wet geen rol heeft bij deze vordering (anders dan het afgeven van een machtiging), door de Hoge Raad een centrale rol krijgt toebedeeld. Hij moet immers, op vergelijkbare wijze als wanneer beslag is gelegd, het oordeel van de verschoningsgerechtigde inwinnen en uiteindelijk zelf een oordeel vellen.<sup>268</sup> Hierbij zij - opnieuw - aangetekend dat het in deze zaak gaat om een direct bij het verschoningsrecht betrokken partij die zelf over een afgeleid verschoningsrecht beschikt. Dat ligt bij een hostingbedrijf dat geconfronteerd wordt met een vordering ex art. 126ng Sv (iets) anders.

#### *Tussenbalans*

6.60 Het voorgaande levert het volgende beeld op. Over de wetgever kan gezegd worden dat hij bij de invoering van art. 126aa Sv (in 2000) geen probleem zag in een procedure waarbij bij het opsporingsonderzoek betrokken opsporingsambtenaren, waaronder de aan hen leidinggevende officier van justitie, tot op zekere hoogte inhoudelijk kennis zouden nemen van deze informatie. Bij de daaropvolgende invoering van de bevoegdheden ter vordering van gegevens, in het bijzonder art. 126ng Sv (in 2006), is vervolgens besloten dat deze artikelen onder het regime van art. 126aa Sv zouden vallen. Daarbij heeft de wetgever wellicht niet goed (kunnen) voorzien welke complexiteiten de informatiesamenleving van nu zou (gaan) kennen, waarbij grote hoeveelheden moeilijk te ordenen gegevens aan de orde kunnen komen. Dat laatste kan echter niet gezegd worden over de invoering van de hackbevoegdheden (in 2019). De daarmee verbonden risico's voor schending van het verschoningsrecht zijn in essentie dezelfde en waren op het moment van invoering bij de wetgever bekend, terwijl ook toen tegen geen overwegende bezwaren bestonden tegen het van toepassing verklaren van het regime van art. 126aa Sv.

6.61

Bij het OM is intussen sprake geweest van veranderend beleid en inzicht. Waar aanvankelijk het beleid was dat de zaakofficier van justitie zelf inhoudelijk kennis kon nemen van verschoningsgerechtigd materiaal - om vervolgens de filtering te kunnen uitvoeren - kwam later de geheimhouder-officier van justitie ten tonele en in de meest recente concept-Aanwijzing heeft die – althans voor zover het de mening van het OM betreft - zijn plek weer moeten afstaan aan de rechter-commissaris. Tegelijkertijd maakt een blik op het beleid van het OM duidelijk dat er nog veel andere variabelen bestaan. Zo wordt nu eens van belang geacht of wordt 'aangevoerd' dat zich tussen gegevens verschoningsgerechtigd materiaal bevindt, dan weer moet hierop worden 'gestuit' of hieromtrent een '(redelijke) verwachting/vermoeden' bestaan. Het voorschrift van art. 126aa lid 2 laatste volzin Sv wordt soms tekstueel gelezen - in die zin dat het zich beperkt tot 'mededelingen' - en soms ruimer, zodat het betrekking heeft op al het 'materiaal' waarover discussie mogelijk is over of het wel of niet onder het verschoningsrecht valt.

- 6.62 In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt intussen een duidelijk streven naar consistentie zichtbaar. Dit gold al eerder voor het streven naar samenhang met andere rechtsgebieden (zie hiervoor onder 4.4) en binnen het strafproces voor het 'klassieke domein', door het van overeenkomstige toepassing verklaren van de procedure voorzien in art. 98 lid 2 tot en met 4 Sv op situaties waarin beslag is gelegd op een voorwerp onder een ander dan de verschoningsgerechtigde (zie onder 5.18). Iets soortgelijks is zichtbaar bij het van overeenkomstige toepassing verklaren van de gesloten enveloppe-procedure op gegevensvorderingen gedaan op grond van art. 126nf Sv (een bijzondere opsporingsbevoegdheid). Daar staat evenwel tegenover dat de Hoge Raad - althans voor wat betreft afgetapte gegevens (in de zin van art. 126m Sv) - heeft aanvaard dat de filtering van verschoningsgerechtigde informatie ter beoordeling staat van de officier van justitie. In zoverre heeft de Hoge Raad dus wel een tweesporenstelsel heeft geaccepteerd.
- 6.63 Ten slotte kan op grond van het voorgaande worden vastgesteld dat het onderscheid dat in de wet gemaakt wordt tussen 'klassieke' opsporingsbevoegdheden en 'bijzondere' opsporingsbevoegdheden, niet goed overeenstemt met de categorieën die zich in de realiteit voordoen. Zo zijn sommige bijzondere opsporingsbevoegdheden, bijvoorbeeld de vordering van art. 126nf Sv indien gericht aan een verschoningsgerechtigde zelf (of aan een (rechts)persoon die hiermee rechtstreeks verband houdt, zoals een ziekenhuis), naar hun aard niet heimelijk en verschillen zij dus in zoverre niet wezenlijk van de situatie waarin gegevensdragers openlijk in beslag worden genomen. Andersom is het zo dat de situatie waarin onder een ander dan de verschoningsgerechtigde beslag wordt gelegd, terwijl de verschoningsgerechtigde niet bekend is met het beslag en dus niet zijn verschoningsrecht kan invoeren, niet wezenlijk verschilt van de situatie waarin een vordering is gericht tot een derde en de verschoningsgerechtigde daarom onbekend blijft met het feit dat zijn verschoningsrecht 'gevaar loopt'.
- 6.64 Anders gezegd: schendingen van het verschoningsrecht kunnen zich eerder voordoen bij de aanwezigheid van één of meer risicofactoren. Risicofactoren zijn elk geval: (i) de omstandigheid dat de verschoningsgerechtigde zelf niet weet van het beslag, het onderzoek of de vordering; (ii) die waarin het gaat om grote, onoverzichtelijke databestanden; en (iii) die waarin de rechter-commissaris geen rol of geen rol op de voorgrond heeft (bijvoorbeeld omdat hij slechts bij het afgeven van een machtiging is betrokken). Een samenloop van deze risicofactoren kan zich voordoen bij een vordering als bedoeld in art. 126ng Sv (maar dat hoeft niet), terwijl dit ook kan bij een regulier beslag op een gegevensdrager als bedoeld in art. 96 Sv onder een ander dan de verschoningsgerechtigde.

## **7 Het nieuwe Wetboek van Strafvordering (NSv)**

### *Inleiding*

7.1 De voorgenomen modernisering van het Wetboek van Strafvordering zal in veel van de hiervoor besproken bepalingen verandering brengen. Ik noem de belangrijkste en ga daarna op een aantal daarvan nader in:

- (i) Een nieuw artikel 1.6.7 NSv zal het huidige art. 218 Sv vervangen. Dit artikel bevat met name een codificatie van bestaande rechtspraak;

(ii) met art 2.1.1 NSv wordt voorzien in definities van de begrippen 'functioneel verschoningsgerechtigde' en 'functioneel verschoningsrecht'. Deze definities zijn gekoppeld aan art. 1.6.7 NSv;

(iii) in boek 2 (opsporing van strafbare feiten) is een nieuw hoofdstuk opgenomen waarin de bevoegdheden met betrekking tot gegevens bij elkaar zijn geplaatst (hoofdstuk 7);

(iv) in een afzonderlijke titel (Titel 7.5) zijn bepalingen opgenomen voor de uitoefening van bevoegdheden in het geval van verschoningsrecht. Deze bepalingen normeren daardoor alle in dit hoofdstuk bedoelde bepalingen;

(v) de spoedprocedure (geregeld in art. 552a lid 2 en art. 552d lid 3 Sv) wordt afgesplitst van de beklagprocedure (titel 4.1 boek 6 NSv) en ondergebracht in een nieuw artikel (art. 2.7.71 NSv);

(vi) andere in deze conclusie besproken bijzondere opsporingsbevoegdheden, waaronder de hackbevoegdheden en de telefoontap, worden opgenomen in hoofdstuk 8 (heimelijke bevoegdheden). In dit hoofdstuk is een artikel opgenomen (art. 2.8.3 NSv) dat trekken vertoont van het huidige art. 126aa Sv.

#### *Enkele relevante aspecten aan de nieuwe regeling*

7.2 ( ad i). Het voorgestelde art. 1.6.7 NSv is opgenomen in de nieuwe bepalingen over de verschoningsgerechtigden (Boek 1, Hoofdstuk 6, Titel 2). Het moet als volgt komen te luiden:

'Getuigen die in de uitoefening van hun ambt, beroep of stand verplicht zijn tot een geheimhouding waarin besloten ligt dat het belang van de waarheidsvinding moet wijken voor het maatschappelijk belang dat ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden, kunnen zich van het beantwoorden van bepaalde vragen verschonen. Zij kunnen zich slechts verschonen omtrent de wetenschap over hetgeen rechtstreeks verband houdt met deze taakuitoefening'<sup>269</sup>

7.3 Dit artikel behelst een codificatie van de grondslag van het verschoningsrecht, zoals die in vaste jurisprudentie van de Hoge Raad tot uitdrukking wordt gebracht.<sup>270</sup> In de tweede volzin is gekozen voor een formulering die beter aansluit op de nu al gangbare interpretatie van art. 218 Sv. Dit schuilt met name in het niet meer spreken over aan (onder meer) advocaten 'toevertrouwde' informatie en het verduidelijken dat de reikwijdte van het verschoningsrecht is beperkt tot kwesties 'omtrent de wetenschap over hetgeen rechtstreeks verband houdt' met de taakuitoefening als advocaat. Hiermee moet duidelijk worden dat het verschoningsrecht zich niet uitstrekt over 'activiteiten of wetenschap die geen verband houden met de essentiële hulpverleningstaak die de verschoningsgerechtigde uitoefent.'<sup>271</sup> Deze formulering sluit aan bij de eerdere rechtspraak over de 'hoedanigheid'.<sup>272</sup>

7.4 ( ad ii). De definitie van de professioneel verschoningsgerechtigde is geënt op de formulering van art. 1.6.7. De in art. 2.1.1 NSv opgenomen definitie luidt immers:

'de verschoningsgerechtigde, bedoeld in de artikelen 1.6.7 en 1.6.8'<sup>273</sup>

7.5 ( ad iii). In het nieuwe hoofdstuk 7 van boek 2 ('Bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens') worden de bevoegdheden ter inbeslagneming van voorwerpen (Titel 7.2 NSv) en die voor het 'onderzoek aan gegevens' (Titel 7.3) bij elkaar geplaatst. In de nieuwe Titel 7.3<sup>274</sup> zijn bepalingen opgenomen die in de plaats treden van de nu afzonderlijk geregelde doorzoeking ter vastlegging van gegevens en het vorderen van gegevens, alsmede voor de nu deels niet wettelijk genormeerde vormen van onderzoek aan gegevens via een (in beslag genomen) gegevensdrager. Afdeling 7.3.3 is de afdeling die gaat over wat thans het vorderen van gegevens heet (in de terminologie van het nieuwe wetboek: bevelen tot het verstrekken van gegevens). Het voorgestelde art. 2.7.48 NSv is het equivalent van het huidige art. 126ng Sv.<sup>275</sup> Van belang is met name dat dit artikel in het nieuwe wetboek niet meer valt onder de bijzondere opsporingsbevoegdheden (of in de terminologie van het nieuwe wetboek: heimelijke bevoegdheden (hoofdstuk 8 boek 2), en daarmee ook niet meer onder het equivalent van art. 126aa Sv (art. 2.8.3 NSv)<sup>276</sup>. De bescherming van het functionele verschoningsrecht wordt in plaats daarvan geregeld in de algemene bepalingen opgenomen in Titel 7.5.<sup>277</sup>

7.6 (

(ad iv). De bescherming van het functionele verschoningsrecht wordt geregeld in een aantal bepalingen. Deze in Titel 7.5 geconcentreerde bepalingen komen goeddeels in de plaats van het nu bestaande netwerk van bepalingen waarin art. 96a lid 3 en/of 98 Sv van overeenkomstige toepassing zijn verklaard.<sup>278</sup> Een algemeen kenmerk van de nieuwe regeling is dat de positie van de rechter-commissaris hierin is versterkt. Ik geef de voor de onderhavige thematiek relevante bepalingen weer:

#### **Artikel 2.7.58**

1. Op grond van hun verschoningsrecht zijn niet verplicht aan bevelen als bedoeld in dit hoofdstuk te voldoen:

(...)

c. functioneel verschoningsgerechtigden, voor zover uitvoering van het bevel zou leiden tot openbaring van gegevens waarover zij zich als getuige zouden kunnen verschonen.

(...)

#### **Artikel 2.7.59**

1. Een doorzoeking bij een functioneel verschoningsgerechtigde vindt alleen plaats voor zover zij zonder schending van het functioneel verschoningsrecht kan worden uitgevoerd.

2. Een onderzoek van gegevens in een digitale-gegevensdrager die of een geautomatiseerd werk dat gegevens bevat die zijn ingevoerd door of namens een functioneel verschoningsgerechtigde vindt alleen plaats voor zover het zonder schending van het functioneel verschoningsrecht kan worden uitgevoerd.

#### **Artikel 2.7.60**

Bij functioneel verschoningsgerechtigden worden daarvoor vatbare voorwerpen waarover het functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt niet inbeslaggenomen en worden gegevens waarover het functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt niet overgenomen, tenzij:

a. de rechter-commissaris op grond van de artikelen 2.7.61 en 2.7.62 heeft beslist dat van die gegevens of van aan die voorwerpen te ontleen informatie mag worden kennisgenomen, of

b. de inbeslagneming van de voorwerpen of het overnemen van de gegevens nodig is om tot een beslissing op grond van de artikelen 2.7.61 en 2.7.62 te komen.

#### **Artikel 2.7.61**

Behoudens artikel 2.7.62, vierde lid, kan van gegevens of aan voorwerpen te ontleen informatie waarover het functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt geen kennis worden genomen, tenzij:

a. de functioneel verschoningsgerechtigde daarvoor toestemming geeft;

b. de voorwerpen of gegevens het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend;

c. bij het verschoningsrecht, bedoeld in artikel 1.6.7, zeer uitzonderlijke omstandigheden maken dat het belang van de waarheidsvinding in een bepaald geval zwaarder weegt dan het maatschappelijk belang, bedoeld in dat artikel;

(...)

#### **Artikel 2.7.62**

1. De rechter-commissaris beslist over de kennisneming, bedoeld in artikel 2.7.61.

2. De rechter-commissaris beslist niet dan nadat hij de functioneel verschoningsgerechtigde zo mogelijk in staat heeft gesteld zijn standpunt kenbaar te maken. De rechter-commissaris kan beslissen

dat de functioneel verschoningsgerechtigde wordt gehoord buiten aanwezigheid van anderen.

3. De rechter-commissaris kan zich ten behoeve van zijn beslissing laten voorlichten door een vertegenwoordiger van het ambt, de beroepsgroep of de stand waartoe de functioneel verschoningsgerechtigde behoort. De rechter-commissaris wint in ieder geval het advies van een vertegenwoordiger in indien hij overweegt om, in afwijking van het standpunt van de functioneel verschoningsgerechtigde of zonder dat deze zijn standpunt kenbaar heeft gemaakt, te beslissen dat van de gegevens en de aan het voorwerp te ontlene informatie mag worden kennisgenomen.

4. Alleen de rechter-commissaris kan voor zover dat voor het nemen van de beslissing noodzakelijk is, kennisnemen van gegevens of aan voorwerpen te ontlene informatie.

5. Indien de rechter-commissaris in gebreke blijft te beslissen kan hem op verzoek van de functioneel verschoningsgerechtigde of op vordering van de officier van justitie door de rechtbank een termijn worden gesteld waarbinnen een beslissing wordt genomen.

### **Artikel 2.7.63**

(...)

2. De beslissing wordt direct aan de functioneel verschoningsgerechtigde betekend. De functioneel verschoningsgerechtigde wordt daarbij gewezen op zijn recht tegen de beslissing beroep in te stellen.

### **Artikel 2.7.64**

In gevallen waarin de rechter-commissaris beslist dat mag worden kennisgenomen van de gegevens of aan voorwerpen te ontlene informatie wordt, tenzij de functioneel verschoningsgerechtigde toestemming voor de kennisneming heeft gegeven, pas tot kennisneming overgegaan:

a. nadat twee weken zijn verstreken na de betekening van de beslissing van de rechter-commissaris aan de functioneel verschoningsgerechtigde; of

b. indien de functioneel verschoningsgerechtigde binnen de in artikel 2.7.71 genoemde termijn in beroep gaat tegen de beslissing, nadat op dat beroep onherroepelijk is beslist dat mag worden kennisgenomen.

### **Artikel 2.7.65**

1. Indien ten aanzien van bij een ander dan een functioneel verschoningsgerechtigde inbeslaggenomen voorwerpen het redelijk vermoeden ontstaat dat zich daaronder ook voorwerpen bevinden waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt, beslist de rechter-commissaris over de voorwaarden waaronder het beslag kan worden voortgezet.

2. Indien bij een ander dan een functioneel verschoningsgerechtigde onderzoek van gegevens wordt verricht dan wel gegevens zijn overgenomen en het redelijke vermoeden ontstaat dat zich daaronder ook gegevens bevinden waarover het functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt, beslist de rechter-commissaris over de voorwaarden waaronder het onderzoek van gegevens kan plaatsvinden dan wel kan worden voortgezet.

### **Artikel 2.7.66**

1. Indien bij een ander dan een functioneel verschoningsgerechtigde voorwerpen in beslag zijn genomen of gegevens zijn aangetroffen of overgenomen, wordt niet kennisgenomen van aan die voorwerpen te ontlene informatie of van die gegevens ten aanzien waarvan het redelijke vermoeden bestaat dat het functioneel verschoningsrecht zich daarover uitstrekt, tenzij de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie overeenkomstig artikel 2.7.62, eerste lid, anders beslist.

2. Alvorens deze beslissing te nemen stelt de rechter-commissaris overeenkomstig artikel 2.7.62, tweede lid, de functioneel verschoningsgerechtigde in de gelegenheid zijn standpunt kenbaar te maken en kan hij overeenkomstig artikel 2.7.62, derde lid, het advies inwinnen van de vertegenwoordiger van

de beroepsgroep.

3. De artikelen 2.7.62, vierde en vijfde lid, 2.7.63 en 2.7.64 zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat op grond van artikel 2.7.62, vijfde lid, ook de belanghebbende de rechtbank kan verzoeken om de rechter-commissaris een termijn te stellen.'

- 7.7 Het voert te ver om deze nieuwe regelingen uitputtend te bespreken. Ik beperk me tot een aantal constatering die voor de onderhavige thematiek van belang zijn. Aan hoofdzakelijk terminologische kwesties ga ik daarbij voorbij.
- 7.8 De artikelen 2.7.60 tot en met 2.7.64 hebben betrekking op de inbeslagneming van voorwerpen en het onderzoek van gegevens 'bij' functioneel verschoningsgerechtigden.<sup>279</sup> De artikelen voorzien in de kern in een uitgebreidere regulering van de gesloten enveloppen-procedure die nu te vinden is in art. 98 Sv. Een voorbeeld betreft de 'codificatie'<sup>280</sup> van de doorbrekingsgrond (art. 2.7.61 onder c).<sup>281</sup> Op een aantal punten is deze procedure strikter genormeerd. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de in lid 3 van art. 2.7.62 NSv genoemde omstandigheden waaronder de rechter-commissaris verplicht is om het oordeel van de Deken in te winnen. Het gegeven dat in het nieuwe art. 2.7.62 lid 2 NSv de mogelijkheid wordt opengelaten dat de rechter-commissaris beslist zonder de verschoningsgerechtigde te hebben gehoord (hij moet dit doen 'zo mogelijk'), moet bovendien niet worden gelezen als een versoepeling van de huidige regeling. De Memorie van Toelichting bevat hierover namelijk het volgende:

'Gezien het uitgangspunt dat het standpunt van de functioneel verschoningsgerechtigde wordt geëerbiedigd tenzij er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is, mogen de nodige inspanningen worden verwacht om de functioneel verschoningsgerechtigde in de gelegenheid te stellen zijn standpunt kenbaar te maken, vooral in gevallen waarin de rechter-commissaris voornemens is te beslissen dat mag worden kennisgenomen van de functioneel verschoningsgerechtigde informatie. In uiterste gevallen mag echter – mede in verband met de voortgang van het onderzoek en het daarmee samenhangende recht van de verdachte op berechting binnen een redelijke termijn – van het horen van de functioneel verschoningsgerechtigde worden afgezien. Gedacht kan worden aan gevallen waarin de functioneel verschoningsgerechtigde na de nodige inspanningen ook na verloop van enige tijd onvindbaar blijkt of na herhaalde verzoeken daartoe zijn standpunt niet kenbaar maakt. Ook kan worden gedacht aan het geval waarin de functioneel verschoningsgerechtigde overleden is.'<sup>282</sup>

- 7.9 Voor de in deze procedure aan de orde zijnde vragen zijn met name de artikelen van belang die betrekking hebben op de situatie waarin (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal wordt aangetroffen 'bij' een ander dan de verschoningsgerechtigde. Voor die gevallen is het nu geldende recht met name in de jurisprudentie ontwikkeld. Met de nieuwe artikelen 2.7.65 en 2.7.66 NSv moet worden voorzien in een wettelijke basis. Hoewel in de Memorie van Toelichting niet met zoveel woorden genoemd,<sup>283</sup> zal bij deze artikelen ook gedacht moeten worden aan de situatie dat gegevens zijn verkregen na een daartoe strekkend bevel tot verstrekking gericht aan een hostingbedrijf.<sup>284</sup> De essentie van de in art. 2.7.65 en 2.7.66 NSv neergelegde regeling is dat in die situaties op dezelfde manier moet worden gehandeld als in het geval het onderzoek zou hebben plaatsgevonden 'bij' een verschoningsgerechtigde. In zoverre vindt – naar de kern bezien – codificatie plaats van hetgeen in de jurisprudentie van de Hoge Raad al is bepaald in de context van het 'klassieke domein' en indien toepassing wordt gegeven aan art. 126nf Sv<sup>285</sup> Met deze voorgenomen wetwijziging wordt dit uitgangspunt uitgebreid tot alle bevoegdheden tot het vorderen c.q. bevelen tot verstrekken van gegevens.
- 7.10 Het belangrijkste verschil tussen onderzoek 'bij' een advocaat en onderzoek bij een derde is evenwel dat in het eerste geval op voorhand duidelijk zal zijn dat mogelijk op verschoningsgerechtigd materiaal kan worden gestuit, terwijl dit in het tweede geval niet zo zal zijn. Als maatstaf voor de vraag wanneer zal moeten worden overgeschakeld naar de procedure voor verschoningsgerechtigd materiaal wordt in de artikelen 2.7.65 en 2.7.66 NSv – net als in de concept-Aanwijzingen omgang verschoningsgerechtigd materiaal van het OM – het 'redelijk vermoeden' genoemd.<sup>286</sup> Over dit criterium valt in de Memorie van Toelichting het volgende te lezen:



*'Redelijk vermoeden dat functioneel verschoningsgerechtigde informatie zich tussen de inbeslaggenomen voorwerpen of te onderzoeken gegevens bevindt*

Het feit dat informatie zich onder een functioneel verschoningsgerechtigde bevindt, vormt een sterke indicatie dat een groot deel van de informatie die wordt aangetroffen ook onder het verschoningsrecht valt. Maar bij informatie die bij een niet-functioneel verschoningsgerechtigde wordt aangetroffen – zoals in deze bepalingen het geval is – is van een dergelijke premisse geen sprake. Dat neemt niet weg dat op enig moment wel het vermoeden kan ontstaan dat zich onder de inbeslaggenomen voorwerpen of onder de te onderzoeken gegevens ook verschoningsgerechtigde informatie bevindt. Het moet daarbij gaan om een «redelijk» vermoeden. De enkele bewering van de beslagene dat zich ergens verschoningsgerechtigde informatie bevindt, zonder nadere onderbouwing, is daarvoor niet voldoende.

Niet alleen de onderbouwde bewering van de beslagene of rechthebbende, maar ook bijvoorbeeld de aard of de kenmerken van de inbeslaggenomen voorwerpen of te onderzoeken gegevens of de wijze van archivering kunnen aanleiding geven tot een redelijk vermoeden dat zich daartussen functioneel verschoningsgerechtigd materiaal bevindt. Daarbij moet bedacht worden dat het in artikel 2.7.65 nog niet zozeer gaat om een vermoeden ten aanzien van specifieke voorwerpen of gegevens (zoals in artikel 2.7.66), maar om een redelijk vermoeden dat functioneel verschoningsgerechtigde informatie zich tussen de inbeslaggenomen voorwerpen en de te onderzoeken gegevens bevindt. Artikel 2.7.65 voorziet immers in een regeling die tot doel heeft dat deze voorwerpen en gegevens worden «uitgefilterd» (zie de inleiding op deze titel) en niet op de beoordeling van de aldus uitgefilterde informatie (zie daarover artikel 2.7.66). Bovendien moet het reële risico bestaan dat die informatie onderdeel uit zal maken van het beslag of het onderzoek. Van een dergelijk risico is geen sprake als de beslagene/rechthebbende functioneel verschoningsgerechtigde stukken kan aanwijzen en deze zo buiten het beslag of het onderzoek van gegevens kunnen worden gelaten. Hiervan is eveneens geen sprake als bijvoorbeeld op een smartphone niet de (werk)email van de betrokkene wordt bekeken ten aanzien waarvan hij aangeeft dat zich daartussen functioneel verschoningsgerechtigde gegevens bevinden, maar alleen wordt bekeken op welke locaties de telefoon is geweest.<sup>287</sup>

7.11 Voor het 'redelijk vermoeden' is dus niet zonder meer bepalend wat daaromtrent wordt aangevoerd.<sup>288</sup> Ook lijkt mij een beperking te worden aangebracht met de voorwaarde dat het moet gaan om een redelijk vermoeden dat zich verschoningsgerechtigd materiaal tussen de 'te onderzoeken gegevens bevindt'. Niet genoeg is dus het enkele feit dat - er een redelijk vermoeden ontstaat dat - zich verschoningsgerechtigd materiaal bevindt tussen in beslag genomen voorwerpen en/of vastgelegde gegevens in hun geheel. Deze beperking lijkt me met name van belang voor 'alledaagse' verschoningsgerechtigde gegevens die zich op zeer veel computers en telefoons zullen bevinden, zoals (agenda)afspraken met een (huis)arts of een notaris. Dat het in zijn algemeenheid zo is dat redelijkerwijs te verwachten valt dat deze gegevens op - bijvoorbeeld - een inbeslaggenomen smartphone te vinden zullen zijn, impliceert dus niet dat voor het onderzoek aan die smartphone straks in alle gevallen de artikelen 2.7.65 en 2.7.66 NSv van toepassing zijn.<sup>289</sup>

7.12 In de Memorie van Toelichting wordt voorts nog ingegaan op de specifieke problematiek van 'bulkbeoordelingen'. Deze kan zich voordoen bij het bevelen van uitlevering van gegevens bij een hostingbedrijf, maar ook bij tal van andere vormen van gegevensonderzoek, zoals bij het onderzoeken van een inbeslaggenomen computer. Ik citeer de belangrijkste overwegingen:

'Een belangrijke vraag daarbij is hoe moet worden omgegaan met grote hoeveelheden (digitale) informatie, waartussen zich ook functioneel verschoningsgerechtigde informatie bevindt («bulkbeoordelingen»). Deze vraag speelt vooral in gevallen waarin een doorzoeking bij een ander dan de functioneel verschoningsgerechtigde plaatsvindt, bijvoorbeeld een bedrijf, en niet op voorhand duidelijk is waar de verschoningsgerechtigde informatie zich (precies) bevindt. (...) In hoofdlijnen komt de [dan te volgen, AEH] procedure erop neer dat de verschoningsgerechtigde informatie onder leiding en verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris zoveel mogelijk direct en ongezien door de opsporing wordt uitgefilterd, waarna de opsporing met de overige («geschoonde») gegevens aan de slag kan (artikel 2.7.65). Van de uitgefilterde informatie wordt geen kennisgenomen (artikel 2.7.66).

In principe hoeft de rechter-commissaris de uitgefilterde informatie niet te bekijken. Alleen in hierna nog te bespreken uitzonderingsgevallen kan dat anders zijn. Het maken van een selectie uit de uitgefilterde informatie van de alsdan aan de rechter-commissaris voor te leggen gegevens gebeurt eveneens zonder kennisneming daarvan (met behulp van technische hulpmiddelen). (...)

Een belangrijk verschil tussen de situatie waarin sprake is van inbeslagneming van voorwerpen of onderzoek van gegevens bij een functioneel verschoningsgerechtigde enerzijds en bij anderen dan een functioneel verschoningsgerechtigde anderzijds is dat bij inbeslagneming van voorwerpen en bij het overnemen van gegevens bij de functioneel verschoningsgerechtigde de premisse geldt dat zich daartussen (grote hoeveelheden) informatie bevindt waarover het functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt. Bij inbeslagneming van voorwerpen of onderzoek van gegevens bij anderen geldt deze premisse niet. Dat neemt niet weg dat ook in dat geval het redelijke vermoeden kan ontstaan dat zich daartussen verschoningsgerechtigde informatie bevindt, bijvoorbeeld omdat de beslagene dat (onderbouwd) aangeeft of vanwege de aard van de gegevens die worden onderzocht. In dat geval wordt de verschoningsgerechtigde informatie zoveel mogelijk buiten het beslag gelaten en/of niet overgenomen. Als dat zo is, behoeft geen contact te worden opgenomen met de rechter-commissaris. Er wordt dan immers geen vermoedelijk verschoningsgerechtigde informatie inbeslaggenomen of onderzoek gedaan naar gegevens waarover het verschoningsrecht zich vermoedelijk uitstrekt.

In sommige gevallen zal het niet mogelijk zijn om de verschoningsgerechtigde informatie achter te laten. Een eerste reden daarvoor kan zijn dat de opsporing meent dat een van de uitzonderingsgronden ten aanzien van het verschoningsrecht van toepassing is (zie artikel 2.7.61) en de informatie daarom wil voorleggen aan de rechter-commissaris. Een tweede reden kan zijn dat niet duidelijk is waar de informatie zich precies bevindt. De beslagene of rechthebbende kan dat niet aangeven en het blijkt ook niet uit de wijze van archivering. Een derde reden kan zijn dat het bijvoorbeeld nodig is om een complete «image» (kopie) van de harde schijf te maken. (...)

In deze gevallen waarin dus het reële risico bestaat dat zich onder de inbeslaggenomen voorwerpen of tussen de onderzochte gegevens verschoningsgerechtigde informatie bevindt en het risico bestaat dat daarvan wordt kennisgenomen, moet contact worden opgenomen met de rechter-commissaris. Hij beslist vervolgens over de voorwaarden waaronder de inbeslagneming of het onderzoek van gegevens kan plaatsvinden (artikel 2.7.65).

Het moment waarop contact wordt opgenomen met de rechter-commissaris zal mede afhankelijk zijn van het moment waarop het redelijk vermoeden ontstaat dat zich tussen de voorwerpen en gegevens ook verschoningsgerechtigd materiaal bevindt (...). Als al voorafgaand aan de inbeslagneming de verwachting is dat dergelijk materiaal kan worden aangetroffen, ligt het voor de hand dat voorafgaand aan de bevoegdheidsuitoefening contact wordt opgenomen met de rechter-commissaris. Gedacht kan worden aan een situatie waarin een volledige bedrijfsadministratie wordt inbeslaggenomen, waarbij de verwachting is dat zich daartussen ook stukken van advocaten of notarissen bevinden. Als van een dergelijke verwachting vooraf geen sprake is, maar desalniettemin tijdens of na de inbeslagneming een redelijk vermoeden ontstaat dat het verschoningsrecht zich over bepaalde voorwerpen uitstrekt, kunnen die voorwerpen inbeslaggenomen worden, maar moet voordat die voorwerpen (verder) worden onderzocht, contact worden opgenomen met de rechter-commissaris (artikel 2.7.65, eerste lid). De rechter-commissaris moet in dat geval beslissen over de voorwaarden waaronder het beslag van de voorwerpen – waaronder begrepen het onderzoek aan de inbeslaggenomen voorwerpen – kan worden voortgezet. Bij onderzoek van gegevens geldt (eveneens) dat zodra het vermoeden ontstaat dat zich onder de te onderzoeken gegevens ook gegevens bevinden waarover het functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt, contact moet worden opgenomen met de rechter-commissaris (artikel 2.7.65, tweede lid).

De rechter-commissaris moet de voorwaarden zo bepalen dat daardoor wordt voorkomen dat opsporingsambtenaren kunnen kennisnemen van vermoedelijk verschoningsgerechtigde informatie (artikel 2.7.66, eerste lid). Deze voorwaarden kunnen inhouden dat zijn optreden moet worden

afgewacht of dat alle voorwerpen/gegevens eerst verzegeld naar zijn kabinet worden gebracht zodat hij zelf de verschoningsgerechtigde gegevens kan «uitfilteren» voordat de opsporing met de overige (geschoonde) gegevens aan de slag kan (de gesloten envelop-procedure). Hij zal dit in ieder geval moeten beslissen als het niet mogelijk is de verschoningsgerechtigde informatie uit te filteren zonder kennisneming daarvan.

Als het uitfilteren van de informatie zonder kennisneming (technisch) mogelijk is, kan hij ook toestaan dat de voorwerpen of gegevens worden meegenomen naar het kantoor van de opsporingsdienst. Hij zal dan moeten beslissen over de wijze waarop het verschoningsgerechtigd materiaal moet worden uitgefilterd. (...) Het is aan de rechter-commissaris – die verantwoordelijk is voor het stellen van de voorwaarden – om te bepalen welke zoektermen worden gebruikt en of eventueel door de functioneel verschoningsgerechtigde (of de beslagene/rechthebbende) aangeleverde zoektermen voldoende precies zijn om «false positives» en «false negatives» zoveel mogelijk te voorkomen. (...) Opsporingsambtenaren kunnen de zoekslagen vervolgens overeenkomstig de opdracht van de rechter-commissaris, en onder diens verantwoordelijkheid, uitvoeren. (...)

Omdat niet kan worden uitgesloten dat er zich onverhoopt toch verschoningsgerechtigde informatie tussen de geschoonde gegevens bevindt, kan het voorkomen dat een opsporingsambtenaar alsnog op dergelijk materiaal stuit. Gedacht kan worden aan de situatie waarin blijkt dat op de eerder door de verschoningsgerechtigde of beslagene aangeleverde lijst met uit te filteren emailadressen een emailadres ontbrak. Op dat moment wordt meteen ervoor gezorgd dat ook van die gegevens geen kennis meer kan worden genomen (artikel 2.7.66, eerste lid). Als het aangetroffen materiaal aanleiding geeft tot een vermoeden dat er zich mogelijk nog meer verschoningsgerechtigde informatie tussen de stukken bevindt, dient (opnieuw) contact opgenomen te worden met de rechter-commissaris, zodat die kan beoordelen of de voorwaarden bijstelling behoeven (artikel 2.7.65).

De uitgefilterde gegevens hoeven in principe niet aan de rechter-commissaris te worden voorgelegd of door hem te worden beoordeeld. Dat is alleen anders in uitzonderingsgevallen waarin de opsporing toch wil kunnen kennisnemen van bepaalde uitgefilterde gegevens (artikel 2.7.66, eerste lid). De officier van justitie kan dan vorderen dat de rechter-commissaris een beslissing neemt over het uitgefilterde materiaal. Hij kan daarvoor verschillende redenen hebben. Een eerste reden kan zijn dat de officier van justitie reden heeft om aan te nemen dat zich tussen de uitgefilterde informatie, informatie bevindt die relevant is voor het onderzoek en die toch niet onder het functioneel verschoningsrecht valt. Een functioneel verschoningsgerechtigde is bijvoorbeeld ook bestuurder van het bedrijf dat wordt onderzocht en in die hoedanigheid komt hem geen verschoningsrecht toe. Mogelijk zijn bijvoorbeeld toch e-mails die hij vanuit zijn rol als bestuurder heeft verstuurd, uitgefilterd. De rechter-commissaris zal dan, door kennisneming van de e-mails, moeten nagaan van welke e-mails wel en van welke e-mails geen kennis mag worden genomen door de opsporing. Een tweede aanleiding kan zijn dat de officier van justitie redenen heeft om aan te nemen dat zich tussen de uitgefilterde gegevens ook corpora en instrumenta bevinden, bijvoorbeeld een vervalste akte. Een derde reden kan zijn dat de officier van justitie vindt dat er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die een doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigen. (...)

Het zal in dergelijke gevallen meestal niet nodig zijn dat alle uitgefilterde informatie aan de rechter-commissaris wordt voorgelegd. Omdat ook bij het maken van de selectie binnen de uitgefilterde informatie als voorwaarde geldt dat de opsporing daarvan geen kennis neemt, zal ook hier langs geautomatiseerde weg een selectie moeten worden gemaakt van de gegevens die aan de rechter-commissaris worden voorgelegd. (...)’290

- 7.13 Deze overwegingen laten bijzonder weinig aan de verbeelding over voor diegene die zich afvraagt hoe de wetgever de omgang met op vordering/na een bevel verkregen gegevens onder de vigeur van het nieuwe wetboek voor zich ziet. Of het nu gaat om het filteren van verschoningsgerechtigde informatie op het moment dat een redelijk vermoeden over de aanwezigheid hiervan is gerezen, hetzij voorafgaand aan een inbeslagneming, hetzij tijdens het onderzoek, of dat het gaat om de situatie dat een opsporingsambtenaar onverhoopt op verschoningsgerechtigde informatie stuit, of om de situatie

dat informatie al is uitgefilterd maar de officier van justitie reden heeft om aan te nemen dat zich tussen de uitgefilterde gegevens informatie bevindt die relevant is en toch niet onder het verschoningsrecht valt (bijvoorbeeld omdat het niet gaat om communicatie die binnen de hoedanigheid als advocaat valt): in al die situaties is het de rechter-commissaris die moet worden benaderd en aan wie dan de regie toekomt.

7.14 Verder valt op dat - inherent aan het loskoppelen van de vorderingsbevoegdheden en het oude regime van art. 126aa Sv - de beperking tot 'mededelingen' is komen te vervallen. In plaats daarvan wordt in de wettekst gesproken van het ruimere voorwerpen/ gegevens/ informatie 'waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt' en in de Memorie van Toelichting - net als in de tweede concept-Aanwijzing - over 'verschoningsgerechtigd materiaal'.<sup>291</sup> Ten slotte merk ik op dat er blijkens de Memorie van Toelichting de voorkeur naar uitgaat dat verschoningsgerechtigd materiaal zoveel mogelijk reeds in het eerste stadium (dus dat van het beslag, de verstrekking of vastlegging) buiten het bereik van de opsporing dient te worden gehouden. De onderhavige procedure heeft laten zien dat over de mogelijkheden en wenselijkheid van zo een systeem verschillend kan worden gedacht.<sup>292</sup>

7.15 Wie in de Memorie van Toelichting op het voorgestelde Wetboek van Strafvordering zoekt naar overwegingen over de vraag waarom de nu nog bestaande bepalingen ter vordering van gegevens uit de sfeer van de bijzondere opsporingsbevoegdheden (en dus die van art. 126aa Sv) worden gehaald en in die van de generieke gegevensbepalingen worden ondergebracht, zal die overwegingen niet aantreffen. Toch is wel degelijk aandacht voor de verschillen die zich voordoen tussen het regime van art. 126aa Sv en de nu voorgestelde regeling. In het bijzonder kan genoemd worden de kwestie van heimelijk onderzoek. Waar dit bij de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden het uitgangspunt is (vgl. art. 126bb lid 5) en bij de doorzoeking ter vastlegging van gegevens onder omstandigheden denkbaar (art. 125m lid 5 Sv) is, is het geheim houden van het doen van onderzoek aan van een hostingbedrijf verkregen gegevens vanzelfsprekend niet mogelijk indien hierover eerst met een functioneel verschoningsgerechtigde in overleg moet worden getreden. Op dit punt schenkt de Memorie van Toelichting klare wijn:

'In de adviezen van de politie, de BOD'en en het OM wordt de situatie genoemd waarin het van belang is dat de verdachte of de functioneel verschoningsgerechtigde niet op de hoogte is van de inbeslagneming/het overnemen van gegevens. Om die reden zou het vragen van het standpunt van de functioneel verschoningsgerechtigde (tijdelijk) achterwege gelaten moeten kunnen worden «in het belang van het onderzoek».

(...)

In die gevallen zal ook de beslissing over de kennisneming van de (vermoedelijk) functioneel verschoningsgerechtigde gegevens moeten worden uitgesteld: de informatie wordt dan bewaard, maar er wordt (nog) geen kennis van genomen. Het kan om voornoemde redenen immers niet zo zijn dat een beslissing over de kennisneming wordt genomen, zonder dat de functioneel verschoningsgerechtigde in de gelegenheid is geweest zijn standpunt kenbaar te maken. Zodra het onderzoeksbelang zich niet meer verzet tegen het uitreiken van het bewijs van de bevoegdheidsuitoefening, kan het standpunt van de functioneel verschoningsgerechtigde worden gevraagd en kan de beslissing over de kennisneming worden genomen. Zo kan worden voorkomen dat er strijd ontstaat met het belang van het onderzoek én kan worden voorkomen dat functioneel verschoningsgerechtigde informatie zonder dat de functioneel verschoningsgerechtigde daarover tevoren is geraadpleegd in het onderzoek kan worden gebruikt.'<sup>293</sup>

7.16 De vraag kan gesteld worden hoe het voorgaande - en dan met name de laatste alinea - zich verhoudt tot het voorschrift van art. 2.7.68 lid 2 NSv om de verschoningsgerechtigde 'zo mogelijk' te horen. Elders in de Memorie van Toelichting staat, zo citeerde ik hierboven al,<sup>294</sup> dat '[i]n uiterste gevallen mag (...) - mede in verband met de voortgang van het onderzoek en het daarmee samenhangende recht van de verdachte op berechting binnen een redelijke termijn - van het horen van de functioneel verschoningsgerechtigde worden afgezien.' In zulke gevallen zou dan met het horen van de Deken kunnen worden volstaan. Dat lijkt enige ruimte te bieden om het belang van het onderzoek te laten meetellen bij de afwegingen of de verschoningsgerechtigde om een standpunt

wordt gevraagd. Gelet op de vervolgens gegeven voorbeelden in de Memorie van Toelichting (t.a.p.) lijkt het er echter op dat deze omstandigheden vooral gelegen mogen zijn in de 'onmogelijkheid' om het standpunt van de verschoningsgerechtigde in te winnen. Bijvoorbeeld vanwege onvindbaarheid, overlijden of irresponsiviteit. Het lijkt mij duidelijk dat in de voorgestelde regeling op dit punt enige spanning ligt besloten. De uitwijkmogelijkheid naar de Deken zou in beeld kunnen komen om die spanning te verminderen.

7.17 ( ad v). Het voorgenomen art. 2.7.71 NSv, opgenomen in Titel 7.8 (Rechtsmiddelen), luidt als volgt:

**'Artikel 2.7.71**

1. Tegen de beslissing van de rechter-commissaris, bedoeld in de artikelen 2.7.62, eerste lid, en 2.7.66, eerste lid, kan de functioneel verschoningsgerechtigde binnen twee weken na de betekening daarvan en de officier van justitie binnen twee weken na de dagtekening beroep instellen bij de rechtbank.

2. De rechtbank beslist binnen een maand na ontvangst van het beroepschrift. De artikelen 2.7.62, vierde lid, en 2.7.63, tweede lid, zijn van overeenkomstige toepassing.

3. Beroep in cassatie kan door de functioneel verschoningsgerechtigde worden ingesteld binnen twee weken na de betekening en door de officier van justitie binnen twee weken na dagtekening van de beslissing van de rechtbank.

4. De Hoge Raad beslist binnen drie maanden na indiening van de schriftuur. De artikelen 5.6.6 en 5.6.7 zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de termijn voor indiening van middelen van cassatie twee weken bedraagt. Artikel 2.7.62, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing.'

7.18 De in dit artikel genoemde beroepsprocedure verschilt in de uitkomst voor de verschoningsgerechtigde niet wezenlijk van de nu al bestaande beklagprocedure (geregeld in art. 98 lid 4 en art. 552d lid 3 Sv), zij het dat deze procedure - vanwege het feit dat de nieuwe bepalingen gaan over alle vormen van gegevensonderzoek - direct, en dus niet meer naar analogie, van toepassing is op situaties waarin verschoningsgerechtigd materiaal op een andere manier dan via art. 98 Sv (of een daaraan geschakelde bepaling) binnen het bereik van de opsporing is gekomen. Daarnaast is aan de officier van justitie hier rechtstreeks hoger beroep en daarna cassatieberoep toegekend. Dat houdt mede verband met het in het nieuwe wetboek laten vervallen van (een bepaling als) art. 446 Sv. De vraag of er een krachtens het wetboek genomen vordering niet is toegekend is dus niet meer bepalend voor het rechtsmiddel van het OM. Wat blijft is dat deze procedure alleen open staat voor verschoningsgerechtigden zelf en de officier van justitie. Voor anderen die door het verkrijgen van de gegevens of voorwerpen getroffen worden blijft de normale beklagprocedure (geregeld in titel 4.1 van hoofdstuk 6 NSv) bestaan.

7.19 ( ad vi). Met deze nieuwe regeling is niet gezegd dat alle manieren waarop gegevens kunnen worden vergaard voortaan onder dit uniforme regime vallen. Hackbevoegdheden zijn in het nieuwe wetboek opgenomen in hoofdstuk 8 van boek 2 ('Heimelijke bevoegdheden'). Hiervoor en ook voor andere heimelijke bevoegdheden, zoals de telefoontap geldt wél een (functioneel) equivalent van het huidige art. 126aa Sv: art. 2.8.3 NSv. Voor dat artikel geldt overigens dat de ambiguïteit die nu nog kan bestaan over de vraag hoe de derde volzin van lid 2 van art. 126aa Sv precies gelezen moet worden (vgl. hiervoor onder 6.13-6.16) straks niet meer hoeft te bestaan. De eerste twee leden van art. 2.8.3 NSv zullen immers bij de huidige stand van zaken als volgt komen te luiden:

'1. Indien door de uitoefening van een van de in dit hoofdstuk opgenomen bevoegdheden gegevens zijn verkregen die mededelingen behelzen waarover het functioneel verschonings recht zich uitstrekt, worden deze gegevens vernietigd.

2. Voor zover gegevens andere mededelingen behelzen gedaan door of aan een functioneel verschoningsgerechtigde dan wel in de gevallen, bedoeld in artikel 2.7.61, worden zij niet bij de processtukken gevoegd dan na een voorafgaande machtiging door de rechter- commissaris.'

7.20 Het gaat hier dus om andere mededelingen gedaan door of aan een functioneel verschoningsgerechtigde. Uit het systeem van de wet volgt dat hieronder niet wordt begrepen de

functioneel verschoningsgerechtigde uitsluitend voor zover hij in die hoedanigheid optreedt. Dit volgt bijvoorbeeld uit art. 2.7.58 lid 1 sub c NSv. Als het begrip 'professioneel verschoningsgerechtigde' slechts betrekking zou hebben op de professioneel verschoningsgerechtigde die ook in die 'hoedanigheid' verkeert, zou het zinsdeel achter de komma onder c overbodig zijn geweest. Daar waar de wet slechts spreekt over de 'functioneel verschoningsgerechtigde', zonder een toevoeging in de trant van 'voor zover deze zich als getuige zou kunnen verschonen', moeten dus professioneel verschoningsgerechtigden worden begrepen ongeacht de hoedanigheid waarin zij bij het doen of ontvangen van die mededelingen hebben verkeerd.<sup>295</sup>

- 7.21 De begrenzing tot 'mededelingen' blijft hier evenwel bestaan, andere grensgevallen van mogelijk 'verschoningsgerechtigd materiaal' vallen hier dus (nog) buiten de regeling. Wat wel blijft is de in de onderhavige procedure aan de orde zijnde onzekerheid over wie er nu belast is met de (mogelijke) selectie van de geheimhoudergegevens waar art. 2.8.3. lid 1 NSv op ziet. Die bepaling is in de kern niet anders van strekking dan art. 126aa lid 2 Sv. Vermoed kan worden dat de ontwerp-wetgever zich op dit punt niet van de thans opgedoken voetangels en -klemmen bewust is geweest.

#### *Tussenbalans*

- 7.22 Met name twee voorgenomen wijzigingen uit het nu voorliggende wetsvoorstel zijn voor de onderhavige zaak van belang. De eerste is dat, indien het nu voorliggende wetsvoorstel in deze vorm kracht van wet krijgt, de verantwoordelijkheid voor een juiste omgang met verschoningsgerechtigde informatie veel meer dan nu het geval is aan de rechter-commissaris zal worden toebedeeld. De tweede is dat door een andere sortering van de bevoegdheden, de huidige vorderingsbevoegdheden straks niet meer in de catalogus van bijzondere c.q. heimelijke bevoegdheden zullen vallen, maar in die van het gegevensonderzoek. Daardoor zal de bescherming van het verschoningsrecht op eenzelfde manier moeten verlopen als wanneer toepassing is gegeven aan een 'klassieke' bevoegdheid. In het verlengde hiervan geldt dat - door het wegvallen van de 'heimelijkheid' - straks ook geen grond meer bestaat om het standpunt van de verschoningsgerechtigde niet in te winnen, althans niet buiten de - strikt uit te leggen - mogelijkheid van art. 2.7.62 lid 2 NSv om.
- 7.23 Tegelijkertijd is het zo dat in de Memorie van Toelichting veelvuldig gewag wordt gemaakt van '(toekomstige) technische ontwikkelingen', of 'mogelijk (...) (technische) oplossingen' waarmee het uitfilteren efficiënter moet kunnen dan bij 'de huidige stand van de techniek'.<sup>296</sup> Dit onderstreept dat de overgang naar een grotere rol voor de rechter-commissaris ook gepaard zal gaan met praktische veranderingen en uitdagingen op het gebied van capaciteit en nog te ontwikkelen techniek. In de aanloop naar het in werking treden van het nieuwe wetboek zullen de kabinetten van de rechters-commissarissen zich hierop hebben voor te bereiden. De schriftelijke opmerkingen van partijen laten zien dat op dit - meer praktische vlak - nog veel moet gebeuren. Daarmee hangt samen of en in welke mate het mogelijk zal blijken om overeenstemming te bereiken over een werkwijze die het mogelijk maakt om al in de verwerkingsfase bepaalde gegevens buiten het bereik van het ingezette opsporingsmiddel te houden.

## **8 Een internationaalrechtelijk perspectief**

### *Inleiding*

- 8.1 Het verschoningsrecht van de advocaat komt in een aantal uitspraken van het EHRM aan de orde. De ratio van het functioneel verschoningsrecht van de advocaat lijkt het EHRM daarbij - in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad - te zoeken in het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees tot een advocaat moet kunnen wenden.<sup>297</sup> In dat verband pleegt het EHRM te overwegen dat het functioneel verschoningsrecht ('professional secrecy') 'de basis is van een vertrouwensrelatie tussen de advocaat en de cliënt'.<sup>298</sup>
- 8.2 De bescherming van het verschoningsrecht beziet het EHRM vervolgens vanuit het perspectief van art. 6 en - vooral - art. 8 EVRM. Deze twee rechten worden in de rechtspraak van het EHRM ook op elkaar betrokken.<sup>299</sup> In een recente conclusie van voormalig procureur-generaal Silvis zijn de hoofdlijnen hiervan reeds geschetst.<sup>300</sup> Ik beperk me daarom hieronder tot de voor de onderhavige procedure

belangrijkste aspecten.

*Art. 6 EVRM*

- 8.3 Voor wat betreft art. 6 EVRM geldt dat het EHRM heeft geoordeeld dat uit het recht op rechtsbijstand (lid 3 sub c) een recht voortvloeit op een daadwerkelijke mogelijkheid tot vertrouwelijk contact tussen een advocaat en zijn cliënt.<sup>301</sup> Het betreft evenwel geen absoluut recht, wanneer dit 'noodzakelijk' is mag dit recht worden beperkt.<sup>302</sup>
- 8.4 Een voorbeeld van een - op zichzelf onder omstandigheden toelaatbare - beperking kan zijn het afluisteren of aftappen van telefonische gesprekken tussen een verdachte en zijn advocaat.<sup>303</sup> De beperkingen mogen echter niet zover gaan dat geen sprake meer is van een eerlijk proces - en voor de beoordeling of dat het geval is moet de procedure in haar geheel worden beoordeeld.<sup>304</sup>

*Art. 8 EVRM*

- 8.5 Het professioneel verschoningsrecht wordt daarnaast beschermd door art. 8 EVRM. Dit geldt ook wanneer het contact tussen een advocaat en een cliënt 'strikt' professioneel is (en dus niet privé).<sup>305</sup> Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen mondelinge, schriftelijke of langs elektronische weg verlopende communicatie.<sup>306</sup> Inbreuken op het verschoningsrecht, zoals het aftappen van de kantoorfoon,<sup>307</sup> het doorzoeken van het kantoor van een advocaat,<sup>308</sup> of het doorzoeken van een computer of smartphone<sup>309</sup> kunnen dan ook een schending van art. 8 EVRM opleveren indien zij niet kunnen worden gerechtvaardigd.<sup>310</sup>
- 8.6 Bij het beoordelen van de vraag of inbreuken op het verschoningsrecht gerechtvaardigd kunnen worden, betreft het EHRM de (kwaliteit van de) wettelijke basis (in accordance with the law) en de noodzakelijkheid (necessary in democratic society) als genoemd in art. 8 lid 2 EVRM. Het zwaartepunt lijkt daarbij te liggen op de noodzakelijkheidstoets.<sup>311</sup> Bij die toets wordt onder meer gelet op de evenredigheid van de inbreuk, de betrokkenheid van rechterlijk en/of onafhankelijk toezicht (*ex ante* of *ex post*) en de aanwezigheid van procedurele waarborgen.<sup>312</sup>
- 8.7 In dat verband kan nog in het bijzonder gewezen worden op de zaken *Saber tegen Noorwegen*<sup>313</sup> en *Särgava tegen Estland*<sup>314</sup>. In beide zaken werd een schending van art. 8 EVRM vastgesteld, waarbij het EHRM overwoog dat er weliswaar procedurele waarborgen golden voor 'searches and seizures in general', maar dat geen sprake was van een 'established framework for the protection of LPP [Legal Professional Privilege]'<sup>315</sup> dan wel sprake was van een 'lack of a practical framework for the protection'<sup>316</sup> van dergelijke gegevens. Het lijkt met name de onduidelijkheid en onvoorzienbaarheid van de wettelijke regeling te zijn geweest die in deze zaken tot het oordeel dat sprake was van een schending van art. 8 EVRM heeft geleid.<sup>317</sup>
- 8.8 Voor de Nederlandse praktijk is met name de zaak *Aalmoes tegen Nederland van belang*.<sup>318</sup> In deze zaak werd namens 113 Nederlandse advocaten de procedure van art. 126aa Sv ter discussie gesteld (toen nog slechts in de context van tapbevoegdheden). Het beroep werd evenwel niet-ontvankelijk verklaard. Het gegeven dat er rechterlijk toezicht plaatsvindt in drie stadia van de procedure (bij het afgeven van een machtiging voor het tappen, bij het eventueel voegen van stukken in het dossier als bedoeld in de derde volzin van lid 2 en bij het onderzoek ter terechtzitting - waarbij ook nog wordt gewezen op art. 359a Sv), was voor het EHRM voldoende.
- 8.9 Het EHRM heeft intussen ook aanvaard dat er eisen worden gesteld aan de wijze waarop advocaten hun informatiehuishouding organiseren.<sup>319</sup> Het EHRM staat dan ook toe dat advocaten zich - verplicht - houden aan regels die het mogelijk maken om, in geval van een strafrechtelijk onderzoek, onderscheid te kunnen maken tussen verschillende stromen van verschoningsgerechtigde gegevens en andere gegevens.<sup>320</sup> Ten slotte is van belang dat door het EHRM is geaccepteerd dat het maken van een kopie van de te onderzoeken gegevens wordt gemaakt (de zogenoemde 'mirror image'), als procedurele waarborg om hiermee de integriteit van de gegevensbestanden toetsbaar te maken.<sup>321</sup>

*Tussenbalans*

- 8.10 Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat op grond van het EVRM wel eisen gesteld kunnen worden aan de duidelijkheid en voorzienbaarheid van de procedure die bij het maken van inbreuken op het verschoningsrecht moet worden gevolgd en dat het EHRM verlangt dat voor inbreuken op het verschoningsrecht afzonderlijke waarborgen bestaan (en dat dus niet kan worden

volstaan met de procedure voor 'gewoon' beslag en/of gegevensonderzoek), maar dat die eisen niet zover gaan dat van een rol voor de officier van justitie geen sprake kan zijn. In geval een schending van het verschoningsrecht kan worden vastgesteld, is in de eerste plaats sprake van een - te remediëren - schending van art. 8 EVRM. Onder omstandigheden kan (ook) art. 6 EVRM in het geding komen, maar voor dat oordeel dient de fairness van de procedure 'as a whole' in ogenschouw te worden genomen.

## 9 Slotsom

- 9.1 De hiervoor genoemde gezichtspunten leiden mij tot de volgende conclusies. Op basis van de wet en wetsgeschiedenis is duidelijk dat de wetgever heeft gewild dat het de officier van justitie is die de in art. 126aa Sv bedoelde selectie en filtering van verschoningsgerechtigde informatie uitvoert. Wel kan worden gezegd dat de wetgever, noch tijdens het wetgevingsproces leidend tot art. 126aa Sv (in 2000), noch voorafgaand aan de inwerkingtreding van art. 126ng/ug Sv (in 2006), noch op een later moment (bijvoorbeeld bij het voorbereiden van de hackbevoegdheden genoemd in de artikelen 126nba, 126uba en 126zpa Sv in 2019) de kwetsbaarheden van dit systeem bij de omgang met grote digitale gegevensbestanden goed lijkt te hebben doordacht. Dat geldt in het bijzonder voor de mogelijkheid van inhoudelijke kennisneming en operationeel gebruik van langs die weg verkregen verschoningsgerechtigde gegevens.<sup>322</sup> In zulke gevallen lijken de waarborgen die de wet biedt niet voldoende dekkend te zijn. In zoverre kan toch wel van een hiaat in de wetgeving worden gesproken.
- 9.2 Niettemin kan op grond van de wet en de wetsgeschiedenis geen discussie bestaan over het feit dat het Wetboek van Strafvordering een tweesporenstelsel kent voor de omgang met verschoningsgerechtigde informatie. Het eerste spoor betreft het 'klassieke' domein, waarvoor art. 98 Sv het belangrijkste artikel is en de rechter-commissaris de belangrijkste autoriteit (met daaraan verbonden de spoedbeklagprocedure bedoeld in art. 552a lid 8 en 552d lid 3 Sv). Het tweede spoor wordt beheerst door art. 126aa Sv en valt - dus - in de eerste plaats onder de verantwoordelijkheid van de officier van justitie (met de noodzakelijke machtiging van de rechter-commissaris als bedoeld in de derde volzin van lid 2 van dat artikel). Dit tweesporenstelsel zal in het nieuwe Wetboek van Strafvordering blijven bestaan, zij het dat de voor deze procedure van belang zijnde vorderingsbevoegdheden worden overgeheveld van het tweede (heimelijke) naar het eerste (klassieke) spoor. Een optie kan zijn om die nadere wetgeving eerst maar eens af te wachten.
- 9.3 Toch meen ik dat er thans ook al goede argumenten bestaan om de rechter-commissaris bij de selectie en filtering van verschoningsgerechtigde informatie in geval van, in elk geval,<sup>323</sup> de inzet van een gegevensvorderingbevoegdheid als bedoeld in de Titels IVA, V en VB van boek 1 Sv, een grotere rol te geven dan hij op grond van de wettekst van art. 126aa lid 2 derde volzin Sv heeft. Omdat het om uitbreiding van waarborgen gaat staat art. 1 Sv daaraan niet in de weg. Daarnaast meen ik, vanwege de evidente voordelen van een eenvormige regeling en gelet op de te verwachten inhoud van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, dat er redenen zijn om deze grotere rol de rechter-commissaris ook toe te kennen bij andere vormen van gegevensonderzoek. Daarbij denk ik niet alleen aan hetgeen in het nieuwe wetboek zal vallen onder hoofdstuk 7 van boek 2 ('Bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens') maar ook aan vormen van (gegevens)onderzoek die nu onder de Titels IVA tot en met VC van boek 1 Sv vallen (en dus onder het regime van art. 126aa Sv) en in het nieuwe wetboek onder hoofdstuk 8 van boek 2 ('Heimelijke gegevens').<sup>324</sup>
- 9.4 De belangrijkste argumenten voor een grotere rol van de rechter-commissaris lijken mij de volgende. Om te beginnen wijs ik op het belang van eenvormige regels, hetgeen bij verschillende andere bepalingen (in het bijzonder bij beslag onder een ander dan de verschoningsgerechtigde en bij een gegevensvordering op grond van art. 126nf Sv) al eerder aanleiding is geweest voor jurisprudentiële uitbreiding van wettelijke voorschriften.<sup>325</sup> Daar komt bij dat de aard van de gegevensvordering in veel opzichten praktisch gezien weinig verschilt van fysiek beslag bij een ander dan de verschoningsgerechtigde (en/of een doorzoeking ter vastlegging van gegevens). Dit blijkt niet alleen uit het feit dat zij in het nieuwe Wetboek van Strafvordering in één hoofdstuk worden gerubriceerd,<sup>326</sup> maar ook uit het feit dat zij in het voorgenomen OM-beleid gezamenlijk worden geregeld.<sup>327</sup>



Een derde en meer uit de praktische realiteit voortvloeiend argument hangt samen met de cumulatie van risicofactoren die zich typisch bij het vorderen van gegevens bij een hostingbedrijf kunnen voordoen: (i) het gegeven dat het gaat om grote databestanden; (ii) dat sprake is van beperkte rechterlijke betrokkenheid bij de inzet van de bevoegdheid als zodanig (ten aanzien van de rechter-commissaris slechts een machtiging als bedoeld in art. 126ng lid 4 Sv); en (iii) het feit dat de verschoningsgerechtigde zelf geen weet heeft van de vordering.<sup>328</sup> Deze cumulatie van risicofactoren maakt dat de kans op een ongerechtvaardigde inbreuk op het verschoningsrecht relatief groot is, hetgeen maakt dat een waarborg in de vorm van rechterlijke betrokkenheid bij de filtering mij geïndiceerd lijkt. Een vierde argument, ten slotte, hangt samen met de aard en grondslag van het verschoningsrecht. Deze is primair gelegen in het maatschappelijk belang dat eenieder zich zonder vrees voor openbaarmaking tot een advocaat kan wenden. Anders gezegd: het verschoningsrecht beschermt niet primair de cliënt van vandaag, maar de rechtzoekende van morgen.<sup>329</sup> Daarbij past naar het mij voorkomt een rechterlijke betrokkenheid *ex ante* beter dan een rechterlijke toetsing *ex post* (bijvoorbeeld langs de weg van art. 359a Sv).<sup>330</sup>

- 9.6 Gelet op het voorgaande kan ik me voorstellen dat de Hoge Raad voor toekomstige gevallen bepaalt dat een redelijke wetstoepassing meebrengt dat indien op enig moment bij (voorgenomen) gegevensonderzoek (waaronder ook begrepen: onderzoek naar aan voorwerpen te ontlenu informatie) het redelijk vermoeden ontstaat dat zich tussen de te onderzoeken gegevens materiaal bevindt waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt, en het hieruit schiften van het verschoningsgerechtigd materiaal niet mogelijk is zonder kennisname van de inhoud van dat materiaal, gehandeld dient te worden in overeenstemming met hetgeen in art. 98, derde lid, Sv is bepaald voor de inbeslagneming. Dit zal betekenen dat het dan in eerste instantie aan de rechter-commissaris is om te bepalen op welke manier de verschoningsgerechtigde informatie uit de gevorderde gegevens gefilterd moet worden. Ik loop de verschillende hiervoor genoemde elementen af en ga daarna nog kort in op de wijze waarop ik meen dat dit procedureel kan worden ingepast.
- 9.7 Om te beginnen het redelijk vermoeden. De hierboven geformuleerde regel geldt voor situaties waarin geen onderzoek heeft plaatsgevonden 'bij' een verschoningsgerechtigde. Onder die omstandigheid geldt niet op voorhand de premisse dat sprake zal zijn van verschoningsgerechtigd materiaal. De Staat vraagt in de schriftelijke opmerkingen nadrukkelijk aan de Hoge Raad om, indien zal worden geoordeeld dat betrokkenheid van de rechter-commissaris ook dan kan zijn aangewezen, een duidelijk criterium te formuleren. Daarbij spreekt de Staat zelf een voorkeur uit voor het criterium 'redelijk vermoeden',<sup>331</sup> welk begrip ook in het nieuwe Wetboek van Strafvordering het criterium zal zijn. Dat begrip lijkt mij beter werkbaar dan het begrip 'verwachting' dat het hof in de eerste en tweede prejudiciële vraag bezigt. Daarom meen ik dat bij het begrip uit het nieuwe wetboek - en de daarop door de wetgever geven toelichting<sup>332</sup> - kan worden aangesloten.
- 9.8 Dan de beperking tot materiaal dat onderwerp kan worden van strafrechtelijk onderzoek (de 'te onderzoeken' gegevens). Zowel in de Memorie van Toelichting, als in de tweede concept-Aanwijzing omgang met verschoningsgerechtigd materiaal wordt aandacht gevraagd voor het feit dat in de huidige samenleving op veel gegevensdragers (smartphones, computers, enzovoort) wel ergens informatie te vinden zal zijn die onder het verschoningsrecht van een functioneel geheimhouder valt.<sup>333</sup> Bijvoorbeeld een afspraak met een arts of een notaris. Dat enkele gegeven op zichzelf lijkt mij onvoldoende om bij het doorzoeken van een gegevensdrager een rol voor de rechter-commissaris te verplichten. Er zal daarom, zo meen ik, ook een redelijk vermoeden moeten bestaan dat, voor zover zich tussen alle inbeslaggenomen/gevorderde of anderszins binnen het bereik van de opsporingsdiensten gekomen informatie verschoningsgerechtigd materiaal bevindt, dit materiaal ook daadwerkelijk zal worden onderzocht.<sup>334</sup>
- 9.9 Het 'materiaal waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt' (of kort: verschoningsgerechtigd materiaal) is een breder begrip dan de 'mededelingen' die worden genoemd in art. 126aa lid 2 Sv.<sup>335</sup> In het tweede concept van de Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal en in het voorgenomen nieuwe Wetboek van Strafvordering is de beperking tot 'mededelingen' komen te vervallen.<sup>336</sup> Die beperking lijkt me ook niet goed te passen bij de aard van het (afgeleid) verschoningsrecht, terwijl zich bovendien situaties laten denken waarin verschoningsgerechtigde informatie niet kan worden gekwalificeerd als een mededeling.<sup>337</sup> Bij bevoegdheden die niet vallen

onder het regime van art. 126aa lid 2 Sv speelt de beperking tot 'mededelingen' bovendien toch al geen rol. Tegen die achtergrond meen ik dat een rol voor de rechter-commissaris geïndiceerd is zodra sprake is van een redelijk vermoeden van verschoningsgerechtigd materiaal. In het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt dit materiaal omschreven als "gegevens of aan voorwerpen te ontlene informatie." Het lijkt aantrekkelijk om daarbij aan te sluiten.

- 9.10 Ik heb hierboven gekozen voor de formulering 'indien op enig moment' het redelijk vermoeden ontstaat. Dit omdat zo'n vermoeden - in het bijzonder indien sprake is van 'bulkbeoordelingen' op verschillende momenten kan ontstaan.<sup>338</sup> De prejudiciële vragen van het hof zijn prospectief geformuleerd ('indien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens' verschoningsgerechtigd materiaal bevindt), maar aangenomen moet worden dat het 'redelijk vermoeden' ook na het doen van een vordering kan opkomen. Bijvoorbeeld omdat een verschoningsgerechtigde dit zelf meldt of omdat tijdens het onderzoek aan de gegevens op informatie wordt gestuit op een wijze die het redelijk vermoeden wettigt dat er (meer) verschoningsgerechtigde informatie tussen de gegevens te vinden zal zijn.<sup>339</sup>
- 9.11 Het voorgaande laat onverlet dat het in de rede kan liggen dat de officier van justitie, indien al bij het doen van een vordering als bedoeld in art. 126ng lid 4 Sv een dergelijk vermoeden bestaat, hier bij het doen van de vordering melding van maakt. Ook lijkt het mij in de rede te liggen dat de rechter-commissaris bij het afgeven van zo'n machtiging het al dan niet bestaan van zo'n redelijk vermoeden bij zijn afweging betreft. Desgewenst kan hij reeds dan voorwaarden stellen voor de wijze waarop het (eerste) onderzoek moet plaatsvinden. Ik verwijs in dit verband naar wat hierover is opgemerkt in de Memorie van Toelichting bij het nieuwe Wetboek van Strafvordering over 'bulkbeoordelingen'.<sup>340</sup>
- 9.12 Een volgende vraag is of de relevante gegevens bij een redelijk vermoeden telkens in handen moeten worden gesteld van de rechter-commissaris, of dat filtering onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie mogelijk moet blijven indien dit kan zonder kennisneming van de inhoud van de informatie. Ik meen dat - net als nu in wezen de praktijk is met het systeem van nummerherkenning - de mogelijkheid moet blijven bestaan dat filtering zonder kennisneming plaatsvindt zonder betrokkenheid van de rechter-commissaris. Ik denk dan aan geautomatiseerde filtering, bijvoorbeeld op grond van e-mailextensies. Daarbij realiseer ik me dat, zoals reeds opgemerkt, in tal van situaties filtering niet goed mogelijk zal zijn zonder inhoudelijke kennisname en dus niet kan geschieden onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie.<sup>341</sup> Mocht het OM in voorkomende gevallen menen dat hiermee teveel informatie is uitgefilterd, kan het de rechter-commissaris vragen de uitgefilterde informatie aan een nader onderzoek te onderwerpen. Het OM mag daarbij - zo mag na de uitspraak van 19 september jl. duidelijk zijn - niet zelf kennisnemen van de eventuele namenlijst en daaraan ontleende e-mailadressen.<sup>342</sup>
- 9.13 De wijze waarop de rechter-commissaris bij de filtering moet worden betrokken kan procedureel op verschillende manieren worden vormgegeven. In de concept-Aanwijzingen omgang met verschoningsgerechtigd materiaal, het Voorlopig handelingskader en in de schriftelijke opmerkingen ingediend namens de Staat wordt geopteerd voor de mogelijkheid dat de officier van justitie een vordering doet als bedoeld in art. 181 lid 1 Sv, dat wil zeggen een vordering aan de rechter-commissaris om onderzoekshandelingen te verrichten, daaruit bestaande dat de rechter-commissaris toepassing zal geven aan art. 98 Sv. Langs die weg komt ook de verschoningsgerechtigde zelf in beeld. Deze route lijkt mij passend, om aan te sluiten bij de rechtspraak over art. 126nf Sv.<sup>343</sup> De Hoge Raad heeft eerder ook al uitgemaakt dat het begrip onderzoekshandelingen uit art. 181 Sv een ruime reikwijdte heeft, zodat ook het verlenen van niet expliciet in de wet genoemde machtigingen hier onder valt.<sup>344</sup> Een rechtstreekse vordering tot toepassing van 98 Sv aan de rechter-commissaris zou wellicht een andere mogelijkheid zijn. Een probleem daarbij is echter dat die bepaling geen vorderingsbevoegdheid van het OM bevat en - als gevolg daarvan - een eigen rechtsmiddelenregeling heeft, in de vorm van (uitsluitend) een klaagschrift voor de verschoningsgerechtigde. Dat kan botsen met art. 446 Sv. Wel lijkt dat op de lijn die door de moderniseringswetgever is gekozen met het voorgestelde art. 2.7.71 Sv.<sup>345</sup> Een gevolg van de in het nieuwe Wetboek van Strafvordering voorziene regeling is dat - anders dan bij het volgen van het stramien van art. 181 lid 1 Sv - voor toekomstige gevallen ook beroep in cassatie openstaat. Art. 241c Sv sluit dat cassatieberoep voor vorderingen ex art. 181 Sv thans uit. Een groot probleem acht ik het ontbreken van cassatie niet,

aangezien opdoemende rechtsvragen ook via de weg van prejudiciële vragen of via het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd.

- 9.14 Het voorgaande komt erop neer dat indien zich het redelijk vermoeden voordoet dat zich tussen te onderzoeken gegevens verschoningsgerechtigd materiaal bevindt, het OM de rechter-commissaris adieert en die vervolgens overeenkomstig de procedure voorzien in art. 98 Sv dient te handelen. Overeenkomstig het nu reeds voor andere situaties geldende recht, lijkt mij dat de rechter-commissaris kan bevelen dat de filtering door een andere functionaris wordt verricht, mits gewaarborgd is dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt, waarbij geldt dat deze functionaris ook een geheimhouder-opsporingsambtenaar mag zijn.<sup>346</sup> Een en ander lijkt mij onverlet te laten dat het voor de praktijk aanbeveling verdient - ook in de voorbereiding op een nieuw Wetboek van Strafvordering - om werk te maken van een (infra)structuur waarin bij de (kabinetten) rechter-commissaris voldoende capaciteit aanwezig is om een de benodigde filtering zelfstandig te kunnen uitvoeren.<sup>347</sup>
- 9.15 Het - naar analogie - volgen van de procedure als voorzien in art. 98 Sv doet ten slotte de vraag rijzen of de rechter-commissaris onder alle omstandigheden gehouden is het standpunt van de verschoningsgerechtigde in te winnen. Dat is in procedures waarbij de heimelijkheid niet voorop staat wel het uitgangspunt, al zijn hier in de rechtspraak uitzonderingen op geaccepteerd.<sup>348</sup> Ook in het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt deze verplichting niet absoluut, de rechter-commissaris moet dit dan immers 'zo mogelijk' doen.<sup>349</sup> Het gaat daarbij, zo leek het, steeds om situaties van praktische onmogelijkheid: door onvindbaarheid, overlijden of irresponsiviteit van de verschoningsgerechtigde.<sup>350</sup> De vraag is of met een uitzondering voor deze omstandigheden kan worden volstaan. Die vraag klemt wellicht meer naarmate de heimelijkheid in een betreffende opsporingsbevoegdheid meer voorop staat.
- 9.16 De Staat vraagt in de schriftelijke opmerkingen aandacht voor het belang dat bepaalde opsporingsbevoegdheden heimelijk moeten kunnen worden ingezet - en dit belang 'zal zich in de regel ertegen verzetten dat de geheimhouder wordt betrokken bij de schoning van de verkregen gegevens'.<sup>351</sup> Dit argument verliest in de toekomst voor wat betreft de vorderingsbevoegdheden aan kracht door het feit dat deze in het nieuwe wetboek niet langer als heimelijke bevoegdheden zijn gerubriceerd.<sup>352</sup> Dat geldt (ook) in het nieuwe wetboek echter niet voor een aantal andere 'bijzondere' opsporingsbevoegdheden. Gelet hierop en - gelet op het belang van de eenvormigheid van regelgeving - zou ik me kunnen voorstellen dat de Hoge Raad het mogelijk maakt dat de rechter-commissaris in het geval van klemmende redenen van onderzoeksbelang ervan kan afzien de verschoningsgerechtigde zelf te horen. Het lijkt mij aangewezen in die gevallen wel te verplichten hierover het oordeel van de Deken in te winnen.<sup>353</sup>
- 9.17 In het feit dat de wet zelf (nog) niet voorziet in het voorschrift om de selectie en filtering van verschoningsgerechtigde informatie bij een redelijk vermoeden van de aanwezigheid hiervan te laten uitvoeren door de rechter-commissaris, zie ik aanleiding om dit slechts van toepassing te achten op toekomstige gevallen. Dat laat onverlet dat bij daadwerkelijke schendingen van het verschoningsrecht die in lopende strafrechtelijke onderzoeken hebben plaatsgevonden door fouten van het OM, ruimte bestaat om deze te sanctioneren via art. 359a Sv indien en voor zover zij kunnen worden aangemerkt als een ongerechtvaardigde inbreuk op art. 8 EVRM of - onder omstandigheden - art. 6 EVRM.<sup>354</sup> Het enkele feit dat een (geheimhouder-)officier van justitie kennis heeft genomen van de inhoud van verschoningsgerechtigd materiaal, lijkt mij voor het aannemen van zo'n schending, voor wat zich in het verleden heeft afgespeeld, onvoldoende.<sup>355</sup>
- 9.18 Tot slot nog het volgende. Door de verschillende partijen in deze procedure, waaronder ook de NOvA, het Dekenberaad, de NVSA en de NVJSA, zijn veel opmerkingen gemaakt van meer praktische aard. Deze hebben vooral betrekking op de mogelijkheid van 'selectie aan de poort', oftewel het reeds bij de vordering aanbrenge van een begrenzing (bijvoorbeeld door bepaalde e-mail-extensies door de provider te doen filteren) en op vormen van geautomatiseerde filtering (een systeem dat vergelijkbaar zou moeten zijn met het systeem van nummerherkenning voor telefoons). Deze praktische aspecten lenen zich naar mijn idee niet goed voor beantwoording in een prejudiciële procedure, maar zijn wel van groot belang voor een effectieve bescherming van het verschoningsrecht. Overleg tussen de betrokken partijen lijkt mij dan ook aangewezen.

9.19 Als uitgangspunten bij een dergelijk overleg heeft daarbij naar het mij voorkomt te gelden dat het enerzijds op de weg van de Staat ligt om, net als bij de doorzoeking van het kantoor van een functioneel geheimhouder,<sup>356</sup> ook bij het doen van een gegevensvordering en gegevensonderzoek de grootst mogelijke behoedzaamheid en omzichtigheid te betrachten om recht te doen aan het maatschappelijk belang van het verschoningsrecht, terwijl het anderzijds zo is dat van advocaten verwacht mag worden dat zij, ook om te voldoen aan hun eigen geheimhoudingsplicht,<sup>357</sup> hun eigen informatiehuishouding zo inrichten dat - in het uiterste geval - strafvorderlijk onderzoek mogelijk is zonder dat daarbij een onnodig grote kans bestaat om het verschoningsrecht meer geweld aan te doen dan absoluut noodzakelijk is. Dit vergt, met andere woorden, een administratie waarin de verschillende informatiestromen van verschoningsgerechtigd en niet-verschoningsgerechtigd materiaal duidelijk en voor derden kenbaar uit elkaar worden gehouden.

## **10 De beantwoording van de vragen**

10.1 De door het hof gestelde prejudiciële vragen heb ik hiervoor weergegeven.<sup>358</sup> Gelet op het hiervoor besprokene concludeer ik tot een beantwoording zoals hieronder uiteengezet.

### *De eerste prejudiciële vraag*

10.2 In de aanhef van de eerste prejudiciële vraag wordt de vraag gesteld of 'maatregelen ter waarborging van het verschoningsrecht [dienen] te worden genomen indien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudergegevens bevinden'. Zoals hiervoor betoogd, meen ik dat er reden is om voor alle situaties waarin onderzoek aan gegevens en/of aan 'aan voorwerpen te ontlenen informatie' plaatsvindt, een eenvormige regel te formuleren. Deze regel zou kunnen zijn dat in situaties waarin geen onderzoek heeft plaatsgevonden 'bij' een advocaat (maar bij een derde), maar wel op enig moment het redelijk vermoeden ontstaat dat zich tussen de te onderzoeken gegevens materiaal bevindt waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt, en het hieruit schiften van het verschoningsgerechtigd materiaal niet mogelijk is zonder kennisname van de inhoud van dat materiaal, gehandeld dient te worden in overeenstemming met hetgeen in art. 98, derde lid, Sv is bepaald voor de inbeslagneming.<sup>359</sup> Daarmee lijkt mij het antwoord op de in de aanhef geformuleerde vraag gegeven.

10.3 In subvraag 1a wordt de vraag opgeworpen of 'in het proces-verbaal bij de vordering waarmee de machtiging aan de rechter-commissaris wordt gevraagd, kenbaar [dient] te worden gemaakt dat de verdachte op wie het onderzoek zich richt, is of wordt bijgestaan door een advocaat en dus te verwachten valt dat zich bij de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudersgegevens bevinden.' Zoals hiervoor besproken, kan het 'redelijk vermoeden' op verschillende momenten ontstaan. Dus zowel voor als na het doen van de vordering. Dat gegeven op zich maakt voor de toepasselijkheid van de hierboven geformuleerde regel niet uit. Wel ligt het wat mij betreft in de rede dat indien al bij het doen van een gegevensvordering een dergelijk vermoeden bestaat, de officier van justitie daarvan bij het doen van zijn vordering melding van maakt. Ook lijkt het mij in de rede te liggen dat de rechter-commissaris bij het afgeven van zo'n machtiging het al dan niet bestaan van zo'n redelijk vermoeden bij zijn afweging betreft.<sup>360</sup>

10.4 Met subvraag 1b stelt het hof de vraag of 'van de Staat verlangd [mag] worden dat er technische voorzieningen getroffen worden, zodat de kans op het stuiten op mogelijke geheimhoudersinformatie zo klein mogelijk is en zo ja, welke (bijvoorbeeld het (laten) filteren van e-mails met bepaalde extensies)'. Deze vraag lijkt mij te zeer van feitelijke aard om te kunnen beantwoorden in een prejudiciële procedure. Wel heb ik hiervoor gewezen op het belang van overleg tussen de betrokken partijen om hierover met elkaar tot een werkbare werkwijze te komen, en daarbij benoemd welke uitgangspunten daarbij naar het mij voorkomt in acht moeten worden genomen.<sup>361</sup>

### *De tweede prejudiciële vraag*

10.5 De tweede prejudiciële vraag valt uiteen in drie deelvragen. Met de onder a genoemde deelvraag wil het hof weten of, kort samengevat, '[i]ndien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudergegevens bevinden (...), de 'selectie/filtering [dient] te worden verricht waarbij de gegevens worden aangemerkt ofwel als evident niet geheimhoudersgegevens ofwel

als mogelijke geheimhoudersgegevens'. In het verlengde daarvan wil het hof weten of de bevoegdheid tot filtering toekomt aan de rechter-commissaris of aan de officier van justitie. Voor wat betreft het criterium dat moet worden aangelegd en de betreffende autoriteit, verwijs ik naar wat ik in de door mij voorgestelde beantwoording van de eerste vraag heb geschreven. Kort gezegd houdt dat in dat de filtering alleen onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie kan geschieden voor zover dat zonder inhoudelijke kennisneming kan plaatsvinden, terwijl voor overige gevallen een verantwoordelijkheid bestaat voor de rechter-commissaris. Voor het overige geldt nog het volgende.

- 10.6 De door mij voorgestelde werkwijze impliceert dat er enige tijd sprake kan zijn van een situatie waarin materiaal 'mogelijk' of 'vermoedelijk' verschoningsgerechtigd is. Bijvoorbeeld in de situatie dat eerst onder verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie een ruwe filtering wordt uitgevoerd - denkbaar is een filtering op basis van e-mail-extensies - waarna het openbaar ministerie aan de rechter-commissaris vraagt om (een deel van) de uitgefilterde gegevens nader te onderzoeken. De gegevens waar het om gaat kunnen in de tussenliggende periode wellicht als 'vermoedelijk' of 'mogelijk' verschoningsgerechtigd worden aangemerkt. Dit zijn categorieën die de wet niet kent, maar het lijkt mij voor de hand te liggen dat - in die situaties dat het OM nader onderzoek wil laten verrichten - hier niet langer dan noodzakelijk is mee wordt gewacht.<sup>362</sup>
- 10.7 De onder b geformuleerde vraag is gericht op de situatie dat 'het opsporingsteam (tijdens het onderzoek) stuit op (mogelijke) geheimhoudersgegevens'. Ook voor die situatie wenst het hof te vernemen onder verantwoordelijkheid van welke autoriteit de selectie/filtering moet worden uitgevoerd. Zoals ik hiervoor al schreef, lijkt het mij niet zinvol om te differentiëren naar het moment waarop het redelijk vermoeden ontstaat. Ook indien dit vermoeden (pas) rijst op het moment van het doen van onderzoek door het onderzoeksteam (dus nadat door de rechter-commissaris een machtiging is afgegeven en de vordering is gedaan), lijkt het mij aangewezen dat wordt gehandeld als hiervoor uiteengezet.<sup>363</sup>
- 10.8 De laatste, onder c geformuleerde vraag, houdt in de kern genomen in of delegatie door de officier van justitie aan een 'opsporingsambtenaar (al dan niet aangewezen als geheimhoudersmedewerker)' is toegestaan. Zoals ik hiervoor schreef, lijkt het mij alleen mogelijk om de filtering van geheimhouderinformatie onder verantwoordelijkheid van het OM te laten geschieden indien en voor zover dit mogelijk is zonder kennisneming van de inhoud van het materiaal. Dat bij dit filteringsproces andere medewerkers worden betrokken dan de officier van justitie lijkt mij - gelet op het systeem van de wet (vgl. i.h.b. art. 126 Wet RO) - niet ontoelaatbaar. Wanneer het gaat om het - ex art. 181 lid 1 Sv - doen van een vordering tot filtering bij de rechter-commissaris, ligt dat anders (vgl. het krachtens lid 4 van art. 126 Wet RO ingestelde Besluit regels landelijk parket en functioneel parket, alsmede ten aanzien van mandateren bevoegdheden officier van justitie, art. 3 onder 1).

#### *De derde en vierde prejudiciële vraag*

- 10.9 De derde en vierde vraag bevatten vervolgvragen die door het hof afhankelijk zijn gemaakt van de rol die voor onderscheidenlijk de officier van justitie en de rechter-commissaris is weggelegd. In de derde vraag onderscheidt het hof drie soorten gegevens ('geheimhoudergegevens', 'andere mededelingen (...) bedoeld in art. 126aa lid 2 Sv' en 'false positives'). Aan het slot van de derde vraag werpt het hof de vraag op wat er 'vervolgens wanneer met elk van deze categorieën [dient] te gebeuren'. Het antwoord op deze vraag lijkt mij te blijken uit de wet. Verschoningsgerechtigd materiaal dient te worden vernietigd. 'Andere mededelingen', als bedoeld in art. 126aa lid 2 Sv, kunnen slechts bij de processtukken worden gevoegd dan na een daartoe strekkende machtiging van de rechter-commissaris. Voor de uiteindelijk (door de rechter-commissaris) als niet-geheimhoudergegevens beoordeelde gegevens - 'false positives' - geldt het normale regime zoals dat geldt voor alle processtukken. Dat wil zeggen dat deze indien zij voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kunnen zijn bij de processtukken dienen te worden gevoegd (of, indien een bevoegdheid bedoeld in de Titels IVA tot en met VC van boek 1 is ingezet, 'voorzover [zij] voor het onderzoek in de zaak van betekenis zijn', vgl. art. 126aa lid 1 Sv)<sup>364</sup>. Indien zij niet relevant zijn geldt die verplichting niet, met dien verstande dat, indien zich een situatie als bedoeld in art. 126cc lid 1 Sv voordoet, de verplichting bestaat het betreffende materiaal zolang de zaak niet is geëindigd te bewaren en ter beschikking te houden van het onderzoek.

De subvragen van vraag 4 richten zich - voor zover niet reeds beantwoord - op de vraag of de 'door de Staat gehanteerde werkwijze met een geheimhoudersofficier en/of een geheimhoudersmedewerker in overeenstemming [is] met artikel 126aa Sv'. In het verlengde daarvan wil het hof nog weten of de 'roulatieregeling', kort gezegd, door de beugel kan. Zoals hiervoor al uiteengezet, is de 'door de Staat gehanteerde werkwijze' door de tijd heen geëvolueerd. Van één werkwijze lijkt mij dan ook geen sprake te zijn. Los daarvan meen ik, zoals eveneens hiervoor al gesteld, dat voor een vorm van filtering van verschoningsgerechtigde informatie waarbij door leden van het OM inhoudelijk kennis wordt genomen van de inhoud van dit materiaal, geen plaats kan zijn. Tegen die achtergrond lijken mij tegen het fenomeen van de geheimhouderofficier en geheimhoudermedewerker geen overwegende bezwaren te bestaan, maar de vraag kan wellicht gesteld worden of bij een door mij voorgestelde inrichting van het systeem nog behoefte aan die figuur bestaat. Op termijn lijkt het mij - zoals eveneens reeds gezegd - aanbeveling te verdienen om werk te maken van een (infra)structuur waarin bij de (kabinetten) rechter-commissaris voldoende capaciteit aanwezig is om een de benodigde filtering zelfstandig te kunnen uitvoeren.<sup>365</sup>

#### *De vijfde prejudiciële vraag*

10.11 De vijfde vraag is op voorspraak van [verweerders] toegevoegd aan de in het tussenarrest van het hof van 2 mei voorgenomen vragen. De vraag is of uit art. 126aa lid 2 Sv de verplichting voortvloeit 'dat gegevens als in die bepaling bedoeld ook niet buiten het strafproces door de Staat mogen worden gebruikt'. Hiermee wordt een verduidelijking gevraagd van het criterium dat de Hoge Raad heeft gegeven in zijn beschikking van 20 september 2022. <sup>366</sup> De Hoge Raad overwoog daar:

'Met het voorschrift van artikel 126aa lid 2 Sv is beoogd het belang te beschermen dat een ieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van wat aan - onder anderen - de advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, een advocaat te raadplegen. Het voorschrift strekt ertoe dat gegevens die als gevolg van de toepassing van de bevoegdheden genoemd in artikel 126aa lid 1 Sv zijn verkregen, onmiddellijk worden vernietigd indien zij vallen onder het verschoningsrecht als bedoeld in artikel 218 Sv, zodat is verzekerd dat die gegevens geen deel uitmaken van de processtukken en dat daarop in het verdere verloop van het strafproces geen acht wordt geslagen. Uit artikel 126aa lid 2 Sv vloeit derhalve voort dat gegevens als in die bepaling bedoeld niet in het strafproces kunnen worden gebruikt (vgl. onder meer HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5632 en HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2678).'

10.12 Het spreekt vanzelf dat de Hoge Raad in zijn beschikking (uitsluitend) is ingegaan op de strekking van art. 126aa lid 2 Sv in de context van het strafproces, en daarom heeft overwogen dat het doel van de vernietiging is dat deze gegevens geen rol meer kunnen spelen in het verdere verloop van het strafproces. Daar kan redelijkerwijze geen misverstand over bestaan. Hoe het staat met het eventuele gebruik door de Staat buiten het strafproces, zoals het hof wenst te vernemen, is een vraag die door de ruime formulering oeverloos dreigt te worden - 'alles' buiten het strafproces bestrijkt een potentieel zo groot (niet alleen puur juridisch gedefinieerd) terrein dat een eenduidig antwoord daarop eigenlijk niet goed mogelijk is. Ik kan me goed voorstellen dat de Hoge Raad besluit dat deze vraag zich door die ruime formulering niet leent voor een beantwoording in de huidige prejudiciële procedure.

10.13 In hoofdlijn trachtend toch een antwoord te geven kan ik hooguit het volgende zeggen. Vernietiging van gegevens op grond van art. 126aa lid 2 Sv heeft - los van de modaliteit van vernietiging - tot gevolg dat de gegevens ook buiten het specifieke onderzoek waarin zij zijn verzameld niet meer raadpleegbaar behoren te zijn. Dat volgt bijvoorbeeld ook uit art. 126dd Sv, dat in lid 1 bepaalt dat gegevens die zijn verkregen door (onder meer) het opnemen van telecommunicatieverkeer op last van de officier van justitie kunnen worden gebruikt in een ander strafrechtelijk onderzoek dan waarin die bevoegdheid is uitgeoefend. In dat geval volgt uit de ratio van art. 126aa lid 2 Sv dat vernietiging op grond van dat artikel tot gevolg heeft dat die (reeds vernietigde) gegevens niet voor een ander strafrechtelijk onderzoek gebruikt kunnen worden. Dat valt met enige studie uit de hierboven weergegeven overweging van de Hoge Raad af te leiden. Met andere woorden: de gegevens bedoeld in art. 126aa Sv bestaan in de context van het strafproces niet meer.

10.14 Dezelfde lijn volgend is het naar mijn mening zo dat deze vernietigde gegevens dan ook buiten de context van het strafproces in beginsel niet meer ten nadele van de betrokkenen te gebruiken zijn. De

grondslag van het algemeen rechtsbeginsel van het verschoningsrecht - kort gezegd inhoudende dat eenieder zich zonder vrees voor openbaarmaking tot een advocaat moet kunnen wenden - staat er aan in de weg dat deze gegevens dan nog wel gebruikt zouden kunnen worden in andere procedures, althans op een wijze die afbreuk zou doen aan de verwezenlijking van deze grondslag. Tegen andere vormen van 'gebruik', waarbij ik onder meer denk aan het bewaren van kopieën (de zogenoemde 'mirror-image') teneinde de integriteit van de digitale gegevens te kunnen blijven toetsen,<sup>367</sup> zie ik daarentegen geen bezwaren. Tot een nader antwoord op de gestelde vraag kom ik niet.

- 
- <sup>1</sup> Hof 's-Hertogenbosch 5 september 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2816.
  - <sup>2</sup> Zie o.a. 'het eindeloze gevecht om het verschoningsrecht', *Advocatenblad* d.d. 31 maart 2022, D.J.B. de Wolff, 'Het verschoningsrecht van de advocaat – actuele ontwikkelingen', *AA* 2022, p. 767-773, p. 772, T.N.B.M. Spronken, 'Polarisering: 'all in the game'?', *Boom Strafbblad*, 2022, nr. 4, p. 121 en R.J. Baumgardt, T. Felix & T.J. Kelder, 'Verschoningsrecht' (rubriek advocatuur), *DD* 2022/26. Voor publicaties in de media zij met name verwezen naar het artikel in *NRC* van 14 januari 2022, <https://www.nrc.nl/nieuws/2022/01/14/staatsspeurders-naar-fraude-nu-opeens-zelf-aangeklaagd-a4079332> en het artikel in het *Financieel Dagblad* van 15 januari 2022, <https://fd.nl/bedrijfsleven/1426009/hoe-een-groot-strafonderzoek-in-het-gezicht-van-het-om-ontplofte>.
  - <sup>3</sup> Zie het nieuwsbericht van 6 oktober 2023: <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2023/10/06/om-seponeert-strafrechtelijk-onderzoek-naar-brabantse-vermogensbeheerder>. Vgl. ook de schriftelijke opmerkingen van de zijde van de Staat van 1 november 2023, onder 1.19 (p. 10).
  - <sup>4</sup> Voluit: het 'Voorlopig beleid uitspraak kort geding verschoningsrecht', gepubliceerd op de website van het OM: <https://www.om.nl/documenten/richtlijnen/2022/04/19/voorlopig-beleid-uitspraak-kort-geding-verschoningsrecht>. Het 'kort geding' waar in dit Voorlopig beleid naar wordt verwezen, betreft de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant in eerste aanleg in de onderhavige procedure: Rb Oost-Brabant 22 maart 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1035. Dit Voorlopig beleid is in een eerdere uitspraak van de Hoge Raad al aan de orde geweest, maar toen ging het nog om een andere kwestie dan de vragen die nu aan de orde zijn. Zie HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:125, over de vraag of en onder welke omstandigheden onder het 'vernietigen' in de zin van art. 126aa lid 2 Sv ook het zogenoemde 'uitgrijzen' kon worden verstaan.
  - <sup>5</sup> Noch het Voorlopig Handelingskader, noch de twee versies van de concept-Aanwijzing zijn gepubliceerd. In de schriftelijke opmerkingen namens de Staat wordt de inhoud van het Voorlopig Handelingskader besproken (i.h.b. onder 7.2 (p. 76-78). Tussen de stukken van het geding bevinden zich beide versies van de concept-Aanwijzing. Zie hierover nader onder 6.38-6.50.
  - <sup>6</sup> Zie onder meer Rb Gelderland 29 september 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:5399, tegen welke beschikking door het OM cassatie is ingesteld (zaaknummer 23/04077); Rb Overijssel 20 oktober 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:4150 en ECLI:NL:RBOVE:2023:4148. Vgl. ook Rb Midden-Nederland 10 augustus 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:4318-4324, in welke zaken door het OM eveneens cassatie is ingesteld (zaaknummer 23/03439 B).
  - <sup>7</sup> Zie de schriftelijke opmerkingen namens de Staat van 1 november 2023, o.a. onder 1.4 en 1.9.
  - <sup>8</sup> D. Hazewinkel-Suringa, *De doolhof van het beroepsgeheim*, Haarlem: H.D. Tjeenk-Willink & Zoon 1959.
  - <sup>9</sup> Zie o.a. HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3076, *NJ* 2016, 8, m.nt. F. Vellinga-Schootstra; HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, *NJ* 2018, 92, m.nt. F. Vellinga-Schootstra; HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048, *NJ* 2021, 117, m.nt. T. Kooijmans; HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268 Buiten de sfeer van het strafrecht is ook een expansie van aan het verschoningsrecht te relateren bepalingen zichtbaar. Zie daarover hierna onder 4.4.
  - <sup>10</sup> Het betrof: (i) de sinds de invoering nooit gewijzigde artikelen 218 en 290 lid 5 (voorheen: art. 284 lid 4 (oud)) Sv die de verschoning als getuige regelen; in het verlengde hiervan ligt (ii) de vrijstelling voor de aangifteplicht bedoeld in art. 160 Sv; daarnaast bestond en bestaat de (iii) bepaling dat advocaten niet zonder meer verplicht waren tot het voldoen aan een bevel tot uitlevering van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp (art. 106 Sv (oud) in samenhang met art. 105 Sv (oud), thans art. 96a lid 3 Sv); en (iv)

het voorschrift dat bij advocaten in beginsel geen 'brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt' in beslag mochten worden genomen (het nog altijd geldende art. 98 lid 1 Sv); en tot slot (v) het voorschrift dat in het geval van een 'huiszoeking' deze slechts plaats kon vinden voor zover zij zonder schending van het beroepsgeheim van de advocaat kon geschieden (art. 98 lid 2 Sv (oud), vgl. het huidige art. 98 lid 5 Sv).

<sup>11</sup> Met de invoering van de artikelen 125f Sv (oud) en 125g Sv (oud) werd voorzien in onderscheidenlijk een verplichting voor mensen werkzaam bij 'een instelling voor telefonie' om op vordering 'inlichtingen' te verstrekken over telefoonverkeer ten aanzien waarvan het vermoeden bestond dat de verdachte daaraan had deelgenomen en een bevoegdheid voor de rechter-commissaris om te bepalen dat een opsporingsambtenaar telefoongesprekken waaraan de verdachte vermoedelijk zou deelnemen, af luistert of opneemt.

<sup>12</sup> 125f Sv (oud) verklaarde in lid 2 art. 218 Sv van overeenkomstige toepassing. Art. 125h lid 2 Sv (oud) bevatte een vernietigingsplicht voor zowel de gevorderde inlichtingen als opgenomen gesprekken voor zover het geheimhouderinformatie betrof. De wet bevatte dus niet een verbod op het aftappen van de telefoonlijn van de advocaat als zodanig. In HR 10 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC137 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1979, 374, m.nt. Th. W. van Veen, r.o. 3, heeft de Hoge Raad daar evenwel paal en perk gesteld aan gesteld (hij oordeelde dat de rechter-commissaris 'geen vrijbrief' had om deze lijn te doen aftappen). Later heeft de Hoge Raad daaromtrent duidelijkheid geschapen door te oordelen dat als een advocaat zelf geen verdachte is, niet op grond van 125g Sv (oud) mag worden overgegaan tot het aftappen van zijn telefoonlijn, zie HR 26 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1909 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1993, 692, m.nt. A.C. 't Hart, r.o. 6.4. Zie over de tussentijdse - en door hem als 'enigszins diffuus' geduide rechtspraak de noot van annotator Borgers onder *NJ* 2011, 222 (randnummer 2).

<sup>13</sup> Art. 125i Sv (oud) voorzag in deze bevoegdheid. Deze bepaling was onderdeel van de Wet computercriminaliteit (Nu zouden we zeggen 'Computercriminaliteit I' en voluit: Wet van 23 december 1992 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en van het Wetboek van Strafvordering in verband met de voortschrijdende toepassing van informatietechniek), zie *Stb.* 1993, 33, i.w.tr. per 1 maart 2003.

<sup>14</sup> Art. 125l Sv (oud). Dit artikel bevatte een regeling die was gemodelleerd naar de bevoegdheden voor het doorzoeken van een advocatenkantoor. Het huidige art. 125l Sv lijkt hier nog sterk op.

<sup>15</sup> Bij Wet van 18 maart 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens van instellingen in de financiële sector, mede ter uitvoering van het op 16 oktober 2001 te Luxemburg tot stand gekomen Protocol bij de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de Lid-Staten van de Europese Unie, door de Raad vastgesteld overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Zie *Stb.* 2004, 109 i.w.tr. *Stb.* 2004, 226. De wet had primair het oog op terroristische misdrijven en bouwde voort op de aanbevelingen van de Commissie Mevis (*Kamerstukken II* 2001/02, 28353, 3, p. 1-3).

<sup>16</sup> Voluit: Wet van 16 juli 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten in verband met de regeling van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens *Stb.* 2005, 390, i.w.tr. *Stb.* 2005, 609. Bij die wijziging is ook de afdeling in het leven geroepen die tegenwoordig afdeling 9 van Titel IVA van boek 1 is (afdeling 'vorderen gegevens'). NB: Bij *Stb.* 2004, 109 is de afdeling ingevoegd onder het opschrift 'Vorderen van gegevens van instellingen in de financiële sector' (toen nog afdeling 8). Met de Wet Computercriminaliteit III (*Stb.* 2018, 322) is de afdeling vernummerd tot afdeling 9.

<sup>17</sup> Art. 125l Sv heeft ook bij die gelegenheid zijn huidige, tot doorzoeken ter vastlegging van gegevens beperkte, inhoud gekregen. Het opschrift van de afdeling waar het artikel in staat (Afdeling 7 van Titel 4 van Boek 1) is toen ook gewijzigd in Doorzoeking ter vastlegging van gegevens.

<sup>18</sup> Als zodanig afgeschaft per 1 januari 2012. Zie de Wet versterking positie rechter-commissaris (*Stb.* 2011, 600, i.w.tr. *Stb.* 2012, 408).

<sup>19</sup> Voluit: Wet van 27 mei 1999 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing en wijziging van enige andere bepalingen (*Stb.* 1999, 245) *Stb.* 2000, 32 (inwerkingstredingsbesluit).

<sup>20</sup> De voorheen bestaande bevoegdheden voor onderscheidenlijk het vorderen van verkeersgegevens en het aftappen (art. 125f (oud) en 125g (oud) Sv), vervielen met de inwerkingtreding van de - functioneel



equivalente - artikelen 126n en 126m Sv. De officier van justitie heeft in beide gevallen wel een machtiging nodig van de rechter-commissaris (onderscheidenlijk lid 2 en lid 5), maar het initiatief en verantwoordelijkheid voor de uitvoering liggen nu bij de officier van justitie. Met deze wetswijziging hing ook samen dat de officier van justitie verantwoordelijk werd voor de vernietiging van verschoningsgerechtigde informatie (art. 126aa Sv verving art. 125h lid 2 Sv (oud)).

<sup>21</sup> Te weten de artikelen 126nba, 126uba en 126zpa Sv. Ingevoerd per 1 maart 2019 (*Stb.* 2018, 322, i.w.tr. *Stb.* 2019, 67).

<sup>22</sup> Zie onder meer Vgl. o.a. P.A.M. Mevis, 'De bescherming van het verschoningsrecht uit hoofde van beroep, stand of ambt bij de toepassing van dwangmiddelen', *DD* 2006/12, Y. Buruma, 'Het advocatenprivilege bedreigd', *DD* 2011/7, N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat. Een onderzoek naar het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2017, p. 20. Vgl. ook de conclusie van wnd. AG C.J.G. Bleichrodt, van 10 februari 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BH2678, over de 'verre van ideale situatie' (onder 4.3) en de noot van T.M. Schalken onder *NJ* 2008, 115, die stelt dat de 'de Nederlandse wetgever zich bijna aan 'uitlokking' schuldig [maakt]' door de bevoegdheid tot vernietigen in handen te leggen van de autoriteit die daar zelf juist geen belang bij heeft (randnummer 6). Daar tegenover staat dat in de literatuur ook zorgen zijn geuit over mogelijk misbruik van het verschoningsrecht door dit in te zetten als 'dekmantel' voor crimineel handelen. Zie bijvoorbeeld T. Bertens en F. Vellinga-Schootstra, *Grondslagen en strafprocessuele gevolgen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de arts, advocaat en notaris* (preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2013, p. 196-199 (preadvies Bertens) en 206-207 (preadvies Vellinga-Schootstra) en T. Spapens, M. Siesling & E. de Feijter, *Brandstof voor de opsporing : evaluatie Wet bevoegdheden vorderen gegevens*, Den Haag: Boom Juridisch, 2011, p. 101 en 128.

<sup>23</sup> Zie voor een uitvoerig overzicht T.N.B.M. Spronken, 'Verschoningsrecht' in E. Prakken & T.N.B.M. Spronken: *Handboek verdediging*, Deventer: Kluwer 2009, p. 97-200, i.h.b. p. 144-147. Klachten van Nederlandse advocaten bij het EHRM zijn nochtans niet-ontvankelijk verklaard (EHRM 25 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1125DEC001626902 (Aalmoes e.a. t. Nederland)).

<sup>24</sup> Het systeem voor nummerherkenning is ingevoerd per 20 augustus 2011 door een nieuw artikel op te nemen in het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken. Zie (ook voor een toelichting) *Stb.* 2011, 380.

<sup>25</sup> Zie voor de procedure art. 4a van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken.

<sup>26</sup> Illustratief is wellicht dat de verwijzing naar de diverse schendingen van het verschoningsrecht bij telefoontaps in het geactualiseerde *Handboek verdediging* (N. van der Laan & P. van Kampen (red.)), Deventer: Wolters Kluwer 2022), is geschrapt.

<sup>27</sup> Voor de situatie dat de AIVD en/of MIVD de telefoon van een advocaat aftappen en dit vervolgens ter beschikking stellen van het OM biedt het systeem van nummerherkenning geen bescherming. Vgl. Hof Den Haag 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2881, *NJ* 2016, 272. Vgl. daarover Fanoy 2017, a.w., p. 272-273. Mijn indruk is dat dit in de praktijk niet geregeld tot problemen leidt.

<sup>28</sup> Fanoy 2017, a.w., p. 432, neemt in haar proefschrift een aanbeveling op die strekt tot het wijzigen van de wettelijke regeling van de telefoontap, op zo'n manier dat 'het primaat niet langer bij de officier van justitie ligt'. Vgl. ook T.N.B.M. Spronken, 'Verschoningsrecht en 'repressieve' druk', *NJB* 2022/1188.

<sup>29</sup> Art. 126bb lid 5. Art. 126aa lid 3 Sv schrijft voor dat voeging bij de processtukken plaatsvindt 'zodra het belang van het onderzoek het toelaat.' Dat zal niet eerder zijn dan het moment waarop het onderzoeksbelang niet geschaad wordt als de verdachte hiermee bekend wordt. In de onderhavige zaak is aan het hostingbedrijf ([hostingbedrijf] B.V.) geheimhouding opgelegd.

<sup>30</sup> Vgl. hierover H.B.J. Sluijsmans & V.J.C. de Bruijn, 'Mogelijkheden voor het beter waarborgen van het verschoningsrecht door beheerst gebruik van machine learning', *TBS&H* 2020, nr. 3, p. 102-113.

<sup>31</sup> Zo bestaan er zorgen over het effect op de 'doorlooptijden' en de momenteel tekortschietende capaciteit bij de kabinetten r-c om de benodigde filtering uit te voeren (zowel wat betreft hard- e software als 'menskracht'. Vgl. daarover V. de Berk, W. Jongebreur & S. Kluit, *Beroepen op het functioneel*

*verschoningsrecht. Doorlooptijden en gevolgen voor strafrechtelijk onderzoek*, WODC: 2021 (digitaal beschikbaar). Opgemerkt zij vast dat deze complexiteit in de onderhavige procedure ook niet iets is dat de partijen verdeeld houdt: beide erkennen dat een volkomen 'waterdicht' systeem, waarbij nooit per ongeluk verschoningsgerechtigde informatie in het strafdossier terechtkomt, niet realistisch is (schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 1.15 (p. 9), schriftelijke opmerkingen namens [verweerders] onder 3.5 (p. 25)), terwijl beide partijen eveneens onderkennen dat de capaciteit binnen de kabinetten van de rechters-commissarissen momenteel niet toereikend is om de filtering van informatie uit te voeren (schriftelijke opmerkingen namens [verweerders] onder 96 (p. 32), schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 3.1.8 (p. 21-22)). Zie hierover nader onder 6.50.

<sup>32</sup> Onderzoek aan gegevens kan dan plaatsvinden omdat in beslag genomen voorwerpen in beginsel mogen worden onderzocht (HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2076, *NJ* 1994, 577, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 9.3 onder b). Voor de grenzen aan het onderzoeken van gegevens via in beslag genomen 'elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken' is zoals bekend vooral het smartphone-arrest (HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, *NJ* 2017, 229, m.nt. Kooijmans) en de daaropvolgende jurisprudentie van belang. Met de inwerkingtreding van de Innovatiewet Strafvordering (*Stb.* 2022, 276, i.w.tr. *Stb.* 2022, 263) is daar bovendien nog de mogelijkheid van de 'netwerkzoeking' bijgekomen (vgl. art. 556 Sv e.v.).

<sup>33</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, 2, p. 83 e.v..

<sup>34</sup> Zie hierover nader in § 7.

<sup>35</sup> Arrest van 2 mei 2023, onder 3.7.4 (p. 29-31). Zie voor het tussenarrest op rechtspraak.nl ECLI:NL:GHSHE:2023:1329.

<sup>36</sup> Arrest van 2 mei 2023, onder 3.7.5 (p. 31).

<sup>37</sup> De opmerkingen van beide partijen bevinden zich in het dossier. Zie de 'Akte uitlating voornemen prejudiciële vragen' namens [verweerders] (d.d. 13 juni 2023) en de 'Akte na tussenarrest van 2 mei 2023 inzake prejudiciële vragen' namens de Staat (d.d. 13 juni 2023).

<sup>38</sup> In het arrest van 5 september 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2816, onder 6.2 (p. 2), wordt ten aanzien van de feiten volstaan met een verwijzing naar dit arrest. Namens de Staat wordt in de schriftelijke opmerkingen van 1 november 2023 opgemerkt dat deze feitenvaststelling van het hof 'op onderdelen (feitelijk) onjuist of te zeer gesimplificeerd' zou zijn (onder 1.19, p. 11). Deze 'klacht' lijkt met name betrekking te hebben op de status van 'de Handleiding' (zie hierna onder 5.19), waar het hof in de hieronder weer te geven feitenvaststelling overigens niet naar verwijst (maar wel onder 3.5.3-3.5.4, onder het kopje 'het standpunt van de Staat'). Ik kom daar verderop in deze conclusie op terug en merk hier vast op dat de Hoge Raad bij de beantwoording van prejudiciële vragen niet gebonden is aan de door het hof vastgestelde feiten (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 612, nr. 3, p. 7).

<sup>39</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 1.8-1.9 (p. 6). Zie voorts over de 'lessen' die het OM uit deze zaak zegt te hebben getrokken onder 6.2.2 (p. 69-70) en 10.2.6 (p. 96).

<sup>40</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 1.7 (p. 5-6) en - met name - onder 7.3.5-7.4.3 (p. 79-83).

<sup>41</sup> Zie hiervoor onder 1.4.

<sup>42</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 7.1.6 (p. 76)

<sup>43</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 10 (p. 95-112).

<sup>44</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 1.11 (p. 7).

<sup>45</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 11 (p. 112 e.v.). Die 'andere aanpak' keert ook terug in wijzigingen in het relevante beleid van het OM in de afgelopen jaren. Daar kom ik hieronder op terug (6.33-6.50).

<sup>46</sup> Schriftelijke opmerkingen namens [verweerders] onder - onder meer - 2.5 e.v. (p. 11).

<sup>47</sup> Schriftelijke opmerkingen namens [verweerders] onder 80-86 (p. 27-33).

<sup>48</sup> Schriftelijke opmerkingen namens [verweerders] onder 50 (p. 19).

- <sup>49</sup> Schriftelijke opmerkingen namens het Dekenberaad, onder 35 (p. 12), schriftelijke opmerkingen namens de NOvA, onder 3.2.18-3.2.21 (p.19-20). De NVSA en NVJSA sluiten zich - telkens - aan bij hetgeen door de NOvA naar voren is gebracht (onder 8, p. 4).
- <sup>50</sup> schriftelijke opmerkingen namens de NOvA, onder 3.2.22 (p.20). Dit voorstel lijkt te zijn ontleend aan J.S. Nan, 'De praktische kanten van beslag, beklag en het professioneel verschoningsrecht', *TBS&H* 2020, p. 287-289, die pleit voor een 'landelijk (super)kabinet' (p. 288).
- <sup>51</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de NOvA, onder 3.1.10 (p. 13). Zie hierover ook de schriftelijke opmerkingen namens [verweerders] onder 18 (p. 8); de schriftelijke opmerkingen namens het Dekenberaad, onder 23-24 (p. 9); en de opmerkingen namens NVSA en NVJSA, onder 13 (p. 5).
- <sup>52</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de NOvA, onder 2.5 (p. 9-10); schriftelijke opmerkingen namens het Dekenberaad, onder 6-12 (p. 4-6); schriftelijke opmerkingen namens de NVSA en NVJSA, onder 5 (p. 2-3).
- <sup>53</sup> Een variant op het hieronder te bespreken art. 218 Sv was al opgenomen in de vóór 1926 geldende wetboeken en geldt sinds 1838. Indertijd is bij de formulering aansluiting gezocht bij het Burgerlijk wetboek. Zie voor een bespreking van deze geschiedenis J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken (een studie over art. 218 Sv)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink bv 1975, p. 32 e.v..
- <sup>54</sup> Vgl. reeds A.J. Blok & L. Ch. Besier, *Het Nederlands strafproces*, Haarlem: H. D. Tjeenk Willink & zoon 1925, p. 541: 'Het openbaar belang, dat de waarheid omtrent het te laste gelegde zal worden opgespoord, moet dan wijken voor de som der bijzondere belangen — te zamen ook weder een openbaar belang vormend — welke voor ieder medebrengen, dat hij zich zonder vrees voor openbaring zijner geheimen tot den door hem gekozen vertrouwensman wenden kunne, of soms voor het rechtstreeks openbare belang, dat de bewaring door sommige ambtenaren van zekere, b. v. den Staat rakende geheimen eischt.' Vgl. voor een uitgebreidere bespreking van de - oudere - literatuur ter zake: Verburg 1975, a.w., p. 6-9.
- <sup>55</sup> Zie voor het eerst: HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 (*NJ* 1986, 173, m.nt. W.L. Haardt), r.o. 3.1. Nadien herhaald in o.a. HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105, *NJ* 1986, 533, m.nt. A.C. 't Hart, HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, *NJ* 2016, 163, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, *NJ* 2018, 92, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, HR 7 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:6, *NJ* 2020, 101, m.nt. N.Jörg, HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, *NJ* 2021, 104, m.nt. M.A. Verbrugh, HR 19 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:68, *NJ* 2021, 118, m.nt. T. Kooijmans, HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:532, *NJ* 2022, 48, m.nt. C.J.M. Klaassen en HR 24 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:760, *NJ* 2023, 236, m.nt. C.J.M. Klaassen en P.A.M. Mevis.
- <sup>56</sup> Zie hierover bijv. D. de Wolff, *Kernwaarden van de advocatuur*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 138 e.v..
- <sup>57</sup> *Stb.* 2014, 354, i.w.tr. *Stb.* 2014, 429 (Wet positie en toezicht advocatuur).
- <sup>58</sup> Zie: <https://regelgeving.advocatenorde.nl/content/gedragsregels-advocatuur>.
- <sup>59</sup> Vgl. Fanoy 2017, a.w., p. 190 e.v. voor een bespreking van de ter zake relevante tuchtrechtspraak.
- <sup>60</sup> In (de toelichting op) Regel 3 (lid 2) van de Gedragsregels 2018 wordt nog specifiek gewezen op de verantwoordelijkheden die samenhangen met de digitalisering van informatiestromen. Hieruit volgt onder meer een duidelijke zorgplicht voor de advocaat die vertrouwelijke gegevens opslaat buiten de fysieke kantooromgeving. Regel 3 lid 2 van de Gedragsregels luidt namelijk: 'De advocaat neemt passende maatregelen ter handhaving van de vertrouwelijkheid en de communicatie met de cliënt of derden, in het bijzonder waar het de keuze betreft van de communicatiemiddelen, van dataverwerking en van dataopslag waarvan de advocaat zich bedient, en de mate van beveiliging van die middelen'. In de toelichting wordt hierover onder meer opgemerkt: 'Technologische ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat de correspondentie tussen advocaat en cliënt niet enkel meer langs telefonische of schriftelijke weg verloopt, maar ook veelal via e-mail of anderszins digitaal. Ook de opslag van cliëntendossiers vindt in toenemende mate digitaal plaats, zelfs fysiek buiten de kantooromgeving. Deze ontwikkeling brengt als zodanig geen wijziging in de strekking van de geheimhoudingsplicht. De advocaat dient zich rekenschap te geven van de risico's die kunnen zijn verbonden aan de keuze voor bepaalde vormen van communicatie of gegevensopslag. Niet elke vorm van inbreuk op vertrouwelijke gegevens kan worden voorkomen. Wel mag van de advocaat zorgvuldigheid worden verlangd bij het maken van de keuze voor een specifiek medium

en het niveau van beveiliging.’

<sup>61</sup> Hierbij denk ik niet alleen aan het duidelijk markeren van wat wel verschoningsgerechtigd is, bijvoorbeeld door het alleen gebruik maken van een professioneel en geregistreerd e-mailadres en het in de kopregel van andere stukken (bijvoorbeeld van documenten in bijlagen) duidelijk markeren dat een stuk onder het verschoningsrecht valt (ter voorkoming van fout-negatieven), maar ook aan het niet gebruiken van hetzelfde e-mailadres voor andere doeleinden, al dan niet in CC (ter voorkoming van fout-positieven).

<sup>62</sup> Vgl. voor civiele zaken i.h.b. art. 165 lid 2 sub b van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Hierna: Rv) en voor bestuursrechtelijke procedures i.h.b. art. 8:33 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), waarin de eerstgenoemde bepaling van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Vgl. ook de geheimhoudingsplicht bedoeld in art. 67 Algemene Wet Rijksbelastingen (hierna: AWR), waaruit een verschoningsrecht voortvloeit (HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:721, NJ 2023, 237). En zie ook art. 37 lid 1 aanhef en onder j en 38 lid 2 van de Penitentiaire beginselenwet (hierna: Pbw), alsmede de hiermee corresponderende artikelen in de Beginselenwet verpleging terbeschikkinggestelden en de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen. Daarnaast zijn er nog veel bepalingen in bijzondere wetten. In zijn preadvies voor de NJV telde Vranken in 1986 al 50 wetten met regelingen omtrent het verschoningsrecht (J.B.M. Vranken, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht* (Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging deel 1, tweede stuk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 8.). Aangenomen mag worden dat het aantal nadien is toegenomen. Vgl. Spronken 2001, a.w., p. 383.

<sup>63</sup> Vgl. Verburg 1975, a.w., p. 32 e.v..

<sup>64</sup> Vgl. in dat verband de hiervoor genoemde grondslag van het verschoningsrecht alsmede de ‘doorbrekingsgrond’ van ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’. Deze zijn eerst erkend in een civiel arrest (ECLI:NL:HR:1985:AC9066 (NJ 1986, 173, m.nt. W.L. Haardt)) en hebben vervolgens ook ingang gevonden in strafrechtelijke procedures. Vgl., ook voor meer voorbeelden, F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2004, p. 121-126. Zie over het vermijden van ‘disharmonieën tussen de verschillende rechtsgebieden’ ook nog en meer recent de conclusie van mijn voormalig ambtgenoot Timmerman van 3 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:14, onder 2.19. Vgl. ook nog meer recent de noot van C.J.M. Klaassen/P.A.M. Mevis onder NJ 2023, 236, onder 4.

<sup>65</sup> In beginsel, omdat hier en daar wel (nuance)verschillen zichtbaar zijn. Zo komt de meerwaarde van de ‘doorbrekingsgrond’ in strafvorderlijke onderzoeken die zich mede richten op advocaten mij niet evident voor (zie hierna onder 4.7). Voorts is het zo dat ongerechtvaardigde inbreuken op het verschoningsrecht van de advocaat rechtstreeks kunnen raken aan het recht op een eerlijk proces, terwijl bij inbreuken op het verschoningsrecht van andere professioneel geheimhouders in beginsel slechts rechten in de sfeer van art. 8 EVRM in het geding zijn.

<sup>66</sup> Aldus Fernhout 2004, a.w., p. 125, en De Wolff, *Kernwaarden van de advocatuur*, 2022, a.w., p. 139-140. Zie in dit verband ook het hiervoor al genoemde arrest HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 (NJ 1986, 173, m.nt. W.L. Haardt), r.o. 3.2: ‘Onderdeel 1 van het eerste middel betoogt dat de notaris zich niet kan beroepen op een verschoningsrecht, nu art. 223b F. te zijnen aanzien geen uitzondering op de getuigplicht bevat en art. 1946 lid 2, aanhef en onder 3<sup>o</sup>, BW te dezen niet van toepassing is. Het onderdeel faalt reeds omdat het miskent dat het verschoningsrecht op het onder 3.1 bedoelde algemene rechtsbeginsel berust, zodat voor een beroep daarop toepasselijkheid van art. 1946 BW niet is vereist, en dat noch in de tekst van art. 223b F. noch in de wetsgeschiedenis steun is te vinden voor de stelling dat deze bepaling de strekking zou hebben voor wat het daar bedoelde verhoor betreft het verschoningsrecht van degenen die uit hoofde van hun beroep of ambt tot geheimhouding verplicht zijn, buiten werking te stellen.’

<sup>67</sup> Vgl. De Wolff, *Kernwaarden van de advocatuur*, 2022, a.w., p. 139-140, vgl. ook T.N.B.M. Spronken, *Verdediging. Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 423-429. Vgl. in dit verband ook HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553, NJ 2018, 435, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.6, over camerabeelden van de wachtruimte en toegangspaden in een ziekenhuis. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat vormen van opsporing die het bestaan van een (toekomstige) hulpverleningsrelatie in kaart brengen, niet toelaatbaar zijn. En zie HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2678, NJ 2009, 603, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 4.6, waarin de Hoge Raad de rechtsopvatting van het hof goedkeurde dat een afgeluisterd gesprek tussen een cliënt en een advocaat, waaruit een afspraak voor een bespreking tussen hen beiden kon worden afgeleid, ‘niet

operationeel gebruikt had mogen worden'.

<sup>68</sup> Dan zal opheffing van de geheimhouding dus in de ogen van de advocaat gerechtvaardigd moeten zijn. Zie voor de diverse situaties waarin dit zo kan zijn De Wolff, *Kernwaarden van de advocatuur*, 2022, a.w., p. 129-138 en over de belangenafweging die de advocaat moet maken Spronken 2001, a.w., p. 388-393. Voor de volledigheid vermeld ik nog dat het onder alle omstandigheden een eigen verantwoordelijkheid van de advocaat betreft, zijn cliënt kan hem niet van zijn verschoningsrecht 'ontslaan'. Zie (ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986, 173, m.nt. W.L. Haardt), r.o. 3.3. Ook onder het vorige wetboek werd dit al aangenomen. Zie Bosch van oud-Amelisweerd 1935 a.w., p. 67.

<sup>69</sup> Dit begrip pleegt ruim te worden uitgelegd, in die zin dat daaronder ook gegevensdragers (bijvoorbeeld: computers) waarop zich brieven en/of geschriften (bijvoorbeeld: e-mails) bevinden worden begrepen. Zie daarover nader: 5.7.

<sup>70</sup> De twee eerstgenoemde gronden stonden in 1926 reeds in het oorspronkelijke art. 98 Sv lid 1 en 2 (oud). Tegenwoordig staan zij in lid 1 en 5 van art. 98 Sv. Het gaat hierbij dus in het bijzonder om voorwerpen/gegevens die mogelijk onder het verschoningsrecht vallen (zie hierover hieronder meer). De derde grond waarvoor het verschoningsrecht moet wijken (de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden') is ontwikkeld in de jurisprudentie. Zie eerst HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 (*NJ* 1986, 173, m.nt. W.L. Haardt), r.o. 3.6 en meer recent HR 4 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1324 (*NJ* 2022, 327), in welke uitspraak de HR opschrijft welke 'factoren' uit zijn rechtspraak 'te destilleren vallen' over wanneer van zulke zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake is (r.o. 2.4).

<sup>71</sup> Zie nader 5.11-5.12.

<sup>72</sup> Bij de telefoontap was (HR 26 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1909 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1993, 692, m.nt. A.C. 't Hart, r.o. 6.4) en is (HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3369, *NJ* 2011, 222, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 3.12.3) geen plaats voor de doorbrekingsgrond, tenzij de advocaat zelf als verdachte is aangemerkt. Dit zal via de band van art. 126aa Sv ook gelden voor andere bijzondere opsporingsbevoegdheden.

<sup>73</sup> In de jurisprudentie heb ik geen voorbeelden aangetroffen van zaken waarin deze doorbrekingsgrond werd aangenomen zonder dat de advocaat tevens zelf verdachte was. Zie hierna onder 5.12, voetnoot 123.

<sup>74</sup> Zie aldus reeds Bosch van oud-Amelisweerd 1935 a.w., p. 64-65.

<sup>75</sup> Zie HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105 (*NJ* 1986, 533, m.nt. A.C. 't Hart), r.o. 5.3.1 Zie voor een uitgebreidere bespreking o.a. Bertens 2013, a.w., p. 181-188.

<sup>76</sup> Vgl. voor een uitgebreidere bespreking Spronken 2001, a.w., p. 397-398, die opmerkt dat de ruime uitleg ook samenhangt met dat het aan de advocaat zelf wordt overgelaten om te bepalen wat onder zijn verschoningsrecht valt. Dat laatste is in de onderhavige casus minder vanzelfsprekend (zie daarover nader hieronder).

<sup>77</sup> Aldus HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686, *NJ* 2017, 129, m.nt. Vellinga-Schootstra, r.o. 3.3.1. Van belang is 'of op grond van in aanmerking komende feiten of omstandigheden aannemelijk is dat de inhoud van die geschriften daadwerkelijk bestemd is om door de cliënt aan de advocaat in de uitoefening van zijn beroep te worden toevertrouwd.'

<sup>78</sup> Zie hierna onder 5.16-5.17.

<sup>79</sup> Stel dat een accountant regelmatig per e-mail advies geeft aan een advocaat in strafzaken over financiële fraude. Als deze accountant op enig moment zelf verdacht wordt van boekhoudfraude, kan dat aanleiding zijn om bij het hostingbedrijf waar hij gebruik van maakt een vordering gegevens te doen met betrekking tot zijn correspondentie en boekhouding. De kans is dan echter niet onaanzienlijk dat zich hiertussen ook gegevens bevinden die betrekking hebben op zijn adviespraktijk en die daardoor als zodanig onder het afgeleid verschoningsrecht van de advocaat die hij adviseert vallen.

<sup>80</sup> Vgl. Spronken 2001, a.w., p. 394-396 en het rapport van de Commissie Leliveld, *Dit is een advocaat*, Den Haag 2013, i.h.b. p. 43 e.v..

<sup>81</sup> Zie o.a. Fanoy 2017, a.w., p. 203 e.v. en op p. 268 over het 'uitbreidende palet aan werkzaamheden' van de advocaat. Zie ook M. van der Horst & R. Klein, 'Het verschoningsrecht, de toekomst met vertrouwen tegemoet?', *TvS&O* 2019, nr. 4, p. 150-170, i.h.b. p. 151-155 en De Wolff, *Kernwaarden van de*

*advocatuur*, 2022, a.w., p. 142-413.

<sup>82</sup> Zie HR 24 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:760, *NJ* 2023, 236, m.nt. C.J.M. Klaassen en P.A.M. Mevis, r.o. 4.5. Vgl. ook eerdere jurisprudentie over dit onderwerp: vgl. HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9694 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1994, 537, r.o. 6.2.4, HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0526, *NJ* 2011, 537, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 5.3.3, HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6101, *NJ* 2013, 388, m.nt. H.B. Krans (waarin werd bepaald dat de advocaat in dienstbetrekking niet reeds daarom geen verschoningsrecht toekomt), HR 25 november 2016, HR 18 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:377, r.o. 3.3, ECLI:NL:HR:2016:2686, *NJ* 2017, 129, m.nt. Vellinga-Schootstra, r.o. 3.2.2 en HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:193, *NJ* 2021, 119, m.nt. T. Kooijmans, r.o. 4.2.1. Gesproken kan ook worden van een 'zuiver functioneel verband' tussen de wetenschap en de hoedanigheid (zie P.J.M. van Domburg, *Over de grenzen van het verschoningsrecht*, 's-Gravenhage: VUA Uitgeverij 1994, p. 30 en - onder verwijzing daarnaar - de conclusie van mijn voormalig ambtgenoot Jörg van 6 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN0526, onder 88 alsmede die van voormalig PG Silvis van 12 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:18, onder 3.12).

<sup>83</sup> Vgl. de analyse van Bertens 2013, a.w., over dat het 'lastig is grenzen te trekken' (p. 191).

<sup>84</sup> Wellicht dat 'AI' daar in de toekomst verandering in brengt, maar dat brengt weer de complicatie met zich dat onduidelijk is hoe de selectie plaatsvindt. Vgl. Sluijsmans & De Bruin 2020, a.w..

<sup>85</sup> Zie HR 24 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:760, *NJ* 2023, 236, m.nt. C.J.M. Klaassen en P.A.M. Mevis, r.o. 4.5, onder aanhaling van HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258 (vgl. r.o. 3.3 van dat arrest).

<sup>86</sup> HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553, *NJ* 2018, 435, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 3.6.

<sup>87</sup> HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268, r.o. 5.1.3.

<sup>88</sup> HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:532, *NJ* 2022, 48, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.1.4

<sup>89</sup> HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:751.

<sup>90</sup> HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 (*NJ* 1986, 173, m.nt. W.L. Haardt), r.o. 3.5. Het ging in deze procedure om een getuigenverhoor als bedoeld in het - sindsdien voor zover ven belang onveranderde art. 223b Faillissementswet.

<sup>91</sup> HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 (*NJ* 1986, 173, m.nt. W.L. Haardt), r.o. 3.6. De Hoge Raad overwoog in dit verband: 'Het Hof heeft terecht geoordeeld dat een ruimere beoordelingsmarge en een meer genuanceerde afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen achteraf [...] tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht zou leiden dat dat daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast. Daarbij is mede van belang dat een zodanige afweging een - als gevolg van die afweging wellicht niet als bewijsmateriaal te bezigen - openbaarmaking aan de rechter veronderstelt, die met de aard van het verschoningsrecht [...] niet te verenigen is.' Het is de vraag of dit laatste argument thans nog als overtuigend heeft te gelden, nu het tegenwoordig wordt geaccepteerd dat de rechter-commissaris, voor zover dat noodzakelijk is kennisneemt van de inhoud van stukken waarop het verschoningsrecht betrekking heeft (vgl. HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566, *NJ* 2014, 476, m.nt. F. Vellinga-Schootstra., r.o. 2.4.1).

<sup>92</sup> HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0422, *NJ* 1992, 315, m.nt. Th. W. van Veen en E.A. Alkema, r.o. 3.3.

<sup>93</sup> Onder meer in een zaak waarin sprake was van op de voet van art. 126nf Sv gevorderde gegevens en recent in de zaak waarin het ging om een lijst met namen van mogelijke geheimhouders (die als zodanig wel in het bereik van de opsporing was gekomen via een fysiek beslag), zie onderscheidenlijk HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1736, *NJ* 2014, 94, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 3.2 en HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268, r.o. 5.3.3.

<sup>94</sup> Zie bijv. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:532, *NJ* 2022, 48, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.1.4 (fiscaal) en HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6324, *NJ* 2004, 47, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 2.5 (civiel).

<sup>95</sup> De Wolff, *AA* 2022, a.w., p. 768. Vgl. ook Bertens 2013, a.w., p. 199-201 dit 'algemene uitgangspunt' noemt. Vgl. over de wenselijkheid van dit uitgangspunt ook J.B.M. Vranken, 'Ook als partijgetuige heeft de notaris een functioneel verschoningsrecht. Terecht? Oproep aan de beroepsorganisaties', *WPNR* 2002/6510 en R. de Bock, 'Laat de verschoningsgerechtigde niet langer rechter in eigen zaak zijn. Pleidooi voor een modernisering van het verschoningsrecht', in: G. van Dijk e.a. (red), *Cirkels. Een terugblik op een*

*vooruitziende blik*, Deventer: Kluwer 2013, p. 157-168.

<sup>96</sup> Dat neemt niet weg dat er wel eisen gesteld kunnen worden aan de duidelijkheid en ondubbelzinnigheid van die wetgeving, en dat bij eventuele onduidelijkheid (meer) betekenis toekomt aan de patronen in beschermingswijzen die zich elders in het wetboek aftekenen. Vgl. Fernhout 2004, a.w., p. 124 (na een inhoudelijke analyse van het hiervoor genoemde arrest van 1 maart 1985): 'Het algemene rechtsbeginsel verliest slechts zijn werking, indien in een wettelijke regeling uitdrukkelijk wordt bepaald of bij de totstandkoming daarvan uitdrukkelijk wordt overwogen, dat het in het algemene beginsel verankerde professionele verschoningsrecht in dat geval niet of slechts in beperkte mate geldt.'

<sup>97</sup> De strafprocessuele wetgeving laat immers - al sinds de invoering van de telefoontap in 1973 - zien dat de wetgever het soms wel, maar soms ook niet zo heeft geregeld dat de advocaat zelf bepaalt of bepaalde informatie onder zijn verschoningsrecht valt. Zie over de wetsgeschiedenis en het feit dat de advocaat zelf niet kan beslissen wat wel en niet wordt afgetapt reeds HR 10 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC137 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), NJ 1979, 374, m.nt. Th. W. van Veen. Vgl. ook over het 'schril contrast' tussen de bescherming van het verschoningsrecht afhankelijk van de toegepaste bevoegdheid Spronken 2001, a.w., p. 434-435. Het regime van art. 126aa Sv vormt hiervan in zoverre niet meer dan een voortzetting, met dien verstande dat de rechter(-commissaris) bij de invoering van de Wet bob op afstand is geplaatst, zie hiervoor onder 2.4. In de rechtspraak van de Hoge Raad is bovendien ook na invoering van dit artikel al eens geoordeeld dat de vraag of zich onder afgetapte informatie verschoningsgerechtigd materiaal bevindt, ter beoordeling staat van de officier van justitie, zie HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3369, r.o. 3.11. Gelet hierop kan er weinig misverstand over bestaan dat er in het wettelijk systeem ruimte is voor meer dan één regime voor het filteren van verschoningsgerechtigde informatie.

<sup>98</sup> Vgl. art. 36a lid 1, 104 lid 2 105 lid 3, 110 lid 3, 125i, 125k lid 3, 126a lid 3, 126d, diverse bepalingen in Titel IVA en (geschakeld) V en VB van boek 1, 226l lid 7, alsmede diverse bepalingen in boek 5 en 6.

<sup>99</sup> Dit is reeds het geval sinds de invoering van het wetboek in 1926, vgl. art. 284 lid 4 Sv (oud).

<sup>100</sup> Op de in de literatuur veelvuldig geproblematiseerde vraag welke categorieën van personen onder de reikwijdte van art. 218 Sv vallen ga ik hier niet in, nu het evident is dat dit voor de advocaat in elk geval zo is. Zie over deze kwestie reeds W.L.G.M. Bosch van oud-Amelisweerd, *Zwijgplicht en zwijgrecht, in het bijzonder van de politie* (diss. Utrecht), Utrecht: Kemink en zoon 1935, i.h.b. p. 5-11; Hazewinkel-Suringa 1959, a.w., p. 9-10: 'De bedoeling [van dit boek, AEH] is om de uiterst laconieke soberheid waartoe onze wetgever zich heeft bepaald, aan te vullen (...) Onze wetgever immers heeft niet meer gedaan dan het erkennen van het bestaan van ambts- en beroepsgeheimhouders. Wie als zodanig gelden, het wordt niet gezegd.'; Verburg 1975, a.w., p. 215-274; M.A. Wisselink, *Beroepsgeheim, ambtsgeheim en verschoningsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, o.a. p. 20 en 135; Van Domburg 1994, a.w., p. 43-44 en Bertens 2013, a.w., p. 175-181. Zie voor een overzicht van de meest actuele jurisprudentie hieromtrent G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 149-150.

<sup>101</sup> Dit was bij het oorspronkelijke wetsvoorstel niet vanzelfsprekend, voorzien was dat de officier van justitie bevoegd zou zijn tot het zelfstandig doorzoeken van kantoren van geheimhouders. Na een advies van de procureur-generaal bij en de strafkamer van de Hoge Raad in de consultatie, heeft de minister besloten om de rechter-commissaris uitsluitend bevoegd te maken voor het doen (leiding geven aan) de doorzoeking op deze plaats (*Kamerstukken II* 1992/93, 23251, 3, p. 22). De commissie Moons had ook nog voorgesteld om een spoedzoeking (art. 97 Sv) bij geheimhouderkantoren mogelijk te maken zonder tussenkomst van de rechter-commissaris (Commissie herijking Wetboek van Strafvordering, *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek*, Arnhem: Gouda Quint bv 1990, p. 105).

<sup>102</sup> Zie aldus reeds F. Vellinga-Schootstra, Inbeslagneming en huiszoeking. De dwangmiddelen ter inbeslagneming, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink, 1982, p. 179-180, over de 's avonds thuis doorwerkende advocaat. In HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280, NJ 2002, 438, m.nt. Y. Buruma, r.o. 5.2.4, lijkt de Hoge Raad haar standpunt te hebben gevolgd.

<sup>103</sup> Zie HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3564, NJ 2008, 113 en HR 4 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0004, NJ 2014, 11. Strikt genomen gaat het hier om in beslag genomen voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend. Vgl. de onder 2.7, voetnoot 32 genoemde jurisprudentie. Op

deze voorwerpen heeft art. 98 Sv niet zonder meer betrekking (zie ook hieronder). De Hoge Raad heeft de bescherming van art. 98 Sv - via art. 125l Sv, welk artikel is opgenomen in de afdeling over de doorzoeking ter vastlegging van gegevens - in de hierboven genoemde uitspraken uit 2007 en 2013 wel van overeenkomstige toepassing verklaard. Op de praktische complicatie dat deze voorwerpen ook door anderen dan de rechter-commissaris in beslag kunnen worden genomen, waardoor de rechter-commissaris geen weet heeft van die inbeslagneming, kom ik hieronder nog terug.

<sup>104</sup> Wet van 19 november 2014 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het vergroten van de mogelijkheden tot opsporing, vervolging, alsmede het voorkomen van financieel-economische criminaliteit (*Stb.* 2014, 445, i.w.tr. *Stb.* 2014, 513).

<sup>105</sup> Wet van 4 juli 2018 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot vastlegging van het recht op bronbescherming bij vrije nieuwsgaring (*Stb.* 2018, 264, i.w.tr. *Stb.* 2018, 265). Bij dezelfde gelegenheid werd een soortgelijke bepaling ingevoerd bij de artikelen over het horen als getuige van verschoningsgerechtigden (art. 222 lid 3 Sv). Deze aanpassing hield niet meer in dan een codificatie van een bestaande praktijk, het was toen reeds de praktijk dat bij doorzoekingen (en andere dwangmiddelen tegen advocaten) in beginsel de Deken werd geraadpleegd. *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3, p. 18.

<sup>106</sup> Het neerleggen van deze procedure in de wet hield verband met de introductie van een spoedprocedure voor het geval de verschoningsgerechtigde een klaagschrift indiende tegen het onder hem gelegde beslag: het huidige achtste lid van art. 552a en derde lid van art. 552d Sv werden bij dezelfde gelegenheid ingevoerd. Dit overigens nadat eerder in het wetgevingstraject een veel verderstrekking voorstel tot inperking van de bescherming van het verschoningsrecht van de advocaat was gedaan, te weten een nieuw art. 98a Sv. Dit voornemen stuitte op zeer stevige kritiek in de consultatie (zie bijlage 238832 bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33685, 3) en vanuit de wetenschap (zie M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Een lichtzinnig voorstel omtrent het verschoningsrecht in strafzaken', *DD* 2012/56). Het voorgenoemde artikel is in het uiteindelijke wetsvoorstel niet opgenomen. De strekking was - kort gezegd - dat de rechter-commissaris zou kunnen bepalen dat bij een advocaat 'brieven en andere geschriften in beslag worden genomen, indien hij oordeelt dat bij geheimhouding aan een zwaarderwegend maatschappelijk belang een onevenredig grote schade zou worden toegebracht'. Tegen die beslissing zou de beklagprocedure wel open staan, maar was cassatie uitgesloten. Zowel op die procedurele gang van zaken, als op het criterium over het 'zwaarderwegend maatschappelijk belang' kwam veel kritiek.

<sup>107</sup> Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33685, 6, p. 24.

<sup>108</sup> *Stcrt.* 2011, 4981. Deze aanwijzing verving (per 1 april 2011) de hiervoor geldende en gelijknamige aanwijzing uit 2006 (*Stcrt.* 2006, 130). Het voornemen bestaat deze aanwijzing binnenkort te vervangen door een Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen advocaten. Alsdan zal een duidelijker onderscheid bestaan tussen de aanwijzing die betrekking heeft op onderzoek bij een advocaat en een - thans in concept voorliggende - aanwijzing voor de omgang met verschoningsgerechtigd materiaal aangetroffen bij derden. Zie daarover nader onder 6.5.

<sup>109</sup> De Aanwijzing opsporingsbevoegdheden betreft een aanwijzing vanwege het College van procureurs-generaal in de zin van art. 130 lid 6 Wet op de rechterlijke organisatie (hierna: Wet RO). Naast de doorzoeking en inbeslagneming heeft de aanwijzing ook betrekking op het opnemen van telecommunicatie. De nadruk ligt daarbij op het inzetten van deze bevoegdheden bij advocaten die zelf verdachte zijn.

<sup>110</sup> Zie eerst HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0422, *NJ* 1992, 315, m.nt. Th. W. van Veen en E.A. Alkema, r.o. 3.3.

<sup>111</sup> Hoewel lid 6 niet dwingend voorschrijft dat de Deken bij een doorzoeking wordt betrokken - er staat immers slechts dat het 'kan' - is in de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden opgenomen dat de Deken 'wordt' uitgenodigd bij een doorzoeking, tenzij zijn komst niet kan worden afgewacht (*Stcrt.* 2011, 4981, p. 4). Dit is in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad. De Hoge Raad pleegt het raadplegen van de Deken aan te bevelen (zie bijv. HR 20 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0367 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl, *NJ* 1989, 213, r.o. 7.2 onder c en HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280, *NJ* 2002, 438, m.nt. Y. Buruma, r.o. 5.2.2), maar heeft in zijn beschikking van 19 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7284, *NJ* 2009, 443, r.o. 5.2, geoordeeld dat de opvatting dat vereist is 'dat de



afwezigheid van de Deken bij die selectie leidt tot nietigheid van de (selectie)beslissing van de rechter-commissaris' bij de inbeslagname, 'in haar algemeenheid onjuist' is. Het niet consulteren is dus niet onder alle omstandigheden fataal. De Deken heeft bij het uitoefenen van deze bevoegdheid een geheimhoudingsplicht (art. 45a lid 2 Advocatenwet, vergelijkbaar met het hiervoor genoemde art. 11a Advocatenwet) en daarmee verbonden ook een verschoningsrecht.

<sup>112</sup> HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1324, *NJ* 2016, 378, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 2.3.1, zie eerder m.b.t. een notaris reeds HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0434, *NJ* 2014, 12, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 3.4. Dit is slechts anders indien sprake is van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' (de doorbrekingsgrond), in welk geval de advocaat tevens zelf verdachte is. In dat geval is niet het oordeel van de advocaat, maar het oordeel van de rechter-commissaris het vertrekpunt. Zie HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280, *NJ* 2002, 438, m.nt. Y. Buruma, r.o. 5.2.2 en HR 18 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5297, *NJ* 2003, 621, r.o. 5.4.3. Om de hiervoor vermelde reden, laat ik deze 'doorbrekingsgrond' hier verder buiten beschouwing.

<sup>113</sup> Vgl. HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2537, *NJ* 2017, 43, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

<sup>114</sup> Onder 4.6-4.13.

<sup>115</sup> Vaste jurisprudentie. Vgl. HR 19 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7284, *NJ* 2009, 443.

<sup>116</sup> Vgl. HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, *NJ* 2016, 163, m.nt. F. Vellinga-Schootstra en zie ook over de advocaat (niet) 'als heulplaats' Corstens/ Borgers & Kooijmans, 2021, a.w., p. 578.

<sup>117</sup> De vraag hoe beperkt of rekkelijk de frase 'brieven of andere geschriften' moet worden gelezen is overigens onderwerp van een al lang lopend debat. Blok & Besier, 1925, a.w., leiden uit de wetsgeschiedenis een enge interpretatie af (p. 313-314). Zie in vergelijkbare zin Hazewinkel-Suringa 1959, a.w., p. 78. Verburg 1975, a.w., p. 72-73, meent dan weer dat die interpretatie niet past bij de ratio van het verschoningsrecht die de wetgever toen voor ogen stond. Ook Spronken 2001, a.w., p. 402, bepleit een 'ruime' uitleg. Vellinga-Schootstra 1982, a.w., p. 170, sluit in haar proefschrift weer aan bij de lezing van Blok/Besier, evenals Corstens (2008, p. 491) en de bewerkers van *Het Nederlands Strafprocesrecht* (2021, p. 577). Gelet op het feit dat de belangrijkste kwestie - te weten dat gegevensdragers ook onder brieven of geschriften moeten worden begrepen - inmiddels is beslecht, ga ik hier niet verder op in.

<sup>118</sup> Zie ECLI:NL:HR:2021:193, *NJ* 2021, 119, m.nt. T. Kooijmans, r.o. 5.3.2, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de opvatting onjuist is dat 'een verschoningsgerechtigde 'als een 'kluis' [kan] fungeren waarin de cliënt alle denkbare informatie, relevant of niet, kan 'opslaan'. Indien een advocaat een wapen van zijn cliënt in bewaring neemt, mag dit dus in beslag worden genomen.

<sup>119</sup> In de jurisprudentie is bepaald dat de toestemming uitdrukkelijk moet worden gegeven. Zie HR 25 november 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9588 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1987, 513, m.nt. Th. W. van Veen

<sup>120</sup> Deze theoretische mogelijkheid lijkt gelet op de tucht- en strafrechtelijke dreiging voor de advocaat die lichtzinnig omspringt met zijn geheimhoudingsplicht (zie hiervoor onder 3.12) niet van grote praktische betekenis. Vgl. Fanoy 2017, a.w., p. 226, die stelt dat het in de praktijk 'niet vaak zal voorkomen'. In de instructies die de NOVA op haar website heeft geplaatst voor advocaten en Dekens (voor hoe te handelen in geval van een doorzoeking), wordt het geven van toestemming 'bij geringste twijfel' afgeraden. Zie <https://www.advocatenorde.nl/handleiding-extern-onderzoek>.

<sup>121</sup> Zie hiervoor onder 4.10-4.11, en vgl. specifiek voor de inbeslagneming van voorwerpen HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:193, *NJ* 2021, 119, m.nt. T. Kooijmans, r.o. 4.2.1 in samenhang met 4.2.2.

<sup>122</sup> Zie hiervoor onder 4.7.

<sup>123</sup> Corstens/ Borgers & Kooijmans, 2021, a.w., noemen op p. 576 een aantal situaties waarin sprake is van inbeslagneming op grond van de doorbrekingsgrond zonder dat de geheimhouder zelf verdachte is, maar in de door hun genoemde zaken gaat het telkens om medisch geheimhouders. In zijn noot onder *NJ* 2008, 115, in een strafzaak waarin de professioneel geheimhouder een notaris betrof, sloot Schalken nog uit dat van de doorbrekingsgrond sprake kon zijn in het geval de geheimhouder niet zelf verdachte was: 'De boodschap is duidelijk: Hoe groot het opsporingsbelang ook is, eerst behoren de aanwijzingen tegen de geheimhouder het niveau van art. 27 Sv te hebben bereikt' (onder 2 van zijn noot). Wat daar ook van zij:

het aannemen van deze grond jegens een advocaat/notaris is vooralsnog, voor zover ik heb kunnen zien, zonder precedent. Omgekeerd geldt dat '[d]e enkele omstandigheid dat een advocaat als verdachte wordt aangemerkt (...) in ieder geval niet toereikend [is voor het aannemen van zeer uitzonderlijke omstandigheden, AEH] maar wel de verdenking van een ernstig strafbaar feit, zoals het vormen van een crimineel samenwerkingsverband van een advocaat met bepaalde cliënten.' Dit is vaste jurisprudentie, in de kern reeds sinds HR 10 oktober 1950, ECLI:NL:HR:1950:199 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl, *NJ* 1951, 356, m.nt. W.P.J. Pompe. Zie voor de hier gebruikte formulering HR 19 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7284, *NJ* 2009, 443, r.o. 3.2, en vgl. meer recent HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1740, *NJ* 2014, 93, r.o. 4.2, met ook een beschouwing van AG Knigge in de aan die beschikking voorafgaande conclusie (van 15 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1759, onder 6.4) over de 'stevigheid van de verdenking' (die er niet toe doet, zie r.o. 4.3).

<sup>124</sup> HR 20 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0367 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl, *NJ* 1989, 213, r.o. 7.1.

<sup>125</sup> HR 19 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7284, *NJ* 2009, 443, r.o. 3.2.

<sup>126</sup> Vgl. ook, over dat 'zorg moet worden betracht om te voorkomen dat de belangen van andere cliënten worden geschaad de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (*Stcrt.* 2011, 4981, p. 4), waarin een 'grote mate van omzichtigheid' wordt voorgeschreven.

<sup>127</sup> Zie HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3564, *NJ* 2008, 113, r.o. 4.2.8.

<sup>128</sup> HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1324, *NJ* 2016, 378, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 2.3.1 en Zie recent en duidelijk HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, *NJ* 2016, 140, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 3.5.3: 'Indien de rechter-commissaris - bijvoorbeeld in verband met de aard of de omvang van de inbeslaggenomen stukken of gegevens - niet in staat is zelf dat onderzoek te verrichten, zal hij het daarheen dienen te leiden dat het onderzoek wordt verricht door zodanige functionaris en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt.'

<sup>129</sup> Vgl. de conclusie van voormalig AG Knigge van 25 augustus 2015 (ECLI:NL:PHR:2015:2463), waarin hij na bespreking van deze jurisprudentie opmerkt (onder 7.10): 'Zelf zou ik menen dat voor geheimhouder officieren van justitie in ons strafproces geen plaats is, laat staan voor geheimhouder medewerkers van de FIOD. Wij hebben tenslotte de rechter-commissaris al.'

<sup>130</sup> HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:193, *NJ* 2021, 119, m.nt. T. Kooijmans, r.o. 7.1 e.v.. Kooijmans merkt in zijn annotatie op dat - wat hem betreft - '[de] enkele omstandigheid dat de 'geheimhouder-officier van justitie' en de 'geheimhouder-politieambtenaren' niet worden betrokken in het onderzoek waarin de inbeslagneming plaatsvindt [...] een noodzakelijke maar niet steeds voldoende voorwaarde voor het waarborgen van het verschoningsrecht' is. Een aanvullende voorwaarde zou - wat hem betreft - 'kunnen zijn dat de betreffende 'geheimhouder-politieambtenaar' ook in de toekomst niet wordt betrokken in strafzaken tegen de verdachte (of een huidige medeverdachte) en dat hij — ook in de toekomst — de door hem vergaarde inhoudelijke informatie niet deelt met anderen.'

<sup>131</sup> Het Dekenberaad en de NOVA (waarbij de NVSA en NVJSA zich aansluiten) spreken zich ook uit tegen de geheimhouderopsporingsambtenaar, maar slechts waar het de uitoefening van de bevoegdheid van art. 126aa Sv betreft (zonder daarbij onderscheid te maken tussen het optreden in opdracht van de rechter-commissaris of niet). Zie 3.11.

<sup>132</sup> Zie onder meer HR 1 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB7789 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl, *NJ* 1989, 349, m.nt. Th. W. van Veen, een zaak waarbij correspondentie tussen advocaat en cliënt bij de cliënt was aangetroffen; HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9693 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1994, 552, m.nt. A.C. 't Hart, waarin het ging om het afgeleid verschoningsrecht van een registeraccountant en HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4402, *NJ* 2002, 440, m.nt. Y. Buruma, over een door een advocaat ingeschakelde deskundige en HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, *NJ* 2016, 140, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, over door een advocaat ingeschakelde belastingadviseurs/fiscalisten. Zie eerder onder 4.9. Aangetekend zij vast dat deze naam niet bijzonder treffend is, nu het in wezen niet gaat om een zelfstandig recht dat toekomt aan de derde (vgl. de noot van C.J.M. Klaassen/ P.A.M. Mevis onder *NJ* 2023, 236, onder 14).

<sup>133</sup> Eerst in HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3076, *NJ* 2016, 8, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 2.5.1-2.5.2. Vgl. daarvoor ook - in iets andere bewoordingen - HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0434, *NJ* 2014, 12, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 3.4, HR 18 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:377, r.o. 3.3.

<sup>134</sup> Zie recent en duidelijk HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, *NJ* 2016, 140, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 3.3.3 en HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686, *NJ* 2017, 129, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 3.2.2.

<sup>135</sup> D.w.z. de (spoed)klaagschriftprocedure van art. 552a lid 8 en art. 552d lid 3 Sv. Het uitgangspunt van deze procedure is dat de belanghebbende zich bij de rechtbank over het beslag en/of het oordeel van de rechter-commissaris kan beklagen. De beslagene kan zelf belanghebbende zijn bij het beslag als zodanig, maar uitsluitend de verschoningsgerechtigde is belanghebbende voor zover de klacht betrekking heeft op een inbreuk op zijn verschoningsrecht (vgl. HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4284, *NJ* 2014, 92 (maar zie voor een nuancering HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553, *NJ* 2018, 435, m.nt. P.A.M. Mevis, r.o. 2.3.3) en vgl. voor de situatie van dubbel beklag HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, *NJ* 2016, 140, m.nt. F. Vellinga-Schootstra, r.o. 3.6).

<sup>136</sup> Dit zal doorgaans niet het geval zijn indien de inbeslagneming niet is voorafgegaan door het doorzoeken van een kantoren van een geheimhouder of een woning (met uitzondering van spoedzoekingen), althans daargelaten de situaties waarin de rechter-commissaris betrokken moet worden vanwege het feit dat bij onderzoek aan een gegevensdrager op voorhand is te voorzien dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zeer ingrijpend zal zijn (Vgl. HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, *NJ* 2017, 229, m.nt. Kooijmans), of omdat een netwerkzoeking wordt voorgenomen.

<sup>137</sup> Zie HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262, *NJ* 2010, 144. De Hoge Raad oordeelde hier (r.o. 3.4): 'De Rechtbank heeft geoordeeld dat toen het vermoeden rees dat zich tussen de inbeslaggenomen stukken geheimhouderstukken bevonden, de Officier van Justitie de inbeslaggenomen stukken onverwijld aan de Rechter-Commissaris had behoren te zenden (...) In dat verband heeft de Rechtbank tevens geoordeeld dat de Officier van Justitie geen ruimte toekwam om de FIOD/ECD te verzoeken een proces-verbaal van bevindingen op te maken. Gelet op hetgeen de Rechtbank verder heeft overwogen heeft het daarmee tot uitdrukking gebracht dat van de inhoud van de stukken waarvan werd vermoed dat het geheimhouderstukken betroffen geen kennis had mogen worden genomen en dat die bevindingen zich dus niet tot die inhoud hadden mogen uitstreken. Een en ander geeft in het licht van hetgeen hiervoor onder 3.3 is vooropgesteld geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het evenmin onbegrijpelijk is.'

<sup>138</sup> Het OM stelt in hieronder te bespreken concept-Aanwijzingen (6.38-6.46) voor om hiervoor de vorderingsprocedure bedoeld in art. 181 Sv te gebruiken (en de situatie waarin beslag is gelegd op een voorwerp onder een derde, terwijl wel een redelijk vermoeden rijst of anderszins blijkt dat zich hierop verschoningsgerechtigd materiaal bevindt, in zoverre gelijk te behandelen als wanneer gegevens op vordering zijn verstrekt). Een andere optie zou zijn het op deze situatie van toepassing verklaren van de procedure ex. art. 98 Sv (vgl. HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048, *NJ* 2021, 117, m.nt. T. Kooijmans en HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268). Een derde optie zou zijn om zonder wettelijke grondslag de rechter-commissaris te adiëren (Vgl. HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, *NJ* 2022, 354, m.nt. J.W. Ouwkerk, r.o. 6.11.3 en 6.13.2; HR 13 juni 2023, HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:900, *NJ* 2022, 295, m.nt. A.J.M. Machielse, r.o. 3.6.3; ECLI:NL:HR:2023:913, *NJ* 2023, 279, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 6.24.1 (en vgl. 6.24.3), waarin de Hoge Raad oordeelde dat het wettelijk systeem zich hier niet tegen verzet). Het belang van die grondslag is met name gelegen in de al dan niet tegen de beslissing van de rechter-commissaris openstaande rechtsmiddelen (voor het OM en/of de verdachte) en voor de mogelijkheid van cassatieberoep.

<sup>139</sup> Opgemerkt zij dat de tekst van de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden niet tot deze conclusie dwingt (hier staat slechts dat deze '[i]n het bijzonder' betrekking heeft op de bevoegdheden 'doorzoeking en inbeslagneming en het opnemen van telecommunicatie bij verdachte advocaten'(p. 2). Gelet op de overige beleidsdocumenten (in het bijzonder de nu in concept bestaande Aanwijzing omgang met verschoningsgerechtigd materiaal), moet het er toch voor gehouden worden dat de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden hier toepassing mist.

<sup>140</sup> Zie voor de status van de Handleiding hierna onder 6.5.

<sup>141</sup> Dit stappenplan komt er zeer in het kort op neer dat de betrokken functionaris een medewerker-geheimhouders en/of de officier van justitie in kennis moet stellen indien hij na een 'oppervlakkige beschouwing' van een fysiek document meent met vermoedelijke geheimhouderinformatie te maken te hebben (p. 3-5 van de Handleiding). Voor digitale gegevens geldt dat indien het vermoeden rijst dat zich hiertussen geheimhouderinformatie bevindt of indien een 'betrokkene' zich meldt en zich op dat standpunt

stelt, een medewerker geheimhouders hier een onderzoek naar doet (p. 5-7 van de Handleiding). De medewerker geheimhouders die het onderzoek naar de aanwezigheid van verschoningsgerechtigde informatie doet, moet volgens de Handleiding vervolgens de officier van justitie, of - indien het onderzoek het gevolg is van een door de rechter-commissaris ingezet dwangmiddel - de rechter-commissaris in kennis stellen. Als de officier van justitie tot het oordeel komt dat het weliswaar geheimhouderinformatie betreft maar hij dit toch wil toevoegen aan het dossier (omdat hij tot het oordeel komt dat het verschoningsrecht zich hier niet over uitstrekt), moet hij volgens de Handleiding in contact treden met de betrokken advocaat. Eventueel kan hij bemiddeling van de Deken verzoeken of aandringen op het spoedig indienen van een klaagschrift indien deze advocaat zich niet neer wil leggen bij zijn oordeel, aldus de Handleiding.

<sup>142</sup> Een advocaat die er met de officier van justitie niet uitkomt moet krachtens dit kader immers geen klaagschrift indienen maar bezwaar maken bij de rechter-commissaris. Daar komt bij dat de Hoge Raad nog niet zijn fiat heeft uitgesproken over het fenomeen 'geheimhouders-medewerker' en/of 'geheimhouder-officier van justitie, voorzover zij niet optreden in opdracht van de rechter-commissaris. Daarnaast lijkt het mij niet evident dat de in de Handleiding beschreven werkwijze een voor de Hoge Raad acceptabel alternatief is voor het daarvan, bij het opkomen van enig vermoeden van de aanwezigheid van verschoningsgerechtigde informatie, in handen stellen van de rechter-commissaris (Vgl. de hiervoor genoemde beschikking van HR 2 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262, NJ 2010, 144). Een belangrijk verschil met de situatie dat gegevens op vordering zijn verkregen is nochtans dat, ook indien niet bij de geheimhouder zelf beslag is gelegd, de wet hier met de mogelijkheid van bezwaar ex art. 98 lid 2 Sv en beklag ex art. 552a een duidelijke en effectieve remedie biedt, waardoor de bovenbeschreven kwetsbaarheid naar het zich laat aanzien niet vaak zal manifesteren.

<sup>143</sup> Ik verwijs voor deze geschiedenis naar hetgeen ik daarover in een eerdere conclusie heb geschreven (CAG van 8 juli 2022, ECLI:NL:PHR:2022:647, onder 4.19-4.21).

<sup>144</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 6.1.1 (p. 69): 'Het gaat om een interne notitie uit 2014, die als zodanig geen bindende normen met externe werking bevat. De Handleiding is bovendien gebaseerd op de stand van het recht medio 2014. De in de praktijk toegepaste werkwijze heeft zich nadien verder ontwikkeld, mede als gevolg van nieuwe wetgeving en rechtspraak. De Handleiding reflecteert dus niet de bestendige werkwijze van het Openbaar Ministerie (...).'

<sup>145</sup> Onder 6.42-6.46.

<sup>146</sup> HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048, NJ 2021, 117, m.nt. T. Kooijmans.

<sup>147</sup> HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1960.

<sup>148</sup> Vgl. ook HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2537, NJ 2017, 43, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

<sup>149</sup> Zie r.o. 5.2 van HR 16 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1960, waarin de Hoge Raad verwijst ('vgl.') naar HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, NJ 2016, 140, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

<sup>150</sup> Onder 2.2-2.4.

<sup>151</sup> Het gaat om de artikelen opgenomen in afdeling 9 van Titel IVA van boek 1, alsmede de functioneel equivalente artikelen in Titel V en derde afdeling A van Titel VB.

<sup>152</sup> Op het moment van die invoering was een grondslag voor het vorderen van gegevens te vinden in art. 125i Sv oud. Deze bevoegdheid kon worden ingezet indien een gerechtelijk vooronderzoek was ingesteld en aanwending vond (dus) plaats onder verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris. Zie hiervoor onder 2.3. De gelijktijdig met de Wet-bob in werking getreden Wijzigingswet strekkende tot de herziening van het gerechtelijk vooronderzoek (*Stb.* 1999, 243, i.w.tr. *Stb.* 2000, 32) bracht enkele wijzigingen in de bepaling aan maar veranderde niet dat deze bevoegdheid was opgenomen in Titel IV, afdeling: 'Onderzoek van gegevens in geautomatiseerde werken' (thans: 'Doorzoeking ter vastlegging van gegevens'), en niet in IVA-VC, waardoor art. 126aa Sv niet van toepassing was. Per 1 januari 2006 (gelijk met de hierna te bespreken Wijzigingswet vorderen gegevens (*Stb.* 2005, 390, i.w.tr. *Stb.* 2005, 609) is de vorderingsbevoegdheid uit het artikel gehaald en heeft art. 125i Sv zijn huidige redactie.

<sup>153</sup> In de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II 1996/97, 25403, nr. 3*), wordt over de positie van geheimhouders in relatie tot art. 126aa Sv gesproken over 'afluisteren' (p. 60-61). In de Nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II 1996/97, 25403, nr. 7*) gaat het in relatie tot de positie van

geheimhouders onder meer over 'tappen en afluisteren' (p. 76). In de Tweede nota van wijziging (*Kamerstukken II 1996/97*, 25403, nr. 14) wordt nog gesproken over 'materiaal, verkregen door tappen, opnemen van vertrouwelijke communicatie en observatie met technische hulpmiddelen'. In de toelichting op het eerste Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken, *Stb.* 1999, 548 (p. 9) schrijft de minister dat de mededelingen waar het om gaat 'in principe ook mededelingen [kunnen] zijn die bijvoorbeeld zijn verkregen via een informant', maar dat '[n]iettemin mag worden aangenomen dat het hier in de meeste gevallen zal gaan om mededelingen die zijn vastgelegd door de uitvoering van een bevel tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie of het onderzoek van telecommunicatie.'

<sup>154</sup> De voorheen bestaande bevoegdheden voor onderscheidenlijk het vorderen van verkeersgegevens en het aftappen (art. 125f (oud) en 125g (oud) Sv), vervielen met de inwerkingtreding van de - functioneel equivalente - artikelen 126n en 126m Sv.

<sup>155</sup> De vernietigingsplicht voor de op grond van art. 125f (oud) en 125g (oud) Sv verkregen informatie was neergelegd in art. 125h Sv (oud). De Hoge Raad lijkt de oudere jurisprudentie met betrekking tot art. 125h Sv (oud) grotendeels één op één te hebben overgenomen in zijn jurisprudentie ter zake van art. 126aa Sv. Vgl. bijv. over de inhoud van het begrip 'vernietigen' HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5632, *NJ* 2008, 3.7.4, m.nt. J. Legemaate, met HR 12 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1402 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl, *NJ* 1999, 290, en over de niet-toepasselijkheid van de 'doorbrekingsgrond' HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3369, *NJ* 2011, 222, m.nt. M.J. Borgers met HR 26 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1909 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1993, 692, m.nt. A.C. 't Hart. Volkomen is dit overigens niet (zie de volgende voetnoot).

<sup>156</sup> Althans niet voor wat betreft de verkeersgegevens. In HR 20 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6016, *NJ* 2011, 437, oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het hof juist was art. 126aa Sv niet de vernietiging van verkeersgegevens voorschrijft. Dit ligt voor de hand gelet op de formulering van dit artikel (mededelingen voor of aan), maar dit oordeel was waarschijnlijk anders uitgevallen indien de oude vernietigingsplicht uit art. 125h Sv (oud) aan de orde was geweest. Terzijde merk ik op dat ook in het Wetsvoorstel herziening van het gerechtelijk vooronderzoek (*Kamerstukken II 1992/93*, 23251, 2) het voornemen nog was dat dit de verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris zou blijven. In dat wetsvoorstel was voorzien dat geheimhouderinformatie alleen met toestemming van de geheimhouder bij de processtukken kon worden gevoegd (in het voorgenomen art. 125j Sv, zie hierover in de Memorie van Toelichting: *Kamerstukken II 1992/93*, 23251, 3, p. 35) en de rechter-commissaris die geheimhouderinformatie dus tot het moment dat de toestemming kon worden gevraagd onder zich hield. Van een dergelijke constructie is afgezien in de Wet bob. Dit - blijkens de Memorie van Toelichting - omdat het ongewenst voorkwam dat de officier van justitie, die in dat nieuwe systeem immers met de vernietiging was belast, die gegevens lange tijd onder zich zou houden in afwachting van de vernietiging (*Kamerstukken II 1996/97*, 25403, nr. 3, p. 83).

<sup>157</sup> *Stb.* 1999, 548, i.w.tr. *Stb.* 2000, 32.

<sup>158</sup> Het behelst immers geen voorschriften waaraan het OM is gebonden en die zich lenen jegens betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast, vgl. HR ECLI:NL:HR:1990:ZC8556 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), *NJ* 1991, 119, m.nt. Th. W. van Veen, r.o. 5.1 (en vgl. meer recent HR 17 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:436, r.o. 2.4).

<sup>159</sup> Zie hiervoor onder 5.19.

<sup>160</sup> Arrest van 2 mei 2023, onder 3.5.3-3.5.4 (p. 18-19). In de schriftelijke opmerkingen die namens de Staat zijn ingediend wordt gesteld dat dit onjuist is, zie hiervoor onder 3.5 (voetnoot 38).

<sup>161</sup> In de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (*Stcrt.* 2011, 4981) wordt er wel meermaals naar verwezen (p. 7). Ook in de Handleiding staat dat de Instructie ook van toepassing is (p. 1).

<sup>162</sup> Zie daarover onder 6.37.

<sup>163</sup> Onder 5.8-5.13.

<sup>164</sup> *Stcrt.* 2011, 4981, p. 2.

<sup>165</sup> De NOVA heeft hierover op de eigen website een advies gepubliceerd: <https://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/1929>. Het komt mij voor dat deze aanwijzing uitsluitend betrekking zal hebben op onderzoek 'bij' advocaten, terwijl de Aanwijzing

omgang verschoningsgerechtigd materiaal exclusief betrekking zal hebben op onderzoek bij anderen dan de advocaat.

<sup>166</sup> Zie p. 19 van het arrest van 2 mei 2023.

<sup>167</sup> De eerste versie betreft productie 2 die door de Staat als bijlage is gevoegd bij de Memorie van Grieven (d.d. 5 juli 2022). De tweede versie is later als aanvullende productie toegevoegd (d.d. 30 januari 2023).

<sup>168</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 6.2.1 (p. 69).

<sup>169</sup> Het Voorlopig beleid vormt in de kern een reactie op de uitspraak in kort geding in de onderhavige procedure (zie hiervoor onder 1.3). Het voorlopig beleid is als productie 1 als bijlage gevoegd bij de Memorie van Grieven.

<sup>170</sup> Daarbij zij aangetekend dat de eerste fase mogelijk al eerder dan op het moment van publicatie van het Voorlopig beleid is geëvalueerd naar het in de tweede fase voorgeschreven beleid. De Staat stelt zich in de schriftelijke opmerkingen op het standpunt dat het in de Handleiding omschreven beleid al eerder is verlaten (onder 5, p. 64-68). Omdat dit voor de onderhavige procedure niet van belang is, laat ik dat hier verder rusten.

<sup>171</sup> In zoverre moeten de opeenvolgende fases dus niet worden gezien als een voortschrijdend inzicht. Met betrekking tot de meest recente beleidsvoornemens stelt het OM dat het 'een vorm van pionieren [is]' en 'enige juridische lenigheid [vergt]' (opmerkingen namens de Staat, onder 6.3.3, p. 74). In de door de Staat voorgestelde beantwoording van de prejudiciële vragen wordt primair gekoerst op een wijze van beantwoording die aansluit bij fase 1 en/of fase 2 (onder 10, p. 95 e.v.). Bij wijze van eerste alternatief ('optie 1', vanaf 11.4, p. 112-113) wordt een beantwoording voorgesteld die aansluit bij fase 2. Bij wijze van tweede alternatief ('optie 2', 11.5, p. 113-115) wordt een beantwoording voorgesteld die aansluit bij de beleidsvoornemens uit fase 3.

<sup>172</sup> Zie daarover de uitspraken aangehaald onder 1.4.

<sup>173</sup> *Stb.* 1999, 245.

<sup>174</sup> *Stb.* 2000, 32 (inwerkingstredingsbesluit).

<sup>175</sup> Terzijde merk ik op dat hoewel de wet de selectie op relevantie als eerste noemt, het mij lijkt aangewezen dat deze volgorde in de praktijk wordt omgedraaid. Vasthouden aan de volgorde van de wet zou immers meebrengen dat niet-relevante geheimhouderinformatie op het parket wordt bewaard. Dit heeft de wetgever, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting, expliciet niet wenselijk geoordeeld. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 3, p. 83, waar (in het artikelsgewijze commentaar bij art. 126aa) wordt overwogen dat het ongewenst zou zijn indien 'vertrouwelijke gegevens maandenlang bewaard kunnen blijven door de opsporende instanties' (p. 83).

<sup>176</sup> Art. 126aa Sv behelst in zoverre een Wet bob-specifiek equivalent van het nadien geïntroduceerde relevantiecriterium uit art. 149a lid 2 Sv (*Stb.* 2011, 601: Wet van 1 december 2011 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de herziening van de regels inzake de processtukken, de verslaglegging door de opsporingsambtenaar en enkele andere onderwerpen (i.w.tr. per 1 januari 2013, *Stb.* 2012, 408)). Vgl. de Memorie van Toelichting bij deze wet, waarin staat dat het criterium uit art. 126aa lid 1 Sv ('voor het onderzoek in de zaak van betekenis') 'inhoudelijk overeenkomt' met het relevantiecriterium uit art. 149a lid 2 Sv (*Kamerstukken II* 2009/10, 32468, 3, p. 17).

<sup>177</sup> In het Besluit (de Amvb waar lid 4 van art. 126cc Sv op doelt) is bepaald dat deze niet-relevante gegevens 'worden bewaard op een door de officier van justitie aangewezen, beveiligde plaats' en dat hiervan een registratie wordt bijgehouden (art. 2 lid 1 van het Besluit).

<sup>178</sup> Onder het begrip vernietigen kan in de gedigitaliseerde samenleving niet meer worden verstaan wat de wetgever hier bij het ontwerp van art. 126aa Sv voor ogen stond (In de toelichting op het eerste Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken, *Stb.* 1999, 548, worden nog als voorbeelden genoemd (p. 10-11): het formatteren van een diskette, het doorknippen van een diskette of het demagnetiseren van een cassettebandje) In HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:125 herhaalde de Hoge Raad dat de vernietigingsplicht ertoe strekt dat 'is verzekerd dat die gegevens [geheimhouderinformatie, AEH] geen deel uitmaken van de processtukken en dat daarop in het verdere verloop van het strafproces geen acht wordt geslagen' (r.o. 2.4.1, vgl. eerder HR 2 oktober 2007, ECLI:NL: HR:2007:BA5632, *NJ* 2008, 3.7.4, m.nt. J. Legemaate, r.o. 3.6) en casseerde de Hoge Raad een beschikking van de rechtbank Rotterdam,

omdat de rechtbank 'geen vaststellingen [had] gedaan over de wijze waarop is gewaarborgd dat personen die bij het opsporingsonderzoek zijn betrokken op geen enkele wijze toegang kunnen krijgen tot de 'uitgegreide' gegevens' (r.o. 2.5.2). De plicht tot vernietiging lijkt dus mee te brengen dat aantoonbaar moet zijn dat - in elk geval - de personen die bij het opsporingsonderzoek zijn betrokken op geen enkele manier kennis kunnen nemen van deze informatie. Om dezelfde reden moet het vernietigen van 'processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend' (vgl. lid 1) ook niet te strikt worden gelezen, in die zin dat hieronder ook de gegevens zelf vallen (wat meebrengt dat ook volstaan kan worden met het 'vernietigen' van gegevens in plaats van het voorwerp (bijvoorbeeld de computer) waarop die gegevens staan). Zie over dit laatste HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2678, NJ 2009, 603, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 4.4.

<sup>179</sup> Zo is ook aanvaard in de rechtspraak van het EHRM, zie daarover onder 8.9.

<sup>180</sup> Vgl. hiervoor onder 4.10-4.11.

<sup>181</sup> *Kamerstukken II 1996/97, 25403, nr. 14, p. 1.*

<sup>182</sup> Amendement van het Lid Rabbae, *Kamerstukken II 1998/99, 25403, nr. 26.*

<sup>183</sup> *Kamerstukken II 1998/99, 25403, nr. 21.*

<sup>184</sup> Het amendement hield onder meer in dat in lid 1 'officier van justitie' zou worden vervangen door 'rechter-commissaris.

<sup>185</sup> Zie hiervoor onder 6.2.

<sup>186</sup> Uit de toelichting bij het amendement (*Kamerstukken II 1998/99, 25403, nr. 21*): 'De positie van een geheimhouder is beter beschermd indien het aan het onbevangen en onpartijdig oordeel van de rechter-commissaris wordt overgelaten om te bepalen welke informatie die is vergaard bij de uitoefening van de opsporingsbevoegdheden, spanning zou kunnen opleveren met het verschoningsrecht.'

<sup>187</sup> *Handelingen II 1998/99, nr. 24, p. 1535-1536.*

<sup>188</sup> Anders kan ik de inhoud van de Handleiding en de Instructie (zie hierna onder 6.34-6.37) niet verklaren. Daarnaast valt op dat in het arrest van het Hof van 2 mei 2023 (ECLI:NL:GHSHE:2023:1329), onder 3.6.4, als voorbeeld van de 'andere mededelingen' waar het in de derde volzin over zou gaan - en onder instemming van partijen -, als voorbeeld wordt genoemd 'de mededeling van de advocaat aan zijn cliënt dat hij op vakantie is geweest'. Dergelijke mededelingen lijken mij echter al snel niet meer 'voor het onderzoek in de zaak van betekenis', waardoor zij de drempel van lid 1 van art. 126aa Sv niet halen. Een voor de praktijk relevant voorbeeld lijkt mij dit dus niet. Voorbeelden die voor de praktijk van meer betekenis lijken die in de sfeer liggen van het optreden in een andere hoedanigheid - vgl. het onder 3.1.8 genoemde 'vermoeden dat het verschoningsrecht werd misbruikt' - worden hier door de staat niet genoemd.

<sup>189</sup> HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3369, NJ 2011, 222, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 3.11: 'Bij de beantwoording van de vraag of het gaat om mededelingen gedaan aan of door een persoon die zich op grond van art. 218 Sv zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de mededelingen zou worden gevraagd, is blijkens art. 126aa, tweede lid eerste volzin, Sv - ter beoordeling van de officier van justitie - beslissend of de gesprekken mededelingen inhouden die aan de advocaat als zodanig zijn toevertrouwd, dat wil zeggen mededelingen die aan of door hem zijn gedaan in zijn hoedanigheid van advocaat. Is dat niet het geval, dan is sprake van 'andere mededelingen' als bedoeld in art. 126aa, tweede lid laatste volzin, Sv.' Daar komt bij dat de 'doorbrekingsgrond' volgens hetzelfde arrest (r.o. 3.12.3) geen reden mag zijn om de vernietigingsverplichting van art. 126aa Sv niet toe te passen, tenzij de advocaat zelf verdachte is, waardoor - als ook het niet optreden in de hoedanigheid als advocaat niet onder het bereik van de derde volzin zou vallen - niet duidelijk is op welke 'andere mededelingen' de derde volzin van art. 126aa lid 2 Sv dan betrekking zou hebben. Meer smaken zijn er immers niet: uitzonderingsgrond van *corpora of instrumenti* zal namelijk niet aan de orde zijn zonder dat de advocaat óók niet langer optreedt in zijn hoedanigheid als advocaat, terwijl de uitzonderingsgrond van het zelf niet inroepen van het verschoningsrecht naar de aard der zaak niet aan de orde kan zijn bij de inzet van heimelijke bevoegdheden (vgl. hiervoor onder 4.6). Vgl. ook de opvatting van Borgers in zijn annotatie, onder randnummer 7, laatste volzin.

<sup>190</sup> In de schriftelijke opmerkingen namens de Staat (m.n. onder 4.5.10-4.5.17 (p. 45-50) wordt op deze mogelijkheid niet ingegaan.

<sup>191</sup> Wellicht dat een uitzondering gemaakt zou kunnen worden voor de situatie dat iemand die advocaat (of arts, notaris of geestelijke) is, een - afgetapt, gevorderd of anderszins via een bob-bevoegdheid ter kennis van de opsporing gekomen - gesprek voert dat zich evident niet afspeelt in een van sfeer professionele dienstverlening, bijvoorbeeld omdat het een gesprek betreft in de familie- of privésfeer. Nu de onderhavige procedure daar geen betrekking op heeft, laat ik dat hier verder rusten.

<sup>192</sup> Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een deskundigenrapport dat is opgesteld in opdracht van een advocaat (maar niet 'aan' de advocaat is gericht), terwijl verschil van mening mogelijk is over de vraag of de opdracht is gedaan in zijn hoedanigheid als advocaat of in een andere hoedanigheid.

<sup>193</sup> Zie hierover nader onder 6.41 en 6.46.

<sup>194</sup> HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3369, *NJ* 2011, 222, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 3.11.

<sup>195</sup> Met name bestaat enige spanning tussen de tekst van art. 126aa lid 2 Sv en de bedoeling van de indiener van het amendement. Afgaande op de tekst van de derde volzin van art. 126aa lid 2 Sv moet worden aangenomen dat het de officier van justitie is die deze selectie moet uitvoeren. Dit ten eerste omdat het uitgangspunt van dit artikel is dat de officier van justitie de bevoegde autoriteit is en ten tweede omdat er staat dat voeging niet plaatsvindt 'dan na voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris'. De keuze voor de figuur van de machtiging impliceert een werkwijze waarbij de officier van justitie zich tot de rechter-commissaris wendt met onderzoeksgegevens die hij in het dossier wil voegen, hetgeen dan moet zijn omdat de officier van justitie zelf meent dat deze gegevens niet onder het verschoningsrecht vallen. Deze tekstuele uitleg van het artikel strookt niet met de bedoeling van het amendement ten gevolge waarvan de bedoelde volzin in de wet is gekomen. Deze bedoeling was namelijk dat het de rechter-commissaris zou zijn die zou 'bepalen' welke gegevens spanning zouden kunnen opleveren met het verschoningsrecht (zie hiervoor, voetnoot 184). Dit lijkt mij te impliceren dat het niet de bedoeling van de indiener van het amendement is geweest dat opsporingsambtenaren (ook) kennis zouden nemen van de inhoud van informatie waarvan de status als geheimhouderinformatie (nog) ter discussie staat.

<sup>196</sup> Zie hiervoor onder 6.1.

<sup>197</sup> *Stb.* 1999, 548, i.w.tr. *Stb.* 2000, 32.

<sup>198</sup> *Kamerstukken II* 1996/97, 25403, nr. 14, p. 3. Zie ook de toelichting op het eerste Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken, *Stb.* 1999, 548, p. 4-5.

<sup>199</sup> De wijziging van *Stb.* 2008, 520 hield in de toevoeging van de titels VB en VC (terroristische misdrijven). *Stb.* 2012, 615, *Stb.* 2012, 650 en *Stb.* 2016, 411 behelsden wijzigingen i.v.m. onderscheidenlijk wijzigingen in de Wet politiegegevens, de herziening van de gerechtelijke kaart en wijzigingen in de Telecommunicatiewet.

<sup>200</sup> Het systeem van nummerherkenning is ingevoerd per 20 augustus 2011 (*Stb.* 2011, 380, ook inwerkingstredingsbesluit). De latere aanvulling (i.w.tr. per 11 april 2013, *Stb.* 2013, 135) van lid 4 van art. 4 van dit besluit hield verband met het aanstonds kunnen wissen van geheimhouderinformatie van anderen dan een advocaat (arts, notaris, geestelijke alsmede medewerkers hiervan en aanverwante beroepen). Het doel hiervan was het verlichten van de werkdruk van de politie (zie p. van de toelichting in *Stb.* 2013, 135).

<sup>201</sup> Vgl. de toelichting op art. 4 in *Stb.* 1999, 548, p. 9-10: 'In veruit de meeste gevallen zal een opsporingsambtenaar die deel uitmaakt van het rechteam als eerste kennis nemen van mededelingen gedaan door of aan een geheimhouder, bijvoorbeeld bij het afluisteren van opgenomen (telefoon)gesprekken.'

<sup>202</sup> De toelichting maakt duidelijk dat beoogd is dit de leidinggevende officier van justitie te laten zijn: 'Indien hij [de opsporingsambtenaar, AEH] kennis neemt van dergelijke mededelingen moet hij dit onverwijld aan de *betrokken* officier van justitie melden. Deze officier van justitie bepaalt in eerste instantie of het mededelingen betreft ten aanzien waarvan de geheimhouder zich zou kunnen verschonen, indien hem als getuige naar de inhoud ervan zou worden gevraagd' (*Stb.* 1999, 548, p. 10, cursivering mijnerzijds, AEH).

<sup>203</sup> Zie eerder, onder 6.1, voetnoot 153.



<sup>204</sup> Zie reeds kritisch hierover Spronken 2001, a.w., p. 427-428, gelet op het feit dat de eenmaal verworven kennis, ook na vernietiging op papier, 'in het geheugen blijft van de opsporingsambtenaar of officier van justitie'.

<sup>205</sup> Zie onder 6.37.

<sup>206</sup> Vgl. hierover HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2678, *NJ* 2009, 603, en dan i.h.b. hetgeen daarover door Borgers in zijn annotatie (onder 4) wordt opgemerkt.

<sup>207</sup> Althans voor wat betreft de strafvorderlijke telefoontap. Zie hierover eerder onder 2.4.

<sup>208</sup> Op dat moment trad de Wet vorderen gegevens in werking, zie *Stb.* 2005, 390, i.w.tr. *Stb.* 2005, 609, zie uitgebreider hiervoor onder 2.3.

<sup>209</sup> Art. 126ug en 126zo Sv bevatten een functioneel equivalente bepaling voor het vorderen van gegevens van een communicatienetwerk ten behoeve van het onderzoek naar georganiseerde verbanden als bedoeld in Titel V of terroristische misdrijven als bedoeld in Titel VB. Deze bepalingen laat ik hier verder buiten beschouwing.

<sup>210</sup> Dit wordt in art. 138g Sv gedefinieerd als: 'de natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf aan de gebruikers van zijn dienst de mogelijkheid biedt te communiceren met behulp van een geautomatiseerd werk, of gegevens verwerkt of opslaat ten behoeve van een zodanige dienst of de gebruikers van die dienst.'

<sup>211</sup> Met deze formulering is aangesloten bij de artikelen 100 lid 1 en 114 lid 2 Sv. De wetgever heeft hiermee tot uitdrukking willen brengen dat e-mails - ook wat betreft het Grondwettelijk beschermde briefgeheim - op één lijn gesteld dienen te worden met fysieke post, waardoor strafvorderlijk onderzoek met dezelfde waarborgen zou moeten zijn (zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29441, 3, p. 14).

<sup>212</sup> In dat geval dient de machtiging binnen drie dagen alsnog op schrift te worden gesteld.

<sup>213</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29441, 3, p. 16.

<sup>214</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29441, 3, p. 22.

<sup>215</sup> Zie in de Nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2003/04, 29441, 6), p. 2 en p. 20.

<sup>216</sup> Ook bij de eerste evaluatie van de wet vorderen gegevens (Spapens e.a., a.w., 2011) wordt deze problematiek nog niet voorzien. De onderzoekers maken slechts enkele keren melding van een spiegelbeeldige kwestie, namelijk dat binnen het OM zorgen bestonden over het feit dat vorderingen gegevens door geheimhouders zelf op grond van hun bevoegdheid tot verschoning kunnen worden geweigerd, hetgeen ertoe zou (kunnen) leiden dat misbruik wordt gemaakt door 'malafide personen' die advocaten zouden vragen om gegevens te verhullen (p. 101 en 128).

<sup>217</sup> Zie HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3369, *NJ* 2011, 222, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 3.12.2.

<sup>218</sup> Zie voor een bespreking van deze arresten hierna onder 3.78.

<sup>219</sup> Art. 126bb lid 5 schrijft immers een geheimhoudingsplicht voor aan degene tot wie de vordering is gericht. In dat geval zal de geheimhouder er weinig aan hebben dat hij, als belanghebbende in de zin van art. 552a Sv, kan klagen over de vordering en (voorgenomen) kennisname, of kan verzoeken om vernietiging, van verschoningsgerechtigde informatie, dan wel bezwaar kan maken bij de analogie op de wijze bedoeld in art. 98 lid 2 Sv (zie hierna onder 6.55-6.59 voor de analoge toepassing hiervan in geval van gevorderde gegevens).

<sup>220</sup> p. 1 Handleiding.

<sup>221</sup> Onderscheiden worden het '[a]antreffen van fysieke documenten tijdens doorzoeking' (p. 3-5), het 'Aantreffen van digitale bestanden tijdens doorzoeking' (p. 5-7) en de '[p]rocedure na verkrijging fysieke documenten en digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie, anders dan na doorzoeking van woning of (bedrijfs) pand' (p. 7-10). In dit laatste gedeelte worden de stappen beschreven die moeten worden doorlopen indien 'vermoedelijke geheimhouderinformatie' op vordering wordt verkregen.

<sup>222</sup> Vermoedelijke geheimhouderinformatie wordt in de Handleiding als volgt gedefinieerd: 'Indien concrete feiten en omstandigheden er op wijzen dat er sprake kan zijn van informatie afkomstig van of bestemd voor een geheimhouder of afgeleid geheimhouder, wordt die informatie in deze handleiding aangeduid als vermoedelijke geheimhouderinformatie' (p. 2).

<sup>223</sup> Uit de Handleiding: 'In deze handleiding zijn met name randvoorwaardelijke aspecten opgenomen die betrekking hebben op de uitzonderlijke situatie dat er vermoedelijke geheimhouderinformatie wordt aangetroffen in fysieke documenten en/of digitale bestanden. Zo zijn rollen beschreven en worden geen specifieke functionarissen genoemd. De rol van officier van justitie kan vervuld worden door een zaaksofficier van justitie, maar ook door een officier van justitie die niet betrokken is bij het opsporingsonderzoek/de strafzaak. Hoewel het aan de OM-onderdelen zelf is om daar een invulling aan te geven, wordt aanbevolen om de toets van (vermoedelijke) geheimhouderinformatie door een niet bij het opsporingsonderzoek/de strafzaak betrokken officier van justitie te laten verrichten.

<sup>224</sup> Zie hiervoor onder 6.13-6.15.

<sup>225</sup> HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3369, NJ 2011, 222, m.nt. M.J. Borgers, r.o. 3.12.3.

<sup>226</sup> Denkbaar is dat de mogelijkheid van beslissen op eigen gezag alleen mogelijk is in het geval in het geheel geen sprake is van zulke mededelingen. In dat geval is van spanning met het Besluit geen sprake. De Handleiding bepaalt dit evenwel niet expliciet.

<sup>227</sup> Zie daarvoor de brief van 1 augustus 2022, 'Besluit op uw Woo-verzoek van 19 april 2021'.

<sup>228</sup> <https://docplayer.nl/5843279-Instructie-vernietiginggeïntercepteerde-gesprekken-met-geheimhouders.html>.

<sup>229</sup> Zie p. 5 van de genoemde brief.

<sup>230</sup> Uit de tekst van de instructie die is gedateerd op 1 april 2002, volgt duidelijk dat een rol voorzien wordt voor de officier van justitie in het bepalen welke geïntercepteerde gegevens onder het verschoningsrecht vallen. 'Stap 5' van de instructie houdt in dat '[d]e officier van justitie beoordeelt of de inhoud van de communicatie mededelingen bevat gedaan aan of door een geheimhouder (art. 126aa lid 2 Sv)' (p. 2). Uit de toelichting op deze vijfde stap wordt duidelijk dat de officier van justitie hierbij kennis mag nemen van de inhoud van de geïntercepteerde informatie: '[h]et enkele feit dat er een geheimhouder aan de onderschepte communicatie deelneemt is niet bij uitsluiting bepalend voor de beoordeling of onderschepte communicatie onder het regime van art. 218 Sv, en daarmee onder art. 126aa lid 2 Sv, valt. Daarvoor is de inhoud van de communicatie van doorslaggevend belang. De Officier van Justitie zal daarom geheel of gedeeltelijk van de inhoud van de communicatie kennis moeten nemen' (p. 3).

<sup>231</sup> In de procedure die wordt voorgeschreven in de instructie uit 2014 wordt meer terughoudendheid voorgeschreven voor wat betreft de inhoudelijke kennisname door de officier van justitie. Zo bevat de instructie over de beoordeling van of zich verschoningsgerechtigde informatie tussen de geïntercepteerde gegevens bevindt het voorschrift: '[de] officier van justitie doet dit door zich over de aard van het gesprek te laten informeren door de politie. Slechts bij gereede twijfel of er inderdaad sprake is van een geheimhouder gesprek wordt dit gesprek uitgeluisterd, door een andere officier van justitie dan de zaaksofficier.'

<sup>232</sup> Conclusie van 8 juli 2022, ECLI:NL:PHR:2022:647 onder 4.21. In afwijking en/of aanvulling op het beleid dat wordt uiteengezet in het eerste concept van de Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal, wordt in het voorlopig beleid nog voorgeschreven dat de filtering van geheimhouderinformatie eerst zoveel mogelijk ten tijde van de verkrijging - door het geven van een filteringsinstructie aan de persoon tot wie de vordering wordt gericht - moet worden verricht. Het eerste concept rept hierover niet. Een tweede verschil is dat in het Voorlopig beleid staat dat gegevens na uitlevering in handen moeten worden gesteld van de geheimhouder-officier van justitie, terwijl dit volgens de eerste concept-Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal slechts moet indien sprake is van een redelijk vermoeden dat zich hiertussen verschoningsgerechtigd materiaal bevindt. Een derde verschil is dat in het Voorlopig beleid niet wordt herinnerd aan het voorschrift uit de derde volzin van art. 126aa lid 2 Sv.

<sup>233</sup> Uit de schriftelijke opmerkingen namens de Staat (onder 6.2.2, p. 69-70): '[het Openbaar Ministerie] zag (en ziet) (...) aanleiding voor aanscherping van de bestaande praktijk. Die aanleiding is onder meer gelegen in de lessen die het Openbaar Ministerie heeft getrokken uit de praktijk en de discussie die is ontstaan. Dat betekent niet dat de oude werkwijze onrechtmatig of ontoelaatbaar was. Het Openbaar Ministerie vindt het echter wenselijk om op punten verder te gaan dan de wet voorschrijft.'

<sup>234</sup> Zie onder 6.21.

<sup>235</sup> Zie onder 6.34.

<sup>236</sup> Vgl. hierover hiervoor onder 6.16.

<sup>237</sup> Schriftelijke opmerkingen van de zijde van de Staat, onder 6.3.5 (p. 74).

<sup>238</sup> De NOVA heeft inmiddels (d.d. 9 februari 2023) een kritische reactie gepubliceerd over de inhoud van het tweede concept, zie <https://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/download/wetgevingsadviezen/1928/1>.

<sup>239</sup> Schriftelijke opmerkingen van de zijde van de Staat, onder 6.3.1 (p. 71).

<sup>240</sup> Hieronder valt niet de '[goed] mogelijke aanwezigheid' van contacten met 'verschoningsgerechtigden, zoals de huisarts, tandarts, medisch specialist, psycholoog, notaris'. Dat is volgens het tweede concept 'onvoldoende reden om over te gaan tot filtering'. Impliciet lijkt het tweede concept zo - in elk geval primair - in de sleutel van art. 6 EVRM te worden gezet en niet, althans niet in de eerste plaats in die van 8 EVRM.

<sup>241</sup> Daarvoor geldt de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden en moet - in de toekomst - de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen advocaten gaan gelden (zie onder 6.5).

<sup>242</sup> De Staat schrijft in de schriftelijke opmerkingen dat het is opgesteld 'ter uitvoering van de voorlopige maatregel van het hof' (onder 7.2.1, p. 76). Hoewel dit voorlopig handelingskader - afgaande op de schriftelijke opmerkingen die namens de Staat zijn ingediend - onderwerp is van (lopende) gesprekken tussen het OM, rechtspraak en advocatuur, wordt mij niet duidelijk in hoeverre dit handelingskader ook van deze zijde wordt ondersteund. Onder 1.12 (p. 8) van de schriftelijke opmerkingen ingediend namens de Staat wordt vermeld dat '[h]et concept (...) onderwerp [is] geweest van gesprekken met de advocatuur' en dat het '[o]ok (...) de bedoeling [was] daarover het gesprek te voeren met de rechtspraak'. Onder 7.2.6 (p. 78) staat het volgende: 'Het voorlopig handelingskader is vooraf niet afgestemd met de rechtspraak of advocatuur, omdat het Openbaar Ministerie gelet op het bovenstaande na de uitspraak van het hof [het arrest van 2 mei 2023, AEH] snel wilde handelen. Het voorlopig handelingskader is, na interne verspreiding binnen het Openbaar Ministerie en de opsporing, voorgelegd aan de rechtspraak en de NOVA met als doel om tot een gedragen werkwijze te komen. De gesprekken hierover lopen nog. Dat is de reden dat het voorlopig handelingskader niét is gepubliceerd en nog in concept is.'

<sup>243</sup> Schriftelijke opmerkingen ingediend namens de Staat, onder 7.2.2 (p. 77).

<sup>244</sup> Onder 7.2.3 (p. 77), wordt gesproken van een vermoeden i.p.v. een verwachting.

<sup>245</sup> In het Voorlopig handelingskader zou nog onderscheid gemaakt worden tussen 'filtering', een 'controle-toets' en een 'diepte-toets', die variëren in intensiteit van toetsing en daarmee in mate van inhoudelijke kennisname (schriftelijke opmerkingen ingediend namens de Staat, onder 7.2.4 (p. 77)). Mij lijkt dat het beleid voorgestaan in de tweede-concept Aanwijzing ook de ruimte biedt om de rechter-commissaris dergelijke toetsen te vragen dergelijke toetsen uit te voeren.

<sup>246</sup> Zie de zaken genoemd in voetnoot 6 onder 1.4. In de schriftelijke opmerkingen wordt ook nog gewezen naar een aantal niet gepubliceerde uitspraken (onder 7.3.6-7.38, p. 80-81).

<sup>247</sup> Schriftelijke opmerkingen ingediend namens de Staat, onder 7.3.2 (p. 78). In de reactie op de schriftelijke opmerkingen namens [verweerders] (d.d. 23 november 2023) wordt gesteld dat bij andere gerechten - genoemd wordt de rechtbank Amsterdam - geen bezwaar zou bestaan tegen deze werkwijze (onder 15, p. 5-6).

<sup>248</sup> Zie hiervoor, voetnoot 233.

<sup>249</sup> In de concept-Aanwijzingen keert dit uitgangspunt niet terug. Vgl. ook in de schriftelijke opmerkingen namens de staat onder 5.3, p. 64-64 en - met name - de reactie van de Staat op de opmerkingen van [verweerders] (d.d. 23 november 2023), onder 2 (p. 3-13).

<sup>250</sup> Zie hierover o.a. de reactie van de Staat op de opmerkingen van [verweerders] (d.d. 23 november 2023), onder 2.20-2.22 (p. 11-12).

<sup>251</sup> 9.18-9.19.

<sup>252</sup> Wet van 27 juni 2018 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met de verbetering en versterking van de opsporing en vervolging van computercriminaliteit (kortweg: Computercriminaliteit III, *Stb.* 2018, 322, i.w.tr. *Stb.* 2019, 67 (per 1 maart 2019)).

- 253 Zie het Eerste advies, p. 6-7, en het daaropvolgende Aanvullende advies, onderscheidenlijk bijlage 651732 en bijlage 651735 bij *Kamerstukken II 2015/16, 34372, 3*.
- 254 Advies Raad voor de rechtspraak, bijlage 651715 bij *Kamerstukken II 2015/16, 34372, 3*, p. 3.
- 255 *Kamerstukken II 2015/16, 34372, 3*, p. 18.
- 256 Uit het Verslag (*Kamerstukken II 2016/16, 34372, 5*), p. 8: 'De leden van de SP-fractie merken op dat er een verplichting komt tot vernietiging van de gegevens die onder het geheimhoudingsplicht vallen. Maar wie bepaalt welke gegevens om die redenen kunnen worden vernietigd en om welke gegevens het gaat? Bovendien zijn de gegevens op dat moment reeds ingezien. Hoe wordt daarmee omgegaan? Heeft de betreffende opsporingsambtenaar dan een afgeleide geheimhoudingsplicht?'
- 257 Uit de Nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II 2016/16, 34372, 6*), p. 17: 'De regeling van het bestaande artikel 126aa, tweede lid, Sv is van toepassing op het onderzoek in een geautomatiseerd werk, en voorziet in de verplichting tot vernietiging van de processen-verbaal en andere voorwerpen, voor zover die mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 Sv zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd. Als de officier van justitie vaststelt dat de mededelingen onder deze verplichting vallen dan beveelt hij terstond de vernietiging van de processen-verbaal en andere voorwerpen, voor zover zij deze mededelingen behelzen (...) De procedure voor de vernietiging van de vastgelegde gegevens is uitgewerkt in het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken. Uit de wettelijke vernietigingsplicht vloeit voort dat de betreffende gegevens niet in het opsporingsonderzoek mogen worden gebruikt.'
- 258 Zie verderop in de Nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II 2016/16, 34372, 6*), p. 37.
- 259 D.J.C. Aben & E.T. Luijning, *Onderzoek in een geautomatiseerd werk. eindrapportage over de toepassing van opsporingsbevoegdheden als bedoeld in de artikelen 126nba lid 1, 126uba lid 1 en 126zpa lid 1 van het Wetboek van Strafvordering door het Openbaar Ministerie, 2022*.
- 260 *Stb.* 2018, 340.
- 261 Aben & Luijning 2022, a.w., p. 95 en p. 141.
- 262 HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1736, *NJ* 2014, 94, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.
- 263 r.o. 3.2.
- 264 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009, 263, m.nt. J. Legemaate.
- 265 Dit komt overigens ook logisch voor, omdat de gevorderde gegevens in theorie ook via de inzet van een inbeslagnemingsbevoegdheid ter kennis van het OM hadden kunnen komen. Een vordering is dus in wezen niets anders dan een minder invasieve methode. Vgl. HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7126, *NJ* 2012, m.nt. M.J. Borgers, over de niet dwingende verhouding tussen deze bevoegdheden.
- 266 Aangetekend zij dat die procedure op het moment van de aan deze beschikking ten grondslag liggende feiten ook voor wat betreft de beslagprocedure nog niet was gecodificeerd (zie hiervoor onder 5.8-5.10).
- 267 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, *NJ* 2018, 92, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.
- 268 Vgl. voor een meer recente casus waarin deze procedure is gevolgd HR 4 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1324, *NJ* 2022, 327.
- 269 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 2*, p. 29.
- 270 Zie hiervoor onder 4.1.
- 271 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 3*, p. 258.
- 272 Vgl. hiervoor onder 4.10-4.11.
- 273 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 2*, p. 44.
- 274 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 2*, p. 93 e.v..
- 275 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 2*, p. 98.
- 276 Zie hieronder onder 7.18.
- 277 Vgl. ook de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II 2022/23, 36327, 3*, p.607).
- 278 Vgl. 5.1, voetnoot 99.

279 De invulling hiervan lijkt me niet te verschillen van wat daar thans onder begrepen wordt. Vgl. hiervoor 5.6 (oud) en *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 3, p.633*.

280 In wezen betreft het meer dan een codificatie, omdat de doorbrekingsgrond nu in beginsel op al het gegevensonderzoek van toepassing is en daarmee in theorie ook op gegevens die op vordering/ bevel zijn verkregen. De praktische relevantie hiervan lijkt me in elk geval voor de advocatuur nihil (vgl. hiervoor onder 5.12).

281 Gewezen kan daarnaast nog worden op het in de wet opnemen van (i) de mogelijkheid dat voorwerpen of gegevens worden meegenomen naar (het kabinet van de) rechter-commissaris, teneinde een beslissing te kunnen nemen (art. 2.7.60 onder b), een mogelijkheid die nu volgt uit de jurisprudentie (zie onder 5.14); (ii) het expliciteren van de mogelijkheid de verschoningsgerechtigde te horen buiten de afwezigheid van anderen (i.h.b.: de officier van justitie) (art. 2.7.62 lid 2 tweede volzin); en (iii) de bevoegdheid van de rechter-commissaris om voor zover dat noodzakelijk is kennis te nemen van de informatie (art. 2.7.62 lid 4, vgl. hiervoor onder 5.9).

282 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 3, p.642-643*.

283 In de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II 2022/23, 36327, 3, p.647-650*) worden genoemd (i) de 'cliënt of patiënt'; (ii) 'personen die de verschoningsgerechtigde ondersteunen' (assistenten, secretariële medewerkers); en (iii) 'derden' ('[g]edacht kan worden aan gevallen waarin iemand aan zijn omgeving per e-mail of op sociale media informatie prijsgeeft die hij van een functioneel verschoningsgerechtigde heeft ontvangen of die zelf breed (op sociale media) bekend maakt dat hij de bron was van bepaalde informatie die door een journalist is gebruikt.').

284 Vgl. 7.5 over het voorgestelde art. 2.7.48 NSv.

285 Zie onderscheidenlijk 5.16-5.19 en 6.55-59.

286 Zie voor die concept-Aanwijzingen 6.39 en 6.45.

287 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 3, p. 650*.

288 Vgl. in dit verband het verschil tussen de eerste en de tweede concept-Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal, besproken onder 6.46.

289 In de tweede concept-Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal wordt hierop al voorgesorteerd, zij het dat hier als criterium wordt aangelegd het 'onderzoek aan gegevens naar voor het strafrechtelijk onderzoek relevant bewijs' (zie onder 6.43). Deze beperking tot de bewijsvraag lijkt mij minder passend, nu verschoningsgerechtigd materiaal - denk aan deskundigenverslagen - ook betrekking kan hebben op andere ten tijde van de vervolging en berechting te beantwoorden vragen.

290 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 3, p. 629-632*.

291 Vgl. hiervoor onder 6.46.

292 Zie hiervoor onder 6.50.

293 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 3, p. 643*.

294 Zie hiervoor onder 7.8.

295 Vgl. ook uit de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II 2022/23, 36327, 3, p. 671-672*): 'Dit [de mededelingen bedoeld in het tweede lid, AEH] zijn dus mededelingen waarover een functioneel verschoningsgerechtigde zich niet zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd. Dat kan betekenen dat het mededelingen zijn waarover de verschoningsgerechtigde geen geheimhoudingsplicht heeft en dus geen verschoningsrecht of dat het verschoningsrecht conform artikel 2.7.61 NSv kan worden doorbroken. In dat geval kunnen de gegevens wel bij de processtukken worden gevoegd, maar alleen na voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris.'

296 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, 3, p. 631-632*.

297 Vgl. opnieuw EHRM 27 november 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD005829500 (*Zagaria t. Italië*). Na het oordeel dat het afluisteren van een vertrouwelijk gesprek niet noodzakelijk was geweest, betrok het hof bij de beoordeling of hiervoor een effectieve remedie was geboden het feit dat de verdachte - mogelijk - was teruggeschrokken om nader met zijn advocaat in contact te treden: 'Il n'en demeure pas

moins que la Cour ne saurait souscrire à la thèse du Gouvernement, selon laquelle il serait peu crédible que, craignant d'être entendu, le requérant ait renoncé à donner des instructions détaillées à son avocat (...) Compte tenu de la faible réaction de l'Etat à l'égard du surveillant ayant violé l'obligation de confidentialité, qui a bénéficié du classement des accusations pénales et n'a pas fait l'objet de poursuites disciplinaires (paragraphe 15 et 17 ci-dessus), rien ne garantissait au requérant que l'incident ne se serait pas répété. Dès lors, il pouvait raisonnablement craindre que d'autres conversations soient écoutées, ce qui a pu lui donner des motifs d'hésiter avant d'aborder des questions susceptibles de revêtir une importance pour l'accusation' (§ 35).

<sup>298</sup> EHRM 24 juli 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0724JUD001860303 (*André e.a. t. Frankrijk*), § 41; EHRM 21 januari, ECLI:CE:ECHR:2010:0121JUD004375705 (*Xavier Da Silveira t. Frankrijk*), § 36; EHRM 6 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311 (*Michaud t. Frankrijk*), § 117.

<sup>299</sup> Vgl. EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088 (*Niemietz t. Duitsland*), waarin het hof een schending van art. 8 vaststelde en daarbij over het gewicht van de schending overwoog 'an encroachment on professional secrecy may have repercussions on the proper administration of justice and hence on the rights guaranteed by Article 6 (art. 6) of the Convention' (§ 37). Zie ook EHRM 6 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311 (*Michaud t. Frankrijk*): 'The result is that while Article 8 protects the confidentiality of all "correspondence" between individuals, it affords strengthened protection to exchanges between lawyers and their clients. This is justified by the fact that lawyers are assigned a fundamental role in a democratic society, that of defending litigants. Yet lawyers cannot carry out this essential task if they are unable to guarantee to those they are defending that their exchanges will remain confidential. It is the relationship of trust between them, essential to the accomplishment of that mission, that is at stake. Indirectly but necessarily dependent thereupon is the right of everyone to a fair trial, including the right of accused persons not to incriminate themselves.' (§ 118); en vgl. EHRM 3 december 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:1203JUD001470412 (*Kirdök e.a. t. Turkije*), § 50.

<sup>300</sup> CPG van 12 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:18, onder 3.2-3.9.

<sup>301</sup> Zie o.a. EHRM 28 november 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:1128JUD001262987 (*S. t. Zwitserland*), § 48; EHRM 16 oktober 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1016JUD003984698 (*Brennan t. Verenigd Koninkrijk*) § 58; EHRM 2 november 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1102JUD002127203 (*Sakhnovskiy t. Rusland*) § 97.

<sup>302</sup> Vgl. EHRM 28 november 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:1128JUD001262987 (*S. t. Zwitserland*), § 49 (collusiegevaar is een goede reden); EHRM 27 november 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD005829500 (*Zagaria t. Italië*), § 32 (geen goede reden); EHRM 25 juli 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206 (*Khodorkovskiy and Lebedev t. Rusland*), § 638 (misbruik van verschoningsrecht is een goede reden).

<sup>303</sup> EHRM 27 november 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1127JUD005829500 (*Zagaria t. Italië*), § 32, in welke zaak het EHRM het afluisteren van een gesprek tussen een advocaat en zijn cliënt als niet absoluut noodzakelijk beoordeelde.

<sup>304</sup> Zie o.a. EHRM 12 mei 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0512JUD004622199 (*Öcalan t. Turkije*), § 133.

<sup>305</sup> Voor het eerst bepaald in EHRM 16 december 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:1216JUD001371088 (*Niemietz t. Duitsland*), § 32. In EHRM 25 EHRM 9 april 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0409JUD001123609 (*Altay t. Turkije*) heeft het EHRM daar - onder verwijzing naar EHRM 25 maart 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:0325JUD001359088 (*Campbell t. Verenigd Koninkrijk*) - nog aan toegevoegd dat het hof geen mogelijkheid ziet om onderscheid te maken tussen communicatie met een privé en met een professioneel karakter (§ 51).

<sup>306</sup> Zie voor het niet maken van een onderscheid tussen mondeling en schriftelijk EHRM 25 EHRM 9 april 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0409JUD001123609 (*Altay t. Turkije*), § 51 en voor de elektronische communicatie EHRM 19 november 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD002417318 (*Klaus Müller t. Duitsland*), § 37.

<sup>307</sup> EHRM 25 maart 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0325JUD002322494 (*Kopp t. Zwitserland*); EHRM 16 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000761015 (*Vasil Vasilev t. Bulgarije*); 24 maart 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0301DEC003595915 (*Mateuț t. Roemenië*)

<sup>308</sup> EHRM 25 februari 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0225JUD005177299 (*Roemen en Schmidt t. Luxemburg*).

- <sup>309</sup> EHRM 7 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0607JUD007136201 (*Smirnov t. Rusland*); EHRM 4 februari 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0204JUD001126404 (*Kruglov e.a. t. Rusland*); EHRM 16 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000069819 (*Särgava t. Estland*).
- <sup>310</sup> Het professioneel verschoningsrecht is immers - het betreft een 8-EVRM-recht - niet absoluut. Zie expliciet EHRM 6 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311 (*Michaud t. Frankrijk*), § 123.
- <sup>311</sup> Het ontbreken van een wettelijke basis leidde wel tot een schending in EHRM 25 maart 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0325JUD002322494 (*Kopp t. Zwitserland*); ); EHRM 16 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000069819 (*Särgava t. Estland*); en EHRM 16 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000761015 (*Vasil Vasilev t. Bulgarije*).
- <sup>312</sup> Vgl. EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD002701310 (*Sérvulo e.a. t. Portugal*), § 100 en EHRM 4 februari 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0204JUD001126404 (*Kruglov e.a. t. Rusland*): 'To determine whether the measures were "necessary in a democratic society", the Court has to ascertain whether effective safeguards against abuse or arbitrariness were available under domestic law and how those safeguards operated in the specific cases under examination. Elements to be taken into consideration in this regard are the severity of the offence in connection with which the search and seizure were effected, whether they were carried out pursuant to an order issued by a judge or a judicial officer or subjected to after-the-fact judicial scrutiny, whether the order was based on reasonable suspicion, and whether its scope was reasonably limited. The Court must also review the manner in which the search was executed, including – where a lawyer's office is concerned – whether it was carried out in the presence of an independent observer or whether other special safeguards were available to ensure that material covered by legal professional privilege was not removed. The Court must lastly take into account the extent of the possible repercussions on the work and the reputation of the persons affected by the search' (§ 125). Betrokkenheid van de Deken lijkt daarbij te kunnen bijdragen aan het oordeel dat sprake is van voldoende procedurele waarborgen. Zie EHRM 16 oktober 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:1016JUD007433601 (*Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*), § 63.
- <sup>313</sup> EHRM 17 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1217JUD000045918 (*Saber t. Noorwegen*).
- <sup>314</sup> EHRM 16 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000069819 (*Särgava t. Estland*).
- <sup>315</sup> EHRM 17 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1217JUD000045918 (*Saber t. Noorwegen*), § 56.
- <sup>316</sup> EHRM 16 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000069819 (*Särgava t. Estland*), § 98.
- <sup>317</sup> Aldus ook L. Stevens & M. Galič, 'Bescherming van het professionele verschoningsrecht in geval van doorzoeking van een smartphone: het EHRM eist een concrete basis en een praktische procedurele regeling in het recht', AA 2021, p. 845-852, p. 847.
- <sup>318</sup> EHRM 25 november 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1125DEC001626902 (*Aalmoes t. Nederland*).
- <sup>319</sup> EHRM 6 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311 (*Michaud t. Frankrijk*), i.h.b. § 119.
- <sup>320</sup> Vgl. EHRM 16 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000069819 (*Särgava t. Estland*): 'The Court emphasises that the lawyer's obligation under the domestic law (see paragraphs 41-43 above) to separate data carriers used in the provision of legal services and the obligation to use clearly marked catalogue structures for clients' files – if properly followed – would contribute considerably to carrying out the sifting task' (§ 101).
- <sup>321</sup> EHRM 16 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000069819 (*Särgava t. Estland*), § 100.
- <sup>322</sup> Zie 6.22.
- <sup>323</sup> De hackbevoegdheden blijven hier nog buiten beschouwing.
- <sup>324</sup> Concreet betekent dit dat dezelfde regels zullen gelden voor - met name - onderzoek dat volgt op beslag van een voorwerp bij een ander dan de verschoningsgerechtigde, na een doorzoeking ter vastlegging van gegevens bij een ander, bij gegevensvorderingen, de inzet van hackbevoegdheden en - van minder praktisch belang - de inzet van andere 'bijzondere' opsporingsbevoegdheden bij een ander dan de advocaat.
- <sup>325</sup> Zie 4.4 (voor de eenvormigheid buiten het strafrecht), 5.16-5.17 (beslag bij derde) en 6.58-6.59 (vordering ex. art. 126nf Sv).

<sup>326</sup> Zie 7.5. Dit laatste argument geldt minder sterk voor de typisch heimelijke bevoegdheden zoals die elders in de Titels IVA tot en met VC zijn geregeld en in het nieuwe Wetboek van Strafvordering ook elders - in het hoofdstuk over heimelijke bevoegdheden - blijven geregeld (7.19-7.21).

<sup>327</sup> Vgl. 6.63. Gewezen kan ook worden op het (aankomende OM-beleid), waarvoor twee Aanwijzingen worden opgesteld: een eerste (de Aanwijzing strafvorderlijk optreden tegen advocaten) zal betrekking hebben op onderzoek 'bij' advocaten en de tweede (de Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal) op onderzoek bij een ander. In die laatste Aanwijzing wordt zowel het fysieke beslag, de doorzoeking ter vastlegging van gegevens, de netwerkzoeking en de vordering gegevens besproken. Zie 6.5 en 6.6.

<sup>328</sup> Vgl. 6.64.

<sup>329</sup> Vgl. M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 71.

<sup>330</sup> Inherent aan de bescherming van dit artikel is immers dat sanctionering - en daarmee, in zekere zin ook normering - mede afhankelijk wordt gemaakt van het nadeel dat de rechtszoekende van vandaag heeft geleden.

<sup>331</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 10.2.5 (p. 96). In de tweede concept-Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal worden de begrippen 'redelijke verwachting' en 'redelijk vermoeden' overigens nog door elkaar heen gebezigd (vgl. 6.47-6.48).

<sup>332</sup> Zie 7.10-7.11.

<sup>333</sup> Zie onder 6.43 en 7.10-7.11.

<sup>334</sup> Uiteraard verdient het de voorkeur om reeds op het moment van verkrijging niet meer gegevens te verkrijgen dan voor het onderzoek nodig is. Zie daarover nader onder 9-19-9.20.

<sup>335</sup> Vgl. 6.16.

<sup>336</sup> Zie onderscheidenlijk 6.46 en 7.14.

<sup>337</sup> Zie 6.16, voetnoot 192.

<sup>338</sup> Ik verwijs hier naar wat daarover is opgemerkt in de Memorie van Toelichting bij het nieuwe Wetboek van Strafvordering, als hiervoor weergegeven onder 7.12.

<sup>339</sup> Vgl. hiervoor ook de onder 6.46 weergegeven tweede concept-Aanwijzing, onder art. 3.8.

<sup>340</sup> Zie de relevante passages daaruit hiervoor weergegeven onder 7.12.

<sup>341</sup> Vgl. hiervoor onder 4.11 en 4.13.

<sup>342</sup> HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268.

<sup>343</sup> HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, *NJ* 2018, 92, m.nt. F. Vellinga-Schootstra. Gewezen kan voor een ander voorbeeld nog op HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268.

<sup>344</sup> Vgl. HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913, , *NJ* 2023, 279, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 6.24.3 en HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:900, *NJ* 2022, 295, m.nt. A.J.M. Machielse, r.o. 3.6.3.

<sup>345</sup> Zie 7.17-7.18.

<sup>346</sup> Vgl. 5.15.

<sup>347</sup> Zie hiervoor onder 2.6 en 3.11.

<sup>348</sup> Zie onder 5.20-5.21.

<sup>349</sup> Zie onder 7.8.

<sup>350</sup> Vgl. 7.16.

<sup>351</sup> Schriftelijke opmerkingen namens de Staat, onder 1.16 (p. 10).

<sup>352</sup> Zie onder 7.5.

<sup>353</sup> Hiermee wordt aangesloten bij de strekking van art. 2.7.62 lid 3, tweede volzin, NSv. Een bijkomend voordeel is dat, zoals ook wordt aangevoerd in de schriftelijke opmerkingen ingediend namens het Dekenbergraad (onder 32, p. 11-12), dit ertoe kan bijdragen dat Dekens eerder onjuiste toepassingen van



het verschoningsrecht door advocaten vaststellen, hetgeen kan leiden tot verheldering van de gedragsregels en/of het nader informeren van advocaten over de reikwijdte van het verschoningsrecht.

<sup>354</sup> Vgl. 8.10.

<sup>355</sup> Voor wat zich in het verleden heeft afgespeeld zou als maatstaf kunnen dienen dat geen sprake is van een vormverzuim indien de officier van justitie zich heeft beperkt tot kennisname voor zover dat voor de selectie en filtering noodzakelijk was. Daarmee wordt aangesloten bij het criterium dat thans (5.9) en onder vigeur van het nieuwe wetboek (7.6, art. 2.7.62 lid 4 NSv) voor de rechter-commissaris zal gelden.

<sup>356</sup> Zie onder 5.13, voetnoot 127.

<sup>357</sup> Vgl. hiervoor onder 4.3. De verschoningsgerechtigde kan zo ook zelf bijdragen aan het niet onnodig schenden van art. 8 EVRM van zijn contacten, vgl. 8.9.

<sup>358</sup> Zie onder 3.6.

<sup>359</sup> Zie onder 9.6.

<sup>360</sup> Zie onder 9.11.

<sup>361</sup> Zie onder 9.18-9.19.

<sup>362</sup> Ik dat verwijs ik naar het uitgangspunt van de wetgever (zie onder 6.9, voetnoot 175), dat mogelijk verschoningsgerechtigde gegevens niet langer dan nodig is op het parket dienen te worden bewaard.

<sup>363</sup> Zie onder 9.10.

<sup>364</sup> Dit komt op hetzelfde neer als het in art. 149a lid 2 Sv genoemde relevantiecriterium. Vgl. hiervoor onder 6.9, voetnoot 176.

<sup>365</sup> Zie onder 9.15.

<sup>366</sup> HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:125, r.o. 2.4.1. Zie hierover eerder onder 6.9.

<sup>367</sup> Vgl. hiervoor onder 6.9.

---