

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Zaaknummer: 23/03504

Indieningsdatum: 1 november 2023

SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN

in de zin van art. 393 lid 2 Rv.

van:

1. De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
**NEDERLANDSE VERENIGING VAN
STRAFRECHTADVOCATEN**
te 's-Gravenhage
2. De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid
**NEDERLANDSE VERENIGING VAN JONGE
STRAFRECHTADVOCATEN**
te 's-Gravenhage

Advocaten bij de Hoge Raad: mr. K. Aantjes en
mr. J.C. Zevenberg

In de zaak tussen:

**DE STAAT DER NEDERLANDEN (het Openbaar
Ministerie, de FIOD en de Belastingdienst)**

Advocaat bij de Hoge Raad:

tegen:

D.R. DOORENBOS c.s. (De Advocaten)

Advocaat bij de Hoge Raad: mr. W.H. van Hemel

.....

Edelhoogachtbaar college,

Inleiding

1. Naar aanleiding van de publicatie van bovenvermelde prejudiciële vragen op de website van de Hoge Raad maken de Nederlandse Vereniging van Strafrecht Advocaten (NVSA) en de Nederlandse Vereniging van Jonge Strafrechtadvocaten (NVJSA) bij deze gezamenlijk gebruik van de ex art. 393 lid 2 Rv. geboden mogelijkheid tot het maken van schriftelijke opmerkingen.

2. De NVSA en NVJSA (hierna gezamenlijk aangeduid als 'de verenigingen') zijn beide zogenoemde specialisatieverenigingen. Zij hebben tot doel het bevorderen van de deskundige beroepsuitoefening door advocaten in Nederland op het gebied van straf(proces)recht en hulpwetenschappen. In totaal zijn zo'n 800 strafrechtadvocaten lid van de verenigingen. Het belang van de verenigingen bij het kunnen en mogen maken van schriftelijke opmerkingen is daarmee gegeven.
3. Het verschoningsrecht is een fundamenteel rechtsbeginsel, waaraan ten grondslag ligt dat het maatschappelijk belang bij waarheidsvinding in beginsel moet wijken voor het algemeen maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking moet kunnen wenden tot een verschoningsgerechtigde voor bijstand en advies. Indien het verschoningsrecht in het gedrang komt door de concrete uitoefening van opsporingsbevoegdheden, worden de leden van de verenigingen gehinderd in hun beroepsuitoefening, in die zin dat het verlenen van adequate rechtsbijstand niet mogelijk is indien de vertrouwelijkheid van geheimhouderinformatie niet gegarandeerd is. Zonder vrije communicatie tussen advocaat en cliënt kan immers geen deskundige en op de feiten en omstandigheden van het geval afgestemde rechtsbijstand worden verleend. Dit geldt a fortiori voor de verdediging in strafzaken, waarin de advocaat bijstand verleent aan een rechtzoekende die zich geconfronteerd ziet met de Staat en de inzet van (bijzondere) dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden. Een (ongeoorloofde) inbreuk op het verschoningsrecht levert derhalve een schending op van het recht op een eerlijk proces zoals bedoeld in artikel 6 EVRM/47 en 48 Handvest Grondrechten EU, waarvan het recht op verdediging en rechtsbijstand een essentieel onderdeel uitmaakt en het recht op eerbiediging van privé, familie- en gezinsleven als bedoeld in artikel 8 EVRM.
4. De verenigingen beogen blijkens hun doelstelling via een deskundige, kwalitatief hoogstaande dienstverlening bij te dragen aan bescherming van het recht op een eerlijk proces. Eerder heeft de Hoge Raad geconcludeerd dat:

*“het verschoningsrecht van de advocaat – dat van fundamenteel belang is voor een goede rechtsbedeling – mede geldt opdat hij zijn taak als advocaat naar behoren kan vervullen”.*¹
5. De 'repressieve' druk waaraan het verschoningsrecht van advocaten onderhevig is, wordt in de onderhavige casus geïllustreerd door de manier waarop door de FIOD/het OM toepassing gegeven is aan de opsporingsbevoegdheid ex artikel 126ng/ug Sv, waarbij op structurele wijze correspondentie tussen verdachte(n) en advocaten in beslag is genomen en is bekeken door opsporingsambtenaren van de FIOD/het OM, terwijl deze geheimhoudercommunicatie niet onverwijld en in zijn geheel vernietigd is, maar zowel (deels) is opgenomen in het

¹ ECLI:NL:HR:2021:273, rov 3.1.3 juncto 3.1.2.

strafdossier, als verder verstrekt binnen (diverse onderdelen van) de FIOD/het OM en aan derden (de landsadvocaat), een en ander in strijd met artikel 126aa lid 2 Sv².

6. De verenigingen onderschrijven de conclusies van het Hof Den Bosch³ inhoudende (kort gezegd) dat:
- met procedurele waarborgen moet worden voorkomen dat het verschoningsrecht in het gedrang komt door de concrete uitoefening van (opsporings)bevoegdheden;
 - de vraag of gegevens al dan niet onder het verschoningsrecht vallen in eerste instantie door de verschoningsgerechtigde zelf beantwoord dient te worden, terwijl het bij verschil van inzicht de rechter is die daarover een oordeel velt, en;
 - de uitleg van de Staat van artikel 126aa Sv niet kan worden gevolgd, omdat die uitleg niet aansluit bij overige regelgeving en bij de jurisprudentie omtrent het verschoningsrecht, zoals weergegeven in het arrest van het hof⁴, en bovendien onvoldoende waarborgen biedt om te voorkomen dat het verschoningsrecht in het gedrang komt.

Prejudiciële vragen

7. De prejudiciële vragen van het hof zien op de waarborgen die bij de toepassing van de opsporingsbevoegdheden uit artikel 126ng/uv Sv dienen te gelden ter bescherming van het verschoningsrecht. In het hiernavolgende gaan de verenigingen in op de vragen 1 t/m 3 en 5 van het hof. Daarbij zal specifiek aandacht worden besteed aan de overwegingen en conclusies van het hof en de door het hof voorgelegde werkwijze voor de praktijk.
8. De verenigingen hebben overigens kennis genomen van de schriftelijke reactie die de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) op de onderhavige prejudiciële vragen aan Uw Raad voorlegt. In de visie van de verenigingen is in die reactie doorwrocht en gedetailleerd uiteengezet hoe genoemde vragen van het hof volgens de NOvA zouden moeten worden beantwoord. De verenigingen sluiten zich daar bij aan en verwijzen daarnaar.

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:

² Inmiddels heeft het OM besloten om in verband met de plaats gehad hebbende schendingen van het verschoningsrecht vermogensbeheerder Box Consultants niet langer strafrechtelijk te vervolgen (zie: <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2023/10/06/om-seponeert-strafrechtelijk-onderzoek-naar-brabantse-vermogensbeheerder>).

³ ECLI:NL:GHSHE:2023:1329.

⁴ ECLI:NL:GHSHE:2023:1329, rov 3.6 t/m 3.6.10.

- 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)?*

Antwoord vraag 1

9. De verenigingen stellen zich op het standpunt dat het ter waarborging van het verschoningsrecht noodzakelijk is dat maatregelen worden genomen indien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudergegevens bevinden (*vraag 1, sub a*).
10. Voor een effectieve controle door de rechter-commissaris op de rechtmatigheid en evenredigheid van de inzet van de bevoegdheid uit artikel 126 ng/ug Sv is vereist dat in het aan de vordering van de officier van justitie gehechte aanvraagproces-verbaal is weergegeven of de verdachte op wie het onderzoek zich richt, is of wordt bijgestaan door een of meerdere advocaten en dus of te verwachten valt dat zich bij de te vorderen gegevens geheimhoudergegevens kunnen bevinden⁵. Een andere mogelijkheid die toets uit te voeren bestaat immers voor de rechter-commissaris niet.
11. Indien de rechter-commissaris hierover wordt geïnformeerd kan de rechter-commissaris deze informatie betrekken in zijn beslissing en de machtiging weigeren dan wel beperken tot nader bepaalde informatie c.q. onder voorwaarden afgeven, die (mede) het treffen van bepaalde (technische) voorzieningen kunnen inhouden waardoor de kans op het stuiten op mogelijke geheimhouderinformatie zo klein mogelijk wordt gehouden. Daarnaast kan de rechter-commissaris aanvullende maatregelen treffen ter waarborging van het verschoningsrecht. Zo kan de rechter-commissaris instructies geven aangaande de uitlevering van de gevorderde informatie aan het kabinet rechter-commissaris en controleren of die informatie ook daadwerkelijk aan dit kabinet wordt uitgeleverd en niet (tevens) aan de opsporingsautoriteiten/het OM.
12. In niet alle gevallen zal het voor het OM ten tijde van het aanvragen van de machtiging kenbaar zijn dat de betreffende verdachte(n) bijstand van één of meer advocaten en/of andere geheimhouders krijgen. Zo kan er al een strafadvocaat betrokken zijn, zonder dat die zich bij de officier van justitie heeft gesteld. Ook kan het onderzoek betrekking hebben op materie waarover de verdachte(n) eerder door advocaten of andere geheimhouders (zoals notarissen) is (zijn) geadviseerd, zonder dat het OM daarvan op de hoogte is. Ook over andere onderwerpen, waarop het onderzoek in het geheel geen betrekking heeft, kan met advocaten of andere geheimhouders worden gecommuniceerd. Denk daarbij bijvoorbeeld

⁵ ECLI:NL:GHSHE:2023:1329, rov 3.5.6.

aan een (grote) onderneming die op regelmatige basis vertrouwelijk contact heeft met ondernemingsrechtadvocaten, arbeidsrechtadvocaten, bestuursrechtadvocaten en notarissen. Ook in geval die informatie niet van belang is voor het onderzoek, of dat op het eerste oog niet lijkt te zijn, geldt dat het vertrouwelijke communicatie betreft, waarop geheimhouding rust. Het OM dient niet de beschikking over die informatie te krijgen en daar ook anderszins geen kennis van te kunnen nemen.

13. Om zo veel als mogelijk te voorkomen dat het OM de beschikking krijgt over en kennis neemt van zogenoemde verschoningsgerechtigde gegevens, mag van de Staat worden verwacht dat hij technische maatregelen neemt ter waarborging van het verschoningsrecht (*vraag 1, sub b*). Er dient een systeem te worden ontwikkeld⁶ waarmee wordt bewerkstelligd dat de verschoningsgerechtigde gegevens 'uit worden gefilterd' en alleen een schone, van verschoningsgerechtigde gegevens ontdane dataset, aan de opsporingsinstanties/het OM wordt verstrekt. Idealiter zou dit systeem er voor kunnen zorgen dat reeds bij inbeslagname c.q. het uitleveren van gegevens een dergelijke filtering plaatsvindt. Indien dat niet mogelijk is, zal, zoals hierna bij vraag 2 nader zal worden toegelicht, die filtering door de rechter-commissaris plaats dienen te vinden, en vervolgens enkel de 'schone dataset' aan de opsporing/het OM dienen te worden verstrekt.

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

⁶ Bijvoorbeeld wat betreft inbeslaggenomen e-mailverkeer door middel van e-mailherkenning. Zie wat dit betreft eveneens de schriftelijke opmerkingen van de NOvA ter zake.

worden beschouwd, door de opsporingsambtenaar worden vrijgegeven aan het opsporingsteam?

14. In steeds meer zaken en kwesties speelt het verschoningsrecht, en de in dat kader noodzakelijke filtering van in beslag genomen (digitale) informatie, een rol. Waar decennia geleden enkel in persoon, per brief en later ook telefonisch werd gecommuniceerd, is thans sprake van een zogenoemde 'digitale maatschappij'. Naast de klassieke(re) vormen van communicatie wordt nu veelal gecommuniceerd via e-mail, chatberichten en andere data-uitwisselingssystemen (zoals bijv. *We Transfer*) en wordt de meeste informatie verwerkt in digitale systemen. Vervolgens zien we ook dat deze communicatie en informatie op verschillende gegevensdragers is opgeslagen en op afstand bereikbaar is en kan worden gesynchroniseerd. Denk daarbij bijvoorbeeld aan mobiele telefoons en tablets, waar ook de e-mail op staat, computers die zijn verbonden met een externe server en mailservers. Al deze verschillende gegevensdragers kunnen vertrouwelijke communicatie bevatten. Sterker, indien sprake is van contact tussen advocaat en cliënt, kan met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden gesteld dat dit contact (gedeeltelijk) digitaal is en dat de verschoningsgerechtigde gegevens over meerdere gegevensdragers verspreid zijn.
15. Deze ontwikkelingen hebben onder meer tot gevolg dat de opsporingsinstanties hun opsporingsbevoegdheden breder zijn gaan inzetten. Naast de mogelijkheid om bij verdachten zelf *hard copy*-gegevens en data in beslag te nemen, maken de opsporingsinstanties daarbij steeds vaker gebruik van de mogelijkheid om dat middels vorderingen als bedoeld in artikel 126ng/ug Sv bij derden zoals providers en serverbeheerders te doen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een heimelijke vordering ter inbeslagname aan een e-mailprovider, zoals in de zaak Castor.
16. In het geval verschoningsgerechtigde informatie wordt verkregen middels toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheden ex artikel 126ng/uv Sv, geldt het verbod op kennisneming van inbeslagneming van die informatie ingevolge artikel 98 Sv onverkort. Noch de wet, noch de strafrechter maakt onderscheid ten aanzien van de omgang met verschoningsgerechtigde informatie al naar gelang de bevoegdheid waarmee die informatie is verkregen.
17. Het is in dit kader van belang oog te hebben voor het feit dat, anders dan bij een 'klassiek' beslag bij een verdachte zelf, het heimelijke karakter van dergelijke vorderingen de mogelijkheid belet voor verdachten en hun advocaten om een beroep op het verschoningsrecht te doen en op te komen tegen inbeslagname (en vervolgens kennisname). In die gevallen zijn verdachten en hun rechtsbijstandverleners immers in beginsel niet op de hoogte van het feit dat hun gegevens in beslag zijn genomen. Er is met andere woorden voor de verschoningsgerechtigden op dat moment (nog) geen mogelijkheid om een beroep op het verschoningsrecht te doen, omdat zij niet weten dat het risico op schending hiervan bestaat. Juist in die gevallen zijn dus extra maatregelen nodig om het verschoningsrecht te waarborgen.

18. In plaats van dergelijke extra waarborgen in te bouwen, is echter in de zaak Castor gebleken dat de Staat bij deze bijzondere opsporingsbevoegdheden het tegenovergestelde doet. In strijd met geldende jurisprudentie⁷ wordt de beoordeling of sprake is van verschoningsgerechtigde informatie niet aan de verschoningsgerechtigde en/of een rechter-commissaris overgelaten, maar wordt het verbod op kennisname van dergelijke informatie met voeten getreden. De vaststelling of sprake is van zogenoemde geheimhouderinformatie wordt geheel 'in eigen boezem' verricht, te weten door opsporingsambtenaren, al dan niet gelabeld als medewerker geheimhouding, en door het OM c.q. de geheimhoudersofficier. Aldus is van rechtsbescherming geen sprake. Dit heeft het hof ook vastgesteld.
19. De verenigingen onderschrijven het oordeel van het hof in de onderhavige casus dat de uitleg die de Staat geeft aan artikel 126aa Sv grote risico's in zich bergt, die ertoe kunnen leiden dat het verschoningsrecht op onaanvaardbare wijze in het gedrang komt, te weten het risico dat⁸:
- geheimhoudersinformatie ten onrechte niet als zodanig wordt beoordeeld door geheimhouders/opsporingsmedewerkers en/of officieren en bij het opsporingsteam terecht komt;
 - aldus ten aanzien van de niet als geheimhoudersinformatie aangemerkte stukken sprake is van een gebrek aan transparantie indien het niet aan het dossier wordt toegevoegd;
 - beïnvloeding binnen het OM kan plaatsvinden, bestaande uit druk op de geheimhoudersofficier en of -medewerker vanuit het opsporingsteam en het gebruik van de door hen in die hoedanigheid verkregen kennis uit verschoningsgerechtigde informatie in (ander) opsporingsonderzoek, waarin zij een opsporingsfunctie vervullen, en;
 - verschoningsgerechtigde informatie langdurig binnen het opsporingsapparaat beschikbaar is en blijft, hetgeen niet in lijn is met de bedoeling van de wetgever, die rept van 'onverwijldde melding' en 'zo spoedig mogelijk vernietigen'⁹.
20. In de visie van de verenigingen dient, indien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens mogelijk geheimhoudergegevens bevinden, 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 geheimhoudergegevens ofwel als mogelijke geheimhoudergegevens (*vraag 2 sub a*).

⁷ Zie onder meer EHRM 14 september 2010, nr. 38224/03, NJB 2010, 1986 (Sanoma/Nederland), rov. 93: "In the Netherlands, since the entry into force of Article 96a of the Code of Criminal Procedure this decision is entrusted to the public prosecutor rather than to an independent judge. Although the public prosecutor, like any public official, is bound by requirements of basic integrity, in terms of procedure he or she is a "party" defending interests potentially incompatible with journalistic source protection and can hardly be seen as objective and impartial so as to make the necessary assessment of the various competing interests."

⁸ ECLI:NL:GHSHE:2023:1329, rov 3.6.8.1 t/m 3.6.8.4.

⁹ Nota van Toelichting bij het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken d.d. 15 december 1999 (Staatsblad 1999, 548).

21. Het antwoord op de vraag of de officier van justitie vervolgens bevoegd is om verschoningsgerechtigd materiaal uit te selecteren/filteren is wat de verenigingen betreft volmondig: "Nee". Het OM en de opsporingsdiensten zijn geen onafhankelijke instanties en bovendien belast met de opsporing van de feiten waarop de in beslag genomen verschoningsgerechtigde informatie hoogstwaarschijnlijk betrekking heeft. Zij zijn daarmee bij uitstek de minst geschikte partij om de filtering uit te voeren.¹⁰ Het toebedelen van deze taak aan (medewerkers van) het OM en/of de opsporingsinstanties is een onaanvaardbare schending van het verschoningsrecht. De bevoegdheid tot selectie/filtering dient derhalve, zowel indien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudergegevens bevinden als indien het opsporingsteam (tijdens het onderzoek) stuit op (mogelijke) geheimhoudergegevens, te worden toebedeeld aan de rechter-commissaris en/of (permanente) medewerkers van diens kabinet (*vraag 2 sub a en b*).
22. De verenigingen achten het bij de beantwoording van vraag 2 niet relevant of het selecteren/filteren mogelijk is zonder (enige) kennisname van de mogelijke geheimhoudergegevens, een en ander gezien het door het hof geconstateerde risico dat verschoningsgerechtigde informatie (langdurig) binnen het opsporingsapparaat beschikbaar is (en blijft), hetgeen niet in lijn is met de bedoeling van de wetgever. Dat is de kat op het spek binden, nu kennisname van de inhoud van genoemde informatie immers wel mogelijk is (*vraag 2 sub a*).

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 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").

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?

¹⁰ T. Spronken, 'Verschoningsrecht en 'repressieve' druk', *NJB* 3 juli 2022, afl. 19, p. 1515, die spreekt van *een fundamentele weeffout in het systeem*, "waardoor het bloed toch steeds weer kruipt waar het niet gaan kan. Door de verantwoordelijkheid voor de vernietigingsplicht in handen van het OM te leggen, kunnen vertrouwelijke gegevens stelselmatig bij opsporingsinstanties bekend worden. (...) Weliswaar is er achteraf nog een rechterlijke toets, maar dan is het al te laat. De vertrouwelijke informatie heeft zijn weg dan al gevonden in het opsporingsonderzoek."

23. Zoals hiervoor uiteengezet, stellen de verenigingen zich op het standpunt dat (ook) met de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen mogelijke geheimhouderinformatie door de rechter-commissaris dient te worden beoordeeld. Om die beoordeling te faciliteren en te voorkomen dat verschoningsgerechtigde informatie, al dan niet via kopieën of digitale systemen, (onverhoopt) beschikbaar wordt (dan wel blijft) voor de opsporingsinstanties en/of het OM, zou de gang van zaken ten aanzien van die gegevens wat de verenigingen betreft als volgt moeten worden ingericht.
24. In geval op voorhand voorzienbaar is dat zich tussen de gevorderde gegevens verschoningsgerechtigde informatie bevindt (en de officier van justitie dit dus bij de vordering kenbaar maakt), dienen de betreffende gegevens (de dataset) direct na uitlevering aan de rechter-commissaris te worden verstrekt. Het is de opsporingsinstanties/het OM niet toegestaan de verkregen gegevens (dataset) in te zien en de opsporingsinstanties/het OM mogen hiervan ook geen kopie maken of deze gegevens anderszins beschikbaar houden.
25. In alle andere gevallen zal bij de opsporingsinstanties/het OM veelal bekend worden dat bij de gevorderde gegevens (potentiële) geheimhoudersinformatie zit doordat de opsporingsinstanties/het OM zelf op (potentiële) geheimhoudersstukken stuiten. Zodra aanwijzingen bestaan dat zich verschoningsgerechtigd materiaal bevindt in de gevorderde gegevens, dienen alle verkregen gegevens (de gehele dataset) aan de rechter-commissaris te worden verstrekt, zonder dat de opsporingsinstanties/het OM zelf een kopie van de gegevens behouden. Eventuele reeds door de opsporingsautoriteit/het OM gemaakte kopieën of in digitale systemen vastgelegde kopieën van de gevorderde gegevens dienen te worden vernietigd.
26. De rechter-commissaris dient bij de beoordeling van die dataset(s) eenzelfde procedure te volgen als ten aanzien van zogenoemd klassiek beslag. Die procedure houdt in dat de rechter-commissaris eerst de betrokken geheimhouder(s) (o.a. advocaten) consulteert omtrent hun standpunt ten aanzien van de vraag of zich in die dataset verschoningsgerechtigd materiaal bevindt. Dat standpunt wordt in beginsel geëerbiedigd, tenzij er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.
27. Indien de rechter-commissaris oordeelt dat het verschoningsrecht van toepassing is, dienen de geheimhoudergegevens aan de betreffende geheimhouder(s) te worden geretourneerd of indien retournering niet functioneel is, zoals bij digitale gegevens waarover de geheimhouder reeds beschikt, onverwijld te worden vernietigd. Indien sprake is van digitaal beslag, filtert de rechter-commissaris al het verschoningsgerechtigde materiaal uit de dataset. Alleen een schone, van verschoningsgerechtigde gegevens ontdane dataset, mag aan de opsporingsinstanties/het OM wordt verstrekt. De rechter-commissaris is als enige bevoegd om de oorspronkelijke, ongeschoonde dataset onder zich te houden. (*vraag 3 onder i*)

28. Indien de rechter-commissaris oordeelt dat het standpunt van de advocaat redelijkerwijs niet juist kan zijn, mag hij zich een eigen oordeel over de toepasselijkheid van het verschoningsrecht vormen. Ten aanzien van “andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon” zoals bedoeld in artikel 126aa tweede lid Sv en door de rechter-commissaris als niet geheimhoudergegevens beoordeelde gegevens (de zogenoemde “*false positives*”) geldt dat de rechter-commissaris zijn standpunt aan de betreffende geheimhouder(s) kenbaar dient te maken. Kan de geheimhouder zich in het standpunt vinden, dan kan de informatie na machtiging van de rechter-commissaris aan het dossier worden toegevoegd. Kan de geheimhouder zich niet in het standpunt vinden, dan kan hij daarover een klaagschrift indienen, eventueel gevolgd door een cassatieberoep. Pas wanneer onherroepelijk is geoordeeld dat het verschoningsrecht niet van toepassing is, mogen deze twee categorieën gegevens aan het OM worden vrijgegeven. (*vraag 3 ii en iii*)
29. Indien sprake is van de situatie dat de vordering verstrekking gegevens in het belang van het onderzoek nog niet openbaar is en kan worden gemaakt, terwijl het in het belang van het onderzoek wel dringend noodzakelijk is om een aanvang te nemen met het uitfilteringsproces, opdat niet onder het verschoningsrecht vallende gegevens ter beschikking kunnen worden gesteld aan de opsporingsinstanties/het OM, dient de navolgende werkwijze te worden gehanteerd.
30. In plaats van de betrokken geheimhouder(s) te consulteren, maakt de rechter-commissaris een eerste selectie. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen niet-geheimhoudergegevens en mogelijke geheimhoudergegevens. Deze mogelijke geheimhoudergegevens kunnen worden geïdentificeerd aan de hand van zogenoemde zoektermen. Die zoektermen behelzen in ieder geval de namen, telefoonnummers, namen van advocatenkantoren en e-mailadressen van alle bij de NOvA geregistreerde advocaten en algemene “geheimhouderszoektermen” zoals advocaat, lawyer, verschoningsrecht, geprivilegieerd, geestelijke, notaris en arts.
31. Er ontstaan dan vervolgens twee nieuwe sets gegevens: één set met mogelijke geheimhoudergegevens (alle gegevens die een hit geven op één van de zoektermen) en één set met de overige gegevens (een geschoonde set). Deze geschoonde set kan vervolgens door de rechter-commissaris aan de opsporingsinstanties/het OM worden verstrekt. De set met mogelijke geheimhoudergegevens dient bij de rechter-commissaris te worden bewaard en mag slechts dan aan de opsporingsinstanties/het OM worden verstrekt nadat de hiervoor onder randnummers 26 t/m 28 uiteengezette procedure is gevolgd. Kort gezegd houdt die procedure in dat eerst de geheimhouder(s) ter zake om hun oordeel worden gevraagd en dit oordeel vervolgens door de rechter-commissaris wordt getoetst.
32. Wanneer tactische overwegingen het onwenselijk maken direct de onder randnummers 26 t/m 28 uiteengezette procedure te doorlopen en daarmee de mogelijke geheimhoudergegevens aan de geheimhouder(s) voor te leggen, kan dit worden uitgesteld tot een later

moment. Dat leidt wellicht tot enig tijdelijk ongemak, maar het belang dat het verschoningsrecht dient, vergt nu eenmaal een zorgvuldige beoordeling. Bovendien kunnen de opsporingsinstanties/het OM in de tussentijd al wel aan de slag met de aan hen verstrekte geschoonde set gegevens.

33. Alle stappen in bovenstaande, door de verenigingen voorgestelde, werkwijze dienen nauwkeurig te worden geverbaliseerd door de opsporingsinstanties/het OM en de rechter-commissaris. Daarbij dient in ieder geval aandacht te worden besteed aan de volgende punten.
34. Van groot belang is dat in het proces-verbaal wordt opgenomen wie bij de opsporingsinstantie/het OM beschikking heeft gehad tot de volledige (ongeschoonde) dataset, wanneer en hoe het vermoeden is ontstaan dat daarin verschoningsgerechtigd materiaal zat en op welke wijze vervolgens is omgegaan met de gevorderde gegevens. Uit het proces-verbaal dient verder te blijken dat de originele (onbewerkte) dataset ter beschikking is gesteld aan de rechter-commissaris en dat de opsporingsautoriteit/het OM niet meer beschikt over kopieën. Daarbij moet inzichtelijk zijn op welke wijze eventuele kopieën zijn vernietigd. Het met een code beveiligen, ontoegankelijk of onzichtbaar maken van gegevens is niet hetzelfde als vernietigen en is dan ook onvoldoende. Vernietiging dient in te houden dat de gegevens niet meer aanwezig zijn in de digitale systemen van de opsporingsautoriteit/het OM en binnen die gegevens ook niet meer kunnen worden 'teruggehaald'.
35. De rechter-commissaris legt zijn werkwijze (eveneens) bij proces-verbaal vast. Daarbij dient vermeld te worden of de advocaat wiens verschoningsrecht het betreft om een standpunt is gevraagd (en zo niet, met welke reden dat niet gebeurd is) en of dat standpunt (al dan niet) is geëerbiedigd. Eveneens moet duidelijk worden welke zoektermen zijn gehanteerd en op welke manier deze zoektermen zijn 'losgelaten' op de dataset¹¹. Van belang is bijvoorbeeld dat de zoekslag niet beperkt is tot enkel e-mailcorrespondentie, aangezien ook op opgeslagen (pdf-)documenten, foto's en aantekeningen het verschoningsrecht kan rusten.
36. De verbalisering is cruciaal, omdat het proces hierdoor transparant en toetsbaar wordt. De verschoningsgerechtigde en/of de verdediging kunnen op basis van het proces-verbaal eventueel opkomen tegen (onderdelen van) de gehanteerde werkwijze.

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?

37. Met de NOvA stellen de verenigingen zich (kort samengevat) op het standpunt dat geheimhoudergegevens die met strafvorderlijke bevoegdheden zijn verkregen, niet enkel binnen het strafproces geheim dienen te blijven maar daarbuiten evenmin mogen worden gebruikt,


¹¹ Dan wel op welke wijze de selectie heeft plaats gevonden. Zie wat dit betreft voetnoot 9.

aangezien een algemeen rechtsbeginsel niet beperkt is tot het strafproces waarbinnen deze gegevens zijn gevorderd, maar geldt voor alle strafprocessen en overige processen, procedures of onderzoeken van de Staat. De grondslag dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees van openbaarmaking moet kunnen wenden tot een verschoningsgerechtigde zou immers betekenisloos zijn indien geheimhoudergegevens via een omweg alsnog gebruikt kunnen worden.

Rijswijk, 31 oktober 2023



Mr. K. Aantjes
Advocaat bij de Hoge Raad



Mr. J.C. Zevenberg
Advocaat bij de Hoge Raad