

**DE HOGE RAAD DER NEDERLANDEN**

Zaaknummer: 23/03504

Indieningsdatum: 1 november 2023

**SCHRIFTELIJKE OPMERKINGEN**  
**in de zin van artikel 393 lid 2 Rv**

van:

Het publiekrechtelijk lichaam  
**De Nederlandse orde van advocaten,**  
te 's-Gravenhage (hierna: “**de NOVA**”)

Advocaat bij de Hoge Raad: mr. D.M. de Knijff

in de zaak tussen:

**De Staat der Nederlanden**  
**(het Openbaar Ministerie, de FIOD en de**  
**Belastingdienst),** (hierna: “**De Staat**”),

Advocaat bij de Hoge Raad: mr. G.C. Nieuwland

tegen:

**D.R. Doorenbos c.s.**  
(hierna: “**de Advocaten**”)

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

1. Inleiding

1.1 Het gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft in zijn tussenarrest van 5 september 2023 aan uw Raad ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing rechtsvragen gesteld die betrekking hebben op het verschoningsrecht van advocaten. Deze vragen raken de gehele beroepsgroep van meer dan 18.000 advocaten, die de NOvA als publiekrechtelijke beroepsorganisatie vertegenwoordigt.<sup>1</sup> Uw Raad heeft de NOvA in de gelegenheid gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken ten behoeve van de beantwoording van deze vragen.

1.2 De opmerkingen bestaan uit een algemeen deel waarin de NOvA ingaat op de relevante achtergrond en het toetsingskader met betrekking tot het verschoningsrecht als algemeen geldend rechtsbeginsel. Vervolgens zal op de afzonderlijke vragen worden ingegaan.<sup>2</sup>

2 Algemene opmerkingen in verband met het verschoningsrecht

2.1. *De positie van de advocaat in de rechtsstaat*

2.1.1 Een wezenlijk element van een rechtsstaat is dat de rechtzoekende zijn rechten kan effectueren en onbelemmerde toegang heeft tot de rechtsbedeling.<sup>3</sup> De advocaat speelt van oudsher een belangrijke rol in de rechtsbedeling, omdat hij<sup>4</sup> degene is die geacht wordt de rechtzoekende bij te staan bij het effectueren van zijn rechten. De advocaat neemt in de rechtsstaat de positie in van 'bijzondere bemiddelaar' tussen de rechtzoekende en het recht.<sup>5</sup>

2.1.2 In de relatie tussen advocaat en cliënt wordt de vertrouwelijkheid van het contact van essentieel belang geacht voor het goed kunnen vervullen van de rol van de advocaat in de rechtsbedeling. Rechtzoekenden moeten in volle openheid en vertrouwen informatie kunnen wisselen met hun advocaat, zonder dat bij hen vrees bestaat dat die informatie naar buiten komt. De positie van vertrouwenspersoon ligt aan de basis van de relatie tussen de advocaat en cliënt. Alleen met vertrouwelijkheid als uitgangspunt kan een advocaat alle mogelijkheden en risico's in een zaak naar behoren inventariseren en wegen, en kan hij weloverwogen beslissen over de aanpak van een zaak of de in te nemen procespositie. Zonder vertrouwelijkheid komt een adequate rechtshulpverlening en goede rechtsbedeling in het gedrang.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Volgens artikel 10a, eerste lid, van de Advocatenwet bevorderen de algemene raad en de raden van de orden in de arrondissementen in het belang van een goede rechtsbedeling een behoorlijke uitoefening van de praktijk en nemen alle maatregelen die daaraan kunnen bijdragen, komen zij op voor de rechten en belangen van de advocaten en vervullen zij de taken die hun bij verordening zijn opgedragen.

<sup>2</sup> Aan de inleiding heeft mw. mr. dr. N.A.M.E.C. Fanoy, advocaat te Amsterdam en auteur van diverse belangwekkende publicaties en annotaties over de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van advocaten (en notarissen), bijgedragen. Voor de opmerkingen met betrekking tot de vragen is gebruik gemaakt van de inbreng door de Adviescommissie Strafrecht, die de algemene raad adviseert met het oog op adviezen aan de wetgever. Zo bracht de algemene raad onder andere – en voor deze zaak relevant – aan de minister van Justitie en Veiligheid adviezen uit over het onderwerp 'omgang met verschoningsgerechtigd materiaal' in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (en aan het Openbaar Ministerie in reactie op in consultatie gegeven (concept) werkwijzen).

<sup>3</sup> Van Wijmen e.a., "Een maatschappelijke orde". *Rapport van de Commissie Advocatuur d.d. 24 april 2006*, bijlage bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 VI, 144, p. 19. Zie ook de kabinetsreactie d.d. 13 oktober 2006 op dit rapport, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800-VI, nr. 13, p. 1, 6 en 7.

<sup>4</sup> In deze tekst voor omwille van de leesbaarheid in de mannelijk vorm naar de advocaat, rechtzoekende of cliënt verwezen. Overal waar hij staat, is ook zij en die bedoeld.

<sup>5</sup> Leliveld e.a., *Dit is een advocaat. Rapport van de Commissie 'Wat is een advocaat?' van 13 oktober 2013*, Den Haag: NOvA2013, p. 49, 50 en 56.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 382, nr. 3, p. 11.

- 2.1.3 Het belang van een cliënt en van de goede rechtsbedeling in het algemeen brengt dan ook mee dat de advocaat niet verplicht kan worden om in rechte een verklaring af te leggen of anderszins informatie te verstrekken over wat tussen hem en de rechtzoekende aan informatie is gewisseld.
- 2.2 *Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht: twee kanten van dezelfde medaille*
- 2.2.1 De vertrouwelijkheid wordt gewaarborgd door de geheimhoudingsplicht van de advocaat en, in het verlengde daarvan, door het verschoningsrecht. Het verschoningsrecht heeft de advocaat nodig om de geheimhoudingsplicht ten aanzien van zijn cliënt gestand te kunnen doen en vertrouwelijkheid te kunnen garanderen. Die vertrouwelijkheid is noodzakelijk om een eerlijke berechting of überhaupt de toegang tot het recht mogelijk te maken.
- 2.2.2 De vertrouwelijkheid is met ingang van 1 januari 2015 als één van de kernwaarden van de advocaat vastgelegd in artikel 10a, aanhef en onder e, van de Advocatenwet dat luidt:
- “In het belang van een goede rechtsbedeling draagt de advocaat zorg voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Daartoe is de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep vertrouwenspersoon en neemt hij geheimhouding in acht binnen de door de wet en het recht gestelde grenzen.”
- De geheimhoudingsplicht van de advocaat is wettelijk verankerd in artikel 11a, eerste lid, van de Advocatenwet dat luidt:
- “Voor zover niet bij wet anders is bepaald, is de advocaat ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennisneemt tot geheimhouding verplicht. Dezelfde verplichting geldt voor medewerkers en personeel van de advocaat, alsmede andere personen die betrokken zijn bij de beroepsuitoefening.”<sup>7</sup>
- 2.2.3 In artikel 165 Rv is opgenomen dat eenieder, daartoe op wettige wijze opgeroepen, verplicht is om een getuigenis af te leggen. In het tweede lid (sub b) van dit artikel is een belangrijke uitzondering opgenomen: zij die uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd tot geheimhouding verplicht zijn, kunnen zich hiervan ‘verschonen’.
- 2.2.4 Het verschoningsrecht als uitzondering op de getuigplicht in strafzaken is opgenomen in artikel 218 Sv. Ook in artikel 96a Sv dat gaat over de inbeslagname van voorwerpen, is een dergelijke uitzondering opgenomen. Artikel 98, eerste lid, Sv bepaalt dat “bij personen met bevoegdheid tot verschoning”, zonder hun toestemming geen brieven of andere geschriften “tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt” in beslag worden genomen. In artikel 125I Sv is hetzelfde bepaald voor onderzoek naar door geheimhouders ingevoerde digitale gegevens. Artikel 126aa, tweede lid, Sv, dat het thema vormt van de hier voorliggende vragen en dat hierna bij de bespreking daarvan uitvoeriger aan de orde zal komen, bepaalt dat processen-verbaal en andere voorwerpen die mededelingen van of aan een verschoningsgerechtigde behelzen, worden vernietigd.
- 2.2.5 Ook in andere wetten zijn bepalingen opgenomen die het verschoningsrecht beogen te borgen. Zie artikel 5:20, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht. Daarin is bepaald

---

<sup>7</sup> De geheimhoudingsplicht is nader uitgewerkt in regel 3 van de Gedragsregels advocatuur.

dat een advocaat het verlenen van een door een bestuursorgaan gevorderde medewerking kan weigeren voor zover dit uit zijn geheimhoudingsplicht voortvloeit. In artikel 53a Algemene wet inzake rijksbelastingen is bepaald dat advocaten een bevel tot afgifte van gegevens of het verstrekken van inlichtingen ten behoeve van de belastingheffing van derden met een beroep op hun geheimhoudingsverplichting kunnen weigeren. Artikel 63 Invorderingswet 1990 bevat een zelfde bepaling voor gegevens ten behoeve van de invordering.

2.2.6 De advocaat beschikt als geheimhouder op grond van de rechtspraak en de wet over een verschoningsrecht. Het verschoningsrecht dient ertoe om de vertrouwelijke communicatie waarop de rechtzoekende recht heeft, te kunnen garanderen. Het verschoningsrecht is complementair aan de geheimhoudingsplicht. Zonder de geheimhoudingsplicht kan een beroep op het verschoningsrecht niet slagen. En omgekeerd kan zonder het verschoningsrecht de geheimhouding niet worden gegarandeerd.

2.2.7 Anders dan de media, opiniemakers of politiek nog wel eens doen, is het onjuist om het verschoningsrecht een 'privilege' van de advocaat te noemen. Het verschoningsrecht is er voor de rechtzoekende, die zonder dat verschoningsrecht zich niet vrijelijk tot de advocaat kan wenden voor advies en bijstand, in de absolute zekerheid dat al hetgeen hij aan hem toevertrouwt ook vertrouwelijk blijft.

### 2.3 *Aard en omvang verschoningsrecht*

2.3.1 De concrete invulling van de omvang en reikwijdte van het verschoningsrecht is tot dusver in belangrijke mate aan de rechter overgelaten.

2.3.2 In 1985 heeft uw Raad in de Notaris Maas-beschikking de grondslag van het verschoningsrecht omschreven als:<sup>8</sup>

“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 eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.”

2.3.3 Bij het toekennen van het verschoningsrecht aan specifieke beroepen, zoals dat van advocaat, wordt niet zozeer gekeken naar de werkzaamheden van een beroep, maar naar de functie en wettelijke positionering van het beroep.<sup>9</sup> Zo overwoog uw Raad in 2020 dat artikel 218 Sv het oog heeft op “personen tot wier taak het behoort aan anderen hulp te verlenen doch die deze taak slechts naar behoren kunnen vervullen indien zij zich kunnen verschonen ten aanzien van geheimen welke hun zijn toevertrouwd door hulpzoekenden die zonder de zekerheid van geheimhouding tegenover justitie aan deze beroepsbeoefenaren geen hulp zouden vragen”.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173, rov. 3.1.

<sup>9</sup> N.A.M.E.C. Fanoy, 'Kroniek functioneel verschoningsrecht; belangwekkende uitspraken in corona-tijd', Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht 2022-1, p. 14-15. Zie voorts J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht in strafzaken*, Groningen: Tjeenk Willink 1975, p. 84-91, die erop wijst dat het om een selecte groep gaat die aan bepaalde kenmerken moet voldoen, zoals het hebben van een specifieke deskundigheid waarop een hulpzoekende is aangewezen. Er moeten toelatings-, opleidings- en ervaringseisen zijn, de beroepsuitoefening moet gebonden zijn aan regels. Voorts dient het werk moet een duurzaam karakter hebben en van belang zijn voor de samenleving, en het beroep kan niet worden uitgeoefend zonder geheimhouding.

<sup>10</sup> HR 7 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:6, NJ 2020/101, rov. 2.4.

- 2.3.4 Vertrouwelijkheid van communicatie tussen advocaten en hun cliënten prevaleert dus in beginsel boven de waarheidsvinding. Indien de Staat zonder belemmering informatie zou kunnen halen bij een advocaat, wordt het verschoningsrecht illusoir. Uit vaste jurisprudentie – en zoals ook nu weer benadrukt in het tussenarrest dat aanleiding heeft gegeven voor het stellen van de vragen<sup>11</sup> – blijkt dat dit nog steeds het fundamentele uitgangspunt is.
- 2.3.5 Eén van de consequenties van het feit dat het verschoningsrecht berust op een algemeen geldend rechtsbeginsel, is dat het beginsel voor alle rechtsgebieden geldt. Dat blijkt uit rov. 3.1 van de Notaris Maas-Beschikking waarin wordt verwezen naar burgerlijk recht, strafrecht en belastingrecht.<sup>12</sup> Een andere belangrijke consequentie is dat het beroep op het verschoningsrecht kan worden gedaan onafhankelijk van het bestaan van een wettelijke regeling op dit punt. Het algemene rechtsbeginsel verliest slechts zijn werking als uit een wettelijke regeling of uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het daarin verankerde functionele verschoningsrecht in het voorliggende geval niet of slechts beperkt geldt.<sup>13</sup>
- 2.3.6 Eventuele beperkingen en uitzonderingen op dit algemene rechtsbeginsel zijn met het oog op de rechtszekerheid slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden toelaatbaar.<sup>14</sup> Daarbuiten is er geen ruimte voor compromis of nuancering. Een ruimere beoordelingsmarge en een meer genuanceerde afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen achteraf, zou naar het oordeel van uw Raad tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht leiden dat dit daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast.<sup>15</sup>
- 2.3.7 Zo zou volgens uw Raad de opvatting dat de vertrouwenspersoon door de belanghebbende uit zijn geheimhoudingsverplichting zou kunnen worden ontslagen ertoe leiden dat het oordeel omtrent de geloofwaardigheid van hen die zich tot de betreffende vertrouwenspersoon hebben gewend door die weigering ongunstig zou worden beïnvloed. De vrees dat zij daardoor naderhand tot een zodanig ontslag zouden worden genoopt, zou hen ervan kunnen weerhouden de hulp van die vertrouwenspersoon in te roepen of zich vrijelijk tegenover hem uit te spreken.<sup>16</sup>

---

<sup>11</sup> Zie rov. 3.6.1 van het tussenarrest van 2 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1329. Waar in deze schriftelijke opmerkingen wordt verwezen naar het tussenarrest, is tenzij anders aangegeven dit tussenarrest bedoeld.

<sup>12</sup> Zie voor een recente bevestiging daarvan in een civiele zaak HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS-uitspraak) en de conclusie van A-G Timmerman voor de SNS-uitspraak (ECLI:NL:PHR:2020:14) onder 2.19: "(...) Disharmonieën tussen de verschillende rechtsgebieden tracht de rechtspraak zo veel mogelijk te vermijden. Niettemin wordt wel aanvaard dat de nadruk op bepaalde facetten van het verschoningsrecht per rechtsgebied kan verschillen." Zie in een fiscale zaak de annotatie van Wattel BNB 1997/146 bij HR 12 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC6589: "Aangenomen moet voorts worden dat de regel van het afgeleide verschoningsrecht niet alleen geldt in het strafrecht en het belastingrecht, maar voor alle rechtsgebieden, en dat schending van een verschoningsrecht de aldus verkregen informatie dus onbruikbaar maakt voor straf-, belasting-, bestuursrechtelijke, civiele, tuchtrechtelijke en andere procedures. Dit volgt ook uit 's Hogen Raads formulering, "onder alle omstandigheden ontoelaatbaar" (...) in het genoemde arrest BNB 1992/306 en uit de omstandigheid dat het verschoningsrecht voor de genoemde beroepsgroepen gegrond is op een algemeen fundamenteel rechtsbeginsel (zie het door de A-G Van den Berge in § 2 van diens conclusie genoemde arrest HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173)."

<sup>13</sup> Notaris Maas-beschikking, rov. 3.2. Zie voorts de Conclusie A-G Timmerman voor de SNS-uitspraak, ECLI:NL:PHR:2020:14, onder 2.19 en zie F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss. Maastricht), Maastricht: Uitgeverij Gianni 2004, p. 169.

<sup>14</sup> Zie Notaris Maas-beschikking, rov. 3.6 en HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:BJ9262, NJ 2010/144 rov. 2.2.

<sup>15</sup> Notaris Maas-beschikking, rov. 3.6.

<sup>16</sup> Notaris Maas-beschikking, rov. 3.3.

- 2.3.8 Het verschoningsrecht dient niet alleen het belang van de individuele cliënt en een breder maatschappelijk belang, maar ziet ook op het eigen belang van de advocaat, zo is in het tussenarrest overwogen.<sup>17</sup> Het hof verwijst daarvoor naar de recente uitspraak waarin Uw Raad heeft overwogen dat het functionele verschoningsrecht – dat van fundamenteel belang is voor een goede rechtsbedeling – er mede toe strekt de advocaat zijn taak naar behoren te laten vervullen.<sup>18</sup> Schending van het verschoningsrecht belemmert de advocaat zodanig in de uitoefening van zijn werk, dat hierdoor het maatschappelijk belang van gegarandeerde vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt onvoldoende kan worden gediend.<sup>19</sup>
- 2.3.9 De vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt wordt eveneens beschermd door de artikelen 6 en 8 EVRM.<sup>20</sup> Het belang van deze vertrouwelijkheid blijkt bijvoorbeeld uit het volgende citaat in een recente uitspraak van het EHRM. Het ging om een zaak waarin het ging over de vraag of het nationale recht voldoende (duidelijke) waarborgen bood tegen inbreuken op het verschoningsrecht tijdens doorzoeking en inbeslagneming van een smartphone. Het Hof oordeelde dat dit niet het geval was:

"[...] the Court has stressed that it is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion and that it is for that reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged. It has not limited that consideration to matters relating to pending litigation only and has emphasised that, whether in the context of assistance for civil or criminal litigation or in the context of seeking general legal advice, individuals who consult a lawyer can reasonably expect that their communication is private and confidential"<sup>21</sup>

- 2.3.10 Het verschoningsrecht van de advocaat vindt ook bescherming in artikel 7 van het Handvest van grondrechten van de Europese Unie. In een recente uitspraak naar aanleiding van door het Belgisch grondwettelijk Hof gestelde prejudiciële vragen over een op advocaten rustende notificatieplicht uit hoofde van de Europese DAC-6 Richtlijn, oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie dat die notificatieplicht niet noodzakelijk en in strijd is met het recht op eerbiediging van de communicatie van een advocaat met zijn cliënt. Over het belang van vertrouwelijkheid overwoog het Hof:

"[...] Net als deze bepaling, waarvan de bescherming niet alleen betrekking heeft op activiteiten die verband houden met de verdediging, maar ook op juridisch advies, waarborgt artikel 7 van het Handvest noodzakelijkerwijs de geheimhouding van juridisch advies, zowel wat de inhoud als het bestaan ervan betreft [...] De specifieke bescherming die artikel 7 van het Handvest en artikel 8 lid 1, EVRM toekennen aan het beroepsgeheim van advocaten, die vooral tot uiting komt in de op hen rustende verplichtingen, wordt gerechtvaardigd door het feit dat advocaten een fundamentele taak hebben in een democratische samenleving, namelijk justitiabelen verdedigen (EHRM, 6 december 2012, Michaud tegen Frankrijk CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, §§ 118

<sup>17</sup> Zie tussenarrest rov. 3.5.17.

<sup>18</sup> Zie HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273, rov. 3.1.3. Daarin ging het over de toelaatbaarheid van het bewijsbeslag dat door de Advocaten onder de Staat was gelegd teneinde bewijsmateriaal veilig te stellen aan de hand waarvan zij wilden onderzoeken in hoeverre hun verschoningsrecht was geschonden en wat daarvan de gevolgen waren.

<sup>19</sup> N.A.M.E.C. Fanoy onder 4 van haar annotatie onder het Hoge Raad-arrest in JOR 2021/139.

<sup>20</sup> EHRM 16 december 1992, ECLI:NL:XX:1992:AD1800 (*Niemietz/Duitsland*), par. 29 en 31; EHRM 6 december 2012 en ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311 (*Michaud/ Frankrijk*), par. 118.

<sup>21</sup> EHRM 17 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1217JUD000045918, 415/18, para 51, *Saber v. Norway*. Voor een bespreking van deze uitspraak, zie: L. Stevens & M. Galic, 'Bescherming van het professionele verschoningsrecht in geval van doorzoeking van een smartphone: het EHRM eist een concrete basis en een praktische procedurele regeling', *Ars Aequi* september 2021, p. 845- 852. Zie ook EHRM 16 december 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000069819, *Sărgava v. Estland*.

en119). Deze fundamentele taak omvat, ten eerste, het in alle lidstaten als belangrijk erkende vereiste dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben in alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het in wezen is, onafhankelijk juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft en, ten tweede, het daarmee verband houdende vereiste van loyaliteit van de advocaat jegens zijn cliënt (zie in die zin arrest van 18 mei 1982, AM & S Europe/Commissie 155/79 EU 155/79, EU:C:1982:157 punt 18).<sup>22</sup>

## 2.4 *De toetsing van het verschoningsrecht is aan de rechter*

2.4.1 Advocaten hebben in de eerste plaats een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de informatie die hen door de cliënt is toevertrouwd. Op enkele uitzonderingen na geldt de plicht tot geheimhouding.<sup>23</sup> Dat geldt in zekere zin ook voor het verschoningsrecht: in beginsel is de advocaat als geheimhouder genoodzaakt het verschoningsrecht in te roepen. Het opzettelijk schenden van een (beroeps)geheim is immers strafbaar gesteld (artikel 272 Sr).

2.4.2 De advocaat heeft tegelijkertijd ook de verantwoordelijkheid prudent om te springen met zijn geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht. Daarbij geldt dat het verschoningsrecht betrekking heeft op informatie waarvan de advocaat kennisneemt omdat hij als advocaat optreedt (die hem “als zodanig is toevertrouwd”). De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zijn de advocaat alleen toegekend ten behoeve van het waarborgen van de rechtsbescherming van zijn cliënt en het belang om hem goed te kunnen bijstaan. Het verschoningsrecht komt de advocaat alleen toe in het kader van zijn juridische dienstverlening aan degene die zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid van advocaat.<sup>24</sup>

2.4.3 Het begrip ‘toevertrouwd’ wordt in de jurisprudentie ruim uitgelegd. Daarbij wordt – met het oog op de rechtszekerheid – geen onderscheid gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens.<sup>25</sup> Het kan gaan om zowel mondelinge als schriftelijke gegevens, papieren dan wel digitale communicatie; de wijze waar of waarop informatie is opgeslagen is niet doorslaggevend. Ook het enkele gegeven dat iemand zich tot een advocaat heeft gewend kan onder het verschoningsrecht vallen.<sup>26</sup>

2.4.4 Of in een concrete situatie een beroep kan (moet) worden gedaan op het rechtsbeginsel bepaalt de verschoningsgerechtigde advocaat in de eerste plaats zelf (al dan niet in overleg met de lokale deken). Volgens vaste rechtspraak is het uitgangspunt dat het standpunt van de verschoningsgerechtigde dat communicatie dan wel gegevens onder zijn verschoningsrecht vallen door politie en justitie dient te worden gerespecteerd, tenzij dat standpunt redelijkerwijze niet juist kan zijn.<sup>27</sup>

2.4.5 Het invoeren van het verschoningsrecht door advocaten is een aspect van een goede beroepsuitoefening. Daarop houdt de lokale deken toezicht. De deken, die zelf ook geheimhouder is, heeft vanuit zijn toezichthoudende taak ook de bevoegdheid om in

<sup>22</sup> HvJ EU 8 december 2022, ECLI:EU:C:2022:963, zaak C 695/20, para 28.

<sup>23</sup> In de tuchtrechtspraak wordt een doorbreking van de kernwaarde geheimhouding slechts aanvaard in zeer uitzonderlijke omstandigheden, te weten als sprake is van een directe dreiging van ernstig, toekomstig gevaar voor de advocaat of voor betrokkenen, dat zonder doorbreking van de geheimhouding niet kan worden afgewend. Voor een wettelijke uitzondering, zie artikel 18a WWft.

<sup>24</sup> HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0526, 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258, rov. 3.3 en . 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1018, rov. 3.2.

<sup>25</sup> Notaris Maas-beschikking, rov. 3.4.

<sup>26</sup> Zie HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553. Zie recent HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268.

<sup>27</sup> Zie onder meer HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:BJ9262, NJ 2010/144 rov.2.2 en de daar genoemde verwijzingen.

de vertrouwelijkheidsrelatie tussen advocaat en cliënt te treden.<sup>28</sup> Op die manier kan een beroep op het verschoningsrecht worden getoetst, zonder dat informatie die vertrouwelijk moet blijven naar buiten wordt gebracht.

- 2.4.6 In de rechtspraak is verder voor de deken een belangrijke rol aanvaard als waarborg voor het zorgvuldig omgaan met het verschoningsrecht.<sup>29</sup> Sinds 1 oktober 2018 is ook wettelijk geregeld dat de rechter-commissaris bij de beoordeling van de aannemelijkheid van het beroep van de verschoningsgerechtigde op zijn geheimhoudingsplicht zich kan laten voorlichten door een vertegenwoordiger van de beroepsgroep waartoe de verschoningsgerechtigde behoort.<sup>30</sup>
- 2.4.7 Het is uiteindelijk de rechter die, rekening houdend met het belang van de geheimhoudingsplicht in het licht van een goede rechtsbedeling, in concrete zaken de grenzen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bepaalt. Alleen de rechter kan en mag – gelet op zijn onafhankelijke en onpartijdige rol – het juiste en rechtmatig gebruik van het verschoningsrecht beoordelen.
- 2.4.8 Die beoordeling komt in strafzaken in eerste instantie toe aan de rechter (-commissaris), bij voorkeur na overleg met een gezaghebbend vertegenwoordiger van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde (zoals de lokale deken).<sup>31</sup> Gelet op het in rdnr. 2.4.4 vermelde uitgangspunt, kan die beoordeling slechts een marginale zijn. Indien het gaat om gegevens die niet bij de verschoningsgerechtigde zelf zijn aangetroffen, zal de rechter-commissaris de verschoningsgerechtigde eerst in de gelegenheid moeten stellen om zich hierover uit te laten.<sup>32</sup> De rechter-commissaris mag daarbij ‘voor zover noodzakelijk’ kennisnemen van de stukken.<sup>33</sup>
- 2.4.9 Als de rechter-commissaris niet in staat is om zelf dat onderzoek te doen, mag hij zich laten bijstaan door ‘een zodanige functionaris en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt’.<sup>34</sup> De NOvA wil met nadruk stellen dat de terughoudendheid die geldt voor het kennisnemen van geprivilegieerde gegevens door de rechter-commissaris, vanzelfsprekend ook zou moeten gelden voor ‘zodanige functionaris’. In 2010 overwoog het EHRM in de zaak *Sanoma/Nederland* ten aanzien van het journalistiek verschoningsrecht dat een voorafgaande onafhankelijke en met waarborgen omklede toetsing door een rechter of ander onafhankelijk orgaan noodzakelijk is. Een officier van justitie echter, zo overweegt het Hof:

“is a ‘party’ defending interests potentially incompatible with journalistic source protection and can hardly be seen as objective and impartial.”<sup>35</sup>

Zie ook de Conclusie van A-G Knigge voor het arrest van uw Raad van 22 december 2015, die van oordeel is dat er in ons strafproces geen plaats is voor geheimhouder-

<sup>28</sup> Zie artikel 45a, tweede lid, van de Advocatenwet en regel 29 van de Gedragsregels advocatuur.

<sup>29</sup> Zie ook de jurisprudentie van het EHRM in het kader van een doorzoeking bij een advocaat, bijv. EHRM 16 oktober 2007, nr. 74336/01, ECLI:NL:XX:2007:BC2405, Rvdw 2008, 92 (Wieser en Bicos Beteiligungen GmbH/Oostenrijk). Zie ook F. Vellinga-Schootstra, ‘Verschoningsrecht naar eer en geweten? Over beslag en doorzoeking bij de verschoningsgerechtigde’, *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2017-3, p. 105 en 109. Artikel 98, zesde lid, Sv.

<sup>30</sup> HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268, rov. 5.3.3. Zie ook artikel 98, zesde lid, Sv.

<sup>31</sup> Vaste jurisprudentie. Zie bijv. HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268, rov. 5.3.2.

<sup>32</sup> Zie o.a. HR 16 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048, rov. 4.2.2.

<sup>33</sup> HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0434; 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714; en 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:277.

<sup>34</sup> EHRM 14 september 2010 (Grote Kamer), NJ 2011/230. Zie verder over het ontbreken van de vereiste waarborgen het in voetnoot 21 vermelde arrest van het EHRM in de zaak *Särgava tegen Estland*



officieren van justitie en geheimhouder-medewerkers van de FIOD, nu bij dergelijke functionarissen de garantie van onafhankelijkheid en onpartijdigheid die ligt besloten in de rechterlijke hoedanigheid van de rechter-commissaris ontbreekt.<sup>36</sup>

- 2.4.10 In dit verband valt er tenslotte op te wijzen dat ook in het wetsvoorstel voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering als uitgangspunt geldt dat alleen de rechter-commissaris inhoudelijk mag kennisnemen van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt, indien dat noodzakelijk is voor de beslissing over de toepasselijkheid van het verschoningsrecht.<sup>37</sup> Voor kennisneming, laat staan beoordeling, van dergelijke informatie door (geheimhoudings-)opsporingsambtenaren biedt het wetsvoorstel geen ruimte. Het wetsvoorstel gaat er tevens van uit dat voor de inzet van heimelijke opsporingsbevoegdheden de beslissing over de kennisneming van (vermoedelijke) geheimhoudergegevens moet worden uitgesteld totdat de verschoningsgerechtigde in de gelegenheid is geweest zijn standpunt kenbaar te maken.<sup>38</sup>

## 2.5 *De vertrouwelijkheid is niet langer vanzelfsprekend*

- 2.5.1 Ondanks het zwaarwegende belang van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen de advocaat en cliënt, is al geruime tijd een tendens waarneembaar dat dit beginsel onder ernstige druk staat. Zo oordeelde de rechtbank Den Haag in 2009:

"De vele en veelomvattende schendingen van het verschoningsrecht, zoals daarvan in deze zaak is gebleken - waaronder ook het verstrekken aan derden van informatie over de inhoud van telefoongesprekken met een geheimhouder- ondermijnen het algemene vertrouwen dat wat een burger met een advocaat bespreekt ook tussen hen blijft. De geconstateerde justitiële handelwijze is naar het oordeel van de rechtbank dermate schadelijk voor het vertrouwen in de rechtsstatelijkheid van opsporing, vervolging en de zuiverheid van de strafrechtspleging in het algemeen dat zij ook uit het oogpunt van bescherming van dit algemene rechtsbelang met de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie moet worden gesanctioneerd."<sup>39</sup>

- 2.5.2 In 2022 oordeelde de rechtbank Rotterdam:

"Het verschoningsrecht van de advocaat is een van de hoekstenen van het strafprocesrecht. Op de vertrouwelijkheid van de communicatie van een advocaat mag slechts met de grootst mogelijke omzichtigheid een inbreuk worden gemaakt. In deze zaak tonen politie en officier van justitie geen enkel besef van urgentie. (...) De wijze waarop politie en officier van justitie met het verschoningsrecht in deze zaak zijn omgegaan, laat ook zien dat er geen sprake is van een incident. Het is de rechtbank ook ambtshalve bekend dat het openbaar ministerie ook in andere zaken onzorgvuldig omgaat met geheimhouderinformatie."<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Conclusie A-G Knigge 25 augustus 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2463, onder 7.10. Met name de kennisneming van de inhoud van geprivilegieerde communicatie door dergelijke functionarissen acht hij problematisch. Zie ook Conclusie A-G Knigge 1 oktober 2019, ECLI:NL:PHR:2019:971, onder 3.2, waar hij opmerkt dat er "weinig bezwaar tegen de inzet van geheimhouder-opsporingsambtenaren is als de door hen verrichte selectie van bestanden die mogen worden gebruikt voor het opsporingsonderzoek, uitsluitend plaatsvindt aan de hand van zoektermen en dus zonder dat van de inhoud van die bestanden wordt kennisgenomen. Van een schending van het beroepsgeheim is dan geen sprake. Problematisch wordt het als de opsporingsambtenaar die de selectie verricht wel van de inhoud van de bestanden kennisneemt."

<sup>37</sup> Kamerstukken II, 2022/23, 36 327, nr. 3, p. 626-629.

<sup>38</sup> Zie rov. 3.6.9 van het tussenarrest en de daar geciteerde passage uit de Memorie van Toelichting.

<sup>39</sup> Rb. Den Haag 26 maart 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH7911, rov. 3.3.2.

<sup>40</sup> Rb. Rotterdam 22 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5019, rov.4.2.4.

- 2.5.3 Recent verklaarde de rechtbank Overijssel het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk vanwege “ernstige, grootschalige en voortdurende inbreuken op de regelgeving die het verschoningsrecht (in dat geval van een geestelijke hulpverlener) moet waarborgen. Die inbreuken, zo overwoog de rechtbank:

“ondergraven het vertrouwen van de burger in dat wat hij in vertrouwen met een (mogelijke) geheimhouder bespreekt, ook geheim blijft. Deze kwestie stijgt uit boven schending van de individuele rechtsbelangen van een verdachte – hoewel die hier ook ernstig zijn geschaad – in een concrete strafzaak en raakt het vertrouwen in de rechtspleging in zijn geheel.”<sup>41</sup>

- 2.5.4 In het tussenarrest dat tot het stellen van de vragen aanleiding heeft gegeven, is het hof van oordeel dat het verschoningsrecht van de Advocaten op meerdere momenten in het proces en daarmee structureel is geschonden.<sup>42</sup> Het komt het hof voor dat de uitleg die de Staat aan het vertrouwelijkheidsbeginsel geeft, niet aansluit bij de overige regelgeving en bij de rechtspraak omtrent het verschoningsrecht en onvoldoende waarborgen biedt om te voorkomen dat het verschoningsrecht in het gedrang komt.<sup>43</sup> Die uitleg bergt naar het oordeel van het hof ook grote risico’s in zich, die ertoe kunnen leiden dat het verschoningsrecht op onaanvaardbare wijze in het gedrang komt, en die zich in deze zaak ook hebben verwezenlijkt.<sup>44</sup>

## 2.6 *Bredere context prejudiciële vragen*

- 2.6.1 Het belang van de te beantwoorden vragen is niet beperkt tot de individuele strafzaak, maar heeft een bredere strekking, ook buiten het strafrecht. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, gaat het om een algemeen rechtsbeginsel. Dit beginsel komt dan ook tot uitdrukking in bepalingen over het verschoningsrecht in andere wetten dan alleen het Wetboek van Strafvordering. Het verschoningsrecht kan aan de orde zijn in tal van andere procedures en bij andere rechters dan de rechter-commissaris.
- 2.6.2 Er is sprake van een verwijdering tussen de rechtspraak over het verschoningsrecht van uw Raad en de Europese rechter enerzijds en de wijze waarop de praktijk daarmee omspringt anderzijds. Niet zelden wordt aan andere belangen voorrang gegeven, zonder dat een rechter zich heeft kunnen uitspreken over de toepasselijkheid van het verschoningsrecht. Niet alleen praktische overwegingen, maar ook onvoldoende afstand, ondeskundigheid of onderschatting van de risico’s spelen een rol. Het is nodig om de praktijk aan te passen – en dat de praktijk zich aanpast – op wat nodig is ter waarborging van het verschoningsrecht.
- 2.6.3 De beantwoording van de hier voorliggende vragen zal richtinggevend zijn voor hoe de praktijk moet worden ingericht en dient om te gaan met belang van vertrouwelijkheid van het contact tussen rechtzoekende en advocaat in brede zin, in het belang van een goede rechtsbedeling.
- 2.6.4 Zoals hiervoor in rdnr. 2.3.6 al is opgemerkt, laat het verschoningsrecht geen ruime beoordelingsmarge toe. Het leent zich naar haar aard niet voor een meer genuanceerde afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen achteraf. Het verschoningsrecht is voor de rechtzoekende van morgen. Voor de hier te nemen beslissingen over de vragen is leidend dat de rechtzoekende ook

<sup>41</sup> Rb. Overijssel 15 augustus 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:3322, rov. 3.1.3.2.

<sup>42</sup> Zie het samenvattende oordeel in rov. 3.5.16 en meer uitvoerig de daaraan voorafgaande rov. 3.5.5 ev.

<sup>43</sup> Rov. 3.6.

<sup>44</sup> Rov. 3.6.8.1.

straks de hulp van een advocaat zal kunnen invoeren in het blinde vertrouwen dat hij vrijelijk kan spreken en schrijven zonder enige vrees voor openbaarmaking en dat de advocaat hem zulks zonder enige terughoudendheid of voorbehoud kan garanderen.

### 3 Opmerkingen ten behoeve van de beantwoording van de prejudiciële vragen

Tegen de achtergrond van het voorgaande, maakt de NOvA ten aanzien van de vragen de volgende opmerkingen.

#### 3.1 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 geheimhouderinformatie zo klein mogelijk is en zo ja, welke (bijvoorbeeld het (laten) filteren van e-mails met bepaalde extensies)?*

#### Antwoord vraag 1

- 3.1.1 Zoals hiervoor al in par. 2.4 aan de orde kwam, is uitgangspunt in het Nederlands strafproces dat het Openbaar Ministerie en opsporingsinstanties niet bevoegd zijn over geheimhouderinformatie te beschikken en/of van geheimhouderinformatie kennis te nemen, behalve wanneer de rechter(-commissaris) in streng genormeerde uitzonderingsgevallen anders beslist. Volgens vaste rechtspraak is ook uitgangspunt dat het standpunt van de advocaat dat communicatie dan wel gegevens onder zijn verschoningsrecht vallen door de rechter(-commissaris) wordt geëerbiedigd, tenzij dat standpunt redelijkerwijs niet juist kan zijn, of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die een beperking van het verschoningsrecht rechtvaardigen (zie hiervoor par. 2.4.4).
- 3.1.2 Omdat opsporingsinstanties niet over geheimhouderinformatie mogen beschikken, mogen opsporingsbevoegdheden ook niet rechtstreeks of indirect gericht zijn op de verkrijging van dergelijke informatie. Ten aanzien van de bevoegdheid om gegevens te vorderen op grond van artikel 126ng/ug Sv volgt dit expliciet uit de wetsgeschiedenis.<sup>45</sup>

<sup>45</sup>

Kamerstukken II 1997/98, 25 403, nr. 7., p. 76-77.

3.1.3 Om aan het hiervoor bedoelde uitgangspunt te kunnen voldoen, moeten er wat de NOvA betreft bij de inzet van de bevoegdheid uit artikel 126ng/ug Sv *altijd* maatregelen worden genomen ter waarborging van het verschoningsrecht, dus niet alleen in situaties waarin te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens geheimhoudergegevens bevinden, maar ook in situaties waarin van een dergelijke verwachting (nog) geen sprake is.

a) Rechterlijke machtiging

3.1.4 Voor de inzet van de bevoegdheid uit artikel 126 ng/ug Sv is op grond van het vierde lid van deze artikelen een rechterlijke machtiging vereist. Uit de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden (2014A009) volgt dat deze eis verband houdt met het ingrijpende karakter van opsporingsbevoegdheden, zoals die uit artikel 126 ng/ug Sv. De rechter-commissaris dient te controleren of de inzet van de bevoegdheid waarvoor een machtiging wordt verzocht, rechtmatig en evenredig is. Die toets voert de rechter-commissaris uit aan de hand van de informatie die hem wordt verstrekt in het aan de vordering van de officier van justitie gehechte aanvraagproces-verbaal dat de opsporingsambtenaren hebben opgesteld teneinde de vereiste machtiging te verkrijgen. Een andere mogelijkheid die toets uit te voeren bestaat realiter voor de rechter-commissaris niet. Naast een opgave van de verdachte(n) en verdenking(en) geven opsporingsambtenaren in het aanvraagproces-verbaal aan welke gegevens zij door het Openbaar Ministerie willen laten vorderen en waarom het onderzoeksbelang de verkrijging van die gegevens vereist.

3.1.5 Zoals uit de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis volgt, mogen bijzondere opsporingsbevoegdheden niet gericht zijn op de verkrijging van geheimhoudergegevens. Dat betekent dat de inzet van die bevoegdheden zoveel als mogelijk moet borgen dat dergelijke gegevens niet verkregen worden.

3.1.6 De rechter-commissaris moet kunnen toetsen of het Openbaar Ministerie zich aan die basisregel houdt. Om die reden is het noodzakelijk dat het proces-verbaal waarmee de machtiging wordt gevraagd, vermeldt dat de verwachting bestaat dat zich onder de te vorderen gegevens geheimhoudergegevens bevinden en waar die verwachting op gebaseerd is. De verwachting dat geheimhouderinformatie wordt aangetroffen kan voor de rechter-commissaris aanleiding vormen om geen machtiging voor de vordering af te geven of de machtiging om reden van de evenredigheid te beperken tot de vordering van bepaalde informatie (zoals informatie over een beperktere periode) dan wel andere waarborgen te scheppen in het licht van het verschoningsrecht.

Ter toelichting: in het strafrechtelijk onderzoek Castor kon het Openbaar Ministerie de aanwezigheid van e-mailcommunicatie tussen Advocaten en hun cliënten (de verdachten) verwachten omdat de vordering zich uitstrekte over de periode waarin de verdachten met het strafrechtelijk onderzoek bekend waren geworden en de Advocaten die de verdachten in dat verband hadden ingeschakeld zich reeds bij het Openbaar Ministerie hadden gesteld. Indien het Openbaar Ministerie deze informatie bij de aanvraag van de machtiging met de rechter-commissaris zou hebben gedeeld, dan had de rechter-commissaris deze wetenschap bij de beoordeling van de aanvraag kunnen betrekken en kunnen besluiten om geen machtiging af te geven of een machtiging af te geven met de voorwaarde dat de rechter-commissaris een eerste selectie zou plegen om de e-mailcorrespondentie met de Advocaten eruit te filteren dan wel de voorwaarde

dat het Openbaar Ministerie maatregelen zou nemen om ervoor te zorgen dat er geen advocaat-cliënt correspondentie werd meegenomen.<sup>46</sup>

- 3.1.6 Indien bij de aanvraag van de machtiging wordt vermeld dat en waarom de aanwezigheid van geheimhouderinformatie te verwachten valt, is de rechter-commissaris tevens beter in staat om de verdere procedure te controleren. Het is uitsluitend de rechter-commissaris die in uitzonderingsgevallen kan bepalen dat het Openbaar Ministerie kennis mag nemen van geheimhouderinformatie. Het is ook, zoals hierna zal blijken uit de beantwoording van vraag 2, uitsluitend de rechter-commissaris die de filtering/selectie van geheimhouderinformatie mag uitvoeren. Wanneer de rechter-commissaris bekend is met de verwachte aanwezigheid van geheimhouderinformatie, kan hij het Openbaar Ministerie instructies geven aangaande de uitlevering van de gevorderde informatie aan het kabinet rechter-commissarissen en controleren dat die informatie ook direct aan zijn kabinet wordt uitgeleverd.
- 3.1.7 Subvraag 1a dient wat de NOvA betreft bevestigend te worden beantwoord.
- b) Technische maatregelen
- 3.1.8 Ook subvraag 1b dient bevestigend te worden beantwoord. De NOvA licht dit toe.
- 3.1.9 De rechterlijke machtiging kan enkel een waarborg bieden in situaties waarin te verwachten valt dat zich in de gevorderde informatie geheimhoudergegevens bevinden. In veel gevallen zal het Openbaar Ministerie evenwel niet bekend zijn met het feit dat de verdachte bijstand van één of meer advocaten of andere geheimhouders krijgt of heeft gekregen. Een advocaat kan al betrokken zijn, zonder dat deze zich bij de officier van justitie heeft gesteld. Ook kan het onderzoek betrekking hebben op materie waarover de verdachte eerder door advocaten is geadviseerd, zonder dat het Openbaar Ministerie daarvan op de hoogte is. Ook over andere onderwerpen, waarop het onderzoek geen betrekking heeft, kan met advocaten of andere geheimhouders zijn gecommuniceerd. Zo communiceren veel ondernemingen bijvoorbeeld op regelmatige basis met hun ondernemingsrecht-, arbeidsrecht of bestuursrechtadvocaten. Die communicatie kan naar aanleiding van een vordering worden uitgeleverd en zo in handen komen van het Openbaar Ministerie. Van geen van deze communicatie behoort het Openbaar Ministerie kennis te krijgen. Om zo veel als mogelijk te voorkomen dat dit gebeurt, kan en mag van het Openbaar Ministerie verwacht worden dat het technische maatregelen neemt ter waarborging van het verschoningsrecht.
- 3.1.10 Ondersteunend hieraan wordt momenteel door de NOvA onderzocht of een systeem van e-mailherkenning (naar voorbeeld van het reeds bestaande systeem van nummerherkenning) kan worden ontwikkeld en geïmplementeerd. Zie in dit verband ook A-G Spronken die in het Nederlands Juristenblad van 3 juni 2022 pleit voor een systeem van e-mailherkenning.<sup>47</sup> Voorts valt te wijzen op het voorbeeld over de wijze waarop een systeem van e-mailherkenning kan werken, dat H.B.J. Sluijsmans en V.J.C. de Bruijn geven in het Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving.<sup>48</sup> Ook valt erop te wijzen dat deurwaarders bij bewijsbeslagen in verband met artikel

<sup>46</sup> Zie tussenarrest, rov. 3.2.2 en 3.5.6, waarin het hof deze handelwijze onzorgvuldig en in strijd met het verschoningsrecht acht.

<sup>47</sup> T. Spronken, 'Verschoningsrecht en 'repressieve' druk', NJB 2022/1188.

<sup>48</sup> 'Mogelijkheden voor het beter waarborgen van het verschoningsrecht door beheerst gebruik van machine learning', *TvBS&H* 2020, aflevering 3.

843a Rv, al sinds jaar en dag werken met zoeksystemen waarmee in grote digitale bestanden de relevante bescheiden kunnen worden geselecteerd.

- 3.1.11 Idealiter kan een in te voeren systeem van e-mailherkenning voorafgaand aan de inbeslagname of verstrekking worden ingezet en kan geheimhouderinformatie ter plekke uit de in beslag te nemen of te vorderen informatie worden gefilterd. In dat geval wordt de geheimhouderinformatie niet in beslag genomen. Kan dat niet, dan zou een systeem van e-mailherkenning kunnen worden gebruikt door (het kabinet van) de rechter-commissaris, zodat de filtering daar plaats kan vinden. In de praktijk zou dit betekenen dat de originele kopie (*image*) van de beslagen of gevorderde informatie aan het kabinet van de rechter-commissaris wordt verstrekt, alwaar een schone, van geheimhouderinformatie ontdane set gegevens wordt samengesteld. Uitsluitend die schone set wordt aan het opsporingsteam verstrekt, de originele kopie van de verstrekte gegevens wordt vernietigd of – indien dat nodig is om de authenticiteit en integriteit van de verstrekte gegevens te kunnen controleren - bewaard op het kabinet van de rechter-commissaris.
- 3.1.12 De NOvA meent dat redelijkerwijs van de Staat gevergd kan worden dat hij technische maatregelen treft in het belang van de goede procesorde. Een systeem van e-mailherkenning zou aanvullend een belangrijke waarborg kunnen bieden voor de bescherming van het verschoningsrecht en oneigenlijke kennisname van geheimhoudergegevens door het Openbaar Ministerie kunnen voorkomen. Met een dergelijk systeem zou bovendien de rechter-commissaris kunnen worden ontlast, omdat de filtering /selectie van geheimhouderinformatie hiermee (grotendeels) op geautomatiseerde wijze kan plaatsvinden.
- 3.1.13 Kostenoverwegingen mogen hier principieel geen rol spelen. Overigens lijkt sprake van een verschuiving van kosten: de selectie vindt alleen eerder en elders plaats dan nu. Ook lijkt aannemelijk dat de voor een dergelijk systeem benodigde investering op termijn een besparing oplevert omdat dit zal leiden tot minder (beklag-)procedures.
- 3.1.14 Voor de optimale wijze van inrichten en implementatie van dat systeem is allereerst van belang dat duidelijkheid wordt verkregen over de beantwoording van met name vraag 2. Daarover het volgende.

### 3.2 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 geheimhouders-medewerker)? 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?*

3.2.1 De subvragen a en b worden gezamenlijk besproken, nu wat de NOvA betreft het antwoord op beide vragen gelijklopend zou moeten zijn. Er dient inderdaad een filtering/selectie op geheimhoudergegevens plaats te vinden wanneer de aanwezigheid van dergelijke gegevens wordt vermoed of daarop wordt gestuit. In beide gevallen is het (het kabinet van) de rechter-commissaris die de selectie/filtering van geheimhoudergegevens dient uit te voeren. De selectie/filtering van geheimhouderinformatie mag niet bij de officier van justitie of een opsporingsambtenaar worden neergelegd. Zie hiervoor bij rndnr. 2.4.9.

Antwoord vraag 2 a en b

*De rechter-commissaris is als enige bevoegd te selecteren en filteren*

- 3.2.2 De Staat heeft zich in de onderhavige procedure bij het hof op het standpunt gesteld dat de wet twee verschillende procedures zou onderscheiden ten aanzien van de omgang met geheimhouderinformatie.<sup>49</sup> Wanneer potentiële geheimhouderinformatie wordt verkregen na een (doorzoeking ter) inbeslagneming (artikelen 98 en 125i Sv), moet de informatie aan de rechter-commissaris worden verstrekt, die vervolgens beoordeelt of het verschoningsrecht al dan niet van toepassing is. Wordt daarentegen potentiële geheimhouderinformatie verkregen door middel van een vordering van gegevens met behulp van bijzondere opsporingsbevoegdheden (artikel 126nc ev. Sv), dan zou volgens de Staat het oordeel over de toepasselijkheid van het verschoningsrecht aan de (geheimhouder)officier van justitie toekomen.
- 3.2.3 Er is echter geen enkele aanwijzing dat de wetgever heeft beoogd een onderscheid te maken tussen potentiële geheimhouderinformatie verkregen bij de uitoefening van inbeslagnemingsbevoegdheden enerzijds en potentiële geheimhouderinformatie verkregen bij toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden anderzijds. De NOvA heeft er hiervoor in par. 2.3.5 op gewezen dat het verschoningsrecht berust op een algemeen geldend rechtsbeginsel, dat slechts zijn werking verliest als uit een wettelijke regeling of uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het daarin verankerde functionele verschoningsrecht in het voorliggende geval niet of slechts beperkt geldt.
- 3.2.4 Niet valt in te zien waarom de waarborg voor het verschoningsrecht die geldt in het eerste geval, niet in het tweede geval zou gelden. Dit zou betekenen dat het van het door het Openbaar Ministerie ingezette dwangmiddel zou afhangen of het Openbaar Ministerie verschoningsgerechtigde informatie zou mogen bekijken of niet. De grondgedachte van het rechtsbeginsel is dat het Openbaar Ministerie in het geheel geen inzage behoort te hebben in verschoningsgerechtigde informatie, ongeacht de wijze waarop deze informatie is verkregen. De wetgever heeft het veronderstelde

---

<sup>49</sup> Zie tussenarrest rov. 3.5.2.

onderscheid dan ook nooit gemaakt. De wetgever heeft ook nimmer gerept van een geheimhouderofficier van justitie.

3.2.5 Ziet de NOvA het goed, dan “leest” de Staat de bevoegdheid om door middel van een vordering verkregen geheimhoudergegevens te mogen beoordelen, in artikel 126aa, tweede lid, Sv en het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken. Artikel 126aa, eerste en tweede lid, Sv luidt:

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 artikel 218 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.

Artikel 4 Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken luidt:

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, voor zover 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.

3.2.6 De Staat legt deze bepalingen aldus uit dat het Openbaar Ministerie kennis mag nemen (of eigenlijk: kennis moet nemen) van geheimhouderinformatie teneinde te beoordelen of sprake is mededelingen gedaan door of aan geheimhouders.

3.2.7 Daarmee gaat de Staat voorbij aan het uitgangspunt dat opsporingsinstanties niet over geheimhouderinformatie mogen beschikken en deze informatie dus ook niet door middel van (bijzondere) opsporingsbevoegdheden mogen verkrijgen. Gegeven dit uitgangspunt, kan in de voornoemde bepalingen geen bevoegdheid worden gelezen om van geheimhouderinformatie kennis te nemen. Gelet op artikel 1 Sv zou van die bevoegdheid in die bepalingen uitdrukkelijk moeten blijken.

3.2.8 Dat het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken desondanks een regeling bevat betreffende de omgang met geheimhouderinformatie, laat zich verklaren door het feit dat artikel 126aa, tweede lid, Sv en het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken ontworpen zijn met het oog op de telefoontap en dus betrekking hebben op telefoongesprekken. De bepalingen moeten waarborgen dat informatie uit of over telefoongesprekken met een verschoningsgerechtigde, onverwijld wordt vernietigd. Artikel 126aa, tweede lid, Sv is de rechtstreekse opvolger



van artikel 125h, tweede lid, Sv, een bepaling uit de regeling inzake de telefoontap uit 1971. Die bepaling luidde:

“De rechter-commissaris doet op dezelfde wijze onverwijld processen-verbaal en andere voorwerpen als in het vorige lid bedoeld vernietigen voor zover deze betrekking hebben op mededelingen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd.” (onderstreping toegevoegd)

3.2.9 Ten tijde van de introductie van de telefoontap was het onvermijdelijk dat de opsporingsambtenaar bij het tappen op gesprekken met geheimhouders kon stuiten. Pas bij het beluisteren/uitluisteren van het gesprek werd duidelijk dat het een gesprek met een geheimhouder betrof. Inmiddels is deze problematiek voor advocaten echter opgelost met het systeem van nummerherkenning, maar het is relevant deze opmerking te maken omdat het verklaart waarom het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken de regeling uit artikel 4 bevat. Zie in dit verband HR 29 juni 1993, NJ 1993/692, rov. 6.3.

“Het dwangmiddel bedoeld in art. 125g (oud) Sv wordt daardoor gekenmerkt dat het niet is gericht op reeds bestaand bewijsmateriaal. Bij de toepassing ervan is niet bekend welke gesprekken tussen welke personen zullen worden afgeluisterd en opgenomen, zodat onder omstandigheden daaronder, ook al gaat het om een door de verdachte gebezigde telefoonaansluiting, kunnen voorkomen gesprekken tussen de verdachte en een persoon met de bevoegdheid tot verschoning als bedoeld in art. 218 Sv (...). Gelet daarop en op hetgeen hiervoor onder 6.2 is overwogen heeft de wetgever — klaarblijkelijk na afweging van enerzijds het zwaarwegende belang dat een ieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan — onder andere — de advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, een advocaat te raadplegen, en anderzijds het belang dat is gemoeid met de waarheidsvinding in strafzaken die behoren tot de in art. 125g Sv bedoelde categorie — alsnog art. 125h tweede lid, Sv ingevoegd. Die bepaling strekt ertoe om eerstgenoemd belang in de mate waarin zulks noodzakelijk en verantwoord is, gelet op het belang van de waarheidsvinding in strafzaken, te beschermen.” (onderstrepingen toegevoegd)

3.2.10 Met de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden op 1 februari 2000 is artikel 125h Sv vervangen door artikel 126aa Sv. De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden kende een aantal nieuwe opsporingsbevoegdheden toe maar de voorziening van artikel 126aa Sv bleef beperkt tot gesprekken. Dat blijkt allereerst uit de tekst van artikel 126aa, tweede lid, Sv, die luidde:

“Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd, worden deze processen-verbaal en andere voorwerpen vernietigd.” (onderstreping toegevoegd)

3.2.11 Die beperking blijkt voorts uit de wetsgeschiedenis van artikel 126aa, tweede lid, Sv, waarin het uitsluitend gaat over gesprekken. Zo wordt onder meer verwezen naar het zojuist genoemde arrest uit 1993 dat expliciet ziet op telefoongesprekken.<sup>50</sup> Nergens in de wetsgeschiedenis van artikel 126aa, tweede lid, Sv gaat het over reeds bestaand bewijsmateriaal, zoals informatie die bij een derde staat opgeslagen en daar kan worden gevorderd. Ook is er geen rechtspraak te vinden waarin is geoordeeld dat opsporingsambtenaren kennis moeten nemen van e-mails om vast te stellen dat die

<sup>50</sup> Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 83.

e-mails onder het verschoningsrecht vallen. Alle rechtspraak betreffende de voorziening uit artikel 126aa, tweede lid, Sv heeft betrekking op gesprekken.

- 3.2.12 Het is ook logisch dat de voorziening uit artikel 126aa, tweede lid, Sv zich beperkt tot gesprekken, aangezien bij gevorderde gegevens, in het bijzonder e-mails, de eerdergenoemde onvermijdelijkheid zich niet voordoet. E-mails zijn bestaand bewijsmateriaal waarbij aan de hand van het e-mailadres en aanduiding van het onderwerp kan worden vastgesteld dat het om communicatie met geheimhouders gaat. Kennisname van de (inhoud van de) e-mail om vast te stellen dat het e-mailcommunicatie met een geheimhouder betreft, is niet nodig.
- 3.2.13 Anders dan de Staat stelt, maakt noch de wet, noch de strafrechter onderscheid ten aanzien van de omgang met geheimhoudercorrespondentie al naar gelang de bevoegdheid waarmee die correspondentie is verkregen. Integendeel, uw Raad heeft juist geoordeeld dat ook wanneer informatie door middel van een vordering uitlevering gegevens is verstrekt, het de rechter-commissaris is die oordeelt of verkregen informatie onder het verschoningsrecht valt of niet.<sup>51</sup> Voorts heeft uw Raad zeer recent geoordeeld dat de procedure van artikel 98 Sv gevolgd wordt in het geval een lijst met geheimhoudergegevens voor de rechter-commissaris wordt opgesteld en wordt verstrekt.<sup>52</sup>
- 3.2.14 Niet valt in te zien waarom bij beslagen of verstrekte gegevens de procedure van artikel 98 Sv van toepassing is die naar de rechter-commissaris zou leiden, terwijl bij gevorderde gegevens een ander regime zou gelden waarin de officier van justitie de bevoegde autoriteit zou zijn. Zie in dit verband de hiervoor in rdnr. 2.4.9 genoemde Conclusie van A-G Knigge van 1 oktober 2019, en voorts de recente Conclusie van A-G Hartevelde van 5 juli 2022, ECLI:NL:PHR:2022:647, par 40. Ook in rechtspraak van feitenrechters is overwogen dat de omgang met geheimhouder-informatie in geval van vorderingen en beslagen hetzelfde is.<sup>53</sup>
- 3.2.15 Ook in het wetsvoorstel van het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt ondubbelzinnig bevestigd dat het *altijd* de rechter-commissaris moet zijn die oordeelt of verkregen informatie onder het verschoningsrecht valt, ongeacht de wijze waarop die informatie is verkregen.<sup>54</sup> De Memorie van Toelichting beschrijft niet dat in het verleden wél enig onderscheid heeft bestaan tussen informatie die door middel van een doorzoeking ter inbeslagneming of een vordering uitlevering gegevens is verkregen, waardoor ten aanzien van omgang met geheimhouderinformatie sprake zou zijn van een gewijzigde situatie. Ook hieruit volgt dat het door de Staat gemaakte onderscheid niet houdbaar is.
- 3.2.16 In de optiek van de NOvA bestaat in het Nederlandse strafrechtstelsel geen ruimte voor een procedure waarin een (geheimhouder-) officier van justitie zelfstandig en zonder betrokkenheid van een rechter-commissaris beoordeelt of sprake is van geheimhouderinformatie. Niet als die informatie via een beslagname is verkregen en ook niet als die informatie via een vordering is verkregen. Zie in dit verband nogmaals rdnr. 2.4.9 en de daar vermelde verwijzingen.

<sup>51</sup> HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714 en HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205.

<sup>52</sup> HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268.

<sup>53</sup> Zie Rb. Den Haag, 16 november 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:13758) en Hof Den Haag, 24 april 2019 (ECLI:NL:GHDHA:2019:873).

<sup>54</sup> Zie het voorstel tot Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Kamerstukken II 2022/2023, 36 327, nr. 2), boek 2, Titel 7.5 'Uitoefening van bevoegdheden in het geval van het verschoningsrecht', meer in het bijzonder de artikelen 2.7.60, 2.7.62, 2.7.65 en 2.7.66.

Antwoord vraag 2c

- 3.2.17 Gezien het voorgaande zou in de optiek van de NOVA ook het antwoord op vraag 2c of de officier van justitie zich bij het filteren en selecteren van geheimhouderinformatie door een opsporingsambtenaar mag laten ondersteunen, ontkennend moeten luiden.
- 3.2.18 Dat betekent dat ook de rechter-commissaris zich niet door een opsporingsambtenaar zou kunnen laten bijstaan. Uw Raad heeft een aantal maal overwogen dat ingeval 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, hij het ertoe mag leiden dat het filteren en selecteren van geheimhouderinformatie wordt verricht door zodanige functionaris en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt.<sup>55</sup>  
In de optiek van de NOVA zou die waarborg in het gedrang komen, indien de uitleg de Staat zou worden gevolgd dat een geheimhouderofficier of geheimhouder-medewerker van de FIOD hiervoor zou kunnen worden ingezet. Zie reeds hiervoor par. 2.4.9 en het citaat uit het Sanoma-arrest dat bij dergelijke functionarissen de garantie van onafhankelijkheid en onpartijdigheid die ligt besloten in de rechterlijke hoedanigheid van de rechter-commissaris ontbreekt.
- 3.2.19 Filtering zonder kennisname is in de optiek van de NOVA niet mogelijk. Voorts zou een medewerker een kopie van de mogelijke geheimhouderinformatie in handen krijgen die mogelijk in de systemen van het Openbaar Ministerie en/of de FIOD wordt geplaatst. Bij een geheimhouderofficier of -medewerker gaat het niet om een gereguleerde en zelfstandige functie. Deze wordt bij toerbeurt vervuld door personen die in andere strafrechtelijke onderzoeken fungeren als “reguliere” officier van justitie of als opsporingsambtenaar. Aldus zou kennis van geheimhouderinformatie gebruikt kunnen worden in andere strafrechtelijke onderzoeken, waarin de geheimhouderofficier of -medewerker fungeert. Voorts ontbreken waarborgen die moeten voorkomen dat de geheimhouderofficier of -medewerker geheimhouder gescheiden van het opsporingsteam te laten functioneren.<sup>56</sup>
- 3.2.20 Deze risico's hebben zich – zo blijkt uit de feitenvaststellingen in het tussenarrest – in de zaak Castor ook verwezenlijkt. De geheimhouderofficier enerzijds en de zaaksofficier deelden dezelfde parketsecretaris. Deze assisteerde zodoende bij de filtering/selectie van geheimhouderstukken, terwijl hij tegelijkertijd bij zaakinhoudelijke verrichtingen was betrokken. Via de geheimhouder-medewerker hadden diverse opsporingsambtenaren en personen buiten het Openbaar Ministerie toegang tot inhoudelijke stukken. Er was contact tussen de geheimhouderofficier en de zaaksofficier en het opsporingsteam, hetgeen ertoe heeft geleid ertoe dat de geheimhouderofficier onder druk is gezet en zijn eerdere oordeel omtrent de toepasselijkheid van het verschoningsrecht heeft herzien. Recent is ook gebleken dat in een ander strafrechtelijk onderzoek, waarin een advocaat als verdachte was aangemerkt, de zaaksofficier dankzij directe contacten met de geheimhouderofficier over processen-verbaal betreffende geheimhouderinformatie kon beschikken.<sup>57</sup>
- 3.2.21 Uit het voorgaande blijkt dat bij de inzet van een geheimhouderofficier of -medewerker geen sprake is van “een zodanige functionaris en werkwijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt”. Dat kan alleen een

<sup>55</sup> HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714 en HR 16 juni 2020, ECLI:NL:2020:1048.

<sup>56</sup> Zie tussenarrest rov. 3.5.8, 3.5.9, 3.5.10 -12, 3.5.16 en 3.6.8.

<sup>57</sup> <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2023/07/20/openbaar-ministerie-en-het-verschoningsrecht>.

functionaris zijn die aan het kabinet van de rechter-commissaris verbonden is en die zijn werkzaamheden op dat kabinet en onder direct toezicht van de rechter-commissaris dient uit te voeren. Voor zover opsporingsambtenaren worden ingezet vanwege gebrek aan kennis, capaciteit of technische ondersteuning binnen de rechterlijke organisatie, dient dit binnen de rechterlijke macht te worden opgelost en dient de Staat de daarvoor benodigde middelen vrij te maken.

- 3.2.22 In de optiek van de NOvA zou de filtering/selectie bij voorkeur voor het hele land moeten worden ondergebracht bij (het kabinet van) één rechter-commissaris en centraal moeten geschieden, met ondersteuning van eigen IT-ers.

### 3.3 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 ervan 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?*

#### Antwoord vraag 3

- 3.3.1 Uit de rechtspraak van uw Raad volgt dat ingeval met de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden mogelijke geheimhouderinformatie lijkt te zijn verkregen, de rechter-commissaris bevoegd is om te oordelen of die informatie al dan niet onder het verschoningsrecht valt en in dat verband dezelfde procedure wordt gevolgd als ten aanzien van het klassieke beslag.<sup>58</sup>
- 3.3.2 Die procedure houdt in dat de advocaat wiens verschoningsrecht het betreft, om een standpunt wordt gevraagd en dat dit standpunt in beginsel dient te worden geëerbiedigd, tenzij er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.
- 3.3.3 Bij de inzet van heimelijke opsporingsbevoegdheden zal – in lijn met het hiervoor bij rndnr. 2.4.10 genoemde voorstel tot herziening van het Wetboek van Strafvordering – de rechter-commissaris vooraf moeten worden betrokken en is de beslissing over de kennisneming van (vermoedelijke) geheimhoudergegevens uit te stellen tot het moment dat de advocaat kan worden betrokken (omdat de bevoegdheid niet langer heimelijk behoeft te worden uitgeoefend).<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714 en HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205.  
<sup>59</sup> Zie rov. 3.6.10 van het tussenarrest.

3.3.4 Ingeval de rechter-commissaris oordeelt dat het verschoningsrecht van toepassing is, dienen de geheimhoudergegevens aan de geheimhouder te worden geretourneerd of indien retournering niet functioneel is, zoals bij digitale gegevens waarover de geheimhouder reeds beschikt, te worden vernietigd. Tegen het oordeel van de rechter-commissaris dat het verschoningsrecht van toepassing is, staat voor het Openbaar Ministerie geen rechtsmiddel open.

3.3.5 Ingeval 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. Komt de rechter-commissaris tot het oordeel dat het verschoningsrecht niet van toepassing is, dan kan de geheimhouder dat standpunt aanvechten door indiening van een klaagschrift. Tegen de beslissing van de raadkamer op dat klaagschrift staat cassatie open. Pas nadat onherroepelijk is beslist dat het verschoningsrecht niet van toepassing is, mogen de betreffende gegevens aan het Openbaar Ministerie ter beschikking worden gesteld.

3.3.6 Ten aanzien van de drie door het hof onderscheiden categorieën informatie, betekent het voorgaande het volgende.

*Categorie i*

3.3.7 Deze categorie van geheimhoudergegevens dient onverwijld te worden vernietigd. Voor gegevens die zijn verkregen op grond van bijzondere opsporingsbevoegdheden is dit expliciet geregeld in artikel 126aa, tweede lid, Sv en artikel 4, tweede lid, van het Besluit bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken. Volledigheidshalve wordt hierbij opgemerkt dat *alle* geheimhoudergegevens moeten worden vernietigd, derhalve ook eventuele kopieën van die gegevens alsmede weergaven of verwerkingen waaraan geheimhouderinformatie kan worden ontleend.

3.3.8 Het opsporingsteam mag niet over dergelijke kopieën van geheimhoudergegevens beschikken. In de optiek van de NOvA behoort het systeem zo te werken dat het opsporingsteam de gehele set van de gevorderde gegevens in het geval te verwachten valt dat zich tussen die gegevens geheimhoudergegevens bevinden, direct na uitlevering en in alle andere gevallen meteen na ontdekking van de mogelijke geheimhoudergegevens aan de rechter-commissaris verstrekt, zonder daarvan zelf een kopie te behouden. Dit is van belang omdat in de praktijk regelmatig zo'n kopie wordt gemaakt door de opsporing.

3.3.9 Het Openbaar Ministerie pleegt een originele kopie (*image*) van de uitgeleverde gegevens te bewaren zodat de authenticiteit en integriteit van de verstrekte gegevens te allen tijde gecontroleerd kunnen worden.<sup>60</sup> Op zichzelf is de NOvA niet tegen het maken van een *image* door de rechter-commissaris. De NOvA kan ook volgen dat die *image* onaangetast moet blijven, zelfs als deze geheimhouderinformatie zou bevatten. Dat is tegelijkertijd de reden waarom die *image* in alle gevallen door het kabinet van de rechter-commissaris moet worden bewaard, en niet door het Openbaar Ministerie.

3.3.10 In het geval er al kopieën van de gevorderde informatie met personen buiten het opsporingsteam zijn gedeeld, dienen ook die kopieën te worden vernietigd dan wel te worden geschoond van geheimhouderinformatie.

---

<sup>60</sup> Zie hierover ook M. van der Horst en R. Klein, Het verschoningsrecht, de toekomst met vertrouwen tegemoet?, *TvSO* 2019, 4, p. 155.

*Categorie ii en iii*

- 3.3.11 Ten aanzien van deze categorieën geldt dat rechter-commissaris zijn standpunt aan de advocaat wiens gegevens het betreft of waarmee gecommuniceerd is, kenbaar dient te maken. Kan de advocaat zich in het standpunt vinden, dan kan de informatie na machtiging van de rechter-commissaris aan het dossier worden gevoegd. Kan de advocaat zich niet in het standpunt vinden, dan kan hij daarover een klaagschrift indienen. Pas wanneer onherroepelijk is geoordeeld dat het verschoningsrecht niet van toepassing is, mogen de categorie ii en iii gegevens aan het Openbaar Ministerie worden vrijgegeven.

*Artikel 126aa Sv behelst geen eigen procedure*

- 3.3.12 De Staat legt de bewoordingen in artikel 126aa, tweede lid, Sv, inhoudende dat de rechter-commissaris een machtiging moet geven voor de voeging van “andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon”, aldus uit dat artikel 126aa Sv een eigen procedure behelst. Die zou afwijken van de procedure die wordt gevolgd bij het klassieke beslag.
- 3.3.13 Die uitleg zou meebrengen dat de advocaat niet wordt gehoord (in het kader van hoor/wederhoor) op dat (voorgenomen) oordeel en dat tegen het oordeel van de rechter-commissaris dat gegevens in categorie ii of iii vallen, geen rechtsmiddel zou open staan, anders dan tegen een oordeel ten aanzien van gegevens die zijn verkregen door middel van een klassiek beslag. Niet valt in te zien dat het van het gekozen opsporingsbevoegdheid zou afhangen of een rechtsmiddel open staat. Het oordeel ten aanzien van gegevens in deze categorieën kan net zo goed onjuist zijn. De geheimhouder moet ook dat oordeel (met potentieel verstrekkende consequenties) door de (hogere) rechter kunnen laten toetsen. Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 126aa, tweede lid, Sv volgt dat met de eis dat andere mededelingen aan personen die een beroep op het verschoningsrecht toekomen pas na machtiging van de rechter-commissaris aan het dossier mogen worden gevoegd, een extra waarborg van het verschoningsrecht is beoogd, en niet is bedoeld om een andere procedure in het leven te roepen.<sup>61</sup>
- 3.3.14 Bovendien geldt dat de rechter-commissaris aan het verlenen van een machtiging voorwaarden mag stellen. Zie in dit verband rechtsoverweging 6.24.3 van uw prejudiciële beslissing van 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913. Het bepaalde in artikel 126aa, tweede lid, Sv staat dus geenszins in de weg aan het volgen van de procedure die geldt ten aanzien van het klassieke beslag alvorens de afgifte van een machtiging waarmee de naar dan blijkt “andere mededelingen” of “false positives” aan het dossier mogen worden toegevoegd.

---

<sup>61</sup> Dit blijkt de toelichting van Amendement van Rabbae (Kamerstukken II 1998/99, 25 403, nr 26), waarbij aan artikel 126aa, tweede lid, Sv de huidige tweede volzin werd toegevoegd dat pas na een voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris bepaalde stukken bij de processtukken kunnen worden gevoegd: “[D]e 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.”

3.4 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 officier van justitie 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 roulatie regeling 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?*

Antwoord vraag 4

- 3.4.1 Over deze vraag kan de NOvA kort zijn. Het is uitsluitend de rechter-commissaris die bevoegd is de selectie en filtering van geheimhoudergegevens uit te voeren. In het antwoord op vraag 2 is al toegelicht dat de praktijk waarin wordt gewerkt met geheimhouder-officiëren van justitie of geheimhoudermedewerkers bij opsporingsinstanties onhoudbaar is.

3.5 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?*

Antwoord vraag 5

- 3.5.1 Deze vraag lijkt te zijn ingegeven door de overwegingen in de beschikking van uw Raad van 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1257. Daarin is overwogen dat met het voorschrift van artikel 126aa, tweede lid, Sv is beoogd het belang te beschermen dat eenieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van wat aan de advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, een advocaat te raadplegen. Uw Raad vernietigde de beschikking van de rechtbank omdat de rechtbank weliswaar had vastgesteld dat de gegevens ontoegankelijk waren gemaakt “voor de opsporing”, maar geen vaststellingen heeft gedaan over de wijze waarop is gewaarborgd dat personen die bij het opsporingsonderzoek zijn betrokken op geen enkele wijze toegang kunnen krijgen tot de ‘uitgegrijste’ gegevens.
- 3.5.2 De Staat lijkt deze beschikking aldus te lezen dat geheimhoudergegevens die zijn verkregen met strafvorderlijke bevoegdheden, uitsluitend door het opsporingsteam moeten worden vernietigd en van de processtukken betreffende het strafproces moeten worden uitgesloten, maar daarbuiten alsnog mogen worden gebruikt of gedeeld. Dat lijkt de NOvA een onjuiste lezing van de beschikking en uitleg van (de werking van) het verschoningsrecht.
- 3.5.3 Het Wetboek van Strafvordering regelt immers de vervolging van strafbare feiten en heeft dus enkel betrekking op het strafproces. De bijzondere opsporingsbevoegdheid in artikel 126aa, tweede lid, Sv heeft zodoende ook enkel betrekking op de omgang met geheimhouderinformatie in het strafproces. Die bevoegdheid kan op grond van artikel 1 Sv uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van het strafproces.
- 3.5.4 Dat geheimhouderinformatie met strafvorderlijke bevoegdheden zijn verkregen, betekent uiteraard niet dat het verschoningsrecht enkel in het strafprocesrecht moet worden geëerbiedigd. Ook uit artikel 8 EVRM vloeit voort dat het verschoningsrecht niet beperkt is tot het strafrecht.<sup>62</sup> Zoals hiervoor in par. 2.3.5 is opgemerkt, kan op het verschoningsrecht een beroep worden gedaan onafhankelijk van het bestaan van een wettelijke regeling op dit punt. Het verschoningsrecht heeft immers als doel de rechtzoekende de zekerheid te geven dat hij te allen tijde vrijelijk met de advocaat kan spreken, zonder vrees voor openbaarmaking, ook buiten het strafproces. Het verschoningsrecht zou zinledig worden als geheimhoudergegevens binnen het ene proces geheim dienen te blijven, maar vervolgens in een ander proces of andere context geopenbaard zouden mogen worden.

<sup>62</sup>

Zie o.a. EHRM 4 februari 2020, appl nrs. 11264/04 e.a., Kruglov e.a. / Rusland.



- 3.5.5 Vraag 5 dient wat de NOVA betreft dan ook bevestigend te worden beantwoord: ook als bedoeld in artikel 126aa, tweede lid, Sv mogen niet buiten het strafproces worden gebruikt.

Advocaat bij de Hoge Raad

## LIJST VAN AANGEHAALDE BRONNEN

### JURISPRUDENTIE

#### *Europese Hof van Justitie*

- HvJ EU 8 december 2022, ECLI:EU:C:2022:963, zaak C 695/20

#### *Europees Hof voor de Rechten van de Mens*

- EHRM 16 december 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000069819, (*Sārgava v. Estland*).
- EHRM 17 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1217JUD000045918, (*Saber v. Norway*), 415/18
- EHRM 4 februari 2020, appl nrs. 11264/04 e.a., *Kruglov e.a. / Rusland*
- EHRM 6 december 2012, zaaknr. 12323/11, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311, (*Michaud/Frankrijk*) EHRC 2013/91 m.nt Ölçer
- EHRM 14 september 2010 (Grote Kamer), NJ 2011/230
- EHRM 16 oktober 2007, nr. 74336/01, ECLI:NL:XX:2007:BC2405, Rvdw 2008, 92 (*Wieser en Bicos Beteiligungen GmbH/Oostenrijk*).
- EHRM 16 december 1992, ECLI:NL:XX:1992:AD1800 (*Niemietz/Duitsland*)

#### *Hoge Raad*

- HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268, RvdW 2023/907
- HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273, RvdW 2021/236
- HR 16 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048, NJ 2021/117
- HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, NJ 2021/104
- HR 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:277, RvdW 2020/328
- HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048, RvdW 2020/789
- HR 7 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:6, NJ 2020/101
- HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553, NJ 2018/435
- HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, NJ 2018/92
- HR 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1018, NJ 2018/48
- HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, NJ 2016/140
- HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258, RvdW 2015/1262
- HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0434, NJ 2014/12
- HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:BJ9262, NJ 2010/14
- HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0526, NJ 2011/537
- HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173

#### *Gerechtshoven*

- Hof Den Haag 24 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:873

### **Rechtbanken**

- Rb. Overijssel 15 augustus 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:3322
- Rb. Rotterdam 22 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5019
- Rb. Den Haag 16 november 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:13758)
- Rb. Den Haag 26 maart 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH7911

### **LITERATUUR**

- N.A.M.E.C. Fanoy, 'Kroniek functioneel verschoningsrecht; belangwekkende uitspraken in corona-tijd', Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht 2022-1, p. 14-15
- N.A.M.E.C. Fanoy, annotatie bij HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273, JOR 2021/139
- F.J. Fernhout, Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken (diss. Maastricht), Maastricht: Uitgeverij Gianni 2004, p. 169
- M. van der Horst en R. Klein, Het verschoningsrecht, de toekomst met vertrouwen tegemoet?, TvSO 2019, 4, p. 155
- Leliveld e.a., Dit is een advocaat. Rapport van de Commissie 'Wat is een advocaat?' van 13 oktober 2013, Den Haag: NOvA2013, p. 49, 50 en 56
- H.B.J. Sluijsmans & V.J.C. de Bruijn, 'Mogelijkheden voor het beter waarborgen van het verschoningsrecht door beheerst gebruik van machine learning', TvBS&H Aflevering 3, 2020
- T. Spronken, 'Verschoningsrecht en 'repressieve' druk', NJB 2022/1188
- L. Stevens & M. Galic, 'Bescherming van het professionele verschoningsrecht in geval van doorzoeking van een smartphone: het EHRM eist een concrete basis en een praktische procedurele regeling', Ars Aequi september 2021, p. 845- 852
- F. Vellinga-Schootstra, 'Verschoningsrecht naar eer en geweten? Over beslag en doorzoeking bij de verschoningsgerechtigde', Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS 2017-3, p. 105 en 109
- J.J.I. Verburg, Het verschoningsrecht in strafzaken, Groningen: Tjeenk Willink 1975, p. 84-91
- P.J. Wattel, annotatie bij HR 12 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC6589, BNB 1997/146
- Van Wijmen e.a., "Een maatschappelijke orde". Rapport van de Commissie Advocatuur d.d. 24 april 2006, bijlage bij Kamerstukken II, 2005/06, 30 300 VI, 144, p. 19

### **KAMERSTUKKEN**

- Kamerstukken II 2022/2023, 36 327, nr. 2, de artikelen 2.7.60, 2.7.62, 2.7.65 en 2.7.66
- Kamerstukken II, 2022/23, 36 327, nr. 3, p. 626-629
- Kamerstukken II 2009-2010, 32 382, nr. 3, p. 11
- Kamerstukken II 2006/07, 30 800-VI, nr. 13, p. 1, 6 en 7
- Kamerstukken II 1998/99, 25 403, nr. 26
- Kamerstukken II 1997/98, 25 403, nr. 7, p. 76 – 77
- Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 83.

### **OVERIG**

- Nieuwsbericht OM d.d. 20 juli 2023, zie <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2023/07/20/openbaar-ministerie-en-het-verschoningsrecht>

(12.276 woorden)