

## Reactie NOvA op Handleiding OM

### Inleidende opmerkingen:

- In het voorjaar van 2021 heeft het OM op vertrouwelijke basis de navolgende stukken met de NOvA gedeeld:
  - o Handleiding Verwerking geheimhouderinformatie aangetroffen in inbeslaggenomen voorwerpen en in digitale bestanden (versie juni 2014) (hierna "Handleiding");
  - o Hansken – Informatieblad Geheimhouderinformatie van het NFI (15 mei 2020) (hierna: "Informatieblad")

In een gesprek dat volgde is namens de NOvA aan het OM medegedeeld dat de Handleiding op belangrijke onderdelen in strijd is met de uitgangspunten van het verschoningsrecht zoals vastgelegd in wet en jurisprudentie. Daarop heeft het OM de NOvA uitgenodigd om het commentaar op de Handleiding op schrift te stellen en aan het OM te doen toekomen. Hierbij voldoen wij aan dat verzoek.

Alvorens inhoudelijk wordt ingegaan op de Handleiding, is het goed om de reikwijdte van het verschoningsrecht uiteen te zetten. Tevens zal daarbij de jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad worden betrokken. Wij permitteren ons dat te doen door allereerst te verwijzen naar recente jurisprudentie van de Hoge Raad en de daarbij horende Conclusie, omdat daarin een goed en overzichtelijk beeld wordt gegeven.

In zijn arrest van 9 februari 2021<sup>1</sup> overweegt de Hoge Raad onder 4.1 (Juridisch kader): "Het juridisch kader is weergegeven in de conclusie van de procureur-generaal onder 3.2 tot en met 3.25. (...). In die Conclusie van PG Silvis van 12 januari 2021<sup>2</sup> staat het juridisch kader ziende op het verschoningsrecht en wijze de wel en niet toegestane inbreuken daarop onder 3.2 tot en met 3.25 weergegeven. Gezien het belang van het verschoningsrecht en de wijze waarop de Handleiding beschrijft dat daarop inbreuk kan worden gemaakt, waarbij de bescherming van wetgeving en jurisprudentie terzijde lijkt te worden geschoven, zullen wij dat juridisch kader integraal in deze reactie opnemen.

De reactie van de NOvA op de Handleiding, uitgaande van dit juridisch kader, is te vinden vanaf **p. 6**.

### Juridisch kader

*Artikel 6 EVRM: Vertrouwelijkheid en effectieve rechtsbijstand*

*3.2. Verdachten hebben recht op onbelemmerde en vertrouwelijke communicatie met hun raadsman, ook in de detentiesituatie. Het gaat hierbij bovenal om een met het recht op effectieve rechtsbijstand samenhangend fundamenteel recht waarover het EHRM zich regelmatig heeft uitgesproken.*

*3.3. Het recht op effectieve rechtsbijstand in strafzaken dat is gewaarborgd in artikel 6 lid 3 EVRM in verband met artikel 6 lid 1 EVRM, omvat het recht van de verdachte om zich ook tijdens detentie ongestoord en vertrouwelijk ('in private') te onderhouden met zijn advocaat (artikel 6 lid 3 onder c EVRM).<sup>5</sup> Vertrouwelijk contact tussen de advocaat en zijn cliënt mag in de detentiesituatie alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden beperkt (Sakhnovskiy t. Rusland [GC], § 102)<sup>6</sup>. Wanneer een advocaat niet ongestoord met zijn cliënt kan overleggen en geen vertrouwelijke instructies kan ontvangen zonder aan toezicht ('surveillance') te zijn onderworpen, verliest zijn bijstand aan nut (S. t. Zwitserland, § 48<sup>7</sup>; Brennan t. Verenigd Koninkrijk, § 58)<sup>8</sup>. Geen enkele beperking in de relatie tussen cliënt en advocaat, ongeacht of die onbedoeld*

<sup>1</sup> Hoge Raad 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:193, 4.1

<sup>2</sup> Conclusie PG Silvis van 12 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:18. Voor de voetnoten wordt verwezen naar de Conclusie. Op onderdelen overeenkomstig concludeert PG Spronken in haar Conclusie van 1 februari 2022, 8.1 – 8.6 (ECLI:NL:PHR:2022:96).

voortvloeit uit de omstandigheden of opzettelijk is opgelegd, mag afbreuk doen aan het recht op effectieve rechtsbijstand van een verdachte (*Sakhnovskiy t. Rusland* [GC], § 102).

3.4. Voorbeelden van beperkingen waaraan in dit verband gedacht moet worden zijn het af luisteren of af tappen van telefonische gesprekken tussen een verdachte en zijn advocaat (*Zagaria t. Italië*, § 36)<sup>9</sup>; het te zeer beperken van bezoek in duur en aantal door de advocaat aan zijn cliënt (*Öcalan t. Turkije* [GC], § 135)<sup>10</sup>; het ontbreken van privacy in een video-conferentie (*Sakhnovskiy t. Rusland* [GC], § 104; *Gorbunov en Gorbachev t. Rusland*, § 37)<sup>11</sup>; toezicht door de vervolgende autoriteiten van een onderhoud (*Rybacki t. Polen*, § 58)<sup>12</sup>; toezicht door de onderzoeksrechter op contacten van de gedetineerde met zijn advocaat (*Lanz t. Oostenrijk*, § 52: ‘very weighty reasons should be given for its justification. This was so in the case of *Kempers v. Austria* where the applicant was suspected of being the member of a gang and utmost confidentiality was necessary in order to catch the other members (No. 21842/93, *Kempers v. Austria*, Dec. 27.2.97, unpublished).’)<sup>13</sup>; toezicht op communicatie tussen de verdachte en zijn advocaat in de rechtszaal (*Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland*, §§ 642-647)<sup>14</sup>, en het door sanctiedreiging belemmeren van de vrije communicatie tussen de verdachte en zijn advocaat (*M. t. Nederland*, § 92)<sup>15</sup>.

3.5. Beperkingen van het recht op onbelemmerde communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt buiten aanwezigheid van een derde, zijn slechts toelaatbaar als daar een goede reden voor bestaat, maar ook dan slechts in zoverre daardoor het recht op een eerlijk proces niet wordt geschaad (*Öcalan t. Turkije* [GC], § 133). Een goede reden moet dwingend zijn (‘compelling reason’, *Moroz t. Oekraïne*, §§ 67-70). Dwingende redenen kunnen bestaan wanneer overtuigend is aangetoond dat de beperkingen van vertrouwelijke communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt waren gericht op het voorkomen van collusiegevaar samenhangend met die communicatie of handelen in strijd met de professionele ethiek door de advocaat en/of onrechtmatig gedrag (*S. t. Zwitserland*, § 49; *Rybacki t. Polen*, § 59), waaronder verdenking van misbruik van vertrouwelijkheid of risico’s voor de veiligheid (*Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland*, § 641).

3.6. Het effect van de duur en de intensiteit van eventuele beperkingen moet in de hoofdprocedure uiteindelijk worden afgewogen in het kader van de beoordeling van de eerlijkheid van het proces (*Rybacki t. Polen*, § 61), waarbij het gepast kan zijn te betrekken in hoeverre de uitspraken van een verdachte die vertrouwelijke communicatie met zijn advocaat ontbeerde, in de procedure tegen hem gebruikt zijn (*Moroz t. Oekraïne*, § 72)<sup>16</sup>.

Artikel 8 EVRM en vertrouwelijke communicatie met de raadsman <sup>17</sup>

3.7. Dat de communicatie van een advocaat met zijn cliënt niet alleen beschermd wordt in het kader van artikel 6 EVRM maar ook door artikel 8 EVRM, los van de specifieke vorm waarin die plaats heeft omdat deze communicatie valt in het domein van persoonlijk leven, is door het EHRM voor het eerst nadrukkelijk uitgemaakt in *Altay t. Turkije* (no. 2, (§ 49)<sup>18</sup>. Het gaat in het mondelinge onderhoud of de schriftelijke correspondentie tussen een advocaat en diens cliënt immers vaak om intieme en persoonlijke gegevens. Het recht op bescherming van het persoonlijk leven tegen inmenging is geen absoluut recht, beperkingen zijn toelaatbaar mits voorzienbaar en mits daarmee een legitiem doel wordt gediend. De toets van beperkingen aan artikel 8 lid 2 EVRM van wettelijke grondslag en noodzakelijkheid in een democratische samenleving en proportionaliteit in relatie tot het doel, is toepasselijk. Het voorkomen van misdrijven en het waarborgen van veiligheid in gevangenissen zijn voorbeelden van toelaatbare gronden voor inmenging in het persoonlijk leven (*Altay t. Turkije* § 52 en *Doerga t. Nederland*, § 53).<sup>19</sup>

3.8. Artikel 8 EVRM geeft zowel bescherming aangaande de correspondentie met de actuele raadsman van een gevangene alsook met een mogelijk toekomstige raadsman (*Schönenberger and Durmaz t. Zwitserland*, § 29).<sup>20</sup> Het Hof beschouwt deze correspondentie als bijzonder beschermenswaardig, dus geprivilegieerd (*Campbell t. Verenigd Koninkrijk*, § 48)<sup>21</sup>.

*Verschoning en gezaghebbende vertegenwoordiging beroepsgroep volgens het EHRM*

3.9. In verscheidene uitspraken heeft het EHRM benadrukt dat het betrekken van inzichten van gezaghebbende vertegenwoordigers van de beroepsgroep van een geheimhouder, zoals de deken, van belang kan zijn bij het maken van een evenwichtige afweging tussen waarheidsvinding en de normen van een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) en van respectering van de persoonlijke levenssfeer en correspondentie (artikel 8 EVRM) wanneer justitiële autoriteiten aanleiding vinden om tot inbeslagneming en/of doorzoeking bij een geheimhouder over te gaan (vgl. *Xavier Da Silveira t. Frankrijk*, §§ 37 and 43; *Roemen en Schmit t. Luxemburg* § 69; *André e.a. Frankrijk no.*, § 43)<sup>22</sup>.

*Het verschoningsrecht en inbeslagneming bij geheimhouders in de nationale rechtspraak*

3.10. Het verschoningsrecht is in het Nederlandse strafprocesrecht wettelijk verankerd in artikel 218 Sv. Het verschoningsrecht biedt de mogelijkheid om de vertrouwelijkheid van bepaalde in het kader van de beroepsuitoefening door de cliënt aan de advocaat toevertrouwde informatie ook ten overstaan van de rechter te garanderen. Deze mogelijkheid zou gemakkelijk kunnen worden omzeild als politie en justitie zich door toepassing van dwangmiddelen alsnog en zonder toestemming toegang tot die informatie kunnen verschaffen. In de wet is daarom de toepassing van het dwangmiddel inbeslagneming in artikel 98 Sv aan met het verschoningsrecht samenhangende beperkingen gebonden.

3.11. Volgens de Hoge Raad ziet artikel 218 Sv: 'op personen tot wier taak het behoort aan anderen hulp te verlenen doch die deze taak slechts dan naar behoren kunnen vervullen indien zij zich ook tegenover de strafrechter kunnen verschonen ten aanzien van geheimen welke hun zijn toevertrouwd door hulpzoekenden die – in strijd met het algemeen belang – hun geen hulp zouden vragen indien niet de zekerheid zou bestaan dat de evenbedoelde geheimen ook tegenover de strafrechter worden bewaard'.<sup>23</sup> De grondslag van dit verschoningsrecht moet derhalve worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden (HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, rov. 3.1.).

3.12. Ingevolge art. 218 Sv kan degene die uit hoofde van zijn beroep tot geheimhouding verplicht is, zich in rechte op zijn verschoningsrecht beroepen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hem als zodanig is toevertrouwd. Het gaat daarbij om de wetenschap die een verschoningsgerechtigde heeft verkregen in de uitoefening van zijn beroep. Een advocaat komt daarom alleen een verschoningsrecht toe in het kader van zijn juridische dienstverlening aan een rechtzoekende die zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid van advocaat (vgl. HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9694, NJ 1994/537 en HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258). Stukken die een advocaat in een andere hoedanigheid onder zich heeft of die geen betrekking hebben op zijn juridische dienstverlening aan een rechtzoekende, vallen niet onder de bescherming van het artikel.<sup>24</sup> Een advocaat kan zich slechts op zijn verschoningsrecht beroepen met betrekking tot de wetenschap die hij in de normale uitoefening van zijn beroep heeft verkregen (HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0526). Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een 'normale' of 'gebruikelijke' beroepsuitoefening, moet worden gekeken naar wat de taak van de beroepsgroep is. Het al dan niet bewust meewerken aan frauduleuze handelingen of strafbare feiten door een advocaat behoort bijvoorbeeld niet tot de gebruikelijke uitoefening van zijn functie.<sup>25</sup> Oud-AG Jörg koos voor de formulering dat de wetenschap in zuiver functioneel verband moet staan tot de werkzaamheden.<sup>26</sup>

3.13. In art. 11a lid 1 van de Advocatenwet is bepaald dat - voor zover niet bij wet anders is bepaald - de advocaat ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennis neemt tot geheimhouding verplicht is en dat dezelfde verplichting geldt voor medewerkers en personeel

van de advocaat, alsmede andere personen die betrokken zijn bij de beroepsuitoefening. Deze geheimhoudingsplicht geldt voor de advocaten niet ten opzichte van de deken in het kader van het toezicht dat deze uitoefent op de advocaten in zijn arrondissement (art. 45a lid 1 Advocatenwet). De deken is belast met het toezicht op de naleving door advocaten die kantoor houden in zijn arrondissement van het bepaalde bij of krachtens de Advocatenwet, met inbegrip van toezicht op de zorg die zij als advocaten behoren te betrachten ten opzichte van degenen wiens belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen, inbreuken op verordeningen van de Nederlandse orde van advocaten en enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. In art. 45a lid 2 Advocatenwet is bepaald dat de deken bij de uitoefening van deze toezichthoudende taak een geheimhoudingsplicht heeft, gelijk aan die bedoeld in artikel 11a.

3.14. Ingevolge art. 98, eerste lid, Sv mogen bij personen met een bevoegdheid tot verschoning als bedoeld in art. 218 Sv zonder hun toestemming brieven of andere geschriften tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt, niet in beslag worden genomen. Wel mogen, ook zonder hun toestemming, in beslag worden genomen brieven of geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend, nu dergelijke brieven en geschriften geen object zijn van de aan evenbedoelde personen toekomende bevoegdheid tot verschoning (vgl. 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9694, NJ 1994/537). Onder de reikwijdte van dit artikel vallen naast de klassieke brieven en geschriften ook moderne gegevensdragers die tekst bevatten (zie bijv. HR 15 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3564 en HR 4 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0004)[27](#).

3.15. De aard van de bevoegdheid tot verschoning van een advocaat, brengt mee dat het oordeel omtrent de vraag of brieven of geschriften dan wel daarmee gelijk te stellen gegevensdragers object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken in beginsel toekomt aan die advocaat. Indien deze zich op het standpunt stelt dat het gaat om brieven en geschriften (of gegevensdragers) die noch voorwerp van het strafbare feit uitmaken noch tot het begaan daarvan gediend hebben en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient dit standpunt volgens bepaalde jurisprudentie van de Hoge Raad door de organen van politie en justitie te worden geëerbiedigd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is. Vgl. o.m. HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262. Op een te restrictieve uitleg van deze rechtspraak is door de Hoge Raad een zodanige nuancering aangebracht dat wel enige ruimte geboden wordt om het standpunt van de verschoningsgerechtigde te toetsen. Uit het arrest HR 2 juli 2013, ECLI:NL:2013:CA0434, r.o. 3.4. kan worden afgeleid dat de rechter-commissaris die een doorzoeking ter inbeslagname verricht in het kader van de marginale toetsing 'voorzover dat noodzakelijk is' mag kennisnemen van de stukken.[28](#)

3.16. De stelling dat onder het verschoningsrecht uitsluitend brieven en andere geschriften vallen die aan of door de geheimhouder als zodanig zijn geschreven, vindt - gelet ook op de strekking van art. 98 in verbinding met art. 218 Sv - in haar algemeenheid geen steun in het recht. In HR 24 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4666 werd het standpunt van een advocaat geëerbiedigd dat een aan hem overhandigd dagboek van de moeder van zijn minderjarige cliënt onder zijn verschoningsrecht viel. In HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110 (rov. 4.4) overwoog de Hoge Raad echter dat correspondentie tussen anderen dan de verschoningsgerechtigde en degene die zich tot hem heeft gewend, niet een brief of een geschrift is als bedoeld in art. 98, eerste lid, Sv (zie ook HR 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1018). Indien van die correspondentie een afschrift wordt toegezonden aan de verschoningsgerechtigde kan niet gezegd worden dat reeds daarom de inhoud daarvan kan worden aangemerkt als wetenschap die aan de verschoningsgerechtigde in het kader van zijn juridische dienstverlening is toevertrouwd.

3.17. Ook geschriften waarvan de inhoud nog niet aan de raadsman is medegedeeld, kunnen in uitzonderingsgevallen object uitmaken van het verschoningsrecht van de advocaat. Daarvoor is van belang of op grond van in aanmerking komende feiten of omstandigheden aannemelijk is dat de inhoud van die geschriften daadwerkelijk bestemd is om door de cliënt aan de advocaat in de uitoefening van zijn beroep te wor-

den toevertrouwd. Ook in zo een geval is het in beginsel aan de verschoningsgerechtigde om te beoordelen of, het voorgaande in aanmerking genomen, die geschriften object van zijn verschoningsrecht uitmaken, tenzij redelijkerwijs geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is (zie HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686 rov. 3.3.1).

3.18. Het oordeel over de vraag of er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de verschoningsgerechtigde onjuist is, komt in eerste instantie toe aan de rechter-commissaris bij voorkeur na overleg met een gezaghebbend vertegenwoordiger van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde (zoals de plaatselijk deken van de Orde van Advocaten of de Ringvoorzitter). Voor zover dat voor diens oordeelsvorming noodzakelijk is, mag daartoe door de rechter-commissaris van de desbetreffende stukken worden kennisgenomen (vgl. HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262 en HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0434). De omstandigheid dat de rechter-commissaris ter beoordeling van het standpunt van de verschoningsgerechtigde kennisneemt van de stukken, brengt dus niet mee dat sprake is van een inbreuk op het verschoningsrecht (vgl. HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566, zie ook HR 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:277)<sup>29</sup>.

3.19. Indien de rechter-commissaris - bijvoorbeeld in verband met de aard of de omvang van de inbeslaggenomen stukken of gegevens - niet in staat is zelf het onderzoek te verrichten, zal hij het daarheen dienen te leiden dat het onderzoek wordt verricht door zodanige functionaris en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt (vgl. HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, r.o. 3.5.3 en HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1324). De rechter-commissaris dient het onderzoek zo in te richten dat voldoende gewaarborgd is dat het verschoningsrecht niet door het strafrechtelijk onderzoek kan worden geschonden (HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048 rov. 4.3.1).

3.20. Redelijke wetstoepassing brengt mee dat ook in het geval het beslag wordt gelegd onder iemand met een afgeleid (of plaatsvervangend) verschoningsrecht de rechter-commissaris bevoegd is ter zake te beslissen. Hij zal de verschoningsgerechtigde in staat stellen zich uit te laten over zijn verschoningsrecht met betrekking tot de stukken en gegevens (vgl. HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3076 en 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714).

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

3.22. In HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048 heeft de Hoge Raad daar het volgende aan toegevoegd voor gevallen waarin sprake is van een grote hoeveelheid (digitale) stukken of gegevens die volgens de beslagene onder het verschoningsrecht van geheimhouders vallen en waarin de desbetreffende stukken of gegevens in relatie lijken te staan tot (vele) verschillende geheimhouders van wie de identiteit of een contactgegeven onbekend is of welke informatie zich niet op betrekkelijk eenvoudige wijze laat achterhalen. In een dergelijk geval ligt het doorgaans in de rede dat onder leiding van de rechter-commissaris een schifting wordt gemaakt tussen stukken of gegevens die wel en die niet onder het verschoningsrecht kunnen vallen, bijvoorbeeld door gebruik te maken van een lijst met zoektermen die betrekking hebben op het deel van het materiaal waarover het verschoningsrecht zich mogelijk uitstrekt, zoals namen en e-mailadressen of termen die specifiek kunnen duiden op het voorwerp van het ingeroepen verschoningsrecht.

De rechter-commissaris dient het onderzoek zo in te richten dat voldoende wordt gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet door het strafrechtelijk onderzoek kan worden geschonden. Dat kan meebrengen dat

*de rechter-commissaris die voornemens is een dergelijke schifting te (laten) maken, zowel de afgeleid verschoningsgerechtigde als een gezaghebbend lid van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde dan wel een andere ter zake deskundige persoon bij de voorbereiding en uitvoering van dit onderzoek betreft.*

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

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

*3.25. De rechtbank die vervolgens moet oordelen over een op de voet van art. 98 lid 4 Sv jo. art. 552a Sv tegen de beschikking van de rechter-commissaris ingediend klaagschrift, zal zich daaromtrent aan de hand van de stukken en het onderzoek in raadkamer een eigen, zelfstandig oordeel moeten vormen. Voor zover dat noodzakelijk is voor de beoordeling van het klaagschrift, mag de rechtbank eveneens van de desbetreffende stukken kennisnemen (vgl. HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1324). Bij de beoordeling door de rechter of notities (JS: of andere stukken) waarvan de inhoud nog niet aan de verschoningsgerechtigde ter kennis is gebracht, als geheimhouderstukken kunnen worden aangemerkt, is van belang of deze, gezien de aard en de inhoud daarvan, kunnen worden aangemerkt als bevattende informatie die door een cliënt aan een advocaat in de uitoefening van zijn beroep pleegt te worden toevertrouwd en of aannemelijk is dat die informatie in het concrete geval daadwerkelijk bestemd is om door de cliënt aan de advocaat te worden meegedeeld (vgl. HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2686, rov. 3.4.2). Het standpunt van de verschoningsgerechtigde kan dus door de rechter-commissaris en de rechtbank aan de hand van de inhoud van de stukken worden getoetst (zie ook de conclusie van oud-AG Knigge, ECLI:NL:PHR:2016:1161 onder 6.9).*

### **Reactie NOvA op Handleiding**

Lezing van de Handleiding maakt begrijpelijk waarom zich in de praktijk (onnodige) discussies voordoen rond de toetsing en inbeslagneming van verschoningsgerechtigde stukken of data en met name rond de selectie van verschoningsgerechtigde stukken. Volgt men de Handleiding dan wordt de geheimhouder, of de vertegenwoordiger van de beroepsgroep, alleen proactief bij de selectie betrokken tijdens een doorzoeking en dan nog alleen in de gevallen waarin de geheimhouder bij die doorzoeking aanwezig is. De Handleiding verhindert niet dat, ingeval vermoedelijke geheimhouderinformatie buiten een doorzoeking of een bevel uitlevering wordt aangetroffen, een opsporingsambtenaar, of zelfs de officier van justitie of de onderzoeksleider, kennisneemt van de betreffende informatie. De Handleiding schrijft niet voor dat in dergelijke gevallen de informatie aan een geheimhouder moet worden aangeboden.

Daardoor wordt onvoldoende recht gedaan aan het door de HR geformuleerde en in zijn jurisprudentie nog altijd aangehouden uitgangspunt dat het in beginsel de geheimhouder is die bepaalt of een stuk onder het verschoningsrecht valt, waarna dat standpunt – in beginsel – gerespecteerd moet worden. Dit impliceert

dat stukken of data waarvan (al dan niet na aangeven van de betrokkene) het vermoeden bestaat dat deze geheimhouderinformatie bevatten aan de geheimhouder ter inzage moeten worden gegeven, zodat deze daarover een standpunt kan innemen. Niet aan de medewerker geheimhouding. Niet aan de officier van justitie. Deze verplichting om de geheimhouder proactief gelegenheid te geven zijn standpunt te bepalen geldt niet alleen ingeval sprake is van een doorzoeking bij een geheimhouder, maar ook indien een beslagene stelt dat er sprake is van stukken waarop een geheimhouder een verschoningsrecht heeft.<sup>3</sup> Er is geen reden te bedenken waarom de verplichting om de geheimhouder gelegenheid te geven een standpunt te bepalen, niet ook geldt voor de officier van justitie in gevallen waarin de RC (nog) niet bij de zaak betrokken is. De Handleiding bevat een dergelijke instructie echter niet.

Als gezegd, moet dat standpunt van de geheimhouder, of van de vertegenwoordiger van de beroepsgroep, vervolgens door de autoriteiten worden gerespecteerd (tenzij er *redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is* – hierna wordt dit steeds aangegeven door het enkele woord "tenzij ..."), aldus de HR in vaste jurisprudentie.<sup>4</sup> Dit impliceert dat stukken waarvan de geheimhouder heeft geoordeeld dat deze verschoningsgerechtigd zijn, onverwijld moeten worden teruggegeven aan de betrokkene, respectievelijk de betreffende data moeten worden vernietigd dan wel ontoegankelijk moeten worden gemaakt, zowel op de originele kopie als op de werkkopieën.

Op dit laatste kan slechts in twee gevallen een uitzondering worden gemaakt. Het eerste geval betreft de situatie waarin het OM argumenten aandraagt voor de stelling dat er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder *onjuist* is.<sup>5</sup> Van zo'n situatie kan sprake zijn indien betoogd kan worden dat de stukken/data kwalificeren als voorwerpen waarmee het strafbare feit begaan zijn

<sup>3</sup> ECLI:NL:HR:2020:1048:

4.2.1

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

4.2.2

*Deze rechtspraak komt erop neer dat een redelijke wetstoepassing ook in die gevallen meebrengt dat de rechter-commissaris bevoegd is ter zake te beslissen. Hij zal de verschoningsgerechtigde in staat stellen zich uit te laten over zijn verschoningsrecht met betrekking tot de stukken en gegevens. Wanneer de verschoningsgerechtigde zich op het standpunt stelt dat het gaat om stukken of gegevens die noch voorwerp van het strafbare feit uitmaken noch tot het begaan daarvan hebben gediend en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient dit standpunt door de organen van politie en justitie te worden geëerbiedigd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is. Het oordeel of dit laatste het geval is komt in eerste instantie toe aan de rechter-commissaris, bij voorkeur na overleg met een gezaghebbend vertegenwoordiger van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde (zoals de plaatselijk deken van de Orde van Advocaten of de Ringvoorzitter).*

4.3.1 (...)

*In een dergelijk geval ligt het doorgaans in de rede dat onder leiding van de rechter-commissaris een schifting wordt gemaakt tussen stukken of gegevens die wel en die niet onder het verschoningsrecht kunnen vallen, bijvoorbeeld door gebruik te maken van een lijst met zoektermen die betrekking hebben op het deel van het materiaal waarover het verschoningsrecht zich mogelijk uitstrekt, zoals namen en e-mailadressen of termen die specifiek kunnen duiden op het voorwerp van het ingeroepen verschoningsrecht.*

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

4.3.2

*Alvorens te beslissen of het beslag op de na de schifting overgebleven stukken of gegevens kan worden toegestaan op de grond dat het niet gaat om onder het verschoningsrecht vallend materiaal, wordt de afgeleid verschoningsgerechtigde in beginsel in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de toelaatbaarheid van het gebruik van de voorgeselecteerde stukken of gegevens voor strafrechtelijk onderzoek. (...) Daarbij geldt dat de rechter-commissaris zich ervan moet vergewissen dat het niet aannemelijk is dat er (nog) een verschoningsgerechtigde is die zich met betrekking tot na de schifting overgebleven stukken en gegevens op zijn verschoningsrecht beroept.*

<sup>4</sup> ECLI:NL:HR:2002:AD9162; HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262; ECLI:NL:HR:2014:377; ECLI:NL:HR:2016:2686.

<sup>5</sup> Het oordeel over de vraag of er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder onjuist is komt in eerste instantie toe aan de RC: ECLI:NL:HR:2013:CA0434 (Verschoningsrecht notaris.). Herhaald in ECLI:NL:HR:2014:1566, ECLI:NL:HR:2020:277, ECLI:NL:HR:2021:193).

of die tot dat strafbare feit instrumenteel geweest zijn. De betreffende informatie valt dan – ingevolge de laatste zinsnede van artikel 98 lid 5 - niet onder het verschoningsrecht. Kan het OM dergelijke argumenten aandragen, dan is het vervolgens de RC – en dus niet het OM, ook niet een OvJ-geheimhouding - die beslist of er inderdaad redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder onjuist is. Alvorens die beslissing te nemen hoort de RC bij voorkeur – aldus opnieuw vaste rechtspraak van de Hoge Raad<sup>6</sup> – een vertegenwoordiger van de beroepsgroep. Of en wanneer sprake is van corpora en instrumenta delicti laat zich niet in zijn algemeenheid beantwoorden maar is afhankelijk van de aard van het stuk, de aard van het delict en de verweten feitelijke gedragingen.<sup>7</sup> "Gezien de aard van het verschoningsrecht", aldus de Hoge Raad, moet de rechter bij de beoordeling van de vraag of sprake is van corpora of instrumenta delicti "de nodige behoedzaamheid" in acht nemen<sup>8</sup>. Alleen voor zover dit "noodzakelijk" is voor het nemen van zijn beslissing mag de RC van de inhoud van de stukken kennisnemen.<sup>9</sup>

De tweede uitzondering betreft de situatie waarin sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden".<sup>10</sup> Dit zijn situaties waarin het standpunt van de geheimhouder op zichzelf wel juist is (het betreft geheimhouderinformatie), maar waarin vanwege "zeer uitzonderlijke omstandigheden" het belang van de waarheidsvinding toch zwaarder moet wegen. Deze tweede uitzondering heeft, zo blijkt uit de HR-jurisprudentie, als het gaat om een advocaat of notaris als gemeenschappelijk kenmerk dat de geheimhouder zelf wordt verdacht van een ernstig strafbaar feit én dat sprake is van een vorm van misbruik van het verschoningsrecht. Ook bij de beoordeling of sprake is van deze tweede uitzondering mag de RC alleen kennisnemen van het betwiste materiaal indien dat noodzakelijk is om een oordeel te kunnen vellen. Met betrekking tot deze kennisneming door de RC heeft de Hoge Raad duidelijk aangegeven dat de beslissing van de RC in de regel genomen kan worden naar aanleiding van de door het OM, de geheimhouder en de vertegenwoordiger van de beroepsgroep ingenomen standpunten, en dus zonder kennisneming.<sup>11</sup>

Van belang is dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie tot uiting brengt dat er, ook indien er discussie is over de vraag of zich een van beide uitzonderingen voordoet, intussen zo veel mogelijk voor moet worden gewaakt dat een derde (waaronder de RC, de opsporingsambtenaar en het OM) kennisneemt van (een deel van) de inhoud van de betreffende informatie, totdat onherroepelijk is beslist dat ofwel geen sprake is van geheimhouderinformatie, ofwel dat sprake is van bedoelde "zeer uitzonderlijke omstandigheden".

De Handleiding biedt op te veel onderdelen de mogelijkheid van de HR-jurisprudentie af te wijken, waardoor in de praktijk het toetsen of selecteren van geheimhouderinformatie niet door de geheimhouder of de RC, maar door een medewerker geheimhouding, een officier geheimhouding of zelfs een leider van het onderzoek of een zaaksofficier wordt verricht. Ten minste mogen deze functionarissen volgens de Handleiding in de praktijk 'meetoetsen', waarbij het dan onvermijdelijk is dat zij (geheel of gedeeltelijk) op de hoogte raken van de inhoud van het betreffende document. Dit laatste brengt weer mee dat al een onomkeerbare schending van het verschoningsrecht heeft plaats gevonden, nog voordat de geheimhouder, of vertegenwoordiger van de beroepsgroep, naar de betreffende informatie heeft gekeken. Het doel van het

<sup>6</sup> ECLI:NL:HR:2020:1048 – laatste zin ro 4.2.2: "Het oordeel of dit laatste het geval is komt in eerste instantie toe aan de rechter-commissaris, bij voorkeur na overleg met een gezaghebbend vertegenwoordiger van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde (zoals de plaatselijk deken van de Orde van Advocaten of de Ringvoorzitter)." Herhaald in ECLI:NL:HR:2021:193 (ro 3.4)

<sup>7</sup> ECLI:NL:HR:2006:110 (ro. 3.4)

<sup>8</sup> ECLI:NL:HR:2016:1324. Herhaald in: ECLI:NL:HR:2016:1027, ECLI:NL:HR:2020:277.

<sup>9</sup> ECLI:NL:HR:2021:193; ro 3.4: " Voor zover dat noodzakelijk is mag daartoe door de rechtercommissaris van de desbetreffende stukken worden kennisgenomen. "; Ook in: ECLI:NL:HR:2014:1566;

<sup>10</sup> Vaste jurisprudentie sinds HR 14 oktober 1986, NJ 1987/490. HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, NJ 2018/92, m.nt. Vellinga-Schootstra, rov. 2.5.5. Voor zover een inbreuk op het verschoningsrecht dan gerechtvaardigd is dient deze te worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is voor de waarheidsvinding: HR 29 mei 2004, NJ 2005/237. Ingeval een inbreuk gerechtvaardigd is, gelden dus altijd een proportionaliteits- en een subsidiariteitscriterium.

<sup>11</sup> ECLI:NL:HR:2014:1566: "2.4.2. Opmerking verdient dat bij de beoordeling door de rechter-commissaris van de vraag of zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen die rechtvaardigen dat het verschoningsrecht moet wijken voor het belang van de waarheidsvinding kennisneming van de inhoud van die stukken doorgaans niet vereist zal zijn nu het daarbij gaat om de beoordeling van omstandigheden die zich ongeacht de inhoud van de stukken voordoen."



verschoningsrecht, en van de door de HR ontwikkelde jurisprudentie, is nu juist om schending van het verschoningsrecht, doordat een derde kennis heeft gekregen van de inhoud van de stukken/data, zo veel mogelijk te voorkomen.

Het is een gegeven dat digitale communicatie in de afgelopen decennia is geëxplodeerd. Die digitale communicatie is veelal opgeslagen in enorme bestanden op (al dan niet externe) servers. Het ter plekke van de doorzoeking (of van het gegeven bevel uitlevering) filteren van vermoedelijk geheimhoudermateriaal blijkt daardoor vaak onmogelijk. Gevolg is dat in de praktijk veelal veel "ruimhartiger" in beslag wordt genomen, met als gevolg dat veel meer dan voorheen materiaal dat vermoedelijk geheimhouderinformatie bevat, "mee gaat" in plaats van dat dit materiaal achterblijft en niet in beslag wordt genomen. De HR heeft dit *fait-accompli* moeten accepteren, maar heeft daarbij wel de expliciete voorwaarde gesteld dat de autoriteiten vervolgens moeten waarborgen dat het vermoedelijke geheimhoudermateriaal op een even effectieve wijze wordt beschermd als wanneer sprake zou zijn van een selectie ter plaatse. De Handleiding voorziet hier niet (effectief) in.

Onder invloed van bedoelde volumevergroting heeft het OM een praktijk willen ontwikkelen waarbij specifiek daartoe aangestelde "medewerkers geheimhouding" inhoudelijk kennisnemen van vermoedelijk geheimhoudermateriaal en beoordelen of sprake is van geheimhouderinformatie. Zo ja, dan worden de stukken teruggegeven. Zo nee, dan worden de stukken ter beschikking van het onderzoeksteam gesteld. Dit heeft niet alleen betrekking op de gevallen waarin de medewerker geheimhouding materiaal controleert waarvan de beslagene of een geheimhouder tijdens de doorzoeking heeft aangegeven dat zich daaronder mogelijk geheimhouderinformatie bevindt, maar ook op gevallen waarin het onderzoeksteam gedurende het verdere verloop van het onderzoek stuit op vermoedelijk geheimhoudermateriaal.

Deze medewerkers geheimhouding zijn – evenals de leden van het onderzoeksteam - zelf even goed opsporingsambtenaren. Zij behoren veelal tot dezelfde organisatorische afdeling als hun onderzoekende collega's. Een opsporingsambtenaar die in de ene zaak functioneert als medewerker geheimhouding – en geacht wordt niet betrokken te zijn bij het betreffende onderzoek – functioneert in een volgende zaak als onderzoeker waarbij hij/zij inhoudelijk samenwerkt en contact heeft met dezelfde collega die in de eerdere zaak als onderzoekend opsporingsambtenaar functioneerde. De onderzoeksleider waarmee de medewerker geheimhouding geen inhoudelijk contact mag hebben indien hij geheimhouderinformatie toetst, functioneert in een andere zaak als leider van het onderzoek waarin die medewerker geheimhouding nu als onderzoeker functioneert en dus open moet communiceren. De medewerker geheimhouding heeft contact met een zaakofficier van justitie over zijn bevindingen ten aanzien van de geheimhouderinformatie, terwijl diezelfde medewerker in een andere zaak als opsporingsambtenaar/onderzoeker werkt onder het gezag van diezelfde officier van justitie.

De NOvA stelt daarbij ernstige vraagtekens. Mede doordat zij met (te grote) regelmaat signalen van advocaten ontvangt dat de scheiding tussen de medewerker geheimhouding en de zaakofficier van justitie (en/of de onderzoeksleider) in de praktijk minder scherp blijkt dan noodzakelijk is, acht de NOvA deze waarborg in de praktijk onvoldoende functioneren. Deze Handleiding bevestigt haar in deze mening, nu de Handleiding inhoudelijk overleg over vermoedelijke geheimhouderinformatie mogelijk maakt. Uit de praktijk bereiken de NOvA ook (de nodige) berichten dat de verslagen/rapportages van de medewerker geheimhouding aan de zaakofficier van justitie tot de inhoud herleidbare informatie bevat.

Indien de rechter-commissaris - bijvoorbeeld in verband met de aard of de omvang van de inbeslaggenomen stukken of gegevens - niet in staat is zelf het onderzoek te verrichten, zal hij het ertoe dienen te leiden dat het onderzoek wordt verricht door zodanige functionarissen en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt, aldus de Hoge Raad.<sup>12</sup> De RC dient het onderzoek dan

<sup>12</sup> HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, r.o. 3.5.3; HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1324.

zo in te richten dat voldoende gewaarborgd is dat het verschoningsrecht niet door het strafrechtelijk onderzoek *kán* worden geschonden.<sup>13</sup> Het gebruik van opsporingsambtenaren ter filtering van vermoedelijk geheimhoudermateriaal *door de RC* is door de HR toegestaan, maar niet voor niets benoemt de HR in het desbetreffende arrest expliciet dat het gebruik plaatsvond onder het gezag van de RC, waarin kennelijk - en begrijpelijk - een belangrijk deel van de vereiste waarborg wordt gezien.<sup>14</sup> Hieruit volgt dat het gebruik van medewerkers geheimhouding bij de selectie van vermoedelijk geheimhouderinformatie uitsluitend mag worden toegestaan indien dit onder rechtstreeks gezag van de RC plaatsvindt.

De Handleiding spreekt meerdere malen van een "oppervlakkige toetsing" of "oppervlakkige beschouwing" van de vermoedelijk verschoningsgerechtigde stukken door de opsporingsambtenaar die bij het onderzoek betrokken is (bijvoorbeeld tijdens een doorzoeking), door een medewerker geheimhouding of door de (zaaks)officier van justitie. Als voorbeeld wordt vaak gegeven het bekijken van een briefhoofd. Als wordt geconstateerd dat het een briefhoofd van een advocaten- of notariskantoor betreft, dan kan dat niet anders worden gezien dan een bevestiging van de stelling van de beslagene of de geheimhouder dat het verschoningsgerechtigd materiaal betreft (uiteraard tenzij de stelling kan worden betrokken dat het om corpora of instrumenta delicti gaat maar dit speelt slechts in uitzonderingsgevallen en kan niet als rechtvaardiging worden gebruikt om het door de geheimhouder ingenomen standpunt standaard in twijfel te trekken). Ingeval het stuk een briefhoofd van een advocaten- of notariskantoor heeft, dient de instructie te zijn het stuk niet in beslag te nemen, maar terug te geven (tenzij...). Die instructie ontbreekt in de Handleiding.

Indien bij een dergelijke oppervlakkige toetsing wordt geconstateerd dat geen briefhoofd van een advocatenkantoor wordt aangetroffen, dan betekent dat nog niet dat het stuk niet verschoningsgerechtigd *kán* zijn. Er kan sprake zijn van een bijlage, behorende bij een advocatenbrief of een notitie van een advocaat. Er kan sprake zijn van aantekeningen van de beslagene van een gesprek met zijn advocaat etc. Daarom dient het stuk – indien niet direct tot teruggave wordt overgegaan - in ieder geval aan een geheimhouder te worden aangeboden teneinde hem gelegenheid te geven een standpunt in te nemen. De Handleiding bevat een dergelijke instructie niet.

De Handleiding dateert overigens van juni 2014. Veel van de hierboven genoemde jurisprudentie dateert van ná juni 2014. Ook om deze reden is de Handleiding aan herziening toe.

### Handleiding: Specifieke opmerkingen<sup>15</sup>

#### A: p. 1, 3<sup>e</sup> alinea: "uitzonderlijk"

Dat er vermoedelijke geheimhouderinformatie wordt aangetroffen in fysieke documenten of bestanden is bepaald niet "uitzonderlijk" te noemen, temeer nu het steeds vaker voorkomt dat grote hoeveelheden data in beslag worden genomen. Gebruik van het woord "uitzonderlijk" draagt eraan bij dat de opsporingsambte-

<sup>13</sup> HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048 rov. 4.3.1. Zie ook noot 1.

<sup>14</sup> Vgl.: ECLI:NL:PHR:2021:18 (nav doorzoeking van de telefoon van de kroongetuige in de Marengo-zaak): in deze voetnoot is onduidelijk waar het citaat (is het een citaat) begint en eindigt. 4.42 "In onderhavig geval heeft de rechter-commissaris zich ervan vergewist dat de door hem ingeschakelde functionarissen op geen enkele andere wijze betrokken zijn bij het onderzoek in de strafzaken tegen [betrokkene 1], noch bij het overkoepelende onderzoek Marengo of daaraan gelieerde onderzoeken. Het onderzoek is verricht onder verplichting van geheimhouding door functionarissen in opdracht van en onder gezag van de rechter-commissaris. Het kennelijk oordeel van de rechtbank dat de rechter-commissaris aldus heeft geregeld dat het onderzoek wordt verricht door zodanige functionarissen en op zodanige wijze dat voldoende is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet door het strafrechtelijk onderzoek kan worden geschonden, getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk." De rechtbank had overwogen dat er in dit geval een specifieke (technische) reden voor de RC was om assistentie te vragen en dat die assistentie is gevraagd en verleend onder het directe gezag van de RC. De HR laat het oordeel van de rechtbank in stand. Voor de PG volgt uit het "onder gezag van de RC" staan kennelijk ook dat de RC zich ervan "vergewist" dát de ingeschakelde functionarissen in het concrete geval niet bij het onderzoek betrokken was. Dat specifieke "vergewissen" lijkt logischerwijze van belang om van een echte toetsing te kunnen spreken.

<sup>15</sup> Naast de inleidende opmerkingen volgen hier aanvullende opmerkingen per specifieke alinea; in dit commentaar aangegeven met hoofdletters en verwijzing naar de specifieke alinea.

naar in de praktijk minder alert is op de aanwezigheid van mogelijk geheimhoudermateriaal, waardoor onnodig veel vermoedelijke geheimhouderinformatie in het onderzoeksmateriaal terecht komt. Ook bij inbeslagname van grote hoeveelheden data heeft de overheid (de RC en het OM) de plicht ervoor te zorgen dat geheimhouderinformatie niet verzeild raakt tussen het onderzoeksmateriaal.<sup>16</sup> Het doet er hierbij niet toe of de gegevens bij de geheimhouder dan wel bij de cliënt in beslag worden genomen.<sup>17</sup>

**B: p. 1, slot 3<sup>e</sup> alinea:** *"De rol van officier van justitie kan vervuld worden door een zaaksofficier van justitie, maar ook door een officier van justitie die niet bij het opsporingsonderzoek/de strafzaak is betrokken. Hoewel het aan de OM-onderdelen zelf is om daar een invulling aan te geven, wordt aanbevolen om de toets van (vermoedelijke) geheimhouderinformatie door een niet bij het opsporingsonderzoek/de strafzaak betrokken officier van justitie te laten verrichten."*

Een zaaksofficier van justitie kan nimmer een rol vervullen bij de selectie, toetsing of beoordeling van vermoedelijke geheimhouderinformatie. Dit is het geval omdat de HR nog altijd strikt vasthoudt aan het uitgangspunt dat ook in het kader van strafrechtelijk onderzoeken derden (dat wil zeggen: anderen dan de geheimhouder en zijn cliënt) niet kennisnemen van vermoedelijke geheimhouderinformatie. Om deze reden houdt de HR ook nog altijd vast aan het uitgangspunt dat het in beginsel de geheimhouder is die bepaalt of bepaalde stukken<sup>18</sup> al dan niet geheimhouderinformatie bevatten. Dat standpunt van de geheimhouder moet bovendien door de overheid worden gerespecteerd, tenzij er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder onjuist is. Van deze situatie kan sprake zijn indien het gaat om stukken waarmee het strafbare feit is begaan of stukken die tot het begaan van strafbare feiten instrumenteel zijn geweest.<sup>19</sup> De stukken zijn in deze situatie niet verschoningsgerechtigd. Daarnaast is in de HR-jurisprudentie een uitzondering uitgewerkt, waarin informatie wél als geheimhouderinformatie kwalificeert (en het door de geheimhouder ingenomen standpunt dus in beginsel zou moeten worden gerespecteerd), maar het bestaande verschoningsrecht niettemin doorbroken kan worden. Dit is het geval indien sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden" waarin de waarheidsvinding bij hoge uitzondering toch prevaleert boven het verschoningsrecht.<sup>20</sup> In zoverre is het verschoningsrecht niet absoluut.

Deze uitgangspunten van de HR brengen mee dat, indien door een betrokkene (degene bij wie een doorzoeking wordt verricht of aan wie een bevel uitlevering wordt gegeven) ook maar enigszins onderbouwd

<sup>16</sup> HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048.

<sup>17</sup> ECLI:NL:HR:2018:1960 (*beslag ex art. 94 Sv op administratie en gegevensdragers onder verschillende vennootschappen; (huis)advocaat van die vennootschappen klaagt*).

<sup>18</sup> Waar in deze notitie wordt gesproken van "stukken" worden daaronder niet alleen fysieke documenten, maar ook digitale informatie/gegevens verstaan.

<sup>19</sup> Corpora of instrumenta delicti (artikel 98 lid 2 Sv).

<sup>20</sup> Hierbij gaat het veelal om situaties waarbij een vorm van misbruik van het verschoningsrecht wordt gemaakt. Het enkele feit dat een geheimhouder zelf verdachte is van een strafbaar feit, is niet voldoende om tot "zeer uitzonderlijke omstandigheden" te kunnen concluderen [vindplaats arrest]. Het oordeel of sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden" is steeds sterk verweven met de omstandigheden van het geval die een feitelijke waardering vergen. Daarom is het moeilijk om vooraf te bepalen of te voorspellen wanneer sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden". Eén omstandigheid creëert nog geen geval van "zeer uitzonderlijke omstandigheden". In de conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:1006) bij HR 15 december 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1913) wordt (sub 4.3) hierover het volgende opgemerkt: *Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad valt een aantal factoren te destilleren die bij de beantwoording van de vraag of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden als hiervoor bedoeld in de afweging kunnen worden betrokken, zoals de omstandigheid dat sprake is van ernstige delicten en de omstandigheid dat de gegevens niet op andere wijze kunnen worden verkregen. De Hoge Raad lijkt hier een proportionaliteits- en subsidiariteitstoets aan te leggen. In deze concrete zaak, waarin het ging om een telefoongesprek tussen een centralist van de ambulancedienst en een 112-melder, woog de rechtbank zeven omstandigheden tegen elkaar af en oordeelde dat sprake was van "zeer uitzonderlijke omstandigheden" namelijk: (conclusie sub 4.4.) de ernst van het feit, de omstandigheid dat het slachtoffer minderjarig was, de omstandigheid dat de belanghebbende minderjarig is, het belang dat het onderzoek zo volledig mogelijk uitgevoerd wordt, de omstandigheid dat de bandopname (wellicht cruciale) informatie bevat over de situatie direct na de verweten gedragingen die niet op een andere manier verkregen kan worden, de omstandigheid dat de inbreuk op het medisch beroepsgeheim minimaal is en de omstandigheid dat – waar mogelijk – door alle betrokkenen toestemming is gegeven voor de verstrekking van de bandopname. De HR liet dit in stand. Datzelfde gebeurde in een casus uit 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BU6088) waarin eveneens sprake was van een telefoongesprek met hulpverleners (medewerkers van een huisartsenpost). Ook in ECLI:NL:HR:2020:1008 betrof het een meldkamer gesprek met een verpleegkundig centralist waar de rechtbank onvoldoende reden zag om tot "zeer uitzonderlijke omstandigheden te concluderen". De HR liet ook dit oordeel van de rechtbank in stand.*

wordt aangegeven dat er vermoedelijk geheimhouderinformatie tussen de gevorderde of opgezochte stukken zitten, die stukken ofwel niet in beslag worden genomen ofwel slechts verzegeld mogen worden meegenomen. Zij brengen voorts mee dat indien een geheimhouder – ter plekke of op een later moment - het standpunt inneemt dat stukken geheimhouderinformatie bevatten, dat standpunt zonder meer moet worden gerespecteerd, tenzij gezegd kan worden dat er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder niet juist kán zijn. Of dit laatste het geval is dient door het OM concreet onderbouwd te worden. In dit opzicht kan men spreken van een verschuiving van de bewijslast naar het OM. Kan het OM niet concreet onderbouwen dat er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder niet juist is, dan mogen de betreffende stukken niet in beslag worden genomen c.q. dienen deze na inbeslagneming te worden teruggegeven (tenzij onderbouwd kan worden dat sprake is van de tweede uitzondering ("zeer bijzondere omstandigheden"), in welk geval de RC daarover een beslissing moet nemen.<sup>21</sup>

Ook indien het OM wel concreet onderbouwen kan dat er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder onjuist is, dient de RC te beslissen of de betreffende stukken geheimhouderinformatie bevatten.

Zelfs indien de RC tot een beslissing geroepen wordt, mag deze volgens de HR niet zonder meer kennisnemen van de inhoud van het betwiste materiaal. Dat mag slechts indien die inzage *noodzakelijk* is voor het nemen van een beslissing. Daarbij heeft de HR ten aanzien van de tweede uitzondering ("zeer uitzonderlijke omstandigheden") geoordeeld dat die noodzakelijkheid in de regel niet aanwezig zal zijn, omdat de betreffende beslissing al genomen kan worden op basis van de door het OM en de geheimhouder ingenomen en toegelichte standpunten.<sup>22</sup>

De eerste zinsnede uit het hiervoor opgenomen citaat uit de Handleiding (p. 1 slot 3<sup>e</sup> alinea) maakt het mogelijk dat een zaaksofficier van justitie toetst of een stuk geheimhoudermateriaal bevat. Dat brengt mee dat die zaaksofficier kennisneemt van de inhoud van het stuk. Dit is in strijd met de jurisprudentie van de HR.

Het citaat is te vrijblijvend doordat slechts wordt "aanbevolen" de toetsing (die wat betreft de NOvA überhaupt niet door welke officier van justitie dan ook mag worden verricht) door een niet-zaaksofficier te laten verrichten. Door dit slechts "aan te bevelen" wordt de indruk gewekt dat de toetsing door zaaksofficieren mag worden verricht, terwijl daarmee tevens wordt gesuggereerd dat in individuele zaken anders met (vermoedelijk) geheimhoudermateriaal kan worden omgegaan dan in de Handleiding aangegeven. De HR-jurisprudentie wil dergelijke vrijblijvendheid juist uitbannen, gelet op het belang van het verschoningsrecht en het gegeven dat inzage in betwiste stukken door een niet-geheimhouder per definitie al een onomkeerbare schending van dat verschoningsrecht meebrengt.

**C: p. 1, voetnoot 1:** *Handleidingen veelal inhoudende vakinformatie worden niet langer als beleidsregel aangemerkt.*

Doordat het College intern (kennelijk) heeft besloten dat de OM-instructie Verwerking Geheimhouderinformatie als "handleiding" kwalificeert, is deze Handleiding niet openbaar. Dit is om twee redenen opmerkelijk. Allereerst is het karakter van de Handleiding duidelijk een *instructie* aan de onderdelen van het OM over hoe om te gaan met de verwerking van tijdens een strafrechtelijk onderzoek aangetroffen mogelijk geheimhoudermateriaal. Dit instructie-karakter komt ook overeen met het onderwerp van de Handleiding. Het verschoningsrecht is niet zomaar een onderwerp waar men naar geloven mee kan omgaan. Het is de uitwerking van wat als een hoeksteen van de rechtsstaat wordt gezien: het recht van iedere burger om vertrouwelijk met een advocaat (notaris/medicus/geestelijke) te kunnen communiceren, zonder dat hij daarbij de

<sup>21</sup> Dan wel – als het om digitale gegevens gaat – te worden vernietigd c.q. ontoegankelijk worden gemaakt.

<sup>22</sup> ECLI:NL:HR:2014:1566: "2.4.2. Opmerking verdient dat bij de beoordeling door de rechter-commissaris van de vraag of zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen die rechtvaardigen dat het verschoningsrecht moet wijken voor het belang van de waarheidsvinding kennisneming van de inhoud van die stukken doorgaans niet vereist zal zijn nu het daarbij gaat om de beoordeling van omstandigheden die zich ongeacht de inhoud van de stukken voordoen."

vrees behoeft te hebben dat een derde (later) van die communicatie en haar inhoud kennisneemt. Het in de Handleiding besproken onderwerp is dan ook een onderwerp van publiek belang. Dit is de tweede reden dat de handleiding openbaar zou behoren te zijn. Alleen dán kan het OM-beleid met betrekking tot de verwerking van geheimhouderinformatie getoetst worden; door de geheimhouder, de beslagene en de onafhankelijke rechter.

Het belang van openbaarheid blijkt ook alleen al uit het feit dat de opsporingsinstanties het aantreffen van (vermoedelijk) geheimhouderinformatie nu benaderen op grond van een Handleiding die niet op alle punten aan de HR-jurisprudentie voldoet.

**D: paragraaf 1.1 de verwerking van vermoedelijk geheimhoudermateriaal tijdens een doorzoeking**

Uitgangspunten bij de beantwoording van de vraag of sprake is van geheimhoudermateriaal zijn (1) dat het door de geheimhouder daarover ingenomen standpunt in beginsel door de autoriteiten wordt gerespecteerd en (2) dat derden, waaronder die autoriteiten, in beginsel niet kennisnemen van de inhoud van het stuk.

**Sub 1** van paragraaf 1.1. In deze sub staat vermeld dat aan de "betrokkene" bij de start van de doorzoeking gelegenheid wordt gegeven te melden of sprake kan zijn van geheimhoudermateriaal. Vervolgens mag de opsporingsambtenaar dit door middel van "een oppervlakkige beschouwing" toetsen. Daarmee krijgt de opsporingsambtenaar, hoe oppervlakkig dan ook, inzage in de inhoud van het stuk, waarmee geweld wordt gedaan aan de hierboven genoemde HR-uitgangspunten. Juister zou dan ook zijn dat de door betrokkene als mogelijk verschoningsgerechtigd aangeduid materiaal in een gesloten enveloppe wordt gedaan en wordt voorgelegd aan de betreffende geheimhouder, dan wel de advocaat van betrokkene, dan wel een vertegenwoordiger van de beroepsgroep. Het standpunt van die geheimhouder dient dan te worden gerespecteerd (tenzij .....).

**Sub 2.** Hier is opgenomen dat de opsporingsambtenaar de betreffende stukken ter toetsing voorlegt aan de bij de doorzoeking aanwezige officier van justitie, kennelijk ook indien de opsporingsambtenaar na zijn "oppervlakkige beschouwing" al tot het oordeel is gekomen c.q. moest komen dat het inderdaad om geheimhouderinformatie gaat. Echter, zodra geen reden is eraan te twijfelen dat het om geheimhouderinformatie gaat (en dat is bijvoorbeeld – in uitgangspunt – het geval indien sprake is van een briefhoofd van een advocaten- of notariskantoor), dan mag zo'n stuk überhaupt niet in beslag genomen worden.

Sub 2 maakt het echter mogelijk dat dergelijke stukken toch in beslag genomen worden en dat daarvan door de officier van justitie kennis wordt genomen. Dat is in strijd met HR-jurisprudentie.

Daarnaast is toetsing door de bij de doorzoeking aanwezige officier van justitie (dat is vrijwel altijd een zaaksofficier) strijdig met het uitgangspunt dat bij de beoordeling van vermoedelijke geheimhoudertukken de inhoud daarvan niet bij derden bekend mag raken. Stukken waarvan (nog) onduidelijk is of deze geheimhouderinformatie bevatten, behoren ter toetsing aan een geheimhouder dan wel een vertegenwoordiger van de beroepsgroep te worden overhandigd. Dit geldt overigens ook indien de aanwezige officier van justitie een geheimhouderofficier is.<sup>23</sup>

**Sub 3:** *"In het geval dat de betreffende geheimhouder bij de doorzoeking aanwezig is, bepaalt deze geheimhouder (m.b.t. zijn eigen documenten) of er sprake is van fysieke documenten met vermoedelijke geheimhouderinformatie. De rechter-commissaris of officier van justitie toetst (oppervlakkig) of dit standpunt aanvaard kan worden."*

Zoals onder de opmerkingen onder B al is weergegeven, luidt vaste jurisprudentie van de HR dat de autoriteiten het standpunt van de geheimhouder moet respecteren. Met "respecteren" is geen plaats voor een nadere, al dan niet oppervlakkige, toets van het door de geheimhouder ingenomen standpunt. Sub 3 van

<sup>23</sup> Zie de opmerkingen sub A.

deze paragraaf suggereert dat een dergelijke toets standaard wél wordt gedaan. Dit is in strijd met HR-jurisprudentie.

De HR erkent slechts twee situaties waarin wel een nadere toets plaatsvindt. Die nadere toets wordt dan uitgevoerd door de RC en niet door de officier van justitie. Dat is het geval indien (1) er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder onjuist is (*corpora of instrumenta delicti*). Dit betekent dat het OM concrete argumenten moet hebben en aanvoeren voor de stelling dát er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder onjuist is. Heeft het OM dergelijke argumenten niet, dan vindt geen nadere toetsing plaats, maar dient het standpunt van de geheimhouder voor juist te worden gehouden en mogen de stukken niet in beslag worden genomen. Deze door de HR gecreëerde uitzondering legitimeert niet het zonder meer uitvoeren van de in sub 3 genoemde toets van het door de geheimhouder ingenomen standpunt.

Indien het OM wél argumenten heeft voor haar stelling dat er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het door de geheimhouder ingenomen standpunt onjuist is, dan worden de stukken ter beantwoording van die vraag aan de RC voorgelegd. Ook dan mag de RC in beginsel niet kennisnemen van de inhoud van de stukken.

De tweede situatie betreft het geval waarin onderbouwd kan worden dat sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden" waarin het aanwezige verschoningsrecht toch moet wijken. De HR gaat er bij deze tweede uitzondering van uit dat de beantwoording van die vraag in negen van de tien gevallen kan geschieden zonder kennisneming van de stukken. De beslissing kan meestal al genomen worden door beoordeling van de door het OM en de geheimhouder aangevoerde argumenten. Slechts indien zo'n beoordeling niet mogelijk is zonder kennisneming, mag de RC inzage nemen in de betreffende stukken; in dat (uitzonderlijke) geval moet kennisneming dus *noodzakelijk* zijn om tot een beoordeling te kunnen komen.

**E:**

**Sub 6:** *Op een later te bepalen tijdstip kan de geheimhouder per fysiek document met vermoedelijke geheimhouderinformatie een standpunt innemen en zal de rechter-commissaris of officier van justitie daarover een beslissing nemen.*

Het sub 6 tot uitdrukking gebrachte uitgangspunt dat ook met betrekking tot ná aanvang van het onderzoek aangetroffen (vermoedelijke) geheimhouderinformatie de geheimhouder de gelegenheid moet worden gegeven over die informatie een standpunt in te nemen, is juist. Maar ook hier geldt dat het door de geheimhouder ingenomen standpunt vervolgens in beginsel moet worden aanvaard, zodat geen ruimte is voor het nemen van een beslissing door de RC of de officier van justitie (uiteraard wederom: tenzij...).

Sub 6 is in strijd met HR-jurisprudentie voor zover het de officier van justitie en de RC gelegenheid wil bieden het door de geheimhouder ingenomen standpunt te toetsen.

**F:**

**Sub 8:** *het fysieke document "met vermoedelijke geheimhouderinformatie (gebaseerd op een oppervlakkige beschouwing van het document (briefhoofd, onderwerp, ondertekening e.d.) [wordt] verstrekt aan de hulpofficier van justitie".* Ook hier geldt dat een stuk waarvan de opsporingsambtenaar zelf al na oppervlakkige beschouwing (bijvoorbeeld aan de hand van het briefhoofd) heeft vastgesteld dat het geheimhouderinformatie bevat, toch aan de hulpofficier moet worden verstrekt, die het dan vervolgens aan de medewerker geheimhouding verstrekt voor een verdere inhoudelijke controle. Dat is in strijd met HR-jurisprudentie. Zo'n stuk mag niet in beslag worden genomen en – indien beslag al heeft plaats gevonden – dient het stuk direct te worden teruggegeven.

Heeft de opsporingsambtenaar op basis van een oppervlakkige beschouwing niet kunnen vaststellen dat sprake is van geheimhouderinformatie, dan dient het stuk aan een geheimhouder verstrekt te worden, ten-

einde hem de gelegenheid te geven een standpunt te bepalen. Heeft hij wél vastgesteld dat het geheimhouderinformatie bevat, dan mogen de stukken niet in beslag worden genomen c.q. moeten die stukken onmiddellijk worden teruggegeven. De Handleiding voorziet hier niet in en is in zoverre in strijd met de HR-jurisprudentie.

**Paragraaf 1.2: Verdere verwerking van de tijdens de doorzoeking aangewezen of aangetroffen fysieke documenten met vermoedelijke geheimhouderinformatie door medewerker geheimhouders**

**G:**

**Sub 1:** Opnieuw: indien de geheimhouder een standpunt heeft ingenomen, dient dat standpunt te worden geëerbiedigd en de stukken te worden teruggegeven, tenzij gezegd kan worden dat er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt niet juist kan zijn of sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden".

Indien de opsporingsambtenaar na oppervlakkige controle van oordeel is dat sprake is van geheimhouderinformatie, dan dienen de stukken eveneens te worden teruggegeven.

**H:**

**Sub 2:** *Indien het opsporingsteam fysieke documenten met vermoedelijke geheimhouderinformatie aantreft, worden deze documenten, zonder verdere kennisneming van de inhoud daarvan, eveneens ter toetsing overgedragen aan de medewerker geheimhouder*

Dergelijke stukken zouden aan de geheimhouder moeten worden aangeboden zodat deze zijn standpunt kan bepalen. Zie daartoe de jurisprudentie van de HR. Dat standpunt moet vervolgens gerespecteerd worden en de stukken dienen te worden teruggegeven tenzij ...).

**I:**

**Sub 3:** *Is het betreffende fysieke document met vermoedelijke geheimhouderinformatie niet relevant voor het strafrechtelijk onderzoek, dan wordt het teruggegeven aan de beslagene.*

Hier wordt het "relevantie" criterium geïntroduceerd. De HR kent het relevantie-criterium niet om de eenvoudige reden dat het er bij de beoordeling van de vraag of een stuk verschoningsgerechtigd is niet toe doet of de inhoud van het stuk relevant is voor het betreffende strafrechtelijke onderzoek. Het (aan de geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht ten grondslag liggende) beginsel van bescherming van de vertrouwelijkheid geldt zowel voor informatie die voor een onderzoek wel relevant is, als voor informatie die voor dat onderzoek niet relevant is.

Wij begrijpen dat het relevantie-criterium is geïntroduceerd om onnodige discussie en procedures over voor het onderzoek niet-relevante (geheimhouder)informatie te voorkomen. In zoverre is de introductie van dit criterium wellicht goed bedoeld.

Echter, om te kunnen bepalen of een stuk relevant is voor het onderzoek, moet men van de inhoud van dat stuk kennisnemen. De introductie van het relevantie-criterium leidt er in de praktijk dan ook toe dat opsporingsambtenaren bij de selectie tussen relevant en niet-relevant materiaal ook gaan kennisnemen van de inhoud van vermoedelijke geheimhouderinformatie, met als argument om zodoende de relevantie van de informatie voor het onderzoek te kunnen bepalen. Zodoende wordt onnodig kennisgenomen van de inhoud van vermoedelijke geheimhouderstukken. Dit is in strijd met HR-jurisprudentie.

Het relevantiecriterium – in de vorm van het gebruiken van voor het onderzoek relevante zoektermen – is alleen bruikbaar in geval van grote hoeveelheden (voorlopig) in beslag genomen stukken. Voorstelbaar is dan dat de totale hoeveelheid in beslag genomen materiaal met "relevante" zoektermen wordt doorzocht, zodat vervolgens alleen de daarna resulterende hits nader geselecteerd behoeven te worden op vermoedelijke geheimhouderinformatie (welke selectie dan vervolgens weer door de geheimhouder zelf gedaan

zou moeten worden). Op deze manier wordt selectietijd bespaard doordat de hoeveelheid te doorzoeken stukken eenvoudigweg wordt verminderd.

Het op deze wijze gebruiken van het relevantie criterium brengt dan wel mee dat de hoeveelheid stukken die als "niet-relevant" afvalt onmiddellijk na deze selectie zou moeten worden teruggegeven respectievelijk ontoegankelijk zou moeten worden gemaakt. Immers dat "afgevallen" materiaal is voor het onderzoek niet relevant, maar kan misschien wel geheimhouder informatie met betrekking tot andere onderwerpen bevatten die niet binnen het onderzoek vallen. In de praktijk wordt niet of nauwelijks tot teruggave of ontoegankelijkmaking over gegaan omdat men het materiaal, nu het toch eenmaal in beslag is genomen, in beslag wil houden gedurende het hele onderzoek omdat men, naarmate het onderzoek vordert, misschien wel andere relevantie-criteria wil hanteren. En bij die nieuwe zoekslag op basis van nieuwe relevantie-criteria loopt men wellicht weer tegen vermoedelijke geheimhouderinformatie aan zonder dit eerst weer aan de geheimhouder te verstrekken teneinde hem gelegenheid te geven een standpunt in te nemen. Naarmate het onderzoek langer loopt, wordt dit vaker vergeten, terwijl ook de Handleiding hier niet, althans onvoldoende op wijst.

Hantering van het relevantiecriterium mag alleen worden toegestaan indien daarbij in het geheel geen inzage wordt verkregen in de inhoud van (een deel van) het materiaal.

Sub 3 suggereert derhalve dat de opsporingsambtenaar ook stukken die vermoedelijk geheimhouderinformatie bevatten, inhoudelijk op relevantie mag bekijken. Dat is in strijd op met de HR-jurisprudentie. In alle andere gevallen is voor het relevantie-criterium bij de discussie over geheimhouderinformatie geen rol weggelegd.

**J:**

**Sub 5:** de tekst suggereert dat de stukken met vermoedelijke geheimhouderinformatie ter toetsing aan de zaakofficier gegeven kunnen worden. Dat brengt mee dat een derde kennis neemt van de inhoud van die stukken. Dat levert strijd met de HR-jurisprudentie op. Dergelijke stukken zouden aan de geheimhouder moeten worden gegeven zodat deze een standpunt kan innemen. Dat standpunt moet vervolgens gerespecteerd worden. Zie opmerkingen onder B.

**K:**

**Sub 7:** *"kan de officier van justitie als volgt beslissen"*

Gebruik van "kan" suggereert dat de officier van justitie in een individuele zaak naar believen ook een alternatief kan kiezen. Omdat in het navolgende alle mogelijke situaties worden besproken, draagt dit niet bij aan een eenvormige verwerking van vermoedelijke geheimhouderinformatie in alle arrondissementen. Beter zou daarom zijn *"beslist de officier van justitie als volgt:"*

**L:**

**Sub 7:** *"het fysieke document bevat geheimhouderinformatie en valt onder het verschoningsrecht: de officier van justitie geeft opdracht aan de medewerker geheimhouders om zorg te dragen voor teruggave van het document aan de beslagene. Van de teruggave wordt een proces-verbaal opgemaakt."*

De formulering van deze plicht tot teruggave is, in combinatie met "de ovj kan beslissen" (zie hierboven sub K), te vrijblijvend. Stukken waarvan is vastgesteld dat deze geheimhouderinformatie bevatten *moeten onverwijld* worden teruggegeven.

Onverwijld teruggave van stukken waarvan is vastgesteld dat deze geheimhouderinfo bevatten is in de praktijk bepaald geen vanzelfsprekendheid. Integendeel, in de praktijk moet de betrokkene respectievelijk de geheimhouder (soms lange tijd) soebatten om dergelijke stukken daadwerkelijk terug te ontvangen. Dit is in strijd met het uitgangspunt dat geheimhouderinformatie niet in beslag genomen *mag* worden.



In dit onderdeel zou het verplichtende karakter van de onverwijld teruggave van stukken met geheimhouderinfo benadrukt moeten worden.

**M:**

**Sub 7:** *"en zich niet wil neerleggen bij diens oordeel dat er sprake is van een fysiek document met geheimhouderinformatie"*

Vervolgens wordt in deze sub-paragraaf de mogelijkheid voor de officier van justitie om het standpunt van de geheimhouder te betwisten te ruim omschreven en wordt daarbij niet het toepasselijke criterium genoemd. Dat criterium luidt dat er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder onjuist is. Daarvan kan sprake zijn indien de stukken corpora of instrumenta delicti zijn. Daarnaast kan zich de situatie voordoen waarin sprake is van door de HR genoemde *"uitzonderlijke omstandigheden"*. Voorbeeld daarvan kan zijn de omstandigheid dat de geheimhouder wordt verdacht van een ernstig strafbaar feit waarbij tevens sprake is van een vorm van misbruik van het verschoningsrecht.

In alle gevallen geldt echter dat het om uitzonderingen moet gaan en dat in de regel het standpunt van de geheimhouder gerespecteerd moet worden en de stukken onverwijld moeten worden teruggegeven indien de geheimhouder het standpunt inneemt dat sprake is van geheimhouderinformatie.

De huidige formulering dat de officier van justitie zich niet *wil neerleggen* opent de mogelijkheid om, ook indien een geheimhouder meent dat de stukken geheimhouderinformatie bevat, vooralsnog niet tot teruggave over te gaan, bijvoorbeeld omdat de betreffende stukken relevant zijn voor het onderzoek. De indruk bestaat dat hiervan in de praktijk met regelmaat gebruik wordt gemaakt en de stukken niet onverwijld worden teruggegeven.

**N: Sub 7:** *"het fysieke document bevat geen geheimhouderinformatie en valt daardoor niet onder het verschoningsrecht dan wel er dient zich een reden aan die leidt tot doorbreking van het verschoningsrecht: de officier van justitie geeft aan de medewerker geheimhouders aan dat het document gebruikt mag worden in het onderzoek. De medewerker geheimhouders maakt daar een proces-verbaal van op en geeft het document aan het onderzoeksteam"*

Deze zin suggereert dat, indien hij of de medewerker geheimhouding, heeft geconcludeerd dat tijdens het onderzoek "aangewezen of aangetroffen" vermoedelijke geheimhouderinformatie, geen geheimhouderinformatie bevat of wel geheimhouderinformatie bevat maar er redenen zijn het verschoningsrecht te doorbreken, de officier van justitie de betreffende stukken reeds ter beschikking van het onderzoek mag stellen. Dat is uitdrukkelijk niet het geval. De Handleiding slaat hier geheel over dat in het eerste geval (uitzondering 1) de stukken aan een geheimhouder moeten worden voorgelegd zodat deze een standpunt kan innemen dat vervolgens ofwel gerespecteerd moet worden ofwel ten aanzien waarvan de RC om een beslissing moet worden gevraagd omdat er redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat het door de geheimhouder ingenomen standpunt niet juist kan zijn.

De Handleiding miskent daarnaast dat ook in het tweede geval (uitzondering 2) het aan de RC is om te beslissen of inderdaad sprake is van "zeer bijzonder omstandigheden". Indien de RC stap wordt overgeslagen, zoals de Handleiding suggereert, end e vermoedelijke verschoningsgerechtigde stukken worden door of vanwege het OM aan het onderzoeksteam ter beschikking gesteld, dan is dat in strijd met de HR jurisprudentie.

Slechts in twee situaties kan een officier van justitie stukken waarvan het vermoeden bestaat dat deze geheimhouderinformatie bevat maar ten aanzien waarvan het OM van mening is dat deze niet verschoningsgerechtigd zijn dan wel dat zich "zeer uitzonderlijke omstandigheden" aan het onderzoek ter beschikking stellen. Die mogelijkheid bestaat alleen indien:

- de geheimhouder ondubbelzinnig heeft aangegeven afstand te doen van het verschoningsrecht;
- de rechter onherroepelijk heeft beslist dat op het stuk geen verschoningsrecht rust dan wel zich

"zeer uitzonderlijke omstandigheden" voordoen.

Bovenstaande opmerkingen gelden ook voor de medewerker geheimhouding aan wie sub-paragraaf 12 de mogelijkheid wordt geboden om stukken met vermoedelijke geheimhouderinformatie in "zeer duidelijke gevallen" ter beschikking te stellen van het onderzoek.

**O: Paragraaf 2. Aantreffen van digitale bestanden tijdens doorzoeking**

In de afgelopen decennia heeft digitale communicatie en digitale opslag een zodanige groei doorgemaakt dat het met regelmaat voorkomt dat data met geheimhouderinformatie vanwege de omvang daarvan niet ter plekke tijdens de doorzoeking kunnen worden gefilterd. Door deze feitelijke omstandigheid gedwongen worden die vermoedelijk geheimhouder-data in de praktijk door het OM meegenomen en – derhalve – feitelijk in beslag genomen.

Deze enkele feitelijke omstandigheid mag er echter niet toe leiden dat gehanteerde uitgangspunten ter bescherming van het verschoningsrecht niet worden toegepast of worden uitgehouden. Dit betreft dus:

- zo mogelijk aanbieden van databestanden waarvan het vermoeden bestaat dat deze geheimhouderinformatie bevatten aan een geheimhouder of aan een vertegenwoordiger van de beroepsgroep, zodat deze een standpunt over de data kan innemen;
- het respecteren van het door de geheimhouder, of de vertegenwoordiger van de beroepsgroep, ingenomen standpunt, tenzij van dit standpunt kan worden gezegd dat er redelijkerwijze niet aan getwijfeld kan worden dat dit onjuist is dan wel betoogd kan worden dat sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden". De RC beslist over beide uitzonderingssituaties;
- het onverwijld retourneren van de data en/of het vernietigen (ontoegankelijk maken) van die data, ten aanzien waarvan de geheimhouder het standpunt heeft ingenomen dat het geheimhouderinformatie bevat (en de uitzonderingssituaties zich niet voordoen), op zowel de originele kopie als de werkkopieën, van welke teruggave en/of vernietiging proces-verbaal wordt opgemaakt en aan het dossier wordt toegevoegd.

De Handleiding laat deze uitgangspunten niet, althans in ieder geval te weinig, terugkomen.

**P: Paragraaf 2.2.: *verdere verwerking van tijdens doorzoeking aangewezen of aangetroffen digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie door de met de digitale opsporing belaste opsporingsambtenaar en de medewerker geheimhouders***

In deze paragraaf gaat de Handleiding ervan uit dat de digitale opsporingsambtenaar of de medewerker geheimhouding de tijdens de doorzoeking als mogelijk verschoningsgerechtigd aangemerkte stukken mag toetsen. Dat is niet juist en in strijd met HR-jurisprudentie. Indien een geheimhouder zich al tijdens de doorzoeking op het standpunt heeft gesteld dat bepaalde stukken geheimhouderinformatie bevat, dan dient dat standpunt – ook door de medewerker geheimhouding – gerespecteerd te worden (tenzij ...). Heeft een geheimhouder nog geen standpunt kunnen innemen, dan dient de geheimhouder alsnog gelegenheid te worden gegeven een standpunt in te nemen welk standpunt vervolgens in beginsel gerespecteerd dient te worden (tenzij ...).

Doordat dit uitgangspunt in alle onderdelen van paragraaf 2.2. doorwerkt, is paragraaf 2.2. in strijd met HR-jurisprudentie.

Na stap 1 van deze sub-paragraaf zou moeten worden opgenomen dat de betrokkene c.q. de geheimhouder een bepaalde (beperkte) tijd krijgt om nader aan te geven waar zich vermoedelijk geheimhouderinformatie bevindt. Immers, de omvang van de digitale data is er vaak de oorzaak van dat een filtering tijdens de doorzoeking niet altijd mogelijk is. Diezelfde omvang maakt het voor de betrokkene en diens advocaat vaak niet mogelijk om tijdens de doorzoeking op te zoeken waar zich in de omvangrijke hoeveelheid data mogelijk geheimhouderinformatie bevindt. Redelijke wetstoepassing brengt mee dat die gelegenheid alsnog aan de betrokkene c.q. de geheimhouder wordt geboden. Eerst dan kan men bij stap 2 bepalen welke

onderdelen van de werkkopieën niet aan het onderzoeksteam beschikbaar mogen worden gesteld omdat zich daarin vermoedelijk geheimhouderinformatie bevindt.

**Q: 2.2. sub 2:** *"De tijdens de doorzoeking aangewezen en aangetroffen digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie worden ter toetsing ter beschikking gesteld aan de medewerker geheimhouders."*

Evenals bij de toetsing van fysieke stukken, dienen de betreffende data eerst ter beschikking gesteld te worden van een geheimhouder, dan wel een vertegenwoordiger van de beroepsgroep, teneinde de geheimhouder in staat te stellen een standpunt in te nemen. Nu de data feitelijk reeds zijn in beslag genomen en voor het verkrijgen van toegang de technische medewerking van opsporing is vereist, zal een IT-er van de politie c.q. het OM die toegang aan de geheimhouder moeten geven. Dit betekent dat afspraken worden gemaakt dat de geheimhouder op een politielocatie de data kan bekijken en een standpunt kan innemen over de vraag of het geheimhouderinformatie bevat. Dat de geheimhouder deze toetsing verricht in aanwezigheid van een IT-er van een opsporingsdienst hoeft geen bezwaar te zijn, indien hij niet kennisneemt van de inhoud van de betreffende stukken, hetgeen bij het faciliteren van technische toegang tot de data in de regel niet het geval is.

Het vervolg loopt dan weer gelijk aan het vervolg bij fysieke stukken: indien het OM geen concrete redenen heeft voor de stelling dat het standpunt van de geheimhouder redelijkerwijs niet juist kan zijn of dat sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden", dan dienen de betreffende data te worden teruggegeven en de betreffende onderdelen van de originele kopie en de werkkopieën te worden vernietigd (in ieder geval definitief ontoegankelijk te worden gemaakt).

**R: par. 2.2. sub 3:** *"niet zichtbaar en niet bruikbaar"* maken voor het onderzoeksteam.

Dit ziet op de fase waarin ten aanzien van bepaalde bestanden al is aangegeven dat deze vermoedelijk geheimhouderinformatie bevatten, maar die bestanden nog niet aan een geheimhouder zijn voorgelegd. In afwachting van het standpunt van de geheimhouder, en van de mogelijk daaropvolgende procedure bij de RC en rechtbank, worden de aangegeven bestanden voor het onderzoeksteam "niet zichtbaar en niet bruikbaar" gemaakt (ook wel "uitgrijzen" genoemd).

Dit geldt alleen indien en voor zover er nog discussie bestaat over de vraag of bepaalde bestanden al dan niet verschoningsgerechtigd materiaal bevatten. Is (inmiddels) niet meer in discussie dat sprake is van geheimhouderinformatie, dan dienen de betreffende bestanden onverwijld te worden teruggegeven en/of de betreffende bestanden in de originele en werkkopieën te worden vernietigd. Vernietiging vindt dus plaats:

- nadat de geheimhouder het standpunt heeft ingenomen dat het betreffende bestand geheimhouderinformatie bevat en het OM geen concrete argumenten heeft aangevoerd op grond waarvan gezegd moet worden dat het standpunt van de geheimhouder redelijkerwijs niet juist kan zijn;
- (indien betoogd is dat het standpunt van de geheimhouder redelijkerwijs niet juist kan zijn of dat sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden") nadat de rechter onherroepelijk heeft beslist dat het betreffende bestand geheimhouderinformatie c.q. dat geen sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden".

De Handleiding brengt dit niet duidelijk tot uiting.

**S: Par. 2.2 sub 4:** *"...worden deze bestanden, zonder verdere kennisneming van de inhoud daarvan, eveneens ter toetsing ter beschikking gesteld aan de medewerker geheimhouder"*

Ook hier geldt: de betreffende data met vermoedelijke geheimhouderinformatie zouden eerst aan de geheimhouder ter beschikking moeten worden gesteld zodat deze een standpunt kan innemen, welk standpunt vervolgens in beginsel dient te worden gerespecteerd (tenzij ...).

**T: Par. 2.2. sub 5:** *"Als de medewerker geheimhouders van oordeel is dat de digitale bestanden geen geheimhouderinformatie bevatten, zorgt hij dat het onderzoeksteam de beschikking krijgt over die digitale bestanden."*

De toetsing van als vermoedelijk geheimhouderinformatie, gekwalificeerd materiaal wordt hier geheel overgelaten aan de medewerker geheimhouding zonder dat de informatie aan een geheimhouder, of vertegenwoordiger van de beroepsgroep, wordt voorgelegd. Daardoor ontstaat de mogelijkheid dat materiaal ten aanzien waarvan een geheimhouder van oordeel zou zijn dat het geheimhouderinformatie bevat, toch bij het onderzoeksteam terecht komt. Dit is in strijd met HR-jurisprudentie.

**U: Par. 2.2. sub 6:** *"ter beschikking aan de officier van justitie [gesteld]"*

Data waarvan vermoed wordt dat deze geheimhouderinformatie bevatten, moeten worden voorgelegd aan de geheimhouder dan wel de vertegenwoordiger van de beroepsgroep.

**V: Par. 2.2. sub 7:** *"dan wel indien de officier van justitie een beslissing van de rechter-commissaris wenselijk acht"*

"wenselijk" is niet het juiste criterium. Indien de officier van justitie van mening is dat er geen twijfel bestaat dat het door de geheimhouder ingenomen standpunt niet juist kan zijn of indien er volgens de officier van justitie sprake is van "zeer bijzondere omstandigheden", dan heeft hij geen andere keuze dan het aan de RC voor te leggen.

**W: paragraaf 2.2. sub 8:** *"kan de officier van justitie het volgende beslissen"*

Zie de opmerkingen onder K, L, M.

### **Paragraaf 3.1: Verwerking fysieke documenten met vermoedelijke geheimhouderinformatie**

**X: Par. 3.1 sub 1:** *"overlegt de opsporingsambtenaar met de leider onderzoek of er inderdaad sprake is van een fysiek document met vermoedelijke geheimhouderinformatie."*

In deze zinsnede wordt bevestigd dat niet alleen de opsporingsambtenaar, maar ook de onderzoeksleider volgens de Handleiding kennis kan nemen van (een deel van de) inhoud van het stuk waarvan wordt vermoed dat het geheimhouderinformatie bevat. Dat is uitdrukkelijk *niet* de bedoeling. Als er al een medewerker geheimhouding wordt ingeschakeld, dan dient het stuk aan deze medewerker te worden overhandigd, die het stuk dan zonder nader overleg met (de leider van) het onderzoeksteam beoordeelt.

De Handleiding benadrukt onvoldoende dat op geen enkele wijze inhoudelijke informatie over een stuk waarvan wordt vermoed dat het geheimhouderinformatie bevat, met het onderzoeksteam wordt gedeeld. Dit levert strijd op met HR-jurisprudentie, waarin – ten aanzien van de RC - wordt bevestigd dat gewaarborgd moet worden dat de medewerkers waarvan de RC zich bedient onder rechtstreeks gezag van de RC dienen te staan. Daarnaast moet de RC waarborgen dat deze medewerkers geen enkele band met het onderzoeksteam hebben.

**Y: Paragraaf 3.2: Verdere verwerking van fysieke documenten met vermoedelijke geheimhouderinformatie door medewerker geheimhouders**

Zie de opmerkingen onder F, G, H, I, J.

**Z: Paragraaf 3.3: Verwerking van digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie**

Zie de opmerkingen onder X.

**AA: paragraaf 3.4: Verdere verwerking van digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie**

Zie de opmerkingen onder P, Q, R en S.

## **5. Enkele bijzonderheden: toepassing van dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden tegen advocaten**

**BB: paragraaf 5.1, voorlaatste alinea:** *"De vraag of de verschoningsgerechtigde impliciet of expliciet afstand heeft gedaan van het verschoningsrecht"*

Gelet op het belang van het verschoningsrecht en het feit dat het delen van geheimhouderinformatie met

derden onomkeerbaar is, kan alleen een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige afstand van het verschoningsrecht ten aanzien van bepaalde stukken door de geheimhouder ertoe leiden dat stukken met geheimhouderinformatie aan het dossier worden toegevoegd. Dat is vaste jurisprudentie.<sup>24</sup>

**CC: paragraaf 5.3 (p. 14, bovenaan):** *"Na een kritische toets zullen de afgesplitste dossiers of digitale mappen buiten de beslaglegging of vastlegging kunnen blijven"*

Voor zover bedoelde toets vermoedelijk geheimhoudermateriaal betreft, zal deze door de geheimhouder en/of de vertegenwoordiger van de beroepsgroep moeten worden gedaan en, indien dan nog nodig, vervolgens door de RC. De huidige bewoordingen laten de mogelijkheid open dat die toets (ook) door opsporingsambtenaren kan worden verricht, waarna dergelijke stukken aan het onderzoeksteam kunnen worden gegeven indien de opsporingsambtenaar van mening is dat het stuk geen geheimhouderinformatie bevat. Dit is in strijd met HR-jurisprudentie.

**DD: paragraaf 5.3 (p. 14, bovenaan):** *"Indien deze wijze van doorzoeken teveel tijd in beslag zou nemen, kan er niettemin voor worden gekozen om ruimhartiger bestanden en documenten in beslag te nemen dan wel vast te leggen."*

De Handleiding vermijdt te zeggen dat deze beslissing alleen door de RC kan worden genomen en dat die beslissing niet wordt genomen dan nadat er concrete afspraken met de geheimhouder c.q. de vertegenwoordiger van de beroepsgroep zijn gemaakt over de wijze en de termijn waarop de selectie later wordt voortgezet in aanwezigheid van de geheimhouder of een vertegenwoordiger van de beroepsgroep. Ook benadrukt de Handleiding niet dat stukken die in de vervolgfase als geheimhouderstukken zijn gekwalificeerd, daadwerkelijk en onverwijld moeten worden teruggegeven.

Dit klemt temeer nu er in de praktijk veelvuldig gebruik gemaakt wordt van deze mogelijkheid om "ruimhartiger" in beslag te nemen. Deze praktijk leidt ertoe dat stukken waarvan door een geheimhouder is aangegeven dat deze (vermoedelijk) geheimhoudingsinformatie bevatten of stukken met een dergelijk vermoeden die nog niet aan een geheimhouder zijn voorgelegd, ten onrechte of te lang in beslag worden genomen. Dit levert strijd op met HR-jurisprudentie.

**EE: paragraaf 5.3 (p. 14, midden):** *"Na overleg met de officier van justitie dan wel de rechter-commissaris kunnen deze dossiers of mappen vervolgens -na een kritische toets- zo spoedig mogelijk worden geretourneerd."*

De rol van de geheimhouder wordt hier ten onrechte beperkt tot het aanleveren van zoektermen. Aan de geheimhouder, of de vertegenwoordiger van de beroepsgroep, moet gelegenheid worden geboden ook de hier bedoelde toets uit te voeren. Hij zou dat immers ook hebben kunnen doen tijdens de doorzoeking indien niet was besloten dat, omwille van het tijdsbeslag, ruimhartiger in beslag werd genomen of in beslag werd genomen zonder dat dat een volledige toets op aanwezigheid van geheimhoudermateriaal heeft plaats gevonden.

Opnieuw (zie CC en DD) geldt dat hier geen ruimte is voor een "kritische toets" door het onderzoeksteam of de medewerker geheimhouding. Als de geheimhouder een stuk verschoningsgerechtigd acht, dan geldt weer de regel dat zijn standpunt wordt gerespecteerd, tenzij het OM concrete argumenten heeft waaruit volgt dat er redelijkerwijze niet aan getwijfeld kan worden dat het standpunt van de geheimhouder onjuist is. Daarom is (ook) dit onderdeel van de Handleiding in strijd met HR-jurisprudentie.

**FF: paragraaf 5.3 (p. 14, onderaan):** *"Uiteraard zal bij het maken van uitvoeringsafspraken met betrokkene rekening gehouden moeten worden met de strafvorderlijke belangen, waaronder bijvoorbeeld ook de eventueel te nemen vrijheidsbenemende maatregelen. Dit kan ertoe leiden dat er gerechercheerd wordt in fysieke documenten en digitale bestanden, voordat de uitvoeringsafspraken met betrokkene volledig zijn afgewikkeld."*

<sup>24</sup> Sinds HR 25 november 1986, NJ 1987/513: vereist is een uitdrukkelijke en ondubbelzinnige wilsverklaring van de geheimhouder of een door hem gemachtigde.

Dit is een verrassende passage. Het belang van het verschoningsrecht kenmerkt zich nu juist doordat dit belang zó groot wordt geacht dat het in beginsel altijd zwaarder weegt dan de waarheidsvinding (tenzij sprake is van "zeer uitzonderlijke omstandigheden"). Dit brengt mee dat strafvorderlijke belangen in zoverre ondergeschikt zijn. Er is geen enkele reden om een uitzondering te maken voor gevallen waarin sprake is van voorlopige hechtenis. In de HR-jurisprudentie is geen voorbeeld te vinden waaruit anders blijkt.

Deze zin suggereert dat ingeval de belangen van voorlopige hechtenis groot zijn, het onderzoeksteam zonder meer toegang krijgt tot het materiaal en derhalve ook tot (vermoedelijk) geheimhoudermateriaal. Dat zou leiden tot een onomkeerbare schending van het verschoningsrecht en is in strijd met HR-jurisprudentie.

Met de hier bedoelde strafvorderlijke belangen kan bovendien op andere wijze rekening worden gehouden, bijvoorbeeld door stukken die voor vrijheidsbeneming van belang lijken met voorrang aan de geheimhouder ter screening voor te leggen.

**HH: paragraaf 5.4: Verzoeken vernietiging, teruggave en/of melding van fysieke documenten met vermoedelijke geheimhouderinformatie en/of digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie:**

*"zal beoordeeld moeten worden of het voldoen aan die verzoeken of het reageren op die meldingen al dan niet een onevenredige tijdbesteding van het opsporingsteam vergen."*

Het spreekt vanzelf dat van de geheimhouder mag worden verwacht efficiënt te werk te gaan en alle verzoeken tot teruggave en de concrete aanwijzing van stukken of data die mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal bevatten zo spoedig mogelijk en geconcentreerd aan te leveren. Zijn cliënt heeft daar veelal ook groot belang bij omdat hij anders de kans loopt dat geheimhouderinformatie onbedoeld (deels) toch ter kennis komt van het onderzoeksteam.

De hier bedoelde situatie waarin geconcludeerd zou moeten worden dat het selecteren van verschoningsgerechtigd materiaal een te grote tijdsbelasting voor de opsporing met zich brengt laat zich moeilijk denken, temeer gelet op het belang van het verschoningsrecht.

Dat het een onevenredige tijdbesteding van het *opsporingsteam* zou vergen, is temeer niet voorstelbaar nu het opsporingsteam zich helemaal niet met vermoedelijk geheimhoudermateriaal mag bemoeien. Het zou hooguit gaan over de tijdbesteding van medewerkers geheimhouding.

**II: paragraaf 5.4, laatste zin: "De officier van justitie kan besluiten dat het zoeken naar fysieke documenten met vermoedelijke geheimhouderinformatie en/of digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie achterwege kan blijven"**

Dit geval laat zich moeilijk denken en moet zoveel mogelijk worden voorkomen. Daarbij biedt het geven van gelegenheid aan de geheimhouder om zelf de stukken (ingeval van grote hoeveelheden data: met behulp van een opsporings-it-er) te selecteren de gewenste uitkomst.

**Tot slot: Hansken – Informatieblad Geheimhouderinformatie.**

Dit door het NFI ontwikkelde systeem om grote hoeveelheden data te kunnen doorzoeken op (vermoedelijke) geheimhouderinformatie is gebaseerd op de Handleiding. Dientengevolge geeft het gebruikersrechten aan partijen/functionarissen die die rechten niet zouden mogen hebben, omdat zij dan kennis krijgen van (vermoedelijk) geheimhoudermateriaal.

Data zouden in beginsel eerst op geheimhoudermateriaal onderzocht moeten worden door een geheimhouder, die daarbij wellicht wel gebruik maakt van de diensten van een IT-functionaris die in dienst is van de opsporing, maar geen banden heeft met het opsporingsteam en dus (ook later) niet met het inhoudelijk onderzoek. Het gebruik maken van deze IT-functionaris is onvermijdelijk omdat de opsporing wil/moet

voorkomen dat de meegenomen data door derden (on)bedoeld worden gemanipuleerd. Dit impliceert dan dus wel dat deze IT-er de zoekopdrachten van de geheimhouder uitvoert en de geheimhouder desgevraagd inzage geeft in de volledige documenten/data zodat de geheimhouder kan bepalen of sprake is van geheimhoudermateriaal.

*Den Haag, 4 februari 2022*