

ADVIES

Aan:	Algemene raad
Van:	ACS
Datum:	10 september 2026
Betreft:	Tweede aanvullingswet Wetboek van Strafvordering

Onderdeel I – Functioneel verschoningsrecht

Conclusie en kernpunten

Samengevat is de NOVA sterk gekant tegen het wetsvoorstel dat de borging van het verschoningsrecht en de recente rechtspraak van de Hoge Raad op dit vlak niet alleen in gevaar brengt, maar er op wezenlijke onderdelen afbreuk aan doet. Er is geen noodzaak voor deze koerswijziging, als ook niet voor de gestelde problemen in de praktijk (die niet zijn onderbouwd); en de wetgever geeft er geen of althans volstrekt onvoldoende blijk van met deze koerswijziging op voldoende evenwichtige wijze recht te doen aan de fundamentele belangen die nopen tot het beschermen van het verschoningsrecht.

Consultatieadvies

De Tweede aanvullingswet nieuw Wetboek van Strafvordering stelt ingrijpende wijzigingen voor met betrekking tot de wijze waarop met het verschoningsrecht wordt omgegaan.

De opbouw van dit advies is als volgt. Onder **A.** worden de belangrijkste wijzigingen samengevat. Onder **B.** worden de voornaamste bezwaren daartegen uiteengezet. Onder **C.** worden enkele alternatieve oplossingen genoemd voor de signaleerde problematiek.

A. Samenvatting belangrijkste wijzigingen

Artikel 2.7.61a bevat de kern van de nieuwe regel. Op basis van dit artikel mogen opsporingsambtenaren, samengevat, direct kennisnemen van alle stukken uit een verzameling gegevens (die via beslag, vordering of anderszins zijn verkregen) zolang geen redelijk vermoeden bestaat dat het functioneel verschoningsrecht zich over die verzameling gegevens uitstrekt. Het tweede lid van dit artikel introduceert een volledig nieuwe definitie van dit redelijke vermoeden en bepaalt dat daarvan slechts sprake is wanneer *‘ten aanzien van het overgrote deel van de tot deze verzameling behorende afzonderlijke voorwerpen of gegevens het redelijke vermoeden bestaat dat het functioneel verschoningsrecht zich daarover uitstrekt.’*

Artikel 2.7.61b regelt dat de officier van justitie een selectie kan maken binnen de verzameling gegevens als er aanwijzingen bestaan dat zich binnen de verzameling gegevens ook gegevens bevinden waarover het functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt. De officier van justitie maakt zo mogelijk gebruik van een automatische filtering en zorgt ervoor dat de selectie plaatsvindt op een wijze dat de kennisneming van de gegevens beperkt blijft.

De rol van de rechter-commissaris wordt sterk ingeperkt. De rechter-commissaris wordt enkel geadieerd wanneer - na de (eventuele) filtering onder leiding van de officier van justitie ex artikel 2.7.61b - een verzameling gegevens overblijft waarvan het overgrote deel vermoedelijk onder het verschoningsrecht valt, en de officier van justitie van oordeel is dat een kennisneming van de eventuele niet-verschoningsgerechtigde gegevens in die verzameling in het belang van het onderzoek is. De rechter-commissaris maakt in dat geval binnen die verzameling de verdere

filtering op het verschoningsrecht, bijvoorbeeld op vals positieven. Tegen beslissingen van de rechter-commissaris om na deze filtering (of nadat hij vaststelt dat een uitzonderingssituatie voordoet)¹ bepaalde gegevens vrij te geven waarvan de rechter-commissaris meent dat zij niet onder het verschoningsrecht vallen, kan door de betreffende functioneel verschoningsgerechtigde beroep worden ingesteld onder artikel 2.7.71.

Daarnaast kan de belanghebbende in een beperkt aantal gevallen klagen over schendingen van het verschoningsrecht (afdeling 4.1.4). Belanghebbenden zijn de verschoningsgerechtigden, de hulpzoekenden (zoals cliënten van de advocaat of patiënten van de arts) en de partij waarbij de gegevens zijn beslagen of overgenomen. Het klachtrecht is erop gericht schendingen van het verschoningsrecht te voorkomen of te beëindigen. Dat betekent dat niet geklaagd kan worden als geen verbod op kennisneming bestaat, zoals wanneer geen redelijk vermoeden zoals bedoeld in artikel 2.7.61a bestaat. De klager moet ook met voldoende precisie aangegeven op welke voorwerpen of gegevens zijn beklag betrekking heeft; hij kan dus niet klagen over een theoretische kennisneming of als hij niet (precies) weet welke verschoningsgerechtigde gegevens bekeken zullen worden.

Evenmin kan geklaagd worden over de (al dan niet waterdichte) filtering van de gegevens, de beoordelingsprocedure door de rechter-commissaris, de selectie en filterprocedure van de officier van justitie, de vraag of de politie de verwachte behoedzaamheid aan de dag heeft gelegd, of over eventuele schendingen van het verschoningsrecht doordat de politie zich niet tot een marginale, terughoudende beoordeling van verschoningsgerechtigde stukken heeft beperkt.

Tot slot kan het beklag enkel erop gericht zijn (verdere) kennisneming van verschoningsgerechtigd materiaal te voorkomen. Als de opsporing een verschoningsgerechtigd document uitvoerig heeft bekeken, maar belooft dat niet nogmaals te doen zodra de verschoningsgerechtigde daarover hoort, kan dus geen beklag worden ingediend. Ontvankelijke klaagschriften zullen dan ook enkel nog de situatie betreffen waarbij een document volgens de officier van justitie niet onder het verschoningsrecht valt en wel nuttig is voor het onderzoek, terwijl de belanghebbende meent dat het document wel onder het verschoningsrecht valt.

Klachten hebben onder de nieuwe regeling niet langer opschortende of schorsende werking. De kennisneming van de gegevens kan dus doorgaan zolang het klaagschrift loopt.

De begrenzing van de wijze waarop de opsporing met verschoningsgerechtigde stukken kan omgaan is vastgelegd in artikelen 2.7.57a en 4.3.11a. Artikel 2.7.57a bevat een algemene zorgplicht voor opsporingsambtenaren om zoveel mogelijk te voorkomen dat inbreuk wordt gemaakt op het verschoningsrecht. Artikel 4.3.11a stelt dat het bewijs dat de verdachte het feit heeft begaan niet kan steunen op gegevens waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt.

Deze zorgplichtbepaling staat eraan in de weg dat opsporingsambtenaren volledig kennisnemen van alle verschoningsgerechtigde gegevens. Zij behoren te volstaan met een marginale, terughoudende kennisname van de gegevens om te beoordelen of verschoningsrecht aan de orde is, waarbij voorkomen wordt dat van meer informatie wordt kennisgenomen dan noodzakelijk om die beoordeling te maken.

¹ Zoals uiteengezet in het (gewijzigde) artikel 2.7.61.

Uit de memorie van toelichting (MvT) volgt dat de opsporing, indachtig de zorgplicht, ook kan kiezen een voorselectie te laten maken door ambtenaren die niet bij het onderzoek zijn betrokken, of op voorhand een automatische filtering kan uitvoeren op de namen van verschoningsgerechtigden. Daarvoor is het volgens de MvT vereist dat de beslagene concreet aangeeft welke verschoningsgerechtigden in de gegevens zouden kunnen voorkomen. Diezelfde eis wordt gesteld in verband met de filtering door de officier van justitie van artikel 2.7.61b.

Het voorstel stelt dat geaccepteerd moet worden dat een waterdichte filtering niet zal lukken en moet worden gedaan wat met redelijke inspanning mogelijk is, waarbij geaccepteerd wordt dat de inspanningsverplichting niet zal leiden tot een volledige borging van het verschoningsrecht.

Eventuele gemaakte fouten zullen, zo stelt de wetgever, kunnen worden opgelost door de zittingsrechter in de matrix van artikel 359a Sv.

B. Bezwaren bij het wetsvoorstel

Het verschoningsrecht berust op een algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij bepaalde vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden. Dit uitgangspunt is in 1985 (Notaris Maas- beschikking) voor het eerst door de Hoge Raad verwoord en sindsdien vaste rechtspraak.² Dit algemene rechtsbeginsel geldt voor alle wettelijk geheimhouders, en binnen de advocatuur voor alle rechtsgebieden (niet alleen het strafrecht) en heeft daarmee een breed toepassingsgebied.

De Hoge Raad heeft in dit verband steeds geoordeeld dat de opsporing geen kennis mocht nemen van documenten waarvan werd vermoed dat het geheimhouderstukken betroffen.³ Dergelijke stukken dienen naar de rechter-commissaris te gaan opdat deze het standpunt van de verschoningsgerechtigde kan inwinnen. Het is immers primair de verschoningsgerechtigde die bepaalt of gegevens onder zijn verschoningsrecht vallen.⁴ Dat standpunt kan marginaal getoetst worden door een rechter: het standpunt van de advocaat moet door politie en justitie worden gerespecteerd, tenzij het redelijkerwijze niet juist kan zijn. Bij twijfel over dit laatste beslist in eerste instantie de rechter-commissaris, bij voorkeur na overleg met gezaghebbende vertegenwoordiger beroepsgroep (deken). Slechts voor zover noodzakelijk om de stelling van de advocaat te toetsen mag de rechter-commissaris kennisnemen. Als het gaat om zeer grote hoeveelheden gegevens geldt dat als de rechter-commissaris expertise of gelegenheid mist om zo'n tijdrovend onderzoek uit te voeren, hij zich mag laten bijstaan door een zodanige functionaris en op zodanige wijze, dat gewaarborgd wordt dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden moet de vertrouwelijkheid wijken voor waarheidsvinding. Allemaal regels die volgen uit het algemene rechtsbeginsel, de vaste rechtspraak van de Hoge Raad en die door de wetgever in de MvT bij de Eerste vaststellingswet zijn omarmd.

Recentelijk heeft de Hoge Raad nadere uitvoeringsregels toegevoegd ten aanzien van het verschoningsrecht. Dat deed de Hoge Raad onder meer in de slepende Box-zaak (ECLI:NL:HR:2024:375), alsook in enkele andere zaken. De in deze recente rechtspraak

² HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 (*Notaris Maas*).

³ Ter illustratie: HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262.

⁴ Zie onder meer: HR 7 juni 1985, NJ 1986, 174; HR 12 februari 2002, NJ 2002, 439, HR 29 juni 2004, NJ 2005, 273, HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262 en HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375.

geformuleerde regels betreffen geen koerswijziging, maar een bevestiging van de sinds 1985 bestaande uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het verschoningsrecht.

Kern daarvan is het volgende. Schendingen van het verschoningsrecht dienen voorkomen te worden. Het belang van het verschoningsrecht vergt stevige inspanningen, waarbij onder meer feitelijke en technische beperkingen bestaan waardoor opsporingsambtenaren geen kennis kunnen nemen van verschoningsgerechtigd materiaal.

De voorgestane regeling doet afbreuk aan (het belang van) het verschoningsrecht. Kern van de regeling is dat de opsporing onderscheid zal maken tussen wat wel en niet onder het verschoningsrecht valt, en dat schendingen worden opgelost door middel van bewijsuitsluiting achteraf. Voorkomen van schendingen is wel een doel van de regeling maar in de uitwerking blijkt daarvan weinig. De achtergrond van het verschoningsrecht – het belang dat hulpzoekenden zich vrijelijk tot verschoningsgerechtigden kunnen wenden – vergt immers dat die hulpzoekende erop mag vertrouwen dat het verschoningsrecht geborgd zal worden. De voorgestelde regeling voldoet niet aan die maatstaf.

Ook is de onderbouwing van het wetsvoorstel onvoldoende. Niet enkel vanwege de al benoemde afbreuk die het voorstel aan het verschoningsrecht doet, maar ook omdat het niet toelicht waarom het een zo dramatische koerswijziging meent te kunnen rechtvaardigen.

Dat laat zich als volgt nader toelichten.

Een voorbeeld. De opsporing vordert of beslaat een grote hoeveelheid data: 1.000.000 e-mails. Het is zeker dat zich tussen die data verschoningsgerechtigd materiaal bevindt, maar dat niet het overgrote deel van de data onder het verschoningsrecht valt (let wel: dit is eigenlijk altijd zo; de verschoningsgerechtigde data zal een kleine hoeveelheid betreffen van de data).

Bezwaar 1: De opsporing neemt te veel data in beslag, hetgeen door de nieuwe regeling wordt aangemoedigd

De ‘datahonger’ van de opsporing maakt dat steeds grotere beslagen worden gelegd. De MvT spreekt van ‘bulkgegevens’ en dat lijkt een juiste omschrijving voor de gigantische hoeveelheden data die in beslag worden genomen. Het voorbeeld van 1 miljoen e-mails betreft de onderkant van de grootte van vorderingen c.q. beslagen die tegenwoordig worden gelegd.

Het wetsvoorstel moedigt dergelijke datahonger aan. Door te veel in beslag te nemen zal de specificatie of sprake is van een redelijk vermoeden dat het overgrote deel van de data onder het verschoningsrecht valt immers niet goed mogelijk zijn. De wetgever zegt immers, als het een kleine hoeveelheid is die niet goed valt te specificeren in de grote hoeveelheid, dan mag de opsporing er zelf mee aan de slag; dan gaat het niet naar de rechter-commissaris. Dit moedigt aan grotere hoeveelheden in beslag te nemen want daarin wordt het lastiger de geheimhouderinformatie te identificeren.

Beter zou zijn deze datahonger (enigszins) te remmen door meer specificatie, zoals zoektermen, van de opsporing te verlangen. Ook dat zou tot snellere doorlooptijden leiden, zonder afbreuk aan de kwaliteit van de opsporing te hoeven doen.

Alle 1.000.000 e-mails kunnen direct door de opsporing worden ingezien. Ten aanzien van geen enkele individuele e-mail bestaat immers op voorhand het redelijke vermoeden dat die e-mail onder het verschoningsrecht valt.

Bezwaar 2. Het nieuwe 'redelijke vermoeden' betreft een kunstgreep om de goede werking van het verschoningsrecht te omzeilen

Het nieuwe 'redelijke vermoeden' (de meerderheid moet verschoningsgerechtigd zijn) ziet op de volledige verzameling gegevens en werkt als drempelcriterium voor de toepassing van het verschoningsrecht. Het betreft in wezen een kunstgreep om ervoor te zorgen dat de opsporing de primaire instantie wordt die beoordeelt of het verschoningsrecht aan de orde is. Bij een miljoen e-mails zal immers nooit het redelijk vermoeden dat de meerderheid verschoningsgerechtigd materiaal betreft aan de orde zijn.

Bezwaar 2(a) Gevolg is dat de opsporing direct aan de slag gaat met alle e-mails, waardoor zij (haast automatisch) ook kennis zullen nemen van verschoningsrecht e-mails. Dat betreft een fundamentele schending van het verschoningsrecht die eenvoudig voorkomen had kunnen worden.

Het nieuwe 'redelijke vermoeden' is ook niet reëel of begrijpelijk waar de uitleg van dit begrip in de MvT Eerste vaststellingswet (en van de huidige uitleg in de jurisprudentie) dat wel is. Ter vergelijking: in de MvT bij de Eerste vaststellingswet was de gangbare uitleg, dat het bij 'redelijk vermoeden' kon gaan om een onderbouwde bewering van de beslagene, rechthebbende, of verschoningsgerechtigde. Ook kon worden gelet op bijv. de aard en kenmerken van de inbeslaggenomen gegevens (briefhoofd, map). En er moet reëel risico zijn dat die gegevens onderdeel (zullen) uitmaken van beslag of onderzoek en dat daarvan wordt kennisgenomen. Ook valt in de (oude) MvT te lezen dat het, bij het inbeslagname van een volledige bedrijfsadministratie, "de verwachting is dat daar stukken van advocaten en notarissen tussen zitten". Om in zo'n geval pas de rechter-commissaris in te schakelen als aan de in het consultatievoorstel opgenomen "kwantitatieve" eis van redelijk vermoeden is voldaan, is irreëel.

Daarbij komt: om te kunnen concluderen of sprake is van het nieuwe 'redelijk vermoeden' zal in veel gevallen simpelweg veel meer dan een 'behoedzame' blik nodig zijn. Er komt dan een onaanvaardbaar grote – en fundamenteel onjuiste – verantwoordelijkheid te liggen bij de opsporingsambtenaar die op dergelijk materiaal stuit. Die wordt geacht het te herkennen, niet te openen, niet te lezen en niet nader te onderzoeken. Het is een illusie om te denken dat geheimhouderinformatie in één oogopslag te herkennen is voor een niet goed in het verschoningsrecht ingevoerde opsporingsambtenaar. Hoe om te gaan met bijlagen, conceptovereenkomsten, notulen van bestuursvergaderingen waarin een bespreking met een advocaat is vastgelegd?

Nadat is kennisgenomen zit de informatie in het hoofd en is sprake van een ongeoorloofde inbreuk op het verschoningsrecht en dat is schadelijk voor het vertrouwen van cliënten dat communicatie met hun advocaat geheim blijft. Het zal bovendien vaak ook gaan om het verschoningsrecht van beroepsbeoefenaren die geen enkele betrokkenheid of relevantie hebben voor de strafzaak. De Hoge Raad heeft in 2024 nog geoordeeld dat het beginsel van vertrouwelijke communicatie in elk geval wordt ondergraven als de met het opsporingsonderzoek belaste officier van justitie kennis kan nemen van geheimhoudergegevens, of anderszins die gegevens bekend worden binnen het opsporingsteam. Betrokkenheid van een andere autoriteit is dus aangewezen bij de beoordeling of sprake is van geheimhoudergegevens.

Selecteren en ‘behoedzaam’ kennisnemen door de officier van justitie/opsporingsambtenaren is zonder waarborgen onaanvaardbaar, en die waarborgen ontbreken volledig. In dit verband kan ook worden gewezen op de verschoningsplicht van artikel 1.6.11 Eerste vaststellingswet, waarin een verschoningsplicht geldt voor (bijvoorbeeld) de rechter-commissaris en de deken die hebben kennisgenomen van geheimhoudermateriaal.

Elke kennisname van verschoningsgerechtigd materiaal door de opsporing is ongewenst. Redengevend voor het verschoningsrecht is dat de hulpzoekende zich in vrijheid tot een verschoningsgerechtigde kan wenden. Een vrees voor openbaarmaking bestaat reeds wanneer de opsporing de verschoningsgerechtigde gegevens deels kan inzien; niet langer kan dan met recht gezegd worden dat de geheimen die een hulpzoekende aan de verschoningsgerechtigde toevertrouwd absoluut geheim zullen blijven. Hulpzoekenden worden afgeschrikt zich tot een verschoningsgerechtigde te wenden, of volledig open kaart met die verschoningsgerechtigde te spelen. Het doel van het verschoningsrecht wordt dan ook reeds door de mogelijkheid van kennisname ondermijnd, zeker als dit het uitgangspunt wordt.

Bezwaar 2(b) Hiervoor is reeds uiteengezet dat sinds 1985 de primaire verantwoordelijkheid voor de beoordeling of sprake is van verschoningsrecht bij de verschoningsgerechtigde ligt. Slechts ingeval redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan dat het door de verschoningsgerechtigde ingenomen standpunt onjuist is, wordt van dat standpunt afgeweken. Het betreft dan ook een marginale toets, omdat het verschoningsrecht anders ‘op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast’.⁵

Nederland is daarin niet alleen. Het in de MvT aangehaalde WODC-rapport van december 2025 ‘Internationaal vergelijkend onderzoek professioneel verschoningsrecht’ schrijft:

*Vaste rechtspraak van het EHRM is in dat verband dat de overheidsinstanties niet zelf het onderscheid mag maken tussen wat wel en wat niet verschoningsmateriaal zou (kunnen) vallen. Daarvoor is, gezien de gevoeligheid van het onderwerp, rechterlijk toezicht nodig.*⁶

De voorgestelde regeling strijdt hiermee door de beoordeling of sprake is van het verschoningsrecht volledig in handen van de opsporing en de officier van justitie te leggen (zie ook hierna). Dat is niet hun taak en valt ook niet binnen hun expertise, alleen al aangezien het ook niet hun verschoningsrecht is.

Bovendien staat zo’n rol voor de officier van justitie minstens op gespannen voet met de rechtspraak van het EHRM dat immers bij een inbreuk (van artikel 8 en 6 EVRM) wezenlijk acht of de inbreukmakende instantie voldoende objectief en onpartijdig is; waar een rechter-commissaris dat is, zal de officier van justitie dat niet zonder meer zijn.⁷

⁵ HR 7 juni 1985, NJ 1986, 174.

⁶ WODC, *Internationaal vergelijkend onderzoek professioneel verschoningsrecht*, p. 23 onder verwijzing naar: EHRM 7 november 2017, nr. 37717/05, par. 106 (Dudchenko t. Rusland), onder verwijzing naar Kopp t. Zwitserland, par. 73-74.

⁷ Vgl. EHRM 16 oktober 2007, ECLI:NL:ECHR:2007:1016JUD007433601 (Wieser and Bicos Beteiligungen t. Oostenrijk); EHRM 7 november 20217, ECLI:CE:ECHR:2017:1107JUD003771705 (Dudchenko t. Rusland); EHRM 4 februari 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0204JUD001126604 (Kruglov e.a. t. Rusland); EHRM 17 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1217JUD000045918 (Saber t. Noorwegen); EHRM 16 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000069819 (Sargāva t. Estland).

Bezwaar 2(c) Een derde gevolg is dat door dit criterium niet meer goed aangegeven kan worden dat verschoningsrecht aan de orde is. Zoals volgt uit de MvT is niet langer voldoende dat de belanghebbende aangeeft dat e-mails met verschoningsgerechtigden in zijn inbox zitten, hij moet deze (de facto) specifiek kunnen aanwijzen. In een digitale wereld is dat niet mogelijk, althans is dat een ongekende eis die in het maatschappelijk verkeer niet wordt gesteld en ook redelijkerwijs niet gesteld kan worden; wie weet waar precies iets digitaal zit? Het vergt een forensische exercitie om die zoekslag te kunnen maken, en dat kan van belanghebbenden niet gevergd worden.

Dat geldt te meer omdat beslagen en vorderingen veelal niet dezelfde mappenstructuren volgen als die de gebruiker kent. De belanghebbende kan daardoor in feite niet zo concreet zijn als dat de nieuwe regeling van hem lijkt te verwachten. Daarbij komt de term 'verzameling van gegevens' is niet gedefinieerd in de wet of toelichting. Als daarmee het volledige beslag wordt bedoeld, hetgeen aannemelijk lijkt, zal dus zelfs bij het specifiek kunnen wijzen naar een bepaalde map geen redelijk vermoeden ten aanzien van de volledige verzameling bestaan.

De officier van justitie mag (maar is daartoe niet verplicht) een automatische filtering laten uitvoeren. Daartoe vraagt de officier van justitie bij de partij waar de data is beslagen of gevorderd een lijst van betrokken verschoningsgerechtigden, zodat aan de hand van die lijst een automatische filtering kan plaatsvinden.

Bezwaar 3: automatische filtering wanneer feiten of omstandigheden wijzen op verschoningsgerechtigde gegevens is niet verplicht

Ook wanneer er op feiten of omstandigheden gebaseerde aanwijzingen bestaan dat zich in een verzameling gegevens verschoningsgerechtigde gegevens bevinden, is een, al dan niet automatische, filtering niet verplicht. Dat is een groot mankement in de voorgestane regelgeving waardoor (nog meer) schendingen van het verschoningsrecht zullen plaatsgrijpen. Voor opsporing en de officier van justitie bestaat daardoor immers geen enkele reden om tot een dergelijke filtering over te gaan anders dan de algemene zorgplichtbepaling. Belanghebbenden kunnen volgens de MvT ook niet klagen over het uitblijven van een dergelijke filtering.

Bezwaar 4: de verhouding tussen artikel 2.7.61a en 2.7.61b maakt dat onderzoek aan gegevens door kan gaan terwijl een filtering plaatsvindt

De verhouding tussen artikel 2.7.61a en 2.7.61b is niet sluitend geregeld. Ook wanneer wel gekozen wordt voor een filtering ex artikel 2.7.61b onder leiding van de officier van justitie, kan de opsporing dus (ondertussen) kennis blijven nemen van alle gegevens, inclusief de verschoningsgerechtigde gegevens.

Bezwaar 5: uitwerking artikel 2.7.61b is gedelegeerd

Blijkens het tweede lid van artikel 2.7.61b (alsook het vierde lid van artikel 2.7.62b) wordt de uitwerking van cruciale onderdelen van de filterings- en bewaarprocedure gedelegeerd aan een algemene maatregel van bestuur. Dat is ongewenst, reeds omdat de invulling van de vereiste waarborgen daardoor buiten het zicht van de wetgever in formele zin blijft en dat (dus) niet goed betrokken kan worden bij de noodzakelijke, maar nog niet gevoerde, discussie over de verhouding tussen het belang van het verschoningsrecht en het opsporingsbelang.

Bezwaar 6: verschoningsrecht ondermijnd door te vragen naar een lijst van betrokken verschoningsgerechtigden

Volgens de MvT vindt een (automatische) filtering op verschoningsgerechtigde gegevens enkel plaats indien de beslagene concreet aangeeft welke verschoningsgerechtigden in de data voorkomen. Ook onder het huidige recht wordt het overleggen van een dergelijke lijst, waar mogelijk, van een beslagene verlangd. Die lijst wordt thans echter aan de rechter-commissaris, in plaats van de opsporing c.q. de officier van justitie verstrekt.

Onder de nieuwe regeling wordt van de beslagene verlangd dat hij die lijst met de officier van justitie en/of de opsporing deelt teneinde andere, nog verdergaande, inbreuken op het verschoningsrecht te voorkomen. Daarmee wordt het verschoningsrecht volgens de MvT niet direct geschonden, omdat de beslagene (een cliënt) geen geheimhoudingsplicht heeft jegens zijn verschoningsgerechtigde.

De goede werking van het verschoningsrecht wordt echter hierdoor ondermijnd. Ook het bestaan van een hulpverlenersrelatie tussen een hulpzoekende en een verschoningsgerechtigde valt immers onder het verschoningsrecht.⁸ Het recht van de beslagene op een vertrouwelijke relatie met een verschoningsgerechtigde wordt hierdoor dus uitgehold.

Bezwaar 7: de betrokkene zal vaak geen lijst met verschoningsgerechtigden kunnen verstrekken

Steeds vaker worden gegevens niet verkregen door ouderwets beslag bij een verdachte, maar door vorderingen aan derden, zoals bijvoorbeeld een e-mailprovider. Die kan immers ook alle e-mails van het bedrijf uitleveren. De e-mailprovider zal geen lijst met betrokken verschoningsgerechtigden kunnen verstrekken. In die situatie zal, zo volgt uit de MvT, geen automatische filtering plaatsvinden en mag de opsporing dus zonder meer van het volledige beslag (inclusief verschoningsgerechtigde gegevens) kennisnemen. Op deze wijze kan zelfs de beperkte bescherming die artikel 2.7.61b biedt dus worden geen opgeld doen en zal de opsporing zonder meer de beschikking krijgen over verschoningsgerechtigde gegevens.

In de situatie dat de officier een filtering heeft uitgevoerd, worden 500 e-mails aangemerkt als mogelijk verschoningsgerechtigd doordat daarin bijvoorbeeld de naam of een e-mailadres van een verschoningsgerechtigde voorkomt. De officier meent echter dat een deel van deze hits *false positives* zijn en dat die van belang zijn voor het onderzoek. De officier van justitie vraagt aan de rechter-commissaris een verdere filtering uit te voeren. De rechter-commissaris doet dat en beslist ten aanzien van 50 e-mails dat het inderdaad om *false positives* gaat, ondanks dat daarin 10 verschillende verschoningsgerechtigden worden genoemd. Als een verschoningsgerechtigde genoemd wordt in deze e-mails, wordt deze aangeschreven met de beslissing van de rechter-commissaris. De verschoningsgerechtigde kan vervolgens klagen over de beslissing.

Bezwaar 8: geen beklagmogelijkheid bij onbereikbare verschoningsgerechtigde

Als geen duidelijk aangewezen verschoningsgerechtigde in de stukken voorkomt, of wanneer deze niet bereikbaar is, kan geen beklag worden ingediend. Na het onherroepelijk worden van de

⁸ HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268. HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553. Zie voorts HvJEU (Grote Kamer) 8 december 2022, ECLI:EU:C:2022:963 (C-694/20), punt 27.

beslissing van de rechter-commissaris, kan echter ook door anderen niet geklaagd worden over die kennisneming. Dit wijst op een serieuze lacune in de rechtsbescherming.

Hierbij moet erop worden gewezen dat het niet of niet in voldoende mate kunnen klagen over (schending) van het verschoningsrecht, niet EVRM- en EU proof is. In het bijzonder ook ten aanzien van het laatste geldt immers dat er een daadwerkelijke gang naar de rechter mogelijk moet zijn om (vermoede of vermeende) schendingen van het verschoningsrecht aan de orde te kunnen stellen (met een in de woorden van het HvJ EU ‘volledige rechterlijke toetsing’).⁹

Bezwaar 9: onbedoelde groei aan klachtprocedures

De 10 verschillende verschoningsgerechtigden kunnen, zo lijkt, enkel beklag instellen omtrent hun eigen verschoningsrecht. Dit zou betekenen dat bij een vrijgave van deze 50 e-mails tien verschillende klachten zouden moeten worden ingediend. In plaats van een beperking van de hoeveelheid klachtprocedures, zoals het wetsvoorstel beoogt, zullen er dus (veel) meer procedures worden ingeleid.

Gedurende dit proces heeft de opsporing de (volledige) beschikking gehad over de gegevens, inclusief de verschoningsgerechtigde gegevens. Onder de regeling dienen zij hun best te doen het verschoningsrecht niet te schenden (zorgplicht). De opsporing opent (logischerwijs) gedurende het onderzoek ook e-mails die van een verschoningsgerechtigde afkomstig zijn.

Reprise: De vertrouwensband tussen hulpzoekende en verschoningsgerechtigde wordt dus, al dan niet opzettelijk, geschonden althans dat risico wordt op de koop toegenomen.

Bezwaar 10: zorgplicht gebaseerd op vertrouwen is een systematisch verkeerd vertrekpunt

De zorgplicht van artikel 2.7.57a is gebaseerd op het vertrouwen in de opsporing dat zij, al dan niet bewust, geen inbreuk zal maken op het verschoningsrecht. Systematisch is dat een verkeerd vertrekpunt. Het verschoningsrecht moet niet afhankelijk worden gemaakt van de goede zorg van de opsporing. Zaken zoals de Box-zaak hebben aangetoond dat een systeem gebaseerd op dergelijk vertrouwen te veel van de overheid vraagt. De voorgestelde regeling geeft bovendien weinig aanleiding tot vertrouwen nu schending van het verschoningsrecht erin geaccepteerd en genormaliseerd wordt.

⁹ Het Hof van Justitie EU heeft het belang van het verschoningsrecht onder meer benadrukt in arresten in 2022 en 2024 waar het bevestigde dat artikel 7 Handvest van de grondrechten van de EU en artikel 8 EVRM een bijzondere bescherming bieden aan het verschoningsrecht van advocaten. Die bescherming ziet niet alleen op advies ten behoeve van de (uitoefening van de) rechten op verdediging van een cliënt, maar ook op juridisch advies in algemene zin (welk rechtsgebied het ook betreft), zowel wat betreft de inhoud als het bestaan ervan (HvJ EU 8 december 2022, ECLI:EU:C:2022:963 (Zaak C-694/20). HvJ EU 29 juli 2024, ECLI:EU:C:2024:639 (Zaak C-623/22); HvJ EU 26 september 2024, ECLI:EU:C:2024:791 (Zaak C-432-23).) In het recente arrest van 16 juli 2026 heeft het Hof van Justitie EU bovendien benadrukt dat, hoe groter de vertrouwelijkheid en gevoeligheid van communicatie (zoals in het geval van het verschoningsrecht), hoe zwaarder de bescherming moet zijn. Het Hof benadrukte, dat een maatregel waarbij een (mededingings)autoriteit toegang krijgt tot elektronische communicatie een aanzienlijke inmenging kan vormen in fundamentele rechten. Er moet in elk geval toetsing achteraf door een rechter kunnen plaatsvinden HvJ EU 6 juli 2026, ECLI:EU:C:2026:585 (Zaak C-258/23 – C-260/23).

Bezwaar 11: controle van de opsporing is niet mogelijk

De aard van het opsporingswerk is dat, nadat gegevens zijn verkregen, de verdediging (laat staan de verschoningsgerechtigde) geen inzicht heeft in de wijze waarop omgegaan wordt met die gegevens. Welke gegevens, hoe lang en hoe aandachtig worden gelezen, is niet controleerbaar voor verdediging of rechter. Dat betekent dat controle op de omgang met het verschoningsrecht effectief bezien pas kan plaatsgrijpen nadat het onderzoek goeddeels is afgerond en een onderzoeksdossier met de verdediging is gedeeld.

Op schendingen gedurende het onderzoek kan in wezen niet worden geacteerd, waardoor zij ook niet voorkomen kunnen worden.

Dit betekent ook dat de verdediging (of de verschoningsgerechtigde) slechts kan klagen omtrent het gebruik van gegevens wanneer die in het onderzoeksdossier zitten. Als gegevens niet in het dossier zitten, zal niet nagegaan kunnen worden of dat document wel of niet is gebruikt, bijvoorbeeld ter sturing van het onderzoek, en wel of niet terecht als verschoningsgerechtigd materiaal is aangemerkt. In hoeverre opsporingsbeambten verschoningsgerechtigde gegevens summier of integraal hebben gelezen, kan naderhand vermoedelijk niet worden vastgesteld. Heimelijke kennisname van verschoningsgerechtigde gegevens wordt hierdoor in de hand gewerkt.

Dat maakt bovendien dat sprake is van een oncontroleerbare zorgplicht. Dat is uitzonderlijk in het strafrecht. Andere (impliciete) zorgplichten die op de opsporing rusten, zoals de plicht ontlastend bewijs aan het dossier toe te voegen, kunnen naderhand gecontroleerd worden doordat de verdediging niet-gevoegde stukken kan inzien. Een dergelijke controlemogelijkheid is wel van belang, reeds omdat het nodig is dat de rechter eigenstandig kan vaststellen dat het onderzoek goed is verlopen. De voorgestelde bepaling doet afbreuk aan die controlemogelijkheid door de rechter en daarmee aan het in artikel 6 EVRM vastgelegde recht op een eerlijk proces en het recht op rechterlijke toetsing van het opsporingsonderzoek.

Bezwaar 12: te beperkte groep belanghebbenden

Ook in het uitzonderlijke geval dat de verdediging of belanghebbende wel inzicht krijgt gedurende het onderzoek, is het klachtrecht beperkt.

Naar het zich laat aanzien bevat de voorgestelde regeling een beperkte verruiming met betrekking tot de mogelijkheid voor hulpzoekenden om te klagen over schendingen van het verschoningsrecht. Het klachtrecht wordt immers aan 'de belanghebbende' gegeven. Enigszins onduidelijk is echter of een klacht van een hulpzoekende ook ontvankelijk is als de betrokken verschoningsgerechtigde niet mee klaagt. Dat is thans niet het geval. Uit de regeling volgt niet goed of dat zo blijft.

Indien dat zo blijft, baart het volgende te meer zorgen. Uit de MvT volgt dat een verschoningsgerechtigde enkel ten aanzien van het eigen verschoningsrecht kan klagen. Als dat uitgangspunt ook geldt wanneer een cliënt klaagt, zouden bij een gepercipieerde schending met betrekking tot verschillende verschoningsgerechtigden dus al deze verschoningsgerechtigden moeten mee klagen. Dat is altijd praktisch zeer bezwaarlijk. Controle op schendingen van het verschoningsrecht wordt daarmee immers nog verder ingedamd.

Bezwaar 13: het klachtrecht is ook anderszins te beperkt

De grote beperking van het klachtrecht, zoals in de samenvatting uiteengezet, is niet wenselijk. De belanghebbende kan op geen enkele wijze invloed uitoefenen om het verschoningsrecht gedurende het onderzoek te borgen, of om voorzienbare schendingen van het verschoningsrecht te voorkomen. Niet geklaagd kan worden over het uitblijven van filtering door de officier van justitie of de wijze waarop dergelijke filtering plaatsvindt. Strikt genomen kan dat onder de huidige regeling ook niet, al zal daar minder reden voor bestaan nu de verantwoordelijkheid voor het filterproces thans bij de rechter-commissaris ligt. Bovendien kan in de voorgenomen regeling ook niet geklaagd worden over een evident voorzienbare schending van het verschoningsrecht, hetgeen thans niet aan de orde is. Immers, een beklag over de kennisneming van een verschoningsgerechtigde e-mail is prematuur zolang de opsporing nog niet op die e-mail is gestuit. Als de opsporing eenmaal op een e-mail is gestuit, is echter ook reeds kennisgenomen van die e-mail. Het kwaad is dan al geschied. Dat maakt dat schendingen van het verschoningsrecht niet voorkomen worden, terwijl dat wel eenvoudig was geweest.

Diezelfde conclusie volgt door het feit dat klachten onder de nieuwe regeling niet langer opschortende of schorsende werking hebben. De schending van het verschoningsrecht zal dus doorgaan zolang het klaagschrift loopt. Daarvoor lijkt geen enkele logische reden te bestaan, te minder nu niet geklaagd kan worden over het verloop van de procedure, maar slechts over de kennisneming en het gebruik van specifieke documenten.

Bezwaar 14: rol deken wordt ten onrechte afgezwakt

Het voorstel (artikel 2.7.62 lid 5) behelst de mogelijkheid dat de rechter-commissaris af kan zien van het inwinnen van het oordeel van de deken. Deze bepaling in combinatie met artikel 2.7.64 lid 2 die inzage toch mogelijk maakt, leiden ertoe dat de rol van de verschoningsgerechtigde maar ook van de deken wordt afgezwakt ten opzichte van zowel de Eerste aanvullingswet en de rechtspraak van de Hoge Raad.

Een deugdelijke reden voor deze afzwakking wordt door de wetgever niet gegeven. In geval de verschoningsgerechtigde niet zelf kan worden geraadpleegd (zoals bij heimelijke opsporing) is er reden te meer de deken daarbij wel te betrekken.

Bezwaar 15: bewijsuitsluiting is geen effectieve remedie

Het grote maatschappelijke belang van het verschoningsrecht vergt dat schendingen worden voorkomen en niet slechts achteraf bekeken. De voorgestelde regeling, inclusief het beperkte klachtrecht, leidt echter tot de omgekeerde situatie. Schendingen van het verschoningsrecht worden geaccepteerd en bewijsuitsluiting geldt als enige gestelde remedie. Maar bewijsuitsluiting herstelt de geschonden vertrouwensband niet. Na een schending is het kwaad reeds geschied, ook als het betreffende document niet als bewijs gebruikt mag worden. De informatie kan bovendien gebruikt zijn ter sturing van het onderzoek en is dan bovendien gewoonweg door een groot aantal mensen ingezien en wellicht zelfs in de openbaarheid gekomen door bespreking daarvan ter zitting. Bewijsuitsluiting lost die schending dus in het geheel niet op.

Dit terwijl het verschoningsrecht dient om de vertrouwelijke communicatie tussen burgers en verschoningsgerechtigden te waarborgen, om te waarborgen dat burgers zich in vertrouwen kunnen wenden tot advocaten en notarissen, maar ook tot artsen en geestelijken. Bewijsuitsluiting

achteraf betekent dat de informatie op zichzelf al in een strafdossier terecht is gekomen, en dat een veelheid aan personen daarvan al kennis heeft kunnen nemen. Dat zal mensen ervan weerhouden om de verschoningsgerechtigden aan te zoeken, omdat die immers vertrouwelijkheid niet meer kunnen garanderen, met de nodige maatschappelijke problematiek tot gevolg. Denk aan het meisje dat niet naar de dokter durft omdat haar ouders niet mogen weten dat ze al seksueel actief is; een vrouw die slachtoffer is van huiselijk geweld maar geen hulp durft te zoeken bij een arts of (echtscheidings)advocaat uit angst dat haar man erachter komt; of de XTC-verslaafde man die geen hulp zoekt omdat dan zijn werkgever mogelijk op de hoogte raakt. Het is juist die vertrouwelijke relatie die beschermd moet worden. Met enkel bewijsuitsluiting achteraf is van die bescherming in het geheel geen sprake.

Bovendien kan mogelijke bewijsuitsluiting niet werken als reden voor de opsporing om zich prudent te gedragen. Immers, verschoningsgerechtigd materiaal kan hoe dan ook niet als bewijs worden gebruikt, ongeacht de kennisneming daarvan door de opsporing. Dat betekent dat er voor de opsporing en het openbaar ministerie weinig risico schuilt in de kennisname van verschoningsgerechtigd materiaal.

Nadat bepaalde gegevens als verschoningsgerechtigd materiaal zijn aangemerkt, worden zij door de officier van justitie bewaard.

Bezwaar 16: vernietiging van de verschoningsgerechtigde gegevens is aangewezen

Volgens het nieuwe artikel 2.7.62b worden verschoningsgerechtigde gegevens bewaard en niet langer vernietigd. Er is daardoor sprake van een doorlopende schending van het verschoningsrecht, althans een grote kans op blijvende en herhaalde schendingen. De verschoningsgerechtigde heeft op deze wijze geen grip op haar gegevens. Dat is onwenselijk.

Bovendien is niet wenselijk dat de uitvoeringsregels omtrent dit artikel, zoals bijvoorbeeld het moment waarop de gegevens wel definitief vernietigd worden, gedelegeerd worden in een algemene maatregel van bestuur.

Afronding

Uit de bezwaren, die hiervoor zijn geformuleerd, volgt een eenduidig beeld, te weten een wetgever die het verschoningsrecht ondergeschikt maakt aan voortvarende opsporing. Er wordt gesteld, zonder onderbouwing, dat de huidige praktijk niet uitvoerbaar is; dit terwijl de Hoge Raad in recente arresten die praktijk mede heeft vormgegeven. Er lijkt geen goede grond te bestaan om het kind met het badwater weg te gooien, zoals het voorstel voorstaat.

Het wetsvoorstel neemt als gezegd afstand van het uitgangspunt dat van een bulk aan gegevens geen kennisgenomen mag worden zolang niet met voldoende zekerheid vaststaat dat zich daarin geen geprivilegieerde gegevens bevinden. Volgens de MvT dient dat uitgangspunt te worden verlaten omdat het gebaseerd is op 'de fictie dat zich na filtering geen enkel geprivilegieerd gegeven meer in de bulk mag bevinden'.

Het wetsvoorstel draait het echter op grond daarvan volledig om. In plaats van het uitgangspunt dat geen kennisname plaatsvindt zolang niet zeker is dat er geen verschoningsgerechtigde gegevens worden aangetroffen, wordt het uitgangspunt wel kennis te nemen ondanks dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid wel verschoningsgerechtigde gegevens worden aangetroffen.

Het algemene rechtsbeginsel van het verschoningsrecht vergt meer borging dan slechts (de hoop op) behoedzame opsporingsbeambten en toetsing achteraf. Schendingen dienen zoveel mogelijk op voorhand voorkomen te worden, omdat de aard van het verschoningsrecht maakt dat correctie achteraf geen, althans te weinig, soelaas biedt. En ook dit uitgangspunt wordt volledig omgedraaid doordat schendingen van het verschoningsrecht, het werd al toegelicht, inherent aan de regeling zijn en, zo lijkt, door de wetgever voor lief worden genomen.

Dergelijke omdraaiingen van bestendige jurisprudentie zijn ongewenst en ongepast. Veel logischer was geweest om bij de Hoge Raad aan te sluiten en zoveel te doen wat redelijkerwijs mogelijk is om schendingen van het verschoningsrecht te voorkomen.

Dat zal nooit leiden tot een volledig waterdicht systeem waarbij geen enkel verschoningsgerechtigd document ooit door de opsporing bekeken wordt, maar wel van een werkwijze waarop met beperkte moeite, zoveel mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal op voorhand wordt weggefilterd, zonder dat het verschoningsrecht daarbij al op voorhand wordt geschonden. De oplossing kan bijvoorbeeld bestaan in het invoeren van een snelle eerste schifting onder leiding van de rechter-commissaris tussen 'vermoedelijk geen verschoningsrecht' en 'mogelijk wel verschoningsrecht', waarbij de eerste groep direct wordt vrijgegeven aan de opsporing.

Opgemerkt wordt bovendien dat het feit dat een volmaakt systeem niet mogelijk is en dat procespartijen zich moeite moeten getroosten om het verschoningsrecht te borgen, uiteraard geen reden kan zijn om dit belangrijke beginsel uit te hollen.

De kennelijke wens van de indiener van het wetsvoorstel een nieuwe afweging te maken tussen het verschoningsrecht en het belang van de opsporing, voor zover daar vanuit rechtsstatelijk perspectief al ruimte voor is, dient voldoende onderbouwd te zijn. Die onderbouwing ontbreekt. Het ingeroepen argument, in feite een efficiëntiewens, is niet eens gekwantificeerd. Bovendien lijkt geen afweging gemaakt te zijn voor dit wetsvoorstel ten opzichte andere, minder ingrijpende, alternatieven.

Kort samengevat, de voorgestelde regeling normaliseert schendingen van het verschoningsrecht zonder blijk te geven van een duidelijke belangenafweging. Het wetsvoorstel is alles overziend niet goed onderbouwd en niet in lijn met de bescherming respectievelijk de borging van het verschoningsrecht.

C. Alternatief

Het is niet de taak van de algemene raad van de NOvA met uitgekristalliseerde alternatieven voor dit wetsvoorstel te komen. Een uitgewerkt alternatief is voorhanden, vastgelegd in de Eerste vaststellingswet. Niettemin worden hieronder nog alternatieve praktische denkrichtingen benoemd die het verschoningsrecht beter waarborgen.

Kernelement van elk alternatief is dat de rechter-commissaris verantwoordelijk blijft voor de regie omtrent het verschoningsrecht en hij, in samenspraak met de verschoningsgerechtigde - en niet de opsporing beslist - of documenten wel of niet onder het verschoningsrecht vallen. Die procedure zou echter (veel) sneller kunnen plaatsgrijpen dan thans het geval. In dat verband wordt het volgende voorgesteld.

1. Een verplichting vanuit de NOvA voor alle advocaten om een e-mailadres te registreren zoals ook geldt ten aanzien van het geheimhoudertelefoonnummer. Vervolgens kan direct na verkrijgen van de gegevens een automatische filtering worden uitgevoerd op al deze e-mailadressen en telefoonnummers.
2. Een wettelijke vastlegging van een korte termijn waarbinnen de beslagene een lijst met betrokken verschoningsgerechtigden aan de rechter-commissaris (niet de opsporing of de officier van justitie) moet sturen, waarop aanvullend gefilterd kan worden. Het zou dan gaan om (bijvoorbeeld) buitenlandse advocaten en/of verschoningsgerechtigd materiaal waar mogelijk geen e-mailadres of telefoonnummer op staat (zoals adviezen). De rechter-commissaris draagt zorg voor een aanvullende automatische filtering op deze gegevens.
3. Alle gegevens die niet door deze filteringen worden geraakt, kunnen direct aan het opsporingsteam worden vrijgegeven. De vertraging die met deze procedure gepaard gaat, is dan vermoedelijk beperkt.
4. De gegevens die wel geraakt zijn door een of meer van de zoektermen, kunnen indien gewenst door de opsporing nader worden gefilterd. De opsporing wordt dan gevraagd welke gegevens zij specifiek zoeken, zodat ook daarop wordt gefilterd. Dat zorgt voor een snellere doorlooptijd.
5. Er wordt een rechtbank aangewezen als concentratierechtbank voor de behandeling van klaagschriften omtrent filterprocedures.

Onderdeel II – Prokuratuur en Landeck

Conclusie

De arresten *Prokuratuur* en *Landeck* hebben een fundamentele betekenis voor de wijze waarop rechtsbescherming dient plaats te vinden bij (persoons)gegevensverwerking in strafrechtelijke context. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in die arresten duidelijk uitgelegd waar die rechtsbescherming ten minste aan dient te voldoen. De ACS is blij dat de fundamentele rechten worden overgenomen in de Tweede aanvullingswet. Op onderdelen wordt de inhoud/betekenis van voornoemde uitspraken niettemin afgezwakt ten nadele van de rechtsbescherming, zonder (juridische grondslag ter) rechtvaardiging. Daarop is de ACS kritisch, het wetsvoorstel behoeft op die onderdelen aanpassing en/of nadere toelichting.

Kernpunten

De punten betreffen achtereenvolgens:

- de 'uitzonderingsclausule' van artikel 2.7.38 lid 2 Sv;
- de bevroeringsmogelijkheid van artikel 2.7.39 en, in mindere mate, artikel 2.7.40 en artikel 2.7.41 Sv; en
- de ondergrens van 'vierjaarsfeiten'.

Consultatieadvies

De Tweede aanvullingswet codificeert de rechtspraak omtrent de rechtsbescherming bij (persoons)gegevensverwerking in strafrechtelijke context. Dit is met name het gevolg van de ontwikkelingen binnen het recht van de Europese Unie: de uitwerkingen van artikelen 7 en 8 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie in bijvoorbeeld Richtlijn 2016/680 en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaken *Prokuratuur* en *Landeck* over respectievelijk de vereisten aan rechtsbescherming bij de verkrijging en (verdere) verwerking van (historische) verkeersgegevens van telecommunicatie en de inhoud van een 'smartphone'.

Daarbij wordt in het voorstel ook de uitleg van de Hoge Raad betrokken. Voor de ACS blijft het Unierecht evenwel de directe bron.¹ Die bron blijft leidend, waar de Hoge Raad de uitleg nog moet passen in de bestaande wetgeving. Het nieuwe Wetboek van Strafvordering biedt daarentegen de kans om direct te handelen naar en in de geest van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en bescherming van persoonsgegevens zoals die door het Hof van Justitie van de EU en overigens door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) al geruime tijd wordt voorgestaan. Dat maakt ook dat de ACS over het algemeen blij is met het overnemen van de fundamentele rechten van het Europese recht, maar wel enkele kritische opmerkingen plaatst bij beperkingen van het Europese recht die afdoen aan de rechtsbescherming *zonder* dat daarvoor een (objectief) gerechtvaardigde noodzaak is gegeven in de memorie van toelichting (MvT). Dat doet afbreuk aan concrete rechten én aan de algehele opvatting van het fundamentele karakter van – kort gezegd – het recht op privacy.

Concreet gaat het daarbij om de uitzonderingsclausules die in het voorgestelde artikel 2.7.38 e.v. Sv zijn opgenomen. Die uitzonderingsclausules zijn in strijd met opvatting van rechtsbescherming ter zake dat recht op privacy, zoals die met name volgt uit de arresten *Prokuratuur* en *Landeck*.

Het **tweede lid van artikel 2.7.38 Sv** bevat de eerste uitzondering op "de hoofdregel dat de toegang tot gegevens in een digitale-gegevensdrager of geautomatiseerd werk alleen kan worden verschaft op bevel van de officier van justitie na een daartoe verleende machtiging van de rechter-

commissaris.” Met die uitzondering wordt bepaald “dat de opsporingsambtenaar zich toegang kan verschaffen tot gegevens in een digitale-gegevensdrager of geautomatiseerd werk zonder een bevel van de officier van justitie als die toegang niet kan leiden tot een meer dan geringe beperking van de grondrechten.” Het Landeck-arrest, dat dus ziet op (pogingen tot) het verkrijgen van toegang tot gegevens in digitale-gegevensdragers of geautomatiseerde werken, noemt echter in het geheel geen uitzondering als de onderhavige. Verondersteld wordt dat (pogingen tot) het verkrijgen van zulke toegang (per definitie) een meer dan geringe beperking van de grondrechten behelst. Daarbij mag worden opgemerkt dat het Hof van Justitie (in het kader van toegang tot door dienstverleners opgeslagen gegevens) eerder heeft overwogen: “Wat betreft de vraag of sprake is van inmenging in die grondrechten, zij eraan herinnerd dat, [...] de toegang van overheidsinstanties tot dergelijke gegevens inmenging in het in artikel 7 van het Handvest neergelegde grondrecht op eerbiediging van het privéleven vormt, zelfs al kan die inmenging om bepaalde redenen niet als „ernstig” worden aangemerkt en zonder dat van belang is of de informatie over het privéleven al dan niet gevoelig is en of de betrokkenen door die inmenging enig nadeel hebben ondervonden. Een dergelijke toegang vormt tevens inmenging in het door artikel 8 van het Handvest gewaarborgde grondrecht op bescherming van persoonsgegevens, aangezien die toegang een verwerking van persoonsgegevens is [...]”.²

Ook het EHRM overweegt dat reeds bij de toegang tot, en het bewaren van persoonsgegevens, adequate, procedurele waarborgen moeten bestaan bij de naleving van (beperkingen op) de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (vgl. bv. EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05 (*Prezhdarovi t. Bulgarije*) par. 39, 49 en 50 alsook EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04 (*S. en Marper t. het VK*) par. 67). Met het procedureel waarborgen wordt vanzelfsprekend niet gezegd dat bij een inhoudelijke toetsing (door een rechter) alle digitale gegevensdragers of geautomatiseerde werken op dezelfde wijze worden beoordeeld. Voorstelbaar is dat een rechter (veel) sneller zal kunnen instemmen met (pogingen tot) het verkrijgen van toegang tot gegevens in digitale gegevensdragers of geautomatiseerde werken als die alleen al vanwege hun aard een (veel) geringere inbreuk op grondrechten kunnen opleveren dan bijvoorbeeld het geval is bij (pogingen tot) toegang tot gegevens in een ‘smartphone’. Dat betekent echter niet dat een opsporingsambtenaar daar zelf over zou moeten kunnen oordelen; dat wensen de Europese hoven nu juist te voorkomen.

Met betrekking tot de praktijk maken we nog een enkele opmerking. De ACS ziet geen praktisch onoverkomelijke problemen in de eis dat elke (poging tot) toegang tot gegevens in digitale-gegevensdragers of geautomatiseerde werken door een rechter moet worden geaccordeerd. Allereerst is het al lastig om een voorbeeld te bedenken van digitale gegevensdragers of geautomatiseerde werken waarbij gezegd kan worden dat de gegevens die daaruit kunnen worden verkregen op voorhand niet meer dan een (zeer) geringe inbreuk op de grondrechten *kunnen* opleveren. Ten tweede, mocht dat zo zijn, dan zal een rechter ook direct toestemming kunnen geven en is aan de (procedurele) vereisten van rechtsbescherming vanuit het Europese recht voldaan. Andersom geldt wel dat als het *eerst* aan de opsporingsambtenaar zélf wordt overgelaten om te bepalen of met een bepaalde (poging tot) toegang tot gegevens in digitale gegevensdragers of geautomatiseerde werken een “niet meer dan geringe inbreuk op de grondrechten” kan worden gemaakt, de vrees van de ACS is dat de uitzondering de (hoofd)regel wordt en de (hoofd)regel de uitzondering. Daarbij merken wij nog op dat als de wetgever zou willen vasthouden aan een wettelijke uitzondering, de uitzondering zoals die momenteel verwoord is in het voorgestelde artikel 2.7.38 Sv vermoedelijk niet voldoet aan de vereisten van ‘quality of law’ zoals voorgeschreven door artikel 8 EVRM. De uitzondering laat nu een zeer ruime mate van beoordelingsvrijheid aan de opsporingsambtenaar over of en in hoeverre een

bepaald onderzoek aan een telefoon slechts een geringe beperking op de persoonlijke levenssfeer oplevert. Het EHRM vereist echter dat de omvang van de discretionaire bevoegdheid die aan een (rechter of) opsporingsinstantie wordt toegekend, en de wijze waarop die discretionaire bevoegdheid mag worden uitgeoefend, voldoende duidelijk is omschreven, om zo het individu adequate bescherming te bieden tegen willekeurige inmenging.³ Die vrees is met name gerechtvaardigd door het gebrek aan sanctionering van vormverzuimen door de strafrechter, als in dat verband al een verweer gevoerd wordt/kan worden (in de meeste gevallen zal helemaal geen strafrechter komen te oordelen over de eigen inschatting van een opsporingsambtenaar). Een dergelijke afwezigheid van een toetsing achteraf legt daarbij opnieuw gewicht in de schaal bij het vermoeden dat de momenteel geformuleerde uitzondering niet voldoet aan de vereisten van de *'quality of law'*.⁴ Kort en goed, de ACS meent dat voor deze uitzondering (van artikel 2.7.38 lid 2 Sv) geen plaats is.

Vervolgens bevat **artikel 2.7.39 e.v. Sv** een uitzondering in de vorm van een 'bevroeringsmogelijkheid'. Om bijvoorbeeld te voorkomen dat gegevens kunnen kwijtraken, zo wordt in de MvT overwogen, kan het nodig zijn dat een opsporingsambtenaar alvast gegevens overneemt, zonder de toestemming van een rechter vooraf af te wachten. Daarbij wordt verwezen naar het *Landeck*-arrest waarin inderdaad een overweging is opgenomen over gevallen waarin een uitzondering mogelijk is op de eis dat *"wanneer de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de persoonsgegevens het risico van een ernstige of zelfs zeer ernstige inmenging in de grondrechten van de betrokkene met zich meebrengt, deze toegang afhankelijk wordt gesteld van een voorafgaande toetsing door een rechter of een onafhankelijk bestuursorgaan."* Die uitzondering geldt voor *"naar behoren gemotiveerde spoedeisende gevallen, waarin die toetsing op korte termijn dient plaats te vinden. Met een latere toetsing kan immers niet worden beantwoord aan het doel van een voorafgaande toetsing, dat erin bestaat verhinderen dat tot de betrokken gegevens een toegang wordt verleend die verder gaat dan strikt noodzakelijk is."*⁵ Uit deze overweging volgen twee zaken:

- de uitzondering geldt in naar behoren gemotiveerde spoedeisende gevallen en die laat zich derhalve bezwaarlijk vatten in een algemene, wettelijke uitzonderingsmogelijkheid en
- bovendien geldt dat als sprake is van zo'n uitzonderlijke situatie, die toetsing "op korte termijn" dient plaats te vinden, omdat een latere toetsing niet beantwoordt aan het doel van een voorafgaande toetsing.

Deze uitleg volgt ook uit de andere taalversies van het arrest:

"in cases of duly justified urgency, (...) that review must take place within a short time" of – in de oorspronkelijke procestaal, *"außer in hinreichend begründeten Eilfällen, (...) die Kontrolle kurzfristig erfolgen muss"*. Met "that review" en "die Kontrolle" verwijst het Hof van Justitie van de EU simpelweg naar de onafhankelijke, rechterlijke controle vooraf, zij het op korte termijn.

Daar komt nog bij dat het Hof van Justitie van de EU met spoedeisende gevallen ook niet lijkt te bedoelen: spoed om gegevens veilig te stellen (waar bovendien andere mogelijkheden toe bestaan, waarover hierna meer). Het gaat om spoed om toegang tot gegevens te verkrijgen (wellicht kan gedacht worden aan het beëindigen van een acute, gevaarlijke of zelfs levensbedreigende situatie, zoals bijvoorbeeld in geval van verdenkingen ter zake een ontvoering), zoals bedoeld in artikel 2.7.40 Sv. De ACS meent derhalve dat ook voor deze uitzondering geen plaats is in artikel 2.7.39 Sv.

Voorts meent de ACS dat geen plaats is voor artikel 2.7.40 Sv in de huidige vorm. Wel zou gedacht kunnen worden aan een spoedprocedure waarbij de rechter *mondeling* om toestemming wordt verzocht, die daar dan direct op kan beslissen. Daarmee kan wél worden beslist op basis van de relevante informatie om de belangenafweging mogelijk te maken die het Hof van Justitie van de EU *vooraf, in alle gevallen* wenst, terwijl ook het belang van spoed wordt gediend. Voor zover de gedachte zou kunnen bestaan dat dit te veel werk oplevert voor rechters: juist daarin ligt doorgaans ook een reden voor het opwerpen van drempels door een beperkende (hoofd)regel in combinatie met een uitzonderingsmogelijkheid. Van die laatste moet enkel gebruik worden gemaakt indien het écht nodig is. Andersom geldt ook hier: als we alleen al denken aan het in beslag nemen en willen verkrijgen van toegang tot een ‘smartphone’, geldt tegenwoordig in vrijwel elk geval dat mogelijk is om dat op afstand te beïnvloeden en dus van een gerechtvaardigde verwachting om de uitzondering de (hoofd)regel te maken en de (hoofd)regel de uitzondering. Bovendien geldt dat andere manieren bestaan om te voorkomen dat gegevens worden vernietigd of gewijzigd dan het verkrijgen van toegang tot die gegevens. Die mogelijkheid wordt nota bene expliciet gemaakt in artikel 2.7.41 Sv. Alleen al in dat licht geldt dat niet alleen principiële bezwaren bestaan tegen artikel 2.7.39 Sv maar ook het praktische belang daarvan ontbreekt.

Tot slot is de ACS kritisch op de ondergrens voor het mogelijk maken van (pogingen tot) het verkrijgen van toegang tot gegevens in digitale-gegevensdragers of geautomatiseerde werken. Die ondergrens is nu, in artikel 2.7.38 lid 1 Sv gesteld op “vierjaarsfeiten”. Daaronder vallen dus ook al (niet-gekwalificeerde) diefstal, verduistering en oplichting. Vooropgesteld moet worden dat het Hof van Justitie van de EU in dit verband enige discretionaire bevoegdheid laat aan de lidstaten en dat het Hof niet op voorhand aangeeft dat (pogingen tot) het verkrijgen van toegang tot gegevens in digitale-gegevensdragers of geautomatiseerde werken enkel is voorbehouden aan gevallen waarin het gaat om (de bestrijding van) zware criminaliteit. Anderzijds moet in *alle* gevallen sprake zijn van een evenwicht tussen – kort gezegd – (de ernst van) de verdenking en “de fundamentele rechten op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op bescherming van de persoonsgegevens van de personen op wier gegevens de toegang betrekking heeft”. In dat licht is een categorische ondergrens van “een verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld” zonder wezenlijke betekenis. Daarom geldt:

- ofwel ligt voor de hand dat een rechter per verdenking bekijkt of die verdenking feitelijk voldoende zwaarwegend is – de ene (winkel)diefstal is de andere (sieraden)diefstal niet – en wordt in dat verband een open norm geformuleerd;
- ofwel ligt voor de hand om aan te sluiten bij een categorie ‘zwaarte van de verdenking’ die wordt gebruikt bij (min of meer) vergelijkbare andere inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. In dit verband kan gedacht worden aan de vastlegging van gegevens die in het geautomatiseerde werk zijn opgeslagen, zoals momenteel verankerd is in artikel 126nba lid 1 sub d Sv en waarvoor geldt dat sprake is van (een verdenking van) “een misdrijf, waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld, dan wel een misdrijf dat bij algemene maatregel van bestuur is aangewezen”. Nota bene, een hogere drempel past ook bij de strafverzwaringen die over de gehele linie worden doorgevoerd in het strafproces, maar waarmee op zichzelf nog niet direct de onderlinge verhoudingen tussen misdrijven (qua ernst) wordt aangetast.

Onderdeel III – Het slachtoffer

Conclusie

In de Tweede aanvullingswet worden de rechten van slachtoffers ten dele uitgebreid en daarnaast beter verankerd, ten opzichte van de huidige regeling. De ACS onderschrijft de voorgestelde wijzigingen. Gemeend wordt evenwel dat het voorgestelde artikel 4.2.18 aanpassing behoeft c.q. van een nadere toelichting dient te worden voorzien. Het voorstel in de huidige vorm kan tot onwenselijke vertraging van strafprocessen leiden en bovendien is op dit punt sprake van ongelijkheid tussen verdachte en slachtoffer. Immers, bij een verdachte die op de juiste wijze is opgeroepen wordt in beginsel verstek verleend (vgl. 4.2.15 Nieuwe WvSv), van een belangenafweging is aldaar geen sprake. Waarom dat ten aanzien van het slachtoffer anders zou moeten zijn, blijkt niet.

Kernpunten

Artikel 4.2.18 behoeft aanpassing c.q. nadere motivering.

Consultatieadvies

In de Tweede aanvullingswet is voorgesteld om in artikel 4.2.18 op te nemen:

- “1. Indien het slachtoffer of de persoon die op grond van artikel 1.5.8 het spreekrecht kan uitoefenen om oproeping heeft verzocht, maar niet op de terechtzitting verschijnt, beveelt de rechtbank dat hij zal worden opgeroepen om op een nader te bepalen tijdstip op de terechtzitting te verschijnen en schorst zij het onderzoek.*
- 2. De rechtbank kan van de oproeping afzien indien zij van oordeel is dat het belang van een behoorlijke behandeling van de zaak vergt dat het onderzoek direct wordt voortgezet en dit belang zwaarder weegt dan het belang van het slachtoffer of de spreekgerechtigde bij aanwezigheid op de terechtzitting.”*

In de memorie van toelichting wordt daarover opgemerkt:

Hiertoe wordt in de artikelen 4.1.6, eerste lid, en 5.4.12 opgenomen dat de dag en het tijdstip van de terechtzitting zo mogelijk ook in overleg met het slachtoffer of de spreekgerechtigde dan wel zijn advocaat of gemachtigde wordt bepaald. Daarnaast wordt in artikel 4.2.18 (dat op grond van artikel 5.4.16 ook in hoger beroep van toepassing is) het uitgangspunt opgenomen dat het onderzoek op de terechtzitting in beginsel wordt geschorst indien het slachtoffer of de spreekgerechtigde, ondanks de geuite wens om aanwezig te zijn, niet op de terechtzitting is verschenen. Hij wordt dan opgeroepen voor een nader te bepalen terechtzitting. De rechtbank kan alleen afzien van schorsing en (hernieuwde) oproeping na een uitdrukkelijke belangenafweging. Onder het slachtoffer wordt in verband met deze voorschriften ook de benadeelde partij begrepen (artikel 4.4.3).

Het valt toe te juichen dat meer rekening gehouden wordt met het slachtoffer of de spreekgerechtigde en dat de datum van de zitting ook zoveel mogelijk in overleg met deze partij wordt bepaald. Echter, juist in verband daarmee valt niet in te zien waarom het uitgangspunt is dat aanhouding van de zitting volgt als het slachtoffer of de benadeelde partij ook en juist blijkens een correcte oproeping en een in overleg bepaalde zitting, niet ter terechtzitting verschijnt.

Bij de verdachte is dan immers het uitgangspunt dat verstek verleend wordt, enige belangenafweging is daarbij niet wettelijk verankerd. Voor dit verschil is geen objectieve rechtvaardiging.

Uiteraard dient immers te worden nagegaan of de benadeelde partij correct is opgeroepen, indien deze niet ter zitting verschijnt. Zo mogelijk, zoals in de praktijk ook thans vaak gebeurt bij verdachten die niet verschijnen, terwijl bekend is dat zij eerder expliciet de wens hebben geuit aanwezig te zijn, dient getracht te worden contact te leggen met de benadeelde of zijn of haar raadsman. Indien echter blijkt van een correcte oproeping, zou het uitgangspunt moeten zijn dat de zitting doorgang heeft, zo ook ten aanzien van de verdachte het geval is. Juist slechts indien ondanks een in overleg geplande zitting op het laatste moment een bericht van verhindering volgt of een niet verschijnen door onvoorziene omstandigheden, zou plaats moeten zijn voor een belangenafweging.

Door ook in deze gevallen categorisch de zitting aan te houden ontstaat onnodige vertraging en bovendien rechtsongelijkheid tussen benadeelde partij en verdachte. Die laatste ziet immers in een vergelijkbaar geval de strafzaak, nota bene jegens hem, buiten diens afwezigheid afgedaan worden.

Als gezegd bestaat juist nu in de regeling ook is voorzien in het betrekken van de benadeelde partij c.q. spreekgerechtigde en/of diens bijstandsverlener bij de planning van de zitting en bij het zorgdragen voor juiste oproeping van deze partij, ook geen objectieve rechtvaardiging voor deze regeling. De regeling behoeft op dit punt aldus aanpassing.

Primair zou het uitgangspunt van aanhouding van de terechtzitting losgelaten moeten worden, indien blijkt van een deugdelijk opgeroepen partij, zodat de regeling gelijk is met die van 4.2.15. In ieder geval dient nader gemotiveerd te worden waarom ook bij een deugdelijk opgeroepen benadeelde partij/spreekgerechtigde, aanhouding van de zitting het uitgangspunt is.