

Internationaal vergelijkend onderzoek professioneel verschoningsrecht



J.S. (Joost) Nan

P.A.M. (Paul) Mevis

N.L. (Nina) Holvast

P.A.M. (Pieter) Verrest

Ten behoeve van het WODC, afdeling Extern Wetenschappelijke Betrekkingen (EWB)

Projectnummer: 3510

Oktober 2025 – Rotterdam

© 2025 Erasmus School of Law. Auteursrechten voorbehouden. Niets uit dit rapport mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, digitale verwerking of anderszins, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Erasmus School of Law.

Voorwoord	9
Lijst met afkortingen	10
Hoofdstuk 1 Inleiding	12
1.1 Aanleiding voor het onderzoek	12
1.2 Centrale probleemstelling en onderzoeksvragen.....	13
1.2.1 Probleemstelling	13
1.2.2 Onderzoeksvragen	14
1.3 Opzet en methode van het onderzoek	15
1.3.1 Stapsgewijze aanpak rechtsvergelijking	15
1.3.2 Keuze voor rechtssystemen ter vergelijking	16
1.3.3 Uiteenzetting juridische kaders.....	18
1.3.4 Uiteenzetting van de praktijk	18
1.3.5 Expertmeeting	19
1.4 Leeswijzer	19
Hoofdstuk 2 Europees juridisch kader	21
2.1 Inleiding	21
2.2 Het recht op vertrouwelijke communicatie en het verschoningsrecht in Europees verband, meer concreet de Raad van Europa en het EVRM/EHRM	21
2.3 EU-recht/HvJ EU	24
2.4 Deelconclusie	25
Hoofdstuk 3 Nationaal kader	26
3.1 Inleiding	26
3.2 Vertrouwelijke communicatie en geheimhoudingsplicht.....	26
3.3 Handhaving geheimhoudingsplicht; tuchtrecht en strafrecht.....	28
3.4 Meldplicht in geval van ongebruikelijke transacties.....	29
3.5 Toezicht op de advocatuur en het notariaat.....	29
3.6 Verschoningsrecht.....	31
3.6.1 Wettelijke grondslag.....	31
3.6.2 Van wie is het verschoningsrecht?	31
3.6.3 Reikwijdte.....	32
3.6.4 Kennis van de regels omtrent het verschoningsrecht	34
3.6.5 Afgeleid verschoningsrecht	35
3.6.6 Uitzonderingen	35
3.7 (Bijzondere) opsporingsmethoden	37

3.7.1 Algemeen.....	37
3.7.2 Klassieke domein.....	38
3.7.3 Bijzondere opsporingsbevoegdheden	39
3.7.4 Internationale rechtshulp	42
3.8 Filtering in de praktijk.....	42
3.9 Verdere procedure en beklag.....	46
3.10 Modernisering Wetboek van Strafvordering.....	47
3.10.1 Algemeen; grondslag en reikwijdte	47
3.10.2 Reikwijdte.....	48
3.10.3 Bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens	48
3.10.4 Heimelijke opsporingsbevoegdheden.....	50
3.10.5 Beslissing en rechtsmiddelen.....	50
3.11 Deelconclusie	51
Hoofdstuk 4 Duitsland.....	53
4.1 Inleiding	53
4.2 Drie structuurkenmerken van de inrichting van het Duitse recht.....	54
4.2.1 De strafvordering wordt omgeven door de constitutionele normering van de Grondwet en de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht (BVerfG);	54
4.2.2 Discussie meer gericht op ‘bruikbaar als bewijs?’	58
4.2.3 Een wat andere positie van de rechter in het voorbereidend onderzoek	58
4.3 Nog enige relevante wetgeving	59
4.3.1 Functioneel verschoningsrecht bij (het vergaren van) informatie op grond van het Polizeirecht	59
4.3.2 Functioneel verschoningsrecht tijdens de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende sancties/detentie.....	61
4.3.3 Bescherming van persoonsgegevens en schadevergoeding voor dwangmiddelen..	61
4.4 De basisbepalingen van de zwijgplicht en het verschoningsrecht van de Verdediger en van de notaris; art. 203 StGB en art. 53/53a StPO; beroepsrecht en toezicht.....	62
4.4.1 Inleiding.....	62
4.4.2 Strafbaarheid van schending van de geheimhoudingsplicht; art. 203 StGB; meldplicht kennis over voorgenomen misdrijven	63
4.4.3 De basisbepaling inzake het verschoningsrecht van art. 53 StPO; het afgeleid verschoningsrecht van art. 53a StPO.....	65
4.4.4 Relevante bepalingen uit de beroepsregelingen voor advocatuur en notariaat; toezicht	68

4.5 De bescherming van het beroepsverschoningsrecht in de regeling van de dwangmiddelen en opsporingsmethoden in de StPO I: art. 160a StPO.....	69
4.5.1. Inleiding; algemeen	69
4.5.2 De notaris: art. 160a lid 2 StPO	73
4.5.3 Rechtsbescherming; rechterlijke toets	74
4.6 De bescherming van het beroepsverschoningsrecht in de regeling van de heimelijke bevoegdheden: art. 100a – 100e StPO	75
4.6.1 Inleiding.....	75
4.6.2 De bevoegdheden van art. 100a en art. 100b StPO	76
4.6.3 De nadere regeling van art. 100d StPO: Kernbereik en functioneel verschoningsrecht	78
4.6.4 Art. 100e StPO: processuele waarborgen; voorbehoud van beslissingen door de ..	81
4.7 Inbeslagneming en doorzoeking algemeen; selectie met het oog op inbeslagneming	83
4.7.1. De structuur van de wettelijke regeling.....	83
4.7.2 Van inbeslagneming van stoffelijke voorwerpen naar veiligstellen van gegevens en informatie.....	83
4.7.3 De rechter: voorafgaande machtiging of bevestiging achteraf als belangrijkste waarborg en structuurkenmerk	85
4.7.4 De steunbevoegdheid van de doorzoeking; ook hier: (rechterlijke) bescherming door machtiging vooraf.....	86
4.7.5 Tussenstand inbeslagneming en doorzoeking voor de bescherming van het verschoningsrecht	89
4.8 De bescherming van het functioneel verschoningsrecht van art. 97 StPO.....	90
4.8.1 Inleiding; de opzet van art. 97 StPO	90
4.8.2 De beperkingen van art. 97 lid 2 StPO; de tweede volzin; de verschoningsgerechtigde is zelf verdachte	92
4.8.3 De beperkingen van art. 97 lid 2 StPO; de eerste volzin: geprivilegieerde informatie die bij de verdachte thuis wordt aangetroffen	92
4.9. De <i>Durchsicht</i> van art. 110 StPO	93
4.9.1. Inleiding en plaatsbepaling	93
4.9.2 Oorsprong en aanleiding.....	94
4.9.3 Om welke informatie gaat het; wat mag in het kader van de <i>Durchsicht</i> ingezien worden?	94
4.9.4 <i>Durchsicht</i> niet alleen bij doorzoeking	95

4.9.5 Bevoegdheid en procedure: driemaal een rechter, maar geen rechterlijk voorbehoud ten aanzien van inhoudelijke kennisneming	95
4.9.6 In beginsel een beperkte inhoudelijke reikwijdte, maar technische doorzoeking is eerder regel	97
4.9.7 Uitvoering	97
4.9.8 Aanwezigheid bij de Durchsicht; heimelijke Durchsicht	98
4.9.9 Samenvattende stand van zaken	98
4.9.10 Een noodgedwongen pragmatische praktijk; het belang van ‘afspraken, toegelicht aan de hand van een voorbeeld	99
4.9.11 Wel pleidooien voor, maar geen initiatief tot wijziging van de wettelijke regeling	102
4.10 Deelconclusie Duitsland	103
4.10.1 Grondslagen en vormen van het privilege	103
4.10.2 Reikwijdte van het beroepsgeheim en van het verschoningsrecht	104
4.10.3 Relatie tot mensenrechten en EU-wetgeving	105
4.10.4 Afgeleid verschoningsrecht	105
4.10.5 Uitzonderingen	106
4.10.6 Derden en het bereik van het privilege	106
4.10.7 Doorzoeking: wie waarborgt het privilege?	107
4.10.8 Filterprocedure en rechtsmiddelen	108
4.10.9 Duur en kosten van filtering	109
4.10.10 Toezicht en tuchtrecht	110
Hoofdstuk 5 Zwitserland	111
5.1 Inleiding	111
5.2 Basisbepalingen inzake de zwijgplicht van de advocaat en de notaris	114
5.3 De strafbepaling tot bescherming van het beroepsgeheim; het delict van art. 321 StGB	115
5.4 Basisbepaling van het verschoningsrecht: art. 171 StPO	115
5.5 Uitwerking van het verschoningsrecht in de verdere	119
regeling in de StPO	119
5.6 Verzegeling en ontzegeling; de drie stappen van art. 248 en art. 248a StPO; triage ...	125
5.6.1 Inleiding: een regeling met twee componenten en een drietraps-procedure	125
5.6.2 Overloop en afbakening ten opzichte van de procedure bij heimelijke bevoegdheden	126

5.6.3 Nader over de verzegeling; toepassingsbereik; om welke gegevens gaat het en wie kan de verzegeling inroepen?	128
5.6.4 De eerste fase: het verzoek om verzegeling; rechtsgevolg, geen absoluut waterdicht systeem	128
5.6.5 De tweede fase: het verzoek tot ontzegeling	133
5.6.6 De derde fase: de procedure voor en beslissing door het Zwangsmassnahmengericht; triage	134
5.7 Rechtsmiddelen	139
5.8 Afsluitende beschouwing	139
5.9 Deelconclusie	141
Hoofdstuk 6 Frankrijk	147
6.1 Inleiding	147
6.2 Het beroepsgeheim van de advocaat en de notaris.....	148
6.2.1 De advocaat	148
6.2.2 De notaris	150
6.3 Het verschoningsrecht van de advocaat en de notaris.....	150
6.3.1 Inleiding.....	150
6.3.2 Duiding en omvang van het verschoningsrecht	151
6.3.3 De wetswijziging in 2021	152
6.3.4 Verhouding tot het EVRM en het Handvest	155
6.4 De werking van het verschoningsrecht in het strafproces.....	155
6.4.1 Het horen als getuige	155
6.4.2 Doorzoeking en inbeslagneming	156
6.4.3 Telefonische communicatie	158
6.4.4 Vorderen van gegevens (uitlevering van stukken)	159
6.4.5 Processuele consequenties	159
6.5 De praktijk van het verschoningsrecht	161
6.5.1 Rechtspraak van het Cour de cassation	161
6.5.2 Een beeld van de praktijk – vanuit het gezichtspunt van het openbaar ministerie	162
6.5.3 Een beeld van de praktijk – vanuit het gezichtspunt van de advocatuur	163
6.5.4 Beeld van de praktijk vanuit het gezichtspunt van de rechter-commissaris (JLD)	164
6.5.5 Doorlooptijd – termijnen	166
6.5.6 Gebruik van techniek om te filteren	167
6.6 Deelconclusie	167

Hoofdstuk 7 Het verschoningsrecht in Engeland en Wales	170
7.1 Inleiding	170
7.2 Het beroepsgeheim van de advocaat	171
7.3 Het verschoningsrecht (van de advocaat).....	173
7.3.1 Inleiding.....	173
7.3.2 Legal advice privilege (LAP)	173
7.3.3 Litigation privilege (LP).....	175
7.3.4 Het teloorgaan van het privilege.....	175
7.3.5 Uitzonderingen; de crime/fraud exceptie	176
7.4 Onderzoeksbevoegdheden.....	177
7.5 Privilege review in strafrechtelijke onderzoeken	182
7.6 Visies op het professioneel verschoningsrecht van een advocaat	184
7.7 Deelconclusie	188
Hoofdstuk 8 Rechtsvergelijking.....	191
8.1 Inleiding	191
8.2 Algemeen	191
8.3 Grondslagen en vormen van het privilege.....	191
8.4 Reikwijdte van het beroepsgeheim en verschoningsrecht.....	192
8.5 Afgeleid verschoningsrecht.....	193
8.6 Uitzonderingen	193
8.7 Derden en het bereik van het privilege.....	193
8.8. Doorzoeking: wie waarborgt het privilege?	194
8.9 Filterprocedure en rechtsmiddelen	194
8.10 Duur en kosten van filtering.....	195
8.11 Toezicht en tuchtrecht	195
8.11 Deelconclusie	196
Hoofdstuk 9 Slotbeschouwing en inspiratiepunten.....	197
9.1 Inleiding	197
9.2 Beschouwing	197
Bijlage 1. Samenstelling Begeleidingscommissie	205
Bijlage 2. Topiclist interviews	206
Bijlage 3. Deelnemers expertmeeting	208
Bijlage 4. Respondenten interviews.....	209

Voorwoord

In opdracht van de afdeling EWB van het WODC voerde de Erasmus School of Law een internationaal vergelijkend onderzoek naar het professioneel verschoningsrecht uit. Dit onderzoek sluit aan bij een actueel en fundamenteel vraagstuk dat speelt op het snijvlak van in het bijzonder de belangen van de opsporing enerzijds en het belang dat gemoeid is met de vertrouwelijkheid van hetgeen aan een advocaat of notaris wordt toevertrouwd. Een centraal aandachtspunt vormt de spanning tussen het verschoningsrecht enerzijds en de strafvorderlijke waarheidsvinding anderzijds. Deze spanning leidt regelmatig tot frictie tussen de verschoningsgerechtigde professies – in het bijzonder de advocatuur – en het openbaar ministerie en de opsporingsdiensten. Het is precies deze spanning die het belang onderstreept van een grondig, internationaal vergelijkend onderzoek dat recht doet aan zowel de bescherming van vertrouwelijkheid als aan de behoefte van de samenleving aan effectieve en betrouwbare waarheidsvinding in strafzaken.

Hiertoe zijn de rechtsstelsels van Duitsland, Zwitserland, Frankrijk en Engeland en Wales onderzocht. Daarbij is voor Nederland en voormelde landen niet alleen het juridisch kader beschreven, maar is ook kwalitatief empirisch onderzoek gedaan door middel van semi-gestructureerde interviews met betrokken officieren van justitie en politie, advocaten, notarissen, rechters, technici en toezichthouders (NOvA en BFT). Het rechtsvergelijkend perspectief bood een belangrijke meerwaarde en heeft geleid tot inspiratie en inzichten voor de Nederlandse situatie. De onderzoekers bedanken alle respondenten hartelijk voor hun medewerking aan het onderzoek.

De onderzoekers zijn tot slot de leden van de begeleidingscommissie veel dank verschuldigd voor de input die is geleverd. Hun commentaar gedurende het verloop van het onderzoek en op het conceptrapport was tot op het einde toe zeer waardevol.

Het onderzoek is medio september 2025 afgerond, met ontwikkelingen nadien kon in beginsel geen rekening meer gehouden worden.

Namens de onderzoekers,

J.S. Nan

Lijst met afkortingen

AWR: Algemene wet inzake rijksbelastingen
BFT: Bureau Financieel Toezicht
BGH: Bundesgerichtshof
BRAK: Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO: Bundesrechtsanwaltsordnung
BVerfG: Bundesverfassungsgericht
CPP: Code de procédure pénale
EHRM: Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM: Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
EWB: Afdeling Externe Wetenschappelijke Betrekkingen (WODC)
FATF: Financial Action Task Force
FCA: Financial Conduct Authority
FIU: Financial Intelligence Unit
FSMA: Financial Services and Markets Act 2000
GG: Grundgesetz
HvJ EU: Hof van Justitie van de Europese Unie
KNB: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
LAP: Legal Advice Privilege
LP: Litigation Privilege
LPP: Legal Professional Privilege
NFI: Nederlands Forensisch Instituut
NOvA: Nederlandse Orde van Advocaten
POCA: Proceeds of Crime Act 2002
Rv: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
SFO: Serious Fraud Office
Sr: Wetboek van Strafrecht
StGB: Strafgesetzbuch
StPO: Strafprozessordnung
(Wv)Sv: Wetboek van Strafvordering
WODC: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

Wwft: Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Het verschoningsrecht is een essentieel onderdeel van onze rechtsstaat. Het waarborgt dat cliënten vrijelijk met hun advocaat of notaris kunnen communiceren zonder dat zij bang hoeven te zijn dat dit later tegen hen wordt gebruikt. Het stelt advocaten en notarissen in staat hun juridische adviesrol adequaat uit te voeren. Het waarborgen van het verschoningsrecht kan in de praktijk echter op gespannen voet komen te staan met het maatschappelijk belang van een effectieve opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten. Deze spanning heeft recentelijk geleid tot de nodige animositeit tussen vooral de advocatuur als verschoningsgerechtigde professie en het openbaar ministerie en opsporingsdiensten.¹ De slepende kwestie tussen het openbaar ministerie (en de FIOD en de Belastingdienst) en advocaten van het advocatenkantoor Stibbe, waarin in eerste instantie de verdenking rees dat een van de advocaten diens verschoningsrecht zou hebben misbruikt, is hiervan een illustratief voorbeeld.² Deze overkoepelende spanning leidt tot verschillende vraagstukken en dilemma's.

Een praktijkprobleem is dat diverse grote opsporingsonderzoeken naar financieel-economische criminaliteit – onder andere naar mogelijke omkoping door bedrijven als Shell en Damen – niet zelden vertraging oplopen. Zo kan het lang duren voordat er een onherroepelijke beslissing is in concrete zaken over de vraag of inbeslaggenomen stukken onder het verschoningsrecht vallen, of zich onder vergaarde gegevens informatie bevindt die door het verschoningsrecht wordt beschermd zodat filteren van informatie noodzakelijk is en of welke personen zich kunnen beroepen op een verschoningsrecht.³ Dit hangt ook samen met het feit dat bewijsmateriaal in dit soort zaken tegenwoordig bijna altijd grote hoeveelheden digitale data betreft.⁴

Dit heeft ook de aandacht getrokken van internationale organisaties als Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO)⁵ en The Financial Action Task Force (FATF)⁶, die de Nederlandse aanpak van corruptie respectievelijk witwassen periodiek evalueren. Deze organisaties zijn van mening dat het te lang duurt voordat een onherroepelijke beslissing over de toepasselijkheid van het verschoningsrecht wordt genomen. Opsporingsonderzoeken lopen daardoor vertraging op en de effectiviteit van de bestrijding van

¹ *Advocatie*, nieuwsbericht, 5 november 2018, 'Fraudeofficier: verschoningsrecht advocaten moet op de helling'; *Advocatenblad* 31 maart 2022, 'Het eindeloze gevecht om het verschoningsrecht'. Eerder al F. Bannier & N.A.M.E.C. Fanoy, 'Vier misverstanden over het verschoningsrecht', *Advocatenblad* 17 februari 2006.

² HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375; HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273; HR 16 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1891.

³ NCR 7 juni 2019, <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/06/07/corruptiezaak-tegen-shell-loopt-volgens-juristen-onvermijdelijk-vertraging-op-a3963072>; *Aanhangsel Handelingen II*, 2019/20, 103.

⁴ Voor bij het vorderen van grote hoeveelheden informatie bij aanbieders van communicatiediensten, zoals hostingbedrijven voor emailverkeer voorzag de Hoge Raad in de beslissing van 12 maart 2024 inmiddels in nadere regulering.

⁵ *Kamerstukken II* 2023/24, 29 911, nr. 431.

⁶ FATF, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures. The Netherlands Mutual Evaluation Report*, Parijs: FATF 2022, p. 48, 65.

corruptie en witwassen komt in gevaar. Aan die duur heeft de wetgever in 2015 iets proberen te doen door de betreffende (beklag)procedures voor de raadkamer van de rechtbank en de Hoge Raad aan concrete termijnen te binden. Dit lijkt echter nog onvoldoende effect te sorteren.⁷

In het wetsvoorstel voor een nieuw Wetboek van Strafvordering wordt het verschoningsrecht en de wijze waarop hiermee moet worden omgegaan, gemoderniseerd om de voortgang van een (groot) onderzoek niet onnodig lang te frustreren.⁸ Maar die wetgeving zal naar verwachting niet eerder dan 1 april 2029 in werking treden. Inmiddels is dan ook door het openbaar ministerie in afwachting van (moderne) wetgeving een vernieuwde werkwijze opgesteld, aan de hand waarvan gewerkt dient te worden als in onderzoeken op geprivilegieerd materiaal wordt gestuit.⁹ Het blijft sowieso de vraag wat de uitwerking van de gemoderniseerde regeling precies zal zijn en in hoeverre deze de bestaande problemen gaat verhelpen.

In het kader van onder meer deze dilemma's is de Erasmus School of Law verzocht door het WODC om een internationaal vergelijkend onderzoek uit te voeren naar het juridisch kader omtrent het verschoningsrecht. Dit met als doel om de wetgever als de praktijk werkbare, nadere inzichten en concrete handvatten te bieden om de afweging te maken tussen – kort gezegd – de grenzen aan het (blijven) respecteren van het verschoningsrecht en de daarbij behorende belangen enerzijds en het belang van de handhaving, opsporing en vervolging van (ernstige) strafbare feiten anderzijds. Dit rapport presenteert de bevindingen van dit onderzoek.

1.2 Centrale probleemstelling en onderzoeksvragen

1.2.1 Probleemstelling

Het onderzoek beoogt inzicht te bieden hoe Nederland en verschillende andere landen van de Raad van Europa (RvE) (Duitsland, Frankrijk, Zwitserland en Engeland & Wales) omgaan met de afweging tussen de belangen van vertrouwelijkheid, geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht enerzijds en de praktijk van handhaving, opsporing en vervolging anderzijds. Het onderzoek beoogt inspiratie en praktische handvatten te bieden voor het wegen van deze belangen binnen wetgeving, beleid en in de dagelijkse praktijk.

⁷ WODC-onderzoek uit 2021 wijst erop dat de doorlooptijden echter nog steeds aanzienlijk zijn, gemiddeld 211 dagen tot een beslissing van de rechter-commissaris, waarbij in geval van beklag tegen de beslissing van de rechter-commissaris gemiddeld 223 dagen moeten worden opgeteld voordat de rechtbank beslist en nog eens de nodige tijd voor een uitspraak van de Hoge Raad op een ingesteld cassatieberoep. Dat is naast een flagrante schending van de in het Wetboek van Strafvordering opgenomen termijnen (art. 552a lid 8 en 552d lid 3 Sv) vooral ook voor de opsporingspraktijk onwerkbaar. Zie V. de Berk, W. Jongebreur & S. Kluft, *Beroepen op het professioneel verschoningsrecht. Doorlooptijden en gevolgen voor strafrechtelijk onderzoek*, Den Haag: WODC 2021.

⁸ *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nrs. 2-4. Zie overzichtelijk PHR 8 December 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1122, punt 7. Hierover eerder al N.A.M.E.C. Fanoy, 'Het professionele verschoningsrecht in het nieuwe wetboek', *Tijdschrift Modernisering Strafvordering*, 2019, p. 20-31; *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 629.

⁹ College van procureurs-generaal, *Aanwijzing waarborgen professioneel verschoningsrecht* (nr. 2025A001).

Het onderzoek bestaat uit twee pijlers:

1. Juridisch: Hoe ziet het juridische kader rondom vertrouwelijke communicatie, geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht eruit in de onderzochte landen?
2. Empirisch: Hoe worden dit juridisch kader in de praktijk toegepast in deze landen?

Het onderzoek combineert hiermee een juridische analyse met praktijkinzichten, om zo bij te dragen aan een evenwichtige benadering van deze conflicterende belangenafweging.

1.2.2 Onderzoeksvragen

De probleemstelling is opgebouwd uit meerdere onderzoeksvragen.

Vraag 1 – Juridisch kader:

Hoe ziet het toepasselijke juridisch kader (zoals wetgeving, juridische beginselen, instructies, aanwijzingen, gedragsregels, toezicht op beroepsuitoefening, jurisprudentie) m.b.t. vertrouwelijke communicatie, geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht van advocaten, notarissen en/of vergelijkbare geheimhouders in een aantal andere RvE-landen eruit?

Specifieke aandachtspunten hierbij zijn:

- a. Wat wordt in de onder vraag 1 beschreven juridische kaders verstaan onder vertrouwelijke communicatie, geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht?
- b. Hoe is het recht op vertrouwelijke communicatie, geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht van advocaten, notarissen en/of vergelijkbare geheimhouders in de wet en regelgeving en jurisprudentie geregeld?
- c. Welke uitzonderingsgronden op de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht gelden in die landen en hoe zijn deze vormgegeven?
- d. Hoe is het toezicht op de uitoefening van geheimhoudersberoepen geregeld?
- e. Welke rollen en verantwoordelijkheden hebben betrokken partijen (advocaten, notarissen, opsporings- en vervolgingsinstanties, toezichthouders en eventuele andere betrokken partijen)?
- f. Welke informatie-uitwisseling- en/of geheimhoudersregelingen zijn van toepassing?

Vraag 2 – Werking in de praktijk:

Wat zijn de praktijkervaringen van betrokken partijen in de geanalyseerde RvE-landen met beroepen op het verschoningsrecht in het kader van handhaving, opsporing en vervolging?

Specifieke aandachtspunten hierbij zijn:

- a. Wat is in de praktijk de opvatting over wat onder vertrouwelijke communicatie, geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht valt?

- b. Hoe wordt het recht op vertrouwelijke communicatie, geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht van advocaten, notarissen en/of vergelijkbare geheimhouders in de praktijk gewaarborgd?
- c. Wat is in de praktijk de toepassing van de erkende uitzonderingsgronden op de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht in die landen en hoe wordt daarover gedacht?
- d. Hoe functioneert het toezicht op de uitoefening van geheimhoudersberoepen in de praktijk, in het bijzonder met betrekking tot het (afgeleid) verschoningsrecht?
- e. Wat is de praktijkopvatting over de rollen en verantwoordelijkheden die betrokken partijen hebben (advocaten, notarissen, opsporings- en vervolgingsinstanties, toezichthouders en eventuele andere betrokkenen)?
- f. Hoe vindt de informatie-uitwisseling en/of geheimhoudersregelingen in de praktijk plaats?

Vraag 3 – Reflectie op gevonden verschillen:

Hoe kunnen de gevonden verschillen tussen de landen onderling en in vergelijking met Nederland worden verklaard en gewaardeerd in het licht van het antwoord op de vraag hoe de afweging tussen belangen van opsporing en vervolging enerzijds en het beginsel van vertrouwelijkheid anderzijds?

Vraag 4 – Inspiratie en praktische handvatten:

Tot welke inspiratie en praktische handvatten leiden de uitkomsten van het onderzoek voor de afweging van genoemde belangen in wetgeving, beleid en in de praktijk in Nederland?

1.3 Opzet en methode van het onderzoek

1.3.1 Stapsgewijze aanpak rechtsvergelijking

Een rechtsvergelijkende methode staat centraal in dit onderzoek. Om de optimale resultaten hieruit te halen en te zorgen voor relevante uitkomsten voor de Nederlandse praktijk is het onderzoek stapsgewijs aangepakt. Allereerst is het overkoepelende internationale kader, zoals dat volgt uit de geldende mensenrechten- en grondrechten, uiteengezet (EU-recht en EVRM/EHRM). Voorts is onderzocht wat het nationale, Nederlandse geldende recht is en de voorgenomen modernisering van de strafvordering ervan. Vervolgens zijn interviews gehouden (zie nader paragraaf 1.3.4) om te achterhalen wat het vigerende beleid is en hoe wordt omgegaan met het verschoningsrecht in de praktijk. Daarbij is steeds bijzondere aandacht besteed aan de specifieke aandachtspunten behorend bij onderzoeksvraag 1 en 2. Op basis van de bevindingen over de Nederlandse situatie, en in het bijzonder de knelpunten die werden benoemd vanuit de praktijk, zijn de analyses van de andere RvE-landen ingestoken. Zo

kon worden onderzocht hoe in de andere landen wordt omgegaan met de dilemma's die in Nederland worden ervaren. De systematische analyse van deze rechtssystemen maakte het vervolgens mogelijk om deze te analyseren op overeenkomsten en verschillen en hier handvatten uit te destilleren voor wetgeving en praktijk.

1.3.2 Keuze voor rechtsstelsels ter vergelijking

Om voor de Nederlandse praktijk relevante inzichten te verwerven is ervoor gekozen om, naast Nederland, een viertal rechtsstelsels *diepgaand* te bespreken en te analyseren. In afstemming met de begeleidingscommissie is besloten om een vergelijking te maken met de rechtsstelsels van Duitsland, Zwitserland, Frankrijk en Engeland & Wales (hierna: Engeland). Een eerste bestudering leerde namelijk dat deze landen elk verschillende manieren van omgang met het verschoningsrecht laten zien, zowel ten opzichte van Nederland als van elkaar.

Met betrekking tot de keuze voor deze vier landen en hun rechtssysteem geldt op basis van een eerste verkenning inhoudelijk specifiek nog het volgende. De vier geselecteerde landen laten een diverse benadering zien van de juridische invulling van het verschoningsrecht, wat zich vermoedelijk ook vertaalt in verschillen in de praktische toepassing ervan. Deze uiteenlopende benaderingen kunnen waardevolle inzichten bieden voor een herbeoordeling van de Nederlandse praktijk en mogelijk aanleiding geven tot herziening.

Duitsland

Duitsland kent een uitgebreide en – anders dan in het Nederlandse art. 218 Sv – gedetailleerde en uitgesplitste opsomming in art. 53 en art. 53a¹⁰ van de Duitse Strafprozessordnung (StPO) van de degenen aan wie een verschoningsrecht in het strafprocesrecht toekomt. Voorts zijn de verhoudingen in regeling en afweging tussen de belangen van de vertrouwelijke communicatie, het beroepsgeheim en het verschoningsrecht enerzijds en het belang voor de strafvordering anderzijds, ook in het Duitse recht een belangrijke strafrechtelijke kwestie.¹¹ Het verschoningsrecht van de advocaat in strafzaken is daarbij apart geregeld, los en anders dan het verschoningsrecht van bijvoorbeeld de arts. Het verschoningsrecht van de advocaat voor vertrouwelijke communicatie en informatie staat voorop, zulks hoewel de advocaat in Duitsland anders dan in Nederland nota bene op grond van de Duitse advocatenwet¹² niet alleen

¹⁰ Art. 53a bevat de uitdrukkelijke codificatie van de aanduiding van degenen met een afgeleid verschoningsrecht.

¹¹ Aantekening behoeft dat de Duitse politie ook ingrijpende bevoegdheden heeft op grond van de zgn. *Polizeigesetze* van de onderscheiden *Länder*. Die bevoegdheden betreffen niet de strafvordering. Ook dan geldt het beroepsverschoningsrecht dat immers naar Duitse opvatting uit het grondrecht op bescherming van het privéleven van de hulpzoekende wordt afgeleid (naast dat van het recht van de verdachte op een eerlijk proces; vgl. B. Weisser, 'Confidentiality of Correspondence with Council as a Requirement of a Fair Trial: The Situation in Germany', in: L. Bachmaier Winter, S.C. Thaman & V. Lynn (ed.), *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. A Comparative View*, Switzerland: Springer Nature 2020, p. 129. Ter zake van het verschoningsrecht wordt in verschillende *Polizeigesetze* nogal eens art. 53 en art. 53a StPO van overeenkomstige toepassing verklaard.

¹² Art. 1 *Bundesrechtsanwaltsordnung*: 'Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege'. In de literatuur wordt dat bekritiseerd: vgl. B. Weisser, 'Confidentiality of Correspondence with Council as a

partijbehartiger, maar ook een onafhankelijk ‘orgaan van de strafrechtspleging’ is. Bij onderscheiden dwangmiddelen is in nadere regeling ter bescherming van het verschoningsrecht voorzien.

Zwitserland

In Zwitserland is het strafprocesrecht dit decennium enkele keren danig gemoderniseerd.¹³ Interessant is in het bijzonder de in 2024 gereviseerde regeling inzake de verzegeling en ontzegeling van geprivilegieerde informatie totdat de rechter daarover heeft beslist. Deze lijkt in overeenstemming met de grondslagen van de EHRM-jurisprudentie die de Hoge Raad in ECLI:2024:375 als grondslag gebruikte voor de ‘herinrichting’ van de Nederlandse strafvordering ter zake. Voor het voorbereidend onderzoek en de toepassing van de regeling van het verschoningsrecht is het kantonale Zwangsmassnahmengericht van belang. Dat is het tot op zekere hoogte met de art. 552a Sv-raadkamer vergelijkbare gerecht dat onder andere over de ontzegeling van geprivilegieerde informatie beslist en aanleiding geeft tot vergelijking.

Frankrijk

In het Franse recht bestaat al decennia discussie over het verschoningsrecht.¹⁴ In 2021 heeft een wetswijziging plaatsgevonden die tot doel had het verschoningsrecht van advocaten beter te waarborgen.¹⁵ Als onderdeel van de wetswijziging is het verschoningsrecht als strafvorderlijk beginsel benoemd in de preliminaire bepaling in het Franse wetboek van strafvordering (CPP). Er is verder voorzien in een uitvoerige regeling van de procedure voor inbeslagneming van stukken waarop mogelijk verschoningsrecht van toepassing is, inclusief de incidentele inbeslagneming van dergelijke geheimhoudersstukken bij derden. De voorwaarden voor het maken van een uitzondering op het verschoningsrecht zijn voortaan in de wet opgenomen. Evenals rechtsmiddelen en de termijnen die voor een beslissing daarop gelden. In het Franse recht geldt bijvoorbeeld een termijn van vijf dagen voor de uitspraak van de Chambre d’Instruction op een klaagschrift tegen een beslissing van de juge des libertés (te vergelijken met de Nederlandse rechter-commissaris). Daarbij rijst de vraag of deze termijn in de praktijk steeds wordt gehaald en zo ja, hoe wordt dat (technisch) mogelijk gemaakt. Interessant is verder de ervaring met de werking in de praktijk, met als onderdeel daarvan de eerste uitspraken van de Franse Hoge Raad op grond van de nieuwe wetgeving.¹⁶

Requirement of a Fair Trial: The Situation in Germany’, in: L. Bachmaier Winter, S.C. Thaman & V. Lynn (ed.), *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings. A Comparative View*, 2020, Switzerland: Springer Nature Switzerland AG 2020, p. 116.

¹³ Zie in het algemeen Von M.A Niggli, M. Heer & H Wiprächtiger, *Schweizerische Strafprozessordnung*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2023.

¹⁴ Over het verschoningsrecht van de advocaat in het Franse strafprocesrecht, zie o.a. F. Saint-Pierre, *Pratique de défense pénale. Droit. histoire, stratégie*, Parijs: LGDJ 2024, p. 59-93; A. Braci, *Le secret professionnel de l’avocat en douze questions-réponses*, Actu-Juridique (ref. AJU013q4), 21 juni 2024.

¹⁵ Loi nr. 2021-1729 van 22 december 2021 ‘pour la confiance dans l’institution judiciaire’.

¹⁶ Cour de Cassation CRIM. 3 oktober 2023, ECLI:FR:CCASS:2023:CR01078; Cour de Cassation CRIM. 5 maart 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR00139, *Dalloz* 2024.485.

Engeland & Wales

Er is ook gekozen voor een common law rechtssysteem, dat wel onder het EVRM valt, maar niet langer onder het EU-recht. Een eerste verkenning van Engeland leerde dat uitvoeriger dan in Nederland in de wet is vastgelegd hoe het beroepsverschoningsrecht dient te worden beschermd.¹⁷ Daarbij is interessant dat hieromtrent wel een discussie heeft bestaan in relatie tot de vergaande bevoegdheden van politie.¹⁸ Een bespreking van deze discussie kan leiden tot meer inzicht in de accenten die de Engelse wetgever uiteindelijk heeft gelegd in het kader van de waardering van belangen die gemoeid zijn met het beroepsverschoningsrecht en die van de opsporing in hun onderlinge verhouding. Legal professional privilege (LPP) – het juridisch beroepsgeheim – is in Engeland een fundamenteel beginsel van het common law. Het beschermt evenwel alleen de vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt tegen openbaarmaking zonder toestemming van de cliënt. De kern ligt in de vertrouwelijkheid van de communicatie om het privilege in te kunnen roepen. Opgemerkt zij verder – als voorbeeld – dat in de wet uitgebreid is uiteengezet hoe te handelen in het geval een snelle schifting van geheimhoudersstukken niet gemakkelijk is.¹⁹

1.3.3 Uiteenzetting juridische kaders

Voor elk rechtssysteem zal dus een uiteenzetting volgen van het juridisch kader en is (empirisch) onderzoek gedaan naar de werking in de praktijk. Voor beide onderdelen geldt dat systematisch dezelfde onderdelen zijn onderzocht om zo de vergelijking optimaal mogelijk te maken. Het juridische onderzoek is niet alleen verricht op basis van deskresearch van beschikbare bronnen, zoals wet- en regelgeving, jurisprudentie, beleidsstukken, literatuur en rapporten, maar ook door in de interviews (zie hieronder) aan experts in de desbetreffende landen te vragen of zij inzicht kunnen geven in wat er speelt in het betreffende land en hoe bepaalde juridische onderdelen daar zijn vormgegeven. Dit leidde dan vervolgens ook weer tot inzicht in wet- en regelgeving, jurisprudentie en relevante literatuur.

1.3.4 Uiteenzetting van de praktijk

Voor de analyse van de praktijk is allereerst onderzocht in hoeverre er schriftelijk bronnen (beleidsdocumenten, onderzoeksrapporten en wetenschappelijke literatuur) beschikbaar zijn over de werking van het verschoningsrecht in de praktijk en de mogelijke discussies die daarover worden gevoerd. Om een volledig beeld te krijgen zijn daarnaast interviews gevoerd met experts, eerst in Nederland en later in de andere bestudeerde rechtsstelsels. Het betreft semi-gestructureerde interviews op basis van een topiclist. In de topiclist (zie bijlage 2) komen alle relevante onderdelen uit onderzoeksvraag 1 en 2 aan de orde. Afhankelijk van de ervaring en expertise van de respondent werden een of meerdere onderdelen uit de topiclist aan de orde

¹⁷ Zie N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat. Een onderzoek naar het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. UvA), 2017, hfdstk. 7.

¹⁸ R. Stone & V. Lynn, *Confidentiality of Correspondence with Counsel as a Requirement of a Fair Trial in the United Kingdom*, in: Bachmaier Winter, Thaman & Lynn (ed.) 2020, p. 374-375; Fanoy 2017, , p. 384.

¹⁹ Stone & Lynn 2020, , p. 380-381.

gesteld. De interviews werden door een of twee onderzoekers gehouden. Verschillende malen ging het om groepsinterviews waarin twee en, tweemaal zelfs drie, respondenten tegelijkertijd werden geïnterviewd. De interviews duurden gemiddeld ruim een uur. De internationale interviews werden online gehouden. De interviews in Nederland afwisselend online en fysiek (wanneer fysiek doorgaans op kantoor van de betrokkene). De interviews zijn – met toestemming van de respondenten – opgenomen en vervolgens geanalyseerd. Om de Nederlandse situatie en de problemen waar tegenaan wordt gelopen in het bijzonder goed te begrijpen zijn de meeste interviews in Nederland gehouden (12 interviews met in totaal 19 personen). In de andere landen zijn 3 tot 5 interviews gehouden. Bij de keuze voor respondenten is gestreefd naar een brede representatie van verschillende betrokkenen binnen de praktijk van het verschoningsrecht. Daarbij is in elk land in ieder geval minimaal één expert gesproken vanuit de advocatuur en vanuit de opsporing. Verschillende respondenten waren ook (mede) actief in de wetenschap. Om geschikte respondenten te vinden is gebuikt gemaakt van de sneeuwbalmethode. Daarnaast hebben we, waar nodig, specifieke respondenten benaderd om verheldering te krijgen over bepaalde onderdelen van het verschoningsrecht die tot dan toe nog niet inzichtelijk waren. Een lijst met alle functies van de respondenten die we per rechtsstelsel hebben gesproken is te raadplegen in bijlage 4.

1.3.5 Expertmeeting

In de afrondende fase van het onderzoek is een expertmeeting belegd. Deze bijeenkomst had tot doel de voorlopige bevindingen te bespreken met in totaal 11 nationale deskundigen en stakeholders. Tijdens deze bijeenkomst hebben we onze voorlopige bevindingen besproken met de deelnemers en zijn we in het bijzonder ingegaan op mogelijke handvatten die dit biedt voor wetgeving, beleid en praktijk. De expertmeeting duurde ruim 2 uur en vond, in verband met een treinstaking, online plaats. Een lijst met deelnemers aan de expertmeeting is te vinden in bijlage 3.

1.4 Leeswijzer

Dit rapport is opgebouwd uit negen hoofdstukken. In het eerste hoofdstuk worden de aanleiding, probleemstelling en onderzoeksvragen uiteengezet, evenals de opzet en methode van het onderzoek. Hoofdstuk twee behandelt het Europese en internationale juridisch kader van het professioneel verschoningsrecht, met aandacht voor het EVRM/EHRM en het EU-recht. Vervolgens schetst hoofdstuk drie het Nederlandse nationale kader: de wettelijke regeling van geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht, het toezicht daarop en de werking in de praktijk.

De daaropvolgende hoofdstukken (vier tot en met zeven) bespreken achtereenvolgens de situatie in Duitsland, Zwitserland, Frankrijk en Engeland & Wales. Elk hoofdstuk beschrijft het juridisch kader en de praktijktoepassing van het verschoningsrecht in het betreffende land. Hoofdstuk acht vergelijkt de bevindingen uit deze landen en analyseert overeenkomsten, verschillen en mogelijke lessen voor Nederland.

Het rapport sluit af met hoofdstuk negen, waarin de belangrijkste inzichten worden samengevat en inspiratiepunten worden geformuleerd voor wetgeving, beleid en praktijk.

Hoofdstuk 2 Europees juridisch kader

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het Europees juridisch kader van vertrouwelijke communicatie, de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van advocaten en notarissen weergegeven. Vooraf hierover een opmerking met betrekking tot de verkregen empirische gegevens uit het rechtsvergelijkende onderzoek. Uit de interviews die wij hielden voor ons onderzoek kwam naar voren dat, volgens de respondenten, het Europeesrechtelijke kader geen substantiële rol speelde in de uitvoering van het verschoningsrecht in de Nederlandse praktijk. Vermoedelijk heeft dat ermee te maken dat de Europese beginselen goed geïncorporeerd zijn in de betreffende nationale wet- en regelgeving en het daarom niet nodig is om terug te vallen op het Europese kader. Dat lijkt ook te gelden voor Zwitserland en Engeland. Voor Duitsland en Frankrijk is dat niet zonder meer het geval (zie nader de deelrapporten over Duitsland en Frankrijk).

2.2 Het recht op vertrouwelijke communicatie en het verschoningsrecht in Europees verband, meer concreet de Raad van Europa en het EVRM/EHRM

Het EHRM leest het recht op vertrouwelijke communicatie tussen de advocaat en de verdachte in, in het recht op een eerlijk proces en in het bijzonder art. 6 lid 3 sub c EVRM. Voor een eerlijk proces is een basisvereiste dat een verdachte kan communiceren met zijn advocaat ‘out of hearing of a third person’: ‘If a lawyer is unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without surveillance, his assistance loses much of its usefulness’, aldus het EHRM.²⁰ Eveneens is vaste rechtspraak dat die communicatie onder het professional privilege van de advocaat valt: ‘It is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for this reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged.’²¹

De verdachte moet vrij kunnen communiceren met zijn advocaat, buiten hoor afstand van anderen en zonder enige andere (dreigende) tussenkomst van de overheid. Dat geldt ook in gevangenschap en in de rechtszaal, ongeacht de wijze waarop de communicatie plaatsvindt. De overheid mag dus een gesprek of andere communicatie tussen een burger en diens advocaat niet monitoren. Supervisie over de communicatie is niet toegestaan. Er moet sprake kunnen zijn van directe communicatie tussen de advocaat en de cliënt, zonder een derde persoon als doorgeefluik (ook niet een rechter) of fysieke obstakels (zoals een glazen wand).²² Het recht op vertrouwelijke communicatie kan ook worden gebaseerd op art. 8 EVRM. Ingevolge die bepaling hebben zowel burgers als advocaten recht op eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer. Dat communicatie tussen hen (en sommige derden) vertrouwelijk moet blijven heeft zelfs een hogere dan gemiddelde beschermde status volgens het EHRM, nu advocaten

²⁰ EHRM 28 november 1991, nr. 12629/87; 13965/88, par. 48 (*S. t. Zwitserland*).

²¹ EHRM 25 maart 1992, nr. 13590/88, par. 46 (*Campbell t. Verenigd Koninkrijk*).

²² Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb) (versie 28 februari 2025), par. 512-512.

een fundamentele rol in de maatschappij spelen. Het recht op vertrouwelijke communicatie betreft alle vormen van communicatie en ook communicatie buiten het strikt geven of verkrijgen van juridisch advies. Het rechtsgebied maakt evenmin verschil. Het enkele feit dat de autoriteiten in het bezit komen van vertrouwelijke data levert een inbreuk op art. 8 lid 1 EVRM op. Dat kan bijvoorbeeld gebeuren tijdens een doorzoeking van het kantoor van de advocaat of door de inbeslagneming van en onderzoek aan diens computer of telefoon, alsmede via dergelijke apparatuur van de betrokkene zelf.²³

Vooropgesteld moet verder worden dat het inzetten van (opsporings)bevoegdheden tegen advocaten en daarmee de inbreuk op art. 6 en 8 lid 1 EVRM, niet zonder meer verboden is. Die inzet kan in het bijzonder worden gelegitimeerd door art. 8 lid 2 EVRM. Zeker bij misbruik van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een betrokkene en de advocaat, kan volgens het EHRM het vertrouwelijke contact beperkt worden. Bijvoorbeeld als collusiegevaar aanwezig is of de veiligheid van anderen in het geding is.²⁴ Ook het gegeven dat de advocaat zelf verdachte is, kan maken dat geen sprake is van een schending van art. 8 EVRM. In geval van een proportionele inbreuk met het oog op de legitieme doelen van het tweede lid, zoals het voorkomen van wanordelijkheden of strafbare feiten, kan de inbreuk dus gelegitimeerd zijn.²⁵ Voor een (potentiële) inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en/of het verschoningsrecht zijn duidelijke regels nodig, zo heeft het EHRM bepaald, in geval van de inzet van (opsporings)bevoegdheden. Zo'n regeling moet onder andere zien op de vraag onder welke omstandigheden de inzet mogelijk is, de reikwijdte van het verschoningsrecht, de kwestie wie bepaalt of van verschoningsgerechtigd materiaal sprake is en hoe materiaal verder wordt verwerkt.²⁶ In algemene zin heeft het EHRM geoordeeld dat de verdediging een rol dient te (kunnen) spelen bij het bepalen van de relevantie van data in geval van grote hoeveelheden data die is vergaard.²⁷

²³ Zie onder andere EHRM 9 april 2019, nr. 11236/09, par. 47-52 (*Altay t. Turkije*); Zie ook Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights Right to respect for private and family life, home and correspondence (31 augustus 2024), par. 620-639. Art. 8 en 6 EVRM houden ook verband met elkaar in deze. Als iemand mogelijkerwijs niet vrijelijk en vertrouwelijk met zijn advocaat kan praten, komt de vertrouwelijkheid op de tocht te staan en dit vermindert het recht op een eerlijk proces. Durft men dan wel alles aan de advocaat te vertellen? EHRM 6 december 2012, nr. 12323/11, par. 118, (*Michaud t. Frankrijk*); EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, par. 37 (*Niemietz t. Duitsland*); EHRM 16 oktober 2007, nr. 74336/01, par. 65 (*Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*).

²⁴ EHRM 28 november 1991, nr. 12629/87; 13965/88, par. 49 (*S. t. Zwitserland*), EHRM 13 januari 2009, nr. 52479/99, par. 59 (*Rybacki t. Polen*); EHRM 25 juli 2013, nr. 11082/06 en 13772/05, par. 641 (*Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland*).

²⁵ EHRM 16 juni 2016, nr. 49176/11 (*Versini Campinchi en Crasnianski t. Frankrijk*); EHRM 6 juni 2024, nr. 36559/19 en 36570/19 (*Bershada en Ryboloviev t. Monaco*).

²⁶ EHRM 17 december 2020, nr. 459/18 (*Saber t. Noorwegen*); EHRM 16 november 2021, nr. 698/19 (*Särgava t. Estland*). Zie hierover ook PHR 12 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:18; L. Stevens & M. Galic, 'Bescherming van het professionele verschoningsrecht in geval van doorzoeking van een smartphone: het EHRM eist een concrete basis en een praktische procedurele regeling in het recht', *AA* 2021, p. 845-852 (noot bij *Saber t. Noorwegen*); Y.E.A. Buruma & R. de Bree, 'Doorzoeking van data waar verschoningsrecht materiaal in zit: EHRM vergt duidelijke en praktische werkwijze (regeling) die in het recht verankerd is', *TvS&O* 2022, p. 12-17 (noot bij *Särgava t. Estland*).

²⁷ EHRM 4 juni 2019, nr. 39757/15, par. 90 (*Sigurdus Einarson en anderen t. IJsland*).

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.²⁸ Voorts moeten de wettelijke bepalingen over het onderzoek, het gebruik en de opslag van verkregen materiaal, de te nemen voorzorgsmaatregelen bij communicatie van het materiaal aan derden en de omstandigheden waaronder materiaal moet worden gewist c.q. vernietigd, voldoende waarborgen bieden voor de bescherming van het door heimelijke surveillance verkregen beroepsgeheime materiaal. In het bijzonder moet het nationale recht met voldoende duidelijkheid en detail het volgende vastleggen: procedures voor rapportage aan een onafhankelijk toezichthoudend orgaan ter beoordeling van gevallen waarin materiaal dat onder het beroepsgeheim valt is verkregen via geheime surveillance; procedures voor de veilige vernietiging van dergelijk materiaal; voorwaarden waaronder het bewaard en gebruikt mag worden in strafprocedures en opsporingsonderzoeken; en, in dat geval, procedures voor veilige opslag, verspreiding van dergelijk materiaal en de latere vernietiging ervan zodra het niet langer nodig is voor enig gelegitimeerd doel.²⁹ Voorts is gezien art. 13 EVRM van belang of een effectief middel bestaat om beslissingen rondom eventuele inbreuken op het recht van vertrouwelijke communicatie bij de toepassing van dwangmiddelen aan te vechten.³⁰

Voor de invloed van deze rechtspraak op het Nederlandse systeem is het goed om op te merken dat de Hoge Raad naar aanleiding hiervan heeft geoordeeld dat het op zich niet is uitgesloten dat de beoordeling of sprake is van gegevens die object zijn van het verschoningsrecht niet aan een rechter wordt opgedragen, maar aan een (andersoortige) functionaris die een zodanige status heeft dat deze bij de uitoefening van zijn taken objectief en onpartijdig kan handelen, en daartoe vrij is van elke invloed van buitenaf. In ons systeem past evenwel dat de rechter-commissaris dit doet, nu deze toch al de centrale figuur in het nationale systeem is.³¹

Soortgelijke bepalingen als hiervoor besproken zijn inmiddels ook opgenomen in het op 12 maart 2025 aangenomen Verdrag van de Raad van Europa ter bescherming van het beroep van advocaat.³² Het verdrag ziet op professionele activiteiten van advocaten.³³ In het bijzonder is, voor zover hier van belang, opgenomen dat advocaten het recht hebben om hun (potentiële) cliënten in beslotenheid juridisch advies te verstrekken tijdens fysieke ontmoetingen. Daarnaast hebben zij het recht om vertrouwelijk te communiceren met hun cliënten of potentiële cliënten, ongeacht het gebruikte communicatiemiddel of de vorm waarin die

²⁸ EHRM 7 november 2017, nr. 37717/05, par. 106 (*Dudchenko t. Rusland*), onder verwijzing naar *Kopp t. Zwitserland*, par. 73-74.

²⁹ *Dudchenko t. Rusland* par. 107, onder verwijzing naar *R.E. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 138-139.

³⁰ EHRM 25 mei 2008, nr. 65755/01 (*Iliya Stefanov t. Bulgarije*); EHRM 20 december 2016, nr. 18700/09 (*Lindstrand Partners Advokatbyrå t. Zweden*).

³¹ HR 24 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375, r.o. 6.5.5.

³² Council of Europe Convention for the Protection of the Profession of Lawyer, CM(2024)191-add1final. Zie voor de toelichting CM(2024)191-add2final. *Trb.* 2025/47.

³³ Zie art. 2 en 3 sub e. Professional activities of lawyers ‘shall mean any action for the preparation or provision of advice, assistance or representation for a client or prospective client in connection with the interpretation or application of law, whether national, foreign or international, both in the Parties where they are established and wherever else this may be undertaken, including in connection with the proceedings and work of an international court or tribunal or a body established by an international organisation’.

communicatie plaatsvindt. Ze zijn niet gehouden tot openbaarmaking, afgifte of het afleggen van getuigenis met betrekking tot enige informatie of enig materiaal dat zij, direct of indirect, van cliënten of potentiële cliënten hebben ontvangen, noch met betrekking tot enige correspondentie met hen, noch ten aanzien van enig materiaal dat is opgesteld in het kader van die correspondentie of met het oog op de behandeling van juridische procedures namens hen.³⁴ Er is eveneens voorzien in een afgeleid verschoningsrecht voor medewerkers en andere derden die door de advocaat worden ingeschakeld.³⁵ Beperkingen aan deze rechten zijn mogelijk, mits deze bij wet zijn voorgeschreven en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.³⁶

2.3 EU-recht/HvJ EU

Gelet op art. 7, 8, 47-48 en 52 Handvest EU kon worden verwacht dat de regels rondom het verschoningsrecht in het EU-recht niet anders zijn dan volgens het EVRM. Het HvJ EU heeft inderdaad geoordeeld dat sprake is van een soortgelijke invulling. Beschermd worden in dat verband niet alleen activiteiten die verband houden met de verdediging, maar ook juridisch advies. Gewaarborgd moet zijn de geheimhouding van juridisch advies, zowel wat de inhoud als het bestaan ervan betreft. De oorsprong voor die bescherming ligt onder andere wederom in het vereiste ‘dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben in alle vrijheid een advocaat te raadplegen’ voor onafhankelijk juridisch advies.³⁷ Het gaat daarbij evenwel alleen om onafhankelijke advocaten. Dat wil zeggen dat inzake advocaten in loondienst van hun (enige) cliënt geen beroep kan worden gedaan op het recht van vertrouwelijkheid van communicatie.³⁸

Dat de vertrouwelijkheid van communicatie ingevolge het EU-recht moet worden geëerbiedigd in het nationale recht, wordt ook duidelijk door de uitzondering die gemaakt wordt voor de meldplicht die instellingen, waaronder de advocatuur en het notariaat, hebben in geval van vermoedens van witwassen en terrorismefinanciering (ongebruikelijke transacties).³⁹ Voor advocaten in strafzaken geldt nog art. 4 van Richtlijn 2013/48/EU. Daarin is bepaald dat de vertrouwelijke communicatie tussen verdachten en hun advocaat dient te worden gerespecteerd. Die communicatie ‘shall include meetings, correspondence, telephone conversations and other forms of communication permitted under national law.’⁴⁰ En volgens de toelichting bij Richtlijn 2013/48/EU is er bij criminele handelingen van de advocaat geen sprake van een rechtmatige bijstand.⁴¹ In dergelijke gevallen kan de bescherming van de

³⁴ Art. 6 lid 3 Verdrag van de Raad van Europa ter bescherming van het beroep van advocaat.

³⁵ Zie art. 2 lid 4 Verdrag van de Raad van Europa ter bescherming van het beroep van advocaat.

³⁶ De beperkingen kunnen onder meer vereisten omvatten die gericht zijn op het waarborgen van de beschikbaarheid van juridisch advies, bijstand en vertegenwoordiging voor eenieder. Zie art. 6 lid 4.

³⁷ HvJ EU, *Orde van Vlaamse Balies en anderen*, C-694/208, ECLI:EU:C:2022:963, par. 25-28; C-623/22, punt 112-117.

³⁸ HvJ EU 14 september 2010, *Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals t. Europese Commissie e.a.*, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:512, punt 37.

³⁹ Zie art. 23 lid 2 Richtlijn 2005/60/EU en preambule 20.

⁴⁰ Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel, PbEU 2013, L 294/1.

⁴¹ Richtlijn 2013/48/EU, Preambule 33.

vertrouwelijkheid van de communicatie dus, bij hoge uitzondering, komen te vervallen. In de rechtszaal moet de verdachte vertrouwelijk met zijn raadsman kunnen communiceren, zo is in het bijzonder ten aanzien van het aanwezigheidsrecht van de verdachte op grond van art. 8 Richtlijn 2016/343/EU bepaald.⁴² Ook op grond van de komende Verordening ter verkrijging en bewaring van elektronisch bewijsmateriaal moet in principe de vertrouwelijkheid van communicatie tussen burgers en advocaten worden gerespecteerd.⁴³

2.4 Deelconclusie

Onder vertrouwelijke communicatie kan in dit supranationale verband dus worden verstaan: enig rechtmatig contact en overleg tussen de betrokkene en zijn advocaat ter verkrijging of verstrekking van juridisch advies c.q. bijstand, in welke vorm dan ook en zonder inmenging van een derde. Een inbreuk hierop kan gerechtvaardigd zijn als deze een legitiem doel dient (zie daarvoor art. 8 lid 2 EVRM), niet disproportioneel is in de gegeven omstandigheden (en dus niet verder gaat dan strikt nodig) en procedurele waarborgen bestaan ter bescherming van het daarmee samenhangende verschoningsrecht.

Duidelijk is aldus dat de overheidsinstanties niet zelf mogen bepalen of te verkrijgen materiaal wel of niet onder het verschoningsrecht valt. Daarvoor is rechterlijk toezicht vereist. Het is haar vervolgens evenmin toegestaan inzake onderzoek aan verkregen eventueel vertrouwelijke informatie, zelf te bepalen of stukken geheimhouderstukken zijn. Daarvoor moet zij zich wenden tot een onafhankelijke toezichthouder of rechter.

Hoewel er geen specifieke rechtspraak van het EHRM of HvJ EU is over vertrouwelijke communicatie met verschoningsrecht van notarissen, zal ook ten aanzien daarvan in het bijzonder art. 8 EVRM maken dat uitgewisselde informatie onder het privéleven van beiden valt en een eventuele inbreuk hierop duidelijk en kenbaar moet zijn voorzien in het nationale recht, proportioneel moet zijn en alleen kan geschieden voor een van de legitieme doelen van art. 8 lid 2 EVRM.

⁴² HvJ EU 4 juli 2024, *FP e.a.* C-760/22, par. 31 (waar het ging over aanwezigheid via videoverbinding).

⁴³ Verordening (EU) 2023/1543 van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2023 betreffende het Europees verstrekkingenbevel en het Europees bewaringsbevel voor elektronisch bewijsmateriaal in strafzaken en de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen als gevolg van een strafprocedure (*PbEU* 2023, L 191/118) en Richtlijn 2023/1544/EU van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2023 tot vaststelling van geharmoniseerde regels inzake de aanwijzing van aangewezen vestigingen en de aanstelling van wettelijke vertegenwoordigers ten behoeve van de vergaring van elektronisch bewijsmateriaal in strafprocedures (*PbEU* 2023, L 191/181). Zie in het bijzonder Preambule 45 en 47.

Hoofdstuk 3 Nationaal kader

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt het juridisch kader van vertrouwelijke communicatie, de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van advocaten en notarissen in Nederland weergegeven, alsmede het toezicht op deze professies in het licht van het verschoningsrecht. Tevens worden in dit hoofdstuk, per onderdeel, de bevindingen uit de interviews met betrokkenen weergegeven (zie voor een overzicht van respondenten bijlage 4).

3.2 Vertrouwelijke communicatie en geheimhoudingsplicht

Een algemeen uitgangspunt in het Nederlandse recht is, dat met hetgeen in de relatie tussen een cliënt en een advocaat of een notaris geschiedt, vertrouwelijk wordt omgegaan. Hieraan is een geheimhoudingsplicht voor deze personen gekoppeld, alsmede een breed verschoningsrecht. Voor advocaten geldt dat het een kernwaarde van die professie is dat een advocaat optreedt als vertrouwenspersoon.⁴⁴ Deze vertrouwelijkheid is nodig om het beroep van advocaat goed te kunnen vervullen. Een cliënt moet in principe in vertrouwen alles kunnen vertellen tegen zijn of haar advocaat. Het uitgangspunt is de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt. Bepalend daarbij is of het gaat om informatie die hem is ‘toevertrouwd in zijn hoedanigheid van advocaat’.

Voor de advocaat geldt een bijzondere zorgplicht ten aanzien van de voorgeschreven vertrouwelijke communicatie, in die zin dat de advocaat passende maatregelen moet nemen ter waarborging van de vertrouwelijkheid en de communicatie met de cliënt of derden. Dit geldt in het bijzonder waar het de keuze betreft van de communicatiemiddelen, van dataverwerking en van dataopslag waarvan de advocaat zich bedient, en de mate van beveiliging van die middelen.⁴⁵

Aan deze vertrouwelijkheid is een geheimhoudingsplicht gekoppeld. De hoofdregel is dat een advocaat ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennisneemt tot geheimhouding verplicht is.⁴⁶ Deze geheimhoudingsplicht blijft voortbestaan na beëindiging van de beroepsuitoefening of de betrekking waarin de werkzaamheden zijn verricht. De geheimhoudingsplicht van de advocaat is van groot belang voor een goede rechtsbedeling. De geheimhoudingsplicht wordt wel gezien als ‘één van de wezenlijkste beroepsplichten van de advocaat is’.⁴⁷

Voor een notaris geldt hetzelfde. Het beroep van notaris is eveneens een vertrouwensberoep, zodat het is van belang dat een cliënt in vertrouwen de notaris kan informeren over alle feiten met betrekking tot de kwestie waarvoor zijn bijstand wordt ingeroepen, zodat de notaris zijn

⁴⁴ Art. 10a lid 1 onder e Advocatenwet; regel 3 Gedragsregels advocatuur.

⁴⁵ Regel 3 Gedragsregels advocatuur.

⁴⁶ Art. 11a Advocatenwet. Dezelfde verplichting geldt voor medewerkers en personeel van de advocaat, alsmede andere personen die betrokken zijn bij de beroepsuitoefening.

⁴⁷ HvD nr. 662, *Advocatenblad* 1984, p. 248; HvD 10 juni 1987, nr. 975, *Advocatenblad* 1988, p. 251.

werk naar behoren kan uitoefenen.⁴⁸ Ook de notaris is daarom gehouden tot geheimhouding ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennisneemt.⁴⁹ De notaris moet dienaangaande zelfs een eed afleggen op grond van art. 3 lid 2 WNA: ‘dat ik geheimhouding zal betrachten ten aanzien van alles waarvan ik door mijn ambt kennis neem’.

Voorop staat dat alle respondenten die voor het onderzoek zijn geïnterviewd het belang van het verschoningsrecht onderschrijven. De Nederlandse Orde van Advocaten benadrukt dat dit noodzakelijk is om het werk van advocaat goed te kunnen uitoefenen. Ook het openbaar ministerie en de politie geven aan dat zij het verschoningsrecht als een fundamenteel rechtsbeginsel zien. Zij willen, voor zover dat mogelijk is, ook helemaal geen verschoningsgerechtigde informatie tot zich nemen. Daar kunnen ze toch geen gebruik van maken en dan kunnen er ook geen fouten worden gemaakt in de omgang ermee. Wel bestaan er verschillende visies over hoe de procedures omtrent het waarborgen van het verschoningsrecht dienen te worden ingevuld. Ten aanzien van de eigen rol van de geheimhouder in het bewaken van het verschoningsrecht en het vindbaar en filterbaar maken van relevante data bestaan verschillende visies. Uit de interviews blijkt dat alle geïnterviewden van mening zijn dat er een zekere verantwoordelijkheid ligt bij de advocaat of notaris in het bewaken van het verschoningsrecht en het vindbaar maken van relevante data om het verschoningsrecht te kunnen waarborgen. De meningen verschillen wel over hoever die verantwoordelijkheid zou moeten gaan (dit werd ook duidelijk tijdens de expertmeeting).

Een respondent geeft ook aan dat hier ook een commercieel belang meespeelt voor de advocaat/notaris om altijd en op uiteenlopende manieren bereikbaar te zijn voor de cliënt (I2). Verschillende respondenten uit de opsporing (I6, I7, I8, I9) zijn van mening dat er een sterkere zorgplicht bij de geheimhouder zou mogen liggen, waarbij bijvoorbeeld de verplichting tot schoning door de officier van justitie niet meer geldt als de geheimhouder buiten de afgesproken communicatiekanalen contact heeft gehad. Er zijn in de interviews verschillende opties geopperd waarop de geheimhouder de vindbaarheid van de verschoningsgerechtigde gegevens kan vergroten, zoals communiceren via bepaalde afgeschermden kanalen, bijvoorbeeld een bepaald afgeschermd portaal waar een cliënt dient in te loggen, een bepaald kenmerk (een soort watermerk) toevoegen aan verschoningsgerechtigde documenten, zoals bijvoorbeeld bepaalde bijlagen of, minder vergaand, alleen communiceren via een beperkt aantal kanalen (zoals alleen bepaalde professionele telefoonnummers en e-mailadressen). Dit laatste is overigens ook al is opgenomen in de toelichting op regel 3 van de gedragsregels advocatuur, zie nader hieronder. Andere verschoningsgerechtigden, zoals de arts, gaan daarin vaak al verder dan de advocaat, benoemen sommige respondenten (I5, I7, I11). Het punt van uiteenlopende communicatiemiddelen lijkt in het bijzonder te spelen binnen de advocatuur, omdat de communicatiekanalen bij het notariaat over het algemeen al wat beperkter zijn. Vanuit het KNB wordt ook het werken met een specifiek beveiligd communicatiesysteem

⁴⁸ J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 291.

⁴⁹ Art. 22 WNA. Dezelfde verplichting geldt voor de personen die onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam zijn voor al hetgeen waarvan zij kennis dragen uit hoofde van hun werkzaamheid.

gestimuleerd. Dat bevordert dan ook de herkenbaarheid van die communicatie, wanneer er gefilterd zou worden (I5).

Sommige respondenten (I7, I8) zijn kritisch over de bereidheid van de advocatuur om mee te denken over gezamenlijke oplossingen. Ze geven aan dat advocaten naar hun idee niet voldoende verantwoordelijkheid nemen om de geheimhouding te bewaren wanneer ze bijvoorbeeld via WhatsApp communiceren met cliënten. Nadere regels die de plichten van de geheimhouder omschrijven, bijvoorbeeld vanuit de NOvA, zouden daarom wenselijk zijn, aldus sommige respondenten. Dat zou wellicht ook de advocaat kunnen helpen, omdat die dan naar de regels kan verwijzen in de uitoefening van diens beroep, terwijl de advocaat anders al snel vanuit het belang van de cliënt zal redeneren (I2, I7).

De NOvA geeft aan dat er wel degelijk aandacht voor dit punt is. Zo is de toelichting op regel 3 van de gedragsregels advocatuur aangepast door te benadrukken dat de advocaat zich in de communicatie met de cliënt dient te beperken tot het gebruik van een professioneel e-mailadres. Voor het waarborgen van het verschoningsrecht is ook aandacht in de beroepsopleiding voor advocaten.

Ten aanzien van het communiceren via bepaalde, beperkte kanalen, worden vanuit de advocatuur (I4, I12) echter ook een aantal bezwaren genoemd. Zo wordt aangegeven dat de maatschappelijke geprefereerde communicatie zo snel verandert dat het lastig, of onmogelijk, is dit bij te houden, als je afsprekt dat alleen bepaalde communicatiekanalen mogen worden gebruikt. Daarnaast benadrukt de advocatuur dat advocaten allerlei soorten cliënten bijstaan uit uiteenlopende lagen van de samenleving. Daaronder vallen ook mensen die niet digitaal vaardig zijn. Als aan hen bepaalde eisen voor de communicatie zouden worden gesteld kan dat de toegang tot het recht voor deze groep in gevaar brengen. Een portaal zien onze respondenten daarom al helemaal niet als een serieuze optie (I4, I12). Verder geeft de NOvA aan dat het sowieso een uitdaging zal zijn alle advocaten in Nederland vrijwillig mee te krijgen in een dergelijke werkwijze, omdat hier verschillend tegenaan wordt gekeken binnen de advocatuur.

3.3 Handhaving geheimhoudingsplicht; tuchtrecht en strafrecht

De eis van vertrouwelijkheid c.q. vertrouwelijke communicatie en de geheimhoudingsplicht worden, gelet op het voorgaande ook, tuchtrechtelijk gehandhaafd. Door art. 46 Advocatenwet zijn alle advocaten onderworpen aan tuchtrechtspraak voor het handelen of nalaten dat zorgt voor een inbreuk op hetgeen in de Advocatenwet is opgenomen. Het naleven van de voormelde verplichtingen kan leiden tot een tuchtrechtelijke procedure en sanctionering van de advocaat. Voor notarissen volgt dit uit art. 93 e.v. WNA. Aan een schending van de geheimhoudingsplicht wordt zwaar getild.⁵⁰

De geheimhoudingsplicht van advocaten en notarissen wordt daarnaast strafrechtelijk gehandhaafd, zie art. 272 Sr. Het is de advocaat of notaris verboden enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk te

⁵⁰ Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden, 15 november 2023 ECLI:NL:TNORARL:2023:65.

schenden.⁵¹ Recent is een advocaat nog bestraft wegens het laten meeluisteren van een onbevoegde tijdens een politieverhoor.⁵²

3.4 Meldplicht in geval van ongebruikelijke transacties

Advocaten en notarissen kunnen onder omstandigheden niettemin verplicht zijn vertrouwelijke gegevens aan de overheid, meer in het bijzonder de Financiële inlichtingen eenheid (FIU), te verstrekken in het geval van ongebruikelijke transacties. Ingevolge art. 16 Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft) meldt een advocaat of notaris een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden. Die verplichting geldt als zij zelfstandig onafhankelijk beroeps- of bedrijfsmatig advies geven of bijstand verlenen bij het aan- of verkopen van registergoederen, het beheren van geld, effecten, munten etc., het oprichten of beheren van vennootschappen, rechtspersonen etc., het aan- of verkopen van aandelen in, of het geheel of gedeeltelijk aan- of verkopen dan wel overnemen van ondernemingen, vennootschappen etc. De verplichting geldt ook als zij zelfstandig onafhankelijk beroeps- of bedrijfsmatig optreden in naam en voor rekening van een cliënt bij enigerlei financiële transactie of onroerende zaaktransactie.⁵³

3.5 Toezicht op de advocatuur en het notariaat

Zowel de advocaat als de notaris is onderworpen aan (tuchtrechtelijk) toezicht.⁵⁴ Het toezicht wordt uitgeoefend door de plaatselijk deken van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) ten aanzien van de advocatuur en het Bureau Financieel Toezicht (BFT) ten aanzien van het notariaat.⁵⁵ In dat kader zijn twee punten van belang die in elkaars verlengde liggen. Ten eerste geldt dat de advocaat of de notaris zich tegenover de toezichthouder niet kan beroepen op zijn geheimhoudingsplicht.⁵⁶ Dat betekent dat aan de toezichthouder openheid van zaken moet worden gegeven. Dit is de keerzijde van het verlenen van het verschoningsrecht als privilege.⁵⁷ Toezicht, en het bijbehorende tuchtrecht, moeten misbruik van het privilege voorkomen.⁵⁸ Het

⁵¹ Dit misdrijf kan worden bestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.

⁵² Rb. ZWB 17 september 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:6392.

⁵³ Art. 1a lid 4 sub c en sub d Wwft.

⁵⁴ De wettelijke grondslag voor het toezicht van advocaten is geregeld in art. 45a e.v. Advocatenwet. Voor notarissen volgt dit uit art. 110 e.v. Wna. De tuchtrechtspraak is geregeld in respectievelijk art. 46 e.v. Advocatenwet en art. 93 e.v. Wna.

⁵⁵ Art. 35 lid 4 en 45a Advocatenwet en art. 110 lid 1 Wna.

⁵⁶ Art. 45a lid 2 Advocatenwet; art. 94 Wna. Zie voorts art. 2:5 en 5:20 Awb.

⁵⁷ Zie in EU-verband HvJ EU 29 juli 2024 (*Belgian Association of Tax Lawyers e.a. t. Premier ministre/ Eerste Minister*) ECLI:EU:C:2024:639; HvJ EU (Grote kamer) 14 september 2010, (*Akzo Nobel Chemicals Ltd en Akros Chemicals Ltd t. Europese Commissie*), ECLI:EU:C:2010:512, punt 42; HvJ EU 18 mei 1982, (*AM&S Europe Ltd t. Europese Commissie*), ECLI:EU:C:1982:157, p.1575, overweging 24.

⁵⁸ Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32382, nr. 10, p. 31; *Kamerstukken II* 2013/14, 32382, nr. 18, p. 11.

bestaan van (disciplinair) toezicht wordt niet voor niets wel gezien als een belangrijk argument om het beroepsverschoningsrecht überhaupt toe te kennen.⁵⁹

Toezicht op de advocatuur en het notariaat houdt in het verlengde hiervan, ten tweede, ook in dat de toezichthouder kennis zal kunnen nemen van geprivilegieerd materiaal. De geheimhouding geldt immers niet ten opzichte van de toezichthouder. De toezichthouder zal op diens beurt dus ook de vertrouwelijkheid van de informatie in acht moeten nemen en zich hieromtrent moeten kunnen verschonen. Anders is een goed functioneren van het toezicht ook niet doenlijk, zo werd al bepleit.⁶⁰ De vertrouwelijkheid van de relatie tussen de geheimhouder en de cliënt kan dan namelijk onder druk komen te staan. De onder toezicht staande advocaat of notaris zou in een concrete kwestie wellicht niet bereid zijn volledig inzicht te geven aan de toezichthouder, met als argument dat zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht onvoldoende wordt gewaarborgd als zijn vertrouwelijke gegevens door anderen dan de toezichthouder zouden kunnen worden ingezien. In de praktijk is over het zelfstandige of afgeleide verschoningsrecht van de deken en het BFT en de eventuele doorbreking daarvan veel te doen geweest.⁶¹

Inmiddels heeft de Hoge Raad beslist dat zowel de deken als het BFT een zelfstandig verschoningsrecht heeft tegenover politie en justitie. Dat betekent dat niet sprake is van een uitsluitend van de advocaat of notaris afgeleid verschoningsrecht. Het is voor hun toezichthoudende taak volgens de Hoge Raad essentieel dat zij zelfstandig kunnen optreden in het strafproces, bijvoorbeeld door een klaagschrift in te dienen overeenkomstig art. 98 lid 4 Sv. Als de deken of het BFT in dit verband niet over een zelfstandig verschoningsrecht zou beschikken, kan dit tot gevolg hebben dat advocaten of notarissen niet of in beperkte mate bereid zullen zijn mee te werken – ook waar het gaat om het ongevraagd verstrekken van informatie aan de deken – aan het toezicht. De vrees zou namelijk kunnen bestaan dat de door hen aangeleverde of, mede op basis daarvan, door de deken anderszins verzamelde informatie ter kennis komt van derden, in het bijzonder van politie en justitie, anders dan dat die informatie door de deken zelf in het kader en binnen de grenzen van zijn toezichthoudende taak aan derden kenbaar wordt gemaakt. Het zwaarwegende maatschappelijk belang van een goed werkend systeem van toezicht op de advocatuur en het notariaat brengt daarom met zich dat aan de deken en het BFT een zelfstandig verschoningsrecht toekomt.⁶²

Dit zelfstandige verschoningsrecht dat de deken of het BFT in geval van een strafrechtelijk onderzoek toekomt tegenover politie en justitie, strekt zich volgens de Hoge Raad uit tot de informatie die rechtstreeks verband houdt met de uitoefening van de toezichthoudende taak op de advocatuur. Dit betreft zowel de – met hen gedeelde – informatie die aan de advocaat als

⁵⁹ J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken* (diss. Leiden) Meppel: Krips Repro, 1975, p. 87 e.v.; F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss. Maastricht 2004), p. 237.

⁶⁰ Zie N.A.M.E.C. Fanoy, F. Bannier, T.N.B.M. Spronken, J.G.F. , *Heeft de lokale deken een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht?*, 2008; PHR 12 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:18, punt 4.5-4.7.

⁶¹ Rb Amsterdam 19 december 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:8260; Rb Amsterdam 8 augustus 2023, Rb Amsterdam 8 augustus 2023 ECLI:NL:RBAMS:2023:5900; PHR 27 augustus 2024, ECLI:NL:PHR:2024:818 en ECLI:NL:PHR:2024:819.

⁶² HR 17 december 2024, ECLI:NL:HR:2024:1876 en HR 17 december 2024 ECLI:NL:HR:2024:1875.

zodanig door een cliënt is toevertrouwd en die dus onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat of notaris valt, als anderszins vertrouwelijke informatie die de deken of het BFT in het kader van de toezichthoudende taak heeft verkregen.

De respondenten die wij spraken hebben, voor zover dit het aan de orde kwam, aangegeven dat het belang wordt ingezien van het verschoningsrecht van de toezichthouders.

3.6 Verschoningsrecht

3.6.1 Wettelijke grondslag

Het verschoningsrecht is voor onder andere advocaten en notarissen in het bijzonder wettelijk geregeld in art. 218 Sv, art. 165 Rv en art. 53a AWR.⁶³ Daarin is steeds bepaald dat zij zich kunnen onttrekken aan de algemene regel dat een getuige verplicht is vragen van een rechter te beantwoorden. Zij kunnen zich namelijk uit hoofde van hun beroep of ambt verschonen van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen. Dit betreft dan wel alleen hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd of door hen in die hoedanigheid is meegedeeld of waargenomen. Aan het verschoningsrecht ligt ten grondslag dat 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 toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden.⁶⁴ De inhoud van het verschoningsrecht van advocaten is gelijk aan die van notarissen.⁶⁵

3.6.2 Van wie is het verschoningsrecht?

Aangenomen wordt dat het verschoningsrecht een recht van de geheimhouder zelf is. Ook als een advocaat of notarissen door de cliënt niet gehouden wordt aan geheimhouding, is het nog steeds aan de functionaris om te bepalen of informatie naar buiten wordt gebracht. Anders dan in de vier door ons onderzochte andere landen kunnen zij dus niet uit hun geheimhoudingsplicht worden ‘ontslagen’.⁶⁶ Omgekeerd beslist de geheimhouder ook zelf of hij de geheimhouding doorbreekt in een bijzonder geval.⁶⁷

De geheimhoudingsplicht blijft voortbestaan na beëindiging van de beroepsuitoefening of de betrekking waarin de werkzaamheden zijn verricht en daarmee dus ook het

⁶³ In het bestuursrecht is in de Awb geen soortgelijke bepalingen opgenomen. Aangenomen wordt evenwel dat ook dan geen medewerkingsplicht bestaat. Bron.

⁶⁴ HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986/173 (*Notaris Maas*); HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld E. Thomas, ‘Hoever reikt het verschoningsrecht van de advocaat, notaris, belastinginspecteur, -adviseur en accountant?’, *WFR* 2003/1512.

⁶⁶ HR 1 maart 1985, *NJ* 1986/173 (*Notaris Maas II*); HR 2 oktober 1990, *NJ* 1991/124. Voor de notaris is dit zelfs opgenomen in art. 4 lid 1 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011.

⁶⁷ C.H. Brants & T.N.B.M. Spronken, ‘Het professionele verschoningsrecht: de arts, de advocaat en de journalist in de Nederlandse strafrechtspraktijk, pre-advies voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht’. In C. Brants, T. Spronken, P. Traest, & J. Meese (Eds.), *Verschoningsrecht in het strafrecht van België en Nederland* (pp. 1-108). Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

verschoningsrecht.⁶⁸ Het maakt dus niet uit dat een advocaat of notaris inmiddels niet meer in die hoedanigheid functioneert. Evenmin wordt vertrouwelijke informatie openbaar bezit als de cliënt of de advocaat of notaris is overleden.

3.6.3 Reikwijdte

Qua reikwijdte geldt het verschoningsrecht voor alles wat aan een advocaat of notaris is toevertrouwd als advocaat of notaris of door hen in die hoedanigheid is medegedeeld of waargenomen.⁶⁹ Het gaat om alle vormen van correspondentie, communicatie en (concept)stukken en dergelijke. Een algemeen uitgangspunt is dat het voor een beroep op het verschoningsrecht niet van belang is of de informatie waar het om gaat zich al dan niet bij de verschoningsgerechtigde zelf bevindt.⁷⁰ Van geprivilegieerd materiaal kan ook worden gesproken als weliswaar geen sprake is van een mededeling 'door of aan' een verschoningsgerechtigde, maar wel het redelijk vermoeden bestaat dat het gaat om geprivilegieerde gegevens. Dat is onder andere bepaald ten aanzien van camerabeelden waaruit een (toekomstige) hulpverleningsrelatie met een verschoningsgerechtigde kan worden afgeleid.⁷¹

De beschermde werkzaamheden omvatten niet alleen de bijstand in een gerechtelijke procedure door een advocaat of het uitvoeren van de notariële taak door een notaris, maar ook ander juridisch advies van de advocaat of de notaris. De Hoge Raad heeft aangegeven dat aan een advocaat of notaris alleen een verschoningsrecht toekomt 'in het kader van zijn juridische dienstverlening aan een rechtzoekende die zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid'.⁷² Als de advocaat of notaris dus benaderd is vanwege die hoedanigheid, is sprake van werkzaamheden die onder het verschoningsrecht vallen.

Dat is dus niet het geval als het gaat om activiteiten die niet 'des advocaats' of 'des notaris' zijn, of buiten hun expertise liggen.⁷³ Als informatie niet *als zodanig* aan hen is toevertrouwd, geldt het verschoningsrecht niet. Het gaat dan onder meer om informatie die deze als privépersoon heeft verkregen of verspreid. Te denken valt aan de advocaat of notaris die getuige is van een verkeersongeval of een levensdelict door diens cliënt.⁷⁴ Of aan gevallen waarin een advocaat of notaris wordt in gekopieerd in de cc-regel van een e-mail met geen ander doel dan de inhoud van de e-mail onder de vertrouwelijkheid te brengen of het hen laten deelnemen aan een gesprek met het enige doel om wat tijdens het gesprek ter tafel komt

⁶⁸ Zie art. 11a Advocatenwet en art. 22 WNA.

⁶⁹ Zie hierover al HR 1 maart 1985, *NJ* 1986/173 (*Notaris Maas II*); HR 24 april 2010, *NJ* 2011/222. Melis/Waaijer, p. 339-342.

⁷⁰ Zie onder andere HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375; HR 18 februari 2025, ECLI:NL:HR2025:302.

⁷¹ HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375, met verwijzing naar HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553.

⁷² HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258; HR 18 februari 2025, ECLI:NL:HR2025:302. Beide ten aanzien van een advocaat.

⁷³ Melis/Waaijer, p. 339-340; Melai, aw., aant. 11 bij art. 218.

⁷⁴ Rb. Dordrecht 27 november 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG5497.

vertrouwelijk te laten zijn.⁷⁵ Ook als een advocaat of notaris een bestuurder is van een rechtspersoon, geldt het verschoningsrecht niet voor deze werkzaamheden.⁷⁶ Feitelijke, interne onderzoeken uitgevoerd door een advocaat op verzoek van zijn cliënt kunnen in dat verband ook nog steeds vallen onder het bereik van het verschoningsrecht, al is dat niet onomstreden.⁷⁷

Geheimhoudersstukken die in procedures in het geding zijn gebracht, kunnen hun geheime status verliezen als zij in een uitspraak terecht komen. De Hoge Raad heeft in een belastingzaak aangaande een advocaat geoordeeld dat de omstandigheid dat deze een geheim, namelijk een stuk waarin gegevens zijn opgenomen waarover zijn verschoningsrecht zich uitstrekt, heeft ingebracht in een fiscale procedure niet met zich brengt dat het verschoningsrecht ten aanzien van de betreffende gegevens wordt prijsgegeven in relatie tot een (mogelijk) latere strafrechtelijke procedure (inclusief eventuele bijlagen die bij dat stuk zijn gevoegd en waarover het verschoningsrecht van de advocaat zich eveneens uitstrekt). Wel is het volgens de Hoge Raad zo dat het inbrengen van die gegevens in de fiscale procedure ertoe kan leiden dat de belastingrechter de betreffende gegevens vermeldt in zijn uitspraak en dat die uitspraak openbaar wordt. In dat geval komt daarmee in zoverre het vertrouwelijke karakter te vervallen en komt de advocaat wat betreft de openbaar geworden gegevens geen beroep meer toe op zijn verschoningsrecht. Het is aan de belastingrechter om te beslissen welke gegevens hij al of niet in zijn uitspraak vermeldt. De omstandigheid dat op het in de fiscale procedure ingebrachte stuk een verschoningsrecht rust, brengt daarbij voor de belastingrechter geen beperking mee.⁷⁸

Wat er precies onder het verschoningsrecht valt, of zou moeten vallen, en daarom geheimgehouden moet worden is iets waar respondenten enigszins verschillende visies op hebben. Verschillende respondenten geven aan dat ze vanuit de rechtspraak een duidelijker oordeel hierover zouden willen hebben. Vanuit de advocatuur wordt opgemerkt dat alle informatie waaruit blijkt dat er contact is geweest met een geheimhouder (bijvoorbeeld dat er een telefoongesprek heeft plaatsgevonden) uit het dossier gehouden zou moeten worden (I4). Binnen de opsporing geven enkele respondenten aan dat alleen het feit dat er contact is geweest wel meegenomen zou mogen worden in het opsporingsonderzoek of althans, dat er in ieder geval geen plicht bestaat om deze informatie te filteren. Dat laatste zou ondoenlijk zijn omdat bijvoorbeeld iedereen wel berichten binnenkrijgt op zijn telefoon dat je een tandartsafpraak hebt. De grens tussen vriendschappelijk contact en gesprekken over een daadwerkelijke ‘behandelrelatie’ is fluïde, waardoor het ook dan niet zonder meer duidelijk is of sprake is van een geheimhoudersgesprek (I2 en I5). De volgende vraag is of dergelijke informatie, voor zover relevant, ook kan worden gebruikt in het opsporingsonderzoek. Dat is zeker niet zonder meer het geval, geven respondenten van het openbaar ministerie aan. De opsporing bepaalt dit op basis van een proportionaliteit en subsidiariteitstoets (I6). In dergelijke gevallen speelt ook

⁷⁵ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 150. Zie voor advocaten bijvoorbeeld de toelichting op Gedragsregel 3. Zie als voorbeeld HR 21 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1777.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 258 en 259. Zie als voorbeeld Rechtbank Midden-Nederland 17 november 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5569.

⁷⁷ Zie hierover bijvoorbeeld A. Kristic, ‘Het verschoningsrecht in de context van interne onderzoeken’, *TBS&H* 2017, p. 76-83.

⁷⁸ HR 25 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:456.

voor de opsporing ook de vraag: wanneer heb je als functionaris precies kennisgenomen van geheimhoudersinformatie? (I7). Wanneer dit het geval is blijkt niet geheel duidelijk, terwijl het voor de opsporing erg vervelend is als iemand om die reden geen onderdeel meer kan uitmaken van het onderzoeksteam.

Een aspect dat in het verlengde daarvan ligt, en waarover volgens sommigen in het bijzonder onduidelijkheid bestaat, is wat moet worden verstaan onder metadata en hoe daar precies mee om moet worden gegaan in het kader van het verschoningsrecht (I7, I4).

3.6.4 Kennis van de regels omtrent het verschoningsrecht

De kennis van het verschoningsrecht bij de diverse instanties verschilt erg per persoon, geven respondenten aan. Variatie in kennis van de ins en outs van het verschoningsrecht is eigenlijk iets dat geldt bij alle verschillende betrokken actoren. Enkele respondenten benadrukken wel dat zij het idee hebben dat, over het algemeen, de kennis is toegenomen en er een professioneringsslag heeft plaatsgevonden de afgelopen jaren. Het NFI krijgt bijvoorbeeld vaker deskundige vragen vanuit de advocatuur over hoe de filtering heeft plaatsgevonden. Sommigen geven vanuit ervaringen in het buitenland ook aan dat we in Nederland voorop lijken te lopen (I1).

Desalniettemin is zeker nog niet iedereen zich voldoende bewust van het verschoningsrecht in het dagelijkse werk. Bij individuele politiemedewerkers schiet de kennis bijvoorbeeld soms tekort (I4, I8), wat tot problematische situaties kan leiden. Ook vanuit de politieorganisatie zelf (I8) wordt aangegeven dat het kennisniveau wisselt, wat er onder andere mee te maken heeft hoe vaak iemand er in zijn werk mee in aanraking komt. Wat betreft de advocatuur en soms ook de rechtspraak wordt aangegeven dat niet iedereen het juridisch kader goed kent, maar dat er vooral soms een verkeerd beeld bestaat van hoe filteren plaatsvindt en wat hierin mogelijk is (zie nader par. 3.8). Bepaalde strafzaken zoals de Hells Angels-zaak en de Box Consultingzaak, waarin het fout is gegaan hebben wel geleid tot een toegenomen bewustwording geeft het openbaar ministerie aan (I6, I11). Nu er volgend uit de rechtspraak van de Hoge Raad verantwoordelijkheid komt te liggen bij het kabinet rechter-commissaris in de filtering is het extra belangrijk dat daar ook voldoende expertise wordt gecreëerd (werd genoemd tijdens de expertmeeting en ook I12).

Specifiek met betrekking tot het notariaat geven respondenten aan dat notarissen zich over het algemeen vrij goed bewust zijn van hun geheimhoudingsplicht en het bijbehorende verschoningsrecht. Hoe zich dat verhoudt tot het toezicht op het notariaat weten notarissen soms minder goed, of ze vinden dit lastig te bepalen. In een tuchtrechtprocedure geldt bijvoorbeeld een afgeleid verschoningsrecht, maar omdat een tuchtrechtzitting vaak openbaar is zal een notaris zich vaak terughoudend opstellen waar het gaat om delen van verschoningsgerechtigde informatie (I3). Vanuit het notariaat wordt ook opgemerkt dat opsporingsambtenaren soms te weinig kennis hebben van het verschoningsrecht van de notaris (IX, KNB).

3.6.5 Afgeleid verschoningsrecht

Ook als door een advocaat of een notaris een derde wordt ingeschakeld, kan sprake zijn van verschoningsgerechtelijk materiaal. Dat betreft het zogeheten afgeleide verschoningsrecht van ondersteunend personeel, ingeschakelde derden en dergelijke. Het komt erop neer dat als een derde van een geheimhouder gegevens verkrijgt die onder het verschoningsrecht van de geheimhouder vallen, terwijl deze verkrijging plaatsvond in het kader van de uitoefening van de werkzaamheden van de geheimhouder, een van deze geheimhouder met betrekking tot die gegevens afgeleid verschoningsrecht heeft.⁷⁹ Voor die personen geldt ook de geheimhoudingsplicht.⁸⁰

3.6.6 Uitzonderingen

In het algemeen worden, mede gelet op het voorgaande, drie gevallen onderscheiden waarin of waarvoor het verschoningsrecht niet geldt, dan wel kan worden doorbroken. De eerste situatie betreft het geval dat de professioneel verschoningsgerechtigde toestemming geeft om van de stukken c.q. gegevens kennis te nemen. Nu dat in beginsel een schending van diens geheimhoudingsplicht tot gevolg zal hebben (zie hiervoor), zal een geheimhouder niet snel vrijwillig afstand doen van het verschoningsrecht.

De tweede situatie ziet op de stukken welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken (*corpora delicti*) of tot het begaan van het strafbare feit gediend hebben (*instrumenta delicti*).⁸¹ Het gestolen goed of het witgewassen geld op het kantoor van de raadsman van de verdachte mag aldus ‘gewoon’ in beslag worden genomen en daarnaar mag ook worden gezocht. Ook het moordwapen of een vals stuk aan de hand waarvan een oplichting heeft plaatsgevonden, is dus niet beschermd. Het verschoningsrecht geldt niet voor deze voorwerpen.⁸² Als voor de vaststelling van die situatie inhoudelijke kennisneming van privilegeerde informatie nodig is, is dat voorbehouden aan de rechter-commissaris.⁸³ Wel zal de geheimhouder geen verdere informatie hoeven te verschaffen. En mocht de geheimhouder zelf verdachte (kunnen) zijn, dan zal van hem vanwege die (mogelijke) status van verdachte geen enkele medewerking mogen worden verwacht. Een moeilijkheid met betrekking tot de praktijk is echter dat het voor een rechter-commissaris, die veelal op afstand staat, vaak lastig zal zijn om te kunnen bepalen of iets onder de *corpora delicti* valt, geeft een officier (I12) aan die veel met het verschoningsrecht te maken heeft. En de officier heeft vervolgens geen zicht op de beslissingen die hieromtrent uiteindelijk worden genomen door de rechter-commissaris.

De derde en meest besprekenswaardige situatie ziet op een jurisprudentiële uitzondering waarin wegens zeer uitzonderlijke gevallen het verschoningsrecht kan worden doorbroken. Dan mag wel van te vergaren of vergaarde geheimhoudersstukken kennis worden genomen. De Hoge

⁷⁹ Melai, aant. 14 bij art. 218.

⁸⁰ Voor advocaten is dat ook opgenomen in art. 11a Advocatenwet (zie ook de toelichting op Gedragsregel 3) en voor notarissen in art. 22 WNA.

⁸¹ Zie art. 98 Sv.

⁸² Melai, , aant. 5.4 bij art. 98.

⁸³ Zie HR 12 maart 2024, *NJ* 2024/318.

Raad heeft in vaste rechtspraak geoordeeld dat het verschoningsrecht van onder meer de advocaat en de notaris in zoverre niet absoluut is, dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden laten denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt — ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap hem als zodanig is toevertrouwd — moet prevaleren boven het verschoningsrecht.⁸⁴ Bij de beantwoording van de vraag of zich zo uitzonderlijke omstandigheden voordoen dat het verschoningsrecht mag worden doorbroken, geldt wat betreft het belang van de waarheidsvinding als beoordelingsmaatstaf of de betreffende gegevens redelijkerwijs in een zodanig direct verband staan met het strafbare feit waarvan het vermoeden bestaat dat dit is begaan, dat deze gegevens kunnen dienen om de waarheid aan het licht te brengen, aldus de Hoge Raad in vaste jurisprudentie.⁸⁵ Voor het oordeel dat van zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake is en dus een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel met betrekking tot het verschoningsrecht, gelden zware motiveringseisen.⁸⁶

Relevante factoren voor deze beoordeling zijn volgens vaste rechtspraak de aard en de ernst van het strafbaar feit waarvan het vermoeden bestaat dat het is begaan, de aard en de inhoud van het materiaal waarover zich het verschoningsrecht uitstrekt in verband met het belang dat door het verschoningsrecht wordt gediend, de mate waarin de betrokken belangen van de cliënt worden geschaad als het verschoningsrecht wordt doorbroken en de omstandigheid dat de gegevens niet op een andere manier kunnen worden verkregen.⁸⁷ Het enkele feit dat de geheimhouder zelf verdachte is van een ernstig strafbaar feit, is hierbij wel een relevante factor, maar maakt nog niet dat doorbreking van het verschoningsrecht geoorloofd is en de mate van ‘stevigheid’ van de tegen hem bestaande verdenking is daarbij niet van doorslaggevende betekenis.⁸⁸ Wel voldoende kan volgens de Hoge Raad bijvoorbeeld zijn dat de advocaat of notaris wordt verdacht van een ernstig strafbaar feit, zoals het vormen van een crimineel samenwerkingsverband met bepaalde cliënten. Dan zal het belang van die cliënten dat zij ervan moeten kunnen uitgaan dat de notaris geheimhoudt hetgeen zij hem in die criminele aangelegenheid hebben toevertrouwd, moeten wijken voor het belang dat de waarheid aan het licht komt.⁸⁹ Zien wij het goed, dan gaat in de rechtspraak de uitzondering alleen op in die gevallen waarin de advocaat of notaris zelf verdachte is van bepaalde, ernstige feiten.

Wat hierbij opvalt is dat in deze gevallen, waarin het verschoningsrecht misbruikt lijkt te worden, volgens de Hoge Raad dus kennelijk wel sprake kan zijn van informatie die door of aan de professioneel verschoningsgerechtigde als zodanig is toevertrouwd of medegedeeld. Het verschoningsrecht geldt in deze situaties dus wel, maar mag wegens zeer uitzonderlijke omstandigheden doorbroken worden.⁹⁰

⁸⁴ HR 1 maart 1986, *NJ* 1986/173; HR 24 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1290.

⁸⁵ HR 30 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280; HR 25 maart 2025, ECLI:NL:HR:2025:446.

⁸⁶ HR 30 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5665.

⁸⁷ HR 24 september 2024, 2024:1290; Melai, aant. 5.5 op basis van HR 9 mei 2006, *NJ* 2006/622. Zie ook HR 29 mei 2004, *NJ* 2005/237.

⁸⁸ HR 10 december 2013, *NJ* 2014/93; G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 148 en p. 583-584.

⁸⁹ HR 30 oktober 2007, *NJ* 2008/115; HR 14 juni 2005, *NJ* 2005/353; PHR 10 maart 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG9494; HR 10 december 2013, *NJ* 2014/93.

⁹⁰ Zie ook Mevis in diens noot onder *NJ* 2025/131.

Een vraag die in de praktijk wordt genoemd is in dit verband hoe om te gaan met het verschoningsrecht als er sprake is van misbruik van het verschoningsrecht (I4). In dat geval valt dit niet meer onder verschoningsgerechtigde informatie wordt aangegeven, maar het kan nog steeds problematisch zijn (bijvoorbeeld voor medeverdachten) als de informatie wordt gedeeld.

3.7 (Bijzondere) opsporingsmethoden

3.7.1 Algemeen

Uit art. 98 lid 1 Sv volgt dat bij advocaten en notarissen brieven of andere geschriften tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt zonder hun toestemming niet in beslag kunnen worden genomen. Bij een doorzoeking mag alleen worden gezocht naar brieven en geschriften die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken (*corpora delicti*) of tot het begaan van het strafbare feit gediend hebben (*instrumenta delicti*). Strafvorderlijk is daarnaast geregeld dat advocaten en notarissen op grond van hun bevoegdheid tot verschoning niet verplicht zijn te voldoen aan een bevel ter uitlevering van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp. Dit voor zover de uitlevering met hun plicht tot geheimhouding in strijd zou zijn (art. 96a lid 3 sub b Sv). Ook voor (het doorzoeken ter) vastlegging van gegevens gelden deze beperkingen (art. 125i lid 1 en art. 125l Sv).

Voorts hoeven advocaten en notarissen niet te voldoen aan een vordering tot (gedeeltelijke) verstrekking van een geautomatiseerd bestand in het kader van een verkennend onderzoek. Dit geldt wederom voor zover de uitlevering met hun plicht tot geheimhouding in strijd zou zijn (art. 126hh lid 1 Sv). Als bijzondere opsporingsbevoegdheden worden ingezet, dient het verschoningsrecht ook gerespecteerd te worden. Het verschoningsgerechtigde materiaal dat via dergelijke opsporingsbevoegdheden wordt verkregen, dient te worden vernietigd (art. 126aa Sv). Deze twee domeinen worden hieronder iets verder uitgewerkt.

Respondenten geven aan dat in het algemeen geldt dat voorafgaand aan het vergaren van bepaalde gegevens (draggers) al zou kunnen worden nagedacht over de vraag of er sprake is van een redelijk vermoeden op verschoningsgerechtigd materiaal. Als dat niet het geval lijkt, zou dat zou een reden kunnen zijn om het betreffende device niet te vergaren (I11 en expertmeeting). Om dit in goede banen te leiden kan een dataplanstrategie gemaakt worden. Men weet echter niet altijd van tevoren welk materiaal men zal aantreffen. Daarom is het niet altijd mogelijk om van tevoren dergelijke afwegingen te maken. Het nemen van beslissingen hierover op het moment van inbeslagname is nadelig omdat dit tijd kost. Het is daarbij vaak niet alleen in het belang van de opsporing, maar ook in het belang van de verdachte dat de inbeslagname zo snel mogelijk verloopt. Als (internationaal) wordt samengewerkt met verschillende instanties is het helemaal moeilijk om tijdens de inbeslagname hierover afspraken te maken (I11).

Als data niet in beslag worden genomen kunnen deze gegevens bovendien nooit meer worden gebruikt, terwijl dit wellicht toch relevant zou kunnen zijn. Daarom kan het aantrekkelijker zijn om bepaalde gegevens wel te vergaren, maar als (voorlopig) lijkt dat deze informatie bevatten niet nodig is voor het opsporingsonderzoek, de hele dataset ontoegankelijk te maken. Voordeel

is dat dit kan zonder kennis te nemen van in de inhoud ervan, waardoor er geen rechter-commissaris nodig is om dit te monitoren. Mochten er dan later in het opsporingsonderzoek alsnog aanwijzingen zijn dat hier mogelijk relevante informatie te vinden is, dan kan het device alsnog worden gefilterd.

3.7.2 Klassieke domein

Voor de aloude inbeslagneming van voorwerpen en doorzoeking, alsmede ter vastlegging van gegevens (art. 125i Sv), wat ook wel wordt gezien als het ‘klassieke domein’, is in art. 98 en 110 Sv in een procedure onder regie van de rechter-commissaris voorzien dat van toepassing is als op mogelijke geheimhouders(stukken) wordt gestuit.⁹¹ Vooropgesteld moet worden dat beslag op fysieke stukken enerzijds nog steeds een rol speelt in de opsporing, maar dat dit anderzijds wel een wat verouderd beeld geeft over de dagelijkse praktijk. Het gaat immers veelal niet om de computer of smartphone zelf, maar om de informatie c.q. gegevens die de opsporing via deze geautomatiseerde werken of gegevensdragers daardoor tot zijn beschikking heeft of daarmee nader kan ontsluiten. Dit kan door de Innovatiewet onder omstandigheden, in eerste instantie tot drie dagen na inbeslagneming. Daarin zijn twee nieuwe opsporingsbevoegdheden ingevoerd, steeds na inbeslagneming. De eerste nieuwe bevoegdheid na inbeslagneming van een geautomatiseerd werk, betreft het kennisnemen of vastleggen van gegevens die gedurende een periode van drie dagen na inbeslagneming zijn opgeslagen op dat geautomatiseerd werk.⁹² De tweede nieuwe bevoegdheid is in een elders aanwezige geautomatiseerd werk onderzoek doen naar gegevens die ten tijde van de inbeslagneming waren opgeslagen of gedurende een periode van drie dagen na de inbeslagneming zijn opgeslagen op dat elders aanwezige geautomatiseerd werk en die redelijkerwijs nodig zijn om de waarheid aan de dag te brengen.⁹³ Dat betekent dat onder het klassieke domein inmiddels ook belangrijke, meer moderne opsporingsbevoegdheden vallen.

Met betrekking tot het verschoningsrecht mag worden aangenomen dat deze (recente) digitale mogelijkheden beheerst worden door het regime van art. 98 Sv. Zij volgen immers op een inbeslagname, ook al moeten zij als zelfstandige bevoegdheid naast die van art. 125j Sv worden gezien en art. 98 Sv niet expliciet van overeenkomstige toepassing is verklaard.⁹⁴

Beslag dan wel vastlegging van gegevens bij de geheimhouder zonder diens toestemming is in beginsel alleen toegestaan ten aanzien van stukken die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan van het strafbare feit hebben gediend (zie hiervoor). De geheimhouder moet in staat worden gesteld zijn mening kenbaar te maken of deze stukken onder zijn verschoningsrecht vallen. 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). De overheid moet de nodige

⁹¹ HR 24 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375, r.o. 6.4 en de conclusie onder 5.

⁹² Art. 556 Sv.

⁹³ Art. 557 Sv.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2020/21, 35869, nr. 3, p. 3940. Zie ook art. 556 (lid 7) en 557 (lid 5) Sv.

inspanningen verrichten om potentiële geheimhouders op te sporen en in staat te stellen hun visie te geven (of anders de deken of Ringvoorzitter).⁹⁵

In zeer uitzonderlijke gevallen kan het verschoningsrecht worden doorbroken vanwege het belang dat de waarheid aan het licht komt. Genoemd wordt ten aanzien van advocaten dan vooral de situatie dat de advocaat zelf verdachte is van een ernstig strafbaar feit. Dat is voor de notaris niet anders.⁹⁶

De geheimhouder bepaalt dus in eerste instantie zelf of het verschoningsrecht van toepassing is en inbeslagneming c.q. vastlegging wat hem betreft dus al dan niet is toegestaan (voor zover deze in beeld is). De Hoge Raad heeft in zijn vaste rechtspraak overwogen dat in het geval de verschoningsgerechtigde zich op het standpunt stelt dat het gaat om gegevens die niet voorwerp van het strafbare feit uitmaken en ook niet tot het begaan daarvan hebben gediend en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dit standpunt door politie en justitie moet worden geëerbiedigd. Dat is anders als er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is. Of die situatie zich voordoet 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 Dekan van de Orde van Advocaten of de voorzitter van het ringbestuur van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.⁹⁷ Als in verband met de filtering door een geheimhouder of een belanghebbende aan de rechter-commissaris een lijst is aangeleverd met namen of e-mailadressen van verschoningsgerechtigden, valt ook de informatie op die lijst onder het verschoningsrecht en behoort die lijst – uitzonderingen daargelaten – evenmin ter beschikking te worden gesteld aan de opsporing.⁹⁸

3.7.3 Bijzondere opsporingsbevoegdheden

Bij de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden (vanaf Titel IVA, Eerste Boek Sv), geldt volgens de wet een ander regime dan voor het klassieke domein met betrekking tot de verkrijging van opsporingsresultaten met daarin mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal. Bijzondere opsporingsmethoden zijn onder meer het opnemen van communicatie (inclusief communicatie door middel van een geautomatiseerd werk), het vorderen van gegevens en onderzoek in een geautomatiseerd werk. Ten aanzien van het aftappen van gesprekken waaraan telefoonnummers die door advocaten geregistreerd zijn deelnemen geldt sinds 2011 het systeem van nummerherkenning. De bij het aftappen gebruikte technologie herkent geheimhoudernummers van advocaten en verhindert dat de politie gesprekken met deze nummers in real-time of naderhand kan afluisteren.⁹⁹

⁹⁵ HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048, NJ 2021/117, m.nt. T. Kooijmans. Zie ook art. 98 lid 6 Sv.

⁹⁶ HR 21 oktober 2008, NJ 2008/630; HR 30 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5611.

⁹⁷ HR 24 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375, r.o. 6.6.3.

⁹⁸ HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268.

⁹⁹ Nederlandse Orde van Advocaten, “Vertrouwelijkheid / geheimhoudernummer / nummerherkenning politie sinds 2011”, [Advocatenorde.nl](https://www.advocatenorde.nl), via <https://www.advocatenorde.nl/vertrouwelijkheid/geheimhoudernummer/nummerherkenning-politie-sinds-2011>.

In art. 126aa Sv is geregeld hoe te werk moet worden gegaan indien mogelijkwerwijs op deze informatie wordt gestuit. Lange tijd werd daardoor door in ieder geval de opsporing c.q. het openbaar ministerie gedacht dat de officier van justitie de filtering van eventuele geheimhoudersmateriaal kon uitvoeren en alleen voor de voeging van bepaalde stukken de machtiging van de rechter-commissaris nodig had. Door in het bijzonder de beslissing van 12 maart 2024 op prejudiciële vragen is duidelijk dat in sommige gevallen ook voor het uitvoeren van bijzondere opsporingsbevoegdheden en het omgaan met de resultaten daarvan, de rechter-commissaris een centrale rol speelt.¹⁰⁰ De zaak zag op de situatie hoe het verschoningsrecht gewaarborgd moet worden in het geval gegevens worden gevorderd op basis van art. 126ng/ug Sv. Aangenomen kan worden dat de regels die de Hoge Raad heeft gegeven breder toepasbaar zijn als door bijzondere bevoegdheden mogelijkwerwijs geheimhoudersinformatie wordt verkregen.

In elk geval kan de officier van justitie de algemene bevoegdheid van art. 181 Sv gebruiken om de rechter-commissaris te benaderen daar waar dat voor de bescherming van het functioneel verschoningsrecht aangewezen is. De officier van justitie kan in dit verband vorderen dat de rechter-commissaris met het oog op de opsporing van een strafbaar feit onderzoekshandelingen verricht. Hier zal dat het filteren van gegevens zijn. De officier van justitie is van de Hoge Raad gehouden om zo'n vordering te doen als filtering niet kan plaatsvinden zonder dat van de gegevens kennis wordt genomen (en dus filtering onder verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris noodzakelijk is). Dit met het oog op het waarborgen van de met het verschoningsrecht beoogde belangen.¹⁰¹

Uit art. 126aa Sv volgt volgens de Hoge Raad de volgende onderverdeling in categorieën gegevens, waarbij de Hoge Raad aangeeft wat daarmee dient te geschieden als zij zijn verkregen. De eerste categorie gegevens betreft de mededelingen door of aan een verschoningsgerechtigd persoon als bedoeld in art. 218 (en 218a) Sv die object van verschoningsrecht zijn. Als dus mededelingen door of aan een advocaat of notaris worden bemachtigd door de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden dan moeten deze worden vernietigd. De tweede categorie gegevens houdt in 'andere mededelingen' door of aan zo'n verschoningsgerechtigde. Dit zijn de mededelingen door of aan die verschoningsgerechtigde die niet object zijn van het verschoningsrecht. Deze gegevens hoeven niet te worden vernietigd, maar zij kunnen slechts bij de processtukken worden gevoegd na machtiging van de rechter-commissaris. De derde categorie gegevens ziet op overige gegevens (gegevens dus waarbij geen sprake is van een mededeling door of aan een verschoningsgerechtigde). Als duidelijk is dat daarvan sprake is, kunnen zij bij de processtukken worden gevoegd zonder dat daartoe een machtiging van de rechter-commissaris is vereist.

De Hoge Raad signaleert dat de huidige wet niet specifiek voorziet in regels voor het geval waarin een groot aantal gegevens wordt gevorderd en het op voorhand niet duidelijk is of en, zo ja, in hoeverre het geprivilegieerde gegevens betreft. Omdat het dan noodzakelijk kan zijn om kennis te nemen van de inhoud van de gevorderde gegevens om gegevens waarop het

¹⁰⁰ HR 24 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375.

¹⁰¹ HR 24 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375, r.o. 6.6.7.

verschoningsrecht van toepassing is, te kunnen uitfilteren, moet daarvoor een nadere regeling worden gegeven. Anders dan in relatie tot inbeslagneming (art. 98 Sv), voorziet het Wetboek van Strafvordering niet in een specifieke procedure voor de beoordeling of gevorderde gegevens onder het bereik van het verschoningsrecht vallen. De Hoge Raad heeft in beslissing overwogen dat vermoedelijk geprivilegieerde gegevens zoveel mogelijk buiten de vordering van de officier van justitie dienen te worden gehouden. Voor het doen van de vordering aan een aanbieder van een communicatiedienst heeft de officier van justitie een machtiging van de rechter-commissaris nodig (art. 126ng lid 4 en 126ug lid 4 Sv). Als het redelijke vermoeden bestaat dat zich bij de te vorderen gegevens geprivilegieerde bevinden, moet dat voorts in de vordering tot machtiging worden vermeld. Onder omstandigheden dient te worden vermeld dat de verdachte wordt bijgestaan door een advocaat. De rechter-commissaris kan dit dan in zijn afweging betrekken en kan eventueel voorwaarden verbinden aan de machtiging, bijvoorbeeld omtrent de wijze van filtering.

De Hoge Raad heeft bepaald dat zodra er een redelijk vermoeden is dat gevorderde gegevens geprivilegieerde informatie bevatten, de rechter-commissaris hoe dan ook ingeschakeld moet worden. Dit betekent dat de opsporingsambtenaren, waaronder de officier van justitie, niet zelfstandig mogen beslissen of bepaalde informatie onder het verschoningsrecht valt. De rechter-commissaris moet beoordelen of de verkregen gegevens beschermd zijn en bepalen wat ermee gebeurt.

Mochten er mogelijkgeprivilegieerde gegevens zijn verkregen, dan moeten deze gegevens daarop worden gecontroleerd. Dit proces moet zo worden ingericht dat opsporingsambtenaren geen kennisnemen van vertrouwelijke communicatie tussen de geheimhouder en diens cliënt. De Hoge Raad heeft aangegeven dat filtering alleen dan door de officier van justitie kan worden uitgevoerd als dit kan zonder kennis te nemen van de inhoud. Anders moet de rechter-commissaris de filtering (onder zijn regie laten) uitvoeren (met behulp van geheimhoudersfunctionarissen met technische expertise). Gegevens die onder het verschoningsrecht vallen, moeten vervolgens worden vernietigd en mogen niet worden gebruikt in het strafrechtelijk onderzoek.

De Hoge Raad heeft voorts overwogen dat belanghebbenden zoals geheimhouders op grond van art. 552a Sv beklag kunnen doen tegen de kennisneming en het gebruik van de gegevens dan wel een verzoek te doen tot vernietiging daarvan. Hij heeft verder aangegeven dat art. 98 lid 4 Sv voorziet in een specifieke beklagmogelijkheid voor een verschoningsgerechtigde tegen een beschikking van de rechter-commissaris die op grond van art. 98 lid 3 Sv heeft beslist over inbeslagneming bij een verschoningsgerechtigde, maar dat deze regeling in de wet beperkt is tot inbeslagneming en niet van toepassing is verklaard in relatie tot het vorderen van gegevens.

Ook heeft de Hoge Raad over tapgesprekken met een advocaat al bepaald dat als de advocaat zelf geen verdachte is, het de officier van justitie en de rechter-commissaris bij de toepassing van art. 126aa Sv en daarna de zittingsrechter niet vrijstaat het belang van het verschoningsrecht af te wegen tegen het belang van de waarheidsvinding in de zaak waarin is afgeluisterd. Het is niet toegestaan mededelingen die weliswaar onder het verschoningsrecht vallen aan het dossier toe te voegen op de grond dat het belang van het verschoningsrecht moet wijken voor het belang van de waarheidsvinding. De zittingsrechter is voorts evenmin bevoegd

de beslissing van de rechter-commissaris tot het verstrekken van een machtiging ex art. 126aa lid 2 Sv te toetsen en kan ook niet bevelen dat de ingevolge die machtiging aan het dossier toegevoegde processen-verbaal, daaruit worden verwijderd.¹⁰² De Hoge Raad heeft recent bevestigd dat de wet geen bepaling kent die de zittingsrechter bevoegd verklaart bewijsmateriaal dat naar zijn oordeel onrechtmatig is verkregen, alsnog uit de processtukken te doen verwijderen. Dat is volgens de Hoge Raad niet anders als sprake is van het ten onrechte niet vernietigen van verschoningsgerechtigde gegevens.¹⁰³ Wel heeft de verdachte de mogelijkheid in de strafzaak op grond van art. 359a Sv het verweer te voeren dat onderzoeksresultaten die door een vormverzuim zijn verkregen, niet mogen bijdragen aan het bewijs van het tenlastegelegde feit, volgens de Hoge Raad (inclusief het verweer dat het verschoningsrecht wordt geschonden doordat bij de uitvoering van de bevolen vernietiging niet is voldaan aan de eisen van vernietiging c.q. uitgrijzen).¹⁰⁴

3.7.4 Internationale rechtshulp

In het kader van internationale rechtshulp kan het verschoningsrecht ook een rol spelen. Het kan zijn op basis van een ingekomen rechtshulpverzoek of Europees Opsporingsbevel opsporingsbevoegdheden worden toegepast waarbij opgeslagen gegevens worden verkregen ten aanzien waarvan een redelijk vermoeden bestaat dat zich daar verschoningsgerechtigd materiaal tussen bevindt. Dan handelt het openbaar ministerie overeenkomstig het hierna te bespreken beleid om geheimhoudersstukken buiten het onderzoek te houden.¹⁰⁵ In de praktijk blijkt dat hieromtrent ook nog wel onbegrip is bij de verzoekende (lid)staat (I12).

3.8 Filtering in de praktijk

Als er een redelijk vermoeden is dat er zich in de inbeslaggenomen data vertrouwelijke gegevens bevinden dan zal er filtering van de data plaatsvinden.¹⁰⁶ Hoofregel volgens het beleid van het openbaar ministerie is dat de officier van justitie en de onder hem opererende opsporingsinstanties geen kennisnemen van gegevens die onder het verschoningsrecht vallen. Kennisneming van gegevens die onder het verschoningsrecht vallen is voorbehouden aan de rechter-commissaris. Een filtering van gegevens waarbij kennis moet worden genomen van (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal, moet plaatsvinden onder regie van de rechter-commissaris. De rechter-commissaris wordt ten behoeve van de filtering ondersteund door een of meerdere als zodanig aangewezen geheimhoudersfunctionarissen vanuit de

¹⁰² De zittingsrechter moet van de Hoge Raad overigens echter wel nog ten volle toetsen of de mededelingen die in tot de processtukken behoren eventueel toch onder het verschoningsrecht vallen. Als dat het geval is, mogen die mededelingen op geen enkele wijze worden gebruiken. HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3369, *NJ* 2011/222, m.nt. M.J. Borgers. Zie recent HR 15 april 2025, ECLI:NL:HR:2025:578.

¹⁰³ HR 15 april 2025, ECLI:2025:578 onder verwijzing naar HR 20 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3369.

¹⁰⁴ HR 15 april 2025, ECLI:2025:578 onder verwijzing ook naar HR 1 november 2024, ECLI:NL:HR:2024:1560.

¹⁰⁵ Aanwijzing waarborgen professioneel verschoningsrecht (2025A001).

¹⁰⁶ Zie ook het document ‘Werkwijze filtering digitaal verschoningsgerechtigd materiaal’ opgesteld door de rechtspraak.

opsporingsdienst. Is een adequate filtering mogelijk zonder kennisneming van (mogelijk) verschoningsgerechtigd materiaal, dan kan die filtering ook plaatsvinden in opdracht van de officier van justitie. Als het enigszins mogelijk is, worden geheimhoudersstukken niet in beslag genomen of vastgelegd, anders dient hiermee zorgvuldig worden omgegaan en heeft de rechter-commissaris de leiding. Vergaarde gegevens die onder het verschoningsrecht vallen dienen overeenkomstig het Besluit bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken te worden vernietigd. De gekozen werkwijze moet zo zijn ingericht dat is verzekerd dat de vernietigde gegevens geen deel uitmaken van de processtukken en dat daarop in het verdere verloop van het strafproces geen acht wordt geslagen. In geval van fysieke stukken of voorwerpen worden deze zo mogelijk geretourneerd aan de beslagene. Van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt.¹⁰⁷

De werkwijze omtrent het filteren is vastgelegd door de rechtspraak in een document dat te vinden is op [rechtspraak.nl](https://www.rechtspraak.nl)¹⁰⁸ en nadere uitleg over de technische kanten van het filteren worden verder uitgelegd in een document opgesteld door het NFI.¹⁰⁹ In het kort verloopt dit als volgt. Een kopie van de inbeslaggenomen data wordt eerst in een forensische tool, zoals bijvoorbeeld Hansken, ingevoerd door de geheimhoudersfunctionaris. Op basis van een lijst met termen (bijvoorbeeld de naam en contactgegevens van de verschoningsgerechtigde¹¹⁰) worden in die tool de documenten waarin die termen voorkomen automatisch geflagd. Deze lijst is opgesteld door de rechter-commissaris in overleg met de verdediging. Verschillende respondenten spraken in dit kader de wens uit om een algemene lijst te creëren met contactgegevens van advocaten om via die weg een algemene filtering te kunnen uitvoeren.¹¹¹ De NOvA geeft aan dat er vanuit een deel van de beroepsgroep ook bezwaren worden geuit omdat ze vrezen dat zo'n lijst verkeerd kan worden gebruikt. Vooral als een dergelijke lijst bij het openbaar ministerie terecht zou komen. Daarnaast zitten er verscheidene meer praktische uitdagingen aan het gebruik van een dergelijke lijst.¹¹²

¹⁰⁷ Aanwijzing waarborgen professioneel verschoningsrecht (2025A001).

¹⁰⁸ Rechtspraak, “Werkwijze filteren digitaal verschoningsgerechtigd materiaal”, *Rechtspraak.nl*, via <https://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Strafrecht/Paginas/Werkwijze-filteren-digitaal-verschoningsgerechtigd-materiaal.aspx>

¹⁰⁹ Forensisch Instituut, “Informatieblad – Verschoningsgerechtigde informatie verwerken met Hansken”, *Forensischinstituut.nl*, via <https://www.forensischinstituut.nl/over-het-nfi/publicaties/publicaties/2024/12/19/informatieblad-verschoningsgerechtigde-informatie-verwerken-met-hansken>.

¹¹⁰ Rechtspraak, “Werkwijze filteren digitaal verschoningsgerechtigd materiaal”, *Rechtspraak.nl*, via <https://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Strafrecht/Paginas/Werkwijze-filteren-digitaal-verschoningsgerechtigd-materiaal.aspx>

¹¹¹ Voordeel is dat er dan geen discussie hoeft plaats te vinden over de lijst met zoektermen en dat de kans dat er nog verschoningsgerechtigd materiaal in de data blijft zitten (bijvoorbeeld van een eerdere advocaat waar men geen weet van heeft) kleiner wordt. Een nadeel is dat er hierdoor mogelijk ook meer materiaal ten onrechte gefilterd zou kunnen worden, bijvoorbeeld omdat een advocaat een veelvoorkomende naam heeft. Daarom dient deze lijst eigenlijk zo te worden gebruikt dat eerst wordt gekeken met welke mogelijk advocaten contact is geweest en dan, op basis daarvan, een aangepaste zoektermenlijst te maken die gebruikt wordt voor de filtering (I10).

¹¹² Het zorgen dat de lijst compleet en up-to-date is, is een uitdaging. Daarbij is ook medewerking nodig van een hele grote groep advocaten om hun actuele contact gegevens te blijven doorgeven (I4). Aan de andere kant zijn

Het flaggen van data betekent dat deze data niet te zien zijn door de zaaksonderzoekers; alleen de geheimhoudersfunctionaris en de rechter-commissaris kunnen deze stukken inzien. Het verschoningsgerechtigd materiaal wordt dus niet vernietigd, maar toegankelijk gemaakt.¹¹³ Dat wordt ook wel ‘uitgrijzen’ genoemd. Dat betekent dat het materiaal altijd nog teruggehaald kan worden. Er blijft sowieso altijd een oorspronkelijke kopie bestaan. Het verwijderen van materiaal kan namelijk ook gevolgen hebben voor de herleidbaarheid van de gegevens in het systeem aan data en daarmee kan de zogeheten chain of evidence worden doorbroken. Daarom is altijd een brondataset noodzakelijk.

Thans vindt de daadwerkelijke filtering plaats door de geheimhoudersfunctionaris binnen de opsporing, onder het gezag van de rechter-commissaris. De geheimhoudersfunctionaris is iemand die niet bij het opsporingsonderzoek betrokken is. Soms is dit iemand die dit naast inhoudelijk werk doet, steeds vaker is het een volledig aparte functionaris. Het goed inrichten van dit proces is bij sommige (vooral kleinere) opsporingsinstanties lastig. Daarnaast bevindt de geheimhoudersfunctionaris zich in een lastige positie omdat die werkt binnen de opsporing, maar feitelijk werk uitvoert dat valt onder het gezag van de rechter-commissaris (I9). Dus soms zal de zaaksofficier geïnteresseerd zijn om te weten wanneer en hoelang het proces zal duren, maar daarvoor dient hij zich in beginsel steeds tot de rechter-commissaris te wenden in plaats van tot zijn directe collega. Dat kan wat onnatuurlijk zijn. In de beklagprocedure (of soms al eerder in het proces) kan het voorkomen dat de geheimhoudersfunctionaris vragen worden gesteld over hoe die zijn taken precies heeft uitgevoerd. Dat kan de functionaris in het bijzonder in een ongemakkelijke positie plaatsen, zeker als hij zich daarin niet ondersteund voelt door de rechter-commissaris (I9). Deze complexe positie en het weinig inhoudelijke werk maken de geheimhoudersfunctionaris een weinig gewilde positie, aldus sommige respondenten (I7, I9). Daardoor kan het een uitdaging zijn mensen te vinden die de capaciteiten hebben en dit werk ook willen doen. Per definitie gaat de inzet van geheimhoudersfunctionarissen ten koste van het inzetten van personeel in de opsporing. Zeker voor kleinere opsporingsinstanties zoals de NVWA of de Rijksrecherche kan dat een uitdaging zijn omdat daar sowieso een relatief beperkt aantal digitaal experts werken.

Het proces van filteren is een tijdrovend proces. Als er een rechter-commissaris bij betrokken is kan het soms lang duren voordat de data worden vrijgegeven voor het onderzoek waardoor een opsporingsonderzoek soms een maanden of zelfs jaren (deels) stilligt en (grote) vertraging oploopt (I6, I8, I11). In sommige gevallen worden de data dan in gedeelten vrijgegeven, maar dat is uitdagend voor de opsporing omdat deze dan geen volledig beeld hebben. Ze zullen hun processen-verbaal et cetera bijvoorbeeld steeds moeten aanpassen als er nieuwe relevante informatie bekend wordt. Het probleem van de lange duur geldt in het bijzonder als er veel discussie is over welke gegevens al dan niet onder het verschoningsrecht vallen. Zeker als

de contactgegevens van advocaten ook nu al grotendeels online te vinden, werpen andere respondenten tegen (I12). Ook is het technisch moeilijk om te voorkomen dat er niet veel te veel vals positieven toegankelijk worden gemaakt, bij zo’n grote groep zoektermen (I1).

¹¹³ Het vernietigen van materiaal is soms wel mogelijk en soms niet. Sowieso heeft het verschillende nadelen die veelal samenhangen met de complexiteit van de datastructuren. Een overzicht hiervan is te vinden in het ‘Informatieblad Vernietigen van digitale sporen met verschoningsgerechtigde informatie’ dat is opgesteld door het NFI en online beschikbaar is.

bijvoorbeeld een verdachte in voorarrest zit is dit eveneens problematisch voor de verdachte (I8). In dat geval bestaat er ook een stimulans voor de verdediging om niet te vertragen met aanvullende verzoeken. Die stimulans is er niet als de verdachte in vrijheid is.

Daarnaast benadrukken respondenten dat, gezien de grote hoeveelheden materiaal, het (vrijwel) onmogelijk is om de filtering perfect uit te voeren. Het uitgrijzen kan aan de ene kant vals negatieven opleveren (gegevens die wel verschoningsgerechtigd materiaal bevatten, maar ten onrechte niet als zodanig worden aangeduid en dus toegankelijk blijven voor de zaaksonderzoekers) en aan de andere kan vals positieven (gegevens die geen verschoningsgerechtigd materiaal bevatten, maar ten onrechte wel als zodanig worden aangeduid). Beide categorieën kunnen zowel belastend als ontlastend materiaal bevatten. Een rechter-commissaris die wij spraken gaf aan dat de rechter-commissaris doorgaans steekproefsgewijs checkt of er geen vals negatieven in de data zitten die beschikbaar worden gesteld aan het onderzoeksteam. Als er nog verschoningsgerechtigd materiaal in de data blijkt te zitten kan dat reden zijn om op aanvullende zoektermen te filteren. Hoe rechters-commissaris hier precies mee omgaan verschilt overigens per rechter-commissaris.

Bij het filteren is het zaak om een balans tussen vals positieven en vals negatieven te vinden, geven respondenten aan. Als er te veel vals positieven zijn kan het namelijk moeilijk worden voor het opsporingsteam om de bestaande overige data te duiden. Niet bij alle (rechterlijke) instanties bestaat er voldoende bewustzijn van het feit dat het altijd gaat om het vinden van een balans tussen de hoeveelheid vals positieven en vals negatieven, en dat slechts gestreefd kan worden naar een zo optimaal mogelijk resultaat, aldus een aantal respondenten. Als er tijdens het zaaksonderzoek alsnog documenten naar voren kunnen komen die ten onrechte niet als verschoningsgerechtigd materiaal zijn aangemerkt kunnen die door de betreffende opsporingsambtenaar die er hoogte van neemt worden geflagd.

Veel respondenten geven aan dat het interessant kan om de mogelijkheden op dit gebied te onderzoeken, zeker gezien de zeer grote datasets en de tijd en capaciteit die momenteel gemoeid gaat met het filteren. Omdat er bovendien steeds meer verwacht kan worden van digitaal bewijsmateriaal neemt dit probleem in de toekomst naar verwachting alleen maar toe. De mogelijkheid om AI in te zetten wordt ook daadwerkelijk onderzocht middels verschillende pilots. Het gebruik van AI zal daarbij altijd aangevuld moeten worden met het uitvoeren van menselijke steekproeven om te controleren of de filtering goed heeft gewerkt (eigenlijk net als met de reguliere filtering middels een lijst met zoektermen soms gebeurt), maar de eerste filtering zou dan een stuk sneller kunnen gebeuren. In met name de Verenigde Staten is men een stuk verder hiermee geeft een van de respondenten aan (I10).

Tegelijkertijd benadrukken de meeste respondenten dat de inzet van AI momenteel nog echt toekomstmuziek is. Op de korte termijn verwachten ze hier niet veel van. Een groot probleem is het feit dat AI getraind moet worden en dat het momenteel niet mogelijk is om te trainen met grote databestanden in verband met de vertrouwelijkheid van de data (I2, I6, I7, I8). Dit kan soms wellicht opgelost worden doordat de eigen dataset gebruikt kan worden om te trainen, daarbij is het wel de vraag of zo'n dataset daar groot genoeg voor is (I10).

Ook de transparantie van hoe AI te werk gaat en hoe je dat kunt verantwoorden, worden genoemd als problemen. Evenals de beperkingen vanuit de AI Act (I1). Daarnaast wordt ook

aangekaart dat de meerwaarde ten opzichte van de huidige wijze van filtering wellicht redelijk beperkt is als je alsnog het systeem alsnog dient te voeden met een lijst met contactgegevens van advocaten (I10).

3.9 Verdere procedure en beklag

Het is dus aan de rechter-commissaris om bij onduidelijkheid over de vraag of sprake is van geprivilegieerd materiaal te beslissen. Voor het klassieke domein is in art. 98 lid 4 Sv bepaald dat de geheimhouder tegen een onwelgevallige beschikking van de rechter-commissaris binnen veertien dagen een klaagschrift kan indienen bij de instantie waarvoor de zaak wordt vervolgd. Art. 552a Sv is daarin van toepassing verklaard. Zoals gezegd, heeft de Hoge Raad bepaald dat die regeling van art. 98 Sv beperkt is tot inbeslagneming. Art. 98 lid 4 is als zodanig niet van toepassing (verklaard) in relatie tot het vorderen van gegevens. Toch is ook dan beklag als bedoeld in art. 552a Sv mogelijk. Bij de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden kan c.q. moet daartoe echter direct geklaagd worden bij de rechter over onder andere – kort gezegd – het vastleggen en kennisnemen van gegevens (art. 552a lid 1 Sv). Hierna staat in beide domeinen nog cassatieberoep open (art. 552d Sv). Als sprake is van het beklag van een verschoningsgerechtigde, is sprake van een versnelde procedure. De wet schrijft in die gevallen een uiterste termijn van beslissen voor van 30 dagen respectievelijk 90 dagen (art. 552a lid 8 Sv (rechtbank) en art. 552d lid 3 Sv (Hoge Raad)).

Voor de officier van justitie is deze raadkamer procedure lastig omdat de officier van justitie in principe geen inzicht mag hebben in de betreffende stukken (I9). Al blijkt hier in de praktijk verschillend mee om te worden gegaan en wordt soms in overleg wel bepaalde informatie gedeeld (I2, I12). Desalniettemin dient de officier te reageren op verzoeken van de verdediging, soms dus zonder op de hoogte te zijn van de inhoud. Dit maakt diens positie complex. Dit geldt temeer omdat sommige respondenten (I2, I6) zich afvragen in hoeverre dit instrument door de verdediging strategisch wordt ingezet om de zaak te vertragen. De verdediging heeft dit recht natuurlijk met een reden, zo beamen zij ook, maar door de heimelijkheid is het extra lastig om te beoordelen of het instrument met goede redenen wordt ingezet.

Zoals gezegd mag de rechter-commissaris zo nodig kennisnemen van de gewraakte stukken, zonder dat sprake is van een schending van het verschoningsrecht.¹¹⁴ Ook de raadkamer mag kennisnemen van de gegevens. Hangende de procedure mogen opsporingsambtenaren van politie en het openbaar ministerie in ieder geval geen kennisnemen van de gegevens. Een belangrijk knelpunt in de praktijk is dat het beslissen over welke stukken wel en welke niet onder het verschoningsrecht vallen en hoe het materiaal te filteren, een bewerkelijke zaak is. Dit kost veel tijd en neemt veel capaciteit van de opsporing en rechterlijke macht in beslag, terwijl gelet op de hedendaagse hoeveelheid stukken fouten in dit proces nooit kunnen worden uitgesloten.¹¹⁵ De termijnen van de versnelde procedure worden echter niet of nauwelijks gehaald, bleek uit eerder onderzoek. Zaken komen hierdoor soms stil te liggen of lopen in ieder

¹¹⁴ HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566.

¹¹⁵ Zie ook PHR 8 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1122, punt 5.25.

geval (ernstige) vertraging op.¹¹⁶ Verschillende betrokkenen wijzen erop dat dit thans niet anders lijkt te zijn en dat roept bij verschillende respondenten enige frustratie op.

De respondenten die wij spraken binnen de rechtspraak, de opsporing en de verdediging zijn allen echter over het algemeen positief over het onderbrengen van het filterproces bij de rechter-commissaris. De rechter-commissaris wordt benoemd als degene met de meest onafhankelijke positie. Daardoor wordt de kans op fouten (zoals naar voren kwamen in enkele recente rechtszaken) kleiner. Met name de advocatuur lijkt hier een groot voorstander van, maar ook binnen de politie is men over het algemeen blij als deze rol en verantwoordelijkheid bij de rechtspraak ligt. Als de verantwoordelijkheid op termijn ook zou resulteren in het overhevelen van het (grootste deel van) het werk van de geheimhoudersfunctionaris naar het kabinet rechter-commissaris, lost dit ook de eerdergenoemde problemen rond die functie op.

Praktisch gezien brengt dit laatste nog wel de nodige nieuwe uitdagingen met zich mee. Thans beschikt het kabinet rechter-commissaris niet over werknemers die dit werk feitelijk kunnen uitvoeren, qua expertise aldus respondenten. Ook wordt als uitdaging genoemd dat de data momenteel bij de opsporingsdiensten zijn opgeslagen. Het is niet eenvoudig om de data over te brengen naar de rechtbank. De rechterlijke organisatie heeft daar bovendien niet genoeg opslagcapaciteit voor. Als medewerkers van het kabinet telkens naar de opsporingsdiensten moeten gaan om de data in te zien is dat eveneens bewerkelijk. Een oplossing zou kunnen bestaan uit het op afstand inzien van de data, dat is echter ook technisch bewerkelijk en op dit moment veelal niet mogelijk. Er loopt momenteel wel een pilot waarin het kabinet rechter-commissaris op afstand kan meekijken in twee verschillende forensische applicaties van de FIOD en zo het filteringsproces in de gaten kan houden (I2).

3.10 Modernisering Wetboek van Strafvordering

Met betrekking tot het (professioneel) verschoningsrecht worden in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering diverse wijzigingen doorgevoerd.¹¹⁷ Opgemerkt zij, dat het verschoningsrecht van de advocaat en notaris zal komen te vallen onder de noemer ‘functioneel verschoningsrecht’; de advocaat en de notaris zijn functioneel verschoningsgerechtigden.¹¹⁸ Ten behoeve van dit onderzoek worden de meest belangrijke onderdelen van het functioneel verschoningsrecht besproken.

3.10.1 Algemeen; grondslag en reikwijdte

Het huidige art. 218 Sv komt als art. 1.6.7 als volgt terug:

¹¹⁶ V. de Berk, W. Jongebreur & S. Kluft, *Beroepen op het functioneel verschoningsrecht. Doorlooptijden en gevolgen voor strafrechtelijk onderzoek*, Den Haag: WODC 2021.

¹¹⁷ Zie onder meer PHR 25 oktober 2024 ECLI:NL:PHR:2024:1122, onder 7; N.A.M.E.C Fanoy, ‘Het verschoningsrecht in het nieuwe Wetboek van Strafvordering’ *Platform modernisering strafvordering* 2(6) 2019; W.L.J.M. Duijst, ‘Het verschoningsrecht in het nieuwe Wetboek van Strafvordering’, *NJB* 2019/2110.

¹¹⁸ Zie voor de definitie art. 2.1.1 Sv.

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

Duidelijker gemaakt wordt, dat het verschoningsrecht toekomt aan een professionele geheimhouder als deze een vertrouwenspersoon is met wiens beroep onlosmakelijk een geheimhoudingsplicht is verbonden, terwijl dat beroep alleen goed kan worden uitgeoefend als volledige vertrouwelijkheid is geboden (ook ten opzichte van de strafrechter). Met het beroep moet een in het maatschappelijk belang noodzakelijke hulpverleningstaak worden behartigd, in het bijzonder het maatschappelijk belang dat iemand zich – vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking – tot deze hulpverleners kan wenden moet prevaleren boven het belang van de waarheidsvinding.¹¹⁹ Het verschoningsrecht ziet straks ook niet meer op het geheel niet afleggen van een verklaring (‘Van het geven van getuigenis of...’), maar alleen op het niet beantwoorden van bepaalde vragen. De professioneel verschoningsgerechtigde kan daarom straks zeker niet weigeren om überhaupt voor de rechter te verschijnen, indien daartoe opgeroepen. Als een professioneel geheimhouder wordt verhoord, zal hem worden medegedeeld dat hij niet tot het beantwoorden van bepaalde vragen verplicht is.¹²⁰

3.10.2 Reikwijdte

De omvang van het verschoningsrecht beslaat de wetenschap over hetgeen rechtstreeks verband houdt met deze taakuitoefening. Dat betreft alle communicatie en waarnemingen. Dit is thans wettelijk nog de wetenschap die aan een professioneel verschoningsgerechtigde ‘als zodanig is *toevertrouwd*’ (art. 218 Sv) al werd dat al ruimer ingevuld. De wetgever heeft in de toelichting duidelijk gemaakt dat het verschoningsrecht voor advocaten en notarissen ziet op hun ‘klassieke werkzaamheden’. Daar waar zij hierbuiten andere werkzaamheden zijn gaan verrichten (genoemd worden bijvoorbeeld advocaten die tevens als bedrijfsjurist of belastingadviseur optreden), ontstaat discussie over de vraag of het verschoningsrecht ook die verrichte werkzaamheden omvat. Van belang is volgens de wetgever dus dat de verrichtingen als ‘advocatuurlijk’ of ‘notarieel’ kunnen worden aangemerkt. Alleen dan kan van verschoningsgerechtigde werkzaamheden worden gesproken. Als de advocaat of notaris ook bestuurder is van een rechtspersoon, is daarvan bijvoorbeeld in zoverre geen sprake.¹²¹

3.10.3 Bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens

Ten aanzien van de bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens (het klassieke domein, met als centrale bepaling thans nog art. 98 Sv), wordt straks bepaald dat van gegevens

¹¹⁹ *Kamerstukken II*, 2023/24, 36327, nr. 3, p. 256 (MvT).

¹²⁰ Art. 1.6.2 Sv (nieuw); *Kamerstukken II*, 2023/24, 36327, nr. 3, p. 206 (MvT).

¹²¹ *Kamerstukken II*, 2023/24, 36327, nr. 3, p. 258-259 (MvT).

of aan voorwerpen te ontlene informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt geen kennis worden c.q. wordt genomen, tenzij de functioneel verschoningsgerechtigde daarvoor toestemming geeft, de voorwerpen of gegevens het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend of dat zeer uitzonderlijke omstandigheden maken dat het belang van de waarheidsvinding in een bepaald geval zwaarder weegt dan het maatschappelijk belang.¹²² De door de Hoge Raad geformuleerde, jurisprudentiële uitzondering op de wet wordt daarmee een wettelijke uitzondering.

Voordat de rechter-commissaris een beslissing neemt, moet de functioneel verschoningsgerechtigde in de gelegenheid worden gesteld zijn standpunt kenbaar te maken en kan de rechter-commissaris het advies inwinnen van de vertegenwoordiger van de beroepsgroep. De rechter-commissaris is verplicht zulk advies in te winnen indien hij overweegt om, in afwijking van het standpunt van de functioneel verschoningsgerechtigde of zonder dat deze zijn standpunt kenbaar heeft gemaakt, te beslissen dat van de gegevens en de aan het voorwerp te ontlene informatie mag worden kennisgenomen.¹²³ Wettelijk wordt vastgelegd dat alleen de rechter-commissaris voor zover dat voor het nemen van de beslissing noodzakelijk is, kennis kan nemen van gegevens of aan voorwerpen te ontlene informatie.¹²⁴

Indien de rechter-commissaris in gebreke blijft te beslissen kunnen de functioneel verschoningsgerechtigde en de officier van justitie aan de rechtbank verzoeken c.q. vorderen dat aan de rechter-commissaris een termijn wordt gesteld waarbinnen een beslissing wordt genomen.¹²⁵ Als door de rechter-commissaris is beslist dat mag worden kennisgenomen van de gegevens of aan voorwerpen te ontlene informatie wordt zonder toestemming van de functioneel verschoningsgerechtigde pas tot kennisneming overgegaan nadat twee weken zijn verstreken na de betekening van de beslissing van de rechter-commissaris aan de functioneel verschoningsgerechtigde of pas nadat onherroepelijk is beslist dat mag worden kennisgenomen op het tijdig ingestelde beroep van de functioneel verschoningsgerechtigde tegen die beslissing.¹²⁶

Ook de situatie dat geprivilegieerde informatie niet bij de geheimhouder zelf wordt verkregen wordt wettelijk geregeld. Indien ten aanzien van bij een ander dan een functioneel verschoningsgerechtigde inbeslaggenomen voorwerpen het redelijk vermoeden ontstaat dat zich daaronder ook voorwerpen bevinden waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt, moet de rechter-commissaris beslissen over de voorwaarden waaronder het beslag kan worden voortgezet. Dat geldt ook als bij een ander dan een functioneel verschoningsgerechtigde onderzoek van gegevens wordt verricht dan wel gegevens zijn overgenomen en het redelijke vermoeden ontstaat dat zich daaronder ook gegevens bevinden waarover het functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt.¹²⁷ In het geval bij een ander dan een functioneel verschoningsgerechtigde voorwerpen in beslag zijn genomen of gegevens zijn aangetroffen of

¹²² Art. 2.7.61.

¹²³ Art. 2.6.62 lid 3.

¹²⁴ Art. 2.7.62 lid 4.

¹²⁵ Art. 2.7.62 lid 5.

¹²⁶ Art. 2.7.64.

¹²⁷ Art. 2.7.65.

overgenomen, wordt niet kennisgenomen van aan die voorwerpen te ontlene informatie of van die gegevens ten aanzien waarvan het redelijke vermoeden bestaat dat het functioneel verschoningsrecht zich daarover uitstrekt, tenzij de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie anders beslist. Voor de te nemen beslissing en het eventuele kennisnemen van de gegevens door de rechter-commissaris of de opsporing geldt hetzelfde als het geval de informatie bij de functioneel verschoningsgerechtigde wordt aangetroffen.¹²⁸

3.10.4 Heimelijke opsporingsbevoegdheden

Voor de bijzondere opsporingsbevoegdheden (zoals vastleggen van (vertrouwelijke) communicatie, toegang op afstand tot een digitale gegevensdrager etc.), straks heimelijke bevoegdheden genoemd, geldt dat als daardoor gegevens zijn verkregen die mededelingen behelzen waarover het functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt, deze gegevens worden vernietigd. Art. 2.8.3 is daarmee globaal de opvolger van art. 126aa Sv. Voor zover gegevens andere mededelingen behelzen gedaan door of aan een functioneel verschoningsgerechtigde dan wel een van de uitzonderingen van art. 2.7.61 zich voordoet, worden zij niet bij de processtukken gevoegd dan na een voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris.¹²⁹

Met dit wetsvoorstel wordt daarmee echter de essentie van de belangrijke, ordenende beslissing van de Hoge Raad van 24 maart 2024, (nog) niet verwerkt.¹³⁰ Dat is begrijpelijk nu deze beslissing van na de indiening van het wetsvoorstel dateert. Daarmee is de moeilijke kwestie hoe om te gaan met functioneel verschoningsgerechtigd materiaal nog niet volledig en adequaat wettelijk aangepakt.¹³¹

3.10.5 Beslissing en rechtsmiddelen

In het geval de rechter-commissaris beslist dat mag worden kennisgenomen van de gegevens of aan voorwerpen te ontlene informatie, wordt bij betekening van die beslissing aan de functioneel verschoningsgerechtigde gewezen op zijn recht tegen de beslissing beroep in te stellen.¹³² Er wordt pas tot kennisneming overgegaan nadat twee weken zijn verstreken na de betekening van de beslissing van de rechter-commissaris aan de functioneel verschoningsgerechtigde, of, in geval van een tijdig ingesteld hoger beroep van de functioneel verschoningsgerechtigde nadat op dat beroep onherroepelijk is beslist dat mag worden kennisgenomen.¹³³ Ook voor de officier van justitie staat beklag open tegen de beslissing van de rechter-commissaris.¹³⁴ Na de beslissing van de rechter-commissaris blijft dus (versneld)

¹²⁸ Art. 2.7.66.

¹²⁹ Ingevolge art. 2.8.3 lid 3 worden algemene maatregel van bestuur regels gesteld over de uitvoering van dit art.

¹³⁰ HR 24 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375.

¹³¹ In de woorden van advocaat-generaal Harteveld (PHR 8 december 2023, ECLI:PHR:2023:1122, punt 7.21): ‘Vermoed kan worden dat de ontwerp-wetgever zich op dit punt niet van de thans opgedoken voetangels en -klemmen bewust is geweest.’

¹³² Art. 2.7.63 lid 2.

¹³³ Art. 2.7.64.

¹³⁴ Art. 2.7.71.

hoger beroep openstaan, alsmede (versneld) cassatie. Het systeem van rechtsmiddelen blijft aldus ongewijzigd.

Als gegevens zijn vergaard door middel van heimelijke opsporingsbevoegdheden blijft de algemene raadkamerprocedure bestaan, zie art. 6.4.5 als opvolger van (dit deel van) het huidige art. 552a Sv. Tegen de beslissing van de raadkamer staat beroep in cassatie open.¹³⁵ Geen sprake lijkt meer te zijn van een versnelde procedure.

3.11 Deelconclusie

Grondslagen en vormen van het privilege

Het beroepsgeheim en verschoningsrecht van advocaten en notarissen zijn stevig verankerd in zowel internationaal als nationaal recht. Het EHRM leidt het recht op vertrouwelijke communicatie af uit art. 6 en 8 EVRM. Deze bescherming geldt breed, ook in detentie en in de rechtszaal. Alleen onder strikte voorwaarden, bijvoorbeeld bij misbruik of gevaar voor derden, mag de overheid kennisnemen van vertrouwelijke stukken. In Nederland is dit neergelegd in onder meer art. 218 Sv, art. 165 Rv en art. 53a AWR, met een ruime interpretatie in de jurisprudentie.

De kern van het privilege is het maatschappelijk belang dat burgers zich zonder vrees voor openbaarmaking tot hun advocaat of notaris kunnen wenden. Hieruit volgen twee zijden van dezelfde medaille: de geheimhoudingsplicht (onder andere tucht- en strafrechtelijk gehandhaafd) en het verschoningsrecht (vastgelegd in de (gedrags)regels voor de advocatuur en het notariaat). Beide zijn onmisbaar om de vertrouwensfunctie van deze beroepsgroepen te waarborgen.

Het verschoningsrecht komt toe aan de advocaat en de notaris zelf. Zij moeten beslissen of daarop een beroep wordt gedaan, ook als de betrokkene zelf toestemming geeft voor openbaarmaking. De Hoge Raad heeft bovendien geoordeeld dat de plaatselijk deken en het BFT als toezichthouders een zelfstandig verschoningsrecht hebben tegenover politie en justitie.

Reikwijdte van het beroepsgeheim en verschoningsrecht

Het beroepsgeheim strekt zich uit tot alle informatie die in de hoedanigheid van advocaat of notaris wordt ontvangen of gedeeld, ongeacht de vorm. Dit omvat communicatie, documenten en waarnemingen en geldt zelfs na beëindiging van de beroepsuitoefening of overlijden. Privéhandelingen of werkzaamheden buiten de professionele rol vallen hier niet onder.

Relatie tot mensenrechten en EU-wetgeving

Het EVRM en het EU-Handvest leggen dus ook voor Nederland een nadere basis voor bescherming van vertrouwelijke communicatie. Beperkingen zijn slechts toegestaan als deze wettelijk zijn vastgelegd, proportioneel en noodzakelijk. Het supranationale kader bevestigt daarmee een breed privilege, maar erkent uitzonderingen in geval van misbruik of zwaarwegende veiligheidsbelangen.

¹³⁵ Art. 6.4.14.

Afgeleid verschoningsrecht

Niet alleen advocaten en notarissen genieten een verschoningsrecht. Ondersteunend personeel en ingeschakelde derden vallen onder het zogeheten afgeleid verschoningsrecht.

Uitzonderingen

Het verschoningsrecht is niet absoluut. Het kan worden doorbroken met toestemming van de geheimhouder, bij het aantreffen van corpora en instrumenta delicti en in zeer uitzonderlijke omstandigheden (in dit laatste geval weegt het belang van waarheidsvinding zwaarder). Dit laatste geldt bijvoorbeeld wanneer een advocaat of notaris zelf verdacht wordt van ernstige misdrijven.

Derden en het bereik van het privilege

Het privilege strekt zich ook uit tot communicatie die via derden verloopt en kan zelfs metadata omvatten die wijst op contact. Het is niet doorslaggevend of de informatie zich fysiek bij de geheimhouder bevindt; de context van toevertrouwen is bepalend

Doorzoeking: wie waarborgt het privilege?

Bij doorzoekingen en inbeslagnames is de rechter-commissaris de centrale waarborg dat het privilege niet wordt geschonden. Het is in eerste instantie aan de geheimhouder zelf om te beoordelen of gegevens onder het verschoningsrecht vallen. Dat oordeel wordt in beginsel gerespecteerd (tenzij dit redelijkerwijs onhoudbaar is). Uiteindelijk beslist de rechter-commissaris of materiaal onder het privilege valt.

Filterprocedure en rechtsmiddelen

Wanneer gegevens worden verkregen, vindt filtering van geprivilegieerd materiaal in de praktijk plaats door een geheimhoudersfunctionaris onder toezicht van de rechter-commissaris als dit proces niet zonder kennisneming kan geschieden. Geprivilegieerd materiaal wordt vernietigd of ontoegankelijk gemaakt. Tegen beslissingen van de rechter-commissaris dienaangaande kunnen geheimhouders beklag en beroep instellen op grond van art. 98 Sv en 552a Sv.

Duur en kosten van filtering

Filtering is een intensief, tijdrovend en complex proces. Het kan opsporingsonderzoeken aanzienlijk vertragen, soms maanden of jaren. Alom wordt dit als een groot probleem gezien.

Toezicht en tuchtrecht

Advocaten en notarissen staan onder toezicht van respectievelijk de deken en het BFT. Ten opzichte van deze toezichthouders geldt geen geheimhoudingsplicht; openheid is hier verplicht. Een schending van het beroepsgeheim kan leiden tot tuchtrechtelijke en/of strafrechtelijke sancties. Tegelijkertijd beschikken toezichthouders dus zelf over een zelfstandig verschoningsrecht, zodat vertrouwelijke informatie ook binnen het toezicht beschermd blijft.

Hoofdstuk 4 Duitsland

4.1 Inleiding

De adequate bescherming van het functioneel verschoningsrecht van de advocaat (in strafzaken) en van de notaris in de moderne informatiemaatschappij is ook in Duitsland een actueel en dynamisch thema. Voor de bescherming van dat verschoningsrecht kent het Duitse recht een tot op zekere hoogte vergelijkbaar systeem als het Nederlandse, al zijn er ook belangrijke verschillen. Vergelijkbaar is de van de zwijgplicht van de advocaat en de notaris afgeleide strafbaarstelling van de schending daarvan in art. 203 *Strafgesetzbuch* (WvSr, hierna StGB) en het verschoningsrecht om in strafzaken te getuigen van art. 53 *Strafprozessordnung* (WvSv, hierna StPO). Op basis van dat art. 53 StPO is, net als in de Nederlandse strafvordering, de bescherming van het verschoningsrecht in de regeling van dwangmiddelen doorgevoerd en uitgewerkt. Het gaat daarbij om de algemene voorziening van art. 160a StPO, het cluster van regeling van enige specifieke, heimelijke bevoegdheden in art. 100a – 100e StPO en ten aanzien van het vergaren van gegevens in het bijzonder de regeling van de doorzoeking en inbeslagneming van art. 94 e.v. StPO.

Al deze voorzieningen komen in het onderstaande nader aan de orde. Daaraan voorafgaand gaat een bespreking van enige algemeen-relevante aspecten en kenmerken van het Duitse recht, die voor een goed begrip van de regeling van het verschoningsrecht in de strafvordering relevant zijn.

Terminologie: advocaat (in strafzaken), Verteidiger

Degene die in strafzaken rechtsbijstand aan de verdachte verleent, wordt in het Duitse strafprocesrecht aangeduid als *Verteidiger*. Die term wordt niet alleen gebruikt omdat naast advocaten ook anderen als verdediger/rechtsbijstandsverlener van de verdachte kunnen optreden.¹³⁶ Aan deze *Verteidiger* komt op onderdelen in het Duitse strafprocesrecht een deels aparte, grotere bescherming van het functioneel verschoningsrecht toe. Daarom en daartoe onderscheidt art. 53 lid 1 onder 2 StPO apart de *Verteidiger des Beschuldigen*, naast advocaten (*Rechtsanwälte*) in ander optreden dan als *Verteidiger* en naast de notaris. Deze laatste twee worden *apart*, in art. 53 lid 1 onder 3 StPO benoemd. In de uitwerking van het verschoningsrecht wordt vervolgens soms tussen deze verschoningsgerechtigden van art. 53 lid 1 onder 2 respectievelijk onder 3 StPO onderscheiden.

In het onderstaande wordt eerst en vooral ingegaan op de positie van de *Verteidiger*. Aangezien het daarbij meestal om advocaten gaat, wordt hierna, mede vanwege de leesbaarheid, afwisselend van *Verteidiger* en van ‘advocaat (in strafzaken)’ gesproken. Het daarbij gestelde geldt in het algemeen ook voor (het verschoningsrecht van) de notaris. Indien aangewezen, wordt aan de afwijkende positie van de notaris apart aandacht besteed.

¹³⁶ Zo kunnen hoogleraren-jurist die aan bepaalde eisen voldoen, als *Verteidiger* optreden; art. 138 StPO.

Wij gebruiken de termen *Verteidiger*, advocaat, notaris en *Staatsanwalt* (officier van justitie) in geslacht-neutrale aanduiding.¹³⁷

4.2 Drie structuurkenmerken van de inrichting van het Duitse recht

Voor een goed begrip voor de inrichting van de bescherming van het functioneel verschoningsrecht zijn drie algemene structuurkenmerken van belang, mede omdat op deze punten een verschil met het Nederlandse rechtsstelsel bestaat.¹³⁸ Het eerste punt ligt buiten de strafvordering, de andere twee liggen daarbinnen.

4.2.1 De strafvordering wordt omgeven door de constitutionele normering van de Grondwet en de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht (BVerfG);

Veel meer dan in Nederland (vooralsnog) het geval is, is alle Duitse wetgeving, ook die in formele wetten als het *Strafgesetzbuch* en de *Strafprozessordnung* van de Duitse grondwet, het *Grundgesetz*, afgeleid. Alle wetgeving kan daaraan door het Duitse constitutionele hof, het *Bundesverfassungsgericht* (hierna BVerfG), worden getoetst, in het bijzonder aan daarin uitdrukkelijk opgenomen grondrechten, zoals die door het BVerfG (ruim plegen te) worden geïnterpreteerd.¹³⁹ In geval van strijd daarmee, kan de formele wetgeving ter zijde worden geschoven. Een kernonderdeel van de beoordeling van de grondwettigheid van wettelijke voorzieningen door dat BVerfG is de toets aan de *Verhältnismäßigkeit* van wetgeving in het algemeen, in het bijzonder van die tot beperking van grondrechten en andere grondwettelijke voorzieningen en bepalingen, van elk onderdeel van zodanige wettelijke regeling, alsmede van de toepassing daarvan in een concreet geval, al is dat laatste beperkt.¹⁴⁰

¹³⁷ Die aanduiding omvat de beide, naar Duitse grammatica te onderscheiden en in het gebruik van naamvallen apart te benoemen *Verteidiger* respectievelijk *Verteidigerin*, *Rechtsanwalt* respectievelijk *Rechtsanwältin*, *Notar* respectievelijk *Notarin* en *Staatsanwalt* respectievelijk *Staatsanwältin*.

¹³⁸ Zie voor een beschrijving in het Nederlands bij P.A.M. Mevis, 'Duitsland', in: P.A.M. Mevis en P.A.M. Verrest (red.), *Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 81-159.

¹³⁹ Het gaat in het kader van dit onderzoek vooral over de bescherming van vertrouwelijke communicatie (art. 10 van de Duitse Grondwet) alsmede het grondrecht op waarborg van integriteit en vertrouwelijkheid van informatietechnische systemen (*Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme*, ook wel IT-System-Grundrecht) dat het BVerfG afleidt uit de algemene bescherming van de persoon en de menselijke waardigheid, zoals voorzien in art. 2 lid 1 juncto art. 1 lid 1 van die Grondwet.

¹⁴⁰ Voor een gegronde klacht over de toepassing van strafvorderlijke regels in een concreet geval moet sprake zijn van willekeur of van een verkeerde rechtsopvatting over de inhoud van een grondwetsbepaling, in het bijzonder over een verkeerde uitleg in de reikwijdte van grondrechten. Klachten over meer concrete toepassingen worden nogal eens niet aangenomen of afgewezen. In de interviews werd ook wel gewag gemaakt van een zekere onduidelijk-casuïstische jurisprudentie van het BVerfG. Nochtans wordt bijvoorbeeld in BVerfG 21 juli 2025, 1 BvR 398/24 in aanvulling op de formele niet-ontvankelijkheid van de klacht van een advocaat ten overvloede toch overwogen dat de rechterlijke beslissing tot toestemming voor de doorzoeking van het kantoor van de advocaat in verband met een tegen hem gerichte verdenking met het oog op de belangen van gegevens van derden, te weinig garanties voor de proportionaliteit bevat. Vgl. idem in BVerfG 9 juli 2025, 1 BvR 975/25 inzake te langdurende strafvorderlijke inbeslagneming van de Smartphone van een verdachte.

De verreikende en strikte beperking uit dat gebod tot *Verhältnismäßigkeit* klinkt o.a. door in de uitvoerige regeling van de voorwaarden voor toepassing van opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen in de StPO.¹⁴¹ Voorts is met het hierna nog nader te bespreken art. 100d StPO in de regeling van de strafvordering het verbod gecodificeerd tot het vergaren en gebruik van alle gegevens en informatie die tot het zgn. *Kernbereich privater Lebensgestaltung* (kernbereik van de persoonlijke levenssfeer; hierna ook *Kernbereich*) worden gerekend. Deze, door het BVerfG uit de grondwettelijke bescherming van het recht op privéleven afgeleide bescherming van gegevens en informatie, werkt daarmee door als beperking van de inzet van opsporingsmethoden en dwangmiddelen in de strafvordering en van het gebruik van de daarmee vergaarde informatie. Het verbod is absoluut en geldt ook ter zake van de ernstigste strafbare feiten.¹⁴²

Verder klinkt de grondwettelijke benadering in de bescherming van het beroepsverschoningsrecht van de advocaat en de notaris in de regeling in het StGB en in de StPO door in het feit dat de bescherming van daaronder vallende informatie eerst en vooral is afgeleid van dat grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de individuele burger op wie de betreffende gegevens betrekking hebben.¹⁴³ Dat verklaart het van Nederland afwijkende uitgangspunt dat aan de advocaat, aan de notaris en aan andere verschoningsgerechtigden geen eigen, zelfstandig beroep op het verschoningsrecht meer toekomt als de burger op wie de gegevens betrekking hebben, *instemt* met het opheffen van de geheimhouding. In dat geval moet de als getuige in rechte opgeroepen advocaat of notaris (wel) antwoord geven op vragen die hem worden gesteld, ook als het antwoord gepaard gaat met het openbaren van aan hem als beroepsbeoefenaar onder de reikwijdte van art. 53 StPO toevertrouwde of bekende informatie. Deze ontbinding van de geheimhoudingsplicht is in de regeling ervan in de StPO zelf voorzien, te weten in art. 53 lid 2, eerste volzin, StPO: “*Die in Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 bis 3b Genannten dürfen das Zeugnis nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind*”.¹⁴⁴

Deze fundering van het verschoningsrecht op het recht op en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer wil niet zeggen dat het *Bundesverfassungsgericht* aan rechtsbijstand

¹⁴¹ Een goede en goed leesbare uitwerking van dit concept en de toepassing ervan op de doorzoeking van gegevens op gegevensdragers van een (verdachte) advocaat vindt men in de beslissing van het BVerfG van 12 april 2005 BVerfG BvR 1027/02, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050412.2bvr102702. Het BVerfG spreekt ook wel van het *Übermaßverbot*: inbreuken op grondrechten moeten niet in onredelijke verhouding met het doel ervan staan.

¹⁴² Vgl. Chr. Rückert in H. Kudlich (red.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Band 1, §§ 1 – 150 StPO, 2de druk, München: C.H. Beck 2023 (hierna: Rückert MK), randnr. 13 bij art. 100d StPO.

¹⁴³ Waarbij de verdachte burger deswege, als legitiem object van een in die hoedanigheid van verdachte tegen hem gericht strafrechtelijk (opsporings)onderzoek, een zekere ‘achterstand’ heeft ten opzichte van andere burgers. Tegen de verdachte zijn in meer gevallen of onder lichtere voorwaarden dwangmiddelen en opsporingsmethoden toegelaten. Toepassing ervan tegen ‘derden’ is in het Duitse recht sneller aan striktere voorwaarden verbonden, zoals in geval van doorzoeking bij niet-verdachten. Dat werkt ook door – zoals we nog zullen belichten – in de positie van de *verdachte* verschoningsrechtigde.

¹⁴⁴ Merkwaardigerwijze is informatie die zonder ontheffing en in zoverre ten onrechte geopenbaard is, volgens vaste rechtspraak toch als bewijs toegelaten; vgl. H. Kreicker in H. Kudlich (red.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Band 1, §§ 1 – 150 StPO, 2de druk, München: C.H. Beck 2023 (hierna: Kreicker MK), randnrs. 10, 67 en 80 bij art. 53 StPO.

aan verdachten in strafzaken door een advocaat, in het bijzonder door vertrouwelijk contact, geen grondwettelijke waarde hecht. Dat doet dit BVerfG wel.¹⁴⁵ Zo bijvoorbeeld door de noodzaak van vertrouwelijk contact als een inhoudelijke voorwaarde te beschouwen voor adequate beroepsuitoefening, zoals die door art. 12 *Grundgesetz* inzake de vrije beroepsuitoefening wordt beschermd. De bescherming van het functioneel verschoningsrecht voor (communicatie met) de *Verteidiger* brengt het BVerfG ook wel onder het algemeen belang van een adequate rechtspleging¹⁴⁶ en ook onder het recht van een verdachte burger op een *fairen Verfahren* (eerlijk proces). Weliswaar komt dat laatste recht als zodanig – anders dan in Nederland naar art. 17 Grondwet – in het Duitse *Grundgesetz* niet expliciet voor, maar het BVerfG leidt de aanspraak op een *fairen Verfahren* wel uit de samenhang van andere bepalingen af.¹⁴⁷

Ten slotte is niet zo dat het BVerfG geen oog heeft voor de belangen van de strafvordering. Ook dat is wel het geval, bijvoorbeeld waar het vergaren van informatie uit e-mails die bij een provider zijn opgeslagen naar de opvatting van dit hof loopt via de bevoegdheid tot inbeslagneming.¹⁴⁸ Het vergaren van die informatie hoeft niet uitsluitend te verlopen via de strikte(re) regeling van de bevoegdheid van – in het bijzonder – art. 100b StPO¹⁴⁹, terwijl ter zake ook geen striktere regels of aanvullende voorwaarden gelden dan in de StPO bij de inbeslagneming voorzien. Vermeld zij hier reeds dat het BVerfG daarbij, anders dan de Nederlandse Hoge Raad in ECLI:NL:HR:2024:375, geen uit het *Grundgesetz* afgeleide eis stelt van het voorbehoud van inhoudelijke kennisneming van (mogelijk) geprivilegieerde informatie aan (uitsluitend) een rechter. In de recente beslissing van het BVerfG van 24 juni 2025

¹⁴⁵ De strikte normering van de bevoegdheden tot gegevensvergaring enerzijds en de uitdrukkelijke erkenning van de belangen van adequate strafrechtelijke rechtshandhaving anderzijds is goed te herkennen in de beslissing van het BVerfG van 12 oktober 2011, 2 BvR 236/08, waarin het BVerfG alle beperkingen van het telecommunicatiegeheim die de wetgever in 2007 in de StPO aanbracht, accepteerde. De daarin ter discussie gestelde regeling is inmiddels geplaatst in art. 100d en art. 100e StPO, maar inhoudelijk niet gewijzigd, zodat de normering van het BVerfG onverminderd van toepassing is, ook op gegevens die niet (alleen) onder het *Kernbereich* vallen, maar wel door het functioneel verschoningsrecht, in het bijzonder van de *Verteidiger*, worden beschermd. Er is in zoverre in de afgelopen jaren in Duitsland wel aandacht geweest, ook door wetswijziging, voor een grotere stelselmatige bescherming van het verschoningsrecht bij alle dwangmiddelen in meer of minder gelijke mate, maar niet voor een waterdichte regeling op basis van het uitgangspunt dat geprivilegieerde informatie nooit ter kennis van de politie of het Openbaar Ministerie zou mogen komen. Zie voor deze tweedeling in het bijzonder ook de verkenning ‘*Lücken im Schutz von Berufsgeheimnisträgern (§ 53 StPO) vor staatlichen Eingriffen*’ die de Bondsdag in 2007 liet uitvoeren en waarop de nader te bespreken artikelen 97, 100d en 100e en 160a StPO, zoals die thans luiden.

¹⁴⁶ Het belang *der Allgemeinheit an einer wirksamen und geordneten Rechtspflege*; vgl. o.a. BVerfG 21 juli 2025, 1 BvR 398/24, randnr. 19.

¹⁴⁷ O.a. BVerfG 12 april 2005, 2 BvR 1027/02, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050412.2bvr102702, randnr. 88.

¹⁴⁸ Zie ook op dit punt BVerfG van 12 april 2005, 2 BvR 1027/02, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050412.2bvr102702 voor het algemene kader. Deze benadering leidt ertoe, dat het BVerfG de inbeslagneming van gegevens onder een (verdachte) advocaat in deze zaak geenszins afwijst, maar slechts aan nadere eisen van proportionaliteit onderwerpt dan die welke in de aangevochten beslissing van de strafrechter in Hamburg waren voorzien. Een voorbehoud van de rechterlijke selectie van gegevens is in deze beslissing niet vinden. Idem BVerfG 21 juli 2025, 1 BvR 398/24.

¹⁴⁹ Vgl. T. Park, *Durchsuchung und Beschlagnahme*, München: C.H. Beck 2022 (hierna: Park), randnr. 885 voetnoot 72.

(Trojaner II) wordt ten aanzien van een geconstateerde strijdigheid van art. 100b StPO inzake de nader te bespreken *Online-Durchsuchung* expliciet overwogen dat dit artikel toch zijn geldigheid behoudt, gegeven de (lichte) aard van de schending (er wordt geen grondrecht verder aangetast dan mogelijk is, maar de wetgever moet een nieuwe en beter gemotiveerde afweging maken), omdat de bevoegdheid te belangrijk is voor de opsporing als onderdeel van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. In dat licht kan de geconstateerde schending vooralsnog worden geaccepteerd.¹⁵⁰

De ook constitutioneel-rechtelijk dominante positie van de normativiteit van de Duitse Grondwet verklaart waarom in Duitsland maar zelden een beroep op het EVRM of op EU-recht wordt c.q. hoeft te worden gedaan.¹⁵¹ Zulks mede omdat (aanpassing van) strafprocessuele wetgeving nogal eens de resultante is van eerdere beslissingen van het BVerfG. Het BVerfG beschouwt in elk geval EHRM-recht eerst en vooral als ‘handvat voor interpretatie’ (*Auslegungshilfe*) van nationale grondrechten in het *Grundgesetz*.¹⁵²

Uit de interviews blijkt niet van de opvatting dat het bestaande Duitse recht ter bescherming van het functioneel verschoningsrecht dwingende wijziging behoeft op grond van EHRM- of HvJ EU-rechtspraak, ook niet op grond van de door de Hoge Raad aan zijn beslissing van 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375 ten grondslag gelegde EHRM-uitspraken als Aalmoes e.a. tegen Nederland en/of Dudchenko tegen Rusland of de door de Hoge Raad uit HvJ EU-rechtspraak, in het bijzonder de zaak CG/Landeck, afgeleide rechtsopvatting dat het openbaar ministerie niet kan worden aangemerkt als een onafhankelijk (bestuurs)orgaan, zoals in de rechtspraak van het EU-Hof van Justitie wordt geëist. Daarbij hebben de ambtenaren van het Duitse Openbaar Ministerie, de *Staatsanwaltschaft*, net als in Nederland eventuele aanwijzingen van de minister(s) van justitie na te leven.¹⁵³ Als een en ander naar het oordeel van het BVerfG dwingend EU-recht is c.q. zou zijn met een allesomvattende regeling, dan eerst zou ook het BVerfG zich gedwongen voelen die notie over te nemen.¹⁵⁴ Het valt daarbij wel op dat die relativerende verwijzing naar mogelijk meer dwingend EU-recht in de beide recente

¹⁵⁰ BVerfG 24 juni 2025, 1 BvR 180/23, randnr. 275. Daarin heet het: “*Die Verfassungswidrigkeit der zu beanstandenden Regelung ist für eine Übergangszeit hinzunehmen*“. De geconstateerde schending betreft het feit dat de wetgever naar het oordeel van het BVerfG bij het tot stand brengen van art. 100b StPO onvoldoende expliciet rekenschap heeft gegeven welk grondrecht precies in het geding is. De wetgever heeft zich niet gerealiseerd dat het voornoemde *IT-System-Grundrecht* (ook) in het geding is. Daarmee handelde de wetgever bij die totstandkoming in strijd met art. 19 Grundgesetz inzake de procedurele waarborgen rondom grondrechtsbeperkingen. Het eerste lid, tweede volzin, daarvan luidt: „*Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen*“. Men spreekt van het *Zitiergebot*. Wie daarin slechts een louter formele plicht tot het noemen van een woord of artikelnummer zonder enige inhoudelijke meerwaarde ziet, leze de uitleg van die betekenis door het BVerfG in randnr. 245-251 van deze beslissing; het BVerfG rept van een waarschuwings- en bezinningsplicht.

¹⁵¹ Vgl. S. Kämpfer & D. Travers in H. Kudlich (red.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Band 1, §§ 1 – 150 StPO, 2de druk, München: C.H. Beck 2023 (hierna: Kämpfer/Travers MK), randnr. 2 bij art. 148 StPO.

¹⁵² Vgl. BVerfG 21 juli 2025, 1 BvR 398/24, randnr. 18.

¹⁵³ Naar art. 147 *Gerichtsverfassungsgesetz*.

¹⁵⁴ BVerfG 27 mei 2020, 1 BvR 1873/13, onder IV randnr. 83-88.

beslissingen van het BVerfG van 24 juni 2025 voorkomen, zij het opnieuw en in een algemeenheid die het BVerfG al eerder formuleerde.¹⁵⁵

4.2.2 Discussie meer gericht op 'bruikbaar als bewijs?'

Binnen de Duitse strafvordering is het bewaken van de rechtmatigheid van de toepassing van dwangmiddelen meer dan in Nederland gericht op het antwoord op de vraag of de resultaten als bewijs tegen de verdachte kunnen worden gebruikt. Dat betreft de niet altijd even heldere discussie over en regeling van de *Beweiserhebung*, de *Beweisverwertung* en de *Beweiserhebung* en de respectievelijke verboden daartoe. Die discussie is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met 'ons' art. 359a Sv.¹⁵⁶

Naast de voorschriften die het onmiddellijk wissen van door het verschoningsrecht geprivilegieerde informatie voorschrijven en daarmee het verdere gebruik van resultaten van vergaarde geprivilegieerde informatie reeds tijdens de verdere opsporing verbiedt, ontstaat in deze benadering meer ruimte om over kwesties van het verschoningsrecht meer en eerst ter terechtzitting (berechting) te beslissen. Een bewijsverbod richt zich immers eerst en vooral tot de zittingsrechter die (eerst) te beslissen heeft of zich zo'n bewijsverbod voordoet.

In het kader van het verschoningsrecht heeft het *BVerfG* overwogen dat voorschriften over het tijdig en adequaat vernietigen van gegevens gedurende het voorbereidende onderzoek (weliswaar) een onderdeel zijn van de vereiste garantie van *Verhältnismäßigkeit* door procedurele garanties, maar dat bewijssuitsluiting in geval van schending daarvan alleen aan de orde is bij zwaarwegende, bewuste of willekeurige schending van dergelijke voorschriften.¹⁵⁷ Zo'n benadering laat meer ruimte om tot en met de zittingsrechter data nog niet te vernietigen. En ook, dat die zittingsrechter daartoe inhoudelijk kennis kan nemen van gegevens, ook van geprivilegieerde gegevens. Dat is voor het verschoningsrecht relevant omdat de Duitse zittingsrechter daarmee een belangrijkere betekenis heeft dan de beperkte positie van de Nederlandse zittingsrechter als 'restrechter' voor het geval het hem voorgelegde dossier nog daaruit ten onrechte niet eerder verwijderde geprivilegieerde gegevens bevat.

4.2.3 Een wat andere positie van de rechter in het voorbereidend onderzoek

Het derde structuurkenmerk hangt daarmee ten dele samen. Ook in het Duitse strafprocesrecht is op een aantal plekken in het voorbereidend onderzoek de betrokkenheid van een rechter voorgeschreven. De Duitse benadering ter zake wijkt echter tot op zekere hoogte af van de

¹⁵⁵ BVerfG 24 juni 2025, 1 BvR 2466/19 (*Trojaner I*), randnr. 83 en BVerfG 24 juni 2025, 1 BvR 180/23 (*Trojaner II*), randnr. 168: „Unberührt bleibt hiervon die Frage, ob sich weitere rechtliche Anforderungen unmittelbar aus dem Sekundärrecht der Europäischen Union ergeben und ob die angegriffenen Regelungen mit diesen vereinbar sind“.

¹⁵⁶ Deze materie is in het Duitse recht niet nader wettelijk geregeld en de sterk casuïstische jurisprudentie bevat geen begin van een systematische ordening. Zie voor een verkenning en poging tot inventarisatie bij de bevoegdheden tot doorzoeking en inbeslagneming bij Park, randnr. 403-468.

¹⁵⁷ BVerfG van 12 april 2005, 2 BvR 1027/02, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050412.2bvr102702, randnr. 123 en 134.

Nederlandse. In de Nederlandse strafvordering bestaat de uit het Franse recht stammende *juge d'instruction*. Dat is een rechter die in het voorbereidend onderzoek zelf onderzoek doet. In die traditie past bijvoorbeeld dat het doorzoeken 'bij' een verschoningsgerechtigde van art. 218 Sv 'door' die rechter (de rechter-commissaris van art. 110 Sv) plaatsvindt. In het Duitse recht ligt dat het verrichten van opsporingshandelingen door een rechter in het voorbereidend onderzoek minder voor de hand. Ter zake geldt veeleer een andere traditie. Daarin heeft de rechter in het voorbereidend onderzoek eerder de taak om vooraf en/of achteraf te toetsen (vooraf machtigen of achteraf bevestigen) hetgeen het openbaar ministerie aan opsporingsmethoden en resultaten aanvraagt of presenteert. De nieuwere Nederlandse variant waarin de officier van justitie van de rechter-commissaris een machtiging vordert tot het door hem, officier van justitie, bevelen van de toepassing van een BOB-bevoegdheid is tot op zekere hoogte een voorbeeld van het Duitse model. In een dergelijke opzet moet bijvoorbeeld, zoals we nader zullen bespreken, de rechter een door de officier van justitie wenselijk geachte filtering van gegevens (de *Durchsicht* van par. 110 StPO) toelaatbaar achten en over een door de officier van justitie wenselijk geachte inbeslagneming beslissen, maar is het niet een rechter die daartoe inhoudelijk het onderzoek c.q. de selectie van gegevens verricht. Weliswaar kent het Duitse recht met art. 162 StPO ook de *Ermittlungsrichter*, maar dat is eerder louter een rechter tijdens het voorbereidend onderzoek, hetgeen in zoverre ook een raadkamer kan zijn die op specifieke beslispunten oordeelt. De 'onderzoeksrechter' wordt – blijkens de interviews – ook wel als '*Fremdkörper*' in de strafvordering beschouwd. In het bijzonder in het voorbereidend onderzoek, waarin de almacht van de officier van justitie als 'Herr des Ermittlungsverfahren' (heerser over het opsporingsonderzoek) in zoverre groter of onbegrensd is. De *Ermittlungsrichter* wordt in dat kader ook wel aangeduid als *Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft* in plaats van een zuiver rechterlijk orgaan in de 'normale' betekenis van rechter/gerecht.¹⁵⁸

4.3 Nog enige relevante wetgeving

Alvorens nader in te gaan op het verschoningsrecht in de strafvordering zij nog op een drietal daarmee samenhangende wettelijke regelingen gewezen.

4.3.1 Functioneel verschoningsrecht bij (het vergaren van) informatie op grond van het *Polizeirecht*

In Duitsland zijn (politie)bevoegdheden niet alleen voorzien ter strafvordering en daarmee eerst en vooral in de StPO. Er bestaat daarnaast een algemeen en zelfstandig *Polizeirecht* voor niet-strafvorderlijke doelen.¹⁵⁹ Het gaat daarbij, kort gezegd, om bevoegdheden tot het afweren van

¹⁵⁸ Vgl. J. Brüning & M. Wenske, 'Der Ermittlungsrichter – Ein Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft?', *ZIS* 2008, p. 340-347 en over de verhoudingen in algemeen bij R. Kölbel & V. Ibold, commentaar bij art. 160a StPO in H. Schneider (red.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Band 2, §§ 151 -332 StPO, 2de druk, München: C.H. Beck 2024 (hierna: Kölbel/Ibold MK), randnr. 3-31 bij art. 162 StPO.

¹⁵⁹ Zie voor een beschrijving in het Nederlands bij F.W. Bleichrodt, P.A.M. Mevis & B.W.A. Volker, *Vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht; een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 90-101.

gevaaren voor de maatschappij en/of voor individuele burgers (*Gefahrenabwehr*). Ter handhaving van de openbare orde en veiligheid mag worden opgetreden in situaties en tegen personen waarin of waarvan een voldoende concreet gevaar voor verstoring van die openbare orde en veiligheid uitgaat. Men zou dat *Polizeirecht* kunnen vergelijken met de Nederlandse politietaak tot handhaving van de openbare orde. Die taak is echter als zodanig in Nederland niet of nauwelijks met bevoegdheden ingekleed, zeker niet met veel zelfstandige en ingrijpende bevoegdheden voor de politie.

De bevoegdheid tot wetgeving ter zake van dit *Polizeirecht* ligt, anders dan ten aanzien van de StPO, niet bij de centrale Duitse overheid en wetgever (de *Bund*) maar bij de afzonderlijke deelstaten (*Länder*). Ter invulling van deze, niet-strafvorderlijke politietaak voorzien alle afzonderlijke *Polizeigesetze* van elk der 16 Duitse deelstaten in nadere bevoegdheden. Voor de Bondspolitie is er het *Bundespolizeigesetz* en het *Bundeskriminalamtgesetz*. Hoewel de wettelijke regelingen op onderdelen onderling verschillen, bestaan er toch min of meer overeenkomstige regelingen. Dat komt omdat de afzonderlijke *Polizeigesetze* zijn afgeleid van een algemeen model-*Polizeigesetz*, het zgn. *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes* dat echter alleen model is en dus geen geldend recht vormt.

De politiebevoegdheden kunnen zeer ingrijpend zijn, zoals die tot heimelijke interceptie van vertrouwelijke communicatie door het afluisteren daarvan of door middel van de plaatsing van een Trojaner.¹⁶⁰ Voor de bescherming van het functioneel verschoningsrecht van de advocaat in strafzaken en van de notaris is relevant dat de bescherming daarvan ook doorklinkt in deze *Polizeigesetze*. In het algemeen geldt een verbod van de toepassing of voortzetting van bevoegdheden in geval het functioneel verschoningsrecht als bedoeld in de hierna uitvoeriger te bespreken artikelen 53 en art. 53a StPO in het geding is. Er wordt in de *Polizeigesetze* veelal met zoveel woorden naar de bescherming op grond van deze beide StPO-artikelen verwezen.¹⁶¹ In zoverre is de reikwijdte van die bescherming in de *Polizeigesetze* niet anders, met name niet minder, dan op grond van die artikelen 53 en 53a StPO. Die omstandigheid maakt (reeds) dat in dit hoofdstuk met de bespreking van deze beide StPO artikelen wordt volstaan. Zulks mede omdat een volledig overzicht een gedetailleerde onderlinge vergelijking van alle 16 + 1 = 17 afzonderlijke *Polizeigesetze* noodzakelijk zou zijn.¹⁶²

¹⁶⁰ In de recente beslissing van 24 juni 2025, 1 BvR 2466/19 (*Trojaner I*) wijst het BVerfG de klacht af dat de bevoegdheid zoals voorzien in art. 20c van het *Polizeigesetz* van Nordrhein-Westfalen zou strijden met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de Grondwet. Zie ten aanzien van de inzet van Trojaner in de opsporing/strafvervolging daarentegen de beslissing van het BVerfG van dezelfde datum 1 BvR 180/23 waarover hieronder nader bij de bespreking van art. 100a StPO.

¹⁶¹ Zo bepaalt art. 15c van het *Polizeigesetz* van Nordrhein-Westfalen dat de politie opnameapparatuur voor beeld en geluid op het uniform mag dragen, maar dergelijke opnames zijn niet toegelaten (*unzulässig*) “in Bereichen, die der Ausübung von Tätigkeiten von Berufsgeheimnisträgern nach §§ 53 und 53a der Strafprozessordnung dienen”.

¹⁶² Een zeker overzicht van de relevante bepalingen vindt men bij Ph. Scharenberg, *Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zu Berufsgeheimnisträgern gemäß par. 160a StPO*, Nomos, Baden-Baden: 2016 (hierna: Scharenberg), onder F. IV, p. 76-80. Deze auteur wijst er daarbij op dat in een aantal *Polizeigesetze* de bescherming van de beroepsrelatie met functioneel verschoningsgerechtigden van art. 53 StPO (bovendien) tot

4.3.2 Functioneel verschoningsrecht tijdens de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende sancties/detentie

Voor het recht betreffende de tenuitvoerlegging van in het bijzonder vrijheidsbenemende straffen geldt hetzelfde als voor het *Polizeirecht*. Regeling van het detentieregime is als bevoegdheid voorbehouden aan de afzonderlijke *Bundesländer*, die daartoe elk in een eigen *Strafvollzugsgesetz* hebben voorzien. Tegelijk bestaat ook daarvoor een centraal model, het *Musterentwurf zum Landesstrafvollzugsgesetz*. De hier relevante bepalingen in de verschillende *Bundesländer* zijn daarvan afgeleid en steeds min of meer dienovereenkomstig geformuleerd.¹⁶³

In het *Musterentwurf* is bepaald dat het bezoek van een *Verteidiger* respectievelijk een notaris moet worden toegestaan. Alleen ten aanzien van de *Verteidiger* is nader bepaald dat diens gesprek met zijn cliënt en de brief- en communicatiewisseling ter zake en het telefonisch contact met de cliënt niet inhoudelijk gecontroleerd mogen worden. Dat alles heeft betrekking op de rechtsbijstand in detentie en de rechtspositie van de gedetineerde in en betreffende de *tenuitvoerlegging* van enige straf. Voor zover de gedetineerde tijdens de voorlopige hechtenis nog verdachte is, gelden ook de bepalingen van de StPO inzake de mogelijke dwangmiddelen en opsporingsmethoden voor de opsporing, vervolging en berechting van het betreffende strafbare feit. Zoals hierna nog nader zal worden besproken, is een van de uitgangspunten van de Duitse strafvordering betreffende het functioneel verschoningsrecht dat dit recht niet geldt als en voor zover de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is, in het bijzonder als hij verstrikt is in het strafbare feit of de criminele organisatie van de (gedetineerde) cliënt, bijvoorbeeld door voor die cliënt contacten met de buitenwereld mogelijk te maken of te onderhouden.

4.3.3 Bescherming van persoonsgegevens en schadevergoeding voor dwangmiddelen

Zijn de bevoegdheidsbepalingen in de StPO ten dele de uitvoering van de Duitse Grondwet, onderdelen van die StPO leunen op hun beurt op verdere uitvoering of aanvulling in andere wetgeving. In dat kader zij op deze plaats nog gewezen op het *Bundesdatenschutzgesetz*, de federale wet tot bescherming van persoonsgegevens en de algemene regeling ter zake in art. 474 e.v. StPO. Het *Bundesdatenschutzgesetz* reguleert samen met wetten op dit terrein van de

onderdeel van het *Kernbereich* van de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt. Zo ook in het genoemde *Polizeigesetz* van *Nordrhein-Westfalen* waarvan art. 16 lid 4 en lid 5 luiden:

“(4) Wurden Daten erfasst, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, dürfen sie nicht verwendet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist zu dokumentieren.

(5) Der Kernbereich umfasst auch das durch das Berufsgeheimnis geschützte Vertrauensverhältnis zu den in §§ 53 und 53a der Strafprozessordnung genannten Berufsgeheimnisträgern“. Die kwalificatie beschermt extra tegen strafvorderlijk of ander overheidsingrijpen; zie daarover nader hierna bij de bespreking van art. 100d StPO.

¹⁶³ Een uitgebreide bespreking van alle relevante bepalingen van elk der afzonderlijke regelingen per *Bundesland* in verband met de betreffende bepalingen in het *Musterentwurf* vindt men bij J. Feest, W. Lesting & M. Lindemann (red.), *Strafvollzugsgesetze Kommentar*, 8e druk, Keulen: Carl Heymanns Verlag – Wolters Kluwer Deutschland 2021. Zie voor een duiding daarvan voor Nederland P.A.M. Mevis, ‘De inrichting van de tenuitvoerlegging van vrijheidsbenemende straffen in Duitsland en wat Nederland daarvan kan leren’, *Sancties* 2018, p. 5-22.

Duitse deelstaten en of van thema-specifieke regelingen de bescherming van persoonsgegevens. Naar algemene opvatting heeft deze wetgeving geen betekenis voor het vergaren en filteren van gegevens ten behoeve van de verdere strafvordering in een bepaalde zaak omdat daarvoor in het strafrecht (uitsluitend) de StPO-bevoegdheden gelden. Het *Bundesdatenschutzgesetz* en de andere regelingen kennen wel bepalingen voor het kunnen gebruiken van vergaarde informatie voor andere doeleinden. Maar ook op dit punt voorziet de StPO zelf – en daarmee anders dan in Nederland – met specifieke(re) bepalingen in de gevallen waarin informatie wel of niet kan worden gebruikt, in het bijzonder ook in andere strafzaken. Een voorbeeld daarvan is art. 100e lid 6 onder 3 StPO betreffende het gebruik in strafzaken die met vergelijkbare bevoegdheden op grond van de hiervoor genoemde *Polizeigesetze* van de *Bundesländer* vergaard zijn. De algemene regeling inzake de omgang met persoonsgegevens van art. 474 e.v. StPO is voor dit onderzoek naar het functioneel verschoningsrecht verder niet relevant.

Ten slotte: in geval van onregelmatigheden in de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden, bijvoorbeeld in geval van een onrechtmatige doorzoeking of inbeslagneming, kan degene die in de strafvervolgung betrokken is aanspraak op schadevergoeding maken op grond van het *Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen* (StrEG). Die wet bevat een algemene regeling voor schadevergoeding op grond van billijkheid ter zake van alle dwangmiddelen. Andere getroffen zijn voor schadevergoeding aangewezen op de normale civiele rechtsgang.¹⁶⁴

4.4 De basisbepalingen van de zwijgplicht en het verschoningsrecht van de *Verteidiger* en van de notaris; art. 203 StGB en art. 53/53a StPO; beroepsrecht en toezicht

4.4.1 Inleiding

De basis voor de regeling van het functioneel verschoningsrecht is de geheimhoudingsplicht die zowel aan de advocaat als aan de notaris is opgelegd. Voor de advocaat betreft dat art. 43a lid 2 van de *Bundesrechtsanwaltsordnung* (hierna BRAO). Voor de notaris geldt een geheimhoudingsplicht op grond van art. 18 van de *Bundesnotarordnung*. Beide bepalingen maken een gelijklopende uitzondering voor zover feiten en omstandigheden (*Tatsachen*) die reeds openbaar zijn of die naar hun aard (*ihrer Bedeutung nach*) geen geheimhouding behoeven. De ‘bijbehorende’ strafbaarstelling van de schending van de geheimhoudingsplicht van deze beide beroepsbeoefenaren is het delict van art. 203 StGB.

Op basis van de geheimhoudingsplicht bestaat in het verlengde daarvan ter zake van de onder de geheimhoudingsplicht vallende informatie een verschoningsrecht voor de *Verteidiger* en voor de notaris in (o.a.) strafzaken. Dat betreft in de eerste plaats het recht om als getuige geen antwoord te geven op bepaalde vragen. Die, met ‘ons’ art. 218 Sv vergelijkbare basisbepaling voor het verschoningsrecht voor de *Verteidiger* en de notaris, indien als getuige in strafzaken opgeroepen, is voorzien in (het uitgebreide) art. 53 StPO en in art. 53a StPO.

¹⁶⁴ Vgl. nader bij Park, randnr. 939 – 953.

Deze bepalingen van art. 203 StGB en art. 53/53a StPO komen in dit onderdeel nader aan de orde, gevolgd door enige opmerkingen over het beroepsrecht en het toezicht.

4.4.2 Strafbaarheid van schending van de geheimhoudingsplicht; art. 203 StGB; meldplicht kennis over voorgenomen misdrijven

Het Duitse equivalent van het Nederlandse misdrijf van art. 272 Sr is het strafbare feit van art. 203 StGB. Aan beide zijden van de grens wordt een schending van het beroepsgeheim door een advocaat of een notaris bedreigd met gevangenisstraf van maximaal een jaar of met geldboete. De strafbaarstelling is gericht op het niet openbaren van informatie uit het privéleven van de betrokken burger en in zoverre ook weer uitvoering van het grondrecht op ‘*informationelle Selbstbestimmung*’ dat het BVerfG uit art. 2 lid 1 en art. 1 lid 1 *Grundgesetz* afleidt. De belangen en het functioneren van de betreffende beroepsgroepen met een verschoningsrecht wordt in zoverre slechts indirect beschermd.¹⁶⁵ Maar ook andere gegevens, zoals bedrijfsgeheimen worden met deze strafbepaling beschermd. Die achtergrond verklaart waarom art. 203 StGB zich richt op alle, daarin uitvoerig opgesomde beroepen (meer dan 25) en aanknopen bij de geheimhoudingsplicht van al die beroepsbeoefenaren. De strafbaarstelling geldt ook voor personen die de beroepsuitoefenaar bijstaan, conform de aanduiding daarvan in art. 53a StPO, waarover nader hierna.

Anders dan in Nederland kent de delictsomschrijving van par. 203 StGB *als bestanddeel* dat sprake moet zijn van een *onbevoegde (unbefugt)* schending van het beroepsgeheim. Een – op welk grond dan ook – gerechtvaardigde schending valt daarmee niet meer onder deze delictsomschrijving; dan is geen sprake (meer) van een strafbaar feit. Zo bepaalt art. 26a van de *Notarverordnung* en idem art. 43e BRAO dat een notaris respectievelijk een advocaat informatie onder de geheimhoudingsplicht mag delen met degene die hij voor zijn beroepsuitoefening inschakelt.

Van dergelijk ‘niet onbevoegd’ openbaren van geheimen is (o.a.) sprake als degene op wie de informatie onder het beroepsgeheim betrekking heeft met de openbaarmaking ervan instemt. Daarmee sluit art. 203 StGB in dit opzicht aan bij de regeling van art. 53 lid 2 StPO; het beroepsverschoningsrecht geldt niet als degene op wie de informatie betrekking heeft, de beroepsbeoefenaar uit diens zwijgplicht ontslagen heeft.

Uiteraard is het openbaren van informatie voorts gerechtvaardigd als een wettelijke verplichting daartoe dwingt. In dat kader zijn de artikelen 138 en 139 StGB relevant. Anders dan ‘ons’ art. 137 Sr kent het Duitse recht geen *generieke* uitzondering op de plicht om de autoriteiten in te lichten in geval de advocaat of notaris beschikt over concrete aanwijzingen dat ernstige strafbare feiten op het punt staan te worden voltrokken. Voor advocaten geldt op grond van art. 139 lid 3 StGB een beperkte uitzondering op de meldplicht voor hetgeen hen ter zake in de beroepsuitoefening ter kennis is gekomen. Maar ook ter zake daarvan bestaat alleen dan geen strafbaarheid voor het niet nakomen van de meldplicht als serieus gepoogd is de betreffende persoon van het voornemen af te brengen. Vervolgens is ook die uitzondering volgens art. 139 StGB niet van toepassing als het gaat om (kennis van) bepaalde voorgenomen

¹⁶⁵ Th. Fischer, *Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 10, Strafgesetzbuch*, C.H. Beck: München 2020, randnr. 3 bij art. 203 StGB (hierna Fischer).

ernstige, in dat art. 139 StGB nader aangeduide misdrijven (moord en doodslag, genocide en andere internationale misdrijven en bepaalde misdrijven begaan door een terroristische organisatie). In die gevallen geldt de meldingsplicht weer wel. Deze beperkte vrijstelling van de meldplicht van art. 139 StGB geldt daarbij naar de uitdrukkelijke tekst van het artikel wel voor advocaten, maar niet ook voor notarissen.

Noodtoestand, maar geen ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’

Voorts kan de wettelijke strafuitsluitingsgrond van noodtoestand maken dat aan het bestanddeel van onbevoegd openbaren in art. 203 StGB niet voldaan is. Het belang van de strafrechtelijke rechtshandhaving in het algemeen of het belang van de waarheidsvinding in het bijzonder, levert echter geen uitzondering op die het openbaren van hetgeen onder de beroepsgeheimhoudingsplicht valt op basis van noodtoestand kan rechtvaardigen.¹⁶⁶ In zoverre bestaat in het Duitse recht geen ruimte voor de uitzondering van ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ waarin, op grond van de feiten en omstandigheden van een *concrete* rechtszaak/strafzaak, toch, ondanks dat een naar de wet toepasselijk beroepsverschoningsrecht van toepassing is, de belangen van de strafrechtelijke rechtshandhaving in het algemeen en die van de waarheidsvinding in rechte in het bijzonder voor zouden moeten gaan. Een zodanige uitzondering kent het Duitse recht in zijn algemeenheid¹⁶⁷ niet.¹⁶⁸ De belangen van de waarheidsvinding in strafzaken, ook ter zake van ernstige delicten, kunnen er daarom niet toe leiden dat het openbaren van gegevens of informatie dan niet meer ‘onbevoegd’ zou zijn in de zin van art. 203 StGB. Tot zodanig openbaren kan door de opsporingsautoriteiten dus ook geen beroep op de *Verteidiger* of de notaris worden gedaan.

Het ontbreken van de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ als correctiemogelijkheid om in een concrete strafzaak toch alsnog aan een toepasselijk verschoningsrecht voorbij te gaan, is een factor die meebrengt dat en verklaart waarom in het Duitse recht een ten opzichte van Nederland, beperktere reikwijdte van het verschoningsrecht geldt c.q. er andere formeel-wettelijke regelingen tot inbreuken daarop bestaan.

Het delen van informatie met leden van beroepstoezichtsorganen, zoals de leden van een *Rechtsanwaltskammer*, geldt niet als ‘onbevoegd openbaren’. Dat valt daarmee niet onder de reikwijdte van het delict van art. 203 StGB.¹⁶⁹ Voor de notaris is dat nog eens uitdrukkelijk bepaald in art. 18 lid 3 van de *Bundesnotarordnung*: als de notaris zich intern tot de

¹⁶⁶ Fischer, randnr. 86 en 90 bij art. 203 StGB.

¹⁶⁷ Zie wel de bespreking hierna van art. 160a StPO; in het bijzonder het tweede lid bevat een (wettelijk geregelde) uitzondering die lijkt op ‘onze’ zeer uitzonderlijke omstandigheden.

¹⁶⁸ Het aannemen van een dergelijke uitzondering door (uitsluitend) de hoogste (straf)rechter van het *Bundesgerichtshof* (BGH) zoals de Hoge Raad voor Nederland deed, zou als vorm van enkel rechterlijke rechtsvorming de rechtsvormende competentie van dat BGH naar Duitse opvatting al snel te buiten gaan, mede in verband met de sterkere positie van de Grondwet en de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht*.

¹⁶⁹ Fischer, randnr. 21 en randnr. 81 bij art. 203 StGB.

toezichthouder wendt bij twijfel over de reikwijdte van zijn zwijgplicht, mag dat ‘intern’ openbaren hem niet als onbevoegd openbaren worden tegengeworpen.¹⁷⁰

Het delict van art. 203 StGB wordt alleen op *Antrag* (klacht) vervolgd; vgl. art. 205 StGB. De strafbaarstelling heeft in de rechtspraak weinig betekenis; strafvervolgning vindt niet of nauwelijks plaats.¹⁷¹ Zodanige strafvervolgning heeft in zoverre ook weinig nut nu de resultaten van een naar art. 203 StGB *de iure* onbevoegde en daarmee strafbare openbaring zonder toestemming van degene op wie de gegevens betrekking hebben, volgens vaste jurisprudentie toch als bewijs in een strafzaak zijn toegelaten.¹⁷²

4.4.3 De basisbepaling inzake het verschoningsrecht van art. 53 StPO; het afgeleid verschoningsrecht van art. 53a StPO

Het beroepsverschoningsrecht wordt in het Duitse strafprocesrecht, net als in het Nederlandse art. 218 Sv, in zijn basis geregeld als het aanwijzen van degenen die vanwege hun beroep zijn vrijgesteld van de plicht om, indien als getuige opgeroepen, te spreken. Anders dan in Nederland, bestaat de plicht te verschijnen en te getuigen in het Duits strafrecht ook jegens de *Staatsanwalt* (StA) en dus niet alleen jegens de rechter; vgl. art. 161a StPO. Al kan de StA de getuige naar art. 161a lid 1, laatste volzin, StPO niet beëdiggen.

Dit beroepsverschoningsrecht wordt in art. 53 StPO in één enkele, maar zeer uitgebreide bepaling aan heel veel, daarin afzonderlijk opgesomde beroepen, waaronder ook journalisten, uitgevers en parlementsleden toegekend. Het artikel verleent een verschoningsrecht aan bij alle beroepsbeoefenaren die een beroepsgeheimhoudingsplicht hebben en dus niet slechts bij de ‘klassieke 4’ van het Nederlandse art. 218 Sv. Dat dwingt ook tot meer beperkingen en uitzonderingen op een zodanig, naar de kring van verschoningsgerechtigden, breed geldend verschoningsrecht in de strafvordering.

Zoals hiervoor al aangeduid: aan de advocaat en aan de notaris wordt door art. 53 lid 1 *sub* 3 StPO een beroepsverschoningsrecht toegekend. Voor de advocaat in strafzaken geldt echter de aparte aanduiding als *Verteidiger des Beschuldigten* in art. 53 lid 1 *sub* 2 StPO. Dat verschil in categorisering is van belang omdat het doorwerkt in de verwijzing naar (bepaalde) onderdelen/categorieën van dit art. 53 StPO. Daardoor verschilt de bescherming van het verschoningsrecht bij dwangmiddelen van de *Verteidiger* op enkele onderdelen van de positie van de notaris. Een voorbeeld daarvan is het hierna nader te bespreken art. 160a StPO.

In art. 53 StPO schuilt tegelijk ook (reeds) een aantal beperkingen van de reikwijdte het verschoningsrecht. Een (eerste) beperking betreft het met art. 218 Sv overeenkomend bestanddeel dat het beroepsverschoningsrecht zich alleen uitstrekt over hetgeen in het kader van de betreffende beroepsuitoefening gewisseld is. Voor de *Verteidiger* en de notaris moet het

¹⁷⁰ „Bestehen im Einzelfall Zweifel über die Pflicht zur Verschwiegenheit, so kann der Notar die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nachsuchen. Soweit diese die Pflicht verneint, können daraus, daß sich der Notar geäußert hat, Ansprüche gegen ihn nicht hergeleitet werden.“

¹⁷¹ Fischer, randnr. 5 bij art. 203 StGB.

¹⁷² Vgl. Kreicker MK, randnrs. 10, 67 en 80 bij art. 53 StPO.

daarbij op grond van art. 53 lid 1 sub 2 respectievelijk sub 3 StPO gaan om “*das, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekanntgeworden ist*”. Hetgeen daarbuiten valt, valt daarmee ook niet onder het beroepsverschoningsrecht. Zie voor de *corpora et instrumenta delicti* hierna bij de bespreking van art. 97 StPO.

Een tweede, meer opvallende en van de Nederlandse benadering afwijkende beperking van het beroepsverschoningsrecht betreft het hierboven aangestipte art. 53 lid 2, eerste volzin, StPO. De beroepsbeoefenaar kan een verklaring als getuige niet weigeren als en voor zover hij of zij door de cliënt, patiënt, verdachte, de hulpzoekende, etc. en daarmee door degene op wie de informatie betrekking heeft, uit de zwijgplicht is ontbonden (“*.. wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind*”).

Het voorschrift is een illustratie en uitwerking van de Duitse benadering waarin de erkenning en de werking van het beroepsverschoningsrecht meer dan in Nederland vanuit de belangen van de individuele hulpzoekende in de concrete hulpverlenings- of bijstandsrelatie wordt gedacht. Het verschoningsrecht vindt zijn fundament in de privacybelangen van de cliënt/verdachte. De regeling staat minder dan in Nederland ten dienste van adequate beroepsuitoefening door de advocaat of notaris of van het maatschappelijk belang van hun beroep.¹⁷³ De uitdrukkelijke voorziening in art. 53 StPO is daarvan een illustratie. In geval de cliënt met het openbaar maken van de gegevens instemt, gaat die instemming vóór ten opzichte van (het beroep op) het verschoningsrecht door de betreffende beroepsbeoefenaar als mogelijk belang van hem of haar en/of van de betreffende beroepsuitoefening door de beroepsgroep in het algemeen. Dat is alleen anders voor de geestelijke van art. 53 lid 1 sub 1 StPO. In het geval van instemming moet zowel de *Verteidiger* als de advocaat en de notaris, indien als getuige opgeroepen, daarmee (toch) spreken over hetgeen met betrekking tot de betreffende cliënt onder het verschoningsrecht valt.

Uiteraard moet die toestemming/ontslag uit de zwijgplicht met inzicht en vrijwillig worden gegeven (*informed consent*). Het ontslag uit de zwijgplicht heeft voorts al even vanzelfsprekend alleen betrekking op informatie in de specifieke relatie van *deze* bepaalde burger/cliënt van de *Verteidiger*, advocaat of notaris. Informatie met betrekking tot andere cliënten/derden blijft geprivilegieerd.

Ten slotte: voor zover het gaat om het verschoningsrecht dat in art. 53 StPO is voorzien voor getuigen, is deze bepaling daarmee reeds niet van toepassing als de advocaat of de notaris niet als getuige, maar als verdachte in rechte wordt gehoord. Zie over die verdachte verschoningsgerechtigde nader hierna bij de bespreking van de afzonderlijke dwangmiddelen.

Afgeleid verschoningsrecht; een wat anders opgezette regeling dan de Nederlandse

Ter aanvulling van de bescherming door art. 53 StPO is in art. 53a StPO apart en uitdrukkelijk het *afgeleid* van verschoningsrecht van degene die in dienst zijn van de beroepsverschoningsgerechtigde of deze anderszins behulpzaam zijn de bij de beroepsuitoefening (*mitwirkende Personen*). Waar in Nederland het afgeleid

¹⁷³ Al wordt de maatschappelijke functie van het functioneel verschoningsrecht niet ontkend. Zie over de achtergronden van de Duitse regeling de voor het onderwerp belangrijke beslissing van het BVerfG van 12 april 2005, 2 BvR 1027/02, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050412.2bvr102702, randnr. 77-96.

verschoningsrecht – vooralsnog¹⁷⁴ – alleen op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad bestaat, is het in Duitsland met par. 53a StPO wel respectievelijk reeds uitdrukkelijk in de strafvordering voorzien.

Voor de toepassing van par. 53a StPO moet sprake zijn van enige, feitelijk-daadwerkelijke medewerking, inclusief ondersteuning, van de hoofdverschoningsgerechtigde. De juridische verhouding is daarbij niet relevant; er is sprake van een ‘*tätigkeitsbezogene Betrachtungsweise*’.¹⁷⁵ Er moet wel sprake zijn van een voldoende ‘onmiddellijke’ medewerking aan de beroepsuitoefening.¹⁷⁶ Daartoe behoren medewerkers van door een advocaat ingeschakelde, externe IT-dienstverlener tot opslag en verwerking van informatie en dossiers over cliënten en gevoerde procedures.¹⁷⁷ Tegelijk heeft art. 53a StPO daarmee slechts betrekking op (daarin omschreven) ‘hulppersonen’ en daarmee bijvoorbeeld niet op alle (mogelijke) informatie onder het verschoningsrecht, ongeacht waar die zich bevindt, ook als dat elders is dan bij een (afgeleid) verschoningsgerechtigde, zoals de Hoge Raad in bestendige rechtsopvatting voor het Nederlands recht wel heeft beslist. Art. 53a StPO heeft daarmee in het bijzonder geen betrekking op geprivilegieerde informatie, bijvoorbeeld correspondentie tussen de advocaat of notaris en de cliënt, voor zover die correspondentie zich *bij de cliënt thuis* bevindt. Zie ter zake echter de aanvullende opmerking over art. 148 StPO hierna over de correspondentie tussen de *Verteidiger* en zijn verdachte cliënt.

In het algemeen gelden de regels tot bescherming van het verschoningsrecht van de beroepsgroepen genoemd in art. 53 StPO ook voor de hulppersonen van art. 53a StPO. Mede omwille van de leesbaarheid blijft de vermelding van de afgeleid verschoningsgerechtigden van art. 53a StPO hierna veelal buiten beschouwing of vermelding, tenzij de bescherming van het functioneel verschoningsrecht van degenen die in art. 53a StPO worden aangeduid, afwijkt van de regeling van de advocaat (in strafzaken) of de notaris zelf.

Aanvullende opmerking betreffende het vrije verkeer tussen verdachte en Verteidiger; art. 148 StPO

Voor de bescherming van het functioneel verschoningsrecht is op deze plaats de vermelding van art. 148 StPO nog relevant. Het eerste lid daarvan geeft de verdachte aanspraak op vrije communicatie met zijn *Verteidiger*. Uit deze bepaling wordt afgeleid dat daarmee ook geprivilegieerde informatie die zich bij die verdachte bevindt, door het functioneel verschoningsrecht van – uitsluitend – de *Verteidiger* wordt beschermd. Ook het BVerfG gaat daarvan uit in het kader van garantie van de verdachte op een *faïres Verfahren* (eerlijk proces). Deze ‘aanvullende’ interpretatie in de bescherming van het functioneel verschoningsrecht is van betekenis omdat andere bepalingen ter bescherming daarvan, in het bijzonder art. 97 StPO, zich in hun reikwijdte niet uitstrekken tot geprivilegieerde informatie die zich bij de verdachte bevindt. Zie nader de bespreking van artikel 97 StPO hierna.

¹⁷⁴ In wetsvoorstel 36 327 (nieuw WvSv) wordt het afgeleid verschoningsrecht wel uitdrukkelijk geregeld.

¹⁷⁵ Kreicker Munch Kommentar, randnr 2 bij 53a.

¹⁷⁶ Kreicker MK, randnummer 2 bij 53a.

¹⁷⁷ Kreicker MK, randnr. 4 bij 53a.

4.4.4 Relevante bepalingen uit de beroepsregelingen voor advocatuur en notariaat; toezicht

De Duitse beroepsregelingen voor de advocatuur en voor het notariaat, te weten de *Bundesrechtsanwaltsordnung* (hierna BRAO) voor de advocatuur en de *Bundesnotarordnung* voor het notariaat, zijn hierboven genoemd in verband met de daarin vastgelegde zwijgplicht. Op grond van art. 1 van de BRAO is de *Verteidiger* (ook) *Organ der Rechtspflege*.¹⁷⁸ Die, inhoudelijk ook wel bediscussieerde aanduiding wordt zo uitgelegd dat de *Verteidiger*, anders dan zijn cliënt, een zekere verantwoordelijkheid heeft voor de wijze waarop hij zijn beroep en de daarmee verbonden rechten en privileges uitoefent. Hij mag daartoe gebruik maken van alle wettelijke rechten en bevoegdheden van een *Verteidiger* en alles doen wat door het verdedigingsbelang wordt gedragen en hem niet (wettelijk of beroepsmatig) verboden is, zoals liegen of een getuige aanzetten of overhalen tot een verklaring in strijd met de waarheid.¹⁷⁹ Het punt is in het Duitse recht van enig belang omdat het Duitse materiële strafrecht met art. 258 StGB het bijzondere delict van het vrijdelen van de strafrechtspleging kent.¹⁸⁰ Maar noch art. 258 StGB noch het hiervoor besproken art. 203 StGB maakt, dat de *Verteidiger* niet binnen de genoemde grenzen kan opereren. Van dergelijke bepalingen als art. 258 StGB of de aanduiding van de *Verteidiger* als *Organ der Rechtspflege* gaan geen andere of verdergaande ‘medewerkingsplichten’ aan de strafvordering of de strafvorderlijke overheid uit, bijvoorbeeld en met name niet om af te zien van een beroep op het functioneel verschoningsrecht, ook niet in ‘zeer uitzonderlijke gevallen’ van ernstige strafbare feiten.¹⁸¹

Beide regelingen voorzien in tuchtrechtelijk toezicht op de naleving van de regels. Tot die regels behoren voorschriften om adequate voorzieningen in te richten tot bescherming van de vertrouwelijkheid van de (technische en andere) communicatie in de beroepsuitoefening. Uit een der interviews komt naar voren dat dergelijke voorzieningen vanzelfsprekend onderdeel zijn van elke inrichting van een advocatenpraktijk, zonder de welke beroepsuitoefening en het aantrekken van cliënten niet mogelijk is. Handhaving via het tuchtrecht speelt in zoverre geen rol van enige betekenis, c.q. komt te laat. Daarbij moet worden bedacht dat misbruik van het verschoningsrecht in geval van *Verstrickung* van de functioneel verschoningsgerechtigde (zelf) in strafbare feiten er naar Duits recht toe leidt dat – naar uitdrukkelijke voorziening in de StPO

¹⁷⁸ Art. 1 BRAO luidt: “Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege“. Daaraan voegt art. 3 lid 1 BRAO toe: „Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“. Zijn recht om voor de Duitse rechter op te treden kan alleen door een Bondswet worden beperkt. Elke burger heeft het recht om zich, binnen de grenzen van de wet, in rechtsaangelegenheden van welke aard dan ook, door een advocaat te laten bijstaan of vertegenwoordigen; vgl. art. 3 lid 2 en lid 3 BRAO.

¹⁷⁹ Vgl. W. Beulke en F. Ruhmannseder, *Die Strafbarkeit des Verteidigers*, 2de druk, C.G. Müller Verlag: Heidelberg 2010, deel 1, A.

¹⁸⁰ Het eerste lid van art. 258 StGB luidt: „Wer absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil vereitelt, daß ein anderer dem Strafgesetz gemäß wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft oder einer Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) unterworfen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

¹⁸¹ Beulke en Ruhmannseder, deel 1, A. In BVerfG 12 april 2005, 2 BvR 1027/02, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050412.2bvr102702, randnr. 94 wordt dit aspect van *Organ der Rechtspflege* door het BVerfG alleen in verband gebracht met de *freie Advokatur*, die – als beroepsrecht – uitsluitend kan functioneren bij een beschermde vertrouwelijkheid in het bijstaan van cliënten.

zelf – het verschoningsrecht dan in zoverre niet van toepassing is. Voor (bestrijding van) misbruik van het verschoningsrecht is het tuchtrecht in zoverre ook niet nodig.

(Voorlopig) beroepsverbod

Voor de volledigheid zij in het kader van eventueel misbruik van het verschoningsrecht hier nog gewezen op de bijzondere, in art. 138a StPO voorziene strikte mogelijkheid voor de uitsluiting van een *Verteidiger* om überhaupt in een concrete strafzaak de verdediging te voeren in geval van verdenking van strafbare feiten of misbruik van zijn positie als advocaat. Is sprake van door de advocaat gepleegde strafbare feiten dan kan bij vervolging en veroordeling ter zake ingevolge art. 70 StGB een beroepsverbod worden opgelegd. Als die sanctie te verwachten is, dan voorziet art. 132a StPO in de mogelijkheid om gedurende het voorbereidend onderzoek reeds een voorlopig beroepsverbod op te leggen. Deze regeling is met z'n anticipatie-gebod daarmee vergelijkbaar met de regeling van de voorlopige hechtenis in het Nederlandse WvSv.¹⁸² Voor een dergelijke voorlopige beroepsontzetting hoeft in Duitsland in zoverre niet uitsluitend op het beroeps- en disciplinair recht van de betreffende beroepsgroep te worden geleund.

Afsluiting

In de meer bijzondere regelingen ter bescherming van het verschoningsrecht in de regeling van diverse dwangmiddelen en opsporingsmethoden in het Duitse strafprocesrecht wordt naar art. 53 StPO als de basisbepaling van en voor verschoningsgerechtigden verwezen. Deze bijzondere regelingen komen in het onderstaande nader aan de orde. We beginnen met de meer algemene voorziening van art. 160a StPO.

4.5 De bescherming van het beroepsverschoningsrecht in de regeling van de dwangmiddelen en opsporingsmethoden in de StPO I: art. 160a StPO¹⁸³

4.5.1. Inleiding; algemeen

Met art. 160a StPO is in een meer algemene regeling voorzien van de bescherming van het functioneel verschoningsrecht die voor alle *Ermittlungsmassnahmen* (dwangmiddelen of opsporingsmethoden) geldt.¹⁸⁴ Enkele facetten van deze regeling zijn het signaleren waard. Onder de term *Ermittlungsmaßnahmen* van art. 160a lid 1 StPO vallen als zodanig alle relevante opsporingsmethoden, openlijke of heimelijke, voor zover de eventuele toepassing ervan het vooruitzicht biedt dat daarbij informatie wordt vergaard waarover het beroepsverschoningsrecht zich uitstrekt.

De kern van het eerste lid is dat toepassing van *Ermittlungsmassnahmen* tegen een *Verteidiger* (voor zover zelf geen verdachte), waarbij naar te verwachten is dat daarmee informatie onder

¹⁸² Een vergelijkbare voorlopige beroepsontzetting van een functioneel verschoningsgerechtigde is in het Nederlandse strafrecht alleen mogelijk ten aanzien van een zorgverlener in de gezondheidszorg op grond van art. 96a en art. 96b van de Wet beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).

¹⁸³ Het onderstaande is gebaseerd op Kölbel/Ibold MK en meer in het bijzonder op Scharenberg

¹⁸⁴ De laatste versie van art. 160a StPO is begin 2011 in werking is getreden met het *Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vertrauensverhältnissen zu Rechtsanwälten im Strafprozessrecht*, *Bundesgesetzblatt* I 2010, S. 2261.

het functioneel verschoningsrecht wordt verzameld, achterwege dient te blijven. Er geldt een absoluut verbod: in het kader van de opsporing van het misdrijf waarvan de cliënt wordt verdacht mag – bijvoorbeeld – geen bevel tot het heimelijk opnemen van telecommunicatie (art. 100a StPO) worden gegeven.

Voor de notaris geldt op grond van het tweede lid van art. 160a StPO een wat ander, lichter regiem van een relatief verbod. Toepassing tegen hem is niet verboden in geval dit, in het bijzonder vanwege de ernst van het strafbare feit waarop de opsporing zich richt, aangewezen is, een en ander binnen de strenge, expliciete norm van proportionaliteit en subsidiariteit van art. 160a lid 2 StPO; zie daarover nader hierna.¹⁸⁵

Het bepaalde in art. 160a lid 1 en lid 2 StPO geldt op grond van lid 3 van die bepaling in gelijke wijze voor degene aan wie op grond van art. 53a StPO een afgeleid verschoningsrecht toekomt.

Tegelijk: naar de uitdrukkelijke bepaling in het vijfde lid van art. 160a StPO laat deze algemene regeling de nadere, bijzondere regeling tot bescherming van het verschoningsrecht in art. 97, art. 100d lid 5 en 100g lid 4 StPO bij enkele specifieke dwangmiddelen en opsporingsmethoden, waaronder doorzoeking en inbeslagneming, onverlet (“... bleiben unberührt”...). Precies die dwangmiddelen en opsporingsmethoden, in het bijzonder tot doorzoeking en inbeslagneming zoals die hierna nader worden besproken, betreffen de bevoegdheden tot gegevensvergaring, juist ook in het digitale tijdperk. De bijzondere regeling en die opsporingsmethoden staat een ruimere toepassing toe. Daarbij is er vanwege de formulering ‘onverlet laten’ in de rechtspraak en de literatuur ook wel discussie of, in geval art. 160a StPO een *verdergaande* bescherming van het functioneel verschoningsrecht biedt, die algemene regeling of toch de bijzondere regeling geldt.¹⁸⁶ Voor het hierna te bespreken, belangrijke art. 97 StPO is de bescherming in zoverre gelijk dat op grond van beide bepalingen een gelijk verbod geldt voor het gebruik van geprivilegieerde informatie.

De regeling van art. 160a StPO illustreert andermaal de structuur van de Duitse regeling tot bescherming van het verschoningsrecht. Zowel in deze algemene voorziening als in de hierna te bespreken bijzondere voorzieningen, ligt de nadruk in die structuur op beperking van toepassing van dwangmiddelen *vooraf* (door de beslissing of toestemming om de bevoegdheid te mogen gebruiken), dan wel c.q. in combinatie met een voorziening om *achteraf*, na selectie, te beslissen wat er met bepaalde informatie wel of niet moet gebeuren. Die tweetraps-structuur in de StPO is door het BVerfG uitdrukkelijk en als voldoende geaccepteerd, zonder dat *daarbinnen* dan per se die selectie aan een rechter zou moeten worden voorbehouden.¹⁸⁷ Die structuur is ook in de opzet van art. 160a StPO herkenbaar. De daarin opgenomen gedragsvoorschriften tot niet toepassen van (elke) *Ermittlungsmaßnahmen* richt zich tot de

¹⁸⁵ Het BVerfG heeft het onderscheid in beroepsgroepen van art. 160a lid 1 respectievelijk lid 2 StPO geaccepteerd in de beslissing van 12 oktober 2011, 2 BvR 236/08, randnr. 248 – 262.

¹⁸⁶ Scharenberg, p. 84-93.

¹⁸⁷ BVerfG 12 oktober 2011, 2 BvR 236/08, randnr. 214 e.v. in zake dit *zweistufiges Schutzkonzept*. De conclusie in randnr. 224 luidt: *„Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, wenn die Staatsanwaltschaft über die (Nicht-)Verwendbarkeit der gewonnen Erkenntnisse im weiteren Ermittlungsverfahren entscheidet“* (Tegen deze achtergrond is het niet bezwaarlijk dat het openbaar ministerie beslist over de (on)bruikbaarheid van de bevindingen in de verdere opsporingsprocedure).

autoriteit die bevoegd is om over de toepassing van de betreffende opsporingsbevoegdheid te beslissen, nogal eens de StA; art. 160a StPO is een algemeen voorschrift voor de ambtenaren in het voorbereidend onderzoek in strafzaken. Het artikel dwingt niet de toepassingsbeslissing steeds aan een rechter voor te behouden als schending van het verschoningsrecht dreigt noch om inhoudelijke selectie van gegevens daarom aan een rechter voor te behouden of te verzegelen totdat die rechter ter zake van die selectie heeft beslist.

Het beroepsverschoningsrecht strekt zich, zoals reeds gememoreerd, naar algemene rechtsopvatting in het Duitse recht niet uit over handelen, geschriften en informatie ter opheldering van feiten en omstandigheden in verband met een strafbaar feit waarvan de advocaat of notaris zelf verdachte is. In dat geval blijft zowel het absolute verbod van art. 160a lid 1 als het relatieve verbod van art. 160a lid 2 StPO buiten toepassing.¹⁸⁸ Dit algemenere uitgangspunt vindt in de eerste volzin van het vierde lid van art. 160a StPO met zoveel woorden uitdrukking:

‘Die Absätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Datenhehlerei, Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist.’

Maar er is nog een tweede belangrijke beperking aan de reikwijdte van de algemene regeling van art. 160a StPO. Zoals gezegd, laat art. 160a StPO de specifieke regelingen in de StPO tot bescherming van het verschoningsrecht in art. 97, 100d lid 5 en art. 100g lid 4 StPO onverlet. Die regelingen wijken af van het verbod van art. 160a lid 1 StPO. Zo is met art. 97 StPO duidelijk dat ondanks art. 160a, doorzoeking en inbeslagneming bij een (niet-verdachte) verschoningsgerechtigde op grond van art. 103 StPO op zich toch mogelijk is, al wordt hetgeen in beslag kan worden genomen en dus hetgeen waarnaar gezocht kan worden door dat art. 97 StPO (en dus niet door art. 160a) beperkt.¹⁸⁹ Zie over art. 97 StPO nog nader hierna.

Het verbod van het eerste lid van art. 160a StPO betreft de situatie dat het vooruitzicht bestaat dat met de maatregelen over de toepassing waarvan te beslissen is, geprivilegieerde informatie zal omvatten. De strafvorderlijke autoriteit die over de toepassing beslist (StA, opsporingsambtenaar of rechter) zal daarover moeten oordelen, alvorens tot toepassing te (mogen) beslissen. Naar heersende opvatting is een voldoende mate van waarschijnlijkheid dat er met de te nemen maatregel ook – naast andere informatie – geprivilegieerde informatie wordt vergaard, voldoende om het verbod van art. 160a lid 1 StPO van toepassing te achten.¹⁹⁰ Over de precieze interpretatie en reikwijdte bestaat in de literatuur en blijkens de interviews in de praktijk wel verschil van opvatting, al naar gelang men de inhoud van de bestanddelen meer vanuit de opsporing dan wel meer vanuit het verschoningsrecht beredeneert.

Het Duitse recht voorziet niet in een voorschrift (of mogelijkheid) dat over de vraag of sprake zou kunnen zijn van het vergaren van geprivilegieerde informatie, het oordeel van de

¹⁸⁸ BVerfG 30 november 2021, 2 BvR 2038/18, ECLI:DE:BVerfG:2021:rk20211130.2bvr203818, randnr. 48 en Scharenberg, p. 104-107.

¹⁸⁹ Scharenberg, p. 107. Is de verschoningsgerechtigde zelf verdachte, dan geldt art. 160a StPO sowieso niet en is de doorzoeking bij deze verdachte verschoningsgerechtigde in art. 102 StPO aan lichtere regels gebonden dan in geval van art. 103 StPO inzake de doorzoeking bij een niet-verdachte. Zie over de doorzoeking nog nader hierna.

¹⁹⁰ Scharenberg, p. 132-139.

verschoningsgerechtigde zelf of van een gezaghebbende vertegenwoordiger van de beroepsgroep in te winnen. Evenmin bestaat het uitgangspunt dat het oordeel van de verschoningsgerechtigde daaromtrent in beginsel zou moeten worden gerespecteerd.

Het verbod van art. 160a lid 1 StPO wordt in dat artikel op twee wijzen nog verder gerelativeerd. In de eerste plaats regelt en erkent art. 160a lid 1, tweede tot vierde volzin, StPO het geval dat bepaalde *Ermittlungsmassnahmen* worden bevolen omdat vooraf het vermoeden van het verbod niet (voldoende) bestond, maar dat bij toepassing ervan toch geprivilegieerde informatie blijkt te worden of te zijn vergaard. Voor dat geval schrijft art. 160a lid 1, tweede tot vierde volzin, StPO voor dat dergelijke, desondanks (*dennoch*) verzamelde gegevens niet gebruikt mogen worden (*dürfen nicht verwendet werden*); er is daarmee sprake van een zgn. *Verwendungsverbot*; vgl. idem de bijzondere regeling van art. 100d lid 5 juncto lid 2 StPO. De vergaring daarvan (*Aufzeichnungen*, de inhoud van de informatie) moeten onverwijld worden verwijderd en vernietigd (*sind unverzüglich zu löschen*), terwijl van het feit dat (toch) geprivilegieerde informatie verzameld is en van de verwijdering door vernietiging verslag dient te worden gedaan (*ist aktenkundig zu machen*).¹⁹¹

Voorts is de toepassing van dwangmiddelen tegen anderen dan de personen van art. 53 en art. 53a StPO met art. 160a lid 1 StPO uiteraard niet verboden. Maar als in die toepassing tegen anderen geprivilegieerde als bijvangst en in zoverre toevallig informatie wordt aangetroffen of beroepsvertrouwelijke communicatie wordt onderschept (bijvoorbeeld als de *Verteidiger* belt met zijn cliënt wiens communicatie wordt afgeluisterd), dan is op grond van art. 160a lid 1, vijfde volzin, ook die informatie niet bruikbaar als bewijs.¹⁹² Men leidt daar wel uit af dat de opname van dergelijke communicatie dan (tijdelijk) moet worden gestaakt. Maar omdat het daartoe strekkende uitdrukkelijke voorschrift van art. 100d lid 4 StPO in geval bij de toepassing van de heimelijke bevoegdheid van art. 100c StPO (afluisteren in een woning) informatie onder het *Kernbereich* van de persoonlijke levenssfeer blijkt te worden onderschept of ontdekt, niet uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing is verklaard, lopen de meningen over een dergelijk gebod het vastleggen van de communicatie te onderbreken of te beëindigen uiteen.¹⁹³ Verdedigd wordt, dat het voortzetten van het opnemen van communicatie strijdt met de strikte regeling van het hiervoor besproken art. 148 StPO inzake het vrije verkeer tussen *Verteidiger* en verdachte.¹⁹⁴

Omdat het bij art. 160a lid 1, tweede en vijfde volzin, StPO om een *Verwendungsverbot* (verbod te gebruiken) gaat, is daaronder elk (verder) gebruik in de strafzaak begrepen. Het gaat niet slechts om een bewijsverbod. De gevonden resultaten mogen ook geen grondslag zijn voor (de beslissing over) verdere opsporingsmethoden of andere beslissingen tot voortzetting van de opsporing of vervolging.¹⁹⁵ Omdat de informatie niet als bewijsmiddel ten behoeve van de

¹⁹¹ Deze ‘drie-eenheid’ van voorschriften betreffende ‘toevalstreffers’ wordt herhaald in art. 100d lid 5 juncto lid 2 (zie ook lid 3) en art. 100g lid 4 StPO betreffende de bescherming van het verschoningsrecht, nu die bijzondere regeling immers voor de algemene regeling van art. 160a gaat.

¹⁹² Scharenberg, p. 149-153.

¹⁹³ Vgl. over dit punt nader bij Kölbel/Ibold MK, randnr. 13-15 bij art. 160a en bij Scharenberg, p. 149-151.

¹⁹⁴ Kämpfer/Travers, randnr. 16 bij art. 148 StPO.

¹⁹⁵ Scharenberg, p. 140.

berechting mag worden uitgewerkt, kan de informatie ook niet voor een toets door de berechtende rechter worden bewaard en daartoe (slechts) *voorlopig* ontoegankelijk worden gemaakt.¹⁹⁶ Een schending van het gebod tot onmiddellijke vernietiging kan voorts niet met een beroep op daartoe ontoereikende technische middelen worden gerechtvaardigd.¹⁹⁷ In praktische zin is het de taak van de uitvoerende (opsporings)ambtenaar om te vernietigen of de toepassing van de betreffende opsporingsmethode te stoppen of te onderbreken, zodra het geprivilegieerd karakter bemerkt wordt. Al blijft de *Staatsanwalt* de uiteindelijke verantwoordelijke autoriteit die, met name in grensgevallen, over de toepasselijkheid en toepassing van art. 160a StPO beslist. De *Staatsanwalt* is ook degene die voor de voorgeschreven documentatie van het aantreffen en vernietigen van de gegevens verantwoordelijk is.

In de literatuur overheerst de opvatting dat, ook al biedt art. 160a StPO geen basis voor dit onderscheid, het *Verwendungsverbot* en de vernietigingsplicht geldt voor het gebruik van informatie *ten laste* van de verdachte en dus niet voor informatie die zijn onschuld kan aantonen of die in die ontlastende richting wijst.¹⁹⁸

4.5.2 De notaris: art. 160a lid 2 StPO

Voor de notaris is het tweede lid van art. 160a StPO in het bijzonder van belang. Is het verbod van art. 160a lid 1 StPO betreffende het verschoningsrecht van de advocaat en de *Verteidiger* absoluut, voor andere beroepen – waaronder dat van de notaris – kent het tweede lid van art. 160a StPO slechts een relatief verbod. Toepassing van *Ermittlungsmaßnahmen* is mogelijk als aan nadere eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldaan is.

Zoals hierboven reeds aangeduid, is dat belang van *Verhältnismäßigkeit* in het Duitse publieke recht veel algemener en veel nadrukkelijker aanwezig als voorwaarde voor overheidsbevoegdheden of als toetsingscriterium ervan dan in Nederland. In art. 160a lid 2 StPO wordt in dat kader als uitgangspunt geformuleerd dat als het onderliggende delict niet een *Straftat von erheblicher Bedeutung*¹⁹⁹ is, het belang van het beroepsgeheim in beginsel moet prevaleren boven dat van de strafvordering. Is wel van een dergelijk delict sprake, dan kan het belang van de strafvordering in de concrete zaak prevaleren. In dat geval schrijft de StPO met zoveel woorden voor dat de maatregel zo mogelijk ('... (s)oweit geboten...') achterwege moet blijven of in de toepassing moet worden beperkt.

In zoverre dat op grond van art. 160a lid 2 StPO onder deze voorwaarden het belang van de strafvordering, in het bijzonder de waarheidsvinding, prevaleert boven het verschoningsrecht komt dit artikellid nog het meest overheen met hetgeen de Hoge Raad aan 'zeer uitzonderlijke

¹⁹⁶ Scharenberg, p. 146.

¹⁹⁷ Scharenberg, p. 146-147.

¹⁹⁸ Scharenberg, p. 141-145 en Kölbel/Ibold MK, randnr. 14 bij art. 160a.

¹⁹⁹ De aanduiding *Straftat von erheblicher Bedeutung* is betrekkelijk vaag, maar deze en andere, vergelijkbare aanduidingen van de vereiste ernst van een strafbaar feit komen in de StPO vaker voor als criterium en voorwaarde voor toepassing van dwangmiddelen en opsporingsmethoden, zoals in het nog nader te bespreken art. 100a lid 2 StPO en art. 100b lid 2 StPO. Ondanks kritiek in de literatuur bestaan er daarom wel enige omliggende noties van hetgeen daaronder wel of juist niet wordt verstaan.

omstandigheden' heeft aangenomen als een categorie waarin een afweging kan worden gemaakt tussen de belangen gediend met de bescherming van het verschoningsrecht en de belangen gediend met de waarheidsvinding in strafzaken.

Of aan de criteria van art. 160a lid 2 StPO voor toepassing van *Ermittlungsmaßnahmen* tegen de notaris voldaan is, is als beslissing in eerste instantie aan de strafvorderlijke actoren die over de toepassing van de betreffende onderzoeksmaatregel beslissen, naar de stand van zaken op het moment van hun beslissing. De criteria zijn voorts relevant voor de zittingsrechter die uiteindelijk over het eventueel gebruik van resultaten van de toepassing van opsporingsbevoegdheden als bewijs tegen de verdachte beslist. Wel zo belangrijk is dat met de beperking tot gebruik voor bewijsdoeleinden, het tweede lid van art. 160a StPO, anders dan het eerste lid, niet verbiedt om de resultaten in het verdere verloop van de strafvervolgung te gebruiken, bijvoorbeeld als grondslag voor de toepassing van andere opsporingsbevoegdheden.²⁰⁰

Veel zorgen over zijn afwijkende, mindere mate van bescherming van zijn verschoningsrecht hoeft de notaris zich daarbij overigens niet te maken. Er wordt weinig tot geen gebruik van gemaakt; slechts in een van de interviews komt een enkele, in de jurisprudentie beoordeelde toepassing ervan naar voren.

4.5.3 Rechtsbescherming; rechterlijke toets²⁰¹

Vanwege de algemene strekking van art. 160a StPO is geen voorbehoud van een voorafgaande rechterlijke beslissing of machtiging, bijvoorbeeld over de mogelijke toepassing van het tweede lid, voorzien. Ook is het de StA niet voorgeschreven om gedurende de toepassing van *Ermittlungsmaßnahmen* over aspecten van het verschoningsrecht aan het gerecht te berichten (zoals bij 100b StPO aan de orde is) of om in geval van twijfel over de toepassing van *Ermittlungsmaßnahmen* ten aanzien van het verschoningsrecht een beslissing aan de rechter te vragen, hetgeen bijvoorbeeld wel in art. 100d lid 4 StPO bij de bescherming van het *Kernbereich* mogelijk is gemaakt.

Na de beëindiging van de *Ermittlungsmaßnahmen* moeten de in art. 101 StPO aangeduide betrokkenen (uiteindelijk) van de toepassing op de hoogte worden gesteld. Op basis van het 7^{de} lid van die bepaling kan vervolgens bij het gerecht binnen veertien dagen na die kennisgeving om een toets van de rechtmatigheid ervan worden verzocht. In geval van toepassing van doorzoeking en inbeslagneming gelden ook de hierna nader te bespreken voorzieningen van art. 98 lid 2, tweede volzin, StPO. Aanvullend kan van het algemene rechtsmiddel tegen beslissingen in voorbereidend onderzoek, de *Beschwerde* van art. 304 e.v. StPO, gebruik worden gemaakt.

²⁰⁰ Scharenberg, p. 171.

²⁰¹ Zie in het bijzonder bij Kölbel/Ibold MK, randnr. 27-28 bij art. 160a en bij Scharenberg, p. 235-237. Zie over rechtsmiddelen ook nog nader hierna bij de bespreking van de bevoegdheden van art. 100a-100c StPO en bij de bespreking van de doorzoeking en inbeslagneming.

Aangezien het onverwijld wissen van informatie (het *Verwertungsverbot*) van art. 160a lid 1 StPO geldt zodra daaronder vallende gegevens zijn vergaard, kan dergelijk wissen ook via dergelijke procedures in het voorbereidend onderzoek worden gecontroleerd. Aangezien het verbod om beschermde informatie als bewijs te gebruiken uiteindelijk in handen is van de berechtende rechter, kan over de toepassing van dat verbod in ultimo nog voor die rechter worden geprocedeerd. In dat kader kan ook de rechtmatigheid van dwangmiddeltoepassing aan de orde worden gesteld, voor zover dat moet leiden tot een dergelijk *Beweisverwertungsverbot*. Is een dergelijk verbod van toepassing, dan moet de berechtende rechter daaraan ambtshalve toepassing geven. Dat is daarmee een voorschrift waarvan de juiste, desnoods ambtshalve toepassing in het (gewone) rechtsmiddel van *Revision* tegen einduitspraken in eerste aanleg aan de orde kan worden gesteld, al wordt in de literatuur de verdachte en de verdediging aangeraden van een en ander reeds bij de berechting in eerste aanleg een uitdrukkelijk verweer te maken.

In alle gevallen waarin de wet aan de opsporingsactoren een zekere mate van beleids- en afwegingsvrijheid laat, bijvoorbeeld of aan voorwaarden voor toepassing van dwangmiddelen voldaan is, betracht de rechter die op het *Beschwerde* beslist steeds een zekere mate van marginaliteit in de toetsing.

Een enigszins alternatieve mogelijkheid tot bescherming van het functioneel verschoningsrecht in rechte bestaat nog als van de zijde van de *Staatsanwaltschaft* een beroep wordt gedaan op uitzonderingen in de bescherming van het functioneel verschoningsrecht, bijvoorbeeld omdat er voldoende vermoeden bestaat dat de functioneel verschoningsgerechtigde zelf verdachte is of anderszins in deelneming aan strafbare feiten verstrikt is. In dat geval kan jegens de berechtende rechter het verwijt aan de StA geldend worden gemaakt dat die uitzondering onvoldoende onderzocht is om te kunnen worden ingeroepen, de zgn. *Aufklärungsrüge*.

4.6 De bescherming van het beroepsverschoningsrecht in de regeling van de heimelijke bevoegdheden: art. 100a – 100e StPO

4.6.1 Inleiding

De artikelen 100a – 100c StPO bevatten een drietal bevoegdheden tot het heimelijk²⁰² onderscheppen van telecommunicatie (art. 100a), binnendringen in een elektronisch informatiesysteem (art. 100b StPO) en tot heimelijk (akoestisch) af luisteren van gesprekken in een woning (art. 100c StPO). In art. 100g StPO wordt daaraan het vergaren van verkeersgegevens toegevoegd. Vanwege de heimelijkheid van deze diep in de persoonlijke levenssfeer ingrijpende bevoegdheden is de toepassing van deze opsporingsmethoden in de artikelen 100d en 100e StPO van een nadere regeling en beperking voorzien. Die regeling omvat zowel de bescherming van het *Kernbereich* van de persoonlijke levenssfeer (art. 100d

²⁰² De StPO spreekt van ‘(A)uch ohne Wissen der Betroffenen’, hetgeen moet worden verstaan als: ‘onder de in de bepaling omschreven voorwaarden heimelijk’. Naar de aard van de bevoegdheden worden ze heimelijk toegepast; het gebruik van het woord ‘auch’ (ook) in de formulering ‘auch ohne Wissen’ betekent dus niet dat de bevoegdheden ook wel eens met medeweten van de betrokkene(n) worden toegepast.

lid 4 StPO) als de regeling van de bescherming van het verschoningsrecht in art. 100d lid 5 StPO.

De bescherming van de gemeenschappelijke regeling van art. 100d – 100e StPO treedt *naast* de op zichzelf reeds uitvoerige regeling van de voorwaarden voor toepassing van elk van deze bevoegdheden afzonderlijk, in de respectievelijke artikelen 100a, art. 100b en art. 100c StPO. Deze bijzondere regeling is in zijn huidige opzet in 2017 in de StPO opgenomen. De onderlinge afbakening met andere bevoegdheden, in het bijzonder met de *Online-Durchsuchung* van art. 100b StPO is blijkens de literatuur niet altijd even duidelijk, ook omdat de wetgever niet altijd een even duidelijke afgrenzing heeft geformuleerd.²⁰³

Hoewel de bevoegdheden van art. 100a StPO (niet geschikt) en art. 100b (te ingewikkeld en mede daarom nauwelijks toegepast), niet relevant zijn voor de vergaring van gegevens door inbeslagneming van gegevensdragers of door het daarvan kopiëren van gegevens of door het vorderen van gegevens, is de bevoegdheidsstructuur van de eigenlijke bevoegdheidsbepalingen van art. 100a en art. 100b StPO nochtans van enige relevantie voor een goed begrip van de regeling en beperking van bevoegdheden in het Duitse strafprocesrecht, ook in verband met de bescherming van het verschoningsrecht. Daarom wijden wij daaraan een enkel woord. Daarna komt de regeling van art. 100d – 100e StPO aan de orde.

4.6.2 De bevoegdheden van art. 100a en art. 100b StPO

In art. 100a StPO gaat het om het heimelijk afluisteren van telecommunicatie met een technisch hulpmiddel. Daarbij mag ook worden ingegrepen in het te benutten technische communicatiesysteem als dat nodig is om versleutelde communicatie te vergaren. Ook mag opgeslagen communicatie vergaard worden, als die communicatie, was zij niet versleuteld, gedurende de communicatie met toepassing van art. 100a StPO had mogen worden vergaard.

In de tekst van art. 100a lid 1 en lid 3 StPO zijn reeds, dat wil zeggen: naast art. 100d en art. 100e StPO, de nodige voorwaarden voor de toepassing van deze bevoegdheid opgenomen. Dat betreft allereerst eisen aan de gevallen waarin de bevoegdheid slechts mag worden toegepast. Voor Nederlandse begrippen valt daarbij met name de lange, uitvoerige opsomming van delicten in art. 100a lid 2 StPO op.²⁰⁴ Ook de reikwijdte van de bevoegdheid is beperkt; op grond van art. 100a lid 3 StPO mag de bevoegdheid als uitgangspunt alleen tegen de *Beschuldigte* worden toegepast en tegen degenen jegens wie op grond van concrete feiten en omstandigheden (*bestimmter Tatsachen*) aannemelijk is dat zij voor de *Beschuldigte* bestemde of van hem afkomstige mededelingen in ontvangst nemen of doorgeven, dan wel personen van wie de *Beschuldigte* de betreffende telecommunicatie-aansluiting of informatie-technisch systeem benut. Onder die *Beschuldigte* valt, het zij herhaald, ook de functioneel

²⁰³ Park, randnr. 911.

²⁰⁴ Op dit punt van voldoende beperking van gevallen waarin de bevoegdheid slechts mag worden toegepast heeft het BVerfG in zijn recente beslissing van 24 juni 2025, 1 BvR 180/23, geoordeeld dat art. 100a StPO op die onderdelen waar toepassing bij bepaalde lichtere misdrijven toegelaten wordt in strijd is met het IT-systeemgrondrecht van enkele van de klagers alsmede met het algemenere grondrecht van art. 10 *Grundgesetz* inzake de bescherming van vertrouwelijke communicatie.

verschoningsgerechtigde in geval deze zelf verdachte is van een strafbaar feit waarvoor het af luisteren van telecommunicatie is toegelaten. Het verbod van toepassing op hem vanwege dat hij ‘niet verdachte’ is, geldt dan niet, terwijl door die verdenking ook de bescherming van het functioneel verschoningsrecht niet geldt; zie daarover ook nader hierna bij de bespreking van art. 100d StPO.

Zoals in de Duitse StPO niet ongebruikelijk, voorziet deze regeling van strafvordering zelf in eisen waaraan de technische middelen die worden ingezet voor de uitvoering van de bevoegdheid moeten voldoen. Dat betreft op grond van art. 100a lid 5 en lid 6 StPO de beperking van de inzet van technische middel tot het vergaren van de op grond van lid 1 toegestane informatie. Voorts wordt voorgeschreven dat in het af te luisteren technisch systeem alleen die veranderingen worden aangebracht die voor de toepassing van de bevoegdheid noodzakelijk zijn en dat deze wijzigingen bij de beëindiging van het af luisteren zoveel als mogelijk weer ongedaan worden gemaakt. Van het te gebruiken technisch systeem wordt geëist dat het bescherming bevat tegen onbevoegd gebruik en tegen verandering, onbevoegde verwijdering of onbevoegde kennisneming van de vergaarde informatie. Ook is voorzien in de plicht om essentiële gegevens over de inzet en van het technische hulpmiddel proces-verbaal op te maken: art. 100a lid 6 StPO.

In art. 100b StPO gaat het om de bevoegdheid om heimelijk met een technisch hulpmiddel binnen te dringen in een elektronisch informatiesysteem (*informationstechnisches System*), zoals een digitaal gegevensbestand dat door een betrokkene wordt gebruikt, teneinde daaruit voor de opsporing gegevens te vergaren; men spreekt met de StPO zelf van de ‘*Online-Durchsuchung*’.²⁰⁵ De opzet van de bevoegdheid komt in zoverre met die van art. 100a StPO overeen dat ook (reeds) in art. 100b StPO de nodige waarborgen zijn opgenomen voor proportionele toepassing, waaronder een opsomming van concrete strafbare feiten bij de opsporing waarvan art. 100b StPO enkel kan worden ingezet. De eisen aan het te gebruiken technische systeem en de protocoleer-plicht van art. 100a lid 5 StPO, zoals hiervoor omschreven, worden in art. 100b StPO lid 4 van overeenkomstige toepassing verklaard.

En ook net zoals art. 100a StPO, bevat art. 100b een beperking tot de kringen van personen tegen wie de bevoegdheid (uitsluitend) mag worden toegepast. Op grond van art. 100b lid 3, eerste volzin, StPO is dat ook hier eerst en vooral uitsluitend de *Beschuldigte*. Dat is, net zoals bij art. 100a StPO het geval is, ook de beroepsverschoningsgerechtigde in geval deze zelf verdachte is van een strafbaar feit waarvoor de *Online-Durchsuchung* is toegelaten. Tegelijk opent art. 100b lid 3 StPO ook de mogelijkheid voor een *Online-Durchsuchung* van door andere dan de *Beschuldigte* benutte informatie-technische systemen. Dat is mogelijk als voldoende feiten en omstandigheden er in voldoende mate op wijze dat deze *Beschuldigte* de informatie-technische systemen van andere personen benut en (cumulatief) het uitsluitend doorzoeken van de systemen van de *Beschuldigte* niet tot voldoende resultaat van onderzoek (*Erforschung des Sachverhalts*) of niet tot het vaststellen van de verblijfplaats van een medeverdachte leidt. Ingevolge art. 100b lid 3, derde volzin, StPO mag de *Online-*

²⁰⁵ De precieze omschrijving van de bevoegdheid in art. 100b lid 1 StPO luidt: „*Auch ohne Wissen des Betroffenen darf mit technischen Mitteln in ein von dem Betroffenen genutztes informationstechnisches System eingegriffen und dürfen Daten daraus erhoben werden (Online-Durchsuchung) wenn ...*“.

Durchsuchung ook doorgezet worden als daardoor andere personen onvermijdelijk (*unvermeidbar*) getroffen worden. Daarmee strekt het bereik van art. 100b StPO zich potentieel ook uit tot verschoningsgerechtigden c.q. tot informatie onder het verschoningsrecht.

Daarmee zijn we bij de ter zake specifieke bepalingen van art. 100d en art. 100e StPO. Met het bovenstaande zij vooral benadrukt wat reeds vooraf bij de beslissing of voor de uitoefening van de bevoegdheid toestemming kan worden verleend, allemaal reeds getoetst en geïnstrueerd kan en moet worden, om de toepassing van de bevoegdheid beperkt, in het bijzonder binnen de grenzen van de *Verhältnismäßigkeit* te houden.

4.6.3 De nadere regeling van art. 100d StPO: Kernbereich en functioneel verschoningsrecht

*Algemeen*²⁰⁶

Met art. 100d lid 1 t/m 4 StPO is de (absolute) onaantastbaarheid van de kern van de persoonlijke levenssfeer, ook voor de strafvordering ter zake van de ernstigste delicten, met zoveel woorden ook in (de regeling van) de Duitse strafvordering voorzien. Het is een directe door- en uitwerking door de strafvorderlijke wetgever van de betreffende jurisprudentie van het *BundesVerfassungsgericht* die deze absolute, van de Nederlandse systematiek van grondrechtsbescherming afwijkende benadering, aan het *Grundgesetz* ontleent.

In dit onderzoek kan in het midden blijven welke informatie precies onder dit *Kernbereich* valt. Duidelijke afbakeningen zijn niet voorhanden; de precieze reikwijdte ervan is zelfs ‘*heillos umstritten*’.²⁰⁷ Opvallend is wel, dat de wetgever vertrouwelijke communicatie met betrekking tot de beroepsmatige hulpverlening door (in elk geval) de advocaat in strafzaken er voor de StPO ook onder lijkt te hebben willen begrijpen.²⁰⁸ Helemaal duidelijk is dat niet en de literatuur gaat daar ook niet van uit omdat anders de bijzondere regeling voor de bescherming van het functioneel verschoningsrecht in art. 100d lid 5 StPO zinledig zou zijn.²⁰⁹

Met art. 100d lid 1 – 4 StPO is wel duidelijk dat (de organen van) de Duitse strafvordering met een absolute beperking ter zake rekening moeten houden. Dat scherpt ook de blik en de aanvaardbaarheid van zo’n beperking, die in de Nederlandse strafvordering geen equivalent van enig absoluut verbod kent. In dat licht is een korte verkenning van de hoofdlijnen van art. 100a lid 1– 4 StPO op z’n plaats.

Art. 100d lid 1 – 4 StPO: Informatie in het Kernbereich

De bescherming van informatie in het *Kernbereich* in en door de strafvordering op verschillende manieren en – conform die jurisprudentie, als het ware ‘getrapt’ plaats.²¹⁰ De

²⁰⁶ Zie voor Nederland: M. Lindemann & D. Van Toor, ‘Protection of a suspect’s privacy in criminal procedures. Does the conceptual approach of the German Federal Constitutional Court make a difference?’, *Ars Aequi* 2018/376.

²⁰⁷ Rückert MK, randnr. 5 bij art. 100d StPO.

²⁰⁸ Vgl. BVerfG 24 juni 2025, 1 BvR 180/23 (*Trojaner II*), randnr. 18. Zoals we hiervoor zagen zijn er ook *Polizeigesetze* die van een dergelijke rechtsopvatting uitgaan.

²⁰⁹ Rückert MK, randnr. 9 bij art. 100d StPO.

²¹⁰ Vgl. de *Stufen* bij Rückert MK, randnr. 2 bij 100d.

toepassing van de opsporingsmethoden van art. 100a – 100c StPO kunnen naar art. 100e StPO uitsluitend door een rechter worden bevolen, welk bevel door de *Staatsanwalt* (StA) wordt uitgevoerd. In zoverre ‘lift’ de bescherming van het verschoningsrecht bij deze dwangmiddelen daarop mee. Is op voorhand voldoende te voorzien dat door die toepassing uitsluitend (*allein*) informatie uit het kernbereik zal worden verzameld, dan is de toepassing naar art. 100d lid 1 StPO uitgesloten. Maar dat geval van art. 100d lid 1 doet zich, zo blijkt ook uit de interviews, in de praktijk niet (snel) voor, gegeven de grote hoeveelheden en naar hun aard zeer verschillende soorten gegevens die met de bevoegdheden van art. 100a – 100c StPO kunnen worden vergaard.

Daarom is het voorschrift van art. 100d lid 2 StPO belangrijker ingevolge hetwelk tijdens een (wel toegelaten) toepassing van de bevoegdheden van art. 100a – 100c StPO aangetroffen informatie die tot het *Kernbereich* behoort, niet voor de (verdere) strafvervolgning mag worden gebruikt of daartoe uitgewerkt (“... dürfen *nicht verwertet werden*...”). Deze informatie of aantekeningen daarover moeten ingevolgde dat tweede lid van art. 100d StPO onmiddellijk worden gewist. Van dat wissen en van de omstandigheid van deze informatie is verworven moet verslag worden opgemaakt.

Voor het proces van filteren van (toch) vergaarde informatie ter bescherming van het *Kernbereich* eist het BVerfG niet dat de selectie door anderen dan opsporingsambtenaren geschiedt. Selectie door een onafhankelijke instantie is niet nodig als de kans op vergaring en gebruik van informatie in het *Kernbereich* klein is, bijvoorbeeld door rechterlijke beperking in de machtiging om een bevoegdheid toe te passen of in rechterlijke controle van het geselecteerde achteraf.²¹¹ We zullen bij de bespreking van art. 97 en art. 110 nog zien, dat dit eveneens geldt voor het doorzoeken en selectie van gegevens met het oog op het beschermen van het verschoningsrecht. De literatuur is kritisch over deze uitzonderingen.²¹² Gewezen wordt – voor de toekomst – op mogelijkheden van technische filtering met de inzet van AI.²¹³

Art. 100d lid 5 en art. 100g lid 4 StPO: bescherming van het verschoningsrecht

Zoals gezegd, wordt in art. 100d lid 5 StPO de bescherming van het functioneel verschoningsrecht bij de toepassing van de bevoegdheden van art. 100b en art. 100c StPO apart geregeld, los van het *Kernbereich*. Volgens dat artikellid is in geval van par. 53 (dus zowel voor de *Verteidiger* als voor de notaris) de toepassing van art. 100b en art. 100c StPO niet toegelaten. Deze regeling is daarmee in het bijzonder voor de notaris strikter dan de hierboven beschreven, genuanceerdere regeling van art. 160a lid 2 StPO. Worden tijdens een toegelaten uitoefening toch geprivilegieerde gegevens aangetroffen, dan geldt de strikte plicht tot wissen en het al even strikte verbod van verder gebruik in de strafzaak van art. 100d lid 2 StPO.

Toch zijn er ook twee beperkingen aan dit strikte gebod c.q. verbod. De eerste is dat uit de verwijzing in art. 100d lid 5, laatste volzin, StPO naar art. 160a lid 4 StPO andermaal blijkt van

²¹¹ BVerfG 20 april 2016, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160420.1bvr096609, randnr. 129.

²¹² Rückert MK, randnr. 2 en randnr. 16 bij art. 100d StPO.

²¹³ Rückert MK, randnr. 16 bij art. 100d StPO: „Bei entsprechendem technischem Fortschritt wird künftig auch eine Filterung durch eine sog. ‚schwache‘ KI in Betracht kommen“.

het algemene(re) uitgangspunt van de Duitse strafvordering dat de bescherming van het functioneel verschoningsrecht niet geldt als de betreffende verschoningsgerechtigde zelf verdachte is of verstrikt is geraakt in strafbare feiten, zeker voor zover (vermoedelijk) begaan door zijn cliënt. De tweede beperking is uitgewerkt in art. 100d lid 5 StPO zelf. Het gebod tot onmiddellijk wissen c.q. het verbod tot verder gebruikt van aangetroffen informatie van art. 100d lid 2 geldt – door de verwijzing naar (uitsluitend) art. 53 StPO – niet voor de in art. 53a StPO genoemde helpers van de beroepsbeoefenaren aan wie op grond van dat art. 53a StPO een afgeleid verschoningsrecht toekomt. Voor deze categorie bepaalt art. 100d lid 5, tweede volzin, StPO in een lange en ingewikkelde formulering dat bij toepassing van de bevoegdheid van art. 100b of art. 100c StPO op deze afgeleid verschoningsgerechtigden, een afweging mogelijk is. Daarbij vergaarde informatie mag wel worden gebruikt voor de opsporing als zulks – kort gezegd – in verhouding tot het belang van de vertrouwensrelatie, niet buitenproportioneel is.²¹⁴

Daarmee wordt de bescherming van de afgeleid verschoningsgerechtigde van art. 53a StPO via twee wegen achtergesteld ten opzichte van de bescherming van de eigenlijke verschoningsgerechtigde van art. 53 StPO. Er is immers niet alleen de achterstelling van de afgeleid verschoningsgerechtigde medewerker ten opzichte van de functioneel verschoningsgerechtigde in art. 100d lid 5, tweede volzin, zelf. Want met deze bijzondere regeling in art. 100d lid 5 StPO is de bescherming van de afgeleid verschoningsgerechtigde bij de *verdergaande* bevoegdheid van art. 100b StPO ook minder dan de aan de beroepsverschoningsgerechtigde zelf overeenkomende bescherming in art. 160a lid 2 StPO. Deze achterstelling in art. 100d lid 5 StPO wordt in de literatuur daarom als misplaatst en zelfs als willekeurig aangeduid.²¹⁵

In het verlengde van de regeling van art. 100d lid 5 StPO ligt nog de bescherming van het beroepsverschoningsrecht in het vierde lid van art. 100g StPO betreffende de bevoegdheid tot het vergaren van bij aanbieders van telecommunicatie conform art. 176 van het *Telekommunikationsgesetz* opgeslagen verkeersgegevens. Ook die maatregel mag niet worden toegepast tegen een in art. 53 StPO genoemde functioneel verschoningsgerechtigde, waaronder de *Verteidiger*, de advocaat en de notaris. De zelfstandige regeling is vooral relevant ter bescherming tegen het vergaren van verkeersgegevens omtrent het contact dat een betrokkene ter verkenning van een mogelijke hulpverleningsrelatie met een functioneel verschoningsgerechtigde heeft gehad. De gegevens en inhoud uit de communicatie in dit zgn. *Anbahnungsverhältnis* vallen naar algemene Duitse opvatting (immers) ook onder het

²¹⁴ Het betreffende onderdeel van deze volzin luidt: „In den Fällen der (...) und 53a dürfen aus Maßnahmen nach den §§ 100b und 100c gewonnene Erkenntnisse nur verwertet werden, wenn dies unter Berücksichtigung der Bedeutung des zugrunde liegenden Vertrauensverhältnisses nicht außer Verhältnis zum Interesse an der Erforschung des Sachverhalts oder der Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten steht“. Naar de lengte en de inhoud van deze volzin is zij wederom een voorbeeld van een wettelijke voorziening waarmee de grote betekenis van de eis van *Verhältnismäßigkeit* door de wetgever is omgezet in uitgebreide formuleringen van eisen en voorwaarden rondom de toepassing van dwangmiddelen in de StPO zelf.

²¹⁵ „.. erscheint nicht sachgerecht und willkürlich“, aldus Rückert, MK, randnr. 44 bij art. 100d StPO met verwijzing naar verdere literatuur.

functioneel verschoningsrecht.²¹⁶ De afgeleid verschoningsgerechtigde van art. 53a StPO wordt in art. 100g lid 4 StPO beschermd door de uitdrukkelijke verwijzing aan het einde van dat artikellid naar art. 160a lid 3 StPO. Omdat art. 100g lid 4 echter ook verwijst naar art. 160a lid 4 StPO wordt daarmee andermaal duidelijk dat de beperking van art. 100g lid 4 niet geldt als de functioneel verschoningsgerechtigde zelf verdachte is of anderszins op de in art. 160a lid 4 StPO bedoelde wijze in strafbare feiten verstrikt is.

Het bepaalde in art. 100d lid 5 StPO is in het bijzonder gericht op de bescherming van het verschoningsrecht bij de toepassing van de bijzondere onderzoeksbevoegdheden van art. 100b en art. 100c StPO. Voor de bevoegdheid tot direct af luisteren van *art. 100a* StPO geldt daarmee ter zake de algemene regeling van art. 160a StPO (art. 100e StPO, waarover hierna meer, geldt wel ook voor art. 100a StPO). Zoals hierboven besproken, gaat het eerste lid van dat art. 160a StPO uit van een verbod van toepassing bij een voldoende vermoeden dat daarmee geprivilegieerde informatie wordt vergaard. Men leidt daar wel uit af dat de opname van dergelijke communicatie dan (tijdelijk) moet worden gestaakt, al lopen de meningen over een dergelijk gebod uiteen.²¹⁷

Ter bescherming van het functioneel verschoningsrecht bij de toepassing van art. 100a en/of art. 100b StPO kent het Duitse recht geen systeem van automatische nummerherkenning, gevolgd door het onderbreken van de toepassing van een bevoegdheid, zoals voor Nederland in art. 4a van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken is uitgewerkt. Het ontbreken van zo'n systeem in Duitsland werd in de interviews met een zekere bewondering en zelfs jaloersheid bevestigd.

4.6.4 Art. 100e StPO: processuele waarborgen; voorbehoud van beslissingen door de rechter

In het uitvoerige art. 100e StPO wordt de toepassing van de bevoegdheid van de artikelen 100a – 100c StPO van de nodige nadere processuele vereisten voorzien. Alle drie de bevoegdheden kunnen in beginsel uitsluitend op beslissing van de in het artikel aangewezen meervoudige kamer worden toegepast. Bij dringende noodzaak mag ook de StA (uitsluitend) de bevoegdheid van art. 100a bevelen. Bij art. 100b en art. 100c is ook in dat geval van dringende noodzaak toch steeds de beslissing van een rechter (de voorzitter van de betreffende kamer) vereist. Steeds is onmiddellijke bevestiging door de meervoudige kamer voorgeschreven. Het gaat hierbij om een machtigingsprocedure; de rechter is afhankelijk van en gebonden aan het initiatief ter zake vanwege het Openbaar Ministerie.

In de eis van voorafgaande rechterlijke beslissing c.q. van – in elk geval – rechterlijke bevestiging van de toepassing van deze dwangmiddelen (als een uitzondering op de zeggenschap van de StA over de inrichting van het opsporingsonderzoek), ligt een extra waarborg besloten dat de toepassing van deze bevoegdheden voldoet aan de proportionaliteitseis en aan alle andere voorwaarden voor toepassing die daaraan in de

²¹⁶ Vgl. (o.a.) Rückert MK, randnr. 93a bij art. 100g StPO.

²¹⁷ Vgl. over dit punt bij Kölbel/Ibold MK, randnr. 13 – 15 bij art. 160a en bij Scharenberg, p. 149-151.

uitgebreide artikelen 100a, 100b en 100c StPO zelf reeds worden gesteld, alsmede dat de beperkingen van art. 100d bij de daadwerkelijke toepassing in acht worden genomen.

In gevolge het steeds weer opduikend uitgangspunt dat de (formele) wetgever reeds in de StPO zelf waarborgen voor – met name – proportionele bevoegdheidstoepassing dient te bevatten, bevat art. 100e lid 3 en lid 4 een flinke reeks gedetailleerde voorschriften voor wat betreft de inhoud van de (schriftelijke) rechterlijke beslissing tot toepassing c.q. tot verlenging van een van de bevoegdheden van de artikelen 100a – 100c StPO. Daartoe behoort bij art. 100a het nummer (of andere identificatie) van de af te luisteren telecommunicatieaansluiting en bij art. 100b een zo specifiek mogelijke aanduiding van het informatie-technisch systeem waaruit met toepassing van die bevoegdheid gegevens zullen worden ontleend (“... *eine möglichst genaue Bezeichnung des informationstechnischen Systems, in das eingegriffen werden soll...*”). De aard van de technische uitvoering moet worden aangegeven en waar mogelijk moet het vergaren van bepaalde gegevens al bij deze rechterlijke beslissing worden uitgesloten c.q. tot het vergaren van in de beslissing aangeduide data worden beperkt. Dat vereist dat het betreffende gerecht op de hoogte is van technische mogelijkheden tot beperking van de toepassing van de bevoegdheid en daarover in de beslissing reeds uitsluitsel geeft. De rechter mag de inrichting daarvan niet via een te blanco volmacht aan het openbaar ministerie overlaten.²¹⁸

Het vierde lid van art. 100e StPO vereist een motivering van de rechterlijke toestemming ‘op de zaak’ zelf, in het bijzonder waarom de gevorderde toepassing noodzakelijk en proportioneel is. Men spreekt wel van een ‘gekwaliceerde motiveringsplicht’. In de praktijk wordt daaraan nogal eens voldaan door de motivering van de vordering van het openbaar ministerie woordelijk over te nemen. Omdat het openbaar ministerie die vordering reeds op deze eist afstelt, gaat het BVerfG ervan uit dat het gerecht met het woordelijk overnemen van de vordering ter zake in beginsel toch een eigen afweging heeft gemaakt.²¹⁹

Zodra niet meer aan de voorwaarden voor toepassing van de betreffende bevoegdheid is voldaan, dient die toepassing te worden gestaakt. Anders dan in Nederland gebruikelijk bevat art. 100e StPO een regeling tot bewaking van dit uitgangspunt door het betreffende gerecht. Dat gerecht moet op voet van art. 100e lid 5 niet alleen na afloop van de toepassing van de bevoegdheden worden geïnformeerd, maar bij de bevoegdheid van art. 100b en art. 100c ook gedurende de uitoefening over het verloop ervan worden geïnformeerd (“...*über den Verlauf zu unterrichten...*”) opdat dit gerecht de beëindiging kan bevelen indien het tot de conclusie komt dat niet meer aan de voorwaarden voor toepassing voldaan is. De StPO regelt deze informatieplicht van de StA niet verder. In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat met name het rapporteren van vergaarde informatie als resultaat van de toepassing, aangewezen is. Het openbaar ministerie kan daartoe dus van de inhoud van de resultaten kennisnemen, ook voor zover sprake is van gegevens onder het functioneel verschoningsrecht.

²¹⁸ Rückert MK, randnr. 35 bij art. 100e StPO.

²¹⁹ Rückert MK, randnr. 58 bij art. 100e StPO.

4.7 Inbeslagneming en doorzoeking algemeen; selectie met het oog op inbeslagneming²²⁰

4.7.1. De structuur van de wettelijke regeling

De artikelen 94, art. 94a en art. 95 StPO voorzien in de bevoegdheid tot (uitlevering ter) inbeslagneming. De steunbevoegdheid van de doorzoeking is voorzien in art. 102 StPO (doorzoeking bij de verdachte) en art. 103 StPO (doorzoeking bij een niet-verdachte). Anders dan in de Nederlandse strafvordering is voor de inbeslagneming voorafgaande machtiging vereist, volgens het wettelijk uitgangspunt van art. 98 lid 1 StPO in beginsel zelfs door een rechter. Dat geldt ook voor de doorzoeking: art. 105 StPO. Na de uitvoering daarvan door of onder leiding van de StA beslist de rechter (opnieuw c.q. eerst) wat precies in beslag wordt genomen, en wat niet. Dat wat niet in beslag wordt genomen wordt teruggegeven of gewist.

Is selectie van hetgeen ter inbeslagneming door de rechter aan hem moet worden voorgelegd niet onmiddellijk – bijvoorbeeld ter plaatse van de doorzoeking – mogelijk, dan kunnen voorwerpen en gegevens(dragers) voorlopig veiliggesteld worden voor nader onderzoek of inbeslagneming toegelaten is en zo ja, of er grond is voor inbeslagneming. Dat nadere, voorlopige onderzoek betreft de regeling van de *Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien*, zoals voorzien in art. 110 StPO. Deze *Durchsicht* is daarmee een (vervolg)onderdeel van de doorzoeking, gaat in het Duitse systeem aan de inbeslagneming vooraf, en is gericht op de betreffende beslissing daartoe van de rechter.

In verband met deze bevoegdheden bevat art. 97 StPO de regeling ter bescherming van het verschoningsrecht in de vorm van een beperking van de mogelijkheid tot beslag. Dat is daarmee in tijd de oudste bepaling tot bescherming van het verschoningsrecht in de StPO. De vergelijking met het ‘aloude’ Nederlandse art. 98 Sv dringt zich wellicht mede daarom op. Het is een bijzondere regeling (lex specialis) ten opzichte van de meer algemene regeling van het beroepsverschoningsrecht in art. 160a StPO.

4.7.2 Van inbeslagneming van stoffelijke voorwerpen naar veiligstellen van gegevens en informatie

Naar art. 94 StPO kunnen ‘voorwerpen’ (*Gegenstände*) die als (bewijs)middel voor het (verdere) onderzoek van betekenis kunnen zijn in bewaring worden genomen of anderszins worden veiliggesteld. Worden deze *Gegenstände* niet vrijwillig afgegeven, dan worden ze vatbaar voor inbeslagneming. Degene bij wie de voorwerpen zich bevinden zijn op vordering van de strafvorderlijke actoren verplicht deze tevoorschijn te halen en uit te leveren (*vorzulegen und auszuliefern*): art. 95 StPO. In geval de betrokkene weigert aan een vordering te voldoen zijn dwangmiddelen mogelijk die naar art. 95 lid 2, tweede volzin, StPO echter niet mogen worden toegepast tegen personen aan wie een verschoningsrecht toekomt.

²²⁰ De onderstaande onderdelen zijn, naast het Münchener Kommentar in het bijzonder gebaseerd op T. Park, *Durchsuchung und Beschlagnahme*, , alsmede op diens bijdrage ‘Aktuelle Fragen zu Durchsuchung und Beschlagnahme in Wirtschaftsstrafsachen’, *NSiZ* 2023, p. 646-655.

Het begrip *Gegenstände* in art. 94 StPO moet niet te beperkt of te letterlijk worden vertaald of opgevat als uitsluitend betrekking hebbend op daadwerkelijke, tastbare, beweeglijke, stoffelijke voorwerpen. Op dergelijke voorwerpen was de van oudsher bestaande regeling van inbeslagneming wel gericht. Maar naar Duits recht is ‘inbeslagneming’ eerder slechts een deelaanduiding van de ruime term ‘veiligstellen’ (*Sicherstellung*). Dat is eerder de juiste term voor de bevoegdheid van art. 94 e.v. StPO voor het veiligstellen van voor de (verdere) strafvervolgning relevante informatie en gegevens.²²¹

Daarmee zijn gegevensdragers, zoals een computer, fysieke voorwerpen in de zin van art. 94 StPO die als zodanig in beslag kunnen worden genomen, net als daarop opgeslagen gegevens.²²² Omdat inbeslagneming mogelijk is, is voorlopige zekerheidstelling ter verdere inspectie en selectie naar de regeling van de *Durchsicht* van art. 110 StPO mogelijk, een bevoegdheid die, als gezegd, aan de inbeslagneming voorafgaat. Voorts kan het e-mailverkeer dat is opgeslagen, in het bijzonder bij een provider, aldaar kan worden gevorderd onder de bevoegdheid van de *Sicherstellung* richting inbeslagneming.²²³ Onder het algemene begrip en reikwijdte van *Sicherstellung* is, anders dan in Nederland, de bevoegdheid tot het – naast het in beslag nemen van voorwerpen – vorderen van gegevens niet als een aparte bevoegdheid in de StPO geregeld. Alleen als direct en heimelijk in lopend telecommunicatieverkeer wordt ingegrepen/afgeluisterd, dan wel heimelijk en direct met een technisch hulpmiddel in een informatie-technisch systeem wordt ingegrepen, is niet meer de bevoegdheid tot inbeslagneming aan de orde. Strafvorderlijke gegevensvergaring dient dan te lopen via de bijzondere bevoegdheid van art. 100a respectievelijk art. 100b StPO, die hiervoor zijn besproken.

De reikwijdte van de bevoegdheid tot inbeslagneming blijkt ook uit de (eerst) in 2021 ingevoerde voorziening van art. 95a StPO betreffende de *heimelijke inbeslagneming*.²²⁴ Op grond daarvan kan bij het vergaren van gegevens via inbeslagneming bij een niet-verdachte derde, de normaliter op voet van art. 35 lid 2 StPO aangewezen mededeling aan de verdachte/belanghebbende onder de betrekkelijk strikte en in elk geval uitvoerig uitgewerkte voorwaarden van art. 95a StPO achterwege blijven. Een van de materiële voorwaarden is dat kennisgeving aan de verdachte het onderzoeksbelang zou schaden. Als procedurele voorwaarden geldt dat de toepassing van art. 95a StPO alleen door ‘de’ rechter (*durch das Gericht*) en dus niet door de StA bevolen kan worden. De toepassing is beperkt tot een termijn van (aanvankelijk) zes maanden die wel telkens (uitsluitend) door de rechter met drie maanden kan worden verlengd zolang aan de toepassingsvoorwaarden voldaan is. Aan de niet-verdachte derde bij wie de gegevens worden vergaard kan ter zake op grond van art. 95a lid 6 StPO een geheimhoudingsplicht worden opgelegd. In art. 95a lid 5 is voorzien in een rechtsmiddel voor de betrokkene nadat hij uiteindelijk over de toepassing van art. 95a StPO is ingelicht. Daarna is nog de *sofortige Beschwerde* van par. 311 StPO mogelijk.²²⁵

²²¹ Park, randnr. 470 – 473.

²²² BVerfG van 12 april 2005, 2 BvR 1027/02, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050412.2bvr102702, randnr. 102

²²³ Park, randnr. 875.

²²⁴ Daarover Park, randnr. 730 – 751.

²²⁵ Park, randnr. 157.

Daarmee is ook een mobiele telefoon een voorwerp dat tot onderzoek daarvan of daaraan in beslag kan worden genomen. Dat bij het onderzoek daarvan ter vaststelling van met die mobiele telefoon eventueel gevoerde gesprekken ook de grondwettelijke bescherming van het telecommunicatiegeheim, van gegevens uit het *Kernbereich* van de persoonlijke levenssfeer of van gegevens die door het functioneel verschoningsrecht zijn geprivilegieerd in het geding kan zijn, maakt dat niet anders. Daardoor wordt zodanig onderzoek niet uitgesloten. Dergelijke factoren spelen wel steeds een rol bij de belangrijke afweging van de *Verhältnismäßigkeit* van de regeling en toepassing van dwangmiddelen en opsporingsmethoden en bij (het verbod op) het verdere gebruik van dergelijke gegevens.

4.7.3 De rechter: voorafgaande machtiging of bevestiging achteraf als belangrijkste waarborg en structuurkenmerk

Naar de regeling van art. 98 StPO is de beslissing tot toepassing van de bevoegdheid tot inbeslagneming – net als die tot doorzoeking²²⁶ – (waarover hierna nog apart nader) voorbehouden aan een voorafgaande, en naar het wettelijk uitgangspunt in beginsel zelfs rechterlijke machtiging daartoe, al bestaat een uitzondering in geval van dringende noodzaak.

Uit de wet volgen de nodige eisen aan de inhoud van deze schriftelijke machtiging van de rechter.²²⁷ Zo bijvoorbeeld de aanduiding daarin van de verdachte, van het strafbaar feit en de concrete verdenking ter zake waarvan de bevoegdheid zal worden uitgeoefend, de daaruit afgeleide aanduiding van de in beslag te nemen voorwerpen en de noodzaak daarvan binnen het kader van een bredere toets van de *Verhältnismäßigkeit*. Uit de jurisprudentie van het BVerfG blijkt, dat de rechter van een eigen afweging blijf moet geven en niet ‘klakkeloos’ moet varen op de informatie die de StA in zijn verzoek om rechterlijke machtiging heeft voorgelegd.²²⁸

Met deze eisen aan de inhoud van de voorafgaande machtiging kan en moet de uitvoering van de machtiging reeds vooraf door de rechter die – in beginsel – steeds de machtiging geeft, worden gestuurd en beperkt, net zoals dat ook op dit punt ook bij de doorzoeking het geval is (zie nader hierna). Het toespitsen van (de inhoud van) de machtiging en het daarmee vooraf beperken van de uitoefening van de bevoegdheid in het concrete geval, bijvoorbeeld naar welke gegevens wel of niet (ter inbeslagneming) mag worden gezocht in het kader van de concrete verdenking, is voor het BVerfG een belangrijk aspect van rechtsbescherming, ook van het verschoningsrecht. En als zodanig onderdeel van de wijze van inrichten van rechterlijke

²²⁶ De (procedure tot verkrijging van een) rechterlijke machtiging tot doorzoeking en tot inbeslagneming lopen in de praktijk vaak samen, hetgeen geoorloofd is zolang de ene machtiging dan maar inhoudelijk voldoet aan de eisen die elk van deze dwangmiddelen daaraan stelt; vgl. Park, randnr. 510-512 en 530.

²²⁷ Park, randnr. 517-532. Zie over de doorzoeking nog nader hierna en als voorbeeld van controle op deze eisen in BVerfG 28 april 2003, 2 BvR 358/03, ECLI:DE:BVerfG:2003:rk20030428.2bvr035803.

²²⁸ Park, randnr. 62. De rechterlijke toets is beperkt tot de rechtmatigheid waartoe ook de *Verhältnismäßigkeit* behoort. Verder dan dat treedt de rechter niet in de opportuniteit van de voorgenomen inbeslagneming; Park, randnr. 76.

controle door het BVerfG, in plaats van uitvoering van bevoegdheden tot doorzoeken of tot selectie van gegevens door een rechter zelf.²²⁹

Het in deze machtigingsprocedure horen van de betrokkene of verdachte is niet nodig als daarmee het doel van inbeslagneming niet meer behaald zou kunnen worden. Deze voor de hand liggende uitzondering op de hoofdregel, voorzien in art. 33 lid 4 StPO wordt in de praktijk daarom vrijwel steeds en betrekkelijk automatisch toegepast.²³⁰

In geval van dringende noodzaak van het onderzoeksbelang is ook de StA tot (machtiging ter) inbeslagneming bevoegd. Meer subsidiair zijn ook andere opsporingsambtenaren (*Ermittlungspersonen*) bevoegd. Dat laatste gebeurt in de praktijk ‘gemakkelijk’, al heeft het BverfG aangedrongen op het volgen van de wettelijke prioriteit.²³¹ Voor het geval de inbeslagneming niet plaatsvond op rechterlijke machtiging schrijft art. 98 lid 2 StPO voor dat dan *achteraf* de *bevestiging* van de inbeslagneming aan de rechter moet worden gevraagd. Dat is steeds het geval voor zover de betrokken burger niet bij de inbeslagneming aanwezig was of daartegen bezwaar heeft gemaakt. De aanvraag daartoe moet binnen drie dagen na de inbeslagneming worden gedaan, al is de overschrijding niet fataal als daarmee rechterlijke controle ten minste niet bewust omzeild wordt.

Aan de betrokkene zelf staat op grond van art. 98 lid 2 StPO de mogelijkheid open om zich tot de rechter te wenden om een oordeel over de inbeslagneming te verkrijgen, vergelijkbaar met het Nederlandse beklag tegen inbeslagneming als bedoeld in art. 552a StPO. Tegen de beslissing van die rechter staat dan vervolgens nog *Beschwerde* open als bedoeld in art. 303 e.v. StPO, zoals dat in beginsel tegen alle rechterlijke beslissingen in het vooronderzoek het geval is. Betrokkene is degene in wiens rechten door de inbeslagneming worden beperkt. Dat is daarmee ook degene wiens aanspraak op geheimhouding van informatie wordt beperkt en de burger wiens informatie wordt beschermd door enig verschoningsrecht of door de reikwijdte van het *Kernbereich*.²³²

4.7.4 De steunbevoegdheid van de doorzoeking; ook hier: (rechterlijke) bescherming door machtiging vooraf

Het Duitse recht maakt een onderscheid tussen doorzoeking ter inbeslagneming van bewijs en doorzoeking ter arrestatie van een verdachte. Een andere, belangrijkere tweedeling is de aparte regeling van doorzoeking bij de verdachte van art. 102 StPO en de doorzoeking bij andere, niet verdachte personen in art. 103 StPO. Voor doorzoeking gedurende de nachtelijke uren van 21.00 – 6.00 uur gelden de extra (proportionaliteits)voorwaarden van art. 104 StPO.

Doorzoeking bij de verdachte die dader of deelnemer is aan een strafbaar feit is steeds mogelijk als er voldoende vermoeden van enig resultaat bestaat. Dat laatste wordt in art. 102 StPO

²²⁹ Vgl. BVerfG 12 april 2005, 2 BvR 1027/02, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050412.2bvr102702 onder II, in het bijzonder randnr. 104. Op dit punt is de hiervoor onder II.3 besproken, van het Nederlandse strafprocesrecht afwijkende positie van de rechter in het voorbereidend onderzoek van betekenis.

²³⁰ Park, randnr. 515-516.

²³¹ Park, randnr. 534.

²³² Park, randnr. 345.

uitgedrukt in het vermoeden dat de doorzoeking tot de ontdekking van bewijsmateriaal (*Beweismitteln*) moet leiden.²³³

Zoals hiervoor reeds aangeduid, bestaat geen verschoningsrecht voor zover de beroepsbeoefenaar zelf verdachte is. In die gevallen kan dus ook bij een advocaat of notaris, ook in diens kantoor of bureau, doorzoeking plaatsvinden, als het vermoeden bestaat dat dit tot het vinden van *Beweismitteln* zal leiden.²³⁴ Daarin schuilt de beperking dat alleen gezocht kan worden naar bewijs ter zake van de betreffende, concrete verdenking. Zo hoeven voor het zoeken naar het wapen van de daad geen papieren of gegevens te worden doorzocht en bij het zoeken naar bewijs tegen een van een concreet strafbaar feit verdachte geheimhouder, hoeven niet alle gegevens in ten kantore van een geheimhouder te worden doorzocht of voor *Durchsicht* veiliggesteld. Park verdedigt de opvatting dat ook de beperking van art. 160 lid 2 StPO van betekenis kan zijn waaruit blijkt dat het vooral moet gaan om bewijs dat anders verloren zou gaan c.q. dat niet op andere, minder verregaande wijze kan worden vergaard.²³⁵ In de praktijk werken op al deze punten de algemene en ‘zware’ norm en eis van *Verhältnismäßigkeit* sterk door. Dat de advocaat in strafzaken of notaris zelf verdachte is, wil dus niet zeggen dat bij de beslissing om de op zichzelf toegelaten doorzoeking van het kantoor van deze verschoningsgerechtigden toe te staan en bij de uitvoering ervan, geen eisen van *Verhältnismäßigkeit* meer gelden bijvoorbeeld met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van andere cliënten en de bescherming van de vertrouwelijkheid van hun communicatie met de advocaat.²³⁶

Als in het normale(re) geval van art. 103 StPO de advocaat of notaris niet ook zelf verdachte is, sluit art. 103 in verbinding met art. 160a StPO doorzoeking van de burelen of de woning van de advocaat of notaris grotendeels uit. Weliswaar gaat de regeling van art. 103 jo 97 StPO voor het algeheel verbod van toepassing van opsporingsbevoegdheden tegen een advocaat of notaris van art. 160a StPO,²³⁷ waardoor doorzoeking bij de ook niet-verdachte *Verteidiger* of notaris niet geheel onmogelijk is, maar vanwege het ruime beslagverbod van art. 97 StPO geldt toch een forse beperking. Als inbeslagneming niet toegelaten is omdat (mogelijke) resultaten van de doorzoeking toch, vanwege het verschoningsrecht, niet in beslag mogen worden genomen, is ook het daartoe op voet van art. 103 StPO doorzoeken van plaatsen in gebruik bij niet-verdachte verschoningsgerechtigden uitgesloten.²³⁸

Ook voor de toepassing van de *Durchsuchung* is, zoals gezegd, naar art. 105 lid 1 StPO in beginsel en als uitgangspunt de voorafgaande(schriftelijke) rechterlijke machtiging noodzakelijk, al zijn ook hier de StA en andere opsporingsambtenaren in geval van dringende

²³³ Daarin is het eerder omschreven kenmerk van het Duitse recht terug te vinden dat het er in ultimo steeds omgaat of bepaalde, in het voorbereidend onderzoek vergaarde informatie als bewijsmiddel kan worden ingezet en daartoe kan worden uitgewerkt. Dat betreft de kwestie van de *Beweisverwertung* en *Beweisverwendung*, waarover uiteindelijk de berechtende rechter beslist.

²³⁴ Vgl. J. Hauschild in H. Kudlich (red.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Band 1, §§ 1-150 StPO, 2de druk, München: C.H. Beck 2023 (hierna: Hauschild MK), randnr. 18 bij art. 103.

²³⁵ Park, randnr. 506.

²³⁶ Vgl. recent nog eens in BVerfG 21 juli 2025, 1 BvR 398/24.

²³⁷ Hauschild MK, randnr. 10 bij art. 103 en idem randnr. 29 e.v. en randnr. 64 bij art. 97.

²³⁸ Hauschild MK, randnr. 10 bij 103.

noodzaak bevoegd. Een dergelijke machtiging is alleen dan niet noodzakelijk als de rechthebbende met de doorzoeking instemt. Net als bij de inbeslagneming beperkt de StPO de bevoegdheid tot doorzoeking reeds door de nodige wettelijke begrenzings waarbinnen de bevoegdheid slechts bestaat. Die eisen verschillen al naar gelang de doorzoeking plaatsvindt op grond van art. 102 (doorzoeking bij de verdachte) dan wel art. 103 StPO (doorzoeking bij derden). Ook hier geldt dat de rechter tot een eigen oordeel moet komen over de rechtmatigheid van de verzochte doorzoeking zonder verder dan de *Verhältnismäßigkeit* in de opportuniteit ervan te treden. De betrokkene wordt doorgaans niet gehoord in deze procedure (art. 33 lid 4 StPO). Voor wat betreft de doorzoeking bij een (niet verdachte) *Verteidiger* of notaris zal sprake moeten zijn van een voldoende zwaar strafbaar feit om de doorzoeking te rechtvaardigen, alles naar de stand van zaken en overtuiging van de rechter op het moment dat deze over het verlenen van een machtiging tot doorzoeken moet beslissen.

In de machtiging tot doorzoeking, voor zover apart en naast machtiging tot inbeslagneming gegeven, kan nader worden aangegeven waarnaar en waar (niet) mag worden gezocht en kunnen andere aanwijzingen worden gegeven ter bescherming van de *Verhältnismäßigkeit*.²³⁹ Er kan een uiterste termijn worden gesteld waarbinnen de doorzoeking nog mag worden uitgevoerd, waarbij het BVerfG sowieso uitgaat van een geldigheidsduur van de machtiging van maximaal zes maanden.²⁴⁰ Naar hetgeen op voet van art. 97 StPO niet in beslag mag worden genomen, bijvoorbeeld vanwege het verschoningsrecht, mag ook niet worden gezocht, en dus niet worden gemachtigd.²⁴¹ De machtiging kan ter bescherming van dat verschoningsrecht van art. 97 StPO nadere criteria, aanwijzingen, instructies en beperkingen bevatten, bijvoorbeeld ter bescherming van derden bij doorzoeking van een kantoor van een geheimhouder.

De verdachte noch de *Verteidiger* hebben een principieel recht op aanwezigheid bij de doorzoeking. Maar voor zover de *Verhältnismäßigkeit* het toelaat, moet op de aanwezigheid van de *Verteidiger* worden gewacht als daarom wordt verzocht.²⁴² Dat gebeurt in de praktijk zo even mogelijk, ook omdat diens aanwezigheid de sfeer positief kan beïnvloeden. In het belang van diezelfde *Verhältnismäßigkeit* past het voorschrift van art. 106 StPO; het kan aan de orde zijn de verdachte bewoner of anderszins rechthebbende op de te doorzoeken plaats aanwezig te doen zijn, omdat bij vrijwillige uitlevering van hetgeen ‘waar men voor komt’ de verdere doorzoeking achterwege kan blijven.²⁴³

²³⁹ Zie over de inhoud van de machtiging uitvoerig bij Park, randnr. 80-97 met een voorbeeldbeslissing.

²⁴⁰ Park, randnr. 169.

²⁴¹ Park, randnr. 122 en Hauschild MK, randnr. 2 bij art. 97.

²⁴² Park, randnr. 169.

²⁴³ Dat is overigens niet het enige belang achter art. 106 StPO; het gaat er vooral om dat er getuigen zijn van de doorzoeking. Naar art. 106 StPO mag, als de rechthebbende niet aanwezig is, dat ook een familielid, huisgenoot of buurman/-vrouw zijn. Als de doorzoeking van woningen of bedrijfsruimte zonder aanwezigheid van een rechter of StA wordt uitgevoerd, moeten, naar art. 105 StPO zo mogelijk een gemeentebestuurder die geen politieambtenaar is of twee inwoners van de gemeente aanwezig zijn. Dergelijke voorschriften hebben in de praktijk minder betekenis omdat er met instemming van de rechthebbende op de betreffende plaats ook van kan worden afgezien.

Zoals gezegd, zijn bij dringende noodzaak ook de StA en andere opsporingsambtenaren tot doorzoeking bevoegd. Daarmee is ook de doorzoeking ‘bij’ een *Verteidiger* of notaris niet aan per se en in alle gevallen aan voorafgaande rechterlijke machtiging gebonden. Er zijn discussies en er is jurisprudentie in hoeverre dit ook de situatie betreft of kan betreffen dat een rechter wel telefonisch of anderszins bereikbaar is.²⁴⁴ Niet steeds, maar wel op veel plaatsen, is heden ten dage ook buiten kantooruren een dienstdoende rechter beschikbaar.

Geen bevriezing

De Duitse wet kent geen uitdrukkelijke regeling tot bevriezen in afwachting van de komst van de rechter, reeds omdat de uitvoering van een doorzoeking niet aan de rechter is opgedragen of voorbehouden.

Geen inschakeling gezaghebbende beroepsgenoot

Het Duitse recht kent evenmin – noch in de StPO noch op grond van jurisprudentie – een met ons art. 98 Sv vergelijkbaar voorschrift of mogelijkheid voor de inzet van en inhoudelijke afstemming met een gezaghebbende beroepsgenoot, ook niet als de doorzoeking bij een functioneel verschoningsgerechtigde persoon plaatsvindt. Zo’n (uitnodiging tot) aanwezigheid zou, blijkens de interviews, ook strijden met de wettelijke regeling van degenen die bij een doorzoeking aanwezig mogen zijn.

4.7.5 Tussenstand inbeslagneming en doorzoeking voor de bescherming van het verschoningsrecht

Met art. 97 bevat de StPO een beperking van de bevoegdheden tot doorzoeking en tot inbeslagneming in verband met het verschoningsrecht. De bescherming van dat verschoningsrecht krijgt bij deze bevoegdheden in het bijzonder vorm door het vereiste van machtiging vooraf en door de rechterlijke beslissing ‘achteraf’ over hetgeen in beslag wordt genomen. Met name in de machtiging vooraf moet de uitoefening van de bevoegdheid zo strikt als mogelijk worden geformuleerd en bepaald, en eventueel reeds van nadere aanwijzingen worden voorzien. Zulks overigens niet alleen ten behoeve van het verschoningsrecht van art. 97 StPO, maar ook voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en alle andere belangen die besloten liggen in het brede gebod van de zo belangrijke *Verhältnismäßigkeit* en de bescherming van het *Kernbereich* van de persoonlijke levenssfeer. In het feit dat de rechter achteraf over de inbeslagneming beslist, ligt een waarborg omdat het voor de opsporingsambtenaren niet voor de hand ligt bij de doorzoeking informatie zeker te stellen waarvan op voorhand reeds aannemelijk is dat de rechter daarvan de inbeslagneming niet zal bevelen, bijvoorbeeld vanwege het beslagverbod in verband met het verschoningsrecht.

Op die wijze stuurt het Duitse recht de inbeslagneming en (de uitvoering van) de doorzoeking van elke plaats, ook die van een kantoor van een functioneel verschoningsgerechtigde. De

²⁴⁴ Zie uitvoerig over de niet altijd even duidelijke, regionaal kennelijk ook wel verschillende situaties en opvattingen bij Park, randnr. 98-115. Bij te evidente omzeiling van de eis van voorafgaande rechterlijke machtiging kan de berechtende rechter de resultaten van de doorzoeking voor het bewijs uitsluiten (*Beweisverwertungsverbot*).

uitvoering van (aanvankelijke) zekerstelling van informatie ter inbeslagneming en de uitvoering van de doorzoeking geschieden (echter) door de StA en/of onder zijn leiding door andere opsporingsambtenaren die soms bij dringend noodzaak ook zelfstandig bevoegd zijn. Deze bevoegdheden worden niet door een rechter uitgevoerd. Ook niet als – met name – doorzoeking plaatsvindt ‘bij’ een niet-verdachte verschoningsgerechtigde in diens kantoor. In zoverre ‘stuurt’ ter zake ‘slechts’ het feit dat de grenzen van (rechterlijke) machtiging respectievelijk beslissing over de inbeslagneming hun schaduw vooruitwerpen. Zulks nog naast de rechterlijke toets ingeval een belanghebbende zich beklagt over (aspecten verbonden met) de doorzoeking en/of (verdere) inbeslagneming.

Bij die tussenstand vragen twee onderwerpen nadere aandacht. De eerste betreft de inhoud van dat in het voorgaande al enige malen genoemde art. 97 StPO inzake de bescherming van het functioneel verschoningsrecht. De inhoud daarvan is in het bovenstaande nog niet nader besproken. Het tweede betreft de verdere verkenning van de ‘tussenfase’ van (de bevoegdheid tot) de *Durchsicht* van art. 110 StPO van veiliggestelde gegevens ten behoeve van (eventuele) inbeslagneming. Hieronder wordt eerst ingegaan op art. 97 StPO.

4.8 De bescherming van het functioneel verschoningsrecht van art. 97 StPO

4.8.1 Inleiding; de opzet van art. 97 StPO

De hoofdregel van art. 97 StPO is de formulering in het eerste lid van deze bepaling van een uitzondering op hetgeen in beslag mag worden genomen. Het tweede lid bevat belangrijke beperkingen op dat verbod uit het eerste lid. Deze hoofdregels van de eerste twee leden betreffen zowel de *Verteidiger*, als de *Rechtsanwalt* en de notaris uit art. 53 StPO lid 1, eerste volzin, onder 2 respectievelijk onder 3 StPO, waar art. 97 lid 1 StPO naar verwijst. Zij gelden op grond art. 97 lid 3 StPO voorts bij inbeslagneming bij de afgeleid verschoningsgerechtigden van art. 53a StPO.²⁴⁵

In geval van vrijwillige afgifte wordt geen bevoegdheid tot inbeslagneming uitgeoefend. Dan komt ook het verbod van art. 97 StPO niet tot toepassing.²⁴⁶ Mede daarom zal het beroepsgeheim van de advocaat en de notaris zich tegen zodanige vrijwillige afgifte verzetten.

De reikwijdte van de drie onderdelen in art. 97 lid 1 StPO

Het verbod van inbeslagneming van art. 97 lid 1 StPO betreft in de nadere opsomming van dat artikellid:

- schriftelijke mededelingen gewisseld tussen de *Beschuldigte* en functioneel verschoningsgerechtigden (art. 97 lid 1 sub 1 StPO);

²⁴⁵ Alleen voor inbeslagneming bij – kort gezegd – leden van het Duitse parlement of bij personen werkzaam in de nieuwsgaring in de media gelden op grond van art. 97 lid 4 respectievelijk lid 5 StPO nog nadere beperkingen die voor dit onderzoek slechts in zoverre relevant zijn dat onder andere deze bepalingen illustreren dat bij de noodzakelijk geachte beperkingen van strafvorderlijke gegevensvergaring, de belangen van het verschoningsrecht niet steeds de eerste of belangrijkste oriëntatie van de Duitse wetgever zijn.

²⁴⁶ Hauschild MK, randnr. 51 bij art. 97.

- aantekeningen die deze functioneel verschoningsgerechtigde gemaakt heeft over hetgeen de *Beschuldigte* hem of haar heeft toevertrouwd of die gemaakt zijn en waarover het verschoningsrecht als getuige zich uitstrekt (art. 97 lid 1 sub b StPO);
- andere voorwerpen (*andere Gegenstände*) waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt (art. 97 lid 1 sub 3 StPO).

Onder de eerste categorie vallen ook alle mededelingen die gedaan zijn per email of andere tekstberichten en die in toon of beeld zijn vastgelegd of in data-verzamelingen zijn bewaard.²⁴⁷ De mededeling bestaat ook reeds als zij nog niet verzonden is. Ook informatie betreffende de mogelijke totstandkoming van een relatie met de cliënt (*Anbahnungsverhältnis*) is van inbeslagneming gevrijwaard.²⁴⁸ De ruime reikwijdte geldt ook voor de aantekeningen (*Aufzeichnungen*) in het tweede onderdeel van art. 97 lid 1 alsmede voor de voorwerpen (*Gegenstände*) in het derde onderdeel. Onder van inbeslagneming uitgezonderde voorwerpen valt daarmee bijvoorbeeld ook de in het lichaam van een slachtoffer aangetroffen kogel.²⁴⁹

Thema uit de praktijk: alleen gegevens uit de beroepsrelatie met deze cliënt beschermd?; gegevens betreffende mogelijk door anderen begane strafbare feiten.

Het eerste onderdeel van art. 97 lid 1 StPO vereist dat sprake moet zijn van tussen (“*zwischen*”) de *Beschuldigte* en verschoningsgerechtigde gewisselde mededelingen. Het beslagverbod geldt daarmee in elk geval de informatie uit de relatie met de cliënt met wie in concreto de rechtsbijstandsrelatie bestaat of aan het ontstaan is.²⁵⁰

Omstreden is daarmee de toepassing van art. 97 lid 1 onder 1 en onder 3 StPO in geval bij een advocaat (voorwerpen met) gegevens worden aangetroffen betreffende door anderen dan de cliënt begane strafbare feiten. Naar de letter van art. 97 StPO zijn dergelijke notities van derden die bij de verschoningsgerechtigde worden aangetroffen niet van inbeslagneming gevrijwaard voor zover ze niet ‘*zwischen*’ de cliënt en de advocaat zijn gewisseld. In de (in de literatuur omstreden) Jones Day-beslissing heeft het BVerfG in 2018 bepaald dat uit de Grondwet niet een dergelijke ruime uitleg van art. 97 lid 1 onder 1 StPO kan worden afgeleid dat ieder contact tussen enige (mogelijke) *Beschuldigte* en enige advocaat/*Verteidiger* steeds en eo ipso beschermd wordt, zodat dergelijke informatie over strafbare feiten van derden in zoverre in beslag kan worden genomen.²⁵¹ Helemaal logisch is die opvatting volgens velen niet omdat voor de in art. 97 lid 1 onder 2 genoemde aantekeningen (*Aufzeichnungen*) met zoveel woorden en in zoverre anders dan in lid 1 onder 1 respectievelijk onder 3, bepaald is dat het moet gaan om aantekeningen uit de bijstandsrelatie tussen *Beschuldigte* en *Verteidiger* in het concrete geval, welke uitdrukkelijke beperking dan voor het eerste en het derde onderdeel van art. 97 lid 1 onder 1 respectievelijk onder 3 StPO niet zou gelden.²⁵² Nochtans moet als geldend recht

²⁴⁷ Hauschild MK, randnr. 12 – 15 bij 97. Verwezen wordt wel naar art. 11 lid 3 StGB luidende: „Inhalte im Sinne der Vorschriften, die auf diesen Absatz verweisen, sind solche, die in Schriften, auf Ton- oder Bildträgern, in Datenspeichern, Abbildungen oder anderen Verkörperungen enthalten sind oder auch unabhängig von einer Speicherung mittels Informations- oder Kommunikationstechnik übertragen werden“. Vgl. ook Park, randnr. 603.

²⁴⁸ Park, randnr. 603.

²⁴⁹ Park, randnr. 609.

²⁵⁰ Hauschild MK, randnr. 8, 29 en 36 bij art. 97.

²⁵¹ Vgl. met een overzicht van de discussie in het bijzonder bij Park, randnr. 617.

²⁵² Vgl. Park, randnr. 608.

na de beslissing van het BVerfG worden aangenomen dat bij een verschoningsgerechtigde aangetroffen gegevens over door mogelijke derden begane strafbare feiten, niet onder het beslagverbod gelden.

4.8.2 De beperkingen van art. 97 lid 2 StPO; de tweede volzin; de verschoningsgerechtigde is zelf verdachte

Naast de discussie over de beperkingen van art. 97 lid 1 StPO over de reikwijdte van het verbod van inbeslagneming, voorziet het tweede lid van art. 97 StPO in tweetal nadere beperkingen in de reikwijdte van zo'n beslagverbod.

Als uitwerking van de hiervoor reeds aangestipte, bredere en algemene uitgangspunten is het verbod van inbeslagneming niet van toepassing in geval de verschoningsgerechtigde zelf (of de in art. 53a StPO bedoelde medewerker) verdachte is, binnen de daartoe in art. 97 lid 2, tweede volzin, getrokken grenzen. Daarbij sluit aan dat er rechtspraak is waarin is aangenomen dat het verbod ook niet geldt in geval van misbruik van de geprivilegieerde positie door de advocaat of de notaris doordat bewijsmiddelen c.q. bewijsrelevante informatie onder het verschoningsrecht worden gebracht teneinde ze aan inbeslagneming te onttrekken, bijvoorbeeld in geval die informatie louter daartoe bij een verschoningsgerechtigde wordt 'gestald'.²⁵³

Voorts: net als in Nederland is naar art. 97 lid 2, tweede volzin, StPO inbeslagneming eveneens mogelijk als het gaat om – overigens uitsluitend – voorwerpen (*Gegenstände*) die het resultaat zijn van een strafbaar feit of tot het begaan daartoe benut of bestemd zijn. Dat zijn naar Nederlands recht de '*corpora et instrumenta delicti*' van art. 98 lid 5 Sv die – naar de rechtspraak van de Hoge Raad zoals besproken in het betreffende onderdeel van dit rapport – eo ipso niet onder het verschoningsrecht vallen.

4.8.3 De beperkingen van art. 97 lid 2 StPO; de eerste volzin: geprivilegieerde informatie die bij de verdachte thuis wordt aangetroffen

Een op het eerste oog belangrijke beperking in de bescherming van het functioneel verschoningsrecht schuilt in de *eerste volzin* van art. 97 lid 2 StPO. Naar de bestanddelen van die eerste volzin is alleen hetgeen zich feitelijk onder de beroepsverschoningsgerechtigde (of onder een medewerker ex art. 53a StPO) bevindt, van inbeslagneming uitgezonderd ("*.. nur, wenn die Gegenstände im Gewahrsam der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten sind*"). Er kan bij die eis van *Gewahrsam* sprake zijn van middelijk, indirect houderschap (opslag door de advocaat of notaris elders), terwijl voor e-mails geldt dat deze zich reeds in *Gewahrsam* van de verschoningsgerechtigde bevinden als ze in zijn postvak bij een emailprovider zijn opgeslagen.²⁵⁴

²⁵³ Hauschild MK, randnr. 33 bij art. 97.

²⁵⁴ Hauschild MK, randnr. 20a bij art. 97.

Maar naar art. 97 lid 2, eerste volzin StPO, is daarmee niet beschermd de informatie onder het verschoningsrecht die zich elders bevindt. Dat wordt geaccepteerd voor zover deze beperking ook betrekking op de bescherming door art. 97 StPO van het verschoningsrecht van de ‘private’ getuigen, zoals de familieleden aan wie deswege op grond van art. 52 StPO een verschoningsrecht als getuigen toekomt.

Dat ligt anders ten aanzien van de functioneel verschoningsgerechtigde van art. 53 StPO, in het bijzonder in strafzaken. Want door die eis van *Gewahrsam* bij de *Verteider* zou bijvoorbeeld en met name de communicatie tussen de *Beschuldigte* en de *Verteidiger* in een strafzaak die de verdachte onder zich heeft of bij hem worden aangetroffen niet beschermd zijn. Naar de letter van art. 97 lid 2, eerste volzin, StPO is inbeslagneming (en daarmee dan ook een daarop gerichte doorzoeking, bijvoorbeeld bij de verdachte thuis), mogelijk. Zulks ook omdat het afgeleid verschoningsrecht van art. 53a StPO enkel de (meewerkende) *functionarissen* betreft en dus niet – zoals naar de opvatting van de Hoge Raad in Nederland – de geprivilegieerde informatie zelf en als zodanig, ongeacht waar die zich bevindt.

In de interviews wordt erkend respectievelijk benadrukt dat dit enerzijds nog steeds de stand van zaken in de wettelijke regeling van de StPO is. Tegelijk wordt op basis van de jurisprudentie van het BVerfG aangenomen en in de literatuur verdedigd dat inbeslagneming toch uitgesloten is van zich bij de verdachte bevindende berichten betreffende de rechtsbijstand in *zijn* strafzaak met *zijn* *Verteidiger*. Zulks op grond van art. 2 juncto art. 20 lid 3 *Grundgesetz* en art. 6 EVRM (recht op effectieve verdediging(smogelijkheden)) in het kader van een *fairen Verfahren* (eerlijk proces).²⁵⁵

In die rechtsopvatting komt de hiervoor onder IV.3 reeds aangestipte verbinding tot uitdrukking van de bescherming van het vrije verkeer tussen verdachte en de *Verteidiger* in zijn strafzaak, hetgeen onderdeel is van de garantie van een eerlijk proces voor de verdachte in het strafrecht.²⁵⁶ Beperkingen op dat vrije verkeer zijn in de Duitse StPO weliswaar mogelijk, maar dan slechts binnen het zeer beperkte kader van – het later dan art. 97 in werking getreden – art. 148 StPO in concrete gevallen van – vooral – aantoonbaar misbruik van het vrij verkeer tussen verdachte en raadsman. De daaruit afgeleide opvattingen is dat die beperkingen niet kunnen worden omzeild door een ruimere mogelijkheid tot inbeslagneming van (voorwerpen met) gegevens uit dat vertrouwelijke verkeer uit de rechtsbijstand in de concrete strafzaak. Daarom lijkt deze aanvulling voor wat betreft de eis van *Gewahrsam* in art. 97 lid 2, eerste volzin, StPO de algemener geaccepteerde rechtsopvatting, al is de formulering van dat artikellid daarop nimmer aangepast.

4.9. De *Durchsicht* van art. 110 StPO

4.9.1. Inleiding en plaatsbepaling

In het voorgaande is het voor een goed begrip van het Duitse recht noodzakelijke kader geschetst. De StA en eventueel andere opsporingsambtenaren worden – in beginsel – met een

²⁵⁵ BVerfG 30 januari 2002, 2 BvR 2248/00, ECLI:DE:BverfG:2002:rk20020130.2bvr224800.

²⁵⁶ Vgl. Park, randnr. 627 en Hauschild MK, randnr. 21 en 31 bij art. 97 en randnr. 13 bij art. 110.

voorafgaande machtiging tot inbeslagneming en (daartoe) doorzoeken ‘op pad’ gestuurd. Daarbij worden de voorwerpen en gegevens geselecteerd die aan de rechter ter inbeslagneming zullen worden gepresenteerd dan wel die met rust zullen worden gelaten of teruggegeven. Als dat niet ter plaatse van de doorzoeking kan, kan een en ander worden veiliggesteld en meegenomen voor nadere selectie achteraf.

Dat aspect van selectie is nader geregeld in de reeds verschillende malen genoemde voorziening van de *Durchsicht* van art. 110 StPO. Die voorziening komt in het onderstaande nader aan de orde. Omdat die bevoegdheid voor het onderwerp van dit onderzoek van grote betekenis is, is een wat uitvoerige bespreking aangewezen. Zulks ook, omdat met deze bevoegdheid in de praktijk wordt ‘geworsteld’. In het onderstaande komt daarmee ook het gebruik van deze bevoegdheid in de praktijk aan de orde, zoals daarvan gebleken is in recente(re) literatuur en enige jurisprudentie en – in het bijzonder – uit de gevoerde interviews.

4.9.2 Oorsprong en aanleiding

Voluit gaat het bij art. 110 StPO om de *Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien* (hierna *Durchsicht*) van art. 110 StPO. Het is de in de Duitse systematiek aanvullende bepaling vanwege de in die systematiek noodzakelijke selectie van gegevens voor inbeslagneming. De voorziening is daarmee – zeker inmiddels – ook bruikbaar en wordt noodzakelijkerwijze toegepast in geval niet reeds ter plaatse van de doorzoeking van een fysieke ruimte, bijvoorbeeld van een kantoor van een verschoningsgerechtigde, de selectie van voorwerpen en gegevens kan worden afgerond. Er is dan sprake van een ‘voorlopig veiligstellen’ van informatie en gegevens(dragers) bij de doorzoeking, door het meenemen van voorwerpen (waaronder gegevensdragers) of – bijvoorbeeld via kopiëring – de elektronische vastlegging van gegevens ter nadere filtering achteraf; art. 110 lid 4 StPO spreekt samenvattend van ‘*werden Papiere zur Dursicht mitgenommen oder Daten vorläufig gesichert*’.

Tegelijk is dat proces van *Durchsicht* geen apart dwangmiddel: het wordt gezien als onderdeel van en voortzetting van de doorzoeking in de richting van (de rechterlijke beslissing over) hetgeen in beslag zal worden genomen. Het wettelijk kader van de doorzoeking en van de inbeslagneming, en dus ook de wettelijke beperkingen daarin, blijven daarmee van toepassing. Dat betekent dat in geval de voorwaarden en beperkingen die de wet stelt aan doorzoeken, alsnog wegvallen, ook de *Durchsicht* moet worden gestaakt, al hebben de daarmee belaste ambtenaren de plek van de doorzoeking met de te doorzoeken computers ‘onder de arm’ al lang verlaten.²⁵⁷ Ook de bescherming van het hiervoor besproken art. 97 StPO in verband met het verschoningsrecht blijft van toepassing.

4.9.3 Om welke informatie gaat het; wat mag in het kader van de *Durchsicht* ingezien worden?

Reeds naar de tekst van art. 110 StPO gaat het om de bevoegdheid tot *Durchsicht* van *Papieren und elektronischen Speichermedien*. Het begrip ‘Papieren’ is daarbij in de ruimste zin uit te

²⁵⁷ Vgl., ook voor een adequate beschrijving van deze ‘tussenpositie’ van de *Durchsicht*, BVerfG 30 november 2021, 2 BvR 2038/18, ECLI:DE:BVerfG:2021:rk20211130.2bvr203818, randnr. 44 en randnr. 46.

leggen. Het gaat niet alleen om alle vormen van schriftelijke stukken, zoals brieven, aantekeningen, dagboeken, bedrijfsboekhoudingen, etc. Het begrip omvat ook op de computer opgeslagen aantekeningen of teksten, of band of video-opnames en in zoverre ook foto's en andere beelden of afbeeldingen.²⁵⁸ Reeds voor de uitdrukkelijke erkenning daarvan in art. 110 lid 3 StPO (in werking getreden in 2008) omvatten het begrip Papieren naar algemene rechtsopvatting ook de vaste schijf van een computer, CD-Roms, USB-sticks.²⁵⁹

Met die wetswijziging uit 2008 is in art. 110 lid 3 de *Dursicht* van bij en op de plaats van de doorzoeking aangetroffen gegevensdragers (*Speichermedien*) mogelijk gemaakt. Die *Durchsicht* kan – onder nadere voorwaarden – ook informatie betreffen die op gegevensdragers is vastgelegd welke zich elders dan op de plaats van de doorzoeking bevinden, maar van daaruit kunnen worden bereikt. Die reikwijdte van art. 110 lid 3 StPO is daarmee vergelijkbaar met het Nederlandse art. 125i Sv. Voor wat betreft het doorzoeken van ter plaatse aangetroffen gegevensdragers is eerder sprake van onderzoek van inbeslaggenomen voorwerpen, iets dat naar Nederlands recht grotendeels indirect(er) in de bevoegdheid tot in beslagneming wordt ingelezen.

4.9.4 *Durchsicht niet alleen bij doorzoeking*

Vanuit de oorspronkelijke systematiek waarin art. 110 StPO een onderdeel is van de wettelijke regeling van de doorzoeking ter inbeslagneming, is in het eerste lid ervan in die zin nog met de doorzoeking verbonden waar het artikel rekening houdt met de belangen en opstelling van de door de doorzoeking getroffen burger ('... *des von der Durchsuchung Betroffenen*'). Tegelijk wordt in de literatuur breed de opvatting verdedigd dat art. 110 StPO ook van toepassing op c.q. in acht genomen moet worden bij de *Durchsicht* van andere (verzamelingen van) gegevens, ongeacht de wijze waarop justitie die heeft vergaard, dus ook los van de doorzoeking.²⁶⁰ Dat gebruik in de praktijk wordt in de interviews bevestigd. Daarmee geldt art. 110 StPO ook voor de *Durchsicht* van gegevens vergaard bij – bijvoorbeeld – een internetprovider.

4.9.5 *Bevoegdheid en procedure: driemaal een rechter, maar geen rechterlijk voorbehoud ten aanzien van inhoudelijke kennisneming*

Naar het voorschrift van art. 110 lid 1 en lid 2 StPO is allereerst van belang of de betrokkene bij wie de informatie feitelijk wordt aangetroffen (een civielrechtelijke of privacy-rechterlijke rechtsverhouding tot de informatie of gegevens is niet nodig²⁶¹) tegen het inzien ervan ter *Durchsicht* bezwaar maakt. Zo nee, dan is kennisneming daarvan door justitie op basis van die instemming mogelijk.

Wordt wel bezwaar gemaakt dan is voor de *Durchsicht* tijdens een doorzoeking de StA bevoegd of, in zijn opdracht, een andere opsporingsambtenaar als in art. 110 lid 1 StPO

²⁵⁸ Park, randnr. 253.

²⁵⁹ Park, randnr. 255.

²⁶⁰ Park, randnr. 260.

²⁶¹ Park, randnr. 261.

bedoeld. Het voorbehoud van *Durchsicht* door de rechter is (reeds) in 1974 door de wetgever geschrapt. Sedert 2004 is *Dursicht* niet meer in alle gevallen aan de StA voorbehouden. Een aparte voorziening ter bescherming van enig, functioneel of anderszins verschoningsrecht is daarbij niet getroffen. Het past daarbij op zichzelf in de plaats(bepaling) van de *Durchsicht* binnen het algemene systeem van de StPO, dat deze *Durchsicht* niet (meer) een aan rechter is voorbehouden.

Voor de huidige praktijk van selectie uit grotere hoeveelheden gegevens is echter art. 110 lid 4 StPO van groot belang. Volgens dat artikellid is art. 98 lid 2 StPO van toepassing in geval *Papiere zu Durchsicht mitgenommen oder Daten vorläufig gesichert werden*. En dat artikel 98 lid 2 StPO verlangt vervolgens een voorlopige rechterlijke beslissing voor die *Durchsicht*. Reeds de StA moet zich ingevolge art. 110 lid 4 jo. art. 98 lid 2, eerste volzin, StPO als het ware voor een tussenbeslissing tot de rechter wenden. Door de verwijzing naar art. 98 lid 2 StPO in art. 110 lid 4 kan bovendien elke betrokkene zich met zijn bezwaren tegen veiligstelling ter *Durchsicht* tot de rechter wenden. Bij de voorlopige veiligstelling van art. 110 lid 4 StPO moet de rechter, met andere woorden, de *Durchsicht* – als verdere uitvoering van de *Durchsuchung* – eerst mogelijk maken. Men spreekt wel van de *richterliche Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung zur Durchsicht*.²⁶²

Daarbij is tegelijk van belang in het oog te houden dat deze rechterlijke beslissing niet louter voortkomt uit of gericht is op de bescherming van het functioneel verschoningsrecht, maar uit de algemene regeling van de inbeslagneming. Als *Durchsicht* ter plaatse van de doorzoeking mogelijk is, zal deze door de StA en/of andere opsporingsambtenaren kunnen worden verricht. Wat onder de bescherming van het verschoningsrecht van art. 97 StPO niet in beslag mag worden genomen, moet daarbij ter plekke worden gerespecteerd c.q. teruggegeven, maar de *Durchsicht* is juist wel ook toegelaten ten einde te onderzoeken of dit geval zich voordoet.

Ook in de rechterlijke tussenkomst in geval van art. 110 lid 4 jo. art. 98 lid 2 StPO bestaat geen aanspraak op een aan de rechter voorbehouden *uitvoering* van die *Durchsicht* (bijvoorbeeld) vanwege de aard van de gegevens zelf. Vgl. de beslissing van het *Bundesgerichtshof* (BGH) van 20 mei 2021.²⁶³ Daarbij gaat het om de *Durchsicht* van een mobiele telefoon. Het BGH stelt vast dat de rechter eerst en vooral de rechtmatigheid van het veiligstellen ter *Durchsicht* accordeert, maar dat de uitvoering van de StA is, aan wie de rechter daarbij zelfs geen termijn kan stellen.²⁶⁴

²⁶² BVerfG 30 november 2021, 2 BvR 2038/18, ECLI:DE:BVerfG:2021:rk20211130.2bvr203818, randnr. 45. Hoewel de *Durchsicht* geen afzonderlijk dwangmiddel is, kan een betrokkene wel belang hebben bij een rechterlijke beoordeling ter zake, zo reeds BVerfG 28 april 2003, 2 BvR 358/03, ECLI:DE:BVerfG:2003:rk20030428.2bvr035803, hetgeen een rechtsgang opent, maar geen aanspraak geeft op aan een rechter voorbehouden uitvoering van die *Durchsicht*.

²⁶³ *Bundesgerichtshof* (BGH) van 20 mei 2021, ECLI:DE:BGH:2021:200521BSTB21.21.0.

²⁶⁴ “Eine - vom Gesetz nicht vorgesehene - zeitliche Befristung der gerichtlichen Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung des Mobiltelefons scheidet aus. Im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung nach (par. 110 ...) hat der (...) zuständige Richter allein darüber zu befinden, ob zum Entscheidungszeitpunkt die vorläufige Sicherstellung des betreffenden Gegenstandes für eine (weitere) Durchsicht zum Zwecke des Auffindens von Beweismitteln rechtmäßig ist. Eine eigenständige prognostische Bewertung des erforderlichen und verhältnismäßigen sachlichen und zeitlichen Umfangs noch ausstehender beziehungsweise möglicher weiterer Auswertungen ist ihm versagt. (...) Die Entscheidung, in welchem Umfang eine inhaltliche Durchsicht potentieller

Dat geldt ook bij de *Durchsicht* achteraf van elders, bijvoorbeeld bij een internet-provider, vergaarde informatie. De rechter laat de *Durchsicht* toe, maar laat de uitvoering daarvan vervolgens over aan de StA en andere opsporingsambtenaren, in afwachting van hetgeen de StA als resultaat daarvan dan weer met een verzoek tot (beslissing over) inbeslagneming aan de rechter voorlegt. Ook hier geldt geen inhoudelijk rechterlijk voorbehoud bij het daartoe kennisnemen van de inhoud van (mogelijk) geprivilegieerde informatie. Alweer: door art. 97 StPO beschermde informatie zal de StA daarbij niet aan de rechter voorleggen omdat die de inbeslagneming daarvan niet kan toestaan, maar de StA kan wel de rechter laten beslissen of inbeslagneming ter verdere uitwerking (*Verwertung*) kan worden toegestaan omdat het verschoningsrecht daarop (mogelijk) niet van toepassing is. En omdat de StA hier een rechterlijke beslissing kan c.q. moet vragen, kan hij ter voorbereiding daartoe ook inhoudelijk kennisnemen van informatie, omdat – zoals gezegd – de *Durchsicht* er ook toe dient te kunnen onderzoeken van welke gegevens de inbeslagneming aan de rechter kan worden gevraagd.

4.9.6 In beginsel een beperkte inhoudelijke reikwijdte, maar technische doorzoeking is eerder regel

Omdat het *Durchsicht* gericht is op (beslissen over) inbeslagneming, impliceert die *Durchsicht* enerzijds wel een zekere inzage (ook wel *Sichtung*, *Grobsichtung* of *oberflächliches Lesen* genoemd), maar tegelijkertijd nog niet de volledige kennisneming en uitwerking van die gegevens als compleet bewijsmiddel, met name in een proces-verbaal, ten behoeve van de berechting door de zittingsrechter. Dat laatste is de *Beweiserwertung* (de uitwerking als bewijs) die pas na de inbeslagneming volgt.

Maar dat onderscheid is het theoretische uitgangspunt van het wettelijk systeem. Juist bij het op elektronische wijze doorzoeken van grote hoeveelheden bestanden bestaat dit onderscheid niet (meer); het is simpelweg niet meer te maken. Voor het verschoningsrecht maakt dit onderscheid in zoverre niet uit omdat ook een geringe kennisneming een inbreuk daarop impliceert.

4.9.7 Uitvoering

Uit de interviews komt naar voren dat het Openbaar Ministerie gekopieerde of anderszins vergaarde gegevens ter *Durchsicht* opslaat op eigen gegevensdragers in eigen beheer. Er is daartoe sprake van een Forensic Netz, dat alleen binnen de eigen overheidsgebouwen toegankelijk is. Het is niet aan het internet gekoppeld en in zoverre ‘*Autark*’.

Daarbinnen kunnen, in plaats van meteen alles te doorzoeken, ook eerst bepaalde bestanden of afgezonderde deelverzamelingen van gegevens worden doorzocht. Er kan daarbij rekening worden gehouden c.q. uitvoering worden gegeven aan de hierna nader te bespreken, in de

Beweismittel nach (par. 110) notwendig ist, wie sie im Einzelnen zu gestalten und wann sie zu beenden ist, obliegt vielmehr dem Ermessen der Staatsanwaltschaft”.

praktijk belangrijke afspraken tussen de StA en de betrokken *Verteidiger*/verschoningsgerechtigde.

De StA hoeft, zo zal duidelijk zijn, bij de *Durchsicht* niet te vermijden, door de inzet van technische middelen of anderszins, dat hij van de inhoud van geprivilegieerde gegevens kennis draagt, noch – in het verlengde daarvan – te verantwoorden dat dit niet gebeurd is.

Ten aanzien van de technische methoden voor doorzoeken komt uit de interviews geen eenduidig beeld naar voren. Er wordt op gewezen dat een en ander ook wel bij StA eenheid en ook per *Bundesland* kan verschillen, mede afhankelijk van de financiële middelen die aan politie en justitie ter beschikking worden gesteld. In elk geval wordt bevestigd dat o.a. Nuix als systeem gebruikt wordt. Het Openbaar Ministerie maakt voor de uitvoering gebruik van onder haar verantwoordelijkheid werkende ‘*Ermittlungsassistenten*’, hetgeen nogal eens experts afkomstig van de politie zijn.

4.9.8 Aanwezigheid bij de Durchsicht; heimelijke Durchsicht

Bij de *Durchsicht* van bijvoorbeeld in beslag genomen schriftelijke prints van mailberichten en van andere stoffelijke voorwerpen, is dat feitelijk voorval vaak aan de betrokkene en zijn advocaat bekend. Aanvankelijk, tot 2004, bevatte art. 110 StPO daarom de aanduiding dat deze personen zo mogelijk worden uitgenodigd om bij de *Durchsicht* aanwezig te zijn. Die bepaling is, naar wel wordt aangenomen: eerder uit vergissing weggevallen, zodat dit aanwezigheidsrecht thans uit meer algemene regels wordt afgeleid.²⁶⁵ Het is blijkens de literatuur en de interviews niet ongebruikelijk dat ter zake tot op zekere hoogte afstemming en overleg plaatsvindt tussen de StA en – met name – de *Verteidiger* van de verdachte. Zie over (dergelijke) afspraken in de praktijk nader hierna.

Wel zo belangrijk is, dat in art. 110 lid 4 StPO door een wetswijziging uit 2021 de regeling van de *heimelijke* inbeslagneming van art. 95a StPO ook van toepassing is verklaard op de *Durchsicht*. Dat betekent dat grote hoeveelheden gegevens die buiten medeweten van de verdachte zijn vergaard, zoals bij internetproviders en andere derden, ook heimelijk kunnen worden doorzocht. Aan derden-leveranciers dan wel aan derden bij wie een daadwerkelijke doorzoeking plaatsvindt kan daarbij geheimhouding worden opgelegd.²⁶⁶

4.9.9 Samenvattende stand van zaken

De *Durchsicht* bevindt zich in een tussengebied tussen veiligstellen en vergaren van informatie enerzijds en inbeslagneming anderzijds. Dat komt tot uitdrukking in het feit dat de *Durchsicht* geen zelfstandige bevoegdheid is. Omdat het daarmee gaat om een – zo men wel: ‘normale’ (onderzoeks)bevoegdheid, geldt ook niet de eis dat die *Durchsicht* met het oog op de belangen gediend met de bescherming van het functioneel verschoningsrecht op enig moment is of moet worden voorbehouden aan een niet bij het onderzoek in de concrete strafzaak betrokken StA of opsporingsambtenaar, laat staan aan een rechter. De StA is zelf tot *Durchsicht* bevoegd en niet gehouden tot – bijvoorbeeld – verzegeling van informatie ten behoeve van filtering door

²⁶⁵ Park, randnr. 275-279.

²⁶⁶ Park, randnr. 279.

de rechter als en omdat een beroep wordt gedaan op het beroepsverschoningsrecht van de advocaat of de notaris.

Het is daarmee, met andere woorden, niet zo, dat voor die *Durchsicht*, ook als dat met digitaal-elektronische middelen gebeurt, harde, uit (het systeem van) de StPO of de jurisprudentie van de Duitse straf- of constitutionele rechter voortvloeiende, in de concrete toepassing achteraf adequaat te controleren garanties besloten liggen dat politie en justitie geen kennis zullen of kunnen nemen van informatie die vermoedelijk onder enig functioneel verschoningsrecht, in het bijzonder dat van de *Verteidiger*, wordt beschermd.

Wel is het ‘niet kennismaken, waar niet nodig’ als het ware een veronderstelling van het wettelijk systeem, dat door de StA en andere opsporingsambtenaren bij de toepassing van de bevoegdheden tot doorzoeking, inbeslagneming en *Durchsicht* zoveel mogelijk moet worden gerespecteerd. Dat gebeurt blijkens de interviews in de praktijk ook wel. Zulks mede omdat in de verdere rechterlijke procedures over die gegevens en informatie tot mogelijk verder gebruik in de strafzaak kan worden vastgesteld dat dergelijke informatie vanwege het verschoningsrecht niet verder in de concrete strafvervolgning mag worden gebruikt en ook de StA er belang bij heeft niet te grote of oneindige verzamelingen gegevens te vergaren. Maar er is geen garantie van uitsluiting van kennisneming van de inhoud van die informatie c.q. van uitsluitende kennisneming ervan door een rechter, zolang niet door een rechter (onherroepelijk) over het eventuele gebruik van die informatie is beslist, noch bestaat de aanspraak dat elke filtering van gegevens waarbij van de inhoud van (mogelijk) door het verschoningsrecht geprivilegieerde gegevens kennis zal (kunnen) worden genomen, aan de rechter is voorbehouden.

4.9.10 Een noodgedwongen pragmatische praktijk; het belang van ‘afspraken, toegelicht aan de hand van een voorbeeld

Het zal niet verwonderen dat bij deze stand van zaken er in de praktijk modaliteiten zijn gezocht en gevonden om een adequaat proces van selectie van gegevens en beslag op hetgeen daarvoor vatbaar is te bevorderen, zodat alle betrokkenen in een concrete strafzaak (sneller) weten waar men aan toe is.²⁶⁷ Het beheersen van de steeds grotere toevloed aan informatie en gegevens is een ook in Duitsland onderkend en de strafrechtspleging belastend proces.

²⁶⁷ Het onderstaande is mede gebaseerd op verschillende tijdschriftbijdragen waarin de praktische problematiek en de oplossingen die de praktijk daarvoor zoekt, wordt beschreven en van kritiek voorzien. Naast het genoemde boek van Park gaat het in het bijzonder om R. Chr. Schelzke, ‘Die „Vereinbarung“ anlässlich einer Durchsuchung’, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiST)* 2017, p. 142-146; K. Peters, ‘Anwesenheitsrecht bei der Durchsicht gemäß § 110 StPO: Bekämpfung der Risiken und Nebenwirkungen einer übermächtigen Ermittlungsmaßnahme’, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiST)* 2017, p. 465-473; Chr. Wenzl ‘Die Datenlieferungsvereinbarung’, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2021, p. 395-402; U. Wackernagel & Chr. Graßie, ‘Die Beauftragung von IT-Forensikern im Ermittlungsverfahren: Zulässige Sachverständigenbeauftragung oder unzulässige Outsourcing originärer Ermittlungstätigkeit?’, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2021, p. 12-18; J. Henn, ‘Durchsuchung der Unternehmens-EDV: Offene Fragen zur Sicherstellung von Daten zur Durchsicht’, *Praxis Steuerstrafrecht*

Het Duitse model waarin de StA stuurt, heeft in zoverre ook wel het voordeel van een zekere openheid om in concrete strafzaken meer pragmatisch-adequaar te handelen en om dat handelen op andere betrokken actoren en hun belangen af te stemmen. Rekening houdend met elkaars belangen en het besef dat niet alles kan of steeds aangewezen is, helpt bij beperking van lasten op grond van onderlinge af- en instemming; men zou van procesafspraken kunnen spreken; afspraken om het proces van (filtering van) gegevens te beheersen. Deze praktijk van onderlinge afstemming tussen – in het bijzonder – de *Verteidiger* en de StA in strafzaken is in de aangehaalde literatuur beschreven en wordt in de interviews bevestigd.

Een en ander blijkt ook nodig omdat het wettelijk model van *Durchsicht* en de noodzakelijke toepassing ervan op grote hoeveelheden data in de praktijk problematisch is. In de literatuur en in de interviews wordt gesproken van selectieprocessen die maanden, soms zo niet jaren kunnen duren. De rechtspraak kan hier normatief maar weinig sturen en bijvoorbeeld geen termijnen aan de *Durchsicht* stellen, zolang de noodzaak van (verder) onderzoek blijkt.

Ter oriëntatie noemen we hier het voorbeeld van de zaak die ten gronde lag aan de beslissing van het Landgericht Nürnberg-Fürth van 27 januari 2025.²⁶⁸ Dat betreft een strafzaak waarin de verdenking is gerezen tegen een arts vanwege betrekkelijk grootschalige fraude in de gezondheidszorg door het declareren van behandelingen die niet hebben plaatsgevonden. De praktijk van de arts werd met voorafgaande rechterlijke machtiging in begin oktober 2024 doorzocht. Weliswaar was in de machtiging daartoe het zoeken in de data beperkt tot bepaalde periodes en/of bepaalde dossiers en patiënten, maar het doorvoeren van deze beperking, bleek in het computertechnisch systeem van de artspraktijk niet mogelijk. Zulks uiteraard omdat daarin de nodige beveiligingssystemen van (afzonderlijke) patiëntengegevens hun werking deden. Uiteindelijk zat er niets anders op dan het complete computerbestand van de praktijk te kopiëren en – mede vanwege de onmogelijkheid van een zekere scheiding van gegevens – ook compleet veilig te stellen voor inbeslagneming. De aanvankelijke rechterlijke bevestiging daarvan begin november 2024 werd in *Beschwerde* bij de hier besproken beslissing van het Landgericht van 27 januari 2025 vernietigd. Kan dat gerecht zich de aanvankelijke veiligstelling door kopiëren van het totale gegevensbestand nog voorstellen, de met de inbeslagneming nog veel langer durende beschikking daarover door justitie ging het gerecht te ver; voorafgaande aan inbeslagneming had al eerder nadere selectie moeten plaatsvinden, aldus het gerecht. Dat het technisch systeem van de artspraktijk er dan toe noodzaak handmatig heel veel afzonderlijke patiëntengegevens in te moeten zien, is voor het gerecht minder relevant: ‘*Damit ist die Durchsicht von Medistar zwar mühsam und zeitraubend, aber grundsätzlich möglich*’, aldus het gerecht. In een even doorwrocht als eloquent geformuleerd betoog heeft Haase uitgelegd wat het oordeel van het gerecht op dit punt impliceert; de feitelijke selectie van gegevens die het gerecht mogelijk en dus noodzakelijk acht kan naar het

(PStR) 2022, p. 277-282; M. Cordes & T. Reichling, ‘Grenzen der Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien gemäß Par. 110 StPO und Rechtsfolgen von Verstößen’, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ)* 2022, p. 712 en T. Park, ‘Aktuelle Fragen zu Durchsuchung und Beschlagnahme in Wirtschaftsstrafsachen’, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ)* 2023, p. 646-655. Deze publicaties geven overigens ook een alleszins overzicht van de stand van zaken rechtens met betrekking art. 110 StPO. Alle bijdragen zijn op hun beurt weer van nadere voetnoten voorzien.

²⁶⁸ LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 27.01.2025 - 12 Qs 60/24 - openJur.

oordeel van deze auteur, gegeven de technische complexiteit van het gegevensbestand van de artspraktijk in totaliteit, in redelijkheid niet van de strafvorderlijke overheid worden verlangd.²⁶⁹

Uit de verschillende opties en praktijkvoorbeelden van dergelijke pragmatische modaliteiten zoals die in de literatuur worden beschreven, alsmede uit de voor dit onderzoek gehouden interviews komt het volgende beeld naar voren.

Bij de voorlopige veiligstelling ter *Durchsicht*, bijvoorbeeld bij het doorzoeken van een onderneming, is ook de StA niet gediend met het enkel kopiëren van bijvoorbeeld de totale administratie. Daarom heeft de StA, afgezien van het wettelijk kader dat tot terughoudendheid dringt, doorgaans reeds bij een doorzoeking baat hebben bij het ongemoeid laten van alle gegevens waarvan niet enigszins aannemelijk is dat die voor de concrete strafzaak relevant zijn. Toevallige vondsten mogen weliswaar worden gebruikt op de voet van art. 108 StPO, maar men mag niet zoeken in de hoop daarop. Daarop is een StA normaliter ook niet uit. Dat levert alleen maar extra werk op zonder al te veel vooruitzicht op bruikbare resultaten.

In dat kader past ook, dat informatie die evident herkenbaar is als geprivilegieerde informatie, des te gemakkelijk niet aan de moeite van veiligstelling en *Durchsicht* als nader onderzoek zal worden onderworpen. Zeker als de verschoningsgerechtigde bij de doorzoeking of in het kader van de *Durchsicht* aanwezig is (en daartoe in voorkomende gevallen uitgenodigd wordt), zal gemakkelijk(er) diens beroep op een verschoningsrecht worden gerespecteerd, tenzij er aanleiding is van het tegendeel uit te gaan. Herhaald zij, dat de StA wel ter controle van die stelling een ook inhoudelijke blik op de gegevens mag werpen.

In dat kader worden in de praktijk reeds bij de doorzoeking vanwege de betrokkene natuurlijke of rechtspersoon, en al dan niet desgevraagd, aan de StA al wel zoektermen aangeleverd en door deze gebruikt om adequaat in gegevens te onderscheiden en om daarmee te omvangrijke of complete veiligstelling van de gehele administratie waar mogelijk te vermijden en de *Durchsicht* te vergemakkelijken en te versnellen.

Daarbij kan de afspraak worden bereikt dat betrokkene(n) er mee instemmen om aan de StA toegang te verlenen tot *bepaalde* bestanden die (kennelijk) relevant zijn, waarmee de StA (desgewenst: voorlopig of aanvankelijk) kan instemmen. In het kader is het ook mogelijk c.q. komt het voor dat wordt afgesproken dat betrokkene zelf (bijvoorbeeld op een later moment dan de doorzoeking) bepaalde, *door hem* (als eerste) geselecteerde informatie alsnog zal aanleveren, al dan niet weer gevolgd door nadere verzoeken van de zijde van de StA. Bij dergelijke wijzen van afstemming blijft voor de betrokkene, in ruil voor zijn medewerking, het proces van selectie tot op zekere hoogte inzichtelijk en beheersbaar. Dat relativeert niet alleen de – naar de stand van zaken en gegeven de aard van de bevoegdheid – wat onduidelijke positie van het eventuele recht om bij de *Durchsicht* ‘aanwezig’ (of in elk geval: betrokken) te zijn, maar voorkomt ook rechtsmiddelen tegen (beslag op de resultaten van) de *Durchsicht*.

²⁶⁹ T. Haase ‘Die Sicherstellung bzw. Beschlagnahme von in einer komplexen Praxissoftware gespeicherten Patientendaten beim Verdacht des Abrechnungsbetruges Zugleich Besprechung des Beschlusses der. 12. Strafkammer des LG Nürnberg-Fürth vom 27.1.2025’ *Medstra* 2025, p. 139-144. De auteur is zelf officier van justitie (*Oberstaatsanwalt st.V.*) maar niet betrokken bij de concrete zaak.

Er kunnen afspraken worden gemaakt over de uitvoering van de *Durchsicht*, bijvoorbeeld van welk technisch systeem (geen) gebruik zal worden gemaakt en hoe het proces en de uitkomst door de betrokkene daarna kan worden gecontroleerd en/of van een ‘double check’ voorzien. Denkbaar is ook dat in het kader van rechtsmiddelen in de overeenkomst wordt afgesproken dat informatie verzegeld blijft totdat de bevoegde rechter op een ingesteld rechtsmiddel van art. 98 StPO en/of de *Beschwerde* van art. 304 StPO tegen de doorzoeking, de *Durchsicht* en/of de inbeslagneming heeft beslist.

Zo beschreven, illustreert een dergelijke, pragmatische praktijk het bovengenoemde punt dat de wettelijke regeling voorwaarden en grenzen stelt, maar geenszins verbiedt dat de StA in het onderzoek in een concrete strafzaak nadere afspraken met betrokkene(n) maakt, ter uitvoering van dit hele proces van veiligstelling en doorzoeken van gegevens. Het komt in de praktijk vaak op dergelijke afspraken aan, die daartoe in veel zaken gemaakt worden. In de mogelijkheid daarvan en in het gebruik ervan komt tot uitdrukking dat alle betrokkenen, weliswaar deels vanuit een eigen positie en verantwoordelijkheid, er baat bij hebben op deze wijze de toevloed van steeds grotere data-verzamelingen te beheersen.

Een dergelijke afstemming is in de praktijk bepaald niet ongebruikelijk, hoewel de StPO die mogelijkheid niet kent, laat staan regelt. Deze vrijblijvendheid van dat model, waarin die afspraken noch bindend, noch op enig rechtsgevolg gericht zijn (men kan altijd ‘terug’), heeft dan voordelen. Al wordt een en ander ook wel schriftelijk vastgelegd, hetgeen dan ook een zeker vertrouwen, of op z’n verwachting, over en weer wekt, al zal elke overeenkomst ook ‘open clauses’ bevatten om – eventueel c.q. alsnog aan – de eigen rechtspositie c.q. de belangen van de strafvordering recht te doen.

Tegelijk wordt in de literatuur benadrukt en in de interviews bevestigd dat alle betrokkenen daarbij van elkaars welwillendheid, kennis van zaken en soms ook ronduit van hun onderlinge verhoudingen, al dan niet uit eerdere contacten, afhankelijk zijn. Al kan het maken van dergelijke afspraken, afgezien van het praktische ‘win- win’-voordeel aan beide zijden, ook wel normatief verdedigd worden als vorm van proportionaliteit in geval de belangen van de strafvordering het toelaten om met een dergelijke afspraak te volstaan.

4.9.11 Wel pleidooien voor, maar geen initiatief tot wijziging van de wettelijke regeling

Meer juridisch-normatief zal het (evenmin) verwonderen dat de stand van zaken in de StPO met name vanuit de advocatuur c.q. in de literatuur tot de opvatting leidt dat daarmee de bescherming van het functioneel verschoningsrecht in het algemeen en van de *Verteidiger* in het bijzonder, te kort wordt gedaan.

Met name vanuit de advocatuur wordt op aanpassing van wetgeving aangedrongen, overigens ook met het oog op de ontwikkelingen van digitalisering meer in het algemeen. In het bijzonder en met name wordt aangedrongen op een nieuw op te zetten regeling van de *Durchsicht* van art. 110 StPO. Daarin zou zowel de noodzaak als de praktische realiteit van het doorzoeken van grote hoeveelheden data met technische middelen als methode moeten worden erkend en adequaat geregeld. De *uitvoering* van de *Durchsicht* moet een gemoderniseerde, praktische en tegelijk normatief adequate inhoud krijgen. Voor de bescherming van het functioneel

verschoningsrecht van de *Verteidiger* zou uitdrukkelijk moeten worden vastgelegd dat inhoudelijk doorzoeken van informatie aan de rechter dient te worden voorbehouden, met de garantie dat de opsporingsautoriteiten van StA en politie daarvan geen kennis zullen (kunnen) dragen, althans niet als daartegen bezwaar wordt gemaakt en de rechter daarop inhoudelijk nog niet onherroepelijk heeft beslist. Deze ideeën en uitgangspunten zijn door de BRAK, de Duitse Orde van Advocaten, in een notitie van januari 2024 uitgewerkt in een concreet wetsvoorstel voor een nieuw art. 110 StPO. Dit initiatief heeft, voor zover valt na te gaan, tot op heden geen opvolging in (een voornemen tot) wetswijziging gekregen. Andere geïnterviewden herkenden de noodzaak van herziening van de wettelijke regeling niet.

Daarbij zal voor de Duitse verhoudingen meespelen dat het BVerfG tot op heden niet tot deze inhoudelijke waarborgen ten behoeve van het functioneel verschoningsrecht, zelfs niet dat van de *Verteidiger*/advocaat in strafzaken, dwingt. Wellicht verklaart dit, dat, zoals ook uit de interviews blijkt, in Duitsland niet zonder meer het besef leeft dat de jurisprudentie van het EHRM en/of het EU-HvJ ter zake tot een andere rechtsopvatting zou moeten leiden, waarin voortaan – naar de formulering en de opvatting van de Hoge Raad – een rechter een ‘centrale’ rol zou moeten spelen als het gaat om (inhoudelijke kennisneming van) te beschermen, mogelijk door het beroepsverschoningsrecht geprivilegieerde informatie. Dat wordt pas anders als het BVerfG de HvJ-EU-benadering als dwingend en alomvattend EU-recht zou opvatten in de zin van de eigen opvatting van het BVerfG ter zake.²⁷⁰ Mogelijk leidt wel de recent besloten Conventie van de Raad van Europa inzake de bescherming van het beroep van advocaat (*Council of Europe Convention for the Protection of the Profession of Lawyer*²⁷¹) tot wijzigingen van het Duitse recht, maar die conventie staat pas sinds mei 2025 open voor ondertekening en treedt eerst in werking drie maanden na de aanvaarding door acht lidstaten, waaronder ten minste zes lidstaten van de EU.

4.10 Deelconclusie Duitsland

4.10.1 Grondslagen en vormen van het privilege

De regeling van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht voor de advocaat en de notaris in het Duitse strafprocesrecht zijn afgeleid van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van degene op wie de inhoud van vertrouwelijke communicatie betrekking heeft. Die bescherming van de vertrouwelijke communicatie als onderdeel van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van deze burger, krijgt, in geval hij als verdachte object wordt van strafrechtelijk onderzoek, een bijzondere invulling. De bescherming van de vertrouwelijke communicatie met zijn advocaat in het algemeen, ook als die bij de verdachte wordt aangetroffen, wordt dan onderdeel van (het grondrecht van) een eerlijk proces (*fairness Verfahren*). Dat laatste recht ligt aan het Duitse strafprocesrecht en aan de regeling daarvan in de *Strafprozessordnung* (StPO) ten grondslag, maar staat niet met zoveel woorden in de Duitse Grondwet (*Grundgesetz*). Dat geldt wel voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

²⁷⁰ Vgl. hiervoor onder II.1.

²⁷¹ CM(2024)191-add1final.

De uitwerking van de grondwettelijke bescherming van de persoonlijke levenssfeer, onder andere in de bescherming van de vertrouwelijke communicatie tussen de verdachte burger en de advocaat, wordt in Duitsland streng, althans precies bewaakt door het Duitse constitutionele hof, het *Bundesverfassungsgericht*. In het systeem van (grondrechten)bescherming door dit hof ligt de nadruk op toetsing en bewaking van de proportionaliteit en evenredigheid, naar de ook normatief sterk uitgewerkte en ‘alomtegenwoordige’ notie en norm van de *Verhältnismäßigkeit*. Het gaat daarbij om de toetsing van zowel formele wetgeving (zelf) als van de toepassing daarvan in concrete gevallen. Bijvoorbeeld toetsing van de formele regeling van bevoegdheden tot inbeslagneming en doorzoeking van voorwerpen en gegevens in de StPO.

In deze benadering ligt minder de nadruk op het bepalen van de autoriteit aan wie de toepassing van bepaalde bevoegdheden is c.q. dient te zijn voorbehouden, zolang de *Verhältnismäßigkeit* dan anderszins in (formele) wetgeving en toepassing van dwangmiddelen (voldoende) gegarandeerd is.

4.10.2 Reikwijdte van het beroepsgeheim en van het verschoningsrecht

De bescherming van de vertrouwelijke communicatie met een advocaat of met een notaris berust op de plicht voor deze beroepsbeoefenaren tot geheimhouding uit de regeling van het beroepsrecht. Die geheimhoudingsplicht wordt o.a. gehandhaafd door de strafbaarstelling van art. 203 *Strafgesetzbuch* (StGB) inzake het onbevoegd openbaren van gegevens onder de geheimhoudingsplicht.

De reikwijdte van het verschoningsrecht van de advocaat respectievelijk de notaris in strafzaken wordt vervolgens bepaald door de omschrijving in art. 53 StPO van het verschoningsrecht van de advocaat en de notaris indien als getuige gehoord. Beschermd wordt alleen hetgeen in de typische beroepsrelatie aan de advocaat of de notaris bekend is geworden of is toevertrouwd. De advocaat en de notaris zijn in art. 53 StPO in een apart artikelonderdeel genoemd, omdat de uitwerking van de bescherming van het verschoningsrecht voor beide enigszins verschilt: dat van de advocaat geniet op onderdelen een striktere bescherming.

De instemming met het openbaren van geprivilegieerde informatie door degene op wie de gegevens betrekking hebben ontslaat de advocaat respectievelijk de notaris van hun respectievelijke geheimhoudingsplicht. Ook het verschoningsrecht als getuige vervalt dan.

De reikwijdte van het verschoningsrecht in strafzaken wordt verder bepaald en beperkt doordat de notaris of de advocaat die – kort gezegd – zelf verdachte is, naar de uitdrukkelijke bepaling in de StPO niet door het verschoningsrecht wordt beschermd, al blijven bij de toepassing van opsporingsmethoden en dwangmiddelen relevante eisen van *Verhältnismäßigkeit* onverkort gelden. Naar art. 97 lid 2, tweede volzin, StPO zijn *Gegenstände* (= voorwerpen in ruime zin) die door een delict zijn voortgebracht of daaruit afkomstig zijn dan wel tot het begaan van een strafbaar feit gebruikt of bestemd zijn, uitgezonderd van het verbod van inbeslagneming in verband met de bescherming van het verschoningsrecht van art. 97 lid 1 StPO.

4.10.3 Relatie tot mensenrechten en EU-wetgeving

Duitsland is EU-lidstaat en partij bij het EVRM. Voor de bescherming van grondrechten, de systematiek daarvan en de door- en uitwerking in de bescherming van verschoningsrecht bij vertrouwelijke communicatie in de StPO en in de toepassing daarvan in de praktijk, leunt het Duitse recht en de Duitse wetgever echter nadrukkelijker op de normering in de eigen grondwet en de bewaking en handhaving daarvan door het *Bundesverfassungsgericht*. Dat hof toetst in voorkomende gevallen ook (onderdelen van) formele wetgeving aan het *Grundgesetz*. Zoals bijvoorbeeld de inrichting van de regeling van dwangmiddelen door de wetgever in de StPO en de toepassing daarvan in de strafvorderlijke praktijk. In zoverre komt in Duitsland bepaald meer dan in Nederland gewicht toe dan aan deze nationaal-grondwettelijke normering. Is in Nederland (veeleer) de directe doorwerking van EU- en EVRM-recht van belang, grondwettelijk voorgeschreven en als status van en voor rechtsvorming ook geaccepteerd, in Duitsland is die suprematie niet voorgeschreven en normatief of naar ‘status’ zeker geen vanzelfsprekendheid; zeker het EVRM-recht fungeert eerder als hulpmiddel tot interpretatie van het *Grundgesetz*.

Inhoudelijk is dit verschil ten aanzien van de bescherming van het verschoningsrecht bij het filteren van informatie in de strafvordering van direct en cruciaal belang. Anders dan in Nederland, waar de Hoge Raad in ECLI:NL:HR:2024:375 de noodzaak van het voorbehoud van filtering door de rechter-commissaris als waarborg dat geen geprivilegieerde gegevens ter kennis van politie en justitie komen rechtstreeks op bovennationaal Europees recht baseerde en de regeling in het WvSv in dat licht ingrijpend ‘moduleerde’, ontbreekt tot op de heden een dergelijk voorbehoud van rechterlijke regie in de Duitse regeling in het *Grundgesetz* respectievelijk in de StPO, terwijl een dergelijk voorbehoud door de Duitse rechter, in het bijzonder door het *Bundesverfassungsgericht*, ook *niet* uit naar het oordeel van het BVerfG dwingend of allesomvattende EU- en/of EVRM-recht wordt afgeleid.

Gegeven de jurisprudentie van de Hoge Raad, valt het verschil in normering tussen beide landen (extra) op. Vanuit het Nederlandse uitgangspunt komt de Duitse regeling en praktijk in strijd met het EU- en EVRM-recht waar de Hoge Raad zich zo nadrukkelijk op beroept. Toch (b)lijkt een mogelijk problematische verhouding met het bovennationale EU- en EVRM-recht in Duitsland geen serieus punt van brede discussie te zijn, laat staan van een voornemen tot noodzakelijk geachte wetswijziging.

4.10.4 Afgeleid verschoningsrecht

De Duitse StPO kent met art. 53a StPO een uitdrukkelijke wettelijke erkenning en regeling van het afgeleid verschoningsrecht. Die bepaling heeft echter alleen betrekking op het afgeleid verschoningsrecht van degenen die de beroepsbeoefenaren in de uitoefening van dat beroep bijstaan of daartoe door deze worden ingeschakeld. De bescherming van door het verschoningsrecht geprivilegieerde informatie uit de vertrouwelijke communicatie tussen de verdachte en zijn *Verteidiger* wordt beschermd door het verbod van inbeslagneming van art. 97 lid 1 StPO. Maar dat voorschrift is beperkt tot voorwerpen zich *bij of onder* de advocaat of notaris bevinden (in diens *Gewahrsam*). De bescherming van bij de verdachte aangetroffen

geprivilegieerde gegevens uit de rechtsbijstand-relatie met zijn advocaat in de betreffende strafzaak wordt aanvullend afgeleid uit art. 148 StPO inzake het vrije verkeer van communicatie tussen de verdachte en zijn advocaat.

4.10.5 Uitzonderingen

De grondslag van het verschoningsrecht in de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de burger op wie de informatie betrekking heeft, maakt dat deze rechthebbende op de gegevens de advocaat en de notaris uit het beroepsgeheim kan ontslaan. Dan vervalt, naar de uitdrukkelijke voorziening in art. 53 lid 2 StPO, ook het verschoningsrecht van deze beroepsbeoefenaren indien als getuigen gehoord. Daardoor geschiedt het openbaren van informatie ook niet meer onbevoegd in de zin van dat bestanddeel in de strafbaarstelling van de schending van de geheimhoudingsplicht van art. 203 StGB.

Indien de verschoningsgerechtigde zelf – kort gezegd – verdachte is, is ook dat een grondslag waarop naar Duitse rechtsopvatting een beroep op het verschoningsrecht vervalt. Zie de uitdrukkelijke bepaling daarvan in art. 97 lid 2, tweede volzin, StPO en in art. 160a lid 4 StPO. Communicatie in dat kader kan in die rechtsopvatting niet vallen onder de beperkende definitie van art. 53 StPO dat het verschoningsrecht van de advocaat en de notaris alleen betrekking heeft op hetgeen aan deze beroepsbeoefenaren als zodanig (“... *in dieser Eigenschaft...*”) toevertrouwd of aan hem bekend geworden is.

Het verbod van inbeslagneming van art. 97 StPO geldt op grond van lid 2, tweede volzin, van dat artikel geldt voorts niet voor *Gegenstände* (= voorwerpen in ruime zin) die door een delict zijn voortgebracht of daaruit afkomstig zijn dan wel tot het begaan van een strafbaar feit gebruikt of bestemd zijn.

Voor zover het verschoningsrecht van toepassing is en dat ertoe dwingt om bepaalde informatie uit te filteren, te vernietigen en daarmee voor verder gebruik in de strafvordering onbruikbaar te maken, bestaat ‘daarna’ geen algemene uitzondering meer die zich laat vergelijken met de door de Hoge Raad voor het Nederlandse recht geaccepteerde uitzondering van de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’.

4.10.6 Derden en het bereik van het privilege

Zoals hiervoor reeds opgemerkt worden gegevens onder het verschoningsrecht bij of onder de verschoningsgerechtigde beschermd door het beslagverbod van art. 97 lid 1 juncto lid 2 StPO. De bescherming van bij de verdachte aangetroffen communicatie van deze verdachte met zijn advocaat wordt aangetroffen wordt aanvullend afgeleid uit art. 148 StPO inzake de communicatie en het vrije verkeer tussen de verdachte en zijn advocaat, als onderdeel van de algemenere garantie voor de verdachte op een eerlijk proces. Die aanvullende bescherming geldt daarmee in zoverre alleen deze verdachte-advocaat verhouding in strafzaken, en in zoverre niet voor de communicatie met een notaris.

4.10.7 Doorzoeking: wie waarborgt het privilege?

De uitwerking van de bescherming van het beroepsverschoningsrecht in de regeling van de dwangmiddelen in de StPO is meerledig. Naar de algemene regeling van art. 160a StPO mogen dwangmiddelen niet aangewend worden tegen een (niet zelf verdachte) advocaat; voor de toepassing tegen een (niet zelf verdachte) notaris mag dat alleen onder de uitdrukkelijke nadere norm van art. 160a lid 2 StPO.

Naar art. 160a lid 5 StPO gaat de bijzondere regeling van art. 97 en van art. 100d StPO voor boven de algemene regeling van dat art. 160a StPO. Genoemd art. 100d StPO betreft daarbij de absolute bescherming van informatie uit het zgn. kernbereik van de persoonlijke levenssfeer van een burger; het *Kernbereich privater Lebensgestaltung*. Wordt bij de toepassing van heimelijke opsporingsbevoegdheden in dat artikel bedoeld, informatie vergaard uit dat kernbereik dan geldt ter zake een absoluut verbod van ieder verder bereik in de strafvordering in de betreffende strafzaak. Onmiddellijke vernietiging is voorgeschreven. Informatie onder het verschoningsrecht van de advocaat in strafzaken respectievelijk van de notaris valt echter niet als zodanig reeds onder dat *Kernbereich*. In art. 100d lid 5 StPO is in dat kader voorzien in een apart verbod deze gegevens te gebruiken als niet voldoende proportioneel is ten opzichte van de belangen van de strafvordering in de onderliggende strafzaak.

De regeling van art. 97 StPO betreft de bescherming van het verschoningsrecht bij de ‘klassieke’ bevoegdheden van de inbeslagneming en doorzoeking van plaatsen. Het vorderen van gegevens is daarbij een vorm van toepassing van de bevoegdheid tot het vorderen van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen. De bescherming van het verschoningsrecht heeft daarin niet de plaats gekregen van een verbod van toepassing van deze dwangmiddelen, ook niet tegen bijvoorbeeld doorzoeking bij een (zelf niet verdachte) advocaat of notaris. De bescherming van het verschoningsrecht heeft daarentegen de vorm van een verbod van inbeslagneming.

Dat verbod wordt gehandhaafd doordat – in beginsel – vooraf toestemming moet worden verleend voor een doorzoeking en/of inbeslagneming, terwijl achteraf nader moet worden besloten wat dan precies door inbeslagneming voor de strafvordering ter beschikking moet blijven. De machtiging vooraf tot doorzoeken en/of tot inbeslagneming is daarbij niet voorbehouden aan een rechter. Wel kunnen tegen die beslissing(en) rechtsmiddelen worden aangewend; zie nader hierna.

Het is in deze regeling dat in 2021 voor het geval ter plaatse van een doorzoeking respectievelijk na het vergaren van grote hoeveelheid gegevens, waarbij niet onmiddellijk adequate filtering mogelijk is, met artikel 110 lid 4 StPO voorzien is in het meenemen en zekerstellen van voorwerpen en gegevens ten einde deze op een later tijdstip adequaat te filteren. Dat filteren is en blijft *onderdeel van de uitvoering van de bevoegdheid* tot doorzoeken en ter voorbereiding van de beslissing over hetgeen daaruit wel of niet in beslag zal worden genomen, dan wel zal worden teruggegeven.

Deze *Durchsicht* van art. 110 StPO is (daarmee) geen zelfstandig dwangmiddel. En waar de toepassing en uitvoering van inbeslagneming en doorzoeking niet aan een rechter is voorbehouden (die uitvoering en toepassing is alleen ‘omgeven’ door een toets (vooraf (machtiging), geldt dat ook voor de uitvoering van de *Durchsicht* van art. 110 StPO als

onderdeel van de uitvoering van die bevoegdheden. Die uitvoering en toepassing van art. 110 StPO is weliswaar ‘omgeven’ door een toets (vooraf (machtiging), achteraf (over hetgeen in beslag wordt genomen) en het fiat van art. 110 lid 4 juncto art. 98 lid 2 StPO (zie hierna)), maar dat is geen voorgeschreven rechterlijk voorbehoud bij de filtering. Noch art. 110 StPO noch art. 97 StPO maakt dit voor die uitvoering van deze bevoegdheden anders in verband met de bescherming van het verschoningsrecht: deze artikelen schrijven geen uitvoering van die *Durchsicht* (en filtering) door een rechter voor ter bescherming van het belang dat gegevens onder het verschoningsrecht niet ter kennis van politie en justitie mogen komen zolang de rechter daarover en daartoe niet heeft beslist. Er geldt geen rechterlijk voorbehoud ter bescherming van het verschoningsrecht.

Het *Bundesverfassungsgericht* heeft die eis van een zodanig voorbehoud van rechterlijke filtering ook niet uit het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer noch uit het recht op een eerlijk (straf)proces voor de verdachte voor wat betreft diens recht op bescherming van de communicatie met zijn advocaat in het kader van zijn verdediging willen afleiden. Dat hof acht het systeem van, en de wettelijke regeling in de StPO (inclusief rechtsmiddelen en ultieme controle door de zittingsrechter; zie hierna) voldoende adequaat en – met name – proportioneel (*Verhältnismäßig*), in het bijzonder ook in verhouding tot de eisen en belangen van adequate strafrechtelijke rechtshandhaving ter bescherming van (grondrechten van) burgers in een democratische samenleving.

Nu geen strikt ‘waterdicht’ rechterlijk voorbehoud van filtering geldt, brengt de constructie in het Duitse recht mee, dat ambtenaren van politie en justitie bij de doorzoeking een globale en terughoudende eerste inzage in documenten en gegevens mogen nemen om te zien of die onder het verbod van inbeslagneming vallen en/of dat gegevensdragers of grote hoeveelheden gegevens vooralsnog moeten worden meegenomen, gekopieerd of anderszins veiliggesteld ten behoeve van de *Durchsicht* op een later moment.

4.10.8 Filterprocedure en rechtsmiddelen

De belangrijkste filterprocedure bij het vergaren van grote hoeveelheden gegevens en informatie in de hedendaagse praktijk is de genoemde *Durchsicht von Papieren und elektronische Speichermedien* als bedoeld in art. 110 StPO, niet te verwarren met de bevoegdheid tot doorzoeken (*Durchsuchung*). Zoals hiervoor beschreven, is de *Durchsicht* geen zelfstandige bevoegdheid, maar een onderdeel van de doorzoeking en de inbeslagneming. De toepassing van de laatstgenoemde twee bevoegdheden kan daarbij als het ware worden ‘verlengd’ doordat gegevens(dragers) op grond van art. 110 lid 4 StPO kunnen worden veiliggesteld en meegenomen ter *Durchsicht* zodat en waardoor op een later moment, op grond van de resultaten van de *Durchsicht*, (eerst) kan worden besloten respectievelijk wordt besloten wat in beslag wordt genomen en wat weer wordt teruggegeven. De (eigenlijke) inbeslagneming volgt in dat geval eerst *na* de *Durchsicht*; de doorzoeking ter inbeslagneming wordt eerst op dat moment met die beslissing over de inbeslagneming afgerond en afgesloten. Aangezien de toepassing van de bevoegdheid tot doorzoeking en inbeslagneming niet aan een rechter is voorbehouden, geldt dat dus ook tijdens de verlengde toepassing van die dwangmiddelen om *Durchsicht* mogelijk te maken c.q. *gedurende* de (filtering tijdens) de *Durchsicht*. Er is in deze

betrekkelijke consequente opvatting en toepassing van de ‘klassieke’ regeling van doorzoeken en in beslag nemen en de filtering van wel of niet voor de verdere strafvordering relevante informatie en gegevens *geen* uitzondering gemaakt ter bescherming van het verschoningsrecht, ook niet door het *Bundesverfassungsgericht*.

Die stand van zaken wil niet zeggen dat er geen rechter betrokken is of kan worden. Tegen de doorzoeking en met name tegen de inbeslagneming staat het algemene rechtsmiddel van bezwaar open. In die procedure kan het verbod van inbeslagneming in verband met de bescherming van het verschoningsrecht van art. 97 StPO geldend worden gemaakt. In ultimo beslist voorts de zittingsrechter eventueel alsnog dat een verbod van inbeslagneming in verband met het verschoningsrecht van toepassing is. Dan wordt de betreffende informatie alsnog van het bewijs tegen de verdachte uitgesloten. Deze ultimo toets door de zittingsrechter is in de Duitse benadering van belang bij de opvatting dat de Duitse regeling ter bescherming van het verschoningsrecht acceptabel is en voldoet aan de eisen van de *Verhältnismäßigkeit* als norm. Het Duitse systeem is op het punt van de rechterlijke controle ‘waterdicht’ door deze ultieme toets, en niet door een strikt rechterlijk voorbehoud bij de filtering van gegevens en de kennisneming van de inhoud van die gegevens in dat kader.

Toch heeft ook de Duitse wetgever zich de potentiële betekenis en reikwijdte van art. 110 StPO gerealiseerd. De verwijzing in art. 110 lid 4 StPO naar art. 98 lid 2 StPO impliceert dat de officier van justitie de rechterlijke machtiging behoeft voor de *Durchsicht*. Men spreekt wel van de *richterliche Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung zur Durchsicht*. Maar die *Durchsicht* en de filtering wordt daarmee niet aan de rechter overgedragen om onder diens regiem te worden uitgevoerd, bijvoorbeeld ter bescherming van het verschoningsrecht. De uitvoering van de op rechtmatigheid van voorwaarden geaccordeerde) *Durchsicht* is en blijft aan de officier van justitie overgelaten.

4.10.9 Duur en kosten van filtering

Het is niet in de eerste plaats de wettelijke regeling maar eerder de steeds groter wordende omvang van te doorzoeken gegevensbestanden en gegevensdragers die de strafvorderlijke praktijk voor praktische problemen stelt. *Durchsicht* kost tijd en geld en (expert-)capaciteit en vereist het in voldoende mate ter beschikking zijn daarvan. Dat laatste kan in Duitsland nog per Bondsland verschillen. De technische complexiteit van gegevensbestanden en gegevensdragers kan zo ingewikkeld zijn dat de verondersteld-precieze nuances en normatieve onderscheidingen in de wettelijke regeling niet kunnen worden gehandhaafd, bijvoorbeeld in geval van doorzoeking van hoog beveiligde (patiënten)gegevens en dito bestanden in een artspraktijk, in een in concreto beschreven geval van verdenking van fraude. De ‘onmetelijkheid’ van de technische complicaties (b)lijken in dergelijke gevallen grenzen te stellen aan het normatief wenselijk perspectief van beperking en selectie. Tegen die achtergrond is het adequaat omgaan met snelle(re) verwerking van grote hoeveelheden gegevens in concrete strafzaken een belang van zowel de officier van justitie als van de verdachte en diens raadsman. Vanuit een dergelijk welbegrepen ‘overeenkomend eigen belang, komt het in de praktijk nogal eens tot nadere afspraken tussen officier van justitie en verdediging. Dat ‘helpt’ c.q. men ‘behelpt’ zich daarmee.

4.10.10 Toezicht en tuchtrecht

De Duitse beroepsregelingen voor de advocatuur en voor het notariaat, de *Bundesrechtsanwaltsordnung* respectievelijk de *Bundesnotarordnung*, voorzien in tuchtrechtelijk toezicht op de naleving van de daarin opgenomen beroepsregels, waaronder de plicht tot geheimhouding. Tot die regels behoren voorts voorschriften om adequate voorzieningen in te richten in de kantoor- en praktijkinrichting tot bescherming van de vertrouwelijkheid van de (technische en andere) communicatie in de beroepsuitoefening. Deze regels zijn vanzelfsprekend onderdeel van elke advocatenpraktijk, zonder de welke beroepsuitoefening en het aantrekken van cliënten niet mogelijk is. Handhaving van het verschoningsrecht en waarborg tegen misbruik via het tuchtrecht speelt in zoverre geen rol van enige betekenis, c.q. komt te laat.

Daarbij moet worden bedacht dat misbruik van het verschoningsrecht in geval van *Verstrickung* van de functioneel verschoningsgerechtigde (zelf) in strafbare feiten, er naar Duits recht toe leidt dat – naar uitdrukkelijke voorziening in de StPO zelf – het verschoningsrecht dan niet van toepassing is omdat geen sprake meer is gegevens en informatie die de advocaat of notaris als zodanig hebben bereikt.

In extreme gevallen van misbruik kan een advocaat zich strafbaar maken aan het bijzondere delict van art. 258 StGB inzake het verijdelen van de strafrechtspleging, terwijl art. 138a StPO nog de mogelijkheid van het uitsluiten van een advocaat om überhaupt in een concrete strafzaak de verdediging te voeren in geval van verdenking van strafbare feiten of misbruik van zijn positie als advocaat. Is sprake van door de advocaat gepleegde strafbare feiten dan kan bij vervolging en veroordeling ter zake ingevolge art. 70 StGB een beroepsverbod worden opgelegd. Als die sanctie te verwachten is, dan kan op basis van art. 132a StPO gedurende het voorbereidend onderzoek reeds een voorlopig beroepsverbod worden opgelegd, zoals het Nederlandse recht met art. 98a en art. 98b Wet Big (uitsluitend) voor beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg kent. Voor een dergelijke voorlopige beroepsontzetting hoeft in Duitsland in zoverre niet uitsluitend op het beroeps- en disciplinair recht van de betreffende beroepsgroep te worden geleund. Voor (bestrijding van) misbruik van het verschoningsrecht is het tuchtrecht in zoverre niet nodig en in de praktijk ook niet van bijzondere betekenis.

Hoofdstuk 5 Zwitserland

5.1 Inleiding²⁷²

Het Zwitserse strafprocesrecht wordt bepaald door het nieuwere wetboek, de *Schweizerische Strafprozessordnung* (hierna StPO) die in 2011 in werking is getreden. Het is het eerste wetboek van strafvordering dat centraal voor geheel Zwitserland geldt. Deze betrekkelijk nieuwe centrale regeling kon in zoverre al met meer moderne technische ontwikkelingen rekening houden. Het bevat de codificatie van relevante EHRM-rechtspraak.

De centrale regeling van het strafprocesrecht in 2011 neemt niet weg dat ter zake van de nadere invulling en toepassing, ook naar de praktische mogelijkheden en middelen, er niet alleen op onderdelen ruimte blijft voor nadere (uitvoerings)regelgeving per kanton, maar ook dat de praktische toepassing ervan per kanton kan verschillen. Zulks is mede afhankelijk van de in het betreffende kanton geldende regeling van het strafprocesrecht vóór 2011 en de bijbehorende ‘rechtscultuur’ die daaraan ten grondslag lag en die met een centrale regeling niet is bezworen of afgeschaft. Dat was, gegeven de grote regionale (cultuur)verschillen in het viertalige Zwitserland met z’n betrekkelijk autonome kantons, ook niet per se of meer dan nodig de bedoeling. Ook de organisatie van het Openbaar Ministerie in de functie *Staatsanwalt* in verschillende rangen, is aan de kantons overgelaten voor zover daarin niet door centrale regelingen is voorzien; vgl. art. 14 StPO.

Tussenaantekening terminologie; Strafbehörden en Strafverfolgungsbehörden

Dat brengt ons meteen bij een tussenaantekening inzake de terminologie in de StPO. Omdat functie-aanduidingen aan de kantons zijn, wordt in art. 12 StPO in algemene termen aangeduid dat de strafvordering wordt uitgeoefend door de *Strafbehörden*, die in art. 12 en 13 StPO nader worden ingedeeld in de *Strafverfolgungsbehörde* en de *Gerichte* (gerechten) die in het strafprocesrecht optreden. De *Strafverfolgungsbehörde* of *Strafbehörde* omvatten dan eerst en vooral de politie en het openbaar ministerie, de *Staatsanwaltschaft*. Omdat de StPO in het bijzonder in de regeling van de dwangmiddelen steeds deze term *Straf(verfolgungs)behörde* gebruikt, nemen wij die terminologie over door in het onderstaande over ‘de opsporingsautoriteiten’ te spreken. Per concreet onderdeel van de StPO kan dan nader bepaald zijn welke activiteiten aan de *Staatsanwaltschaft* is voorbehouden; dan spreken ook wij (uitsluitend) van *Staatsanwalt*, nogal eens afgekort tot StA.

Tegelijk blijkt niet dat dergelijke verschillen de verdere invulling en uitvoering van de (centrale) bepalingen in de Zwitserse StPO betreffende het functionele verschoningsrecht mede bepalen in een mate die voor de beantwoording van de onderzoeksvragen in dit onderzoek relevant is. Daarvoor zijn die bepalingen en de daarin vastgelegde uitgangspunten tot

²⁷² Zie voor een beschrijving van het Zwitserse straf(proces) recht in het algemeen in de Nederlandse taal bij G. Godenzi & T. Caprara, ‘Zwitserland’, in P.A.M. Verrest en P.A.M. Mevis, *Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 281-332. Zie over de rechtsbijstand door en de positie van de advocaat in strafzaken in het algemeen, waaronder de regeling van het verschoningsrecht, bij V. Lynn & W. Wohlers, ‘Legal Privilege and Right to Counsel in Criminal Proceedings in Switzerland’ in: L. Bachmaier Winter e.a. (red.), *The Right to Counsel and the Protection of Attorney/Client Privilege in Criminal Proceedings. A Comparative View*, Cham: Springer 2020, p. 293-326.

bescherming van het beroepsverschoningsrecht te stringent, en daarmee ook sturend en bepalend. Dat zijn geen uitgangspunten of regels die een eigen, daarvan afwijkende kantonale ‘rechtscultuur’ in de toepassing toelaten, terwijl afwijkende regeling reeds is uitgesloten omdat dat alleen mogelijk is in geval de StPO daar nadrukkelijk naar verwijst. Wel kan ‘vervolgens’ de wijze waarop, bijvoorbeeld, de opsporingsautoriteiten van politie en justitie en de advocatuur zoal met elkaar om plegen te gaan verschillen, hetgeen belangrijk is in het (samen)werken bij het adequaat beheersen van grote stromen informatie in concrete strafzaken en onderzoeken in de praktijk. Al zal dat, ook blijkens de interviews, eerder per strafzaak (ook boven-kantonaal) verschillen dan per kanton.

De recente, naar vorm en inhoud geheel vernieuwde StPO uit 2011 betekent niet dat er na 2011 niet weer aanleiding is gezien voor wijzigingen daarvan. Juist op het gebied van de ontwikkelingen op technologisch gebied, dwongen tot aanpassing van regelgeving, in het bijzonder op het gebied van de regeling van opsporingsmethoden en dwangmiddelen. In de slipstream daarvan is ook de bescherming van het functioneel verschoningsrecht aangepast. Dat geldt in het bijzonder voor de per 1 januari 2024 inwerking getreden wet uit 2022 met een aanpassing van de regeling van art. 248 en 248a StPO inzake de verzegeling van gegevens ten behoeve van het verschoningsrecht, waarover hieronder meer.

De *Schweizerische Strafprozessordnung* kent geen indeling in Boeken, maar in Titels als hoofdingeling. Daarbinnen bestaan hoofdstukken (Kapittel) en daarbinnen bestaat de ‘afdeling’ (Abschnitt) als nader onderscheid. De indeling is wat anders dan die van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering en verloopt meer thematisch, met de algemenere bepalingen per (sub)onderdeel voorop, zoals in wetsvoorstel 36327 voor de Modernisering van het Nederlandse WvSv ook is voorzien. Zo gaat de Zwitserse regeling van de bewijsmiddelen in Titel 4 vooraf aan Titel 5 inzake dwangmiddelen; eerst daarna regelt Titel 6 (de verantwoordelijkheden in) het voorbereidend onderzoek, in het licht van de beperkingen aan toepassing van dwangmiddelen, inclusief het verbod om de resultaten daarvan eventueel voor het bewijs te gebruiken, zoals dat ten aanzien van geprivilegieerde informatie in nadere bepalingen is voorzien.

Helemaal vooraan in de StPO, te weten in Titel 2, art. 3 – art. 11 StPO wordt een aantal principiële bepalingen en garanties vooropgesteld. Daartoe behoort, naast de onschuldpresumptie, de opdracht steeds de menselijke waardigheid in acht te nemen, alsmede het gebod fair te handelen (*‘Grundsatz von Treu und Glaube’*) hetgeen zou kunnen vertaald als ‘naar eer en geweten’, alsmede het gebod tot voortvarendheid (art. 5). Alle andere bepalingen van de StPO moeten in de zin van deze waarden uitgelegd en toegepast worden. Het gebod van proportionaliteit, uitgedrukt in de sterkere norm van de *Verhältnismässigkeit*, staat als norm in art. 197 StPO betreffende de inleidende algemene voorschriften ter zake van (alle) dwangmiddelen. Deze algemenere beginselen spelen als zodanig, zoals hierna nader zal blijken, op een aantal een expliciete rol in de bescherming van het beroepsverschoningsrecht op onderdelen van de Zwitserse regeling daarvan.

De nieuwe StPO uit 2011 geeft uitvoering aan de Zwitserse grondwet, de *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*. Afgezien van de afzonderlijke vrijheidsrechten komen daarin voor de strafvordering belangrijke algemene bepalingen voor. Zoals in het

bijzonder art. 5 inzake ‘Grondslagen van rechtsstatelijk handelen’. Daarin is vastgelegd dat het recht de basis en de begrenzing vormt van elk overheidshandelen. Dat overheidshandelen moet steeds het algemeen belang dienen en proportioneel (*Verhältnismässig*) moet zijn. Er geldt de opdracht steeds te handelen naar de genoemde grondslag van ‘*nach Treu und Glauben*’.

De Grondwet kent geen uitdrukkelijke bepaling inzake het recht op een eerlijk proces (*faïres Verfahren*), noch enige (andere) bepaling die in het kader van het verschoningsrecht in strafzaken relevant is. Uiteraard gaat het Zwitsers recht uit van de aanspraak op een eerlijk proces als algemene grondslag en eventuele (aanvullende) norm of toetsingscriterium, al dan niet met verwijzing naar art. 6 van het EVRM. De Zwitserse Grondwet voorziet in het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer terwijl de menselijke waardigheid uitdrukkelijk wordt genoemd als een te respecteren en te beschermen (*‘zu achten und zu schützen’*) rechtsgoed.

Mede omdat Zwitserland geen aparte constitutionele rechtspraak heeft en de StPO 2011 in het licht van en ter uitvoering van de Grondwet is geformuleerd, kan de Grondwet hier verder buiten beschouwing blijven; zij heeft ook blijkens de literatuur en de interviews voor de bescherming van het functioneel verschoningsrecht niet of nauwelijks zelfstandige betekenis naast de bepalingen van de StPO ter zake.

Ook het EVRM/EHRM speelt in de Zwitserse literatuur en discussie inzake het verschoningsrecht geen rol van betekenis. Men gaat er van uit dat het Zwitsers recht daarmee in overeenstemming is. Met name de in 2024 gereviseerde regeling in art. 248 en art. 248a StPO inzake de verzegeling en ontzegeling van geprivilegieerde informatie totdat de rechter daarover heeft beslist, lijkt inderdaad in overeenstemming met de grondslagen van de EHRM-jurisprudentie die de Hoge Raad in ECLI:2024:375 als grondslag gebruikte voor de ‘herinrichting’ van de Nederlandse strafvordering ter zake. In vergelijking met Nederland lijkt diezelfde grondslag in Zwitserland vervolgens wel wat minder ‘krampachtig’ te worden toegepast; vgl. nader de bespreking van die regeling hierna.

Voor wat betreft de gerechten: de strafrechtspraak wordt in Zwitserland naar art. 13 StPO uitgeoefend door een viertal, functioneel aangeduide gerechten, wier functie in art. 18 – 21 StPO nog wat nader worden uitgewerkt. Voor het voorbereidend onderzoek en de toepassing van de regeling van het verschoningsrecht is het in art. 13 onder a genoemde kantonale *Zwangsmassnahmengericht* van belang. Dat is het tot op zekere hoogte met de art. 552a Sv-raadkamer vergelijkbare gerecht dat onder andere over de ontzegeling van geprivilegieerde informatie beslist.

Voor de rechtsmiddelen in het voorbereidend onderzoek spreekt art. 13 onder b StPO van de ‘*Beschwerdeinstanz*’. Voor de inhoudelijke beoordeling van een strafzaak noemt art. 13 StPO het gerecht in eerste aanleg (*das erstinstanzliche Gericht*) alsmede het gerecht voor het hoger beroep (het *Berufungsgericht*).

Deze functionele aanduiding is in zoverre noodzakelijk dat strafzaken in Zwitserland per kanton worden behandeld, maar er ook strafzaken zijn die op centraler niveau worden behandeld. In dat laatste geval treden (kamers van) het *Bundesstrafgericht* op. Die gerechtelijke instantie moet niet worden verwisseld met het Zwitserse *Bundesgericht* dat in de StPO niet

voorkomt, in strafzaken slechts een beperkte betekenis heeft en in het *Bundesgerichtsgesetz* een eigen regeling heeft. De inrichting van het *Bundesstrafgericht* en de regeling van de afstemming met de kantonale *Gerichtsbareit* is voorzien in het uit 2010 stammende, met de invoering van de nieuwe, centrale StPO in 2011 verband houdende *Strafbehördenorganisationsgesetz*.²⁷³

Overige wetgeving

In het onderstaande wordt nader ingegaan op de regeling van het strafprocesrecht in de StPO. Er is ook de aanpalende wetgeving van betreffende het bestuursstrafrecht (*Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*) dat bijvoorbeeld voor de opsporing van fiscale delicten door de Zwitserse FIOD van belang is, de aparte regeling van de (internationale²⁷⁴) rechtshulp in strafzaken in het *Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen* en de regeling van het militaire strafprocesrecht. Al deze regelingen bevatten ter zake van het functioneel verschoningsrecht in regeling of praktijk geen andere of opvallende aspecten.²⁷⁵ Per kanton bestaat verder nog *Polizei-recht* dat hier verder buiten beschouwing blijft.

5.2 Basisbepalingen inzake de zwijgplicht van de advocaat en de notaris

De bescherming van het verschoningsrecht van de advocaat (in strafzaken) en van de notaris in het Zwitserse strafprocesrecht vindt eerst en vooral zijn basis in de plicht tot geheimhouding in de betreffende beroepsregeling.

De regeling van het notariaat is aan de kantons overgelaten. Daarin vindt de plicht tot geheimhouding van hetgeen waarvan in de beroepsuitoefening kennis wordt genomen, z'n grondslag. Dergelijke kantonale regelingen bevatten soms ook voorwaarden aan de kantoorinrichting en -organisatie waaraan (aantoonbaar) voldaan moet zijn wil iemand tot de beroepsuitoefening van het notariaat worden toegelaten en waarop de voorgenomen kantoorinrichting en -organisatie preventief wordt gecontroleerd. Daarbij wordt ook de adequate inrichting van de te gebruiken, technische en andere infrastructuur bezien.

Voor de advocatuur geldt in Zwitserland wel een centrale regeling, te weten het *Anwaltsgesetz* uit 2000. Daarin is het beroepsgeheim voorzien in art. 13. Ingevolge het tweede lid hebben zij te zorgen voor c.q. in te staan voor de geheimhoudingsplicht van bij hen werkzame of door hen ingeschakelde personen die hen in de taakuitoefening, al dan niet in een concrete zaak, bijstaan, de *Hilfspersonen*.

²⁷³ *Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz)* van 19 maart 2010.

²⁷⁴ De kantonale structuur van Zwitserland noodzaakt tot uitdrukkelijke regeling van aspecten van rechtshulp in strafzaken tussen de kantons onderling. Die regeling is met hoofdstuk 4 van de algemeen-inleidende Titel 1 StPO inzake *Nationale Rechtshilfe* in de StPO zelf voorzien.

²⁷⁵ Vgl. het overzicht van de (geringe) verschillen bij D.K. Graf, *Praxishandbuch zur Siegelung*, Bern: Stämpfli Verlag 2022, p. 285-291.

5.3 De strafbepaling tot bescherming van het beroepsgeheim; het delict van art. 321 StGB

De bijbehorende strafbaarstelling van de schending van een beroepsgeheim is voorzien in art. 321 StGB. Daarin is strafbaar gesteld het openbaren van een geheim dat (o.a.) de advocaat of de notaris krachtens hun beroep of ambt is toevertrouwd of dat zij in de uitoefening daarvan waargenomen hebben (*wahrgenommen haben*). De strafbedreiging bedraagt drie jaar vrijheidsstraf of geldboete.

Er is in de wettelijke regeling van de bestanddelen van het delict zelf geen uitdrukkelijk uitzondering voorzien voor het openbaren op grond van wettelijke plichten daartoe of in geval van noodtoestand, bijvoorbeeld doordat alleen het ‘onbevoegd’ openbaren van geheim strafbaar is gesteld. Tegelijk wordt art. 321 lid 3 StGB uitgedrukt dat centrale en kantonale spreek- of inlichtingenplichten voorgaan, zij het dat in het strafprocesrecht is voorzien in een uitzondering op de getuigplicht, waarover nader hierna.

In art. 321 lid 2 StGB is uitdrukkelijk bepaald dat geen strafbaarheid bestaat als het openbaren van het geheim berust op de uitdrukkelijke toestemming van de rechthebbende op de gegevens. Dat geeft antwoord op de vraag ‘van wie’ het verschoningsrecht naar Zwitsers recht – in beginsel – is. Dat is eerst en vooral de rechthebbende op de gegevens. Tegelijk bestaat juist voor de advocaat in strafzaken in art. 171 StPO de uitzondering dat deze zich toch, ondanks de instemming van de rechthebbende, op het verschoningsrecht kan (blijven) beroepen. Zie daarover nader hierna bij de bespreking van art. 171 StPO.

Opmerkelijk is nog een ander deel van het tweede lid van art. 321 StGB. Degene die een beroepsgeheim openbaart is eveneens niet strafbaar als dat gebeurt op grond van een door de van art. 321 StGB-verdachte verzochte en aan hem verstrekte, schriftelijke bewilliging van het openbaren door de gezagsmeerdere of hiërarchisch hogere autoriteit of instantie van de verdachte, dan wel van een autoriteit die met toezicht op de beroepsuitoefening is belast (“Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis auf Grund [einer Einwilligung des Berechtigten oder] *einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat*. De toestemming moet schriftelijk worden verleend en ontheft van strafbaarheid ter zake van art. 321 StGB.

5.4 Basisbepaling van het verschoningsrecht: art. 171 StPO

In de StPO 2011 heeft ook de bescherming van het functioneel verschoningsrecht van verschillende beroepsgroepen, waaronder het beroep van de advocaat (in strafzaken) en van de notaris, een plaats, voor zover zij als getuige in strafzaken worden opgeroepen. De centrale bepaling is art. 171 StPO. In verband met die bepaling zijn de volgende aspecten in het bijzonder van belang.²⁷⁶

²⁷⁶ De hiernavolgende bespreking van de relevante onderdelen van het Zwitsers strafprocesrecht is in het bijzonder gebaseerd op D. Jositsch & N. Schmid, *Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) Praxiskommentar*, Zürich/St. Gallen: Dike 2023 (hierna: Jositsch/Schmid, Praxiskommentar) en op D. Jositsch & N. Schmid, *Handbuch des*

Reikwijdte buitenkant

In art. 171 is het verschoningsrecht voor heel veel daarin opgesomde beroepen, waaronder die van de advocaat en de notaris²⁷⁷, voorzien indien een daar genoemde beroepsbeoefenaar als getuige wordt opgeroepen. Voor de advocaat en de notaris geldt, dat dit de strafprocessuele vertaling is van de zwijgplicht uit de regels voor hun beroepsuitoefening.

Afgeleid verschoningsrecht

Het verschoningsrecht van art. 171 lid 1 StPO geldt naar de bewoordingen ervan op gelijke wijze voor al die personen die de beroepsverschoningsgerechtigde in de beroepsuitoefening bijstaan, samengevat aangeduid als de *Hilfspersonen*.²⁷⁸

Ingevolge art. 13 lid 2 *Anwaltsgesetz* hebben advocaten zorg te dragen c.q. in te staan voor de geheimhoudingsplicht van bij hen werkzame personen of personen die door hen in hun taak- en beroepsuitoefening, al dan niet in een concrete zaak, worden ingeschakeld.

Geheimhoudingsplicht noopt tot beroep op het verschoningsrecht

Naar de tekst van art. 171 lid 1 StPO ‘kunnen’ de daargenoemde beroepsbeoefenaren zich op hun verschoningsrecht beroepen. Zij hoeven dat dus niet te doen, maar in verbinding met de zwijgplicht voor de advocaat en de notaris op grond van beroepsverordeningen en de strafbaarstelling van de schending daarvan in art. 321 StGB indien de beroepsbeoefenaar daaruit niet door de rechthebbende op de gegevens is ontslagen, wordt algemeen aangenomen dat daarmee het recht om zich als getuige te verschonen *de iure* en de facto als een plicht tot verschoning moet worden gezien.²⁷⁹

Absoluut versus relatief verschoningsrecht: groter belang waarheidsvinding

De opsomming van beroepen in art. 171 StPO is voor dat artikel uitputtend.²⁸⁰ Voor het verschoningsrecht van (opkomende) andere beroepen die (nog) niet uitdrukkelijk in art. 171 zijn opgesomd of daaraan toegevoegd, is met art. 173 lid 1 en lid 2 StPO voorzien in een relatief verschoningsrecht.²⁸¹ De bepaling is relevant omdat daarin is voorzien in de uitzondering dat – naar het oordeel van de *Strafbehörde* – de belangen van de waarheidsvinding in een concrete strafzaak voorrang moeten hebben boven het verschoningsrecht, hetgeen met name bij ernstige delicten aan de orde kan zijn. Dat betreft – vergeleken met het Nederlandse recht – de categorie van de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’, op grond waarvan ook naar Nederlands recht in

schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen: Dike 2023 (hierna: Jositsch/Schmid, Handbuch). Vanwege de overvloedige, maar casuïstische en deels door recente wetgeving achterhaalde jurisprudentie, zij daarvoor naar deze werken verwezen.

²⁷⁷ De opsomming in de wet noemt steeds de vrouwelijke en de mannelijke vorm (“... *Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Verteidigerinnen und Verteidiger, Notarinnen und Notare...*”); de door ons vanwege de leesbaarheid gebruikte term advocaat respectievelijk notaris is, zoals ook naar Nederlands spraakgebruik gebruikelijk, geslachtsneutraal.

²⁷⁸ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 5 bij art. 171 en Jositsch/Schmid Handbuch, randnr. 896.

²⁷⁹ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 1 Vor Art. 168-176 en Jositsch/Schmid Handbuch, randnr. 897.

²⁸⁰ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 4 Vor Art. 168-176.

²⁸¹ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant.1 bij 173 spreken van een verschoningsrecht der tweede en deels der derde klasse.

concrete strafzaken de dan aan de orde zijnde specifieke afweging tussen waarheidsvinding en verschoningsrecht ten gunste van (de waarheidsvinding in) de strafvordering uit kan vallen. Die mogelijkheid is dus in de Zwitserse StPO ook aanwezig, zij het uitdrukkelijk in de wet voorzien. En belangrijker: alleen geldend voor de ‘overige’ verschoningsgerechtigden van art. 173, en daarmee niet voor de ‘klassieke’ verschoningsgerechtigden van art. 171 StPO, waaronder de advocaat en de notaris.

Wijzen op het verschoningsrecht; art. 177 StPO

De bevoegdheid c.q. de plicht tot verschoning rust op de beroepsverschoningsgerechtigde zelf; de norm om de geheimhoudingsplicht na te leven, rust op hem. Daarom is onduidelijk of de plicht om de getuige op zijn verschoningsrecht te wijzen (art. 177 StPO) en de plicht voor de *Strafbehörde* om, waar nodig, partijen verder in te lichten (art. 3 StPO) in dat geval van toepassing zijn.²⁸² Art. 177 StPO is primair gericht op bescherming van de niet-juridisch geschoolde getuige, aan wie, bijvoorbeeld als familielid van de verdachte, een verschoningsrecht toekomt. In elk geval bestaat de plicht om de getuige op een (eventueel) verschoningsrecht te wijzen, voorafgaande aan het verhoor dan wel tijdens het verhoor, als en zodra de verhorende *Behörde* op grond van het verhoor of reeds uit het dossier het vermoeden van het bestaan van een verschoningsrecht vermoedt. Blijft het informeren van de getuige achterwege of – een interessante toevoeging – beroept een getuige zich achteraf eerst op zijn verschoningsrecht, dan zijn de resultaten van *dat* verhoor niet als bewijs in de strafzaak bruikbaar. Het verhoor kan wel met inachtneming van het verschoningsrecht worden herhaald.²⁸³

Reikwijdte binnenkant

Art. 171 StPO is alleen van toepassing op hetgeen aan de beroepsbeoefenaren als zodanig is toevertrouwd of door hen is waargenomen. De wet spreekt van ‘*Geheimnisse (...) die ihnen auf Grund ihres Berufes anvertraut worden sind oder die sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben*’.

Dit wordt in zoverre ruim uitgelegd dat dit alle onderdelen omvat van de voorlichting in het kader van de rechtsbijstand aan de cliënt, het gehele pallet van het *Anwaltsmonopol* (of dat van de notaris). Tegelijkertijd zijn daarvan alle andere (rechts)handelingen uitgezonderd. Uiteraard niet alleen privé-communicatie, maar ook incidentele adviezen aan of meer structurele bijstand aan bijvoorbeeld een onderneming, zonder dat van een beroepsverhouding sprake is waarin de advocaat een cliënt bijstaat, vallen erbuiten. Men spreekt wel van ‘accessoire’ activiteiten van het besturen van een rechtspersoon of activiteiten in het kader van vermogensbeheer door belastingrechtadvocaten. Aan de advocaat tevens ondernemingsjurist komt niet zonder meer in die laatste functie als zodanig een verschoningsrecht toe voor activiteiten anders dan die welke typisch zijn voor de advocaat.²⁸⁴ Beslissend is of ‘*bei den fraglichen Dienstleistungen die kaufmännisch-operativen oder die anwaltsspezifischen Elemente objektiv überwiegen*’.²⁸⁵ Dat

²⁸² Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 7 bij art. 177.

²⁸³ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 3 bij art. 177.

²⁸⁴ Jositsch/Schmid, Handbuch, randnr. 899.

²⁸⁵ BGer 0 1B_85/2016 0 Strafprozess.

nadrukkelijk(ere) onderscheid laat meer mogelijkheden om desnoods per geval te beslissen bepaalde delen van informatie die bij een advocaat of notaris in beslag is genomen, toch niet onder het beroepsverschoningsrecht vallen zoals door art. 171 StPO wordt beschermd.²⁸⁶ De afgrenzing kan in de hierna nader te bespreken procedure tot ontzegeling en de daarbij vaak ingezette triage worden onderzocht.

Uitzondering in geval van wettelijke spreekplicht en in geval van ontslag uit het verschoningsrecht, maar niet in strafzaken

In art. 171 lid 1 onder a StPO wordt een eerste uitzondering gemaakt op het verschoningsrecht, voor het geval voor de betrokkene een plicht bestaat om aangifte te doen. Voor de advocaat en de notaris is dat minder van belang. Wel bevat art. 302 StPO een met de Nederlandse Sv-voorziening te vergelijken plicht voor ambtenaren om aangifte te doen van in de ambtsuitoefening ontdekte strafbare feiten. Interessant is voorts de uitdrukkelijke voorziening in art. 253 StPO op grond waarvan de kantons nader kunnen bepalen welke ‘*Medizinalpersonen*’ verplicht zijn om aan de *Strafbehörde* melding te maken van *aussergewöhnliche Todesfälle*. Bij dergelijke verplichtingen meldingen bestaat uiteraard ook geen strafbaarheid ter zake van art. 321 StGB meer.²⁸⁷

Naar de uitdrukkelijke voorziening in art. 171 lid 2 onder b StPO geldt het beroepsverschoningsrecht – in beginsel – niet, als de beroepsverschoningsgerechtigde door de betrokkene uit zijn zwijgplicht ontslagen is. Tegelijk kent die mogelijkheid enige beperkingen.

Omdat het ontslag uit de zwijgplicht verbonden is met de strafbaarstelling van een onbevoegde schending van de geheimhoudingsplicht, verwijst art. 171 lid 2 onder b StPO ter zake naar de gelijknamige formulering in het hierboven besproken art. 321 StGB.

Daar is benoemd dat de ontheffing van de zwijgplicht voor de advocaat of de notaris op grond van art. 171 lid 2 sub b StPO ook schriftelijk verleend kan worden door de beroepsorganisatie van de verschoningsgerechtigde op diens verzoek. Zij kunnen dus binnen eigen beroepsorganisaties toestemming vragen om informatie te openbaren. Deze mogelijkheid wordt, blijkens de interviews, gezien als een grote uitzondering die niet van betekenis is in de strafvordering. Dat heeft ook te maken met de aanvullende bepalingen in art. 171 lid 3 en lid 4 StPO.

Meer in het algemeen schrijft art. 171 lid 3 StPO de *Strafbehörde* voor het beroepsgeheim ondanks ontheffing toch voor te laten gaan, indien de verschoningsgerechtigde aannemelijk maakt dat de belangen *in concreto* gediend met het verschoningsrecht belangrijker te wegen hebben dan de waarheidsvinding in strafzaken. Het openbaren ten behoeve van dat aannemelijk maken is evenmin een schending van art. 321 StGB.

Meer specifiek voor de advocaat is echter het voorbehoud van belang dat art. 171 lid 4 maakt met verwijzing naar het *Anwaltsgesetz* van belang. In art. 13 van dat *Anwaltsgesetz* is uitdrukkelijk voorzien in de specifieke bepaling dat de ontheffing door degene op wie de te geheim te houden informatie betrekking heeft c.q. door de beroepsorganisatie toch niet geldt

²⁸⁶ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 3 bij 177.

²⁸⁷ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 12 bij art. 253.

voor de advocaat. Aan (uitsluitend) deze beroepsbeoefenaar blijft daarmee het recht om (uitsluitend) zelf te beslissen of een beroep op het verschoningsrecht als advocaat moet worden gedaan, hetgeen, gegeven zijn zwijgplicht, voor de hand ligt.

Deze uitzondering geldt op grond van art. 171 lid 4 StPO juncto art. 13 *Anwaltsgesetz* voor elke advocaat in de betreffende beroepsuitoefening waarop het verschoningsrecht ziet. De uitzondering geldt niet alleen voor de advocaat in strafzaken. Zij geldt tegelijk uitsluitend voor de advocaat. Aan de notaris of – bijvoorbeeld – aan de medicus wordt dit voorrecht niet gegund.²⁸⁸ Resultaten verkregen zonder ontheffing van de zwijgplicht kunnen niet als bewijs worden gebruikt, al kan de ontheffing wel alsnog worden verleend.²⁸⁹

De verdachte verschoningsgerechtigde

In art. 171 StPO is niet voorzien in een algemene of uitdrukkelijke voorziening in geval de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is. Toch is dat een relevante factor; met name in de concrete regeling van de uitwerking van het verschoningsrecht bij de toepassing van dwangmiddelen maakt de StPO een uitzondering voor het geval de verschoningsgerechtigde medeverdachte is in hetzelfde feitencomplex waarop de verdenking tegen de cliënt betrekking heeft. Vgl. in het bijzonder het hierna nader te bespreken art. 264 lid 1 onder c en onder d StPO.

5.5 Uitwerking van het verschoningsrecht in de verdere regeling in de StPO

Een aantal bepalingen in de StPO betreft de uitwerking van de bescherming van het functioneel verschoningsrecht bij de toepassing van dwangmiddelen en opsporingsmethoden.

Het Zwitserse WvSv voorziet met Titel 5 (*Zwangsmassnahmen*) in verschillende, hier relevante hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk van deze Titel bevat algemene bepalingen, het vierde hoofdstuk bevat de regeling van (verschillende) doorzoeken en onderzoeken (met een eigen afdeling algemene bepalingen), hoofdstuk 7 gaat over inbeslagneming en hoofdstuk 8 over heimelijke bevoegdheden, waaronder het opnemen van telecommunicatie gedurende de communicatie.

De toepassing van opsporingsbevoegdheden wordt in het voorbereidend onderzoek veelal ten principale door de zaaksbetrokken officier van justitie bevolen²⁹⁰. Er bestaat in Zwitserland het al genoemde dwangmiddelengerecht (*Zwangsmassnahmengericht*), maar dat is alleen bevoegd ter zake van de in de wet uitdrukkelijk aan dit gerecht opgedragen beslissingen.

Voor de bescherming van het beroepsverschoningsrecht in de betreffende regelingen geldt in feite het adagium dat veel, zo niet alle wegen naar Rome leiden, althans naar dat *Zwangsmassnahmengericht*, het gerecht dat in het voorbereidend onderzoek beslist over hetgeen in een concrete strafzaak wel of niet door het verschoningsrecht wordt beschermd, c.q.

²⁸⁸ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 16 bij 171; deze auteurs noemen het opvallend dat ook voor de arts hooguit de mogelijkheid van art. 171 lid 3 StPO (groter belang verschoningsrecht aannemelijk maken) geldt.

²⁸⁹ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 7 bij 171.

²⁹⁰ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 5 bij 198.

als informatie in het (verdere) verloop van de strafzaak kan worden gebruikt. Een belangrijk onderdeel van die regeling is de eerst op 1 januari 2024 in werking getreden herziene regeling tot verzegeling vanwege het verschoningsrecht en de dan aansluitende (procedure tot) ontzegging van het nieuwe art. 248a StPO. In dat kader vindt in de praktijk in veel zaken uitgebreide triage tussen betrokken partijen plaats. Een dergelijke triage vindt (uiteindelijk) ook plaats ten aanzien van mogelijk door het verschoningsrecht beschermde informatie uit de toepassing van de heimelijke bevoegdheid tot het onderscheppen van telecommunicatie, ter zake waarvan informatie tot bescherming van het verschoningsrecht naar art. 271 StPO onder leiding van een rechter wordt gefilterd ('...unter Leitung eines Gerichts auszusondern...').

Titel 5, Hoofdstuk 4: Durchsuchungen und Untersuchungen

Het vierde hoofdstuk van Titel 5 StPO heeft een afdeling algemene bepalingen en maakt onderscheid in *Hausdurchsuchungen* (tweede afdeling) en de doorzoeking van gegevens en gegevensdragers (derde afdeling). Verder bevat het hoofdstuk 4 hier niet relevante afdelingen over de doorzoeking van personen en een afdeling over het onderzoek aan lijken.

Algemene bepalingen; geen expliciet verbod toepassing tegen verschoningsgerechtigden; toevallige vondsten

De onderzoeksmaatregelen uit Hoofdstuk 4 kunnen niet alleen tegen de verdachte, maar veelal ook tegen derden worden toegepast, al gelden er dan wel specifiekere voorschriften van terughoudende toepassing naar art. 197 lid 2 StPO uit het hoofdstuk Algemene bepalingen bij Titel 5: dwangmiddelen die een inbreuk vormen op de rechten van niet-verdachte derden moeten met grote terughoudendheid ('*besonders zurückhaltend*') worden toegepast. Voorts bevat art. 251 lid 4 StPO nadere beperkingen bij en voorwaarden voor het onderzoek aan de persoon van een niet-verdachte. Er bestaat daarbij echter geen specifieke wettelijke beperkingen voor de toepassing van deze bevoegdheden tegen beroepsverschoningsgerechtigden, in het bijzonder niet een verbod tot zodanige toepassing. Voor zover echter de resultaten ervan door het verschoningsrecht worden beschermd, en daarom niet (eens) in beslag mogen worden genomen of daartoe veiliggesteld (art. 264 StPO waarover nader hierna) c.q. niet als bewijsmiddel mogen worden uitgewerkt, vormt dat ook in de praktijk wel – impliciet – een beperking voor de toepassing van de betreffende onderzoeks- en onderzoeksbevoegdheden.

De toepassing van de bevoegdheden van Titel 5 moeten vooraf en – in beginsel – schriftelijk worden bevolen, ook als de betreffende autoriteit het bevel vervolgens zelf uitvoert.²⁹¹ Zulks mede omdat, als niet van heimelijke bevoegdheden sprake is, dat bevel aan de betreffende burger moet worden uitgereikt. Maar het schriftelijk bevel vooraf is niet aan een rechter voorbehouden. In geval van nood voor de opsporing kan met een mondeling bevel worden volstaan, c.q. kan de politie reeds voorlopig optreden met bevestiging daarvan achteraf. Een bevel is ook nodig als de burger met de maatregel instemt, tenzij de wet daarvoor een specifieke uitzondering maakt, zoals bij de doorzoeking het geval is.

²⁹¹ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 7 bij 244.

De afdeling algemene bepalingen bij Hoofdstuk 4 van Titel 5 vermeldt in art. 243 StPO ook dat toevallige vondsten (bij rechtmatige toepassing van dwangmiddelen) die op een ander strafbaar feit duiden, veiliggesteld mogen worden en (eventueel) gebruikt in de strafvordering; maar brede *fishing expeditions* heeft de wetgever al uitdrukkelijk uitgesloten.²⁹²

Hoofdstuk 4, Tweede afdeling; doorzoeking van woningen en andere, niet vrij toegankelijke ruimten

In de regeling van art. 244 StPO staat het doorzoeken met toestemming van de betrokkene voorop. Maar die toestemming niet nodig als in de te doorzoeken plaats (o.a.) voor het bewijs te gebruiken voorwerpen (in ruime zin) of vermogensrechten vermoed worden. Er gelden geen aparte regels voor het doorzoeken van bepaalde plaatsen, zoals een woning (al dan niet: van een niet-verdachte en al dan niet gedurende de voor de nachtrust bestemde tijd) of een kantoor van een verschoningsgerechtigde. Er is geen rechter bij betrokken, noch is voorzien in de mogelijkheid een beroepsgenoot aanwezig te doen zijn, al is ook niet verboden. Daarom wordt van deze optie in de pragmatische Zwitserse praktijk in voorkomende gevallen toch gebruik gemaakt. Dat mede omdat deze mogelijkheid met art. 247 StPO wel uitdrukkelijk is voorzien voor het doorzoeken van gegevensbestanden; zie nader hierna.

De bevoegdheid omvat het doorzoeken van eventuele nadere ‘ruimten’ op en in de te doorzoeken plaats, zoals kamers, kasten, etc. Voor het doorzoeken van vastgelegde ‘boodschappen’ (*Aufzeichnungen*), waaronder (gegevens op) gegevensdragers zoals computers, geldt echter de aparte regeling van de derde afdeling van Hoofdstuk 4, Titel 5; art. 246 – 248a StPO. Die regeling bevat de plicht tot verzegeling in geval van een beroep op een verschoningsrecht. De wet gaat ervan uit dat er zoveel mogelijk een persoon bij de doorzoeking aanwezig is (bewoner, eigenaar, familielid of een andere geëigende persoon, zoals een plaatselijke ambtspersoon) om de rechtmatigheid van de doorzoeking te controleren. Er staat niets aan in de weg dat de advocaat van de verdachte de doorzoeking bijwoont, al is dat geen recht waarvan de naleving de rechtmatigheid van de doorzoeking bepaalt noch hoeft de doorzoeking daartoe te worden uitgesteld of opgeschort.²⁹³

Van elke doorzoeking wordt een verslag gemaakt waarin wordt gerelateerd wat daarbij veilig is gesteld. Dat verslag wordt aan de rechthebbende van de doorzochte plaats uitgereikt.

Hoofdstuk 4, derde afdeling; doorzoeking van gegevensbestanden; verzegeling; inschakeling van een beroepsgenoot

Het doorzoeken van gegevensbestanden is apart voorzien in art. 246 – 248a StPO. In art. 246 is de algemene bevoegdheid neergelegd om gegevensdragers in brede zin te doorzoeken op voor de strafvordering relevante en daartoe in beslag te nemen gegevens. Het kan gaan om gegevensverzamelingen in ruime zin (waaronder iPhones) en dus ook totale bestanden van een kantoor van een geheimhouder.²⁹⁴ Doorzoeking is mogelijk als – naar art. 246 StPO – te

²⁹² Dit artikel betreft de toevallige vondsten bij de doorzoeking. De regeling van andere dwangmiddelen bevat een vergelijkbare bepaling tot uitdrukkelijke wettelijke regeling van de voorwaarden waaronder toevallige vondsten toch kunnen worden gebruikt.

²⁹³ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 6 bij art. 246.

²⁹⁴ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 2 bij 247.

vermoeden is, dat zich in de gegevens(bestanden) informatie bevindt die vatbaar is voor inbeslagneming. Zoals vermeld, worden gegevens onder het verschoningsrecht in beginsel door het hierna nog te bespreken art. 264 StPO tegen inbeslagneming beschermd.

De rechthebbende op de gegevens kan om medewerking worden gevraagd en daartoe uitgenodigd worden. Art. 247 lid 1 StPO bevat het voorschrift dat de rechthebbende op de gegevens zich eerst eens (*‘vorgängig’*) over de gegevens kan uitlaten. Daarbij kan een beroep worden gedaan op dat verschoningsrecht, hetgeen ex art. 248 StPO tot verzegeling van die gegevens noopt.

Voorts kan de rechthebbende op de gegevens worden verzocht om kopieën te verstrekken of om het kopiëren van bestanden mogelijk te maken. Enerzijds schrijft art. 247 lid 3 StPO (zelfs) uitdrukkelijk voor dat met deze op uitnodiging verstrekte kopieën moet worden volstaan als dat voor de strafvordering voldoende is. Maar de wet voorziet anderzijds niet in een plicht tot enige medewerking; zo’n plicht kan sowieso niet voor de verdachte-rechthebbende bestaan. Daarmee maakt art. 247 StPO ruimte voor twee alternatieven: het meenemen van de gegevensdrager ter beslagneming en verder onderzoek daaraan tot aan het einde van de strafzaak, of het kopiëren van de inhoud van gegevensdragers met veiligstellen van de gegevensdrager ‘slechts’ totdat het kopiëren is voltooid en de gegevensdrager kan worden teruggegeven. De mogelijkheid om bij die tweede variant de gegevens(dragers) aanzienlijk sneller terug te (kunnen) geven vergroot in de praktijk de bereidheid om mee te werken aan het (doen) maken van een kopie, al dan niet onder nadere afspraken met de opsporingsautoriteiten.

Inschakeling beroepsgenoot

Anders dan bij de doorzoeking *sec*, is met art. 247 lid 2 StPO bij het doorzoeken van gegevensbestanden expliciet voorzien in de mogelijkheid tot inschakeling van experts (*sachverständige Personen*), in het bijzonder als het gaat om de inhoud van de bestanden te bezien op mogelijk geprivilegieerde informatie. Dat betreft in het bijzonder de situatie dat tussen de rechthebbende op de gegevens en de strafvorderlijke actoren ter zake verschil van mening bestaat. De in te schakelen expert kan een gezaghebbende ambtgenoot zijn, waarbij ten aanzien van advocaten aan de regionale voorzitter van de beroepsorganisatie wordt genoemd.²⁹⁵ Diens functie is vooral die van een (voorlopige) scheidsrechter. Hij of zij kan zich uitlaten over het antwoord op de vraag in hoeverre bepaalde gegevens voor het beroepsverschoningsrecht naar de omschrijving daarvan in art. 171 StPO, waardoor die gegevens beschermd op grond van art. 264 StPO beschermd zijn tegen inbeslagneming. Een beslissingsbevoegdheid komt deze derde daarbij niet toe: als de rechthebbende en de *Staatsanwalt* het op basis van het oordeel van deze derde ter zake niet tot overeenstemming geraken, blijft de procedure van de verzegeling en ontzegeling aangewezen.

²⁹⁵ Jositsch/Schmid, *Praxiskommentar*, aant. 5 bij art. 247 StPO; deze auteurs merken op dat, anders dan voor de huidige StPO in sommige kantonale regelingen kennelijk wel voorkwam, deze rol door een (onderzoeks)rechter wordt vervuld. De nieuwe, centrale StPO kent geen onderzoeksrechter in de Nederlandse zin van een rechter-commissaris.

Titel 5, hoofdstuk 7: de regeling van de inbeslagneming

In Titel 5, hoofdstuk 7, art. 263 – 268 StPO is voorzien in de regeling van de inbeslagneming.

Naar art. 263 StPO kunnen voorwerpen en vermogensrechten (*Gegenstände und Vermögenswerte*) in beslag worden genomen.

De inbeslagneming geschiedt op grond van een bevel daartoe van de *Staatsanwalt*, al dan niet samenlopend met een bevel tot doorzoeking of tot aanhouding van een verdachte. Bij dringende noodzaak kan de politie voor inbeslagneming vatbare voorwerpen veiligstellen en deze vervolgens aan de StA overhandigen ter nadere beslissing over (eventuele) inbeslagneming.

Van voorwerpen of gegevens die voor inbeslagneming vatbaar zijn, bestaat op grond van art. 265 StPO de plicht die uit te leveren; zodanige uitlevering kan op grond van het tweede lid van de betrokken rechthebbende ook worden gevorderd. Men spreekt wel van de *Editionspflicht*. Deze plicht tot uitlevering bestaat naar deze bepaling daarbij *niet* voor de verdachte noch voor de brede categorie van de verschoningsgerechtigde van art. 171 StPO, waaronder de advocaat en de notaris. Voor de uitlevering van gegevens door banken zijn aparte afspraken gemaakt.²⁹⁶ De bevoegdheid omvat het vorderen van de uitlevering van e-mails bij een provider. Ten aanzien van voor inbeslagneming gevorderde voorwerpen en gegevens is de regeling van art. 248 en art. 248a StPO inzake de verzegeling van toepassing.

Het verbod van inbeslagneming van art. 264 StPO

Voor de bescherming van het functioneel verschoningsrecht zijn de beperkingen van de inbeslagneming van art. 264 StPO relevant.

In art. 264 lid 1 StPO wordt met zoveel woorden vermeld dat de beperkingen gelden ongeacht waar de geprivilegieerde informatie zich bevindt en ongeacht het moment waarop deze tot stand gebracht is, bijvoorbeeld voor of eerst na het delict.

Tegelijk is art. 264 lid 1 in zijn opsomming beperkt tot ‘enkel’ de gegevens die daarin in specifieke categorieën zijn aangeduid. Het artikel bevat geen algemene beperking van uitsluiting van inbeslagneming van alle communicatie van elke beroepsverschoningsgerechtigde uit art. 171 StPO met zijn of haar cliënt. Sowieso bevat art. 264 in lid 2 StPO de algemene uitzondering dat de beperkingen van lid 1 niet gelden voor zover de inbeslagneming is gericht op onttrekking aan het verkeer of teruggave aan een gelaedeerde persoon.

De categorieën waarvoor het verbod tot inbeslagneming wel geldt betreffen naar art. 264 lid 1 StPO de navolgende:

- onder a: de gegevens uit het verkeer tussen de verdachte en zijn verdediging; ter zake geldt een absoluut verbod.
- onder b: de persoonlijke aantekeningen en correspondentie van de verdachte, indien het belang van de bescherming daarvan zwaarder weegt dan het belang van de strafvordering (‘wenn ihr Interesse am Schutz der Persönlichkeit das

²⁹⁶ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 4 bij 265.

Strafverfolgungsinteresse überwiegt'). Dat is bij zwaardere delicten al snel niet het geval.²⁹⁷

- onder c: voorwerpen of gegevens uit het verkeer van de verdachte met (andere) personen aan wie op grond van art. 170 – 173 een verschoningsrecht toekomt.

Daartoe behoort ook (communicatie met) de notaris. Voor deze categorie geldt op grond van art. 264 StPO de beperking niet als de betrokken verschoningsgerechtigde zelf verdachte is in hetzelfde feitencomplex als de verdachte/niet-verschoningsgerechtigde.

- die laatste voorwaarde geldt ook bij de categorie van art. 264 lid 1 sub d: de communicatie van andere personen met zijn of haar advocaat.

De categorie onder a vloeit voort uit de bescherming van het vrije verkeer tussen de verdachte en zijn raadsman, en in zoverre ook uit het recht op een *faïres Verfahren* respectievelijk uit art. 6 EVRM.²⁹⁸ De categorie wordt ruim getrokken en includeert gegevens uit het verkeer met de *Verteidiger* betreffende met de strafzaak samenhangende civiele of administratieve procedures. Ook aantekeningen die de verdachte voor zijn eigen verdediging maakte en aan de advocaat ter beschikking stelde, zijn beschermd. Omdat het (wel) moet gaan om gegevens uit het verkeer tussen verdachte en raadsman wordt aangenomen dat de beperking niet geldt voor gegevens die al voor het begaan van het delict zijn ontstaan omdat die gegevens naar hun aard niet behoren tot de verdachte-verdediger relatie.²⁹⁹ Uiteraard zijn ook niet beschermd de gegevens die niet onder het bereik van het verschoningsrecht vallen, zoals communicatie betreffende vermogensbeheer door de advocaat.³⁰⁰

Voor de categorie onder c is van belang dat daarin dus niet alle verkeer tussen een beroepsverschoningsgerechtigde en zijn of haar client van inbeslagneming wordt gevrijwaard. Uitgesloten in art. 264 StPO is uitsluitend de correspondentie van de (zelf niet verdachte) verschoningsgerechtigde met *de Beschuldigte*. Dat klinkt alsof communicatie van andere burgers met verschoningsgerechtigden niet beschermd is. Dat is echter wel het geval, zij het niet via de tekst van art. 264 StPO. Elke (andere) verschoningsgerechtigde kan op grond van art. 171 StPO aannemelijk maken dat zijn belang bij geheimhouding zwaarder moet wegen dan de belangen van de opsporing. Voor gegevens uit de communicatie van – bijvoorbeeld – derden/patiënten van de arts bij wie een doorzoeking plaatsvindt, geldt dat reeds uit de voorwaarde dat inbeslagneming aantoonbaar verband moet houden met de opsporing in de concrete strafzaak. Gelet op het gebod van *Verhältnismässigkeit* in het algemeen, zijn ook dergelijke gegevens van inbeslagneming uitgezonderd. Voor (het zoeken naar) dergelijke gegevens wordt geen toestemming tot inbeslagneming verleend, zo is de aanname.

Ten slotte is er beperking van art. 264 lid 1 onder d; ook de communicatie tussen andere personen en hun advocaat is van inbeslagneming uitgezonderd. Het gaat dan bijvoorbeeld om communicatie tussen een getuige en diens advocaat in een strafzaak. Ook die uitzondering geldt

²⁹⁷ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 8a bij art. 264.

²⁹⁸ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 3 bij 264.

²⁹⁹ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 5 bij art. 264.

³⁰⁰ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 5 bij art. 264.

niet, als de advocaat zelf verdachte is in hetzelfde feitencomplex in de betreffende strafzaak waarin de inbeslagneming aan de orde is.

Met de beperkte regeling van de vrijwaring van inbeslagneming in art. 264 StPO is ook de inbeslagneming bij een verschoningsgerechtigde mogelijk. Daarbij kunnen ook van nogal wat, niet per se allemaal geprivilegieerde en door art. 264 StPO beschermde gegevens in beslag worden genomen. In de literatuur wordt erop gewezen dat daarom juist bij de (doorzoeking ter) inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden het gebod van *Verhältnismässigkeit*, de inzet van een beroepsgenoot ex art. 247 lid 2 StPO vereist.³⁰¹

De beperkingen van art. 264 lid 1 StPO worden kracht bijgezet door het bepaalde in het derde lid daarvan. Indien de (vermeende) gerechtigde tot bepaalde gegevens (*die Inhaberin oder der Inhaber*) er zich op beroept dat een van de beperkingen van het eerste lid van toepassing is, dan wordt in dat lid aan de actoren van de strafvorderlijke overheid voorgeschreven naar de voorschriften van de verzegeling en de ontzegeling (*Siegelung*) te handelen. Kennisnemen van de gegevens door de opsporingsautoriteiten is dan vooralsnog uitgesloten.

5.6 Verzegeling en ontzegeling; de drie stappen van art. 248 en art. 248a StPO; triage³⁰²

Voor de bescherming van het beroepsverschoningsrecht is de reeds verschillende malen genoemde regeling van de verzegeling en ontzegeling van art. 248 en art. 248a StPO van grote betekenis.

5.6.1 Inleiding: een regeling met twee componenten en een drietraps-procedure

De regeling bevat in wezen twee componenten. De eerste is dat de verzegeling niet van rechtswege intreedt noch door de StA (of de rechter) ambtshalve moet worden toegepast. De regeling treedt pas in werking als de rechthebbende op de gegevens er een voldoende uitdrukkelijk beroep op doet. Als dat niet gebeurt, is geen verzegeling nodig. Dat ‘er is geen beroep op gedaan’ is daarbij enerzijds als feitelijke constatering voldoende; er is geen sprake van gebruik van die gegevens met toestemming van de rechthebbende, waardoor het afzien van een beroep op het verschoningsrecht aan de eisen van ‘informed consent’ zou moeten voldoen. Anderzijds worden aan beroep op verzegeling geen al te hoge eisen gesteld. Onder omstandigheden met de opsporingsautoriteiten verzet of protest van de rechthebbende als een beroep op de verzegeling beschouwen.³⁰³ De rechthebbende moet op de mogelijkheid van verzegeling worden gewezen. Is de verzegeling ingeroepen, dan impliceert dat naar de uitdrukkelijke bewoordingen van art. 248, lid 1, laatste volzin, StPO, dat de

³⁰¹ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 10 bij 264.

³⁰² Het onderstaande is, naast Jositsch/Schmid, Praxiskommentar en Jositsch/Schmid, Handbuch in het bijzonder gebaseerd op D.K. Graf, *Praxishandbuch zur Siegelung*, Bern: Stämpfli Verlag 2022 voornoemd (hierna: Graf). In deze uitgave uit 2022 is de in dat jaar tot stand gekomen wettelijke voorziening van art. 248a StPO verwerkt als ware het reeds in werking getreden, hetgeen daadwerkelijk op 1 januari 2024 geschiedde. Graf's commentaar is daarbij rijkelijk voorzien van verwijzingen naar relevante, deels ongepubliceerde rechtspraak uit de periode daarvoor.

³⁰³ Jositsch/Schmid, Handbuch, randnr. 1076.

opsporingsautoriteiten, de *Strafbehörde*, vanaf dat moment van de inhoud van de gegevens geen kennis meer mogen nemen totdat daarover door de rechter is beslist.

De tweede component is dat daarmee in de regeling van de verzegeling en de ontzegeling sprake is van een proces in drie fasen. De eerste fase is dat beroep op verzegeling in verband met het verschoningsrecht door de rechthebbende. Wordt zodanig beroep gedaan, dan is het aan de StA om de rechterlijke procedure tot *ontzegeling* in het leiden. De rechterlijke beslissing ontstaat dus niet – zoals bij art. 98 juncto 552a van de Nederlandse strafvordering – op beklag van de rechthebbende of de verschoningsgerechtigde, maar op initiatief en verzoek (‘vordering’ zouden wij zeggen) van de officier van justitie. Degene die de verzegeling heeft ingeroepen wordt daarmee in de literatuur aangeduid als de *Versuchsgegner*, de tegenspreker van het OM-verzoek. Dit *Entsiegelungsgesuch* van de StA is de tweede fase in het proces.

De derde fase is dan uiteraard de beslissing van het gerecht op het StA-verzoek tot ontzegeling. In het voorbereidend onderzoek is daartoe het *Zwangsmassnahmengericht* bevoegd. Het is met name dit onderdeel van de procedure dat met art. 248a StPO per 1 januari 2024 en in zoverre zeer recent van een uitdrukkelijke regeling is voorzien.

5.6.2 Overloop en afbakening ten opzichte van de procedure bij heimelijke bevoegdheden

Alvorens nader inhoudelijk in te gaan op de verzegeling/ontzegeling vraagt een aspect van afbakening en samenloop met een andere regeling van het verschoningsrecht in de StPO nadere aandacht. Dat betreft de afbakening met (de procedure tot) de bescherming van het verschoningsrecht bij de heimelijke opsporingsbevoegdheid tot het onderscheppen van telecommunicatie.

In Titel 5 van de Zwitserse StPO zijn de opsporingsbevoegdheden die neerkomen op een heimelijke bewaking van het doen en laten van personen, vanwege dat heimelijk karakter apart geregeld in Hoofdstuk 8 van die Titel inzake ‘*geheime Überwachungsmassnahmen*’. Het gaat dan om de bevoegdheden tot het ‘bewaken’ (inclusief vastleggen) van het telecommunicatieverkeer, de inzet van technische middelen tot het onderscheppen van ‘gewone’ communicatie op niet openbare plaatsen, observatie, het vergaren van informatie uit het betalingsverkeer met banken en de heimelijke infiltratie en pseudokoop.

Voor het verschoningsrecht is in het bijzonder de regeling van de bevoegdheid tot het onderscheppen van telecommunicatie relevant. Die regeling bevat met art. 271 StPO een uitdrukkelijke regeling tot bescherming van het verschoningsrecht. Voor het overige bevat alleen art. 281 StPO de voorziening dat ruimten of voertuigen van (alle) beroepsverschoningsgerechtigden als bedoeld in art. 171 StPO gevrijwaard blijven van daarop gerichte observatie en bewaking naar hetgeen daar gebeurt of gesproken wordt door middel van de inzet van technische hulpmiddelen. Aangezien wordt verwezen naar alle beroepsverschoningsgerechtigden van art. 171 StPO geldt dit aspect van de bescherming van het verschoningsrecht niet alleen voor de advocaat, maar ook voor de notaris.

Terug naar de bevoegdheid tot heimelijke bewaking van het telecommunicatieverkeer. Het gaat daarbij naar Zwitsers recht niet uitsluitend om het onderscheppen van ‘lopende’ telecommunicatie, dat wil zeggen: gedurende de communicatie. De bevoegdheid ten aanzien

van telecommunicatie omvat ook het vergaren van zich nog bij de e-mailprovider bevindende (*zwischengelagerte*) e-mails die nog niet door de geadresseerde zijn gedownload, alsmede de ‘*Randdaten*’ betreffende de identificatie van de deelnemers aan de communicatie.³⁰⁴ Het vergaren van deze informatie verloopt dan niet via de bevoegdheid tot inbeslagneming. Die laatste bevoegdheid is weer wel van toepassing als het gaat om gegevens die door de geadresseerde van een e-mail zijn gedownload. Daarbij wijst Graf er in het bijzonder op dat zeker bij moderne iPhones in feite het downloaden nogal eens technisch-automatisch geschiedt, zodra een mail is binnengekomen. Het ‘doorzoeken’ van een iPhone is daarmee ‘verschoven’ naar de regeling van de bovengenoemde *Durchsuchung von Aufzeichnungen* van art. 246 StPO met de regeling van de verzegeling ter bescherming van het functioneel verschoningsrecht.

Vanwege deze samenloop of overloop is relevant dat de regeling inzake het bewaken van het telecommunicatieverkeer en de bescherming van het functioneel verschoningsrecht er procedureel iets anders uitziet dan die van de verzegeling/ontzegeling bij de inbeslagneming, met name in de toeleiding naar een beslissing van een gerecht. De telecommunicatie van een verschoningsgerechtigde mag daarbij sowieso uitsluitend worden onderschept als deze zelf verdachte is³⁰⁵ of, als derde-niet verdachte, voor de verdachte mededelingen aanneemt of van de verdachte afkomstige mededelingen aan derden doorgeleid. De communicatie van andere derden/niet-verdachten is in de strafvordering niet bruikbaar als zij voor de strafzaak niet relevant is, als onderdeel van het proportionaliteitsverbod van 197 StPO.³⁰⁶ Stuiten de opsporingsautoriteiten bij het aldus bewaken van telecommunicatie van een verschoningsgerechtigde of bij de bewaking van dat verkeer van een ander (zoals de verdachte) op door het verschoningsrecht geprivilegieerde informatie, dan moet deze informatie, naar de uitdrukkelijke regeling van art. 271 ‘onder leiding van een gerecht’ worden uitgezonderd. Het hier bevoegde gerecht in veel gevallen weer het *Zwangsmassnahmengericht*. Daarbij is in dat art. 271 StPO uitdrukkelijk voorgeschreven dat van dergelijke informatie geen verdere kennis mag worden genomen noch verder mag worden uitgewerkt, maar meteen (*sofort*) moet worden vernietigd.

Vanwege de heimelijkheid van de bevoegdheid zijn de eerste twee stappen van de verzegeling/ontzegeling bij het onderscheppen van telecommunicatie niet mogelijk. Maar de rol van de rechter die deze gegevens uitzondert (bij art. 271 StPO niet van inbeslagneming, maar van verder gebruik in de strafvordering) is in zoverre gelijk dat ook in dit geval de (zelfde) rechter (het *Zwangsmassnahmengericht*) nogal eens een triage uitvoert.³⁰⁷ Daarbij gelden dan dezelfde uitgangspunten, mogelijkheden en praktische aanwending voor een eventuele triage als bij de (procedure tot) ontzegeling van art. 248a StPO. In de derde fase lopen art. 248a en art. 271 StPO in zoverre, zeker in de praktijk, gelijk op.

³⁰⁴ Graf, p. 35–37 met verwijzing naar de relevante beslissingen van het *Bundesgericht*. Idem J/S Praxiskommentar, aant. 3 voor art. 269-279 StPO.

³⁰⁵ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 1 bij art. 271 StPO.

³⁰⁶ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 7 bij art. 270 StPO.

³⁰⁷ Jositsch/Schmid, Praxiskommentar, aant. 2 – 5a bij art. 271 StPO.

5.6.3 Nader over de verzegeling; toepassingsbereik; om welke gegevens gaat het en wie kan de verzegeling inroepen?

De regeling van de verzegeling is naar art. 248 StPO van toepassing als aan de zakelijke en persoonlijke voorwaarden ervan voldaan is. De regeling is, zoals reeds aangeduid, in het bijzonder van toepassing ten aanzien van (doorzoeking ter) inbeslagneming dan wel in geval voor inbeslagneming vatbare gegevens op voet van art. 265 StPO zijn gevorderd en waarbij het verbod van inbeslagneming ter bescherming van het verschoningsrecht van art. 264 StPO aan de orde is.

Voor wat betreft de persoon of personen die de verzegeling kunnen inroepen is relevant dat art. 248 StPO spreekt van de ‘Inhaber’ van de gegevens. Dat klinkt als beperking tot de rechthebbende op de gegevens, in de literatuur ook wel aangeduid als de *Geheimnisherr*, maar de bepaling is in de jurisprudentie uitgebreid tot degene die een rechtens erkend belang heeft bij geheimhouding.³⁰⁸ Deze (andere) ‘*berechtigde Person*’ moet daarom naar het voorschrift van art. 248 lid 2 StPO, zodra bekend geworden, door de opsporingsautoriteiten de gelegenheid worden geboden om binnen drie dagen de verzegeling te verzoeken.

Aan de ene kant is deze kring van personen in de rechtspraak beperkt tot degenen die een onmiddellijk belang hebben bij geheimhouding, maar anderzijds is duidelijk dat daarmee zowel de verdachte als de beroepsverschoningsgerechtigde de verzegeling kunnen verzoeken en daarmee het rechtsgevolg ervan kunnen bewerkstelligen.³⁰⁹ De mogelijkheid om de verzegeling in te roepen komt in zoverre niet slechts toe aan degene op wie de gegevens betrekking hebben in verband met diens recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In de verhouding tussen verdachte en advocaat gaat de toestemming van de verdachte tot openbaar maken c.q. niet inroepen van de verzegeling van op hem betrekking hebbende gegevens vóór op een eventueel verzoek tot verzegeling van de advocaat, voor zover de geheimhoudingsplicht van de advocaat niet reeds door de instemming van de gegevensrechthebbende is komen te vervallen.³¹⁰

Het verzegelingsverzoek kan niet namens een gegevensgerechtigde worden gedaan. Bij de doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde kan het advocaten- of notariskantoor waartoe hij of zij behoort om verzegeling verzoeken, een andere kantoorgenoot kan dat niet doen namens de betreffende kantoorgenoot.³¹¹

5.6.4 De eerste fase: het verzoek om verzegeling; rechtsgevolg, geen absoluut waterdicht systeem

Het is hiervoor al gezegd: het initiatief tot verzegeling ligt bij de rechthebbende van de gegevens in bovenstaande zin; deze moet om verzegeling verzoeken.

³⁰⁸ Graf, randnr. 99.

³⁰⁹ Graf, randnr. 114.

³¹⁰ Graf, randnr. 114, 124 en 561.

³¹¹ Graf, randnr. 116-125 bij de bespreking van enkele voorbeelden uit de praktijk tot afgrenzing van de hier bedoelde categorieën van overige rechthebbenden.

De strafvorderlijke autoriteiten moeten met name bij een huiszoeking/doorzoeking de rechthebbende waarmee men geconfronteerd wordt erover inlichten en reeds op grond van de tekst van art. 248 ogen en oren openhouden voor eventuele andere rechthebbenden. Het niet informeren heeft geen rechtsgevolg als de rechthebbende daardoor niet in zijn belangen is geschaad, bijvoorbeeld omdat een (bij de doorzoeking aanwezige) advocaat of anderszins verschoningsgerechtigde daarvan op de hoogte is of wordt geacht te zijn.

Ambtshalve verzegeling is niet aan de orde, niet te verwarren met het verbod in art. 248 StPO om van de gegevens te gebruiken, zolang de termijn voor het doen van een verzoek nog loopt. In de jurisprudentie van voor de wijziging van 1 januari 2024 is aangenomen dat een zekere ambtshalve verzegeling aangewezen is als de rechthebbende op de te doorzoeken plaats niet aanwezig is.³¹² Graf veronderstelt dat ook deze jurisprudentie met de nieuwe regeling niet meer nodig is nu daarin een termijn van drie dagen wordt gelaten tot het doen van een verzoek, ingaande op het moment dat de rechthebbende weet (aanwezigheid) of erover geïnformeerd wordt dat een verzoek mogelijk is.

Het verzoek om verzegeling moet worden gemotiveerd in die zin dat een beroep op of verwijzing naar enig concreet verschoningsrecht aangewezen is. Zeker als het verzoek van een leek komt, worden er op dit punt geen hoge eisen aangesteld. Er hoeft niet aannemelijk te worden gemaakt dat het beroep inhoudelijk slaagt. Wel moeten de strafvorderlijke autoriteiten het verzoek kunnen herkennen in relatie tot enig verschoningsrecht en niet – bijvoorbeeld – als bezwaar tegen (disproportionele of anderszins onrechtmatige) inbeslagneming sec, etc. Een algeheel verzoek tot verzegeling van alles c.q. van hetgeen mogelijkerwijze nog zal worden aangetroffen, wordt niet geaccepteerd.

Iets anders is dat wel wordt verlangd dat in het verzoek concreet wordt aangegeven welke informatie verzegeld moet worden; al naar gelang de context en de strafzaak is een globale aanduiding voldoende c.q. mag een concreter verzoek om verzegeling van bepaalde, in het verzoek nader aangeduide informatie (*Teilversiegelung*) worden verlangd.³¹³

Aangezien de rechthebbende zoveel mogelijk voorafgaande aan een doorzoeking over zijn rechten moet worden geïnformeerd, kan daarmee door die rechthebbende worden voorkomen dat de strafvorderlijke autoriteiten zelfs maar een voorlopige inzage in bepaalde stukken nemen. De rechthebbende die, bij een doorzoeking aanwezig, ‘treuzelt’ met een verzoek, loopt daarmee een zeker risico. Wel is het mogelijk een zekere ‘voorlopige verzegeling’ te verzoeken c.q. af te spreken, bijvoorbeeld om ook op een langere termijn dan de in art. 248 StPO bedoelde termijn van drie dagen nader te beslissen, bijvoorbeeld na overleg met een advocaat.³¹⁴ Een verzoek om verzegeling kan steeds alsnog weer worden ingetrokken.

Degene tot wie een vordering tot uitlevering van informatie als bedoeld in art. 265 StPO wordt gericht, wordt geacht bij het voldoen aan het verzoek aan te geven in hoeverre verzegeling gewenst is. Indien uit een oogpunt van opsporing mogelijk, wordt aan degene tot wie een dergelijk verzoek is gericht, daartoe in de praktijk ook wel enkele dagen gelegenheid

³¹² Graf, randnr. 186.

³¹³ Graf, randnr. 170.

³¹⁴ Graf, randnr. 150.

gegeven.³¹⁵ Betreft dit bij andere personen dan de verdachte opgehaalde gegevens, dan kan daarmee de situatie van art. 248 StPO intreden dat de strafforderlijke autoriteiten de verdachte als derde-rechthebbende moeten beschouwen. De inlichtingenplicht van art. 248 kan dan jegens de verdachte worden uitgesteld in geval van collusiegevaar.³¹⁶

Het wettelijk systeem en de voorwaarden voor de verzegeling impliceren dat de opsporingsautoriteiten tot het oordeel kunnen komen dat er redenen zijn om aan te nemen dat niet van een geldig verzoek of van een niet-ontvankelijk of te laat gedaan verzoek sprake is, waaraan daarmee op eigen gezag voorbij kan worden gegaan. Voor evidente gevallen van een niet-ontvankelijk of onmiddellijk-evident ongegrond verzoek is die mogelijkheid door de jurisprudentie inderdaad aangenomen. Maar wel op voorwaarde dat de StA daartoe uitdrukkelijk beslist, zodat de betrokkene daartegen het rechtsmiddel van *Beschwerde* kan instellen en op voorwaarde dat in gevallen van twijfel verzegeld wordt, zodat de beslissing over de ontvankelijkheid en werking van het verzoek om verzegeling aan het *Zwangsmassnahmengericht* van art. 248a StPO wordt gelaten.³¹⁷ In die rechtsgang kan de StA zijn bezwaren tegen de ontvankelijkheid en gegrondheid van het verzoek (alsnog) geldend maken.

Een rechtsgeldig verzoek om verzegeling dwingt de strafforderlijke autoriteiten naar de omschrijving in de rechtspraak ertoe om ervoor te zorgen dat er voor niemand de mogelijkheid meer bestaat om ongemerkt kennis te nemen van hetgeen verzegeld is, respectievelijk dat een dergelijke kennisneming als een inbreuk op de verzegeling wordt herkend.³¹⁸

Naar art. 248 StPO lid 1, laatste volzin StPO mogen de strafforderlijke autoriteiten na een verzoek om verzegeling geen kennis meer nemen van de inhoud van de gegevens. De StA moet daartoe eerst de procedure voor een gerechtelijke beslissing tot (eventuele) ontzegeling van art. 248a StPO bewandelen.

Helemaal waterdicht is dat systeem daarbij niet; het is ook niet zo bedoeld. Ondanks het uitgangspunt en de bewoordingen van art. 248 StPO sluit een (geldig) verzegelingsverzoek niet steeds en onder alle omstandigheden uit dat opsporingsautoriteiten van de inhoud van (eventueel) geprivilegieerde gegevens kennis kunnen nemen. Dat betreft verschillende situaties.

Ten eerste: in het geheel van de regeling kan het voorkomen dat de rechthebbende die als eerste van de huiszoeking of doorzoeking weet heeft, geen verzegelingsverzoek doet, maar een eerst later ontdekte rechthebbende alsnog wel. Daarmee kan zich de situatie voordoen dat de opsporingsautoriteiten reeds kennis hebben genomen van de inhoud van de gegevens. In die situatie verliest het latere verzoek tot alsnog verzegeling z'n zin. Aangenomen wordt dat zo'n verzoek dan ter zijde kan worden gelegd. De belangen van deze latere rechthebbende worden dan beschermd door diens rechtsgang tegen de inbeslagneming, in welk kader (alsnog) de vernietiging of uitgrijping kan worden gevraagd van informatie die op grond van art. 264 StPO

³¹⁵ Graf, randnr. 150.

³¹⁶ Graf, randnr. 142, 161 en 331.

³¹⁷ Graf, randnr. 159 en 192 – 202 die daarbij van een voorzorgbeginsel (*Vorsichtsprinzip*) spreekt.

³¹⁸ Graf, randnr. 204; een inbreuk op de verzegeling is strafbaar onder art. 290 StGB.

niet in beslag mag worden genomen en evenmin als basis voor de verdere strafvordering, in ultimo als bewijs, mag worden gebruikt of uitgewerkt. Voor zover overigens de strafvorderlijke autoriteiten niet reeds zelf van inbeslagname afzien vanwege dat verbod.

Ten tweede is ook naar Zwitsers recht niet uitgesloten dat de strafvorderlijke autoriteiten ook nadat een verzoek om verzegeling is gedaan, toch een niet al te diepgaand, summier inzicht in de gegevens nemen, om te zien of inderdaad sprake is van een op het eerste gezicht acceptabel beroep op enig verschoningsrecht, al dan niet in combinatie met een eerste inzicht welke gegevens überhaupt voor de verdere strafvordering sowieso irrelevant zijn. Dat betreft de zogenaamde *Grobsichtung* of ook wel *Grobtriage*, een *summarische Prüfung*³¹⁹ die ook na een geldig verzoek om verzegeling en met het oog op de voorbereiding van de inhoud van het verzoek tot ontzegeling niet onmogelijk wordt geacht.³²⁰ In zoverre hoeft een enkel verzoek van een verschoningsgerechtigde tot verzegeling niet steeds zonder meer inhoudelijk zonder nader onderzoek te worden geaccepteerd.

Tegelijkertijd is het bepaald onduidelijk, zowel naar de wet als naar de jurisprudentie, waar bij deze *Grobsichtung* de grens ligt tussen toelaatbare, niet al te diepgravende kennisneming van de inhoud van gegevens en de ontoelaatbare kennisneming die in feite op verdere *Auswertung* (uitwerken en gebruik) van de inhoud neer zou komen. De jurisprudentie en de casuïstiek in de literatuur en in de interviews genoemd maken dat duidelijk. Genoemd worden bijvoorbeeld de kennisneming van opschriften van documenten of van e-mails om daaruit een vermoeden van de eventueel geprivilegieerde verdere inhoud af te leiden. In de rechtspraak wordt aangenomen dat ter zake van degene die verzegeling verzoekt een zekere medewerkingsplicht bestaat om nadere inlichtingen, aanduidingen, trefwoorden of toelicht te verstrekken.³²¹ Het staat de Strafbehörde toe om bij deze *Grobsichtung* in voorkomende gevallen een deskundige beroepsgenoot als bedoeld in art. 248a StPO in te schakelen om de noodzakelijke bescherming van het verschoningsrecht te waarborgen.³²²

Ten slotte vermeldt Graf nog de mogelijkheid om verzegelde gegevens toch te onderzoeken als een acuut gevaar dreigt voor het verlies van belangrijk bewijsmaterieel. Hij noemt daarbij als voorbeeld het gevaar dat zegelde informatie op gegevensdragers door de verdachte kan worden gewist of toegangscode daartoe kunnen worden veranderd of ingewikkelder gemaakt. Hij verwijst ter zake ook naar enige jurisprudentie van lagere gerechten en vermeld erbij dat deze gerechten slechts ter zijde van deze mogelijkheid van ‘nood-doorzoeking’ ondanks verzegeling melding maken.³²³

³¹⁹ Jositsch/Schmid, Handbuch, randnr. 1077.

³²⁰ Graf, randnr. 210.

³²¹ Graf, randnr. 212.

³²² Jositsch/Schmid, Handbuch, randnr. 1077.

³²³ Zelfs als sprake is van niet-toegelaten doorzoeking van verzegelde gegevens zal dat niet leiden tot een absoluut verbod van het niet gebruiken van die gegevens, maar tot een schending van (enkel) vormvoorschriften, hetgeen naar art. 141 StPO aan het gebruik als bewijs c.q. in de verdere strafvervolging bij ernstige misdrijven niet in de weg staat. Naar Grafts opvatting zou in een rechtsstaat van het tegenovergestelde uitgangspunt moeten worden uitgegaan.

Twee praktijk-varianten; kopiëren van gegevensbestanden in plaats van verzegeling; buitengerechtelijke triage

Het kopiëren van de inhoud van gegevensdragers ten behoeve van (onderzoek voor) de opsporing met verzegeling van de gegevensdragers zolang het maken van een kopie nog niet is voltooid, kwam hierboven al aan de orde. Vanwege het praktisch voordeel en vanwege het belang van de proportionaliteit, wordt deze vorm van gegevensvergaring in de praktijk gemakkelijk gebruikt.

De bevoegdheid om een kopie te maken wordt gebaseerd op art. 247 lid 3 StPO waarin de mogelijkheid van het verstrekken van een kopie in plaats van een langdurig afstaan ter inbeslagneming en onderzoek van de gegevensdrager reeds uitdrukkelijk is voorzien, zij het als mogelijk ‘aanbod’ aan de rechthebbende. Tegelijk wordt de rechthebbende vaak de keuze gelaten c.q. voor de keuze gesteld tussen instemming met kopiëring van de inhoud van gegevensdragers met gegevens (al dan niet: na een – afgesproken – termijn waarop de kopie na korte zekerstelling door justitie weer wordt teruggeven), of verdere zekerstelling, verzegeling en inbeslagneming van de gegevensdrager zelf. Aangezien in dat laatste geval het effect is dat de rechthebbende ‘maanden, zo niet jaren’, niet meer over de gegevens(drager) kan beschikken, kan op medewerking aan kopiëren gemakkelijk een beroep worden gedaan.³²⁴

Voor het geval de rechthebbende verzegeling vraagt, maar naar het oordeel van de opsporingsautoriteiten kopiëring voldoende is, gaat naar de opvatting van het *Bundesgericht* het verzoek om verzegeling voor. Graf noemt die opvatting praktisch zeer onhandig en omslachtig en in strijd met de proportionaliteit die, in het kader van de gegevensbescherming, volgens hem in deze gevallen ook door de CyberCrime-Conventie wordt voorgeschreven. De belangen van de strafvordering kunnen worden geschaad omdat inbeslaggenomen verzegelde apparaten, zoals i-Phone's zichzelf bijwerken, aanpassen, schonen, etc, waardoor essentiële gegevens en bewijsmiddelen verloren gaan die met een onmiddellijke kopiëring voor de strafvordering zouden zijn veiliggesteld.

Graf bespreekt in dat kader ook de vrees bij rechthebbenden dat door of na de kopiëring in plaats van verzegeling de gegevens veranderd of te gemakkelijk voor de strafvordering bruikbaar kunnen worden gemaakt. Hij beschrijft dat daartoe normatief en feitelijk forensische software wordt c.q. moet worden gebruikt die op basis van een algoritme de gegevens ‘hasht’. Verder moet elk gebruik of onderzoek van de gegevens alsmede de ‘chain of custody’ steeds zichtbaar (te maken) zijn. Hoewel het enkele maken van een kopie nog niet leidt tot inhoudelijke kennisneming, doet Graf de aanbeveling dat het kopiëren aan forensische IT-afdelingen wordt overgelaten en in elk geval niet geschiedt door in de strafzaak zelf betrokken opsporingsambtenaren.

Ook in Zwitserland leidt de gevoelde noodzaak bij alle betrokkenen om verstandig, adequaat en beheerst om te gaan met grote stromen informatie, inclusief het besef bij de opsporingsautoriteiten dat veel informatie niet relevant is, noch dat men niet steeds ‘voor de zekerheid’ alle mogelijke informatie ‘toch even gezien’ moet willen hebben, tot praktisch-

³²⁴ Graf, randnr. 238-239; inbeslagneming voor bewijdsdoeleinden zal nogal eens tot aan de definitieve afsluiting van de strafzaak (moeten) voortduren.

pragmatische ‘buitengerechtelijke’ modaliteiten. Graf bespreekt in dat kader apart en uitgebreid nieuwere varianten en praktische voorbeelden van dergelijke varianten.³²⁵ Het gaat dan bijvoorbeeld om de mogelijkheid van een akkoord tussen degene die de verzegeling heeft verzocht en bewerkstelligd (en vaak: diens raadsman/-vrouw) en de opsporingsautoriteiten. Eigenlijk moet dan de rechter om ontzegeling worden verzocht, dan wel moeten de gegevens(dragers) worden teruggegeven. Maar eigenlijk juist vanwege deze eigenlijk noodzakelijke procedure, biedt de verzegeling ruimte om buitengerechtelijke afspraken te maken over het doorzoeken van gegevens, zodat een verdere procedure tot ontzegeling kan worden vermeden.³²⁶ Graf bespreekt uitvoerig de voordelen van een dergelijke ‘win-win’-akkoord, waarin op basis van vertrouwen tussen de betrokkenen, aan de hand van zoektermen, afspraken over te gebruiken zoekmechanismen zoals Nuix, Axiom of Relativity-Case³²⁷ en een al dan niet samen uit te voeren dan wel nadien te controleren selectie en filtering, ook gegevens onder het beroepsverschoningsrecht c.q. onder het verbod van kennisneming tot aan de gerechtelijke beslissing tot ontzegeling, toch adequaat kunnen worden beschermd. Ter uitvoering van zo’n akkoord kan de verzegeling – vervolgens – (deels) worden ingetrokken c.q. kan de StA het verzoek tot ontzegeling aan het *Zwangsmassnahmengericht* en daarmee de procedure voor dat gerecht beperken tot – bijvoorbeeld – eventueel nog geprivilegieerde informatie waarover geen overeenstemming kon worden bereikt.

5.6.5 De tweede fase: het verzoek tot ontzegeling

Als c.q. voor zover geen buitengerechtelijk akkoord wordt bereikt na de verzegeling is de officier van justitie naar Zwitsers recht degene die het initiatief moet nemen om bij het bevoegde gerecht een (schriftelijk en gemotiveerd) verzoek tot ontzegeling te doen, en wel binnen een termijn van – in beginsel – 20 dagen.³²⁸ In de regel is het *Zwangsmassnahmengericht* bevoegd. Wordt het verzoek niet gedaan, dan is het rechtsgevolg dat gegevens(dragers) moeten worden teruggegeven (art. 248 lid 3 StPO).

Afgezien van de omkering van de gang van zaken ten opzichte van het Nederlandse beklag-initiatief van de verschoningsgerechtigde na ‘bevriezing’ door de rechter-commissaris als voorzien in art. 98 juncto art. 552a Sv, behoeft deze *Antrag* van de Zwitserse officier van justitie in het kader van de bescherming van het beroepsverschoningsrecht weinig aandacht.

De procedure biedt de mogelijkheid om het *Zwangsmassnahmengericht* en daarmee een rechter (reeds) in het voorbereidend onderzoek te laten beslissen of enig verschoningsrecht überhaupt van toepassing is. In afwachting van die beslissing kan de verzegeling voor alle zekerheid kan worden gebruikt, ook al zijn de opsporingsautoriteiten en/ of de naar art. 247 StPO in te zetten

³²⁵ Graf, randnr. 259 – 263.

³²⁶ In de in Zwitserland dienende strafzaak in het kader van mogelijke omkoping binnen de FiFa met de president daarvan en een Zwitserse betrokkene zou het, naar het bericht van Graf, om ongeveer 25 km aan te doorzoeken gegevens gaan waarvan het doorzoeken op ten minste drie jaren werd geschat.

³²⁷ Graf, randnr. 292

³²⁸ Een voorlopig of pro forma-verzoek is mogelijk, bijvoorbeeld om het kopiëren van gegevens van een gegevensdrager nog niet voltooid is of omdat er nog onderhandeld wordt over een eventueel akkoord. Een verzoek kan worden ingetrokken voor de behandeling ervan begonnen is.

beroepsgenoot van mening dat dit niet het geval is. In de *Antrag* kan uiteen worden gezet waarom bepaalde (delen van) gegevens niet als geprivilegieerd hoeft te worden beschouwd.

In andere gevallen zal de StA aannemelijk moeten maken dat ontzegeling van geprivilegieerde gegevens toegelaten en noodzakelijk is. Denkbaar is een nadere schriftelijke uitwisseling met de rechthebbende tot toespitsing van de bezwaren en de reactie daarop van de StA. Die kan daarbij ook uitdrukking geven met welke technische zoekmethoden (Nuix, Axiom of relativity-Case) aan de voorgenomen c.q. verzochte filtering uitvoering zal worden gegeven.

Het verzoek tot ontzegeling kan tot bepaalde onderdelen, gegevens of gegevensbestanden worden beperkt. De grondslag van het verzoek bindt daarbij de rechter: die kan geen ontzegeling bevelen van gegevens ten aanzien waarvan dat door de StA niet verzocht is.³²⁹

Op zichzelf strekt de verzegeling ertoe dat de opsporingsautoriteiten geen kennisnemen van de gegevens. Maar ook hier bij de voorbereiding van de *Antrag* is, net als bij de uitvoering van een doorzoeking of huiszoeking, een voorlopige kennisneming ‘aan de buitenkant’ mogelijk teneinde het verzoek te motiveren c.q. daarin reeds gegevens van ontzegeling uit te sluiten.³³⁰ De rechter kan de StA om nadere onderbouwing verzoeken.

5.6.6 De derde fase: de procedure voor en beslissing door het Zwangsmassnahmengericht; triage

De procedure voor en de beslissing door het *Zwangsmassnahmengericht* over (het verzoek tot) ontzegeling sluit bij het voorgaande aan. Het is deze procedure die per 1 januari 2024 met art. 248a StPO uitdrukkelijk(er) wettelijk geregeld is. De wettelijke regeling structureert de procedure zoveel mogelijk om een snelle en adequate afhandeling te bevorderen en deels af te dwingen.³³¹ Er gelden daartoe concrete, in de wet genoemde termijnen waarbinnen deze procedure – idealiter – zou moeten verlopen.³³² Zo krijgt degene die de verzegeling inriep of degene die zich op een direct belang bij geheimhouding beroept op grond van art. 248a lid 3 StPO van het gerecht een strikte termijn (*eine nicht erstreckbare Frist*) van 10 dagen om zijn of haar bezwaren naar voren te brengen. Ziet de rechthebbende daarvan af, dan is het rechtsgevolg dat het verzoek om verzegeling vervallen wordt geacht (art. 248a lid 3, laatste volzin, StPO) in welk geval het gerecht tot ontzegeling zal beslissen.

Is een en ander naar het oordeel van het gerecht daarna voldoende rijp voor beslissing, dan beslist het gerecht binnen 10 dagen na ontvangst van de bezwaren: art. 248a lid 4 StPO. In het andere, meest voorkomende geval, zet het gerecht de zaak op zitting. Dan volgt binnen 30 dagen een niet openbare zitting op tegenspraak. Blijft de rechthebbende bij de zitting weg en wordt hij daar ook niet vertegenwoordigd, dan geldt het verzoek om verzegeling op grond van art. 248a lid 7 StPO weer als vervallen.

³²⁹ Graf, randnr. 303-304.

³³⁰ Graf, randnr. 293.

³³¹ Jositch/Schmidt, Praxiskommentar, aant. 6 bij art. 248a.

³³² Vergelijk de concrete termijnen in art. 552a lid 8 respectievelijk art. 552d lid 3 van het Nederlandse WvSv, die overigens in de praktijk nogal eens een onbereikbaar ideaal vormen.

Het gerecht beoordeelt eerst de ontvankelijkheid en andere formaliteiten. De inhoudelijke behandeling heeft de vorm van een triage. Het gerecht kan de gegevens in het kader van de procedure voorwerp maken van discussie en triage met partijen om vervolgens, op grond van de uitkomst daarvan, over de ontzegeling te beslissen. Daarbij mag de inhoud uiteraard niet meer dan strikt noodzakelijk en nooit volledig ter kennis van de opsporing komen. Tegelijk blijkt ook op dit punt dat het Zwitserse systeem niet elke inhoudelijke discussie of lichte kennisneming door de officier van justitie steeds absoluut en geheel bedoeld uit te sluiten.

De in art. 248a StPO uitgewerkte procedure illustreert dat de Zwitserse wetgever voor de adequaatheid van de procedure de medewerking van de betrokkenen verlangt, zowel van de opsporingsautoriteiten als van degene die de verzegeling heeft ingeroepen.³³³ In de procedure wordt verlangd dat men – voor zover mogelijk – betrekkelijk concreet uiteenzet welke gegevens op grond waarvan en waarom wel of juist niet ontzegeld zouden moeten worden.³³⁴ Al is de jurisprudentie blijkens de literatuur wisselend en casuïstisch: duidelijk is dat een te algemene, enkele bewering dat zich in gegevens(verzamelingen) mogelijk bepaalde door het verschoningsrecht geprivilegieerde gegevens bevinden, respectievelijk dat vanwege het verschoningsrecht alle verzegelde informatie onder het verbod van inbeslagneming valt zonder enige nadere aanduiding of onderbouwing, onvoldoende is. Er zal zo concreet als mogelijk moeten worden aangegeven om welke gegevens het gaat, eventueel: waar in het geheel van gegevens die zich in of op bevinden, en hoe daarnaar kan worden gezocht. Het gerecht bewaakt daarbij wel ook dat de *Strafbehörde* geen inhoudelijke kennis van de gegevens zullen hebben en dat jegens de verdachte algemene procesuitgangspunten als de onschuldpresumptie gewaarborgd worden.

Voor wat betreft correspondentie met een advocaat zijn er gevallen waarin een nadere aanduiding werd vereist om uit te sluiten dat de Antrag of het bezwaar daartegen mogelijk *niet-beroepsmatige informatie* betreft waarover het verschoningsrecht zich naar art. 171 lid 1 StPO niet uitstrekt.³³⁵ Tegelijk is juist ten aanzien van een informatie onder het verschoningsrecht van de advocaat deze ‘*Substantiierungsobliegenheit*’ (onderbouwingsplicht) in zoverre relatief dat naar de absolute inbeslagnemingsverboden van art. 264 StPO in verband met het beroepsverschoningsrecht, het gerecht desnoods ambtshalve nader onderzoek naar rechtstreeks uit de stukken blijkende verboden moet doen en daarvan de ontzegeling desnoods ambtshalve moet weigeren.³³⁶ De medewerkingsplicht van de verdachte gaat bovendien ook weer niet zover dat hij of zij toegangscodes moet overleggen of bekendmaken, zonder hetwelk de verzegeling anders zal worden opgeheven. Zo’n verregaande plicht voor de verdachte achtte het *Bundesgericht* strijdig met het nemo tenetur-beginsel.³³⁷

³³³ Niet meewerken op een wijze die tot onnodige complicaties of vertraging leidt, kan er zelfs toe leiden dat de veroorzakende partij (private) partij de kosten ervan heeft te dragen, ook als dat de verdachte is. Dit klinkt vreemder dan het is: in andere rechtssystemen is (de mogelijkheid) van veroordeling in de proceskosten, ook in strafzaken, minder ongebruikelijk dan de non-existentie daarvan in het Nederlandse strafprocesrecht.

³³⁴ Graf, randnr. 348 – 362.

³³⁵ Graf, randnr. 360.

³³⁶ Graf, randnr. 361 en randnr. 370.

³³⁷ Graf, randnr. 363.

Inzet deskundigen

In het kader van de procedure voorziet art. 248a lid 6 StPO uitdrukkelijk in de mogelijkheid om deskundigen in te schakelen om de gegevens, hangende de procedure, te onderzoeken en te beoordelen of de toegang daartoe mogelijk te maken of te behouden, dan wel de gegevens tegen wijziging of uitwissen te beschermen (*‘deren Integrität zu gewährleisten’*, zoals art. 248a StPO het formuleert).

Daarbij maakt art. 248a StPO een uitdrukkelijk onderscheid, mede ten behoeve van de bescherming van het beroepsverschoningsrecht. Als een deskundige wordt ingeschakeld ten behoeve van de inhoudelijke beoordeling van de gegevens, dan mag dat alleen een expert van buiten de politie c.q. de strafvordering zijn. Daarmee kan dus het gerecht alvorens te beslissen een gezaghebbende beroepsgenoot van de verschoningsgerechtigde inschakelen (net als bij het hierboven besproken art. 247 StPO), terwijl het beroepsverschoningsrecht wordt beschermd omdat niet alleen politie en OM maar ook het gerecht zelf van de inhoud van de gegevens geen kennis hoeft te nemen. De politie-inzet van art. 248a StPO is daarin door de wetgever eerst en vooral genoemd om IT-experts van de politie te kunnen inschakelen; dat mogen geen in de strafzaak betrokken politieambtenaren zijn.³³⁸ De inzet van externe deskundigen valt onder de algemene regeling van de inzet van deskundigen in strafzaken van art. 182 StPO. Vanwege de nog te nemen beslissing over ontzegeling kunnen delen van het rapport van de deskundige die op de inhoud van de gegevens betrekking hebben, voor de opsporingsautoriteiten verborgen worden gehouden.³³⁹

Het inschakelen van deze deskundigen is daarbij slechts één van de voorbereidende beslissingen die het gerecht reeds voor de behandeling kan nemen. Graf benadrukt het belang van dergelijke voorbeslissingen, ook in de praktijk. Het wordt niet als bezwaar gezien dat daarmee tot op zekere hoogte minst genomen impliciet vooruit wordt gelopen op een (positieve) beslissing tot verdere filtering en ontzegeling van (een deel) van de gegevens.³⁴⁰ Er worden vaak reeds zoekterm-lijsten samengesteld en er kan er al worden afgestemd op welke wijze technische doorzoeking van gegevens (eventueel) zal plaatsvinden. Vaak wordt daartoe een schriftelijke beslissing vanwege het gerecht (*Anordnung*) samengesteld; bij Graf is een uitgebreid voorbeeld daarvan te vinden, waarin ook instructies aan de deskundige zijn opgenomen, zoals het voorschrift om bepaalde technische systemen (Nuix, Aktziom of Relativity-Case) wel of juist niet te gebruiken.

Triage

De behandeling door het gerecht heeft in veel opzichten het karakter van regie-voering met een ruime competentie om te ‘sturen’ inzake de beslissing welke gegevens wel of niet voor de verdere strafvordering zullen kunnen worden gebruikt. De behandeling heeft daartoe nogal eens het karakter van een triage, de aanduiding die hiervoor reeds verschillende malen viel.

³³⁸ Graf, randnr. 403. Hij wijst erop dat veel kantons er voor alle zekerheid voor kiezen om steeds uitsluitend private deskundigen in te schakelen voorzien van de opmerking *‘Das ist ein hoher Kostenfaktor’*.

³³⁹ Graf, randnr. 406.

³⁴⁰ Graf, randnr. 378.

Zo'n triage in het kader van deze procedure wordt door Graf met een citaat uit de rechtspraak gedefinieerd als:

*‘die Sichtung der sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenstände durch den Richter unter Mitwirkung der Parteien, wodurch der Entziegelungsrichter in die Lage versetzt wird, über den Umfang der Aufzeichnungen und Gegenstände zu entscheiden, die der Strafverfolgungsbehörde zur Durchsuchung und weiteren prozessualen Verwendung überlassen werden’.*³⁴¹

Daarbij geldt dat de ook wel wankel balans dat de opsporingsautoriteiten aan de ene kant de mogelijkheid (moeten) hebben het belang bij ontzegeling adequaat onder woorden te brengen, maar het gerecht anderzijds moet uitsluiten dat deze opsporingsautoriteiten daarmee niet reeds (detail)kennis over de inhoud van die gegevens verwerft. De mogelijkheid van zodanige kennismaking bestaat uitsluitend voor de rechter en voor degene die tegen het ontzegelingsverzoek van de opsporingsautoriteiten opponeert, de *Gesuchsgegner*. Bij het beroep op de medewerking van de rechthebbende moet worden gewaakt voor de belangen van de verdachte terwijl ook overigens niet te hoge eisen kunnen worden gesteld. Maar uit de beschrijving bij Graf van dit proces van triage en uit hetgeen uit de interviews naar voren komt ontstaat de indruk dat in dit wankel evenwicht in concrete zaken toch nogal eens een goede balans wordt gevonden als alle betrokkenen bereid zijn daartoe – binnen eigen verantwoordelijkheid en belangen – voldoende met elkaar samen te werken of af te stemmen, om het beheer en verwerken van grote gegevensverzamelingen zowel normatief als praktisch adequaat te laten verlopen. Dat laatste ligt (immers) vaak een gemeenschappelijk belang van alle betrokkenen. Het ‘succes’ van dat model is daarmee wel ‘casus- en persoonsafhankelijk’.

Voor wat betreft de triage ten behoeve van het adequaat omgaan met grote hoeveelheden gegevens, is nog het volgende van belang. Het komt er in de door Graf beschreven praktijk vooral op aan dat voor de technische doorzoeking een adequate zoek(termen)lijst wordt samengesteld. Dat moeten niet te algemene termen zijn (zoals ‘advocaat’ (*Anwalt*)) maar wel termen met voldoende adequate reikwijdte, zodat geen geprivilegieerde informatie wordt gemist. In dat kader kan van de rechthebbende als gezegd worden verwacht adequate zoektermen aan te leveren en kunnen de opsporingsautoriteiten aan de concrete verdenking ontleende termen aanleveren.³⁴² De rechter zelf kan elementen van proportionaliteit inbrengen door een onderzoek of filtering tot bepaalde periodes, bepaalde (delen van) bestanden, etc. te beperken.

De daarmee dan gevonden ‘treffers’ kunnen nader worden onderzocht of tot bijstelling in de zin van uitbreiding of inperking van de zoektermen leiden. Aan de betrokkene kan gelegenheid

³⁴¹ Graf, randnr. 358 met een citaat uit een beslissing van het *Bundesgericht* van 15 januari 2008. Wellicht het meest adequaat te vertalen als: De filtering van de in beslag genomen opnames en voorwerpen door de rechter met deelname van de partijen, waardoor de ontzegelingsrechter kan beslissen over de opnames en voorwerpen die aan de strafvorderlijke opsporingsautoriteiten overgelaten worden voor doorzoeking en verder gebruik in de strafprocedure.

³⁴² In de praktische beschrijving van Graf wijst deze erop dat het nuttig kan zijn bepaalde krachttermen als zoekbegrippen te gebruiken omdat juist als iets ‘fout’ loopt, partijen eerder en met gebruik van krachttermen met elkaar communiceren.

worden gegeven tot nader onderzoek en om zich over de treffers uit te laten. Het komt voor dat de rechthebbende daartoe een voor wijzigingen gezeekerde kopie van de resultaten van de filtering ontvangt of die resultaten ten kantore van politie of OM kan komen inzien als collusie- of andere gevaren daartoe nopen. Over specifieke treffers kan het gerecht nader en concreet beslissen, desnoods met inzage in de inhoud van de betreffende gegevens. Ook hier geldt dat de uitvoerige beschrijving van de praktijk bij Graf duidt op uitgebreide regie-voering door het gerecht, zelfs alvorens te beslissen. Het gerecht heeft veel mogelijkheden om – naar de stand van zaken in de concrete strafzaak – het adequaat verwerken van grote bestanden van gegevens te bevorderen en te sturen. Het gerecht kan daarbij gebruikmaken van de in het nieuwe art. 248a StPO duidelijk uitgedrukte ‘verwachting’ van medewerking van de betrokkenen, de verdachte in verband met het nemo tenetur-beginsel uitgezonderd. Die betrokkenen kunnen omgekeerd indien nodig, een beroep op de regievoerende rechter doen. Van dit ‘drangkader’ gaat vervolgens de mogelijkheid uit voor alle betrokkenen om daarbinnen in concrete strafzaken betrekkelijk pragmatisch afspraken te maken over de bescherming van het verschoningsrecht en (de uitvoering van) de filtering van geprivilegieerde gegevens.

Interessant is ten slotte nog wat er kan gebeuren als in het kader van de triage tot bescherming van het beroepsgeheim van de – tot op dat moment – onverdachte advocaat alsnog blijkt van verdenking, in het bijzonder van betrokkenheid van deze advocaat bij het delict van zijn cliënt. Zodanige toevallige vondst is in beginsel voor nader strafrechtelijk onderzoek beschikbaar (art. 243 StPO). De kwestie is voor de ontzegelingsrechter relevant omdat bij een voldoende vermoeden van zo’n betrokkenheid het verschoningsrecht niet meer geldt op grond van het boven besproken art. 264 lid 1 sub c StPO.

Beslissing van het Zwangsmassnahmengericht

Het *Zwangsmassnahmengericht* heeft uiteindelijk (gemotiveerd) te beslissen of zich op onderdelen van de verzegelde gegevens een verschoningsrecht voordoet en zo ja, of dat ook moet worden gerespecteerd. In dat geval wordt het verzoek om ontzegelingsrecht voor zover dat betrekking heeft op die gegevens, afgewezen. Inhoudelijk staan daarbij de bovenomschreven materiële criteria van o.a. art. 264 StPO centraal.

Het gerecht moet uiteraard voldoende precies aangeven welke gegevens(bestanden) voor de verdere opsporing en vervolging worden vrijgegeven en welke moeten worden vernietigd (en daartoe eventueel uitgegrijpd) of als gegevensdrager moeten worden teruggegeven. Het gerecht kan ook de verzegelde bewaring tot aan de onherroepelijke beslissing in de strafzaak in hoofdzaak bevelen. Voor zover ontzegelingsrecht wordt toegestaan, is het rechtsgevolg van de beslissing dat de gegevens aan de opsporingsautoriteiten ter beschikking worden gesteld om te worden doorzocht en als bewijsmiddel inhoudelijk te worden uitgewerkt. De rechter kan daartoe afspraken uit de triage of andere aanwijzingen in zijn beslissing opnemen.

Zodanige, precieze aanduiding kan ingewikkeld zijn en tijd vergen. Wettelijke termijnen worden nogal eens niet gehaald.³⁴³ Graf vermeldt een geval waarin de precieze omschrijving van de deel-ontzegelingsrecht 244 pagina’s besloeg met de aanduiding van (de beslissing over)

³⁴³ Ook vanwege het grote beroep op het gerecht en de beperkte capaciteit daarvan: Graf, randnr. 436. Een met art. 29f van het Nederlandse WvSv beklag bij het *Bundesgericht* is mogelijk, maar leidt zelden tot resultaat.

duizenden *hash*-waarden; in beroep verzocht het *Bundesgericht* een gerichtere, eerder tot gegevensverzamelingen beperkte beslissing, dan wel het werken met een samenvatting van de beslissing met de detail-aanduidingen in een bijlage.³⁴⁴

5.7 Rechtsmiddelen

De Zwitserse *Strafprozessordnung* kent met art. 393 e.v. StPO het algemene(re) rechtsmiddel van de *Beschwerde* (bezwaar) tegen beslissingen in het voorbereidend onderzoek. Op grond van deze regeling is bijvoorbeeld *Beschwerde* tegen inbeslagneming mogelijk. In dat kader kunnen dan, voor zover nog niet aan de orde geweest, kwesties omtrent het verschoningsrecht nog c.q. andermaal worden voorgelegd, voor zover de betreffende procedure dat toelaat.

Tegen de beslissing van het *Zwangsmassnahmengericht* inzake de ontzegeling staat deze StPO-interne rechtsgang echter niet open. De beslissing van dat gerecht is naar art. 248a lid 5 StPO ‘*endgültig*’ (onherroepelijk).

Nochtans geldt deze uitsluiting alleen de *Beschwerde* van art. 393 StPO. Juist omdat die mogelijkheid wordt uitgesloten, staat daarmee tegen de beslissing van het *Zwangsmassnahmengericht* het rechtsmiddel van (eveneens) *Beschwerde* open bij het *Bundesgericht*. Die mogelijkheid is echter niet voorzien in de StPO, maar in het *Bundesgesetz über das Bundesgericht* (BGG) en verloopt naar de eisen van de in die wet geregelde procedure. Daartoe behoort de plicht tot betaling van een voorschot in de kosten van de procedure. Het beklag heeft niet van rechtswege opschortende werking, maar er kan wel om opschorting van de aangevochten beslissing worden verzocht. Als het gaat om *Beschwerde* tegen de beslissing van het *Zwangsmassnahmengericht* betreffende de ver- of ontzegeling in verband met het verschoningsrecht, wordt in zo’n verzoek in de praktijk vrijwel steeds bewilligd.³⁴⁵

Voor wat betreft de positie van de zittingsrechter, de *Sachrichter*, is van belang dat de beslissing van het *Zwangsmassnahmengericht* hem niet bindt, in die zin dat de *Sachrichter* steeds geheel zelfstandig heeft te beslissen over de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen. In dat kader kan de *Sachrichter* ook ambtshalve tot de conclusie komen dat bepaalde informatie moet worden uitgesloten voor het bewijs tegen de verdachte omdat de betreffende gegevens door het verschoningsrecht worden beschermd.

5.8 Afsluitende beschouwing

In het bijzonder de in 2024 in werking getreden procedure van ontzegeling in art. 248a StPO heeft gezorgd voor een zekere stabiliteit in het omgaan met grote hoeveelheden aan gegevens en gegevensbestanden. Daarmee is een bepaalde procedure nader in de StPO uitgezet, waardoor die voor de praktijk ook verhelderend werkt. Daarenboven: het enkele bestaan van deze, in de wet nader geregelde procedure en het betrekkelijk soepele, regie-voerende kader

³⁴⁴ Graf, randnr. 445. Zijn werk bevat ook op dit punt de nodige, in detail opgenomen voorstellen voor concept-beslissingen door het gerecht.

³⁴⁵ Graf, randnr. 743 en 764.

dat het *Zwangsmassnahmengericht* daarin wordt gelaten, geeft de betrekkelijk pragmatisch ingestelde Zwitserse praktijk ook voldoende houvast om in voorkomende gevallen en waar mogelijk, te werken met afspraken tussen alle betrokkenen hoe grote hoeveelheden gegevens adequaat kunnen worden verwerkt. Ten aanzien van het verschoningsrecht is sprake van een zekere balans van ‘geven en nemen’ door alle betrokken partijen en belanghebbenden, ook in het besef dat (enerzijds) niet alles doorzocht kan worden en dat (anderzijds) de bescherming van het verschoningsrecht niet steeds waterdicht is of kan zijn. Ook uit de interviews komt het beeld naar voren dat men, met de duidelijkheid die de wetgever met art. 248 en art. 248a StPO per 1 januari 2024 heeft geschapen, is opgeschoven van ‘we moeten maar zien hoever we komen’ naar ‘er is een wettelijke basis en een juridisch-normatief kader om in de praktijk, in elk geval in aantal strafzaken, mee te werken’.

Tegelijk: het is in het bijzonder Graf die, zelf officier van justitie, in de algemene inleiding van zijn boek geen geheim maakt van zijn bezwaren tegen de bestaande regeling.³⁴⁶ Hij wijst op de kosten, zeker als derden-experts bij de filtering worden ingezet, en op ernstige vertraging in de strafvervolgning die de verzegeling tot gevolg heeft; hij noemt aan de hand van een studie uit 202 een gemiddelde vertraging van zo’n 370 dagen.

Deze auteur wijst erop dat het gezamenlijk adequaat beheersen van grote stromen informatie voor alle betrokkenen van belang is, en dat ook het openbaar ministerie in dat kader er geen belang bij heeft om steeds ‘alles’ te (willen) vergaren of al het vergaarde steeds, als is het maar een zekere controle, in te (willen) zien.³⁴⁷ Hij ziet en schetst een alternatieve regeling waarin de nadruk ligt op een effectievere inzet van het rechtsmiddel van bezwaar tegen inbeslagneming en doorzoeking, in plaats van het enkele verzoek tot verzegeling van art. 248 StPO, met alle gevolgen en noodzakelijke vervolgstappen van de reeds daarmee steeds noodzakelijke (procedure tot) ontzegeling van art. 248a StPO. In feite liggen zijn ideeën daarmee in het verlengde van de bestaande procedure waarin het gerecht regie voert en, indien gewenst, voor beslissingen van betrokkenen in dat kader beschikbaar is. Deze auteur ziet er ook minder bezwaar in dat de zittingsrechter in voorkomende gevallen (alsnog) nadrukkelijker selecteert. Voor hem is daarbij van betekenis dat er ook in de huidige regeling geen sprake is van een absolute zekerheid of waterdichte garantie dat van gegevens geen (enkele) inhoudelijke kennis wordt genomen door de opsporingsautoriteiten, zolang de rechter niet heeft beslist, in het bijzonder omdat de regeling van art. 248 en art. 248a StPO niet uitsluit dat deze autoriteiten ter nadere beslissing een voorlopige blik werpen op (mogelijk) geprivilegieerde informatie.

Ondanks deze kritiek komt noch uit de literatuur noch uit de interviews naar voren dat een nadere wijziging van het Zwitserse strafprocesrecht op enige termijn aan de orde is, mede omdat ervan uit wordt uitgegaan dat de bestaande regeling (adequaat) tegemoetkomt aan de eisen van het EVRM (in het bijzonder van art. 8 EVRM) en de betreffende jurisprudentie van het EHRM.

³⁴⁶ Graf, par 1 onder II – IV; dit laatste onderdeel onder het veelzeggende opschrift ‘(Un-)Sinn der Siegelung’.

³⁴⁷ Graf, p. 7 en p. 10 over het ‘schlank und effizient zum Abschluss bringen’ van de triage die bij verzegeling aan de orde is.

5.9 Deelconclusie

Grondslagen en vormen van het privilege

De grondslagen van het privilege van het beroepsverschoningsrecht in het Zwitsers strafprocesrecht liggen in de regeling van de zwijgplicht en het beroepsgeheim voor advocaten, voor notarissen en voor andere beroepsbeoefenaren.

Dat beroepsgeheim wordt materieel-strafrechtelijk gehandhaafd met het delict van art. 321 van het Zwitserse *Strafgesetzbuch* (StGB). Het vindt zijn strafprocessuele uitwerking in de regeling van een beperking en uitzondering op de plicht om, indien als getuige in strafzaken gehoord, antwoord te geven op gestelde vragen. Die uitzondering op de getuigplicht is voorzien in art. 171 van de *Strafprozessordnung* (StPO).

Een tweede processuele uitwerking is de bescherming van hetgeen onder het beroepsverschoningsrecht valt in de regeling en de toepassing van verschillende dwangmiddelen. Dat geldt vooral de bescherming van hetgeen onder het beroepsverschoningsrecht valt in de regeling van de inbeslagneming, de doorzoeking ter inbeslagneming en de filtering van gegevens.

De regeling van het verschoningsrecht in het strafprocesrecht is centraal voorzien in het eerste, betrekkelijk nieuwe WvSv, dat voor alle kantons in geheel Zwitserland geldt en dat in 2011 is ingevoerd. De regeling van de bescherming van het verschoningsrecht bij inbeslagneming en doorzoeking is per 1 januari 2024 gewijzigd.

Reikwijdte van het beroepsgeheim

Het verschoningsrecht komt in strafzaken toe aan alle beroepen die in art. 171 StPO uitvoerig worden opgesomd, waaronder de advocaat en de notaris. Het verschoningsrecht is volgens de formulering van dat art. 171 StPO alleen van toepassing op hetgeen aan de beroepsbeoefenaren als zodanig is toevertrouwd of door hen is waargenomen. Die omschrijving wordt in zoverre ruim uitgelegd dat daaronder alle onderdelen van het gehele palet van het *Anwaltsmonopol* (of dat van de notaris) worden begrepen, inclusief de voorlichting in het kader van de rechtsbijstand aan de cliënt. Tegelijkertijd zijn daarmee alle andere, meer accessoire (rechts)handelingen van de advocaat en de notaris uitgezonderd, zoals incidentele advisering of meer structurele bijstand aan bijvoorbeeld een onderneming, zonder dat bij dergelijke activiteiten van een beroepsverhouding sprake is waarin de advocaat of de notaris een cliënt bijstaat in de typische beroepsuitoefening. Dat nadrukkelijk(ere) onderscheid laat meer mogelijkheden om desnoods per geval te beslissen dat bepaalde delen van informatie of gegevens die bijvoorbeeld bij een advocaat of notaris in beslag zijn genomen of anderszins zijn vergaard, toch niet onder het beroepsverschoningsrecht vallen zoals dat door art. 171 StPO wordt beschermd. De afgrenzing kan in de hierna nader te bespreken procedure tot ontzegeling en de daarbij vaak ingezette triage worden onderzocht. De reikwijdte van het verschoningsrecht wordt mede bepaald door de omschrijving in art. 264 StPO van hetgeen wel of juist niet in beslag mag worden genomen.

Relatie tot mensenrechten en EU-regelgeving

Zwitserland is geen lid van de EU, zodat EU-regelgeving en EU-jurisprudentie in zoverre niet van betekenis zijn. Zwitserland is wel partij bij het EVRM. In de codificatie van het strafprocesrecht in het eerste, voor geheel Zwitserland geldende WvSv van 2011, kon de toenmalige, betrekkelijk recente stand van zaken in het EVRM-recht, reeds worden verwerkt. Met de in 2024 gereviseerde regeling in art. 248 en art. 248a StPO inzake de verzegeling en ontzegeling van geprivilegieerde informatie totdat de rechter daarover heeft beslist, is de Zwitserse regeling nog meer op het EVRM afgestemd. Er is ook blijkens de literatuur en jurisprudentie geen aanleiding te veronderstellen dat het geldende Zwitserse strafprocesrecht of de toepassing ervan in de praktijk in strijd komt met het EVRM-recht, zoals in de jurisprudentie van het EHRM uitgelegd.

Van wie is het privilege?

Het verschoningsrecht komt toe aan de advocaat respectievelijk de notaris als beroepsbeoefenaar. De uitoefening ervan komt echter – in beginsel – toe aan de betrokken cliënt, in zoverre dat naar de uitdrukkelijke voorziening in art. 171 lid 2 onder b StPO het beroepsverschoningsrecht – in beginsel – niet geldt als de beroepsverschoningsgerechtigde door de betrokkene uit zijn zwijgplicht ontslagen is. In uitzondering daarop bepaalt art. 171 lid 4 StPO juncto art. 13 *Anwaltsgesetz* echter, dat de ontheffing door degene op wie de te geheim te houden informatie betrekking heeft, toch *niet* geldt voor de advocaat. Aan (uitsluitend) deze beroepsbeoefenaar blijft daarmee het recht om (uitsluitend) zelf te beslissen of een beroep op het verschoningsrecht als advocaat moet worden gedaan, hetgeen, gegeven zijn zwijgplicht, voor de hand ligt. De uitzondering geldt voor elke advocaat, niet alleen die in strafzaken.

Aan de notaris of – bijvoorbeeld – aan de medicus wordt dit voorrecht niet gegund. Zij hebben op grond van art. 171 lid 3 StPO wel respectievelijk slechts de mogelijkheid om de strafvorderlijke autoriteiten ervan te overtuigen dat het belang van bescherming van het verschoningsrecht op bepaalde informatie zwaarder moet wegen dan het belang van de waarheidsvinding.

Afgeleid verschoningsrecht

Het verschoningsrecht van art. 171 lid 1 StPO geldt naar de bewoordingen ervan op gelijke wijze voor al die personen die de beroepsverschoningsgerechtigde in de beroepsuitoefening bijstaan, samengevat aangeduid als de *Hilfspersonen*. Ingevolge art. 13 lid 2 *Anwaltsgesetz* hebben advocaten zorg te dragen c.q. in te staan voor de geheimhoudingsplicht van bij hen werkzame personen of personen die door hen in hun taak- en beroepsuitoefening, al dan niet in een concrete zaak, worden ingeschakeld.

Uitzonderingen

Voor zover het verschoningsrecht van toepassing is en de verschoningsgerechtigde daaruit niet binnen de grenzen van art. 171 StPO door de cliënt is ontslagen, gelden er maar weinig uitzonderingen op het verschoningsrecht. In het geval de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is, maakt art. 264 StPO enige uitzondering op het verbod van inbeslagneming als de verschoningsgerechtigde verdachte is in hetzelfde feitencomplex als de cliënt. Van gedragingen als verdachte verschoningsgerechtigde kan voorts wel worden vastgesteld dat het

daarbij niet meer gaat om informatie die de verschoningsgerechtigde als zodanig in het betreffende beroep toekomt, zoals art. 171 StPO voor de toepassing van het verschoningsrecht vereist. Het Zwitserse strafprocesrecht kent geen algemene uitzondering die vergelijkbaar is met de Nederlandse categorie van de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’.

Derden en het bereik van het privilege

In art. 264 lid 1 StPO wordt met zoveel woorden vooropgesteld dat de beperkingen van het verschoningsrecht gelden ongeacht waar de te vergaren geprivilegieerde informatie zich bevindt en ongeacht het moment waarop deze tot stand gebracht is, bijvoorbeeld voor of eerst na het delict.

Tegelijk is art. 264 lid 1 StPO beperkt tot ‘enkel’ de gegevens die daarin in specifieke categorieën die in dat artikellid zijn aangeduid. Er geldt een absoluut verbod van inbeslagneming en (verder) gebruik in de strafvordering van gegevens uit het verkeer tussen de verdachte en zijn verdediging. Voor informatie uit enige andere, beroepsverschoningsrechtelijke rechtsrelaties geldt een relatiever verbod. Art. 264 StPO noch enige andere bepaling van de StPO bevat een algemene beperking van uitsluiting van inbeslagneming van alle communicatie van elke beroepsverschoningsgerechtigde die als zodanig in art. 171 StPO is aangeduid met zijn of haar cliënt.

Doorzoeking: wie waarborgt het privilege?

Een algemene waarborg voor het verschoningsrecht ligt in het feit dat de Zwitserse StPO een betrekkelijk strikt algemeen voorschrift van terughoudende toepassing kent. Door het verschoningsrecht beschermde informatie mag voorts niet als bewijs tegen de verdachte worden gebruikt. Beide algemene uitgangspunten werken door in een besef van beperkte toepassing van opsporingsbevoegdheden, ook in de praktijk. Dat geldt met name waar bijvoorbeeld bij de doorzoeking in beginsel een voorafgaand, schriftelijk bevel van de officier van justitie noodzakelijk is, al hoeft dat geen rechterlijk bevel te zijn.

Meer in het bijzonder voorziet de per 1 januari 2024 vernieuwde regeling in de StPO in de noodzaak tot verzegeling van informatie, zodra daarom door een betrokken belanghebbende wordt verzocht. Het is dan aan de officier van justitie om bij het bevoegde gerecht de (formele beslissing tot) *ontzegeling* van bepaalde informatie te verzoeken.

Onder leiding van dat gerecht vindt in het kader van die beslissing over het verzoek van de officier van justitie tot ontzegeling nadere filtering plaats van hetgeen dan wel of niet in de beslissing van het gerecht ontzegeld wordt.

Bij de doorzoeking van gegevensbestanden kan mede ter bescherming van het verschoningsrecht een beroepsgenoot worden ingeschakeld. Door de uitdrukkelijke vermelding daarvan in art. 247 lid 2 StPO wordt ook bij de toepassing van andere dwangmiddelen, in het bijzonder bij de doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde, in voorkomende gevallen wel van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

Filterprocedure en rechtsmiddelen

Met de recente, per 1 januari 2024 ingevoerde regeling van art. 248 en art. 248a StPO heeft de filterprocedure een nader, formeel kader verkregen. De regeling voorziet in een uiteindelijk

beslissing van het bevoegde gerecht over eventuele ontzegeling en (wijze van) filtering. Het bestaan van dit ‘ultieme’ wettelijk kader van (uiteindelijke) beslissing, heeft echter de praktijk van filtering breder beïnvloed. Binnen de formele verhoudingen van de verzegeling, inclusief het voorschrift dat de opsporingsorganen gedurende de verzegeling geen kennis van de inhoud van de informatie mogen nemen (art. 264 lid 3 juncto art. 248 lid 1 StPO), vindt er in de betrekkelijk pragmatische Zwitserse strafprocessuele praktijk in veel strafzaken overleg en afstemming plaats tussen de betrokken procespartijen van officier van justitie, advocaat/verschoningsgerechtigde en eventuele andere belanghebbenden. Dat gebeurt mede omdat elk van deze actoren in veel strafzaken er een welbegrepen eigen (praktisch) belang bij heeft de filtering van grote hoeveelheden informatie adequaat en gericht te doen verlopen en mede daartoe voor zover mogelijk op elkaar af te stemmen.

Gedurende de procedure van ontzegeling, ‘hangende’ een beslissing kan daarom door gerecht regie worden gevoerd en kunnen (voorbereidende) beslissingen worden genomen. Zo kan het gerecht betrokkenen tot nadere motivering aanspreken of tot het aanleveren van lijsten van zoektermen uitnodigen. Er kunnen afspraken worden gemaakt over de inzet van experts voor de filtering, en /of voor te gebruiken technische systemen, of over controle van de eventuele uitkomsten van de filtering; zo nodig kan de rechter daarover beslissen

Omdat het gerecht hangende de beslissing aldus kan ‘sturen’, kunnen betrokkenen ook in de aanloop naar die procedure al dergelijke afspraken maken, hetgeen in concrete zaken ook gebeurt. Dat kan vervolgens reeds tot ‘voor-gerechtelijke’ afspraken of overeenstemming over de wijze van filtering leiden, die het gerecht dan kan overnemen in zijn beslissing.

De formele kaders van de verzegeling en ontzegeling blijken in zoverre een pragmatisch-flexibele praktijk te bevorderen. Van belang daarbij is, dat het Zwitserse recht niet uitgaat van een absolute en steeds volledige waterdichte garantie dat opsporingsautoriteiten nimmer ook maar iets van de inhoud van door enig verschoningsrecht (mogelijk) geprivilegieerde informatie zullen kunnen vernemen. Zo’n waterdichte garantie wordt niet mogelijk geacht, maar wel zo belangrijk: die is met de (nieuwe) wettelijke regeling ook niet beoogd. De StPO bevat die garantie enerzijds wel als uitdrukkelijk uitgangspunt, maar tegelijk is geaccepteerd dat bij een doorzoeking een enkele, niet stelselmatig-inhoudelijk blik op informatie mogelijk is, ten einde te kunnen beslissen of informatie voor verdere filtering moet worden meegenomen of gekopieerd. Ook aan de officier van justitie wordt in het kader van de voorbereiding en behandeling van het verzoek tot ontzegeling van art. 248a StPO een dergelijke, geringe ruimte gelaten.

Daarbij en ook daarbuiten vertrouwt men in Zwitserland op de aanvullende c.q. afsluitende garantie dat geprivilegieerde informatie in de uiteindelijke berechting van de verdachte niet tegen hem mag worden gebruikt.

In de literatuur zijn de voor- en nadelen van deze constructie en pragmatische werkwijze betrekkelijk uitvoerig beschreven. De voordelen liggen vooral in een – in voorkomende gevallen – adequate ‘beheersing’ en filtering van grote stromen informatie. In die filtering geldt het uitgangspunt van bescherming van het verschoningsrecht, waartoe die filtering onder regie van het gerecht geschiedt. Als ‘nadeel’ of zwakke punten geldt dat een en ander tot op zekere hoogte in concrete zaken afhankelijk is van de bereidheid tot medewerking van alle

betrokkenen en de bereidheid elkaar in dat kader te (willen) ‘verstaan’. Het uitgangspunt dat niet altijd waterdichte garanties bestaan tegen enige inhoudelijke kennisneming in de opsporing voordat de rechter ter zake heeft beslist, leidt niet alleen tot veel en betrekkelijk casuïstische jurisprudentie; het maakt het systeem ook normatief kwetsbaar. Zie over het aspect van de kosten en de duur van een en ander nog nader hierna.

Voor wat betreft rechtsmiddelen: tegen de beslissing van het *Zwangsmassnahmengericht* in het kader van de ontzegeling staat op grond van de StPO geen rechtsmiddel open. Het gebruikelijke rechtsmiddel van bezwaar (*Beschwerde*) tegen beslissingen in het voorbereidend onderzoek, bijvoorbeeld over inbeslagneming, wordt in art. 248a lid 5 StPO met betrekking tot de beslissing over ontzegeling uitgesloten. Juist daarom staat wel bezwaar open bij het *Bundesgericht*. Aan een dergelijk bezwaar wordt op verzoek meestal opschortende werking verleend.

De zittingsrechter (*Sachrichter*) is niet gebonden aan de beslissing van het *Zwangsmassnahmengericht*. Die zittingsrechter kan daarmee alsnog oordelen dat bepaalde informatie vanwege het verschoningsrecht (alsnog) moet worden uitgesloten van gebruik als bewijs of anderszins tegen de verdachte.

Duur en kosten van filtering

De normatieve noodzaak van filtering ter bewaking van het verschoningsrecht, brengt ook in Zwitserland logischerwijze vertraging van het strafproces en behoorlijke kosten met zich mee. Enerzijds bestaat te dien aanzien een zekere berustende onvermijdelijkheid, waarbij er tegelijk op wordt gewezen dat door de regievoering die het gerecht dat op voet van art. 248a StPO over ontzegeling beslist, in veel zaken ook tijd gewonnen kan worden en adequate afspraken ook de kosten kan drukken.

Voor wat betreft die kosten wordt wel ook gewezen op het feit dat de eigenlijke filtering vaak wordt uitbesteed aan derden die daarvoor dan uiteraard moeten worden ingehuurd en betaald.

Als meer structurele tekortkoming die veel extra vertraging en kosten veroorzaakt wordt incidenteel in het bijzonder gewezen op het feit dat het enkele verzoek om verzegeling van gegevens reeds voldoende is om de officier van justitie te dwingen dan steeds de procedure tot ontzegeling in te leiden. De geachte is wel geopperd om een en ander om te keren en van een initiatief van de belanghebbende uit te gaan, bijvoorbeeld in de vorm van bezwaar tegen inbeslagneming. Voor de noodzaak tot een dergelijke (nieuwe) hervorming van het Zwitserse recht, blijkt geen brede steun.

Toezicht en tuchtrecht

Zowel de Zwitserse advocaten als de notarissen van dat land hebben hun eigen gedragsregels en tuchtrecht. Daarin is o.a. de geheimhoudingsplicht voorzien, die in voorkomende gevallen noopt tot gebruik van het verschoningsrecht waarvoor het beroepsgeheim de basis vormt. Interessant is wel dat naar art. 171 StPO ook een daartoe bevoegde autoriteiten uit de beroepsorganisatie, de advocaat of notaris uit diens geheimhoudingsplicht kan ontslaan.

De beroepsregels bevatten voorschriften voor adequate kantoorinrichting, zoals ten aanzien van de technische voorzieningen tot gegevensbescherming. In de praktijk blijkt niet van een

sterke werking van het toezicht of tuchtrecht als wezenlijke factor in de bescherming van het verschoningsrecht in strafzaken. Over het belang van het verschoningsrecht bestaat brede consensus; in concrete strafzaken gaat het eerst en vooral om de filtering van gegevens die wel of niet voor de (verdere) strafvervolgning mogen worden gebruikt. Dat essentiële onderwerp is – zowel in als buiten Zwitserland – geen object van regeling van toezicht of tuchtrecht betreffende de advocatuur of het notariaat.

Hoofdstuk 6 Frankrijk

6.1 Inleiding

In het Franse recht bestaat al decennia discussie over het verschoningsrecht.³⁴⁸ Binnen de advocatuur in Frankrijk leeft de idee dat Franse opsporingsinstanties soms actief op zoek zijn naar manieren om het verschoningsrecht te omzeilen, en dat ze daarbij lange tijd konden profiteren van onduidelijkheid in de wettelijke regeling. In 2021 heeft een wetswijziging plaatsgevonden die mede tot doel had het verschoningsrecht van advocaten beter te beschermen.³⁴⁹ Als onderdeel van de wetswijziging is het verschoningsrecht als strafvorderlijk beginsel benoemd en opgenomen in de preliminaire bepaling in het Franse wetboek van strafvordering (Code de procédure pénale, CPP). Er is verder voorzien in een regeling van de procedure voor inbeslagneming van stukken waarop mogelijk verschoningsrecht van toepassing is, inclusief de incidentele inbeslagneming van dergelijke geheimhoudersstukken bij derden (zie art. 56-1 tot en met 56-3 CPP). De voorwaarden voor het maken van een uitzondering op verschoningsrecht zijn voortaan ook in de wet opgenomen.

Ook de rechtsmiddelen en de termijnen die voor een beslissing daarop gelden zijn opgenomen in het Franse wetboek van strafvordering. In het Franse recht geldt een termijn van vijf dagen voor de juge des libertés et de la détention (JLD) – te vergelijken met de Nederlandse rechter-commissaris³⁵⁰ – om te beslissen of een stuk waarvan de onderzoekende magistraat kennis wil nemen, en waarvan de deken of de desbetreffende advocaat heeft aangegeven dat het mogelijk valt onder het verschoningsrecht, inderdaad valt onder het verschoningsrecht.

We zien in de nieuwe Franse wetgeving onderdelen van de regeling terug die in het nieuwe Nederlandse Wetboek van Strafvordering is opgenomen – bijvoorbeeld een regeling voor inbeslagneming van geheimhoudersstukken bij derden. Interessant is daarom de ervaring met de werking in de praktijk, met als onderdeel daarvan een hele reeks uitspraken van de Franse Hoge Raad op basis van de nieuwe wetgeving.³⁵¹

De discussie over de omvang van het verschoningsrecht blijft intussen de gemoederen bezighouden. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de felle reacties vanuit de advocatuur op de zaak (genoemd de ‘affaire Paul Bismuth’)³⁵² waarin een incidenteel (in het kader van een ander opsporingsonderzoek) afgetapt telefoongesprek tussen voormalig president Sarkozy, die verdacht werd van illegale partijfinanciering, en zijn advocaat, werd gebruikt als bewijs van

³⁴⁸ Zie F. Saint-Pierre, *Pratique de défense pénale. Droit, histoire, stratégie*, Parijs: LGDJ 2024, p. 91-93 ; V. Nioré & E. Bersegol, *Pratique de la défense en perquisition chez le justiciable et l’avocat*, Parijs : LGDJ 2025, p. 7-8.

³⁴⁹ Loi nr. 2021-1729 van 22 december 2021 ‘pour la confiance dans l’institution judiciaire’.

³⁵⁰ De functie van JLD is een andere dan de functie van onderzoeksrechter, juge d’instruction. De onderzoeksrechter heeft voor toepassing van een aantal opsporingsbevoegdheden toestemming nodig van de JLD, onder andere de doorzoeking van een kantoor van een advocaat. Het is verder de JLD die op vordering van de onderzoeksrechter beslist over voorlopige hechtenis.

³⁵¹ CRIM. 3 oktober 2023, ECLI:FR:CCASS:2023:CR01078; CRIM. 5 maart 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR00139, *Dalloz* 2024.485.

³⁵² Over deze zaak o.a. P. Robert-Diard, *Au procès des écoutes, la diffusion inédite des conversations entre Nicolas Sarkozy, alias Paul Bismuth, et son avocat*, *Le Monde* 7 december 2022.

het plegen van strafbare feiten door zowel Sarkozy als diens advocaat.³⁵³ Het verkregen bewijs werd rechtmatig geacht door het Cour de cassation, de Franse Hoge Raad.³⁵⁴

Tot slot verdient voorafgaand aan verdere bespreking de context van het verschoningsrecht aandacht. Naast de discussie over de omvang van de bescherming van het beroepsgeheim, speelt er voor de advocaat een andere (geheimhoudings)plicht: het respecteren van het onderzoeksgeheim.³⁵⁵ In de praktijk leeft het gevoel dat de advocaat in zijn werkzaamheden soms een smal pad moet bewandelen, balancerend tussen verschillende geheimhoudingsplichten³⁵⁶, niet volledig dekkende bescherming van het verschoningsrecht en de dreiging van sancties wegens het schenden van het onderzoeksgeheim of het beroepsgeheim.³⁵⁷ Dat levert een zekere spanning op.

6.2 Het beroepsgeheim van de advocaat en de notaris

6.2.1 De advocaat

Het beroepsgeheim van de advocaat wordt geregeld in de Beroepsregels van de orde van advocaten (Règlement Intérieur National de la profession d'avocat, RIN)³⁵⁸, in het decreet 2023-552³⁵⁹ inzake de deontologie van advocaten (Decreet), en in de Wet 71-1130 van 31 december 1971 inzake juridische beroepen.

De basisregels uit RIN en Decreet komen overeen.³⁶⁰ Art. 4 van het Decreet bepaalt dat het beroepsgeheim van de advocaat ‘van openbare orde’ is, absoluut is, algemeen is, en onbeperkt is in de tijd. De advocaat kan niet van zijn geheimhoudingsplicht worden ontslagen door zijn cliënt, noch door welke autoriteit of persoon dan ook, anders dan in de gevallen voorzien door de wet. De advocaat mag in geen enkel geval informatie verstrekken in strijd met het beroepsgeheim³⁶¹, behalve wanneer strikt noodzakelijk voor zijn eigen verdediging voor een

³⁵³ Le Figaro 11 februari 2025, opiniestuk ‘Après la décision “Bismuth”, le secret professionnel, principe sacré et inviolable de la défense, est en péril’, ondertekend door 300 advocaten.

³⁵⁴ CRIM. 18 december 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR01482.

³⁵⁵ Hierover S. Guinchard & J. Buisson, *Procédure pénale*, Parijs : LexisNexis 2019, p. 1028 en F. Molins, Le secret dans l’investigation et l’instruction, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-secret-dans-l-investigation-et-l-instruction>. Zie ook art. 5 van het Decreet 2023-552.

³⁵⁶ H. Matsopoulou Les sanctions des atteintes au secret professionnel de l’avocat, *Gaz. Pal*, 2022

³⁵⁷ Zie F. Saint-Pierre, 2024, p. 69-71. Zie ook V. Nioré, Secret professionnel: l’avocat, le client, le proche, le tiers, le ministère public et... le chaos, *Actu juridique* 5 december 2024 (www.actu-juridique.fr/professions/avocats/secret-professionnel-lavocat-le-client-le-proche-le-tiers-le-ministere-public-et-le-chaos). Art. 226-13 CP bevat een strafbaarstelling van het schenden van het beroepsgeheim, art. 434-7-2 CP een strafbaarstelling van het schenden van het onderzoeksgeheim.

³⁵⁸ <https://www.cnb.avocat.fr/fr/reglement-interieur-national-de-la-profession-davocat-rin#>

³⁵⁹ Decreet 2023-552 van 30 juni 2023.

³⁶⁰ De verhouding tussen beide teksten valt te duiden als die van interne beroepsregels (RIN) en externe werking daarvan (Decreet).

³⁶¹ F. Saint-Pierre, 2024, p.62 noemt als uitzondering het geval waarin de advocaat in het belang van de verdediging van zijn cliënt, met diens instemming, in het kader van een uiteenzetting van juridische argumenten, put uit hetgeen hij in een vertrouwelijk gesprek met zijn cliënt heeft vernomen.

gerecht³⁶² en in geval van meldings- en verstrekingsverplichtingen voorzien en toegestaan door de wet. Hierbij moet onder andere worden gedacht aan de melding van verdachte transacties in het kader van de preventie van witwassen. Anders dan het Decreet, geeft art. 2.2 van het RIN een nadere duiding van de reikwijdte van het beroepsgeheim.³⁶³

Op grond van art. 2.3 RIN is de advocaat verantwoordelijk voor het waarborgen van het beroepsgeheim door de medewerkers van zijn kantoor of van het samenwerkingsverband waarbinnen hij werkzaam is, evenals door een ieder met wie hij in zijn professionele werkzaamheden samenwerkt. Bij respondenten zijn geen voorbeelden bekend waarin een medewerker zich moest beroepen op het verschoningsrecht.

De Wet 71-1130 van 31 december 1971 inzake juridische beroepen bevat in art. 66-5 van een bepaling over de reikwijdte van het beroepsgeheim : *En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel.*³⁶⁴

Naar dit art. 66-5 van de wet op de juridische beroepen wordt verwezen in het preliminaire artikel en in art. 56-1 van de Code de procédure pénale als het gaat om aanduiding van (de reikwijdte van) het beroepsgeheim, waarmee rekening dient worden gehouden in het strafproces.

Toezicht op de naleving van de beroepsregels is aan de Orde van advocaten. Een advocaat die zich niet houdt aan de geheimhoudingsplicht kan voorwerp worden van de toepassing van tuchtrecht.³⁶⁵ Schending van het beroepsgeheim is ook strafbaar, op grond van art. 226-13 van het Franse wetboek van strafrecht (Code pénal, CP) (maximumstraf 1 jaar gevangenisstraf).

³⁶² Hierbij valt te denken aan een advocaat die wordt aangeklaagd door zijn cliënt, zie F. Saint-Pierre, 2024, p. 62.

³⁶³ Le secret professionnel couvre en toute matière, dans le domaine du conseil ou celui de la défense, et quels qu'en soient les supports, matériels ou immatériels (papier, télécopie, voie électronique ...) :

- les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci ;
- les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention officielle ;
- les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier, toutes les informations et confidences reçues par l'avocat dans l'exercice de la profession ;
- le nom des clients et l'agenda de l'avocat ;
- les règlements pécuniaires et tous maniements de fonds effectués en application de l'article 27 alinéa 2 de la loi du 31 décembre 1971 ;
- les informations demandées par les commissaires aux comptes ou tous tiers, (informations qui ne peuvent être communiquées par l'avocat qu'à son client).

³⁶⁴ Vrij vertaald : *Op alle terreinen, zowel op het gebied van consultatie als op het gebied van verdediging, de adviezen door een advocaat aan zijn cliënt zijn gericht of voor hem zijn bestemd, correspondentie tussen de cliënt en zijn advocaat, tussen de advocaat en zijn collega's, met uitzondering van die welke als "officieel" zijn gemarkeerd, gespreksnotities en, meer in het algemeen, alle onderdelen van het dossier, vallen onder het beroepsgeheim.*

³⁶⁵ Decreet 91-1197 van 27 november 1991 (organisant la profession d'avocat). Zie verder F. Saint-Pierre, 2024, p. 691-692.

6.2.2 *De notaris*

Het decreet 2023-1297³⁶⁶ over de deontologie van het ambt van notaris regelt het beroepsgeheim voor notarissen. Art. 8 bepaalt dat de notaris een ‘absoluut en volledig’ beroepsgeheim heeft, dat zich uitstrekt over zijn ondergeschikten. Voor de toepassing van het beroepsgeheim en eventuele uitzonderingen wordt verwezen naar ‘het wetboek van strafrecht en andere (wettelijke) regelgeving’.

Toezicht op de naleving van de beroepsregels is aan de procureur-generaal en aan de beroepsorganisatie. Een notaris die het beroepsgeheim schendt kan tuchtrechtelijk worden vervolgd.³⁶⁷ Schending van het beroepsgeheim is ook strafbaar, op grond van art. 226-13 CP (maximumstraf 1 jaar gevangenisstraf).

6.3 Het verschoningsrecht van de advocaat en de notaris

6.3.1 *Inleiding*

Het is belangrijk op te merken dat het brede Nederlandse begrip ‘verschoningsrecht’ in het Franse recht niet een echte equivalent kent. Een advocaat heeft net als andere beroepsbeoefenaars die op grond van hun beroep gebonden zijn aan een geheimhoudingsplicht, die wordt gehandhaafd door het strafrecht (strafbaarstelling van schenden van het beroepsgeheim) een verschoningsrecht: de advocaat is niet verplicht te verklaren in een getuigenverhoor door de onderzoeksrechter (art. 109 CPP) of ter terechtzitting (art. 326 en 437 CPP). Hij heeft een ‘droit au silence’. Eveneens rust op de advocaat geen aangifteplicht in geval hij in zijn functie kennis krijgt van een misdrijf – gesanctioneerd door art. 434-1 CP. We zouden in dit verband kunnen spreken van een ‘verschoningsrecht in enge zin’. Daarnaast bestaan verschillende regels die ervoor moeten zorgen dat het beroepsgeheim in het strafproces wordt gewaarborgd, in het bijzonder door de vertrouwelijkheid van de communicatie van de advocaat met zijn cliënt te beschermen bij inbeslagneming van documenten en gegevens, en bij onderzoek van telecommunicatie. Daarentoent spreekt het Franse recht van ‘het beschermen van het beroepsgeheim in het kader van het strafprocesrecht’.

In rechtsvergelijkend opzicht opvallend is dat er bijna geen rechtspraak is over gevallen waarin een notaris wordt geconfronteerd met een strafvorderlijke maatregel die zijn beroepsgeheim dreigt aan te tasten. Ook de wettelijke regeling is toegesneden op de positie van de advocaat. Er is weliswaar een aparte bepaling (art. 56-3 CPP) die enige bescherming toekent in verband met het beroepsgeheim van andere beroepsgeheimhouders onder wie de notaris.³⁶⁸ Maar die is niet voorzien van excepties tegen inbeslagneming van stukken. Op grond van gehouden interviews is de reden voor het verschil in bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat en van de notaris terug te voeren tot de kern van het verschoningsrecht in het Franse strafprocesrecht: de bescherming van het beroepsgeheim in het kader van vertrouwelijkheid

³⁶⁶ Decreet 2023-1297 van 28 december 2023.

³⁶⁷ Ordonnance nr. 2022-544 van 13 april 2022 relative à la déontologie et à la discipline des officiers ministériels.

³⁶⁸ Art. 56-2 CPP.

van communicatie tussen advocaat en cliënt in het belang van het verdedigingsrecht. De notaris heeft een dergelijke rol niet in het strafproces.

6.3.2 Duiding en omvang van het verschoningsrecht

Bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat in de context van het strafproces vindt haar oorsprong – volgens de Franse literatuur – in het beginsel van de vrijheid van verdediging en de uitoefening van het verdedigingsrecht.³⁶⁹ Het Cour de cassation gebruikt deze grondslag inderdaad al lange tijd in zijn rechtspraak. In een arrest uit de negentiende eeuw, dat in de literatuur vaak wordt aangehaald³⁷⁰, stelde het Cour de cassation: *‘D’une manière générale, le droit de saisie rencontre une limite dans le droit supérieur de la défense, qui commande d’affranchir de toute entrave les communications des accusés avec leurs conseils’*.³⁷¹

In de regeling van de doorzoeking en inbeslagneming bij advocaten in art. 56-1 CPP, wordt inbeslagneming uitgesloten van documenten die betrekking hebben op de l'exercice des droits de la défense et couvert par le secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques: die moeten apart worden verzegeld en naar de JLD worden gebracht die beslist over kennisneming.

In het Franse recht is dus bij de bescherming van het beroepsgeheim in het kader van het strafproces een duidelijk verband gelegd met het verdedigingsrecht. We zouden kunnen stellen dat het waarborgen van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt tijdens het strafproces twee samenhangende doelen dient: het beroepsgeheim moet in beginsel worden gerespecteerd, in het belang van of in samenhang met het verdedigingsrecht.

Bij de doorzoeking ter inbeslagneming van stukken heeft de deken van de orde van advocaten een toezichthoudende taak. Die toezichthoudende taak, zo maakt het Cour de cassation duidelijk, is (eveneens) gericht op bescherming van de verdedigingsrechten. Inbeslagneming van stukken die communicatie bevatten tussen advocaat en cliënt *est de nature à faire grief aux droits de la défense, dont le bâtonnier a pour mission générale d'assurer la protection*.³⁷²

De Conseil constitutionnel – het Franse Constitutionele Hof – heeft zich het afgelopen decennium enkele malen gebogen over het waarborgen van het beroepsgeheim in het kader van het strafproces.³⁷³ In een beslissing in 2021, over het recht van gedetineerden om vertrouwelijk met hun advocaat te kunnen communiceren, stelde de Conseil dat *le droit de communiquer avec son avocat participe au respect des droits de la défense*.³⁷⁴

De Conseil constitutionnel deed vervolgens begin 2023 een uitspraak over de belangrijkste bepalingen van de wetswijziging van 2021. Daaruit valt het nodige op te maken over de aard

³⁶⁹ F. Saint-Pierre, 2024, p. 63-64.

³⁷⁰ Zie o.a. F. Saint-Pierre, 2024, p. 63;

³⁷¹ CRIM. 12 maart 1886, DP 1886.1.345 (opgenomen in Dalloz Code de procedure annoté, 2025, onder art. 56-1 CPP).

³⁷² CRIM. 8 april 2025, ECLI:FR:CCASS:2025:CR50426.

³⁷³ Zie F. Saint-Pierre, 2024, p. 60-61.

³⁷⁴ CC 4 november 2021, 2021-945 QPC.

van het verschoningsrecht.³⁷⁵ Zo zegt de Conseil constitutionnel (r.o. 11) over de procedure voor doorzoeking en inbeslagneming bij een advocaat (art. 56-1 CPP), dat deze inhoudt dat de inbeslagneming van stukken die vallen onder het beroepsgeheim is verboden, zodra die vallen onder de uitoefening van verdedigingsrechten.³⁷⁶ Deze bepalingen zien dus niet op het mogelijk maken van inbeslagneming van stukken in het kader van juridische procedure of een procedure die tot doel heeft het opleggen van een sanctie, en die valt onder het verdedigingsrecht beschermd door art. 16 van de Verklaring van de rechten van de mens van 1789. Het is vervolgens aan de wetgever om de verzoening te verzekeren tussen enerzijds het belang van rechtshandhaving en anderzijds de uitoefening van rechten en vrijheden die worden gewaarborgd door de grondwet, waaronder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het briefgeheim, beschermd door art. 2 van de Verklaring van de rechten van de mens van 1789.³⁷⁷ Naar deze uitspraak van de Conseil constitutionnel wordt sindsdien ook door het Cour de cassation verwezen.³⁷⁸

Samengevat geeft het op zich ruime beroepsgeheim in het Franse recht niet automatisch aanleiding tot bescherming van dat beroepsgeheim met een even breed verschoningsrecht. Sterker: de bescherming is beperkt tot communicatie tussen advocaat en cliënt en stukken die het uitoefenen van het verdedigingsrecht betreffen in de lopende strafzaak waarin het onderzoek plaatsvindt.

6.3.3 De wetswijziging in 2021

Zoals eerder aangegeven, is er in Frankrijk de afgelopen decennia met regelmaat sprake van controverse over het verschoningsrecht. In het kader van de Wet van 22 december 2021 die breder tot doel had het vertrouwen in de justitie te versterken (Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire), is een aantal wijzigingen doorgevoerd om het beroepsgeheim in het strafproces beter te beschermen. De summiere toelichting bij de wet³⁷⁹ heeft het over het op verschillende onderdelen versterken van het beroepsgeheim van de verdediging dat als zodanig in elke rechtsstaat een essentieel waarborg vormt voor het goede functioneren van het recht en zijn eerlijke karakter, dat rechtstreeks bijdraagt aan het vertrouwen dat burgers hebben in justitie.³⁸⁰ In een circulaire van de minister van justitie die van kracht is geworden bij inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving, is uitleg opgenomen over de beoogde werking, alsmede over de bedoeling van de verschillende bepalingen.³⁸¹

De eerste wijziging betrof de opneming van het verschoningsrecht in het preliminaire artikel van het Franse wetboek van strafvordering. Daarin is nu bepaald: *'Le respect du secret*

³⁷⁵ CC 19 januari 2023, 2022-1030 QPC.

³⁷⁶ CC 19 januari 2023, 2022-1030 QPC, r.o. 11.

³⁷⁷ CC 19 januari 2023, 2022-1030 QPC. r.o. 13.

³⁷⁸ Zie CRIM. 5 maart 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR00139.

³⁷⁹ https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b4091_projet-loi

³⁸⁰ *renforce sur plusieurs points le secret professionnel de la défense qui constitue en effet dans tout État de droit une garantie essentielle au bon fonctionnement de la justice et à son caractère équitable, qui participe directement de la confiance des citoyens dans l'institution judiciaire.*

³⁸¹ Circulaire JUSD2206745C van 28 februari 2022.

professionnel de la défense et du conseil (..), est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par le présent code.’ De bepaling vormt een belangrijke erkenning dat het beroepsgeheim in de strafvordering moet worden gewaarborgd. Voor de reikwijdte van het beroepsgeheim wordt verwezen naar art. 66-5 van de wet inzake juridische beroepen uit 1971 en wat betreft de manier waarop het beroepsgeheim wordt gewaarborgd in het strafproces wordt verwezen naar de bepalingen die de strafprocedure regelen in het wetboek.³⁸²

Vervolgens is voorzien in een aangescherpte regeling voor de doorzoeking van het kantoor of de woning van een advocaat. Die is alleen mogelijk bij een verdenking dat de advocaat betrokken is bij het plegen van een strafbaar feit waarop het strafrechtelijke onderzoek is gericht (*‘s’il existe contre l’avocat des raisons plausibles de le soupçonner d’avoir commis ou tenté de commettre l’infraction qui fait l’objet de la procédure’*). Door de wetswijziging is verduidelijkt dat de doorzoeking een beslissing vereist van de JLD, waarin de verdenking moet worden gemotiveerd, en die ter kennis moet worden gebracht aan de deken.

Eveneens is een regeling opgenomen voor incidentele inbeslagneming, dat wil zeggen inbeslagneming elders, in onderzoek dat niet is gericht op de advocaat maar op een andere verdachte, en/of inbeslagneming betreft die plaatsvindt op een andere plaats dan het kantoor van de advocaat of diens woning (art. 56-1-1 CPP). Een regeling daarvoor ontbrak, waardoor er geen procedurele waarborgen bestonden ter bescherming van het beroepsgeheim bij doorzoeken op andere plaatsen dan het kantoor of de woning van de advocaat.³⁸³

Verder is een regeling opgenomen voor stukken die niet vallen onder de communicatie in het kader van verdediging van een cliënt in een strafzaak, maar die ‘advisering’ betreffen. De regeling stelt dat inbeslagneming van stukken die communicatie in het kader van raadgeving betreffen, het beroepsgeheim bescherming verdient. Dat is niet het geval als de in beslag te nemen stukken het bewijs leveren van hun gebruik voor het plegen van enkele specifiek genoemde delicten – fiscale fraude, het financieren van terrorisme, private omkoping, ambtelijke omkoping, handel in invloed, alsmede het witwassen van de opbrengsten van deze misdrijven, waarbij (art. 56-1-2 CPP).³⁸⁴ De eerste indruk van de regeling in art. 56-1-2 CPP is dat het een uitbreiding betreft van de bescherming van het beroepsgeheim: niet enkel in geval van communicatie gerelateerd aan de verdediging in een strafzaak, maar ook advisering door de advocaat. Die indruk is echter onjuist, zo blijkt uit de circulaire over toepassing van de wet. Met advisering wordt alleen bedoeld op de fase direct voor de aanvang van de verdediging, zeggend het zoeken van rechtsgeleerd advies door de cliënt ter bepaling van diens rechtspositie.³⁸⁵ In de literatuur wordt opgemerkt dat art. 56-1-2 CPP beter kan worden gezien als een (kleine) uitbreiding van de bescherming op grond van het verdedigingsrecht en niet als

³⁸² Circulaire JUSD2206745C van 28 februari 2022, p. 3, noemt in dit verband de art. en 56-1, 56-1-1, 56-1-2 en 100-5 CPP.

³⁸³ Circulaire JUSD2206745C van 28 februari 2022, p. 5.

³⁸⁴ Circulaire JUSD2206745C van 28 februari 2022, p. 5-7.

³⁸⁵ Zie C. Ambroise-Castérot & Ph. Bonfils, *Procédure pénale*, Parijs: PUF 2024, p. 284-285 en Circulaire JUSD2206745C van 28 februari 2022, p. 7.

een bescherming van de adviespraktijk van de advocaat.³⁸⁶ Deze zienswijze wordt bevestigd in interviews met praktici.³⁸⁷

Ook de regeling van het vorderen van verkeersgegevens van de telefoon van een advocaat is aangescherpt. Het vorderen kan enkel in geval van een verdenking dat de advocaat betrokken is bij het plegen van een strafbaar feit waarop het strafrechtelijke onderzoek is gericht en vereist een beslissing van de JLD, waarin de verdenking tegen de advocaat moet worden gemotiveerd, en die ter kennis moet worden gebracht aan de deken (art. 60-1-1, 77-1-1 en 99-3 CPP). Dezelfde aanvullende eisen gelden voor het opnemen van communicatie via de professionele lijn of privélijn van de advocaat, zij het dat in dat geval de deken niet behoeft te worden ingelicht (art. 100 CPP).

In een interview met een vertegenwoordiger van het ministerie van justitie is de nieuwe wetgeving in perspectief geplaatst. Eerste verworvenheid is volgens de respondent – in lijn met de doelstelling van de wet van het vergroten van het vertrouwen in de justitie, de erkenning van het beroepsgeheim als een beginsel in het kader van het strafprocesrecht. Het tweede positieve resultaat van de nieuwe wetgeving is volgens de respondent de totstandkoming van een meer sluitende bescherming van het beroepsgeheim (samenhangend met het verdedigingsrecht), zowel in het geval van inbeslagneming van geheimhoudersstukken elders, als het onderzoek van (tele)communicatie. Dat biedt houvast en ongetwijfeld daardoor ook meer mogelijkheden voor een effectieve bescherming. Als positief zou ook gezien kunnen worden het gegeven dat de wetgever expliciet iets heeft geregeld voor bescherming van advisering door de advocaat buiten de verdediging in een strafzaak. Maar tegelijk is die bescherming door de enge uitleg beperkt. Ten slotte werd benadrukt dat ook al is de regeling niet in alle onderdelen nieuw en sluit die aan bij de rechtspraak van het Cour de cassation op grond van de oude regeling, er toch op veel punten jurisprudentie is gewenst om de exacte werking van de nieuwe wetgeving te duiden. Die jurisprudentie is getuige een hele serie van uitspraken van het Cour de cassation op het moment volop in ontwikkeling.

De advocaat die in het kader van het onderzoek is geïnterviewd had het nodige commentaar op de nieuwe wetgeving, die vooral zou zijn gebaseerd op een zeer beperkte bescherming van het beroepsgeheim. De geïnterviewde gespecialiseerde officier van justitie gaf aan het jammer te vinden dat de nieuwe wetgeving nog immer is gebaseerd op de inbeslagneming van fysieke documenten, terwijl in de praktijk de inbeslagneming van grote hoeveelheden digitale gegevens aan de orde van de dag is – en allerlei hoofdbrekens oplevert, deels ook door het ontbreken van voldoende specifieke regelgeving. De praktijk beweegt zich bijgevolg op informele basis, buiten het kader van de relatief nieuwe regelgeving. De geïnterviewde JLD was kritisch op de nieuwe wetgeving: die schiet in de praktijk tekort op essentiële punten. De zienswijzen van de advocaat, de officier van justitie en de JLD komen nader aan de orde in paragraaf 5.

³⁸⁶ H. Matsopoulou, Les limites à la protection du secret professionnel de l'avocat, *JCP* 2024, nr. 46, act. 1349.

³⁸⁷ Interviews met advocaat en met JLD.

6.3.4 *Verhouding tot het EVRM en het Handvest*

Aandacht verdient de relatie tussen het Franse recht met betrekking tot het verschoningsrecht en het EVRM en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. In arresten van het Cour de cassation over het verschoningsrecht van advocaten wordt het EVRM stelselmatig aangehaald. Gesteld wordt dat de bescherming van het beroepsgeheim in het kader van het strafproces ook voortvloeit uit art. 8 EVRM (van communicatie tussen advocaat en cliënt)³⁸⁸, terwijl in andere gevallen naast art. 8 EVRM ook art. 6 EVRM wordt genoemd.³⁸⁹ Het gaat meestal om een verwijzing naar het EVRM die plaatsvindt in een opsomming van de bronnen (nevengeschiedt) die nopen tot bescherming van het beroepsgeheim, waarbij de inhoud zich richt op bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt in het kader van een strafrechtelijke procedure.

In de Franse literatuur wordt de vraag gesteld of de beperkte reikwijdte van het verschoningsrecht wel voldoende is om de door het EHRM en Hof van Justitie gewenste bescherming te bieden.³⁹⁰ De geïnterviewde JLD was van mening dat de werking van het Franse recht in de praktijk te weinig bescherming biedt voor het beroepsgeheim van de advocaat en in verhouding tot de eisen die voortvloeien uit het EVRM en de rechtspraak van het EHRM te kort schiet, omdat de bescherming enkel aan de orde is bij communicatie en stukken die betrekking hebben op de lopende strafzaak waarin het onderzoek plaatsvindt. Voor de vraag naar conformiteit aan het EVRM is in de ogen van de JLD te weinig aandacht.

6.4 De werking van het verschoningsrecht in het strafproces

In het Franse wetboek van strafvordering wordt het beroepsgeheim van de advocaat – conform de structuur vermeld in het preliminaire artikel in de CPP – op verschillende plaatsen van nader bescherming voorzien. Overtreding van deze regels leidt in beginsel tot nietigheid, bewijsuitsluiting wegens onrechtmatige toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden.

6.4.1 *Het horen als getuige*

In de art. 109 CPP (verhoor van getuigen door de onderzoeksrechter), art. 326 CPP (verhoor van getuigen in kader procedure voor het juryhof), art. 437 CPP (verhoor van getuigen in kader onder ter terechtzitting rechtbank) is telkens voorzien in een uitzondering voor personen die vallen onder de reikwijdte van de strafbaarstelling van art. 226-13 CP (schending van het beroepsgeheim). Dit betekent dat – onder anderen – een advocaat of notaris niet kan worden gedwongen te verklaren in het kader van een strafrechtelijke procedure als dat strijd zou opleveren met het beroepsgeheim.

³⁸⁸ CRIM. 18 januari 2006, nr. 05-86447; CRIM. 11 maart 2025, ECLI:FR :CCASS2025:CR00192.

³⁸⁹ CRIM. 5 maart 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR00139 (bij toegepast recht).

³⁹⁰ H. Matsopoulou, Les limites à la protection du secret professionnel de l'avocat, *JCP* 2024, nr. 46, act. 1349.

6.4.2 Doorzoeking en inbeslagneming

6.4.2.1 Kantoor of woning van een advocaat

Uitgangspunt is dat doorzoeking van een kantoor van een advocaat of van diens woning slechts mag plaatsvinden door een magistraat (te verstaan is: officier van justitie of onderzoeksrechter), na een gemotiveerde beslissing daartoe van de JLD. Die beslissing moet de aard van de strafbare feiten waarop het onderzoek is gericht vermelden, evenals de redenen die de doorzoeking rechtvaardigen, het doel van de doorzoeking en de proportionaliteit van de doorzoeking ten opzichte van de aard en de zwaarte van de feiten (art. 56-1 lid 1 CPP). De beslissing van de JLD wordt vanaf de aanvang van de doorzoeking ter kennis gebracht van de deken of diens afgevaardigde.

Tijdens de doorzoeking kunnen enkel de magistraat die het onderzoek leidt en de deken (of diens afgevaardigde) kennisnemen van documenten of voorwerpen voorafgaand aan hun eventuele inbeslagneming. De doorzoeking kan zich mede uitstrekken tot de gegevens opgeslagen op aanwezige ICT-systemen (op grond van art. 56 CPP, dat in dit verband van overeenkomstige toepassing is) of in de cloud.³⁹¹

De inbeslagneming van een telefoon en het zoeken daarin is gelijkgesteld aan een doorzoeking van een plaats, en eventuele vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt die via de telefoon toegankelijk is, zal dus op dezelfde wijze tegen inbeslagneming (en kennisneming) worden beschermd als documenten en gegevens tijdens een doorzoeking.³⁹²

De doorzoeking kan (o.a.) plaatsvinden op grond van een verdenking tegen de advocaat wegens betrokkenheid als dader of medeplichtige bij het strafbare feit waarop het onderzoek is gericht. De magistraat die leidinggeeft aan de doorzoeking houdt toezicht op dat geen enkel document dat valt onder het verdedigingsrecht en valt onder het beroepsheim in beslag wordt genomen. Stukken mogen vóór inbeslagneming alleen worden ingezien door de magistraat die de doorzoeking leidt (dat is in de praktijk meestal de onderzoeksrechter)³⁹³ en door de deken.³⁹⁴

De getroffen advocaat en de deken kunnen zich verzetten tegen inbeslagneming wegens schending van het beroepsgeheim (beschermd in verband met het verdedigingsrecht). Het gaat om een gescheiden recht op aanwending van een rechtsmiddel.³⁹⁵ In de praktijk speelt de deken een belangrijke rol. Stukken of voorwerpen waarvan verzet is gevoerd tegen hun inbeslagneming worden verzegeld en naar de JLD gebracht. De JLD neemt binnen vijf dagen een beslissing over inbeslagneming. In dat kader hoort hij de magistraat die de doorzoeking leidt, de officier van justitie (als die niet de leidende magistraat is), de betreffende advocaat en de deken of diens afgevaardigde. De JLD kan in hun bijzijn de verzegelde stukken openen. In de literatuur en rechtspraak wordt verduidelijkt dat het de bedoeling is dat de JLD echt zelf kennisneemt van het document en per document een beslissing neemt.³⁹⁶

³⁹¹ Zie V. Nioré & E. Bersegol, 2025, p. 237-255.

³⁹² CRIM. 18 januari 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:CR00050. Zie ook V. Nioré & E. Bersegol, 2025, p. 237.

³⁹³ Zie F. Saint-Pierre, 2024, p. 90.

³⁹⁴ Zie F. Saint-Pierre, 2024, p. 88.

³⁹⁵ CRIM. 8 april 2025, ECLI:FR:CCASS:2025:CR50426.

³⁹⁶ A. Braci 2024, en CRIM. 25 juni 2013, ECLI:FR:CCASS:2013:CR02883.

In geval van het verzegelen van een grote hoeveelheid stukken of gegevens, of (de verzegelde) inbeslagneming van een telefoon die toegang geeft tot vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt, kan het nodig zijn om technisch onderzoek te verrichten, door middel van filteren (verwijderen van geheimhoudersstukken) of nader zoeken (van stukken waarop het onderzoek zicht richt) van de inbeslaggenomen gegevens.³⁹⁷ Dit kan gebeuren door het vaststellen van zoektermen door de JLD, in contradictoir debat met de partijen (officier van justitie, deken en advocaat).³⁹⁸ Voor de uitvoering van het onderzoek kan de JLD een deskundige aanwijzen. De JLD is verantwoordelijk voor het onderzoek en geeft leiding aan het technische onderzoek.³⁹⁹ De JLD kan dat niet overlaten aan de onderzoeksrechter of de officier van justitie.⁴⁰⁰ De JLD moet per verzegeld stuk een aparte beslissing nemen over inbeslagneming.⁴⁰¹ Daarbij geldt hetzelfde criterium als voor doorzoeking, als voorwaarde voor inbeslagneming van stukken die vallen onder het beroepsgeheim: namelijk betrokkenheid van de advocaat bij het strafbare feit waarop het onderzoek betrekking heeft.⁴⁰² In art. 56-1-2 CPP is een aparte regeling opgenomen voor inbeslagneming van stukken die betrekking hebben op advisering door de advocaat en niet de verdediging in een strafzaak. Zie hierover paragraaf 3.3.

In procedure om te beslissen over inbeslagneming van geheimhoudersstukken moeten de JLD en de president van de Chambre d'instruction zich onthouden van een beoordeling van het eerder gegeven bevel tot doorzoeking en het verloop van de doorzoeking. Daarover kan in geval van een gerechtelijk vooronderzoek bij de raadkamer worden geklaagd – de algemene raadkamer procedure inzake de rechtmatigheid van bewijs.⁴⁰³

Indien de JLD tot de conclusie komt dat inbeslagneming van een document niet is toegestaan, wordt dit document terstond teruggegeven en wordt het proces-verbaal van inbeslagneming en elke referentie naar het document verwijderd. De JLD kan uiteraard ook besluiten dat het document mag worden gevoegd in het dossier.

Tegen de beslissing van de JLD kan binnen 24 uur⁴⁰⁴ door de officier van justitie, de advocaat of de deken⁴⁰⁵, beroep worden ingesteld bij de (president van de) Chambre d'instruction. Het beroep tegen inbeslagneming van advocaat en van deken zijn te onderscheiden van elkaar, maar wel in die zin gerelateerd, dat een deken die in eerste instantie geen verzet heeft aangetekend

³⁹⁷ V. Nioré & E. Bersegol, 2025, p. 239.

³⁹⁸ CRIM. 25 juni 2013, ECLI:FR:CCASS:2013:CR02883.

³⁹⁹ CRIM. 11 juni 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR00672.

⁴⁰⁰ V. Nioré & E. Bersegol, 2025, p. 239-241.

⁴⁰¹ CRIM. 11 juni 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR00672.

⁴⁰² CRIM. 11 maart 2025, ECLI:FR:CCASS2025:CR00192.

⁴⁰³ CRIM. 20 mei 2025, ECLI:FR:CCASS:2025:CR00648. Wel is het zo dat als dit bevel niet aan de wettelijke vereisten voldoet (in casu de verdenking tegen de advocaten niet is gespecificeerd), de president van de Chambre d'instruction in geval van een rechtsmiddel tegen de inbeslagneming moet concluderen dat het beroepsgeheim zich verzet tegen inbeslagneming; CRIM. 11 maart 2025, ECLI:FR:CCASS2025:CR00192.

⁴⁰⁴ Zie ook Circulaire JUSD2206745C van 28 februari 2022, p. 4.

⁴⁰⁵ CRIM. 8 april 2025, ECLI:FR:CCASS:2025:CR50426.

tegen inbeslagneming, wel tegen de negatieve beslissing van de JLD op het beklag van de advocaat in beroep kan gaan bij de president Chambre d'instruction.⁴⁰⁶

Het beroep bij de president van de Chambre d'instruction heeft schorsende werking: de stukken worden niet in het dossier gevoegd noch teruggegeven. De president van de Chambre d'instruction wordt evenals de JLD geacht zelf naar de stukken te kijken en te beslissen of deze wel of niet in aanmerking komen voor bescherming. Een marginale toets van de beslissing van de JLD is onvoldoende.⁴⁰⁷ De president van de Chambre d'instruction beslist binnen vijf dagen.⁴⁰⁸ Tegen de beslissing van de president van de Chambe d'Instruction is cassatieberoep mogelijk. Voor de behandeling van en uitspraak (bij beschikking) op het cassatieberoep door het Cour de cassation gelden geen termijnen.

6.4.2.2 Inbeslagneming elders

In art. 56-1-1 CPP is de situatie geregeld dat een stuk dat valt onder het beroepsgeheim wordt ontdekt bij een doorzoeking op een andere plaats dan het kantoor van een advocaat of diens woning. De persoon bij wie de doorzoeking plaatsvindt kan zich dan verzetten tegen de inbeslagneming van een document, waarna het document wordt verzegeld en naar de JLD wordt gebracht teneinde over inbeslagneming te beslissen.⁴⁰⁹ Op het verdere verloop van de procedure is de regeling van art. 56-1 CPP voor inbeslagneming van stukken bij een advocaat van toepassing.

In art. 56-3 CPP is een regeling getroffen voor doorzoeking van het kantoor andere personen met een beroepsgeheim, te weten een arts en een notaris. De doorzoeking mag enkel plaatsvinden door een magistraat, in het bijzijn van een vertegenwoordiger van de beroepsgroep. Opvallend is dat er geen nadere beperkende voorwaarden worden gesteld het in beslag nemen van stukken die vallen onder het beroepsgeheim van de notaris.

6.4.3 Telefonische communicatie

6.4.3.1 Telefoontap

Als uitvloeisel van het beroepsgeheim, dient ook de telefonische communicatie tussen de advocaat en diens cliënt vertrouwelijk te kunnen plaatsvinden. Art. 100 CPP dat de bevoegdheid tot 'het onderscheppen van communicatie langs elektronische weg' regelt, een bevoegdheid van de onderzoeksrechter in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek, kent het vierde lid een verbod tot het onderscheppen van deze communicatie als die plaatsvindt via een lijn van een kantoor van een advocaat of de woning van de advocaat. Een uitzondering op dit verbod is mogelijk in geval er tegen de advocaat een verdenking bestaat van een strafbaar feit (waarop het opsporingsonderzoek is gericht) en op voorwaarde dat de bevoegdheid

⁴⁰⁶ CRIM. 8 april 2025, ECLI:FR:CCASS:2025:CR50426.

⁴⁰⁷ CRIM. 11 maart 2025, ECLI:FR:CCASS2025:CR00192.

⁴⁰⁸ Zie F. Saint-Pierre, 2024, p. 89.

⁴⁰⁹ Circulaire JUSD2206745C van 28 februari 2022, p. 5.

proportioneel is ten opzichte van de aard en de zwaarte van de feiten. Daartoe is een beschikking van de JLD nodig, op vordering van de onderzoeksrechter.⁴¹⁰

6.4.3.3 Incidentele telefoontap

In geval een telefoongesprek tussen een advocaat en diens cliënt wordt onderschept dat wordt gehouden op een andere lijn dan die van het kantoor van de advocaat of diens woning, dan mag de inhoud van dit gesprek niet worden geregistreerd (neergelegd in een proces-verbaal en gevoegd in het procesdossier) – art. 100-5 lid 3 CPP. Dit levert een nietigheid op. Er is een uitzondering: het gesprek mag wel worden gebruikt in het strafrechtelijk onderzoek, en opgenomen in het procesdossier, als de inhoud het vermoeden oproept dat de advocaat deelneemt aan het plegen van een strafbaar feit.⁴¹¹

6.4.3.3 Verkeersgegevens

De art. 60-1-1 en 99-3 CPP bepalen dat de verkeersgegevens van een verbinding van een advocaat niet mogen worden gevorderd, anders dan in het geval van een beschikking van de JLD op basis van een vermoeden dat de advocaat een strafbaar feit heeft gepleegd (of pleegt) waarop het onderzoek is gericht.

6.4.4 Vorderen van gegevens (uitlevering van stukken)

De regeling van het Franse strafprocesrecht kent op verschillende plaatsen bevoegdheden tot het vorderen van gegevens en het uitleveren van stukken.⁴¹² Het gaat onder andere om opsporingsonderzoek, heterdaad-onderzoek, opsporingsonderzoek naar georganiseerde criminaliteit en terrorisme en het gerechtelijk vooronderzoek.

Ter bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat is overal opgenomen dat enerzijds het beroepsgeheim ‘niet zonder legitieme reden kan worden ingeroepen’, maar dat anderzijds informatie als deze wordt gevorderd van personen die gebonden zijn aan het beroepsgeheim, slechts kan worden overgedragen indien zij daarmee akkoord zijn (zie bijvoorbeeld art. 60-1, lid 1, CPP).

6.4.5 Processuele consequenties

Zoals we hebben gezien voorziet art. 56-1 CPP in de mogelijkheid van verzet tegen inbeslagneming van een stuk dat mogelijk valt onder het beroepsgeheim – bij de JLD –, met vervolgens de mogelijkheid van beroep bij de president van de Chambre d’instruction en cassatieberoep bij de Franse Hoge Raad. Hetzelfde art. 56-1 CPP bepaalt echter ook letterlijk

⁴¹⁰ Zie ook Circulaire JUSD2206745C van 28 februari 2022, p. 9. Art. 706-95 CPP kent een gelijke regeling voor het onderscheppen van telecommunicatie in een opsporingsonderzoek naar georganiseerde criminaliteit.

⁴¹¹ CRIM. 18 januari 2006, nr. 05-86447.

⁴¹² Art. en 60-1, 77-1-1 en 99-3 CPP.

‘dat deze procedure niet een beroep op nietigheid van de inbeslagneming op later moment bij de Chambre d’instruction of bij de zittingsrechter uitsluit’. Hiermee wordt respectievelijk verwezen naar de mogelijkheid om tijdens een gerechtelijk vooronderzoek de rechtmatigheid van onderzoekshandelingen te laten toetsen door de Chambre d’instruction⁴¹³ en in andere gevallen⁴¹⁴, de rechtmatigheid van de inbeslagneming te betwisten in het kader van de berechting bij de zittingsrechter. De geïnterviewde officier van justitie wees op onzekerheid met betrekking tot de bewijsvoering die dit oplevert. In veel fraudeonderzoeken wordt geen gerechtelijk vooronderzoek geopend, zodat ook tijdens het onderzoek ter terechtzitting nog verweren kunnen worden gevoerd over de rechtmatigheid van de inbeslagneming en het daaruit voortgekomen bewijs.

In die raadkamerprocedure of bij de zittingsrechter kan ook worden geklaagd over eventuele onrechtmatigheid van het bevel tot doorzoeking (de voorwaarden voor doorzoeking van het kantoor van de advocaat zijn bijvoorbeeld niet nageleefd) en over de uitvoering daarvan.⁴¹⁵

Het Cour de cassation heeft aangegeven dat de beoordeling van de rechtmatigheid van de inbeslagneming van stukken die vallen onder het beroepsgeheim van de advocaat, gericht is op de inbeslagneming. Er kan niet worden gedifferentieerd en worden gesteld dat de inbeslagneming rechtmatig was, omdat nog niet is kennisgenomen van de inhoud van stukken niet.⁴¹⁶ Verder lijkt uit deze rechtspraak van het Cour de cassation te volgen dat – denk aan het geval van incidentele inbeslagneming van geheimhoudersstukken bij een derde (cliënt) niet zozeer de inhoud van het stuk bepaalt of een beslissing van de JLD nodig is, maar de vraag of de derde zich wel of niet tegen de inbeslagneming heeft verzet.

Voorts is het zo dat niet de gehele onderzoekshandeling – doorzoeking en bij inbeslagneming van een grotere hoeveelheid documenten, de overige inbeslaggenomen documenten – wordt aangetast door de onrechtmatigheid van de inbeslagneming van één document in strijd met het verschoningsrecht.⁴¹⁷

⁴¹³ Art. en 170 e.v. CPP. Over die rechtmatigheidstoetsing, zie C. Ambroise-Castérot & Ph. Bonfils, *Procédure pénale*, Parijs: PUF 2024, p. 425-428, alsmede P.A.M. Verrest, Frankrijk, in: P.A.M. Verrest & P.A.M. Mevis (red.), *Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering*, Den Haag, Boom juridisch 2018, p. 186.

⁴¹⁴ Op grond van art. 385 lid 1 CPP kan de zittingsrechter niet de rechtmatigheid van onderzoekshandelingen toetsen als er een gerechtelijk vooronderzoek heeft plaatsgevonden in het kader waarvan de controle op de rechtmatigheid heeft plaatsgevonden of had plaats kunnen vinden door de Chambre d’instruction (art. 175 CPP).

⁴¹⁵ Het Cour de cassation is streng in zijn controle op 1) feiten doorzoeking + noodzaak (voldoende motivering), 2) verdenking van de advocaat van deze feiten (voldoende motivering) en 3) naleving procedure 56-1 CPP. Zie CRIM. 11 maart 2025, ECLI:FR:CCASS2025:CR00192. Zie over deze zaak ook Le Monde.fr, 12 maart 2025 – Affaire Al-Khelaifi: la Cour de cassation valide des saisies lors d’une perquisition chez l’avocat Francis Szpiner. La juridiction a en revanche donne gain de cause à l’avocat Olivier Pardo.

⁴¹⁶ CRIM. 24 april 2013, ECLI:FR:CCASS:2013:CR01858.

⁴¹⁷ CRIM. 11 juli 2017, ECLI:FR:CCASS:2017:CR01871.

6.5 De praktijk van het verschoningsrecht

6.5.1 Rechtspraak van het Cour de cassation

Over de reikwijdte van de bescherming van het beroepsgeheim hebben we hierboven al een en ander opgemerkt.⁴¹⁸ In de recente rechtspraak van het Cour de cassation zijn voorbeelden te vinden die de reikwijdte van het beroepsgeheim en van de gevallen waarin dit in het strafproces bescherming verdient, verder verduidelijken.

Zo moet de communicatie tussen een advocaat en een cliënt betrekking hebben op de beroepsuitoefening van de advocaat. Dat betekent dus dat niet op voorhand alle contact dat plaatsvindt per email tussen een advocaat en een cliënt valt onder het beroepsgeheim. Zij kunnen ook over andere onderwerpen dan de verdediging in het kader van een strafzaak met elkaar communiceren, is de gedachte. Een juridische analyse van een wetsvoorstel dat in behandeling is in het parlement valt zonder nadere onderbouwing niet als beroepsuitoefening van de advocaat te zien.⁴¹⁹

In dezelfde zin mag inbeslagneming van stukken plaatsvinden als deze niet betrekking heeft op de communicatie tussen advocaat en verdachte in het kader van de bijstand of verdediging in een strafrechtelijk onderzoek naar een verkeersongeval, maar betrekking heeft op een juridisch advies dat de verdachte eerder als cliënt bij een andere advocaat heeft ingewonnen over de geldigheid van zijn rijbewijs – voordat het verkeersongeval plaatsvond waarvan hij inmiddels wordt verdacht.⁴²⁰ Het feit dat dit advies valt onder het beroepsgeheim van de andere advocaat, is geen reden voor bescherming: immers gaat het niet om een stuk dat samenhangt met het verdedigingsrecht in de strafzaak waarin het onderzoek plaatsvindt.

Uit de jurisprudentie lijkt zo een restrictieve benadering naar voren te komen. Dat geldt ook voor de zaak waarin door een persoon die geen advocaat is, vrijwillig een telefoon wordt afgedragen (en die vervolgens in beslag wordt genomen), waarbij hij opmerkt dat die correspondentie met zijn advocaat bevat. Omdat de inbeslagneming heeft plaatsgevonden buiten het kader van een doorzoeking ter inbeslagneming als bedoeld in art. 56-1-1 CPP, waarmee de inbeslagneming van een telefoon moet worden geassimileerd, en er dus ook geen verzet is aangetekend wegens aanwezigheid van communicatie die valt onder het beroepsgeheim, is geen beslissing van de JLD over inbeslagneming van de inhoud van de telefoon nodig.⁴²¹

De officier de police judiciaire (OPJ, hulpofficier van justitie) mag tijdens een doorzoeking die plaatsheeft op een andere plaats dan het kantoor of de woning van een advocaat, en die wordt geregeld door art. 56 CPP, kennisnemen van de inhoud van stukken. Als daarbij een stuk wordt ontdekt dat mogelijk valt onder het beroepsgeheim van een advocaat, dan kan de persoon bij wie de doorzoeking plaatsvindt zich verzetten tegen inbeslagneming met een beroep op bescherming van het beroepsgeheim, en moet de OPJ het betreffende stuk verzegelen en naar de JLD brengen teneinde de JLD te laten beslissen over kennisneming. Volgens het Cour de

⁴¹⁸ CRIM. 5 maart 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR00139.

⁴¹⁹ CRIM. 5 maart 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR00139.

⁴²⁰ CRIM. 11 maart 2025, ECLI:FR:CCASS2025:CR00191.

⁴²¹ CRIM. 11 maart 2025, ECLI:FR:CCASS2025:CR00279.

cassation moet de volgtijdelijkheid letterlijk worden genomen: doorzoeking, selectie OPJ, ontdekking stuk dat mogelijk valt onder beroepsgeheim, mogelijkheid van verzet tegen inbeslagneming, verzegeling. Dat betekent dat als de OPJ er niet in slaagt tijdens de selectie om zich toegang te verschaffen tot een harddisk met het etiket ‘vertrouwelijk communicatie advocaat-cliënt’ en dus niet een stuk ontdekt dat mogelijk onder het beroepsgeheim valt, er geen mogelijkheid voor verzet behoeft te worden geboden noch de harddisk behoeft te worden verzegeld.⁴²²

6.5.2 Een beeld van de praktijk – vanuit het gezichtspunt van het openbaar ministerie

In het interview met de officier van justitie werd vooral benadrukt dat de inbeslagneming van geheimhoudersstukken in de praktijk in Frankrijk allerlei problemen oplevert. Het gaat daarbij vooral om een weerbarstige praktijk rond de doorzoeking bij grote bedrijven, waarbij grote hoeveelheden digitale gegevens (mailbestanden) in beslag worden genomen. Vaak wordt door de betrokkene verzet aangetekend wegens het feit dat zich in de in beslag te nemen gegevens, communicatie tussen het bedrijf en een advocaat bevindt. Dit mondt uit in een ingewikkeld proces, voor het een groot deel niet geregeld door het wetboek, om uiteindelijk tot een selectie van gegevens te komen. Het gaat om een proces dat vaak maanden of zelfs jaren duurt.

Eigenlijk is het op grond van art. 56-1-1 CPP zo dat bij verzet van de persoon bij wie de inbeslagneming plaatsvindt op grond van het feit dat het geheimhoudersstukken betreft, de stukken verzegeld worden en ter besluitvorming worden voorgelegd aan de JLD. Het openbaar ministerie zet in de praktijk echter in op een selectie in overleg, in eerste instantie rechtstreeks met de verdediging. Het openbaar ministerie heeft er geen belang bij dat de inbeslagneming uitmondt in schending van vertrouwelijke communicatie. Samen met de verdediging worden zoektermen opgesteld en er wordt bepaald (vastgelegd in een protocol) hoe op basis van die zoektermen zal worden gezocht. Dit gebeurt in goed overleg. De zoektermen betreffen veelal de namen en de mailadressen van betrokken advocaten bij strafrechtelijke procedures en ‘para-strafrechtelijke’ onderzoeken (onderzoeken van toezichthouders zoals de Franse mededingingsautoriteit die kunnen uitmonden in een strafrechtelijke vervolging).⁴²³ Het gaat dus niet om alle geheimhoudersstukken. Het nationale financiële parket van het openbaar ministerie (Parquet national financier, PNF) beschikt over een gespecialiseerde medewerker die de filtering vervolgens kan uitvoeren, al dan niet met gebruikmaking van eDiscovery software als Intella. In dit (eerste) filteringsproces kan bijvoorbeeld de hoeveelheid van 7.000 mails waartegen verzet is aangetekend worden gereduceerd tot 1000. De overgebleven stukken, mails in het voorbeeld, worden dan weer verzegeld en naar de JLD gebracht. Het komt soms voor dat het betrokken bedrijf besluit actief mee te werken aan het strafrechtelijk onderzoek, en tot het sluiten van een Convention judiciaire d’intérêt public met het openbaar ministerie wil komen.⁴²⁴ In dat kader kan het bedrijf het aangetekende verzet tegen inbeslagneming laten vervallen.

⁴²² CRIM. 13 november 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR01342.

⁴²³ Zie ook het eerder aangehaalde arrest CRIM. 24 september 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR01036.

⁴²⁴ Art. 41-1-2 CPP.

Het tijdsverloop is niet onproblematisch omdat voor het Franse opsporingsonderzoek (enquête préliminaire) termijnen gelden (maximaal 2 jaar, eventueel te verlengen met een jaar).⁴²⁵

Door de officier van justitie wordt verder nog opgemerkt dat sommige advocaten hun beroepsgeheim, als een commercieel uithangbord (selling point) zouden gebruiken: een soort aanbod om stukken en informatie onder de bescherming van het beroepsgeheim te brengen.

6.5.3 Een beeld van de praktijk – vanuit het gezichtspunt van de advocatuur

De opstelling van de advocatuur in de discussie over het verschoningsrecht laat zich het best kenschetsen als enerzijds heel strijdbaar en anderzijds met weinig illusies.

De advocatuur – dit blijkt uit de media, uit het handboek van Nioré en Bersegol over de inbeslagneming van geheimhoudersstukken⁴²⁶, en uit het gehouden interview met een ervaren strafadvocaat – is niet te spreken over de nieuwe wetgeving. De advocatuur is nog steeds verontwaardigd over het feit dat die nieuwe wetgeving tot stand gekomen is onder een minister van justitie (Dupond-Moretti) die notabene voordat hij minister werd jarenlang een van de meest prominente strafrechtadvocaten in Frankrijk was. Vooral de bepaling over bescherming van het beroepsgeheim bij ‘raadgeving’ wordt ervaren als een affront. Die bepaling lijkt gericht op erkenning dat het beroepsgeheim ook geldt voor de adviespraktijk van advocaten, maar de bescherming is vervolgens gereduceerd tot enkel bepaling van de rechtspositie van een cliënt. Waarmee naar het gevoel van de advocatuur en de adviesrol en de functie van het beroepsgeheim opzettelijk worden gerelativeerd.

Advocaten hebben het gevoel dat actief wordt gezocht naar hun informatie en misschien zelfs ook wel hun werkzaamheden worden gefrustreerd door opsporingsinstanties – met name de politie. In ieder geval hebben ze weinig illusies over het op een correcte wijze omgaan door opsporingsinstanties met de strafvorderlijke regels die ertoe moeten leiden dat het beroepsgeheim wordt gerespecteerd. Voorbeelden betreffen het kennismaken van stukken bij incidentele inbeslagneming (als onderdeel van selectie, of zolang er nog geen verzet is aangetekend), en het blijven doorluisteren van incidenteel getapte telefoongesprekken tussen advocaat en cliënt op de lijn van de cliënt. Dat wordt eigenlijk niet voorkomen door de hierboven geschetste wettelijke regeling en gesanctioneerd door het Cour de cassation. Als voorbeeld daarvan wordt de affaire Bismuth – een van de strafzaken tegen voormalig president Sarkozy aangehaald. Die zaak kwam in de inleiding ook reeds kort ter sprake. Heel in het kort waren de feiten in deze zaak als volgt. De onderzoeksrechter had het aftappen van de telefoon van Sarkozy bevolen in het kader van een strafrechtelijk onderzoek naar illegale partijfinanciering. Tijdens het af luisteren werd een gesprek opgevangen tussen Sarkozy en diens advocaat Herzog, dat notabene gaat over de verdediging in een andere lopende strafzaak tegen Sarkozy. Voor de duidelijkheid: op dat moment is er geen sprake van enige verdenking van betrokkenheid van de advocaat in de zaak in het kader waarvan de telefoontap plaatsvindt.

⁴²⁵ Art. 75-3 CPP.

⁴²⁶ V. Nioré & E. Bersegol, *Pratique de la défense en perquisition chez le justiciable et l'avocat*, Parijs : LGDJ 2025.

Het gesprek wordt desalniettemin uitgeluisterd en opsporingsambtenaren horen hoe Sarkozy en de advocaat overleggen dat zij graag zouden willen weten wat het Cour de cassation beslist in een bij het Cour de cassation aanhangige raadkamerprocedure over de rechtmatigheid van inbeslagneming van stukken in die zaak. Op gegeven moment menen de opsporingsambtenaren te begrijpen dat de advocaat voorstelt aan Sarkozy om daar informeel naar te vragen bij een advocaat-generaal bij het Cour de cassation. Dit leidt tot opening van een nieuw strafrechtelijk onderzoek, op verdenking van corruptiefeiten gepleegd door zowel Sarkozy als diens advocaat. In het kader van dat onderzoek wordt het afluisteren van de telefoongesprekken tussen beiden voortgezet en afgetapte gesprekken worden als bewijs gebruikt.

Het standpunt van de advocatuur is: kennelijk wordt een gesprek tussen een cliënt en zijn advocaat gewoon uitgeluisterd als dat gesprek wordt opgevangen via een tap op de telefoon van de cliënt. Ook in zaken waarin de advocaat (nog) niet als verdachte geldt, en misschien wel net zo lang tot dat eventueel een verdenking tegen de advocaat geformuleerd kan worden. Art. 100-7 CPP is kennelijk te weinig beschermend, want ziet eigenlijk alleen op een verbod op het gebruik als bewijs.⁴²⁷

De geïnterviewde advocaat maakte zich weinig illusies over niet-kennisneming van geheimhoudersstukken als die worden aangetroffen bij een doorzoeking van de cliënt. Als opsporingsambtenaren in het kader van de selectie van stukken mogen kijken wat de inhoud is, nemen ze feitelijk kennis. Dat de stukken – in geval verzet wordt aangetekend tegen inbeslagneming – niet zomaar als bewijs mogen worden gebruikt, is een schrale troost. De houding van de advocatuur is voor een deel ook gelaten (het Franse woord is ‘lucide’) ten opzichte van de bescherming van het beroepsgeheim in het strafproces. Van een brede werking van het verschoningsrecht, is gewoon geen sprake.

6.5.4 Beeld van de praktijk vanuit het gezichtspunt van de rechter-commissaris (JLD)

In het kader van het onderzoek is gesproken met een JLD met veel ervaring in procedures met betrekking inbeslagneming van geheimhoudersstukken. De JLD neemt daar in de praktijk een centrale positie in: zowel aan de voorzijde wat betreft het verlenen van toestemming van toepassing van opsporingsbevoegdheden tegen advocaten, als, breder (want ook met betrekking tot geheimhoudersstukken die elders in beslag zijn genomen), bij de beslissing of van geheimhoudersstukken voor de strafvordering mogen worden gebruikt.

Volgens de JLD komt het met regelmaat voor dat er een doorzoeking ter inbeslagneming plaatsvindt op een advocatenkantoor of bij een advocaat. Dat leidt tot verzet tegen inbeslagneming, verzegeling van stukken en het voorleggen van deze stukken voor een besluit over strafrechtelijk gebruik door de JLD. Dat gebeurt naar aanleiding van – conform de uitleg van de JLD eerder ‘in’ – een besloten zitting met de magistraat die het onderzoek leidt (officier van justitie of onderzoeksrechter), de deken van de orde van advocaten (of een afgevaardigde) en de betrokken advocaat. Het gaat om een intensieve uiteenzetting van argumenten, per afzonderlijk document of mailbericht, waarop de JLD per document c.q. mailbericht een

⁴²⁷ Zie V. Nioré & E. Bersegol, 2025, p. 250-251.

beschikking neemt. Het beeld dat de JLD schetst is dat van een zich strijdbaar opstellende advocatuur, enigszins gefrustreerd doordat de bescherming van het beroepsgeheim in het kader van het strafproces sowieso al reeds beperkt is. Enkel documenten of communicatie die betrekking hebben op een lopende strafzaak waarin de opsporing plaatsvindt, genieten op grond van het Franse recht bescherming.

De gang van zaken bij inbeslagneming van geheimhoudersstukken elders, bijvoorbeeld bij bedrijven, is anders. Meestal zal een doorzoeking daar plaatsvinden onder leiding van een officier van justitie of een onderzoeksrechter, waarbij de politie betrokken is bij selectie van in beslag te nemen documenten. Het volledig tegengaan dat van geheimhoudersstukken kennis wordt genomen is hierbij niet te voorkomen en er valt niet veel tegen te doen. Wel is het zo dat de betrokken magistraat – officier van justitie of onderzoeksrechter – toezicht houdt op het verloop van de doorzoeking. De vraag is hoe erg het is dat bij de selectie kennis wordt genomen van de inhoud van stukken. Ze kunnen hoe dan ook (anders dan in geval van een beslissing van de JLD dat ze in beslag mogen worden genomen) niet worden gevoegd in het strafdossier, niet dienen als bewijs; hooguit zal het bij de opsporingsinstanties bepaalde indrukken bevestigen. Het is aan het bedrijf om verzet aan te tekenen tegen inbeslagneming. De vraag is of dat consequent gebeurt.

De JLD bevestigde de gevolgde werkwijze bij inbeslagneming van grote hoeveelheden documenten en gegevens, veelal bij bedrijven, zoals geschetst door de geïnterviewde officier van justitie. Die werkwijze houdt in dat de officier van justitie en de advocatuur (deken en betrokken advocaten) om tafel gaan en samen selectieslagen bepalen en doorvoeren op de documenten. Dat leidt tot een aanzienlijke reductie van het aantal documenten waarover de JLD erna dient te beslissen. Deze werkwijze valt buiten de wettelijke regeling, maar vindt meestal in goede verstandhouding plaats.

Bij de verzegelde stukken die erna alsnog aan de JLD worden voorgelegd kan het nog steeds om een aanzienlijk aantal documenten gaan, bijvoorbeeld 300. De procedure die dan bij de JLD volgt, duurt typisch een of twee hele dagen, en is intensief voor de deelnemende officier van justitie of onderzoeksrechter die het opsporingsonderzoek leidt, de deken en de JLD. Er moet een beslissing worden genomen per voorlopig inbeslaggenomen (verzegeld) stuk.

De geïnterviewde JLD gaf aan te worstelen met een aantal dilemma's. Het eerste dilemma betreft de beperkte omvang van de bescherming van het beroepsgeheim in het kader van het strafproces. De JLD vraagt zich af of uit de rechtspraak van het EHRM niet een ruimere bescherming volgt, die de vertrouwelijkheid van communicatie tussen advocaat en cliënt wil beschermen, en niet enkel is beperkt tot communicatie in het kader van de uitoefening van het verdedigingsrecht in een concrete strafzaak - waarin het onderzoek plaatsvindt.

Het tweede dilemma betreft het criterium aan de hand waarvan door de JLD dient te worden besloten om uitzondering te maken op de bescherming van het beroepsgeheim. Dat criterium is of sprake is van een vermoeden van betrokkenheid van de advocaat bij het plegen van strafbare feiten. De geïnterviewde JLD, met veel ervaring in deze procedure, geeft aan dit criterium problematisch te vinden. Vaak zal pas in het vervolg van het onderzoek blijken of er echt sprake is van omstandigheden die een dergelijk vermoeden rechtvaardigen. Immers gaat het meestal niet om strafbare feiten (denk aan financiële delicten) die uitgaan van de advocaat,

maar van diens cliënt. De vraag of er een vermoeden is van een mate van betrokkenheid die strafrechtelijk relevant is, laat zich niet zomaar beantwoorden. Dit betekent dat er min of meer noodgedwongen uiteindelijk toch een soort bredere belangenafweging plaatsvindt, als het ware rondom dit criterium. Dat lijkt dan een afwijking van hetgeen de wet voorstaat – of een bevestiging dat de wet niet past op de behoefte in de praktijk. De rechtspraak van de Cour de cassation op grond van de nieuwe wetgeving draagt tot dusver niet bij aan het verbinden van wetgeving en praktijk, door een op de praktijk passende en de verschillende in het geding zijnde belangen dienende uitleg te geven van de wetgeving.

6.5.5 Doorlooptijd – termijnen

Vanuit Nederlands oogpunt is het bijzonder dat in de Franse wetgeving termijnen van vijf dagen zijn opgenomen voor de beslissing van de JLD en van de president van de Chambre d’instruction in geval van beklag tegen inbeslagneming van geheimhoudersstukken. Uit het onderzoek wordt duidelijk dat die reeds in de voorbereiding van de wetgeving wees de advocatuur erop dat een beslissingstermijn van vijf dagen veel te kort zou zijn.⁴²⁸ Vanuit het ministerie wordt aangegeven dat vanuit de praktijk tot dusver geen signalen zijn ontvangen dat de wetgeving op dit punt niet zou werken.

Nochtans blijkt uit de interviews dat in zaken van inbeslagneming van grote hoeveelheden data, de termijnen voor besluitvorming door de JLD en de president van de Chambre d’instruction lang niet worden gehaald. Zelfs niet als het openbaar ministerie voordat het beklag naar de JLD gaat, al in een apart traject samen met de verdediging een eerste filtering heeft doorgevoerd. De geïnterviewde JLD geeft aan wel urgentie toe te kennen aan de afhandeling van verzet tegen inbeslagneming van geheimhoudersstukken. Dat lukt ook meestal wel in een termijn van ongeveer tien dagen na het aanbrengen van de zaak. Maar soms wordt de JLD, ondanks voorafgaande filtering op basis van overleg tussen openbaar ministerie en advocatuur, geconfronteerd met de noodzaak van nader onderzoek in een gegevensdrager of filtering van een hoeveelheid data. De JLD zal hiervoor in overleg met de partijen een nadere zoekslag bepalen en een deskundige benoemen om die uit te voeren. Dit vergt veel tijd. Omdat het Cour de cassation heeft verduidelijkt dat er geen sancties zijn verbonden aan overschrijding van de termijnen voor de beslissing van de JLD en de president van de Chambre d’instruction (in de zin van nietigheid)⁴²⁹ wordt de te korte duur van de wettelijke termijnen niet als absoluut probleem ervaren. De vertraging die optreedt in onderzoeken heeft wel allerlei negatieve gevolgen – voor de voortgang van de opsporing en soms zelfs voor de haalbaarheid van het hele opsporingsonderzoek (waarvan de duur in het Franse recht maximale termijnen kent) – zie de opmerking daarover uit het interview met de officier van justitie – paragraaf 5.2.

⁴²⁸ CC 19 januari 2023, 2022-1030 QPC.

⁴²⁹ CRIM. 30 januari 2024, ECLI:FR:CCASS:2024:CR00068.

6.5.6 Gebruik van techniek om te filteren

Zoals hierboven reeds aan de orde gekomen, is in interviews met officier van justitie en JLD stilgestaan bij het filteren van grote hoeveelheid inbeslaggenomen stukken en gegevens op geheimhoudersstukken. Dit wordt ook beschreven in het handboek over inbeslagneming van geheimhoudersstukken van Nioré en Bersegol.⁴³⁰ In de praktijk blijkt dit te gebeuren in twee fasen: eerst op basis van overleg tussen openbaar ministerie en deken en betrokken advocaten, en erna eventueel nog onder leiding van de JLD. In de eerste fase wordt gewerkt op basis van gezamenlijk bepaalde zoektermen en wordt gebruik gemaakt van eDiscovery software als Intella. De geïnterviewde JLD geeft aan dat vaak het filteren in de eerste fase al voldoende is en vervolgens in de tweede fase enkel een beslissing over de resterende stukken behoeft te worden genomen (hetgeen vaak al voldoende strijd oplevert). Filteren kan deel uitmaken van de procedure bij de JLD, als bijvoorbeeld nog geen toegang is verkregen tot een inbeslaggenomen gegevensdrager. De JLD benoemt dan een deskundige voor nader onderzoek, dat ook het filteren van de inhoud van de gegevensdrager kan omvatten.

6.6 Deelconclusie

Het Franse recht biedt een aantal interessante vergelijkende inzichten. Allereerst heeft het verschoningsrecht een veel beperktere reikwijdte dan in het Nederlandse recht, hoewel de reikwijdte van het beroepsgeheim van de advocaat en de notaris, inclusief de afgeleide geheimhoudingsplicht voor medewerkers, identiek lijkt. Het verschoningsrecht (voor een goed begrip is het beter te spreken van bescherming van het beroepsgeheim in het kader van de strafvordering) is in wetgeving en praktijk beperkt tot de bescherming van de communicatie tussen advocaat en cliënt in het kader van de verdediging in een concrete, lopende strafzaak. Er is slechts een kleine uitbreiding van de bescherming tot de fase van bijstand en bepaling van de rechtspositie net ervoor. In de Franse literatuur en praktijk wordt getwijfeld of deze bescherming voldoet aan de eisen voor bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt die volgen uit de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie.

Deze beperkte uitleg van het verschoningsrecht, maakt ook dat de notaris in het kader van het strafproces eigenlijk helemaal geen bescherming van het beroepsgeheim geniet tegen inbeslagneming van stukken en communicatie met een cliënt: zijn rol staat immers niet in het teken van de uitoefening van het verdedigingsrecht.

De nieuwe Franse wetgeving heeft ervoor gezorgd dat een op het eerste oog uitvoerige regeling bestaat voor de bescherming van het beroepsgeheim bij een doorzoeking bij een advocaat evenals bij derden, voor het vorderen van gegevens en het onderzoek naar telecommunicatie. Stukken en communicatie worden beschermd als de inhoud betrekking heeft op de verdediging in een strafzaak, waarin het onderzoek plaatsvindt.

In de procedure speelt de deken van de orde van advocaten een belangrijke rol. Dit krijgt vorm in zijn vaste aanwezigheid bij de doorzoeking (bij een advocaat), de mogelijkheid van het

⁴³⁰ V. Nioré & E. Bersegol, 2025, p. 239-240.

aantekenen van verzet tegen inbeslagneming van geheimhoudersstukken en de aanwezigheid bij de beslissing over inbeslagneming door de JLD – alsmede het recht om tegen die beslissing in beroep en cassatie te gaan.

Waar het gaat om mogelijkheden om in het kader van het strafrechtelijk onderzoek stukken of gegevens in beslag te nemen die betrekking hebben op de communicatie tussen advocaat en cliënt, danwel onderzoek naar (tele)communicatie het beroepsgeheim te doorbreken, geldt de verdenking tegen de advocaat – betrokkenheid bij de strafbare feiten waarop het strafrechtelijke onderzoek betrekking heeft, als enige grond. Daarnaast voorziet art. 56-1-2 CPP in een uitzonderingsgrond die advisering koppelt aan corpora delicti. In de praktijk spitst de beslissing van de JLD zich dit toe op de vraag of sprake is van een vermoeden van betrokkenheid van de advocaat bij het plegen van strafbare feiten. De geïnterviewde, zeer ervaren JLD, geeft aan dit criterium problematisch te vinden. Vaak zal pas in het vervolg van het onderzoek blijken of er echt sprake is van omstandigheden die een dergelijk vermoeden rechtvaardigen. Immers gaat het meestal niet om strafbare feiten die uitgaan van de advocaat, maar van diens cliënt. De vraag of er een vermoeden is van een mate van betrokkenheid die strafrechtelijk relevant is, laat zich niet zomaar beantwoorden. Dit betekent dat er uiteindelijk toch meer een bredere belangenafweging plaatsvindt, als het ware rondom dit criterium.

Daarnaast kan worden vastgesteld dat zich buiten de nieuwe wetgeving om een praktijk heeft gevormd, waarin het openbaar ministerie en de advocatuur in weerwil van spanning op andere momenten in de procedure, gezamenlijk met toepassing van filtering, een selectieslag maken bij grote hoeveelheden inbeslaggenomen documenten of gegevens. Dit proces neemt een aanzienlijke tijd in beslag, soms maanden. Vervolgens wordt pas de wettelijke regeling gevolgd en wordt het restant van de inbeslaggenomen geheimhoudersstukken ter besluitvorming voorgelegd aan de JLD.

De termijnen van vijf dagen voor besluitvorming door de JLD en de president van de Chambre d'instruction die de wet noemt, zijn door de voorfase waarin openbaar ministerie en advocatuur gezamenlijk tot selectie van documenten overgaan, niet indicatief voor de doorlooptijd. Vervolgens halen ook de JLD en de president van de Chambre d'instruction de termijn van vijf dagen niet, ook al valt de overschrijding volgens de geïnterviewde JLD – in gevallen waarin geen nader onderzoek of filtering meer nodig is – wel mee. Aan overschrijding van de termijnen genoemd in de wettelijke regeling wordt door de wet noch door het Cour de cassation een sanctie verbonden.

Met dit alles lijkt de nieuwe wetgeving niet de beoogde betere bescherming van het beroepsgeheim in de strafvordering te hebben gebracht.

In het Franse recht geldt als processuele sanctie op het toch opnemen in het strafdossier van documenten die onder het verschoningsrecht vallen, uitsluiting van het desbetreffende document van het bewijs en verwijdering uit het dossier.

Conclusie is dat het Franse recht op drie voor eventuele verbetering van de situatie in het Nederlandse recht, belangrijke punten, geen perspectief voor verbetering biedt. De spanning tussen procesdeelnemers is niet weggenomen, de wet sluit onvoldoende aan op de situatie van digitaal onderzoek en biedt geen regeling voor filtering van grote hoeveelheden

inbeslaggenomen data. De regeling van termijnen is weinig indicatief voor het daadwerkelijke tijdsverloop in strafrechtelijke onderzoeken waarin strijd is over de inbeslagneming van geheimhoudersstukken, vooral als sprake is van grotere hoeveelheden in beslaggenomen stukken.

Wel is in de Franse praktijk als positief punt te signaleren dat openbaar ministerie en advocatuur na inbeslagneming van een grote hoeveelheid gegevens, overleg zoeken en samen een eerste slag maken in het filteren van de inbeslaggenomen data. Dat zorgt ervoor dat de JLD zich erna – in overleg met de partijen – kan concentreren op de overgebleven documenten en een beslissing kan nemen over eventuele kennisneming.

Hoofdstuk 7 Het verschoningsrecht in Engeland en Wales

7.1 Inleiding

Het legal professional privilege (LPP), oftewel het beroepsgeheim van de advocaat, is een fundamenteel beginsel van het (Britse) common law. Het houdt – kort gezegd – in dat vertrouwelijke communicatie tussen een ‘lawyer’ c.q. advocaat en de client wordt beschermd tegen openbaarmaking zonder toestemming van de cliënt. Lord Hoffmann omschreef dit in de zaak *R (Morgan Grenfell & Co Ltd) v Special Commissioner of Income Tax* als volgt: ‘a fundamental human right long established in the common law’.⁴³¹ De grondslag van het privilege is dat men vrijuit juridisch bijstand moet kunnen verkrijgen zonder de angst dat dit tegen hem zal kunnen worden gebruikt: ‘a man must be able to consult his lawyer in confidence, since otherwise he might hold back half the truth. The client must be sure that what he tells his lawyer in confidence will never be revealed without his consent. Legal professional privilege is thus much more than an ordinary rule of evidence, limited in its application to the facts of a particular case. It is a fundamental condition on which the administration of justice as a whole rests.’⁴³²

Het privilege is dus niet louter een bewijsregel, maar een structureel onderdeel van de Engelse rechtsorde. Hoewel het Engelse recht een common law-traditie kent, is inmiddels veel in wet- en regelgeving gegoten. Ook met betrekking tot het verschoningsrecht.

Opgemerkt zij vooraf dat de notaris in het Engelse recht een veel kleinere en andere rol speelt dan in Nederland en dat die functie veelal wordt ingevuld door een jurist die ook advocaat (solicitor of barrister) is. Notaries public houden zich hoofdzakelijk bezig met het legaliseren en certificeren van handtekeningen, bevoegdheden en hoedanigheden met betrekking tot documenten voor gebruik in het buitenland. Zij zijn voorts bevoegd tot het voeren van algemene juridische praktijken (met uitzondering van het voeren van gerechtelijke procedures), zoals overdracht van eigendom en nalatenschap. Zij kunnen de bevoegdheden van een beëdigd ambtenaar uitoefenen.⁴³³ Het merendeel van de openbare notarissen is tevens advocaat en alleen in die hoedanigheid komt aan hen het verschoningsrecht toe. Dat betekent dat met betrekking tot Engeland alleen de term ‘lawyer’ wordt uitgewerkt en als ‘advocaat’ wordt vertaald (zie direct hierna wat hieronder moet worden verstaan).

De Solicitors Regulation Authority heeft gesteld dat er van tijd tot tijd zorgen zijn geuit over de vraag of advocaten cliënten zouden kunnen aanmoedigen om dit recht verkeerd te gebruiken door hen te adviseren zich zonder gegronde reden op het juridisch beroepsgeheim (LPP) te beroepen, bijvoorbeeld om bewijs van onrechtmatig handelen van hun cliënten te verbergen. Deze zorgen zijn volgens de SRA meestal misplaatst en berusten op een misverstand over de aard en reikwijdte van het LPP, waaronder het feit dat dit recht toebehoort aan de cliënt en niet aan de advocaat.⁴³⁴ Maar van een brede discussie over de zin en onzin van het

⁴³¹ *R (Morgan Grenfell & Co Ltd) v Special Commissioner of Income Tax* [2002] UKHL 21, [2003] 1 AC 563, [7], Lord Hoffmann.

⁴³² *R v Derby Magistrates’ Court*, ex p B.

⁴³³ Zie <https://www.thenotariessociety.org.uk/>.

⁴³⁴ Solicitors Regulation Authority, Practical note Legal professional privilege (12 augustus 2021).

verschoningsrecht is niet gebleken, al is niet gezegd dat misbruik van het privilege niet plaatsvindt.⁴³⁵

7.2 Het beroepsgeheim van de advocaat

Onder Engels recht vallen onder de term *lawyer* met verschoningsrecht alleen ‘professionele juristen’. Daarbij moet gedacht worden aan solicitors en barristers (en gekwalificeerde executeurs), ook buitenlandse.⁴³⁶ Het maakt daarbij geen verschil of deze in loondienst is van zijn cliënt. De geheimhoudingsplicht van advocaten is juridisch verankerd. Voor solicitors vloeit deze verplichting voort uit de overeenkomst met de client (de zogenaamde 'retainer') en uit de 'equity doctrine of confidentiality'. Voor barristers geldt deze verplichting in beginsel alleen als zij rechtstreeks door een cliënt zijn ingeschakeld; anders berust de plicht uitsluitend op de vertrouwensregel uit het equity-recht. De wettelijke basis van deze verplichting is vastgelegd in de Legal Services Act 2007. Deze verplichting geldt ook voor alle medewerkers van het advocatenkantoor. De geheimhoudingsplicht blijft bestaan na het beëindigen van de cliëntrelatie en zelfs na het overlijden van de client. Afwijking van deze plicht is slechts toegestaan indien de wet dit uitdrukkelijk vereist of wanneer het noodzakelijk is om ernstig lichamelijk letsel of misbruik te voorkomen. De client kan ook expliciet of impliciet toestemming geven om vertrouwelijke informatie te delen.⁴³⁷ De gedragsregels voor solicitor houden in dit verband in: ‘You must keep the affairs of each client confidential’.⁴³⁸ Voor de barristers is dan niet anders: ‘You keep the affairs of current and former *clients* confidential unless disclosure is required or permitted by law or the *client* consents.’⁴³⁹

Interessant is dat ook de advocaat die de vervolging ter hand neemt, zich in gelijke zin op het LPP kan beroepen. LPP ‘can be claimed by prosecutors, the police, and other investigators over communications and documents that are sent or created in connection with a criminal investigation or prosecution. The requirements that must be satisfied in order for either legal advice privilege or litigation privilege to apply are exactly the same as with a claim to privilege made by a suspect or defendant.’ Waar informatie evenwel dienstig kan zijn voor de verdediging is het (praktische) uitgangspunt dat deze met haar wordt gedeeld.⁴⁴⁰

Toezicht en tuchtrecht

Uiteraard staan solicitors en barristers onder (tuchtrechtelijk) toezicht, dat inmiddels voorkomt uit de Legal Services Act 2007. Op grond van deze wet werd de Legal Services Board (LSB) ingesteld als onafhankelijk toezichthoudend orgaan met een wettelijke taak tot waarborging

⁴³⁵ Zie voor een schandaal <https://www.sra.org.uk/sra/news/statement-post-office-feb-2025/>.

⁴³⁶ V. Cochrane & W. Hayes, Legal professional privilege in criminal investigations and proceedings, 2023, p. 5; Thanki 2018 2018, p. 20-21.

⁴³⁷ Zie Fanoy, diss. 2017, par. 7.3, waarin onder meer besproken worden Solicitors Regulation Authority (SRA) Handbook en BSB Handbook (barristers).

⁴³⁸ BSB Handbook, Part 2B, CD6.

⁴³⁹ SRA Code of Conduct for Solicitors, RELs, RFLs and RSLs. Zie <https://www.sra.org.uk/solicitors/standards-regulations/code-conduct-solicitors/>

⁴⁴⁰ Cochrane & Hayes 2003, hfdstk. 8 (citaat op p. 145).

van de effectiviteit van regulering van de juridische beroepsgroepen. De LSB oefent geen directe tuchtrechtelijke bevoegdheden uit over individuele beroepsbeoefenaars, maar houdt toezicht op onder meer de Solicitors Regulation Authority (SRA) voor solicitors en de Bar Standards Board (BSB) voor barristers.⁴⁴¹ De SRA kan de zaak voorleggen aan het Solicitors Disciplinary Tribunal (SDT), dat bevoegd is tot het opleggen van tuchtmaatregelen zoals schorsing of schrapping van het tableau. Voor barristers is dat het Bar Tribunals and Adjudication Service (BTAS).

Lawyers kunnen verplicht worden informatie met de toezichthouder te delen.⁴⁴² Navraag leerde dat in dat geval de toezichthouders geen ‘eigen verschoningsrecht’ hebben, maar het is wel zo dat advocaten cliënt-geprivilegieerde documenten aan hun toezichthouders kunnen overleggen zonder dat deze documenten daardoor hun geprivilegieerde status verliezen (en zonder toestemming van de cliënt). De toezichthouder mag deze documenten uitsluitend gebruiken in verband met een lopend onderzoek dat hij uitvoert, ze mogen niet met derden worden gedeeld. Indien er sprake is van enige openbaarheid in de toezichtsprocedure moeten maatregelen worden genomen om vertrouwelijk geprivilegieerd materiaal te beschermen (bijvoorbeeld door middel van redactie, of – indien dat niet volstaat – door een deel van de zaak achter gesloten deuren te behandelen). De rechtspraak heeft de grondslag voor het toestaan van de openbaarmaking van geprivilegieerde informatie aan toezichthouders uiteengezet door te bevestigen dat het verschoningsrecht op de onderliggende documenten aan de cliënt toebehoort en dat het verstrekken van documenten aan toezichthouders voor het doel van een lopend onderzoek geen schending van de vertrouwelijkheid of inbreuk op het verschoningsrecht van de cliënt vormt. Ook onderkennen de Engelse rechters dat het voor juridische toezichthouders niet mogelijk zou zijn om advocaten effectief in het publieke belang te reguleren indien zij geen inzage zouden hebben in de onderliggende cliënt-geprivilegieerde documenten.

Engelse WWFT

Ondanks dat Engeland niet langer lid is van de EU, heeft het land nog steeds wel mede regelgeving die nauw samenhangt met de EU-regels inzake het tegengaan van witwassen en het financieren van terrorisme.⁴⁴³ Deze Engelse regels komen daarom sterk overeen met de Nederlandse. In het bijzonder is van belang dat ook in Engeland de zogeheten procesuitzondering van toepassing is, zodat in dat kader geen meldplicht bestaat.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ Dit orgaan is namens de Bar Council belast met het toezicht, zie <https://www.barcouncil.org.uk/>.

⁴⁴² Solicitors Act 1974, section 44D.

⁴⁴³ Deze zijn in het bijzonder te vinden in de Proceeds of Crime Act 2002 en The Money Laundering, Terrorist Financing and Transfer of Funds (Information on the Payer) Regulations 2017 (MLR 2017)

⁴⁴⁴ Court of Appeal case of *Bowman v Fels* ([2005] EWCA Civ 226).

7.3 Het verschoningsrecht (van de advocaat)

7.3.1 Inleiding

Er worden in het Engels recht twee vormen van LPP erkend: legal advice privilege (LAP) en litigation privilege (LP). Er zijn belangrijke verschillen tussen LAP en LP. Het eerste is dat LP voornamelijk betrekking heeft op communicatie met derden en niet op communicatie tussen een advocaat en diens cliënt (daarvoor geldt dan natuurlijk wel het LAP). Het tweede belangrijke verschil is dat LP alleen van toepassing is in de context van een gerechtelijke procedure (die gaande is of redelijkerwijs te verwachten valt). Hierbij geldt dat, zoals gezegd, in de regel ook de opsporings- en vervolgingsinstanties LPP kunnen inroepen.⁴⁴⁵

Daarnaast moet worden opgemerkt dat LPP alleen aan de cliënt toekomt, niet aan de advocaat zelf. Een advocaat kan het privilege alleen inroepen als hij in opdracht van zijn cliënt handelt.⁴⁴⁶

7.3.2 Legal advice privilege (LAP)

Het legal advice privilege (LAP) beschermt vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en diens cliënt wanneer dat geschiedt met als doel het verkrijgen of geven van juridisch advies. Deze bescherming geldt ook buiten de context van lopende rechtszaken. Deze variant van het verschoningsrecht ‘attaches to all communications made in confidence between solicitors and their clients for the purpose of giving or obtaining legal advice.’⁴⁴⁷ Om aanspraak te maken op deze bescherming, moet voldaan zijn aan de volgende voorwaarden. De communicatie moet ten eerste bestaan uit een uitwisseling tussen cliënt en advocaat. Deze communicatie moet ten tweede vertrouwelijk zijn en ten derde hoofdzakelijk tot doel hebben het geven of verkrijgen van juridisch advies (‘dominant purpose’). De advocaat moet ten vierde handelen in die professionele hoedanigheid.⁴⁴⁸ Communicatie met derden, of communicatie die slechts ten dele bedoeld is voor juridisch advies, valt buiten de reikwijdte van het LAP.⁴⁴⁹

De omvang van de beschermde communicatie is breed en omvat ‘all communications between a solicitor and his client relating to a transaction in which the solicitor has been instructed for the purpose of obtaining legal advice will be privileged, notwithstanding that they do not contain advice on matters of law or construction, provided that they are directly related to the performance by the solicitor of his professional duty as legal adviser of his client.’⁴⁵⁰

Niet alleen de communicatie tussen de advocaat en de cliënt valt onder het verschoningsrecht. Ook communicatie tussen twee advocaten die zijn geïnstrueerd door dezelfde cliënt valt

⁴⁴⁵ Cochrane & Hayes, hfdstk 8. Dit zal in de praktijk niet snel gebeuren omdat normaal gesproken al het relevante materiaal moet worden geopenbaard en dit gebeurt dan ook.

⁴⁴⁶ B. Thanki et al, *The Law of Privilege* (Third Edition), 2018, p. 15-18.

⁴⁴⁷ *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (No. 6) [2004] UKHL 48, [2005] 1 AC 610, [50], Lord Rodger.

⁴⁴⁸ Cochrane & Hayes, p. 3 e.v.; Thanki 2018 et al, hfdstk 2.

⁴⁴⁹ *R (Prudential Plc) v Special Commissioner of Income Tax* [2013] UKSC 1, [2013] 2 AC 185, waarin werd bevestigd dat LAP niet geldt voor niet-juristen zoals accountants.

⁴⁵⁰ *Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England* (Nr. 6), (n 3) [111].

eronder. Ook de documenten die zijn opgesteld met het oog op het verkrijgen en geven van juridisch advies vallen onder de reikwijdte van het privilege. Hieronder vallen onder meer notities en dergelijke van de advocaat, relevante concepten opgesteld door de advocaat, relevante concepten opgesteld door de cliënt en documenten waaruit het juridisch advies kan worden afgeleid. Indien de cliënt een rechtspersoon is, geldt LAP alleen voor communicatie met die personen binnen de onderneming die, expliciet of impliciet, bevoegd zijn om de advocaat instructies te geven, juridisch advies in ontvangst te nemen en/of daarop te handelen namens de onderneming.⁴⁵¹

Belangrijk is dat het privilege niet ziet op basisgegevens van de cliënt (zoals naam, adres en telefoonnummer), die enkel als formaliteit worden vastgelegd vóórdat juridisch advies wordt verstrekt. Ook een cliëntenbrief of opdrachtbevestiging waarin slechts de voorwaarden van de dienstverlening worden uiteengezet, valt buiten het bereik van het privilege. Verder geldt dat registraties van tijdstippen en data van telefoongesprekken of vergaderingen met de cliënt niet onder het privilege vallen, evenals notities van de advocaat waarin alleen wordt beschreven wat zich in de openbare rechtszaal heeft afgespeeld of wat is besproken in een overleg met de tegenpartij. Correspondentie tussen advocaat en cliënt die louter een ontvangst bevestigt of een afspraak voor een overleg voorstelt, wordt evenmin als vertrouwelijk beschouwd. Tot slot vallen ook e-mails over administratieve onderwerpen zoals cliëntenonderzoek, anti-witwasmaatregelen of andere compliance-zaken in de regel niet onder de bescherming van LAP.⁴⁵² Administratieve communicatie wordt dus veelal niet beschermd.

Tot slot zij benadrukt dat aldus in het algemeen geldt dat documenten die zijn opgesteld voor een ander doel dan het verkrijgen of geven van juridisch advies of het voeren van een procedure (zogenoeten pre-existing documents), niet onder LAP vallen enkel omdat ze later aan een advocaat worden overhandigd. Zelfs als dit gebeurt om juridisch advies te krijgen of een procedure te voeren, verandert dat niets aan hun status. Kopieën van dergelijke documenten kunnen daarentegen onder omstandigheden wel onder het bereik van LAP komen, bijvoorbeeld als de advocaat dat kopie maakt. Ook een kopie van een niet-vertrouwelijk document kan toch onder LP vallen als de advocaat deze kopie verkrijgt van een derde met het oog op een gerechtelijke procedure. Als de documenten of kopieën een vingerwijzing toelaten over de inhoud van het advies van de advocaat ('give a clue to the trend of the advice'), kan het privilege ook worden ingeroepen.⁴⁵³ De Britse advocaten die wij spraken gaven aan dat als de inhoud van een document bekend is, de hoofdregel is dat ook bij kopieën het privilege dan komt te vervallen.

⁴⁵¹ Three Rivers District Council v Governor and Company of the Bank of England (Nr. 5) [2002] EWHC 2730 (Comm); Zie Fanoy diss., p. 344-346.

⁴⁵² Cochrane & Hayes, p. 10-11.

⁴⁵³ Cochrane & Hayes, p. 16; Thanki 2018 p. 179 Als voorbeeld van reeds bestaande documenten die niet worden beschermd door LPP, wordt gegeven het geval dat een cliënt die wordt onderzocht wegens intimidatie zijn advocaat sms'jes en e-mails met de klager geeft. Deze berichten blijven onbeschermd, omdat ze al bestonden los van de advocaat-cliëntrelatie.

7.3.3 *Litigation privilege (LP)*

Naast het LAP kent het LPP zoals gezegd ook het LP. LP beslaat ‘communications between parties or their solicitors and third parties for the purpose of obtaining information or advice in connection with existing or contemplated litigation are privileged, but only when the following conditions are satisfied: (a) litigation must be in progress or in contemplation; (b) the communications must have been made for the sole or dominant purpose of conducting that litigation; (c) the litigation must be adversarial, not investigative or inquisitorial.’⁴⁵⁴

LP biedt daarmee bescherming aan communicatie die plaatsvindt in het kader van lopende of te verwachten rechtszaken. Dit privilege heeft een ander bereik dan LAP, omdat het van toepassing is op communicatie met *derden*. Die communicatie omvat ook documenten die zijn opgesteld in verband met de (te voeren) procedure.⁴⁵⁵ Voor het kunnen inroepen van LP is dus vereist dat er op het moment van de betreffende communicatie al sprake is van een lopende gerechtelijke procedure, of dat een procedure redelijkerwijs te verwachten is. Een algemene verwachting dat een procedure op komst is, is onvoldoende. LP gaat nog niet op in het stadium van een loutere mogelijkheid van een procedure of een algemene vrees voor toekomstige geschillen. Daartegenover staat dat het ook niet nodig is dat de kans op een procedure groter is dan vijftig procent.⁴⁵⁶ LP is van toepassing zodra een gerechtelijke procedure aanhangig is of redelijkerwijs te verwachten valt en het enige of primaire doel van de betreffende communicatie of het document is het inwinnen of verstrekken van juridisch advies in verband met het voeren van die procedure, het verkrijgen van bewijs of informatie die in de procedure gebruikt zal worden of daarmee verband houdt of het voeren van de procedure of het ondersteunen daarvan, voor zover dit niet al onder de eerste twee categorieën valt.⁴⁵⁷

7.3.4 *Het teloorgaan van het privilege*

Het LPP kan op diverse manieren ‘verloren’ worden. Erkende gevallen zijn het verlies van vertrouwelijkheid (zoals gebruik tijdens een openbare zitting), (collectieve) afstand van het privilege, onbedoelde openbaarmaking en impliciete afstand (bijvoorbeeld door het aanspannen van een procedure tegen een juridisch adviseur).⁴⁵⁸ Met betrekking tot het doen van afstand is het aan de client om te bepalen of het LPP moet worden ingeroepen.⁴⁵⁹ Dat betekent dat, anders dan bij ons, het niet aan de geheimhouder is om, wat de wensen van de cliënt ook zouden zijn, zelf te bepalen of de vertrouwelijkheid van informatie moet worden opgeheven. Het privilege behoort dus uitsluitend toe aan de client. Alleen deze kan er afstand van doen, hetzij expliciet, hetzij impliciet. De advocaat kan dan aan het LP geen argument meer ontleen om geen vertrouwelijke informatie te verstrekken.⁴⁶⁰

⁴⁵⁴ Three Rivers (No 6) (n 3) [102].

⁴⁵⁵ Cochrane & Hayes, p. 12 e.v.; Thanki 2018, hfdstk 3.

⁴⁵⁶ Cochrane & Hayes, p. 14.

⁴⁵⁷ Cochrane & Hayes, p. 15.

⁴⁵⁸ Cochrane & Hayes, p. 17 e.v.; Thanki 2018, hfdstk 5.

⁴⁵⁹ Cochrane & Hayes hfdstk 7. Zie ook Fanoy, diss., p. 364.

⁴⁶⁰ Thanki 2018 p. 15-18.

7.3.5 Uitzonderingen; de crime/fraud exceptie

Een belangrijke uitzondering op LPP is de crime-fraud exception (iniquity exception). Daarbij geldt dat communicatie die plaatsvindt met het oog op het plegen van een misdrijf of bedrog, nooit onder het privilege valt. Daarmee is dus eigenlijk geen sprake van een uitzondering op LPP, nu het privilege in dat geval helemaal niet geldt. In sommige wetten is dit ook expliciet opgenomen.⁴⁶¹ Juridische bijstand rondom onrechtmatig handelen valt niet binnen de normale professionele werkzaamheden van de advocaat. Bescherming van die communicatie is strijdig met het belang van een goede rechtsbedeling.⁴⁶² Zo werd overwogen dat LPP ‘cannot include the case of communications, criminal in themselves, or intended to further any criminal purpose, for the protection of such communications cannot possibly be otherwise than injurious to the interests of justice and to those of the administration of justice. Nor do such communications fall within the terms of the rule. A communication in furtherance of a criminal purpose does not ‘come into the ordinary scope of professional employment’.⁴⁶³

De uitzondering geldt voor beide vormen van LPP (dus LAP en LP). De exceptie is van toepassing in zowel civiele- als strafzaken. De uitzondering is inmiddels verruimd naar situaties waarin er sprake is van bedrog of ander oneerlijk handelen dat in strijd is met de goede trouw of het algemeen belang. Interessant is dat zelfs in het geval de advocaat of cliënt niet op de hoogte is van het fraudeleuze doel, de uitzondering van toepassing kan zijn. Zij kunnen een willoos werktuig zijn in dat verband.

De uitzondering is bedoeld om misbruik van het privilege tegen te gaan volgens de Engelse rechter: ‘I would conclude, therefore, that the touchstone is whether the communication is made for the purposes of giving or receiving legal advice, or for the purposes of the conduct of actual or contemplated litigation, which is advice or conduct in which the solicitor is acting in the ordinary course of the professional engagement of a solicitor. If the iniquity puts the advice or conduct outside the normal scope of such professional engagement, or renders it an abuse of the relationship which properly falls within the ordinary course of such an engagement, a communication for such purpose cannot attract legal professional privilege.’⁴⁶⁴

Degene die zich op de uitzondering beroept, moet aantonen dat deze van toepassing is. De standaard is doorgaans het 'balance of probabilities'-criterium. Louter verdenkingen zijn niet voldoende. In strafzaken vereist toepassing van de uitzondering terughoudendheid, zo wordt aangenomen. Dit omdat de rechter anders prematuur zou oordelen over materiële kwesties die nog ter beoordeling staan in het proces. Een voorbeeld is een zaak met betrekking tot bewijs van de constructie van een vals alibi.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Section 10(2) Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE 1984) ‘Items held with the intention of furthering a criminal purpose are not items subject to legal privilege.’

⁴⁶² Cochrane & Hayess, p. 17 e.v.; Thanki 2018 et al, p. 187-205

⁴⁶³ R v Cox and Railton (1884) 14 QBD 153 (Crown Cases Reserved).

⁴⁶⁴ JSC BTA Bank v Ablyazov (n 5) [93].

⁴⁶⁵ R v Minchin, Dwyer and Healey [2013] EWCA Crim 2412.

7.4 Onderzoeksbevoegdheden

Nu worden de belangrijke (opsporings)methodes besproken door middel waarvan geheimhoudersinformatie zou kunnen worden verkregen c.q. geopenbaard. Het algemene uitgangspunt uit de contacten met Engelse advocaten is dat wanneer geprivilegieerd materiaal in beslag wordt genomen door een opsporingsautoriteit (doorgaans omdat het geprivilegieerde materiaal deel uitmaakt van een grotere set materiaal die wordt verzameld en het niet redelijkerwijs mogelijk is het geprivilegieerde materiaal daarvan te scheiden), de opsporingsambtenaar moet zorgen dat dit materiaal wordt geïsoleerd van het overige in beslag genomen materiaal en van ander materiaal dat zich in het bezit van die autoriteit bevindt. De opsporingsautoriteit en de eigenaar van het materiaal (of diens lawyer) zullen vervolgens samenwerken om te trachten overeenstemming te bereiken over welk materiaal vermoedelijk geprivilegieerd is (bijvoorbeeld door het vaststellen van zoektermen of andere filters). Zodra daarover overeenstemming is bereikt, zal het materiaal onafhankelijk worden beoordeeld en zal al het als geprivilegieerd aangemerkte materiaal niet door de opsporing worden ingezien en worden teruggegeven aan de persoon die onderwerp is van het onderzoek.

Inbeslagneming

De kern van het Engelse systeem van strafvorderlijke inbeslagneming is verankerd in de Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE 1984). Volgens section 8 PACE 1984 kan een justice of the peace een bevelschrift (warrant) afgeven waarmee een politieagent bevoegd is om een pand binnen te gaan en goederen in beslag te nemen.⁴⁶⁶ De bevoegdheid bestaat erin dat een politieagent (constable) voorwerpen in beslag mag nemen tijdens een rechtmatig verblijf op een locatie. De agent mag voorwerpen meenemen als hij redelijke gronden heeft om te denken dat die verband houden met een strafbaar feit (bijvoorbeeld als bewijs of als opbrengst van een misdrijf) en dat inbeslagname nodig is om verlies, vernietiging of manipulatie te voorkomen. Expliciet is echter bepaald dat geen enkele wettelijke bevoegdheid tot inbeslagname de politieautoriteiten het recht geeft om voorwerpen in beslag te nemen waarvan zij redelijke gronden hebben om aan te nemen dat deze onder LPP vallen.⁴⁶⁷ Een politieagent mag dus géén documenten, gegevens of andere voorwerpen in beslag nemen waarvan hij redelijkerwijs denkt dat ze beschermd zijn door het juridische verschoningsrecht.⁴⁶⁸ Dit waarborgt het fundamentele recht op de vertrouwelijkheid van juridische bijstand. Ook bijvoorbeeld de Proceeds of Crime Act 2002 geeft de mogelijkheid om een doorzoekingsbevel ter inbeslagneming te verkrijgen (section 352), maar ook dan geldt dat geprivilegieerd niet in beslag mag worden genomen (section 354). De Attorney General's Guidelines on Disclosure gaan hiervan ook uit. Digitale gegevens waarvan een onderzoeker redelijkerwijs vermoedt dat deze onder LPP vallen, mogen

⁴⁶⁶ Echter, 'excluded material' en 'special procedure material' zijn uitgesloten van deze algemene bevoegdheid. Dit zijn niet de geheimhoudersstukken waarover het LPP zich uitstrekt. Excluded material omvat onder meer vertrouwelijke medische en journalistieke gegevens. Special procedure material omvat ook zakelijke documenten, maar dus geen stukken die onder LPP vallen. Voor deze categorieën moet de politie een bevel vragen bij de Crown Court op grond van section 9 en schedule 1 PACE.

⁴⁶⁷ Section Art. 19(6) PACE.

⁴⁶⁸ Zie voor de definitie van dergelijk materiaal, section 10 PACE 1984.

niet worden opgevraagd of in beslag genomen, tenzij gebruik wordt gemaakt van de aanvullende bevoegdheden die zijn opgenomen in de CIPA 2001.⁴⁶⁹

Daarmee is dus niet gezegd dat de overheid niet in het bezit kan komen van geprivilegieerd materiaal. De Criminal Justice and Police Act 2001 vult voorgaande bevoegdheden namelijk aan met de zogeheten ‘seize and sift’-bepalingen. Section 50 van deze wet staat toe dat materiaal in beslag wordt genomen wanneer het niet haalbaar is om ter plaatse te bepalen of inbeslagneming mogelijk is (en section 51 doet dat in gelijke zin voor onderzoek aan een persoon zelf). Deze wettelijke bepalingen maken het mogelijk om materiaal dat zowel geprivilegieerde als niet-geprivilegieerde informatie bevat, toch in beslag te nemen wanneer het op de doorzochte locatie niet praktisch uitvoerbaar is om beide soorten informatie van elkaar te scheiden. In het bijzonder kan tijdens een rechtmatige doorzoeking de opsporingsambtenaar aangetroffen voorwerpen in beslag nemen wanneer hij deze aantreft en hij op redelijke gronden vermoedt dat het een voorwerp is, of iets bevat, waartoe hij bevoegd is om naar te zoeken en hij het recht heeft om datgene in beslag te nemen indien hij het zou aantreffen, maar het onder de gegeven omstandigheden op die locatie redelijkerwijs niet mogelijk is om dit vast te stellen. Datzelfde geldt als wat wordt aangetroffen en in beslag genomen zou mogen worden, onderdeel uitmaakt van iets anders wat niet in beslag mag worden genomen. Om te bepalen of het redelijk is om ter plaatse tot schifting over te gaan zijn een vijftal volgende wettelijke factoren van belang. Het betreft de tijd die nodig zou zijn op de locatie, het aantal mensen dat vereist is voor de selectie, mogelijke schade aan eigendommen, de benodigde apparatuur en het risico dat het materiaal onbruikbaar wordt door scheiding.

Het doorzoekingsbevel kan daarnaast specifiek zien op voorwerpen met daarin ook geheimhoudersinformatie (denk aan gegevensdragers als een computer of mobiele telefoon), zolang geprivilegieerd materiaal dan maar is uitgezonderd van verder onderzoek.⁴⁷⁰ Het verzoek (‘warrant’) moet in voorkomende gevallen vermelden dat mogelijkerwijs geprivilegieerd materiaal in beslag genomen kan worden. De rechter die de machtiging verleent moet oog hebben voor deze kwestie. In het geval bij een geheimhouder doorzoeking wordt gedaan, is het aangewezen dat independent counsel aanwezig is als waarborg dat niet lichtvoetig wordt omgegaan met LPP.⁴⁷¹

Wanneer materiaal in beslag is genomen dat mogelijk onder LPP valt, bestaat er een verplichting tot het zorgvuldig omgaan met dit materiaal en tot eventuele teruggave. Vereist is dat materiaal dat onterecht is meegenomen, wordt gescheiden en teruggegeven zodra wordt vastgesteld dat LPP van toepassing is (section 54 CIPA 2001). Die verplichting geldt evenwel niet als het materiaal onlosmakelijk verbonden is met materiaal dat niet hoeft worden teruggegeven (denk aan geprivilegieerde correspondentie in een computer of mobiele telefoon). Op grond van section 59 CIPA 2001 kan om teruggave worden verzocht van geprivilegieerd materiaal, maar ook hier geldt dat dit geen uitkomst biedt als het materiaal

⁴⁶⁹ Attorney General’s Guidelines on Disclosure For investigators, prosecutors and defence Practitioners 2024, punt 26 e.v.

⁴⁷⁰ Cochrane & Hayes, hfdstk. 3.

⁴⁷¹ Zie hierover Cochrane & Hayes, p. 49-59.

besloten ligt in materiaal dat niet teruggegeven hoeft te worden.⁴⁷² Wel is het op enigerlei wijze gebruiken van dergelijk materiaal dan niet toegestaan (section 62 CIPA 2001).

Het vorderen van documenten/gegevens en verklaringen

Diverse wetten geven onderzoeksautoriteiten in Engeland de mogelijkheid om documenten op te eisen. De Criminal Justice Act 1987, section 2(3), geeft (de directeur van) het Serious Fraud Office (SFO) de bevoegdheid een persoon te verplichten vragen te beantwoorden of documenten te overhandigen die relevant zijn voor een onderzoek. Een advocaat met verschoningsrecht hoeft hieraan niet te voldoen (lid 9). De Proceeds of Crime Act 2002 (POCA) biedt de mogelijkheid tot het verkrijgen van production orders (section 345), disclosure orders (section 357).⁴⁷³ Daarnaast beschikt de Financial Conduct Authority (FCA) onder de Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) over bevoegdheden om personen te verplichten vragen te beantwoorden of documenten te overhandigen (section 165) en een bevel tot huiszoeking te vragen (section 176). Deze wettelijke bepalingen bieden evenwel geen rechtsgrond voor het vorderen van stukken die onder LPP vallen. Zoals benadrukt in de literatuur, vereist dit strikte naleving van de voorwaarden in het warrantproces.⁴⁷⁴

Getuigenverklaring

Zodra een strafvervolgning is ingesteld, kan bij de rechtbank een verzoek worden ingediend tot het uitvaardigen van een getuigenschrift (witness summons), waarmee een persoon wordt verplicht om op een bepaald tijdstip voor de rechtbank te verschijnen en een document over te leggen waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat het van wezenlijk belang is als bewijs in de strafprocedure.⁴⁷⁵ Ook in civiele procedures kan een persoon als getuige worden opgeroepen. In geen van deze gevallen staat het de advocaat vrij om zonder toestemming van zijn cliënt te verklaren over onderwerpen waarover het LPP zich uitstrekt. Dat geldt ook in het geval de advocaat zelf verdachte is en de verklaring zou helpen in diens verdediging.⁴⁷⁶

Heimelijke bevoegdheden

Heimelijke surveillance en interceptie van communicatie is gereguleerd binnen het strafrechtelijk kader en andere veiligheidsdiensten. Het gaat hierbij onder meer om het heimelijk observeren van personen (covert surveillance), het opnemen van gesprekken of communicatie, en het onderscheppen van elektronische communicatie zoals e-mails of telefoongesprekken. De belangrijkste wettelijke basis voor dergelijke handelingen wordt gevormd door de Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA) en de opvolgende

⁴⁷² Zie in het algemeen over art. 59 CIPA 2001 ook de zaak Crown Court 14 augustus 2014, Panesar & Ors, [2014] EWHC 2821.

⁴⁷³ En zoals al gezegd, search and seizure warrants (section 352).

⁴⁷⁴ Cochrane & Hayes, hfdstk. 3.

⁴⁷⁵ De bevoegdheid tot het uitvaardigen van een dergelijk getuigenschrift is vastgelegd in section 2 van de Criminal Procedure (Attendance of Witnesses) Act 1965 voor procedures voor de Crown Court, en in section 97 van de Magistrates' Courts Act 1980 voor procedures voor de magistrates' court.

⁴⁷⁶ Cochrane & Hayes, p. 192 e.v.

Investigatory Powers Act 2016 (IPA). Zij stellen voorwaarden waaronder (opsporings)diensten bevoegd zijn om heimelijke middelen in te zetten, De bevoegdheden houden onder meer in het plaatsen van verborgen camera's in woningen of voertuigen, het volgen van een persoon in de openbare ruimte, en het af luisteren van telefoongesprekken of het onderscheppen van digitale berichten.⁴⁷⁷

Een belangrijk punt is dat communicatie tussen een verdachte en diens advocaat in beginsel beschermd is door LPP. Derhalve mag dergelijke communicatie niet zonder meer worden onderschept, tenzij aan zeer strikte voorwaarden wordt voldaan en een gerechtvaardigd publiek belang bestaat. In het verzoek om een machtiging te verkrijgen moet dan expliciet worden vermeld dat (een van) de doeleinden het verkrijgen van geprivilegieerd materiaal is. Een dergelijke machtiging mag alleen worden verleend indien de bevoegde instantie (zoals de bevoegde ambtenaar, de minister of een Judicial Commissioner) overtuigd is dat er sprake is van uitzonderlijke en dwingende omstandigheden die de inzet van surveillance rechtvaardigen. Dergelijke omstandigheden doen zich alleen voor in een zeer beperkt aantal gevallen, bijvoorbeeld wanneer er sprake is van een ernstige bedreiging van leven of lichamelijke integriteit, of wanneer het belang van de nationale veiligheid in het geding is, er geen andere manier is om de informatie te verkrijgen en de inzet naar verwachting de noodzakelijke inlichtingen zal opleveren om de betreffende dreiging tegen te gaan.⁴⁷⁸ Ook als mogelijkgeprivilegieerd materiaal kan worden onderschept moet dit in de aanvraag vermeld worden.

Als geheimhoudersinformatie onderschept wordt, mag dit in de regel alleen bewaard worden om verwijdering mogelijk te maken. Voorgeschreven is dat een 'legal adviser to the public authority must be consulted when it is believed that material which attracts privilege is retained other than for the purpose of destruction. The legal adviser is responsible for determining that material is privileged rather than an officer who is involved in an investigation. In cases where there is doubt as to whether material is privileged or not, the Investigatory Powers Commissioner may be informed, who will be able to give a view. Where it is discovered that privileged material has been obtained inadvertently, an early assessment must be made of whether it is necessary and proportionate to retain it for one or more of the authorised purposes (see paragraph 9.5). If not, the material should not be retained, other than for the purpose of its destruction or in accordance with other statutory requirements.'⁴⁷⁹

Procedurele ingangen en sancties

Op basis van CIPA 2001 section 59 kan om teruggave van het inbeslaggenomen materiaal worden verzocht bij de rechter. Dit biedt evenwel geen uitkomst als het materiaal betreft dat onlosmakelijk verbonden is met materiaal dat niet hoeft worden teruggegeven. Een optie is dan om via de Civil Procedure Rules part 8 om een verklaring te vragen dat het materiaal onder het verschoningsrecht valt, zo wordt in de literatuur vermeld.⁴⁸⁰ Uit onze contacten met Engelse

⁴⁷⁷ Cochrane & Hayes, 67 e.v.

⁴⁷⁸ Covert surveillance and property interference code of practice (accessible), par. 9.51.

⁴⁷⁹ Covert surveillance and property interference code of practice (accessible), par. 9.74.

⁴⁸⁰ Chochrane & Hayes, p. 63 en 83.

advocaten volgt echter dat hen niet bekend is dat partijen een uitkomst hebben aangevochten via afzonderlijke civielrechtelijke procedures (bijvoorbeeld op grond van CPR Part 8) en zij achten het ook niet gebruikelijk dat partijen dit doen.

Rondom de terechtzitting kan via een (pre-)trial hearing ook het gebruik van het materiaal worden aangevochten en dit kan ook onderwerp van discussie zijn in hoger beroep.⁴⁸¹ Op diverse manieren kan dus aangevoerd worden dat sprake is van een schending van het LPP en dat de resultaten niet mogen worden gebruikt tegen de verdachte. In het algemeen hebben de Britse advocaten aangegeven dat wanneer een partij een geschilpunt met betrekking tot disclosure in een procedure of onderzoek wil aanvechten, dit gebeurt door middel van een afzonderlijk verzoek. Zo'n verzoek wordt vóór de eindzitting of het proces zelf behandeld en wordt veelal aangeduid als een 'interim application'. Dit verzoek blijft echter deel uitmaken van dezelfde procedure, zodat het dus niet nodig is om een geheel nieuwe procedure in te stellen. Elk geschil over het achterhouden van documenten op grond van verschoningsrecht zal dus vóór de aanvang van het proces zijn opgeworpen en beslecht, meestal tijdens het disclosure-traject of kort daarna.

De Engelse rechter en de advocaten die wij gesproken hebben, hebben aangegeven dat kwesties over het verschoningsrecht zelden door een strafrechter hoeven te worden beslecht. De meeste geschillen doen zich voor in het civiele recht, vanwege de uitgebreide disclosure, waarbij partijen veel relevante informatie behoren te overleggen. De rechter kan rondom zijn beslissing kennismaken van de stukken om een oordeel te vellen. De advocaten hebben voorts aangegeven dat een partij op zich een beroep op verschoningsrecht kan aanvechten onder de Engelse procesregels, bijvoorbeeld wanneer de beschrijving van de documenten waarop het verschoningsrecht wordt ingeroepen onvoldoende is of wanneer de grondslag voor het beroep op het verschoningsrecht niet deugdelijk is onderbouwd. Het komt volgens hen echter maar zelden voor dat een beroep op verschoningsrecht wordt aangevochten. Indien dat wel gebeurt, is dat dus vrijwel altijd via een 'interim application'. Traditioneel zijn de Engelse rechters zeer terughoudend om een beroep op verschoningsrecht van een partij (dat in de regel is vastgesteld door de lawyer van die partij) terzijde te schuiven of als onterecht te beschouwen. Zij zijn slechts bereid dit te doen in uitzonderlijke omstandigheden.⁴⁸²

Als gegevens onder het LPP vallen, kunnen deze niet dienen als bewijs. Daarnaast kan het zelfs zover gaan dat een vervolging moet worden gestaakt. Relevante omstandigheden bij die beoordeling zijn of de opsporing te goeder of te kwader trouw was bij de verkrijging en welk gebruik van het materiaal is gemaakt. Hierover zal het openbaar ministerie duidelijkheid moeten verschaffen en de verdediging kan hieromtrent onderzoek willen laten verrichten. Per

⁴⁸¹ Zie in algemene zin over (pre-)trial hearings The Criminal Procedure Rules 2020, section 3.16 e.v.

⁴⁸² Bij de beoordeling van een verzoek waarin een beroep op verschoningsrecht wordt betwist, kan de rechtbank verlangen dat het betreffende document aan de rechtbank wordt overgelegd. Elk verzoek waarin het beroep op verschoningsrecht van een partij wordt aangevochten, moet worden ondersteund door getuigenbewijs en een verklaring van waarheid. Advocaten reageren daarop doorgaans met een getuigenverklaring waarin zij het beroep op verschoningsrecht uiteenzetten en toelichten hoe zij hebben vastgesteld dat het onderliggende materiaal geprivilegieerd is. Deze verklaring wordt door de rechtbank in de regel als afdoende bewijs aanvaard, tenzij uit het beschikbare bewijs redelijkerwijs blijkt dat het beroep op verschoningsrecht onterecht is gedaan.

saldo zal het recht op een eerlijk proces onherstelbaar moeten zijn geschonden door een onterechte inzage in geprivilegieerd materiaal.⁴⁸³

Internationale samenwerking

In geval van internationale samenwerking is het Britse uitgangspunt dat het LPP dient te worden gerespecteerd en zo nodig in het verzoekende land wordt beslecht als over de gelding van het privilege geen overeenstemming bestaat. In de richtlijn staat hierover dat als ‘*an individual claims privilege under the law of the requesting state, and if the requesting authority concedes the claim, evidence will not be taken. Where the claim is not conceded, the evidence may be taken but will not be sent to the requesting authority until a court in the requesting state rules on the matter.*’⁴⁸⁴

7.5 Privilege review in strafrechtelijke onderzoeken

In strafrechtelijke onderzoeken is het essentieel dat materiaal dat onder legal professional privilege (LPP) valt, zorgvuldig wordt behandeld. De 'privilege review' is een proces waarbij wordt vastgesteld of documenten of digitale bestanden onder LPP vallen, voordat deze door opsporings- of vervolgingsinstanties worden ingezien of gebruikt.

Bij het aanvragen, uitvoeren en uitvoeren van een doorzoekingsbevel moet bijzondere zorgvuldigheid worden betracht wanneer er een reële mogelijkheid bestaat dat zich geprivilegieerd materiaal, zoals vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en cliënt, op de te doorzoeken locatie bevindt. In dergelijke gevallen schakelen politie en andere opsporingsinstanties vaak onafhankelijke advocaten (independent counsel) in om de uitvoering van het bevel bij te wonen. Dat is ook voorgeschreven: ‘The execution of a warrant requires the presence of independent lawyers where there is the prospect of privileged documentation. This expense has to be resourced.’⁴⁸⁵

Deze advocaten beoordelen ter plaatse of documenten onder het juridisch beroepsgeheim vallen, zodat deze – tenzij anders bepaald op grond van sectie 50 van de Criminal Justice and Police Act 2001 (CJPA 2001) – niet in beslag mogen worden genomen. Wanneer independent counsel en de persoon die privilege claimt van mening verschillen, worden de betreffende documenten apart gehouden (‘blue bagged’) voor latere beoordeling, hetzij in overleg, hetzij door de rechter op grond van sectie 59 CJPA 2001. De onafhankelijke advocaat geeft ter plaatse een mondeling oordeel aan de doorzoekende autoriteiten en houdt zorgvuldig schriftelijk bij

⁴⁸³ Zie Cochrane & Hayes, p. 65-66, met een bespreking van CA (18 April 2000) R v ular; [2004] EWHC 1922 (Admin), [2004] All ER (D) 241 (Jul) R (on the application of Her Majesty’s Commissioners of Customs & Excise) v Nottingham Magistrates’ Court; [2005] EWCA Crim 1089, [2006] QB 60, Rv Grant.

⁴⁸⁴ Home Office, Request for Mutual Legal Assistance in Criminal Matters. Guidelines for Authorities outside of the United Kingdom, maart 2022, p. 25.

⁴⁸⁵ R (Rawlinson & Hunter Trustees) v Central Criminal Court [2012] EWHC 2254 (Admin), [2013] 1 WLR 1634 [293].

welke documenten zijn beoordeeld en welke conclusie daarover is getrokken. Deze beoordeling wordt vervolgens ook schriftelijk verstrekt aan de opdrachtgever.⁴⁸⁶

Daarnaast komt het veelvuldig voor dat onafhankelijke advocaten worden aangesteld om materiaal dat reeds in beslag is genomen, achteraf te beoordelen op de aanwezigheid van geprivilegieerde informatie. Diens taak is ‘to assist the investigating authority in maintaining the proper protections of privilege. Accordingly where it is believed that material the investigators wish to seize, or mixed material that has been seized, might contain privileged information, or where a claim of privilege is made, the opinion of independent counsel may be sought. If you are instructed, you will be asked to consider the material and give an opinion as to whether or not its contents are privileged.’⁴⁸⁷

Volgens de Criminal Justice and Police Act 2001 (CJPA 2001) moeten bevoegde autoriteiten, wanneer zij mogelijk geprivilegieerd materiaal in beslag nemen, dit isoleren en niet bekijken totdat een onafhankelijke advocaat heeft beoordeeld of het privilege van toepassing is. Door de Engelse rechter is overwogen dat een ‘seizing authority has a duty to devise and operate a system to isolate potential LPP material from bulk material lawfully in its possession, which can reasonably be expected to ensure that such material will not be read by members of the investigative team before it has been reviewed by an independent lawyer to establish whether privilege exists. That approach to LPP material imports the necessary rigour required by the law for its protection in this context.’⁴⁸⁸

De Attorney General’s Guidelines on Disclosure houden in dit verband onder meer het volgende in.⁴⁸⁹ Wanneer geprivilegieerd materiaal of materiaal dat vermoedelijk LPP bevat, toch wordt meegenomen, moet dit worden geïsoleerd van het overige in beslag genomen materiaal. Indien tijdens het latere onderzoek onverwacht mogelijk geprivilegieerd materiaal wordt aangetroffen, moet ook dat onmiddellijk worden gescheiden en volgens een zorgvuldige procedure worden behandeld. De vervolgingsautoriteiten moeten per geval beoordelen of het daadwerkelijk om zulk materiaal gaat, waarbij de verdediging in sommige gevallen kan helpen bij de beoordeling. Zodra materiaal als mogelijk geprivilegieerd is aangemerkt, moet het worden beoordeeld door independent counsel die geen enkele betrokkenheid heeft bij het lopende of een gerelateerd strafrechtelijk onderzoek. Onderzoekers of officieren van justitie mogen geen inzage hebben in het (vermoedelijk) geprivilegieerde materiaal. Bij omvangrijk materiaal kunnen zoektermen of filters worden ingezet om het geprivilegieerd materiaal te identificeren, maar ook dit moet worden uitgevoerd door een onafhankelijk persoon, los van het onderzoeksteam. Het is essentieel dat iedereen die betrokken is bij de behandeling van LPP-materiaal een nauwkeurige administratie bijhoudt over de wijze van verwerking, wie toegang heeft gehad tot het materiaal, en welke beslissingen over het materiaal zijn genomen. Ten slotte mag dit materiaal slechts in uitzonderlijke gevallen worden behouden, in overeenstemming met

⁴⁸⁶ Cochrane & Hayes, p. 56 e.v.

⁴⁸⁷ The Bar Council, ‘Barristers Instructed as “Independent Counsel” to Advise upon Legal Professional Privilege (september 2023).

⁴⁸⁸ R (McKenzie) v Director of the Serious Fraud Office [2016] EWHC 102 (Admin), [2016] 1 WLR 1308.

⁴⁸⁹ Attorney General’s Guidelines on Disclosure For investigators, prosecutors and defence

Practitioners 2024, punt 26 e.v. De Code for Crown Prosecutors is op dit punt soortgelijk, CPS, Disclosure Manual: Chapter 30: Digital Material 14 juli 2022.

art. 54 CIPA 2001. Dat is alleen toegestaan als het rechtmatig in beslag is genomen en het niet praktisch uitvoerbaar is om het te scheiden van de rest zonder het overige materiaal te schaden. Indien geheimhoudersstukken niet behouden mogen blijven, moeten zij zo spoedig mogelijk worden teruggegeven, zonder te wachten op de volledige afronding van het onderzoek naar de overige in beslag genomen gegevens.

De standaardprocedure voor het filteren van geprivilegieerd materiaal is als volgt.⁴⁹⁰ De filtering omvat het uitvoeren van zoekopdrachten aan de hand van trefwoorden in elektronische bestanden om mogelijk geprivilegieerd materiaal te identificeren. Deze bestanden worden vervolgens ter beoordeling overgedragen aan independent counsel. Deze onafhankelijke advocaat is geen onderdeel van het opsporingsteam en moet objectief oordelen of er sprake is van privilege.

Een belangrijke zaak in dit verband wees uit dat de werkwijze van het Serious Fraud Office (SFO) bij het omgaan met mogelijk geprivilegieerd materiaal dat opgeslagen was op in beslag genomen digitale apparaten, rechtmatig is.⁴⁹¹ Ten aanzien van twee inbeslaggenomen telefoons, een USB-stick en een computer werd vermoed dat deze gegevens mogelijk vertrouwelijke communicatie van de verdachte met diens advocaat bevatten. Volgens het Operational Handbook of the Serious Fraud Office worden digitale data eerst technisch verwerkt door interne IT-specialisten die geen deel uitmaken van het onderzoeksteam. Op basis van door de betrokkene verstrekte zoektermen wordt potentieel geprivilegieerd materiaal geïsoleerd en ondergebracht in een aparte digitale omgeving. Pas daarna vindt beoordeling plaats door independent counsel. Alleen het materiaal dat niet onder LPP valt wordt beschikbaar gesteld aan het onderzoeksteam. De verdachte stelde dat deze werkwijze onwettig was, omdat ook de technische filtering door volledig externe en onafhankelijke partijen zou moeten worden uitgevoerd. Hij betoogde dat het bestaande systeem het risico op ongeoorloofde inzage door onderzoekers onvoldoende uitsloot. De Engelse rechter oordeelde dat het SFO een afdoende procedure had ingericht die redelijkerwijs voorkomt dat het materiaal wordt ingezien door onderzoekers vóórdat het is beoordeeld door independent counsel. De rechter benadrukte dat het recht op LPP een fundamenteel beginsel blijft dat de nodige bescherming verdient, maar dat de wet niet vereist dat het vooronderzoek naar potentieel geprivilegieerd materiaal in alle gevallen wordt uitbesteed. Zolang het systeem effectief is en het risico op ongeoorloofde inzage minimaal blijft, is sprake van een rechtmatige handelwijze. Er werd geen bewijs geleverd dat het SFO in deze zaak daadwerkelijk vertrouwelijke gegevens had ingezien.

7.6 Visies op het professioneel verschoningsrecht van een advocaat

Ook in Engeland hebben we interviews gehouden met wetenschappers en mensen uit de praktijk. Het volgende komt voort uit deze gesprekken met juridische en forensische professionals. Gesproken is onder andere over het toepassen van het verschoningsrecht, de

⁴⁹⁰ Cochrane & Hayes, hfdstk 4.

⁴⁹¹ R (McKenzie) v Director of the Serious Fraud Office [2016] EWHC 102 (Admin), [2016] 1 WLR 1308.

verwerking van mogelijk geprivilegieerde data bij digitale inbeslagnames e.d. en de rol van technologie in dit proces.

Alom wordt aangegeven dat de opsporingsdiensten in beginsel niet geïnteresseerd zijn in geprivilegieerd materiaal. Iedereen weet dat van dit materiaal geen kennis mag worden genomen en dat die gegevens toch ook niet gebruikt mogen worden in een (straf)zaak (als aansturing van het onderzoek of als bewijs). Het kan dus zijn dat gegevens wel onder het bereik van strafvorderlijk optreden vallen, maar dan blijven die gegevens onaangeroerd en nemen de opsporingsdiensten er geen kennis van.

Vertrouwelijke communicatie en grondslagen van het verschoningsrecht

Het LPP ziet alleen op de communicatie tussen de advocaat en de cliënt of derden, zo wordt aangegeven. Het is de inhoud van die communicatie die bepalend is. Vertrouwelijke communicatie en LPP gaan zo bezien hand in hand. Zodra de communicatie ziet op het geven van juridisch (proces)advies, is deze vertrouwelijk en is het privilege van toepassing. Dat is het nut van het privilege. Aangegeven wordt dat juridisch advies c.q. bijstand een breed begrip is. Advies over het kopen van aandelen valt er bijvoorbeeld niet onder, maar als gevraagd zou worden naar het opzetten van een onderneming om de aandelen te kopen, dan weer wel.

Het verschoningsrecht vormt een essentiële pijler van het recht op een eerlijk proces. Zonder deze waarborg zou de vertrouwensband tussen advocaat en cliënt en het recht op privacy onder druk komen te staan. Zowel advocaten als wetenschappers benadrukken bijvoorbeeld in het bijzonder dat cliënten voor een juiste bijstand hun advocaat open en volledig moeten kunnen informeren, zonder vrees dat die communicatie bekend wordt bij derden. Een advocaat wees op de alom bekende spanning tussen het streven naar bewijsvergaring aan de ene kant en de noodzaak tot vertrouwelijkheid van de communicatie tussen de cliënt en zijn advocaat aan de andere kant. De respondenten benadrukken dat het verschoningsrecht in het publieke belang is. Het beschermt de rechtsstaat door ervoor te zorgen dat iedereen toegang heeft tot kwalitatief goede juridische bijstand. Daar staat tegenover dat het privilege dus een beperking vormt op de waarheidsvinding, die in de regel voor gaat.

Omvang verschoningsrecht

Er wordt in de praktijk duidelijk onderscheid gemaakt tussen de twee vormen van LPP: het LAP en het procesprivilege LP. LAP dekt de vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt voor juridisch advies. Het procesprivilege geldt voor communicatie met derden wanneer juridische procedures aanhangig zijn of worden verwacht. Twee wetenschappers gaven aan dat beide varianten tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn. Zij menen dat het als één privilege moet worden gezien. Dan zouden het twee zijden van dezelfde medaille zijn.

Het privilege geldt alleen voor gekwalificeerde juristen, zoals solicitors, barristers of buitenlandse advocaten. Bevestigd wordt dat deze functionarissen ook een verschoningsrecht hebben als zij in loondienst zijn bij hun cliënt.

Geheimhoudingsplicht

De advocaatrespondenten bevestigen dat het schenden van het beroepsgeheim geen strafbaar feit oplevert in Engeland. Wel is het zo dat een schending kan leiden tot disciplinaire maatregelen en civiele aansprakelijkheid. Een door hen vermeld recent voorbeeld is dat een solicitor aan het einde van diens werkende leven opzettelijk zijn geheimhoudingsplicht had geschonden door zonder de toestemming van zijn cliënt een email te openbaren in het kader van een geschil inzake betaling van diens werkzaamheden. Deze solicitor is daarvoor tuchtrechtelijk bekritiseerd door de SRA.

EVRM

Hoewel niet altijd expliciet genoemd, vermeld een wetenschapper dat Engeland in de vorige eeuw wel op de vingers is getikt door het EHRM in verband met de common law traditie waarin regelingen voor inbreuken op het recht op een persoonlijke levenssfeer ontbraken. Meer algemeen ondersteunen de respondenten impliciet dat het verschoningsrecht samenhangt met art. 6 en 8 EVRM (eerlijk proces en privacy). Deze waarborgen maken duidelijk dat vertrouwelijke communicatie fundamenteel is binnen het strafproces.

‘Eigenaarschap’ van het privilege en afgeleid verschoningsrecht

Het verschoningsrecht is het recht van de cliënt, niet van de advocaat. Alleen de cliënt kan afstand doen van het privilege. Dit betekent dat zelfs als de advocaat bereid zou zijn informatie te delen, dit niet geoorloofd is zonder toestemming van de cliënt. Ook medewerkers van advocaten, zoals paralegals of stagiairs, vallen onder het beroepsgeheim zolang zij onder toezicht van een gekwalificeerde advocaat werken.

Uitzonderingen op het privilege

Fraude vormt een belangrijke uitzondering. Wanneer communicatie plaatsvindt met het doel om fraude of een strafbaar feit te plegen, vervalt het privilege. In enkele gevallen kan ook misbruik van het privilege leiden tot rechterlijke toetsing of beperking.

Gegevens bij derden

De locatie van vertrouwelijke communicatie is niet relevant voor de geldigheid van het privilege. Het beroepsgeheim blijft van toepassing, ook wanneer gegevens zich bevinden bij derden, zoals clouddiensten of accountants.

Filtering

Technisch gezien wordt data eerst veiliggesteld, veelal met een ‘image’ van de gegevens, op een wijze zodat het onderzoeksteam er geen toegang toe heeft. Vervolgens worden eDiscovery-tools ingezet, vaak met vooraf afgesproken zoektermen. Dit is tot op heden de beste manier om

het filterproces te laten plaatsvinden, ook al wordt dit ook wel een houterig proces genoemd. In sommige gevallen wordt AI overwogen of ingezet, hoewel deze techniek nog in ontwikkeling is. De technicus wees op enkele programma's, Magnet Axiom en Relativity .

De technicus die als respondent optrad, gaf in dit verband aan dat het trainen van een AI-model in dit geval lastig is, gelet op het feit dat er niet zo maar voldoende trainingsmateriaal is vanwege de vertrouwelijkheid. Als de diverse gebruikers hun resultaten niet delen, levert trainen een probleem op. De barrister dacht dat zodra het trainen onder de knie is, dat de techniek de uitkomst kan bieden. Een probleem is volgens deze respondent dan wel nog dat niet altijd valt te controleren hoe de selectie is verlopen.

Opsporingsdiensten krijgen, zoals gezegd, pas toegang nadat filtering is afgerond. Dat gaat deels op vertrouwen dat er met betrekking tot deze 'muur' tussen de gegevens en het opsporingsteam, geen lek is. Een garantie is daar niet volledig voor te geven, wordt wel erkend.

Zowel vanuit juridisch als technisch perspectief wordt automatisering van het filterproces voorts kritisch benaderd. AI is op dit moment nog niet geheel in te passen in het systeem (waaronder de verschillende platforms voor digitale opsporing). Vanuit de praktijk zijn advocaten huiverig om via technische hulpmiddelen te bepalen wat onder het verschoningsrecht valt, gelet op het belang hierbij. Er zijn ook advocatenkantoren die juist wel AI in het schoningsproces betrekken als zij voor een cliënt beoordelen welke data deze moeten aanleveren.

Een terugkerend punt van zorg betreft voorts de rol van de opsporingsdiensten in het filterproces. De respondenten menen dat deze partijen niet zelf zouden mogen beoordelen of documenten onder LPP vallen. De filtering van mogelijk vertrouwelijk materiaal wordt daarom in Engeland doorgaans uitgevoerd via een onafhankelijke advocaat (vaak een barrister), die niet betrokken is bij de opsporing. Deze independent counsel beoordeelt of documenten onder het privilege vallen voordat de opsporingsautoriteiten er toegang toe krijgen. De filtering gebeurt meestal in fasen: eerst met trefwoorden door technisch personeel vanuit de opsporing, gevolgd door een beoordeling door independent counsel.

De verdediging kan bezwaar maken tegen gebruikte zoektermen of beoordelingen. Over de gebruikte zoektermen bestaat ook wel discussie omdat deze ook te breed kunnen zijn en daarmee materiaal omvatten dat niet geprivilegieerd is. Hierover ontstaat dan discussie. Tussen de opsporingsdiensten en de verdediging is ook wel overleg over het proces van filtering. De barrister gaf aan dat de opsporing kennis zal moeten hebben van de zoektermen om hun werk te kunnen doen c.q. verantwoorden.

Met betrekking tot de internationale samenwerking in dit verband wordt opgemerkt dat gelet op de verschillen (alleen al in taal) tussen de diverse samenwerkende landen, AI niet zonder meer c.q. probleemloos in te passen is in de diverse systemen.

Duur en kosten van het filterproces

Zo'n beetje alle respondenten stippen aan dat het filterproces tijdrovend en kostbaar is c.q. kan zijn. In grote fraudezaken kan het lang duren voordat de 'geschoonde' data beschikbaar zijn

voor het opsporingsteam. Het kan zijn dat er bijvoorbeeld in een grote fraudezaak tot wel zes independent counsel bezig zijn. De barrister van het SFO geeft aan dat dit aantal gemiddeld zo'n twee a drie is in een fraudeonderzoek. De duur van het filterproces kan zo twaalf tot achttien maanden duren. Barristers kunnen voor dit werk rond de 75 pond of meer per uur kosten en het kan vele duizenden ponden kosten in een zaak om tot een opgeschoond dossier te komen.

In het Engelse systeem wordt veel gewerkt met een production order, waardoor de betrokkene (denk vooral ook aan ondernemingen), zelf de gegevens moet aanleveren. Het is dan aan degene die de gegevens moet overleggen om de filtering te (laten) verzorgen. In die gevallen draait de betrokkene dus op voor de (aanzienlijke) kosten om het geprivilegieerde materiaal uit de data te halen.

Verantwoordelijkheid advocaat

Duidelijk is geworden dat de advocaat ervoor moet zorgdragen dat de communicatie met cliënten en derden vertrouwelijk blijft. Maar van een (sterke) discussie over de eigen verantwoordelijkheid is niet gebleken, ook niet vanuit de barrister die voor het SFO werkt. Het respecteren van het verschoningsrecht en dus het filterproces hoort er nu eenmaal bij.

7.7 Deelconclusie

Legal professional privilege (LPP) – het juridisch beroepsgeheim – is in Engeland en Wales een fundamenteel beginsel van het common law. Het beschermt vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt tegen openbaarmaking zonder toestemming van de cliënt. De kern ligt in de vertrouwelijkheid van de communicatie om het privilege in te kunnen roepen.

Grondslagen en vormen van het privilege

Het Engelse recht kent twee vormen van LPP die samen één beginsel uitmaken, zodat het niet van belang is van welke van de twee vormen sprake is. De ene variant, Legal Advice Privilege (LAP) ziet op de bescherming van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt met als hoofddoel het verkrijgen of verstrekken van juridisch advies, ook buiten de context van procedures. Litigation Privilege (LP) biedt als andere variant bescherming van communicatie met derden in het kader van lopende of te verwachten civiele of strafrechtelijke procedures op tegenspraak. Vereist voor LP is dat de communicatie plaatsvindt in een adversaire procedure, met als dominant doel het (mogelijkerwijs) voeren van die procedure. Beide privileges zijn stevig verankerd in de Engelse rechtspraak.

Reikwijdte van het beroepsgeheim

Het privilege komt alleen toe aan professionele juristen: solicitors, barristers en buitenlandse advocaten, ook als zij in loondienst werken. LAP dekt niet alleen direct advies, maar ook alles wat daarmee samenhangt: notities, conceptstukken en interne communicatie, zolang deze

‘directly related to the performance by the solicitor of his professional duty’ zijn. LP dekt daarnaast ook communicatie met derden, mits aan de voorwaarden voldaan is. Vertrouwelijkheid is cruciaal: communicatie die niet vertrouwelijk is, of waaraan de vertrouwelijkheid is komen te ontvallen, verliest zijn bescherming. Administratieve correspondentie, formele opdrachtbevestigingen of cliëntgegevens vallen in beginsel buiten de dekking van LPP.

De geheimhoudingsplicht is stevig juridisch verankerd. Voor solicitors volgt deze uit de contractuele relatie met de cliënt (de zogeheten retainer) en de equity doctrine of confidentiality. Barristers zijn aan dezelfde plicht gebonden wanneer zij rechtstreeks door de cliënt zijn ingeschakeld, in andere gevallen rust de plicht uitsluitend op vertrouwensbeginselen uit het equity-recht. De wettelijke basis ligt in de Legal Services Act 2007, die deze verplichting expliciet vastlegt. De geheimhouding strekt zich bovendien uit tot alle medewerkers van het kantoor en blijft van kracht na beëindiging van de relatie én na het overlijden van de cliënt. Uitzonderingen zijn alleen toegestaan wanneer de wet dat voorschrijft of wanneer openbaarmaking nodig is om ernstig lichamelijk letsel of misbruik te voorkomen. De cliënt zelf kan expliciet of stilzwijgend toestemming geven tot het delen van informatie.

Relatie tot mensenrechten en EU-regelgeving

Hoewel Engeland inmiddels buiten de EU staat, vormt LPP een essentieel onderdeel van de bescherming onder art. 6 en 8 EVRM (eerlijk proces en privéleven), evenals (tot voor kort dus) art. 7, 8, 47 en 48 van het EU-Handvest en de Richtlijn 2016/343/EU over toegang tot een advocaat. Deze normen onderstrepen dat vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt een kernwaarde is van het strafprocesrecht.

Van wie is het privilege?

Het privilege behoort toe aan de cliënt en dus, anders dan in Nederland, niet aan de advocaat. Alleen de cliënt kan hiervan afstand doen, uitdrukkelijk of stilzwijgend. De advocaat kan zich slechts op het privilege beroepen namens de cliënt en mag zonder diens toestemming geen informatie delen, zelfs niet in het eigen belang.

Afgeleid verschoningsrecht

Medewerkers die onder toezicht van een advocaat handelen, zoals paralegals of trainees, vallen onder het afgeleid beroepsgeheim. Hun plicht tot geheimhouding is geborgd via de verantwoordelijkheid van de betrokken advocaat.

Uitzonderingen; de crime-fraud exception

Het privilege geldt in het bijzonder niet voor communicatie die is bedoeld om (civiele) fraude of een strafbaar feit te plegen. Deze zogenaamde crime-fraud exception betekent dat zulke communicatie überhaupt niet onder het privilege valt. De ‘uitzondering’ is ruim uitgelegd en

geldt ook als de advocaat of cliënt onbewust meewerkt aan onrechtmatig handelen. De partij die zich op deze uitzondering beroept, draagt de bewijslast. In dat verband zijn enkele vermoedens onvoldoende.

Derden en het bereik van het privilege

LPP blijft van toepassing, ook als geprivilegieerd materiaal zich bij derden bevindt, zoals accountants of in cloudopslag. De locatie van het materiaal doet dus niet ter zake.

Doorzoeking: wie waarborgt het privilege?

Als er aanwijzingen zijn dat zich geprivilegieerd materiaal op een locatie bevindt, vereist het Engelse systeem de inzet van een independent counsel bij de uitvoering van het doorzoekingsbevel. Deze beoordeelt ter plaatse of stukken onder het privilege vallen.

Filterprocedure en rechtsmiddelen

De filtering van data geschiedt volgens redelijk vaste stappen. Technisch personeel (niet behorend tot het opsporingsteam) zet digitale data apart. Er wordt vervolgens naar geheimhoudersstukken gezocht aan de hand van afgesproken zoektermen of filters. Independent counsel beoordeelt dan het resultaat en beslist of LPP van toepassing is.

Alleen niet-geprivilegieerd materiaal wordt ter beschikking gesteld aan het opsporingsteam. De verdediging kan bezwaar maken tegen gebruikte zoektermen of beoordelingen. Een rechterlijke verklaring kan uitkomst bieden bij geschil. Materiaal dat onder LPP valt, mag niet worden gebruikt. Onterecht verkregen informatie kan leiden tot bewijsuitsluiting of beëindiging van de vervolging als het recht op een eerlijk proces ernstig is geschonden.

Duur en kosten van filtering

Het filterproces is tijdrovend en duur. In grote fraudezaken kan filtering gemakkelijk 12 tot 18 maanden duren, vaak onder begeleiding van meerdere independent counsel. De kosten kunnen oplopen tot tienduizenden ponden. Wordt een production order gebruikt, dan moet de betrokkene zelf de stukken aanleveren en zelf (laten) beoordelen of geheimhoudersstukken kunnen worden onthouden aan de opsporing. In dat geval draait de betrokkene op voor de kosten.

Toezicht en tuchtrecht

Solicitors vallen onder toezicht van de SRA, barristers onder de BSB. Deze toezichthouders staan onder toezicht van de Legal Services Board. Schending van het beroepsgeheim is geen strafbaar feit, maar kan wel leiden tot tuchtrechtelijke maatregelen of civiele aansprakelijkheid. Toezichthouders kunnen vertrouwelijke informatie vorderen, mits binnen hun wettelijke taak en met respect voor LPP.

Hoofdstuk 8 Rechtsvergelijking

8.1 Inleiding

Het rechtsvergelijkende onderzoek wordt in dit hoofdstuk op de hoofdpunten uiteengezet. Hierdoor ontstaat een dwarsdoorsnede op de belangrijke onderdelen van het onderzoek naar de theorie en praktijk van – kort gezegd – het verschoningsrecht in de, naast Nederland, door ons onderzochte rechtssystemen van Duitsland, Zwitserland, Frankrijk en Engeland & Wales (hierna: Engeland). Hierbij komt voor het leesgemak steeds kort eerst de Nederlandse situatie aan de orde.

8.2 Algemeen

Uit de inleiding van dit onderzoek kwam al naar voren dat ten aanzien van het verschoningsrecht in de praktijk wordt geworsteld met de vraag hoe om te gaan met de gespannen verhouding tussen de belangen verbonden aan het verschoningsrecht en het opsporingsbelang. In het bijzonder bestaat een zekere spanning tussen (de vertegenwoordigers van) advocaten en notarissen als geheimhouders aan de ene kant en de opsporing aan de andere kant. Die spanning maakt dat partijen al snel in hun houding verstarren.

Een belangrijke algemene bevinding uit het onderzoek naar de rechtssystemen van Duitsland, Zwitserland, Frankrijk en Engeland is dat in al die landen ook een spanning bestaat tussen het eerbiedigen van de vertrouwelijkheid van communicatie met advocaten (en soms notarissen) en het opsporingsbelang. Daarbij is geen wondermiddel of wondersysteem aangetroffen dat niet kampt met theoretische of praktische problemen. Duidelijk is geworden dat de wet veelal uitgaat van een overzichtelijke situatie waarbij zo nodig per geval of per document handmatig wordt beoordeeld of het verschoningsrecht van toepassing is. Dit terwijl de praktijk inmiddels laat zien dat grote hoeveelheden data door de opsporing worden verkregen, vooral ook niet bij de geheimhouder zelf. In alle onderzochte jurisdicties wordt geworsteld met de vraag hoe dan tot een zorgvuldige en spoedige scheiding te komen van wat wel en wat niet aan de opsporing vrijgegeven kan worden.

Hierbij is wel opgevallen dat uit de gesprekken met de respondenten bleek dat in Duitsland en Zwitserland door partijen redelijk informeel wordt gezocht naar een oplossing in het geval potentiële geheimhoudersstukken worden aangetroffen. Dat is eigenlijk ook in Engeland het geval waar onafhankelijke lawyers de filtering veelal beoordelen en dit wordt geaccepteerd en zelden wordt betwist. In Frankrijk is de verhouding tussen de opsporing en de advocatuur in dit dossier echter meer verzuurd en wordt, net als in Nederland, een wat formelere weg bewandeld.

8.3 Grondslagen en vormen van het privilege

Voor alle vijf de rechtssystemen geldt dat het beroepsgeheim en verschoningsrecht van advocaten stevig zijn verankerd in het nationale recht (wet- en regelgeving en jurisprudentie). Daarnaast speelt het internationale recht in alle rechtssystemen een belangrijke rol. Voor

Duitsland en Frankrijk komt daar, net als voor Nederland, het EU-recht bovenop. In Duitsland en Frankrijk wordt getwijfeld of de nationale regelgeving voldoet aan de Europese standaarden die volgen uit het EVRM en het EU-recht. In Duitsland zit dat in het feit dat het de officier van justitie is die inzage heeft in mogelijkgeprivilegieerde stukken. In Frankrijk is het maar de vraag of het verschoningsrecht kan worden toegespitst op enkel de communicatie in het kader van de verdediging ('het beschermen van het beroepsgeheim in het kader van het strafprocesrecht').

Voor notarissen liggen de zaken wat anders. In Duitsland en Zwitserland komt aan hen een verschoningsrecht met een vergelijkbare aard en reikwijdte toe. In Engeland komt geen verschoningsrecht toe aan notaries public, maar alleen aan een lawyer die taken uitvoert die wij met die van een notaris zouden vergelijken. In Frankrijk ontbeert de notaris een verschoningsrecht in strafvorderlijke aangelegenheden, nu het verschoningsrecht in dat verband wordt gekoppeld aan de verdedigingsrechten van de verdachte en de communicatie met diens raadsman.

De kern van het privilege is in alle rechtssystemen het maatschappelijk belang dat burgers zich zonder vrees voor openbaarmaking tot hun advocaat kunnen wenden. Dit is vastgelegd in diverse regelgeving. Hieruit volgt dat de geheimhoudingsplicht in alle rechtssystemen tuchtrechtelijk wordt gehandhaafd en de schending ervan tot civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden. Uitgezonderd is Engeland, waar het schenden van de geheimhoudingsplicht niet strafrechtelijk wordt gehandhaafd. De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zijn onmisbaar om de vertrouwensfunctie van deze beroepsgroepen te waarborgen, zo wordt alom aangenomen.

Het verschoningsrecht komt, anders dan in het Nederlandse en het Franse recht, in de rechtssystemen van Duitsland, Zwitserland en Engeland niet zozeer toe aan de advocaat en de notaris zelf, in die zin dat het juist de betrokken cliënt is die bepaalt of het privilege wordt ingeroepen. Doet deze daarop geen beroep, dan zijn gegevens (verplicht) openbaar te maken en ontstaat voor de advocaat of de notaris een getuigplicht (net als voor ieder ander), de Zwitserse advocaat uitgezonderd. De nadruk ligt in de ons onderzochte rechtssystemen aldus op het concrete belang van de betrokkene bij de vertrouwelijkheid van de informatie (bescherming persoonlijke levenssfeer en/of het recht op een eerlijk proces) en niet zozeer op het algemene, maatschappelijke belang van het zich zonder vrees voor openbaarmaking (kunnen) wenden tot de betreffende beroepsgroepen, waarop de Hoge Raad de nadruk legt. Daarmee is niet gezegd dat die beroepsgroepen geen taak hebben rondom het verschoningsrecht of daarvoor niet kunnen opkomen. Bijvoorbeeld de Franse deken heeft in dat verband een belangrijke rol, terwijl ook onder het Zwitserse recht een gezaghebbende beroepsgenoot kan worden ingeschakeld.

8.4 Reikwijdte van het beroepsgeheim en verschoningsrecht

Het verschoningsrecht is in Nederland ruimer dan in het recht van de vier andere onderzochte rechtssystemen. Al hetgeen door of aan een advocaat of notaris is toevertrouwd en hetgeen rondom de (potentiële) cliëntrelatie speelt, valt onder het verschoningsrecht. In het recht van

de vier andere rechtssystemen ziet het verschoningsrecht sterker op de inhoud van de communicatie tussen de advocaat (en soms de notaris) en de cliënt (of relevante derden) en geniet de advocaat een ruimere bescherming dan de notaris. ‘Meta’-gegevens (dat er contact is geweest, een afspraak is gemaakt en dergelijke) vallen niet of minder snel onder de reikwijdte van het privilege, terwijl dat in Nederland wel het geval is.

8.5 Afgeleid verschoningsrecht

Niet alleen advocaten en notarissen genieten een verschoningsrecht. Ondersteunend personeel en ingeschakelde derden vallen in Nederland onder het zogeheten afgeleid verschoningsrecht. Dat is in de andere rechtssystemen niet wezenlijk anders. In Duitsland en Zwitserland is dat afgeleide verschoningsrecht zelfs in de wet opgenomen.

8.6 Uitzonderingen

Naar Nederlands recht is een toepasselijk verschoningsrecht niet absoluut. In de andere rechtssystemen is niet zozeer sprake van uitzonderingen op een eenmaal geldend verschoningsrecht. In plaats van een uitzondering wordt in aangewezen gevallen geoordeeld dat het verschoningsrecht niet geldt (en hoeft er dus ook geen uitzondering te worden gemaakt). Aldus kan door opsporingsautoriteiten toch ook kennis worden genomen van de inhoud van bepaalde stukken, gegevens en communicatie. Daarmee is in het buitenland veeleer de vraag of het privilege van toepassing is. Is dat het geval (omdat het gaat om gerechtvaardigd contact), dan kan van een uitzondering of doorbreking geen sprake zijn en is het privilege absoluut. Bij ons kan discussie gevoerd worden of het verschoningsrecht in een concreet geval doorbroken mag worden.

De andere rechtssystemen kennen aldus niet de Nederlandse, thans nog buitenwettelijke uitzondering van de zeer uitzonderlijke omstandigheden waarin een belangenafweging plaatsvindt, ondanks een toepasselijk verschoningsrecht. Bij ons is dat in het bijzonder aan de orde wanneer een advocaat of notaris zelf verdacht wordt van ernstige misdrijven. Naar het recht van andere landen gaat in zo een geval een beroep op het verschoningsrecht simpelweg niet op. In Duitsland, Zwitserland, Frankrijk en Engeland is dat in (bepaalde) wettelijke regelgeving ook als zodanig opgenomen. Ook in de andere rechtssystemen zorgt toestemming van de betrokken cliënt ervoor dat gegevens vrij raadpleegbaar en opvraagbaar worden.

Gaat het om stukken welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken (*corpora delicti*) of tot het begaan van het strafbare feit gediend hebben (*instrumenta delicti*) is geen sprake van communicatie tussen de geheimhouder en de betrokkene, zodat ook dan het privilege niet kan worden ingeroepen.

8.7 Derden en het bereik van het privilege

Het privilege strekt zich in Nederland ook uit tot communicatie die via derden verloopt en kan zelfs metadata omvatten die wijzen op contact. Het is niet doorslaggevend of de informatie

zich fysiek bij de geheimhouder bevindt; de context van toevertrouwen is bepalend. Zoals gezegd wordt het verschoningsrecht in het rechtssysteem van de vier andere landen sterker toegespitst op de daadwerkelijke, inhoudelijke communicatie. Communicatie met derden valt hierdoor sneller buiten het bereik van het verschoningsrecht. Zo is in Engeland in de fase van het adviesprivilege, de communicatie met derden niet vertrouwelijk en valt dit niet onder het LAP.

8.8. Doorzoeking: wie waarborgt het privilege?

Naar Nederlands recht is (inmiddels) in het kader van de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden, in het bijzonder tot doorzoeken, inbeslagneming en het vorderen en vastleggen van gegevens, de rechter-commissaris de centrale waarborg dat het verschoningsrecht niet wordt geschonden. Die rechter-commissaris is uiteindelijk degene die beslist of materiaal onder het privilege valt. In Frankrijk is de juge des libertés et de la détention (JLD) een op dit punt vergelijkbare rechter die deze rol vervult. Duitsland, Zwitserland en Engeland kennen geen onderzoeksrechter zoals de rechter-commissaris; in die rechtssystemen verloopt de procedure (zo nodig) iets anders. Er is die systemen eerder sprake van een rechterlijke toestemming voor inbeslagneming en dergelijke vooraf en/of een rechterlijke beoordeling of bevestiging achteraf in wat wij een raadkamerprocedure zouden noemen. Zie ook hierna.

8.9 Filterprocedure en rechtsmiddelen

Wanneer gegevens worden verkregen, vindt naar Nederlands recht inmiddels filtering van geprivilegieerd materiaal in de praktijk steeds plaats ‘door’ de rechter-commissaris indien filtering niet zonder kennisneming van de inhoud kan geschieden. Al mag de rechter-commissaris zich onder zijn regie en toezicht bedienen van geheimhoudersfunctionarissen. Geprivilegieerd materiaal wordt onmiddellijk vernietigd of ontoegankelijk gemaakt. Tegen beslissingen van de rechter-commissaris dienaangaande kunnen geheimhouders beklag doen instellen. In de praktijk wordt in geval van grote hoeveelheden data gewerkt met aan de rechter-commissaris mede door de verdediging aangereikte zoektermen om bij de filtering van gegevens te gebruiken. De officier van justitie wordt hier grotendeels buiten gehouden; de lijst met door de verdediging opgegeven zoektermen valt onder het verschoningsrecht. Dit proces is stroperig en kostbaar te noemen. Grote (fraude)onderzoeken lopen geregeld ernstige vertraging op en het filterproces slurpt veel capaciteit van het systeem op.

In alle vier andere onderzochte jurisdicties is vooral de situatie dat grote hoeveelheden gegevens (kunnen) worden verkregen met daarin mogelijke geheimhoudersstukken problematisch. Frankrijk kent een met het Nederlandse systeem vergelijkbaar proces, waarbij geldt dat de officier van justitie wel sterker meepraat over het filterproces, zoals inzake de zoektermen. Er is wel een voorfase waarin de officier van justitie en de advocatuur een eerste filtering verrichten, alvorens de Franse rechter (JLD) een beslissing dient te nemen. Tegen de beslissing van de JLD staat beroep bij de raadkamer open (daarover dient binnen vijf dagen te worden beslist) en vervolgens is cassatie mogelijk. In Engeland wordt het filteren van gegevens veelal uitbesteed aan onafhankelijke advocaten die eveneens werken met zoektermen. De

uitkomsten van dat proces kunnen bij de rechter worden aangevochten (hetgeen niet vaak gebeurt, zo bleek uit de gesprekken met respondenten). In Duitsland geschiedt het filteren onder regie van de officier van justitie (rondom de inbeslagneming). Tegen de inbeslagneming staat het rechtsmiddel van bezwaar open. In Zwitserland valt het filteren na verzegeling van de gegevens onder het gezag van een verzegelingsrechter. Maar er wordt in de praktijk al dan niet onder regie van de verzegelingsrechter door partijen vaak ook onderling naar afstemming, afspraken c.q. naar een oplossing gezocht om geheimhoudersstukken te scheiden van de rest van de gegevens. In dat kader wordt ook daar met zoektermen gewerkt en derden-experts kunnen worden ingeschakeld. Als een beslissing van de verzegelingsrechter nodig is, staat daartegen bezwaar open, hetgeen opschortende werking kan hebben. Ook in Duitsland is niet wettelijk geregelde afstemming onderdeel van een noodzakelijk pragmatische praktijk.

In elk geval naar Zwitsers en Duits recht is een uiteindelijk verbod voor de zittingsrechter om geprivilegieerde informatie als bewijs te gebruiken, een minstens even belangrijke waarborg voor een ‘waterdicht’ systeem dan een strikt voorbehoud van filtering uitsluitend door of onder regie van een rechter in het voorbereidend onderzoek. Ook in Frankrijk en Engeland mag geprivilegieerd materiaal dat onverhoopt niet gefilterd is, niet tot het bewijs worden gebezigd. Dat is overigens en uiteraard ook het uitgangspunt in Nederland.

8.10 Duur en kosten van filtering

Filtering is, zoals mocht worden verwacht op basis van het voorgaande, overal een intensief en tijdrovend proces. Het kan opsporingsonderzoeken aanzienlijk vertragen, soms maanden of jaren. Alom wordt dit als een groot probleem gezien en gevoeld. Dat is in de vier door ons onderzochte rechtssystemen niet anders. Ook daar worstelt men om het filteren en opschonen van grote hoeveelheden gegevens normatief en praktisch ‘behapbaar’ te houden. Het filterproces is complex en kan lang duren en kost veel capaciteit, met alle financiële gevolgen van dien. De wel heel optimistische Franse wettelijke beslistermijn van vijf dagen voor de raadkamer, bijvoorbeeld, is in de praktijk alleen haalbaar omdat daarvoor al enige tijd overleg en voorwerk heeft plaatsgevonden tussen en door de officier van justitie en de advocatuur.

8.11 Toezicht en tuchtrecht

Advocaten en notarissen staan in Nederland onder toezicht van respectievelijk de deken en het BFT. Ten opzichte van deze toezichthouders geldt geen geheimhoudingsplicht; openheid is hier verplicht. Een schending van het beroepsgeheim kan leiden tot tuchtrechtelijke en/of strafrechtelijke sancties. Tegelijkertijd beschikken toezichthouders inmiddels naar het betreffende oordeel van de Hoge Raad zelf over een zelfstandig verschoningsrecht, zodat vertrouwelijke informatie ook binnen het toezicht beschermd blijft.

In alle vier andere onderzochte landen geldt, hoe ook nader geregeld, dat hetgeen aan de toezichthouder wordt toevertrouwd, niet buiten dat kader bekend mag worden. De gegevens behouden dus hun geprivilegieerde status. Anders zou adequaat toezicht ook niet mogelijk zijn of het melden van gegevens zelfs strafbaar. Tuchtrechtelijk optreden in geval van misbruik van

het verschoningsrecht is mogelijk. Maar voor de adequate handhaving van het verschoningsrecht in strafrechtelijke onderzoeken c.q. de waarborgen van strafrechtelijke waarheidsvinding, speelt het tuchtrecht in geen van de onderzochte rechtssystemen een wezenlijke rol.

8.11 Deelconclusie

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek komt naar voren dat net als in Nederland, in alle onderzochte buitenlandse landen – Duitsland, Zwitserland, Frankrijk en Engeland – eenzelfde fundamentele spanning bestaat tussen het beschermen van vertrouwelijke communicatie enerzijds en het belang van strafvorderlijke waarheidsvinding anderzijds. Hoewel het beroepsgeheim en verschoningsrecht stevig zijn verankerd in wet- en regelgeving en ondersteund worden door internationaal en Europees recht, kent geen enkel systeem een sluitende oplossing. Vooral de omgang met grote hoeveelheden digitale gegevens blijkt overal een groot praktisch probleem dat leidt tot kostbare en tijdrovende filterprocedures.

Een belangrijk verschil met Nederland is dat in de meeste landen de cliënt (en dus niet zoals bij ons de advocaat of notaris), bepaalt of het privilege wordt ingeroepen. Daarmee ligt de nadruk sterker op de persoonlijke bescherming van de betrokkene en minder op het algemene maatschappelijke belang. Ook de reikwijdte van het privilege is beperkter: metadata en communicatie via derden vallen in het buitenland niet of minder snel onder de bescherming, terwijl dit in Nederland wel het geval is. Ten aanzien van notarissen bestaan bovendien aanzienlijke verschillen. Zo ontbreekt in Frankrijk een strafrechtelijk verschoningsrecht geheel en zijn in Engeland notariële werkzaamheden alleen dan geprivilegieerd als deze door een lawyer worden uitgevoerd.

Ten slotte blijkt dat de wijze van waarborging verschilt. In Nederland speelt de rechter-commissaris een centrale rol, in Frankrijk de JLD, in Zwitserland de verzegelingsrechter en in Engeland vaak onafhankelijke advocaten. In Duitsland ligt de regie meer bij de officier van justitie. In de (praktijk van de) onderzochte buitenlandse rechtssystemen wordt vaak informeel overlegd gevoerd om tot een werkbare schifting te komen. Dit gebeurt voorafgaand aan een beoordeling door de rechter of onder regie van een rechter. In alle rechtssystemen geldt echter dat geprivilegieerd materiaal uiteindelijk niet mag worden gebruikt als bewijs. Daarmee zijn het verschoningsrecht en het waarborgen daarvan onmisbaar om het vertrouwen in de rechtsorde en de rol van deze twee beroepsgroepen te waarborgen. De praktische invulling blijft evenwel onderwerp van voortdurende discussie en spanning.

Hoofdstuk 9 Slotbeschouwing en inspiratiepunten

9.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een slotbeschouwing gegeven en worden concrete punten ter inspiratie geformuleerd. Hierbij moet worden opgemerkt dat de manier waarop het verschoningsrecht juridisch is vormgegeven en in de praktijk wordt toegepast, per rechtssysteem verschilt en dat brengt in elk systeem eigen knelpunten met zich mee. Door deze procedurele variatie liggen de problemen in elk onderzocht rechtssysteem op andere plekken. Toch blijkt dat er in alle rechtssystemen enkele overkoepelende uitdagingen spelen. Die hebben te maken met de complexe afweging tussen enerzijds het belang van vertrouwelijkheid en anderzijds de noodzaak van een effectieve opsporing, vervolging en berechting. Zo wordt in alle stelsel geworsteld met het op een behapbare wijze omgaan met verschoningsgerechtigd materiaal in grote hoeveelheden vergaarde data. Daarbij spelen vergelijkbare digitale/technische uitdagingen, maar lijkt de lijst met zoektermen voor het uitvoeren van de filtering niet onder het privilege te vallen. Daarmee wordt het openbaar ministerie, anders dan bij ons, niet altijd even strikt buiten dit proces gehouden.

Uit de inventarisatie van hoe in verschillende jurisdicties wordt omgegaan met het verschoningsrecht, komt geen enkel systeem naar voren dat in algemene zin als *best practice* kan worden aangemerkt. Het direct overnemen van werkwijzen uit andere rechtssystemen is sowieso lastig, omdat het verschoningsrecht in elk rechtssysteem juridisch gezien op een andere manier is vormgegeven. Toch laat de vergelijking van rechtssystemen zien dat Nederland – in vergelijking met de andere rechtssystemen – het verschoningsrecht in het algemeen relatief ruim interpreteert. Daarbij worden, zowel juridisch als in de praktijk, doorgaans relatief gezien vrij vergaande waarborgen geëist ter bescherming van dit recht. De verkenning van andere rechtssystemen toont dat op dat punt ook andere afwegingen of keuzes gemaakt kunnen worden.

In algemene zin valt op dat in de andere rechtssystemen vaak eerst wordt gekozen voor een meer praktische benadering: partijen onderzoeken in de zaak of zij werkafspraken kunnen maken over de schifting van stukken die mogelijk onder geheimhouding vallen. Men zou dit een tussenfase kunnen noemen. Pas daarna wordt een rechter geadieerd om bij onoverbrugbare onenigheid, ter zake te beslissen. De contouren van zo een insteek worden hieronder, samen met de andere inspiratiepunten resulterend uit het onderzoek, geschetst.

9.2 Beschouwing

De afweging tussen het professioneel verschoningsrecht enerzijds en het maatschappelijk belang bij effectieve opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten anderzijds, vormt een juridisch en praktisch spanningsveld dat centraal staat in dit onderzoek. Het verschoningsrecht is geen louter technisch procesrechtelijk aspect, maar een essentieel fundament van de rechtsstaat. Het garandeert dat burgers en bedrijven zich in vertrouwen tot hun advocaat of notaris kunnen wenden, zonder angst dat hun communicatie met deze beroepsgeheimhouders in de handen van de overheid terechtkomt. Deze vertrouwelijkheid

bevordert de toegang tot recht en daarmee het functioneren van het rechtssysteem als geheel. Dit geldt voor alle in dit onderzoek bestudeerde rechtssystemen (Duitsland, Zwitserland, Frankrijk en Engeland).

Tegelijkertijd mag het respecteren van dit fundamentele recht niet leiden tot een te grote belasting of te absolute belemmering voor de opsporing. Het strafprocesrecht vergt in diezelfde rechtsstaat nu eenmaal dat de waarheid achter strafbare feiten in beginsel kan worden achterhaald en dat opsporingsinstanties daarbij toegang kunnen krijgen tot relevante informatie. In die context kan een te rigide, formele benadering van het verschoningsrecht een onevenredige belemmering vormen voor de waarheidsvinding. Het huidige Nederlandse systeem lijkt zich te kenmerken door een eerder ‘gespannen’ houding, waarbij een ruime uitleg van wat onder het verschoningsrecht valt (waarop dan vervolgens wel weer een uitzondering mogelijk is), gecombineerd wordt met een complexe en arbeidsintensieve procedure voor het filteren en ontoegankelijk maken van verschoningsgerechtigd materiaal. Dit kan leiden tot vertragingen, rechtsonzekerheid en in sommige gevallen tot (tijdelijke) stillegging of zelfs afbreken van het opsporingsonderzoek.

Uit de interviews die wij in Nederland hebben afgenomen, kwam duidelijk naar voren dat alle betrokken partijen de evidentie van het belang van het verschoningsrecht onderkennen. Tegelijkertijd zien betrokkenen aanzienlijke knelpunten in de manier waarop dit recht is ingericht. Elk van de geïnterviewde partijen heeft, vanuit zijn eigen rol en perspectief, een eigen opvatting over waar de kern van deze problemen ligt. Daarbij kwamen ook wel gevoelens van frustratie en onderling wantrouwen tussen de verschillende instanties naar voren.

Algemene omgang met- en reikwijdte van verschoningsrecht

Het beroepsgeheim van de advocaat en de daarmee samenhangende geheimhoudingsplicht kent in de andere onderzochte rechtssystemen ongeveer dezelfde reikwijdte; alles wat wordt gewisseld in kader cliënt-advocaat relatie wordt beschermd (de notaris kent geen of een minder ruim verschoningsrecht). Het verschoningsrecht dient ter bescherming van het belang van vertrouwelijkheid van de communicatie. In de meeste stelsels wordt dat zeker ook als een samenlevingsbelang gezien en niet enkel dat van de cliënt (in verband met diens recht op privacy of verdedigingsrecht). Het privilege komt echter te vervallen op het moment dat de cliënt geen beroep doet op de vertrouwelijkheid van de informatie (behoudens in Frankrijk). Het privilege behoort dus veelal toe aan de geheimhouder, en niet aan de betrokkene. Ten aanzien van de notaris geldt daarenboven nog dat deze functionaris in de andere landen een veel minder vergaand verschoningsrecht heeft.

De houding van betrokkenen lijkt in de andere systemen voorts iets meer gericht op de aanvaarding dat een foutloos filteringsproces nu eenmaal niet kan worden gerealiseerd. Bij ons is dat laatste meer het streven. Daarbij valt aldus op dat in die andere rechtsstelsels doorgaans minder gespannen lijkt te worden gereageerd door partijen als op geheimhoudersstukken wordt gestuit. Dit zonder het recht in de kern aan te tasten, het (beschermen van het) verschoningsrecht wordt hierdoor niet uitgehold (al is in Frankrijk de situatie wel wat meer gespannen en bestaat er wantrouwen bij de advocatuur). Hiervoor is dan wel vereist dat het proces zorgvuldig en transparant wordt ingericht en het systeem op diverse momenten in het strafproces de ruimte biedt om het (daadwerkelijke) gebruik van door het verschoningsrecht

beschermde geheimhoudersstukken in het onderzoek of de berechting tegen te gaan. Bij eventuele wijzigingen moet worden bedacht dat in het Nederlandse systeem, net als in andere de onderzochte rechtssystemen de bescherming van het verschoningsrecht in ultimo steeds daarin bestaat dat geprivilegieerde gegevens niet door de zittingsrechter (voor het bewijs) tegen de verdachte mogen worden gebruikt. Die ultieme waarborg vormt in alle stelsels het onmisbare sluitstuk van het beschermingsmechanisme. In het Nederlandse recht is het uitgangspunt dat het beroepsgeheim en de geheimhoudingsplicht worden gedekt door het verschoningsrecht ten aanzien van strafrechtelijk onderzoek. Er wordt een ruime reikwijdte aan het verschoningsrecht gegeven. In andere stelsels is het verschoningsrecht beperkter. Het is veelal meer gericht op de inhoud van de communicatie en de rechtsbijstand en bijvoorbeeld alleen aan de orde bij stukken die betrekking hebben op de bijstand in een strafzaak (hier is sprake van een koppeling aan het verdedigingsrecht).

Wat voorts opvalt is dat in het Nederlandse recht een open criterium wordt gehanteerd voor het maken van uitzonderingen op het brede verschoningsrecht in een concrete strafzaak: de zeer uitzonderlijke omstandigheden. Het gaat in feite om een casusgerichte belangenafweging, terwijl het verschoningsrecht van toepassing is. In andere rechtssystemen is de beperking verbonden aan eenduidiger criteria, afgezet tegen de beperktere reikwijdte van het verschoningsrecht als zodanig. Een uitzondering is dan bijvoorbeeld (enkel) een verdenking van betrokkenheid van de advocaat bij de strafbare feiten waarop het strafrechtelijk onderzoek is gericht. De Nederlandse casus-gerichte uitzondering van de zeer uitzonderlijke omstandigheden bestaat in de andere vier rechtssystemen niet. Daar is een beperking gekoppeld aan eenduidiger criteria betreffende een minder verre gaande reikwijdte van het verschoningsrecht als zodanig.

Op dit punt kunnen de eerste inspiratiepunten c.q. concrete handvatten worden gegeven.

1. Neem afstand van het idee dat het mogelijk is een ideaalmodel te bereiken, waarin ieder gegeven strikt voorwerp van uitzondering door het verschoningsrecht is c.q. dient te zijn (advocatuur) en/of op van ieder gegeven de (mogelijke) relevantie voor de opsporing moet (kunnen) worden gecontroleerd (openbaar ministerie) en/of daartoe steeds een waterdicht systeem, reeds in het voorbereidend onderzoek in (elke) strafzaak, kan worden ingericht.
2. Definieer de reikwijdte van het verschoningsrecht scherper aan de hand van heldere, objectieve criteria, gericht op het waarborgen van de kern van vertrouwelijkheid. Daarmee wordt de bescherming van de vertrouwelijke relatie tussen geheimhouder en rechtszoekende versterkt, terwijl tegelijkertijd de voorspelbaarheid, efficiëntie en snelheid van het strafproces toenemen. Gedacht kan worden aan het concentreren van het verschoningsrecht op de vertrouwelijkheid van de inhoudelijke communicatie tussen de geheimhouder en de rechtszoekende (en noodzakelijke derden).

Gedeelde verantwoordelijkheid

Een belangrijke uitdaging wat betreft het op adequate wijze handhaven van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht, zowel in Nederland en in de andere onderzochte rechtssystemen, doet zich voor bij de inbeslagneming c.q. vastlegging van grote hoeveelheden (digitale)

informatie waarin mogelijk ook communicatie tussen advocaat of notaris en cliënt zit. Daarbij speelt ook dat het onderscheid vaak niet op moment van inbeslagneming kan worden gemaakt. In de huidige digitale wereld, kunnen geheimhoudersdata zich overal bevinden. Die informatie zal dan op later moment moeten worden geïdentificeerd en vervolgens zal er door de bevoegde autoriteit (rechter) moeten worden bepaald of kennisneming mag plaatsvinden. Dit komt in alle onderzochte stelsels neer op een proces van filteren, meestal onder leiding van een rechter die bevoegd is te beslissen over eventuele kennisneming van geheimhoudersstukken. Hierbij wordt gebruikt gemaakt van zoektermen, die in elk geval in Nederland onder het verschoningsrecht vallen.

De geheimhouder zelf zou nadrukkelijker kunnen worden aangesproken op diens verantwoordelijkheid om ervoor te zorgen dat vertrouwelijke communicatie en overige geheimhoudersstukken makkelijker herkenbaar c.q. vindbaar zijn. Suggesties die genoemd worden zijn het bewerkstelligen dat de communicatie in principe plaatsvindt via een daartoe aangewezen kanaal of portaal, of dat hieraan een digitaal watermerk wordt meegegeven. In dat geval is het aan de opsporing om hier omheen te werken. Wordt op andere wijzen gecommuniceerd, dan kan niet zonder meer verwacht worden dat die informatie niet vergaard wordt c.q. altijd vertrouwelijk blijft. De verdeling van deze (gedeelde) verantwoordelijkheid moet wel evenwichtig zijn. Als de overheid redelijke stappen heeft genomen om geheimhoudersinformatie uit te zonderen, ligt het op de weg van de geheimhouder om aannemelijk te maken dat daarin toch nog dergelijk materiaal toegankelijk is voor de opsporing. De advocatuur blijkt een zekere verantwoordelijkheid te aanvaarden op dit punt, maar benadrukt ook dat het niet zo reëel is te verwachten dat cliënten (louter) via die kanalen met hun advocaat zullen communiceren. Ten aanzien van het notariaat bestaat dit bezwaar niet.

3. Versterk de verantwoordelijkheid van de geheimhouder:

- A. Benadruk de gedeelde verantwoordelijkheid: aan de ene kant dient de overheid redelijke maatregelen te nemen ter voorkoming van schendingen van het verschoningsrecht, maar de geheimhouder dient aan de andere kant op adequate wijze inzichtelijk maken dat materiaal vertrouwelijk is (zeker buiten eventuele concreet aangewezen en geëigende communicatiekanalen).
- B. Stimuleer dat advocaten (en notarissen) vertrouwelijke communicatie beter herkenbaar maken (bijv. via speciale kanalen, portalen of digitale watermerken). Dit zou nadrukkelijker in de (gedrags)regels kunnen worden vastgelegd. Daarbij dient wel oog te zijn voor de bezwaren die daaruit vanuit de advocatuur zijn geuit.

Het filterproces en de inrichting daarvan

Het onderzoek laat zien dat de werkwijze met betrekking tot het filteren overeenkomsten en verschillen vertoont tussen de onderzochte rechtsstelsels. Dit heeft te maken met wetgeving, de reikwijdte van het verschoningsrecht en de uitzonderingen daarop en met de gebruikte techniek (methode, software, ICT-omgeving). Er wordt veelal gewerkt met het ontoegankelijk maken van gegevens voor de opsporing, zonder dat de originele dataset wordt vernietigd (dit vanwege het behouden van controlemogelijkheden en de chain of evidence). We zijn in dit verband geen software tegengekomen die een allesomvattende oplossing biedt.

Het Nederlandse model is sterk gebouwd op het uitgangspunt dat een beroep op het verschoningsrecht noodzakelijkerwijs leidt tot een beslissing van een rechter. In andere rechtssystemen is al meer ervaring met modaliteiten waarin voorafgaand aan een definitieve beslissing door een rechter of onder regie van een rechter afstemming en onderhandelingen tussen het openbaar ministerie en de advocaat plaatsvinden ten aanzien van het filterproces. Dergelijke modellen van afstemming kunnen voor alle betrokkenen een 'win-win'-situatie opleveren. Deze mogelijkheid zou in het Nederlandse model, als vorm van mogelijk procesafspraken in het kader van (procedures omtrent) het verschoningsrecht, meer aandacht en eventueel normerende uitwerking verdienen. Ook meer algemeen geldt dat de ontwikkeling van procesafspraken in het Nederlandse strafrecht kan leiden tot afspraken over en eventueel afstand van het verschoningsrecht om tot een consensuele afdoening te (kunnen) komen.

Gedacht kan worden aan een proces waarbij het maken van een eerste schifting – bijvoorbeeld via een onafhankelijke filterfunctionaris of geautomatiseerde tool met menselijke toetsing – wordt ingericht op een wijze die de kern van het verschoningsrecht waarborgt, maar het strafproces niet onnodig frustreert. De data waaromtrent dan niet (meer) het redelijke vermoeden bestaat dat hierin geheimhoudersstukken zitten, kan beschikbaar worden gesteld aan de opsporing (waarbij als toch nog op geprivilegieerd materiaal wordt gestuit, alsnog een nader filteringsproces plaatsvindt). De data die in eerste instantie wordt achtergehouden, kan vervolgens nader gefilterd worden. Er kan worden overwogen of de rechter-commissaris of de raadkamer meer dwingend sturing kan geven aan het openbaar ministerie en de verdediging c.q. de geheimhouder inzake de uitvoering van de filtering. Concreet zouden die partijen eerst zelf kunnen bezien of zij tot werkbare afspraken kunnen komen en de filtering aldus (zelf) uit kunnen voeren. Dit zou de belasting voor de rechter ook kunnen verminderen.

4. Hervorm het filteringsproces:

- A. Richt een eerste schifting in via onafhankelijke filterfunctionarissen of geautomatiseerde tools met menselijke toetsing, betrek hierbij in deze fase de geheimhouder of een vertegenwoordiger van die beroepsgroep (en niet per definitie de rechter-commissaris) als voor de filtering kennisneming van de data noodzakelijk is om te bepalen of sprake is van geheimhoudersstukken (zie nader nr. 6).
- B. Maak het (hiermee) mogelijk om data waar naar verwachting redelijkerwijs geen geheimhoudersstukken (meer) in zitten, sneller beschikbaar te stellen aan de opsporing.

5. Ontwikkel processuele afspraken in het kader van filtering:

- A. Onderzoek mogelijkheden om, naar het voorbeeld van de praktijk in andere rechtssystemen, afspraken of afstemming mogelijk te maken tussen openbaar ministerie en advocatuur over de omgang met geheimhoudersstukken voordat zaken aan de rechter worden voorgelegd.
- B. Ontwikkel kaders voor consensuele afwikkeling van het filterproces en het verdere gebruik van de data in het onderzoek, inclusief (gedeeltelijke) afstand van verschoningsrecht en van toestemming voor onderzoek in c.q. aan bepaalde gegevensbestanden of gegevensdragers. Werkafspraken kunnen onder meer zien op de wijze van filtering, de uitvoering, de controle en het nadere gebruik.

6. Spits de rol van de rechter (rechter-commissaris en raadkamer) toe op de gevallen waarin na overleg tussen partijen en een (eventuele) eerste filtering, stukken overblijven die wat betreft de toepasselijkheid van het verschoningsrecht voorwerp van discussie blijven en een beslissing van de rechter-commissaris vereisen. Versterk in deze de rol rechter-commissaris en – meer in het bijzonder c.q. meer dan thans – de raadkamer in geval van beklag. Zorg dat deze rechters meer sturend en dwingend (kunnen) optreden richting openbaar ministerie en verdediging bij de uitvoering van eventueel noodzakelijke filtering. Te denken valt aan de wettelijke bevoegdheid om aan deze partijen opdrachten te geven en termijnen te stellen.

Capaciteit rechterlijke macht

Essentieel voor de praktische uitvoerbaarheid is verder dat rechters-commissaris voldoende zijn toegerust om hun complexe taak naar behoren te kunnen vervullen. Dat vergt niet alleen juridische kennis, maar ook technische ondersteuning en gespecialiseerde software. Zonder die randvoorwaarden blijven veel knelpunten bestaan, ook al zou de wettelijke regeling gewijzigd worden. Hierbij kunnen geheimhoudersfunctionarissen uit de opsporing in een lastige positie komen als zij onder leiding van de rechter-commissaris de filtering dienen uit te voeren.

7. Geef de rechterlijke macht voldoende capaciteit voor diens (toegenomen) taken:
 - A. Voorzie rechters-commissaris en hun kabinetten (sowieso) van voldoende technische ondersteuning en gespecialiseerde software, alsmede van voldoende capaciteit om hun taak effectief uit te voeren. Heb daarbij oog voor de moeilijke (arbeids)positie van geheimhoudersfunctionarissen die vanuit de opsporing worden ‘uitgeleend’ aan het kabinet en onder het gezag van de rechter-commissaris moeten functioneren.
 - B. Overweeg om één gespecialiseerd kabinet rechter-commissaris aan te wijzen en in te richten die inzake het verschoningsrecht beslist.

Kennis bij de opsporing over het verschoningsrecht

In Nederland is sprake van een nervositeit bij de opsporing over de mogelijke processuele gevolgen van onjuiste omgang met geheimhoudersstukken. Het is opmerkelijk dat die spanning in veel mindere mate voelbaar is in de onderzochte buitenlandse rechtsstelsels. Aldus vereist een evenwichtige benadering van het verschoningsrecht een kritische reflectie op de wijze waarop dit recht wordt vormgegeven en toegepast in de praktijk. Door in te zetten op technische innovatie, capaciteitsversterking en een werkbare procedurele infrastructuur, kan de noodzakelijke bescherming van vertrouwelijkheid worden verenigd met het eveneens maatschappelijke belang van waarheidsvinding. Al is dit natuurlijk makkelijker gezegd dan gedaan. Aandacht voor professionalisering van en kennis binnen de opsporing kan risico's op een onzorgvuldige omgang met verschoningsgerechtigd materiaal verminderen en zo ook het wantrouwen dat bij de geheimhouders(organisaties) bestaat. Hierdoor zou een onderling meer coöperatieve houding kunnen ontstaan, wat de verdere ontwikkeling van de betekenis van procesafspraken ten gunste komt.

8. Professionaliseer opsporingsdiensten (verder) om geheimhouderstukken als zodanig te herkennen en de daarop van toepassing zijnde regels na te leven onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie:
 - A. Investeer in kennis en opleiding bij opsporingsdiensten om zorgvuldiger om te gaan met geheimhoudersstukken.
 - B. Laat dit bijdragen aan het verminderen van wantrouwen en bevorderen van meer samenwerking met geheimhouders, door dit naar hen te communiceren.

Digitale mogelijkheden en compatibiliteit en internationale samenwerking

Veel problemen zijn inherent aan de technische beperkingen die er momenteel zijn. Daarom kan er verder worden ingezet c.q. geïnvesteerd in digitale mogelijkheden. Daarbij kan het lonen om te onderzoeken (zoals nu ook al gebeurt) of de toepassing van AI uitkomst kan bieden om een efficiëntieslag te maken. Wellicht kan in geval van het verkrijgen van data met naar redelijke vermoedelijk geheimhoudersstukken, een eerste slag worden gemaakt waarbij wordt bezien ten aanzien van welk materiaal dat vermoeden niet redelijk is (zie ook inspiratiepunt 4). Die informatie zou dan alvast aan het opsporingsteam kunnen worden vrijgegeven. AI heeft de potentie het filteringsproces te bespoedigen, al zijn daarvoor wel randvoorwaarden genoemd. In het bijzonder zal het trainen van het model gelet op de gevoeligheid van het materiaal, niet gemakkelijk zijn. Hierbij geldt dat hoe beter de technologie filtering mogelijk maakt, des te strenger hierop kan worden toegezien. Hierbij moet worden bedacht dat een foutloos filtersysteem niet zal bestaan.

Daarbij zou ook geïnventariseerd en geïnvesteerd kunnen worden (in) wat er gewonnen kan worden door bijvoorbeeld te werken aan data die herkenbaar zijn in meerdere tools. Dit geldt voor zowel de landelijke opsporingsdiensten als in internationaal verband. Het is duidelijk geworden dat filtering met het ene softwareprogramma niet maakt dat bij de toepassing van bijvoorbeeld andere zoekmachines, uitgegrijpsde informatie inderdaad niet toegankelijk is. Internationale samenwerking is eveneens cruciaal, gelet op de grensoverschrijdende aard van digitale gegevens en communicatie. Het gebrek aan onderlinge compatibiliteit tussen opsporingssystemen vormt nu nog een reëel obstakel voor een effectieve handhaving.

9. Benut zoveel als mogelijk technologische innovatie:
 - A. Onderzoek en implementeer digitale en AI-oplossingen om het filteringsproces te versnellen en te verbeteren, met waarborgen voor zorgvuldigheid en het verschoningsrecht. Zoek hierbij samenwerking met andere landen.
 - B. Werk aan compatibiliteit van data en tools, zowel nationaal als internationaal, om onnodige beperkingen bij filtering te vermijden (zie ook nr. 10).
10. Intensiveer de internationale samenwerking. Stimuleer een verbeterde afstemming en compatibiliteit tussen opsporings- c.q. filtersystemen in verschillende landen en laat landen van elkaar leren, bijvoorbeeld op het gebied van technische mogelijkheden. Dit mede gezien de grensoverschrijdende aard van digitale gegevens en communicatie en de vergaring en overdracht daarvan. Ook in internationaal verband dient een werkbare

procedurele infrastructuur te bestaan waarin met name software en tools eerder gemaakte filtering kunnen herkennen en overnemen.⁴⁹²

⁴⁹² Hierbij kan nog gewezen op de The Europol Tool Repository. Dat ‘is a secure online platform, exclusively available to law enforcement authorities, for sharing free, non-commercial software developed by Europol, European law enforcement agencies and academia.’ Zie Roadmap for lawful and effective access to data for law enforcement Brussels (24.6.2025 COM(2025) 349 final), p. 7.

Bijlage 1. Samenstelling Begeleidingscommissie

Voorzitter

De heer prof. mr. dr. J.M.W. Lindeman

Universiteit Utrecht – Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging

Leden

Mevrouw mr. W.M. de Jongste

Wetenschappelijk Onderzoek- en Datacentrum (WODC)

Mevrouw mr. S. Hulsman, in de loop van het onderzoek opgevolgd door drs. B. Sluijter

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Mevrouw mr. D.J.B. de Wolff

Universiteit van Amsterdam – Faculteit der Rechtsgeleerdheid

De heer mr. dr. B. de Wilde

De Strafzaak

Bijlage 2. Topiclist interviews

Afhankelijk van iemands kennis en expertise zijn een of meerdere van de onderstaande onderwerpen besproken. Voor de interviews met buitenlandse respondenten is een Engelse variant van de topiclist gebruikt.

Introductie

- Voorstellen
- Uitleggen onderzoek
- *Informed consent* formulier ondertekenen (bij online interviews van te voren)
- Uitleg over vertrouwelijkheid en (gedeeltelijke) anonimiteit
- Vragen interview op te nemen

Algemeen respondent

- Huidige functie + evt. eerdere relevante functies

Verschoningsrecht algemeen

- Wat is de rol/belang verschoningsrecht voor advocaat/notaris?
- Omvang verschoningsrecht (wie kan zich erop beroepen, afgeleide verschoningsrecht, erkende uitzonderingen)
- Kwalificatie ‘vertrouwelijke communicatie’ – wat wordt hieronder verstaan (en wat niet). Zijn er problematische grensgevallen te noemen?
- Bestaat er bij alle partijen voldoende kennis over wat onder het verschoningsrecht, geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht bestaat?
- Is duidelijk welke rol de advocaat/notaris hierin zelf heeft?
- En de deken?
- En is de wetgeving voldoende duidelijk op dit gebied? Welke punten zou de wetgeving nader of uitgebreider moeten regelen?
- Welke positieve aspecten en (evt.) knelpunten ziet de respondent omtrent wetgeving en hoe dit is uitgewerkt in de jurisprudentie?
- Wat is de visie op het (vertrouwelijke/interne) toezicht op de advocaat of notaris?
- Visie op balans tussen verschoningsrecht en belang van waarheidsvinding + risico’s misbruik?
- Speelt voor de respondent de jurisprudentie van het EHRM en de EU-wetgever nog een rol?

(Juridische) procedure + verloop ervan in de praktijk

- Hoe verloopt de procedure voor het vaststellen of sprake is van vertrouwelijke informatie (welke actoren zijn betrokken en in welke hoedanigheid, wie heeft welke

verantwoordelijkheid, welke termijnen gelden, wat zijn ervaringen met de duur van dit proces)?

- Wat is in het bijzonder de opvatting over de rol van geheimhoudersfunctionarissen bij de schifting onder verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris?
- Welke mogelijkheden tot beklag zijn er en hoe verloopt die procedure (welke actoren zijn betrokken in welke hoedanigheid, welke termijnen gelden)?
- Welke rol speelt het verschoningsrecht tijdens de inhoudelijke zitting, over welke informatie beschikt de rechter om te beoordelen of het proces goed is verlopen?
- Beschikken alle actoren over voldoende kennis over de bestaande procedures en wie daarin welke rol heeft?
- Wat verloopt hierin goed en welke (evt.) knelpunten ziet te respondent hierin? (evt. doorvragen over tijdsduur + capaciteit + kosten).
- NL: visie op nieuwe conceptwetgeving + vernieuwde (concept)werkwijze.

Technische (en financiële) aspecten

- Hoe gaat het herkennen/filteren van relevante data? (rol van forensische programma's, bijv. Hansken + menselijke component)
- Hoe gaat het (al dan niet) vernietigen/ontoegankelijk maken ('uitgrijzen') van vertrouwelijke data?
- Wat kunnen geheimhouders zelf doen om hun stukken makkelijker vindbaar te maken (zoals alleen communicatie via bepaalde kanalen) + visie betrokkene hierop.
- Welke informatie over de technische kant is nodig voor overige betrokkenen om hun werk goed te kunnen doen?
- Ziet de respondent een rol voor AI weggelegd?
- Wat werkt hierin goed en welke knelpunten kunnen worden geïdentificeerd?
- Hoe zou organisatorisch het opslaan en filteren van verkregen informatie moeten gaan? 'Waar' staan de data en wie voert het beheer (en draagt dus de kosten)?
- Kan de respondent iets zeggen over de kosten die gemoeid zijn met dit onderwerp, zijn/haar deel in het bijzonder?

Afsluiting

- Zijn er nog relevante aspecten op dit terrein die nog niet besproken zijn?
- Bedanken voor deelname + toelichting verwachte verschijning rapportage.

Bijlage 3. Deelnemers expertmeeting

Maarten van Barneveld	Verschoningsrecht expert bij de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst
Esther van Bosch	Beleidsadviseur Nederlandse Orde van Advocaten
Tessa van der Deijl	Beleidsadviseur Nederlandse Orde van Advocaten
Hans Fehmers	Rechter Kabinet Rechter Commissaris Rechtbank Amsterdam
Remy Franken	Expert en adviseur vanuit de digitale opsporingspraktijk Politie
Willem Geselschap	Manager Juridische en Praktijkzaken Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Yolanda de Groot	Directeur Bureau Financieel Toezicht
Remco van den Hoven	Nationale Politie, Landelijke Opsporing en Interventies
Mike Sabiran	Senior adviseur/ketencoördinator verschoningsrecht Ministerie van Justitie en Veiligheid
Sylvia Spinnewijn	Landelijk projectleider Verschoningsrecht Politie
Jaimy Spronk	Gerechtsjurist Kabinet Rechter Commissaris Rechtbank Amsterdam

Bijlage 4. Respondenten interviews

Nederland

<i>Advocatuur</i>	Advocaat en partner strafrechtkantoor
<i>Nederlandse Orde van Advocaten</i>	Gezamenlijk interview met Landelijk deken, bestuurslid en beleidsadviseur
<i>Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie</i>	Manager Juridische- en Praktijkzaken
<i>Nederlands Forensisch Instituut</i>	Deskundige Forensische Digitale Technologie met specialisatie data-analyse
<i>Rechtspraak</i>	Gezamenlijk interview met senior rechter en gerechtsjurist bij het Kabinet rechter-commissaris
<i>Bureau Financieel Toezicht</i>	Gezamenlijk interview met Directeur en Jurist Bureau Financieel Toezicht
<i>Openbaar Ministerie</i>	Gezamenlijk interview met beleidsmedewerker verschoningsrecht en Recherche OvJ Landelijk Parket Officier van Justitie regionaal Officier van Justitie Functioneel Parket
<i>Politie</i>	Operationeel Specialist Dienst Regionale Recherche
<i>Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst/belastingdienst</i>	Gezamenlijk interview met Portefeuillehouder en beleidsadviseur geheimhouding, Landelijk vaktechnisch coördinator bij de FIOD en Financieel rechercheur en vaktechnisch aanspreekpunt geheimhouding
<i>FORCYD consultancy</i>	Partner

Duitsland

<i>Advocatuur</i>	Strafrechtadvocaat en hoogleraar strafrecht
<i>Openbaar Ministerie</i>	Officier van Justitie en hoogleraar strafrecht
<i>Notariaat</i>	Notaris

Frankrijk

Advocatuur

Advocaat en hoogleraar strafrecht

Ministerie van Justitie

Vertegenwoordiger directie criminele zaken

Openbaar Ministerie

Officier van Justitie Parquet National
Financier (PNF)

Rechtspraak

Gespecialiseerd rechter-commissaris

Zwitserland

Advocatuur

Advocaat en hoogleraar strafrecht

Openbaar Ministerie

Officier van justitie en medewerker digitale
ondersteuning

Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst

Hoofd Strafzaken en onderzoeken

Engeland & Wales

Advocatuur

Gezamenlijk interview met twee advocaten

Openbaar Ministerie

Barrister

Wetenschap

Gezamenlijk interview met twee
hoogleraren strafrecht

Hoogleraar met expertise in strafrecht en
criminologie

Wetenschap/techniek

Technische wetenschapper open AI