

# Doorzoeking van data waar verschoningsrechtmaterieel in zit: EHRM vergt duidelijke en praktische werkwijze (re- geling) die in het recht veran- kerd is

## *Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens 16 novem- ber 2021, ECLI:CE:ECHR:2021: 1116JUD000069819*

*Mr. Y.E.A. Buruma en mr. R. de Bree<sup>1</sup>*

### 1. Zaak

De zaak draait om een Estse advocaat Särgava die als verdachte werd aangemerkt in een onderzoek naar een criminele organisatie die zich bezig zou (hebben) (ge)houden met witwassen. Särgava zou typische consiglieri activiteiten hebben verricht, als het opstellen van (juridische) documenten, het drijven van aan de criminele organisatie gelieerde ondernemingen e.d.

Tijdens het strafrechtelijk onderzoek hebben (ook) bij en mede in het kader van het onderzoek naar hem doorzoeken en beslagleggingen plaatsgevonden. Dat gebeurde onder leiding van een rechter-commissaris. Die rechter had ook het bevel van de officier van justitie goedgekeurd dat ten grondslag aan de doorzoeken lag.

Daarbij is onder meer beslag gelegd op de mobiele telefoon van Särgava en zijn laptop.

Kort na de inbeslagname maakte Särgava bezwaar bij de opsporingsinstantie tegen het beslag en een eventuele doorzoeking van de telefoon en laptop met als hoofddargument dat ze van zijn advocatenkantoor

waren en dat ze informatie bevatten ten aanzien van zijn diensten als advocaat.

De opsporingsinstantie kon zich met dat bezwaar niet verenigen. Deel van de verdenking tegen Särgava zag op zijn rol in een bedrijf waar hij aandeelhouder was. Volgens de opsporingsinstantie bevatten de telefoon en laptop ook gegevens ten aanzien van (Särgava's betrokkenheid bij) het eerder genoemde bedrijf en had Särgava het aan zichzelf te wijten dat nu data in beslag genomen was waar ook geprivilegieerde gegevens op stonden.

Ook nadere bezwaren bij het openbaar ministerie leverden geen soelaas en in wezen werden ze met dezelfde argumentatie terzijde gelegd. Daarbij werd steeds door het openbaar ministerie het uitgangspunt gehanteerd dat het legal privilege van Särgava niet absoluut was en uitzondering kon lijden waar de advocaat zelf verdacht is.

Zijn beroep bij de rechter (Harju County Court) struikelde om diezelfde redenen: een advocaat kan alleen een beroep doen op onschendbaarheid van zijn gegevens voor zover hij niet zelf verdacht wordt van een strafbaar feit gepleegd als advocaat; van een advocaat mag worden verwacht dat hij zijn gegevens scheidt zodanig dat de zaken van cliënten goed gescheiden zijn, aldus het rechterlijk oordeel.

Uiteindelijk werd Särgava vervolgd en wilde het

---

1. Ybo Buruma en Robbert de Bree zijn werkzaam bij Wladimiroff Advocaten.

openbaar ministerie een deel van de data uit zijn telefoon en laptop gebruiken als bewijs. Dat deel was tot stand gekomen door een selectie van trefwoorden.

## 2. Klacht

De klacht van Sărgava kwam erop neer dat hij van opvatting was dat, gelet op het functionele verschoningsrecht van een advocaat (legal professional privilege) en de onschendbaarheid van datadragers die betrekking hebben op dienstverlening door advocaten, het beslag op zijn telefoon en laptop en het vervolgens (deels) uitlezen ervan strijdig was met de vereisten van artikel 8 EVRM.

## 3. Hof

Dat het Hof de klacht ontvankelijk achtte is niet vanzelfsprekend. Estland had een reeks van ontvankelijkheidsverweren gevoerd waaronder de stelling dat Sărgava tijdens zijn strafzaak (die nog liep tijdens de behandeling in Straatsburg) de vermeende schending aan de orde kon stellen en hetgeen kon leiden tot bewijsuitsluiting. Saillant was dat Sărgava in de strafzaak zelfs bepleitte dat het materiaal hem vrijpleitte.

Het Hof ging in de weren van Estland niet mee. Sărgava had zijn klachten tevergeefs in het vooronderzoek aangevoerd en daarmee had hij voldaan aan het uitputten van nationale procedure, aldus het Hof. Inhoudelijk haalt het Hof allereerst zijn eerdere uitspraken aan waarin het al oordeelde dat voor het beschermen van de vertrouwelijkheid tussen advocaten en hun cliënten speciale procedurele waarborgen moeten bestaan. Daarop kunnen uitzonderingen bestaan, maar er moet een strikt raamwerk voor dergelijke uitzonderingen zijn.

Nadat het Hof constateert dat er een juridische grondslag voor de inmenging (op het recht op private life als bedoeld in artikel 8 EVRM) bij Sărgava bestond onder het Estse recht, stapt het over op het beoordelen van de kwaliteit ('quality') daarvan.

Het Hof bespreekt vervolgens dat er in de Estse situatie waarborgen zijn bij een inmenging die neerkomt op het vergaren van bewijs bij een verdachte advocaat (vereiste van een redelijke verdenking; zoekbevel moet deugdelijke gronden bevatten; het bevel moet door een rechter zijn gelast; de doorzoeking moet in aanwezigheid van de advocaat plaatsvinden). Toch is dat niet voldoende en ontbreekt het, naar het oordeel van het Hof, aan praktische regels en waarborgen ('practical framework' en 'practical procedural scheme and safeguards') om te zorgen dat het legal professional privilege niet in het gedrang komt.

Het Hof neemt daarbij als uitgangspunt dat in een situatie als die van Sărgava het nodig is materiaal te identificeren dat niet onder het verschoningsrecht valt. Het Hof heeft daarbij nadrukkelijk oog voor digitaal materiaal. Het Hof kan er op zichzelf wel in meegaan dat een kopie (image) van die data wordt gemaakt. Maar daarbij hoort dan wel dat dat niet

geautoriseerde en niet vastgelegde (gelogd) toegang tot die data wordt voorkomen.

In de zaak van Sărgava was in de data gezocht met zoektermen, maar die waren soms heel breed. Het doorzoeken van data met zoektermen was bovendien onderdeel van het opsporingsproces (er was geen rechter of advocaat bij betrokken) en er was geen rechtsmiddel tegen die wijze van zoeken opengesteld. Het Estse recht kent ook geen aparte klaagemogelijkheid bij een rechter ter zake van verschoningsrecht schendingen.

Alles tezamen genomen komt het Hof tot een schending van artikel 8, omdat de inbreuk niet voorzien is bij de wet.

## 4. Commentaar

Uitspraken vanuit Straatsburg kunnen, zoals bekend, niet zonder meer, als precedent gelden gelet op het vaak casuïstische gehalte ervan. Niettemin past dit arrest in een reeks uitspraken van het EHRM die bovendien over langere tijd tot stand zijn gekomen en waarin een lijn te onderkennen valt. In wezen stelt het Hof zeer hoge eisen aan de praktische toepasbaarheid van waarborgen die zien op het borgen van (de omvang van) het vertrouwelijke verkeer tussen een justitiabele en haar advocaat, en op het onder omstandigheden inperken van (de vertrouwelijkheid van) dat verkeer.

Elke inbreuk op art. 8 EVRM dient bij wet voorzien te zijn.<sup>2</sup> Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van 'wet' dient mede gelet te worden op de 'quality' van die wet.<sup>3</sup> Het Hof onderscheidt in dit verband kortweg drie aspecten: de wet dient 'foreseeable', 'accessible' en 'compatible with the rule of law' te zijn.<sup>4</sup> In het verlengde van deze aspecten dient de wet te waarborgen tegen arbitraire inbreuken op art. 8 EVRM door de overheid; de wet dient dan ook verschillende procedurele 'safeguards' te kennen.<sup>5</sup>

2. In dit verband is met name de wet in de praktijk, zoals het door rechters wordt toegepast, van belang. Zie ook EHRM 16 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197 (Société Colas Est and others v. France), par. 43.

3. Zie onder meer EHRM 4 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (S. and Marper v. the United Kingdom), par. 95 en EHRM 25 maart 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0325JUD002322494 (Kopp v. Switzerland), par. 64.

4. Zie onder meer EHRM 4 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (S. and Marper v. the United Kingdom), EHRM 30 juli 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002767195 (Valenzuela Contreras v. Spain); EHRM 2 Augustus 1984, ECLI:CE:ECHR:1984:0802JUD000869179, (Malone v. the United Kingdom), par. 67, EHRM 25 maart 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0325JUD002322494 (Kopp v. Switzerland), par. 50 en EHRM 25 maart 1983, ECLI:CE:ECHR:1983:0325JUD000594772 (Silver and others v. the United Kingdom).

5. Zie onder meer EHRM 27 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0427JUD007360713 (Sommer v. Germany), par. 53.

Met Sörgava is de lijn bestendigd dat voornoemde waarborgen te meer gelden in zaken waarin het verschoningsrecht (potentieel) aan de orde is.<sup>6</sup> In 2005 oordeelde het Hof al dat de wet die de doorzoeking en beslaglegging bij een advocaat regelt 'particularly precise' moet zijn en dat het essentieel is 'clear, detailed rules' te hebben op dit punt.<sup>7</sup> Sindsdien heeft het Hof het belang van vertrouwelijk contact tussen justitiabele en advocaat meermaals onderstreept, evenals het belang van een duidelijke, heldere en afgebakende wet om inperkingen op art. 8 EVRM te rechtvaardigen.<sup>8</sup> Enkele recentere arresten gingen daarin Sörgava in het bijzonder voor.

In Dudchenko vatte het Hof de 'minimum safeguards' samen met betrekking tot het voorkomen van machtsmisbruik wanneer verschoningsgerechtigd materiaal door geheime surveillance was bemachtigd.<sup>9</sup> Het Hof overwoog onder meer dat de wet behoorde te voorzien in regels over het veilig bewaren, verstrekken en vernietigen van dergelijk materiaal.<sup>10</sup> Ook overwoog het Hof dat duidelijke regels dienen te bestaan met betrekking tot het maken van onderscheid tussen verschoningsgerechtigd en niet-verschoningsgerechtigd materiaal, waarbij het 'unacceptable [is] that this task should be assigned to a member of the executive, without supervision by an independent judge'.

In Saber overwoog het Hof dat Noorwegen niet beschikte over een afdoende helder juridisch kader om het verschoningsrecht te waarborgen bij doorzoekingen en beslagleggingen, waardoor onder meer de doorzoeking van een smartphone-kopie (van een niet-advocaat) strijdig was met art. 8 EVRM.<sup>11</sup> Opmerking verdient in dit verband dat de

filtering van verschoningsgerechtigd materiaal op de smartphone-kopie eerst plaats zou vinden door de rechtbank (de Oslo tingrett), en vervolgens – na bezwaar door het OM – door de politie. Het Hof oordeelde dat het juridisch kader van begin af aan onvoldoende duidelijk was geweest, waardoor de koerswijziging (van rechtbank naar politie) kon ontstaan. Belangrijk is dat het Hof oordeelde dat de procedure niet 'foreseeable' was, ondanks het gegeven dat de justitiabele bezwaar kon maken. Tot slot oordeelde het Hof dat de uiteindelijk gevolgde procedure onvoldoende met waarborgen was bekleed, omdat de smartphone-kopie zonder nadere waarborgen aan de politie was gegeven voor filtering.

Op dezelfde dag als Sörgava kwam het Hof in Vasil Vasilev, waar verschoningsgerechtigde informatie min of meer per ongeluk tijdens geheime surveillance was aangetroffen, tot het oordeel dat het een 'open question' is of de interne instructie van het Bulgaarse OM gezien kan worden als 'law' in de zin van art. 8 EVRM.<sup>12</sup> Het Hof oordeelde vervolgens dat, mede gelet op het onduidelijke juridische kader en een gebrek aan procedurele waarborgen met betrekking tot de vernietiging van dergelijke communicatie, sprake was van een schending van art. 8 EVRM. Sörgava komt dan ook niet uit de lucht vallen. Maar het arrest is op z'n minst een verduidelijking, en in wezen een uitbreiding van de hierboven beschreven rechtspraak. Voor de Nederlandse praktijk lijkt vooral relevant dat het Hof stevige eisen stelt aan het kader voor inperkingen op het verschoningsrecht en de (wettelijke) verankering daarvan. Dat ziet dus niet alleen op het feit dat – zoals hier – bij een verdachte advocaat een doorzoeking en inbeslagname mag plaatsvinden, maar juist ook op de wijze waarop praktisch invulling wordt gegeven aan het proces dat moet leiden tot schifting uit data van verschoningsgerechtigde informatie en informatie die de opsporing mag zien en gebruiken. Dit volgt te meer als Sörgava mede wordt gezien in het licht van de recente Vasil Vasilev en Saber uitspraken van het Hof.

Daar dringt zich de vergelijking met de Nederlandse situatie op. Weliswaar is het verschoningsrecht wettelijk verankerd (onder meer in artikel 218 Sv), bestaat de mogelijkheid bij een inbeslagname te klagen tegen inbeslagname (artikel 552a Sv), en volgt uit wet en rechtspraak dat de rechter-commissaris het toetsingsrecht toekomt over wel/niet verschoningsrecht (met als basis artikel 98 Sv).<sup>13</sup> Het ontbreekt aan duidelijke, laat staan in of krachtens de wet (of op basis van vaste rechtspraak) geslagen regels die zien op de wijze waarop data wordt doorzocht om te filteren op verschoningsrecht, en het ontbreekt aan een daarop toegesneden klaagmogelijkheid.

De Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten biedt weliswaar

6. Zie onder meer EHRM 4 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (S. and Marper v. the United Kingdom), par. 96; EHRM 6 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311 (Michaud v. France), par. 118; EHRM 27 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1027JUD006249811 (R.E. v. the United Kingdom), par. 131.

7. EHRM 27 september 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0927JUD005088299 (Petri Sallinen and others v. Finland), par. 90.

8. Zie onder meer EHRM 24 juli 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0724JUD001860303 (André and another v. France), par. 42, EHRM 27 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0427JUD007360713 (Sommer v. Germany), EHRM 5 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0705JUD004171606 (Golovan v. Ukraine), par. 60 – 63. EHRM 6 december 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311 (Michaud v. France), EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD002701310 (Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, RL and others v. Portugal).

9. EHRM 7 november 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1107JUD003771705 (Dudchenko v. Russia), par. 104 – 110.

10. Zie ook EHRM 4 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (S. and Marper v. the United Kingdom).

11. EHRM 17 december 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1217JUD000045918 (Saber v. Norway), par. 52 – 57; daarover L. Stevens en 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 september 2021, p. 845 e.v.

12. EHRM 16 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000761015 (Vasil Vasilev v. Bulgaria), par. 88 – 94.

13. Vaste rechtspraak, o.a. recent HR 18 februari 2022, ECLI:NLHR:2022:223.

enige handvatten met betrekking tot doorzoekingen bij advocaten, informatie over de vervolgstappen - wat met de inbeslaggenomen data - wordt gedaan, ontbreekt nagenoeg volledig.<sup>14</sup> Ook voorziet de Aanwijzing niet in (heldere) regels met betrekking tot al dan niet verschoningsgerechtigde gegevens die bij een cliënt in beslag zijn genomen, terwijl juist die situatie in de praktijk het meest voorkomend is.<sup>15</sup> Deze bezwaren staan nog los van de vraag of deze Aanwijzing, geleid op het Vasil Vasilev arrest, aangemerkt kan worden als 'wet' in de zin van art. 8 EVRM, en of zij voldoende rechtswaarborgen bevat.<sup>16</sup> Tot op heden is er in de Nederlandse praktijk wel sporadisch (op zaaksniveau) gebruik gemaakt van zoektermen om zo'n filterproces uit te voeren, een algemene werkwijze bestaat echter niet. Daarover klagen in een procedure op de voet van artikel 552a Sv, of over het niet goed toepassen van een bepaalde manier van filteren, kan ook niet zonder meer. Zo legt de wet het klaagmoment bij beoordeling door de rechter-commissaris van het verschoningsrecht ingevolge artikel 98 Sv een stap later, namelijk als al beoordeeld is of iets onder het verschoningsrecht valt. Sărgava is overigens ook in dit licht van belang. Op basis van de ontvankelijkheidsoverwegingen van het Hof kan geconcludeerd worden dat de stap naar Straatsburg reeds na afloop van de klaagschriftprocedure bij de Hoge Raad gemaakt kan worden, ruim voordat de strafrechtelijke procedure is afgerond. Er zijn ook verschillen met de Nederlandse situatie waardoor niet zomaar gesteld kan worden dat de inbreuk in Sărgava ook zal leiden tot een inbreuk van - kortweg - het Nederlandse systeem. Zo is het in de Nederlandse context de rechter-commissaris die zich zal hebben te buigen over het filterproces, ook al lijkt die zich daarin vaak bijstaan door IT-personeel vanuit de opsporing. Met dergelijke rechterlijke betrokkenheid komt uiteraard een zeer belangrijke waarborg die in de Estse zaak ontbrak.<sup>17</sup> Ook is er in het Wetboek van Strafvordering klaarblijkelijk meer ruimte om te klagen en te zorgen dat materiaal (nog) niet wordt vrijgegeven aan de opsporing voordat de

rechter daarover een oordeel heeft geveld dan in Sărgava, waar die mogelijkheid ontbrak.<sup>18</sup> Belangrijke kanttekening hierbij is wel dat het openbaar ministerie te vuur en te zwaard betoogt dat bij data die is vastgelegd in het kader van bijzondere opsporingsbevoegdheden (zoals bijvoorbeeld in een voorkomend geval van een data-beslag bij een externe data-provider van de verdachte), met een beroep op artikel 126aa Sv, de primaire rol bij de opsporing en het openbaar ministerie ligt.<sup>19</sup> Het in detail bespreken van het twijfelachtige gehalte (naar deze auteurs menen: de onjuistheid) van dit standpunt valt buiten het bestek van deze noot,<sup>20</sup> maar zou die lijn al gevolgd worden dan lijkt een schending van artikel 8 EVRM voor de hand te liggen langs de lijnen zoals die schending in Sărgava werd bevonden.<sup>21</sup> Immers, in dat geval is de geheimhouder niet op de hoogte van de verrichtingen van opsporing en openbaar ministerie die (kunnen) leiden tot een inbreuk op het verschoningsrecht, en is erook geen rechter-commissaris bij het proces betrokken,<sup>22</sup> waardoor de inbreuk net als in Sărgava, niet voorzien is bij

14. Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, Stcrt. 2011, 4981. Ook het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken en de Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders bieden weinig soelaas, nu (veel) te veel situaties buiten het bereik van deze regelgeving vallen.

15. In dat opzicht kan worden gekeken naar de ACM Werkwijze geheimhoudingsprivilege advocaat 2014, Stcrt. 2014, 3991.

16. EHRM 16 november 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1116JUD000761015 (Vasil Vasilev v. Bulgaria). Deze bezwaren gelden overigens ook met betrekking tot de genoemde ACM werkwijze.

17. Rechterlijke controle is op zichzelf geen afdoende waarborg, zo blijkt onder meer uit EHRM 30 juli 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0730JUD002767195 (Valenzuela Contreras v. Spain) en EHRM 22 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1222JUD004646806 (Aleksanyan v. Russia).

18. Onder meer de ruime klachtmogelijkheden leidden er in Wolland v. Norway toe dat geen schending van art. 8 EVRM werd geconstateerd. Zie EHRM 17 mei 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0517JUD003973112 (Wolland v. Norway).

19. Vgl. bijv. recent de door de Staat, mede namens het openbaar ministerie, betrokken positie in een kort geding procedure tussen advocaten verbonden aan kantoor Stibbe (mr. Doorenbos c.s.): <https://www.om.nl/binaries/om/documenten/publicaties/2022/02/18/pleitnota-kort-geding-22-02-22/20220222+Pleitnota.pdf>. Zie ook het standpunt van de advocaten: <https://www.bijzonderstrafrecht.nl/home/pleitnotas-stibbe-in-kort-geding-tegen-om-en-fiod>.

20. Vgl. voor kritiek ten aanzien van dat standpunt recent N.A.M.E.C. Fanoy, 'Kroniek functioneel verschoningsrecht; belangwekkende uitspraken in coronatijd', NTS2022/04, p. 22 met o.a. verwijzing naar D.R. Doorenbos & M.E. Rosing, 'Recht doen aan het verschoningsrecht', TvSO 2020-5/6, p. 217-224. Waar de Hoge Raad in zijn arrest van 21 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:193 enige ruimte voor een zogenoemde geheimhouder-officier van justitie lijkt te laten bestaan (rov. 7.2.1), komt het deze auteurs voor dat sprake is van een misser. Uit in de rechtspraak ontwikkelde eis dat de rechter-commissaris zich mag laten bijstaan - kortweg - mits het gaat om zodanige functionarissen en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt (HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714), volgt dat betrokkenheid van een officier van justitie niet toelaatbaar is, menen deze auteurs. Ook Fanoy, a.w., p. 22-23. Vgl. de noot van Kooijmans onder het arrest in NJ 2021/119, rmd.nr. 3.

21. Zie ook EHRM 25 maart 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0325JUD002322494 (Kopp v. Switzerland), par. 74 en EHRM 7 november 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1107JUD003771705 (Dudchenko v. Russia), par. 104 - 110. Het EHRM noemt het in deze zaken 'astonishing' en 'unacceptable' dat een lid van de uitvoerende macht zonder toezicht van een rechter zou beoordelen of materiaal al dan niet onder het verschoningsrecht zou vallen.

22. Dit wijkt dan dus af van de beschreven leidende rol van de rechter-commissaris omdat die er door de opsporing respectievelijk het OM niet bij betrokken wordt. De rechter-commissaris kan zodoende die rol dan - naar de auteurs menen ten onrechte - niet vervullen.

wet (zoals artikel 8 EVRM ingeval van een gerechtvaardigde inmenging eist) in geval voor zover in die data geheimhoudersinformatie zit of realistisch gezien zal zitten.<sup>23</sup>

Los daarvan lijkt Straatsburg toch echt meer te vragen dan nu in de Nederlandse praktijk voorhanden is. Weliswaar draait de casus Sărgava om de verdachte advocaat, het lijkt redelijk te veronderstellen dat de overwegingen van het Hof ook opgeld doen voor het in algemene zin omgaan met een data-beslag waar (mogelijk) verschoningsgerechtigde informatie in zit. Er valt immers niet in te zien waarom in die situatie minder waarborgen aan de orde zouden zijn, terwijl de inbreuk (op artikel 8 EVRM) in zo'n geval een beperktere rechtvaardiging zal hebben of waarschijnlijker: helemaal geen. Te meer reden dus om in dergelijke situaties hoge eisen te stellen aan het borgen van het verschoningsrecht door – kortweg – een goed filterproces. Zo bezien is de Nederlandse praktijk echt te pover. In veel onderzoeken, op vele kabinetten rechter-commissaris wordt telkens een wiel uitgevonden. En in wezen wordt een wiel bedacht door hen die maar matig zijn in het ontwerpen ervan; de gemiddelde opsporingsambtenaar, officier van justitie, advocaat, rechter(-commissaris) is immers beperkt thuis in de digitale wereld, laat staan die van de forensische tools om goed te filteren in data. Dat is een onwenselijke situatie en schuurt minstens met artikel 8 EVRM.

Opvallend is dat de wetgever zich de problematiek deels wel aantrekt, in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering, maar niet komt tot een praktische werkwijze zoals die in Sărgava tot uitgangspunt wordt genomen.

Modernisering stelt te (willen) voorzien in de behoefte aan een duidelijkere en uitgebreidere regeling met betrekking tot materiaal waarover het verschoningsrecht zich uit kan strekken.<sup>24</sup> Dat doet zij deels. In de (ambtelijke versie van de) memorie van toelichting wordt onder meer de geldende jurisprudentie uiteengezet en wordt een globaal schema gegeven met betrekking tot de stappen die gezet moeten worden bij het uitsluiten van verschoningsgerechtigd materiaal.<sup>25</sup> De primaire rol komt bij de rechter—commissaris te liggen, maar van een onafhankelijk IT-kabinet ter ondersteuning wordt niet gesproken. Ook blijft het regime van artikel 126aa Sv, op basis waarvan het openbaar ministerie zich thans op het

standpunt stelt dat zij daarin de primaire rol heeft en er geen ruimte is voor een positie van de rechter-commissaris, bestaan zonder dat duidelijk wordt (gemaakt) dat ook hier de rechter-commissaris de leidende rol bij het proces krijgt.<sup>26</sup> Hoewel het Hof in 2004 geen aanleiding zag art. 126aa Sv onvoldoende kwalitatief te bevinden in het licht van art. 8 EVRM, is gelet op de uiteengezette lijn in de jurisprudentie denkbaar dat het Hof inmiddels anders zou oordelen, al is het maar in een individueel (schrijvend) geval.<sup>27</sup> Het is immers juist ook, mede gelet op de Vasil Vasilev-uitspraak, in situaties waar data in beslag wordt genomen met (hoogstwaarschijnlijk) geheimhoudersinformatie waarvan de verschoningsgerechtigde niet (direct) op de hoogte is, dat noodzaak bestaat voor een heldere werkwijze waarin recht gedaan wordt aan het verschoningsrecht.<sup>28</sup>

Belangrijker is dat nog niet gesproken kan worden van een praktische werkwijze, daarvoor blijven te veel concrete punten – hoe wordt materiaal bewaard, uitgefilterd en vernietigd,<sup>29</sup> wie heeft toegang en hoe wordt dat geregistreerd, alsook de beoordelingsvraag – onderbelicht en wordt te zeer uitgegaan van toekomstige technische oplossingen.<sup>30</sup> Het lijkt er vooral op dat de wetgever hoopt dat artificial intelligence de helpende hand zal bieden en daarom veel uitwerking achterwege laat. Met enige eufemisme kan daarbij nog worden opgemerkt dat de overheid geen goed track record heeft als het op digitalisering aankomt. Wat dat betreft is weinig reden tot optimisme. Als dit allemaal al lukt, blijft het nodig een geborgde werkwijze, met controlemogelijkheden, te ontwikkelen. Maar zo'n (praktische) werkwijze met duidelijk stappenplan en navenante capaciteit zodat een helder proces wordt ingericht,

23. Dat laatste is steeds vaker het geval gelet op de in zwang geraakte opsporingsmethodiek die erin kan bestaan dat gehele IT omgevingen, van administratie tot e-mailboxen, bij derden – data-providers of opslagbedrijven – worden gelicht (met gebruikmaking van de bijzondere opsporingsbevoegdheden) ten aanzien van verdachten die onmiskenbaar werken met geheimhouders, zoals de meeste grote bedrijven bijvoorbeeld. Als de opsporing op zo'n wijze terabyte aan inboxen, projectadministratie, financiële administratie laat kopiëren is het een wetmatigheid dat daarin geheimhoudersinformatie zal zitten.

24. Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 456.

25. Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 454 – 482.

26. Zie ook D.R. Doorenbos en M.E. Rosing, 'Recht doen aan het verschoningsrecht', *TvSO* 5/6-2020, p. 222 e.v.

27. EHRM 25 november 2004, ECLI:CE: ECHR:2004:1125JUD001626902, (Aalmoes and others. v. the Netherlands).

28. Zie ook EHRM 7 november 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1107JUD003771705 (Dudchenko v. Russia), par. 104 – 110. Zie ook de opmerking over die waarschijnlijkheid bij voetnoot 21.

29. Waar in de MvT wel ingegaan wordt op concrete punten, zoals bij het scheppen van de bevoegdheid verschoningsgerechtigd materiaal 'ontoegankelijk te maken' in plaats van te vernietigen en het laten signaleren van vermoedelijk verschoningsgerechtigd materiaal door opsporingsambtenaren, lijkt dat niet gekozen wordt voor de benodigde rechtswaarborgen. Zie Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 471 – 476. Zie ook onder meer EHRM 7 november 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1107JUD003771705 (Dudchenko v. Russia), par. 104 – 110.

30. Memorie van toelichting nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 471. Het gebruikmaken van vormen van Artificial Intelligence, waar modernisering hoop op lijkt te richten heeft vooralsnog de verwachtingen niet waargemaakt. Zie voor gedachten daarover: H.B.J. Sluijsmans en V.J.C. de Bruijn, 'Mogelijkheden voor het beter waarborgen van het verschoningsrecht door beheerst gebruik van machine learning', *TvBS&H* 2020, 3. Een in de praktijk functionerend systeem om zo te komen tot filtering bestaat evenwel helaas nog niet. Daarbij, ook dan is een geborgde werkwijze noodzakelijk.

heeft de wetgever, naar uit de moderniseringsstukken blijkt, in elk geval nog niet concreet voor ogen. Als dat zo blijkt, zal in praktisch opzicht met modernisering van strafvordering nog niet veel verbeteren. Een echte ontwikkeling zal bijvoorbeeld kunnen (en naar deze auteurs menen: moeten) komen van het inrichten van een gespecialiseerd onderdeel van de rechterlijke macht (bijvoorbeeld op één kabinet rechter-commissaris) waar de IT kennis geborgd is en de capaciteit aanwezig is om data, conform een op of krachtens de wet gestoelde werkwijze te komen tot filtering van data op verschoningsrecht. Voor de goede orde, het moet dan om een rechtens toelaatbare werkwijze/beleidsregel gaan.<sup>31</sup> Ook moet dan eindelijk eens voorzien worden in een goede mogelijkheid om te doen wat nu al wel in de wet staat (verschoningsrechtgegevens worden vernietigd),<sup>32</sup> maar waar de software programma's van de opsporing, naar uit de praktijk blijkt, tot op heden moeite mee hebben.

Zolang die keuze niet gemaakt wordt, blijft het toch tobben met het verschoningsrecht. Een ieder onderkent het belang ervan, maar heel concreet en dus praktisch borgen dat het niet geschonden wordt, is in de opsporingspraktijk van vandaag de dag, die gutst van data-honger, en waarin een duidelijk spoorboekje ontbreekt waaraan alle partijen zich committeren of gebonden zijn, een lastige opgave. Särgava toont dat voor Estland. Het is zeker denkbaar dat ook de huidige Nederlandse praktijk de tamelijk hoge lat in Straatsburg op dit punt niet haalt.

---

31. En niet om een intern OM-beleid, zoals dat recent naar buiten kwam: <https://www.advocatenorde.nl/document/om-handleiding-verwerking-geheimhouderinformatie-juni-2014>. Op die handleiding valt veel aan te merken, maar bovenal (i) dat hij geen basis in wet of recht heeft en (ii) niet 'accessible' is zoals artikel 8 EVRM vergt.

32. Art. 98 en 126aa Sv. Dit alles uiteraard behoudens voor zover zich een doorbrekingsgrond zou voordoen.