

> Postbus 19266

3501 DG UTRECHT

P L A T F O R M
• B O D • •
B I J Z O N D E R E
O P S P O R I N G S
D I E N S T E N

Telefoon ()
Telefax
Doorkiesnummer

Datum
26 juni 2017
Uw kenmerk

Ons kenmerk

Betreft
Bijlage 1 bij brief met kenmerk

Reactie Platform Bijzondere Opsporingsdiensten inzake conceptwetsvoorstellen Vaststellingswet Boek 1 (Strafvordering algemeen) en Vaststellingswet Boek 2 (Het opsporingsonderzoek) van het nieuwe Wetboek van Strafvordering.

Op 10 februari 2017 heeft het platform Bijzondere Opsporingsdiensten (hierna: het Platform) de conceptwetsvoorstellen met bijbehorende toelichtingen voor Boek 1 en Boek 2 van het toekomstige Wetboek van Strafvordering, met brief van de Minister van Veiligheid & Justitie, in goede orde ontvangen.

Het Platform heeft met belangstelling kennis genomen van de inhoud van deze concepten en maakt bij deze graag gebruik van de gelegenheid om op de inhoud van deze wetsvoorstellen in te gaan.

Opbouw van deze reactie

In deze reactie zullen de opmerkingen de indeling van beide boeken zo veel mogelijk volgen, met uitzondering van de reactie op de voorgestelde bepalingen betreffende het (professionele) verschoningsrecht. In verband met de zeer sterke, praktische samenhang tussen de materiële¹ en de formele² kanten van dit onderwerp in beide boeken wordt de reactie op dit onderwerp als geheel gegeven.

Hierna volgen eerst een aantal opmerkingen aangaande algemene onderwerpen die niet in een bepaald onderdeel van de boeken 1 en 2 zijn ondergebracht of die zich over meerdere onderdelen uitstrekken.

Overzicht, consistentie en uitvoeringsconsequenties van de voorstellen

Naast de onderhavige voorstellen zullen nog een behoorlijk aantal andere wetsvoorstellen het licht gaan zien die gaan bijdragen aan de modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Net als de concepten voor de boeken 1 en 2 zullen sommige van die voorstellen slechts een systematische ordening beogen, maar andere zullen meer inhoudelijke wijzigingen tot stand gaan brengen. Het is op dit moment lastig om te overzien hoe alle voorstellen en denkrichtingen zullen uitwerken en of en in hoeverre ze invloed op elkaar zullen uitoefenen.

¹ Boek 1, Titel 6.2.

² Boek 2, Titel 7.6.2.

Hetzelfde kan gezegd worden over de mogelijke uitvoeringsconsequenties die de invoering van de boeken 1 en 2 in hun huidige vorm met zich meebrengt. Het is immers niet onwaarschijnlijk dat de voorstellen zoals die in de onderhavige conceptstukken zijn uiteengezet, uiteindelijk in meer of minder gewijzigde vorm in het Staatsblad zullen worden gepubliceerd. Dit wordt door de wetgever ook meerdere malen onderkend.³ Het Platform hecht er dan ook aan een voorbehoud te maken met betrekking tot de her en der in de concepttoelichting vermelde opmerkingen dat de uitvoeringsconsequenties voor de praktijk van de bijzondere opsporingsdiensten (hierna: BOD'en), zoals ingeschat op grond van de huidige stand van zaken in de onderhavige conceptteksten, nihil of slechts zeer gering zullen zijn.⁴ Indien op een later tijdstip in het wetgevingsproces alsnog aanpassingen in deze en toekomstige, samenhangende voorstellen blijken te worden doorgevoerd, kan een nieuwe inschatting van de uitvoeringsconsequenties van die wijzigingen immers anders uitvallen.

Gelijktelling algemene opsporingsambtenaren BOD'en en politie

In de reactie op de contourennota heeft het Platform al onder meer aangegeven dat het wenselijk is, niet langer onderscheid te maken tussen de algemene opsporingsambtenaren van de BOD'en, de Koninklijke Marechaussee en die van de politie met betrekking tot het toekennen van strafvorderlijke bevoegdheden, tenzij daarvoor een specifiek en gerechtvaardigd belang is aan te geven. In het streven naar maximale efficiency en effectiviteit in strafrechtelijke onderzoeken naar ernstige fraude is het ook voor de BOD'en immers noodzakelijk om *zelfstandig* bevoegdheden en bijzondere opsporingsmiddelen in te kunnen zetten, met name gezien de maatschappelijke ontwikkelingen in de afgelopen jaren. Deze ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat de criminaliteit die zich voordoet op de taakgebieden van de BOD'en de afgelopen jaren steeds zwaarder en georganiseerder is geworden en de fraudes complexer zijn geworden. Hierdoor zijn meer traditionele opsporingsbevoegdheden in veel gevallen niet meer toereikend om het strafrechtelijke bewijs in dergelijke zaken rond te krijgen. Daarnaast ervaart de maatschappij fraude steeds meer als ernstig en heeft fraude de laatste jaren meer en meer de aandacht van de politiek. Deze ontwikkelingen rechtvaardigen de inzet van specifieke en zwaardere opsporingsmiddelen in grote fraudezaken. Dit is ook goed mogelijk omdat de professionalisering van de medewerkers van de BOD'en gelijke tred heeft gehouden met de ontwikkelingen die verband houden met de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit.

Het Platform constateert dan ook met instemming dat in de onderhavige wetsvoorstellen vrijwel alle opsporingsbevoegdheden zijn toegekend aan alle opsporingsambtenaren.

Uiteraard moeten de kennis- en vaardigheidsvereisten voor de toepassing van deze opsporingsbevoegdheden onverkort blijven gelden voor alle opsporingsambtenaren en zal op dit gebied de samenwerking van de BOD'en met de Nationale Politie worden voortgezet. Het is dan op enig moment aan de BOD'en – uiteraard in samenspraak met het openbaar ministerie – om te besluiten (heimelijke) bevoegdheden daadwerkelijk in te gaan zetten en daartoe te investeren in opleidingen en de inzet van medewerkers of middelen, dan wel daarin uitdrukkelijk de samenwerking te zoeken met de Nationale Politie.

Verdenkingscriteria

In de reactie op de contourennota heeft het Platform ten aanzien van de vereenvoudiging van de verdenkingscriteria – vrij vertaald – aangegeven dat het verschil tussen misdrijven die met maximaal één jaar of meer gevangenisstraf worden bedreigd en misdrijven die met maximaal vier jaar of meer gevangenisstraf worden bedreigd, dusdanig groot is dat daardoor een aantal misdrijven die met minder dan maximaal vier jaar gevangenisstraf worden bedreigd en die nu apart zijn opgenomen in artikel 67 lid 1 onder b van het Wetboek van Strafvordering, minder effectief kunnen worden opgespoord omdat bepaalde bevoegdheden niet meer zouden kunnen worden toegepast. Onderzoek onder auspiciën van het WODC⁵ constateerde op dit punt hetzelfde mogelijke effect. Naar aanleiding hiervan is een extra

³ Zie bijvoorbeeld de concepttoelichting bij Boek 1, p. 25 en 48 en de concepttoelichting bij Boek 2, p. 77.

⁴ Zie bijvoorbeeld de concepttoelichting bij Boek 1, p. 83 en de concepttoelichting bij Boek 2, p. 78.

⁵ Zie pagina 14 van de concepttoelichting bij Boek 2.

criterium ingevoegd, namelijk misdrijven die met maximaal twee jaar of meer worden bedreigd. Met de toevoeging van dit extra criterium kan worden ingestemd. Wel wordt hierbij de kanttekening geplaatst dat een enkel artikel, waaronder in ieder geval de strafbepalingen inzake eenvoudig witwassen (art. 420bis.1 en 420quater.1 van het Wetboek van Strafrecht) als gevolg van deze aanpassingen mogelijk weer minder effectief kan worden opgespoord. De genoemde witwasartikelen zijn nu immers opgenomen in artikel 67 lid 1 onder b van het Wetboek van Strafvordering zodat diverse opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast. Na invoering van het nieuwe Wetboek van Strafvordering zal dat echter niet meer het geval zijn. Bezien zou moeten worden of dit effect, hoewel praktisch niet van zeer groot belang, daadwerkelijk beoogd dan wel wenselijk is.

Formele vereisten in het nieuwe wetboek

Het nieuwe wetboek zal diverse bepalingen gaan bevatten die kennelijk de verbetering van de kwaliteit van het opsporingsproces tot doel hebben. Zo worden in het kader van de kwaliteitsverbetering voorstellen gedaan voor de nadere normering van het proces-verbaal van een opsporingsambtenaar. Het is echter nog maar de vraag of de kwaliteit van het opsporingsonderzoek verbeterd doordat de wet bepaalde formaliteiten voorschrijft, zoals het opnemen van een normering van het proces-verbaal van verhoor van verdachten en getuigen, zelfs indien die nadere regels in een algemene maatregel van bestuur zouden worden opgenomen,⁶ of het verbaliseren van niet uitgerechercheerde onderzoeksrichtingen.⁷ Hoewel op zichzelf de controle op de kwaliteit van het opsporingsonderzoek door middel van tegenspraak kan worden toegejuicht, is het de vraag of het verbaliseren van niet verder onderzochte scenario's daartoe een geschikt middel is. Terecht wordt in de inleiding van de toelichting op Boek 2 al opgemerkt,⁸ dat het bevorderen van de kwaliteit van het opsporingsonderzoek door middel van wetgeving maar tot op zekere hoogte mogelijk is.

Daarom wordt in dit verband aan de wetgever meegegeven om kritisch te bezien of voorgestelde wetgeving in de praktijk daadwerkelijk bijdraagt aan de kwaliteit van de opsporing, of dat daarvoor beter andere wegen worden bewandeld, niet in de laatste plaats door de opsporingsinstanties en het openbaar ministerie zelf.

Boek 1. Hoofdstuk 6: De getuige

Een aantal bepalingen in dit hoofdstuk vormen een codificatie van een bij de BOD'en reeds bestaande praktijk. De hier voorgestelde bepalingen en de bijbehorende toelichting in de conceptmemorie geven geen aanleiding tot het maken van opmerkingen met uitzondering van artikel 1.6.1.4, tweede en derde lid.

In artikel 1.6.1.4, tweede lid, wordt de verhorend ambtenaar opgedragen de getuige te vragen naar de voorbereiding van het verhoor indien de getuige niet meteen na zijn waarnemingen van het feit wordt gehoord. In de praktijk van de BOD'en komt het echter zelden of nooit voor dat een getuige zeer kort na het gebeurde wordt gehoord; tussen diens waarnemingen en het verhoor verloopt doorgaans de nodige tijd. Zou de getuige gevraagd worden of hij zich op het verhoor heeft voorbereid en de getuige ontkent dat, dan is dat voor de verhorend ambtenaar niet of nauwelijks op juistheid te controleren.

Voorgesteld wordt om dit tweede lid ofwel minder dwingend te formuleren, of in zijn geheel te schrappen.

⁶ Zie pagina 26 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2. Voor de verbetering van de kwaliteit van aangiften, zie pagina 28 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁷ Zie pagina 27 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2. Andere vormen van vastlegging zijn hierbij natuurlijk denkbaar en het ligt in ieder geval in de rede om de niet verder uitgewerkte scenario's en de redenen daarvan vast te leggen ten behoeve van evaluatie.

⁸ Zie pagina 4 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

In artikel 1.6.1.4, derde lid, wordt bepaald dat de getuige zijn verklaring aflegt zonder gebruik te maken van voorwerpen of gegevens. In de praktijk van de BOD'en worden getuigen vaak gehoord aan de hand van reeds in beslag genomen en onderzochte voorwerpen (bescheiden) of gegevens waarbij dan gevraagd wordt wat getuige daarover kan verklaren in het kader van het strafrechtelijke onderzoek. Ook kunnen getuigen gehoord worden waarbij gevraagd wordt of van hetgeen de getuige verklaart, ook gegevens of voorwerpen voorhanden zijn. De verklaring kan dan mede aan de hand van die gegevens en voorwerpen nader worden gespecificeerd, of die voorwerpen en gegevens kunnen aanleiding geven tot het stellen van nadere vragen.

Voorgesteld wordt om in de memorie van toelichting op dit artikellid nader te verduidelijken dat deze bepaling niet inhoudt dat een getuige geen voorwerpen of gegevens mogen worden voorgelegd, dan wel dat de getuige niet uit eigen beweging voorwerpen of gegevens erbij mag gebruiken om zijn geheugen te activeren en daardoor de mogelijke bewijswaarde van zijn verklaring te verhogen.

Met de inhoud en strekking van de overige bepalingen en toelichting kan worden ingestemd, in het bijzonder waar in de memorie van toelichting terecht onderscheid gemaakt wordt tussen het pressieverbod bij het horen van verdachten en het pressieverbod bij het horen van getuigen. De verdachte heeft immers een zwijgrecht, waar getuigen in een aantal gevallen een spreekplicht hebben.

Boek 1. Hoofdstuk 9: De kennisgeving van gerechtelijke mededelingen

De in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen en de bijbehorende toelichting in de conceptmemorie geven geen aanleiding tot het maken van opmerkingen, met uitzondering van artikel 1.9.1.2, tweede lid.

In artikel 1.9.1.2, tweede lid, wordt verwezen naar artikel 2.7.6.1.1 dat vergelijkbaar is met het huidige artikel 98a lid 3 van het Wetboek van Strafvordering, en dat bepaalt dat de daar genoemde categorieën van personen niet verplicht zijn te voldoen aan een ambtelijke vordering. Deze verwijzing lijkt in dit verband echter onlogisch. Bij het aan dit artikel ten grondslag liggende nemo-teneturbeginsel gaat het er immers om dat iemand niet gedwongen kan worden om mee te werken aan zijn eigen veroordeling door het leveren van bewijs tegen zichzelf.⁹ Met de onderhavige bepaling wordt echter alleen beoogd dat gerechtelijke mededelingen de betreffende persoon ook daadwerkelijk kunnen bereiken. De vordering behelst dan ook niet meer dan de vraag waar dergelijke mededelingen naartoe kunnen worden gestuurd. Voor de verwijzing naar artikel 2.7.6.1.1 is ook geen argument te bedenken,¹⁰ te meer daar het vragen naar persoonsgegevens van een verdachte geen verhoor is. Er worden immers geen vragen gesteld naar iemands betrokkenheid bij een strafbaar feit en er wordt dus ook niemand gedwongen bewijs tegen zichzelf te leveren.

Gelet op het voorgaande wordt daarom voorgesteld de laatste volzin in artikel 1.9.1.2, tweede lid, te schrappen.

Als alternatief zou hiervoor een vergelijkbare bepaling in de plaats kunnen worden gesteld als in artikel 1.4.1.8, tweede lid, waar de verdachte door de verhorende ambtenaar wordt gevraagd naar zijn elektronisch adres ten behoeve van het kennisgeven van gerechtelijke mededelingen. Verder zou specifiek ten aanzien van de betekening aan de verdachte ervoor gekozen kunnen worden te bepalen dat betekening van gerechtelijke mededelingen aan diens raadsman geschiedt. In ieder geval lijkt voor een toepassing van het nemo-teneturbeginsel in dit geval geen plaats.

⁹ Zie in dit verband ook pag. 86 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

¹⁰ In de wetsgeschiedenis van art. 36a WvSv (zie evt. *Kamerstukken II 2014/15, 34 086, nr. 3, p. 55*), dat aan de onderhavige bepaling ten grondslag ligt en waarin dezelfde verwijzing is opgenomen, is evenmin een argument te vinden.

Boek 1, Hoofdstuk 10: Enige algemene voorzieningen

De in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen en de bijbehorende toelichting in de conceptmemorie geven geen aanleiding tot het maken van opmerkingen, met uitzondering van artikel 1.10.3, vijfde lid.

In artikel 1.10.3, vijfde lid, wordt de uitvoering van ordemaatregelen als bedoeld in het tweede en derde lid belegd bij ambtenaren van de politie en bij door de minister aangewezen andere ambtenaren of functionarissen. Net als bij artikel 1.9.2.1, derde lid, lijkt het onderscheid tussen enerzijds ambtenaren van politie en, anderzijds, andere (opsporings)ambtenaren niet langer noodzakelijk en evenmin te berusten op een welbewuste keuze. In de praktijk zijn echter al sinds jaar en dag ook opsporingsambtenaren van de BOD'en in staat tot én belast met het uitvoeren van ordemaatregelen als hier bedoeld. Daarbij komt – het zij nog eens herhaald – dat een eventueel te maken onderscheid tussen de verschillende algemeen opsporingsambtenaren dient te berusten op een specifiek en gerechtvaardigd belang.

Gelet op het voorgaande wordt voorgesteld om in artikel 1.10.3, vijfde lid, de zinsnede 'een ambtenaar van politie, aangesteld voor de uitvoering van de politietaak' te vervangen door 'een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 1.3.3.1' en de bedoelde aanwijzing van de minister dienovereenkomstig aan te passen.

Het (professioneel) verschoningsrecht (Boek 1, Titel 6.2 en Boek 2, Titel 7.6.2)

Zoals in de inleiding is aangegeven, worden de materiële en formele onderdelen van dit onderwerp in samenhang besproken. Dit mede in verband met het feit, dat het professioneel verschoningsrecht als leerstuk en de verwerking en beoordeling van informatie die mogelijk onder een professioneel verschoningsrecht valt, in de praktijk van de BOD'en en dan met name de FIOD, bijna dagelijks een rol speelt en tegelijkertijd een zeer weerbarstig onderwerp is.

Verschoningsrechten algemeen

Boek 1 bevat in Titel 6.2 bepalingen aangaande de diverse verschoningsrechten, waaronder die van bepaalde beoefenaren van een ambt, beroep of stand. Terecht wordt op pagina 127 van de concepttoelichting op Boek 1 opgemerkt, dat het verschoningsrecht mag worden ingeroepen, maar dat het hebben van een (civiele) geheimhoudingsplicht jegens cliënten nog niet inhoudt dat dit recht te allen tijde *moet* worden ingeroepen. Daarnaast wordt inleidend nogmaals opgemerkt dat het hebben van een geheimhoudingsplicht nog niet zonder meer leidt tot een (professioneel) verschoningsrecht.¹¹ Daarvoor dienen immers nog aanvullende eisen te zijn vervuld.

In de conceptmemorie van toelichting wordt op pagina 127 een verband aangebracht tussen een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht. Daar staat nu immers: " ... dat de getuige zich [op een verschoningsrecht] mag beroepen, maar dat – daargelaten civiele verplichtingen die voortvloeien uit bijvoorbeeld een geheimhoudingsplicht – hij daartoe niet is gehouden."

Deze opmerking behoeft echter verduidelijking, aangezien 'daargelaten'¹² suggereert dat een getuige met een geheimhoudingsplicht juist wel gehouden is om zich op een verschoningsrecht te beroepen. Een geheimhoudingsplicht verhoudt zich echter veel meer met een verschoningsplicht: in sommige gevallen weegt een geheimhoudingsplicht immers zo zwaar dat een getuige zich op grond daarvan dient te verschonen van het beantwoorden van vragen die deze geheimhoudingsplicht zouden doorbreken. Zie hiervoor bijvoorbeeld artikel 1.6.3.1.

¹¹ Zie ook par. 2.1.5 van Deel II (p. 39) van de Contourennota.

¹² Andere definities van 'daargelaten' zijn immers: behoudens, behalve, met uitzondering van.

Een verschoningsrecht is iets anders dan een geheimhoudingsplicht; een geheimhoudingsplicht houdt niet automatisch en in alle gevallen een verschoningsrecht in. Een verschoningsrecht wordt immers ontleend aan een bepaalde familierelatie, een professie (d.w.z. een ambt, beroep of stand) dan wel aan het verbod op gedwongen zelfincriminatie. De ratio van de verschillende verschoningsrechten volgt ook niet, of niet in hoofdzaak, uit het gegeven dat iemand een geheimhoudingsplicht zou hebben, hetgeen met name speelt bij het risico van zelfincriminatie en het familiale verschoningsrecht.¹³ In dit soort situaties kan immers niet worden gezegd dat de getuige zich kan verschonen van het afleggen van een verklaring omdat hij een geheimhoudingsplicht zou hebben, laat staan ten opzichte van wie en op welke (wettelijke) grondslag. Een geheimhoudingsplicht kan daarentegen worden doorbroken als daartoe een wettelijke bepaling is gegeven, zoals bijvoorbeeld artikel 2.7.3.3.3 en artikel 2.10.1.9, vijfde lid. Uit dit artikellid volgt tevens dat een geheimhoudingsplicht alleen wordt geëerbiedigd indien de getuige zich *met recht* op een verschoningsrecht kan beroepen.

Tenslotte wordt opgemerkt dat een professioneel verschoningsrecht in ieder geval nooit verder kan reiken dan een geheimhoudingsplicht. Anders gezegd: informatie die onder een verschoningsrecht valt, is een deelverzameling van de informatie die onder een geheimhoudingsplicht valt. Hieruit volgt tevens dat informatie die niet onder een geheimhoudingsplicht valt, ook niet onder een verschoningsrecht kan vallen.

Gelet op het voorgaande wordt voorgesteld deze constatering expliciet op te nemen in de memorie van toelichting.

Begrip 'levensgezel'

Ten aanzien van de toevoeging van het begrip levensgezel aan de familiale betrekkingen van de artikelen 1.6.2.1.1 en 1.6.2.2.1 in relatie tot de plicht tot mededeling van het hebben van een familiair verschoningsrecht, wordt het volgende opgemerkt.

Zoals in de conceptmemorie van toelichting wordt opgemerkt,¹⁴ kan het informeren van de bloed- of aanverwant slechts aan de orde zijn wanneer de verdachte bij de verhorende ambtenaar bekend is en deze ook weet dat hij een familielid van de verdachte als getuige hoort. Eventueel vraagt de verhorende ambtenaar aan de getuige of deze in een bepaalde, voor het familiair verschoningsrecht relevante, verhouding staat tot de verdachte. Enkele pagina's verder wordt de toevoeging 'levensgezel' nader toegelicht en worden enkele aspecten genoemd die een rol kunnen spelen bij de beoordeling of sprake is van een levensgezel (van de verdachte), waaronder het voeren van een gezamenlijke huishouding.¹⁵ Vervolgens wordt weer aangegeven dat met het enkele voeren van een dergelijke huishouding echter nog niet is gegeven dat er ook daadwerkelijk sprake is van een levensgezel; doorslaggevend hierin is uiteindelijk het bestaan van een affectieve relatie

Indien het begrip 'levensgezel' wordt gehandhaafd in de artikelen 1.6.2.1.1 en 1.6.2.2.1, bestaat het risico dat er in de praktijk, met name voorafgaand aan een getuigenverhoor door een opsporingsambtenaar, discussie ontstaat over de vraag of een getuige kan worden aangemerkt als de/een levensgezel van verdachte. Dit mede gelet op de opmerking in de conceptmemorie van toelichting, dat de getuige die zich beroept op een familiair verschoningsrecht ook gegevens en omstandigheden zal moeten aandragen die dit beroep staven.¹⁶ De bewering dat een affectieve relatie bestaat met de verdachte, terwijl deze relatie louter op informele wijze is vormgegeven, is in de praktijk echter lang niet altijd op juistheid te verifiëren. Bovendien kan het oordeel over de vraag of de betreffende relatie inderdaad 'affectief' is, een zeer persoonlijke invulling zijn

¹³ Zie art. 1.6.2.2.1.

¹⁴ Zie pagina 124 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

¹⁵ Zie pagina 128 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

¹⁶ Zie pagina 129 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

Los hiervan is het moeilijk voor te stellen welke gegevens en omstandigheden kunnen worden aangedragen die het bestaan van een louter informele, maar affectieve relatie zouden kunnen aantonen, vooral wanneer de 'levensgezel' en de verdachte niet op hetzelfde adres wonen. Daardoor zal ongetwijfeld vaker dan nu discussie ontstaan over de vraag of de getuige in voorkomende gevallen terecht een beroep op dit verschoningsrecht doet. Als gevolg hiervan zou het getuigenverhoor in het geheel geen doorgang meer kunnen vinden, dan wel zou dat moeten worden overgedragen aan een rechter-commissaris, die overigens met dezelfde vragen te maken zal krijgen. Dit soort situaties komt de effectiviteit en doorlooptijden van opsporingsonderzoeken niet ten goede.

Gelet op het voorgaande wordt ontraden het begrip 'levensgezel' te introduceren in de wettelijke bepalingen over het familiale verschoningsrecht. In de memorie van toelichting zou wel ruimte kunnen zijn om ook de minder formele vormen van samenleving – dus samenlevingsvormen die vergelijkbaar zijn met die van het zijn van echtgenoot of geregistreerd partner – onder omstandigheden gelijk te stellen met de meer formele samenlevingsvormen. Voor het bestaan van een echtgenootschap of geregistreerd partnerschap is doorgaans voldoende snel en afdoende informatie voorhanden, ook al is deze informatie sec evenmin doorslaggevend voor het aannemen van een affectieve relatie.¹⁷

Reikwijdte van het professioneel verschoningsrecht¹⁸

In artikel 1.6.2.2.2 wordt de reikwijdte van het verschoningsrecht opnieuw beschreven en verhelderd. In de conceptmemorie wordt op de pagina's 129 tot en met 135 uitgebreid ingegaan op deze wijzigingen.

Inleidend is het goed om te constateren dat de wetgever erkent dat de ratio van het verschoningsrecht en de waarheidsvinding beide *maatschappelijke* belangen dienen en dat, mede als gevolg van het feit dat de klassiek verschoningsgerechtigden naast hun verschoningsgerechtigde werkzaamheden de laatste jaren ook andere werkzaamheden zijn gaan uitvoeren, er in de praktijk discussies en procedures zijn ontstaan over de reikwijdte van het verschoningsrecht.¹⁹ Deze discussies en procedures zorgen er immers voor dat doorlooptijden van onderzoeken oplopen, met name in die gevallen waarin de grenzen van het verschoningsrecht onduidelijk zijn en daarom veiligheidshalve²⁰ wordt gekozen voor de 'weg van de meeste weerstand': de procedure waarin een rechter-commissaris uiteindelijk beslist of bepaalde informatie onder een verschoningsrecht valt. Het is overigens niet zozeer dat steeds meer andere beroepsbeoefenaren met een geheimhoudingsplicht zich beroepen op een verschoningsrecht,²¹ als wel dat de 'klassieke vier' verschoningsgerechtigden steeds meer werkzaamheden zijn gaan verrichten²² en deze eveneens onder hun oorspronkelijke verschoningsrecht (willen) brengen.²³ Juist hierdoor is er een toename te zien van het aantal toetsingen door een rechter-commissaris ex artikel 98 van het Wetboek van Strafvordering en dus ook een toename van de druk op de capaciteit van de rechters-commissarissen.

¹⁷ Vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0548. In deze belastingzaak waren twee heren in 2003 een geregistreerd partnerschap aangegaan voor één dag, om zo fiscaal gunstige vermogensverschuivingen mogelijk te maken. De HR betitelde deze gang van zaken uiteindelijk als *fraus legis*. Anders gezegd: deze relatie was niet aan te merken als 'affectief', maar diende overwegend, zo niet louter fiscale motieven. In dit opzicht zouden beide heren zich dus ook niet (moeten) kunnen verschonen ten opzichte van elkaar omdat zij zouden moeten worden aangemerkt als elkaars levensgezel - integendeel!

¹⁸ Waar in het vervolg wordt gesproken van verschoningsrecht dan wel verschoningsgerechtigde, wordt steeds bedoeld: professioneel verschoningsrecht respectievelijk professioneel verschoningsgerechtigde, tenzij anders aangegeven.

¹⁹ Zie pagina 129 en 132 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

²⁰ In de praktijk is er namelijk wel degelijk oog voor de ratio en het maatschappelijke belang van het verschoningsrecht en zelfs in dusdanige mate dat steeds geprobeerd wordt inbreuken op (de ratio van) het verschoningsrecht te voorkomen.

²¹ Zoals wordt aangestipt op pagina 131 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

²² Zie ook pagina 129 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

²³ Zie ook pagina 132 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

Het is eveneens goed om te constateren dat de wetgever niet heeft gekozen voor een wettelijke uitbreiding van de kring van beroepsbeoefenaren die een verschoningsrecht kunnen invoeren, maar in artikel 1.6.2.2.2 de reeds lang bekende open norm blijft hanteren door te verwijzen naar de uitoefening van een ambt, beroep of stand die meebrengt dat het belang van de waarheidsvinding in beginsel moet wijken voor het belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring tot een verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden om bijstand en advies. Deze open norm maakt de onderhavige bepaling voldoende flexibel voor toekomstige ontwikkelingen, terwijl een uitbreiding van het verschoningsrecht naar andere beroepsgroepen de uitzondering blijft, mede gelet op de criteria die gelden voor het al dan niet toekennen van een dergelijk verschoningsrecht.²⁴

Artikel 1.6.2.2.2 drukt duidelijker dan het huidige artikel 218 van het Wetboek van Strafvordering uit, welke informatie in beginsel onder het verschoningsrecht valt, door ten eerste te verwijzen naar de ratio van het verschoningsrecht: "het belang dat ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring voor bijstand en advies tot [een verschoningsgerechtigde] moet kunnen wenden" en, ten tweede, nader te bepalen dat het verschoningsrecht zich alleen uitstrekt over die wetenschap die "rechtstreeks verband houdt met deze specifieke taakuitoefening". Hieruit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat het verschoningsrecht per definitie nooit verder kan reiken dan een geheimhoudingsplicht zodat, waar geen geheimhoudingsplicht bestaat ten aanzien van informatie die niet bedoeld is om in vertrouwen te worden gedeeld met de hier bedoelde beroepsbeoefenaren, in ieder geval geen verschoningsrecht kan worden ingeroepen.²⁵

Volgens de toelichting op artikel 1.6.2.2.2 is ervoor gekozen het begrip "geheimhouding" niet meer te gebruiken als beperkend criterium ten aanzien van informatie die onder het verschoningsrecht valt en alleen nog de term "verschoningsrecht" te gebruiken.²⁶ In artikel 1.6.2.2.2 wordt de term "geheimhouding" alleen in de eerste zin nog gebruikt. Het criterium "geheimhouding" in deze eerste zin beperkt alleen de beroepsgroepen die een beroep kunnen doen op het verschoningsrecht. Alleen die verschoningsgerechtigden die een geheimhoudingsplicht hebben waarin besloten ligt dat het belang van de waarheidsvinding moet wijken voor het belang dat ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring voor advies en bijstand tot hen moet kunnen wenden, hebben een verschoningsrecht. Dit criterium "geheimhouding" brengt vervolgens echter geen beperking aan in de informatie die tussen de verschoningsgerechtigde en zijn cliënt wordt uitgewisseld. Een beperking wordt wel aangebracht in de tweede zin van artikel 1.6.2.2.2: zij kunnen zich slechts verschonen omtrent de wetenschap over hetgeen rechtstreeks verband houdt met deze specifieke taakuitoefening. Nu wordt dus alle informatie die rechtstreeks met deze taakuitoefening verband houdt onder het verschoningsrecht gebracht zonder onderscheid te maken tussen informatie die bedoeld is geheim te worden gehouden en informatie die bedoeld is geopenbaard te worden, bijvoorbeeld een notariële akte die in een openbaar register wordt ingeschreven.

²⁴ Zie voor deze criteria pagina 130 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

²⁵ Zie ook pagina 7 hiervoor, waar tevens wordt voorgesteld deze constatering expliciet op te nemen in de memorie van toelichting. Deze conclusie kan ook worden gelezen in het huidige art. 98 lid 1 dat de inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden beperkt "ten aanzien van brieven en geschriften tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt". Anders gezegd: als informatie niet onder een geheimhoudingsplicht valt, kan het ook niet onder het verschoningsrecht vallen.

²⁶ Zie pagina's 130-132 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

De in de nu voorgestelde bepaling gekozen bewoordingen lijken bedoeld te zijn om een einde te maken aan de discussie of informatie die onder een geheimhoudingsplicht valt, ook automatisch onder het verschoningsrecht valt. Op zich is het goed dat deze onduidelijkheid wordt weggenomen. De wijziging leidt nu echter tot een andere onduidelijkheid en dus weer discussie in de praktijk. Immers, nu ten aanzien van informatie die wordt uitgewisseld binnen de hulpverleningstaak als hier bedoeld het zelfstandige vereiste van geheimhouding is vervallen, kan de mening post vatten dat informatie, die weliswaar wordt uitgewisseld tussen een verschoningsgerechtigde en zijn cliënt maar niet bedoeld is om geheim te houden, bijvoorbeeld de informatie in het kader van een overeenkomst tussen partijen of een openbare notariële akte, toch onder het verschoningsrecht valt.

Om elke discussie hierover te voorkomen wordt ervoor gepleit in de wettekst of in ieder geval in de toelichting op artikel 1.6.2.2.2, expliciet op te nemen dat het professionele verschoningsrecht zich nooit kan uitstrekken over informatie die de verschoningsgerechtigde niet geheim kan of moet houden omdat die bijvoorbeeld bestemd is om ten opzichte van derden te worden gebruikt of in openbare registers zal worden opgenomen.

In het kader van de reikwijdte van het verschoningsrecht geeft de conceptmemorie van toelichting op Boek 1 een aantal voorbeelden van situaties waarbij wel sprake is van een verschoningsrecht en waarbij dat niet het geval is.²⁷ Over de daar gegeven voorbeelden bestaat in den brede wel overeenstemming, ook bij de betreffende beroepsgroepen. Het is immers moeilijk te ontkennen dat een advocaat, notaris of geestelijke in de hoedanigheid van bestuurder van een rechtspersoon zijn verschoningsrecht niet kan invoeren indien hij wordt gehoord vanwege zijn betrokkenheid in die hoedanigheid. Dit geldt evenzeer voor die gevallen waarin een verschoningsgerechtigde wordt betrokken met het enkele doel bepaalde informatie onder diens verschoningsrecht te brengen, zoals het voorbeeld waarin een advocaat wordt opgenomen 'in cc' van een e-mailbericht of aanschuift bij een zakelijke bespreking met dat enkele doel. Terecht wordt opgemerkt dat in dergelijke gevallen de aldus ter kennis van verschoningsgerechtigde gebrachte informatie niet onder het verschoningsrecht valt.²⁸

In de praktijk bestaan echter ook meerdere voorbeelden waarbij dat enkele doel minder evident of zelfs afwezig is, zoals in het geval dat een raad van bestuur van een rechtspersoon een accountant forensisch onderzoek wil laten doen in de administratie, waarbij vervolgens de (huis)advocaat van die rechtspersoon formeel de opdracht daartoe aan de accountant geeft, namens de raad van bestuur. Dergelijke gevallen geven iedere keer aanleiding tot discussie over de vraag of dit een advocatuurlijke werkzaamheid is waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt en dus of de resultaten van dergelijk forensisch onderzoek ook aan de verschoningsgerechtigde 'als zodanig' ter kennis zijn gebracht.

Ten aanzien van werkzaamheden die als notarieel kunnen worden aangemerkt, kan hieraan nog een dimensie worden toegevoegd. Een notaris is – vaak wettelijk voorgeschreven – betrokken bij civiele rechtshandelingen, zoals het verlijden van aktes inzake vastgoedtransacties, het oprichten van rechtspersonen, het opstellen en wijzigen van statuten en het overdragen van aandelen. Daarnaast is een notaris onder meer betrokken bij het opstellen van testamenten, huwelijksvoorwaarden en verricht hij ook meer en meer andere juridische diensten, bijvoorbeeld het opmaken van overeenkomsten tussen civiele partijen of het opstellen van volmachten. Bij al deze notariële werkzaamheden is het echter nog maar de vraag of de informatie die de notaris in dit kader ter kennis komt, steeds onder diens verschoningsrecht valt dan wel zou moeten vallen.

²⁷ Zie pagina 132 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

²⁸ Zie pagina 132 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1. Bovendien is het nog maar de vraag of men dan kan spreken van 'ter kennis brengen' van de verschoningsgerechtigde.

En ook ten aanzien van bepaalde gedragingen van geestelijken, zoals wanneer zij hun gelovigen schriftelijk of tijdens een gebedsdienst oproepen tot onverdraagzaamheid, haat of zelfs gewapende strijd op religieuze grondslag,²⁹ moet worden nagedacht wat daarop de reactie zal zijn: vallen dergelijke gedragingen wel of niet onder het verschoningsrecht? In theorie lijkt het antwoord simpel. De praktijk laat echter vaak een veel weerbarstiger beeld zien.

Zoals hiervoor al is aangegeven, valt niet alle informatie die een verschoningsgerechtigde onder zich heeft, of die tussen hem en derden is uitgewisseld, onder het verschoningsrecht als bedoeld in artikel 1.6.2.2.2. In dit verband is het op zichzelf goed om te zien dat met de betreffende beroepsgroepen wordt gesproken om te komen tot een zekere afbakening van werkzaamheden die onder een verschoningsrecht vallen en welke niet.³⁰ Overigens lijkt de wetgever zich elders in de conceptmemorie een grotere rol hierin toe te delen waar hij stelt dat in de wettelijke regeling wordt voorgesteld de reikwijdte van het verschoningsrecht in overeenstemming te brengen met recente ontwikkelingen in de jurisprudentie en de rechtspraak.³¹ Echter, in de praktijk blijkt dat verschoningsgerechtigden zich in beginsel bij al hun werkzaamheden toch uiteindelijk op het standpunt stellen dat de informatie waarvan zij in dat verband kennis hebben genomen, onder het verschoningsrecht valt.³² Daarom wordt voorgesteld om ook andere voorbeelden in de memorie van toelichting nader uit te werken, zodat in meer gevallen dan nu geschetst, in een vroeg stadium duidelijk is of bepaalde informatie wel of niet onder een verschoningsrecht valt. In dit verband wordt nogmaals opgemerkt dat in gevallen waarin geen sprake is van een geheimhoudingsplicht, een verschoningsrecht in het geheel niet meer aan de orde kan zijn.

Bij notarissen zou hierbij dan gedacht kunnen worden aan een splitsing tussen wel en niet verschoningsgerechtigde werkzaamheden op grond van de vraag of (de neerslag van) een bepaalde werkzaamheid in een openbaar register wordt opgenomen, zoals akten van levering en van hypotheek in het kadaster en akten van statutaire bepalingen of aandelenoverdracht in het handelsregister van de Kamer van Koophandel, of de vraag of het gaat om bescheiden die derdenwerking (kunnen) hebben zoals volmachten en overeenkomsten. Al deze voorbeelden vallen daarom niet onder het notarieel verschoningsrecht – of zouden daarom niet onder het verschoningsrecht moeten vallen.

Bij advocaten zou gedacht kunnen worden aan (het geven van opdracht tot) forensisch accountancyonderzoek, het geven van fiscaal advies of het uitwerken of opzetten van een rechtspersonenconstructie, als werkzaamheden waarover het verschoningsrecht zich niet uitstrekt; dergelijke juridische werkzaamheden zijn immers niet uitsluitend voorbehouden aan advocaten en hebben bovendien geen betrekking op bijstand en advies in het kader van een rechtsgeding.³³ Al deze voorbeelden vallen daarom niet onder het advocatuurlijk verschoningsrecht – of zouden daarom niet onder het verschoningsrecht moeten vallen.

²⁹ Waaronder ook het oproepen tot het financieren van die gewapende strijd, oftewel de financiering van terrorisme.

³⁰ Zie pagina 133 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

³¹ Zie pagina 76 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

³² Zie ook pagina 216 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

³³ Zie ook art. 1, tweede lid, van de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft). Daar wordt een goede afbakening gegeven van werkzaamheden van o.a. advocaten en notarissen waarover hun verschoningsrecht zich uitstrekt: werkzaamheden die verricht worden betreffende de bepaling van de rechtspositie van hun cliënt, diens vertegenwoordiging en verdediging in rechte, het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding.

Bij geestelijken ten slotte, moet eveneens goed doordacht worden welke 'werkzaamheden' wel door het verschoningsrecht bestreken worden en welke niet, alsmede wanneer sprake is van een geestelijke met een verschoningsrecht. Voor de meer traditionele geestelijken als priesters en rabbijnen lijkt dat min of meer voor de hand liggend, mede omdat zij een professionele (theologische) opleiding hebben genoten. Voor andere religieuze personen als imams is dat momenteel echter niet duidelijk. Het zou goed zijn als de wetgever zich nu al richt op de beantwoording van deze vragen.

Los hiervan is het nog steeds wenselijk dat het overleg tussen het Openbaar Ministerie, de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie wordt voortgezet.³⁴ Het is immers van belang dat al voor de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek er zo veel mogelijk consensus wordt bereikt over de (oorspronkelijke) reikwijdte van het verschoningsrecht. Voortgang in dit overleg leidt er tevens toe dat het nieuwe wetboek op dit punt toekomstbestendig is en niet reeds kort na de invoering ervan weer wijzigingen nodig zijn, omdat die consensus pas na de inwerkingtreding zou worden bereikt.

Bovendien leidt een duidelijker afbakening van de reikwijdte van het verschoningsrecht ertoe dat de bijzondere procedure waarin de rechter-commissaris een beslissing moet nemen of bepaalde informatie onder het verschoningsrecht valt of niet, minder vaak hoeft te worden ingezet als er in meer gevallen vooraf al duidelijk is welke informatie er in ieder geval niet onder valt. Dit levert in ieder geval tijdswinst op voor de rechter-commissaris maar ook voor de opsporing zelf.

De kwestie van de reikwijdte van het verschoningsrecht wordt in de praktijk verder gecompliceerd doordat niet alleen Nederlandse verschoningsgerechtigden betrokken zijn in strafrechtelijke onderzoeken maar, steeds vaker, ook buitenlandse professionals als betrokkene voorkomen, zoals 'lawyers'.³⁵ Ook bij deze buitenlandse betrokkenen is de vraag gerechtvaardigd of alles wat zij doen, onder het (Nederlandse) verschoningsrecht valt. Deze vraag is vaak niet eenvoudig te beantwoorden, mede gelet op de soms grote verschillen in wet- en regelgeving van Nederland en die van andere landen en op de verschillen van inzicht ten aanzien van de reikwijdte van het verschoningsrecht en in welke gevallen dat recht al dan niet zou moeten kunnen worden ingeroepen.³⁶

Ten aanzien van beroepsbeoefenaren in het buitenland, die overeenkomsten vertonen met hun Nederlandse ambts-, beroeps- of standgenoten, is het in het bijzonder de vraag of het mogelijk is om de Nederlandse kaders van toepassing te laten zijn op de informatie die is verstrekt door of aan die buitenlandse beroepsbeoefenaren. Er zijn namelijk verschillen aan te wijzen tussen de verschillende landen en rechtstelsels als het gaat om de reikwijdte van een verschoningsrecht. Er moet dan ook voor worden gewaakt dat informatie die is verkregen door middel van een rechtshulpverzoek aan het buitenland bij een beroepsbeoefenaar, die naar Nederlandse maatstaven mogelijk een verschoningsrecht heeft maar dat in zijn eigen land onder de gegeven omstandigheden niet zou kunnen inroepen, eenmaal in Nederland opnieuw getoetst wordt aan de criteria die voor een beroep op het Nederlandse verschoningsrecht gelden. Dan zou immers de onwenselijke situatie kunnen ontstaan dat informatie waarvoor in het buitenland geen verschoningsrecht geldt, in Nederland alsnog onder het verschoningsrecht gebracht wordt, waardoor de speciale toetsingsprocedure door de rechter-commissaris zou moeten worden doorlopen. Bovendien bestaat dan de mogelijkheid dat in eerste instantie rechtmatig uit het buitenland verkregen bewijsmateriaal alsnog niet gebruikt mag worden in de Nederlandse strafprocedure, indien hier alsnog besloten wordt dat die informatie onder het verschoningsrecht naar Nederlandse maatstaven valt en er geen sprake is van de uitzonderingen genoemd in artikel 2.7.6.2.2.2.

³⁴ Zie pagina 133 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

³⁵ Lawyer wordt in de volksmond vaak vertaald als 'advocaat' maar een betere vertaling is 'jurist'.

³⁶ In dit verband wordt verwezen naar J. Mooijen, 'Geheimhoudersstukken in een kantooradministratie', *TSO* 2017, nr. 1, p. 5-12, in het bijzonder § 5.3; daar wijst zij tevens op de kritiek van het IMF en de FATF op de in verhouding tot andere landen verdergaande bescherming die het verschoningsrecht in Nederland geniet, aangezien dat zou kunnen leiden tot misbruik van dat verschoningsrecht.

Efficiënte toetsingsprocedure potentieel verschoningsgerechtigde informatie

Het verschoningsrecht en het waarborgen van de ratio ervan leveren in strafrechtelijke onderzoeken veel problemen op, met name bij doorzoeken van bedrijfspanden ter inbeslagneming van de vaak omvangrijke en steeds vaker ook digitale administratie. In dergelijke administraties kan zich op allerlei plaatsen informatie bevinden die afkomstig is van mogelijk verschoningsgerechtigden en daarmee mogelijk onder het verschoningsrecht valt. In de meeste gevallen kunnen betrokkenen niet aangeven waar en van welke verschoningsgerechtigden zich dergelijke informatie in de administratie bevindt.³⁷ En in veel gevallen heeft een onderneming³⁸ ook geen maatregelen getroffen om de vertrouwelijkheid van die informatie te waarborgen of toch in ieder geval als zodanig herkenbaar gemaakt, waardoor vele zo niet alle medewerkers van die onderneming in beginsel ook gewoon toegang hebben tot die informatie. Daarbij komt dat, zeker in digitale omgevingen, het in de meeste gevallen technisch onmogelijk is om de informatie die mogelijk onder het verschoningsrecht valt, te scheiden van de overige informatie.

Het is daarom vaak niet te voorkomen dat in de in beslag genomen informatie ook informatie aanwezig is die mogelijk onder het verschoningsrecht valt. Dit vormt dan ook vaak de aanleiding voor de beslagene of de betreffende verschoningsgerechtigden om een klaagschrift in te dienen tegen de inbeslagneming en kennisneming van dergelijke informatie. Daarbij vormt het kennelijk geen beletsel dat zij vaak niet kunnen aangegeven om welke informatie het specifiek gaat of waar die informatie zich dan zou moeten bevinden. Klaagschriften vormen dan ook vaak de aanleiding voor onduidelijkheid en dus overleg tussen de rechter-commissaris, de officier van justitie en de raadsman over hoe om te gaan met het beslag. Als gevolg hiervan kan de opsporing niet direct onderzoek gaan verrichten in de in beslag genomen administratie, hetgeen leidt tot vertraging van meerdere weken tot vele maanden.

Bovendien betreft het dan ook informatie die in veruit de meeste gevallen voor het onderzoek in het geheel niet van belang is of blijkt te zijn. Indien en voor zover de opsporing dan toch onverhoopt kennis zou nemen van die informatie, heeft dat voor het strafrechtelijke onderzoek geen enkele consequentie. Daarnaast wordt deze informatie in ieder geval, indien aangetroffen, direct afgezonderd en via de medewerker geheimhouders teruggegeven aan de beslagene of permanent ontoegankelijk gemaakt.

Doordat in de praktijk vrijwel standaard geklaagd wordt over de inbeslagneming van informatie omdat zich daarin (mogelijk) ook informatie bevindt die onder een verschoningsrecht zou kunnen vallen, wordt het probleem van de scheiding van mogelijk verschoningsgerechtigde informatie en het waarborgen van het verschoningsrecht per saldo afgewenteld op de opsporing. In de toelichting³⁹ is er aandacht voor deze praktijk, waar wordt aangegeven dat een verschoningsgerechtigde niet kan volstaan met de enkele bewering dat bepaalde informatie onder het verschoningsrecht valt, maar gemotiveerd dient aan te geven welke informatie het betreft en zo precies mogelijk dient aan te geven waar die informatie zich in het beslag bevindt. In de praktijk wordt er soms een lijst⁴⁰ met namen van verschoningsgerechtigden aangereikt aan de hand waarvan dan een selectie vooraf zou moeten worden gemaakt. Aangezien de rechter-commissaris dit doorgaans niet zelf kan doen, delegeert hij deze werkzaamheden aan de medewerker geheimhouders die dan onder zijn verantwoordelijkheid en regie ervoor zorgt dat de betreffende informatie voor hem zichtbaar wordt en hem daardoor uiteindelijk in staat stelt de inhoudelijke beoordeling te verrichten. Het is het dus aan de beslagene of de verschoningsgerechtigde om gemotiveerd aan te geven of informatie mogelijk onder het verschoningsrecht valt. Daarbij dient ook zo veel mogelijk te worden gespecificeerd welke informatie dat dan betreft en liefst ook zo veel mogelijk richting te worden gegeven waar die informatie dan is te vinden.

³⁷ Indien een betrokkene wel kan aangeven waar zich mogelijk onder het verschoningsrecht vallende informatie bevindt, wordt deze direct afgezonderd zodat het ofwel niet in beslag wordt genomen, of meteen kan worden voorgelegd aan de rechter-commissaris.

³⁸ Dan wel de verschoningsgerechtigden in kwestie.

³⁹ Zie pagina 225 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁴⁰ Meer dan eens bestaat een dergelijke lijst een behoorlijk aantal pagina's oftewel tientallen tot soms wel honderden namen van mogelijk verschoningsgerechtigden.

De vraag is ook of met de klachtprocedure aangaande de inbeslagneming en kennisneming van informatie die mogelijk onder het verschoningsrecht valt, het op zich gerechtvaardigde belang van het verschoningsrecht wordt gediend, of dat die procedure in de praktijk uiteindelijk wordt gebruikt om het strafrechtelijke onderzoek te frustreren en te vertragen. Het oneigenlijk en standaard inroepen van het verschoningsrecht zal dan uiteindelijk leiden tot erosie van dat recht.

Daarom wordt erop aangedrongen in de toelichting nader uiteen te zetten wat de visie van de wetgever is op deze problematiek. Tevens wordt gevraagd om hieraan ook aandacht te besteden in het overleg tussen het openbaar ministerie en de diverse beroepsorganisaties.

In artikel 2.7.6.2.2.1 wordt de hoofdregel van het huidige artikel 98 weergegeven: informatie die onder het verschoningsrecht valt, wordt in beginsel niet in beslag genomen. De eerste uitzondering op deze regel is dat inbeslagneming wel is toegestaan indien de rechter-commissaris heeft beslist dat inbeslagneming en – per saldo – kennisneming van die informatie is toegestaan. In deze beslissing van de rechter-commissaris ligt het oordeel besloten dat het belang van het verschoningsrecht in het concrete geval dient te wijken voor het belang van de waarheidsvinding.

De tweede uitzondering op de hoofdregel is dat informatie die mogelijk onder het verschoningsrecht valt, toch in beslag mag worden genomen zodat de rechter-commissaris niet ter plekke hoeft te beoordelen of de betreffende informatie inderdaad onder het verschoningsrecht valt en of zich een van de gevallen voordoet die in artikel 2.7.6.2.2.2 zijn genoemd, die maken dat het verschoningsrecht dient te worden doorbroken. Ook dan wijkt uiteindelijk het belang van het verschoningsrecht voor het belang van de waarheidsvinding.

Met name de tweede in artikel 2.7.6.2.2.1 opgenomen mogelijkheid wordt onderschreven. Het komt immers in de praktijk regelmatig voor dat een doorzoeking van een plaats ter inbeslagneming van voorwerpen en gegevens dusdanig omvangrijk is, dat de rechter-commissaris ter plaatse niet voldoende tijd en gelegenheid heeft om een gedragen oordeel te vormen over de toelaatbaarheid van de inbeslagneming van informatie die onder het verschoningsrecht valt. Er wordt in de huidige praktijk dan ook wel voor gekozen om die informatie dan maar niet in beslag te nemen, hetgeen een risico vormt ten aanzien van de vraag of de verdenkingen uiteindelijk voldoende bewezen kunnen worden. Bijkomend voordeel van deze mogelijkheid⁴¹ is dat een plaats zo snel en efficiënt mogelijk kan worden doorzocht en de rechthebbenden niet langer in hun werk, leven en vrijheid beperkt worden dan noodzakelijk voor het uitvoeren van de doorzoeking.⁴² Een ander voordeel van deze mogelijkheid is dat bij een verschil van mening of bepaalde informatie wel of niet onder het verschoningsrecht valt, alsmede of doorbreking van het verschoningsrecht in voorkomend geval aan de orde is, de discussie elders kan worden gevoerd en de beslissing van de rechter-commissaris elders kan worden genomen in plaats van tijdens en ter plekke van de doorzoeking. De discussie waarop hier wordt gedoeld, betreft overigens de vraag welk standpunt juist is: het standpunt van de verschoningsgerechtigde(n) in kwestie dat in beslag te nemen informatie wel onder het verschoningsrecht valt of het standpunt van het openbaar ministerie dat die informatie niet onder het verschoningsrecht valt dan wel dat er sprake is van corpora et instrumenta delicti, de informatie kan dienen om wederrechtelijk voordeel aan te tonen,⁴³ of dat er zeer buitengewone omstandigheden aanwezig zijn die maken dat het belang van de waarheidsvinding moet prevaleren boven het belang dat het verschoningsrecht beoogt te beschermen.

⁴¹ Op pagina 55 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2 wordt overigens gesproken van een overbrengingsbevoegdheid van de rechter-commissaris ten behoeve van de beoordeling van mogelijk onder het verschoningsrecht vallende informatie. Op pagina 214 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2 wordt gesproken van 'meenemen naar het kabinet RC'. Deze meeneembevoegdheid wordt in de voorgestelde wettekst terecht als inbeslagneming betiteld.

⁴² Zie ook pagina 215 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁴³ Zie hierna, waar wordt voorgesteld om deze doorbrekingsgrond die in het huidige art. 126d is neergelegd, over te nemen in art. 2.7.6.2.2.2.

In artikel 2.7.6.2.2.2 worden de doorbrekingsgronden van het verschoningsrecht beschreven, waaronder de in de jurisprudentie ontwikkelde 'zeer buitengewone omstandigheden'. De codificatie van deze gronden voor de doorbreking van het verschoningsrecht wordt onderschreven, omdat deze codificatie ervoor zorgt dat de huidige praktijk weer correct in de wet wordt weerspiegeld.

Overigens leidt de term 'waarheidsvinding' in artikel 2.7.6.2.2.2, onder c, tot de vraag of het aantonen van wederrechtelijk verkregen voordeel ook een grond kan zijn voor het doorbreken van het verschoningsrecht en of informatie die op deze grond verkregen is, voor ontnemingsprocedures kan worden gebruikt. Zeker nu het erop lijkt dat het strafrechtelijk financieel onderzoek zoals dat nu is vormgegeven in de artikelen 126 en verder van het huidige wetboek niet meer terugkeert in het nieuwe Wetboek van Strafvordering, wordt erop aangedrongen de doorbrekingsgrond 'aantonen van wederrechtelijk voordeel'⁴⁴ ook op te nemen in artikel 2.7.6.2.2.2.

In artikel 2.7.6.2.2.3, eerste lid, wordt bepaald dat de rechter-commissaris beslist over de inbeslagneming van informatie die onder het verschoningsrecht valt, alsmede in de gevallen dat pas na de inbeslagneming van informatie het vermoeden ontstaat dat informatie mogelijk onder het verschoningsrecht valt.⁴⁵ Hoewel dit niet met zoveel woorden in de wettekst is vermeld, houdt deze beslissing in dat de rechter-commissaris een *inhoudelijke* beoordeling uitvoert om te bezien of de informatie inderdaad onder het verschoningsrecht valt en, zo ja, of zich een van de in artikel 2.7.6.2.2.2 genoemde gevallen voordoet dat maakt dat de waarheidsvinding moet prevaleren boven het belang dat het verschoningsrecht beoogt te beschermen. Volgens het tweede lid kan de rechter-commissaris zich bij deze inhoudelijke beoordeling alleen laten bijstaan door medewerkers van zijn kabinet. Het derde lid bepaalt dat de rechter-commissaris voorafgaand aan zijn beslissing zo mogelijk de verschoningsgerechtigde in kwestie in staat moet stellen zijn standpunt kenbaar te maken. Het vierde lid biedt de mogelijkheid – en schrijft in genoemde gevallen voor – dat een gezaghebbend lid van de beroepsgroep waartoe de verschoningsgerechtigde in kwestie behoort, de rechter-commissaris voorlicht.

Waar in artikel 2.7.6.2.2.3, derde lid, overigens nog wordt gesproken van 'zo mogelijk', lijkt raadpleging van de verschoningsgerechtigde in artikel 2.7.6.2.3.1, tweede lid, eerder dwingend voorgeschreven ('de rechter-commissaris stelt ... de verschoningsgerechtigde in de gelegenheid ...'). Zeker nu de situatie die artikel 2.7.6.2.3.1 beoogt te regelen veel vaker voorkomt dan de situatie als bedoeld in artikel 2.7.6.2.2.1, zal de verplichting om de verschoningsgerechtigde te raadplegen per saldo veel vaker voorkomen. Dit omdat onderzoeken bij derden waarbij ook mogelijk verschoningsgerechtigde informatie wordt aangetroffen immers vele malen vaker worden verricht dan onderzoeken bij verschoningsgerechtigden.

Hoewel de betrokkenheid van de verschoningsgerechtigde in kwestie dus niet in alle gevallen verplicht is voorgeschreven, suggereert de toelichting dat het inwinnen van het standpunt van de verschoningsgerechtigde de regel is, waar slechts bij hoge uitzondering van zou mogen worden afgeweken.⁴⁶ Het Platform vindt dit een te rigide voorschrift, zeker in het licht van het gegeven dat verschoningsgerechtigden in de praktijk zich vrijwel altijd standaard op hun verschoningsrecht beroepen.⁴⁷

⁴⁴ Zie art. 126d van het Wetboek van Strafvordering.

⁴⁵ Zie art. 2.7.6.2.3.1.

⁴⁶ Zie pagina 220 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁴⁷ Zie ook pagina 216 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

Ten eerste lijkt het weinig zinvol om het standpunt van de verschoningsgerechtigde in te winnen, omdat, zoals reeds eerder opgemerkt, verschoningsgerechtigden zich doorgaans standaard op hun verschoningsrecht beroepen. Dat standpunt staat derhalve al in vrijwel alle gevallen van tevoren vast. Het inwinnen van dat standpunt is dan louter een formaliteit en levert ook nogal eens vertraging op wanneer de verschoningsgerechtigde door omstandigheden niet bereikbaar is, zich tijdelijk of permanent in het buitenland bevindt, of ook na herhaalde pogingen zijn standpunt niet kenbaar maakt. Het is daarom beter om in de wet van de premisse uit te gaan dat de verschoningsgerechtigde zich op zijn verschoningsrecht zal beroepen, zodat direct de hier voorgestelde procedure kan worden gestart. Daarmee wordt al direct enige tijdsbesparing gerealiseerd.

Tevens wordt hiermee voorkomen dat de individuele verschoningsgerechtigde klem komt te zitten tussen enerzijds zijn civiele en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid en anderzijds eventuele strafrechtelijke vervolging wegens het opzettelijk niet voldoen aan een ambtelijk bevel indien – vaak achteraf – blijkt dat de van hem gevorderde informatie niet onder het verschoningsrecht valt. Hier wordt gedoeld op de situatie dat de verschoningsgerechtigde een strafvorderlijk bevel tot uitlevering van informatie krijgt. De verschoningsgerechtigde hoeft niet aan een dergelijk bevel te voldoen indien en voor zover de gevorderde informatie onder het verschoningsrecht valt. De verschoningsgerechtigde wordt dan ertoe gedwongen daarover een oordeel te geven. Is het oordeel dat de gevorderde informatie *wel* onder het verschoningsrecht valt echter onjuist dan is hij strafrechtelijk aansprakelijk wegens het opzettelijk niet voldoen aan de vordering. Is zijn oordeel dat de gevorderde informatie *niet* onder het verschoningsrecht valt onjuist dan riskeert hij daarentegen civielrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid. Dit is een niet te benijden situatie waarin geen enkele individuele verschoningsgerechtigde gebracht zou moeten worden. Een gezaghebbende, onafhankelijke vertegenwoordiger van de betreffende beroepsgroep zou dit oordeel veel beter kunnen geven.

Ten tweede kan het onderzoeksbelang vergen dat niet direct het standpunt van de verschoningsgerechtigde wordt ingewonnen. Dit is met name het geval wanneer voor de verdachte(n) en/of andere betrokkenen waaronder de verschoningsgerechtigden zelf, nog niet bekend is dat er een strafrechtelijk onderzoek loopt en het onderzoeksbelang vordert dat dit nog niet voor de buitenwereld bekend wordt. Deze situatie doet zich met name voor in die gevallen waarin bepaalde informatie die mogelijk onder het verschoningsrecht valt, door een toezichthouder of door een aangever of getuige is aangedragen en waarop (mede) een redelijk vermoeden is of moet worden gebaseerd. Dit is te meer het geval wanneer de verschoningsgerechtigde niet is aan te merken als een onpartijdige derde. Hierbij moet worden gedacht aan situaties waarin de verschoningsgerechtigde de vaste huisadvocaat of huisnotaris van een verdachte onderneming is.

Ten derde is er het belang om een zorgvuldige afweging te maken voordat een strafrechtelijk onderzoek wordt ingesteld. Hierbij wordt voordat naar buiten wordt getreden, beoordeeld of een in te stellen strafrechtelijk onderzoek haalbaar is of dat het instellen van dergelijk onderzoek aanleiding kan vormen voor schadeclaims. Het instellen van een strafrechtelijk (fraude)onderzoek tegen een beursgenoteerde onderneming bijvoorbeeld vormt veelal koersgevoelige informatie die gepubliceerd moet worden en kan daarmee invloed hebben op de koers van de aandelen van die onderneming. In dergelijke gevallen is het daarom van belang dat de haalbaarheid van dat strafrechtelijk onderzoek al in een vroeg stadium goed kan worden ingeschat en dat hangt mede af van de vraag of bepaalde bewijsmiddelen uiteindelijk gebruikt mogen worden. Als de startinformatie, ontvangen van een toezichthouder, (mogelijk) verschoningsgerechtigde informatie bevat, zou volgens de voorgestelde regeling de verschoningsgerechtigde in kwestie zo mogelijk – maar uiteindelijk vrijwel altijd – moeten worden benaderd om zijn standpunt te vernemen. Zoals reeds vermeld is dat bepaald onwenselijk, maar leidt het er in de huidige praktijk bovendien ook meer dan eens toe dat zo een strafrechtelijk onderzoek, hoe maatschappelijk relevant ook, uiteindelijk in het geheel niet wordt opgepakt, ook al zou de rechter-commissaris uiteindelijk van oordeel zijn dat de verschoningsgerechtigde informatie voor het bewijs gebruikt mag worden.

Het zou in deze gevallen dus evenzeer wenselijk zijn om voorafgaand aan het instellen van een dergelijk groot onderzoek het oordeel van de rechter-commissaris in te winnen zonder dat de verschoningsgerechtigde al in dat stadium betrokken moet worden.

Ten vierde kan het onwenselijk zijn vooraf het standpunt van de verschoningsgerechtigde in te winnen, wanneer de verschoningsgerechtigde in kwestie zelf verdachte is, maar van dat gegeven nog niet op de hoogte is. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de Belastingdienst een zaak bij de FIOD aanmeldt voor strafrechtelijk onderzoek, waarin de verschoningsgerechtigde wordt verdacht van het opzettelijk onjuist doen van zijn eigen belastingaangifte. Bij de intake van deze melding en de afweging tussen strafrechtelijke of bestuursrechtelijke afdoening kan zich dan de vraag voordoen of de facturen van de verschoningsgerechtigde aan zijn cliënten als bewijs voor dat fiscale delict kunnen worden gebruikt. Het is evident dat het in dit geval evenmin wenselijk is dat de verdachte verschoningsgerechtigde wordt benaderd. Aangezien de rechter-commissaris echter toch degene is die uiteindelijk beslist of er terecht sprake is van een verschoningsrecht en, zo ja, of er gronden zijn die dat verschoningsrecht kunnen doorbreken,⁴⁸ is het voorafgaand aan die beslissing inwinnen van het standpunt van de verdachte verschoningsgerechtigde zelf niet alleen onwenselijk maar ook niet van belang. Dit laatste wederom in het licht dat verschoningsgerechtigden zich over het algemeen toch standaard op hun verschoningsrecht beroepen en het feit dat de verschoningsgerechtigde ook verdachte is, nog niet maakt dat het verschoningsrecht dan niet meer zou kunnen worden ingeroepen.

Gelet op het voorgaande wordt voorgesteld dat de bepaling dat de rechter-commissaris voorafgaand aan zijn beslissing zo mogelijk het standpunt van de betreffende verschoningsgerechtigde inwint, wordt geschrapt.

De betrokkenheid van een gezaghebbend lid van de betreffende beroepsgroep als bedoeld in artikel 2.7.6.2.2.3, vierde lid, is voldoende compensatie voor het gemis dat de verschoningsgerechtigde zelf zijn standpunt kenbaar kan maken. Als alternatief wordt in overweging gegeven een verschoningskamer in te stellen, waarin meerdere vertegenwoordigers van de betreffende beroepsgroep de belangen van de verschoningsgerechtigde in kwestie vertegenwoordigen.

In dit verband wordt tevens voorgesteld om de mogelijkheid te scheppen dat de notificatieplicht als bedoeld in artikel 2.7.6.2.4.1, eerste lid, wordt uitgesteld in het belang van het onderzoek. Voor de onderliggende redenen die uitstel van de bekendmaking van de beslissing van de rechter-commissaris aan de verschoningsgerechtigde zouden rechtvaardigen, wordt kortheidshalve verwezen naar de hiervoor vermelde argumenten met betrekking tot de inwinning van het standpunt van de verschoningsgerechtigde.

Het uitgangspunt dat de rechter-commissaris degene is die beslist over de vraag of kennis mag worden genomen van informatie die onder het verschoningsrecht valt, wordt onderschreven. De vraag is echter of het bepaalde in artikel 2.7.6.2.2.3, tweede lid, in samenhang met hetgeen in dit verband in de concepttoelichting wordt vermeld over de huidige praktijk en dan met name over de rol van medewerkers geheimhouders en geheimhoudersofficieren van justitie⁴⁹ in de praktijk uitvoerbaar zal zijn. Daarnaast lijkt de toelichting op het tweede lid van artikel 2.7.6.2.2.3 te suggereren dat genoemde medewerkers en officieren inhoudelijk kennis nemen van de mogelijk onder het verschoningsrecht vallende informatie. Dit is echter absoluut niet het geval. Wel juist is de opmerking dat een medewerker geheimhouder niet inhoudelijk betrokken is bij het strafrechtelijk onderzoek waarin hij deze rol uitvoert.

⁴⁸ Zie art. 2.7.6.2.2.3, eerste lid respectievelijk art. 2.7.6.2.2.2.

⁴⁹ Zie pagina 219 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

In de huidige praktijk is een werkwijze ontwikkeld waarin het belang van het verschoningsrecht zo goed mogelijk wordt gewaarborgd en waardoor zo veel mogelijk wordt voorkomen dat opsporingsambtenaren die bij het onderzoek zijn betrokken, kennis nemen van informatie die onder het verschoningsrecht valt. Deze rol is echter van strikt logistieke aard. Zo zorgt deze medewerker ervoor dat informatie die evident geen betrekking heeft op het betreffende onderzoek zo spoedig mogelijk wordt teruggegeven of ontoegankelijk wordt gemaakt. Vooral in onderzoeken in omvangrijke administraties, waar soms wel twintig opsporingsambtenaren tegelijkertijd onderzoek in doen, moeten stukken met mogelijk verschoningsgerechtigde informatie die daar in eerste instantie uit zijn gehaald maar om bepaalde redenen niet (mogen) worden gebruikt, weer op de juiste plek worden ingevoegd of teruggegeven aan de beslagene. De medewerker geheimhouders kan deze werkzaamheden buiten het opsporingsonderzoek om uitvoeren waardoor de inhoudelijk bij het onderzoek betrokken opsporingsambtenaren zich hiermee niet meer hoeven bezig te houden.

De medewerker geheimhouders neemt dus uitdrukkelijk géén kennis van de inhoud van informatie die mogelijk onder het verschoningsrecht valt, omdat de bevoegdheid daartoe niet bij deze medewerker ligt: die ligt immers – ook in de huidige praktijk – uitsluitend bij de rechter-commissaris. De medewerker geheimhouders speelt hierbij in twee categorieën van gevallen een cruciale rol.

De eerste categorie betreft de technische ondersteuning van de rechter-commissaris indien sprake is van digitale informatie. De medewerker geheimhouders⁵⁰ maakt deze digitale informatie toegankelijk door deze indien nodig te ontsleutelen, naar leesbare formaten om te zetten, te indexeren⁵¹ en dergelijke. Bij al deze werkzaamheden nemen de medewerkers geheimhouders geen kennis van de inhoud van de informatie, maar maken zij die informatie slechts raadpleegbaar voor de rechter-commissaris.

De tweede categorie van gevallen betreft een zeer beperkt aantal zaken waarin een rechter-commissaris aan een medewerker geheimhouders opdracht heeft gegeven om onder zijn verantwoordelijkheid en regie een ruwe voorselectie te maken. Deze werkwijze vloeit dan voort uit het feit dat sprake is van een zeer omvangrijke werkzaamheid die de rechter-commissaris heeft te verrichten en de lange tijd die de procedure daardoor in beslag zal gaan nemen. Deze werkzaamheden behoren dus nadrukkelijk niet tot de door de opsporingsdiensten ontwikkelde werkwijze van een medewerker geheimhouders – die verbiedt immers ten strengste kennisname van de inhoud van informatie die mogelijk onder het verschoningsrecht valt - maar betreffen werkzaamheden die de rechter-commissaris moet uitvoeren maar die hij opdraagt aan een opsporingsambtenaar.

Het Platform is van mening dat de huidige problematiek en de procedure met betrekking tot omgang met verschoningsgerechtigde informatie het opsporingsproces onevenredig zwaar belasten. Wanneer er over wordt geklaagd dat een in beslag genomen administratie mogelijk verschoningsgerechtigde informatie bevat, leidt dit al gauw tot een vertraging van zes maanden in het onderzoek.

Het huidige voorstel brengt hiervoor geen oplossingen.

Het Platform is van mening dat de inhoudelijke beoordeling terecht bij de rechter-commissaris is belegd. Aangezien de vertraging die deze procedure oplevert in opsporingsonderzoeken onaanvaardbaar is, wordt voorgesteld om voor deze categorie van gevallen artikel 2.7.6.2.2.3, tweede lid, zodanig aan te passen dat de rechter-commissaris niet alleen medewerkers van zijn eigen kabinet kan aanwijzen, maar ook andere functionarissen, waaronder dan ook medewerkers van de opsporingsdiensten die niet in het betreffende onderzoek zijn betrokken. De rechter-commissaris zou hierbij de door hem aangewezen functionarissen voor zover nodig ook kunnen beëdigen.

⁵⁰ Bij deze technische ondersteuning zijn dit doorgaans technisch specialisten oftewel digi-medewerkers.

⁵¹ Indexeren is het doorzoekbaar maken van digitale informatie met behulp van forensische tools.

Deze mogelijkheid kan echter wel kosten met zich meebrengen voor zover de door de rechter-commissaris aan te wijzen functionarissen voor deze werkzaamheden moeten worden vrijgemaakt (capaciteitskosten) en eventueel opgeleid (opleidingskosten).

De technische ondersteuning door opsporingsmedewerkers in de rol van medewerkers geheimhouders moet ook in de toekomst behouden blijven. De rechter-commissaris en zijn medewerkers van het kabinet missen hiervoor de kennis, apparatuur en menskracht. Er is hier immers sprake van zeer specialistische kennis die ook binnen de opsporing slechts bij weinig medewerkers aanwezig is. Daarnaast kenmerkt dit werk zich onder andere door de snelle ontwikkelingen van hardware en software. Aangezien ook de opsporing gebruik zal moeten blijven maken van deze specialisten en hun hardware en software, zouden al deze randvoorwaarden ook moeten worden ingevuld bij het kabinet van de rechters-commissarissen. Daarnaast zal het onderzoeksteam gedurende het onderzoek in het geheel niet bij de in beslag genomen informatie kunnen komen voor onderzoek. Het overhevelen van deze werkzaamheden naar de kabinetten van de rechters-commissarissen louter ten behoeve van de beslissing als bedoeld in artikel 2.7.6.2.2.3, eerste lid, zal dan ook niet alleen leiden tot zeer kostbare en dubbele investeringen bij die kabinetten maar ook tot enorme vertragingen in opsporingsonderzoeken.

De huidige werkwijze behelst dus zeker geen *inhoudelijke* beoordeling door een medewerker geheimhouders of een geheimhoudersofficier van justitie. In zoverre lijkt de toelichting op artikel 2.7.6.2.2.3, tweede lid, de huidige werkwijze ook nog steeds mogelijk te maken waar wordt gesteld: "Het tweede lid [...] brengt mee dat er in de voorgestelde procedure geen rol als *inhoudelijke* beoordelaar is weggelegd voor de 'geheimhoudersambtenaar' en de 'geheimhoudersofficier van justitie'."⁵² Bovendien is in jurisprudentie al meerdere malen geoordeeld dat de huidige werkwijze, waanin medewerkers geheimhouders en/of geheimhoudersofficieren van justitie die niet inhoudelijk betrokken zijn bij het strafrechtelijk onderzoek, voldoende waarborgen voor het verschoningsrecht bevat.⁵³

Hier komt bij dat in de toelichting ook wordt aangegeven wanneer de procedure van afdeling 7.6.2 van Boek 2 niet gevolgd hoeft te worden, namelijk wanneer tijdens de inbeslagneming informatie wordt aangetroffen die mogelijk onder het verschoningsrecht valt maar waarin de opsporingsambtenaar of de officier van justitie bij voorbaat geen interesse heeft,⁵⁴ of wanneer na de inbeslagneming blijkt dat zich tussen de in beslag genomen informatie ook informatie bevindt die mogelijk onder het verschoningsrecht valt maar waarvan de opsporingsambtenaar geen kennis wil nemen.⁵⁵ In het eerste geval wordt die informatie niet eens in beslag genomen en in het tweede geval kan de informatie – door tussenkomst van een medewerker geheimhouders – direct worden teruggegeven of ontoegankelijk gemaakt voor verder onderzoek. Alleen wanneer kennis zou moeten worden genomen van de mogelijk onder het verschoningsrecht vallende informatie, bijvoorbeeld omdat vermoedelijk sprake is van corpora et instrumenta delicti of van zeer buitengewone omstandigheden, zal de rechter-commissaris een beslissing moeten nemen en moet – uiteraard – de voorgestelde procedure worden gevolgd.⁵⁶

Overigens is de inschatting dat op deze manier al 90 tot 95% van de mogelijk onder het verschoningsrecht vallende informatie kan worden gefilterd zodat de rechter-commissaris ook niet meer belast hoeft te worden met de beoordeling hiervan. Indien daarentegen de stelling wordt ingenomen dat dergelijke informatie zonder meer en in alle gevallen moet worden voorgelegd aan de rechter-commissaris, die dan in vrijwel alle gevallen tot het oordeel komt dat informatie inderdaad onder het verschoningsrecht kan vallen maar geen betrekking heeft op het onderhavige opsporingsonderzoek,

⁵² Zie pagina 219 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁵³ Zie bijv. HR 2 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1450, HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714 en Rechtbank Amsterdam 23 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3330.

⁵⁴ Zie pagina 225 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁵⁵ Zie pagina 226 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁵⁶ Zie pagina 225 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

dan leidt dit tot een onaanvaardbare toename van de tijd en werkdruk bij rechters-commissarissen. Het resultaat van het verdere overleg met de ketenpartners, waaronder de BOD'en, over de vraag hoe en door wie de rechter-commissaris moet worden ondersteund en welke expertise een ondersteunende functionaris moet hebben,⁵⁷ zou dan ook moeten zijn dat de huidige werkwijze waarbij medewerkers geheimhouders en geheimhoudersofficieren van justitie een rol hebben, met voldoende waarborgen is omgeven en dus zou moeten worden gehandhaafd. Het grote voordeel van handhaving van de huidige werkwijze is bovendien dat een voor de praktijk werkbaar situatie blijft bestaan en dat doorlooptijden van opsporingsonderzoeken niet enorm oplopen als gevolg van het feit dat de procedure van toetsing door de rechter-commissaris – ook nu al – vaak zeer lang gaat duren. Daarnaast leidt handhaving van de huidige procedure tot meer budgetneutrale effecten in de strafrechtelijke keten.

Termijnen voor beklag en beslissingen

Tot slot wordt nog een keer aandacht gevraagd voor de verschillende termijnen die sinds 2015 in de wet op diverse plaatsen zijn ingevoerd. Deze termijnen blijken in de praktijk nog steeds vaak niet gehaald te worden, maar het geeft wel enige indicatie voor wanneer een oordeel van de rechter-commissaris verwacht kan worden, maar zeker ook dat van de verschoningsgerechtigde die wil opkomen tegen een inbeslagneming of kennisneming van mogelijk onder zijn verschoningsrecht vallende informatie, enige voortvarendheid wordt gevergd in het indienen van een beroepschrift.

Artikel 2.7.6.2.2.3, zesde lid, zou in dit verband kunnen worden aangevuld met de bepaling dat de rechter-commissaris binnen redelijke termijn tot een beslissing dient te komen. Dit voorafgaand aan de reeds voorgestelde bepaling dat de rechtbank een termijn kan stellen waarbinnen alsnog een beslissing wordt genomen.

Artikel 2.7.6.2.4.2, eerste lid, schrijft voor dat een verschoningsgerechtigde binnen twee weken nadat de beslissing van de rechter-commissaris aan hem is betekend, beroep kan indienen bij de rechtbank. Voor het verdere verloop en de overige termijnen van deze beroepsprocedure moet op dit moment echter artikel 552a en verder van het huidige wetboek worden geraadpleegd.⁵⁸

Het lijkt zinvol om alle termijnen van de beroepsprocedure voor verschoningsgerechtigden in paragraaf 7.6.2.4 onder te brengen zodat justitiabelen alles overzichtelijk op een plek kunnen terugvinden.

Samenvattend oordeel ten aanzien van het verschoningsrecht

Samenvattend is het oordeel ten aanzien van de bepalingen betreffende het professionele verschoningsrecht als volgt:

- De constatering dat niet iedere geheimhoudingsplicht leidt tot een verschoningsrecht wordt onderschreven. Wel moet hierbij steeds worden bedacht dat een verschoningsrecht niet meer aan de orde kan zijn in gevallen waarin informatie niet bedoeld is om in vertrouwen te worden gedeeld en dus niet onder een geheimhoudingsplicht valt, bijvoorbeeld omdat die informatie in enige vorm in een openbaar register moet worden opgenomen.
- Het wordt ontraden om het begrip levensgezel te introduceren bij het familiere verschoningsrecht, aangezien wordt voorzien dat deze vorm van – vaak informele – samenleving in de praktijk tot discussie leidt, met name als het gaat om het oordeel over het affectieve aspect van een bepaalde relatie.
- Op zichzelf is het opnieuw afbakenen van de reikwijdte van het verschoningsrecht te onderschrijven, maar zou de wet, of in ieder geval de memorie van toelichting, nog duidelijker kunnen aangeven wanneer informatie wel onder het verschoningsrecht valt en wanneer niet. Daarnaast wordt aangedrongen op voortzetting van het overleg tussen openbaar ministerie, de advocatuur en het

⁵⁷ Zie pagina 219-220 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁵⁸ Voor de volledigheid: deze termijnen zijn achtereenvolgens 14 dagen voor het indienen van een klaagschrift (art. 98 lid 4), 30 dagen voor de behandeling door de rechtbank (art. 552a lid 7), 14 dagen voor cassatie bij de Hoge Raad (art. 552d lid 2) en 90 dagen voor de einduitspraak door de Hoge Raad (art. 552d lid 3).

- notariaat over de reikwijdte van het verschoningsrecht. De resultaten van dit overleg worden idealiter in de wet of de memorie van toelichting opgenomen.
- Voorgesteld wordt om het raadplegen van de verschoningsgerechtigde in kwestie uit de wet te schrappen en uit te gaan van de fictie dat deze zich doorgaans standaard zal beroepen op zijn verschoningsrecht. Bovendien zijn in dit verband meerdere redenen aan te voeren die aangeven dat het vaak onwenselijk is om de verschoningsgerechtigde te benaderen voor zijn oordeel of bepaalde informatie onder zijn verschoningsrecht valt.
 - Het wordt ten eerste aangeraden om de huidige, praktische werkwijze waarbij niet inhoudelijk bij een opsporingsonderzoek betrokken opsporingsmedewerkers en officieren van justitie een rol spelen en die gezien meerdere rechterlijke uitspraken met voldoende waarborgen is omgeven, te handhaven. De voorgestelde regeling en de bijbehorende toelichting biedt daarvoor ook meer dan voldoende ruimte. Het afschaffen van de huidige werkwijze zal leiden tot een zeer grote toename van tijds- en werkdruk bij de rechters-commissarissen, alsmede de nodige (financiële) investeringen vergen bij de kabinetten. Daarnaast zullen de doorlooptijden van opsporingsonderzoeken behoorlijk oplopen en derhalve kunnen leiden tot het maatschappelijk onaanvaardbare effect dat bepaalde onderzoeken niet meer (kunnen) worden opgepakt wegens capaciteitsproblemen. Als alternatief is voorgesteld de rechter-commissaris de mogelijkheid te bieden om ook andere functionarissen dan alleen de medewerkers van zijn kabinet aan te wijzen om hem te ondersteunen bij het beoordelen van informatie die mogelijk onder een verschoningsrecht valt en zo ja, of er redenen zijn die maken dat de waarheidsvinding dient te prevaleren boven de belangen die het verschoningsrecht dient te beschermen. De rechter-commissaris blijft in die gevallen te allen tijde verantwoordelijk en zou de door hem aan te wijzen functionarissen eventueel ten behoeve van de specifieke werkzaamheden kunnen beëdiggen.
 - De huidige termijnen van de bezwaarprocedure voor verschoningsgerechtigden zouden op één plek in het moderne wetboek moeten worden opgenomen.

Boek 2, Hoofdstuk 1: Algemene bepalingen

De in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen en de bijbehorende toelichting in de conceptmemorie geven geen aanleiding tot het maken van opmerkingen, met uitzondering van artikel 2.1.4.3. Dit artikel zal het huidige artikel 156 van het Wetboek van Strafvordering vervangen, waarin is bepaald dat alle processen-verbaal naar het openbaar ministerie moeten worden ingestuurd via de hulpofficier van justitie. In bedoeld artikel is daaraan toegevoegd: "de opsporingsambtenaar die operationeel leiding geeft" (aan de verbalisant).

Deze toevoeging is ook functioneel, aangezien bij de BOD'en niet iedere hulpofficier van justitie ook operationeel leiding geeft aan opsporingsambtenaren en niet iedere operationeel leidinggevende ook hulpofficier van justitie is. Wel zou het goed zijn als in de toelichting expliciet wordt gemotiveerd waarom een proces-verbaal via de hulpofficier van justitie of de operationeel leidinggevende moet worden ingezonden aan het openbaar ministerie.

Boek 2, Hoofdstuk 2: De aangifte

De in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen en de bijbehorende toelichting in de conceptmemorie geven geen aanleiding tot het maken van opmerkingen. Met de inhoud en strekking van de bepalingen en toelichting betreffende dit hoofdstuk kan derhalve worden ingestemd, in het bijzonder waar wordt bepaald dat elke aangifte bij een opsporingsambtenaar kan worden gedaan en dat de schriftelijke vastlegging van een mondelinge aangifte een proces-verbaal is. Daarbij komt dat de mogelijkheid om aangifte onder nummer te doen en om domicilie te kiezen,⁵⁹ de aangiftbereidheid van bepaalde delicten zal kunnen doen toenemen.

⁵⁹ Zie pagina 29 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

Boek 2, Hoofdstuk 3: Het verhoor door opsporingsambtenaren

De in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen en de bijbehorende toelichting in de conceptmemorie geven geen aanleiding tot het maken van opmerkingen. Met de inhoud en strekking van de bepalingen en toelichting betreffende dit hoofdstuk kan derhalve worden ingestemd, in het bijzonder met artikel 2.3.3.3, dat de verhorend ambtenaar de bevoegdheid verleent om derden bijzondere toegang te verlenen tot het verhoor zonder tussenkomst van de officier van justitie. Deze bepaling kan derhalve bijdragen aan efficiëntere en slagvaardigere getuigenverhooren.

Boek 2, Hoofdstuk 5: Bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming

De in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen en de bijbehorende toelichting in de conceptmemorie geven geen aanleiding tot het maken van opmerkingen. Met de inhoud en strekking van de bepalingen en toelichting betreffende dit hoofdstuk kan derhalve worden ingestemd, in het bijzonder waar in artikel 2.5.4.2.1 wordt bepaald dat, in plaats van voorlopige hechtenis, een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking aan een verdachte kan worden gegeven. Zeker wanneer daarbij als voorwaarde een contact- of locatieverbod wordt gesteld en de handhaving (mede) met behulp van elektronisch toezicht of zekerheidstelling zal worden geëffectueerd, zal dit een goed alternatief zijn voor de voorlopige hechtenis.

Boek 2, Hoofdstuk 7: Bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens

Een aantal van de in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen en de bijbehorende toelichting in de conceptmemorie geven aanleiding tot het maken van opmerkingen.

Machtiging rechter-commissaris bij conservatoir beslag

Artikel 2.7.2.3.2, eerste lid, bepaalt dat bij conservatoir beslag op de voet van artikel 2.7.3.2.1 een machtiging van de rechter-commissaris is vereist. In het huidige wetboek is deze bepaling opgenomen in artikel 103. Omdat de wetgever niet voornemens is om het strafrechtelijk financieel onderzoek als zelfstandig onderzoekskader te laten terugkeren,⁶⁰ is in het derde lid bepaald dat de rechter-commissaris een maximumbedrag kan vaststellen ter waarde waarvan er conservatoir beslag gelegd kan worden. Het vierde lid bepaalt dat een machtiging maximaal drie maanden geldig is, met de mogelijkheid van verlenging met telkens drie maanden. In dit verband wordt volledigheidshalve verwezen naar artikel 2.7.1.1.1, vierde lid, waaruit volgt dat een machtiging onder bepaalde omstandigheden ook mondeling kan worden gegeven.

Met de redenen van een eventueel mondeling te verlenen machtiging, die in de memorie worden gegeven,⁶¹ kan worden ingestemd. In de praktijk komen inderdaad situaties voor waarin een risico bestaat op wegmaking van een voorwerp dat vatbaar is voor conservatoir beslag, of dat tijdens een doorzoeking onverwacht waardevolle voorwerpen worden aangetroffen die eveneens vatbaar zijn voor conservatoir beslag. Deze mogelijkheid lijkt tevens te impliceren dat de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie een nadere (mondelinge) machtiging kan afgeven wanneer op enig moment tijdens het opsporingsonderzoek blijkt dat een eerder afgegeven machtiging met een maximumbedrag niet toereikend blijkt te zijn om voorwerpen conservatoir in beslag te nemen.

Indien deze veronderstelling juist is, wordt voorgesteld dit in de memorie van toelichting op dit artikel nog nader te verduidelijken.

⁶⁰ Zie pagina 172 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁶¹ Zie pagina 173 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

Teruggave en bewaring van in beslag genomen voorwerpen

Afdeling 7.2.4 bevat de bepalingen omtrent het bewaren en teruggeven van in beslag genomen voorwerpen. Opvallend is het explicieter opnemen van bepalingen aangaande de algemene zorgplicht voor een voortvarende afwikkeling van het beslag. In artikel 2.7.2.4.2, tweede lid, wordt hierbij de rol van de hulpofficier van justitie beschreven: in beginsel dient deze uiterlijk zes maanden na de datum van inbeslagneming de teruggave te bevelen van nog niet teruggegeven, in beslag genomen voorwerpen. De hulpofficier van justitie dient de officier van justitie van het voornemen tot teruggave in kennis te stellen, zodat deze alsnog kan beslissen dat het beslag dient voort te duren.

Hoewel het om meerdere redenen valt te billijken dat voortvarendheid wordt betracht bij de afwikkeling van het beslag,⁶² zal deze nieuwe bepaling in de praktijk leiden tot werklastverzwaring. Zeker wanneer diverse voorwerpen op verschillende tijdstippen in beslag zijn genomen, aangezien dan per datum en eventueel zelfs per afzonderlijk voorwerp de zesmaandentermijn zal moeten worden bewaakt. Uiterlijk bij het verstrijken van die termijn zal de hulpofficier van justitie immers moeten beslissen over de teruggave van een in beslag genomen voorwerp, dan wel dat het beslag nog niet kan worden beëindigd. Bovendien zal de hulpofficier van justitie in voorkomende gevallen met de officier van justitie moeten overleggen voordat zijn beslissing al dan niet ten uitvoer wordt gebracht. In de praktijk van de BOD'en worden regelmatig omvangrijke bedrijfsadministraties in beslag genomen waarvan het daarop volgende onderzoek in veel gevallen meer dan zes maanden duurt. De beslissing van de hulpofficier van justitie dat het beslag nog niet kan worden opgeheven zal dan louter een formaliteit zijn.

Daarom wordt voorgesteld de zesmaandentermijn als bedoeld in artikel 2.7.2.4.2, tweede lid, te schrappen.

Onttrekking aan het verkeer van andere voorwerpen dan gebruikershoeveelheden verdovende middelen

In artikel 2.7.2.4.4, tweede lid, is bepaald dat, wanneer een voorwerp een middel betreft als bedoeld in de artikelen 2 of 3 van de Opiumwet en een verklaring van afstand niet wordt afgelegd, de officier of de hulpofficier van justitie kan bevelen dat met dat voorwerp wordt gehandeld als ware het aan het verkeer onttrokken, indien geen vervolging wordt ingesteld in verband met het in beslag genomen voorwerp.

Deze bepaling voorziet specifiek in een snelle afhandeling (lees: vernietiging) van gebruikershoeveelheden verdovende middelen. Echter, er zou in meer gevallen voortvarend met in beslag genomen voorwerpen kunnen worden gehandeld als waren zij aan het verkeer onttrokken. Dit zou verder niet afhankelijk moeten zijn gesteld van de vraag of de beslagene van dergelijke voorwerpen afstand heeft gedaan of niet, zoals artikel 2.7.2.4.4, eerste lid, thans vereist. Zeker wanneer meteen bij of na de inbeslagneming van een voorwerp duidelijk is dat deze voldoet aan de voorwaarden van artikel 36c of 36d van het Wetboek van Strafrecht. Het is immers de bedoeling dat dergelijke voorwerpen permanent uit de maatschappij worden verwijderd, zodat het in dergelijke gevallen niet past dat die voorwerpen slechts kunnen worden vernietigd indien en nadat de beslagene afstand van dergelijke voorwaarden heeft gedaan.

Daarom wordt voorgesteld artikel 2.7.2.4.4, tweede lid, uit te breiden tot alle in beslag genomen voorwerpen die aan het verkeer kunnen worden onttrokken zodat daarvoor niet langer een verklaring van afstand hoeft te worden afgelegd. Dit zal tevens de administratieve lasten hieromtrent doen verminderen.

⁶² Zie ook pagina 176 en 177 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

*Toestemming tot onderzoek aan elektronische gegevensdragers of geautomatiseerde werken*⁶³

In Titel 7.4, dat uit twee afdelingen bestaat, wordt een nadere regeling gegeven voor het onderzoek aan gegevensdragers, teneinde de daarop opgeslagen gegevens die van belang kunnen zijn voor het opsporingsonderzoek en dus daartoe vatbaar zijn, in beslag te nemen. Afdeling 7.4.1 betreft de gevallen waarin tijdens het betreden of doorzoeken van een plaats gegevensdragers worden aangetroffen. Afdeling 7.4.2 betreft de gevallen dat onderzoek wordt gedaan aan gegevensdragers nádat deze voorwerpen in beslag zijn genomen, al dan niet tijdens een doorzoeking.⁶⁴

In beide categorieën van gevallen bepaalt de nieuwe regelgeving dat onderzoek aan gegevensdragers naar gegevens die voor het opsporingsonderzoek van belang kunnen zijn, slechts geschiedt na daartoe expliciet gegeven (al dan niet mondeling) bevel van de officier van justitie⁶⁵ of de rechter-commissaris.⁶⁶ Met name in die gevallen waarin de opsporingsambtenaar tijdens een doorzoeking van een vervoermiddel of tijdens een staandehouding of aanhouding een gegevensdrager aantreft, is hij in beginsel niet meer zelfstandig bevoegd te beslissen daaraan onderzoek te doen naar daarop opgeslagen gegevens en deze in voorkomende gevallen in beslag te nemen.⁶⁷ In de gevallen dat een gegevensdrager reeds in beslag is genomen, kan de opsporingsambtenaar bij dringende noodzaak en indien het bevel van de officier van justitie niet kan worden afgewacht, desondanks kennis nemen van de gegevens die zijn opgeslagen op de in beslag genomen gegevensdrager, voor zover die kennisneming noodzakelijk is voor direct optreden dat geen uitstel duldt en mogelijk is zonder het gebruik van een technisch hulpmiddel.⁶⁸

Overigens is het enigszins vreemd dat een bevel tot kennisneming van gegevens onder omstandigheden niet nodig is indien de gegevensdrager reeds in beslag is genomen, terwijl in de doorgaans betreffende praktijksituaties juist nog geen inbeslagneming van de gegevensdrager heeft plaatsgevonden. Het gaat er in die situaties dan om dat de opsporingsambtenaar na vluchtig onderzoek kan vaststellen óf er gegevens zijn die voor het betreffende onderzoek van belang kunnen zijn. Pas wanneer dat het geval is, is inbeslagneming van die gegevens voor de waarheidsvinding aan de orde. Het zou daarom eerder in de rede hebben gelegen om de bepaling van artikel 2.7.4.2.1, derde lid, op te nemen in afdeling 7.4.1 c.q. artikel 2.7.4.1.1 aangezien daar het onderzoek aan nog niet in beslag genomen gegevensdragers wordt bedoeld.

In ieder geval is het vereiste van een voorafgaand bevel van de officier van justitie of rechter-commissaris, behalve in dringende gevallen, als bedoeld in de artikelen 2.7.4.1.1 en 2.7.4.2.1 om diverse redenen af te wijzen.

Ten eerste is de reden die de wetgever geeft⁶⁹ dat een dergelijk bevel zou zijn aangewezen, niet overtuigend. Het enkele feit dat gegevensdragers tegenwoordig zeer grote hoeveelheden gegevens kunnen bevatten die soms van zeer uiteenlopende aard zijn, maakt immers nog niet dat daarmee alle gegevensdragers onder dezelfde formele vereisten zouden moeten worden gebracht. Met name niet omdat juist de aard van de opgeslagen gegevens van geval tot geval verschillend kan zijn. Het is niet moeilijk in te zien dat niet alle gegevens even privacygevoelig zijn; zo zijn contactgegevens in een smartphone meer privacygevoelig dan gegevens die in onderling verband en samenhang een bedrijfsadministratie vormen, of een bioscoopfilm. Ook de omvang van de opgeslagen gegevens kan van geval tot geval nog zeer verschillen; op een externe harddisk kunnen tegenwoordig enkele

⁶³ Omwille van de eenvoud zal in het vervoig worden gesproken van gegevensdragers, ook wanneer het een geautomatiseerd werk betreft. Het belangrijkste onderdeel van een dergelijk werk is in dit verband immers de harde schijf waarop gegevens kunnen worden opgeslagen.

⁶⁴ Zie ook pagina 202 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁶⁵ Zie artikel 2.7.4.1.1, eerste lid en artikel 2.7.4.2.1, eerste lid.

⁶⁶ Zie artikel 2.7.4.1.1, tweede lid en artikel 2.7.4.2.1, tweede lid.

⁶⁷ Zie pagina 202 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁶⁸ Zie artikel 2.7.4.2.1, derde lid.

⁶⁹ Zie pagina 206 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

terabytes worden opgeslagen, op smartphones ettelijke gigabytes, terwijl USB-sticks een wijd uiteenlopende opslagcapaciteit hebben – van enkele megabytes tot meerdere gigabytes. En dit zijn dan alleen de draagbare vormen van gegevensopslag. De technologische ontwikkelingen op het gebied van gegevensopslag leiden dan ook niet automatisch tot het aannemen van een samenhang tussen deze ontwikkelingen en het toegenomen belang dat wordt gehecht aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer – welke samenhang de wetgever kennelijk wel aanneemt; laat staan tot de conclusie dat de bevoegdheid van de opsporingsambtenaar tot inbeslagneming van een gegevensdrager niet (langer) zonder meer de bevoegdheid zou omvatten onderzoek te doen naar daarin opgeslagen gegevens en van die gegevens kennis te nemen.⁷⁰

Ten tweede leidt de uiteenzetting van de wetgever van enige relevante jurisprudentie op dit onderwerp, niet noodzakelijkerwijs tot de conclusie dat onderzoek aan gegevensdragers in beginsel slechts na een bevel daartoe van een officier van justitie of een rechter-commissaris zou mogen geschieden. Hierna volgt een korte samenvatting van de door de wetgever aangehaalde jurisprudentie.⁷¹

Van oudsher mogen daartoe vatbare voorwerpen, waaronder dus ook gegevensdragers van uiteenlopende aard en soort, in beslag worden genomen. Het belang van de waarheidsvinding is in dit verband de belangrijkste vatbaarheidsgrond. Volgens staande jurisprudentie van de Hoge Raad mag aan in beslag genomen voorwerpen onderzoek worden gedaan om gegevens voor het onderzoek ter beschikking te krijgen, ook indien het in beslag genomen voorwerp een gegevensdrager zoals een computer betreft. In een computer opgeslagen gegevens zijn hiervan immers niet uitgezonderd.

In tegenstelling tot wat de wetgever meent af te leiden uit twee uitspraken van het United States Supreme Court kan het enkele feit dat gegevensdragers in de afgelopen decennia steeds meer opslagcapaciteit hebben gekregen, nog niet leiden tot de conclusie dat onderzoek aan of in dergelijke, in beslag genomen, voorwerpen te allen tijde en in dezelfde mate leidt tot een inbreuk op de privacy van de eigenaar van die gegevensdrager, laat staan dat daarom steeds een voorafgaand bevel tot onderzoek van een hogere autoriteit, i.c. een officier van justitie of een rechter-commissaris, is vereist voordat die inbreuk op de privacy is gelegitimeerd.

Met aanhalen van de twee uitspraken van het Amerikaanse Supreme Court wordt ook maar één mogelijke uitkomst van deze discussie belicht. In de door de wetgever aangehaalde uitspraak van het Canadese Supreme Court, in een vergelijkbaar geval als de Amerikaanse casus,⁷² is de uitkomst van de overwegingen of er inderdaad sprake is van een legitieme inbreuk op de privacy niet dat het betreffende onderzoek van de in beslag genomen smartphone pas zou mogen plaatsvinden na een daartoe strekkend (rechterlijk) bevel. Het Canadese Supreme Court ziet daarentegen voldoende waarborgen tegen misbruik van de bevoegdheid tot inbeslagneming en daaropvolgend onderzoek naar gegevens in het voorschrift dat de opsporingsambtenaar van die inbeslagneming en het onderzoek een proces-verbaal opmaakt, zodat de rechter achteraf daadwerkelijk kan controleren of de inbreuk op de privacy in het concrete geval voldoende is gelegitimeerd en voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

⁷⁰ Zie pagina 49 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁷¹ Zoals ook weergegeven in § 9.2.4 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2, maar aangevuld met enkele meer recente uitspraken en jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

⁷² In deze drie zaken ging het immers telkens om de inbeslagneming van een smartphone volgend op de aanhouding van de houder en het vervolgens onderzoeken daarvan op voor het onderzoek mogelijk van belang zijnde gegevens.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft in dit kader enkele jaren geleden al eens geoordeeld⁷³ dat voorafgaande (rechterlijke) machtiging, bevel of toestemming om kennis te kunnen nemen van gegevens die zijn opgeslagen op een gegevensdrager niet per se noodzakelijk is, maar dan zal er wel een effectieve en inhoudelijke rechterlijke toetsing achteraf moeten kunnen plaatsvinden, om de rechtmatigheid van de inbreuk op de privacy te beoordelen en – zo nodig – te sanctioneren.

Ook de Nederlandse rechter heeft zich de afgelopen periode in verschillende zaken over deze materie uitgesproken. Volgens de wetgever is het beeld dat uit deze jurisprudentie naar voren komt, wisselend en hij verwijst vervolgens kortheidshalve naar paragraaf 2.10 van het WODC-rapport "Onderzoek aan in beslag genomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken ten behoeve van opsporing en vervolging van strafbare feiten" uit 2016. Nadere bestudering van de hier bedoelde uitspraken geeft echter een minder wisselend beeld dan de wetgever suggereert. Van in totaal twaalf uitspraken over de vraag of de artikelen 96 jo. 94 van het Wetboek van Strafvordering voldoende grondslag vormen voor onderzoek naar gegevens in een in beslag genomen smartphone, beantwoordt de rechter deze in tien gevallen positief⁷⁴ en in slechts twee gevallen⁷⁵ negatief.

Het voorlopige einde van deze discussie is te vinden in de uitspraak van de Hoge Raad van 4 april 2017,⁷⁶ dat bovendien een nuance aanbrengt in de mate van inbreuk op de privacy. De Hoge Raad oordeelt:

"Voor het doen van onderzoek door een opsporingsambtenaar vereist de wet geen voorafgaande rechterlijke toetsing of tussenkomst van de OvJ. Indien de met het onderzoek samenhangende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer als beperkt kan worden beschouwd, biedt de algemene bevoegdheid van opsporingsambtenaren, neergelegd in art. 94 jo. art. 95 en 96 Sv, daarvoor voldoende legitimatie. Dit zal het geval kunnen zijn indien het onderzoek slechts bestaat uit het raadplegen van een gering aantal bepaalde op de elektronische gegevensdrager of in het geautomatiseerde werk opgeslagen of beschikbare gegevens. Indien dat onderzoek zo verstrekkend is dat een min of meer compleet beeld is verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de gebruiker van de gegevensdrager of het geautomatiseerde werk, kan dat onderzoek jegens hem onrechtmatig zijn. Daarvan zal in het bijzonder sprake kunnen zijn wanneer het gaat om onderzoek van alle in de elektronische gegevensdrager of het geautomatiseerde werk opgeslagen of beschikbare gegevens met gebruikmaking van technische hulpmiddelen." (Volgt terugverwijzing).

⁷³ Zie EHRM 30 september 2014 (Prezhdarovi vs. Bulgarije). In deze zaak onderzocht de politie tijdens een doorzoeking in beslag genomen computers. Hiervoor was geen voorafgaande (rechterlijke) toestemming vereist noch gegeven, terwijl de rechterlijke toetsing achteraf louter formalistisch van aard was. Was deze toetsing achteraf wel inhoudelijk geweest, dan zou het EHRM het politieke onderzoek zonder voorafgaande toestemming van een hogere autoriteit waarschijnlijk wel als voldoende gelegitimeerd hebben aangemerkt.

⁷⁴ Namelijk in Rechtbank Rotterdam 4 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4085, Rechtbank Oost-Brabant 5 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3228, Rechtbank Limburg 5 juni 2015, parketnr. 03/65119-14 (niet gepubliceerd), Rechtbank Noord-Holland 26 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5447, Rechtbank Amsterdam 29 juni 2015, parketnr. 13/669257-14 (niet gepubliceerd), Hof Amsterdam 17 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4348, Rechtbank Limburg 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:9128, Hof Amsterdam 13 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5007, Hof Amsterdam 24 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:579, Rechtbank Amsterdam 17 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1465.

⁷⁵ Namelijk in Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2954 en Rechtbank Noord-Holland 4 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4660.

⁷⁶ ECLI:NL:HR:2017:584. Een uitgebreide verhandeling over de jurisprudentie is te vinden in de conclusie voor dit arrest van AG mr. F.W. Bleichrodt d.d. 25 oktober 2016, ECLI:NL:PHR:2016:1047.

Samenvattend kan met name uit de uitspraak van het Canadese Supreme Court en het EHRM worden afgeleid dat een (rechterlijke) toestemming vooraf om al dan niet in beslag genomen gegevensdragers te mogen onderzoeken, niet per se is vereist. Indien zo een toestemming ontbreekt, zal wel op een andere wijze moeten zijn voorzien in voldoende en daadwerkelijke rechterlijke toetsing achteraf. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat niet steeds een even grote inbreuk op de privacy van de beslagene wordt gemaakt wanneer sprake is van een onderzoek naar gegevens in een in beslag genomen smartphone.

Tot slot wordt opgemerkt dat een voorafgaande toestemming feitelijk slechts een louter formele toetsing in zich kan bergen, aangezien nooit op voorhand is te voorzien of en welke gegevens zullen worden aangetroffen die betrekking hebben op het op te sporen strafbare feit. De verwachting is dan ook dat een dergelijke toestemming doorgaans toch wel gegeven zal worden, waarmee dit formele vereiste geen wezenlijke bescherming van de justitiabele vormt tegen inbreuken op zijn privacy door de overheid.

Om diverse redenen is het door de wetgever te introduceren vereiste van voorafgaande toestemming van een officier van justitie of rechter-commissaris dus niet vereist.

Ten eerste maakt artikel 2.7.4.2.1 geen onderscheid naar het soort elektronische gegevensdrager.⁷⁷ Er zijn echter vele soorten van elektronische gegevensdragers met een zeer grote verscheidenheid aan opslagcapaciteit. Alle in de memorie van toelichting aangehaalde jurisprudentie betreft daarentegen louter het onderzoek naar gegevens die zijn opgeslagen in een smartphone, dus slechts een van vele soorten gegevensdragers. De vraag is echter of een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer bij alle gegevensdragers even groot is. Met name bij opgeslagen bedrijfsgegevens zal die inbreuk veel kleiner dan bij persoonlijke gegevens. Bovendien gaan de meeste burgers tegenwoordig heel anders om met hun persoonlijke gegevens, bijvoorbeeld door foto's en meningen te delen via sociale media.⁷⁸

Ten tweede is het grondwettelijke recht op privacy bedoeld als bescherming tegen *willekeurige* inmenging in de privé sfeer door de overheid. Net als de meeste grondrechten is ook het recht op privacy niet absoluut: onder andere in het geval van het voorkomen, opsporen en vervolgen van strafbare feiten kan de overheid, op basis van een wettelijke bevoegdheid daartoe, inbreuk maken op dat recht. De wettelijke bevoegdheid moet daarbij voldoende kenbaar en voorzienbaar zijn. Uit de hiervoor aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad en het overgrote deel van de daaraan voorafgaande uitspraken van lagere rechters is af te leiden dat het huidige artikel 96 jo. 94 van het Wetboek van Strafvordering voldoende grondslag vormen voor de inbreuk op de privacy. Deze artikelen zijn voldoende kenbaar en uit de tekst is ook voldoende duidelijk af te leiden waartoe de inbeslagneming van een voorwerp, waaronder ook gegevensdragers, dient, namelijk de waarheidsvinding als voornaamste grond. Inbeslagneming aan dergelijke, in beslag genomen gegevensdragers is dus evident bedoeld om de op of in die voorwerpen opgeslagen gegevens, hoe intiem die in beginsel ook kunnen zijn, te onderzoeken en te beoordelen op hun bewijswaarde in een specifiek opsporingsonderzoek. Zo beschouwd is het onderzoek aan of in voorwerpen die in beslag zijn genomen, een *implied power* oftewel een logische bevoegdheid die in de inbeslagneming van voorwerpen besloten ligt en daaruit voortvloeit.

⁷⁷ Niet-elektronische gegevensdragers worden in ieder geval uitgezonderd; zie pagina 51 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁷⁸ Mede hierdoor kennen multinationals als Facebook en Google zeer veel intieme details van hun gebruikers: "Google kent onze gedachten, onze ideeën, onze sociale netwerken, onze dagschema's en onze mailconversaties. Het weet waaraan we werken, wie wij ontmoeten en waar we dat allemaal doen. CEO Eric Schmidt verwoordt het zelf aldus: 'We weten wie je bent. We weten waar je bent geweest. We kunnen min of meer weten waar je aan denkt.' " (zie M. Martijn & D. Tokmetzis, *Je hebt wel iets te verbergen. Over het levensbelang van privacy*, Zutphen: Koninklijke Wörthmann 2016, p. 61). Google heeft hiermee louter commerciële motieven voor ogen (a.w., p. 62) en verzamelt privégegevens louter op basis van veronderstelde toestemming van de eigenaren, die de algemene voorwaarden hebben geaccepteerd zonder ze te lezen.

Ten derde gelden ook nu al diverse eisen van een goede strafprocesorde die de opsporingsambtenaar in acht dient te nemen bij de uitvoering van bevoegdheden, dus ook bij de inbeslagneming van voorwerpen. De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit bepalen de grenzen van het onderzoek naar gegevens: het onderzoek mag niet verder gaan dan noodzakelijk en moet in verhouding staan tot de ernst van het strafbare feit. Tevens bepalen deze eisen of een voorwerp in beslag moet worden genomen, of dat kan worden volstaan met een onderzoek aan of in dat voorwerp teneinde op het onderzoek betrekking hebbende gegevens te vinden en die gegevens vervolgens vast te leggen (in beslag te nemen).⁷⁹ De voorwerpen dienen bovendien vatbaar te zijn voor inbeslagneming. Staat bij voorbaat vast dat een inbeslagneming van een voorwerp, i.c. een gegevensdrager, niet kan bijdragen aan het verzamelen van bewijsmateriaal, dan is dat voorwerp ook niet vatbaar voor inbeslagneming en zal de opsporingsambtenaar dat voorwerp ook niet in beslag kunnen nemen. Hiermee is nog een toetsingsgrond gegeven: de inbeslagneming moet van belang zijn voor het betreffende opsporingsonderzoek.

Zoals reeds hiervoor is opgemerkt, is het volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet per se noodzakelijk dat er voorafgaand aan het onderzoek van al dan niet in beslag genomen voorwerpen naar voor het onderzoek van belang zijnde gegevens een (rechterlijke) toestemming of machtiging voor dat onderzoek moet zijn verleend. Wanneer dit niet het geval is, dient wel te zijn voorzien in een effectieve en feitelijke rechterlijke toetsing achteraf: Om deze toetsing achteraf daadwerkelijk effectief te laten zijn, zal de opsporingsambtenaar van het onderzoek aan gegevensdragers te allen tijde een goede en transparante verslaglegging, bij voorkeur in een in het procesdossier te voegen proces-verbaal, opmaken. Aan de hand van dit proces-verbaal kan de rechter vervolgens daadwerkelijk toetsen of dat onderzoek in het belang van het onderzoek was, zorgvuldig genoeg was uitgevoerd en – indien nodig – daaraan consequenties verbinden in het licht van art. 359a WvSv.

Daarnaast heeft de beslagene ook diverse middelen tot zijn beschikking om de rechtmatigheid van de inbeslagneming of het onderzoek naar gegevens te betwisten. Hij kan immers een bezwaarschrift indienen tegen de inbeslagneming van een gegevensdrager op de voet van het huidige artikel 552a en verder. Bij de behandeling van dergelijke bezwaarschriften kan de raadkamer ook besluiten dat de inbeslagneming onrechtmatig was, dat derhalve het in beslag genomen voorwerp moet worden teruggegeven en dat de vastgelegde gegevens niet voor het bewijs mogen worden gebruikt en moeten worden vernietigd.

Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat een louter formeel vereiste van toestemming van een officier van justitie of een rechter-commissaris voorafgaand aan een onderzoek naar al dan niet in beslag genomen gegevensdragers en geautomatiseerde werken niets toevoegt aan de rechtsbescherming van de beslagene. Daarentegen vormt het een administratieve last voor de opsporing en het openbaar ministerie dan wel de rechterlijke macht.

Daarom wordt voorgesteld het vereiste van voorafgaande toestemming als bedoeld in de artikelen 2.7.4.1.1 en 2.7.4.2.1 te schrappen, dan wel⁸⁰ te beperken tot die gevallen waarin een meer dan geringe inbreuk op de privacy wordt gemaakt.

Nadeel van deze laatste benadering is wel dat daardoor een meer of minder gedifferentieerde regeling ontstaat terwijl de overgang naar een meer ingrijpende inbreuk op de privacy vaak niet goed is te herkennen. Het is dan ook nog maar de vraag of alle gradaties van inbreuken adequaat in wetgeving is te vangen.

⁷⁹ Zie ook pagina 189 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁸⁰ In overeenstemming met de uitspraak van de Hoge Raad.

Netwerkzoeking naar gegevens in de cloud

In de artikelen 2.7.4.1.2 en 2.7.4.2.2 wordt de netwerkzoeking geregeld. In de toelichting wordt ten aanzien van artikel 2.7.4.1.2 terecht opgemerkt dat, zeker tegenwoordig, veel gegevens niet meer lokaal zijn opgeslagen maar in de cloud en via een internetverbinding eenvoudig te benaderen zijn.⁶¹ Dit gegeven zorgt in de opsporingspraktijk dan ook voor praktische problemen, aangezien vaak niet is vast te stellen waar de fysieke opslaglocatie zich bevindt. Niet zelden is dat ergens buiten Nederland.

Gelet op het territorialiteitsbeginsel en het soevereiniteitsbeginsel dient degene die een netwerkzoeking uitvoert, zich ervan te vergewissen dat de elders aanwezige gegevensdrager binnen zijn bevoegdheid valt. Gaat het om een gegevensdrager die zich kennelijk in het buitenland bevindt, dan zal hij zich in beginsel dus dienen te onthouden van onderzoek daarin.⁶² In de toelichting op artikel 2.7.4.2.2 wordt naar dit argument verwezen en (opnieuw) de huidige praktijk aangehaald waarin ook via smartphones gegevens zijn te benaderen die zijn opgeslagen in applicaties als Dropbox, iCloud, Picasa, Google Drive en andere cloudopslagdiensten. Dit gegeven wordt gebruikt als argument om de netwerkzoeking ook mogelijk te maken in de gevallen dat een gegevensdrager in beslag is genomen. Wel wordt aangegeven dat onderzoek in een elders aanwezige gegevensdrager alleen kan worden gedaan indien daartoe rechtmatig toegang kan worden verkregen met toestemming van de rechthebbende.⁶³

Dropbox, iCloud (Apple), Picasa (in 2004 overgenomen door Google) en Google Drive zijn alle producten van Amerikaanse ondernemingen. Deze producten slaan grote hoeveelheden gegevens op voor zeer vele gebruikers wereldwijd. De opslaglocaties zijn eveneens verspreid over de hele wereld, gegevens kunnen zonder veel moeite worden verplaatst van de ene naar de andere opslaglocatie en worden bovendien vaak op meerdere locaties opgeslagen om gegevensverlies te voorkomen. Dit maakt dat ook de eindgebruikers niet meer weten op hoeveel of welke gegevensdrager(s) de gegevens staan of waar die gegevensdragers precies staan. De in de cloud opgeslagen gegevens kunnen op elk moment en op elke plaats via het internet worden benaderd en bewerkt. De kans is daardoor zeer groot dat gegevens die in de cloud worden opgeslagen, per saldo terecht komen op een gegevensdrager die zich fysiek buiten Nederland bevindt, maar waarvan de locatie niet of slechts met zeer veel moeite is te bepalen. Bovendien is het uitermate onzeker dat die locatie een dag later nog dezelfde is.⁶⁴ Voor zover al op een bepaald moment kan worden bepaald in welke staat gegevens zijn opgeslagen, zal nu, gelet op het territorialiteitsbeginsel en het soevereiniteitsbeginsel, met behulp van een rechtshulpverzoek aan de betreffende staat moeten worden getracht de benodigde gegevens te verkrijgen. Dit leidt tot vaak lange doorlooptijden omdat de uitvoering van rechtshulpverzoeken doorgaans veel tijd vergt, of omdat de gegevens op een andere wijze zullen moeten worden verkregen in het geval met de betreffende staat geen rechtshulpverdrag is gesloten.

De techniek van cloudopslag enerzijds en het onverkort vasthouden aan het territorialiteitsbeginsel en het soevereiniteitsbeginsel anderzijds zorgen in de praktijk voor beperkingen die in de huidige tijd niet meer zijn te rechtvaardigen. Anders gezegd: genoemde beginselen zijn niet meer hanteerbaar voor in de cloud opgeslagen gegevens. Een herbezinning op de onderliggende ratio voor bevoegdheden die in de virtuele wereld van gegevens en gegevensopslag moeten worden uitgeoefend ligt dus in de rede.

⁶¹ Zie pagina 203 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁶² Zie pagina 203 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2, met verwijzing naar *Kamerstukken II 1989/90*, 21 551, nr. 3, p. 11-12.

⁶³ Zie pagina 208 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁶⁴ Zie ook B.J. Koops, C. Conings en F. Verbruggen, *Zoeken in computers naar Nederlands en Belgisch recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 155-158.

In het Belgische Wetboek van Strafvordering is een praktische oplossing gevonden voor onderzoeken naar gegevens die zich mogelijk of kennelijk buiten het eigen territorium bevinden.⁸⁵ Artikel 88ter, § 3, lid 2 van het Belgische Wetboek van Strafvordering bepaalt namelijk: "*Wanneer blijkt dat deze gegevens zich niet op het grondgebied van het rijk bevinden, worden ze enkel gekopieerd. In dat geval deelt de onderzoeksrechter dit, via het openbaar ministerie, onverwijld mee aan het Ministerie van Justitie, dat de bevoegde overheid van de betrokken staat hiervan op de hoogte brengt, indien deze redelijkerwijze kan worden bepaald.*" Deze optie zou door het Cybercrimeverdrag niet worden uitgesloten.⁸⁶

Het vraagstuk van de rechtmatige netwerkzoekende en dan met name naar gegevens in de cloud is van oudsher benaderd vanuit een object-gerelateerde benadering. Er wordt immers steeds aangeknoopt bij de locatie waar de gegevensdrager zich fysiek bevindt. Omdat een steeds groter gedeelte van het dagelijkse leven zich de afgelopen jaren heeft verplaatst naar een digitale omgeving zonder dat men zich ook maar iets van fysieke grenzen tussen landen hoeft aan te trekken, is deze benadering echter een inefficiënt criterium geworden.

Bij de onderhandelingen die voorafgingen aan de totstandkoming van het Cybercrimeverdrag konden de verdragspartijen het uiteindelijk niet eens worden over de voorwaarden waaronder in andere situaties dan bedoeld in artikel 32 van het Cybercrimeverdrag grensoverschrijdende toegang tot gegevens mogelijk zou moeten zijn.⁸⁷ Daarbij werd de mate waarin het soevereiniteitsbeginsel voor de opsporingspraktijk tot problemen zou kunnen leiden destijds niet voorzien, hoewel ook toen al werd geconstateerd dat het territorialiteitsbeginsel in cyberspace onder druk staat en niet kan worden toegepast indien de exacte locatie van gegevens onduidelijk is.

Er wordt momenteel binnen de Raad van Europa en de Europese Unie verder gesproken over de verhouding tussen het grensoverschrijdend vastleggen van gegevens en de uitvoerende rechtsmacht. Intussen blijken de opsporingsdiensten van veel staten zich in de praktijk al toegang te verschaffen tot gegevens die buiten de eigen landsgrenzen zijn opgeslagen. In ieder geval is er toenemende behoefte aan versterking van opsporingsbevoegdheden tot grensoverschrijdende toegang tot gegevens ten behoeve van bewijsgaring, als gevolg van de technologische ontwikkelingen, de toenemende complexiteit en het internationale karakter van computercriminaliteit.⁸⁸

⁸⁵ Zie C. Conings & J.J. Oerlemans, "Van een netwerkzoekende naar online doorzoekende: grenzeloos of grensverleggend?", *Computerrecht* 2013/5 en B.J. Koops, C. Conings en F. Verbruggen, *Zoeken in computers naar Nederlands en Belgisch recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, § 2.3.2.

⁸⁶ Zie B.J. Koops, C. Conings en F. Verbruggen, *Zoeken in computers naar Nederlands en Belgisch recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 155.

⁸⁷ Artikel 32 geeft enerzijds geen fiat voor verdergaande bevoegdheden, maar sluit ze anderzijds ook niet uit; zie B.J. Koops, C. Conings en F. Verbruggen, *Zoeken in computers naar Nederlands en Belgisch recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 159.

⁸⁸ Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 372, nr. 3, p. 42-50. Zie voor de recente ontwikkelingen in de EU ook het bericht "*Europees onderzoeksbevel moet in werking treden*", *NJB* 2017, afl. 22, nr. 1225: "Justitiële autoriteiten zouden ook toegang moeten hebben tot bewijsmateriaal in de cloud dat in een andere lidstaat of elders in de wereld is opgeslagen. De Commissie werkt momenteel aan oplossingen om justitiële autoriteiten te voorzien van moderne opsporingsmethoden waarmee zij gemakkelijker toegang kunnen krijgen tot elektronisch bewijsmateriaal. De Commissie zal op de JBZ-Raad van 8 juni oplossingen voorstellen om de toegang tot elektronisch bewijsmateriaal in het buitenland te vereenvoudigen."

Het is bovendien voor de eigenaar van de gegevens al zonder meer mogelijk de gegevens te benaderen, dus zonder dat deze zich hoeft te bekommeren over de vraag, of de staat waar zijn eigen gegevens zijn opgeslagen wel weet heeft dat de gegevens zich daar bevinden, laat staan voor de toegang tot die gegevens al dan niet uitdrukkelijk toestemming geeft.⁸⁹ Een subject-georiënteerde benadering, waarbij de focus ligt op de gewoonlijke verblijfplaats, of eerder nog een benadering die zich oriënteert op de vraag of Nederland in een concreet geval rechtsmacht heeft, verdient daarom de voorkeur boven de object-georiënteerde benadering die uitgaat van de opslaglocatie van de gegevens en in de praktijk dus vaak grote uitvoeringsproblemen met zich brengt.

Deze nieuwe benadering maakt het voor de praktijk mogelijk dat gegevens in ieder geval kunnen worden gekopieerd en dat het veilig stellen van dit soort bewijsmateriaal niet langer afhankelijk is van onzekere factoren als de opslaglocatie van de gegevens, de medewerking of het medeweten van de staat waar de opslaglocatie zich bevindt en of er met die staat wederzijdse rechtshulp is overeengekomen. Daarnaast wordt hiermee ook enkele van de doelen van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering gediend, namelijk die van een techniekonafhankelijk(er) en die van een toekomstbestendig(er) wetboek.

Gelet op het voorgaande wordt voorgesteld om bij de nieuwe bevoegdheden van de netwerkzoekling als bedoeld in de artikelen 2.7.4.1.2 en 2.7.4.2.2 niet langer uit te gaan van de vraag op welke plaats de gegevens zich fysiek bevinden,⁹⁰ maar van de vraag waar het subject gewoonlijk verblijft, dan wel of Nederland in een concreet geval rechtsmacht heeft.

Voor het overige kan met de inhoud en strekking van de bepalingen en toelichting betreffende dit hoofdstuk worden ingestemd, in het bijzonder met artikel 2.7.3.3.3 waarin het bevel tot uitlevering van gegevens opnieuw wordt vormgegeven. Daarbij zijn de huidige artikelen die in enige vorm van vordering tot verstrekking van gegevens voorzien, in elkaar geschoven.⁹¹ Dit zorgt in de praktijk voor meer duidelijkheid, ook al omdat er soms overlap is te zien tussen de verschillende bevoegdheden.

Daarnaast is ervoor gekozen om in de voorgestelde regeling het vereiste van een machtiging van de rechter-commissaris voor het verkrijgen van gevoelige gegevens te schrappen. In de toelichting wordt geconstateerd dat dit vereiste immers ook niet geldt bij een bevel tot uitlevering van voorwerpen waaraan gevoelige gegevens zouden kunnen worden ontleend.⁹²

Hieraan kan worden toegevoegd dat ook in de huidige praktijk een onderscheid wordt gemaakt tussen het vorderen van gegevens waaronder zich gevoelige gegevens bevinden die als 'bijvangst' worden beschouwd – bijvoorbeeld bij het vorderen van financiële gegevens waaronder ook giften aan een kerkelijke instelling – en het vorderen van bijvoorbeeld foto's waarop de verdachte is te zien. In het laatste geval kan, op grond van jurisprudentie, sprake zijn van het vorderen van gevoelige gegevens waarvoor een machtiging van de rechter-commissaris is vereist, terwijl in andere gevallen geen machtiging is vereist maar waarbij het zou kunnen gaan om exact dezelfde foto.⁹³ De vraag kan bovendien gesteld worden of het enkele gegeven dat uit een (portret)foto van een persoon diens

⁸⁹ De eigenaar van de gegevens kan overigens ook bewust gebruik maken van de technische aspecten van opslag in de cloud en zo de strafvordering frustreren: zie B.J. Koops, C. Conings en F. Verbruggen, *Zoeken in computers naar Nederlands en Belgisch recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 166-167.

⁹⁰ Bovendien lijkt het uitgangspunt dat de doorzoekling naar gegevens wordt gelokaliseerd daar waar die gegevens staan opgeslagen, niet bepaald een overtuigende keuze van de Raad van Europa; zie B.J. Koops, C. Conings en F. Verbruggen, *Zoeken in computers naar Nederlands en Belgisch recht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 159.

⁹¹ Zie pagina 193 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁹² Zie eveneens pagina 193 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁹³ Zie HR 23 maart 2010, NJ 2010, 355. Ten aanzien van het opvragen van pasfoto's op grond van art. 73 van de Uitvoeringsregeling Paspoortwet oordeelde de Raad overigens anders: zie HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8079.

etnische afkomst kan worden afgeleid, niet eerder als bijvangst moet worden gezien dan als gevoelig gegeven. Dat gegeven kan immers van elke foto⁹⁴ worden afgeleid, ongeacht met welk doel die foto is gemaakt of in welke relatie de geportretteerde eventueel staat tot de houder van die foto. Deze discrepantie wordt in de voorgestelde regeling terecht weggenomen. Nu de machtiging van de rechter-commissaris voor de verkrijging van gevoelige gegevens niet langer vereist zal zijn, zal het opsporingsproces op dit punt efficiënter worden en de doorlooptijd van onderzoeken worden verkort.

Eveneens goed om te constateren is dat artikel 2.7.3.3.3, vierde lid, bepaalt dat opsporingsambtenaren voorafgaand aan een eventueel bevel tot uitlevering van gegevens, het bevel kunnen geven aan degene die daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komt, mededeling te doen of laatstgenoemde toegang heeft tot de gegevens bedoeld in artikel 2.7.3.3.3, derde lid. Met deze bepaling kan vooraf in veel gevallen worden bepaald of het geven van een bevel tot uitlevering van bepaalde gegevens inderdaad zinvol is.⁹⁵ Ook met deze mogelijkheid zal het opsporingsproces efficiënter worden en de doorlooptijd van onderzoeken worden verkort, zeker nu dit bevel mondeling mag worden gegeven.⁹⁶

Tot slot wordt met instemming geconstateerd dat het min of meer absolute verbod op het verzoeken om vrijwillige verstrekking van gegevens in de meer eenvoudige gevallen wordt opgeheven, door dat als zodanig te bepalen in artikel 2.7.3.3.10. Met deze bepaling wordt, naar het lijkt, de verstrekking van gegevens door overheidsorganen ten behoeve van de opsporing ook zonder daartoe strekkende vordering mogelijk gemaakt. Immers, overheidsorganen zijn doorgaans veel beter dan particulieren (zowel burgers als zakelijke gegevensverwerkers) in staat om de juiste afweging als bedoeld in artikel 43 van de Wet bescherming persoonsgegevens te maken, terwijl verzoeken tot verstrekking van gegevens aan dergelijke organen ook vaak meer met redenen kunnen worden omkleed. Mede als gevolg van de mogelijkheid om desgevraagd en voldoende gemotiveerd, dus ook zonder een expliciet bevel tot uitlevering, gegevens te verkrijgen zullen de administratieve lasten die het aanvragen en afgeven van dergelijke bevelen met zich meebrengen, afnemen ten opzichte van de huidige praktijk. In de samenwerking tussen de verschillende opsporingsinstanties en toezichthoudende diensten is het van belang dat informatie kan worden verkregen zonder dat dit steeds op een wettelijk bevel moet worden gebaseerd.

Boek 2, Hoofdstuk 8: Heimelijke bevoegdheden

Een aantal van de in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen en de bijbehorende toelichting in de conceptmemorie geven aanleiding tot het maken van opmerkingen.

Onderzoek in internetbronnen

In artikel 2.8.2.4.1 wordt de nieuwe bevoegdheid geïntroduceerd dat een opsporingsambtenaar op bevel van de officier van justitie stelselmatig persoonsgegevens uit open bronnen vastlegt. Hiermee voorziet de wetgever in een behoefte die door meerdere ketenpartners, waaronder de BOD'en, is aangedragen. In de praktijk worden immers al vele jaren regelmatig vragen gesteld over de mogelijkheden van en grenzen aan het verrichten van onderzoek op het internet en het vastleggen van persoonsgegevens die in de digitale wereld kunnen worden verkregen, mede in het licht van de uitgebreide (technische) mogelijkheden die daarvoor tegenwoordig voorhanden zijn. Hierdoor kunnen digitale zoekslagen sneller dan voorheen een min of meer volledig beeld opleveren van bepaalde aspecten van iemands privéleven. Waar de grens tussen geoorloofd en ongeoorloofd handelen op basis van een taakstellend artikel ligt, is voor de praktijk echter niet altijd duidelijk. Deze onduidelijkheid leidt dan ook tot onzekerheid in de opsporing, rechtsongelijkheid en procesrisico's ter terechtzitting.

⁹⁴ Waaronder in dit verband ook camerabeelden of stills van video- of filmopnamen zijn begrepen.

⁹⁵ Zie ook pagina 194-195 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁹⁶ De laatste volzin van artikel 2.7.3.3.3, vierde lid, verklaart artikel 2.7.3.3.1 immers niet van toepassing.

Met de invoering van dit artikel zal de huidige onduidelijkheid over de grenzen van handelen op basis van een taakstellend artikel op dit punt tot op zekere hoogte worden weggenomen, maar geeft het in ieder geval de mogelijkheid om een procesrisico met betrekking tot de rechtmatigheid van de verkrijging van bewijsmateriaal en het gebruik daarvan af te dichten. Met dit aspect kan dan ook zeker worden ingestemd.

In artikel 2.8.2.4.1, derde lid, wordt bepaald dat bij de uitoefening van de onderhavige bevoegdheid gebruik gemaakt dient te worden van een technisch hulpmiddel dat voldoet aan bepaalde, in een algemene maatregel van bestuur⁹⁷ neergelegde eisen. Doorgaans vindt het zoeken en vastleggen van gegevens plaats met behulp van bepaalde software, waarmee snel, grootschalig en geautomatiseerd gegevens over personen kunnen worden gezocht en vastgelegd. Dergelijke software wordt echter op meer of minder frequente basis geüpdatet.

Op zich behoeft het geen betoog dat deze zoekslagen omwille van de controle op de integriteit eventueel door de rechter getoetst moeten kunnen worden. Het Platform is echter van mening dat een restrictie tot het gebruiken van bepaalde, vooraf gecertificeerde software, de slagvaardigheid en flexibiliteit van de opsporing ernstig zal beperken, zeker wanneer de gebruikte software na iedere update opnieuw gecertificeerd zou moeten worden. Zo lang dat niet is gebeurd, zou immers geen gebruik meer gemaakt mogen worden van die software en dat levert behoorlijke vertragingen op in de opsporing. Echter, naast deze eis van het gebruik van gecertificeerde software als technisch hulpmiddel wordt ook bepaald dat de opsporingsambtenaren die deze bevoegdheid zullen gaan toepassen geautoriseerd moeten zijn, dat de gegevens worden gelogd en dat steeds in een of andere vorm van vastlegging van de verrichte opsporingshandelingen dient plaats te vinden.⁹⁸ Met deze aanvullende eisen lijkt reeds voldoende gewaarborgd dat de rechter de toepassing van deze bevoegdheid en de daaruit verkregen resultaten op betrouwbaarheid en integriteit kan toetsen.

Gelet op het voorgaande wordt voorgesteld de eis dat de gebruikte software moet zijn gecertificeerd alvorens die mag worden gebruikt, te schrappen.

Machtiging rechter-commissaris bij infiltratie

Artikel 2.8.2.6.1, eerste lid, vereist een machtiging van de rechter-commissaris voordat de bevoegdheid van infiltratie mag worden toegepast. Dit is een wijziging ten opzichte van het huidige artikel 128h, dat een dergelijke machtiging niet vereist. Deze wijziging wordt beargumenteerd door te stellen dat een machtiging van de rechter-commissaris is vereist indien bevoegdheden een ingrijpende inbreuk maken op grondrechten zoals het recht op eerbiediging van de persoonlijk levenssfeer. Eerder beschouwde de wetgever een machtiging van de rechter-commissaris echter nog als te zwaar, mede onder verwijzing naar ervaringen in Denemarken. Daar werd het vereisen van een rechterlijke machtiging gezien als een van de redenen dat de regeling in de Deense praktijk kennelijk een fiasco is.⁹⁹

Een ander argument wordt gevonden in het gegeven dat een infiltrant doorgaans ook wordt opgenomen in de privékringen van de verdachte waardoor hij ook vele facetten van het privéleven van onverdachte personen die zich in de kring van de verdachte bevinden, zal kunnen waarnemen. Als derde argument wordt aangedragen dat bij een infiltratie de integriteit van de opsporing in het geding kan raken omdat het openbaar ministerie niet dagelijks zicht heeft op de informant, die in sommige gevallen ook strafbare handelingen mag begaan.¹⁰⁰

⁹⁷ Besluit technische hulpmiddelen strafvordering, *Stb.* 2006, 524, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 8 februari 2013, *Stb.* 2013, 49.

⁹⁸ Zie pagina 246 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

⁹⁹ Zie pagina 250 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

¹⁰⁰ Zie eveneens pagina 250 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

Beide laatstgenoemde argumenten worden echter niet onderschreven. Aan een opsporingsambtenaar die als infiltrant zal worden ingezet, worden strenge kwaliteits- en integriteitseisen gesteld. Bovendien zijn in een algemene maatregel van bestuur regels neergelegd aangaande de coördinatie en samenwerking in een infiltratietraject. De dringende noodzaak van de inzet van een infiltrant wordt door de officier van justitie vooraf beoordeeld op intensiteit, met inachtneming van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en de vraag in hoeverre er inbreuk gemaakt wordt op grondrechten. Bovendien kent de huidige opsporingspraktijk het instemmingsvereiste bij de inzet van bepaalde ingrijpende bevoegdheden, waaronder de infiltratie, door de Centrale Toetsingscommissie van het openbaar ministerie. Dit instemmingsvereiste voor de inzet van infiltratie zal ongetwijfeld gehandhaafd blijven in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering.¹⁰¹ Een aanvullend vereiste van een machtiging van een rechter-commissaris zal daaraan dan ook niet veel toevoegen.

Gelet op het voorgaande wordt voorgesteld het vereiste van een voorafgaande schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris als bedoeld in artikel 2.8.2.6.1, eerste lid, te schrappen.

Voor het overige kan met de inhoud en strekking van de bepalingen en toelichting betreffende dit hoofdstuk worden ingestemd, in het bijzonder wat betreft de volgende bevoegdheden.

Gelijkstelling opsporingsambtenaren voor de bevoegdheden stelselmatige informatie-inwinning, infiltratie en vastleggen vertrouwelijke communicatie

Zoals ook al is opgemerkt in de inleiding van deze reactie, is met instemming geconstateerd dat vrijwel alle opsporingsbevoegdheden in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering zijn toegekend aan alle opsporingsambtenaren, dus inclusief die van de BOD'en. Voor wat betreft het hoofdstuk aangaande de heimelijke bevoegdheden is deze gelijksschakeling voorzien in de artikelen 2.8.2.5.1 (stelselmatige informatie-inwinning), 2.8.2.6.1 (infiltratie) en 2.8.2.8.1 (vastleggen vertrouwelijke communicatie).

Deze uitbreiding naar alle opsporingsambtenaren draagt ook bij aan de realisatie van een toekomstbestendig wetboek, aangezien hierdoor de opsporingsambtenaren van de BOD'en in de toekomst direct gebruik kunnen maken van deze bevoegdheden, zonder dat daarvoor eerst nog de wet dient te worden aangepast en de noodzaak van dergelijke aanpassingen moet worden aangetoond. Op deze wijze wordt een flexibeler wettelijk systeem gecreëerd waarbij tevens, in geval van nieuwe ontwikkelingen binnen de opsporing, de toedeling van bepaalde bevoegdheden sneller kan worden aangepast.

Betreden besloten plaatsen bij stelselmatige observatie

In artikel 2.8.2.1.1, waarin de stelselmatige observatie van personen is opgenomen, biedt het vierde lid aan de officier van justitie de mogelijkheid om in zijn bevel al vooraf te bepalen dat in het kader van een observatie besloten plaatsen, niet zijnde woningen zonder toestemming van de bewoner, mogen worden betreden. Dit is voor de opsporingspraktijk een verruiming van de mogelijkheden, aangezien in het huidige artikel 126g slechts besloten plaatsen kunnen worden betreden wanneer er sprake is van zwaardere verdenkingscriteria. Dit leidt er vaak toe dat een stelselmatige observatie moet worden afgebroken, omdat de te observeren persoon een besloten plaats betreedt en, indien het bevel hierin niet voorziet, onvoldoende tijd en gelegenheid is om contact op te nemen met de officier van justitie om het bevel uit te breiden naar het betreden van een of meer besloten plaatsen.¹⁰²

¹⁰¹ Zie in ieder geval art. 1.3.1.1, derde lid, van Boek 1 en pagina 113 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 1.

¹⁰² Zie ook pagina 241 en 242 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

Met de invoering van deze bepaling wordt de kans op een succesvol observatietraject vergroot. Het vereiste dat de officier van justitie in zijn bevel een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van de te betreden besloten plaats(en) moet opnemen, in combinatie met de toets aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, zorgt voor voldoende waarborgen bij de inzet van deze bevoegdheid.

Locatiebepaling met 'stille sms' of IMSI-catcher

Artikel 2.8.2.10.1 geeft een nieuwe bevoegdheid tot het, op bevel van de officier van justitie, stelselmatig bepalen van de locatie van een persoon ten aanzien van wie de daar genoemde heimelijke bevoegdheden worden toegepast, met behulp van technische hulpmiddelen, zoals de 'stille sms'.

De behoefte aan regeling en inzet van deze bevoegdheid ter ondersteuning van de uitvoering van andere heimelijke bevoegdheden wordt onderschreven.

De opsporingspraktijk leert immers dat de inzet van een 'stille sms', maar ook van een IMSI-catcher ter locatiebepaling, afhankelijk van de duur, intensiteit en frequentie van de inzet een min of meer compleet beeld van (bepaalde aspecten van) iemands persoonlijke leven kan opleveren. Daarnaast is gebleken dat rechterlijke uitspraken op dit punt niet altijd met elkaar in lijn zijn; in ieder geval wordt duidelijk dat een stelselmatige inzet van de 'stille sms' en de IMSI-catcher ter plaatsbepaling van een persoon, onrechtmatig kan zijn. Het gevolg van deze constatering heeft derhalve afbreukrisico's voor de bewijsvoering.

Een deugdelijke codificatie van deze steunbevoegdheid omschrijft de randvoorwaarden en vereisten waaronder stelselmatig gebruik wel mogelijk en rechtmatig is. Eenheid en uniformiteit van inzet maakt ook dat de integriteit van de opsporing gewaarborgd zal zijn.

Boek 2, Hoofdstuk 9: Het verkennend onderzoek

In artikel 2.9.1 wordt het verkennend onderzoek geregeld. Het verkennend onderzoek behoort in de huidige regeling niet tot het voorbereidende onderzoek maar evenmin tot het opsporingsonderzoek. Het doel van het huidige verkennend onderzoek is immers, het voorbereiden van opsporing. Dit doel, dat momenteel in artikel 126gg van het Wetboek van Strafvordering is opgenomen, keert in de nieuwe bepaling overigens niet terug.¹⁰³

Deze keuze wordt onderschreven. Het (nieuwe) verkennend onderzoek kan immers wel degelijk onder de definitie van opsporing worden gebracht.¹⁰⁴

Tot op heden is het verkennend onderzoek niet of nauwelijks ingezet, juist vanwege onder andere het gebrek aan inzetbare bevoegdheden, behalve het uitvoeren van onderzoekshandelingen op basis van algemeen taakstellende artikelen als artikel 3 van de Wet op de buitengewone opsporingsdiensten en de beperkte mogelijkheid om bulkgegevens op te vragen. Het proces van aanmelden van een verkennend onderzoek bij het College van PG's wordt bovendien als bureaucratisch ervaren.

In artikel 2.9.1, tweede lid onder b, krijgt de officier van justitie de bevoegdheid om geautomatiseerde bestanden van de overheid in het verkennend onderzoek te betrekken. Deze aanvulling bestaat tot nu toe alleen bij het verkennend onderzoek naar terroristische misdrijven. Door het samentrekken van de drie bepalingen inzake het verkennend onderzoek wordt toepassing van deze bevoegdheid mogelijk bij alle vormen van verkennend onderzoek. Ook deze wijziging wordt onderschreven, mede gezien het feit dat het verzamelen van gegevens uit open bronnen laagdrempelig is en vrijwel zonder risico voor de integriteit van de opsporing.

¹⁰³ Zie ook pagina 6 en 269 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.

¹⁰⁴ Conform het huidige art. 132a WvSv en het voorgestelde artikel 1.1.2.2.

Echter, naast het geautomatiseerd kunnen vergelijken van gegevensbestanden bestaat in de praktijk behoefte aan een verkennend onderzoek waarin meer bevoegdheden zouden kunnen worden toegepast. Met name moet hier gedacht worden aan het stelselmatig inwinnen van informatie. Hierdoor wordt het voor de opsporing mogelijk én rendabel om langdurig te investeren in het opbouwen van een informatiepositie binnen bepaalde verzamelingen van personen.¹⁰⁵ Hierbij zou een koppeling kunnen worden gelegd tussen de ernst van het feit en de mate van inbreuk op de privacy van de betrokken personen. Ook andere bevoegdheden die tot doel hebben om gegevens te vergaren zouden hierbij betrokken moeten worden. Dergelijk informatieonderzoek, onder meer door vergelijking van vaak grote hoeveelheden gegevens, kan ertoe bijdragen dat een verdenking kan ontstaan jegens een of meer personen. Codificatie van de mogelijkheden zal zeker in een behoefte voorzien en kan helderheid verschaffen over de mogelijkheden van informatievergaring binnen het verkennend onderzoek.

In dit verband wordt verder opgemerkt dat het verkennend onderzoek de grondslag zou moeten kunnen zijn voor uitwisseling van gegevens tussen de verschillende overheidsinstanties. Door een efficiënte gegevensuitwisseling kunnen immers diverse vormen van maatschappelijk ongewenst gedrag worden gedetecteerd. Om fenomenen te kunnen detecteren zijn omvangrijke en praktische processen inzake de gegevensuitwisseling tussen overheidsinstanties nodig om een betrouwbaar beeld te kunnen krijgen. Ook in het kader van het traceren van (wederrechtelijk verkregen) vermogen is het van belang dat al in de voorfase van een (verkenning) strafrechtelijk onderzoek vrijelijk informatie kan worden uitgewisseld tussen overheidsinstanties. Hierbij dient de proportionaliteit en subsidiariteit uiteraard niet uit het oog te worden verloren en dient registratie plaats te vinden om een ongebreidelde uitwisseling van gegevens te voorkomen, alsmede te worden voorzien in wettelijke termijnen voor het bewaren en vernietigen van gegevens wanneer daarvan geen gebruik meer wordt gemaakt.

Boek 2, Hoofdstuk 10: Onderzoek door de rechter-commissaris

De in dit hoofdstuk opgenomen bepalingen en de bijbehorende toelichting in de conceptmemorie geven geen aanleiding tot het maken van opmerkingen. Met de inhoud en strekking van de bepalingen en toelichting betreffende dit hoofdstuk kan derhalve worden ingestemd, in het bijzonder waar de nieuwe regeling mogelijk maakt dat een rechter-commissaris een getuige kan verplichten te verschijnen en te verklaren bij een opsporingsambtenaar. Het gaat hier dan vooral om getuigen die op zichzelf wel bereid zijn tot het afleggen van een getuigenverklaring, maar om redenen van mogelijke civiele aansprakelijkheid daadwerkelijk pas willen verklaren indien daartoe een wettelijke verplichting bestaat. In de praktijk van de BOD'en dient dan bijvoorbeeld gedacht te worden aan externe accountants en aan financiële en belastingadviseurs.

Deze regeling zal in de praktijk dan ook bijdragen aan een efficiënt en slagvaardig getuigenverhoor door een opsporingsambtenaar. Hierbij wordt wel benadrukt dat deze bevoegdheid van de rechter-commissaris niet moet leiden tot een mogelijkheid voor de rechter-commissaris om het horen van getuigen te delegeren aan opsporingsambtenaren, terwijl dat om moverende redenen beter door een rechter-commissaris zelf kan worden uitgevoerd.

¹⁰⁵ Mede omdat het doorgaans de nodige tijd kost om, aan de hand van aanwijzingen, netwerken of groeperingen in een bepaalde branche of sector in kaart te brengen; zie ook pagina 270 van de conceptmemorie van toelichting op Boek 2.