

## 194

**Vermoedelijke schending verschoningsrecht advocaten in strafrechtelijk onderzoek**

Voorzieningenrechter Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch  
22 maart 2022, rolnr. KG ZA 22-24,  
ECLI:NL:RBOBR:2022:1035  
(mr. Loesberg)  
Noot prof. mr. G.J.M.E. de Bont

**Verschoningsrecht advocaten. "Bestendige werkwijze" van de Staat bij het gebruik van in beslag genomen vertrouwelijke gegevens in een opsporingsonderzoek. Reëel gevaar voor schending verschoningsrecht in meerdere strafrechtelijke onderzoeken. Strijd met art. 6 en 8 EVRM? Samenhang met Rb. Oost-Brabant 5 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3107; Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1808 en HR 19 februari 2021, «JOR» 2021/139, m.nt. Fanoy.**

[Sv art. 126aa, 126ng/ug, 218, 218a; EVRM art. 6, 8]

*Ingevolge art. 126aa lid 2 Sv worden processen-verbaal of andere voorwerpen vernietigd voor zover die mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van art. 218 Sv en 218a Sv zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd. Bij algemene maatregel van bestuur (hierna: het Besluit) worden hieromtrent voorschriften gegeven. In art. 4 lid 1 van het Besluit is nader bepaald dat de opsporingsambtenaar die door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc van het Wetboek van Strafvordering, kennisneemt van mededelingen waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze zijn gedaan door of aan een geheimhouder, hiervan de officier van justitie onverwijld in kennis stelt. Vervolgens bepaalt art. 4 lid 2 van het Besluit dat, indien de officier van justitie vaststelt dat de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, mededelingen zijn als bedoeld in art. 126aa lid 2, eerste vol-*

*zin, Sv, hij terstond de vernietiging van de processen-verbaal en andere voorwerpen bevelen, voor zover zij deze mededelingen behelzen. Aan de hand van de feiten rondom de Winvision-gegevens kan worden aangenomen dat de Staat niet (geheel) gehandeld heeft overeenkomstig het bepaalde in art. 126aa lid 2 Sv en in art. 4 lid 1 en lid 2 van het Besluit. In verschillende eerdere procedures tussen eisers en de Staat waarin het ging over de Winvision-gegevens hebben rechterlijke instanties geoordeeld dat het verschoningsrecht van eisers geschonden is. Verwezen wordt naar Rb. Oost-Brabant 5 juni 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:3107; Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1808 en HR 19 februari 2021, «JOR» 2021/139, m.nt. Fanoy.*

*Volgens de Staat is er bij de handelwijze in verband met de verwerking van de Winvision-gegevens sprake geweest van (incidenteel) abusievelijk menselijk handelen dat heeft geleid tot schending van het verschoningsrecht en is er met de "bestendige werkwijze" die de Staat in dit soort zaken altijd hanteert, geen sprake van een structurele schending van het verschoningsrecht van advocaten. De Staat heeft hieromtrent nader gesteld dat de werkwijze in overeenstemming is met de wettelijke systematiek van art. 126aa Sv en de daarop gebaseerde jurisprudentie.*

*Gelet op de feitelijke gang van zaken rondom de Winvision-gegevens hebben de opsporingsdiensten echter niet conform het bepaalde in de Handleiding gehandeld. Bovendien is geconstateerd dat de Handleiding niet geheel in lijn is met het bepaalde in art. 126aa Sv en het Besluit, dat de Handleiding aan actualisatie onderhevig is, terwijl de werkwijze zich, sinds de introductie van de Handleiding in 2014, verder heeft ontwikkeld. Gelet op deze verklaring, is de werkwijze kennelijk niet (meer) geheel conform de Handleiding. Onder deze omstandigheden is onvoldoende duidelijk wat de "bestendige werkwijze", zoals die bij het gebruik van in beslag genomen vertrouwelijke gegevens in een opsporingsonderzoek volgens de Staat wordt gehanteerd, inhoudt. Dat met de "bestendige werkwijze" gewaarborgd is dat het verschoningsrecht van eisers gerespecteerd wordt, is dan ook niet met zekerheid vast te stellen en de stelling is gerechtvaardigd dat er op zijn minst een reëel gevaar is dat het verschoningsrecht in meerdere strafrechtelijke onderzoeken is of wordt geschonden. Vast staat dat de door de Staat in het onderzoek "Castor" gehanteerde*

werkwijze ertoe geleid heeft dat het verschoningsrecht van eisers in verschillende gevallen is geschonden. Dit terwijl de schending van het verschoningsrecht in het onderzoek Castor bij de kennisname van de Winvision-gegevens op eenvoudige wijze grotendeels op voorhand voorkomen had kunnen worden. Immers, aangezien de Staat al meer dan vijf maanden voordat Winvision werd bevolen om alle e-mails van Box c.s. aan de FIOD en het Openbaar Ministerie af te geven, in de wetenschap verkeerde dat eisers voor Box c.s. optraden, had de Staat Winvision kunnen opdragen slechts die digitale gegevens te verstrekken die niet afkomstig waren van of gericht waren aan (rechtstreeks dan wel in cc) een van de betrokken advocaten.

Het verschoningsrecht wordt beschermd door art. 6 en art. 8 van het EVRM en de vraag rijst of de wijze waarop de Staat in dit geval uitvoering heeft gegeven aan art. 126aa lid 2 Sv verenigbaar is met het EVRM. Bij de beantwoording van deze vraag wordt veel gewicht toegekend aan het feit dat de Staat reeds voorafgaand aan het moment dat met gebruikmaking van de opsporingsbevoegdheden van art. 126ng/ug Sv de Winvision-gegevens werden gevorderd, wist van de betrokkenheid van eisers als advocaten van Box c.s. Met die wetenschap had de Staat de inbreuk op het verschoningsrecht kunnen en moeten voorkomen door Winvision op te dragen slechts bepaalde gegevens te verstrekken, waarvan – nagenoeg – zeker was dat dit geen geprivilegieerde gegevens waren. Deze beperking van de opsporingsbevoegdheid was ook eenvoudig mogelijk geweest.

1. X,
  2. Y,
- en 2 anderen,  
eisers,  
advocaat: mr. T.R.B. de Greve,  
tegen  
de Staat der Nederlanden te Den Haag,  
gedaagde,  
advocaten: mr. S.M. Kingma, mr. G.C. Nieuwland  
en mr. L. Sieverink,  
met als partijen die verzocht hebben te mogen  
intervenieren:
1. de vereniging *Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten* te Den Haag,
  2. de vereniging *Nederlandse Vereniging van Jonge Strafrechtadvocaten* te Amsterdam,
  3. A,

4. B,  
advocaat: mr. J.Ph. de Korte.

(...; red.)

## 2. De feiten

Op basis van hetgeen partijen over en weer gesteld hebben en van de door partijen overgelegde producties wordt uit gegaan van de hierna volgende feiten.

### *Doorzoeking bij Box c.s. en vordering verstrekking gegevens Winvision in het kader van het opsporingsonderzoek*

2.1. Vanaf 4 juli 2013 hebben rechercheurs van het Team Bijzondere Zaken van de FIOD te Eindhoven onder leiding van het Functioneel Parket te 's-Hertogenbosch een strafrechtelijk onderzoek ingesteld (onder de codenaam "Castor") naar Box Consultants B.V., Box Fund Advisory B.V., Boulder B.V. en hun bestuurders (hierna: Box c.s.).

2.2. Op 17 maart 2015 heeft in het kader van bovengenoemd onderzoek Castor een doorzoeking ter inbeslagname bij Box c.s. plaatsgevonden. Op die dag werd Box c.s. bekend met het economisch strafrechtelijk onderzoek dat naar hen wordt verricht en hebben zij zich gewend tot [eisers] om zich juridisch te laten bijstaan. Eveneens op die dag (17 maart 2015) hebben [eisers] het Openbaar Ministerie en de FIOD ervan op de hoogte gesteld dat zij juridische bijstand verlenen aan Box c.s.

2.3. Op 4 september 2015 heeft de FIOD namens het Openbaar Ministerie op grond van artikel 126ng/ug van het Wetboek van Strafvordering (Sv) een bevel tot verstrekking van e-mails gegeven aan hostingbedrijf Winvision B.V. (hierna: Winvision), de externe emailprovider van Box c.s. Krachtens dit bevel diende Winvision alle emailberichten van Box c.s. aan FIOD en het Openbaar Ministerie te verstrekken (de Winvision-gegevens).

### *Handelwijze ten aanzien van de in beslag genomen Winvision-gegevens*

2.4. Bij het strafrechtelijk onderzoek "Castor" waren – onder anderen en voor zover in het kader van dit kort geding van belang – de volgende personen betrokken:

- [H], zaakofficier, functioneel parket 's-Hertogenbosch

– [I], zaakofficier functioneel parket 's-Hertogenbosch

– [J], kwaliteitsofficier functioneel parket 's-Hertogenbosch

– [K], parketsecretaris functioneel parket 's-Hertogenbosch

– [A], medewerker opsporing FIOD Zuidoost, kantoor Eindhoven

– [B], medewerker opsporing FIOD Zuidoost, kantoor Eindhoven

– [F], opsporingsambtenaar, rechercheur medewerker geheimhouderinformatie bij de Belastingdienst/FIOD Zuidoost, kantoor Eindhoven

2.5. De officier van justitie [H] heeft Winvision bevolen de in 2.3 genoemde gegevens onmiddellijk digitaal te verstrekken. Een medewerker van Winvision heeft aan de vordering van de officier van justitie gevolg gegeven door aan de Box c.s. gerelateerde databestanden (ca. 2.000.000 bestanden) te kopiëren naar een externe USB harde schijf (hierna: de USB) van de FIOD.

2.6. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 126ng/126ug Sv zijn Box c.s. en hun advocaten pas achteraf bekend gemaakt met de verstrekking aan het Openbaar Ministerie van de bij Winvision gevorderde digitale gegevens.

2.7. Van de circa 2.000.000 bestanden die zich op de USB bevonden hebben forensische IT-specialisten van de FIOD een zogenoemde “imagekopie” (een exacte kopie), en daarvan een “werkkopie” gemaakt.

Deze werkkopie is overgezet in een softwareprogramma waarmee het mogelijk is om grote hoeveelheden data te indexeren en met behulp van zoektermen te doorzoeken op voor het onderzoek relevante gegevens.

2.8. Medewerkers opsporing [A] en [B] hebben de bestanden op de werkkopie doorzocht aan de hand van gerichte, op de zaak toegesneden zoektermen. Op deze wijze zijn uit de verkregen bestanden gegevens geselecteerd die relevant werden geacht voor het onderzoek. In het kader van dat onderzoek hebben [A] en [B] ook kennis genomen van de inhoudelijke tekst van e-mailcorrespondentie die vermoedelijk binnen het bereik van het verschoningsrecht zou vallen (hierna: geheimhouderinformatie, dan wel geprivilegieerde gegevens) omdat deze afkomstig was van of bestemd was voor advocatenkantoor [naam].

Aan de hand van de inhoud van de hiervoor bedoelde e-mailcorrespondentie ontstond bij het onderzoeksteam de indruk dat het verschonings-

recht door mr. [eiser sub 1] werd misbruikt. Hierbij zou het gaan om een voorstel van mr. [eiser sub 1] om een opdracht aan BDO Accountants en Belastingadviseurs B.V. voor het uitvoeren van een onderzoek bij Box c.s. te laten verstrekken door advocatenkantoor [naam] zodat het onderzoek onder het verschoningsrecht zou vallen.

2.9. De door het onderzoeksteam gevonden e-mailberichten die leken te wijzen op misbruik van het verschoningsrecht zijn overhandigd aan [D], medewerker opsporing van FIOD Zuidoost met het oog op het starten van een afzonderlijk tuchtrechtelijk onderzoek.

2.10. Nu de digitale bestanden vermoedelijk geheimhouderinformatie bevatten hebben [A] en [B] aan de hand van de zoekterm “[naam]” een selectie gemaakt van 3.115 digitale bestanden.

2.11. De bovenbedoelde circa 3.000 bestanden zijn vervolgens “uitgegrisd”.

Wanneer een bestand is “uitgegrisd” kan het bestand niet meer worden geraakt door zoektermen bij eventuele volgende zoekslagen en is de inhoud ervan niet meer zichtbaar voor bij het onderzoek betrokken opsporingsambtenaren. De “uitgegrisdde” items heeft een forensisch IT-specialist verwijderd uit de dataset en daarmee ontoegankelijk gemaakt voor het onderzoeksteam.

2.12. Vanwege technische problemen is de eerste werkkopie van de Winvision-gegevens onbruikbaar geraakt. Daarom heeft een forensisch IT-specialist een nieuwe werkkopie gemaakt van de originele imagekopie. Omdat reeds bekend was dat geprivilegieerde gegevens deel uit maakten van de gegevens is besloten forensisch IT-specialisten deze nieuwe werkkopie te laten schonen door bestanden te selecteren met bijvoorbeeld de zoektermen “@[naam].n” en “@[naam].com”. De nieuwe, geschoonde werkkopie is daarna ingeladen in het door het opsporingsteam gebruikte softwareprogramma. Het onderzoeksteam heeft het onderzoek van deze gegevens vervolgens hervat.

2.13. Vervolgens heeft opsporingsambtenaar en medewerker geheimhouder [F] de opdracht gekregen om de 3.115 “uitgegrisdde” bestanden te beoordelen op vermoedelijke geheimhouderinformatie.

Door middel van een zgn. “kop-staart beoordeling” heeft [F] uit de 3.115 bestanden een selectie gemaakt van bestanden die naar zijn mening niet als geheimhouderinformatie kon worden aangemerkt. Deze selectie leverde ca. 837 bestanden op

(na uitfiltering van duplicaten betrof dit 403 unieke items) die [F] aanmerkte als zijnde zeer waarschijnlijk niet geprivilegieerd (de Voorselectie).

2.14. Op verzoek van [F] heeft officier van justitie [J] op 10 maart 2016 de 3.115 digitale bestanden marginaal beoordeeld op “geheimhouderinformatie”.

[J] concludeerde dat alle digitale bestanden als vermoedelijke geheimhouderinformatie dienden te worden aangemerkt en heeft aan [F] de opdracht gegeven zorg te dragen voor de vernietiging van deze digitale bestanden.

2.15. Op 10 maart 2016 heeft [F] de zienswijze en het besluit van [J] kenbaar gemaakt aan het onderzoeksteam.

Het onderzoeksteam was het niet met de beslissing van [J] eens omdat deze tegengesteld was aan een adviesrapport dat de landsadvocaat omtrent het verschoningsrecht had uitgebracht en omdat de beslissing niet in lijn zou zijn met de jurisprudentie.

2.16. Door [C], projectleider bij FIOD Zuidoost, is [F] vervolgens gevraagd om uit de bestanden de e-mailwisselingen te filteren die in verband kunnen worden gebracht met het advies van mr. [eiser sub 1] om de opdracht aan BDO door advocatenkantoor [naam] te laten verlenen en deze e-mailberichten opnieuw voor te leggen aan [J].

2.17. In dit kader heeft [F] op 6,7 en 11 april 2016 in totaal 155 digitale bestanden geselecteerd welke [F] op papier heeft uitgeprint en aan parketsecretaris [K] heeft overhandigd met het verzoek deze aan [J] voor te leggen teneinde te toetsen of deze al dan niet als geheimhouderstuk zouden moeten worden aangemerkt.

[K] heeft de 155 e-mails en stukken eerst zelf beoordeeld. Vervolgens heeft [K] een overzicht opgesteld van de 155 e-mails waarin per e-mail is aangegeven of het een “geheimhouderstuk” betreft of niet. Dit overzicht heeft [K] aan [J] gestuurd.

2.18. Per e-mail van 24 mei 2016 heeft [J] aan [F] medegedeeld dat hij de ordner met documenten beoordeeld heeft. [J] verwijst in het e-mailbericht voor zijn beslissing naar het als bijlage gevoegde overzicht en verzoekt [F] om “conform het protocol geheimhouders” zijn beslissing uit te voeren en verder af te wikkelen.

Het overzicht in de bijlage bij het e-mailbericht van [J] is het in 2.17 genoemde overzicht dat opgesteld is door [K]. In dat overzicht is van 105 van

de 155 bestanden geoordeeld dat het geen geheimhouderstuk is.

2.19. De hierboven genoemde 105 documenten zijn vervolgens (in fysieke vorm) aan het opsporingsteam ter beschikking gesteld.

De bedoeling van [F] was om ook de digitale versie van deze 105 documenten aan het onderzoeksteam ter beschikking te stellen, maar in plaats daarvan heeft [F] de eerder door hem gemaakte “Voorselectie” van 837 items, waartoe niet de 105 documenten behoorden, aan het onderzoeksteam vrij gegeven.

*Inbeslagneming van stukken bij accountantskantoor BDO en beroep van [eisers] op het verschoningsrecht*

2.20. De via Winvision verkregen emails en bestanden hebben aanleiding gegeven tot verdere opsporingsactiviteiten, zoals de doorzoeking ter inbeslagneming op grond van artikel 96c Sv bij de accountant van de Box, BDO.

2.21. Op 1 december 2016 heeft doorzoeking ter inbeslagneming plaatsgevonden op twee locaties van BDO. Op één van deze twee locaties zijn (aan Box c.s. gerelateerde) papieren bescheiden en digitale bestanden in beslag genomen (hierna: het BDO beslag).

De digitale bestanden zijn ter plekke op relevantie geselecteerd door middel van een zogenaamde “kop-staart” beoordeling. Van de aldus geselecteerde digitale bestanden is een kopie gemaakt die is opgeslagen op de harde schijf van de FIOD. De advocaat van BDO en mr. [eiser sub 2] hebben zich tijdens de doorzoeking beroepen op het (afgeleid) verschoningsrecht.

2.22. De papieren bescheiden en de op de harde schijf geplaatste digitale bestanden zijn in twee gesloten enveloppen meegenomen en overhandigd aan de rechter-commissaris in strafzaken ter beoordeling of de in beslag genomen stukken en vastgelegde gegevens onder het bereik van het verschoningsrecht vallen en of het openbaar ministerie daarvan kennis mocht nemen.

2.23. In het kader van deze beoordeling heeft de rechter-commissaris ondersteuning van de FIOD verzocht. Deze ondersteuning is door FIOD geboden door middel van twee opsporingsambtenaren van FIOD, te weten twee “digimedewerkers” die de data digitaal hebben ontsloten. Voorts heeft een andere opsporingsambtenaar van de FIOD in opdracht van de rechter-commissaris de functie van “medewerker geheimhouder” vervuld

en ten behoeve van de beoordeling door de rechter-commissaris een overzicht gemaakt van alle bestanden die zich op de gegevensdrager bevonden.

2.24. [eisers] hebben zich op het standpunt gesteld dat alle bij BDO in beslaggenomen papieren bescheiden en digitale bestanden onder het (afgeleid) verschoningsrecht vallen zodat deze stukken niet in beslag hadden mogen worden genomen en moesten worden teruggegeven aan BDO. Tevens hebben [eisers] zich op het standpunt gesteld dat de doorzoeking bij BDO onrechtmatig was omdat de doorzoeking voortvloeide uit het gebruik van door Winvision verstrekte e-mailberichten die onder het verschoningsrecht vielen.

2.25. Het bezwaar van mr. [eiser sub 1], mr. [eiser sub 2] en [G] (toenmalig kantoorgenoot van mr. [eiser sub 1] en mr. [eiser sub 2] en destijds tevens advocaat van Box c.s.) in verband met het verschoningsrecht bij het beslag onder BDO is door de rechter-commissaris in strafzaken van de rechtbank Oost-Brabant bij beschikking van 10 januari 2018 ongegrond verklaard (productie 10 van de Staat).

Tegen de beschikking van de rechter-commissaris hebben mr. [eiser sub 1], mr. [eiser sub 2] en [G] een klaagschrift als bedoeld in artikel 98 lid 4 Sv ingediend bij de rechtbank Oost-Brabant.

2.26. Bij beschikking van 13 september 2018 (productie 1 van [eisers]) heeft de rechtbank Oost-Brabant het beklag gegrond verklaard en teruggave gelast van alle communicatie over het onderzoek dat de advocaten hebben opgedragen aan BDO, alsmede van alle informatie die de door de advocaten ingeschakelde onderzoeker, de accountant [E], onder zich had.

2.27. Nadat het Openbaar Ministerie een door haar ingesteld cassatieberoep tegen de beschikking van de rechtbank van 13 september 2018 heeft ingetrokken, is deze beschikking onherroepelijk geworden.

Aan het door de rechtbank Oost-Brabant gegeven bevel tot teruggave heeft de Staat niet voldaan. Na het hierna in 2.33 te noemen bewijsbeslag op 8 januari 2019 door [eisers] was teruggave van de stukken niet (meer) mogelijk.

*Artikel 98 Sv, artikel 126aa Sv, het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken en de Handleiding verwerking geheimhoudersinformatie (zie ook hoofdstuk 6 dagvaarding)*

2.28. In artikel 98 Sv is het volgende bepaald:

“1. Bij personen met bevoegdheid tot verschoning, als bedoeld bij de artikelen 218 en 218a, worden, tenzij met hunne toestemming, niet in beslag genomen brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt. De rechter-commissaris is bevoegd ter zake te beslissen.

2. Indien de persoon met bevoegdheid tot verschoning bezwaar maakt tegen de inbeslagneming van brieven of andere geschriften omdat zijn plicht tot geheimhouding zich daartoe uitstrekt, wordt niet tot kennisneming overgegaan dan nadat de rechter-commissaris daarover heeft bepaald.

3. De rechter-commissaris die beslist dat inbeslagneming is toegestaan, deelt de persoon met bevoegdheid tot verschoning mede dat tegen zijn beslissing beklag open staat bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd en tevens dat niet tot kennisneming wordt overgegaan dan nadat onherroepelijk over het beklag is beslist.

4. Tegen de beschikking van de rechter-commissaris kan de persoon met bevoegdheid tot verschoning binnen veertien dagen na de betekening daarvan een klaagschrift indienen bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd. Artikel 552a is van toepassing.

5. Een doorzoeking vindt bij zodanige personen, tenzij met hun toestemming, alleen plaats voor zover het zonder schending van het stands-, beroeps- of ambtsgeheim kan geschieden, en strekt zich niet uit tot andere brieven of geschriften dan die welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben.

6. De rechter-commissaris kan zich bij de beoordeling van de aannemelijkheid van het beroep van de verschoningsgerechtigde op zijn geheimhoudingsplicht laten voorlichten door een vertegenwoordiger van de beroepsgroep waartoe de verschoningsgerechtigde behoort.”

2.29. In artikel 126aa Sv is – voor zover thans van belang – het volgende bepaald:

“1. De officier van justitie voegt de processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend die zijn verkregen door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc, dan wel door de toepassing van artikel 126ff, voorzover die voor het onderzoek in de zaak van betekenis zijn, bij de processtukken.

2. Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van de artikelen 218 en 218a zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd, worden deze processen-verbaal en andere voorwerpen vernietigd. Bij algemene maatregel van bestuur worden hieromtrent voorschriften gegeven. Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin behelzen gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon, worden zij niet bij de processtukken gevoegd dan na voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris.  
(...)"

2.30. In artikel 4 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken, Besluit van 15 december 1999 (hierna: het Besluit) is – voor zover van belang – het volgende bepaald:

"1. De opsporingsambtenaar die door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc van het Wetboek van Strafvordering, kennisneemt van mededelingen waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze zijn gedaan door of aan een geheimhouder, stelt hiervan de officier van justitie onverwijld in kennis.

2. Indien de officier van justitie vaststelt dat de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, mededelingen zijn als bedoeld in artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering, beveelt hij terstond de vernietiging van de processen-verbaal en andere voorwerpen, voorzover zij deze mededelingen behelzen. Het bevel tot vernietiging is schriftelijk. Van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt, dat wordt gezonden aan de officier van justitie.

3. Indien de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, zijn gedaan door of aan een geheimhouder die als verdachte is aangemerkt, wint de officier van justitie het oordeel in van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep waartoe de geheimhouder behoort, omtrent de vraag of de mededelingen zijn aan te merken als mededelingen in de zin van artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering. Indien de officier van justitie besluit af te wijken van het oordeel van het gezaghebbende lid van de beroepsgroep, wordt dit besluit met redenen omkleed.  
(...)"

In artikel 5 lid 2 van het Besluit is het volgende bepaald:

"2. Met vernietiging van een voorwerp staat gelijk het op zodanige wijze bewerken van een voorwerp dat de gegevens die daaraan voor de bewerking konden worden ontleend, niet meer kenbaar zijn."

2.31. De Landelijke Vergadering van Recherche Officieren heeft een handleiding vastgesteld waarin stapsgewijs is omschreven hoe er dient te worden omgegaan met aangetroffen fysieke (papieren) dan wel digitale geheimhouderinformatie. Het betreft de "Handleiding verwerking geheimhouderinformatie aangetroffen in inbeslaggenomen voorwerpen en in digitale bestanden" (hierna: de Handleiding).

Doel van dit document is een eenduidige handleiding bieden aan de functionarissen die met de opsporing zijn belast.

2.32. De meest recente versie van de Handleiding is de versie van juni 2014. Deze is overgelegd door NVSA en NVJSA als productie 6. In de Handleiding van juni 2014 is – voor zover in het kader van deze procedure van belang – het volgende bepaald:

"(...)

De rol van officier van justitie kan vervuld worden door een zaaksofficier van justitie, maar ook door een officier van justitie die niet betrokken is bij het opsporingsonderzoek/de strafzaak. Hoewel het aan de OM-onderdelen zelf is om daar een invulling aan te geven, wordt aanbevolen om de toets van (vermoedelijke) geheimhouderinformatie door een niet bij het opsporingsonderzoek/de strafzaak betrokken officier van justitie te laten verrichten.

#### *Wettelijke bepalingen*

Alvorens stapsgewijs de procedure te beschrijven worden hieronder de toepasselijke wettelijke bepalingen, besluiten en aanwijzingen op een rij gezet.

– Van toepassing zijn de artikelen 94Sv, 96a lid 3 Sv, 98 Sv, 104 lid 2 Sv, 105 Sv, 110 Sv, 125i Sv, 125l Sv, 126aa Sv, 126c en 126d Sv, 218 Sv,

– Aanwijzing inbeslagname (artikel 94 Sv) (2012A008)

– Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders (2011/002)

– Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken

*(Besluit van 15 december 1999, houdende regels ter uitvoering van de artikelen 126aa, tweede lid, en*

126cc, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering (Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken)

(...)

3. Procedure na verkrijging fysieke documenten en digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie, anders dan na doorzoeking van woning of (bedrijfs)pand.

(...)

3.3.

Verwerking van digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie

1. – Na het in beslag nemen van een digitale gegevensdrager met (een) bestand(en) die vermoedelijke geheimhouderinformatie bevat (ten), of

– Na het aantreffen van een digitaal bestand met vermoedelijke geheimhouderinformatie bij onderzoek aan een inbeslaggenomen digitale gegevensdrager of

– Na het ontvangen van een digitale gegevensdrager waarop zich gevorderde digitale bestanden bevinden, waarvan het vermoeden bestaat dat deze geheimhouderinformatie bevatten, overlegt de opsporingsambtenaar met de leider onderzoek of er inderdaad sprake is van een digitaal bestand met vermoedelijke geheimhouderinformatie. Is er sprake van een digitaal bestand met vermoedelijke geheimhouderinformatie, dan wordt de betreffende digitale gegevensdrager – indien mogelijk – in een gesloten enveloppe aan de medewerker geheimhouders overhandigd.

3.4.

Verdere verwerking van digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie

1. Indien er geen image of kopie van de digitale gegevensdrager dan wel van voor het onderzoek geselecteerde bestanden is gemaakt, maakt – eventueel na afgifte door de medewerker geheimhouders van de digitale gegevensdrager – de met de digitale opsporing belaste opsporingsambtenaar die image of kopie.

2. Van alle gemaakte images of kopieën worden werkkopieën gemaakt. De werkkopieën worden ter beschikking gesteld aan het onderzoeksteam, behalve de onderdelen van de werkkopieën die geheimhouderinformatie bevatten.

De digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie worden ter toetsing ter beschikking gesteld aan de medewerker geheimhouders.

3. Het is aan de opsporingsdienst te bepalen op welke wijze de digitale bestanden die vermoede-

lijke geheimhouderinformatie bevatten niet zichtbaar en niet bruikbaar voor het onderzoeksteam worden gemaakt.

4. In de werkkopieën wordt niet actief gezocht naar vermoedelijke geheimhouderinformatie.

Indien betrokkene tijdens het verdere verloop van het onderzoek concreet aangeeft dat er sprake is van digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie en daarbij aangeeft welke bestanden het betreft alsmede waar die zich bevinden, zullen deze bestanden ter toetsing aan de medewerker geheimhouder ter beschikking worden gesteld.

Indien het opsporingsteam digitale bestanden met vermoedelijke geheimhouderinformatie aantreft, worden deze bestanden, zonder verdere kennisneming van de inhoud daarvan, eveneens ter toetsing ter beschikking gesteld aan de medewerker geheimhouder.

5. Als de medewerker geheimhouder van oordeel is dat de digitale bestanden geen geheimhouderinformatie bevatten zorgt hij dat het onderzoeksteam de beschikking krijgt over die digitale bestanden.

6. Bevatten de digitale bestanden geheimhouderinformatie of heeft de medewerker geheimhouders daarover twijfels dan stelt de medewerker geheimhouders de digitale bestanden ter beschikking aan de officier van justitie.

Daarbij wordt aangegeven op grond van welke titel en op welke manier het onderzoeksteam de digitale bestanden heeft verkregen. Het digitale bestand wordt uitgeprint of op een gegevensdrager geplaatst. Die digitale gegevensdrager of het papieren document wordt in een gesloten enveloppe van de officier van justitie verstrekt.

7. Indien het digitale bestand is verkregen door een door de rechter-commissaris toegepast dwangmiddel dan wel indien de officier van justitie een beslissing van de rechter-commissaris wenselijk acht, dient de officier van justitie het digitale bestand voor te leggen aan de rechter-commissaris.

8. Indien het digitaal bestand is verkregen door een door de officier van justitie of door een opsporingsambtenaar toegepast dwangmiddel of opsporingsbevoegdheid dan kan de officier van justitie het volgende beslissen:

– het digitale bestand bevat geheimhouderinformatie en valt onder het verschoningsrecht: de officier van justitie geeft opdracht aan de medewerker geheimhouders om zorg te dragen dat dat

digitale bestand niet ter beschikking wordt gesteld aan het onderzoeksteam.

– het digitale bestand ter beoordeling voorleggen aan de geheimhouder: als de officier van justitie het digitale bestand heeft voorgelegd aan de betreffende geheimhouder (al dan niet via een advocaat) en zich niet wil neerleggen bij diens oordeel dat er sprake is van geheimhouderinformatie, vraagt de officier van justitie bemiddeling van een vertegenwoordiger van de beroepsorganisatie of dringt aan op een zo spoedig mogelijke indiening van een klaagschrift tegen het gebruik van of de voeging van het digitale bestand bij de processtukken.

– het digitale bestand bevat geen geheimhouderinformatie, want het valt niet onder het verschoningsrecht dan wel er dient zich een reden aan die leidt tot doorbreking van het verschoningsrecht: de officier van justitie geeft aan de medewerker geheimhouders aan dat het digitale bestand gebruikt mag worden in het onderzoek. De medewerker geheimhouders maakt daar een proces-verbaal van op en stelt het digitale bestand ter beschikking aan het onderzoeksteam.

9. Is sprake van zeer uitzonderlijke omstandigheden zoals beschreven op paragraaf 5.1 van deze handleiding dan bepaalt de rechter-commissaris of een digitale gegevensdrager en/of een digitaal bestand in beslag genomen en/of vastgelegd mag worden.

10. De medewerker geheimhouders houdt in een overzicht bij welke digitale bestanden die geheimhouderinformatie bevatten niet aan het onderzoeksteam ter beschikking zijn gesteld.

11. De medewerker geheimhouders controleert in hoeverre de inhoud van een digitaal bestand met geheimhouderinformatie gebruikt is binnen een onderzoek en draagt zorg ervoor dat de aan dat digitale bestand te liëren stukken, documenten e.d. (inclusief de eventueel gemaakte kopieën) worden vernietigd. Van zijn bevindingen maakt hij een proces-verbaal op.

#### 4. Toezicht op de procedures

Nadat het onderzoek aan de inbeslaggenomen of anderszins verkregen documenten of digitale bestanden is afgerond, controleert de medewerker geheimhouders of alle documenten of bestanden na (een) daartoe strekkend(e) bevel(en) van de officier van justitie zijn vernietigd of ontoegankelijk zijn gemaakt. Tevens vindt controle plaats op de, naar aanleiding van dat/die bevel(en), opgemaakte processen-verbaal.

De medewerker geheimouders maakt van deze controle een proces-verbaal op. (...)

(...)

(...)"

#### *Bewijsbeslag en opheffingsprocedure*

2.33. Op 8 januari 2019 hebben [eisers] – op basis van een aan hen bij beschikking van 4 januari 2019 (ECLI:NL:RBOBR:2019:1897) door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Brabant verleend verlov voor het leggen van bewijsbeslag – bewijsbeslag gelegd ten laste van de Staat op originelen en kopieën van de in de beschikking bedoelde Bescheiden.

2.34. [eisers] hebben op 15 januari 2019 de eis in de hoofdzaak ingediend in de vorm van een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor ex artikel 186 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), de verstrekking van bescheiden ex artikel 843a Rv en het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht ex artikel 202 Rv.

2.35. Bij dagvaarding van 13 februari 2019 is de Staat een kort gedingprocedure bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant tegen [eisers] gestart waarin onder andere opheffing van het door [eisers] gelegde bewijsbeslag is gevorderd. Bij vonnis van 29 maart 2019 (ECLI:NL:RBOBR:2019:1783) heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van de Staat grotendeels afgewezen, met dien verstande dat de in de verlov-beslagbeschikking van 4 januari 2019 toegewezen dwangsom is gematigd.

2.36. De Staat is van dit vonnis in hoger beroep gegaan. Bij arrest van 14 mei 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:1808) heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en de aan de Staat opgelegde dwangsom opgeheven, evenals het bewijsbeslag, voor zover dit was gelegd op meer dan de door het hof in het dictum onder A tot en met C omschreven bescheiden.

2.37. Tegen het arrest van gerechtshof van 14 mei 2019 heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld.

Bij arrest van 19 februari 2021 (ECLI:NL:HR:2021:273) heeft de Hoge Raad de door de Staat aangevoerde klachten deels gegrond verklaard en het arrest van het gerechtshof gedeeltelijk vernietigd. Het bewijsbeslag is opgeheven voor zover dat lag op bescheiden (niet zijnde kopieën) die deel uitmaken van het strafdossier



dan wel verzameld zijn voor het strafrechtelijk onderzoek.

2.38. In de naar aanleiding van het gelegde bewijsbeslag ingestelde eis in de hoofdzaak heeft de rechtbank Oost-Brabant bij beschikking van 5 juni 2019 (ECLI:NL:RBOBR:2019:3107) de verzoeken van [eisers] strekkende tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor, verstrekking van bescheiden ex artikel 843a Rv en het benoemen van een (of meer) deskundige(n) met de opdracht een deskundigenonderzoek te doen, afgewezen bij gebrek aan voldoende feitelijk belang.

2.39. [eisers] zijn tegen deze beschikking van de rechtbank Oost-Brabant in hoger beroep gegaan bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch (zaaknummer 200.265.410/01). In de hoger beroepsprocedure heeft het gerechtshof vier tussenbeschikkingen gegeven. Bij de laatstelijk gegeven tussenbeschikking van 30 september 2021 (ECLI:NL:GHSHE:2021:2968) heeft het gerechtshof iedere beslissing in de zaak aangehouden tot 1 oktober 2022 en [eisers] toegestaan tussentijds cassatieberoep in te stellen.

Het hof heeft in deze tussenbeschikking – kort samengevat – overwogen dat de beslissing op het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor, het verzoek om inzage ex artikel 843a Rv, en het verzoek een voorlopig deskundigenonderzoek te gelasten pro forma een jaar wordt aangehouden, omdat het belang van [eisers] bij een toewijzende beslissing voorlopig moet wijken voor het belang van een ongestoord verloop van de strafzaak. Daartoe heeft het Hof redengevend geacht dat het thans verrichten van de verzochte pre-processuele civiele verrichtingen zou leiden tot een daadwerkelijke ernstige verstoring van de strafzaak omdat aldus informatie beschikbaar komt die in de strafzaak niet of nog niet kan worden verkregen. In rechtsoverweging 14.26 van het arrest onderstreept het hof het “zwaarwegende maatschappelijke belang dat strafzaken ongestoord moeten kunnen verlopen zonder doorkruisende civielrechtelijke procedures, in het bijzonder op het punt van de onderlinge balans tussen verdediging en Openbaar Ministerie”.

2.40. Op 22 december 2021 hebben [eisers] een verzoek bij het gerechtshof ingediend strekkende tot hervatting van de procedure met nummer 200.265.410/01.

2.41. Op 30 december 2021 hebben [eisers] tegen bovengenoemde tussenbeschikking van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 september

2021, en tegen de tussenbeschikking van 6 augustus 2020 (ECLI:NL:GHSHE:2020:2537) beroep in cassatie bij de Hoge Raad ingesteld.

2.42. Bij tussenbeschikking van 10 februari 2022 (ECLI:NL:GHSHE:2022:365) heeft het gerechtshof naar aanleiding van het verzoek van [eisers] strekkende tot doorprocederen beslist dat de procedure bij het hof geschorst is vanwege het lopende tussentijdse cassatieberoep en heeft iedere beslissing pro forma aangehouden tot 1 januari 2023.

### 3. *Het geschil*

#### 3.1. [eisers] vordert samengevat:

I. De Staat te bevelen om zo spoedig mogelijk en in ieder geval uiterlijk binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis:

a. de nodige maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de vertrouwelijkheid van de relatie cliënt-advocaat wordt geëerbiedigd, en

b. openbaar te maken welke maatregelen zijn getroffen, en

c. die maatregelen na te komen en na te blijven komen, op straffe van verbeurte van een eenmalige dwangsom van € 10 miljoen en voorts een dwangsom van € 1 miljoen per dag of gedeelte daarvan dat de Staat geheel of gedeeltelijk in strijd handelt met dit bevel;

II. De Staat (het openbaar ministerie, de fiod en de belastingdienst) te bevelen om steeds indien bekend is of redelijkerwijs vermoed kan worden dat door het openbaar ministerie en/of de fiod gestuit zal worden op mededelingen of (fysieke dan wel digitale) bescheiden die mogelijk vallen onder het (afgeleide) verschoningsrecht van een advocaat:

a. niet tot kennisneming van die bescheiden over te gaan dan nadat onherroepelijk door de rechter is beslist dat het bezwaar van de advocaat tegen de inbeslagneming of kennisneming omdat zijn plicht tot geheimhouding daartoe uitstrekt ongegrond is, en

b. de verwerking van bedoelde bescheiden (waaronder mede wordt verstaan het feitelijk in ontvangst nemen, het kopiëren, het printen en het opslaan daarvan) uitsluitend wordt verricht door zodanige functionaris en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt, en

c. de voornoemde verwerking dadelijk en gedeetailleerd op zodanige wijze vast te leggen dat te allen tijde onmiddellijk schriftelijke en gemoti-

veerde verantwoording kan worden afgelegd aan de betrokken advocaat zodra deze advocaat of een rechter daarom verzoekt;

op straffe van verbeurte van een eenmalige dwangsom van € 10 miljoen en voorts een dwangsom van € 1 miljoen per dag of gedeelte daarvan dat de Staat geheel of gedeeltelijk in strijd handelt met dit bevel;

#### *Subsidiair*

De Staat (het openbaar ministerie, de fiod en de belastingdienst) te verbieden om opbrengsten verkregen uit de inzet van bijzondere (opsporings)bevoegdheden waarbij bekend is of redelijkerwijs vermoed kan worden dat het (mede):

a. communicatie van en/of met een advocaat betreft, en/of

b. communicatie van en/of met ten kantore van een advocaat werkzaam personeel betreft, en/of

c. communicatie van en/of met een derde die als deskundige door een advocaat is ingeschakeld met het oog op deskundigheid in verband met de uitvoering van de aan hem door de advocaat gegeven opdracht; in beslag te nemen respectievelijk in ontvangst te nemen zonder dat er voorafgaand aan die inbeslagname respectievelijk in ontvangstneming is gewaarborgd dat niet tot kennisneming van die bescheiden zal worden over gegaan dan nadat onherroepelijk door de rechter is beslist dat het bezwaar van de advocaat tegen de inbeslagname of kennisneming omdat zijn plicht tot geheimhouding zich daartoe uitstrekt, ongegrond is, op straffe van een eenmalige dwangsom van € 10 miljoen en voorts een dwangsom van € 1 miljoen per dag of gedeelte daarvan dat de Staat geheel of gedeeltelijk in strijd handelt met dit verbod;

III. De Staat (het openbaar ministerie, de fiod en de belastingdienst) steeds indien volgens de wet gegevens dienen te worden vernietigd op grond van artikel 126aa Wetboek van Strafvordering en/of artikel 4 lid 2 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken te bevelen tot:

a. nakoming van de verplichting tot het onverwijld in kennis stellen van de officier van justitie als bedoeld in artikel 4 lid 1 van het voornoemde besluit, en

b. nakoming van de verplichting tot het terstond vernietigen en daarvan proces-verbaal op te laten maken als bedoeld in artikel 4 lid 2, en

c. de vernietiging als bedoeld in artikel 4 lid 2 uit te voeren op een zodanige wijze dat deze gegevens niet meer kenbaar zijn en niet meer (geheel of gedeeltelijk) kenbaar kunnen worden gemaakt, en

d. behoudens voorafgaand en onherroepelijk rechterlijk oordeel, geen instructie te geven of poging te ondernemen om gegevens die niet meer kenbaar zijn of zouden moeten zijn toch weer geheel of gedeeltelijk kenbaar te maken;

op straffe van een eenmalige dwangsom van € 10 miljoen en voorts een dwangsom van € 1 miljoen per dag of gedeelte daarvan dat de Staat geheel of gedeeltelijk in strijd handelt met dit bevel;

IV. De Staat te bevelen om binnen 24 uren na betekening van dit vonnis:

a. volledige, deugdelijke, ongecensureerde en leesbare afschriften van de Handleiding inclusief alle bijlagen, verdere toelichting en instructies daarbij, en

b. volledige, deugdelijke, ongecensureerde en leesbare afschriften van alle eerdere en en latere versies van de Handleiding inclusief alle bijlagen, verdere toelichting en instructies daarbij, zoals die sinds 1 januari 2010 tot en met datum van dit vonnis geheel of gedeeltelijk in gebruik zijn en/of zijn geweest;

deugdelijk en volledig openbaar te maken en openbaar te houden en tevens binnen voornoemde termijn te verstrekken aan mr. De Greve, de Nederlandse Orde van Advocaten en de NVSA, en

c. toekomstige versies van de Handleiding of enig ander document of vastlegging waaruit geheel of gedeeltelijk volgt hoe wordt omgegaan met mogelijk geprivilegeerde informatie van een advocaat, ten minste acht weken voorafgaande aan de gehele of gedeeltelijke inwerkingtreding deugdelijk en volledig openbaar te maken en openbaar te houden, en tevens onmiddellijk te verstrekken aan mr. De Greve, de Nederlandse Orde van Advocaten en de NVSA,

op straffe van een eenmalige dwangsom van € 10 miljoen en voorts een dwangsom van € 1 miljoen per dag of gedeelte daarvan dat de Staat geheel of gedeeltelijk in strijd handelt met dit bevel;

V. De Staat (openbaar ministerie, fiod en belastingdienst) te verbieden om:

a. uitvoering te geven aan de werkwijze die de Staat zelf in zijn door de landsadvocaat opgestelde processtukken omschrijft als de “met waarborgen omklede bestendige werkwijze”, en

b. uitvoering te geven aan de werkwijze zoals beschreven in de Handleiding inclusief alle aanpassingen en nieuwe versies daarvan, behoudens voor deze alsdan voldoet aan ieder van de overige geboden en verboden zoals in dit kort geding gevorderd worden en toegestaan is op grond van een wet in formele zin, en

c. inbreuk te maken op het verschoningsrecht van advocaten, behoudens voor zover deze inbreuk is toegestaan op grond van een wet in formele zin; op straffe van een eenmalige dwangsom van € 10 miljoen en voorts een dwangsom van € 1 miljoen per dag of gedeelte daarvan dat de Staat geheel of gedeeltelijk in strijd handelt met dit verbod;

VI. De Staat (openbaar ministerie, fiod en belastingdienst) te bevelen om onmiddellijk:

a. het gebruik en de inzet van “geheimhoudersambanaren” geheel te beëindigen en beëindigd te houden;

b. het gebruik en de inzet van “geheimhoudersofficieren” geheel te beëindigen en beëindigd te houden;

op straffe van een eenmalige dwangsom van € 10 miljoen en voorts een dwangsom van € 1 miljoen per dag of gedeelte daarvan dat de Staat geheel of gedeeltelijk in strijd handelt met dit bevel;

VII. De Staat (openbaar ministerie, FIOD en belastingdienst) te bevelen om binnen 24 uren na betekening van dit vonnis volledige en deugdelijke afschriften te verstrekken aan mr. De Greve van:

a. alle FIOD-journaals welke geheel of gedeeltelijk verband houden met de zaak Castor; en

b. alle journaals logbestanden en bescheiden waarin (de inhoud van) e-mails van/aan (een of meer van) [eisers] (geheel of gedeeltelijk) voorkomen;

op straffe van een eenmalige dwangsom van € 10 miljoen en voorts een dwangsom van € 1 miljoen per dag of gedeelte daarvan dat de Staat geheel of gedeeltelijk in strijd handelt met dit bevel;

VIII. De Staat (openbaar ministerie, fiod en belastingdienst) te bevelen om ten aanzien van de zaak Castor binnen 72 uren na betekening van dit vonnis:

van alle emails met extensie “[naam].com” of “[naam].nl” in een of meer van de velden To, From, CC, en/of BCC, een volledig, juist en gespecificeerd overzicht, inclusief de binnen de Staat beschikbare verificatoire bescheiden, aan mr. De Greve te verstrekken waaruit per e-mail blijkt:

i. wie van deze emails en/of de daarbij gevoegde bijlagen geheel of gedeeltelijk kennis heeft genomen of heeft kunnen nemen, en

ii. waar die emails en/of de daarbij gevoegde bijlagen geheel of gedeeltelijk opgeslagen zijn, en

iii. waar die emails en/of de daarbij gevoegde bijlagen geheel of gedeeltelijk opgeslagen zijn geweest; op straffe van een eenmalige dwangsom van € 10 miljoen en voorts een dwangsom van € 1 miljoen per dag of gedeelte daarvan dat de Staat geheel of gedeeltelijk in strijd handelt met dit bevel;

IX. Alle hiervoor gevorderde voorzieningen inclusief dwangsommen voor de duur van het geding uit te spreken;

X. De Staat te veroordelen zowel in de hoofdzaak als in het incident in de proceskosten inclusief de nakosten.

3.2. Aan bovenstaande vorderingen hebben [eisers] – zakelijk weergegeven – het volgende ten grondslag gelegd.

De Staat schendt structureel het verschoningsrecht van advocaten. Met het herhaaldelijk ingenomen standpunt van het Openbaar Ministerie dat van schending van het verschoningsrecht pas sprake is wanneer het Openbaar Ministerie of de FIOD geprivilegieerde gegevens deelt met derden geeft de Staat blijk van een evident onjuiste visie omtrent hoe om te gaan met geheimhouderstukken.

De werkwijze van de Staat met betrekking tot de bij Winvision gevorderde digitale bestanden is in strijd met de bepaling in artikel 126aa lid 2 Sv en met de in dat kader geldende algemene maatregel van bestuur, het Besluit. Op grond van dit wetsartikel en het Besluit dienen gegevens waarvan de officier van justitie heeft vastgesteld dat die vallen onder het verschoningsrecht, terstond te worden vernietigd. In het geval van de Winvision-bestanden werden de geheimhouderstukken niet vernietigd maar bewaard en is er geen uitvoering gegeven aan het bevel van vernietiging van de officier van justitie. Het “uitgrijzen” is in ieder geval in strijd met de wet en moet verboden worden.

Aangezien de bevoegdheid om e-mails te vorderen pas sinds 2005 bestaat en het Besluit al uit 2000 stamt, kan het Besluit geen betrekking hebben op de gevorderde e-mails.

In iedere situatie waarbij het Openbaar Ministerie (mogelijk) geprivilegieerde gegevens in beslag wenst te nemen, dus ook in de situatie waarin het Openbaar Ministerie gebruik maakt van de be-

voegdheid van artikel 126ng/ug Sv, dienen de waarborgen van artikel 98 Sv en de daarmee samenhangende jurisprudentie van de Hoge Raad te worden toegepast.

De werkwijze die de Staat “bestendig” noemt is fundamenteel onrechtmatig en dient onmiddellijk gestaakt te worden. Door het voortzetten van deze onrechtmatige werkwijze wordt de rechtszekerheid en het voor het verschoningsrecht benodigde vertrouwen beschadigd.

Om zicht te krijgen op de omvang van de schendingen van het verschoningsrecht hebben [eisers] belang bij afgifte van het FIOD-journaal, overige journaals en logbestanden.

In eerdere procedures tussen partijen hebben diverse rechters het Openbaar Ministerie voorgelaten dat tegenover [eisers] specificatie en verantwoording moet worden afgelegd over de schendingen. Tot op heden heeft de Staat deze suggesties naast zich neergelegd.

3.3. De Staat heeft als verweer – zakelijk weergegeven – het volgende aangevoerd.

3.3.1. Met de vorderingen VII en VIII proberen [eisers] ten onrechte de lopende exhibitieprocedure bij het gerechtshof Den Bosch te omzeilen. Er is door verschillende rechters al meerdere malen negatief beslist over gelijklopende vorderingen van [eisers].

De eerste keer vorderden [eisers] afschrift van het FIOD journaal in de zaak Castor en informatie over aan wie de geprivilegieerde gegevens zijn verstrekt in het op opheffings-kort geding tegen het bewijsbeslag bij conclusie van eis in reconventie. De voorzieningenrechter heeft deze vorderingen afgewezen bij gebrek aan spoedeisend belang. De grief van [eisers] in hoger beroep bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch die gericht was tegen deze afwijzing is door het Hof verworpen.

In de bodemprocedure bij de rechtbank hebben [eisers], naast een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor en het instellen van een voorlopig deskundigenonderzoek, exhibitie ex artikel 843a Rv gevorderd van gegevens die ook in de onderhavige kort gedingprocedure gevorderd worden. Bij beschikking van 5 juni 2019 heeft de rechtbank deze vorderingen afgewezen wegens onvoldoende feitelijk belang en wegens de onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen waarbij veel gewicht wordt toegekend aan het belang van de Staat dat de wijze waarop zij een opsporingsonderzoek heeft ingericht en de tactische keuzes die zij daarbij eventueel heeft ge-

maakt niet aan derden of aan de betrokken advocaten worden prijs gegeven.

In de procedure in hoger beroep die is ingesteld tegen de beschikking van 5 juni 2019, die thans nog aanhangig is, heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch tot op heden nog geen inhoudelijke eindbeslissing gegeven over de verzoeken van [eisers], maar in de tussenbeschikking van 30 september 2021 heeft het Hof de gehele procedure voorlopig stil gezet in verband met de lopende strafprocedure.

De afstemmingsregel in kort geding brengt mee dat de voorzieningenrechter zijn oordeel af moet stemmen op het oordeel van de bodemrechter.

Daarnaast hebben [eisers] naar de mening van de Staat geen spoedeisend belang bij de door hen ingestelde vorderingen onder VII en VIII.

Voor zover de tussenbeschikking van het Hof niet in de weg staat aan toewijzing van de vorderingen VII en VIII in kort geding zou toewijzing van de vordering indruisen tegen het gesloten stelsel van interne openbaarheid in strafvordering, hetgeen een exclusieve regeling vormt voor kennisneming van stukken uit het onderzoeksdossier door de verdediging.

De aard en de inhoud van de gegevens waarvan afgifte ex artikel 843a Rv. wordt gevraagd maken dat er gewichtige redenen zijn die zich verzetten tegen toewijzing van de vordering.

3.3.2. De vorderingen I t/m VI dienen reeds te worden afgewezen wegens het ontbreken van eigen belang/bevoegdheid dan wel wegens het ontbreken van spoedeisend belang.

Subsidiar dient de vordering onder I te worden afgewezen omdat deze te algemeen is en op een onjuist vertrekpunt is gestoeld (namelijk ontkenning van de systematiek van artikel 126aa Sv).

De vordering onder II dient te worden afgewezen omdat deze impliceert dat de regeling van artikel 98 Sv van toepassing wordt verklaard in plaats van artikel 126aa Sv en dat daarvoor een wettelijke grondslag ontbreekt in de situaties waarop [eisers] doelen.

Het onder III gevorderde gebod tot nakoming van de verplichting die is opgenomen in artikel 4 lid 1 van het Besluit dient te worden afgewezen omdat de door de Staat gehanteerde bestendige werkwijze erin voorziet dat uitvoering wordt gegeven aan het Besluit. Voor zover het in de Castor-strafzaak al mis zou zijn gegaan wil dat nog niet zeggen dat in andere strafzaken ook verplichtingen worden geschonden.

Aan de vierde vordering die een bevel betreft om de Handleiding openbaar te maken en te verstrekken aan [eisers], de Nederlandse Orde van Advocaten en de NVSA heeft de Staat deels voldaan door de Handleiding als productie 1 in deze procedure over te leggen. Bij separate openbaarmaking van de Handleiding dan wel van toekomstige versies daarvan, evenals bij het verstrekken van eerdere versies van de Handleiding hebben [eisers] geen belang. Daarbij komt dat mede gelet op de noodzaak van de actualisatie van de Handleiding momenteel wordt gewerkt aan een nieuw document over de omgang met geheimhouderstukken dat de Handleiding zal vervangen. Over de inhoud ervan zal, voorafgaand aan de inwerkingtreding, consultatie plaatsvinden van de Nederlandse Orde van Advocaten en van de NVSA c.s. Daarna zal het stuk openbaar worden gemaakt.

Voor het onder V gevorderde verbod bestaat geen grond omdat de door het Openbaar Ministerie en de FIOD gehanteerde bestendige werkwijze specifieke waarborgen kent ten aanzien van de omgang met geprivilegieerde informatie. Deze werkwijze is niet in strijd met artikel 126aa Sv en het daarop gebaseerde Besluit.

Bovendien zou een dergelijk verbod contraproductief zijn omdat de werkwijze ten aanzien van het verschoningsrecht meer waarborgen biedt dan de wettelijke regeling voorschrijft.

Ten aanzien van de vordering onder VI heeft de Staat aangevoerd dat de inzet van geheimhouder-officieren van justitie en geheimhouder-medewerkers onderdeel is van de door de Staat gevolgde bestendige werkwijze die zoals gezegd aanvullende waarborgen biedt ten opzichte van artikel 126aa Sv voor de omgang met geheimhouderstukken. Ook de Hoge Raad heeft zich erover uitgesproken dat de inzet van geheimhouder-officieren en geheimhouder-medewerkers geoorloofd is.

De Staat is van mening dat de door [eisers] genoemde termijn om tot uitvoering van de vorderingen te komen veel te kort is. Als er al vorderingen worden toegewezen dan dient een redelijke termijn van tenminste acht weken vastgesteld worden.

De Staat komt rechterlijke uitspraken na en er is daarom ook geen reden een dwangsom te verbinden aan een eventuele toewijzing van enige vordering. Bovendien geldt dat voor de vorderingen I t/m VI geen dwangsommen kunnen worden toe-

gevoerd omdat deze vorderingen ook betrekking hebben op zaken waarin het verschoningsrecht van [eisers] niet aan de orde is. Deze vorderingen zouden reeds daarom moeten worden afgewezen, nog daargelaten dat indien eventuele daaruit voortvloeiende veroordelingen niet worden nagekomen, dit nooit tot gevolg kan hebben dat de Staat dan dwangsommen verbeurt aan [eisers].

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

##### *In het incident*

4.1. Zowel de verenigingen NVSA en NVJSA als [interveniënt sub 3 en 4] hebben verzocht aan de zijde van [eisers] te mogen interveniëren door middel van tussenkomst dan wel voeging.

4.2. NVSA en NVJSA treden op als vertegenwoordigers van collectieve belangen in de zin van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW).

De Staat heeft aangevoerd dat NVSA en NVJSA niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard omdat de verenigingen niet voldaan hebben aan het overlegvereiste als bedoeld in artikel 3:305a lid 3 sub c BW.

4.3. In artikel 3:305a BW is – voor zover in het kader van dit geschil van belang – het volgende bepaald:

“1. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt en deze belangen voldoende zijn gewaarborgd.

(...)

3. Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is slechts ontvankelijk indien:

a. (...)

(...)

c. de rechtspersoon in de gegeven omstandigheden voldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de verweerder te bereiken. Een termijn van twee weken na de ontvangst door de verweerder van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daarvoor in elk geval voldoende.

(...)”

4.4. Artikel 3:305a e.v. BW bevat een bijzondere regeling voor het instellen van een collectieve actie. Op de in artikel 3:305a lid 3 sub c BW gestelde voorwaarde dat een stichting of vereniging die

een collectieve rechtsvordering wil instellen slechts ontvankelijk is indien deze rechtspersoon voldoende heeft getracht in overleg te treden met de verweerder, is, anders dan op de ontvankelijkheidseisen in artikel 3:305a lid 2 sub a t/m e en lid 5, geen uitzondering van toepassing.

NVSA en NVJSA hebben verwezen naar de door hen als productie 5 overgelegde brief van 25 januari 2022. Deze brief is gericht aan het College van Procureurs-Generaal van het Openbaar Ministerie en aan het Landelijk Parket van het Openbaar Ministerie. De inhoud van de brief betreft – kort samengevat – een aankondiging van de NVSA en NVJSA tot voeging aan de zijde van [eisers] in de kort gedingprocedure, en een sommatie om te voldoen aan alle vorderingen zoals die namens [eisers] in de kort gedingprocedure zijn ingesteld. De Staat heeft terecht aangevoerd dat met deze brief geen opening tot overleg is geboden.

Nu in dit geval niet gebleken is dat NVSA/NVJSA eerst geprobeerd heeft in overleg te treden met de Staat dienen deze verenigingen, gelet op de harde voorwaarde die is gesteld in artikel 3:305 lid 3 sub c BW, niet-ontvankelijk in hun vorderingen te worden verklaard.

4.5. Tegen de vordering tot voeging/tussenkomst van [interveniënt sub 3 en 4] heeft de Staat – primair aangevoerd dat deze te laat, want anderhalve werkdag voor de zitting, is ingediend en dat deze (nieuwe) vordering, waarbij naast NVSA/NVJSA ook [interveniënt sub 3 en 4] zich stellen als interveniërende partij, in strijd is met de goede procesorde nu deze is ingesteld nadat NVSA c.s. kennis hebben genomen van de conclusie van antwoord van de Staat in het voegingsincident.

Dit verweer van de Staat wordt verworpen. Op grond van artikel 7.2 van het per 1 februari 2022 geldende Landelijk Procesreglement kort gedingen rechtbanken handel/familie is de vordering van NVSA c.s. en [interveniënt sub 3 en 4] tot voeging/tussenkomst tijdig ingediend.

Van strijd met de goede procesorde is geen sprake nu de Staat bij gelegenheid van de mondelinge behandeling op 22 februari 2022 in de gelegenheid is geweest verweer te voeren tegen de incidentele vorderingen tot voeging/tussenkomst. Hiervan heeft de Staat ook gebruik gemaakt middels het voordragen van een pleitnotitie in het incident.

Verder zijn de door [interveniënt sub 3 en 4] in de door hen verzochte tussenkomst ingestelde vorderingen inhoudelijk (nagenoeg) identiek aan de

door [eisers] ingestelde vorderingen onder I t/m VI en IX waartegen de Staat in de conclusie van antwoord en bij de mondelinge behandeling ter zitting op 22 februari 2022 uitvoerig verweer heeft gevoerd.

De Staat heeft nog aangevoerd dat [interveniënt sub 3] en [interveniënt sub 4] in privé, als individuele advocaten, en in hoedanigheid van lasthebber van andere advocaten, onvoldoende belang hebben zich te mogen voegen dan wel tussen te komen omdat de vorderingen ten aanzien waarvan zij zich willen voegen dan wel die zij als tussenkomende partij willen instellen vorderingen zijn met een algemeen karakter. Ook dit standpunt van de Staat treft geen doel, op grond van hetgeen hierna onder 4.7. en 4.8. ten aanzien van het belang van [eisers] in de hoofdzaak zal worden overwogen.

4.6. De voorzieningenrechter is van oordeel dat [interveniënt sub 3 en 4] voldoende belang hebben bij tussenkomst in deze procedure en zal hen dan ook toelaten als tussenkomende partij. De stelling van [interveniënt sub 3 en 4] dat deze tevens optreden als lasthebber van andere advocaten heeft de Staat in eerste instantie betwist maar na een toelichting van [interveniënt sub 3 en 4] bij de mondelinge behandeling ter zitting heeft de Staat het verweer ten aanzien van de rol van [interveniënt sub 3 en 4] als lasthebbers niet langer gehandhaafd.

De lastgevers worden geacht er belang bij te hebben dat [interveniënt sub 3 en 4] als hun lasthebber optreden nu een uitspraak in deze zaak niet alleen voor [eisers] en [interveniënt sub 3 en 4] maar ook voor andere (strafrecht)advocaten gevolgen zal hebben. Een andere vraag is of de vorderingen van de tussenkomende partijen in deze kort gedingprocedure kunnen worden toegewezen. Deze vraag komt hierna bij de beoordeling van de vorderingen in de hoofdzaak aan de orde.

*In de hoofdzaak – de vorderingen van [eisers]*

4.7. Ten aanzien van het persoonlijk belang van advocaten om vorderingen in te stellen wegens schending van het verschoningsrecht heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 19 februari 2021 (ECLI:NL:HR:2021:273 («JOR» 2021/139, m.nt. Fanoy; *red.*)) het volgende overwogen:

“(…)

3.1.2. Het hof heeft met betrekking tot dit betoog in rov 6.9.2 overwogen dat de schending van het verschoningsrecht van de advocaat ook het eigen

belang van de advocaat raakt, onder meer omdat die schending hem belemmert bij de uitoefening van zijn werkzaamheden als advocaat en dat niet valt in te zien dat de advocaat daartegen niet zelf zou mogen opkomen.

3.1.3. Het hof heeft met juistheid geoordeeld dat het verschoningsrecht van de advocaat – dat van fundamenteel belang is voor een goede rechtsbedeling – mede geldt opdat hij zijn taak als advocaat naar behoren kan vervullen. Een advocaat kan dan ook ter zake van een schending van het verschoningsrecht vorderingen instellen, in het bijzonder op grond van onrechtmatige daad, zoals een vordering tot het uitspreken van een verklaring voor recht omtrent de omvang van de schending, tot een verbod op verdere schendingen en tot vergoeding van schade. (...)

(...).”

4.8. Gelet op bovenstaande uitspraak van de Hoge Raad zijn [eisers] in deze kort gedingprocedure ontvankelijk nu de strekking van de vorderingen van [eisers] is dat voorkomen wordt dat de Staat in toekomstige strafzaken onrechtmatig handelt door het verschoningsrecht te schenden.

Het spoedeisend belang aan de zijde van [eisers] ligt besloten in de aard van de vorderingen die er – grotendeels – op gericht zijn door [eisers] gesteld onrechtmatig handelen door de Staat een halt toe te roepen.

#### *De vorderingen onder VII en VIII*

4.9. Uit praktische overwegingen zal de voorzieningenrechter eerst de onder VII en VIII ingestelde vorderingen bespreken.

Bij de beoordeling van deze vorderingen heeft als uitgangspunt te gelden dat, in geval de bodemrechter reeds een uitspraak heeft gedaan, de voorzieningenrechter zijn uitspraak in beginsel dient af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter, zonder daarbij de kans van slagen van een tegen dat oordeel ingesteld rechtsmiddel te betrekken en ongeacht of dit oordeel is gegeven in een tussenuitspraak of een – al dan niet onherroepelijk geworden – einduitspraak, in de overwegingen of het dictum (HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870).

4.10. De in deze procedure onder VII en VIII ingestelde vorderingen zijn weliswaar anders geformuleerd maar komen inhoudelijk op hetzelfde neer als de vorderingen tot exhibitie ex artikel 843a Rv die [eisers] hebben ingesteld in de na het bewijsbeslag aanhangig gemaakte bodemproce-

dure. In de uitspraak van 5 juni 2019 in die bodemprocedure (ECLI:NL:RBOBR:2019:3107) zijn deze vorderingen weergegeven onder rechtsoverweging 3.1 onder nummer 2. iv. De rechtbank Oost-Brabant heeft deze vorderingen afgewezen wegens gebrek aan voldoende feitelijk belang.

4.11. In de procedure in hoger beroep (zaaknummer 200.265.410/01) tegen bovengenoemde uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch bij tussenbeschikking van 30 september 2021 (ECLI:NL:GHSHE:2021:2968) overwogen dat het – op dat moment – uitvoeren – van pre-processuele verrichtingen (waartoe de door [eisers] in hoger beroep ingestelde vordering tot het verstrekken van afschriften ex artikel 843a Rv strekt) zal leiden tot een daadwerkelijke ernstige verstoring van de strafzaak in eerste aanleg en in hoger beroep (waar dezelfde feiten worden onderzocht en dezelfde rechtsvraag (al dan niet schending van het verschoningsrecht) voorligt.

Na een afweging van de belangen van [eisers] enerzijds en van de Staat anderzijds en gelet op het zwaarwegende maatschappelijke belang dat strafzaken ongestoord moeten kunnen verlopen zonder doorkruisende civielrechtelijke procedures heeft het gerechtshof geoordeeld dat de belangen van [eisers] voorlopig moeten wijken.

4.12. Nu de hoofdregel is dat een uitspraak in kort geding wordt afgestemd op de uitspraak van de bodemrechter en nu de strafprocedure – die blijkens de overwegingen van het gerechtshof in de tussenbeschikking van 30 september 2021 zwaar gewicht in de schaal heeft gelegd bij de belangenafweging – nog niet is voltooid, zal het onder VII en VIII gevorderde worden afgewezen.

#### *De vorderingen onder I en II*

4.13. De vorderingen onder I en II hebben een algemene strekking en zijn (te) ruim omschreven en kunnen reeds daarom in kort geding niet volledig worden toegewezen. Tegelijkertijd onderschrijft de voorzieningenrechter het belang van [eisers] dat de Staat zoveel als mogelijk een transparante werkwijze hanteert waarbij het verschoningsrecht gewaarborgd is. Hiertoe wordt het volgende overwogen.

4.14. Voorop gesteld wordt dat het debat tussen partijen zich in deze kort gedingprocedure en in de hieraan voorafgaande civielrechtelijke procedures heeft beperkt tot de handelwijze van de Staat ten aanzien van (geprivilegieerde) gegevens

die zijn verkregen door middel van het gebruik van de in artikel 126ng/126ug Sv neergelegde bijzondere opsporingsbevoegdheden (de vordering ter verkrijging van digitale gegevens van het hostingbedrijf Winvision B.V.). De uitspraak in deze kort gedingprocedure zal dan ook slechts betrekking hebben op het waarborgen van het verschoningsrecht bij het gebruik maken door de Staat van de in artikel 126ng/126ug Sv neergelegde opsporingsbevoegdheid.

4.15. Artikel 126aa Sv maakt deel uit van titel VD van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering, welke titel algemene regels bevat betreffende de bevoegdheden in de titels IVA tot en met VC. De bevoegdheden in artikel 126ng/126ug Sv maken deel uit van titel IVA.

Ingevolge artikel 126aa lid 2 Sv worden processen-verbaal of andere voorwerpen vernietigd voor zover die mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van de artikelen 218 Sv en 218a Sv zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd. Bij algemene maatregel van bestuur (het Besluit) worden hieromtrent voorschriften gegeven.

In artikel 4 lid 1 van het Besluit is nader bepaald dat de opsporingsambtenaar die door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc van het Wetboek van Strafvordering, kennisneemt van mededelingen waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze zijn gedaan door of aan een geheimhouder, hiervan de officier van justitie onverwijld in kennis stelt.

Vervolgens bepaalt artikel 4 lid 2 van het Besluit dat, indien de officier van justitie vaststelt dat de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, mededelingen zijn als bedoeld in artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering, hij terstond de vernietiging van de processen-verbaal en andere voorwerpen beveelt, voorzover zij deze mededelingen behelzen.

4.16. Het betoog van mr. [eiser sub 1], dat het in artikel 126aa lid 2 Sv uitsluitend gaat om gesprekken die zijn afgeluisterd of opgenomen met toepassing van de opsporingsbevoegdheden omschreven in artikelen 126m, 126t en 126zg Sv volgt de voorzieningenrechter niet gelet op het feit dat in de aanhef van titel VD, waarvan artikel 126aa Sv het eerste artikel in de eerste afdeling is, wordt benoemd dat deze titel algemene regels bevat betreffende de bevoegdheden in de titels

IVA tot en met VC, waaronder ook de bevoegdheden omschreven in artikel 126 ng/ug vallen.

4.17. Aan de hand van de volgende feiten rondom de Winvision-gegevens kan worden aangenomen dat de Staat niet (geheel) gehandeld heeft overeenkomstig het bepaalde in artikel 126aa lid 2 Sv en in artikel 4 lid 1 en lid 2 van het Besluit:

- De opsporingsambtenaren [A] en [B] hebben, toen zij vermoedden dat de in beslag genomen Winvision-gegevens mogelijk geprivilegieerde stukken bevatten, niet terstond de officier van justitie hiervan in kennis gesteld, maar hebben zelf eerst een selectie gemaakt aan de hand van zoektermen als “[naam]”.

- De selectie (ca. 3.000 bestanden) is vervolgens eerst onder de aandacht gebracht van medewerker geheimhouding [F], die uiteindelijk pas in maart 2016, een half jaar na het verkrijgen van de gegevens van Winvision, de stukken aan officier van justitie [J] heeft voorgelegd.

- De beslissing van [J] dat alle ca. 3.000 bestanden vernietigd dienden te worden is niet opgevolgd door het onderzoeksteam.

- In plaats daarvan is [F] gevraagd opnieuw een selectie te maken van 155 stukken die is voorgelegd aan [K], parketsecretaris die ook inhoudelijk bij het Castor-onderzoek betrokken is, welke secretaris deze 155 stukken heeft beoordeeld en vervolgens heeft voorgelegd aan [J].

- [F] heeft verklaard dat hij een door hem gemaakt selectie van 875 stukken uit de ca. 3.000 bestanden onbedoeld aan het opsporingsteam heeft vrij gegeven.

4.18. In verschillende eerdere procedures tussen [eisers] en de Staat waarin het ging over de Winvision-gegevens hebben rechterlijke instanties geoordeeld dat het verschoningsrecht van [eisers] geschonden is.

Zo oordeelde de rechtbank Oost-Brabant in rechtsoverweging 4.22 van de beschikking van 5 juni 2019 (ECLI:NL:RBOBR:2019:3107):

“4.22. Naar het oordeel van de rechtbank staat in deze zaak vast dat in ieder geval enkele schendingen van het verschoningsrecht van de advocaten hebben plaatsgevonden. Vaststaat dat [eiser sub 1] en [eiser sub 2] zich op 17 maart 2015 hebben gesteld en dat Winvision op 10 september 2015 deels geprivilegieerde items aan FIOD heeft uitgelijverd. Vast staat verder dat hiervan kennis is genomen door meerdere ambtenaren en dat een aantal items (DOC-0548 tot en met DOC-0551)



ook is gebruikt in een aanvraagproces-verbaal en in een klacht bij de Accountantskamer.”

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch in het arrest van 14 mei 2019 (ECLI:NL:GHSHE:2019:1808):

“6.10.3. Bij de beoordeling van deze grief neemt het hof in aanmerking dat in dit geding vast staat dat het verschoningsrecht van [eisers] in meerdere opzichten is geschonden. De aard en omvang van de schendingen is tussen partijen in geding, maar in elk geval staat vast dat een aantal e-mails die onder het verschoningsrecht van [eisers] vallen, na de inbeslagname bij Winvision ten onrechte zijn verstrekt aan het team dat zich bezig hield met het strafrechtelijk onderzoek tegen Box c.s. (...).

(...)

6.14.4. In dit kader acht het hof mede van belang dat het verschoningsrecht van [eisers] in elk geval in meerdere opzichten is geschonden. Te noemen vallen in dit kader allereerst het kennis nemen van bepaalde onder het verschoningsrecht vallende berichten die bij de inbeslagname bij Winvision zijn aangetroffen, te weten de bestanden met de nummers DOC-0547 tot en met DOC-0551 (en AMB-043), die aanleiding hebben gegeven tot de doorzoeking ter inbeslagneming bij BDO. Daarnaast is er het feit dat – zoals blijkt uit het door de Staat bij pleidooi in het geding gebrachte ‘aanvullend proces-verbaal inzake verwerking geheimhoudersinformatie’ van 23 april 2019 – in 2016 abusievelijk ook andere onder het verschoningsrecht van [eisers] vallende items zijn vrijgegeven aan het onderzoeksteam. Daar komt bij dat de bij BDO in beslag genomen digitale informatie niet alleen is blijven berusten onder de rechter-commissaris, maar volgens het door de Staat als productie 21 bij de dagvaarding in hoger beroep overgelegde proces-verbaal van ambtshandeling van 21 maart 2018 ook is geladen in het computersysteem van de FIOD in Eindhoven. Partijen verschillen van mening over de vraag hoeveel medewerkers van de FIOD in hoeverre van die informatie hebben kunnen kennis nemen. De Staat heeft in elk geval niet kunnen aantonen dat niet in strijd met het verschoningsrecht van [eisers] is gehandeld, en [eisers] hebben naar het voorlopig oordeel van het hof dus belang bij het door middel van het bewijsbeslag veilig stellen van informatie die daarover enige duidelijkheid zou kunnen geven.”

De Hoge Raad in het arrest van 19 februari 2021 (ECLI:NL:HR:2021:273):

“3.4.2. Ook deze onderdelen zijn ongegrond. Gegeven de hiervoor in 2.1 onder (xix) en (xx) genoemde, onherroepelijke beschikking van de rechtbank (*de beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 13 september 2018 inzake het klaagschrift ex artikel 98 lid 4 Sv in verbinding met artikel 552a Sv, vrzr*) is in dit geding uitgangspunt dat sprake is van een schending van het verschoningsrecht met betrekking tot de bestanden die in het onderzoek met de nummers DOC-0547 tot en met DOC-0551 zijn aangeduid. Voor het overige bestaan naar de vaststelling van het hof in onder meer rov. 6.10.3 en 6.14.4 aanwijzingen voor andere mogelijke schendingen, zoals de vrijgave aan het opsporingsteam van een groot aantal bestanden voor onderzoek, zonder dat daaruit eerst de bestanden waren verwijderd of onleesbaar gemaakt die mogelijk onder het verschoningsrecht vallen (hetgeen naar de Staat heeft aangevoerd per vergissing is gebeurd). Kennelijk heeft de vaststelling van het hof dat vaststaat dat de Staat het verschoningsrecht van de advocaten in meerdere opzichten heeft geschonden, betrekking op deze vaststaande schending en deze aanwijzingen.

3.4.3. Voor zover de onderdelen opkomen tegen het oordeel van het hof dat met een en ander voldoende rechtvaardiging bestaat voor een bewijsbeslag met een doel en omvang als door de Advocaten gelegd en door het hof in stand gelaten, zijn zij ongegrond omdat dit oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en voor het overige, in verband met zijn overwegend feitelijke karakter, niet op juistheid kan worden onderzocht. Onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is dat oordeel niet.”

4.19. Volgens de Staat is er bij de handelwijze in verband met de verwerking van de Winvision-gegevens sprake geweest van (incidenteel) abusievelijk menselijk handelen dat heeft geleid tot schending van het verschoningsrecht en is er met de “bestendige werkwijze” die de Staat in dit soort zaken altijd hanteert geen sprake van een structurele schending van het verschoningsrecht van advocaten. De Staat heeft in haar conclusie van antwoord hieromtrent nader gesteld dat de werkwijze in overeenstemming is met de wettelijke systematiek van artikel 126aa Sv en de daarop gebaseerde jurisprudentie. De Handleiding (bovenstaand onder de feiten zijn de in het kader van deze procedure relevante geachte paragrafen 3.3. en 3.4 van de Handleiding geciteerd) biedt volgens de Staat handvatten voor de opsporingsambtenaren hoe

om te gaan met aangetroffen geheimhouderinformatie.

Gelet op de feitelijke gang van zaken rondom de Winvision-gegevens hebben de opsporingsdiensten echter niet conform het bepaalde in de Handleiding gehandeld. Zo is bijvoorbeeld:

- de geheimhouderinformatie niet in een gesloten enveloppe aan de medewerker geheimhouders overhandigd maar hebben medewerkers van het opsporingsteam de beschikking gehad over alle gegevens (inclusief (mogelijke) geheimhouderinformatie).

- in de werkkopie is actief gezocht naar vermoedelijke geheimhouderinformatie.

- de medewerker geheimhouders was niet (volledig) op de hoogte van de reikwijdte van het verschoningsrecht.

4.20. Bovendien is de Handleiding naar het oordeel van de voorzieningenrechter op enkele punten in strijd met het bepaalde in artikel 126aa Sv en het Besluit.

Zo is volgens de Handleiding de medewerker geheimhouder bevoegd te bepalen of de digitale bestanden geheimhouderinformatie bevatten en, indien dit volgens deze medewerker niet het geval is worden de digitale bestanden ter beschikking gesteld aan het onderzoeksteam. Ingevolge artikel 126aa Sv en het Besluit dient deze beslissing niet bij een medewerker geheimhouder maar bij de officier van justitie te liggen.

Verder komt volgens de Handleiding de officier van justitie pas aan beoordeling toe wanneer de digitale bestanden (volgens de medewerker geheimhouders) geheimhouderinformatie bevatten, of wanneer de medewerker geheimhouders daarover twijfels heeft.

Voorts volgt uit de Handleiding niet dat de officier van justitie terstond vernietiging beveelt van een digitaal bestand dat geheimhouderinformatie bevat (terwijl in het Besluit is bepaald dat de officier van justitie die vaststelt dat mededelingen onder het verschoningsrecht vallen, terstond vernietiging beveelt van voorwerpen die deze mededelingen behelzen).

4.21. Of de Staat deze tegenstrijdigheden onderkent is in deze procedure in het midden gebleven, maar de Staat heeft (wel) gesteld dat de Handleiding op onderdelen niet meer actueel is en aanpassing behoeft en dat er op dit moment een proces gaande is waarbij de Handleiding geactualiseerd wordt.

4.22. In het voorgaande is geconstateerd dat de Handleiding niet geheel in lijn is met het bepaalde in artikel 126aa Sv en het Besluit, dat de Handleiding aan actualisatie onderhevig is terwijl de werkwijze zich (volgens de verklaring van de Staat in zijn conclusie van antwoord), sinds de introductie van de Handleiding in 2014 verder heeft ontwikkeld. Gelet op deze verklaring is de werkwijze kennelijk niet (meer) geheel conform de Handleiding. Onder deze omstandigheden is naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende duidelijk wat de “bestendige werkwijze” zoals die bij het gebruik van in beslag genomen vertrouwelijke gegevens in een opsporingsonderzoek volgens de Staat wordt gehanteerd, inhoudt. Dat met de “bestendige werkwijze” gewaarborgd is dat het verschoningsrecht van [eisers] gerespecteerd wordt, is dan ook niet met zekerheid vast te stellen en op basis van de in bovenstaande overwegingen geconstateerde tegenstrijdigheden is de stelling gerechtvaardigd dat er op zijn minst een reëel gevaar is dat het verschoningsrecht in meerdere strafrechtelijke onderzoeken is of wordt geschonden.

4.23. Vast staat dat de door de Staat in het onderzoek “Castor” gehanteerde werkwijze ertoe geleid heeft dat het verschoningsrecht van [eisers] in verschillende gevallen is geschonden.

Dit terwijl de schending van het verschoningsrecht in het onderzoek Castor bij de kennisname van de Winvision gegevens op eenvoudige wijze grotendeels op voorhand voorkomen had kunnen worden. Immers, aangezien de Staat al meer dan vijf maanden voordat Winvision werd bevolen om alle e-mails van Box c.s. aan de FIOD en het Openbaar Ministerie af te geven, in de wetenschap verkeerde dat [eisers] voor Box c.s. optraden, had de Staat Winvision kunnen opdragen slechts die digitale gegevens te verstrekken die niet afkomstig waren van of gericht waren aan (rechtstreeks dan wel in cc) één van de betrokken advocaten.

4.24. Het verschoningsrecht wordt beschermd door artikel 6 en artikel 8 van het EVRM en de vraag rijst of de wijze waarop de Staat in dit geval uitvoering heeft gegeven aan artikel 126aa lid 2 Sv verenigbaar is met het EVRM. Bij de beantwoording van deze vraag kent de voorzieningenrechter veel gewicht toe aan het feit dat de Staat reeds voorafgaand aan het moment dat met gebruikmaking van de opsporingsbevoegdheden van artikel 126 ng/ug Sv de Winvision-gegevens werden gevorderd, wist van de betrokkenheid van [eisers]

als advocaten van Box c.s. Met die wetenschap had de Staat de inbreuk op het verschoningsrecht kunnen en moeten voorkomen door Winvision op te dragen slechts bepaalde gegevens te verstrekken waarvan – nagenoeg – zeker was dat dit geen geprivilegieerde gegevens waren. Deze beperking van de opsporingsbevoegdheid was ook eenvoudig mogelijk geweest, zoals hiervoor in r.o. 4.23 is beschreven.

4.25. Zoals eerder in deze uitspraak is overwogen hebben [eisers] een eigen in rechte te respecteren belang bij eerbiediging van het hun toekomende verschoningsrecht en mogen zij tegen (dreigende) schending van dat verschoningsrecht voor zichzelf opkomen. Het staat [eisers] voorts vrij vorderingen in te stellen die strekken tot een verbod op verdere schendingen.

De handelwijze van de Staat met betrekking tot de in beslag genomen “Winvision-gegevens” en de onduidelijkheden die bestaan rondom de “bestendige werkwijze” zoals die volgens de Staat altijd wordt gehanteerd in gevallen als het onderhavige, leiden tot het oordeel dat [eisers] geacht worden belang te hebben bij een beslissing in kort geding die erin voorziet dat hun verschoningsrecht, in geval de Staat gebruik maakt van de in artikel 126ng/ug Sv neergelegde bijzondere opsporingsbevoegdheid, ongeschonden blijft. De voorzieningenrechter zal bij de hierna uit te spreken beslissing aansluiting zoeken bij het bepaalde in artikel 126aa Sv en het daarop gebaseerde Besluit.

Nu [eisers] procederen op persoonlijke titel kan het hierna in dit kader onder de beslissing te formuleren gebod slechts betrekking hebben op (toekomstige) zaken waarbij [eisers] dan wel één van hen zijn betrokken als advocaat.

Bij de hierna uit te spreken beslissing zal de voorzieningenrechter onderscheid maken tussen de situatie waarin voorafgaand aan het moment dat gebruik gemaakt wordt van de opsporingsbevoegdheid bekend is dat er een (of meer) advocaat/advocaten betrokken zijn, en de situatie waarin geen advocaat (advocaten) bekend is.

#### *De vordering onder III*

4.26. Deze vordering heeft deels betrekking op het opleggen aan de Staat zich te houden aan de in artikel 126aa Sv en het Besluit neergelegde verplichtingen. Dit gedeelte van de vordering wordt toegewezen onder 5.3 en 5.4 van dit vonnis.

Voor het overige is de vordering gericht op het naleven van de verplichting tot vernietiging van

geprivilegieerde informatie als bedoeld in artikel 126aa lid 2 Sv en in artikel 4 lid 2 van het Besluit. [eisers] hebben gewezen op de uitspraak van de Hoge Raad van 16 juni 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BH2678) waarin de Hoge Raad ten aanzien van het vernietigen van gegevens die vallen onder het verschoningsrecht heeft overwogen dat uit artikel 126aa, lid 2 Sv voortvloeit dat gegevens als in die bepaling bedoeld niet in het strafproces kunnen worden gebruikt.

Voorshands lijkt de door de Staat gebruikte methode van “uitgrijzen” van geprivilegieerde informatie niet te voldoen aan de vereisten van artikel 126aa Sv en van artikel 4 lid 2 van het Besluit. In het geval van de Winvision-gegevens is immers gebleken dat deze gegevens, ook nadat zij waren “uitgegrisd” nog steeds bruikbaar waren en opnieuw konden worden beoordeeld en ook na het “uitgrijzen” opnieuw ter beschikking zijn gesteld aan het opsporingsteam.

4.27. [eisers] hebben er dan ook belang bij dat de Staat veroordeeld wordt het bepaalde in artikel 126aa Sv en artikel 4 lid 2 van het Besluit uit te voeren en de verplichting de in die bepalingen bedoelde gegevens te vernietigen na te komen op de wijze zoals gevorderd onder III c en d.

#### *De vordering onder IV*

4.28. Deze vordering betreft allereerst een bevel om de Handleiding openbaar te maken en te verstrekken aan [eisers], de Nederlandse Orde van Advocaten en de NVSA. De volledige, ongecensureerde Handleiding is inmiddels door de Staat overgelegd in deze procedure aan zowel de NVSA als aan [eisers]. Bij toewijzing van dit gedeelte van de vordering worden [eisers] dan ook geacht niet langer belang te hebben.

4.29. Het volgende gedeelte van de vordering ziet op het verstrekken van volledige ongecensureerde afschriften van alle eerdere en latere versies van de Handleiding. Zonder nadere toelichting en onderbouwing, die ontbreekt, valt voorshands niet in te zien welk belang [eisers] hebben bij toewijzing in kort geding van dit gedeelte van de vordering. Dit gedeelte van de vordering wordt dan ook afgewezen.

4.30. De Staat heeft verklaard dat de Handleiding wordt geactualiseerd en dat, wanneer dit proces is voltooid, de aangepast Handleiding (dan wel “aanwijzing” of “instructie”) zal worden gepubliceerd op de website van het Openbaar Ministerie zodat deze voor een ieder te raadplegen zal zijn.

Indien de Staat deze toezegging nakomt zal hiermee zijn voldaan aan het gedeelte van de vordering van [eisers] dat erop ziet toekomstige versies van de Handleiding of enig ander document of vastlegging waaruit geheel of gedeeltelijk volgt hoe wordt om gegaan met mogelijke geheimhouderinformatie, deugdelijk en volledig openbaar te maken. De voorzieningenrechter is van oordeel dat [eisers] ondanks deze toezegging zijdens de Staat voldoende belang hebben bij een gelijkkluidende veroordeling en zal dit gedeelte van de vordering dan ook toewijzen.

Een veroordeling van de Staat tot het verstrekken van de toekomstige versie(s) van de Handleiding aan mr. de Greve gaat, ervan uitgaande dat deze versie(s) openbaar gemaakt zullen worden, naar het oordeel van de voorzieningenrechter te ver. In zoverre wordt de vordering dan ook afgewezen.

#### *De vordering onder V*

4.31. Nu met de hierna tegen de Staat onder 5.3, 5.4 en 5.5 en 5.6 uit te spreken ge- en verboden voldoende zal zijn gewaarborgd dat het verschoningsrecht van [eisers] niet (opnieuw) zal worden geschonden acht de voorzieningenrechter toewijzing van de vordering onder V strekkende tot “het staken van het gebruik van de geheime interne werkwijze” van onvoldoende belang, nog daargelaten de omstandigheid dat de vordering reeds niet toewijsbaar is, nu onvoldoende duidelijk is wat precies de “bestendige werkwijze” inhoudt waarvan [eisers] uitvoering vorderen en nu de Handleiding op sommige punten strijdig is met artikel 126aa Sv en artikel 4 lid 1 en 2 van het Besluit.

#### *De vordering onder VI*

4.32. Deze vordering wordt afgewezen omdat het gebruik maken van “geheimhoudersambtenaren” en “geheimhoudersofficieren” naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet in strijd is met het bepaalde in artikel 126aa Sv en artikel 4 lid 1 en 2 van het Besluit.

#### *De vordering onder IX*

4.33. Deze beslissing betreft een einduitspraak in kort geding zodat de vordering onder IX niet aan de orde is en bij gebrek aan belang wordt afgewezen.

#### *De dwangsommen*

4.34. [eisers] hebben aanzienlijke dwangsommen gevorderd. De Staat heeft aangevoerd dat voor toewijzing van deze dwangsommen geen aanlei-

ding is omdat de Staat rechterlijke uitspraken nakomt. In de conclusie van antwoord heeft de Staat nader verklaard dat, mocht de voorzieningenrechter op enig punt in het nadeel van de Staat beslissen en bepalen dat de Staat zijn werkwijze op een bepaalde manier moet aanpassen, de Staat daaraan gehoor zal geven.

De voorzieningenrechter heeft vooralsnog geen aanleiding deze toezeggingen van de Staat in twijfel te trekken en zal daarom de gevorderde dwangsommen afwijzen. Mocht blijken dat de Staat de hierna uit te spreken ge- en verboden niet nakomt dan staat het [eisers] uiteraard vrij zich te wenden tot de voorzieningenrechter met het verzoek de veroordelingen te versterken met dwangsommen.

#### *De proceskosten*

4.35. Aangezien de Staat op meerdere punten in het ongelijk is gesteld zal de voorzieningenrechter de Staat veroordelen in de kosten van deze procedure alsmede in de nakosten (zoals gevorderd). De kosten aan de zijde van [eisers] worden tot op heden begroot op:  
(...; red.)

#### *In de hoofdzaak – de vorderingen van [interveniënt sub 3 en 4]*

4.36. [interveniënt sub 3 en 4] hebben in de hoofdzaak namens henzelf en als lasthebber namens (niet nader genoemde) lastgevers, onder C van de door [interveniënt sub 3 en 4] ingediende conclusie van eis vorderingen ingesteld, genummerd 1 t/m 6 en 9, die (nagenoeg) gelijkkluidend zijn aan de vorderingen onder I t/m VI en IX van [eisers].

4.37. Ten aanzien van de vorderingen 1 t/m 6 overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Alhoewel [interveniënt sub 3 en 4] in het door hen ingestelde incident tot tussenkomst geacht worden voldoende belang te hebben waardoor zij zijn toegelaten als tussenkomende partij is de vraag of zij een voldoende spoedeisend belang hebben bij toewijzing van de door hen ingestelde vorderingen in kort geding. Voor het aannemen van het (spoedeisend) belang aan de zijde van [eisers] in de hoofdzaak is aan de handelwijze van de Staat in het strafrechtelijk onderzoek “Castor”, waarbij vast is gesteld dat het verschoningsrecht van [eisers] is geschonden, veel gewicht toegekend. Dat [interveniënt sub 3 en 4] te maken hebben gehad met een dergelijk direct aanwijs-

baar schenden van het verschoningsrecht door de Staat hebben zij niet gesteld en is ook niet gebleken. [interveniënt sub 3 en 4] hebben overigens ook niet nader gemotiveerd op grond van welk spoedeisend belang er aanleiding zou zijn de door hen in de tussenkomst ingestelde vorderingen in kort geding toe te wijzen. De vorderingen onder 1 t/m 6 zullen dan ook worden afgewezen.

4.38. De vordering onder 9 ziet, net als de vordering IX van [eisers] op een provisionele voorziening en is aangezien dit vonnis een einduitspraak betreft, niet aan de orde.

4.39. Nu de vorderingen van [interveniënt sub 3 en 4] in de hoofdzaak gericht waren tegen de Staat zullen [interveniënt sub 3 en 4] als de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld worden in de proceskosten van de Staat. De proceskosten aan de zijde van de Staat worden begroot op nihil aangezien de Staat tegen de vorderingen van [interveniënt sub 3 en 4] geen afzonderlijk verweer heeft gevoerd.

#### 5. De beslissing

De voorzieningenrechter,

*In het incident:*

5.1. verklaart de NVSA en de NVJSA niet ontvankelijk in hun vorderingen,

5.2. laat [interveniënt sub 3 en 4] toe als tussenkomende partij,

*In de hoofdzaak:*

5.3. verbiedt de Staat om, indien ten tijde van de uitoefening van de in artikel 126ng/126ug Sv bedoelde bevoegdheid in een strafrechtelijk onderzoek aan de Staat bekend is dat [eisers] dan wel één of meerderen van hen als advocaat betrokken is/zijn, gebruik te maken van die bevoegdheid voor zover het betreft gegevens die mededelingen bevatten als bedoeld in artikel 126aa, lid 2, eerste volzin van Sv, tenzij de betrokken advocaat hier toestemming voor heeft gegeven, dan wel de rechter heeft beslist dat het bezwaar van de advocaat tegen de kennisneming van deze mededelingen ongegrond is;

5.4. gebiedt de Staat om in de gevallen waarin gebruik is/wordt gemaakt van de opsporingsbevoegdheid als bedoeld in artikel 126ng/ug Sv, en waarin, nadat van die bevoegdheid gebruik is gemaakt, blijkt dat [eisers] dan wel één of meerderen van hen betrokken is/zijn als advocaat, ervoor zorg te dragen dat gehandeld wordt met in acht-neming van het bepaalde in artikel 126aa Sv en artikel 4 lid 1 en 2 van het Besluit, in die zin dat:

– de opsporingsambtenaar die door de uitoefening van de in artikel 126ng/ug Sv genoemde bevoegdheid kennisneemt van mededelingen waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze zijn gedaan door of aan een geheimhouder, de officier van justitie hiervan onverwijld in kennis stelt;

– indien de officier van justitie vaststelt dat de onder het eerste gedachtestreepje bedoelde mededelingen, mededelingen zijn als bedoeld in artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering, deze officier van justitie terstond schriftelijk de vernietiging beveelt van de processen-verbaal en andere voorwerpen, voorzover zij deze mededelingen behelzen en dat dit bevel tot vernietiging wordt nagekomen.

– dat van de vernietiging een proces-verbaal wordt opgemaakt dat wordt gezonden aan de officier van justitie.

5.5. gebiedt de Staat om, in de zaken waarin [eisers] dan wel één of meerderen van hen als advocaat betrokken is/zijn, steeds indien in die zaken op grond van artikel 126aa Sv en/of artikel 4 lid 2 van het Besluit gegevens dienen te worden vernietigd, de vernietiging uit te voeren op een zodanige wijze dat deze gegevens niet meer kunnen worden gebruikt in het strafproces, en deze gegevens niet meer kenbaar te maken zijn behoudens voorafgaand en onherroepelijk rechterlijk oordeel,

5.6. verbiedt de Staat, behoudens voorafgaand en onherroepelijk rechterlijk oordeel, instructie te geven of een poging te ondernemen om gegevens zoals bedoeld in overweging 5.5. weer geheel of gedeeltelijk kenbaar te maken.

5.7. gebiedt de Staat om toekomstige versie(s) van de Handleiding of enig ander document of vastlegging waaruit geheel of gedeeltelijk volgt hoe wordt om gegaan met mogelijke geheimhouderinformatie, deugdelijk en volledig openbaar te maken,

5.8. veroordeelt de Staat in de proceskosten (...; red.),

5.10. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.11. wijst af het meer of anders gevorderde.

*In de tussenkomst*

5.12. wijst de vorderingen af,

5.13. veroordeelt [interveniënt sub 3 en 4] in de proceskosten, aan de zijde van de Staat begroot op nihil.

## NOOT

1. In 2021 overwoog de Hoge Raad (HR 19 februari 2021, «JOR» 2021/139, m.nt. Fanooy) dat een advocaat een zelfstandig recht heeft een civiele vordering in te stellen in geval van een schending van zijn verschoningsrecht, in het bijzonder op grond van onrechtmatige daad. Uit bovenstaand vonnis blijkt dat de betrokken advocaten aan dit recht op een bijzonder principiële wijze invulling hebben gegeven. In eerdere vonnissen was al vastgesteld dat hun verschoningsrecht was geschonden nu circa 3.000 geheimhouderstukken in het bezit waren gekomen van het onderzoeksteam. Het vonnis bevat geen fraai beeld van de opsporingsinstanties door de vaststelling van de wijze waarop zij met het verschoningsrecht zijn omgegaan. Het “onderzoeksteam” weigerde de beslissing van de Officier van Justitie tot erkenning van het verschoningsrecht te accepteren en kreeg gedaan dat een groot aantal stukken die dienden te worden vernietigd vanwege het geprivilegieerde karakter, uiteindelijk toch aan het dossier werden toegevoegd. Daarenboven blijkt het opsporingsteam te hebben beschikt over alle stukken inclusief mogelijke geheimhoudersinformatie.

2. De vordering van eisers zag echter niet slechts op dit onrechtmatige resultaat, maar was met name gericht op de onrechtmatigheid van de werkwijze van de FIOD en het Openbaar Ministerie. De kortgedingrechter beperkt zijn uitspraak tot de geprivilegieerde gegevens die zijn verkregen op basis van een vordering ex art. 126ng/126ug Sv ter verkrijging van digitale gegevens van een hostingbedrijf. Van een dergelijke vordering en de nakoming daarvan wordt de verdachte doorgaans niet onmiddellijk op de hoogte gesteld. Vaak geldt een tipping off-verbod (ex art. 126bb, lid 5 Sv) op grond waarvan de (rechts)persoon die de vordering ontving, daarover aan derden geen mededeling mag doen. De verdachte en de betrokken verschoningsgerechtigden weten dus meestal niet dat hun (geprivilegieerde) gegevens in het bezit van de FIOD zijn. Zij zijn dus ook niet in de gelegenheid onmiddellijk na de verkrijging van deze gegevens door de FIOD een beroep te doen op hun rechten en zo nodig rechtsmiddelen aan te wenden. Aangezien deze situatie voorzienbaar was, had het voor de hand gelegen dat de wetgever de wettelijke waarbor-

gen had gesteld op het niveau dat de wet biedt voor situaties waarin geheimhouderstukken fysiek in beslag worden genomen. In die situatie is duidelijk dat de rechter-commissaris verantwoordelijk en bevoegd is te beslissen ingevolge art. 98 Sv. Ingeval geheimhouderstukken zijn verkregen op basis van een vordering ex art. 126ng/126ug Sv, wordt de verantwoordelijkheid in art. 126aa Sv primair bij de Officier van Justitie gelegd. Eisers betoogden dat ook bij toepassing van een dergelijke vordering de procedure ingevolge art. 98 Sv dient te worden toegepast die geldt bij een fysiek beslag van (geheimhouder) stukken. Aan dit juridisch interessante onderdeel van de vordering waagt de kortgedingrechter zich echter niet echt. De wettekst is zijns inziens helder en ook de vordering dat in rechte wordt vastgesteld dat het gebruik van “geheimhoudersambtenaren” en “geheimhoudersofficieren” onrechtmatig is, wordt afgewezen.

3. Met het gebruik van deze geheimhoudingspersonen wordt binnen de FIOD en het Openbaar Ministerie een onderscheid aangebracht tussen enerzijds personen die verifiëren of in verkregen informatie verschoningsgerechtigd materiaal aanwezig is, en anderzijds personen die het daadwerkelijke opsporingsonderzoek verrichten. De principiële stelling van eisers is dat het verschoningsrecht uitsluitend de verschoningsgerechtigde toekomt en slechts een rechter marginaal mag toetsen of terecht een beroep op dit fundamentele recht wordt gedaan. In dat licht is het dan onbestaanbaar dat geheimhouderspersonen van FIOD en Openbaar Ministerie een toets aanleggen die hun niet toekomt. Eisers vorderden dat Openbaar Ministerie, FIOD en Belastingdienst niet tot kennisneming van informatie overgaan waarin zich mogelijk geprivilegieerde gegevens bevinden, tenzij onherroepelijk door de rechter is beslist dat het bezwaar van de advocaat tegen kennisneming ongegrond is. Met deze vordering van eisers werd de facto het regime van art. 98 Sv breder toegepast; niet slechts op geprivilegieerd materiaal dat (fysiek) in beslag werd genomen, maar tevens op dergelijk materiaal dat op grond van een vordering ingevolge art. 126ng/126ug Sv werd verkregen. Een dergelijk verstrekking en principiële vonnis heeft de kortgedingrechter niet willen wijzen. Wel heeft hij waarborgen geformuleerd bij de verkrijging van geprivilegieerd materiaal via een vordering ter verkrijging van digitale gegevens. Als er een ver-

moeden kan bestaan dat een dergelijke vordering zal kunnen leiden tot de overhandiging van bepaalde verschoningsgerechtigde stukken, dient het Openbaar Ministerie daarmee rekening te houden en zal de vordering zo dienen te worden geformuleerd dat de verschoningsgerechtigde stukken niet onder de reikwijdte van de vordering vallen.

4. Dat een civiele rechter nodig is om een rechtmatige toepassing van het vorderingsrecht in art. 126ng/126ug Sv te waarborgen, is mijns inziens spijtig te noemen. Strafvordering zou de rechtsmiddelen moeten bieden om een dergelijke handelwijze te kunnen afdwingen. Overigens mag van een magistratelijk, maar ook een strategisch efficiënt handelend Openbaar Ministerie worden verwacht dat de vorderingen ter verkrijging van digitale gegevens zo worden geformuleerd dat niet méér gegevens worden verkregen dan nuttig en nodig voor het strafrechtelijk onderzoek. Het verkrijgen van geprivilegieerd materiaal is niet gewenst, zorgt voor oponthoud in de voortgang van het onderzoek en kan de positie van het Openbaar Ministerie in de strafzaak slechts schaden. In dat licht had mogen worden verwacht dat standaard een clausele werd opgenomen in de vorderingen waarin wordt gesteld dat berichten van en met verschoningsgerechtigden nadrukkelijk niet onder de vordering vallen. Een dergelijke handelwijze sluit nadrukkelijk aan bij de parlementaire geschiedenis, waarin is benadrukt dat het Openbaar Ministerie het beginsel van proportionaliteit in acht dient te nemen bij het opstellen van een vordering. Pas na het vonnis is *“Voorlopig Beleid Uitspraak Kort Geding Verschoningsrecht”* op de website van het Openbaar Ministerie terug te vinden, waarin is voorgeschreven dat een vordering ex art. 126nd/126ug Sv een passage dient te bevatten dat de vordering geen betrekking heeft op verschoningsgerechtigd materiaal. Een dergelijke passage is volgens dit beleid slechts voorgeschreven *“als te verwachten valt dat de uitgeleverde gegevens e-mails bevatten van of gericht aan (rechtstreeks dan wel cc) een advocaat”*. Onduidelijk blijft waarom een dergelijke clausele niet in elke vordering zou dienen te worden opgenomen.

5. Uit het vonnis wordt duidelijk dat de kortgedingrechter zich niet geroepen heeft gevoeld het wettelijk systeem aan de waarborgen van art. 8 EVRM te toetsen. De aard van deze procedure was daarvoor wellicht ook minder geschikt. Dat

er vraagtekens kunnen worden geplaatst bij deze bevoegdheid tot het vorderen van informatie, blijkt bijvoorbeeld uit het recente arrest van het EHRM in de zaak Sargava tegen Estland (application no. 698/19). Het enkele feit dat de verschoningsgerechtigde een rechtsmiddel kan aanwenden in verband met de situatie dat zijn geprivilegieerde stukken in het bezit zijn van de onderzoeksinstanties, is naar het oordeel van het EHRM in het licht van de waarborgen van art. 8 EVRM niet voldoende. Uit die bepaling vloeit volgens het EHRM tevens voort dat in geval van een geschil omtrent het verschoningsrecht het geprivilegieerde materiaal niet beschikbaar mag worden gesteld aan het onderzoeksteam *“before the domestic courts have had a chance to conduct a specific and detailed analyses of the matter, and – if necessary – order the return or destruction of seized data carriers and/or their copied content”*. Het EHRM onderkent dat het correct splitsen van verschoningsgerechtigd materiaal van andere gegevens *“becomes even more relevant in a situation where the privileged content is part of larger batches of digitally stored data”*. Daarbij wordt geaccepteerd dat een gegevensdrager integraal wordt gekopieerd en verkregen door de opsporingsinstanties, waarbij dan echter wel dient te worden voorkomen een *“unwarranted and unrecorded access to the data carriers and/or processing of the data from the moment that it is seized until it is either returned or destroyed in due course”*. De Nederlandse wet kent geen regels in dit verband. In verband met deze procedure werd wel door de Staat een handleiding bekendgemaakt, die was opgesteld door het Functioneel Parket van het Openbaar Ministerie. Of een dergelijke handleiding kan gelden als *“law”* in de zin van art. 8 EVRM volgt niet eenduidig uit de jurisprudentie van het EHRM. Uit de handleiding blijkt dat het opsporingsteam op zoek gaat naar het geprivilegieerde materiaal als een verschoningsgerechtigde een beroep doet op zijn recht. De geselecteerde bestanden worden dan aan een *“medewerker geheimhouding”* ter toetsing overgelegd. Dat is echter eveneens een medewerker van de opsporingsdienst. Onder par. 3.4 lid 5 wordt bepaald dat ingeval de medewerker geheimhouder van oordeel is dat de digitale bestanden geen geheimhouderinformatie bevatten, deze zorgt dat het onderzoeksteam de beschikking krijgt over die digitale bestanden. Zelfs de Officier van Justitie speelt in die gevallen geen

enkele rol. Een dergelijk systeem verhoudt zich niet tot de waarborg van het EHRM dat “domestic courts” zich over het beroep op het verschoningsrecht moeten hebben kunnen uitlaten alvorens het materiaal aan de opsporingsinstanties ter beschikking wordt gesteld. Heldere wetgeving op dit punt is nadrukkelijk gewenst, omdat anders het EHRM het (non-existente) systeem in de Nederlandse wetgeving wel eens in strijd met art. 8 EVRM kan achten. Het is evenzeer gewenst omdat aan de repressieve druk waaraan het verschoningsrecht van advocaten de afgelopen decennia blootstaat, een einde moet komen (zie ook T. Spronken, *NJB* 2022, p. 1515).

prof. mr. G.J.M.E. de Bont  
advocaat bij De Bont Advocaten en hoogleraar formeel belastingrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

## 195

### **Belangenverstrengeling spelersmakelaar bij transfer Stefan de Vrij naar Inter Milan**

Rechtbank Amsterdam  
6 april 2022, rolnr. HA ZA 21-574,  
ECLI:NL:RBAMS:2022:1770  
(mr. De Koning)  
Noot mr. W.T.N. Vlasveld

**Bemiddelingsovereenkomst tussen profvoetballer en spelersmakelaar. Bewijslast. Bemiddelaar trad op voor zowel voetballer als voetbalclub. Belangenverstrengeling ex art. 7:418 BW. Bemiddelaar schadeplichtig wegens schending mededelingsplicht ex art. 7:418 BW.**

[BW art. 6:74, 7:401, 7:408 lid 3, 7:416, 7:417, 7:418, 7:425, 7:427; Rv art. 157 lid 2]

*In art. 7:425 BW is bepaald dat een bemiddelingsovereenkomst een overeenkomst van opdracht is waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich tegenover de andere partij, de opdrachtgever, verbindt tegen loon als tussenpersoon werkzaam te zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden. Eiser heeft met Internazionale een overeen-*

*komst getekend waarin is bepaald dat gedaagde optrad voor Internazionale en niet voor eiser. Dat is een onderhandse akte die ingevolge art. 157 lid 2 Rv tussen partijen dwingend bewijs oplevert van hetgeen daarin is opgenomen. Het dwingend bewijs geldt alleen ten opzichte van de wederpartij van de akte. Jegens een derde (gedaagde) biedt de akte vrij bewijs. Wel biedt de akte aanleiding tot het voorshands bewijs dat gedaagde namens Internazionale heeft opgetreden. Tegen voorshands bewijs kan door eiser tegenbewijs worden geleverd. Het tegenbewijs kan bestaan uit het bewijs van een bemiddelingsovereenkomst tussen eiser en gedaagde. Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding, daarbij hoeven aanbod en aanvaarding niet uitdrukkelijk plaats te vinden, zij kunnen in elke vorm geschieden – dus ook stilzwijgend – en kunnen besloten liggen in één of meer gedragingen. Het hangt dus af van wat partijen over en weer hebben verklaard en wat zij uit elkaars verklaringen en gedragingen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten afleiden. Beoordeeld moet dus worden of er een opdrachtverhouding heeft bestaan tussen eiser en gedaagde. Het standpunt van gedaagde dat stilzwijgend een bemiddelingsovereenkomst sluiten niet mocht op basis van de regelgeving van de FIFA, KNVB en FIGC is niet doorslaggevend. Deze bepalingen van regelgeving binnen een bepaalde sport staan niet gelijk aan wetgeving. Het is een omstandigheid die kan worden meegewogen, maar niet van doorslaggevende betekenis is naar het hier toepasselijke Nederlands recht. Naar Nederlands recht hoefde de bemiddelingsovereenkomst niet schriftelijk te worden aangegaan, nu eiser handelde in de uitoefening van zijn beroep. Het is niet noodzakelijk voor het bestaan van een bemiddelingsovereenkomst dat de bemiddelaar door eiser wordt betaald. De betaling door een opdrachtgever (eiser) aan de bemiddelaar (gedaagde) kan daarvoor wel een aanwijzing zijn, maar de betaling door de opdrachtgever (eiser) is niet beslissend. Hoewel het gaat om de vaststelling van een opdrachtrelatie tussen gedaagde en eiser omtrent de arbeidsovereenkomst met Internazionale, zijn ook de feitelijke gedragingen over de onderhandelingen met Lazio relevant. Die onderhandelingen vonden namelijk voor een groot deel plaats in dezelfde periode en de onderhandelingen tussen gedaagde en Lazio gingen op dezelfde wijze als die tussen gedaagde en Internazionale. Uit de overge-*