

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 1 van 32

Edelhoogachtbare heer, vrouwe,

1. Op 26 september jl. nam advocaat-generaal, mr. E.J. Hofstee, zijn conclusie in bovengenoemde zaak (de zaak ‘Vlierbes’). De verdediging ziet redenen om op die conclusie te reageren. Uiteraard zullen wij niet op alle punten van de advocaat-generaal reageren, hoe verleidelijk dat af en toe ook is vanwege de verkeerde/ beperkte samenvatting van (enkele van) onze middelen.

Dat is bijvoorbeeld het geval terzake het vijfde middel. Wij betogen – uiteraard! – niet dat de onderzoekshandelingen naar EncroChat zich op Nederlands grondgebied hebben afgespeeld “nu ook de communicatie van de EncroChat-telefoons die zich op Nederlands grondgebied bevonden is onderschept”. Wij betogen dat onderzoekshandelingen zich op Nederlands grondgebied hebben afgespeeld omdat de EncroChat-telefoons die zich in Nederland bevonden elk afzonderlijk zijn gehackt. Sterker nog, de advocaat-generaal onderschrijft dat dit feitelijk uit de vaststellingen van het hof volgt, zij het dat dit in voetnoot 24 is weggelaten, waarbij hij instemt met ons standpunt. De samenvatting van het vijfde middel, op dit punt, bevreemdt dus op zijn minst (en dat is niet alleen bij dit middel het geval). Wellicht zijn dus niet alle middelen “welwillend” gelezen, zoals bij twee (andere) middelen wel expliciet is benoemd... Nog los van deze (onjuiste) samenvatting geldt overigens dat een toevoeging als ‘een welwillende lezing’ wat ons betreft niet alleen overbodig is, omdat een ‘welwillende lezing’ ons inziens niet meer dan vanzelfsprekend is; die toevoeging is op zichzelf al reden om te vrezen voor een onwelwillende lezing, daar waar die toevoeging ontbreekt.

2. Ongetwijfeld neemt uw Raad de middelen zoals die in de schriftuur zijn opgenomen tot uitgangspunt en op dit punt geven wij – kort en goed – aan dat wij persisteren bij die middelen en toelichting en verwijzen naar onze schriftuur. Voor het overige zullen wij slechts ingaan op de conclusie van de advocaat-generaal voor zover deze een (min of meer) nieuwe of afwijkende argumentatie/ uitleg bevat of een kwestie betreft die in de rechtspraak en/of literatuur is geadresseerd, verschenen ná het indienen van onze cassatieschriftuur.

Data uit *encrypted messaging systems* in strafzaken: Yalçinkaya vs. Turkije

3. Het was met name een bijzondere speling van het lot dat de Grote Kamer van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens arrest wees over data uit ‘*encrypted messaging systems*’ als bewijsmateriaal in strafzaken (in het licht van (onder meer) het recht op een eerlijk proces) op dezelfde dag als de conclusie van de advocaat-generaal in deze strafzaak. Het

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 2 van 32

betreft de zaak van klager Yalçinkaya die in Turkije is veroordeeld voor deelname aan een terroristische organisatie, op basis van het gebruik van ByLock, een *encrypted messaging system*. Hij betwist de deugdelijkheid van die veroordeling, om vele redenen. In het kader van de zaak ‘Vlierbes’ beperken wij ons tot de klachten op grond van art. 6 en 8 EVRM: de klachten van Yalçinkaya dat hij is veroordeeld op grond van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en dat sprake is geweest van een gebrek aan mogelijkheden voor zijn verdediging om de (on)betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal na te gaan.

4. Het EHRM geeft in zijn arrest een aantal algemene overwegingen over het gebruik van bewijsmateriaal uit *encrypted messaging systems*. Het EHRM benoemt (in het kader van de art. 6 (en 8) EVRM-klacht(en)) enerzijds het belang van de mogelijkheden voor de politie en justitie, zoals wij dat belang in onze *open letter of concern* zélf ook al adresseerden:¹

The Court acknowledges that electronic evidence has become ubiquitous in criminal trials in view of the increased digitalisation of all aspects of life. It notes more pertinently, and without prejudice to its subsequent examination in the present case, that recourse to electronic evidence attesting that an individual is using an encrypted messaging system which had been specially designed for and used exclusively by a criminal organisation in the internal communications of that organisation, can be very important in the fight against organised crime

Echter,

*the handling of electronic evidence, particularly where it concerns data that are encrypted and/or vast in volume or scope, may present the law enforcement and judicial authorities with serious practical and procedural challenges at both the investigation and trial stages.*²

5. In de gevallen dat de politie en justitie niet enkel genoeg nemen met het ‘stukmaken’ van de communicatie van criminelen/ voorkomen van het uitvoeren/ voltooiën (voorgenomen) strafbare gedragingen, maar tevens (succesvolle) vervolging wensen, is het aan ons, als strafrechtjuristen, om een oordeel te geven gedurende die trial stages. Voor het daaropvolgende strafproces zelf geldt, in het kader van het gebruik van data uit *encrypted messaging systems*, dat

¹ https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/02/EnroChat_LetterofConcern.pdf.

² EHRM 26 september 2023, nr. 15669/20 (Yalçinkaya vs. Turkije), r.o. 312.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 3 van 32

*while the fight against terrorism may necessitate resorting to such evidence, the right to a fair trial [however], from which the requirement of the proper administration of justice is to be inferred, applies to all types of criminal offence, from the most straightforward to the most complex. The right to the fair administration of justice holds so prominent a place in a democratic society that it cannot be sacrificed for the sake of expediency (see *Ramanauskas v. Lithuania* [GC], no. 74420/01, § 53, ECHR 2008) and the evidence obtained, whether electronic or not, may not be used by the domestic courts in a manner that undermines the basic tenets of a fair trial.³*

6. Het ligt voor de hand dat niemand dit uitgangspunt zal betwisten. De vraag is evenwel (meer dan) gerechtvaardigd hoe dit in de praktijk uitpakt omdat het populair en aantrekkelijk lijkt om te volstaan bij het eerste deel van voornoemde overwegingen: de gewenste doelmatigheid. Dat kan resulteren in een (cynische) uitspraak als ‘*EncroChat is too big to fail*’. Juist als vele strafzaken worden aangebracht en vele zaken al zijn afgedaan – bijvoorbeeld via de opkomst van procesafspraken, waar op zichzelf niets mis mee is, integendeel – dreigt het formele recht, nog ‘servieler’ te worden dan het al is.⁴ Dat is dé reden voor ons om te vrezen dat de *Rule of Law* verwordt tot een *Law of Rule*: voor een oprechte zoektocht naar (procedurele) rechtvaardigheid c.q. een zuivere naleving van (strafvorderlijke) wet- en regelgeving, bestaat weinig tot geen plaats meer, zelfs niet indien daar nadrukkelijk om wordt verzocht namens een verdachte.

Bespreking concrete overwegingen advocaat-generaal terzake de eerste tien middelen

7. Het minste wat in dat verband nodig is, is van de juiste feiten uitgaan. In cassatie betekent dat uiteraard dat we in beginsel uit moeten gaan van de feiten zoals die zijn vastgesteld door het hof. Dat sluit echter niet uit dat we een bredere blik hanteren, bijvoorbeeld door te kijken naar wat overigens (algemeen) bekend is, juist nu eenieder belang heeft bij een beslissing van uw Raad, op dit onderwerp, waarbij de relevante feiten en omstandigheden zo veel als mogelijk zijn betrokken en geen ‘hete aardappels’ vooruit worden geschoven.

‘Napleiten’, waar de advocaat-generaal het over heeft (randnummers 118 en 137), is dit alles in elk geval niet. Al was het simpelweg maar omdat de strafzaak nog loopt, in cassatie, wat ook voor de verdachte (nog altijd) een volwaardige strafprocedure is waarin een beoogd gevoerd mag worden, dat in de onderhavige zaak omvangrijk is, maar uit niet meer bestaat dan het geven van de relevante *juridische* argumenten en het belang bij cassatie.

³ EHRM 26 september 2023, nr. 15669/20 (*Yalçinkaya vs. Turkije*), r.o. 344.

⁴ F. de Jong, ‘Heer en knecht – aantekeningen over de verhouding tussen materieel en formeel strafrecht, proportionaliteit en artikel 359a Sv’, *DD* 2022/20.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 4 van 32

Randnummers 4, 19 en 88 ('in Frankrijk')

8. Wat betreft de (relevante) 'tactiek'/ wijze van opsporing in de EncroChat-operatie, kunnen we 'veilig' binnen de feitenvaststellingen van het hof blijven. Die vaststellingen houden namelijk – zoals gezegd – in dat (ook) sprake is geweest van het binnendringen van de afzonderlijke EncroChat-telefoons waar deze zich ook ter wereld bevonden, waarna *in* die telefoons data zijn overgenomen/ gekopieerd en naar Frankrijk zijn gestuurd. Die vaststellingen zijn dus ook onderkend door de advocaat-generaal in voetnoot 24.
9. De advocaat-generaal concludeert op basis van die vaststellingen echter dat (niet onbegrijpelijk is dat het oordeel van het hof is dat) aldus geen sprake is geweest van opsporing⁵ en/of uitoefening van opsporingsbevoegdheden⁶ *mede* in Nederland. Deze uitleg getuigt wat ons betreft van een sofistieke semantiek en juridische haarkloverij die geen navolging verdient, alleen al omdat die (voor de gewone burger) onnavolgbaar/ onbegrijpelijk en inconsistent is en, bovenal, omdat deze uitleg ten koste gaat van de *effectieve* rechtsbescherming van de individuele burger/ verdachte. Wij lichten dit toe.
10. Vooropgesteld moet worden dat het in het kader van onder meer art. 1 EVRM en art. 5.2.2 Sv van belang is om, in een individuele strafzaak, vast te stellen wat de locatie is van de opsporingsbevoegdheid die is uitgeoefend. Die opsporingsbevoegdheid betreft hier – los van de juridische terminologie – het overnemen/ kopiëren van (telefoon)data die *uitsluitend* in de onderscheidenlijke telefoons zijn vastgelegd. In de visie van de advocaat-generaal is die locatie kennelijk *niet* meer Nederland, maar Frankrijk, in de kern omdat daar 'op de knop is gedrukt'. Feitelijk en juridisch is die (tussen)conclusie onnavolgbaar.

Dat was echt nog anders in de procedure die heeft geleid tot uw beslissing van 13 juni 2023 (ECLI:NL:HR:2023:913) over de prejudiciële vragen. In die procedure moest u (zonder meer) van de feitelijke context uitgegaan zoals die gegeven was door de twee rechtbanken: opsporing in Frankrijk. Aldus vormde dit voor uw Raad – logisch, maar helaas – reden om hier niet *expliciet* op in te gaan (wellicht ook omdat het uitgangspunt '*locus regit actum*' als bekend verondersteld mag worden). Maar nu, met de feitelijke vaststellingen van het gerechtshof in het achterhoofd, is dat compleet anders en zullen we niet meer kunnen ontkomen aan de slotsom sprake is van handelen *in* Nederland.

⁵ Randnummer 19.

⁶ Randnummer 88.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 5 van 32

11. We bespreken daarbij eerst de feitelijke situatie/ de digitale techniek. Nog los van de vraag: is sprake van ‘vastleggen’ of ‘overnemen’ (want dat zijn juridische begrippen uit het Nederlandse wetboek van Strafvordering), geldt dat een ‘back’ – technisch gezien – betekent dat *in een (individueel) geautomatiseerd werk* wordt binnengedrongen en daar(door) wijzigingen worden aangebracht doordat dat geautomatiseerde werk anders wordt ingesteld en anders gaat/ kan gaan functioneren dan voorheen. Ná binnendringing is (de broncode van) een geautomatiseerd werk (in beginsel) niet meer hetzelfde; vandaar dat ‘binnendringen’ ook kan worden nagegaan. Dat alles gebeurt (in deze zaak, met een Nederlandse EncroChat-gebruiker) feitelijk *in Nederland*, zij het ‘heimelijk en op afstand’.⁷
12. Leidt deze feitelijke situatie in de juridische wereld opeens tot een ander verdict? Wij menen van niet. Integendeel, ook in het juridische domein wordt/ moet worden uitgegaan van – kort gezegd – opsporing *in Nederland*.
13. Wij wijzen in dat verband als eerste op het WODC-rapport over onderzoek naar de inzet van de hackbevoegdheid en het overschrijden van de grenzen bij digitale opsporing.⁸ Dat laatste is doorgaans allicht inherent aan het eerste, maar die vaststelling is op zichzelf natuurlijk geen excuus voor het loslaten van wet- en regelgeving, het is veeleer de bevestiging van wat het EHRM “*serious practical and procedural challenges*” noemt. In voornoemd WODC-rapport wordt onder meer opgetekend:

Het is ook voorgekomen dat op verzoek van het buitenland een inzet in Nederland heeft plaatsgevonden. Eén van de geïnterviewde opsporingsfunctionarissen merkt op dat voor dat soort gevallen niets geregeld is. Gedurende de wetsgeschiedenis is vooral aandacht geweest voor wat er zou gebeuren als Nederland een inzet in het buitenland zou doen, maar niet of nauwelijks voor de 'gespiegelde' situatie. Deze geïnterviewde vertelt dat hierdoor bij één van de inzetten 'kunst- en vliegwerk' moest worden uitgebaald om de inzet juridisch mogelijk te maken. De inzet betrof een opsporingsonderzoek waarbij een Digit-achtig team in het buitenland een remote-access tool over wilde nemen. Vervolgens zou daarop een update worden geplaatst die wereldwijd naar allerlei gebruikers zou worden gestuurd. Door deze inzet werd binnengedrongen in Nederlandse geautomatiseerde werken. Vervolgens zouden verzamelde gegevens weer richting het buitenland gaan en op een later moment ook door het buitenland met Nederland worden gedeeld. Het betreffende buitenland heeft aan Nederland toestemming gevraagd voor een inzet. Voor het buitenland was het in

⁷ Dat is nota bene een kenmerk van de bevoegdheid ex (onder meer) art. 126^uba Sv.

⁸ A. van Uden en C.A.J. van Eeden, *De hackbevoegdheid in de praktijk. Een empirisch onderzoek naar de uitvoering van de hackbevoegdheid (artikelen 126ⁿba, 126^uba, 126^zpa Sv, Cahier 2022-8, Den Haag: WODC 2022.*

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 6 van 32

principe voldoende dat Nederland een formulier, aangereikt vanuit het buitenland, zou ondertekenen. In Nederland is echter meer nodig om de bevoegdheid in te kunnen zetten (zie hoofdstuk 3). Uiteindelijk is in overleg besloten dat het buitenland een rechtshulpverzoek aan Nederland zou doen. Vervolgens is dat in Nederland op de gebruikelijke wijze (zoals dat met de hackbevoegdheid gaat) getoetst. De geïnterviewde vertelt dat normaal gesproken een marginale toetsing wordt gedaan, omdat het verzoeken buitenland een 'fatsoenlijk' land was waarbij er vanuit kan worden gegaan dat dat land het onderzoek op een fatsoenlijke manier heeft gedaan. Vanuit Nederland is uiteindelijk toestemming gekomen om de bevoegdheid in te zetten. Er was echter wel een probleem, omdat een Nederlandse officier van justitie alleen een bevel kan afgeven aan een Nederlandse opsporingsambtenaar, maar die kon het bevel niet uitvoeren, omdat dat technisch niet mogelijk was. Dit kon ook niets, omdat ze daarvoor naar het buitenland moest afreizen en dan zou precies hetzelfde probleem spelen (inzet op buitenland grondgebied). Om die reden is een tweede rechtshulpverzoek ingediend, maar nu richting het buitenland, waarin het buitenland verzocht werd bepaalde handelingen uit te voeren. Volgens deze geïnterviewde zou er een mogelijkheid moeten komen dat het buitenland zelf op Nederlands grondgebied een hack mag uitvoeren, zoals dat ook het geval is met observaties op andermans grondgebied.⁹

14. Los van die laatste (vanuit opsporingsperspectief) begrijpelijke, maar (vanuit juridische perspectief) onhoudbare vergelijking, moeten we vaststellen: dit voorbeeld komt akelig dicht in de buurt van EncroChat. Mogelijk gaat het daar zelfs over? Hoe dan ook, dit citaat maakt duidelijk: in Nederland moet niet alleen, wel degelijk, iets getoetst kunnen worden. *Achteraf* moet getoetst worden, al was het maar omdat het vertrouwensbeginsel niet (zonder meer) van toepassing is vanwege de (benodigde) rechtshulpverzoeken.¹⁰ Tevens geldt dat ook *vooraf* getoetst moet worden aan het recht zoals dat geldt in Nederland. Andersom doet Nederland dat zelf ook als Nederland (digitale) opsporingsbevoegdheden in het buitenland uitoefent (al dan niet aangestuurd vanuit Nederland).¹¹

15. Voorts is het in dit licht dat wij eerder het vergelijk maakten met het arrest van uw Raad terzake het 'Azewijnse Paard', uit 1917. In wezen is het binnendringen (en wijzigen van de broncode) van allerlei geautomatiseerde werken en overnemen/ kopiëren van data uit die geautomatiseerde werken niet anders dan een zeer geavanceerde, digitale teugel waar-

⁹ A. van Uden en C.A.J. van Eeden, *De hackbevoegdheid in de praktijk. Een empirisch onderzoek naar de uitvoering van de hackbevoegdheid (artikelen 126nba, 126uba, 126zpa Sv, Cahier 2022-8, Den Haag: WODC 2022, p. 123.*

¹⁰ HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913, r.o. 6.21.1.

¹¹ A. van Uden en C.A.J. van Eeden, *De hackbevoegdheid in de praktijk. Een empirisch onderzoek naar de uitvoering van de hackbevoegdheid (artikelen 126nba, 126uba, 126zpa Sv, Cahier 2022-8, Den Haag: WODC 2022, p. 124 e.v.*

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 7 van 32

mee niet een paard, maar data (waaronder persoonsgegevens) uit Nederland over de grens worden getrokken, naar Frankrijk toe.

16. Eerder, onder meer ter zitting van het Hof van Justitie in de Duitse EncroChat-zaak van 4 juli 2023,¹² is nog het vergelijk gemaakt met vissen/ hengelen door Frankrijk (en/of Nederland) naar data in een Nederlands of Duits meer. Die metafoor is niet alleen dienstig om te illustreren dat eerst *alle* vissen uit het desbetreffende meer zijn gevestigd met één groot sleepnet en dat pas daarna de vissen die daadwerkelijk ‘verkeerd uit de ogen keken’ eruit zijn gehaald; die metafoor is tevens dienstig om te illustreren dat de visser zijn net weliswaar kan uitwerpen vanaf Frans grondgebied, maar dat het vissen en vangen *zelf* gebeurt in Nederland en Duitsland (en vele andere landen). Voor alle duidelijkheid, het gaat ons hier *niet* om de omvang van het sleepnet/ de opsporing (daarover meer in middelen 8 t/m 10), maar *uitsluitend* om de locatie en de betekenis daarvan.
17. Het voorgaande maakt daarnaast meteen duidelijk dat het om meer gaat dan enkel de soevereiniteit van een land waarin het meer is gelegen waarin wordt gevestigd: op grond van art. 1 EVRM gaat het (juist) ook om het belang van de vissen *zelf* om niet in hun fundamentele (Verdrags)rechten te worden geraakt. Eenieder die zich in Nederland(se wateren) bevindt, moet kunnen (mogen) vertrouwen op het recht zoals dat in Nederland geldt. Aan dat recht moet getoetst worden en daarvoor maakt het niet uit of opsporing in het fysieke of digitale domein plaatsvindt. Als Franse opsporingsautoriteiten in Nederland een huiszoeking zouden uitvoeren en documenten (al dan niet in kopie) mee zouden nemen naar Frankrijk, dan zegt toch ook niemand dat enkel de Nederlandse soevereiniteit is geraakt en niet tevens de persoonlijke levenssfeer van de bewoner (van dat huis)?
18. Het is nota bene het EHRM dat recent, in het kader van digitale opsporing met extraterritoriale effecten, de vergelijking maakte met de doorzoeking van een huis. Dit was in de zaak van klagers Wieder en Guarnieri, waaruit volgt dat hét cruciale punt voor het EHRM nog altijd is: de effectiviteit van de individuele rechtsbescherming. Die moet niet worden gemarginaliseerd. Daarom overweegt het Hof dat

in the specific context of Article 8, it could not seriously be suggested that the search of a person's home within a Contracting State would fall outside that State's territorial jurisdiction if the per-

¹² In de zaak C- 670/22. Helaas zult u het moeten doen met deze overdracht, uit eigen waarneming van 4 juli 2023, want ondanks een eerder akkoord, verzette Frankrijk zich op 5 juli ineens tegen publicatie van de audiovisuele opnames van deze hoorzitting....

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 8 van 32

son was abroad when the search took place. While some of the elements of a person's private life (for example, physical integrity) may not readily be separated from his or her physical person, that is not necessarily the case for all such elements.

Voor digitale communicatie geldt vervolgens:

the interception of communications and the subsequent searching, examination and use of those communications interferes both with the privacy of the sender and/or recipient, and with the privacy of the communications themselves.¹³

19. Voor de beantwoording van de vraag waar geklaagd moet worden over een (vermeende) inbreuk op art. 8 EVRM in het kader van digitale communicatie en over het ontbreken van een rechtvaardiging (in de zin van art 8 lid 2 EVRM), geldt:

the interference with the privacy of communications clearly takes place where those communications are intercepted, searched, examined and used and the resulting injury to the privacy rights of the sender and/or recipient will also take place there.¹⁴

20. Met de feitenvaststelling van het hof Den Haag in het achterhoofd brengt ons dat qua locaties in Nederland én Frankrijk.

21. De opvatting van de advocaat-generaal kan kortom niet juist zijn.

22. Nota bene, de stelling van de advocaat-generaal zou zelfs betekenen dat iemand die, bijvoorbeeld, vanuit Rusland geautomatiseerde werken binnendringt die zich in Nederland bevinden, niet (meer) met succes vervolgd kan worden voor de overtreding van art. 138ab Sr omdat wij, juristen, “(althans) in Nederland” niet (langer) kunnen bewijzen – en dan hebben we het nog niet eens over eventuele, reeds uitgesproken veroordelingen in zulke zaken. Dat zou niet alleen onbegrijpelijk (en overigens onwenselijk) zijn, dat zou zelfs simpelweg in strijd zijn met het Cybercrimeverdrag/ de Boedapest Conventie, waarin de jurisdictie in eerste instantie wordt bepaald aan de hand van de locatie/ territorialiteit (art. 22 lid 1 sub a). Ook hier geldt dus: *locus regit actum*.

¹³ EHRM 12 september 2023, nrs. 64371/16 en 64407/16 (Wieder en Guarnieri vs. het VK), r.o. 93.

¹⁴ EHRM 12 september 2023, nrs. 64371/16 en 64407/16 (Wieder en Guarnieri vs. het VK), r.o. 94.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 9 van 32

23. Voor zover de gedachte dan zou kunnen bestaan/ ontstaan dat de strafrechtelijke én strafvorderlijke rechtsmacht anders bepaald moet worden, is minst genomen sprake van een (dogmatische) inconsistentie en van – zacht gezegd – een (onverklaarbare) divergentie tussen het alledaagse taalgebruik en de taal van de jurist. Wat ons betreft moeten beide situaties worden voorkomen; het recht staat in dienst van de mens en niet andersom.

Randnummers 16, 88 en 104 (*equality of arms*: ‘disclosure, tenzij...’ niet ‘disclosure, mits...’)

24. Wij menen verder te signaleren dat het in Nederlandse strafzaken vaker voorkomt dat een juridische uitzonderingssituatie over de uitleg van (de Straatsburgse rechtspraak omtrent) het Europees Verdragsrecht, bij de toepassing in de praktijk tot uitgangspunt wordt gemaakt. Wij denken bijvoorbeeld aan (de totstandkoming van) de ‘Keskin-jurisprudentie’ (‘horen, indien voldoende gemotiveerd’ in plaats van ‘horen, tenzij...’) of aan de toepassing van voorlopige hechtenis (‘vrij, tenzij geen alternatieven mogelijk zijn’ wordt in de praktijk ‘vrij, indien het (grote) belang van schorsing is *gebleken* (liefst via de reclassering)’).

25. Evenzo menen wij dat de advocaat-generaal bij de beoordeling van de *equality of arms* ten onrechte bij het einde begint: de verdediging moet aangeven waarom verzoeken ter toetsing van de rechtmatigheid relevant zijn en dat moet zelfs gepaard gaan met een ‘begin van aannemelijkheid’ dat sprake is van een onrechtmatigheid in het opsporingsonderzoek.

26. Om met dat laatste te beginnen: de eis van een ‘begin van aannemelijkheid’ heeft – ondanks verschillende pogingen daartoe – geen (prominente) plaats gekregen in de rechtspraak van uw Raad. Volgens ons is het in elk geval terecht dat zo’n ‘begin van aannemelijkheid’ geen op zichzelf staande eis is geworden. Dat zou namelijk op principiële en vooral praktische bezwaren stuiten: het verlegt niet alleen de bewijslast naar de verdachte, het bewijsmateriaal voor een (gestelde) onrechtmatigheid ligt normaal gesproken niet in de machtssfeer van de verdachte, maar in die van het openbaar ministerie.

27. Wat mag dan wel gevergd worden van de verdediging? Uw Raad beantwoordde die vraag door te overwegen dat van de verdediging gevergd mag worden dat zij “gemotiveerd uiteenzet waarom daartoe getuigen dienen te worden gehoord”¹⁵ om de “relevantie van het verzoek te beoordelen”.¹⁶ Voor verzoeken om stukken geldt uiteraard het relevantie criterium. Kortom, de ‘relevantie’ lijkt de sleutel.

¹⁵ HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, NJ 2014/441, r.o. 2.7.

¹⁶ HR 15 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1629.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 10 van 32

28. Maar ook die rechtspraak begint bij het einde, althans niet bij het begin: uitgangspunt is

the requirement of disclosure to the defence of “all material evidence” for or against the accused, which is an aspect of the right to adversarial proceedings (see Rowe and Davis, cited above, § 60), cannot be construed narrowly, in the sense that it cannot be confined to evidence considered as relevant by the prosecution. Rather, it covers all material in the possession of the authorities with potential relevance for the defence, even if not at all considered, or not considered as relevant by the prosecution authorities.¹⁷

29. Deze algemene overweging, die uiteraard niet nieuw is, leidde de Grote Kamer van het EHRM in de zaak Yalçinkaya, in het kader dus van het *encrypted messaging system* ‘ByLock’, tot de overweging dat de potentiële relevantie voor de verdachte gelegen kan zijn in verschillende elementen: *exonerating himself, challenging the admissibility, reliability, completeness or the evidential value of that [ByLock] material.*¹⁸ In deze cassatieprocedure gaat het met name om de vraag naar de rechtmatigheid/ *admissibility*. Nota bene, ook in het kader van de *disclosure* van het materiaal dat relevant is/ kan zijn voor de verdediging voor de betwisting van de rechtmatigheid geldt: sprake moet zijn van de volledigheid van dat materiaal!¹⁹

30. Natuurlijk geeft het voorgaande geen ongebreideld recht tot *disclosure*. Dat is door ons nooit betoogd (als ‘absoluut recht’). Dit onderdeel van de *equality of arms* kan worden beperkt en het EHRM maakt dat ook in de Yalçinkaya-zaak weer concreet/ concreter:

there may be a variety of reasons which may require the withholding of evidence from the defence, including concerns over national security or the preservation of the fundamental rights of others. Moreover, where the evidence in the hands of the prosecution relates to a large mass of electronic information, it may not be possible, or even necessary, to disclose that information to the defence in its entirety.

31. Op grond van het voorgaande is het dus in eerste instantie aan de verdachte om aan te geven wat voor hem/ haar relevant is, dat kan zelfs iets zijn dat ‘slechts’ tot strafvermindering kan leiden.²⁰ Een gebrek aan (ogenschijnlijke) relevantie is in elk geval niet genoeg; sprake moet zijn van een gerechtvaardigde reden. En zelfs als zo’n gerechtvaardigde reden bestaat om géén *disclosure* te geven, dan nog zal compensatie moeten worden gebo-

¹⁷ EHRM 26 september 2023, nr. 15669/20 (Yalçinkaya vs. Turkije), r.o. 327.

¹⁸ EHRM 26 september 2023, nr. 15669/20 (Yalçinkaya vs. Turkije), r.o. 328.

¹⁹ EHRM 11 december 2008, nr. 6293/04 (Mirilashvili vs. Rusland), r.o. 200.

²⁰ EHRM 31 maart 2009, nr. 21022/04 (Natunen vs. Finland).

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 11 van 32

den. Of wellicht kan nog worden gedacht aan het bieden van “*access to all that material*” dat “*must not be confused with*” het recht op *disclosure*?²¹

32. De vraag is nu: leidt het tot wezenlijk verschil als we bij het einde in plaats van bij het begin beginnen? Wat ons betreft is dat niet zonder meer het geval, maar bestaat dat risico wel door een gebrek aan uniformiteit/ duidelijkheid. Maar uiteindelijk zal dit alles vooral afhangen van de invulling. Die zal hoe dan ook neer moeten komen op het uitgangspunt: ‘*disclosure*, tenzij...’.

De ‘tenzij’ zal zich, als *reasons which may require the withholding of evidence from the defence*, mogelijk ook voor kunnen doen indien door/ namens de verdachte in het geheel geen onderbouwing is gegeven en de *irrelevantie* is gebleken/ sprake is van *fishing*, al komt dat argument niet met zoveel woorden terug in de rechtspraak van het EHRM. Dat lijkt ons ook logisch omdat dit vooral een efficiëntieargument lijkt te zijn. Zo’n argument zal in het kader van het fundamentele recht op een eerlijk proces weinig/ geen betekenis toekomen. Want wat is er nou eigenlijk écht op tegen als de verdediging zijn tijd besteedt of wil verdoen aan het doorspitten van stukken/ horen van een paar getuigen, als het *niet* ten koste gaat van de voortgang van het strafproces? Sterker nog, voor de EncroChat-zaken geldt dat als die verzoeken (veel) eerder waren toegestaan, dan was dat juist ten goede gekomen aan de *overall* efficiëntie van de afdoening van EncroChat-zaken (te beginnen vanaf de ‘actiedag’ medio 2020)!

33. Alles wat *meer* gevraagd wordt van de verdachte/ verdediging, is problematisch. Dat is principieel problematisch om voornoemd uitgangspunt, terwijl dat uitgangspunt dus – wij stellen het zekerheidshalve nogmaals – een sterk pragmatisch belang kent: de verdediging heeft het bewijs van een (eventuele) onrechtmatigheid niet in handen. Dat ligt bij degene die een (eventuele) onrechtmatigheid heeft begaan. Schalken overwoog jaren geleden al:

de controle op de rechtmatigheid van de bewijsverkrijging in een cirkelredenering steken. De raadsman maakt er bezwaar tegen dat controle op de bewijsverzameling onmogelijk is doordat bijv. bepaalde getuigen niet kunnen worden opgeroepen of ondervraagd dan wel dat zekere onderzoeksgegevens niet meer beschikbaar zijn. Het verweer kan dan afketsen op de overweging dat de raadsman de gronden van zijn verweer feitelijk niet aannemelijk heeft gemaakt. Het probleem is echter dat de raadsman niet in staat is zijn verweer aannemelijk te maken als hij niet over be-

²¹ EHRM 26 september 2023, nr. 15669/20 (Yalçinkaya vs. Turkije), resp. r.o. 329 en 328.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 12 van 32

paalde getuigen of onderzoeksgegevens kan beschikken. Het verweer wordt met andere woorden verworpen op gronden die het nu juist zichtbaar had willen maken.²²

en voegde daar enige tijd later aan toe

[m]eestal is het de verdediging die problemen heeft bij het achterhalen van de feiten die zij als grondslag van haar verweer (met betrekking tot de totstandkoming van het bewijs) aannemelijk moet zien te maken. De weerlegging van een dergelijke verweer komt vaak neer op een cirkelredenering: als de verdediging onvoldoende de gelegenheid krijgt onderzoek naar de feiten te doen, wordt het verweer meestal toch nog verworpen met het argument dat zij de feiten onvoldoende aannemelijk heeft weten te maken.²³

34. In het kader van EncroChat (en Sky ECC) kregen wij recent enige bijval. Oerlemans en Schermer vragen zich namelijk af of bij het beoordelen van verzoeken ter onderbouwing van verweren “de bal hier niet te veel bij de verdediging wordt gelegd” en zij “pleiten voor een meer proactieve informatieverstrekking over de verzameling van gegevens in dit soort operaties in de toekomst.”²⁴ Wij pleiten voor een ruimhartigere benadering van verzoeken tot nader onderzoek, maar niet alleen ‘in de toekomst’, ook nu al, voor de operaties uit het verleden, want een eerlijk proces is (nog altijd) mogelijk.
35. Ten overvloede benadrukken wij nog maar eens dat niet alleen sprake is van het ontbreken van (gebleken) irrelevantie van verzoeken. Gebleken is van relevantie doordat de motivering van de verzoeken erop neerkomt:
- na (kunnen) gaan *of* het vertrouwensbeginsel wel van toepassing is. Daarvoor is het nodig om niet alleen de locatie van de opsporing te kennen, maar ook de (mate van) samenwerking met Nederland, een en ander in het licht van *medeverantwoordelijkheid* als in de zaak Stojkovic tegen België *en* Frankrijk en rechtsoverwegingen 6.18 en 6.21.1 uit de beslissing van uw Raad van 13 juni jl.: is de bijdrage van Nederland, inderdaad, gebleven bij ‘alleen maar’ technische bijstand, of was er (veel) meer aan feitelijke en juridische hulp/ inbreng, zoals is gesteld door de raadvrouw van verzoeker in hoger beroep (met onderbouwing, waaronder een uitgewerkte tijdlijn met een

²² HR 20 april 1993, NJ 1994/33, m.nt. Schalken, par. 1.

²³ HR 8 februari 2000, NJ 2000/538, m.nt. Schalken.

²⁴ J.J. Oerlemans en B. Schermer, ‘Antwoorden op prejudiciële vragen in de EncroChat- en SkyECC-zaken’, NJB 2023, p. 2618.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 13 van 32

(chronologische) opsomming van de bijdragen van Nederland, waar inmiddels alleen nog maar meer bekend over is geworden)?

en, indien het vertrouwensbeginsel niet (onverkort) van toepassing is,

- na (kunnen) gaan wat de aard en omvang (ernst) van het verzuim van voorschriften is (mede omdat de uitkomst van het onderzoek de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie kan raken; daar waren de verzoeken niet alleen (mede) op gericht, dat betoog is ook daadwerkelijk gevoerd, maar vooral vanwege de gestelde onrechtmatigheid in het licht van art. 8 EVRM).

Aldus is het/ zijn de (vermeende) vormverzuim(en) niet alleen gesteld en zijn daartoe aanknopingspunten gegeven; zelfs als de eis van ‘een begin van aannemelijkheid’ gesteld zou kunnen worden, is daar – ons inziens – aan voldaan, getuige de feitelijke betogen op de (regie)zittingen in hoger beroep.

36. Het openbaar ministerie stelt weliswaar regelmatig dat het toestaan van de verzoeken van de advocatuur om nader onderzoek te (kunnen) doen neer zou komen op omzeiling van het vertrouwensbeginsel (zie ook randnummer 22). Echter, zo lang enkel verzocht wordt om Nederlandse stukken/ getuigen (terwijl overigens in de JIT-overeenkomst staat opgenomen dat alle betrokkenen in de betrokken landen kunnen en mogen worden opgeroepen als getuigen), valt niet (zonder meer) in te zien hoe dat in strijd kan komen met het vertrouwensbeginsel.
37. Dat geldt evengoed voor het enkele doen van nader onderzoek om te zien *óf* het vertrouwensbeginsel van toepassing is. Daaruit spreekt in elk geval geen *wantrouwen* jegens een ander land. Dat onderzoek gaat *vooraf* aan een rechterlijke (rechtmatigheids)toetsing en komt simpelweg neer op het betrachten van (juridische) zorgvuldigheid. Een verstandig mens neemt in het verkeer ook niet blind een afslag, maar overziet eerst de gehele situatie; zelfs als we in de veronderstelling verkeren dat we voorrang hebben.
38. Nota bene, de advocaat-generaal merkt onder randnummer 45 nog op dat de verdediging met haar verzoeken hoofdzakelijk de rechtmatigheid van de EncroChat-hack in Frankrijk wilde onderzoeken. Dat is onjuist en daaruit blijkt (opnieuw) van ten minste een soort Babylonische spraakverwarring: het gaat de verdediging met haar verzoeken hoofdzakelijk, hoewel zeker niet alleen, om de *verkrijging* van de EncroChat-data. Zoals betoogd was dat echter óók *in* Nederland (en *door* Nederland). Nog los van de vraag binnen welke rechts-

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 14 van 32

vorm de *hack*/ verkrijging heeft plaatsgevonden: onderzoek zou moeten plaats vinden, op zijn minst naar de feiten/ feitelijk betrokkenen.

Randnummer 27 (voorlopig oordeel over de toepasselijkheid van het vertrouwensbeginsel)

39. Net als wij, vat de advocaat-generaal het afwijzende oordeel van het hof over de onderzoekswensen op als een voorlopig oordeel over de toepasselijkheid van het vertrouwensbeginsel. Als we het daarover eens zijn, dan kan toch niet aan de conclusie worden ontkomen dat sprake is van een oordeel in de zin van art. 348 en 350 Sv, in het kader van (het niet hoeven toetsen van) bepaalde rechtmatigheidskwesties? Dat dat oordeel voorlopig is, doet daar (juist) niet aan af, zo is al uiteengezet in de schriftuur, het blijft in de kern een oordeel over (een aspect van) de rechtmatigheid. Daarin verschilt dit (voorlopige) oordeel wezenlijk van een (veel meer) feitelijk (tussen)oordeel over het (ogenschijnlijke) belang van een getuige (in het licht van het gehele dossier).²⁵ De verdediging vat de reactie van de advocaat-generaal op dit punt derhalve eerder op als een bevestiging, dan als weerlegging van de deelklacht terzake het ongerechtvaardigd vooruitlopen.

Randnummers 25, 86 en 94 (onherroepelijke beslissing uit het buitenland)

40. Wederzijds vertrouwen is belangrijk om een soepele internationale samenwerking mogelijk te maken; dat is duidelijk. Juist als sprake is van de uitvoering van het recht van de Europese Unie, zoals een JIT, kan dat wederzijdse vertrouwen groot zijn. Zoals blijkt uit de beslissing van uw Raad van 13 juli jl. betekent dat vertrouwen zelfs dat in strafzaken in elk geval van de rechtmatigheid van bewijsmateriaal moet worden uitgegaan als dat (in onmiddellijke zin) uit het buitenland is verkregen, tenzij – kort gezegd – blijkt van een onherroepelijke beslissing uit dat buitenland dat sprake is van een onrechtmatigheid. De advocaat-generaal refereert op verschillende plaatsen in zijn conclusie aan die beslissing.

41. Volgens ons is deze uitleg van uw Raad in strijd met de rechtspraak van het EHRM. Zelfs bij de uitvoering van Unierecht, kan de noodzaak bestaan voor de (straf)rechter om nader onderzoek te doen. Het EHRM ziet de noodzaak niet slechts in een onherroepelijke beslissing uit het buitenland, maar overweegt:

s'il leur est soumis un grief sérieux et étayé dans le cadre duquel il est allégué que l'on se trouve en présence d'une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention et que

²⁵ HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:576, r.o. 2.9.4.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 15 van 32

*le droit de l'UE ne permet pas de remédier à cette insuffisance, elles ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'UE (idem, § 116). Il leur appartient dans ce cas de lire et d'appliquer les règles du droit de l'UE en conformité avec la Convention.*²⁶
(onderstreping raadsman)

42. Deze overweging komt uit de zaak van klager Pirozzi en dat arrest is helaas – net als het Stojkovic-arrest – uitsluitend in het Frans gepubliceerd. Dat neemt niet weg dat het belang van de hiervoor aangehaalde overweging duidelijk zal zijn en gegrond is in eerdere rechtspraak (zie bijvoorbeeld de arresten Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi tegen Ierland en Michaud tegen Frankrijk): bij een serieuze/ ernstige en onderbouwde klacht, kan niet uitsluitend worden gerespondeerd met de tegenwerping dat het interstatelijke vertrouwensbeginsel zich tegen nader onderzoek/ nadere bespreking door de rechter verzet.
43. In onze visie is van belang om onderscheid te maken tussen toekomstig en retrospectief vertrouwen, zoals wij eerder deden.²⁷ Bij vertrouwen op de toekomst gericht, kan de ene staat niet veel doen, zonder de andere staat te schofferen (door op voorhand onderzoek/ stellige uitspraken te doen, hoewel ook dat natuurlijk niet is uitgesloten, zoals we uit overleveringszaken weten). Bij retrospectief vertrouwen geldt dat niet. Sterker nog, we toetsen in Nederland evengoed het *feitelijk* uitvoeren van een handeling toegestaan door een Nederlandse rechter-commissaris. In beginsel gaan we van de (juridische) juistheid van de beslissing van een rechter uit, maar dat geldt niet voor de uitvoerende instantie. Tegelijkertijd is dat nog geen teken van wantrouwen in de Nederlandse politie!
44. Let wel, wij betogen niet het feitelijk handelen van de buitenlandse instanties te toetsen aan het buitenlandse recht. Wij zijn het dus snel eens met de advocaat-generaal onder randnummer 100. Wij betogen enkel dat het feitelijke handelen, dat bewijsmateriaal heeft opgeleverd dat in Nederlandse strafzaken wordt ingebracht door het openbaar ministerie, getoetst moet worden aan Europees recht (én aan Nederlands recht voor zover iets in Nederland is gebeurd). Ter zitting van 4 juli jl. bij het Hof van Justitie was eenieder het hier overigens, in het kader van het Unierecht, ook over eens: van advocaat-generaal tot aan de vertegenwoordigers van de verschillende landen én van de Europese Commissie.

²⁶ EHRM 17 april 2018, nr. 21055/11 (Pirozzi vs. België), r.o. 64.

²⁷ Zie bijlage 2 bij de cassatieschriftuur, p. 18 e.v.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 16 van 32

45. Wat daar verder ook van zij, gelet op het Pirozzi-arrest is het juist dan nodig om nader onderzoek te doen als rechter, indien namens de verdachte, met onderbouwing, een schending van Verdragsrecht wordt gesteld (zoals in casu gegeven). De eis van een onherroepelijke beslissing in het betreffende buitenland is in elk geval te streng en dus onjuist.

Randnummer 104 (een eerlijk strafproces omvat een volledige rechtmatigheidstoets)

46. Sterker nog, art. 6 EVRM in samenhang bezien met art. 8 EVRM noopt tot onderzoek van de rechtmatigheid, indien een schending van art. 8 EVRM is gesteld in het kader van een strafzaak. De advocaat-generaal zoekt onder randnummer 102 zijn toevlucht in de algemene stelregel dat een schending van art. 8 EVRM niet zonder meer een schending van art. 6 EVRM oplevert. Dat is juist, maar dat maakt het voorgaande niet anders. In die situatie *is* namelijk onderzoek gedaan naar de juistheid van de gestelde schending van art. 8 EVRM. Maar indien dat niet gebeurt, dan ligt een schending van art. 6 EVRM voor de hand, bij gebreke aan adequate mogelijkheden om de gestelde schending van art. 8 EVRM te kunnen onderzoeken. Wij wijzen in dit verband op de conclusies in de zaken Budak en Tortladze.²⁸
47. Zo bezien is het dus ook logisch dat het EHRM in de zaak Yalçinkaya niet is toegekomen aan de beoordeling van de klacht over art. 8 EVRM: die is zozeer gelegen in de periferie van de art. 6 EVRM-klacht, dat eerst onderzoek gedaan moet (kunnen) worden (door de verdediging), vóórdát in een strafzaak een oordeel in het kader van art. 8 EVRM kan worden gegeven als (onafhankelijke) *ex post facto review*. Het EHRM ziet het immers als volgt:

in order to minimise the risk of the bulk interception power being abused, the Court considers that the process must be subject to “end-to-end safeguards”, meaning that, at the domestic level, an assessment should be made at each stage of the process of the necessity and proportionality of the measures being taken; that bulk interception should be subject to independent authorisation at the outset, when the object and scope of the operation are being defined; and that the operation should be subject to supervision and independent ex post facto review. In the Court’s view, these are fundamental safeguards which will be the cornerstone of any Article 8 compliant bulk interception regime.²⁹

²⁸ EHRM 16 februari 2021, nr. 69762/12 (Budak vs. Turkije), r.o. 59 en EHRM 18 maart 2021, nr. 42371/08 (Tortladze vs. Georgië), r.o. 73 en 74.

²⁹ EHRM (GK) 25 mei 2021, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (Big Brother Watch e.a. vs. Verenigd Koninkrijk), r.o. 350.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 17 van 32

48. De rechtspraak van het EHRM gaat echter nog verder. Ook zonder dat met zoveel woorden namens de verdachte wordt gesteld dat sprake is van een schending van art. 8 EVRM, geldt dat de rechtmatigheid (mede in dat kader) onderzocht zal moeten worden. De advocaat-generaal merkt terecht op dat veel van de genoemde EHRM-zaken zien op de vraag: is nog sprake van deugdelijk bewijsmateriaal als de procedurele regels niet zijn nageleefd? Maar daartoe beperkt de rechtspraak van het EHRM zich niet. Wij begrijpen uit de conclusie dat wij de verwarring zelf enigszins in de hand hebben gewerkt door bij het Bykov-arrest een rechtsoverweging te noemen die juist op de betrouwbaarheid ziet. In zoverre geven wij de advocaat-generaal dus gelijk en zien wij nu reden om hoe dan ook volledig te zijn door de relevante passage van het EHRM te citeren:

It is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question and, where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found.³⁰ (onderstrepings raadsman)

49. Dit is vaste rechtspraak van het EHRM. Zie bijvoorbeeld ook het volgende citaat.

In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must be had to whether the rights of the defence have been respected. It must be examined in particular whether the applicant was given the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and to oppose its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy (see Gäfgen, cited above, § 164, and Jannatov v. Azerbaijan, no. 32132/07, § 74, 31 July 2014). In the light of the principle of presumption of innocence and a defendant’s right to challenge any evidence against him, a criminal court must conduct a full, independent and comprehensive examination and assessment of the admissibility (...) of evidence pertaining to the determination of the defendant’s guilt, irrespective of how the same evidence may have been assessed in any other proceedings (see Huseyn and Others v. Azerbaijan, nos. 35485/05 and 3 others, § 212, 26 July 2011)³¹ (onderstrepings raadsman)

³⁰ EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02 (Bykov vs. Rusland), r.o. 89

³¹ EHRM 26 november 2019, nr. 2991/06 (Belugin vs. Rusland), r.o. 71.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 18 van 32

50. Dit is de kern van *elke* strafproces en de kern van onze bezwaren tegen het gebruik van de EncroChat-data voor het bewijs in strafzaken, op de wijze zoals dat nu gebeurt. Zoals wij in onze schriftelijke opmerkingen al schreven over het recht op een eerlijk strafproces:

Dat recht fungeert binnen *elke* strafrechtelijke procedure als zon: zonder tasten we in het duister en is een levensvatbaar strafproces onmogelijk. In de woorden van de eigen Alma mater: *Sol Iustitiae Illustrat Nos* (Zon der gerechtigheid verlicht ons).

51. Het is om die reden dat wij, als (Europese) strafrechtadvocaten, art. 6 EVRM voorop stelden in de eerder genoemde *open letter of concern*. Gelet op het voorgaande kan dit bezwaar in elk geval niet – *ad hominem* – enkel worden toegeschreven aan advocaten van wie het de taak is om hun cliënten te verdedigen. Wij zien ons dus namelijk niet alleen gesteund door een NGO als 'Fair Trials', waar ze onze zorgen deelden, maar ook door de rechtspraak van het EHRM.

52. Verder worden in de nationale en internationale literatuur kritische noten geplaatst bij het gebruik van de resultaten van digitale, grensoverschrijdende opsporing zoals die heeft plaatsgevonden rondom EncroChat. Los van het juridische vehikel waarin een en ander wordt geplaatst, het bezwaarlijk gevolg is eigenlijk elke keer weer dat een eerlijk strafproces bemoeilijkt wordt. Zo'n proces wordt zelfs onmogelijk als de verdachte onvoldoende in staat wordt gesteld om zich te verweren, zowel op formeel als materieel vlak. In dat kader noem ik, en dat is niet bedoeld als limitatieve opsomming, de volgende auteurs:

- Nederland: Adams, Galic en Stoykova;³²
- Duitsland: Albrecht, Rupert en Kipker & Bruns;³³
- Italië: Caianello & Camon³⁴ en
- Verenigd Koninkrijk: Sommer.³⁵

³² S.G.A.M. Adams, 'Vertrouwen is goed, maar controle is beter. De interpretatie van het interstatelijke vertrouwensbeginsel door Nederlandse feitenrechter bij samenwerking tussen EVRM-lidstaten in het kader van internationale digitale rechtshulp in strafzaken en het beginsel van equality of arms', DD 2021/74; M. Galic, 'De rechten van de verdediging in de context van omvangrijke datasets en geavanceerde zoekmachines in strafzaken: een suggestie voor uitbreiding', *Strafblad* 2021, nr. 2 en R. Stoykova, 'Encrochat: The hacker with a warrant and fair trials?', *Forensic Science International: Digital Investigation* 46 (2023) 301602.

³³ F. Albrecht, *Beweisverwertungsverbote in Sachen EncroChat: Heiligt der Zweck wirklich die Mittel?*, 2022, PSP, p. 18-24; F. Rupert, *Erheben ist Silber, Verwerten ist Gold? Verwendbarkeit und Verwertbarkeit von Daten ausländischer Ermittlungsbehörden im Lichte des Grundrechtsschutzes – EncroChat*, 2022, NZWiSt, 2022/221 en D. Kipker/H. Bruns, *EncroChat and the "Chain of Custody"*. *Digital Investigations as a Test for a Right to a Fair Trial?*, Universität Bremen, 2022.

³⁴ M. Caianello & A. Camon, *Digital forensic evidence*, Milaan: 2021.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 19 van 32

53. Ik citeer de meest recente, Radina Stoykova, van de Rijksuniversiteit Groningen:

Fair trial safeguards are still interpreted as trial-based and individualized, while evidence rules in practice are still strongly bound to concrete jurisdictions. This contrasts with contemporary large-scope investigative mechanisms, ubiquitous digital evidence collection, and sophisticated digital forensics technologies with cross-jurisdictional effects. Consequently, the ability of the defence and the whole judicial process to scrutinize such operations is significantly diminished. Digital investigations and mutual trust mechanisms are not equipped with scalable procedures, evidence systems, and technology design which can provide an audit trail of the evidence processing and procedural steps essential for the consequent evaluation of their legality, reliability, fairness, necessity, and proportionality. The presumption of innocence-based evidence rules are challenged and even disregarded early in the investigation.³⁶

54. Dat de advocaat-generaal al deze bezwaren terzake (een gebrek aan) een eerlijk strafproces 'wegschrijft' in enkele overwegingen (randnummers 100 t/m 103), valt zeer te betreuren; zowel vanuit het perspectief van de verdediging en (dus) rechtsbescherming, alsmede omwille van het nut en de noodzaak van een stevige, desnoods gepolariseerde,³⁷ maar open en eerlijke juridische discussie over Europees recht (zie hierover later meer in het kader van het verzoek om een *advisory opinion* van het EHRM en prejudiciële vragen bij het Hof van Justitie). Het nut bestaat alleen al uit een hogere mate van acceptatie van (negatieve) rechterlijke beslissingen navenant betere mogelijkheden van de verdachte om zich te kunnen verdedigen en echte transparantie is betracht.

55. Stoykova benoemt in haar artikel dat *'the EncroChat case'* laat zien dat alle jurisdicties met deze (zelfde) juridische problemen worstelen. Wat de Nederlandse situatie echter anders maakt: wij *hebben* – beter gezegd: ons openbaar ministerie *heeft* – de mogelijkheid om dat probleem op te lossen, door transparant te zijn, anders dan de vele andere landen die daadwerkelijk enkel als 'passieve ontvangers' van de data kunnen worden aangemerkt. Juist het Nederlandse openbaar ministerie is (zeer) goed geïnformeerd, vanwege technische én juridische betrokkenheid in een vroeg stadium, nog (ver) voor het JIT. Dat noopt tot de slotsom dat de positie van de verdediging in Nederland (nog altijd) ondermaats is.

³⁵ P. Sommer, 'Evidence from hacking: A few tiresome problems', *Forensic Science International: Digital Investigation* 40 (2022) 301333.

³⁶ R. Stoykova, 'Encrochat: The hacker with a warrant and fair trials?', *Forensic Science International: Digital Investigation* 46 (2023) 301602.

³⁷ T.N.B.M. Spronken, 'Polarisering: 'all in the game'?', *Strafblad*, 2022, nr. 4, p. 118-122.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 20 van 32

Randnummers 32 en 107 (prejudiciële vragen/ *advisory opinion* in het kader van een eerlijk strafproces)

56. Hiervoor is reeds uiteengezet dat – ten onrechte – een uitgangspunt tot uitzonderingssituatie is gemaakt: het is geworden tot “de verdediging moet over hetzelfde materiaal kunnen beschikken als het openbaar ministerie, mits...” in plaats van het oorspronkelijke “de verdediging moet over hetzelfde materiaal kunnen beschikken als het openbaar ministerie, tenzij...”. Dit vloeit – zoals betoogd – voort uit de beslissing van de Grote Kamer van het EHRM in de zaak *Yalçinkaya*. Althans, uit dat arrest volgt dat dit niet anders is in het kader van het toetsen van data uit *encrypted messaging systems* als bewijsmateriaal in strafzaken.
57. Van het Hof van Justitie van de Europese Unie is voorts bekend dat dat Hof eerder hogere dan lagere eisen stelt dan het EHRM (vanwege een beperkte kring van aangesloten lidstaten/ hogere minimumstandaarden). *Minst genomen* sluit het Luxemburgse Hof evenwel aan bij de reeds bestaande rechtspraak van het EHRM, juist terzake art. 6 EVRM.³⁸
58. Als de advocaat-generaal niet overtuigd is van de juistheid van het betoog van de verdediging zoals opgenomen onder het eerste middel – en dat staat de advocaat-generaal uiteraard vrij – dan nog geldt dat bezwaarlijk gezegd kan worden dat “geen twijfel kan bestaan over de wijze waarop de voorgestelde vragen beantwoord moeten worden”. Die bewoordingen van de advocaat-generaal vatten wij op als de vaststelling dat in zijn visie sprake is van een ‘*acte claire*’. Dat is volgens ons (zonder nadere toelichting, die ontbreekt) onjuist, tenzij in die overweging het oordeel zou kunnen worden gelezen/ besloten ligt dat het betoog van de verdediging niet eens als pleitbaar standpunt of als onbegrijpelijk kan worden gekwalificeerd. Dat gaat ons meer dan één stap te ver.
59. Anders dan bij het verzoek om prejudiciële vragen/ een *advisory opinion* bij het eerste middel, overweegt de advocaat-generaal in het verband van het verzoek daartoe bij het zevende middel slechts dat hij daartoe geen aanleiding ziet vanwege de redenen waarom het middel ongegrond is. Dat is – zacht gezegd – nogal onbevredigend. Een middel kan ongegrond zijn omdat een andere rechtsopvatting c.q. juridische uitleg wordt gehanteerd of een bepaald oordeel simpelweg niet ontoereikend is gemotiveerd.
60. Om het zakelijk te houden stellen wij vast dat op die manier in elk geval de mogelijkheid openblijft dat meerdere opvattingen mogelijk zijn en dat dus geen sprake is van een ‘*acte*

³⁸ Zie bv. de conclusie van AG Collins 13 oktober 2022, ECLI:EU:C:2022:779 (HYA vs. Bulgarije).

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 21 van 32

clairé, *acte éclairé* of van een (voor de procedure) irrelevante vraag. Althans, zonder nadere motivering, welke ontbreekt (nu de advocaat-generaal enkel verwijst naar zijn argumenten ter weerlegging van het middel), is daar geen sprake van. Integendeel, het enkele feit dat discussie – kennelijk – redelijkerwijs mogelijk is over de uitleg van Europees recht, betekent (per definitie) dat het betrekken van een hoger, Europees gerecht aangewezen is.

61. Wat betreft het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie moet het ons overigens van het hart dat wij de (ogenschijnlijke) weerstand c.q. terughoudendheid van de (Nederlandse) strafrechter(s) om zulke prejudiciële vragen te stellen niet zo goed kunnen plaatsen (met de omgang met vragen om een *advisory opinion* van het EHRM hebben wij, ondergetekenden, weinig tot geen ervaring), zeker niet ten opzichte van de vragen die andere (Nederlandse) rechters wel aan het Luxemburgse Hof stellen.³⁹ Het maakt de rechtsgang naar Luxemburg in strafzaken niet alleen illusoir en theoretisch, het roept ook de vraag op: weten we het in Nederland nou echt allemaal al wel?
62. Naar onze bescheiden mening past zo'n houding niet als het gaat om de betekenis/ uitleg van het recht in een (relatief) nieuwe rechtssfeer, zoals het Unierecht. Overigens past die houding evenmin in de richting van het EHRM, gelet op (onder meer) de veroordelingen van Nederland wegens schendingen van art. 6 EVRM in strafzaken, in het bijzonder terzake de *equality of arms* (onder meer bij het horen van getuigen, zoals in de zaak Keskin, maar andere arresten zijn die in dit verband relevant zijn, zijn die van Van der Kolk, Hokkeling, Cabral, Caliskan, Safssafi en X tegen Nederland).
63. Uiteindelijk is/ zijn de voornaamste vraag/ vragen, vanuit juridisch/ strategisch perspectief is: waarom zouden we *geen* vragen stellen/ zijn we bang voor de antwoorden? Ook in dit verband, van het zoeken naar de (juridische) waarheid, denken wij aan de wijze woorden van Marcus Aurelius zoals aangehaald in de tweede aanvulling:

*Het is de waarheid waar ik achteraan zit en de waarheid heeft nog nooit iemand kwaad gedaan.
Wat ons schaadt is volharden in zelfbedrog en onwetendheid...*

³⁹ Vgl. bv. vorige week: HR 6 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1371.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 22 van 32

Randnummer 72 (ontvankelijkheid openbaar ministerie)

64. In dit verband wensen wij slechts op te merken dat de stelling van de advocaat-generaal dat door de verdediging niet gesteld is dat sprake is van een *onherstelbaar* vormverzuim, volgens ons niet juist of ten minste *unduly formalistic* is. Het betoog is – kort gezegd – geweest dat het openbaar ministerie de rechter heeft misleid met als (beoogd c.q. noodzakelijk) gevolg dat een rechtmatigheidstoetsing door de rechter onmogelijk is gemaakt. Die misleidende procesopstelling ((doel)bewust of niet) kan, per definitie, niet meer hersteld worden. Wat nog mogelijk is, is dat alsnog een eerder verhinderde rechtmatigheidstoets plaatsvindt. Het eerdere onzuivere optreden echter, dat kan niet teruggedraaid worden.
65. Het betoog van de verdediging terzake misleiding kan bezwaarlijk anders worden opgevat dan als een betoog dat een onherstelbaar verzuim inhoudt, zonder dat precies dat woordelijk wordt uitgesproken wat de advocaat-generaal voor ogen lijkt te hebben.
66. Overigens geldt dat zelfs indien de (gestelde) onherstelbaarheid niet in het verweer zou kunnen worden gelezen/ gehoord, dan nog geldt dat het in de visie van de verdediging thans, in cassatie, nog altijd te prefereren is dat uw Raad een inhoudelijk antwoord geeft in plaats van, ook hier, de hete aardappel op formalistische gronden door te schuiven (in de wetenschap dat die niet zal afkoelen als het verweer gevoerd blijft worden).

Randnummer 113 (onverplichte machtiging rechter-commissaris)

67. Het moge duidelijk zijn dat alle middelen zijn opgesteld vóórdat de verdediging kennis had van de beslissing van uw Raad van 13 juni jl. Een simpele slotsom zou dus kunnen zijn dat dit middel eenvoudig kan worden weerlegd door te wijzen op de overwegingen in die beslissing van uw Raad.
68. Evenzo eenvoudig is het voor ons om te stellen: wij persisteren. Maar daar willen wij het niet bij laten. Want wij menen dat het – vanuit het perspectief van rechtsbescherming – te betreuren valt dat het betrekken van de rechter-commissaris in gevallen van de verkrijging/ verwerking van (zeer) grote tot gigantische datasets, een onverplicht karakter heeft gekregen in uw beslissing. Die rechtsbescherming lijkt ons onvoldoende, althans gaat van deze eis in elk geval een (te) zwak signaal uit.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 23 van 32

69. Dat geldt al helemaal nu art. 126dd Sv (zie ook randnummer 114) in dat kader is/ wordt gebruikt voor het verdere delen van informatie/ bewijsmateriaal uit één onderzoek met honderden (en mogelijk gaan we naar duizenden) andere onderzoeken, terwijl die bepaling ooit was bedoeld voor het verwerken en gebruiken van ‘restproducten’ van opsporing in strafrechtelijke onderzoeken. Nog los van de discussie over de juistheid van een term als ‘restproduct’ in het geval het restproduct (mede) het beoogde doel was van een strafrechtelijk onderzoek (blijkens onder meer de JIT-overeenkomst in het kader van EncroChat) en ook nog los van de discussie over de juistheid van de stelling dat (een) Nederlandse officier(en) van justitie en Nederlandse politie actief bijdroegen aan het strafrechtelijk onderzoek naar EncroChat (en dus ook bezwaarlijk kan worden gesproken over ‘spontaan’ delen door Frankrijk): de betrokkenheid van een rechter-commissaris is *geboden*.
70. Dat geldt juist als het gaat om het verkrijgen/ verwerken van zóveel informatie/ bewijsmateriaal, zóveel (potentiële) inmengingen in de persoonlijke levenssfeer van burgers en zóveel (potentiële) verdachten/ andere strafrechtelijke onderzoeken. Voorts geldt dat nog meer nu art. 126dd Sv niet is geschreven voor de resultaten uit de inzet van de opsporingsbevoegdheid uit art. 126uba Sv. Ten slotte geldt dat al helemaal nu de toets van art. 126uba lid 1 sub d *zwaardere* eisen kent dat sub a tot en met c, terwijl – ook met inachtneming van de kaders van de Rotterdamse rechter-commissaris (waaronder zoektermen/ categorieën), niet is verzekerd dat in andere onderzoeken uitsluitend de communicatie terecht komt van personen die als verdachte van 8-jaarsfeiten vallen aan te merken (nog los van het feit dat de communicatie van alle anderen op dat moment als *is* verwerkt).
71. Een andere reden om te persisteren bij het achtste middel, ook na de beslissing van uw Raad van 13 juni jl., is het onderzoek van Fedorova, Te Molder, Dubelaar, Lestrade en Walree (*Strafvorderlijke gegevensverwerking. Een verkennende studie naar de relevante gezichtspunten bij de normering van het verwerken van persoonsgegevens voor strafvorderlijke doeleinden*, Radboud Universiteit Nijmegen, 2022). Wij wijzen in het bijzonder op pagina 161 waar wordt opgemerkt dat de *verwerking* van bulkdata gebrekkig is genormeerd in het Wetboek van Strafvordering. Ook daarom is de betrokkenheid van een rechter vereist om na te gaan of is voldaan aan de (zware) eisen van Europees recht, waarover hierna meer. Voor zover het gaat om naleving van nationaal recht kan aldus in elk geval worden gegarandeerd dat het ontbreken van normering geen nadeel in de individuele rechtsbescherming van burgers en/of verdachten oplevert.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 24 van 32

72. Primair zou de conclusie moeten zijn dat het ontbreken of gebrekkig normeren maakt dat het *niet* is toegestaan (gezien het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel ex (onder meer) art. 1 Sv, te meer nu de rechter-commissaris *zelf* de opsporingsbevoegdheid uit art. 126t en 126uba Sv niet mag uitoefenen – met goede reden, want het ontbreekt die laatste aan de middelen). Subsidiair concluderen wij dat de verwerking voortvloeit uit de verkrijging en minst genomen dezelfde eisen gelden (in dit geval de eisen van art. 126t en 126uba Sv).

Randnummer 119 (bulkdata en art. 8 lid 2 EVRM)

73. Wanneer is sprake van ‘bulkinterceptie’? Die vraag is met name relevant voor het (achtste en) negende middel. Paridaens en Hofstee menen in hun conclusies van respectievelijk 9 mei en 26 september 2023, dat de data die zijn verkregen via de EncroChat-*hack* niet als bulkdata kunnen worden aangemerkt. Dan zijn we, inderdaad, een stuk sneller thuis en is een uitgebreide bespreking op dat punt niet nodig. Helaas heeft de advocaat-generaal er in de zaak ‘Vlierbes’ voor gekozen om ook overigens “geen uitgebreide bespreking” te wijden aan de beoordeling in het licht van art. 8 lid 2 EVRM. Wij gaan volgens hem uit van een onjuiste lezing van het arrest. Wij hebben het nogmaals gelezen en wij menen van niet en persisteren. Maar los daarvan geldt dat het eenieder verder had kunnen brengen om wél op (de juiste uitleg van) art. 8 EVRM in te gaan! Het lijkt er sowieso op dat de laatste twee ‘formele’ middelen niet op evenveel interesse hebben kunnen rekenen van de advocaat-generaal als de andere middelen, om welke reden dan ook...

74. Hoe dat ook zij, wij gaan terug naar de definitie van ‘bulkinterceptie’. Bij ‘*bulk interception of cross-border communications*’ houdt het EHRM een definitie aan die op pagina 166 van de cassatieschriftuur is weergegeven: *surveillance which is not targeted directly at individuals therefore*. Dat maakt dat wij simpelweg concluderen: de EncroChat-*hack* was niet direct gericht op een individuele gebruiker en dús is, wel degelijk, sprake van bulkinterceptie.

75. De omvang van de verkregen data geeft overigens ook alle reden om feitelijk in te stemmen met dit juridische oordeel: van ruim meer dan 30.000 gebruikers is de communicatie verkregen, waarvan zo’n 7.000 Nederlandse gebruikers waarvan – gezien de kaders van de Rotterdamse rechter-commissaris – een groot aantal “personen geen onderwerp van onderzoek zijn en dat ook nooit zullen worden”, waarmee deze operatie zelfs voldoet aan de kenmerken die in het hiervoor genoemde onderzoek van Fedorova, Te Molder, Dubelaar, Lestrade en Walree worden toegedicht aan bulkinterceptie.⁴⁰

⁴⁰ Bron, p 31

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 25 van 32

76. Maar zelfs als gezegd zou worden dat geen sprake is van bulkinterceptie zoals het EHRM dat bedoelt, dan nóg zullen we moeten toetsen of sprake is van een rechtvaardiging in de zin van art. 8 lid 2 EVRM door in het bijzonder te kijken naar de proportionaliteit. Wat dat betreft is het jammer dat het EHRM in de zaak Yalçinkaya tegen Turkije de gestelde schending van art. 8 EVRM niet bespreekt omdat deze zozeer samenhangt met de reeds vastgestelde schending van art. 6 EVRM. Desalniettemin leert het Yalçinkaya-arrest ons wel degelijk iets. In zijn *dissenting opinion* schrijft rechter Serghides namelijk:

19. As to the merits of his complaint, the applicant argued the following in his observations. Any interference with the rights under Article 8 can only be justified under Article 8 § 2 if it is in accordance with the law, pursues one or more legitimate aims to which that paragraph refers, and is necessary in a democratic society in order to achieve any such aim. But this was clearly not the case here in his view. The National Intelligence Agency (Milli İstihbarat Teskilati, MİT) and the Police had interfered with his right to respect for correspondence without any legal basis and the Internet traffic records (HTS) had been illegally stored for more than one year and had subsequently been used in the instant case. The By-Lock operation organised by MİT had been completely disproportionate and had simply been a fishing expedition to collect personal and sensitive data in an in-discriminate manner. Furthermore, the entire procedure had not provided any guarantees against abuse by the MİT. The interference with his right to respect for correspondence had been unlawful and manifestly disproportionate and had therefore violated Article 8. In any event, to consider the mere fact of downloading an ordinary communication application onto a smartphone (a fundamental right) to be a crime had constituted in itself a violation of Article 8.

20. In view of the above very convincing observations and submissions of the applicant, I disagree with what is said in paragraphs 372-373 of the judgment, namely, that the Article 8 aspect was a peripheral issue to that of Article 6 and did not need a separate ruling on its admissibility and merits.

21. In conclusion, in my humble view, the complaint under Article 8 was admissible, and there has also been a violation of this Article, particularly with regard to the applicant's right to respect for his private life and his correspondence.

77. Primair menen wij dat Serghides het zonder meer bij het rechte eind heeft. Dat volgt wat ons betreft zonneklaar uit de vaststelling dat terzake de EncroChat-back (evident) niet gebleken is van de naleving van de 'Big Brother Watch-eisen', noch overigens van proportionaliteit in de zin van art. 8 lid 2 EVRM.

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 26 van 32

78. In dat verband wijzen wij op de vaststelling die het EHRM al wel heeft kunnen doen in de zaak Akgün:⁴¹ een schending van een fundamenteel Verdragsrecht is niet, althans niet zonder meer te rechtvaardigen op grond van het enkele gebruik van geavanceerde en goede (en dus (relatief) dure en anonieme) encryptie. In de kern is het product dat in die situaties wordt verkocht/ verstrekt namelijk: ‘sterke privacy’, waar velen bij gebaat zijn (die hun gekochte anonimiteit graag zullen willen behouden, ook/ juist als justitie een oproep doet om te melden). Te denken valt aan: succesvolle ondernemers op legaal én illegaal vlak, journalisten, advocaten en andere verschoningsgerechtigden, privacy-bewuste burgers, zeker ook criminelen (op allerlei gebieden en van groot én klein kaliber), etc. . . .
79. Dat wordt pas anders als vooraf bekend was dat sprake was van de omstandigheid dat (nagenoeg) de *volledige* inhoud van de communicatie van zwaar criminele aard was en het dús proportioneel is om een inbreuk te maken op de privacy van *alle* gebruikers. Dat was bij EncroChat niet het geval. Integendeel, de inhoud die in Nederland (en daarmee Frankrijk) bekend was, betrof enkel informatie uit (Nederlandse) strafzaken. Maar als (enkel) uit strafdossiers geput wordt, dan valt zelfs een verdenking op te tuigen jegens bijvoorbeeld Signal of WhatsApp; dat is geen representatieve steekproef vooraf.
80. Overigens geldt dat door de raadvrouw van verzoeker in hoger beroep nog wel is verzocht om inzage in de volledige EncroChat-dataset. Op die manier had in elk geval *achteraf* nog kunnen worden vastgesteld of en, zo ja, hoeveel sprake is geweest van ‘puur private’/ *legale*, althans niet zwaar illegale communicatie. Door dat af te wijzen is zelfs dat niet gelukt, waarbij de advocaat-generaal zichzelf met een probleem opzadelt: als die verstrekking (of inzage) “een inbreuk op art. 8 EVRM zou betekenen ten opzichte van de andere gebruikers” (randnummer 23), dan kan later toch niet worden betoogd dat de privacy van verzoeker *niet* is geschonden door de EncroChat-hack (vgl. randnummer 121).
81. Subsidiair kan in elk geval niet worden gezegd dat geen twijfel mogelijk is over de vraag: aan welke eisen moet worden voldaan om de verkrijging *óf* verwerking van *alle* data van een *encrypted* communicatiedienst zoals EncroChat proportioneel en gerechtvaardigd te laten zijn ex art. 8 lid 2 EVRM? Let wel, de verwerking is een *even more intrusive* inmenging in de privacy van een gebruiker van digitale communicatiediensten dan de enkele verkrijging. Om de metafoor van de vissen door te trekken: Nederland heeft *alle* vissen, waaronder verzoeker, uit *alle* meren over de hele wereld één-op-één gedeeld gekregen door Frankrijk en (dus) verwerkt en pas nadien is in Nederland een (deels geautomatiseerde) selectie in

⁴¹ EHRM 20 juli 2021, nr. 19699/18 (Akgün vs. Turkije).

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 27 van 32

gemaakt: allereerst tussen Nederlandse en buitenlandse gebruikers en daarna naar een (voldoende) verdenking. Noem dat eens *zonder meer* proportioneel en gerechtvaardigd...

Randnummer 123 (*advisory opinion* van het EHRM over ar. 8 EVRM en EncroChat)

82. Wat ons betreft is niet (zonder meer) sprake van proportionaliteit en een rechtvaardiging in de zin van art. 8 lid 2 EVRM en is een inhoudelijk oordeel van uw Raad geboden. Voor zover uw Raad de uitleg van de verdediging niet zou (willen) volgen, stelt de verdediging voor om uitleg te vragen van het EHRM zelf. Gezien het hiervoor opgenomen citaat uit de *dissenting opinion* van één van de rechters van het EHRM *zelf*, lijkt dat bepaald geen overbodige luxe. Juist na het Yalçinkaya-arrest, waarin de art. 8 EVRM-klacht onbesproken is gebleven, en na de stellingname van de advocaat-generaal dat geen sprake is van bulkinterceptie of anderszins disproportionele/ ongerechtvaardigde inmenging op art. 8 lid 1 EVRM, ligt de vraag om uitleg voor de hand.

83. Immers, als we simpelweg constateren dat twee standpunten, inclusief grondige onderbouwing, recht tegenover elkaar staan en discussie (dus) mogelijk is, dan is dat toch bij uitstek het moment om (princiële rechts)uitleg te vragen? Ons inziens zou die discussie/ het verzoek van de verdediging in cassatie juist de professionele interesse moeten prikkelen (alleen al omdat de procedure van het Zestiende Protocol bij het EVRM door uw Raad – voor zover wij weten – nog niet eerder is benut) en de uitleg van het EHRM zou de discussie daadwerkelijk verder kunnen helpen! Al was het maar om uiteindelijk te weten: is nou sprake van bulkinterceptie of niet? Dan kan daarna worden bepaald of het juist is om het negende middel zo eenvoudig af te serveren als de advocaat-generaal voorstelt (wat – zoals gezegd – volgens ons niet kan, zelfs niet als geen sprake is van bulkinterceptie).

Randnummer 134 (Unierecht niet (noemenswaardig) van toepassing)

84. In de visie van de verdediging getuigt de conclusie terzake het tiende middel van een fundamentele misvatting van het Unierecht. Het Unierecht wordt, voor zover hier relevant, geregeerd door het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Dat Handvest wordt, op deelonderwerpen, nader uitgewerkt in Richtlijnen.

85. De advocaat-generaal betoogd evenwel dat het feit dat bepaalde arresten zijn geweest tegen de achtergrond van een bepaalde Richtlijn, betekent dat die rechtspraak enkel voor

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 28 van 32

die gevallen relevant zijn. Dat is volgens ons niet juist. Uiteraard is de toepasselijkheid van *enige* Richtlijn nodig om überhaupt aan het Unierecht te kunnen toetsen. Maar als dat het geval is – zoals in de onderhavige zaak in elk geval via Richtlijn 2016/680 – dan komt het volledige Unierecht, inclusief rechtspraak van het Hof van Justitie als uitleg van dat Unierecht (in het bijzonder het Handvest) in beeld. Zo hebben de artikelen 7 en 8 – vanzelfsprekend – niet opeens een andere reikwijdte als ze worden toegepast in het licht van Richtlijn 2016/680 dan in het licht van Richtlijn 2002/58/EG...

86. Sterker nog, het was één van de rechters van de Grote Kamer van het Hof *zelf* die tijdens de zitting van 4 juli jl. in het kader van de verwijzing door de Berlijnse rechtbank in een EncroChat-zaak dit aan de orde stelde door te stellen dat het verkrijgen/ verwerken/ gebruiken van metadata/ *traffic data* blijkens de rechtspraak van het Hof is onderworpen aan strenge eisen terzake de verdenking (denk aan de ‘Prokuratuur-eisen’) en dat het hier, terzake EncroChat, gaat om een nog ingrijpendere operatie waarbij óók de inhoudelijke communicatie/ *content* is verkregen/ verwerkt/ gebruikt. Hoe moet dat dan worden gerechtvaardigd, zo was de strekking van de vraag, die we – dankzij de Franse delegatie – helaas niet kunnen terugluisteren. Nota bene, het is juist dat deze zaak speelt tegen de achtergrond van de EOB-richtlijn (2014/41), maar dat geeft dus geen wezenlijk verschil!
87. Zoals gezegd, deze reactie op de conclusie van de advocaat-generaal dient naast bespreking van de argumenten van laatstgenoemde, ook ter benoeming van zaken die ons eerder niet bekend waren/ konden zijn. Het recente arrest van het Hof van Justitie met het nummer C-162/22 is zo’n zaak. Daarin is verduidelijkt dat inbreuken op de art. 7, 8, 11 en 52 van het Handvest niet, althans niet zonder meer te rechtvaardigen zijn vanuit

de doelstelling strafbare feiten in het algemeen te voorkomen, te onderzoeken, op te sporen en te vervolgen, kan derhalve enkel niet-ernstige inmengingen in die grondrechten rechtvaardigen.

88. Voor ernstigere inmengingen, zoals het verkrijgen en verwerken van metadata/ *traffic data*, is de doelstelling van bestrijding van zware criminaliteit vereist (zie het Prokuratuur-arrest). Voor nog ernstigere inmengingen, zoals het verkrijgen en verwerken van inhoudelijke data/ *content*, geldt dat zelfs het bestrijden van zware criminaliteit moet worden onderscheiden van “(het belang van de doelstelling van) bescherming van de nationale veiligheid” (zie rechtsoverwegingen 36 e.v.).

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 29 van 32

89. Maar het belangrijkste punt van dit arrest is het volgende. Als, in dit geval, de EncroChat-data al verkregen en verwerkt hadden mogen worden ter bestrijding van zware criminaliteit (de verdenking jegens EncroChat begon – blijkens de JIT-overeenkomst – in Nederland naar aanleiding van informatie uit onderzoeken die zich onder andere richten op liquidaties in georganiseerd verband en grootschalige drugshandel), dan nog geldt dat zulke gegevens

na te zijn bewaard en met het oog op de bestrijding van zware criminaliteit ter beschikking van de bevoegde autoriteiten te zijn gesteld, niet aan andere autoriteiten [kunnen] worden doorgegeven en worden gebruikt ter verwezenlijking van doelstellingen – zoals in casu de bestrijding van ambtsmisdrijven die verband houden met corruptie – die in de hiërarchie van doelstellingen van algemeen belang minder belangrijk zijn dan de bestrijding van zware criminaliteit en de voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid. In die situatie toegang geven tot de bewaarde gegevens en het gebruik ervan toestaan zou namelijk indruisen tegen die hiërarchie van doelstellingen van algemeen belang, die in de punten 33, 35 tot en met 37 en 40 van het onderhavige arrest wordt vermeld

90. Let wel, in Nederland geldt voor (ambtelijke) corruptie een maximum gevangenisstraf voor de duur van 6 jaren. Dat verschilt niet wezenlijk/ voldoende significant van de maximumstraffen op de feiten die verzoeker worden verweten, terwijl overigens het strafbare feit van (ambtelijke) corruptie – in de ‘ondermijningsterminologie’ – nogal eens wordt genoemd als bedreiging van de nationale veiligheid. Het Hof ziet dat dus duidelijk anders.

91. Hoe dat alles ook zij, uiteraard kan niet eerst in cassatie worden vastgesteld of de doelstelling bij de initiële verkrijging en verwerking (wezenlijk) verschilt van die waarvoor de data uiteindelijk worden gebruikt. Met het voorgaande is evenwel eens te meer het belang gegeven dat de rechter daar naar kijkt en zichzelf niet blinddoekt voor het (Unie)recht.

Randnummer 136 (prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie terzake EncroChat)

92. Voor zover uw Raad zou menen: de advocaat-generaal heeft (wellicht) een punt, in afwijking van hoe het Hof van Justitie het (kennelijk) zelf ziet, dan nog ligt het – gezien die Luxemburgse rechtspraak en de gevoerde discussie – toch juist voor de hand om op dat punt een prejudiciële vraag te stellen, over de toepasselijkheid en reikwijdte van het Unierecht en de Luxemburgse rechtspraak, om na te gaan welke opvatting/ uitleg juist is?

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 30 van 32

Afronding

93. Wij ronden de bespreking van de ‘formele middelen’ af. Voor de goede orde: ons betoog strekt niet tot ‘weerlegging’ van het juridische non-argument ‘*EncroChat is too big too fail*’. Ons betoog strekt al helemaal niet tot de slotsom: het EncroChat-materiaal moet van tafel, laat staan dat dat ongeclausuleerd en in alle zaken zou moeten gebeuren. Ons betoog strekt tot een deugdelijke juridische beoordeling, voor zover daar verweer op is gevoerd. Verzoeker moet, als verdachte, in staat worden gesteld om zich – desgevraagd – in zijn eigen strafzaak, die (op onderdelen) uitsluitend is gebaseerd op de EncroChat-data, *effectief* te kunnen verweren, zowel in het kader van de rechtmatigheid als in het kader van de betrouwbaarheid. Vervolgens heeft hij recht op en belang bij een deugdelijk oordeel van de strafrechter over het bewijsmateriaal, dat op beide onderdelen (rechtmatigheid en betrouwbaarheid) toetst, zowel ten behoeve van de bewijsvraag als – bijvoorbeeld – de straftoemetingvraag of zelfs de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie.

Terzake het twaalfde middel

94. In het voorgestelde twaalfde middel wordt gemotiveerd opgekomen tegen kort samengevat de bewezenverklaring en onbegrijpelijke bewijsoverwegingen in het aangevallen arrest van het hof, Weinig magistratelijk noemt de AG het ‘napleiten’ en ‘vanuit cassatieperspectief de nodige relevantie ontberen’. In de conclusie houdt de verdediging het echter zakelijk en gaat met kracht van argumenten het debat aan. Vervolgens gaat de geachte AG in zijn meer dan 140 bladzijden omvattende conclusie uitgebreid in op hetgeen namens de verdachte ter betwisting van de telastegelegde feiten gemotiveerd is aangevoerd. Hetgeen door de verdediging is betoogd, is dus kennelijk wel cassatierelevant. Niet pas in cassatie, maar ook al met redenen omkleed ter terechtzitting van het hof aangevoerd. In de kern bezien betoogt de verdediging in de voorgestelde middelen, dat uit de bewijsvoering, in het bijzonder niet uit de inhoud van ppg-chats, niet kan worden afgeleid, dat de bewezenverklaring niet dan wel onvoldoende steunt op redengevende bewijsmiddelen. In het bijzonder niet de telastegelegde daadwerkelijke drugs- en wapenhandel in de bewezenverklarde periode. Zo is namens de verdachte ter terechtzitting van het hof gemotiveerd aangevoerd, dat het enkel aantreffen op 22 september 2020 van een tweetal wapens en munitie en beschikkingsmacht op de zgn. ‘klapdag’ in de woning van verdachte geen redengevend bewijsmiddel en redengevende feiten en omstandigheden oplevert voor daadwerkelijke wapenhandel en beschikkingsmacht vele maanden daarvoor. Schakelbewijs volstaat dus niet. Het enkel chatten in april en mei 2020, voor zover rechtmatig verkre-

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 31 van 32

gen, het kennelijk benaderd worden, het navragen, op de hoogte zijn van marktprijzen en vertellen 'er normaal wel aan te kunnen komen' is echter niet zonder meer redengevend, om meerdere daadwerkelijke vuurwapens als 'onmisbare' tussenpersoon/makelaar vele maanden daarvoor te hebben verhandeld (en medegepleegd). Daarbij dient voorts in aanmerking te worden genomen, dat geen afnemers zijn getraceerd en gehoord en evenmin wapens en munitie van categorie II en/of III van de Wet wapens en munitie in die periode resp. in beslag is genomen en forensisch onderzocht en wettig toereikend steunbewijs met zelfstandige betekenis ontbreekt. Het hof heeft dat ook niet uit deze beperkte bewijsvoering kunnen afleiden, zonder nadere toelichting die echter thans ontbreekt. Op dit punt kan de aangevallen bewezenverklaring niet in stand blijven. De bewezenverklaring ten aanzien van het medeplegen en verhandelen op deze punten is onvoldoende met redenen omkleed en kan dus niet zonder meer uit de door het hof gebezigde bewijsmiddelen worden afgeleid, zodat de bestreden uitspraak niet naar de eis der wet voldoende met redenen is omkleed. Dat klemt temeer, daar het hof bovendien ten onrechte in het midden heeft gelaten, of en in hoeverre welke specifieke wapens en munitie door verdachte in de bewezenverklaarde periode zou hebben verhandeld.

95. Voor de bewezenverklaring onder feit 1 ter zake de handel e.d. in een aantal specifiek genoemde middelen en hoeveelheden heeft om soortgelijke redenen hetzelfde te gelden. De enkele inhoud van Encro-chats is daarvoor onvoldoende redengevend. Hetgeen pas veel later aan in beslag genomen voorwerpen in de woning van de verdachte is aangetroffen, is echter daarvoor als steunbewijs evenmin redengevend. De in de bewezenverklaarde genoemde verdovende middelen zijn immers niet in de doorzochte woning aangetroffen en is juist een contra-indicatie dat de verdachte daadwerkelijk in de bewezenverklaarde periode zou hebben gehandeld en een stashplek of drugslab zou hebben gehad. De enkele verklaring van getuige Gras evenmin, die de verdediging bovendien niet effectief heeft kunnen ondervragen en slechts subjectief concludeert, terwijl in beslagnames en toereikende forensische rapportages en overig wettig steunbewijs met zelfstandige betekenis ontbreken. Chats en foto's volstaan dus niet en zijn, en zonder nadere toelichting die thans ontbreekt, onvoldoende redengevend. De enkele chats en doorgezonden foto's, die anders dan de AG stelt geheel dan wel nagenoeg geheel op zichzelf staan, zijn bij deze stand van zaken niet redengevend voor het bewijs. Weliswaar is het juist dat geen wettig steunbewijs altijd vereist is voor alle bestanddelen van een verweten delict, maar mede getit op art. 344 eerste lid, onder 5, Sv staan mede in het licht van de toelichting van het middel de betreffende Encro-berichten te veel op zichzelf en hebben onvoldoende onderscheidend vermogen en onderlinge samenhang en hebben derhalve onvoldoende

Hoge Raad der Nederlanden
t.a.v. de strafgriffie (rolraadsheer)

10 oktober 2023

Onze referentie: 22301009
Kenmerk Hoge Raad: 23/00055
Inzake: / Cassatie

**Schriftelijk commentaar op de
conclusie van de Procureur-Generaal**



Advocaten
Mr. R.D.A. van Boom
Mr. J.C. Reisinger
Mw. Mr. S. Melliti
Mw. Mr. M.N. Greeven
Mr. S.J. Flier

Mw. Mr. P.C. Smit
Mw. Mr. H. Giard

pagina 32 van 32

steun in de overige gebezigde bewijsmiddelen. Drugshandel in een eerdere periode kan daaruit immers niet worden afgeleid en vormt onvoldoende grond voor het leggen van een significante relatie. De pas veel later in de woning aangetroffen contanten en wapens zeggen immers niets of te weinig over verweten drugshandel in een eerdere periode, zodat het standpunt van de AG op dit punt als zijnde onbegrijpelijk dient te worden gepasseerd. Weliswaar is de selectie en waardering van bewijsmiddelen aan het hof voorbehouden, doch in bijzondere gevallen als het onderhavige is nadere motivering, mede in het licht van hetgeen door en namens verdachte is aangevoerd, ook als dat het ontbreken van wettig steunbewijs voor de Encro-chats, waaronder onvoldoende onderlinge samenhang en onderscheidend vermogen met andere bewijsmiddelen, noodzakelijk. Die nadere motivering omtrent voornoemde punten ontbreekt echter in het aangevallen arrest, zodat de beslissingen onvoldoende met redenen zijn omkleed.

Deze reactie op de conclusie van de advocaat-generaal wordt ondertekend en ingediend door mrs. J.C. Reisinger en R.D.A. van Boom, advocaten te Utrecht, en mr. M. van Stratum, advocaat te Den Haag, die verklaren daartoe door verzoeker bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd.

In het vertrouwen u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd, teken ik,

Met vriendelijke groet,

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

advocaat-gemachtigde