

# WEENING

## STRAFRECHTADVOCATEN

### **EncroChat – Juridisch kader onderzoekswensen**

#### **1. Inleiding**

Op het moment dat de bewijsvoering in een strafzaak (mede) bestaat uit EncroChat berichten die de verdachte zou hebben verstuurd en die bij de grootschalige hack van EncroChat zijn verkregen, dienen verschillende stukken die van belang zijn voor de beoordeling van de zaak aan de processtukken te worden toegevoegd. Het gaat daarbij telkens om stukken die betrekking hebben op de rechtmatigheid van de verkrijging van de via EncroChat uitgewisselde berichten. De verdediging moet in de gelegenheid worden gesteld om te onderzoeken of deze berichten op rechtmatige wijze zijn verkregen. Ter onderbouwing van mogelijke onderzoekswensen op dit punt zullen wij het juridisch kader dat hierop van toepassing is uiteenzetten.

Daarbij dient te worden vermeld dat de stukken die van belang zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de verkrijging van de EncroChat berichten in grofweg twee categorieën uiteenvallen. In de eerste plaats zijn er stukken die zien op de rechtmatigheid van het optreden van de Frankrijk. De Franse autoriteiten hebben er door middel van een technisch hulpmiddel immers voor gezorgd dat de berichten die via EncroChat verstuurd werden, onderschept konden worden. Daarnaast is ook het optreden van de Nederlandse opsporingsautoriteiten relevant. Frankrijk heeft namelijk een enorme hoeveelheid EncroChat berichten aan Nederland verstrekt, die vervolgens door de Nederlandse opsporingsautoriteiten binnen het onderzoek 26Lemont zijn verwerkt. Dat betekent dat ook de stukken die zien op de rechtmatigheid van het optreden van de Nederlandse opsporingsambtenaren van belang zijn.

Als het gaat om de vraag of de stukken aan het procesdossier dienen te worden toegevoegd, geldt voor de twee hiervoor genoemde categorieën stukken een ander juridisch kader. Indien wordt bekeken of de rechtmatigheid van het Franse optreden relevant kan zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv, spelen andere juridische overwegingen een rol dan wanneer wordt getoetst of het optreden van de Nederlandse opsporingsautoriteiten in het onderzoek 26Lemont ook van belang is voor de onderhavige zaak. Wij zullen dan ook eerst op beide juridische kaders afzonderlijk ingaan. Vervolgens zullen wij nog benoemen welke concrete stukken in ieder geval aan de processtukken dienen te worden toegevoegd op het moment dat gebruik wordt gemaakt van berichten die zijn verkregen door de EncroChat-hack.

## 2. De onderschepping van de EncroChat berichten in Frankrijk

De Franse opsporingsautoriteiten hebben een cruciale rol gespeeld bij de verkrijging van de EncroChat berichten. De Franse politie heeft de berichten onderschept en heeft er vervolgens voor gezorgd dat ook de Nederlandse opsporingsautoriteiten konden ‘meelezen’. Zonder het optreden van Frankrijk waren de EncroChat berichten in de onderhavige zaak dan ook nooit aan het dossier toegevoegd. Volgens het Openbaar Ministerie heeft Frankrijk deze opsporingshandelingen verricht in een strafrechtelijk onderzoek naar het bedrijf EncroChat en de daarachterliggende personen, nog voordat er een JIT-overeenkomst met Nederland was gesloten en zonder dat de Nederlandse opsporingsautoriteiten om toepassing van deze opsporingshandelingen hadden gevraagd.

Hoe de Franse autoriteiten de berichten hebben verkregen, kan aan de hand van de informatie die reeds bekend is niet worden vastgesteld. Duidelijk is in ieder geval wel dat de Franse politie met behulp van een technisch hulpmiddel is binnengedrongen in de server van EncroChat. Uit de door het Openbaar Ministerie verstrekte stukken kan mogelijk ook worden afgeleid dat de Franse autoriteiten vervolgens via de server de afzonderlijke EncroChat telefoons zijn binnengedrongen. Maar het blijft onduidelijk hoe het precies gegaan is. Wel staat vast dat de Franse politie vervolgens drie maanden lang de beschikking heeft gekregen over de berichten die door enkele duizenden gebruikers van EncroChat werden uitgewisseld en dat deze berichten ook aan de Nederlandse opsporingsautoriteiten zijn verstrekt.

Belangrijker nog is dat aan de hand van de stukken die het Openbaar Ministerie heeft verstrekt in zaken waarin EncroChat berichten aan het dossier zijn toegevoegd, niet kan worden beoordeeld of het optreden van de Franse opsporingsautoriteiten rechtmatig was. Er kan weliswaar worden vastgesteld dat er door een Franse rechter een machtiging is verstrekt, en in het onderzoek 26Lemont hebben de Nederlandse opsporingsautoriteiten en de rechter-commissaris ook geoordeeld dat het Franse optreden rechtmatig was, maar dat betekent nog niet dat de rechtmatigheid van de bewijsvergaring in Frankrijk daadwerkelijk vaststaat. Een verdachte heeft er belang bij om ook zelf te kunnen controleren of het bewijs tegen hem of haar op rechtmatige wijze is verkregen. Het vereiste van *equality of arms* brengt daarom met zich mee dat de verdediging de rechtmatigheid van de wijze waarop het bewijs is verkregen ook daadwerkelijk zelf moet kunnen controleren. Maar voordat we bij de bespreking van dit beginsel aankomen, moeten eerst nog twee andere stappen worden gezet. De *equality of arms* zal namelijk alleen een rol spelen als de eventuele onrechtmatigheid van de bewijsvergaring van belang kan zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv in de onderhavige procedure. En die vaststelling is weer afhankelijk van de vraag wat voor onrechtmatigheid er mogelijk aan de bewijsvergaring kan kleven. Wij zullen deze stappen dan ook één voor één zetten.

## **2.1. Welke onrechtmatigheid kan er aan de onderschepping van de EncroChat berichten in Frankrijk kleven?**

De verdediging moet kunnen controleren of de EncroChat berichten door Frankrijk in strijd met art. 8 EVRM zijn verkregen. In dat artikel is het recht op *private life* vastgelegd. Daaronder vallen ook de privacy en het recht op correspondentie. Volgens het EHRM valt de surveillance onder de reikwijdte van art. 8 EVRM:

*“The Court has established that the surveillance of communications and telephone conversations (including calls made from business premises, as well as from the home) is covered by the notion of private life and correspondence under Article 8 (Halford v. the United Kingdom, § 44; Malone v. the United Kingdom, § 64; Weber and Saravia v. Germany (dec.), §§ 76-79).”<sup>1</sup>*

Dat betekent dat onderschepping van communicatie in beginsel een inbreuk op het recht op *private life* oplevert. Dat geldt dus ook voor de onderschepping van EncroChat berichten. Daarmee is art. 8 EVRM echter nog niet per definitie geschonden. Op grond van het tweede lid van art. 8 EVRM is een inbreuk op de in dat artikel beschermde rechten gerechtvaardigd als deze ‘*in accordance with the law*’ is, een van de in dat lid genoemde gerechtvaardigde belangen dient én ‘*necessary in a democratic society*’ is. Aan het tweede vereiste zal bij de onderschepping van EncroChat berichten wel zijn voldaan. Het voorkomen van misdrijven wordt in het tweede lid van art. 8 EVRM immers genoemd als een belang dat een inbreuk op de in dat artikel genoemde rechten zou kunnen rechtvaardigen. Dat ook wordt voldaan aan het eerste en het derde vereiste, is echter minder voor de hand liggend.

Het vereiste dat de inbreuk op art. 8 EVRM ‘*in accordance with the law*’ moet zijn, brengt met zich mee dat de opsporingsautoriteiten op grond van een specifieke wettelijke bepaling moeten hebben gehandeld. Deze wettelijke bepaling moet ‘*clear, foreseeable and adequately accessible*’ zijn.<sup>2</sup> Daarnaast moet ook de toepassing van de wettelijke bepaling in het onderhavige geval voldoende ‘*foreseeable*’ zijn:

*“Even when the letter and spirit of the domestic provision in force at the time of the events were sufficiently precise, its interpretation and application by the domestic courts to the circumstances of the applicant’s case must not be manifestly unreasonable and thus not foreseeable within the meaning of Article 8 § 2. For instance, in the case of Altay v. Turkey (no. 2), the extensive interpretation of the domestic provision did not comply with the Convention requirement of lawfulness (§ 57).”<sup>3</sup>*

---

<sup>1</sup> Zie de door het EHRM opgestelde ‘Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life’, §208. In dit document heeft het EHRM haar eigen jurisprudentie op het punt van art. 8 puntsgewijs samengevat.

<sup>2</sup> EHRM 25 maart 1983, 5947/72, 6205/73 en 7052/75 (Silver e.a. t. het Verenigd Koninkrijk).

<sup>3</sup> Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life, §19.

Het EHRM heeft enkele algemene ‘principles’ geformuleerd waaraan wetgeving die het mogelijk maakt om heimelijk communicatie te onderscheppen moet voldoen:

*“The Court has held on several occasions that the reference to “foreseeability” in the context of secret surveillance cannot be the same as in many other fields. Foreseeability in the special context of secret measures of surveillance, such as the interception of communications, cannot mean that an individual should be able to foresee when the authorities are likely to resort to such measures so that he can adapt his conduct accordingly. However, especially where a power vested in the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident. It is therefore essential to have clear, detailed rules on secret surveillance measures, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated. The domestic law must be sufficiently clear to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such measures (see Roman Zakharov, cited above, § 229; see also Malone, cited above, § 67, Leander, cited above, § 51; Huvig v. France, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-B; Valenzuela Contreras v. Spain, 30 July 1998, § 46, Reports of Judgments and Decisions 1998-V; Rotaru, cited above, § 55; Weber and Saravia, cited above, § 93; Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, no. 62540/00, § 75, 28 June 2007). Moreover, the law must indicate the scope of any discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference (see Roman Zakharov, cited above, § 230; see also, among other authorities, Malone, cited above, § 68; Leander, cited above, § 51; Huvig, cited above, § 29; and Weber and Saravia, cited above, § 94).”<sup>4</sup>*

In dit kader heeft het EHRM zes minimum voorwaarden geformuleerd waaraan de wetgeving op grond waarvan communicatie kan worden onderschept in ieder geval moet voldoen:

*“In its case-law on the interception of communications in criminal investigations, the Court has developed the following minimum requirements that should be set out in law in order to avoid abuses of power: the nature of offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their communications intercepted; a limit on the duration of interception; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which intercepted data may or must be erased or destroyed (see Huvig, cited above, § 34; Valenzuela Contreras, cited above, § 46; Weber and Saravia, cited above, § 95; and Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev, cited above, § 76). In Roman Zakharov (cited above, § 231) the Court confirmed that the same six minimum requirements also applied in cases where the interception was for reasons of national security; however, in determining whether the impugned legislation was in breach of Article 8, it also had regard to the arrangements for supervising the implementation of secret*

---

<sup>4</sup> EHRM 13 september 2008, 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk), § 306.

*surveillance measures, any notification mechanisms and the remedies provided for by national law (Roman Zakharov, cited above, § 238).”<sup>5</sup>*

Als de verdediging geen toegang krijgt tot de Franse stukken die zien op de inzet van de bevoegdheid tot onderschepping van de EncroChat berichten, kan de verdediging niet controleren of dit handelen een wettelijke basis had, of die wettelijke basis voldeed aan de hiervoor genoemde door het EHRM gehanteerde eisen en of het onderhavige optreden op grond van die wettelijke bepaling redelijkerwijze gerechtvaardigd was.

In dit kader is het relevant dat de EncroChat berichten volgens het Openbaar Ministerie zijn onderschept in een Frans onderzoek naar het bedrijf EncroChat en de daarachter liggende personen. Het ligt dan ook in de lijn der verwachting dat de onderschepping van de EncroChat berichten gegrond is op een wettelijke bepaling die het mogelijk maakt om bij een bepaalde mate van verdenking tegen één of meerdere verdachten met het oog op bewijsvergaring communicatie te onderscheppen. Oftewel, een bepaling vergelijkbaar met het Nederlandse art. 126b Sv. In feite vond er echter een bulk onderschepping van communicatie plaats. Er zijn immers berichten onderschept van enkele duizenden gebruikers van EncroChat. Het is de vraag of een dergelijke toepassing van de wettelijke grondslag ook voorzienbaar was, zelfs als dit wel binnen de letter van de wet paste. De Franse stukken die reeds door het Openbaar Ministerie ter beschikking zijn gesteld bieden wel al enig inzicht in de van toepassing zijnde Franse bepalingen, maar de verdediging acht dit niet voldoende om een volledig beeld te krijgen. Dit vormt een voorbeeld van een aspect van de rechtmatigheid van de bewijsvergaring dat de verdediging verder dient te kunnen onderzoeken.

Verder moet de verdediging ook in staat worden gesteld om te controleren of is voldaan aan het vereiste dat de inbreuk op art. 8 EVRM ‘*necessary in a democratic society*’ was. In dat geval moeten de belangen van de staat tegen de belangen van de getroffene worden afgewogen. Een inbreuk op art. 8 EVRM kan alleen gerechtvaardigd zijn als daar een ‘*pressing social need*’ voor was. De maatregel moet ook proportioneel zijn gelet op het nagestreefde doel.<sup>6</sup> Als het specifiek om het onderscheppen van communicatie gaat, heeft het EHRM daarover het volgende overwogen:

*“As to the question whether an interference was “necessary in a democratic society” in pursuit of a legitimate aim, the Court has acknowledged that, when balancing the interest of the respondent State in protecting its national security through secret surveillance measures against the seriousness of the interference with an applicant’s right to respect for his or her private life, the national authorities enjoy a certain margin of appreciation in choosing the means for achieving the legitimate aim of protecting national security. However, this margin is subject to European supervision embracing both legislation and decisions applying it. In view of the risk that a system of secret surveillance set up to protect national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, the Court must be satisfied that*

---

<sup>5</sup> EHRM 13 september 2008, 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk), § 307.

<sup>6</sup> Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life, §26.

*there are adequate and effective guarantees against abuse. The assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorise, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law. The Court has to determine whether the procedures for supervising the ordering and implementation of the restrictive measures are such as to keep the “interference” to what is “necessary in a democratic society” (see Roman Zakharov, cited above, § 232; see also Klass and Others v. Germany, 6 September 1978, §§ 49, 50 and 59, Series A no. 28, Weber and Saravia, cited above, § 106 and Kennedy, cited above, §§ 153 and 154).”<sup>7</sup>*

Ook hier wordt de verdachte beperkt in zijn verdediging als de stukken met betrekking tot de onderschepping van de EncroChat berichten in Frankrijk niet aan de processtukken worden toegevoegd. Zonder die stukken kan de verdediging niet adequaat beoordelen of de inzet van die bevoegdheid op een juiste belangenafweging berustte. Relevant in dit kader is dat de berichten volgens het Openbaar Ministerie onderschept zijn in een onderzoek naar de strafbare feiten gepleegd door het bedrijf EncroChat. Het is de vraag of de onderschepping van de berichten van enkele duizenden gebruikers met het doel om bewijs te verzamelen tegen het bedrijf EncroChat, kan worden gezien als een proportionele bevoegdheidstoepassing. Het EHRM heeft in Big Brother Watch t. het Verenigd Koninkrijk benadrukt dat *‘bulk interception must be proportionate to the aim sought to be achieved’*.<sup>8</sup> Vooral nog lijkt het er op dat hier sprake was van een zeer sterke disproportionaliteit. Dit dient verder te worden beoordeeld aan de hand van de Franse stukken.

Concluderend kan dus worden gesteld dat het onderscheppen van de EncroChat berichten door Frankrijk mogelijk een schending van art. 8 EVRM heeft opgeleverd. Er zijn immers verschillende vereisten waaraan in dit geval moet zijn voldaan om een inbreuk op dat grondrecht te voorkomen. De verdediging kan alleen controleren of aan die voorwaarden is voldaan als de stukken met betrekking tot de inzet van de onderscheppingsbevoegdheid door de Franse opsporingsautoriteiten aan de stukken worden toegevoegd. Zolang dat niet gebeurt, kan de verdediging niet controleren of de EncroChat berichten in strijd met art. 8 EVRM en dus onrechtmatig door de Franse autoriteiten zijn verkregen.

---

<sup>7</sup> EHRM 13 september 2008, 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk), § 308.

<sup>8</sup> EHRM 13 september 2008, 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk), § 337.



## **2.2. Het belang van de rechtmatigheid van de Franse bewijsvergaring voor de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv**

De volgende vraag is of het voorgaande een relevante rol kan spelen in een zaak waarin EncroChat berichten aan het dossier zijn toegevoegd. Indien de EncroChat berichten op onrechtmatige wijze door de Franse opsporingsautoriteiten zijn verkregen, kan dat dan van invloed zijn op de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv?

In dat geval dient allereerst te worden gekeken naar een arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2010.<sup>9</sup> In die zaak heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de beoordeling van verweren met betrekking tot de rechtmatigheid van opsporingsoptreden in het buitenland. Indien de opsporingshandelingen in het buitenland onder de verantwoordelijkheid van de buitenlandse opsporingsautoriteiten is begaan, is de toetsing door de Nederlandse strafrechter beperkt tot onrechtmatigheden die een inbreuk leveren op het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Een onrechtmatigheid in het buitenland die slechts leidde tot een inbreuk op art. 8 EVRM, kan niet ter toetsing aan de Nederlandse strafrechter worden voorgelegd:

*“Ten aanzien van onderzoekshandelingen waarvan de uitvoering plaatsvindt onder verantwoordelijkheid van de buitenlandse autoriteiten van een andere tot het EVRM toegetreden staat, is de taak van de Nederlandse strafrechter ertoe beperkt te waarborgen dat de wijze waarop van de resultaten van dit onderzoek in de strafzaak tegen de verdachte gebruik wordt gemaakt, geen inbreuk maakt op zijn recht op een eerlijk proces, zoals bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM. Het behoort niet tot de taak van de Nederlandse strafrechter om te toetsen of de wijze waarop dit onderzoek is uitgevoerd, strookt met de dienaangaande in het desbetreffende buitenland geldende rechtsregels (vgl. HR 18 mei 1999, NJ 2000/107).*

*Het vertrouwen dat de tot het EVRM toegetreden staat de bepalingen van dat verdrag eerbiedigt en dat de verdachte in geval van schending van enig ander recht dan zijn recht op een eerlijk proces, zoals bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM dat hem in dat verdrag is toegekend, het recht heeft op een daadwerkelijk rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM voor een instantie van die staat brengt voorts mee dat niet ten toets staat van de Nederlandse strafrechter of in het recht van het desbetreffende buitenland al dan niet een toereikende wettelijke grondslag bestond voor de door de verrichte onderzoekshandelingen eventueel gemaakte inbreuk op het recht van de verdachte op respect voor zijn privéleven, zoals bedoeld in art. 8, eerste lid, EVRM, en of die inbreuk geacht kan worden noodzakelijk te zijn, zoals bedoeld in het tweede lid van die bepaling. Daarbij neemt de Hoge Raad tevens in aanmerking dat (i) gelet op de rechtspraak van het EHRM aan een niet gerechtvaardigde inbreuk op het door het eerste lid van art. 8 EVRM gewaarborgde recht in de strafprocedure tegen de verdachte geen rechtsgevolgen behoeven te worden verbonden, mits zijn recht op een eerlijk proces zoals bedoeld in art. 6, eerste lid, EVRM wordt gewaarborgd (vgl. EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97, NJ 2002/180 (Khan tegen Verenigd Koninkrijk) en EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98, NJ 2003/670 (P.G. en J.H. tegen Verenigd Koninkrijk) en (ii) het in de Nederlandse strafzaak niet ten toets*

---

<sup>9</sup> HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629.

*staande buitenlandse recht van doorslaggevende betekenis is voor de beoordeling van de gerechtvaardigheid van een dergelijke inbreuk.”<sup>10</sup>*

Hiervoor overwogen wij dat indien de EncroChat berichten in Frankrijk daadwerkelijk onrechtmatig zijn verkregen, de meest waarschijnlijke oorzaak van die onrechtmatigheid een inbreuk op art. 8 EVRM zal zijn. Volgens de Hoge Raad is een inbreuk op art. 8 EVRM in het buitenland echter niet relevant voor de beantwoording van de artikelen 348 en 350 Sv. Wanneer de buitenlandse onrechtmatigheid een inbreuk op het recht op een *fair trial* in de zin van art. 6 EVRM oplevert, is het daarentegen een ander verhaal. Een dergelijke onrechtmatigheid dient door de Nederlandse strafrechter wel in zijn beoordeling te worden meegenomen. En dan dient te worden benadrukt dat in het onderhavige geval niet kan worden uitgesloten dat een schending van art. 8 EVRM bij de onderschepping van de EncroChat berichten door Frankrijk niet tevens een inbreuk op art. 6 EVRM zal opleveren. Wij zullen dit onderbouwen aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM.

Volgens vaste jurisprudentie levert het gebruik van bewijsmateriaal dat op onrechtmatige wijze is verkregen in een strafproces niet per definitie een schending van het recht op een *fair trial* op. Dat betekent echter niet dat de onrechtmatigheid van de bewijsvergaring niet van invloed kan zijn op de eerlijkheid van het proces. Het is mogelijk dat het feit dat het bewijsmateriaal op onrechtmatige wijze is verkregen tot de conclusie leidt dat de *‘proceedings as a whole’* oneerlijk waren. In dat geval levert het gebruik van het onrechtmatig vergaarde bewijs een inbreuk op art. 6 EVRM op. Of een dergelijk geval zich voordoet, is volgens het EHRM afhankelijk van de aard van de onrechtmatigheid. Indien de onrechtmatigheid tevens een inbreuk oplevert op één van de rechten die door het EVRM worden beschermd, dient ook de aard van die inbreuk in de afweging te worden betrokken:

*“It is not, therefore, 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. 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 alleged unlawfulness in question and, where the violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found (Khan v. the United Kingdom, § 34; P.G. and J.H. v. the United Kingdom, § 76; Allan v. the United Kingdom, § 42).”<sup>11</sup>*

Uit die laatste overweging blijkt al dat het gebruik van bewijs dat in strijd met art. 8 EVRM is verkregen ook een schending van het recht op een *fair trial* in de zin van art. 6 EVRM kan opleveren. Gewezen kan worden op de zaak Stephens t. Malta (nr. 3), waarin het EHRM overwoog dat: *‘It follows that the use of evidence obtained as a result of a breach of Article 8, such as, for example, secretly taped material which was unlawfully obtained, does not*

---

<sup>10</sup> HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629.

<sup>11</sup> Zie de door het EHRM opgestelde ‘Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb)’, § 202. In dit document heeft het EHRM haar eigen jurisprudentie op het punt van art. 6 puntsgewijs samengevat.



*necessarily conflict with the requirements of fairness guaranteed by Article 6 § 1.*<sup>12</sup> A contrario kan hieruit worden afgeleid dat het wel degelijk mogelijk is dat een inbreuk op art. 8 EVRM tevens een schending van art. 6 EVRM oplevert. Het Europese Hof benadrukt dat ook in dat geval dient te worden gekeken naar de aard van de onrechtmatigheid en de inbreuk op het door het EVRM gegarandeerde recht:

*“The same test has been applied in cases concerning the question whether using information allegedly obtained in violation of Article 8 as evidence rendered a trial as a whole unfair under the meaning of Article 6. This concerns, for instance, cases related to the use of evidence obtained by unlawful secret surveillance (Bykov v. Russia [GC], §§ 69-83; Khan v. the United Kingdom, § 34; Dragojević v. Croatia, §§ 127-135; Nițulescu v. Romania; Dragoș Ioan Rusu v. Romania, §§ 47-50), and search and seizure operations (Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, §§ 699-705; Prade v. Germany).”*<sup>13</sup>

Het voorgaande betekent dat als de EncroChat berichten inderdaad door de Franse opsporingsautoriteiten in strijd met art. 8 EVRM en dus op onrechtmatige wijze zijn verkregen, er mogelijk ook sprake is van een schending van art. 6 EVRM op het moment dat de berichten toch voor het bewijs worden gebruikt. Of dit het geval is, hangt af van de aard van een eventuele onrechtmatigheid. Indien binnen het Franse opsporingsonderzoek op onrechtmatige wijze bewijs is vergaard, kan dat dus wel degelijk van belang zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. De Hoge Raad heeft in het recente overzichtsarrest met betrekking tot vormverzuimen immers opnieuw benadrukt dat bewijsuitsluiting dient te volgen als gebruik van het materiaal voor het bewijs een schending van art. 6 EVRM zou opleveren.<sup>14</sup> Zonder bestudering van de Franse stukken die betrekking hebben op de onderschepping van de Encrochat berichten kan de verdediging echter niet controleren of een dergelijk geval zich hier voordoet. Een verdachte wiens EncroChat berichten zijn onderschept heeft er dan ook wel degelijk belang bij dat die stukken aan de processtukken worden toegevoegd.

Zonder al te ver vooruit te willen lopen op een daadwerkelijke beoordeling van de rechtmatigheid van de bewijsvergaring in Frankrijk, willen wij hier twee punten die wij eerder al naar voren brachten nogmaals benoemen. Wij gaven aan dat de EncroChat berichten volgens het Openbaar Ministerie zijn verzameld in een Frans onderzoek naar het bedrijf EncroChat en dat wij het vermoeden koesteren dat daarbij gebruik is gemaakt van een wettelijke regeling die bedoeld was om bewijs te vergaren tegen één of meer verdachten van een concreet misdrijf. In het onderhavige geval is deze bevoegdheid echter ingezet om bulk communicatie te onderscheppen. Het laat zich moeilijk voorstellen dat de Franse politie het noodzakelijk vond om de berichten van duizenden gebruikers van EncroChat te onderscheppen met enkel het doel om bewijs te verzamelen tegen het bedrijf EncroChat. In dat geval zou sprake zijn van een uitermate buitensporige inzet van mankracht en financiële middelen ten behoeve van één onderzoek. Wij gaan er dan ook vanuit dat de onderschepping van de Encrochat berichten door

---

<sup>12</sup> EHRM 14 januari 2020, 35989/14 (Stephens t. Malta, nr. 3), § 66. Zie ook EHRM 10 maart 2009, 4378/02 (Bykov t. Rusland), § 91.

<sup>13</sup> Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb), § 205.

<sup>14</sup> HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

de Franse opsporingsautoriteiten ten doel had een grote hoeveelheid andere misdrijven op te sporen. In dat geval zou het zo kunnen zijn dat de onrechtmatige bewijsvergaring niet alleen in strijd was met art. 8 EVRM, maar dat de onrechtmatigheid tevens een misbruik van bevoegdheden (*détournement de pouvoir*) opleverde die onverenigbaar is met het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Als je er aan de andere kant vanuit gaat dat de berichten wel daadwerkelijk zijn onderschept met het doel om bewijs te verzamelen tegen het bedrijf EncroChat, dient met een kritische blik te worden gekeken naar de proportionaliteit van een dergelijke opsporingshandeling. Mogelijk staat dit nagestreefde doel in een zodanige disproportionele verhouding tot de schending van de privacy van enkele duizenden EncroChat gebruikers, dat dit tot een inbreuk op art. 6 EVRM leidt. Op dit moment kan de verdediging slechts voorgaande niet-irreële gang van zaken opperen. Met het oog op een daadwerkelijk effectieve verdediging is het noodzakelijk dat de verdediging deze mogelijkheden kan verifiëren door de Franse stukken met betrekking tot de onderschepping van de EncroChat berichten in te zien.

Verder dient te worden opgemerkt dat het voorgaande alleen opgaat, als de bewering van het Openbaar Ministerie dat de Nederlandse opsporingsautoriteiten geen rol hebben gespeeld bij de onderschepping van de EncroChat berichten door Frankrijk, ook daadwerkelijk klopt. Indien zou blijken dat er wel sprake was van samenwerking tussen Nederland en Frankrijk op dat punt, dient te worden gezien of in Frankrijk opsporingshandelingen zijn verricht onder verantwoordelijkheid van de Nederlandse opsporingsautoriteiten. Uit het arrest van de Hoge Raad van 5 oktober 2010 blijkt immers dat de strafrechter in dat geval wel moet toetsen of art. 8 EVRM ook bij de opsporingshandelingen in het buitenland is nageleefd:

*“Ten aanzien van onderzoekshandelingen in het buitenland waarvan de uitvoering plaatsvindt onder verantwoordelijkheid van de Nederlandse autoriteiten, dient de Nederlandse strafrechter te onderzoeken of de Nederlandse rechtsregels die dat optreden normeren - waarvan de hiervoor genoemde verdragsrechten deel uitmaken - zijn nageleefd. Daarbij is van belang dat Nederlandse opsporingsambtenaren ingevolge art. 539a, eerste lid, Sv de hun bij de wet toegekende opsporingsbevoegdheden ook in het buitenland kunnen uitoefenen.”<sup>15</sup>*

---

<sup>15</sup> HR 5 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL5629.

### 2.3. Equality of arms

Een verdachte wiens EncroChat berichten zijn onderschept heeft er dus belang bij dat de Franse stukken met betrekking tot de hack van EncroChat daadwerkelijk aan de processtukken worden toegevoegd. Wat is dan het gevolg als deze stukken niet aan het dossier worden toegevoegd? Een dergelijke omissie kan er toe leiden dat het gebruik van de EncroChat berichten voor het bewijs inbreuk maakt op het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Wij lichten dat nader toe.

In de vorige paragraaf gaven wij aan dat volgens de Hoge Raad door de strafrechter moet worden getoetst of de wijze waarop in het buitenland bewijs is verzameld in overeenstemming is met de vereisten van art. 6 EVRM. Brinkhoff wijst erop dat de Hoge Raad echter niet uiteen heeft gezet wanneer deze rechtmatigheidstoets dan moet plaatsvinden:

*“Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat zowel het EHRM als de Hoge Raad de omvang van de rechterlijke rechtmatigheidstoets beperken tot art. 6 EVRM. De Hoge Raad laat voorts in het midden of in deze context de werking van het vertrouwensbeginsel meebrengt dat de rechter minder snel een opening moet bieden voor een dergelijke toets. De vraag is hiermee onbeantwoord gebleven op welk moment de rechtmatigheidstoets plaats moet vinden en op welke wijze hieraan vorm moet worden gegeven.”<sup>16</sup>*

Het is dan dus de vraag of de Nederlandse rechter ook moet toetsen of het bewijs in het buitenland in overeenstemming met art. 6 EVRM is verkregen als er weinig of geen aanwijzingen zijn dat dit het geval is. In de lagere jurisprudentie wordt deze vraag volgens Brinkhoff steeds negatief beantwoord. Er worden over het algemeen steeds sterke aanwijzingen vereist voordat tot een rechtmatigheidstoets gericht op de naleving van art. 6 EVRM wordt overgegaan. Brinkhoff geeft echter aan dat de rechter bij een vermeende schending van het recht op een *fair trial* sneller tot een rechtmatigheidstoets over moet gaan.<sup>17</sup> Het vertrouwensbeginsel zou in dat geval geen prominente rol mogen spelen:

*“Geconstateerd is dat wat betreft de rechtmatigheidstoets en de sanctionering van in dit verband begane onrechtmatigheden het vertrouwensbeginsel op verschillende manieren een cruciale rol speelt. Kijkend naar in het bijzonder de uitspraken van het EHRM in de zaken Soering, Drozd, Rodriguez en Ramanauskas en het standaardarrest van de Hoge Raad uit 2010 kan evenwel worden gesteld dat dit beginsel in relatie tot het rechterlijk onderzoek naar mogelijke schendingen van art. 6 EVRM en de sanctionering hiervan niet een dergelijke prominente rol dient te spelen. Centraal moet staan de vraag of de vreemde autoriteit informatie heeft vergaard in strijd met art. 6 EVRM.”<sup>18</sup>*

Die opvatting vindt volgens ons steun in de jurisprudentie van het EHRM.

---

<sup>16</sup> S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces*, Deventer: Kluwer 2014, § 11.5.2.3.

<sup>17</sup> S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces*, Deventer: Kluwer 2014, § 11.5.2.3.

<sup>18</sup> S. Brinkhoff, *Startinformatie in het strafproces*, Deventer: Kluwer 2014, § 11.6.

### 2.3.1. Een recht op kennisname van stukken

Wanneer we opnieuw kijken naar de rechtspraak van het Europese Hof met betrekking tot het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs, dient te worden geconstateerd dat niet enkel de onrechtmatigheid zelf de eerlijkheid van de *'proceedings as a whole'* kan aantasten. Ook het gegeven dat de verdachte niet voldoende de mogelijkheid heeft gekregen om het gebruik van het bewijs aan te vechten kan leiden tot de conclusie dat de procedure in zijn geheel niet eerlijk was:

*"In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must also be had to whether the rights of the defence have been respected. In particular, it must be examined whether the applicant was given an opportunity to challenge the authenticity of the evidence and to oppose its use."*<sup>19</sup>

Uit *Matanović t. Kroatië*<sup>20</sup> en *Kobiashvili t. Georgië*<sup>21</sup> blijkt dat dit nauw samenhangt met de vereisten van *equality of arms* en *adversarial proceedings*. In die eerstgenoemde zaak heeft het EHRM overwogen dat *'both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party'*. Daarnaast vereist het recht op een eerlijk proces volgens het Europese Hof dat *'the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused'*.<sup>22</sup> Vervolgens is het dan de vraag hoe ver dit recht precies reikt. Welk materiaal moet binnen een eerlijk proces aan de verdediging worden verstrekt? Het beginsel dat de verdachte moet kunnen beschikken over *'adequate time and facilities for the preparation of his defence'*, dat nauw verwant is aan de *equality of arms*, biedt dan meer duidelijkheid:

*"The Court further reiterates that Article 6, more specifically Article 6 § 3 (b), guarantees the accused "adequate time and facilities for the preparation of his defence" and therefore implies that the substantive defence activity on his or her behalf may comprise everything which is "necessary" to prepare the main trial. The accused must have the opportunity to organise his defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence arguments before the trial court and thus to influence the outcome of the proceedings. Furthermore, the facilities which should be enjoyed by everyone charged with a criminal offence include the opportunity to acquaint him- or herself, for the purposes of preparing his defence, with the results of investigations carried out throughout the proceedings. The issue of adequacy of time and facilities afforded to an accused must be assessed in the light of the circumstances of each particular case (see *Leas*, cited above, § 80, with further references)."*<sup>23</sup>

De verdediging moet dus toegang krijgen tot alle gegevens die noodzakelijk zijn om alle relevante verweren aan de strafrechter voor te leggen. Het kan dan gaan om mogelijk ontlastend

---

<sup>19</sup> Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb), § 203.

<sup>20</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (*Matanović t. Kroatië*), § 151.

<sup>21</sup> EHRM 14 maart 2019, 36416/06 (*Kobiashvili t. Georgië*), § 56.

<sup>22</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (*Matanović t. Kroatië*), § 151.

<sup>23</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (*Matanović t. Kroatië*), § 156.

bewijsmateriaal. Maar ook materiaal dat ‘*might relate to the admissibility*’ van bepaalde bewijsmiddelen dient aan de verdediging ter beschikking te worden gesteld:

*“The Court notes that an issue with regard to access to evidence may arise under Article 6 in so far as the evidence at issue is relevant for the applicant’s case, specifically if it had an important bearing on the charges held against the applicant (see Rowe and Davis, cited above, § 66; Korellis v. Cyprus, no. 54528/00, §§ 33-35, 7 January 2003; and Mirilashvili, cited above, § 199). This is the case if the evidence was used and relied upon for the determination of the applicant’s guilt or it contained such particulars which could have enabled the applicant to exonerate her- or himself or have his or her sentence reduced with regard to the charges held against him or her (see Leas, cited above, § 81, and cases cited therein). It should be also noted that the relevant evidence in this context is not only evidence directly relevant to the facts of the case but also other evidence that might relate to the admissibility, reliability and completeness of the former (see Mirilashvili, cited above, § 200).”<sup>24</sup>*

In *Mirilashvili t. Rusland* benadrukte het EHRM dat materiaal dat betrekking heeft op de wijze waarop ‘direct’ bewijsmateriaal is verkregen, relevant is voor de verdediging:

*“At the outset, the Court notes that the materials withheld from the defence did not contain information about the events of 7 - 8 August 2000. They rather concerned the manner in which the “direct” evidence against the applicant (the audiotapes) had been obtained. However, it does not make them less relevant. Not only should the evidence directly relevant to the facts of the case be examined in an adversarial procedure, but also other evidence that might relate to the admissibility, reliability and completeness of the former (see, mutatis mutandis, Windisch v. Austria, judgment of 27 September 1990, Series A no. 186, § 28; see also Dowsett v. the United Kingdom, no. 39482/98, § 41, ECHR 2003-VII; see Verhoek v. the Netherlands (dec.), no. 54445/00, 27 January 2004).”<sup>25</sup>*

De door de verdediging verzochte stukken ten aanzien van de hack van EncroChat hebben betrekking op de ‘*admissibility*’ van het ‘directe’ bewijsmateriaal. Eerder zetten wij al uiteen gezet dat een eventuele onrechtmatigheid tevens een inbreuk op art. 6 EVRM oplevert, dit van belang kan zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Het verzochte materiaal zou de verdachte dus mogelijk kunnen vrijpleiten en is daarmee relevant voor de verdediging. Om alle relevante verweren aan de rechter te kunnen voorleggen, dient de verdediging kennis te nemen van de betreffende stukken. Een weigering om de stukken met betrekking tot de interceptie van de EncroChat gesprekken in Frankrijk aan de processtukken toe te voegen, is in beginsel dus onverenigbaar met het recht op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM.

### 2.3.2. *Specific reasons*

---

<sup>24</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (*Matanović t. Kroatië*), § 161.

<sup>25</sup> EHRM 11 december 2008, 6293/04 (*Mirilashvili t. Rusland*), § 200.

In dat kader dient wel nog te worden gewezen op het feit dat volgens het EHRM van de verdachte mag worden verwacht dat hij ‘*specific reasons*’ opgeeft waarom hij bepaalde gegevens in wil zien. De rechter kan onderzoek doen naar de validiteit van deze redenen:

*“Failure to disclose to the defence material evidence which contains such particulars as could enable the accused to exonerate him- or herself or have his or her sentence reduced would constitute a refusal of the facilities necessary for the preparation of the defence, and therefore a violation of the right guaranteed in Article 6 of the Convention (see C.G.P. v. the Netherlands (dec.), no. 29835/96, 15 January 1997). The accused may, however, be expected to give specific reasons for his request (see Bendenoun v. France, 24 February 1994, § 52, Series A no. 284) and the domestic courts are entitled to examine the validity of these reasons (see C.G.P., cited above; Natunen, cited above, § 43, Janatuinen v. Finland, no. 28552/05, § 45, 8 December 2009; and Leas, cited above, § 81).”<sup>26</sup>*

Dat van de verdediging kan worden verwacht dat zij ‘*specific reasons*’ opgeeft waarom zij bepaalde stukken in wil zien, betekent echter nog niet dat er ook (sterke) aanwijzingen mogen worden vereist dat de betreffende stukken de verdachte inderdaad daadwerkelijk kunnen vrijpleiten. Voor het hanteren van een dergelijke voorwaarde biedt het EHRM geen ruimte. Van de verdachte mag slechts worden gevraagd dat hij uitlegt waarom het materiaal dat hij zou willen inzien relevant *zou kunnen zijn* voor zijn verdediging. Deze maatstaf legde het Europese Hof bijvoorbeeld aan in Mirilashvili t. Rusland:

*“The Court further notes that the military court refused to disclose the materials relevant to the authorisation of the wiretapping because they “related to the operational and search activities” of the police. Neither the domestic courts nor the Government in their observations claimed that the materials sought by the defence had been irrelevant or unimportant for the outcome of the case, and it cannot from the outset be ruled out that the materials in question could have been helpful for the defence, which would, therefore, have a legitimate interest in seeking their disclosure.”<sup>27</sup>*

Ook uit Matanović t. Kroatië blijkt dat het feit dat er nog geen aanwijzingen zijn dat het verzochte materiaal daadwerkelijk voordelig voor de verdachte is, geen aanleiding kan vormen om dat materiaal niet aan de verdediging te verstrekken. Het recht op een *fair trial* brengt juist met zich mee dat de verdediging zich op de juiste manier moet kunnen voorbereiden door stukken die mogelijk relevant zouden kunnen zijn voor de verdachte te raadplegen:

*“Accordingly, the Court finds that the applicant’s opportunity to acquaint himself, for the purposes of preparing his defence, with the evidence obtained by secret surveillance, was seriously impaired by the absence of an appropriate procedure by which the relevance of evidence obtained by the prosecuting authorities and the necessity of its disclosure could be properly assessed.*

---

<sup>26</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (Matanović t. Kroatië), § 157.

<sup>27</sup> EHRM 11 december 2008, 6293/04 (Mirilashvili t. Rusland), § 201.



(...)

*It is therefore evident that, in view of the deficient procedure for the disclosure of the evidence under consideration, the applicant was not in a position to form a specific argument as to the relevance of the evidence in question and to have the competent court examine his application in the light of his right to effectively prepare his defence. Although, as already found above, the available material in the case file shows, with a sufficient degree of certainty, that the applicant was not incited to commit the offences at issue (see paragraph 146 above), the fact remains that he was prevented from having a procedure whereby it could be established whether the evidence in the possession of the prosecution that had been excluded from the file might have reduced his sentence or put into doubt the scope of his alleged criminal activity.”<sup>28</sup>*

Uit de zaak Bendenoun t. Frankrijk blijkt duidelijk dat van de verdachte slechts mag worden verwacht dat hij kort specifieke redenen opgeeft waarom hij in zijn verdedigingsmogelijkheden wordt beperkt als hij de door hem verzochte stukken niet kan inzien:

*“It must be noted further that the documents whose production the applicant complained he had sought in vain were not among those relied on by the tax authorities. In order to establish Mr Bendenoun’s guilt, they made use only of four reports (see paragraph 17 above) - mentioned by the Government - in which the applicant acknowledged his customs offences. The complaint therefore relates to documents that were not in the file produced to the administrative courts and were not ones on which the applicant’s adversary relied (see, mutatis mutandis, the Schuler-Zraggen v. Switzerland judgment of 24 June 1993, Series A no. 263, p. 18, para. 52). The Court does not rule out that in such circumstances the concept of a fair trial may nevertheless entail an obligation on the Revenue to agree to supply the litigant with certain documents from the file on him or even with the file in its entirety. However, it is necessary, at the very least, that the person concerned should have given, even if only briefly, specific reasons for his request.*

*Mr Bendenoun sought production in full of a fairly bulky file. The evidence before the Court does not show that he ever put forward any precise argument to support his contention that, notwithstanding his admission of the customs offences and his admissions during the criminal investigation, he could not counter the charge of tax evasion without having a copy of that file. This omission is all the more detrimental to his case as he was aware of the existence and content of most of the documents and he and his counsel had had access to the complete file, at any rate during the criminal investigation (see paragraph 26 above).”<sup>29</sup>*

Ook de zaak Leas t. Estland is in dit kader relevant. De verdachte in die zaak wilde bepaalde stukken inzien om te beoordelen of de surveillance waaraan hij was onderworpen op rechtmatige wijze had plaatsgevonden:

*“Turning to the present case, the Court notes that the applicant, claiming access to the surveillance file, mainly relied on two arguments. Firstly, he sought to establish whether the*

---

<sup>28</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (Matanović t. Kroatië), § 184 & 186.

<sup>29</sup> EHRM 24 februari 1994, 12547/86 (Bendenoun t. Frankrijk), § 52.

*use of the surveillance measures had been lawful and, secondly, he argued that the principle of the equality of arms had required that he had the same opportunity as the prosecution to choose evidence from the surveillance file. Furthermore, it transpires from the applicant's arguments that he had certain concerns as to whether L. had in fact received instructions from the police, which would have amounted to unlawful surveillance and could have resulted in parts of the evidence being inadmissible.*"<sup>30</sup>

Het EHRM nam vervolgens een schending van art. 6 EVRM aan, omdat de verdachte niet de beschikking had gekregen over de verzochte stukken. Daaruit kan worden afgeleid dat als de verdachte aangeeft dat hij bepaalde stukken wil inzien om te beoordelen of een onderzoekshandeling op rechtmatige wijze heeft plaatsgevonden, hij daarmee voldoende specifieke redenen heeft opgegeven waarom hij het betreffende materiaal wil raadplegen.

Kortom, het vereiste dat de verdachte *'specific reasons'* moet opgeven waarom hij het betreffende materiaal wil inzien, heeft niet veel om het lijf. Er dient dan nog stil te worden gestaan bij het feit dat als de verdachte dergelijke redenen opgeeft, de rechter *'entitled'* is *'to examine the validity of these reasons'*. Ook aan dat vereiste dient geen grotere reikwijdte te worden toegekend dan dat het Europese Hof daadwerkelijk voor ogen heeft gehad. De rechter kan het verzoek om de stukken aan de verdediging te verstrekken niet afwijzen om de enkele reden dat er geen aanwijzingen zijn dat de verzochte stukken daadwerkelijk in het voordeel van de verdachte zijn. Het woord *'examine'* duidt immers op een inspanningsverplichting voor de nationale rechter. Die zal moeten onderzoeken of de verzochte stukken daadwerkelijk van belang zijn voor de verdediging.

In dat verband kan worden gewezen op de zaak C.G.P. t. Nederland. In die zaak wilde de verdachte CID informatie inzien, omdat die gegevens *'might have revealed irregularities in the investigation which could have led to either the prosecution or the evidence having to be declared inadmissible'*. Het Europese Hof oordeelde dat inzage mocht worden geweigerd, omdat de Nederlandse rechter de validiteit van deze reden actief had onderzocht. De rechter had getuigen bevraagd met het oog op mogelijke onrechtmatigheden. Om die reden kon worden gezegd dat de rechter zich daadwerkelijk een oordeel kon vormen omtrent de relevantie van het verzochte materiaal voor de verdediging:

*"The Commission considers that by acceding to the applicant's request to have certain witnesses examined, the Court of Appeal expressed a willingness to remedy any possible irregularities which might have occurred before the case was brought before the courts of trial and appeal. The Court of Appeal thus also enabled itself to form an opinion as to the validity of the reasons given by the applicant for his request to have access to certain information. The Commission further finds that in the absence of any concrete indication that such irregularities had in fact taken place it does not appear from the information which was available to the*

---

<sup>30</sup> EHRM 6 maart 2012, 59577/08 (Leas t. Estland), § 82.

*domestic courts that the failure to produce the "tip off form" and the observation journal infringed the rights of the defence or the principle of equality of arms."*<sup>31</sup>

Het voorgaande kan als volgt worden samengevat. De verdediging hoeft slechts kort aan te geven waarin het nut van de verzochte stukken voor de verdachte zou kunnen zitten. De rechter kan deze redenen slechts afwijzen als hij de validiteit daarvan actief heeft onderzocht en hij zich dus daadwerkelijk een beeld heeft kunnen vormen van het belang van de verzochte stukken voor de verdediging. Indien de stukken niet aan de verdediging zijn verstrekt en de toets van de rechter niet aan de voornoemde eisen voldoet, levert dat in beginsel een schending van het recht op een *fair trial* op. Dat is op zich ook wel logisch. Indien het Europese Hof art. 6 EVRM anders zou uitleggen, zou er immers een *catch-22* situatie kunnen ontstaan: de verdediging kan alleen kennis nemen van bepaalde stukken indien zij aantoont dat deze daadwerkelijk van belang zijn voor de verdachte, maar zonder kennisname van de stukken kan de verdediging dit niet aantonen. Een dergelijke gang van zaken past moeilijk binnen een eerlijk proces.

Dit betekent dit dat de verdediging geen aanwijzingen hoeft aan te leveren dat de EncroChat berichten daadwerkelijk op onrechtmatige wijze door de Franse opsporingsautoriteiten zijn verkregen. Er mag enkel worden verwacht dat de verdediging aangeeft waarom zij de verzochte stukken wil raadplegen. En dan verwijzen wij naar de vorige paragrafen, waarin wij aangaven dat niet kan worden uitgesloten dat de EncroChat berichten op onrechtmatige wijze zijn verkregen en dat dit ook daadwerkelijk van belang kan zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv, namelijk in het geval er sprake is van een onrechtmatigheid die tevens een inbreuk op art. 6 EVRM oplevert. In beginsel brengt het recht op een eerlijk proces dan met zich mee dat deze stukken ook daadwerkelijk aan de verdediging ter beschikking worden gesteld.

### *2.3.3. Beperking van het recht op kennisname*

Op dit punt dient echter te worden toegegeven dat het recht op kennisname van bepaalde stukken niet absoluut is. Er kunnen uitzonderingen op worden gemaakt, bijvoorbeeld met het oog op de nationale veiligheid. Maar dergelijke uitzonderingen dienen wel strikt noodzakelijk te zijn. Het publieke belang dient te worden afgewogen tegen het private belang van de verdachte.<sup>32</sup> Bovendien dienen bij een beperking van de *equality of arms* altijd 'counterbalancing measures' te worden getroffen, zodat de eerlijkheid van het proces toch kan worden gewaarborgd.<sup>33</sup> Het Europese Hof geeft enkele voorbeelden van maatregelen waar dan aan kan worden gedacht:

*"The Court must in particular examine whether the non-disclosure was counterbalanced by adequate procedural guarantees. For instance, in Jasper v. the United Kingdom ([GC], no. 27052/95, §§ 53 et seq., 16 February 2000) the Court noted that the defence had been kept informed and had been permitted to make submissions and participate in the decision-making*

<sup>31</sup> EHRM 15 januari 1997, 29835/96 (C.G.P. t. Nederland).

<sup>32</sup> EHRM 11 december 2008, 6293/04 (Mirilashvili t. Rusland), § 205.

<sup>33</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (Matanović t. Kroatië), § 152; EHRM 11 december 2008, 6293/04 (Mirilashvili t. Rusland), § 197.

*process as far as possible and that it had been the trial judge who had decided on the question of disclosure of evidence, even though the defence had not had access to it. The Court noted that the judge had been aware of both the contents of the withheld evidence and the nature of the applicant's case, and had thus been able to weigh the applicant's interest in disclosure against the public interest in concealment (see, by contrast, Edwards and Lewis, cited above, § 46)."*<sup>34</sup>

Wanneer een rechter heeft beoordeeld dat de gegevens die de verdachte wil inzien niet relevant zijn voor de verdediging, kan dat dus een belangrijke compenserende maatregel vormen voor het feit dat de gegevens niet aan de verdediging zijn verstrekt. De rechter moet de betreffende gegevens dan echter wel zelf inzien. Anders kan immers geen oordeel worden gevormd omtrent de relevantie van het materiaal voor de verdediging. Bovendien moet deze beslissing worden genomen door de 'trial judge'. Enkel die rechter draagt voldoende kennis van de zaak tegen de verdachte en kan dus een oordeel vormen omtrent het belang van het verzochte materiaal voor die zaak.

Het enkele feit dat de 'trial judge' het betreffende materiaal heeft ingezien, is op zichzelf nog niet voldoende. De rechter zal ook daadwerkelijk zorgvuldig moeten onderzoeken of het betreffende materiaal relevant is voor de verdediging. Bovendien zal de rechter daar gedurende de procedure zicht op moeten blijven houden. Slechts dan wordt er voldoende compensatie geboden voor de weigering om de stukken ter beschikking van de verdediging te stellen:

*"The Court notes, however, that the mere involvement of a judge does not suffice. Thus, in Jasper the Court noted that the domestic judge had been "very careful to ensure and to explore whether the material was relevant, or likely to be relevant to the defence which had been indicated to him". The transcript of the hearing showed that "the judge had applied the principles which had recently been clarified by the Court of Appeal, for example that in weighing the public interest in concealment against the interest of the accused in disclosure, great weight should be attached to the interests of justice, and that the judge should continue to assess the need for disclosure throughout the progress of the trial". The Court also noted that during the appeal proceedings the Court of Appeal had also considered whether or not the evidence should have been disclosed. The Court was satisfied that the defence had been kept informed and permitted to make submissions and participate in the decision-making process as far as was possible without disclosure to them of the material which the prosecution sought to keep secret on public-interest grounds (see Jasper, cited above, §§ 55-56)."*<sup>35</sup>

De rechter dient grondig onderzoek te verrichten naar de vraag of het bewijs tegen de verdachte op rechtmatige wijze is verkregen:

*"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*

---

<sup>34</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (Matanović t. Kroatië), § 154.

<sup>35</sup> EHRM 11 december 2008, 6293/04 (Mirilashvili t. Rusland), § 198.

*examination and assessment of the admissibility and reliability 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).*"<sup>36</sup>

Als het gaat om de vraag of er voldoende compenserende maatregelen zijn getroffen voor het feit dat de door de verdediging verzochte gegevens niet worden verstrekt, dient ook het belang van die stukken te worden meegewogen:

*"In making its assessment of the relevant procedural guarantees, the Court must also have regard to the importance of the undisclosed material and its use in the trial (see Jasper, cited above, §§ 54-55). It must in particular satisfy itself that the domestic procedure allowed that the impact of the relevant material on the safety of the conviction be considered in the light of detailed and informed argument from the defence (see Rowe and Davis v. the United Kingdom [GC], no. 28901/95, § 66, ECHR 2000-II).*"<sup>37</sup>

Wat betekent het voorgaande dan voor de verdachte wiens EncroChat berichten zijn onderschept? Allereerst dient te worden bekeken of een beperking van het recht op kennisname van de stukken strikt noodzakelijk is. Dat is volgens de verdediging niet het geval. Frankrijk stelt er weliswaar een publiek belang bij te hebben dat de verrichte opsporingsmethode niet openbaar wordt, maar daartegenover staat een zeer grootschalige inbreuk op de privacy. Ons inziens dient dus verder te worden gekeken dan het belang van de individuele verdachte. Frankrijk heeft immers een inbreuk gemaakt op de privacy van vele duizenden gebruikers van Encrochat. Dat kan in dit geval niet buiten beschouwing worden gelaten. Wanneer deze belangen worden opgeteld, weegt het belang om uit te vinden of de EncroChats op onrechtmatige wijze zijn onderschept ons inziens zwaarder dan het belang bij geheimhouding van de opsporingsmethode.

Als de beperking van het recht op kennisname wel strikt noodzakelijk is, dient de aandacht te worden verplaatst naar de vraag of er 'counterbalancing measures' zijn getroffen. Een beperking van het recht op kennisname zal immers altijd een schending van art. 6 EVRM opleveren als deze niet voldoende wordt gecompenseerd. Op voorhand is nog niet te zeggen wanneer voldoende compensatie is geboden. Als de EncroChat berichten een belangrijk onderdeel uitmaken van de bewijsconstructie, zal echter wel een grote mate van compensatie nodig zijn. Op het moment dat de verdediging geen kennis kan nemen van de Franse stukken, dient ervoor te worden gezorgd dat toch kan worden vastgesteld in hoeverre die stukken relevant zijn voor de verdediging. Daarvoor zal minimaal vereist zijn dat de zittingsrechter (en dus niet de rechter-commissaris) de betreffende stukken raadpleegt en grondig onderzoekt of de EncroChat berichten op rechtmatige wijze zijn onderschept. Daarvoor biedt de Nederlandse strafprocedure, waarin sprake is van interne openbaarheid, geen ruimte. Dat betekent dat het

---

<sup>36</sup> EHRM 26 november 2019, 2991/06 (Belugin t. Rusland), § 68.

<sup>37</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (Matanović t. Kroatië), § 155. Zie ook EHRM 11 december 2008, 6293/04 (Mirilashvili t. Rusland), § 199.

praktisch gezien onmogelijk zal zijn om een inperking van het recht op kennisname zodanig te compenseren dat alsnog wordt voldaan aan de vereisten van het recht op een eerlijk proces.

Wij willen ook nog kort stil te staan bij het feit dat in dit geval wordt verzocht om stukken die afkomstig zijn uit een ander land. Als inzage wordt geweigerd om de simpele reden dat Frankrijk weigert om de stukken ter beschikking te stellen, betekent dat nog niet dat geen sprake is van een schending van de door art. 6 EVRM gegarandeerde *equality of arms* door Nederland. De schending van art. 6 EVRM zit hem dan immers in het gebruik door Nederland van bewijs dat de verdachte niet voldoende heeft kunnen aanvechten. Het recht op een eerlijk proces wordt in dat geval door Nederland geschonden. Ook als Frankrijk ervoor kiest om de verzochte stukken niet te verstrekken en de EncroChat berichten desalniettemin toch voor het bewijs worden gebruikt, zal dus sprake zijn van een schending van de *equality of arms* die door voldoende *counterbalancing measures* zal moeten worden gecompenseerd.

#### **2.4. Conclusie**

Wij komen tot een conclusie ten aanzien van de stukken die betrekking hebben op de interceptie van de EncroChat berichten in Frankrijk. Het is mogelijk dat deze berichten in strijd met art. 8 EVRM zijn onderschept en dat deze dus onrechtmatig zijn verkregen. Eveneens behoort het tot de mogelijkheden dat een eventuele schending van art. 8 EVRM van dien aard is dat deze tevens een schending van art. 6 EVRM zal opleveren. In dat geval is een eventuele onrechtmatigheid in het Franse opsporingsonderzoek van belang voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv, omdat materiaal dat in strijd met art. 6 EVRM is verkregen van het bewijs moet worden uitgesloten. Om deze redenen dient de verdediging de betreffende stukken te kunnen inzien. Uit de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot art. 6 EVRM kan afgeleid worden dat de verdachte de beschikking moet krijgen over alle stukken die mogelijk relevant zijn voor zijn verdediging. Het gaat dan ook om stukken die relevant zijn voor de rechtmatigheid van verrichte opsporingshandelingen. De verdediging moet aangeven waarom deze stukken relevant kunnen zijn, maar aanwijzingen dat er daadwerkelijk onrechtmatig gehandeld is zijn niet vereist. Nu uit dit schrijven blijkt waarom de Franse stukken relevant zijn als EncroChat berichten aan het dossier zijn toegevoegd, dienen deze op grond van art. 6 EVRM aan de verdediging worden verstrekt. Wanneer dat wordt geweigerd, levert dat een inperking op het recht op een eerlijk proces van de verdachte op. Een dergelijke inperking zal slechts plaats kunnen vinden als deze strikt noodzakelijk is. Bovendien zullen er in dat geval compenserende maatregelen te worden getroffen, zodat de eerlijkheid van het proces alsnog kan worden gewaarborgd.



### **3. De verwerking van de onderschepte berichten in het Nederlandse onderzoek 26Lemont**

De stukken met betrekking tot de onderschepping van de EncroChat berichten door de Franse opsporingsambtenaren zijn niet de enige stukken die aan het dossier moeten worden toegevoegd in zaken waarin EncroChat berichten een rol spelen. Ook de rol van de Nederlandse opsporingsautoriteiten moet verder aan het licht worden gebracht. Het Nederlandse optreden vormt immers een belangrijke schakel in de keten die heeft geleid tot de toevoeging van de EncroChat berichten aan het dossier. Nadat Frankrijk voor elkaar had gekregen dat de communicatie via EncroChat kon worden onderschept, heeft Frankrijk ervoor gezorgd dat Nederland ook toegang kreeg tot de verstuurde berichten. Vervolgens heeft Nederland drie maanden lang de berichten kunnen ‘meelezen’. Een deel van de gegevens werd ook schriftelijk verwerkt door de Nederlandse politie. Zo zijn de EncroChat berichten uiteindelijk in de strafdossiers in de afzonderlijke zaken terecht gekomen. Het is de vraag of dit optreden van de Nederlandse opsporingsautoriteiten rechtmatig is geweest. Om dit te kunnen toetsen, dienen alle stukken die betrekking hebben op de verwerking van de Encrochat gegevens door de Nederlandse opsporingsautoriteiten aan de verdediging te worden verstrekt. Het gaat dan om de betreffende vorderingen, de door de rechter-commissaris afgegeven machtigingen en de opgestelde processen-verbaal.

Een belangrijk punt hierbij is dat de EncroChat berichten zijn verwerkt binnen het onderzoek 26Lemont, waar de strafbare feiten begaan door het bedrijf EncroChat en de daarachterliggende personen centraal stonden. Vervolgens zijn de verwerkte gegevens gedeeld met andere onderzoeksteams. Het standpunt van het Openbaar Ministerie lijkt te zijn dat de stukken uit het onderzoek 26Lemont niet relevant zijn voor andere onderzoeken. Wij kijken daar anders tegenaan. Het antwoord op de vraag of de EncroChat berichten op rechtmatige wijze zijn verwerkt door de Nederlandse opsporingsautoriteiten kan wel degelijk van invloed zijn op de uitkomst in zaken waarin EncroChat berichten aan het dossier zijn toegevoegd. De rechten van de verdachte brengen dan met zich mee dat de verzochte stukken aan het procesdossier moeten worden toegevoegd.

Om dit te onderbouwen zullen wij dezelfde volgorde aanhouden als bij de bespreking van de Franse stukken. Wij zullen eerst bekijken welke onrechtmatigheid er aan de bewijsvergaring zou kunnen kleven. Vervolgens zullen wij ingaan op de vraag of een eventuele onrechtmatigheid van belang zou kunnen zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. In de derde plaats zullen wij uiteenzetten dat het recht op een eerlijk proces met zich meebrengt dat de stukken met betrekking tot de verwerking van de EncroChat gegevens in Nederland aan de processtukken dienen te worden toegevoegd. Zoals wij aan het begin van dit schrijven hebben aangegeven, krijgen deze vragen hier een andere juridische invulling dan waar het ging om de voeging van de Franse stukken.

### **3.1. Welke onrechtmatigheid kan er aan de verwerking van de EncroChat gegevens in Nederland kleven?**

Net als bij het optreden van de Franse opsporingsambtenaren, is het maar de vraag of het optreden van de Nederlandse opsporingsautoriteiten in overeenstemming was met de vereisten van art. 8 EVRM. Het feit dat de Nederlandse politie de EncroChat berichten niet zelf heeft onderschept, betekent immers nog niet dat Nederland zich niet ook zelf schuldig heeft gemaakt aan privacy schendingen. Wanneer wordt gekeken naar het optreden van de Nederlandse opsporingsambtenaren, dient te worden geconstateerd dat zij de EncroChat gesprekken hebben meegelezen en dat zij de verstuurd berichten schriftelijk hebben verwerkt. Het gaat hier dus in feite om een heimelijke surveillance. Eerder hebben wij al aangegeven dat surveillance volgens het EHRM in beginsel een inperking van het recht op *private life* oplevert.<sup>38</sup> Doordat Nederland berichten heeft verwerkt die door gebruikers van EncroChat zijn verstuurd, is het recht van op *private life* van de gebruikers ingeperkt. Het Openbaar Ministerie lijkt dit ook te onderkennen. In het proces-verbaal LERDB20001-3485 en het schrijven van het Openbaar Ministerie van 28 september 2020 wordt immers aangegeven dat het handelen van de Nederlandse opsporingsautoriteiten inbreuk maakten op de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers van EncroChat en dat daarom een machtiging van de rechter-commissaris werd aangevraagd.

Het voorgaande betekent dat het optreden van de Nederlandse opsporingsautoriteiten potentieel onrechtmatig was. Aan de hand van de in het tweede lid van art. 8 EVRM genoemde stappen dient te worden beoordeeld of de inperking van het recht op *private life* van een verdachte ook een inbreuk op art. 8 EVRM oplevert. Zoals eerder aangegeven dient dan te worden getoetst of de inperking ‘*in accordance with the law*’ was, of deze een gerechtvaardigd belang diende en of deze ‘*necessary in a democratic society*’ was. Aan het vereiste dat de inperking een gerechtvaardigd belang moest dienen, zal wel zijn voldaan. Er kan immers worden gesteld dat verwerking van de EncroChat gegevens het voorkomen van misdrijven ten doel had. Maar om ook een antwoord te kunnen geven op de eerste en de derde vraag, is meer informatie nodig.

Wij zullen eerst stilstaan bij de vraag of het optreden van de Nederlandse opsporingsambtenaren ‘*in accordance with the law*’ was. Het handelen van de politie zal alleen voldoen aan dat vereiste als is gehandeld op grond van een specifieke wettelijke bepaling die ‘*clear, foreseeable en adequately accessible*’ was.<sup>39</sup> Als het gaat om heimelijke surveillance, heeft het EHRM enkele specifieke criteria geformuleerd waaraan de wet in dat kader moet voldoen.<sup>40</sup> Voor de beoordeling of aan die criteria is voldaan hoeven er geen aanvullende stukken aan het dossier te worden toegevoegd. We weten immers op grond van welke wettelijke bepaling de EncroChat gegevens binnen Nederland zijn verwerkt. Het Openbaar Ministerie heeft aangegeven dat dit heeft plaatsgevonden op grond van art. 126b Sv. De verdediging heeft daarmee voldoende informatie om te beoordelen of de toegepaste wettelijke bepaling voldeed aan de vereisten van art. 8 EVRM.

---

<sup>38</sup> Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life, §208

<sup>39</sup> EHRM 25 maart 1983, 5947/72, 6205/73 en 7052/75 (Silver e.a. t. het Verenigd Koninkrijk).

<sup>40</sup> EHRM 13 september 2008, 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk), § 306 en 307.

Dat betekent echter niet dat voor een volledige beoordeling van het ‘*in accordance with the law*’ vereiste geen nadere stukken noodzakelijk zijn. De vraag of de wet op grond waarvan is gehandeld voldeed aan de vereisten van art. 8 EVRM, is immers slechts één onderdeel van dit vereiste. Daarnaast moet de toepassing van de wettelijke bepaling in het onderhavige geval ook voldoende ‘*foreseeable*’ zijn geweest.<sup>41</sup> Die toets kan alleen behoorlijk plaatsvinden als de verdediging de beschikking krijgt over alle stukken die betrekking hebben op de verwerking van de EncroChat berichten in het onderzoek 26Lemont.

Om te kunnen beoordelen of de onderschepping van de EncroChat berichten op grond van art. 126uba Sv ‘*foreseeable*’ was, dient allereerst te worden nagegaan of is voldaan aan alle vereisten van dit artikel. Wanneer dat niet het geval was, is immers buiten de reikwijdte van dat artikel getreden, en was de toepassing van art. 126uba Sv dus niet voorzienbaar. Vanuit het oogpunt van volledigheid geven wij een opsomming van de punten die de verdediging in dit kader moet kunnen nalopen:

- Op grond van art. 126uba lid 1 jo. art. 126o lid 1 Sv kan de bevoegdheid alleen worden toegepast als uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in het eerste lid van art. 67 Sv worden beraamd of gepleegd die gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren. De verdediging moet kunnen toetsen of in het onderzoek 26Lemont aan dat vereiste is voldaan.
- Op grond van het eerste lid van art. 126uba Sv moet het belang van het onderzoek de inzet van de bevoegdheid dringend vorderen. De verdediging moet kunnen controleren of dat in het onderzoek 26Lemont het geval was.
- Het eerste lid van art. 126uba Sv bepaalt dat alleen binnen kan worden gedrongen in een geautomatiseerd werk dat in gebruik is bij een persoon ten aanzien van wie een redelijk vermoeden voortvloeit dat hij betrokken is bij het in georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven. De verdediging moet kunnen toetsen of aan dit vereiste is voldaan. Daarvoor dient in de eerste plaats te worden vastgesteld wat precies de geautomatiseerde werken zijn waarin is binnengedrongen. Op grond van de informatie die tot nog toe bekend is gemaakt, kan dat niet zonder twijfel worden vastgesteld. Bij het lezen van het schrijven van het Openbaar Ministerie van 28 september 2020 ontstaat in eerste instantie de gedachte dat het geautomatiseerde werk waarin was binnengedrongen de server van EncroChat was en dat via die server de verstuurd berichten zijn onderschept. In dat geval zou enkel moeten worden getoetst of het bedrijf EncroChat betrokken was bij het in georganiseerd verband plegen van misdrijven. Maar op pagina 39 van voornoemd schrijven wordt vermeld dat de politie ook beschikte over de gehele telefoondata van de gebruikers van EncroChat. Dat zou mogelijk betekenen dat ook in de individuele EncroChat telefoons is binnengedrongen. Ten opzichte van een individuele verdachte zou dat enkel rechtmatig zijn geweest als er een redelijk vermoeden bestond dat de verdachte betrokken was bij het in georganiseerd

---

<sup>41</sup> Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life, §19.

verband plegen van misdrijven. De verdediging dient zich hier een volledig beeld over te kunnen vormen.

- De bevoegdheid van art. 126uba Sv is een accessoire bevoegdheid. Zodra in het geautomatiseerde werk is binnengedrongen, dient nog een andere bevoegdheid te worden toegepast. In casu is vervolgens de bevoegdheid van art. 126t Sv toegepast, het opnemen van vertrouwelijke communicatie. De gesprekken waaraan een verdachte deelnam konden op grond van dat artikel alleen worden opgenomen als er een redelijk vermoeden bestond dat hij of zij betrokken was bij het in georganiseerd verband plegen van misdrijven. De verdediging moet dat kunnen toetsen. Daarnaast moet de verdediging kunnen controleren of aan de andere verplichtingen van art. 126t Sv is voldaan, waaronder het vereiste van een rechterlijke machtiging.
- Op grond van het tweede lid van art. 126uba Sv moet het bevel tot binnendringen in het automatische werk schriftelijk worden gegeven en de in subonderdeel a tot en met h van dat artikel genoemde gegevens bevatten. De verdediging moet kunnen controleren of aan dat vereiste is voldaan.
- Het bevel tot binnendringen in het automatische werk kan op grond van art. 126uba lid 3 jo. art. 126nba lid 3 Sv slechts voor vier weken worden gegeven en kan steeds met vier weken worden verlengd. De verdediging moet kunnen controleren of aan dit vereiste is voldaan.
- Op grond van art. 126uba lid 3 jo. art. 126nba lid 4 Sv kan slechts met een schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris worden binnengedrongen in een geautomatiseerd werk. We weten dat in dit geval een machtiging is verleend, maar dat de rechter-commissaris voorwaarden aan de toepassing van deze bevoegdheid heeft verbonden. De verdediging dient de originele tekst van deze machtiging te kunnen nalopen en moet in de gelegenheid worden gesteld om te controleren of de door de rechter-commissaris gestelde voorwaarden zijn nageleefd.
- Op grond van art. 126uba lid 3 jo. art. 126nba lid 6 t/m 8 Sv worden enkele eisen gesteld die moeilijk konden worden nageleefd door Nederland, omdat de Nederlandse opsporingsautoriteiten niet zelf in het geautomatiseerde werk zijn binnengedrongen. Aan de hand van de stukken uit het onderzoek 26Lemont dient de verdediging te kunnen nagaan of het Nederlandse opsporingsteam heeft gecontroleerd of wel aan deze eisen is voldaan.

Alle voornoemde punten kunnen alleen worden gecontroleerd als de verdediging beschikking krijgt over de stukken uit het onderzoek 26Lemont die betrekking hebben op de verwerking van de EncroChat berichten door de Nederlandse opsporingsautoriteiten.

Bijzondere aandacht willen wij vestigen op het feit dat op grond van art. 126uba lid 1 sub b jo. 126t lid 1 Sv en mogelijk ook op grond van de eerste volzin van het eerste lid van art. 126uba Sv enkel de berichten mochten worden onderschept van Encrochat gebruikers die in een georganiseerd verband misdrijven beraamden of plegen. Op pagina 45 van het schrijven van het Openbaar Ministerie van 28 september 2020 is dan ook te lezen dat de rechter-commissaris in zijn machtiging heeft bepaald dat vergaarde informatie slechts ter beschikking zou worden

gesteld voor onderzoeken naar strafbare feiten die naar hun aard, in georganiseerd verband gepleegd of beraamd, een ernstige inbreuk op de rechtsorde maken. Indien EncroChat berichten worden toegevoegd aan het dossier in een onderzoek dat niet aan die omschrijving voldoet, zou dat betekenen dat de toepassing van art. 126b Sv en art. 126t Sv in dat geval niet *'foreseeable'* was.

In onze visie gaat de vraag naar de voorzienbaarheid van de toepassing van art. 126b Sv voor de verwerking van de EncroChat gegevens verder dan de enkele kwestie of de vereisten van dat artikel zijn nageleefd. Het lijkt erop dat deze bepaling is ingezet voor een doel waarvoor deze eigenlijk niet bestemd was. Art. 126b Sv biedt de mogelijkheid om bewijs te verzamelen in een onderzoek naar een bepaald georganiseerd verband. In dit geval was dat het georganiseerd verband waar het bedrijf EncroChat vermoedelijk deel van uitmaakte. Maar het lijkt er sterk op dat de berichten van EncroChat niet zijn zozeer zijn onderschept om bewijs te vergaren in het onderzoek naar dat georganiseerde verband, maar dat deze bevoegdheid is toegepast om bewijs te vergaren in andere strafrechtelijke onderzoeken, dan wel om nieuwe onderzoeken te kunnen openen. Het laat zich immers moeilijk voorstellen dat de politie de mankracht en financiële middelen zou inzetten om de berichten van enkele duizenden EncroChat gebruikers te doorzoeken, enkel om bewijs te vergaren in één enkel strafrechtelijk onderzoek. Uit de berichten die in de media zijn verschenen blijkt ook dat dit helemaal niet het belangrijkste doel was. De onderschepping van de EncroChat berichten werd door de politie omschreven als een echte *gamechanger* voor de opsporing in Nederland: *'Normaal is het zo dat we in een zaak op zoek zijn naar bewijs. Dat hebben we nu helemaal omgedraaid. Al ons bewijs zoekt nu naar een zaak.'*<sup>42</sup>

Daar komt bij dat als bekeken wordt wat het feitelijke handelen van de Nederlandse opsporingsautoriteiten in het onderzoek 26Lemont nu precies omvatte, de bevoegdheid van art. 126b Sv daar niet goed op aansluit. Nederland heeft opeens de beschikking gekregen over een grote bulk data die informatie bevatte over allerlei verschillende misdrijven, en het heeft er alle schijn van dat de Nederlandse opsporingsautoriteiten deze bulk wilden gebruiken om strafbare feiten op te sporen. Hier lijkt echter geen geschikte wettelijke bevoegdheid voor beschikbaar te zijn geweest. Het Nederlandse strafrecht biedt niet de mogelijkheid om bulk data te doorzoeken met het oog op de opsporing van mogelijke strafbare feiten. Blijkbaar heeft het Openbaar Ministerie ingezien dat er wel degelijk een wettelijke grondslag aan het handelen van de opsporingsautoriteiten moest worden gekoppeld en is er toen maar gekozen voor art. 126b Sv als beste optie. Maar dat doet niet af aan het feit dat het optreden van de politie binnen het onderzoek 26Lemont niet overeenkomt met het handelen dat art. 126b Sv mogelijk maakt. Dat artikel biedt de Nederlandse opsporingsambtenaren de mogelijkheid om binnen te dringen in een geautomatiseerd werk. Maar Nederland is zelf niet binnengedrongen in een geautomatiseerd werk. Dat heeft Frankrijk gedaan. Dit heeft Nederland een bulk data opgeleverd die onderzocht moest worden. En dat valt niet onder de reikwijdte van art. 126b Sv.

---

<sup>42</sup> Y. Tielleman, 'Politie en justitie kraken chatdienst gebruikt door criminelen: miljoenen berichten live meegelezen', *AD* 2 juli 2020, <https://www.ad.nl/tech/politie-en-justitie-kraken-chatdienst-gebruikt-door-criminelen-miljoenen-berichten-live-meegelezen~a8ec7f96/>.

Het voorgaande brengt met zich mee dat de toepassing van art. 126b Sv voor de verwerking van de EncroChat berichten mogelijk niet *'foreseeable'* was. Dat zou betekenen dat het optreden van de Nederlandse opsporingsautoriteiten een inbreuk op art. 8 EVRM opleverde jegens een individuele verdachte wiens EncroChat berichten zijn onderschept en dus onrechtmatig was. Om dit potentiële verweer beter te kunnen onderbouwen, dient de verdediging een zo volledig mogelijk beeld te krijgen van de handelswijze van de opsporingsautoriteiten in het onderzoek 26Lemont. Daarvoor is het noodzakelijk dat de verdediging de beschikking krijgt over alle stukken uit dat onderzoek die betrekking hebben op de verwerking van de Encrochat berichten.

Naast de vraag of de inperking van de privacy in het onderhavige geval *'in accordance with the law'* is, dient ook te worden onderzocht of deze inperking *'necessary in a democratic society'* was. Eerder hebben wij al aangegeven dat hiervoor noodzakelijk is dat het publieke belang dat bij de opsporing gemoeid is, wordt afgewogen tegen het private belang van de betrokkene dat diens privacy gerespecteerd wordt. Daarbij zijn volgens het EHRM alle omstandigheden van het geval van belang.<sup>43</sup> Dat betekent dat de stukken uit het onderzoek met betrekking tot de verwerking van de EncroChat berichten van belang zijn om vast te kunnen stellen of deze inbreuk op de privacy jegens de individuele verdachte op een juiste belangenafweging beruiste.

Daarbij dient te worden gewezen op het feit dat de EncroChat gegevens zijn verwerkt in een onderzoek naar het bedrijf EncroChat. Hiervoor hebben wij benoemd dat het erop lijkt dat in feite verkapt onderzoek is gedaan naar andere strafbare feiten. Maar ook als dat niet het geval zou zijn, is de vraag gerechtvaardigd of het verwerken van de berichten met het doel om bewijs tegen het bedrijf EncroChat te verzamelen in een proportionele verhouding staat tot de inbreuk die daarmee wordt gemaakt op de privacy van vele duizenden Encrochat gebruikers. Dat dient te worden beoordeeld aan de hand van de stukken uit het onderzoek 26Lemont.

De conclusie van het voorgaande is dat het verwerken van de Encrochat gegevens van een individuele verdachte door Nederland mogelijk inbreuk heeft gemaakt op art. 8 EVRM. In dat geval zouden de berichten op onrechtmatige wijze zijn verkregen. De verdediging dient aan de hand van de Nederlandse stukken die betrekking hebben op de verwerking van de EncroChat berichten te kunnen controleren of dit inderdaad het geval was.

---

<sup>43</sup> EHRM 13 september 2008, 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (Big Brother Watch e.a. t. het Verenigd Koninkrijk), § 308.



### ***3.2. Het belang van de rechtmatigheid van de verwerking van de EncroChat gegevens binnen het onderzoek 26Lemont voor de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv***

Vervolgens is het de vraag of een eventuele inbreuk op art. 8 EVRM jegens een individuele verdachte in het onderzoek 26Lemont van belang is voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv in de strafzaak tegen die verdachte. Dat zal wel het geval zijn. Wij zullen dat toelichten.

Bij de behandeling van de noodzaak om de Franse stukken aan de processtukken toe te voegen, hebben wij al aandacht besteed aan de jurisprudentie van het EHRM waaruit blijkt dat een inbreuk op art. 8 EVRM ook een inbreuk op art. 6 EVRM kan opleveren. Wij hebben daar benoemd dat dit volgens het Europese Hof afhankelijk is van de aard van de onrechtmatigheid en de inbreuk op art. 8 EVRM. Eveneens hebben wij de twee punten naar voren gebracht die wij ook zojuist weer heb aangekaart. Allereerst dat het erop lijkt dat een oneigenlijke inzet van bevoegdheden heeft plaatsgevonden doordat de EncroChat berichten in een onderzoek tegen het bedrijf Encrochat zijn verkregen met het verkapte doel om andere strafbare feiten op te sporen. En daarnaast dat als dit niet het geval was de vraag gerechtvaardigd is of de onderschepping van de berichten van enkele duizenden EncroChat gebruikers in een proportionele verhouding stond tot het doel dat werd gediend met de vervolging van het bedrijf EncroChat. Deze omstandigheden maken dat een eventuele inbreuk op art. 8 EVRM mogelijk ook een inbreuk op art. 6 EVRM zal opleveren. Dit alles speelt bij de verwerking van de EncroChat gegevens in het onderzoek 26Lemont evenzeer als bij de onderschepping van de berichten door Frankrijk. Een jegens een verdachte begane onrechtmatigheid door de Nederlandse opsporingsautoriteiten die een inbreuk op art. 8 EVRM oplevert, zou dus ook tot een schending van art. 6 EVRM kunnen leiden. En in het recente overzichtsarrest van de Hoge Raad met betrekking tot vormverzuimen is nogmaals benadrukt dat bij een schending van het recht op een eerlijk proces bewijsuitsluiting als sanctie in beeld komt.<sup>44</sup> Dat betekent dat het voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv in een individuele zaak van belang is dat de verdediging in de gelegenheid wordt gesteld om te onderzoeken of het optreden van de opsporingsautoriteiten in het onderzoek 26Lemont rechtmatig was.

Maar ook als sprake zou zijn van een schending van art. 8 EVRM die geen inbreuk op het recht op een eerlijk proces oplevert, zal dat van belang zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv. Dat vergt enige toelichting. Voorop moet worden gesteld dat een eventuele onrechtmatigheid met betrekking tot de verwerking van de EncroChat berichten niet begaan is in het voorbereidend onderzoek in de zaak waarin de berichten uiteindelijk worden gebruikt. De onrechtmatigheid is begaan in het onderzoek 26Lemont. Langs de weg van art. 359a Sv kunnen in principe alleen sancties worden verbonden aan vormverzuimen die begaan zijn bij het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte. Maar daarin heeft de Hoge Raad in het recente overzichtsarrest op het gebied van art. 359a Sv enige nuance aangebracht. Volgens de Hoge Raad kunnen ook vormverzuimen die buiten het voorbereidend onderzoek jegens de verdachte zijn begaan aanleiding geven om de sancties uit art. 359a Sv toe te passen:

---

<sup>44</sup> HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

*“Uit deze en andere rechtspraak van de Hoge Raad die in de conclusie van de advocaat-generaal onder 76-99 is besproken, volgt dat onder omstandigheden een rechtsgevolg kan worden verbonden aan een vormverzuim door een ambtenaar die met opsporing en vervolging is belast, maar dat niet is begaan bij het voorbereidend onderzoek tegen de verdachte zoals bedoeld in 2.2.1, of aan een onrechtmatige handeling jegens de verdachte door een andere functionaris of persoon dan zo’n opsporingsambtenaar. In deze rechtspraak worden criteria aangelegd die naar de bewoordingen niet steeds gelijklopend zijn, maar waarin als algemene overkoepelende maatstaf besloten ligt dat een rechtsgevolg op zijn plaats kan zijn indien het betreffende vormverzuim of de betreffende onrechtmatige handeling van bepalende invloed is geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en/of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit. In een dergelijk geval is de beantwoording van de vraag of een rechtsgevolg wordt verbonden aan het vormverzuim of de onrechtmatige handeling, en zo ja: welk rechtsgevolg, mede afhankelijk van de aard en de ernst van dat verzuim of die handeling. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de maatstaven die in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn ontwikkeld met betrekking tot de verschillende rechtsgevolgen die aan een vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv kunnen worden verbonden.”*

Er moet dan dus aan twee vereisten worden voldaan. In de eerste plaats moet het vormverzuim zijn begaan tegen de verdachte. Aan dat vereiste zal in deze context wel zijn voldaan. De verwerking van de Encrochat berichten die in het dossier terecht zijn gekomen vormt immers een inperking op het recht op *private life* van de verdachte die de berichten heeft verstuurd. Als deze berichten in strijd met art. 8 EVRM zijn verwerkt, wordt die verdachte daar dus door getroffen. Daarnaast moet het vormverzuim van bepalende invloed zijn geweest op het opsporingsonderzoek naar of de (verdere) vervolging van de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit. Ook aan dat vereiste zal al snel worden voldaan. Een eventuele onrechtmatigheid heeft immers geleid tot de vergaring van bewijs jegens de verdachte ter zake van het tenlastegelegde feit, in de vorm van EncroChat berichten. Bewijs dat bovendien niet zelden een cruciaal onderdeel uitmaakt van het strafdossier. Een eventuele onrechtmatigheid in de verwerking van de berichten zal dan ook al snel van bepalende invloed zijn geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek naar en de vervolging van de verdachte.

Nu al snel aan de vereisten voor toepassing van art. 359a Sv zal zijn voldaan, zal volgens het overzichtsarrest van de Hoge Raad aan de hand van de aard en de ernst van het eventuele verzuim moeten worden beoordeeld of daar een rechtsgevolg aan dient te worden verbonden. Om dat nader te kunnen motiveren, dient de verdediging toegang te krijgen tot de stukken met betrekking tot de verwerking van de Encrochat berichten in Nederland.

Wij willen nog kort stilstaan bij de vraag of bewijsuitsluiting dan ook als sanctie in beeld kan komen bij een schending van art. 8 EVRM jegens een verdachte die niet tevens een inbreuk op art. 6 EVRM oplevert. Ons inziens kan op voorhand zeker niet worden uitgesloten dat bewijsuitsluiting wel mogelijk zal zijn als sprake was van een dergelijke onrechtmatigheid bij de verwerking van de EncroChat gegevens. Tot die conclusie komen wij wederom op basis van

het recente overzichtsarrest van de Hoge Raad. Daarin heeft een bijstelling plaatsgevonden van de maatstaf voor de toepassing van bewijsuitsluiting in gevallen waarin een onrechtmatigheid niet heeft geleid tot een schending van art. 6 EVRM:

*“Dit gemeenschappelijke beoordelingskader ziet op gevallen waarin sprake is van een vormverzuim waarbij het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM niet (rechtstreeks) aan de orde is, maar waarbij het gaat om de schending van een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel. In die gevallen geldt als belangrijk uitgangspunt dat de omstandigheid dat de verkrijging van onderzoeksresultaten gepaard is gegaan met een vormverzuim dat betrekking heeft op een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel dan het recht op een eerlijk proces, niet eraan in de weg staat dat die resultaten voor het bewijs van het tenlastegelegde feit worden gebruikt. Is echter sprake van een ernstige schending van een strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel, dan kan onder omstandigheden toepassing van bewijsuitsluiting noodzakelijk worden geacht als rechtsstatelijke waarborg en als middel om met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden en daarmee als middel om te voorkomen dat vergelijkbare vormverzuimen in de toekomst zullen plaatsvinden.”<sup>45</sup>*

Niet kan worden uitgesloten dat een eventuele inbreuk op art. 8 EVRM bij de verwerking van de EncroChat berichten niet ook een *ernstige* schending van dat rechtsbeginsel oplevert. In dat geval zal bewijsuitsluiting mogelijk ook noodzakelijk zijn als rechtsstatelijke waarborg en als middel om vergelijkbare onrechtmatige bewijsvergaring te voorkomen. Gewezen kan worden op de grote hoeveelheid EncroChat gebruikers jegens wie mogelijk ook op onrechtmatige wijze bewijs is verzameld. Indien onrechtmatig verkregen EncroChat berichten wel voor het bewijs worden gebruikt, zal een verkeerd signaal naar de opsporingsautoriteiten worden verzonden. Het heeft er alle schijn van dat politie en justitie bij de kraak van Encrochat tot uitgangspunt hebben genomen dat het doel de middelen heiligt. De opsporing van nieuwe strafbare feiten stond voorop. Dat de gekozen handelswijze niet geheel in overeenstemming was met de wet, werd voor lief genomen. Wanneer dit daadwerkelijk ertoe heeft geleid dat op onrechtmatige wijze bewijs is verkregen, dient door middel van bewijsuitsluiting worden duidelijk gemaakt dat dit niet toelaatbaar is. Als dat niet gebeurt, zal naar de opsporingsautoriteiten het signaal worden verzonden dat ook bij een toekomstige onderschepping van bulk data het doel de middelen heiligt.

Maar zelfs als bewijsuitsluiting bij de onrechtmatige verwerking van de EncroChat berichten niet in beeld komt, zal strafvermindering mogelijk aan de orde kunnen komen. Volgens de Hoge Raad dient aan de hand van de volgende voorwaarden te worden beoordeeld of strafvermindering kan worden toegepast:

*“Strafvermindering, in die zin dat de hoogte van de op te leggen straf in verhouding tot de ernst van het verzuim wordt verlaagd, komt (...) slechts in aanmerking, indien aannemelijk is dat (a) de verdachte daadwerkelijk nadeel heeft ondervonden, (b) dit nadeel is veroorzaakt door*

---

<sup>45</sup> HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

*het verzuim, (c) het nadeel geschikt is voor compensatie door middel van strafvermindering, en (d) strafvermindering ook in het licht van het belang van het geschonden voorschrift en de ernst van het verzuim gerechtvaardigd is.”<sup>46</sup>*

Als de EncroChat berichten op onrechtmatige wijze zijn verwerkt, zal dat wel degelijk nadeel opleveren voor een individuele verdachte in wiens zaak berichten van EncroChat worden gebruikt. Een dergelijke onrechtmatigheid zal immers een schending van zijn recht op *private life* opleveren. Een schending van de privacy is ook geschikt voor compensatie door middel van strafvermindering. Het belang van art. 8 EVRM zal daaraan niet in de weg staan. Of de ernst van een eventueel verzuim voldoende is om strafvermindering te rechtvaardigen, zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de stukken met betrekking tot de verwerking van de EncroChat gegevens in Nederland. Op voorhand kan in ieder geval niet worden uitgesloten dat strafvermindering als sanctie in beeld komt op het moment dat EncroChat berichten in strijd met art. 8 EVRM zijn verkregen.

De conclusie is dat als de wijze waarop de EncroChat berichten binnen het onderzoek 26Lemont door de Nederlandse opsporingsautoriteiten zijn verwerkt jegens een verdachte inbreuk heeft gemaakt op art. 8 EVRM, dat van belang kan zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv in de strafzaak tegen die verdachte.

### **3.3. Equality of arms**

Het is dan nog de vraag wat het gevolg is als de stukken met betrekking tot de verwerking van de EncroChat berichten in Nederland – stukken die mogelijk informatie bevatten over een jegens de verdachte begane onrechtmatigheid die relevant is voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv – niet ter beschikking van de verdediging worden gesteld. Wij verwijzen in dat verband naar het juridisch kader dat wij in § 2.3. uiteen hebben gezet. De belangrijkste punten daarvan zullen wij nogmaals kort aanstippen.

Op grond van art. 6 EVRM heeft een verdachte recht op *equality of arms*, *adversarial proceedings* en *adequate time and facilities for the preparation of his defence*. Een belangrijk onderdeel van deze beginselen is dat de verdachte de beschikking krijgt over alle stukken die relevant kunnen zijn voor zijn verdediging.<sup>47</sup> Daaronder valt ook materiaal dat betrekking heeft op de rechtmatigheid van opsporingsbevoegdheden die jegens de verdachte zijn ingezet.<sup>48</sup> Van de verdachte mag worden verwacht dat hij specifieke redenen opgeeft waarom hij bepaalde stukken in wil zien, maar dat betekent niet dat er ook aanwijzingen moeten zijn dat het verzochte materiaal de verdachte daadwerkelijk vrij kan pleiten. Het is voldoende als de verdachte kan uitleggen waarom de verzochte documenten relevant zouden kunnen zijn voor de verdediging.<sup>49</sup> De rechter mag de validiteit van deze redenen onderzoeken, maar slechts als de rechter zich een

---

<sup>46</sup> HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

<sup>47</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (Matanović t. Kroatië), § 151 en EHRM 14 maart 2019, 36416/06 (Kobiashvili t. Georgië), § 56.

<sup>48</sup> EHRM 4 april 2017, 2742/12 (Matanović t. Kroatië), § 161.

<sup>49</sup> EHRM 24 februari 1994, 12547/86 (Bendenoun t. Frankrijk), § 52.

compleet beeld heeft kunnen vormen van de waarde van de verzochte stukken voor de verdediging kan de rechter oordelen dat deze informatie niet relevant is.<sup>50</sup> Er kunnen uitzonderingen worden gemaakt op het recht op kennisname indien dat strikt noodzakelijk is, bijvoorbeeld met het oog op de nationale veiligheid. In dat geval dienen er wel *counterbalancing measures* te worden getroffen die voldoende zijn om ervoor te zorgen dat het proces toch eerlijk is. Daarbij speelt ook het belang van de achtergehouden stukken mee. In *Mirilashvili*<sup>51</sup> opperde het EHRM de mogelijkheid om het recht op een *fair trial* te waarborgen door de zittingsrechter kennis te laten nemen van de achtergehouden stukken. Zo'n mogelijkheid kent het Nederlandse strafproces echter niet in verband met de interne openbaarheid. Andere *counterbalancing measures* laten zich moeilijk voorstellen.

Het voorgaande brengt met zich mee dat een verdachte wiens EncroChat berichten mogelijk voor het bewijs zullen worden gebruikt op grond van art. 6 EVRM recht heeft op kennisname van de stukken uit het onderzoek 26Lemont die betrekking hebben op de verwerking van de Encrochat berichten binnen Nederland. Uit dit schrijven blijkt immers dat deze stukken relevant kunnen zijn voor de verdediging. Beperking van dit recht op kennisname lijkt ons niet strikt noodzakelijk, aangezien de belangen die gemoeid zijn met de geheimhouding van de stukken uit het onderzoek 26Lemont niet opwegen tegen de zeer grootschalige inbreuk op de privacy van enkele duizenden Encrochat gebruikers die het gevolg was van de verwerking van de Encrochat berichten. Indien de beperking van het recht op kennisname wel noodzakelijk moet worden geacht, dienen er voldoende *counterbalancing measures* te worden getroffen om de eerlijkheid van het proces te waarborgen. Als de Encrochat berichten in de betreffende strafzaak een belangrijke rol spelen, dient dat te worden meegewogen. Er is eigenlijk per definitie sprake van een inbreuk op het recht op een *fair trial* als de zittingsrechter de betreffende stukken niet zelf kan raadplegen, waardoor niet zorgvuldig kan worden beoordeeld of deze stukken relevant zijn voor de verdediging.

### **3.4. Conclusie**

Het voorgaande brengt ons tot de volgende conclusie met betrekking tot de stukken ten aanzien van de verwerking van de Encrochat berichten in Nederland. Er is een reële kans dat deze berichten in strijd met art. 8 EVRM zijn verwerkt en dat dus onrechtmatig gehandeld is jegens een individuele verdachte wiens berichten verwerkt zijn. Indien dat het geval is, zal dat relevant zijn voor de beantwoording van de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv in de strafzaak tegen die verdachte. Een inbreuk op art. 8 EVRM kan immers ook een schending van art. 6 EVRM opleveren, in welk geval bewijsuitsluiting als sanctie in beeld komt. Maar ook als geen sprake is van een schending van het recht op een eerlijk proces, kan een inbreuk op art. 8 EVRM binnen het onderzoek 26Lemont langs de weg van art. 359a Sv mogelijk worden gesanctioneerd in de betreffende strafzaak. De verdediging dient dan ook de beschikking te krijgen over de betreffende stukken, zodat alle relevante verweren naar voren kunnen worden gebracht. Op grond van de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van art. 6 EVRM heeft de verdachte

---

<sup>50</sup> EHRM 15 januari 1997, 29835/96 (C.G.P. t. Nederland).

<sup>51</sup> EHRM 11 december 2008, 6293/04 (*Mirilashvili t. Rusland*), § 198.

ook *het recht* om kennis te nemen van alle stukken die mogelijk relevant zijn voor de verdediging. De verdediging moet kort aangeven waarom de verzochte stukken relevant zijn. Hiervoor hebben wij betoogd waarom de stukken uit het onderzoek 26Lemont relevant zijn als in een strafzaak berichten aan het dossier worden toegevoegd die bij de hack van EncroChat zijn verkregen. Kennisname van de stukken kan dan alleen worden geweigerd als dat strikt noodzakelijk is en er voldoende compenserende maatregel worden getroffen, zodat het recht op een *fair trial* alsnog gewaarborgd wordt.



#### 4. Concrete onderzoekswensen

Hiervoor hebben wij uitgebreid uiteengezet wat de juridische grondslag is waarop een verzoek kan worden gebaseerd tot het toevoegen aan het dossier van zowel de Franse stukken met betrekking tot de onderschepping van de EncroChat berichten als van de Nederlandse stukken uit het onderzoek 26Lemont met betrekking tot de verwerking van de EncroChat gegevens. Dan resteert alleen nog de vraag welke concrete stukken aan de processtukken dienen te worden toegevoegd en waarom deze stukken relevant zijn gelet op het reeds geïntroduceerde juridisch kader. Gedacht kan dan worden aan de volgende stukken:

*1. Het JIT-contract op basis waarvan de informatie die in Frankrijk is verzameld in het opsporingsonderzoek naar EncroChat aan het onderzoeksteam in het Nederlandse onderzoek 26Lemont is overgedragen.*

In het JIT-contract zijn de afspraken opgenomen die van belang waren voor de overdracht van de EncroChat berichten door Frankrijk aan Nederland. Dit contract kan informatie bevatten over de reikwijdte van het Franse en Nederlandse optreden en over de doelen die door Frankrijk en Nederland werden nagestreefd met de onderschepping van de EncroChat berichten. Deze informatie is van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of de onderschepping van de berichten op grond van de in Frankrijk en Nederland toegepaste wetsbepalingen in het betreffende geval *'foreseeable'* was. Ook bevat dit contract mogelijk informatie die kan worden gebruikt om te beoordelen of de privacy schendingen in Frankrijk en Nederland noodzakelijk waren in een democratische samenleving. Wanneer één van deze vragen negatief dient te worden beantwoord, betekent dit dat het handelen van Frankrijk en Nederland jegens een verdachte wiens EncroChat berichten zijn onderschept een schending van art. 8 EVRM opleverde en dus onrechtmatig was.

*2. Alle documenten waaruit blijkt dat beide JIT-partners bij het verzamelen van informatie over de gebruikers van EncroChat hebben gehandeld op basis van de geldende rechtsregels in het betreffende land. Voor zover deze documenten in de Franse taal zijn opgesteld dienen deze vertaald te zijn in de Nederlandse taal.*

Hiervoor hebben wij uiteengezet dat de inperking op het recht op *private life* van een verdachte die het gevolg was van de onderschepping en verwerking van diens EncroChat berichten door Frankrijk en Nederland enkel toelaatbaar was op grond van art. 8 EVRM als deze berustte op een voorzienbare toepassing van de wet. Wanneer de onderschepping en verwerking van de EncroChat gegevens niet in overeenstemming was met de geldende rechtsregels in het betreffende land, was deze toepassing van de wet niet voorzienbaar. In dat geval was het handelen van Frankrijk en/of Nederland in strijd met art. 8 EVRM en dus onrechtmatig.

*3. De Franse rechterlijke machtigingen inclusief verlengingen daarvan en de vorderingen daartoe op basis waarvan in het Franse onderzoek informatie van de gebruikers van EncroChat is vergaard. De vorderingen en machtigingen dienen vertaald te zijn in de Nederlandse taal.*

*4. De Franse processen-verbaal aangaande de wijze waarop de vergaarde informatie is verzameld en de wettelijke basis daarvan. Ook deze stukken dienen vertaald te zijn in de Nederlandse taal.*

*5. Alle processen-verbaal aangaande informatie die vóór de vorming van het JIT door de Franse autoriteiten is verzameld en later zijn ingevoegd in het JIT. Deze informatie is eerder door het OM opgevraagd middels een rechtshulpverzoek. De resultaten daarvan dienen dus, in het Nederlands vertaald, aan het dossier te worden toegevoegd.*

Op grond van deze documenten kan worden beoordeeld welke doelen de Franse autoriteiten met de onderschepping van de EncroChat berichten nastreefden, of er een wettelijke grondslag voor dit optreden was, of die wettelijke grondslag voldeed aan de vereisten van het EVRM en of daadwerkelijk werd voldaan aan de vereisten van de geldende wettelijke bepalingen. Dit is van belang voor de beantwoording van de vragen of de privacy schending door Frankrijk berustte op een voldoende duidelijke wettelijke grondslag en of de toepassing van deze wettelijke bepaling in het betreffende geval ook voorzienbaar was. Eveneens kan de informatie over de doelen die de Franse autoriteiten nastreefden van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of de onderschepping van de berichten noodzakelijk was in een democratische samenleving. Dit is relevant voor de beoordeling of het Franse optreden in overeenstemming was met de vereisten van art. 8 EVRM en dus rechtmatig was. Eveneens is deze informatie van belang voor beantwoording van de vraag of een eventuele inbreuk op art. 8 EVRM van dien aard was dat deze ook een schending van art. 6 EVRM opleverde.

*6. De rechterlijke machtiging gedateerd 27 maart 2020 uit het onderzoek 26Lemont welke is afgegeven door een Nederlandse Rechter-Commissaris ten behoeve van de analyse en het gebruik van de Franse onderzoeksresultaten in Nederlandse strafrechtelijke onderzoeken alsmede de daaraan ten grondslag liggende vordering.*

Aan de hand van de rechterlijke machtiging kan worden vastgesteld of het Nederlandse optreden voldeed aan de vereisten van de artikelen 126b Sv en 126t Sv en of de verwerking van de EncroChat gegevens in het betreffende geval in overeenstemming was met de afgegeven machtiging. De beantwoording van deze vragen is van belang voor de beoordeling of het handelen van Nederland op een voorzienbare toepassing van de wet berustte. Daarnaast bevat de machtiging mogelijk ook informatie over de doelen die met de verwerking van de gegevens werden nagestreefd. Dat is relevant voor de beantwoording van de vragen of het optreden van Nederland op grond van de wet voorzienbaar was en of dit noodzakelijk was in een democratische samenleving. De informatie is dan ook cruciaal voor de beoordeling of art. 8 EVRM is geschonden.

*7. Een afschrift van de oorspronkelijk aan de Rechter-Commissaris onder punt 6 genoemd, overgedragen lijst van opsporingsonderzoeken waarin georganiseerde verbanden, gebruikmakend van EncroChat nader worden beschreven. Voor zover het onderzoeksbelang in andere op de lijst staande onderzoeken hierdoor geschaad zou worden in elk geval een proces-verbaal waaruit blijkt of het betreffende onderzoek al dan niet op deze lijst voorkomt.*

Deze informatie is van belang om vast te kunnen stellen of in het betreffende geval is voldaan aan de vereisten van art. 126b Sv en of het optreden van Nederland in het onderhavige geval dus op een voorzienbare wetstoepassing beruiste. Aan de hand daarvan kan worden vastgesteld of art. 8 EVRM is geschonden.

*8. Het bij deze machtiging horende proces-verbaal met daarin waarborgen c.q. kaders opgesteld door de Rechter- Commissaris ten aanzien van de personen waarvan / waarover data ontvangen zouden worden.*

Wanneer niet in overeenstemming met deze waarborgen zou zijn gehandeld, zou de verwerking van de gegevens in het onderhavige geval op grond van art. 126b lid 1 jo. art. 126t Sv niet voorzienbaar zijn. Deze informatie is dus van belang voor de toetsing van het Nederlandse optreden aan de vereisten van art. 8 EVRM.

*9. Het bevel ex artikel 126b lid 1 onder sub 1, b en c Sv op basis waarvan in casu is binnengedrongen in geautomatiseerd werk bij georganiseerde criminaliteit.*

Aan de hand van dit bevel kan worden vastgesteld of het Nederlandse optreden voldeed aan de vereisten van de artikelen 126b Sv en 126t Sv en of de verwerking van de EncroChat gegevens in het onderhavige geval in overeenstemming was met de afgegeven machtiging. De beantwoording van deze vragen is van belang voor de beoordeling of het handelen van Nederland op een voorzienbare toepassing van de wet beruiste. Daarnaast bevat het bevel mogelijk ook informatie over de doelen die met de verwerking van de gegevens werden nagestreefd. Dat is relevant voor de beantwoording de vragen of het optreden van Nederland op grond van de wet voorzienbaar was en of dit noodzakelijk was in een democratische samenleving. De informatie is dan ook cruciaal voor de beoordeling of art. 8 EVRM is geschonden.

*10. Het proces-verbaal dan wel de processen-verbaal opgemaakt door de zaakofficieren uit onderzoek 26Lemont aangaande de analyse van informatie die gedeeld is met het onderzoeksteam in het betreffende onderzoek*

Deze processen-verbaal bevatten informatie over de precieze handelswijze van de Nederlandse opsporingsautoriteiten bij de verwerking van de EncroChat gegevens. Aan de hand van deze stukken kunnen dan ook mogelijk conclusies worden getrokken over de aard van de privacy schending die plaatsvond. Eveneens bevatten deze stukken mogelijk informatie over de doelen die de opsporingsambtenaren nastreefden en kan aan de hand hiervan worden beoordeeld of in overeenstemming met de wettelijke vereisten en de machtiging van de rechter-commissaris werd gehandeld. Dit is allemaal van belang om vast te kunnen stellen of de verwerking van de EncroChat berichten beruiste op een voorzienbare toepassing van de wet. Ook kan deze informatie worden gebruikt om vast te stellen of de verwerking van de gegevens noodzakelijk was in een democratische samenleving. De processen-verbaal zijn dus relevant voor de toetsing van de rechtmatigheid van het handelen van de Nederlandse opsporingsautoriteiten aan de hand van de vereisten van art. 8 EVRM.