

NLF 2024/956

Hoge Raad beantwoordt prejudiciële vragen over verschoningsrecht advocaten

Hoge Raad 12 maart 2024, 23/03504, ECLI:NL:HR:2024:375

SAMENVATTING

Door vier advocaten van een vermogensbeheerder is een kort geding aangespannen tegen de Staat. Het gaat in deze procedure om het verschoningsrecht. Door de advocaten is betoogd dat hun verschoningsrecht in deze procedure door de Staat structureel is geschonden. Namens de Staat – en door het Openbaar Ministerie (OM) – is erkend dat er in deze zaak fouten zijn gemaakt bij de omgang met verschoningsgerechtigd materiaal. Niettemin verschillen de advocaten en de Staat van mening over de juiste uitleg van de wet met betrekking tot het verschoningsrecht.

Hof Den Bosch heeft hierover zeven prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. Meer in het bijzonder gaat het in deze procedure om de situatie waarin door het OM een vordering tot verstrekking van gegevens is gericht aan een derde (in deze zaak: een hostingbedrijf).

De belangrijkste vraag is hoe moet worden gehandeld indien op enig moment blijkt of het vermoeden rijst dat zich tussen die gevorderde gegevens (in deze zaak: de bedrijfsadministratie van de vermogensbeheerder) materiaal bevindt dat valt onder het verschoningsrecht van de advocaat. Dat dit materiaal niet mag worden gebruikt in het strafproces staat niet ter discussie. De discussie gaat wel over de vraag of het uit die gegevens filteren van dit materiaal moet geschieden door of in opdracht van de rechter-commissaris, of onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie.

In dit arrest formuleert de Hoge Raad de uitgangspunten voor de te volgen procedure, en hij gaat daarbij in op vragen in welke gevallen tot filtering moet worden overgegaan, of filtering door of onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie dan wel de rechter-commissaris moet worden verricht, welke eisen daarbij gelden en in hoeverre hierbij een rol toekomt aan de verschoningsgerechtigde.

Zie ook Conclusie A-G Hartevelt, die een aanbeveling doet voor een grotere rol voor de rechter-commissaris (ECLI:NL:PHR:2023:1122).

NOOT

Deze beantwoording van prejudiciële vragen mag toch wel de apotheose genoemd worden van de aanval die het functioneel parket bij het Openbaar Ministerie (OM) al een jaar of twintig geleden heeft ingezet op het verschoningsrecht. Zeker in fiscale strafzaken, dan wel fraudezaken, zou het verschoningsrecht te ver zijn doorgeschooten, onwerkbaar zijn en aanpassing behoeven. Net als bij meer beginselen en grondrechten wordt de gedachtegang die erachter schuilgaat meestal wel onderschreven,

maar bij toepassing in het specifieke geval is het toch maar lastig en onhandig. Gelukkig blijft de Hoge Raad strak in de leer, houdt hij de beginselen hoog en zeker ook het verschoningsrecht. De poging om het fiscaal verschoningsrecht op een Wwft-achtige wijze wettelijk in te perken, heeft het overigens een paar jaar geleden ook niet gehaald.¹

Wat een soap werd

In een bij mijn weten vrij normaal fiscaal strafrechtelijk onderzoek naar een vermogensbeheerder (voor zover een dergelijk onderzoek normaal kan zijn), werden bij een hostingbedrijf voor e-mailverkeer bestanden in beslag genomen. In die bestanden is vervolgens gericht met specifieke zoekwoorden gezocht. Ook het mailverkeer van de betrokken advocaten is in het gespeur betrokken.

Dat heeft het functioneel parket geweten.

Een tsunami van procedures over en weer is het gevolg. Met als een van de opmerkelijke elementen het beslag van de advocaten onder het OM op alle door het OM in beslag genomen documenten en de bestanden waaruit blijkt wat daarmee is gebeurd. Vervolgens is er onder andere sprake van een klachtenregen over en weer en dit civiele kort geding. De onderliggende strafzaak, waar het in den beginne om te doen was, is inmiddels geseponeerd. Ik zal gekleurd zijn, maar wat toch beklijft, is een OM dat hardnekkig in een vlek blijft wrijven, kennelijk niet wetende dat die daardoor alleen maar groter wordt.

De bestreden werkwijze

In een noot is geen recht te doen aan het hele conflict. De geïnteresseerde lezer kan ik gemakkelijk voor een vollediger beeld verwijzen naar de conclusie van de A-G. Duidelijk was al dat, op enkele uitzonderingen na, alles wat aan (onder andere) een advocaat is toevertrouwd geheim moet blijven en moet worden vernietigd, als het (toch) in beslag is genomen. De strijd ging dus niet zozeer over de reikwijdte van het verschoningsrecht, maar over de manier waarop daar recht aan wordt gedaan. Het OM had hiervoor beleid opgesteld, dat lacunes bevatte. Zeker bij inbeslagname van een enorme hoeveelheid aan data is het aan de buitenkant niet te zien dat er geheimhoudersstukken tussen zitten. Als het niet direct apart kan worden gehouden, moet het dus uitgefilterd worden. Daar kwam een onder de officier van justitie werkende medewerker geheimhouding om de hoek kijken. Die vernietigde de geheim te houden informatie niet, maar hij maakte het onleesbaar (het zogenoemde 'uitgrijzen' en 'Chinese walls'). Alles om ervoor te zorgen dat diegenen die bij het opsporingsonderzoek zijn betrokken niet kennismaken van dat wat vertrouwelijk moet blijven.

In dit dossier wordt pijnlijk duidelijk dat de 'Chinese walls' niet hebben gefunctioneerd. Het lijkt er meer op dat door dat wat vertrouwelijk moest blijven uit te filteren, de kat op het spek was gebonden. De officieren van justitie waren het onderling al niet eens, zo blijkt uit de diverse procedures. Ook de procedures die erop zijn gevolgd (bijvoorbeeld de gegrond verklaarde klachten) lijken alleen maar te benadrukken dat het verschoningsrecht bij het OM niet in goede handen is (geweest). Met als dieptepunt een aangifte tegen de twee zaakofficieren van justitie wegens inbreuk op de advocatuurlijke geheimhoudingsplicht. Die aangifte strandde maar ternauwernood voor Hof Den Haag waar een klacht tegen de niet-vervolgving van beiden werd ingesteld: volgens dat Hof hadden de officieren van justitie

¹ Zie ook N. van den Hoek en M.B. Weijers, 'Van dergelijke consultatievoorstellen wil men verschoond blijven', WFR 2020/189.

wel degelijk opzettelijk die geheimhouding geschonden, maar hadden ze dat in de uitoefening van hun functie gedaan, waardoor zij werden beschermd door de immunitieit die staatsorganen nu eenmaal van strafrechtelijke vervolging hebben.

De prejudiciële vragen

Het Hof heeft in het hoger beroep van het (ook al door de Staat verloren) kort geding prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. De eerste lichtelijk retorische vraag is of maatregelen ter waarborging van het verschoningsrecht dienen te worden genomen indien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudergegevens bevinden (bijvoorbeeld omdat bekend is dat de verdachte is of wordt bijgestaan door een advocaat). Het vervolg, 'zo ja, welke?', maakt het natuurlijk boeiend. Dat is relatief uitzonderlijk, want min of meer wordt aan de Hoge Raad gevraagd een praktische invulling te geven aan het probleem. Of de rechter-commissaris er bij het geven van zijn machtiging door het OM op moet worden gewezen dat de kans op geheimhoudersgegevens te verwachten valt, is dan nog vrij eenvoudig te implementeren. Als het mogelijk is bij het toegepaste opsporingsmiddel, moeten die gegevens als uitgangspunt ook niet worden opgevraagd. Maar soms is dat niet mogelijk. Moeten er dan technische voorzieningen worden getroffen ter voorkoming (denk aan het uitslaan van af luisterapparatuur bij geheimhoudersnummers) dat de gegevens 'binnenkomen'? Die kwestie is direct al veel complexer. De belangrijkste vragen zien (verder) op de vraag of het de officier van justitie moet zijn die verantwoordelijk is, of de rechter-commissaris.

Beantwoording door de Hoge Raad

De Hoge Raad geeft aan dat politie (inclusief de FIOD) en justitie moeten doen wat nodig is om inbreuken op het verschoningsrecht te voorkomen. Daarmee worden de eerste vragen bevestigend beantwoord. Ook over de taakverdeling tussen rechter-commissaris en officier van justitie is de Hoge Raad duidelijk. Alleen als uitfiltering kan zonder kennisneming van de inhoud, mag het OM het zelf (blijven) doen. In andere gevallen is inschakeling van de rechter-commissaris vereist. De 'fittie' tussen het OM en de rechtspraak, of binnen de rechtspraak, waarbij sommige rechtbanken weigerden om een dergelijke – volgens hen buitenwettelijke, maar waarschijnlijk vooral tijdrovende – taak te verrichten, is daarmee ook beslecht.

De rechter-commissaris mag opsporingsambtenaren inzetten bij de werkzaamheden die nodig zijn om te bepalen of bepaalde stukken daadwerkelijk onder het verschoningsrecht vallen, of toch niet. Dat moet ook (voorlopig) wel want het kabinet van de rechter-commissaris heeft de bemensing niet om dit er even bij te doen. Zeker niet omdat de Hoge Raad ook nog even als uitgangspunt hanteert dat de geheimhouder (bij twijfel) in beginsel zelf bevraagd moet worden over de vertrouwelijkheid van zijn correspondentie. Er is ook al langer te zien dat de rechter-commissaris FIOD-ambtenaren vraagt om de filtering te doen onder zijn toezicht. Vraag is wel of hiermee de problemen dan zijn opgelost. De betrouwbaarheid van een echte 'Chinese wall' binnen de FIOD is dan nog immer kwestieus.

Het probleem met het beleid van het OM was in mijn ogen niet voornamelijk de keuzes die daarin zijn gemaakt, maar dat 'de mensch nieuwsgieriger is dan goed voor hem is'. De 'Chinese walls' werkten niet. Als je op dezelfde gang blijft zitten als voorheen, met dezelfde collega's aan de koffieautomaat staat, hou je dan onder supervisie van de rechter-commissaris wel geheim wat geheim moet blijven, terwijl je dat onder de supervisie van het OM niet deed? Ik denk overigens wel dat rechters de geheimhouding

beter op waarde weten te schatten dan het OM. Dus wellicht bevekt dat de mensen die ze inschakelen. Wat ook niet onbelangrijk is: de Hoge Raad maakt uit dat 'vernietigen' echt vernietigen is. Voor zover dat nog uitleg nodig had: dat is dus iets anders dan het door het OM befaamd gemaakte 'uitgrijzen' waardoor geheimhouderscorrespondentie toch te pas en te onpas weer kon oppoppen.

mr. B.J.G.L. Jaeger

Jaeger Advocaten-belastingkundigen

BRON ECLI:NL:HR:2024:375

Prejudiciële beslissing in de zaak van de Staat der Nederlanden (het OM, de FIOD en de Belastingdienst), gevestigd te Den Haag, appellant in hoger beroep, hierna: de Staat, advocaat in de prejudiciële procedure: G.C. Nieuwland, tegen

1. advocaat 1, wonende te woonplaats, hierna: Advocaat 1,
2. advocaat 2, wonende te woonplaats, hierna: Advocaat 2,
3. advocaat 3, wonende te woonplaats, 4. advocaat 4, wonende te woonplaats, geïntimeerden in hoger beroep, hierna gezamenlijk: de Advocaten, advocaat in de prejudiciële procedure: W.H. van Hemel.

1. De prejudiciële procedure

Bij tussenarrest in de zaak 200.310.320/01 van 5 september 2023 heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch op de voet van art. 392 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

De Staat en de Advocaten hebben schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend, voor de Staat mede door M.F.H. Hirsch Ballin en voor de Advocaten mede door T.R.B. de Greve.

Na daartoe desgevraagd in de gelegenheid te zijn gesteld, hebben D.M. de Knijff, advocaat bij de Hoge Raad, namens de Nederlandse Orde van Advocaten, F.E. Vermeulen advocaat bij de Hoge Raad, namens het Dekenberaad, en K. Aantjes en J.C. Zevenberg, advocaten bij de Hoge Raad, namens de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten en de Nederlandse Vereniging van Jonge Strafrechtadvocaten, op de voet van art. 393 lid 2 Rv schriftelijke opmerkingen ingediend.

De advocaten van de Staat en de Advocaten hebben schriftelijk op de opmerkingen van elkaar en derden gereageerd.

De conclusie van de Advocaat-Generaal A.E. Harteveld strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen zoals in de conclusie onder 10.1 t/m 10.14 weergegeven.

De advocaten van de Staat en de Advocaten hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd. De advocaat van de Staat heeft bezwaar gemaakt tegen een passage in de schriftelijke reactie van de Advocaten. De advocaten van de Advocaten hebben op dat bezwaar gereageerd. De Hoge Raad heeft de desbetreffende passage buiten beschouwing gelaten omdat daarin nieuwe feitelijke stellingen en fragmenten uit een niet in het geding gebracht proces-verbaal zijn opgenomen, die niet worden gerechtvaardigd door nieuwe elementen in die conclusie van de Advocaat-Generaal. Daarvoor is,

behoudens uitzonderlijke omstandigheden, in de reactie op de conclusie van de Advocaat-Generaal geen plaats.² Van dergelijke omstandigheden is niet gebleken.

2. Inhoudsopgave

Deze prejudiciële beslissing is opgebouwd uit de volgende rubrieken:

3. Inleiding (3.1-3.2) 4. Uitgangspunten en feiten 5. Prejudiciële vragen 6. Voorafgaande beschouwing over het verschoningsrecht bij de toepassing van art. 126ng/ug Sv (6.1.1-6.8.2)

6.1. Wettelijk en verdragsrechtelijk kader (6.1.1-6.1.4)

6.2. Grondslag van het verschoningsrecht en het object van het verschoningsrecht (6.2.1-6.2.3)

6.3. Het wettelijke regiem (6.3.1-6.3.6)

6.4. Wettelijke leemtes en aansluiting bij het 'klassieke domein' (6.4.1-6.4.3)

6.5. Te hanteren uitgangspunten (6.5.1-6.5.7)

Verplichtingen bij een redelijk vermoeden dat de vordering geprivilegieerde gegevens betreft (6.5.1-6.5.3)

Kennisneming van de gegevens (6.5.4-6.5.6)

Rol van de verschoningsgerechtigde (6.5.7)

6.6. Filtering van gegevens (6.6.1-6.6.9)

6.7. Vernietiging van gegevens (6.7.1-6.7.2)

6.8. Vormverzuimen (6.8.1-6.8.2)

7. Beantwoording van de prejudiciële vragen (7.1.1-7.4)

7.1. De eerste en de tweede prejudiciële vraag (7.1.1-7.1.3)

7.2. De derde prejudiciële vraag (7.2.1-7.2.3)

7.3. De vierde prejudiciële vraag (7.3)

7.4. De vijfde prejudiciële vraag (7.4)

8. Beslissing

3. Inleiding

3.1. Deze zaak gaat over het verschoningsrecht van advocaten en andere tot geheimhouding verplichte functioneel verschoningsgerechtigden, als bedoeld in art. 218 Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) in het geval dat het openbaar ministerie gegevens vordert van een aanbieder van een communicatiedienst, zoals in dit geval een hostingbedrijf voor e-mailverkeer. Meer specifiek betreft het de vordering van gegevens van een aanbieder van een communicatiedienst op grond van art. 126ng lid 2 of art. 126ug lid 2 Sv (hierna ook: 126ng/ug lid 2 Sv). De prejudiciële vragen stellen aan de orde welke regels in dat geval gelden als het strafrechtelijk onderzoek is gericht tegen een ander dan de functioneel verschoningsgerechtigde (hierna kortweg: verschoningsgerechtigde), terwijl op voorhand niet duidelijk is of en, zo ja, in hoeverre de gevorderde gegevens onder een functioneel verschoningsrecht vallen.

² Vgl o.a. HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1066, rov. 2.4.2-2.4.3 en HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1104, onder 1.

Een op deze situatie toegesneden wettelijke regeling ontbreekt. De Hoge Raad zal daarom in deze uitspraak enkele vuistregels formuleren voor de te volgen procedure(s). Die vuistregels worden gebaseerd op uitgangspunten die samenhangen met art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), passen in het stelsel van de wet en aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen. Van belang is daarbij mede (de rechtspraak over) de wettelijke regeling die in het kader van de doorzoeking en de inbeslagneming van voorwerpen ten aanzien van het verschoningsrecht geldt. De Hoge Raad zal in het bijzonder ingaan op de rol van de rechter-commissaris bij de waarborging van het verschoningsrecht.

3.2. Een deel van de prejudiciële vragen, zoals de onder 1b geformuleerde vraag of bepaalde “technische voorzieningen” moeten worden getroffen, betreft in belangrijke mate kwesties van technische, beleidsmatige, organisatorische en financiële aard. Wat betreft deze aspecten gaat de beantwoording van de prejudiciële vragen de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten. Het is om die reden dat de Hoge Raad in deze prejudiciële beslissing volstaat met het benoemen van enkele te hanteren uitgangspunten die – zolang niet is voorzien in een wettelijke regeling op dit punt – in ieder geval in acht moeten worden genomen.

4. Uitgangspunten en feiten

In deze procedure vorderen de Advocaten onder meer dat de Staat wordt bevolen de in het arrest van het hof van 2 mei 2023 onder 3.1.1 bedoelde maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de vertrouwelijkheid van de relatie cliënt-advocaat wordt geëerbiedigd.

Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten.

Opsporingsonderzoek

(i) Vanaf 4 juli 2013 hebben rechercheurs van de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst (hierna: FIOD) onder leiding van officieren van justitie in het functioneel parket te 's-Hertogenbosch onderzoek gedaan naar een vermogensbeheerder, haar dochtervennootschappen en hun bestuurders (hierna: de vermogensbeheerder, en tezamen: de vermogensbeheerder c.s.) ter zake van een verdenking van valsheid in geschrift en witwassen.

(ii) Vanaf maart 2015 hebben de Advocaten rechtsbijstand verleend aan de vermogensbeheerder c.s.. De Advocaten hebben dit gemeld bij het openbaar ministerie en de FIOD.

Vordering tot verstrekking van gegevens door hostingbedrijf

(iii) Op 4 september 2015 heeft de FIOD namens het openbaar ministerie, na machtiging daartoe van de rechter-commissaris, op grond van art. 126ng/ug Sv de verstrekking van gegevens gevorderd van het hostingbedrijf waar de vermogensbeheerder c.s. hun e-mailverkeer hadden ondergebracht.

(iv) Een medewerker van het hostingbedrijf heeft aan deze vordering gevolg gegeven door de aan de vermogensbeheerder gerelateerde databestanden (ongeveer 2.000.000 bestanden) te kopiëren naar een externe USB harde schijf van de FIOD.

(v) De vermogensbeheerder c.s. en de Advocaten zijn achteraf van deze vordering op de hoogte gesteld.

Kennisneming van gegevens die vermoedelijk onder het verschoningsrecht vallen

(vi) Medewerkers van de FIOD hebben de bestanden doorzocht aan de hand van gerichte, op de zaak toegesneden zoektermen. Zij hebben daarbij ook kennisgenomen van de inhoud van e-mails die, omdat deze afkomstig waren van of bestemd waren voor het kantoor van de Advocaten, vermoedelijk onder het verschoningsrecht van de Advocaten vallen. Het betrof in elk geval een e-mail van 30 maart 2015 (DOC-551), afkomstig van een van de verdachten aan Advocaat 1.

(vii) Aan de hand van de inhoud van deze e-mails ontstond bij het onderzoeksteam de indruk dat het verschoningsrecht door Advocaat 1 werd misbruikt. Hierbij ging het om het voorstel van Advocaat 1 om een opdracht aan BDO Accountants en Belastingadviseurs B.V. (hierna: BDO) voor het uitvoeren van een onderzoek bij de vermogensbeheerder c.s. te laten verstrekken door advocatenkantoor Stibbe opdat het onderzoek onder het verschoningsrecht zou vallen.

(viii) In verband met het vermeende misbruik van het verschoningsrecht heeft de Staat ongeveer 15 e-mailberichten die (mogelijk) onder het verschoningsrecht van de Advocaten vallen, verstrekt aan (het kantoor van) de landsadvocaat met het oog op advisering over een afzonderlijk tuchtrechtelijk onderzoek tegen Advocaat 1. Deze e-mails zijn binnen het kantoor van de landsadvocaat bewaard gebleven en niet vernietigd.

(ix) In het kader van andere op het onderzoek toegesneden zoekslagen werd vervolgens gestuit op andere e-mailcorrespondentie met daarin de onderwerpregel 'vertrouwelijk' en/of 'geprivilegieerd' vermeld (of iets vergelijkbaars), al dan niet in combinatie met de toevoeging 'advocaat'. De vaststellingen van het hof over de manier waarop de bij het strafrechtelijk onderzoek betrokken personen met betrekking tot de betreffende gegevens hebben gehandeld, zijn weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal, onder 3.5 sub 3.1.10 tot en met 3.1.19.

(x) De gevolgde procedure heeft onder meer hieruit bestaan dat opsporingsambtenaren van de FIOD met behulp van zoektermen ongeveer 3.000 bestanden hebben geselecteerd als mogelijke 'geheimhoudersgegevens'. Vervolgens zijn die bestanden aan een zogeheten 'medewerker geheimhouder' van de FIOD ter beschikking gesteld, die op basis van een zogenoemde 'kop-staart-beoordeling' heeft onderzocht of inderdaad mogelijk sprake was van 'geheimhoudersstukken'. Ongeveer 150 aldus geselecteerde bestanden zijn vervolgens voorgelegd aan een 'geheimhouder officier van justitie'. Deze heeft, op basis van een inhoudelijke beoordeling, 50 van deze (ongeveer) 150 bestanden aangemerkt als 'geheimhoudersstuk'. De resterende (ongeveer) 100 bestanden (die dus niet als 'geheimhoudersstuk' zijn aangemerkt) zijn ter beschikking van het onderzoeksteam gesteld.

Met deze procedure samenhangende procedures

(xi) De via het hostingbedrijf verkregen e-mails en bestanden hebben aanleiding gegeven tot verdere opsporingsactiviteiten, waaronder een doorzoeking ter inbeslagneming op grond van art. 96c Sv bij BDO.

(xii) Advocaat 1, Advocaat 2 en een toenmalige kantoorgenoot hebben naar aanleiding hiervan een klaagschrift als bedoeld in art. 98 lid 4 Sv ingediend in verband met het verschoningsrecht met betrekking tot het beslag onder BDO.

(xiii) De rechtbank Oost-Brabant heeft het klaagschrift gegrond verklaard en de teruggave gelast van de bij het accountantskantoor in beslag genomen stukken, voor zover het stukken betreft die betrekking hadden op een onderzoek dat de Advocaten aan het accountantskantoor hadden opgedragen, en alle informatie die de door de Advocaten ingeschakelde onderzoeker onder zich had. De

rechtbank heeft in dat verband geoordeeld dat de betreffende stukken moeten worden aangemerkt als 'geheimhoudersstukken'.

(xiv) De aan de onderhavige procedure ten grondslag liggende strafzaak is inmiddels geseponeerd.

(xv) De procedures die in de onderliggende strafzaak zijn gevolgd zijn aanleiding (geweest) tot een aantal civielrechtelijke procedures (zie o.a. HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273 en HR 16 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1891). Daarnaast hebben tuchtrechtelijke procedures plaatsgevonden voor de Accountantskamer.

5. Prejudiciële vragen

Het hof³ heeft in zijn arrest van 5 september 2023 op de voet van art. 392 e.v. Rv de volgende prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad:

“Vraag 1

Dienen maatregelen ter waarborging van het verschoningsrecht te worden genomen indien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudergegevens bevinden (bijvoorbeeld omdat bekend is dat de verdachte is of wordt bijgestaan door een advocaat), en, zo ja, welke?

Meer in het bijzonder doen zich ten aanzien van een dergelijke situatie de volgende subvragen voor:

- a) Dient in het proces-verbaal bij de vordering waarmee de machtiging aan de rechter-commissaris wordt gevraagd, kenbaar te worden gemaakt dat de verdachte op wie het onderzoek zich richt, is of wordt bijgestaan door een advocaat en dus te verwachten valt dat zich bij de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudersgegevens bevinden?
- b) Mag van de Staat verlangd worden dat er technische voorzieningen getroffen worden, zodat de kans op het stuiten op mogelijke geheimhoudersinformatie zo klein mogelijk is en zo ja, welke (bijvoorbeeld het (laten) filteren van e-mails met bepaalde extensies)?

Vraag 2

a. Indien te verwachten valt dat zich onder de te vorderen gegevens mogelijke geheimhoudergegevens bevinden (bijvoorbeeld omdat bekend is dat de verdachte is of wordt bijgestaan door een advocaat), dient dan in het licht van artikel 126aa Sv, artikel 4 van het Besluit⁴ en de relevante jurisprudentie een selectie/filtering te worden verricht, waarbij de gegevens worden aangemerkt ofwel als evident niet geheimhoudersgegevens ofwel als mogelijke geheimhoudersgegevens? Zo ja, komt de rechter-commissaris of de officier van justitie deze bevoegdheid toe? In hoeverre is daarbij relevant of dit selecteren/filteren mogelijk is zonder (enige) kennisname van de mogelijke geheimhoudersgegevens?

b. Indien het opsporingsteam (tijdens het onderzoek) stuit op (mogelijke) geheimhoudersgegevens, wie dient dan in het licht van artikel 126aa Sv, artikel 4 van het Besluit en de relevante jurisprudentie de selectie/filtering te verrichten, waarbij de gegevens worden aangemerkt ofwel als evident niet geheimhoudersgegevens ofwel als

3 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 september 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:2816.

4 De Hoge Raad begrijpt: Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken.

mogelijke geheimhoudersgegevens? Komt de rechter-commissaris of de officier van justitie deze bevoegdheid toe?

c. Indien de bevoegdheid aan de officier van justitie toekomt, kan de officier van justitie de selectie/filtering overlaten of delegeren aan een opsporingsambtenaar (al dan niet aangewezen als geheimhoudersmedewerker)? Is in dat geval toegestaan dat de gegevens die door de opsporingsambtenaar als evident niet geheimhoudersgegevens dienen te worden beschouwd, door de opsporingsambtenaar worden vrijgegeven aan het opsporingsteam?

Vraag 3

Indien het antwoord op de vragen 2a en/of 2b luidt dat de rechter-commissaris die bevoegdheid toekomt, dan doen zich de volgende vragen voor. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de volgende categorieën mogelijke geheimhoudersgegevens te onderscheiden zijn:

- i. geheimhoudersgegevens;
- ii. "andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon" zoals bedoeld in artikel 126aa Sv tweede lid;
- iii. de uiteindelijk door de rechter-commissaris als niet geheimhoudersgegevens beoordeelde gegevens (de zogenaamde "false positives").

Het hof gaat ervan uit dat door de rechter-commissaris zal worden beoordeeld welke gegevens in welke van de drie categorieën vallen. Wat dient er vervolgens wanneer met elk van deze categorieën te gebeuren, en onder welke voorwaarden?

Vraag 4

Indien het antwoord op de vragen 2a en/of 2b luidt dat de officier van justitie die bevoegdheid toekomt, dan doen zich de onderstaande vragen a, b1 tot en met b3 en c voor. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de volgende drie categorieën mogelijke geheimhoudersgegevens te onderscheiden zijn:

- i. geheimhoudersgegevens
- ii. "andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon" zoals bedoeld in artikel 126aa Sv tweede lid;
- iii. de uiteindelijk door de rechter-commissaris (de Hoge Raad begrijpt: officier van justitie) als niet geheimhoudersgegevens beoordeelde gegevens (de zogenaamde "false positives").
 - a) Mag de beoordeling welke gegevens in welke van de drie categorieën vallen plaatsvinden door de officier van justitie?
 - b) Zo ja, dan doen zich de volgende subvragen voor over eventuele maatregelen die dan genomen dienen te worden ter waarborging van het verschoningsrecht:

1. Is de door de Staat gehanteerde werkwijze met een geheimhoudersofficier en/of een geheimhoudersmedewerker in overeenstemming met artikel 126aa Sv? Is in overeenstemming met dit artikel

dat de geheimhoudersofficier in voorkomend geval beslist dat gegevens die uiteindelijk naar het oordeel van de geheimhoudersofficier niet vallen onder het verschoningsrecht worden vrijgegeven aan het opsporingsteam? Is in overeenstemming met artikel 126aa Sv dat de geheimhoudersmedewerker in voorkomend geval beslist dat gegevens die uiteindelijk naar het oordeel van de geheimhoudersmedewerker niet vallen onder het verschoningsrecht door hem worden vrijgegeven aan het opsporingsteam?

2. Indien de werkwijze met een geheimhoudersofficier en/of een geheimhoudersmedewerker is toegestaan, waarborgt de aan het slot van rov. 3.5.4 genoemde roulatieregeling⁵ dan voldoende afstand tot de opsporing, of dienen bepaalde extra (organisatorische) maatregelen in acht te worden genomen?

3. Dienen technische maatregelen te worden genomen, om de bij de onder a) bedoelde beoordeling inhoudelijke kennisname van de gegevens zo beperkt mogelijk te houden, en zo ja, welke?

Het hof neemt in aanmerking dat voor wat betreft de geheimhoudersgegevens (categorie i) en de "andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon" zoals bedoeld in artikel 126aa Sv tweede lid (categorie ii), in dat geval de werkwijze als beschreven in artikel 126aa Sv geldt.

c) Mogen de uiteindelijk door de officier van justitie als niet geheimhoudersgegevens beoordeelde gegevens (categorie iii, de zogenaamde "false positives") vrijgegeven worden aan het opsporingsteam en zo ja, onder welke voorwaarden?"

Vraag 5

Vloeit uit artikel 126aa lid 2 Sv (eerste twee zinnen) voort dat gegevens als in die bepaling bedoeld ook niet buiten het strafproces door de Staat mogen worden gebruikt?"

6. Voorafgaande beschouwing over het verschoningsrecht bij de toepassing van art. 126ng/ug Sv

6.1. Wettelijk en verdragsrechtelijk kader

6.1.1. De volgende bepalingen uit het Wetboek van Strafvordering zijn van belang.

- Art. 96a leden 1 en 3 Sv:

"1. In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, kan de opsporingsambtenaar een persoon die redelijkerwijs moet worden vermoed houder te zijn van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp bevelen dat hij dit ter inbeslagneming zal uitleveren.

3. Op grond van hun bevoegdheid tot verschoning zijn niet verplicht aan het bevel te voldoen:

a. (...);

b. de personen bedoeld bij de artikelen 218 en 218a, voorzover de uitlevering met hun plicht tot geheimhouding in strijd zou zijn;

5 De Hoge Raad begrijpt: de mogelijkheid dat opsporingsambtenaren bij toerbeurt worden aangesteld als geheimhoudersmedewerker, terwijl zij tegelijkertijd opsporingsambtenaar zijn in een ander opsporingsonderzoek.

c. (...)."

- Art. 98 Sv.

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

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

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

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

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

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

- Art. 126ng leden 1-4 Sv, dat is geplaatst in Titel IVA ("Bijzondere bevoegdheden tot opsporing"), Negende afdeling ("Vorderen van gegevens"), van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering:

"1. Een vordering als bedoeld in artikel 126nc, eerste lid, 126nd, eerste lid, of 126ne, eerste en derde lid, en artikel 126nf, eerste lid kan worden gericht tot de aanbieder van een communicatiedienst in de zin van artikel 138g, voor zover de vordering betrekking heeft op andere gegevens dan die welke gevorderd kunnen worden door toepassing van de artikelen 126n en 126na. De vordering kan geen betrekking hebben op gegevens die zijn opgeslagen in het geautomatiseerde werk van de aanbieder en niet voor deze bestemd of van deze afkomstig zijn.

2. In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, dat gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert, kan de officier van justitie, indien het belang van het onderzoek dit dringend vordert, van de aanbieder van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot gegevens als bedoeld in de laatste volzin van het eerste lid, deze gegevens vorderen, voor zover zij klaarblijkelijk van de verdachte afkomstig zijn, voor hem bestemd zijn, op hem betrekking hebben of tot het begaan van het strafbare feit hebben gediend, of klaarblijkelijk met betrekking tot die gegevens het strafbare feit is gepleegd.

3. Een vordering als bedoeld in het tweede lid kan niet worden gericht tot de verdachte. Artikel 96a, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

4. Een vordering als bedoeld in het tweede lid kan slechts worden gedaan na voorafgaande schriftelijke machtiging, op vordering van de officier van justitie te verlenen door de rechter-commissaris. Artikel 126l, zevende lid, is van overeenkomstige toepassing.”

- Art. 126ug leden 1-4 Sv, dat is geplaatst in Titel V (“Bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband”) van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering:

“1. Een vordering als bedoeld in artikel 126uc, eerste lid, 126ud, eerste lid, of 126ue, eerste en derde lid, en artikel 126uf, eerste lid kan worden gericht tot de aanbieder van een openbaar of een niet-openbaar telecommunicatienetwerk, onderscheidenlijk de aanbieder van een openbare of een niet-openbare telecommunicatiedienst, voor zover de vordering betrekking heeft op andere gegevens dan die welke gevorderd kunnen worden door toepassing van de artikelen 126u en 126ua. De vordering kan geen betrekking hebben op gegevens die zijn opgeslagen in het geautomatiseerde werk van de aanbieder en niet voor deze bestemd of van deze afkomstig zijn.

2. In een geval als bedoeld in artikel 126o, eerste lid, kan de officier van justitie, indien het belang van het onderzoek dit dringend vordert, van de aanbieder van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot gegevens als bedoeld in de laatste volzin van het eerste lid, deze gegevens vorderen, voor zover zij klaarblijkelijk afkomstig zijn van een persoon ten aanzien van wie uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat deze betrokken is bij het in georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven, voor hem bestemd zijn, op hem betrekking hebben of hebben gediend tot het in dat georganiseerd verband beramen of plegen van een misdrijf, of klaarblijkelijk met betrekking tot die gegevens in dat georganiseerd verband een misdrijf wordt beraamd of gepleegd.

3. Een vordering als bedoeld in het tweede lid kan niet worden gericht tot de verdachte. Artikel 96a, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.

4. Een vordering als bedoeld in het tweede lid kan slechts worden gedaan na voorafgaande schriftelijke machtiging, op vordering van de officier van justitie te verlenen door de rechter-commissaris. Artikel 126l, zevende lid, is van overeenkomstige toepassing.”

- Art. 126zo Sv, dat is geplaatst in Titel VB (“Bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven”), Derde afdeling A (“Vorderen van gegevens”), van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering:

“1. Een vordering als bedoeld in artikel 126zk, eerste lid, 126zl, eerste lid, of 126zm, eerste lid, kan worden gericht tot de aanbieder van een communicatiedienst in de zin van artikel 138g, voor zover de vordering betrekking heeft op andere gegevens dan die welke gevorderd kunnen worden door toepassing van de artikelen 126zh en 126zi. De vordering kan geen betrekking hebben op gegevens die zijn opgeslagen in het geautomatiseerde werk van de aanbieder en niet voor deze bestemd of van deze afkomstig zijn.

2. Indien het belang van het onderzoek dit dringend vordert, kan de officier van justitie van de aanbieder van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot gegevens als bedoeld in het eerste lid, laatste volzin, deze gegevens vorderen.

3. De artikelen 126nd, derde tot en met vijfde en zevende lid, en 126ng, derde en vierde lid, zijn van overeenkomstige toepassing.”

- Art. 126aa leden 1-3 Sv:

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

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

3. De voeging bij de processtukken vindt plaats zodra het belang van het onderzoek het toelaat.”

- Art. 126bb leden 1-3 en 5 Sv:

“1. De officier van justitie doet aan betrokkene schriftelijk mededeling van de uitoefening van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc, zodra het belang van het onderzoek dat toelaat. De mededeling blijft achterwege, indien uitreiking van de mededeling redelijkerwijs niet mogelijk is.

2. Als betrokkenen in de zin van het eerste lid worden aangemerkt:

a. de persoon ten aanzien van wie een van de bevoegdheden van titel IVa, V, Va, Vb of Vc is uitgeoefend;

(...).

3. Indien de betrokkene de verdachte is, kan mededeling achterwege blijven, indien hij op grond van artikel 126aa, eerste of vierde lid, met de bevoegdheidstoepassing op de hoogte komt.

5. Degene tot wie een vordering als bedoeld in de artikelen 126nc tot en met 126ni, 126uc tot en met 126ui en 126zja tot en met 126zp is gericht neemt in het belang van het onderzoek geheimhouding in acht omtrent al hetgeen hem terzake van de vordering bekend is.”

- Art. 138g Sv:

“Onder aanbieder van een communicatiedienst wordt verstaan de natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf aan de gebruikers van zijn dienst de mogelijkheid biedt te communiceren met behulp van een geautomatiseerd werk, of gegevens verwerkt of opslaat ten behoeve van een zodanige dienst of de gebruikers van die dienst.”

- Art. 181 Sv:

“1. De officier van justitie kan vorderen dat de rechter-commissaris met het oog op de opsporing van een strafbaar feit onderzoekshandelingen verricht. Hij geeft daarbij een omschrijving van het feit waarop het onderzoek betrekking dient te hebben en van de door hem gewenste onderzoekshandelingen. De vordering wijst indien deze bekend is de verdachte aan.

2. De rechter-commissaris beslist bij een met redenen omklede beschikking.

3. De rechter-commissaris doet de vordering van de officier van justitie en zijn beslissing daaromtrent, indien deze bekend is aan de verdachte toekomen, tenzij het belang van het onderzoek zich daartegen verzet.”

- Art. 218 Sv:

“Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschoonen zij die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd.”

6.1.2. De in art. 126aa lid 2, tweede volzin, Sv bedoelde algemene maatregel van bestuur is het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken (hierna: Besluit).⁶ De volgende bepalingen daaruit zijn van belang.

- Art. 1, aanhef en onder b, Besluit:

“In dit besluit wordt verstaan onder:

b. geheimhouder: een persoon als bedoeld in artikel 218 van het Wetboek van Strafvordering;”

- Art. 4 Besluit:

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

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

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

6 Stb. 1999, 548, voor het laatst gewijzigd door Stb. 2016, 411.

4. In afwijking van het eerste lid kan de officier van justitie bij de uitoefening van de bevoegdheid tot het opnemen van telecommunicatie, bedoeld in de artikelen 126m, 126t en 126zg van het Wetboek van Strafvordering, bevelen dat processen-verbaal en andere voorwerpen die naar het oordeel van de opsporingsambtenaar mededelingen, bedoeld in het eerste lid, bevatten, terstond worden vernietigd, voor zover zij deze mededelingen behelzen. Het generieke bevel tot vernietiging is schriftelijk. Van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt dat de nummers van de vernietigde gesprekken en de datum en het tijdstip van de communicatie en van de vernietiging daarvan bevat. Het proces-verbaal van vernietiging wordt aan de officier van justitie gezonden.”

- Art. 5 leden 1 en 2 Besluit:

“1. Indien het proces-verbaal is opgeslagen op een afzonderlijke gegevensdrager, staat met de vernietiging van het proces-verbaal gelijk het op zodanige wijze bewerken van de gegevensdrager dat de gegevens die daaraan voor die bewerking konden worden ontleend, niet meer kenbaar zijn.

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

6.1.3. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) heeft in zijn beslissing in de zaak *Aalmoes e.a./Nederland* onder meer het volgende overwogen over de bescherming van het verschoningsrecht van advocaten bij het opnemen van telecommunicatie:

“In this connection and in agreement with the considerations of the Supreme Court in its judgment of 12 January 1999⁷, the Court considers that it is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for this reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged (see *Foxley v. the United Kingdom*, no. 33274/96, § 43, 20 June 2000). The suggestion that information conveyed by or to a lawyer in the latter's professional capacity is susceptible to interception, particularly by criminal investigation authorities who may have a direct interest in obtaining such information, is not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his or her clients. It is for this reason that, in principle, lawyers have in their professional contacts with clients a reasonable expectation of protection and respect for their professional privacy.

In order to secure respect for this reasonable expectation, it is therefore required that the interception of telecommunications be subject to an adequate system of supervision. In this area, faced with evolving and sophisticated technology and the possibility of human error or abuse, the Court considers that it is in principle desirable to entrust the supervisory control to a judge.”⁸

6.1.4. In zijn uitspraak in de zaak *Dudchenko/Rusland* heeft het EHRM het volgende overwogen over de waarborgen waaraan het recht ten minste moet voldoen om misbruik te voorkomen van verschoningsgerechtigd materiaal dat is verkregen door “measures of secret surveillance”:

7 ECLI:NL:HR:1999:ZD1402.

8 EHRM 25 november 2004, nr. 16269/02 (*Aalmoes e.a./Nederland*), ECLI:CE:ECHR:2004:1125DEC001626902.

“104. The Court reiterates that, while Article 8 protects the confidentiality of all correspondence between individuals, it will afford “strengthened protection” to exchanges between lawyers and their clients, as lawyers would be unable to defend their clients if they were unable to guarantee that their exchanges would remain confidential (see *Michaud v. France*, no. 12323/11, § 118, ECHR 2012, and *R.E. v. the United Kingdom*, no. 62498/11, § 131, 27 October 2015).

105. In its case-law the Court has developed the following minimum safeguards that should be set out in law in order to avoid abuses of power in cases where legally privileged material has been acquired through measures of secret surveillance.

106. Firstly, the law must clearly define the scope of the legal professional privilege and state how, under what conditions and by whom the distinction is to be drawn between privileged and non-privileged material. Given that the confidential relations between a lawyer and his clients belong to an especially sensitive area which directly concern the rights of the defence, it is unacceptable that this task should be assigned to a member of the executive, without supervision by an independent judge (see *Kopp v. Switzerland*, 25 March 1998, §§ 73 and 74, Reports of Judgments and Decisions 1998#II).

107. Secondly, the legal provisions concerning the examination, use and storage of the material obtained, the precautions to be taken when communicating the material to other parties, and the circumstances in which recordings may or must be erased or the material destroyed must provide sufficient safeguards for the protection of the legally privileged material obtained by covert surveillance. In particular, the national law should set out with sufficient clarity and detail: procedures for reporting to an independent supervisory authority for review of cases where material subject to legal professional privilege has been acquired as a result of secret surveillance; procedures for secure destruction of such material; conditions under which it may be retained and used in criminal proceedings and law-enforcement investigations; and, in that case, procedures for safe storage, dissemination of such material and its subsequent destruction as soon as it is no longer required for any of the authorised purposes (see *R.E. v. the United Kingdom*, cited above, §§ 138#39).⁹

6.2. Grondslag van het verschoningsrecht en het object van het verschoningsrecht

6.2.1. Op grond van art. 218 Sv kan degene die uit hoofde van zijn beroep tot geheimhouding is verplicht, zich op zijn verschoningsrecht beroepen over hetgeen waarvan de wetenschap aan hem als zodanig is toevertrouwd. Aan dit verschoningsrecht ligt ten grondslag dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden.¹⁰ Het verschoningsrecht ziet daarbij op de wetenschap die rechtstreeks verband houdt met de taakuitoefening van de verschoningsgerechtigde. Dit betekent dat een advocaat alleen een verschoningsrecht toekomt met betrekking tot de wetenschap die hij in de normale uitoefening van zijn beroep heeft verkregen, dat wil zeggen wat hem is toevertrouwd in het

9 EHRM 7 november 2017, nr. 37717/05 (*Dudchenko/Rusland*), ECLI:CE:ECHR:2017:1107JUD003771705, punten 104 t/m 107.

10 Vgl. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066. Zie in dit verband ook EHRM 7 november 2017, nr. 37717/05 (*Dudchenko/Rusland*), ECLI:CE:ECHR:2017:1107JUD003771705, punten 104 en 156, en HvJ EU 8 december 2022, zaak C-694/20 (*Orde van Vlaamse Balies e.a. tegen Vlaamse Regering*), ECLI:EU:C:2022:963, punten 25 t/m 28.

kader van zijn juridische dienstverlening aan een rechtzoekende die zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid van advocaat.¹¹

6.2.2. Algemeen uitgangspunt daarbij is dat het voor een beroep op het verschoningsrecht niet van belang is of de informatie waar het om gaat zich al dan niet bij de verschoningsgerechtigde zelf bevindt.¹² De bescherming van het verschoningsrecht strekt zich bijvoorbeeld uit tot geprivilegieerde gegevens van een verschoningsgerechtigde die zijn opgeslagen bij een aanbieder van een communicatiedienst, ook als die gegevens door toedoen van een cliënt daar zijn opgeslagen.

6.2.3. Het verschoningsrecht is in zoverre niet absoluut dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – ook betreffende datgene waarvan de wetenschap de verschoningsgerechtigde als zodanig is toevertrouwd – moet prevaleren boven de eerbiediging van het verschoningsrecht.¹³

6.3. *Het wettelijke regiem*

6.3.1. Kort samengevat en voor zover hier van belang komt de in 6.1.1 weergegeven regeling over de vordering van de in art. 126ng/ug lid 2 Sv bedoelde gegevens op het volgende neer.

6.3.2. De regeling ziet op gegevens als bedoeld in art. 126ng/ug lid 1, laatste volzin, Sv, die zijn opgeslagen bij een aanbieder van een communicatiedienst als bedoeld in art. 138g Sv. Het kan hierbij bijvoorbeeld om bewaarde e-mailberichten gaan.

Art. 126ng lid 2 Sv heeft betrekking op gevallen waarin sprake is van een “verdenking van een misdrijf”, zoals nader omschreven in die bepaling. Art. 126ug lid 2 Sv in samenhang met art. 126o lid 1 Sv maakt het mogelijk om ook als nog geen strafbaar feit is gepleegd de betreffende gegevens te vorderen in geval “uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in artikel 67, eerste lid, 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”.

Verder voorziet art. 126zo lid 2 Sv in samenhang met art. 126zk lid 1, art. 126zl lid 1 en art. 126zm lid 1 Sv in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf in de vordering van de daar bedoelde gegevens. De Hoge Raad zal zich hierna beperken tot de regeling van art. 126ng/ug Sv, maar voor de regeling van de vordering als bedoeld in art. 126zo lid 2 Sv geldt in de kern hetzelfde.

6.3.3. In verband met de bescherming van het verschoningsrecht is van belang dat op grond van art. 126ng/ug lid 4 Sv een machtiging van de rechter-commissaris aan zo'n vordering vooraf moet gaan. De rechter-commissaris moet daarbij onder meer toetsen of door het vorderen van gegevens een inbreuk wordt gemaakt op het verschoningsrecht. De machtiging kan onder voorwaarden worden verstrekt. Zo kan de rechter-commissaris ter bescherming van het verschoningsrecht bepalen dat de door de aanbieder van de communicatiedienst verstrekte gegevens meteen nadat gevolg is gegeven aan de vordering moeten worden ‘verzegeld’ en afgeleverd bij het kabinet van de rechter-commissaris.

11 Vgl. HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0526 en HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258, rov. 3.3.

12 Vgl. HR 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2783.

13 Vgl. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066.

6.3.4. Blijkt, nadat gevolg is gegeven aan de vordering, dat de gegevens (deels) “mededelingen behelzen gedaan door of aan” een persoon die zich op grond van art. 218 (of 218a) Sv op een verschoningsrecht kan beroepen, dan gelden de procedureregels van art. 126aa lid 2 Sv. Deze bepaling strekt tot bescherming van het verschoningsrecht en voorziet in een aantal uitzonderingen op de hoofdregel dat de gevorderde gegevens – onder meer ter rechterlijke controle en met het oog op de interne openbaarheid – bij de processtukken moeten worden gevoegd voor zover zij voor het onderzoek in de zaak van betekenis zijn, zodra het belang van het onderzoek dat toelaat (vgl. art. 126aa leden 1 en 3 Sv). Art. 126aa Sv bevat in verband hiermee voorschriften over de vernietiging van gegevens en over de voorwaarden waaronder voeging bij de processtukken toegelaten is. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de volgende drie categorieën gegevens.

- i. Op grond van de eerste volzin van art. 126aa lid 2 Sv moeten de mededelingen door of aan een verschoningsgerechtigd persoon als bedoeld in art. 218 (en 218a) Sv en die object van verschoningsrecht zijn, als bedoeld in 6.2.1 en 6.2.2, worden vernietigd.
- ii. Op grond van de derde volzin van art. 126aa lid 2 Sv geldt de verplichting tot vernietiging niet voor “andere mededelingen” door of aan zo’n verschoningsgerechtigde. Op de gronden die zijn weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 6.11 tot en met 6.15 moet worden aangenomen dat de wetgever hierbij heeft gedoeld op de mededelingen door of aan die verschoningsgerechtigde die niet object zijn van het verschoningsrecht. Deze gegevens kunnen slechts bij de processtukken worden gevoegd na machtiging van de rechter-commissaris.
- iii. Behoudens de hierna in 6.6.2 en 6.7.1 bedoelde gevallen kunnen de overige gegevens, dat wil zeggen gegevens waarbij geen sprake is van een mededeling door of aan een verschoningsgerechtigde, bij de processtukken worden gevoegd zonder dat daartoe een machtiging van de rechter-commissaris is vereist.

6.3.5. Het wettelijke stelsel voorziet verder in de mogelijkheid van belanghebbenden om op grond van art. 552a Sv beklag te doen tegen de kennisneming en het gebruik van de gegevens dan wel een verzoek te doen tot vernietiging daarvan. Onder die belanghebbenden kunnen ook verschoningsgerechtigden worden begrepen. Deze beklagmogelijkheid kan alleen worden geëffectueerd als de belanghebbende, onder wie de verschoningsgerechtigde, bekend is met de vordering tot de verstrekking van de gegevens. Dat zal niet zo zijn als – zoals vaak het geval is – de vordering tot het verstrekken van gegevens in het belang van het onderzoek buiten medeweten van die personen (heimelijk) wordt gedaan (vgl. art. 126bb leden 1 en 5 Sv). Van belang is verder dat art. 98 lid 4 Sv voorziet in een specifieke beklagmogelijkheid voor een verschoningsgerechtigde tegen een beschikking van de rechter-commissaris die op grond van art. 98 lid 3 Sv heeft beslist over – kort gezegd – inbeslagneming bij een verschoningsgerechtigde. Deze regeling is in de wet echter beperkt tot inbeslagneming en is niet van toepassing verklaard in relatie tot het vorderen van gegevens.

6.3.6. In het zeer bijzondere geval dat de vordering wordt gericht aan een aanbieder van een communicatiedienst die zelf een in art. 218 (of 218a) Sv bedoelde verschoningsgerechtigde is, wordt het verschoningsrecht in zoverre beschermd dat op grond van art. 126ng/ug leden 2 en 3 Sv in samenhang met art. 96a lid 3, aanhef en onder b, Sv¹⁴ de functioneel verschoningsgerechtigde niet verplicht is te

¹⁴ Vgl. ook art. 126ng/ug lid 5 en 126nd lid 2 Sv.

voldoen aan die vordering voor zover de verstrekking van de gegevens in strijd zou zijn met zijn plicht tot geheimhouding.

6.4. *Wettelijke leemtes en aansluiting bij het 'klassieke domein'*

6.4.1. Het thema van het verschoningsrecht bij de vordering van gegevens heeft de aandacht van de wetgever in verband met de voorgenomen modernisering van het Wetboek van Strafvordering. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van een nieuw Wetboek van Strafvordering wordt gesignaleerd dat het huidige wetboek niet is afgestemd op opsporingsbevoegdheden zoals het vorderen van gegevens, die “gebruik maken van moderne technieken of aansluiten op moderne vormen van verwerking van gegevens” en dat op dit punt sprake is van een “ontwrichting van het huidige wetboek”. Over het verschoningsrecht wordt opgemerkt dat de huidige wettelijke regeling zodanig is dat het “voor zowel de opsporende en vervolgende instanties als de verschoningsgerechtigde en de burger lastig [is] een volledig beeld te krijgen van de geldende regels” en dat “de huidige wettelijke regeling van het professioneel verschoningsrecht het geldende recht niet meer weerspiegelt”.¹⁵

6.4.2. De zojuist genoemde knelpunten doen zich onder meer voor bij de toepassing van de in 6.3.4 besproken regeling van de vernietiging van gegevens, zoals neergelegd in art. 126aa lid 2 Sv. Deze regeling is in het algemeen goed toepasbaar in gevallen waarin eenvoudig kan worden geïdentificeerd of en, zo ja, in hoeverre gegevens object zijn van het verschoningsrecht. Art. 126aa Sv verplicht daarom maar in een beperkt aantal gevallen tot tussenkomst van de rechter-commissaris in relatie tot de voeging van bepaalde stukken in het dossier. Die (ogenschijnlijk) eenvoudige toepasbaarheid is echter onder druk komen te staan doordat in toenemende mate met de toepassing van opsporingsbevoegdheden zeer grote hoeveelheden gegevens voor politie en justitie beschikbaar komen, waarbij de (al dan niet geprivilegieerde) aard van die gegevens zich op voorhand niet eenvoudig laat vaststellen. Zoals in 3.1 aan de orde is gekomen, voorziet de huidige wet niet specifiek in regels voor het geval waarin een groot aantal gegevens wordt gevorderd en het op voorhand niet duidelijk is of en, zo ja, in hoeverre het geprivilegieerde gegevens betreft. Het kan dan noodzakelijk zijn om kennis te nemen van de inhoud van de gevorderde gegevens om gegevens waarop het verschoningsrecht van toepassing is, te kunnen uifilteren. Anders dan in relatie tot inbeslagneming (art. 98 Sv) voorziet het Wetboek van Strafvordering niet in een specifieke procedure voor de beoordeling of gevorderde gegevens onder het bereik van het verschoningsrecht vallen. Een belangrijke vraag die zich in dit verband voordoet is of de officier van justitie de betreffende filtering kan (doen) verrichten of dat die filtering plaats moet vinden door of onder regie van een rechter-commissaris. Ook rijzen de vragen in welke gevallen moet worden overgegaan tot die filtering, welke eisen daarbij gelden, en of en, zo ja, in hoeverre hierbij een rol toekomt aan de verschoningsgerechtigde.

6.4.3. Het is aan de wetgever om in regelgeving hierover te voorzien, waartoe al stappen zijn genomen in het wetsvoorstel tot vaststelling van een nieuw Wetboek van Strafvordering.¹⁶ In dat wetsvoorstel wordt, zoals in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 7 meer in detail is uiteengezet, voorzien in een regeling waarin de rechter-commissaris telkens wordt belast met beslissingen over kennisneming van voorwerpen en gegevens die (mogelijk) onder het verschoningsrecht vallen. In afwachting

15 Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3, p. 9 en 255.

16 Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 2.

van deze nadere regelgeving zal de Hoge Raad in verband met de lacunes in de huidige wetgeving enkele uitgangspunten formuleren. De Hoge Raad zal daarbij deels aansluiten bij de regels over het verschoningsrecht die zijn ontwikkeld in de sfeer van de inbeslagneming en doorzoeking (ook wel het 'klassieke domein' genoemd), zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5. Weliswaar bestaan er belangrijke verschillen wat betreft de wettelijke context, onder meer omdat het bij de vordering van gegevens op grond van art. 126ng/ug lid 2 Sv vaak zal gaan om een heimelijk toegepaste bevoegdheid, dat wil zeggen een bevoegdheid die buiten medeweten van de betrokkene en de verschoningsgerechtigde wordt toegepast. Aan de betreffende wettelijke regelingen ligt echter dezelfde ratio ten grondslag, zoals weergegeven in 6.2.1, terwijl zich deels dezelfde vragen voordoen, zoals hoe moet worden omgegaan met grote hoeveelheden gegevens waarvan een deel vermoedelijk onder het verschoningsrecht valt.

6.5. Te hanteren uitgangspunten

Verplichtingen bij een redelijk vermoeden dat de vordering geprivilegieerde gegevens betreft

6.5.1. De belangen die met het verschoningsrecht zijn gemoeid, maken het noodzakelijk dat politie en justitie doen wat nodig is om inbreuken op het verschoningsrecht zo veel mogelijk te voorkomen, zodra het redelijk vermoeden bestaat dat de vordering (deels) geprivilegieerde gegevens betreft. Deze verplichting bestaat niet alleen als dit vermoeden al aanwezig is op het moment dat de gegevens op grond van art. 126ng/ug lid 2 Sv worden gevorderd, maar ook zodra dit vermoeden op een later moment ontstaat.

6.5.2. De vraag onder welke omstandigheden sprake is van het redelijk vermoeden dat zich bij de gevorderde gegevens geprivilegieerde gegevens bevinden, laat zich niet in algemene zin beantwoorden, maar vergt een beoordeling van het concrete geval. Dit hangt onder meer af van de reikwijdte van de vordering en de aard van de gegevens die worden gevorderd. Verder kan betekenis toekomen aan de omstandigheid dat de verdachte op wie het onderzoek zich richt, is of wordt bijgestaan door een advocaat. Die enkele omstandigheid levert echter niet zonder meer zo'n redelijk vermoeden op. Ook is de enkele stelling van de verdachte tegen wie het onderzoek is gericht, dat de tegen de aanbieder van de communicatiedienst gerichte vordering zich mogelijk uitstrekt tot geprivilegieerde gegevens niet voldoende, maar moet de betreffende stelling zodanig worden onderbouwd dat dit een voldoende concrete aanleiding geeft tot zo'n redelijk vermoeden.

6.5.3. De verplichting om inbreuken op het verschoningsrecht te voorkomen houdt onder meer in dat politie en justitie gehouden zijn de vermoedelijk geprivilegieerde gegevens zo veel mogelijk buiten de vordering tot het verstrekken van gegevens te laten. Uit die verplichting vloeit verder voort dat de officier van justitie, als een vordering aan de rechter-commissaris wordt gedaan tot het verstrekken van de in art. 126ng/ug lid 4 Sv bedoelde machtiging, vermeldt of – mede gelet op de tot dan toe verkregen resultaten van het opsporingsonderzoek – het redelijk vermoeden bestaat dat zich bij de te vorderen gegevens geprivilegieerde gegevens bevinden. De rechter-commissaris beoordeelt vervolgens – in verband met de in 6.3.3 bedoelde toetsing – of een redelijk vermoeden als bedoeld in 6.5.1 bestaat. Als hij oordeelt dat dit redelijk vermoeden aanwezig is, betreft hij dat bij zijn beslissing over de gevorderde machtiging. De rechter-commissaris kan hierin aanleiding vinden om voorwaarden aan die machtiging

te verbinden, bijvoorbeeld wat betreft de wijze van filtering door de officier van justitie van vermoedelijk geprivilegieerde gegevens.

Kennisneming van de gegevens

6.5.4. Zoals onder 6.2 aan de orde is gekomen, ligt aan het verschoningsrecht het beginsel ten grondslag dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden. Dit beginsel wordt in elk geval ondergraven als de met het opsporingsonderzoek belaste officier van justitie kennis kan nemen van de gegevens die (vermoedelijk) object zijn van het verschoningsrecht, of als die gegevens anderszins bekend worden binnen het opsporingsonderzoek. Daarom is betrokkenheid van een andere autoriteit aangewezen bij de beoordeling of sprake is van gegevens die object zijn van het verschoningsrecht.

Dit beginsel komt ook naar voren uit de in 6.1.3 en 6.1.4 weergegeven rechtspraak van het EHRM en uit de wetsgeschiedenis van art. 126aa lid 2, derde volzin, Sv zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 6.11 en 6.12. Hoewel in de wettelijke regeling van art. 126aa Sv de beslissingen rond het voegen bij de processtukken in hoofdzaak worden genomen door de officier van justitie en de tussenkomst van de rechter-commissaris maar in een beperkt aantal gevallen als verplichting daarin is opgenomen, kan uit die wetsgeschiedenis worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest – ook al heeft dit geen specifieke uitwerking in die wettelijke regeling gekregen – dat de rechter-commissaris een centrale rol heeft bij de selectie van de geprivilegieerde gegevens als dat nodig is om het verschoningsrecht van geheimhouders te waarborgen.

6.5.5. Op zichzelf is het niet uitgesloten dat de beoordeling of sprake is van gegevens die object zijn van het verschoningsrecht niet aan een rechter wordt opgedragen, maar aan een (andersoortige) functionaris die een zodanige status heeft dat deze bij de uitoefening van zijn taken objectief en onpartijdig kan handelen, en daartoe vrij is van elke invloed van buitenaf (in de woorden van het EHRM: “an independent supervisory authority”).¹⁷ Uitgaande van het huidige wettelijke stelsel, waarin de rechter-commissaris (in het bijzonder in het in 6.4.3 bedoelde ‘klassieke domein’) al de centrale autoriteit is wat betreft de bescherming van het verschoningsrecht, moet de rechter-commissaris hierbij echter een centrale rol worden toegekend.

Zoals hierna in 6.6.7-6.6.10 aan de orde komt, houdt die rol in dat de kennisneming van de gegevens door of onder verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris moet plaatsvinden, waarbij deze zich kan laten bijstaan door andere functionarissen. Die rol houdt verder in dat het aan de rechter-commissaris is voorbehouden om inhoudelijk te beoordelen of al dan niet sprake is van (i) geprivilegieerde gegevens of (ii) “andere mededelingen” door of aan een verschoningsgerechtigde als bedoeld in art. 126aa lid 2, derde volzin, Sv.

17 Vgl. EHRM 7 november 2017, nr. 37717/05 (Dudchenko/Rusland), punt 107, zoals hiervoor weergegeven onder 6.1.4 en EHRM 17 december 2020, nr. 459/19 (Saber/Noorwegen), ECLI:CE:ECHR:2020:1217JUD000045918, punt 54. Vgl. verder in een andere context HvJ EU 2 maart 2021, zaak C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (H.K., in tegenwoordigheid van Prokuratuur), punt 53.

6.5.6. Opmerking verdient dat de Hoge Raad in zijn arrest van 20 april 2010¹⁸ weliswaar heeft geoordeeld dat het bij de toepassing van art. 126aa lid 2 Sv “ter beoordeling van de officier van justitie” is of sprake is van mededelingen door of aan een verschoningsgerechtigde, als bedoeld in art. 126aa lid 2, eerste volzin, Sv. Maar die uitspraak is gewezen in een andere context, waarin gericht onderzoek werd gedaan naar enkele specifieke gegevens. Het ging bovendien om een zeer specifiek geval waarin de officier van justitie bij de rechter-commissaris een machtiging had gevorderd om enkele tapverbalen van gesprekken met een advocaat aan het dossier toe te voegen, nadat de officier van justitie had geoordeeld dat mogelijk art. 126aa lid 2 Sv van toepassing was. Mede gelet op wat hiervoor is overwogen in 6.4.2 over de toegenomen hoeveelheid gegevens die beschikbaar komen en de mede daaruit voortvloeiende noodzaak tot inhoudelijke selectie, moet naar huidig recht worden uitgegaan van wat in 6.5.5 is vermeld.

Rol van de verschoningsgerechtigde

6.5.7. Volgens vaste rechtspraak geldt in de sfeer van de inbeslagneming en doorzoeking (het ‘klassieke domein’) dat het oordeel of het al dan niet gaat om geprivilegieerde gegevens in eerste instantie toekomt aan de verschoningsgerechtigde zelf. Dit uitgangspunt geldt ook bij de vordering van gegevens op grond van art. 126ng/ug lid 2 Sv, zij het dat van het inwinnen van het standpunt van de verschoningsgerechtigde kan worden afgezien wegens klemmende redenen van onderzoeksbelang. Dit wordt nader uitgewerkt in 6.6.3 en 6.6.4.

6.6. Filtering van gegevens

6.6.1. De onder 6.5 geformuleerde uitgangspunten brengen het volgende met zich voor de procedure die moet worden gevolgd als, op het moment dat de gegevens zijn verstrekt, niet duidelijk is of en, zo ja, in hoeverre zich tussen die gegevens mededelingen bevinden die zijn “gedaan door of aan” een verschoningsgerechtigde, als bedoeld in art. 126aa lid 2 Sv, en het in 6.5.1 bedoelde redelijk vermoeden bestaat of – na het verlenen van de machtiging door de rechter-commissaris – alsnog is ontstaan.

6.6.2. In geval van die onduidelijkheid moet, nadat de aanbieder van de communicatiedienst de gegevens heeft verstrekt, een schifting worden gemaakt tussen gegevens die wel en die niet onder het regiem van art. 126aa lid 2 Sv kunnen vallen, zodat de gegevens die onder dat regiem vallen worden uitgefilterd. Er is geen grond om wat betreft de bij de filtering te volgen procedure een onderscheid te maken tussen de mededelingen “door of aan” een verschoningsgerechtigde als bedoeld in de eerste volzin van art. 126aa lid 2 Sv en “andere mededelingen” als bedoeld in de derde volzin van art. 126aa lid 2 Sv. Vaak zal immers pas na een beoordeling van de gegevens kunnen worden beslist of sprake is van die “andere mededelingen”. Zoals in 6.5.5 is overwogen, is die beoordeling voorbehouden aan de rechter-commissaris.

De in deze prejudiciële beslissing geformuleerde regels over de filtering gelden ook als weliswaar geen sprake is van een mededeling “door of aan” een verschoningsgerechtigde, maar wel het redelijk vermoeden bestaat dat het gaat om geprivilegieerde gegevens, bijvoorbeeld omdat het camerabeelden

18 ECLI:NL:HR:2010:BK3369, rov. 3.11.

betreft waaruit een (toekomstige) hulpverleningsrelatie met een verschoningsgerechtigde kan worden afgeleid.¹⁹

6.6.3. Gelet op wat hiervoor in 6.5.7 is overwogen over de rol van de verschoningsgerechtigde, moet deze in beginsel – dat wil zeggen: behoudens de hierna in 6.6.4 bedoelde situaties – in staat worden gesteld zich uit te laten over zijn verschoningsrecht met betrekking tot de gegevens. Als de verschoningsgerechtigde zich op het standpunt stelt dat het gaat om gegevens die niet voorwerp van het strafbare feit uitmaken en ook niet tot het begaan daarvan hebben gediend en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, moet dit standpunt door politie en justitie worden geëerbiedigd, tenzij er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is. Het oordeel of dit laatste het geval is, komt in eerste instantie toe aan de rechter-commissaris, bij voorkeur na overleg met een gezaghebbend vertegenwoordiger van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde, zoals de plaatselijk Deken van de Orde van Advocaten of de voorzitter van het ringbestuur van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: de Ringvoorzitter).²⁰

6.6.4. Van het inwinnen van het standpunt van de verschoningsgerechtigde kan worden afgezien wegens klemmende redenen van onderzoeksbelang, bijvoorbeeld omdat het gaat om heimelijk onderzoek. Van het inwinnen van dat standpunt kan daarnaast worden afgezien als en voor zover ondanks de daartoe verrichte nodige inspanningen – mede in verband met het belang van de voortgang van het opsporingsonderzoek en het daarmee samenhangende recht van de verdachte op berechting binnen een redelijke termijn – het redelijkerwijs niet mogelijk is gebleken de (eventuele) verschoningsgerechtigde in staat te stellen zich uit te laten over zijn verschoningsrecht met betrekking tot de gevorderde gegevens.

Als het standpunt van de verschoningsgerechtigde niet wordt ingewonnen, moet in beginsel het oordeel worden ingewonnen van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde (zoals de plaatselijk Deken van de Orde van Advocaten of de Ringvoorzitter) dan wel een andere ter zake deskundige persoon. Daarbij wordt dit gezaghebbende lid of deze deskundige persoon in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over een geschikte wijze van filtering van vermoedelijk geprivilegieerde gegevens. Als zo'n consultatie vanwege het heimelijke karakter van het onderzoek niet wenselijk is, ligt het in de rede om de betreffende gegevens al wel veilig te stellen, maar de filtering van de gegevens uit te stellen tot een later moment waarop de belangen van het onderzoek zich niet langer verzetten tegen het inwinnen van het standpunt van de verschoningsgerechtigde, of het consulteren van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde dan wel een andere ter zake deskundige persoon.

6.6.5. Als in verband met de filtering door een geheimhouder of een belanghebbende een lijst is aangeleverd met namen of e-mailadressen van verschoningsgerechtigden, zijn met betrekking tot die lijst de procedurele voorschriften van toepassing zoals deze zijn uiteengezet in de beschikking van de Hoge Raad van 19 september 2023.²¹

19 Vgl. in enigszins ander verband HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553, rov. 3.6.

20 Vgl. in enigszins ander verband HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714.

21 ECLI:NL:HR:2023:1268.

6.6.6. Als op voorhand duidelijk is dat de filtering kan plaatsvinden zonder kennisneming van de gegevens, is het niet onverenigbaar met de onder 6.5 genoemde uitgangspunten dat een (bij het opsporingsonderzoek betrokken) officier van justitie de filtering uitvoert of doet uitvoeren. Daarbij kan worden gedacht aan een geautomatiseerde manier van filteren waarbij gebruik wordt gemaakt van zoektermen. De officier van justitie kan dan een daartoe strekkende opdracht geven aan een, bij voorkeur als geheimhoudersmedewerker aangewezen, opsporingsambtenaar, waarbij de officier van justitie er zorg voor moet dragen dat door hemzelf en door die opsporingsambtenaar daadwerkelijk geen kennis wordt genomen van de uitgefilterde (mogelijk) geprivilegieerde gegevens. Onder de hier bedoelde gegevens waarvan bij de filtering door die officier van justitie en de opsporingsambtenaar geen kennis mag worden genomen, zijn begrepen de zogenoemde metadata waaruit een (toekomstige) hulpverleningsrelatie met een verschoningsgerechtigde kan worden afgeleid. Na de filtering kunnen de gegevens waarvan evident is dat deze niet geprivilegieerd zijn, worden vrijgegeven voor het strafrechtelijk onderzoek.

6.6.7. Kan pas na kennisneming van de gegevens worden beoordeeld of de gevorderde gegevens al dan niet geprivilegieerd materiaal betreffen, dan moet – in verband met het in 6.5.4 geformuleerde uitgangspunt dat de officier van justitie geen kennis mag nemen van de gegevens die (vermoedelijk) object zijn van het verschoningsrecht – de filtering worden verricht door of onder verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris. De officier van justitie zal dan de rechter-commissaris daarvoor moeten inschakelen. Hoewel de regeling van art. 181 Sv niet specifiek daarop is toegesneden, staat geen rechtsregel eraan in de weg dat de officier van justitie daartoe een vordering tot de rechter-commissaris richt. De officier van justitie is ook gehouden – met het oog op het waarborgen van de met het verschoningsrecht beoogde belangen – om zo'n vordering te doen als filtering niet kan plaatsvinden zonder dat van de gegevens kennis wordt genomen (en dus filtering onder verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris noodzakelijk is).

Dat geldt ook als de filtering van gegevens aan de orde is terwijl het onderzoek op de terechtzitting al is aangevangen. Weliswaar vloeit uit het wettelijke systeem voort dat het in de regel in die fase van het geding niet mogelijk is voor de rechter-commissaris om al dan niet op vordering van de officier van justitie, buiten de zittingsrechter om, onderzoekshandelingen te verrichten.²² Die hoofdregel geldt omdat moet worden voorkomen dat de regievoering door de zittingsrechter wordt doorkruist. Daarvan is echter geen sprake bij de beoordeling ter bescherming van het verschoningsrecht van al door de aanbieder van de communicatiedienst verstrekte gegevens. Dan gaat het immers niet om nieuw te verrichten onderzoek, maar om de filtering van resultaten van al verricht onderzoek.

6.6.8. Als de rechter-commissaris – bijvoorbeeld in verband met de aard of de omvang van de gevorderde gegevens – niet in staat is dat onderzoek (geheel) zelf te verrichten, zal hij het daarheen moeten leiden dat het onderzoek wordt verricht door zodanige functionarissen en op zo'n manier dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt.²³ Niet uitgesloten is dat de rechter-commissaris hierbij een van de in art. 141 of 142 Sv bedoelde (opsporings)ambtenaren of een officier van justitie inschakelt, mits daarbij wordt gewaarborgd dat de gegevens die object

22 Vgl. HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:505 en HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:900, rov. 3.6.4

23 Vgl. HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, rov. 3.5.3.

zijn van het verschoningsrecht, niet op enigerlei wijze bekend (kunnen) worden aan degenen die met het betreffende strafrechtelijk onderzoek en de strafrechtelijke vervolging zijn belast of daarbij anderszins zijn betrokken. Het is gewenst dat dit wordt gereguleerd in nadere regelgeving. Zolang deze ontbreekt geldt in ieder geval dat moet worden voorzien in een strikte taak- en functiescheiding tussen enerzijds de functionarissen die onder regie van de rechter-commissaris het voor de filtering benodigde onderzoek uitvoeren en anderzijds de functionarissen die betrokken zijn bij het opsporingsonderzoek (dan wel anderszins betrokken zijn bij de strafzaak). Daarbij moet het proces van filtering ook zo zijn georganiseerd dat de functionarissen onder verantwoordelijkheid en in opdracht van de rechter-commissaris werken, en dat strikte geheimhouding wordt betracht, tenzij door de rechter-commissaris uitdrukkelijk in het concrete geval toestemming is verleend tot de verstrekking van bepaalde gegevens aan opsporingsdiensten dan wel het openbaar ministerie. Met het oog op de controle door de zittingsrechter is van belang dat de manier waarop het proces van filtering is georganiseerd, wordt vastgelegd in een door of namens de rechter-commissaris opgesteld proces-verbaal.

6.6.9. Voor de toepassing van de hiervoor besproken procedurele waarborgen in de praktijk is nog het volgende van belang. In het bijzonder de regievoerende rol van de rechter-commissaris bij het uitfilteren van (mogelijk) geprivilegieerde gegevens, die noodzakelijk is als kennis moet worden genomen van de gegevens, brengt een aanzienlijke taakverzwaring en daarmee samenhangende inzet van menskracht met zich. Dit vergt dat aan de gerechten voldoende capaciteit en middelen ter beschikking worden gesteld om de kabinetten rechter-commissaris in staat te stellen de vorderingen die de officier van justitie in dit verband zal doen, te beoordelen en om de vereiste filtering te (doen) verrichten.

6.7. Vernietiging van gegevens

6.7.1. Het in art. 126aa lid 2 Sv opgenomen voorschrift over de vernietiging van gegevens houdt in dat de betreffende digitale voorziening zodanig moet worden bewerkt dat de daarin opgeslagen gegevens “niet meer kenbaar zijn”, waarbij de gekozen werkwijze zo moet zijn ingericht dat is verzekerd dat die gegevens geen deel uitmaken van de processtukken en dat daarop in het verdere verloop van het strafproces geen acht wordt geslagen.²⁴ Hoewel naar de letter van de wet de verplichting tot vernietiging alleen geldt voor de mededelingen “door of aan” een verschoningsgerechtigde die object zijn van verschoningsrecht, brengt de ratio van het verschoningsrecht met zich dat die verplichting zich ook uitstrekt tot andere geprivilegieerde gegevens, zoals de in 6.6.2 genoemde camerabeelden waaruit een (toekomstige) hulpverleningsrelatie met een verschoningsgerechtigde zou kunnen worden afgeleid.

6.7.2. Om de zittingsrechter in een voorkomend geval in staat te stellen te beoordelen of aan het in 6.7.1 bedoelde vereiste is voldaan, is een voldoende nauwkeurige verslaglegging aangewezen in het proces-verbaal van vernietiging als bedoeld in art. 4 lid 2 Besluit. Behoudens het in 6.6.6 bedoelde geval waarin de filtering in opdracht van de officier van justitie heeft plaatsgevonden, moet dat proces-verbaal – in zoverre in afwijking van de tekst van art. 4 lid 2 Besluit – worden gezonden aan de rechter-commissaris. In het bijzonder moet in het proces-verbaal inzicht worden gegeven in de manier waarop is gewaarborgd dat personen die op enigerlei wijze bij het opsporingsonderzoek betrokken (zullen) zijn op geen enkele wijze toegang kunnen krijgen tot de betreffende gegevens. Als bij die vernietiging gebruik wordt gemaakt van technische voorzieningen, moeten deze zo zijn ingericht dat kan worden nagegaan

²⁴ Vgl. HR 20 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1257.

of is voldaan aan het in 6.7.1 bedoelde vereiste dat de gegevens niet meer kenbaar zijn, bijvoorbeeld door middel van een geautomatiseerde registratie waarbij wordt bijgehouden welke handelingen binnen het systeem hebben plaatsgevonden en door wie deze zijn verricht.

6.8. *Vormverzuimen*

6.8.1. De hiervoor geschetste procedurele waarborgen vloeien voort uit de onder 6.5 besproken uitgangspunten die aan het al geldende strafprocesrecht ten grondslag liggen. Daarom geldt wat hiervoor is overwogen ook voor gegevens die voorafgaand aan de datum van deze prejudiciële beslissing met toepassing van art. 126ng/ug lid 2 Sv zijn gevorderd.

6.8.2. De enkele omstandigheid dat de in deze beslissing geformuleerde procedureregels niet zijn gevolgd levert niet zonder meer een vormverzuim op waaraan een van de in art. 359a lid 1 Sv genoemde rechtsgevolgen hoeft te worden verbonden. In het bijzonder kan een rechtsgevolg achterwege blijven in gevallen waarin de betreffende procedureregels weliswaar niet (geheel) zijn gevolgd, maar waarin niet is gebleken dat een bij het opsporingsonderzoek betrokken opsporingsambtenaar of officier van justitie heeft kennisgenomen van geprivilegieerde gegevens of dat het anderszins bekend worden van geprivilegieerde gegevens van bepalende invloed is geweest op het verloop van het opsporingsonderzoek, en er dus voor de verdachte in zoverre geen (wezenlijk) nadeel is ontstaan door het betreffende vormverzuim.

In dit verband is mede van belang dat als sprake is van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv, wat betreft de ernst van het verzuim rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat de opsporingsambtenaren en het openbaar ministerie tot de datum van deze beslissing niet bedacht konden zijn op de wijze waarop in deze beslissing concreet uitwerking is gegeven aan de met het verschoningsrecht samenhangende uitgangspunten. Het is mede om die reden dat eerst en vooral gewicht toekomt aan het al dan niet ontstaan zijn van (wezenlijk) nadeel door het betreffende vormverzuim. Bij de beoordeling of en, zo ja, welke gevolgen aan een geconstateerd vormverzuim moeten worden verbonden, kan verder een rol spelen in hoeverre de verschoningsgerechtigde passende maatregelen heeft genomen om zijn informatiehuishouding zo in te richten dat de kans op inbreuken op het verschoningsrecht zo gering mogelijk blijft, in het bijzonder waar het de keuze betreft van de communicatiemiddelen.²⁵

7. **Beantwoording van de prejudiciële vragen**

7.1. *De eerste en de tweede prejudiciële vraag*

7.1.1. Naar aanleiding van de gestelde vragen merkt de Hoge Raad het volgende op. De vragen stellen in de kern aan de orde (i) in welke situatie maatregelen getroffen moeten worden ter waarborging van het verschoningsrecht als op grond van art. 126ng/ug Sv gegevens zijn gevorderd van een aanbieder van een telecommunicatiedienst en (ii) welke regels dan gelden.

7.1.2. Zoals in 6.5.1 aan de orde is gekomen, maken de belangen die met het verschoningsrecht zijn gemoeid het noodzakelijk dat politie en justitie doen wat nodig is om inbreuken op het verschoningsrecht zo veel mogelijk te voorkomen, zodra het redelijk vermoeden bestaat dat de

²⁵ Vgl. regel 3 van de Gedragsregels Advocatuur (2018) en HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, rov. 2.4.4.

vordering (deels) geprivilegieerde gegevens betreft. Uit die verplichting vloeit onder meer voort dat de officier van justitie, als een vordering wordt gedaan tot het verstrekken van de in art. 126ng/ug lid 4 Sv bedoelde machtiging, vermeldt of – mede gelet op de tot dan toe verkregen resultaten van het opsporingsonderzoek – het redelijk vermoeden bestaat dat zich bij de te vorderen gegevens geprivilegieerde gegevens bevinden. De rechter-commissaris beoordeelt vervolgens – in verband met de in 6.3.3 bedoelde toetsing – of een redelijk vermoeden als bedoeld in 6.5.1 bestaat en, zo ja, dan betreft hij dit bij zijn beslissing over de gevorderde machtiging.

Heeft de aanbieder van een communicatiedienst gegevens verstrekt waarvan het redelijk vermoeden bestaat dat die object zijn van verschoningsrecht, dan is de officier van justitie gehouden zorg te dragen voor de, op grond van art. 126aa lid 2 Sv vereiste, vernietiging van de geprivilegieerde gegevens, waarbij de in 6.5.1 tot en met 6.5.3 uiteengezette procedure moet worden gevolgd. Het antwoord op de eerste prejudiciële vraag luidt in zoverre bevestigend.

Zoals in 6.5.2 aan de orde is gekomen, komt weliswaar betekenis toe aan de omstandigheid dat de verdachte op wie het onderzoek zich richt, is of wordt bijgestaan door een advocaat, maar levert die enkele omstandigheid niet zonder meer zo'n redelijk vermoeden op. Het antwoord op deelvraag 1a luidt daarom dat het van de omstandigheden van het geval – waaronder de reikwijdte van de vordering – afhangt of in het proces-verbaal bij de vordering waarin de op grond van 126ng/ug lid 4 Sv vereiste machtiging van de rechter-commissaris wordt gevorderd, moet worden vermeld dat de verdachte wordt bijgestaan door een advocaat.

Met betrekking tot deelvraag 1b verwijst de Hoge Raad naar wat in 3.2 is overwogen.

7.1.3. Gaat het deels om mededelingen door of aan een verschoningsgerechtigde als bedoeld in art. 126aa lid 2 Sv, dan moeten die gegevens worden uitgefilterd op de manier zoals onder 6.6 is beschreven. Als die filtering mogelijk is zonder kennisneming van de gegevens, kan de officier van justitie die filtering (doen) uitvoeren, welke taak hij ook kan opdragen aan opsporingsambtenaren. Gegevens waarvan evident is dat deze niet onder de reikwijdte van art. 126aa lid 2 Sv vallen, kunnen worden vrijgegeven voor het strafrechtelijk onderzoek. Als pas na kennisneming van de gegevens kan worden beoordeeld of deze geprivilegieerd zijn, moet de officier van justitie de rechter-commissaris bij de zaak betrekken om de filtering te (doen) verrichten. Dit geldt zowel in de in deelvraag 2a bedoelde situatie dat het in 6.5.1 bedoelde redelijk vermoeden al bestaat vóórdat de gevorderde gegevens zijn verstrekt, als in de in deelvraag 2b bedoelde situatie dat zo'n redelijk vermoeden ontstaat als opsporingsambtenaren onderzoek doen aan de gegevens. In zoverre luidt het antwoord op de onder vraag 2 geformuleerde deelvragen dus bevestigend.

7.2. De derde prejudiciële vraag

7.2.1. De derde prejudiciële vraag betreft onder meer het in 6.3.4 bedoelde onderscheid dat uit de regeling van art. 126aa Sv voortvloeit tussen de verschillende categorieën gegevens, te weten: (i) de mededelingen “door of aan” een verschoningsgerechtigde die object zijn van verschoningsrecht en (ii) de “andere mededelingen” door of aan een verschoningsgerechtigde. De vraag heeft verder betrekking op een derde categorie gegevens, namelijk de gegevens waarvan na een inhoudelijke beoordeling is gebleken dat deze niet onder de werking van art. 126aa lid 2 Sv vallen (de door het hof genoemde “false positives”).

7.2.2. Gevraagd wordt onder meer wat er “wanneer met elk van deze categorieën [dient] te gebeuren, en onder welke voorwaarden”. De Hoge Raad verwijst in antwoord hierop naar wat is overwogen in 6.3.4, 6.5.5 en onder 6.6 tot en met 6.8.

7.2.3. In het bijzonder is van belang dat de rechter-commissaris zich bij de filtering van de gegevens kan laten bijstaan door de hiervoor in 6.6.8 bedoelde personen. Als bij die filtering blijkt dat sprake is van mededelingen door of aan een verschoningsgerechtigd persoon, is het aan de rechter-commissaris voorbehouden om inhoudelijk te beoordelen of al dan niet sprake is van (i) geprivilegieerde gegevens of (ii) “andere mededelingen” door of aan een verschoningsgerechtigde als bedoeld in art. 126aa lid 2, derde volzin, Sv. Komt de rechter-commissaris na de selectie tot het oordeel dat sprake is van gegevens waarvan na een inhoudelijke beoordeling is gebleken dat deze niet onder de bescherming van het verschoningsrecht vallen dan worden deze bij de processtukken gevoegd voor zover zij voor het onderzoek van de zaak van betekenis zijn, zonder dat daarvoor nog een afzonderlijke machtiging van de rechter-commissaris is vereist.

7.3. De vierde prejudiciële vraag

Met wat hiervoor in 7.1.1-7.1.3 en 7.2.1-7.2.3 is overwogen – onder meer over de rol van de rechter-commissaris in gevallen waarin bij de filtering kennis moet worden genomen van de gegevens – is ook de vierde prejudiciële vraag beantwoord. Wat betreft de inzet van geheimhoudersofficieren van justitie en/of geheimhoudersmedewerkers geldt daarbij dat zij alleen kennis mogen nemen van de betreffende gegevens als ten minste is voldaan aan de hiervoor in 6.6.8 geformuleerde voorwaarden.

7.4. De vijfde prejudiciële vraag

Deze vraag betreft de geprivilegieerde gegevens die op grond van art. 126aa lid 2 Sv ter bescherming van het verschoningsrecht moeten worden vernietigd en die niet gebruikt mogen worden in het strafproces. De vraag stelt aan de orde of uit die bepaling voortvloeit dat de betreffende gegevens “ook niet buiten het strafproces door de Staat mogen worden gebruikt”. Daarmee strekt de vraag zich uit tot het gebruik buiten het strafproces van al dan niet onrechtmatig verkregen gegevens die onder het bereik van het verschoningsrecht vallen. Omdat deze vraag zich in vele, uiteenlopende, situaties kan voordoen, is het niet mogelijk om algemene regels hierover te formuleren. Het is aan de betreffende rechterlijke instantie om in voorkomende gevallen te beoordelen of, en zo ja, in hoeverre het verschoningsrecht in de weg staat aan het gebruik van de gegevens in de procedure.²⁶

8. Beslissing

De Hoge Raad

- beantwoordt de prejudiciële vragen op de hiervoor onder 7 weergegeven wijze;
- begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800,- aan de zijde van de Staat en op € 1.800,- aan de zijde van de Advocaten.

²⁶ Vgl. in dit verband EHRM 16 juni 2016, nr. 49176/11 (Versini-Campinchi en Crasnianski/Frankrijk), ECLI:CE:ECHR:2016:0616JUD004917611, met betrekking tot het gebruik als bewijs in een tuchtprocedure tegen een advocaat.

Deze beslissing is gegeven door de vicepresident V. van den Brink als voorzitter, de vicepresident M.J. Borgers en de raadsheren A.L.J. van Strien, F.J.P. Lock en T. Kooijmans, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.J.P. Lock op 12 maart 2024.