

ECLI:NL:HR:2022:1257

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	20-09-2022
Datum publicatie	20-09-2022
Zaaknummer	22/00317
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2022:647
Rechtsgebieden	Strafrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie Beschikking
Inhoudsindicatie	Beklag ex art. 552a Sv na vordering van gegevens (klantdossiers) bij derde i.v.m. onderzoek naar frauduleuze (belasting)constructies, terwijl zich bij verstrekte gegevens correspondentie bevindt tussen advocaten (klagers) en verdachte (belastingadviseur). Verschoningsrecht advocaten, art. 218 Sv. Zijn uitgegrijpsde gegevens vernietigd a.b.i. art. 126aa.2 Sv jo. art. 5.1 en 5.2 Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken? HR herhaalt relevante overwegingen uit HR:2007:BA5632 en HR:2009:BH2678 m.b.t. doel van art. 126aa Sv dat gegevens onmiddellijk worden vernietigd als zij vallen onder verschoningsrecht a.b.i. art. 218 Sv, zodat is verzekerd dat die gegevens geen deel uitmaken van processtukken en daarop in verdere verloop van strafproces geen acht wordt geslagen. Uit art. 5.1 en 5.2 Besluit volgt verder dat, als gegevens zijn opgeslagen op een (afzonderlijke) gegevensdrager of ander voorwerp, ook van vernietiging van die gegevens sprake is als die gegevens niet meer kenbaar zijn. Hoewel in die artikelleden wordt gesproken over de bewerking van gegevensdrager of voorwerp, is gelet op strekking van deze voorschriften niet uitgesloten dat ook door bewerking van de digitale voorziening waarmee gegevens raadpleegbaar zijn, kan worden bereikt dat die gegevens niet meer kenbaar zijn a.b.i. die artikelleden. De wijze waarop dit wordt vormgegeven, moet beantwoorden aan doel van art. 126aa Sv. Oordeel Rb dat met privilegiëren ofwel uitgrijzen van gegevens is verzekerd dat gegevens geen deel uitmaken van processtukken en dat daarop in het verdere verloop van het strafproces geen acht kan worden geslagen, is ontoereikend gemotiveerd. Daarbij neemt HR mede in aanmerking dat Rb weliswaar heeft vastgesteld dat de gegevens ontoegankelijk zijn gemaakt “voor de opsporing” maar geen vaststellingen heeft gedaan over de wijze waarop is gewaarborgd dat personen die bij opsporingsonderzoek zijn betrokken op geen enkele wijze toegang kunnen krijgen tot uitgegrijpsde gegevens. In dat verband is van belang dat Rb er wel van uitgaat dat er “technisch mogelijkheden bestaan om eenmaal gegrijpsde informatie opnieuw toegankelijk te maken” maar dat uit haar vaststellingen niet blijkt voor wie, op welke wijze en onder welke voorwaarden deze gegevens dan opnieuw toegankelijk kunnen worden. Volgt vernietiging en terugwijzing. Samenhang met 22/00315 B en 22/00316 Bv.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl SR-Updates.nl 2022-0174 V-N Vandaag 2022/2335 NJB 2022/2182 RvdW 2022/855 V-N 2022/45.27 met annotatie van Redactie NJ 2024/317 met annotatie van P.A.M. Mevis Viditax (FutD) 2022092806 FutD 2022-2665

Uitspraak

STRAFKAMER

Nummer 22/00317 Bv

Datum 20 september 2022

BESCHIKKING

op het beroep in cassatie tegen een beschikking van de rechtbank Rotterdam van 8 juli 2021, nummers RK 20/3058 en RK 20/3059, op een klaagschrift als bedoeld in artikel 552a van het Wetboek van Strafvordering, ingediend

door

[klager 2]

en

[klager 1],

hierna: de klagers.

1 Procesverloop in cassatie

Het beroep is ingesteld door de klagers. Namens deze hebben L.E.F. Pietersen en klagster [klager 2], beiden advocaat te Amsterdam, bij schrifturen een cassatiemiddel voorgesteld. De schrifturen zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit.

De advocaat-generaal A.E. Harteveld heeft geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot zodanige beslissing op grond van artikel 440 Sv als de Hoge Raad gepast zal voorkomen.

De raadvrouw Pietersen en de klagers [klager 2] en [klager 1] (beiden advocaat) hebben daarop schriftelijk gereageerd.

2 Beoordeling van het cassatiemiddel

2.1 Het cassatiemiddel klaagt over het oordeel van de rechtbank dat de gegevens waarop het klaagschrift betrekking heeft reeds zijn vernietigd in de zin van artikel 126aa lid 2 van het Wetboek van

Strafvordering (hierna: Sv).

- 2.2 Het beklag van de klagers richt zich tegen de kennisneming en het gebruik van gegevens, namelijk correspondentie tussen de klagers in hun hoedanigheid als advocaat en de verdachte [betrokkene 1], welke gegevens na vordering van de officier van justitie zijn verstrekt door [A] B.V. Verder strekt het klaagschrift tot de vernietiging van die gegevens. Aan het beklag ligt ten grondslag dat de correspondentie valt onder het verschoningsrecht van de klagers. De rechtbank heeft geoordeeld dat de klagers geen belang hebben bij het beklag omdat de gegevens reeds zijn vernietigd, en heeft de klagers daarom niet-ontvankelijk verklaard in het beklag. De beschikking van de rechtbank houdt onder meer het volgende in:

"2. Feiten

De rechter-commissaris heeft aan de officier van justitie, op diens vorderingen, drie machtigingen verleend voor vorderingen tot het verstrekken van in een geautomatiseerd werk opgeslagen gegevens op grond van artikel 126ng vierde lid/126ug vierde lid Sv gericht aan [A] B.V. (hierna: [A]) te Amsterdam. De officier van justitie heeft de betreffende gegevens bij [A] gevorderd en [A] heeft deze gegevens vervolgens uitgeleverd. Het betreft (in de vorderingen nader aangeduide) gegevens die zijn gemaakt en/of opgeslagen bij [A] en afkomstig zijn van of bedoeld zijn voor [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) en de aan hem gelieerde bedrijven [B] B.V., [C] B.V. en [D] B.V.

De vorderingen zijn gedaan in het kader van de onder opgemeld parketnummer ingeschreven strafzaak tegen [betrokkene 1], waarbij het gaat om de strafrechtelijke onderzoeken Guadalupe en Martinique tegen [betrokkene 1] (belastingadviseur), een aantal van zijn klanten en enkele andere belastingadviseurs. De eerste twee vorderingen zijn gedaan in beide onderzoeken en de derde vordering alleen in het onderzoek Martinique.

De rechter-commissaris heeft bij beschikking van 3 oktober 2018 (op de derde vordering) een machtiging verleend voor het verstrekken van alle gegevens, met name de gegevens welke gekoppeld zijn aan een advocatendossier.

(...)

De officier van justitie heeft genoemde gegevens op 4 oktober 2018 bij [A] gevorderd en op 15 oktober 2018 heeft de uitlevering van deze gegevens door [A] plaatsgevonden middels overdracht van een gegevensdrager met deze gegevens aan een medewerker van de FIOD. Deze gegevensdrager is vervolgens aan de rechter-commissaris overgedragen.

Onder deze uitgeleverde gegevens bevindt zich een dossier met de naam [dossier].

3. Standpunt klagers

Het klaagschrift strekt, mede gelet op de in raadkamer gegeven nadere toelichting daarop, tot vernietiging van de stukken uit het dossier [dossier] en een verbod op het gebruik van deze gegevens. Daartoe is het volgende aangevoerd.

De stukken in het dossier [dossier] dienen te worden vernietigd, omdat deze stukken vallen onder het verschoningsrecht van de klagers als bedoeld in artikel 218 Sv. In dit dossier bevindt zich vertrouwelijke en verschoningsgerechtigde correspondentie tussen [betrokkene 1] en de klagers als zijn advocaten, die hij na het bekend worden met het strafrechtelijk onderzoek jegens hem heeft ingeschakeld. Dit dossier is door [betrokkene 1] aangemaakt bij [A] teneinde deze correspondentie op één plek op te slaan. Omdat het vertrouwelijk verkeer tussen de klagers en [betrokkene 1] betreft, vallen ook deze bij een derde opgeslagen gegevens onder het verschoningsrecht. In verband hiermee zijn de klagers aan te merken als degenen die door het gebruik van deze gegevens worden getroffen. Zij zijn daarom als belanghebbenden aan te merken en gelet daarop ontvankelijk in het beklag.

Ook hebben de klagers, ondanks de mededeling van de officier van justitie dat de gegevens in dit dossier inmiddels zijn geprivilegieerd (uitgrijpsd), nog steeds belang bij het beklag. Allereerst omdat

in artikel 126aa Sv en het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken is voorgeschreven dat stukken van een verschoningsgerechtigde moeten worden vernietigd, hetgeen in ieder geval inhoudt dat de gegevens definitief onbruikbaar en ontoegankelijk worden gemaakt. Met de gekozen methode van het uitgrizen is hieraan niet voldaan. Dat volgt wel uit hetgeen de officieren van justitie in hun reactie op de pleitnotities d.d. 31 maart 2021 onder randnummer 39 hebben geschreven, namelijk dat uitgegrijste stukken op verzoek van de mederaadsman weer zouden zijn ontgrijsd, oftewel weer zichtbaar zijn gemaakt. Dat is in strijd met het wettelijk kader, maar eveneens met de strekking van het genoemde besluit.

Ook heeft de verdediging, toen zij op 18 januari 2021 inzage had in de dataroom van het onderzoek Guadalupe, gezien dat de stukken van de klagers nog steeds konden worden geraadpleegd. Inmiddels is een proces-verbaal van schoning ontvangen, maar daaruit kan niet worden opgemaakt of deze stukken inmiddels daadwerkelijk zijn verwijderd. (...)

4. Standpunt officieren van justitie

(...) Bovendien is dit dossier inmiddels op verzoek van de klagers geprivilegieerd (uitgegrijsd) en daarmee ontoegankelijk gemaakt voor de FIOD, met uitzondering van de medewerker geheimhouding. Het vernietigen van deze gegevens is niet mogelijk, omdat dan de zogenaamde forensic trail (forensische waarde van het digitale beslag) verdwijnt. Uit artikel 5, tweede lid van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken blijkt dat uitgrizen of privilegiëren gelijk staat aan vernietigen. (...)

5. Ontvankelijkheid

(...)

Hebben de klagers nog belang bij het ingediende beklag?

Niet ter discussie staat dat het dossier [dossier], gelet op de verschoningsgerechtigde stukken daarin, ontoegankelijk moet zijn voor de FIOD die met het strafrechtelijk onderzoek is belast. De officieren van justitie zeggen dit te hebben bewerkstelligd door dit dossier te privilegiëren en de klagers stellen dat dit niet voldoende is, omdat dit niet gelijk staat aan vernietiging.

In artikel 5, tweede lid van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken, waar zowel de klagers als de officieren van justitie naar verwijzen, is bepaald dat met vernietiging van een voorwerp gelijk staat het op zodanige wijze bewerken van een voorwerp dat de gegevens die daaraan voor de bewerking konden worden ontleend, niet meer kenbaar zijn. De rechtbank begrijpt dat hiermee wordt bedoeld dat de gegevens ontoegankelijk worden gemaakt voor de opsporing. Dit kan worden bewerkstelligd door het privilegiëren, oftewel het uitgrizen van deze gegevens. De rechtbank ziet geen reden om te twifelen aan de mededeling van de officieren van justitie dat dit daadwerkelijk is gebeurd. In hun reactie op de pleitnotities d.d. 31 maart 2021 hebben zij ook meegedeeld dat de gegevens in onderzoek Martinique zijn geschoond naar aanleiding van onder andere het onderzoek van de verdediging in de dataroom Guadalupe. Dat technisch mogelijkheden bestaan om eenmaal gegrijste informatie opnieuw toegankelijk te maken, leidt niet tot de conclusie dat daarmee geen sprake zou zijn van vernietiging in de zin van het genoemde besluit.

(...)

De rechtbank is gelet op het voorgaande van oordeel dat de klagers geen belang meer hebben bij het ingediende beklag. Zij zullen om die reden niet-ontvankelijk worden verklaard in het beklag."

2.3 In cassatie zijn de volgende bepalingen van belang:

- artikel 126aa leden 1 en 2 Sv, dat is geplaatst in Titel Vd over algemene regels betreffende de bevoegdheden in de titels IVa tot en met Vc van Boek I van het Wetboek van Strafvordering:

"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."

- artikel 218 Sv:

"Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschonen 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."

- artikel 4 leden 1 en 2 van het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken (hierna: het 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."

- artikel 5 leden 1 en 2 van het 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."

2.4.1 Met het voorschrift van artikel 126aa lid 2 Sv is beoogd het belang te beschermen dat een ieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van wat aan - onder anderen - de advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd, een advocaat te raadplegen. Het voorschrift strekt ertoe dat gegevens die als gevolg van de toepassing van de bevoegdheden genoemd in artikel 126aa lid 1 Sv zijn verkregen, onmiddellijk worden vernietigd indien zij vallen onder het verschoningsrecht als bedoeld in artikel 218 Sv, zodat 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. Uit artikel 126aa lid 2 Sv vloeit derhalve voort dat gegevens als in die bepaling bedoeld niet in het strafproces kunnen worden gebruikt (vgl. onder meer HR 2 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5632 en HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2678).

2.4.2 Uit artikel 5 leden 1 en 2 van het Besluit volgt verder dat, als gegevens zijn opgeslagen op een (afzonderlijke) gegevensdrager of ander voorwerp, ook van de vernietiging van die gegevens sprake is als die gegevens niet meer kenbaar zijn. Hoewel in die artikelleden wordt gesproken over de bewerking van de gegevensdrager of het voorwerp, is gelet op de strekking van deze voorschriften niet uitgesloten dat ook door de bewerking van de digitale voorziening waarmee de gegevens raadpleegbaar zijn, kan worden bereikt dat die gegevens niet meer kenbaar zijn in de zin van die artikelleden. De wijze waarop dit wordt vormgegeven, moet beantwoorden aan het hiervoor onder 2.4.1 omschreven doel van artikel 126aa Sv.

2.5.1 De rechtbank heeft vastgesteld dat de gegevens waarop het klaagschrift betrekking heeft ontoegankelijk zijn gemaakt "voor de opsporing" door het privilegiëren ofwel uitgrijzen van die

gegevens. Op grond daarvan heeft de rechtbank geoordeeld dat die gegevens "niet meer kenbaar zijn" in de zin van artikel 5 leden 1 en 2 van het Besluit.

2.5.2 Het in die overwegingen besloten liggende oordeel dat met het privilegiëren ofwel het uitgrijzen van de gegevens zoals dat in deze zaak heeft plaatsgevonden is verzekerd dat de gegevens geen deel uitmaken van de processtukken en dat daarop in het verdere verloop van het strafproces geen acht kan worden geslagen, is ontoereikend gemotiveerd. Daarbij neemt de Hoge Raad mede in aanmerking dat de rechtbank weliswaar heeft vastgesteld dat de gegevens ontoegankelijk zijn gemaakt "voor de opsporing" maar geen vaststellingen heeft gedaan over de wijze waarop is gewaarborgd dat personen die bij het opsporingsonderzoek zijn betrokken op geen enkele wijze toegang kunnen krijgen tot de uitgegrijpsde gegevens. In dat verband is van belang dat de rechtbank er wel van uitgaat dat er "technisch mogelijkheden bestaan om eenmaal gegrijpsde informatie opnieuw toegankelijk te maken", maar dat uit haar vaststellingen niet blijkt voor wie, op welke wijze en onder welke voorwaarden deze gegevens dan opnieuw toegankelijk kunnen worden.

2.6 Het cassatiemiddel slaagt.

3 Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de beschikking van de rechtbank;
- wijst de zaak terug naar de rechtbank Rotterdam, opdat de zaak opnieuw wordt behandeld en afgedaan.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president V. van den Brink als voorzitter, en de raadsheren Y. Buruma en A.L.J. van Strien, in bijzijn van de waarnemend griffier H.J.S. Kea, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 20 september 2022.