

ECLI:NL:PHR:2011:BP5996

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum uitspraak	20-09-2011
Datum publicatie	20-09-2011
Zaaknummer	09/01813
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2011:BP5996
Rechtsgebieden	Strafrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Middel m.b.t. verkeersgegevens van geheimhoudersgesprekken en art. 126aa Sv. HR doet de zaak af ex art. 81 RO en met verwijzing naar HR LJN BP6016.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RvdW 2011/1162

Conclusie

Nr. 09/01813

Mr. Vellinga

Zitting: 15 februari 2011

Conclusie inzake:

[Verdachte]

1. Verdachte is door het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch wegens 1. "Deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven, terwijl hij leider van deze organisatie was" en 2. "Opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 3, onder B, van de Opiumwet gegeven verbod, meermalen gepleegd, en Medeplegen van opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 3, onder B, van de Opiumwet gegeven verbod, en Medeplegen van opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 3, onder C, van de Opiumwet gegeven verbod, meermalen gepleegd" veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 2 jaren. Voorts heeft het hof de onttrekking aan het verkeer gelast van enkele inbeslaggenomen voorwerpen, de teruggave gelast van een inbeslaggenomen voorwerp en het bevel tot voorlopige hechtenis opgeheven.

2. Er bestaat samenhang tussen de zaken met de nummers 09/01813, 09/01591, 09/01815, 09/02053, 09/02557 en 09/02558. In al deze zaken zal ik vandaag concluderen.

3. Namens verdachte heeft mr. R.J. Baumgardt, advocaat te Spijkenisse, twee middelen van cassatie voorgesteld.

4. De onderhavige zaak maakt deel uit van de strafzaak die bekend staat onder de naam "Bosrank". Het feitencomplex in de "Bosrank-zaken" laat zich in het kort als volgt omschrijven. [medeverdachte 1] (verdachte in de zaak 09/02557) en [verdachte] (verdachte in de onderhavige zaak) zijn via rechtspersonen eigenaar van de growshop [A] B.V. In de opslagloods van deze growshop zijn bij een drietal invallen een grote hoeveelheid hennep, hennepstekjes, hennepafval en hashish aangetroffen. [Medeverdachte 3] (verdachte in de zaak 09/02053) was in dienst van de growshop en verrichtte daarvoor als zodanig werkzaamheden.

5. Aan [medeverdachte 1] (verdachte in de zaak 09/02557), [verdachte] (verdachte in de onderhavige zaak), [medeverdachte 3] (verdachte in de zaak 09/02053), [medeverdachte 4] (verdachte in de zaak

09/01591) en [medeverdachte 5] (verdachte in de zaak 09/01815) is tenlastegelegd dat zij hebben deelgenomen aan een organisatie die tot oogmerk had het plegen van Opiumwettdelicten met betrekking tot hennep en/of hashish en/of witwassen en/of gewoontewitwassen en/of een of meer andere misdrijven, waarbij [medeverdachte 1] en [verdachte] wordt verweten leiding te hebben gegeven aan deze organisatie. Aan [medeverdachte 1], [verdachte] en [medeverdachte 4] is daarnaast tenlastegelegd dat zij geldbedragen hebben witgewassen c.q. van dat witwassen een gewoonte hebben gemaakt. Voorts zijn aan de verdachte en zijn medeverdachten - waaronder [medeverdachte 6], verdachte in de zaak 09/02558 - overtredingen van de Opiumwet met betrekking tot hennep en/of hashish tenlastegelegd. Voorts is aan [medeverdachte 1] en [medeverdachte 4] tenlastegelegd dat zij wapens en/of munitie van categorie III voorhanden hebben gehad, en aan [medeverdachte 1] en [verdachte] dat zij een wapen en/of munitie voorhanden hebben gehad. Tenslotte is aan [medeverdachte 1] tenlastegelegd dat hij als bestuurder van een motorvoertuig heeft geweigerd mee te werken aan een bloedonderzoek.

6. Het eerste middel richt zich tegen enkele overwegingen die het Hof ten grondslag heeft gelegd aan de verwerping van het beroep op niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, gebaseerd op - kort gezegd - het niet vernietigen van enkele geheimhoudersgesprekken dan wel het daarbij niet in acht nemen van de voorgeschreven formaliteiten.

7. In de eerste plaats wordt geklaagd dat het Hof ten onrechte in het midden heeft gelaten "dat de omstandigheid dat de onzekerheid of geheimhoudersgesprekken, die volgens opgave van justitie zouden zijn vernietigd, in werkelijkheid wel degelijk zijn terug te halen, het vertrouwen van het publiek in de mogelijkheid vrijelijk via de telefoon informatie uit te wisselen met een geheimhouder, teniet zal doen, althans in ernstige mate zal aantasten."

8. Met betrekking tot bedoelde onzekerheid heeft het Hof overwogen:

"De verdediging heeft bij pleidooi de eerder gedane verzoeken om hisp Graafland opdracht te geven de namen van de leveranciers te verstrekken en om te doen onderzoeken of in het interceptiesysteem van de ULI vernietigde gesprekken daaruit toch nog zouden kunnen worden opgehaald, herhaald.

Het hof heeft die verzoeken eerder afgewezen, nu die er op gericht zijn om in zijn algemeenheid te onderzoeken of het in theorie mogelijk is om vernietigde gesprekken nog terug te halen. Het hof is echter van oordeel dat het al dan niet bestaan van een dergelijke theoretische mogelijkheid in het midden kan worden gelaten. In het kader van deze strafzaak is van belang of er daadwerkelijk geheimhoudersgesprekken zijn die niet vernietigd zijn en/of de procedurele wettelijke voorschriften omtrent het vernietigen zijn nageleefd. Die vraag is naar het oordeel van het hof, zoals uit het voorgaande blijkt, voldoende onderzocht.

Het hof ziet geen reden om thans anders te beslissen en wijst de verzoeken af."(1)

9. Over het vernietigen van op gegevensdragers opgeslagen processen-verbaal en het vernietigen van voorwerpen waarop gegevens zijn opgeslagen als bedoeld in art. 126aa lid 1 Sv houdt de Nota van toelichting op het op art. 126aa lid 2 Sv gebaseerde Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken (hierna: het Besluit)(2) in:

"Artikel 5

Deze bepaling heeft betrekking op de vernietiging van zowel processenverbaal en andere voorwerpen, bedoeld in artikel 2, als processen-verbaal en andere voorwerpen, bedoeld in artikel 4 van dit besluit.

Eerste lid

Dit artikellid ziet op het vernietigen van processen-verbaal die op afzonderlijke gegevensdragers, bijvoorbeeld op een diskette, zijn opgeslagen. Een trefzekere wijze van vernietiging van deze digitaal opgeslagen processen-verbaal is de "fysieke" vernietiging van de gegevensdrager, bijvoorbeeld door de diskette door te knippen of te verbranden. Het is echter ook mogelijk de gegevensdrager te behouden, terwijl de gegevens die daarop zijn geregistreerd worden vernietigd. In dat geval wordt onder vernietiging mede verstaan het zodanig bewerken van die gegevensdrager, dat van de gegevens die daarop stonden geen kennis meer kan worden genomen. Dit betekent dat het simpelweg wissen van bestanden op een diskette niet voldoende is. Met betrekkelijk eenvoudige programmatuur zijn de oorspronkelijk opgeslagen gegevens dan weer te achterhalen. Men zal de diskette bijvoorbeeld opnieuw moeten formatteren.

Tweede lid

Deze bepaling is van gelijke strekking als het eerste lid van dit artikel. Voorwerpen als cassettebandjes en diskettes behoeven op basis van dit artikel niet daadwerkelijk te worden vernietigd. Het gaat om de vernietiging van de gegevens. Daarom staat ook bij deze voorwerpen vernietiging van bijvoorbeeld een cassettebandje gelijk aan het demagnetiseren ervan omdat aldus alle gegevens vernietigd worden. In het proces-verbaal van vernietiging moet worden aangegeven op welke wijze de processen-verbaal en andere voorwerpen zijn vernietigd."(3)

10. Een korte oriëntatie op internet laat zien dat het in de nota van toelichting aanbevolen formatteren allesbehalve betekent dat de oorspronkelijk op de geformatteerde schijf opgeslagen informatie niet meer is terug te halen en dat de enige manier om echt alle op de schijf opgenomen data ontoegankelijk te maken het fysiek kapotmaken van de schijf betekent.(4)

11. Art. 5 van genoemd Besluit verlangt dat een gegevensdrager zodanig wordt bewerkt dat de gegevens die daaraan voor de bewerking konden worden ontleend, niet meer kenbaar zijn. Aan die eis is in mijn ogen voldaan wanneer die gegevens, zoals kennelijk in het onderhavige geval, met daartoe geschikte software ontoegankelijk zijn gemaakt en daarmee niet meer kenbaar zijn, zij het dat niet valt uit te sluiten dat die gegevens met specialistische software nog wel weer kunnen worden gevonden en daarmee zichtbaar en/of hoorbaar kunnen worden gemaakt.

12. Tegen deze achtergrond heeft het Hof aan de door het Hof als theoretisch ingeschatte mogelijkheid om de gegevens nog weer terug te halen verder geen aandacht behoeven te besteden. Daarbij neem ik mede in aanmerking dat een politiefunctaris, zo hij al over de noodzakelijke software zou kunnen beschikken, - mogelijk een enkele uitzondering daargelaten, bijvoorbeeld wanneer de verkeerde gegevens zijn vernietigd - onmiskenbaar handelt in strijd met de bedoeling van de wet door gegevens die ingevolge de wet moesten worden en zijn vernietigd met gebruik van specialistische software aan die vernietiging onttrekt of door een ander doet onttrekken.

13. In de tweede plaats wordt geklaagd over de overweging van het Hof luidende:

"Door de verdediging is gesteld dat het enkele feit dat kan worden vastgesteld dat een verdachte op een bepaald moment en wellicht ook vanaf een bepaalde plaats telefonisch contact heeft met zijn advocaat al voor de opsporing bruikbare informatie kan opleveren. Reeds op die grond kan - aldus de verdediging - worden gesteld dat er door het niet vernietigen van de geheimhoudergesprekken nadeel werd veroorzaakt of kon worden veroorzaakt.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Artikel 126aa, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering, luidt als volgt:

"Voor zover (...) processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 Wetboek van Strafvordering zou kunnen verschonen indien hem

als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd, worden deze processen-verbaal en andere voorwerpen vernietigd."

Naar het oordeel van het hof ziet deze bepaling, gelet op de bewoordingen ervan, namelijk "mededelingen gedaan door of aan een verschoningsgerechtigde", op het vernietigen van de inhoud van processen-verbaal of andere voorwerpen, omdat kennisneming daarvan strijd kan opleveren met het verschoningsrecht. Informatie door middel van het tappen van telefoons vergaard met betrekking tot het enkele plaatsvinden van telefoonverkeer tussen een cliënt en zijn advocaat (verkeersgegevens), raakt naar het oordeel van het hof niet het verschoningsrecht.

Dat door het niet vernietigen van geheimhoudergesprekken verkeersgegevens als hiervoor bedoeld ter beschikking staan van de opsporing levert dan ook, nu vernietiging van die gegevens niet is voorgeschreven, niet een vormverzuim in de zin van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering op."(5)

14. Volgens de toelichting op het middel heeft het Hof ten onrechte geoordeeld dat de zogenaamde verkeersgegevens niet vallen onder de in art. 126aa lid 2 Sv bedoelde mededelingen door of aan een persoon die zich op grond van art. 218 Sv zou kunnen verschonen als hij als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd.

15. De tekst van art. 126aa lid 2 Sv geeft geen steun aan de opvatting dat de in art. 126aa lid 2 Sv voorgeschreven vernietiging van zogenaamde geheimhoudersgesprekken ook de vernietiging van verkeersgegevens van die gesprekken omvat. Art. 126aa lid 2 Sv spreekt immers van processen-verbaal en voorwerpen die mededelingen aan geheimhouders als bedoeld in art. 218 Sv behelzen, niet over processen-verbaal en voorwerpen die verkeersgegevens bevatten.(6) Dat geldt ook voor de tekst van art. 4 van het Besluit. Noch aan de parlementaire geschiedenis van art. 126aa Sv(7) noch aan de tekst van de Nota van toelichting op het Besluit zijn andersluidende aanwijzingen te ontlelen.(8)

16. In het kader van de ontwikkeling van een systeem, waarin gesprekken met geheimhouders worden herkend aan de hand van telefoonnummers van geheimhouders en die gesprekken vervolgens niet worden opgenomen schreef de Minister van Justitie bij brief van 16 augustus 2010 aan de Tweede Kamer:

"Het systeem van nummerherkenning zal zo worden ingericht dat de geheimhoudergesprekken niet worden opgenomen, maar onmiddellijk na herkenning automatisch worden vernietigd. Dit geldt niet voor de verkeersgegevens van de gesprekken. Deze worden via het interceptiecentrum van het Landelijk Interceptiecentrum van het Korps Landelijke Politiediensten (KLPD/ULI) geleid en zullen aldaar worden bewaard. In die gevallen waarin aanwijzingen zouden bestaan van misbruik van het verschoningsrecht kunnen de verkeersgegevens worden geraadpleegd. Dergelijke gegevens kunnen aanwijzingen opleveren dat een advocaat onzorgvuldig gebruik of misbruik maakt van zijn geheimhoudertoestel. Van een aanwijzing is bijvoorbeeld sprake in geval de verkeersgegevens niet corresponderen met observaties van een opsporingsambtenaar in een strafrechtelijk onderzoek. Alsdan kan de Officier van Justitie hiervan melding maken bij de lokale deken en hem vragen de passende maatregelen te treffen. Ook kan hij als de aanwijzingen redenen geven voor een serieuze verdenking van medeplichtigheid van de advocaat aan het plegen van strafbare feiten, het telefoonverkeer van de betreffende advocaat laten aftappen, nadat daartoe door de rechter-commissaris een machtiging is verleend.

Gelet op deze omstandigheden heeft de Voorzitter van het College van procureurs-generaal geadviseerd af te zien van de bewaring van de inhoud van de communicatie waar geheimhouders bij betrokken zijn. Met de Voorzitter van het College meen ik dat er onvoldoende aanleiding bestaat tot het bewaren van de gespreksgegevens, zoals door de commissie Korvinus is aanbevolen. In plaats daarvan bieden de bestaande bevoegdheden voldoende mogelijkheden tot de opsporing van gevallen van misbruik, zoals het bewaren van de verkeersgegevens of het aftappen en opnemen van de communicatie van een

geheimhouder."(9)

Zoals deze brief laat zien gaat ook de Minister van Justitie er vanuit dat de wet niet verplicht tot het vernietigen van verkeersgegevens.

17. Uit een en ander volgt dat het Hof op goede gronden heeft geoordeeld dat de verkeersgegevens niet vallen onder de in art. 126aa lid 2 Sv bedoelde mededelingen.

18. De klacht dat het Hof zou hebben miskend dat de omstandigheid dat van de sturende invloed van gesprekken op het opsporingsonderzoek geen volledig beeld kan worden gekregen bij de beoordeling had moeten worden betrokken, mist feitelijke grondslag. Het Hof heeft immers overwogen(10) dat uit het dossier en het verhandelde ter terechtzitting geen enkele aanwijzing voor die invloed is te putten zodat slechts de enkele suggestie van het bestaan van de mogelijkheid van die invloed over blijft.

19. Wat betreft de klacht dat het Hof zijn oordeel dat het geconstateerde vormverzuim zonder rechtsgevolg dient te blijven ook buiten de gemotiveerde verwerping van het beroep op niet-ontvankelijkheid had moeten motiveren, merk ik op dat het Hof daartoe niet gehouden was nu ter zake - behoudens een beroep op niet-ontvankelijkheid - geen verweer is gevoerd, terwijl gezien het oordeel van het Hof dat het met betrekking tot de geheimhoudergesprekken geconstateerde vormverzuim geen strafvorderlijk relevant nadeel voor de verdachte heeft veroorzaakt, geen ernstig vermoeden rijst dat aan bedoeld verzuim enig rechtsgevolg zou moeten worden verbonden.

20. Het middel faalt.

21. Het tweede middel houdt in dat het Hof de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten door ter zake van het onder 2.9 tenlastegelegde bewezen te verklaren dat het feit te Neerkant, gemeente Deurne, is gepleegd, terwijl dit niet overeenstemt met de plaatsaanduiding in de tenlastelegging.

22. Aan de verdachte is - voor zover in hoger beroep nog aan de orde -onder 2 tenlastegelegd dat hij de aldaar onder 2.2 - 2.9 en 2.11-2.15 beschreven feiten heeft gepleegd "te Helmond en/of Mariahout, gemeente Laarbeek, en/of Eindhoven en/of Heusden en/of Lieshout en/of Weert en/of Boekel en/of Nederweert en/of Tegelen en/of Espel en/of Marknesse, althans in het arrondissement 's-Hertogenbosch en/of Roermond en/of Zwolle- Lelystad, in elk geval in Nederland". Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat het onder 2.9 bewezenverklarde feit is begaan in het arrondissement 's-Hertogenbosch en heeft het Hof de plaatsaanduiding nog nader gespecificeerd, te weten te Neerkant, gemeente Deurne. Omdat het Hof met deze nadere specificatie is gebleven binnen de grenzen van de in de tenlastelegging opgenomen plaatsaanduiding heeft het Hof de grondslag van de tenlastelegging allesbehalve verlaten doch integendeel de verdachte meer duidelijkheid verschaft dan de tenlastelegging bood.

23. Het middel faalt en kan worden afgedaan met de in art. 81 RO bedoelde motivering.

24. Het cassatieberoep strekt zich blijkens de aanvullende akte van cassatie mede uit tot de wrakingsbeslissingen in de onderhavige zaak. Tegen die beslissingen staat echter ingevolge art. 515 Sv geen cassatieberoep open.

25. Ambtshalve heb ik geen gronden aangetroffen waarop het bestreden arrest zou dienen te worden vernietigd.

26. Deze conclusie strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van de verdachte in zijn beroep tegen de wrakingsbeslissingen en tot verwerping van het beroep voor het overige.

De Procureur-Generaal

bij de Hoge Raad der Nederlanden

1 Zie p. 12 van het arrest.

2 Besluit van 15 december 1999, Stb. 1999, 548, op enkele hier niet van belang zijnde punten gewijzigd bij Besluit van 25 november 2008, Stb. 2008, 520.

3 Nota van toelichting, p. 10, 11.

4 Bijv. <http://www.surfned.nl/nl/Innovatieprogramma's/surfworks/resultaten/Pages/datadestructie.aspx>.

5 Zie p.16 van het arrest.

6 In deze zin ook Kamerstukken II 2001-2002, 28 059, nr. 3, p. 19, 20, en de adviezen van de Nederlandse Orde van Advocaten over het wetsvoorstel bewaarplicht telecommunicatiegegevens en over het concept-wetsvoorstel en conceptbesluit vorderen gegevens telecommunicatie.

7 Vgl. Kamerstukken II 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 60, 61.

8 Hiermee strookt de "Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders" (i.w.tr. 1 april 2002) van het College van procureurs-generaal (NbSr p. 266-271, 19 april 2002, afl.5) voor zover inhoudende dat het proces-verbaal van vernietiging de verkeersgegevens (gegevens die worden verkregen op grond van een vordering ex art. 126n Sv) dient te bevatten (p. 270). Dit in verband met controle door de rechter van de uitvoering van de plicht tot vernietiging.

9 Kamerstukken II 2009-2010, 30 517, nr. 24, p. 3.

10 P.17 arrest.