

Vergaderjaar 2020–2021

29 279

Rechtsstaat en Rechtsorde

Nr. 636

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE EN VEILIGHEID

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 28 januari 2021

Naar aanleiding van het verzoek van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid van 3 december 2020 ontvangt u hierbij mijn reactie op het artikel «Onderzoek van gegevens(dragers)» van Van den Hurk en De Vries uit het Nederlands Juristenblad (Jaargang 95, 25 november 2020, pag. 3152 e.v.). De commissie heeft gevraagd om een perspectief te schetsen hoe dit onderwerp in het kader van het nieuwe Wetboek van Strafvordering geregeld gaat worden.

De auteurs nemen de Smartphone-arresten van de Hoge Raad uit 2017 als vertrekpunt voor hun artikel. Kort gezegd heeft de Hoge Raad in deze jurisprudentie een kader uiteengezet voor het onderzoek aan inbeslaggenomen gegevensdragers en geautomatiseerde werken, zoals laptops en smartphones. Voor de normering van dit onderzoek maakt de Hoge Raad met gebruikmaking van het zgn. «stelselmatigheidscriterium» een driedeling. De opsporingsambtenaar is bevoegd indien sprake is van niet-stelselmatig onderzoek (de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene is beperkt). Bij stelselmatig onderzoek (een meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer) is de officier van justitie bevoegd en tot slot dient de officier van justitie de rechter-commissaris bij het onderzoek te betrekken indien sprake is van ingrijpend stelselmatig onderzoek (op voorhand is te voorzien dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zeer ingrijpend zal zijn). Deze nadere normering van het onderzoek aan inbeslaggenomen gegevensdragers en geautomatiseerde werken vormt eveneens een belangrijke vernieuwing in het concept van het nieuwe Wetboek van Strafvordering¹. In Hoofdstuk 7 van het nieuwe Boek 2 van dit wetboek is de regeling over het vergaren van gegevens langs deze lijnen geherstructureerd en gemoderniseerd. Om het systeem van deze strafvorderlijke bevoegdheden beter toe te snijden op de ontwikkelingen op het gebied van de informatie- en communicatietechno-

¹ Raadpleegbaar via: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/nieuwe-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2020/12/11/ambtelijke-versie-juli-2020-wetsvoorstel-wetboek-van-strafvordering-boek-2>.

logie is met het oog daarop de Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk ingesteld. Deze commissie, onder voorzitterschap van prof. dr. E.J. Koops, heeft in juni 2018 een rapport uitgebracht getiteld «Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving»². De auteurs verwijzen in hun artikel diverse keren naar dit rapport. Bij de totstandkoming van de nieuwe regeling in het nieuwe Wetboek van Strafvordering hebben voormelde jurisprudentie van de Hoge Raad en de aanbevelingen in het rapport van de commissie Koops een belangrijke rol gespeeld.

De drie algemene opmerkingen die de auteurs plaatsen bij de jurisprudentie van de Hoge Raad kan ik onderschrijven. «Onderzoek aan» is voor een wettekst minder nauwkeurig en mede daarom spreekt het nieuwe wetboek van «onderzoek *van* gegevens». Daaronder wordt verstaan het geheel aan handelingen dat moet worden verricht om gegevens over te nemen of daarvan kennis te nemen. In het nieuwe wetboek wordt, net als de auteurs voorstellen, niet gesproken over een elektronische gegevensdrager maar over een digitale-gegevensdrager. Tot slot is in de memorie van toelichting³ verduidelijkt waarom inderdaad niet gesproken kan worden over beslag op gegevens.

In hun analyse van de smartphone-arresten staan de auteurs allereerst stil bij het maken van een één-op-één kopie (een *image*) van het apparaat (2.1). Met de auteurs ben ik van mening dat het maken van een dergelijke image kan leiden tot een inbreuk op de privacy van de betrokkene. In de memorie van toelichting bij het nieuwe wetboek is beschreven dat deze onderzoeksmethode in beginsel moet worden aangemerkt als stelselmatig (een meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer) en daarmee een bevel van de officier van justitie behoeft, tenzij de gegevensdrager slechts weinig privacygevoelige informatie bevat (zoals bijvoorbeeld een fiets chip).

In paragraaf 2.2 stellen de auteurs dat via een geautomatiseerd werk (denk aan een smartphone) vooral toegang kan worden verkregen tot gegevens in de cloud en niet zozeer tot gegevens die daadwerkelijk op het geautomatiseerd werk zelf staan. Dat betekent dat de toegang tot die cloudgegevens moet lopen via een netwerkzoeking (artikel 125j Sv). Deze netwerkzoeking is onder de huidige wetgeving echter beperkt tot de situatie van een concrete doorzoeking ter plaatse en kan dus niet worden uitgevoerd nadat een smartphone is inbeslaggenomen. Dit probleem is onderkend en juist daarom wordt de netwerkzoeking in het nieuwe Wetboek van Strafvordering ook mogelijk gemaakt in gevallen waarin geautomatiseerde werken in beslag zijn genomen. Deze uitbreiding is overigens ook opgenomen in het wetsvoorstel Innovatiewet Strafvordering, dat begin dit jaar bij uw Kamer zal worden ingediend.

Volgens de auteurs ziet de Hoge Raad de gebruikmaking van technische hulpmiddelen bij het onderzoek aan geautomatiseerde werken als een sterke aanwijzing voor de conclusie dat dat onderzoek een meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene maakt (par. 2.3). De auteurs betwijfelen dit en zijn van mening dat, ondanks gebruikmaking van technische hulpmiddelen, nog altijd sprake kan zijn van een beperkte inbreuk op de privacy. Ook de memorie van toelichting bij het nieuwe Wetboek van Strafvordering sluit niet uit dat een geauto-

² Raadpleegbaar via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/06/26/rapport-commissie-koops---regulering-van-opsporingsbevoegdheden-in-een-digitale-omgeving>.

³ Raadpleegbaar via: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/nieuwe-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-memorie-van-toelichting-wetboek-van-strafvordering>.

matiseerde vorm van onderzoek van gegevens zelfstandig door een opsporingsambtenaar kan worden verricht.⁴

Ook in de inhoud van paragraaf 2.4 van het artikel kan ik mij goed vinden. De auteurs behandelen hierin de term *stelselmatigheid*. Mede naar aanleiding van het rapport van de commissie Koops speelt dit abstracte criterium – hiervoor werd daarvan al gewag gemaakt – een centrale rol in de normering van het onderzoek van gegevens, op dezelfde wijze zoals het in het huidige wetboek ook al een belangrijke rol speelt bij de inzet van enkele bijzondere opsporingsbevoegdheden. Het criterium sluit ook aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad. Ten aanzien van de in het nieuwe wetboek gehanteerde begrippen «stelselmatig» en «ingrijpend stelselmatig» onderzoek van gegevens stellen de auteurs tot mijn genoegen dat de formulering hiervan uitblijkt in helderheid en wat hen betreft exact weergeeft wat de respectievelijke criteria zouden moeten inhouden.

In paragraaf 3 van het artikel gaan de auteurs in op de vraag hoe op een betekenisvolle wijze invulling kan worden gegeven aan toetsing door de officier van justitie of de rechter-commissaris. Zij werken daarbij een aantal factoren uit die de Commissie Koops heeft opgenomen in haar rapport. De auteurs komen tot de conclusie dat voor de interpretatie van het criterium van «stelselmatigheid» met name de aard van de gegevens van belang is en de wijze waarop het onderzoek in technisch opzicht plaatsvindt. De toelichting bij de artikelen 2.7.39 en 2.8.8 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering gaat hier ook uitgebreid op in en sluit aan bij hetgeen de auteurs concluderen. Voor de interpretatie van «stelselmatig» kan blijkens de toelichting deels worden aangesloten bij de betekenis die daaraan in de bestaande wetgeving en jurisprudentie wordt gegeven. Tegelijkertijd wordt daarbij opgemerkt dat de daaruit voortvloeiende duiding van het begrip «stelselmatig» echter maar van beperkte relevantie is voor de digitale vorm van onderzoek van gegevens. Daarom zijn in de memorie van toelichting aanknopingspunten gegeven voor de relevante factoren voor de invulling van «stelselmatig» in de context van digitaal onderzoek. Het gaat hierbij om de hoeveelheid, aard en geautomatiseerde onderzoekbaarheid van de gegevens, het type drager, de wijze van opslag en de automatisering van het onderzoek. Deze factoren komen overeen met de door de auteurs in hun artikel genoemde factoren.

Tot slot gaan de auteurs in paragraaf 4 in op de vormverzuimen die in beeld zouden kunnen komen rond het onderzoek van gegevens en de mogelijke reacties daarop. De auteurs houden dit deel van hun betoog vrij algemeen en stellen dat op grond van de huidige stand van de rechtspraak enkel de constatering van een vormverzuim als rechtsgevolg haalbaar is. Ten aanzien hiervan merk ik op dat de Hoge Raad op 1 december 2020 een arrest heeft gewezen (ECLI:NL:HR:2020:1890) waarin een beschouwing wordt gewijd aan het op artikel 359a van het huidige wetboek gebaseerde beoordelingskader voor de rechtsgevolgen die kunnen worden verbonden aan vormverzuimen die zijn begaan bij het voorbereidend onderzoek. De Hoge Raad overweegt dat hij aanleiding ziet om «de precieze formulering» van «enkele» in dat beoordelingskader opgenomen maatstaven te «nuanceren of bij [te] stellen». Hij overweegt – onder verwijzing naar de recente openbaarmaking van het concept van het nieuwe Wetboek van Strafvordering waarin een nieuwe regeling voor processuele sancties is opgenomen, die naar het oordeel van de Hoge Raad «ten dele anders is ingericht» dan de huidige wettelijke regeling – dat de initiatieven om de huidige wettelijke regeling aan te passen hem aanleiding geven tot «terughoudendheid»; hij ziet daarom geen

⁴ Idem.

aanleiding voor «substantiële wijzigingen» in het beoordelingskader. Daarmee heeft dit arrest vooral betekenis voor de op de huidige wettelijke regeling gebaseerde strafrechtspraktijk, maar krijgt uiteraard ook te bestemder plaatse aandacht in de nieuwe regeling voor processuele sancties die is opgenomen in het nieuwe wetboek.

Ik hoop dat ik u hiermee voldoende heb geïnformeerd.

De Minister van Justitie en Veiligheid,
F.B.J. Grapperhaus