

EUR Research Information Portal

Een ongeschikt concept

Publication status and date:

Published: 01/01/2017

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document License/Available under:

Article 25fa Dutch Copyright Act

Citation for the published version (APA):

Stamhuis, E. (2017). Een ongeschikt concept. *Strafblad*, 2017(50), 360-366. <http://hdl.handle.net/1765/106931>

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.



Strafblad 2017(4) 50 Een ongeschikt concept

Strafblad 2017(4) 50 Een > < ongeschikt > < concept >

25-09-2017

Auteur(s): Stamhuis, Prof.mr. E.F.

< Een > < ongeschikt > < concept >

Om voldoende veerkracht ten opzichte van technologische innovaties te hebben moet de strafvorderlijke regeling in flexibele taal geschreven worden. Tevens dient de wet zo weinig mogelijk < een > technische momentopname vast te leggen. Op beide punten scoort het voorstel voor de vergaring van gegevens in het project Modernisering Strafvordering < een > onvoldoende. Met de keuze voor inbeslagname van gegevens wordt < een > verkeerd begrip gebruikt, staat de klok stil en in de uitwerking komt het niet tot < een > heldere regeling voor de praktijk.

1. Inleiding

Op 7 februari 2017 stelde het ministerie van Veiligheid en Justitie concepten voor boek 1 en boek 2 van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering ter beschikking van het publiek.¹ Deze wetteksten met toelichting onthulden de uitwerking die in de ministeriële burelen gegeven was aan de eerder verschenen contourennota en de debatten daarover in het parlement, tijdens congressen en in de literatuur. Met de verspreide documenten in de hand valt nu te onderzoeken hoe en in welke mate de ambities van het project Modernisering Wetboek van Strafvordering vertaald zijn in concrete arrangementen. Boek 1 van het < concept > bevat algemene bepalingen, boek 2 regelt de opsporing. In het kader van de cyberspecial waarvoor deze bijdrage geschreven is, staat hier in het bijzonder de uitwerking van de bevoegdheden ter vergaring van gegevens in de belangstelling. Naast alle andere bedoelingen is voor dit onderdeel het streven naar techniekonafhankelijk formuleren extra relevant, mede omdat men rekening wil houden met ontwikkeling en toepassing van nieuwe technologieën.²



In het < concept > voor boek 2 staat het opsporingsonderzoek centraal. De meest digitale stukken daaruit, de titels 7.3 tot 7.6, bevatten de regelingen ten aanzien van het vergaren van gegevens en het onderzoek van gegevensdragers en geautomatiseerde werken. Voor de vergaring van gegevens wordt voorgesteld die te gaan regelen als inbeslagneming van gegevens. Samen met de andere bevoegdheden ter opsporing zou de inbeslagneming van gegevens optimaal toekomstbestendig moeten worden, zodat ook hier het gemoderniseerde wetboek na invoering decennialang < een > adequate regeling zal geven. In hoeverre de voorgestelde vormgeving als inbeslagneming daaraan bijdraagt, is de centrale vraag in dit artikel.

Technologieonafhankelijkheid wordt vaak genoemd, ook hiervoor, maar is vermoedelijk niet de goede term. Onafhankelijkheid veronderstelt dat de wet los wordt gezet van de technologische ontwikkelingen en dat zou in de huidige tijd < een > onrealistische en onwenselijke loskoppeling inhouden van wat er in de samenleving gebeurt. Men kan beter uitgaan van < een > bepaalde mate van technologische disconnectie, met als oogmerk dat de wettelijke regeling zowel naar inhoud als wat de formulering betreft veerkracht vertoont en als < een > schokdemper kan reageren ten aanzien van onvoorziene technologische ontwikkelingen. Alleen wanneer die ontwikkelingen nopen tot < een > geheel nieuwe belangenafweging wordt de schokdemper overbelast, zo zou men kunnen zeggen.³ Voor het overige, dus als < een > heroverweging van de fundamentele keuzes niet nodig is, zou met (interpretatieve) flexibiliteit voorzien moeten worden in de normering onder de technologisch nieuwe omstandigheden. Veerkracht houdt dan in dat de gekozen bewoordingen die flexibiliteit mogelijk maken en dat zo weinig mogelijk < een > momentopname in de wet vastgelegd wordt.⁴ Deze bijdrage zal op de conclusie uitkomen dat de onderhavige deelregeling voor de vergaring van gegevens in beide opzichten heroverweging verdient.

In het project Modernisering Wetboek van Strafvordering blijven de hoekstenen van de Nederlandse strafvordering staan waar ze staan.⁵ Het is echter de vraag of de modernisering van de bevoegdheden ook in dezelfde mate voorzichtig aangepakt moet worden. Evengoed kan gesteld worden dat, als de grote kaderstelling niet verandert, zich < een >



uitgelezen gelegenheid voordoet om < een > deelonderwerp – de regeling van de bevoegdheden – grondiger te herzien. Allicht zou dat meebrengen dat we hier even de tijd voor nemen.⁶ De strafvorderlijke bepalingen hebben immers < een > sleutelrol voor de regulering van de opsporingspraktijk. Gelede normstelling, in de zin dat de materie slechts op hoofdlijnen in de formele wet geregeld zou worden, is bij strafvordering slechts beperkt mogelijk.

Deze gelede normstelling is < een > van de remedies tegen snelle veroudering van < een > wettelijke regeling van technologisch sensitieve onderwerpen.⁷ De formele wet geeft de algemene kaders en de details worden op grond van delegatie in regelingen van lagere orde opgenomen. Deze benadering is ten aanzien van opsporingsbevoegdheden slechts tot < een > bepaalde hoogte bruikbaar. De omschrijving van de bevoegdheid en de voorwaarden waaronder die uitgeoefend mag worden, hoort thuis in het wetboek of in ieder geval in < een > formele wet. Dat vloeit voort uit het legaliteitsbeginsel in artikel 1 Sv en de opdracht tot regeling in de formele wet van artikel 107 Grondwet.⁸ Delegatie is evenwel niet uitgesloten, maar moet betrekking hebben op de uitwerking van uitvoeringsaspecten. Bijvoorbeeld: welke instrumenten/apparaten/technieken de opsporingsautoriteiten mogen gebruiken, leent zich uitstekend voor opname in < een > lagere regeling. Dat is nu de praktijk – zie bijvoorbeeld het Besluit technische hulpmiddelen strafvordering – en zal na de moderniseringsoperatie ook praktijk blijven. Doordat we dus veel zaken moeten vastleggen in bepalingen in het wetboek zelf, zal de spanning tussen flexibiliteit enerzijds en concreetheid, voorspelbaarheid en consistentie anderzijds nooit geheel verdwijnen. Dat voegt alleen maar gewicht toe aan het streven naar bepalingen in het wetboek die qua terminologie of architectuur optimaal *futureproof* zijn.

De kritische pijlen zullen in deze bijdrage gericht zijn op de keuze voor inbeslagneming als bevoegdheid ten aanzien van gegevens en de uitwerking van die keuze in de conceptregeling. Bij elkaar opgeteld zijn de bezwaren gemengd principieel en praktisch van aard. Allereerst wordt gereflecteerd op de passendheid van het < concept > inbeslagneming voor de hier bedoelde handelingen en betoogd dat inbeslagneming gereserveerd zou moeten zijn voor situaties waarin op de



beschikkingsmacht van de oorspronkelijke houder < een > inbreuk gemaakt wordt. Daarna komt in kritische zin de uitwerking van de keuze voor inbeslagneming aan de orde. Als voorlaatste onderdeel wordt nog besproken of er ondanks de bezwaren niet toch voordelen behaald worden, zodat over de bezwaren heen gestapt zou moeten worden. Dan gaat het in het bijzonder over de vraag of het onderbrengen van gegevensvergaring onder beslag betekent dat handig meegelift wordt met aan beslag gekoppelde regelingen, zoals bewaring, vernietiging en teruggave. Dan zou het resultaat toch nog mooi kunnen zijn, maar de waarneming in dit artikel is < een > andere.

Om voldoende veerkracht ten opzichte van technologische innovaties te hebben moet de strafvorderlijke regeling in flexibele taal geschreven worden. Tevens dient de wet zo weinig mogelijk < een > technische momentopname vast te leggen. Op beide punten scoort het voorstel voor de vergaring van gegevens in het project Modernisering Strafvordering < een > onvoldoende. Met de keuze voor inbeslagneming van gegevens wordt < een > verkeerd begrip gebruikt, staat de klok stil en in de uitwerking komt het niet tot < een > heldere regeling voor de praktijk.

2. Conceptuele bezwaren

Het ter advisering verspreide < concept > voor boek 2 bevat in artikel 2.7.3.1.1 < een > omschrijving van de inbeslagneming van gegevens. De tekst zegt dat het gaat om 'onder zich nemen van gegevens ten behoeve van de strafvordering', welke handeling beperkt wordt tot de uitoefening van enkele expliciet genoemde bevoegdheden. Op dat laatste kom ik verderop nog terug, nu eerst aandacht voor de materiële definitie van de handeling. De toelichting verschaft enig inzicht in de denkwijze die tot de verandering heeft geleid.⁹ Qua termen zou gesteld kunnen worden dat de definitie voor deze handeling ten aanzien van gegevens niet afwijkt van wat de handeling ten aanzien van voorwerpen inhield. Ook daarvoor was de omschrijving in de wet 'het onder zich nemen of gaan houden ten behoeve van de strafvordering'; artikel 134, eerste lid, Sv. Omdat beslag altijd meebracht dat de beschikkingsmacht van de oorspronkelijke houder beperkt werd, ging de wetgever er tot nu toe van uit dat inbeslagneming van gegevens niet mogelijk is. Veelal eindigde immers het bezit van de gegevens bij de oorspronkelijke houder niet, wanneer de overheid over



gegevens de beschikking nam. Er werd slechts < een > kopie ingenomen. Maar, aldus de toelichting, het einde van de beschikkingsmacht is als eigenschap niet in beton gegoten en om reden van vereenvoudiging van systematiek en terminologie wordt voorgesteld inbeslagneming van gegevens toch mogelijk te maken. De kern is immers hetzelfde voor voorwerpen of gegevens: zij komen onder de beschikkingsmacht van de opsporingsautoriteiten.

Laten we eerst kort reflecteren op de woorden. Wat is onder je nemen of gaan houden? Bij voorwerpen in de zin van roerende zaken is dat helder: het pakken/opheffen en meenemen, waarbij door de stoffelijke verplaatsing de beschikkingsmacht van de beslagene beëindigd is. Soms gaat het meenemen niet verder dan het ter plekke de vernietiging in gang zetten, zoals het storten van wietplanten in de afvoercontainer. Dat is < een > toepassing van de beschikkingsmacht van de autoriteiten, die door de wet mogelijk gemaakt wordt. Voor veel gevallen geldt echter dat het in beslag genomen goed onder de overheid bewaard wordt. De aanwezigheid in handen van de autoriteiten waarborgt dat de doelen van het beslag (onderzoek, andere doelen) bereikbaar zijn en blijven. Praktisch gezien heeft beslag alleen maar zin als die overgang van de macht over het voorwerp van enige duur is. Het verrichten van de bijbehorende formaliteiten ontbeert betekenis als het voorwerp binnen enkele minuten alweer teruggegeven wordt. < Een > voorwerp beschouwen en daarna achterlaten levert vaak wel informatie op, maar getuigt van de afweging dat voor strafvorderlijke doelen het ingrijpen in de beschikkingsmacht niet noodzakelijk is. Deze handeling wordt in de praktijk vaak gedekt door < een > steunbevoegdheid, bijvoorbeeld tot doorzoeking.

De afwezigheid van feitelijke macht over het beslagen voorwerp bij de oorspronkelijke houder lijkt < een > essentieel kenmerk te zijn. Bij meegenomen roerende zaken vloeit dat voort uit de aard der dingen, bij andere goederen – onroerende zaken en vorderingen – is dat wat minder evident. Daar wordt het onder zich nemen of gaan houden gemarkeerd doordat de beschikkingsmacht van de beslagene eindigt met de ingang van het beslag door bepaalde formaliteiten. Daar is vooral de afwezigheid van juridische macht bij de beslagene om over het goed te beschikken < een > essentieel kenmerk. Is het einde van de beschikkingsmacht nu in het algemeen < een > kenmerk *sine qua non*? Op die vraag antwoordt



< concept > voor boek 2 dus eenvoudigweg met nee. Het gevolg van de voorgestelde aanpak is dat er twee soorten inbeslagneming bestaan: < één > mét het einde van de beschikkingsmacht van de beslagene¹⁰ en < één > waarvoor dat niet geldt. Dat verschil valt vervolgens niet samen met het onderscheid tussen gegevens en voorwerpen/goederen. Er zijn immers ook situaties denkbaar – nú en in de toekomst – waarin beslag op de gegevens wél met het einde van de beschikkingsmacht van de houder gepaard gaat, in het bijzonder bij gegevensbestanden met < een > illegale inhoud. Men denke aan kinderpornografie of videomateriaal dat tot terreurdaden aanzet.

In het kader van heldere wetgevingsterminologie zou deze benadering niet mijn voorkeur hebben. Ik zou het beslag reserveren voor die gevallen, waarin de beschikkingsmacht van de oorspronkelijke houder – van voorwerpen en van gegevens – eindigt. Het gaat in de meeste gevallen van toepassing van dit dwangmiddel in de kern om de beperking van het vrije genot van iemands bezit.¹¹ Voor de varianten van gegevensvergaring waarbij die vrijheidsbeperking niet speelt, zou ik < een > meer flexibele term willen hanteren. Er zijn voor het onder je nemen van gegevens andere woorden beschikbaar die meer neutraal zijn ten opzichte van de wijze waarop dat gebeurt en die geen verwarring met de inbeslagneming van voorwerpen opleveren, noch enige implicatie hebben ten aanzien van de beschikkingsmacht. Onder meer kan gedacht worden aan de tekst van artikel 25 WIV (nieuw),¹² waar het ‘verzamelen’ van gegevens als neutrale term gehanteerd wordt.¹³ Omdat deze term neutraler is, zal die ook flexibeler zijn wanneer methoden van gegevensvergaring opkomen die nu nog niet voorzien zijn. Neutraler betekent geschikter voor flexibele interpretatie en daardoor leidend tot < een > meer veerkrachtige wet.

Naast flexibele termen noemde ik in de inleiding als tweede aspect van veerkracht het tegengaan van < een > momentopname. Ook daarin schiet de hier besproken regeling tekort, omdat er nu al < een > wijze van gegevensvergaring te noemen is, die wel onder de materiële definitie zou vallen, maar waarvoor het < concept > inbeslagneming < ongeschikt > is: de bestandsvergelijking/analyse.¹⁴ Veel opsporingsinformatie komt al jaren uit bestandsvergelijking¹⁵ en dat zal in de toekomst alleen maar toenemen door de verwachte ontwikkeling in de criminaliteit en in de



gereedschapskist van de opsporingsautoriteiten.¹⁶ Het gaat hierbij beslist niet alleen om sturings- of startinformatie, maar ook om bewijs of informatie die bij de straftoemeting < een > rol speelt. Het genereren van < een > gegevensbestand met behulp van < een > bewerking van < één > of meer andere gegevensbestanden wordt evenwel door het < concept > niet gezien als vergaring van gegevens, terwijl hier toch sprake is van het onder zich nemen van gegevens ten behoeve van de strafvordering. Juist vanwege het feit dat het einde van de beschikkingsmacht van de houder niet in de definitie staat, valt het inbrengen van nieuwe gegevens ook onder het begrip 'inbeslagneming'. Dat is blijkens de beperking tot bepaalde steunbevoegdheden niet de bedoeling, maar dan moeten we vaststellen dat deze vorm van gegevensvergaring niet in het < concept > voorkomt en er dus < een > momentopname vastgelegd wordt; < een > opname van < een > toestand van gisteren ook nog. Daarmee wordt de veerkracht van de toekomstige wet benadeeld. De vraag is vanzelfsprekend aan de orde of voor de vorm van gegevensvergaring < een > voorziening in het Wetboek van Strafvordering zou moeten staan en in hoeverre de regeling in de Wet politiegegevens toereikend is. Het kennelijke standpunt van het < concept > is het laatste. Laten we daar even kort op ingaan.

De bestandsvergelijking als middel om gegevens te verwerken en nieuwe informatie te verkrijgen staat geregeld in artikel 11 Wet politiegegevens (WPG) en artikel 2:11 en 2:12 Besluit politiegegevens. Daar wordt de politie toegestaan bestandsvergelijkingen uit te voeren ten behoeve van onderzoeken naar concrete inbreuken op de rechtsorde (art. 9 lid 1 WPG) of ter verkrijging van inzicht in betrokkenheid van personen bij ernstige criminaliteit (als omschreven in art. 10 lid 1 WPG). De wet en het besluit bevatten nadere voorschriften die bij bestandsvergelijking na te leven zijn en monden erin uit dat de aldus verkregen nieuwe data kunnen worden verstrekt aan de onderzoekers en het Openbaar Ministerie. Deze ontvangers van gegevens krijgen uit de conceptregeling in boek 2 < een > dubbele boodschap ten aanzien van de vraag of zij de aldus gegenereerde bestanden in de toekomst in beslag zouden moeten nemen. De definitie zou dat wel meebrengen, maar de beperking tot < een > aantal steunbevoegdheden zorgt ervoor dat verstrekking na bestandsvergelijking niet onder deze bepaling valt. In het huidige systeem verwijst de relevante



beleidsregel¹⁷ naar het eigen verwerkingsregiem van het Wetboek van Strafvordering, dat gerespecteerd zal moeten worden. Dat komt nu neer op het opnemen van de ontvangst en de beschrijving van de gegevens in het proces-verbaal van het onderzoek. Als bijzondere handeling heeft deze methode dus geen nadere regeling in de Strafvordering gekregen en dat zou zo blijven als het aan de bedenkers van het ontwerp boek 2 ligt.

Het ontwerp gaat er dus kennelijk van uit dat < een > strafvorderlijke regeling van gegevensvergaring door data-analyse en vergelijking vanuit strafvorderlijk oogpunt niet nodig is. Ik ben daarentegen van mening dat het < een > tekort zou zijn als het wetboek niet in < een > bijzondere regeling hiervan voorziet en slechts verwijst naar de WPG. Bij deze vorm van onderzoek is namelijk naast het belang van gegevensbescherming < een > ander risico aanwezig dat wel degelijk strafvorderlijk gewichtig is: het in artikel 6 EVRM verankerde recht om voor de verdediging toegang te krijgen tot de bezwaarlijke informatie en die op juistheid te kunnen beproeven (indien nodig met behulp van < een > expert). Mij lijkt dat het wetboek op de toename van data-analyse (en andere, smart technologieën die bewerkingen van data inhouden) als middel voor opsporing voorbereid moet zijn en moet voorzien in de nodige waarborgen, die dus breed opgevat moeten worden. Ik denk bij bestandsvergelijking/analyse aan bewaring van de resultaatbestanden en < een > protocol van het proces van bewerken (aanduiding algoritme, databases, herkomst) ten behoeve van de verdediging.¹⁸ Als dat niet voorgeschreven wordt, staat de verdediging later hoogstwaarschijnlijk voor < een > raadsel en dat zou niet zo moeten zijn.¹⁹

In het < concept > staat wél < een > regeling voor de stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen (art. 2.8.2.4.1), wat op zichzelf mooi is. Bovendien wordt het onderzoek van < een > smartphone ter verkrijging van gegevens geregeld (art. 2.7.4.2.1). Ik zou menen dat voor de onderhavige vorm van onderzoek en dataverkrijging < een > vergelijkbare specificiteit in de wet verwacht mag worden. Het gaat om meer dan gegevensbeheer en verwerking zoals geregeld in WPG, in het bijzonder omdat het valt onder het begrip van onderzoek en van opsporing. Voor de te gebruiken woorden is inspiratie in artikel 11 WPG en ook in artikel 60 WIV (nieuw) te vinden.



Samenvattend luidt de conclusie van deze paragraaf dat het voorstel voor de regeling van de gegevensvergaring in het strafrechtelijk onderzoek op bezwaren stuit. Het toepassen van de inbeslagneming als term is onvoldoende flexibel en de uitwerking is te zeer < een > momentopname. Beide gebreken zouden resulteren in < een > weinig veerkrachtige wet, ten aanzien waarvan zeer spoedig de rechter zal moeten bijspringen om technologische ontwikkelingen te accommoderen. Dat strookt niet met de wens om de afwegingen op het niveau van de formele wetgever nu voor < een > aantal decennia te maken en geeft bovendien de opsporingspraktijk onvoldoende sturing.

3. Levert de parallel met beslag toch voordelen op?

Hiervoor is < een > pleidooi gevoerd om voor < een > belangrijk deel van de gegevensvergaring de term 'inbeslagneming' niet te gebruiken. Voordat deze bijdrage afgesloten wordt, sta ik nog stil bij < een > mogelijke tegenwerping. Als de parallel met de inbeslagneming van voorwerpen veel praktische voordelen met zich brengt, zou om die reden < een > meer principiële bezwaar op de koop toe genomen kunnen worden. Daarbij denk ik nu aan het overnemen van de regeling voor de traceerbaarheid en voor wat er na de inbeslagneming kan volgen. Allereerst volgt hier de traceerbaarheid die in de regeling voor in beslag genomen voorwerpen op < een > sluitend systeem berust.

Het belang van < een > zorgvuldige *paper trail* rondom in beslag genomen voorwerpen moet niet onderschat worden of afgedaan als onnodige papierwinkel. Wellicht wat onzichtbaar voor de eerste waarneming, maar hier gaat het toch om < een > pijler onder het vertrouwen dat de overheid het eigendomsrecht van anderen respecteert, zelfs als het object van dat recht tijdelijk onder de autoriteiten is. Met < een > goede documentatie levert de overheid tegelijk < een > kleine inspanning om de integriteit van haar dienaren te bewaren, de keerzijde van het vertrouwen. Individuele ambtenaren ervaren op grond van hun ethiek reeds remming tegen de verleiding om iets te laten plakken wanneer grote sommen geld, hoeveelheden drugs of waardevolle juwelen door hun handen gaan.

< Een > redelijke zekerheid dat 'de bureaucratie' < een > misgreep aan het licht zal kunnen brengen, ondersteunt die ethiek. Ten slotte, puur



strafvorderlijk gezien het zwaarst wegend, geldt dat de *paper trail* ondersteunend is voor de garantie van integriteit en authenticiteit van de voorwerpen die voor het bewijs gebruikt zouden kunnen worden. In onze procestraditie weegt de zorgvuldige bewaring van < een > voorwerp om het in ongeschonden toestand ter zitting aan de rechter te kunnen tonen amper < een > rol, maar het belang van te kunnen traceren of, door wie en in welke mate aan het beslagene iets veranderd is, wordt daar niet minder van.

Traceerbaarheid is ook voor de gegevenshuishouding van het hoogste belang en de zojuist genoemde deelbelangen kennen alle drie hun variant voor gegevens die in handen van de opsporingsfunctionarissen zijn. Dat is echter niet beperkt tot die gegevens waarvoor het < concept > nu de inbeslagneming voorschrijft. Voor de traceerbaarheid en transparantie rondom databestanden die ten behoeve van de strafvordering onder de autoriteiten zijn, wordt in het < concept > geen navolgbare praktijk voorgesteld. Het < concept > gaat ervan uit dat alles wat voor de strafvordering relevant is, terug te vinden zou moeten zijn in het proces-verbaal (art. 2.1.4.1). Daarnaast wordt alleen voor < een > selectie van gevallen bijzondere documentatie voorgeschreven, welke selectie mij voor de praktijk niet bijzonder consistent voorkomt. Voor de inbeslagneming moeten wel, voor andere vormen van dataverzameling hoeven niet nadere documenten opgesteld, bewaard en uitgereikt te worden. Voor het overige zou het gegevensbeheer onder het WPG-regiem kennelijk moeten voorzien. Wat nu in de perceptie van de opstellers de meerwaarde van de specifieke documentatie via inbeslagneming is, ontgaat mij. Er is weinig profijt te ontwaren van de parallel met de inbeslagneming.

Het bijzondere sluitstuk van de regeling van inbeslagneming behandelt de bewaring, teruggave of vernietiging. Als dat ten gevolge van de keuze voor inbeslagneming nu ook voor gegevens parallel goed geregeld zou worden, zou dat de voorgestelde aanpak kunnen steunen, als tegenwicht tegen de bezwaren. Kort samengevat is het uitgangspunt bij voorwerpen dat < een > in beslag genomen voorwerp teruggaat naar de oorspronkelijke bezitter onder wie het in beslag genomen is, zodra het beslag voor het onderzoek niet meer nodig is. Dit is < een > mooie uitwerking van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en reflecteert dat het < een > inbreuk op het ongestoorde bezit ging. Op dit uitgangspunt wo



< een > uitzondering gemaakt, als goede redenen daartoe dwingen. Er kunnen naast het onderzoeksbelang andere strafvorderlijke belangen overblijven, zoals de bewaring ten behoeve van de tenuitvoerlegging van < een > (te verwachten) sanctie. Daarnaast kan het evident zijn dat het voorwerp niet bij de rechtmatige bezitter aangetroffen was, maar bijvoorbeeld bij de dief. Ook dan zou de teruggave rechtens onwenselijk zijn en voorziet het wetboek in < een > regeling voor bewaring en teruggave aan de rechthebbende.

Vernietiging van < een > in beslag genomen voorwerp is gelegitimeerd als de bewaring ervan onmogelijk of onredelijk bezwaarlijk is. In dat geval heeft de overheid de plicht om de waarde van het vernietigde in geld ter beschikking te stellen wanneer alsnog tot teruggave besloten wordt. Vernietiging mag ook volgen wanneer bewaring volstrekt onzinnig is, zoals bij voorwerpen die evident niet rechtmatig in bezit kunnen zijn; de AK47 en de partij drugs of illegaal vuurwerk. < Een > rechtsgeldige afstand van het voorwerp door de beslagene opent tenslotte de mogelijkheid voor handelen naar bevind van zaken door de autoriteiten, in dit geval de officier van justitie. In het < concept > keert deze – hier schetsmatig uitgetekende – regeling met enkele aanvullingen (zie de toelichting op p. 53-54) terug in afdeling 7.2.4.

Hoe zit dat nu met de in beslag genomen gegevens? Het lijkt geen onredelijke verwachting om, gegeven de keuze voor inbeslagneming, ook voor gegevensbestanden < een > vergelijkbaar sluitstuk in de strafvorderlijke regelgeving op te nemen. Het oogt wellicht wat bureaucratisch, maar tegenover het besluit tot inbeslagneming zou < een > formeel besluit tot vernietiging, bewaring of teruggave moeten staan. Het < concept > geeft daarvoor echter geen regeling²⁰ en ik wil daarvoor nu ook niet meteen < een > ongenueanceerd pleidooi houden. Integendeel, het toont naar mijn smaak aan dat deze keuze voor inbeslagneming heroverwogen zou moeten worden. Anders zit de overheid straks met < een > beslagtype, waarvan het einde netjes geregeld en gedocumenteerd is en tegelijk met < een > beslag, waarvan de afwikkeling volstrekt onhelder is. Er zullen immers minstens twee soorten databestanden in handen van de opsporingsinstanties zijn: in beslag genomen en niet in beslag genomen gegevens. Sommige in beslag



genomen gegevens zijn slechts gekopieerd, sommige zijn aan de oorspronkelijke houder ontnomen. Gekopieerde bestanden hoeven zeker niet teruggegeven te worden, voor andere is dat < een > aparte vraag.²¹ Wat in de onderscheiden gevallen de norm is, wordt in het conceptwetboek niet beschreven.²² Ter beantwoording van < een > mogelijk opkomende vraag: dit punt laat onverlet dat ten aanzien van gegevensbestanden die voorwerp van opsporingshandelingen zijn, < een > goede *paper trail* (in digitale vorm) zeker vereist is.²³ In de praktijk zal dit minimaal neerkomen op het goed (geautomatiseerd en niet-willekeurig) bijhouden van de metadata van het bestand en < een > gegevenslogboek verbonden aan < een > onderzoek.²⁴ Afgezien hiervan, de conclusie uit deze beknopte beschouwingen is dat ook de afwikkeling van het beslag op gegevens geen argument oplevert ter ondersteuning van het parallel gebruik van het begrip 'inbeslagneming'.

4. Afsluiting

In deze bijdrage is < een > klein deel van de bepalingen die in het kader van het project Modernisering Wetboek van Strafvordering voorgesteld zijn, aan < een > nader onderzoek onderworpen. De conclusie is dat de keuze om gegevensvergaring met behulp van het begrip 'inbeslagneming' te regelen heroverweging verdient. De argumentatie komt voort uit < een > reflectie op de betekenis van de materiële definitie van inbeslagneming (onder zich nemen ten behoeve van de strafvordering) en de toepassing daarvan op de hier bedoelde handelingen. Betoogd is dat inbeslagneming gereserveerd zou moeten zijn voor situaties waarin op de beschikkingsmacht van de oorspronkelijke houder < een > inbreuk gemaakt wordt. Dat is < een > heldere invulling, terwijl de gegevensvergaring in het algemeen met meer flexibele termen zou moeten worden omschreven. Daarbij is aan de orde gekomen dat de beperking van het materiële begrip 'inbeslagneming' tot de combinatie met bepaalde steunbevoegdheden, de toekomstbestendigheid van de regeling benadeelt. Te veel van wat er nu al gebeurt, blijft dan buiten het strafvorderlijke vizier. Het voorbeeld van bestandsvergelijking is ter ondersteuning uitgewerkt. Daarna wordt nog besproken of de parallelie met de inbeslagneming toch nog zoveel voordelen heeft dat de bezwaren verbleken. De conclusie na < een > beknopte reflectie op de regeling v



de handelwijze na de aanvang van het beslag is evenwel dat ook daarin de gepubliceerde voorstellen geen steun vinden.

In de inleiding werd al melding gemaakt van de behoefte aan meer tijd. Er zijn reeds diverse maatregelen genomen of aangekondigd om < een > goede uitwerking te geven aan wat de consultatie en het debat over dit onderwerp oplevert. Ik denk aan de externe commissie Modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, door minister Blok vermeld in het nieuwsbericht van 18 juli 2017.²⁵ In ieder geval zal dan ook de hier onvermijdelijk aangeraakte verhouding tussen het Wetboek van Strafvordering en de wetgeving inzake gegevens (de WPG e.d.) aan de orde komen. Uit het geschrevene valt af te leiden dat wat mij betreft < een > herverkaveling bespreekbaar zou moeten zijn, dat wil zeggen < een > strafvorderlijke invulling van de behandeling van gegevens verzameld in het kader van < een > opsporingsonderzoek, naast < een > regeling voor overige gegevens. < Een > verdere uitwerking van dit punt overstijgt echter het bestek van deze bijdrage en vergt meer onderzoek. In afwachting daarvan geldt voor het strafvorderlijke stuk dat nu in de consultatie ter tafel ligt: de voordelen wegen niet op tegen de nadelen.



Prof. mr. E.F. Stamhuis

is hoogleraar Law & Innovation Erasmus School of Law; hoogleraar straf(proces)recht Universiteit van Aruba; raadsheer-plaatsvervanger Hof 's-Hertogenbosch; redacteur van Strafblad.

VOETNOTEN

- 1) Aan mr. Y. Pools en mr. M. Goos (beiden Nederlandse Politie) alsmede prof. dr. B-J. Koops (Tilburg University) komt veel dank toe voor hun input in de vorm van commentaar op < een > vorige versie. Deze bijdrage geeft uitsluitend de opvatting van de auteur weer.



- 2) Zie p. 42 < concept > toelichting boek I, verder op p. 46. In deze bijdrage wordt gebruikgemaakt van de stukken die op www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering gepubliceerd zijn, gedateerd 7 februari 2017. De artikelverwijzingen gaan uit van die stukken evenals de referenties naar de toelichtende teksten.
- 3) M. Hildebrandt, 'Legal protection by design. Objections and refutations', *Legisprudence* 2011, p. 223-248, i.h.b. par. 4.1, https://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/ (laatst geraadpleegd 5 juli 2017); M. Hildebrandt & L. Tielemans, 'Data protection by design and technology neutral law', *Computer Law and Security Review* 2013, p. 509-521, https://works.bepress.com/mireille_hildebrandt/ (laatst geraadpleegd 5 juli 2017).
- 4) Zie H. Stout, 'Van oude wetten, de dingen die voorbij gaan. Disconnectie van wetten ten gevolge van technische noviteiten', *Bestuurswetenschappen* 2013, nr. 1, p. 55-74, i.h.b. p. 67-69.
- 5) J. Crijns, 'Modernisering van het Wetboek van Strafvordering: fundamentele herijking of grote voorjaars schoonmaak?', in: B.J.G. Leeuw et al. (red.), *Leidse gedachten voor < een > modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, p. 17-19.
- 6) Aansluitend op het pleidooi voor tijd en zorgvuldigheid in < een > gezamenlijk rapport van Politie, OM en ZM: Commissie-Van den Emster, *De toekomst van de strafrechtspleging. Ambities voor < een > gezamenlijke versterking*, Den Haag: 2017, p. 26, www.om.nl/@98519/rapport-%27-toekomst/ (laatst geraadpleegd 14 augustus 2017).
- 7) R. Brownsword & M. Goodwin, *Law and the technologies of the twenty-first century*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 65-66.
- 8) G.J.M. Corstens/M.J. Borgers (bew.), *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 21-23.
- 9) Toelichting, p. 44-45.
- 10) Het voorstel verandert aan de regeling voor de inbeslagneming van voorwerpen weinig. Zie titel 7.2.
- 11) Bij het *niet* interveniëren in de beschikkingsmacht is de inbreuk op vrijheidsrechten ook van andere orde en vraagt om andere waarborgen. Het ongestoord genot van bezittingen wordt geschonden bij 'echte' inbeslagneming; zie Corstens/Borgers, *a.w.*, p. 538.



- 12) *Kamerstukken I 2016/17, 34588, A*, voor de wettekst. Aangenomen door de Senaat op 11 juni 2017. De connectie met de stand van de techniek lossen maken, was ook hier < een > doel; in navolging van het advies van de commissie-Dessens. Commissie C.W.M. Dessens, *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2012. Naar < een > nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen*, Den Haag: Ministerie van BZK 2013, p. 106, www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2013/12/02/rapport-evaluatie-wiv-2002 (laatst geraadpleegd 28 juli 2017).
- 13) Ch. Conings, < Een > *coherent regime voor strafrechtelijke zoekingen in de fysieke en digitale wereld* (diss. Leuven), Leuven: 2016, nrs. 936-937, schetst < een > ander begrippenpaar: beslag of registratie, waarbij het beslag bedoeld is voor dat wat zeker als bewijsstuk bij de berechting ten gronde gebruikt zal gaan worden. Registratie is ruimer en omvat het maken van images van gegevensdragers en kopieën van bestanden die men bewaren wil. Daarvan kan later nog bewijs gehaald worden. Het onderscheidend criterium zit dan in het beoogde gebruik en niet in het geschonden recht.
- 14) De voorgestelde titels bevatten nog meer voorbeelden van datavergaring die niet onder inbeslagneming gaan vallen. Ik noem het geval waarin de vergaring gebeurt door verstrekken (art. 2.7.3.3.10) of door vastleggen (art. 2.8.2.4.1). Soms wordt impliciet de vergaring verondersteld, zoals bij art. 2.7.4.2.1 inzake het onderzoek aan in beslag genomen gegevensdragers of geautomatiseerde werken. De toelichting gaat ervan uit dat de te onderzoeken gegevens door de opsporingsambtenaar worden vastgelegd, wat volgens mij het onder zich nemen t.b.v. de strafvordering betekent. Als het beslag op de gegevensdrager wordt opgeheven, kunnen die vastgelegde gegevens bij de autoriteiten blijven, maar zijn ze dan ook in beslag genomen? Art. 2.7.3.1.1 noemt art. 2.7.4.2.1 niet, dus het antwoord is nee. De praktijk worstelt nu ook de juridische status van nieuwe gegevens die door < een > in beslag genomen geautomatiseerd werk na de aanvang van het beslag gegenereerd worden. Zie hierover P.A.M. Mevis, J.H.J. Verbaan & B.A. Salverda, *Onderzoek aan in beslag genomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten*, Den Haag: WODC 2016, p. 56-57.
- 15) Vgl. Corstens/Borgers, *a.w.*, p. 335-337.
- 16) Zie o.m. F. Boerman et al., *Nationaal dreigingsbeeld 2017. Georganiseerde criminaliteit*, Driebergen/Zoetermeer: Politie Dienst



Landelijke Informatieorganisatie 2017, p. 253-259. < Een > lijstje met technologieën van nu geeft B. Custers & B. Vergouw, 'Technologie voor opsporing en handhaving. Kansen, ervaringen en knelpunten', *Justitiële Verkenningen* 2016, nr. 3, p. 52.

- 17) Aanwijzing Wet politiegegevens en de rol van de officier van justitie (2013A013), *Stcrt.* 2013, 24124, www.om.nl/organisatie/beleidsregels/overzicht-0/privacy/@86304/aanwijzing-wet/ (laatst geraadpleegd 14 augustus 2017).
- 18) Deze details lenen zich er deels voor geregeld te worden met gebruik van delegatie, maar het wetboek zal de waarborgen moeten aanduiden 'in het geval de verzameling van gegevens bestaat in de bewerking of vergelijking van gegevensbestanden' (in mijn voorkeusterminologie).
- 19) Uit de VS komt het signaal dat het produceren van < een > 'fair' algoritme, d.w.z. waarvan de toepassing niet de reeds aanwezige vooroordelen uitvergroot, nogal lastig is. Zie www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematically-inevitable-researchers-say (laatst geraadpleegd 14 augustus 2017). Dat voegt toe aan het belang van transparantie t.o.v. de verdediging.
- 20) Ik miste ook < een > voorziening in de vernietiging van gegevens bij de bepalingen die betrekking hebben op gebruik van informatie in strijd met het verschoningsrecht. De conceptartikelen 2.7.6.2.2.1 t/m 2.7.6.2.4.2 bevatten diverse noodzakelijke regelingen, maar niet dat < een > gegevensbestand waarvan geen kennis mag worden genomen, zal worden gewist. Het kan zijn dat geduld betracht moet worden totdat de opvolger van art. 552a Sv gepresenteerd is, waar immers gesproken wordt van ' < een > daarmee overeenkomende last' (lid 8). Dat geeft echter alleen < een > regeling voor het geval < één > der betrokkenen gebruikmaakte van de beroepsmogelijkheid, welke het < concept > overneemt uit art. 98 lid 3 en 4 Sv. Vgl. art. 27 lid 2 WIV (nieuw): vernietiging, tenzij ... (met rechterlijk toezicht op de toepassing van de uitzondering).
- 21) Mevis, Verbaan & Salverda, *a.w.*, p. 66-67, beschrijven praktijksituaties rondom de teruggave van < een > apparaat, terwijl de daarin gevonden gegevensbestanden niet naar de beslagene terug zouden moeten gaan, omdat zij illegale content bevatten. De rechtstoestand is ook nu verre van duidelijk, zo blijkt.



- 22) De vernietiging wordt in het voorstel alleen geregeld voor ontoegankelijk gemaakte gegevens; art. 2.7.5.3, < een > voortzetting van art. 552fa Sv. De WPG regelt bewaring en vernietiging in art. 14.
- 23) Of de WPG in dat opzicht voldoende en toekomstbestendig aan de strafvorderlijk relevante belangen tegemoetkomt, verdient verdere bestudering.
- 24) Vgl. de bijdrage van Hilberink en Van Delden aan dit nummer van Strafblad voor < een > uiteenzetting van de forensisch-technische praktijk.
- 25) www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/nieuws/2017/07/18/reactie-van-het-ministerie-van-veiligheid-en-justitie-op-het-artikel-in-de-volkskrant-nieuwe-wet-zadelt-politie-op-met-nog-meer-rompslomp (laatst geraadpleegd 21 augustus 2017).

