

OPENBAAR MINISTERIE

[redacted] procureurs-generaal
Voorzitter

Postbus 20305, 2500 EH Den Haag

De Minister van Veiligheid en Justitie
S.A. Blok
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Prins Clauslaan 16

2595 AJ Den Haag

[redacted]
www.om.nl

Datum 5 juli 2017
Onderdeel Wetenschappelijk Bureau Openbaar Ministerie
Ons kenmerk [redacted]
Contactpersoon [redacted]
Doorkiesnummer(s) [redacted]
E-mail [redacted]
Uw kenmerk [redacted]
Bijlage(n)
Onderwerp Advies conceptwetsvoorstel Boeken 1 en 2 nieuwe
Wetboek van Strafvordering (Boek 2)

Bij beantwoording de datum en
ons kenmerk vermelden.

Geachte heer Blok,

Bij brief van 7 februari 2017 hebt u het College van procureurs-generaal gevraagd te adviseren over het conceptwetsvoorstel Vaststellingswet Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Strafvordering in het algemeen) en het conceptwetsvoorstel Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek).

Deze conceptwetsvoorstellen bevatten de eerste twee boeken van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. In Boek 1 zijn algemene bepalingen voor de strafvordering opgenomen. In Boek 2 wordt het opsporingsonderzoek geregeld. Het College heeft met bijzondere belangstelling kennisgenomen van de eerste wetsvoorstellen die in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering worden gepresenteerd en is gaarne bereid daarover te adviseren. Echter, omdat niet valt uit te sluiten dat in het verdere wetgevingstraject beide wetsvoorstellen afzonderlijk van elkaar worden behandeld, zal het College twee adviezen opstellen, een voor Boek 1 en een voor Boek 2. Het onderhavige advies heeft betrekking op Boek 2

De wetsvoorstellen die samen het nieuwe wetboek zullen gaan vormen – acht inhoudelijke wetsvoorstellen en een aanpassings- en invoeringswet – worden in tranches in procedure gebracht. De nu voor advisering voorliggende

conceptwetsvoorstellen bevatten de eerste twee boeken van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Het is de bedoeling dat in november 2017 de boeken 3 tot en met 6 in formele consultatie worden gegeven. Vanwege de omvang van het project van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering is deze werkwijze begrijpelijk. Maar het College merkt op dat het heeft ervaren dat de advisering over de nu voorliggende wetsvoorstellen ernstig wordt gehinderd door het gebrek aan overzicht en samenhang met de wetsvoorstellen die komende november in consultatie worden gegeven. Om die reden behoudt het College zich het recht voor om de bij deze advisering ingenomen standpunten aan te vullen, te wijzigen of mogelijk geheel te verlaten in het geval de presentatie van de overige wetboeken aanleiding geeft tot een veranderd inzicht. In het geval dat zich bij de verdere behandeling van de wetsvoorstellen nieuwe vraagstukken voordoen die nog niet eerder in de advisering zijn behandeld of dat een wetsvoorstel na advisering op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd, zou het College graag zien dat het in de gelegenheid wordt gesteld daarover aanvullend te adviseren.

Algemeen

In het algemene deel van het advies over Boek 1 heeft het College stilgestaan bij de uitgangspunten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering, zoals die zijn geformuleerd in de Contourennota.¹ Het doel van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering is te komen tot een toekomstbestendig, voor professionals en burgers toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek, dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen. Met de modernisering van het wetboek is uitdrukkelijk géén fundamentele herziening beoogd, maar een stroomlijning en herstructurering die het wetboek bij de tijd brengen. De uitgangspunten waarop het huidige wetboek is gebaseerd worden niet losgelaten. Het College is van oordeel dat het wetboek meer ruimte moet bieden om voortvarend op steeds snellere technologische ontwikkelingen in te spelen, om op deze manier de praktijk de ruimte te bieden om te innoveren en de nieuwste kennis te blijven toepassen. Het College meent dat de geschetste uitgangspunten bij de wetgever en in de praktijk breed worden gedragen en is van oordeel dat daaraan onverkort moet worden vastgehouden. Dat geldt met name voor de toepassing van de opsporingsbevoegdheden die worden geregeld in Boek 2. Het College zal daarom de onderdelen van Boek 2 toetsen aan deze uitgangspunten en met name beoordelen of zij leiden tot een betere bruikbaarheid van het wetboek voor de praktijk.

Gelet op de hoeveelheid werk die de implementatie van het wetboek met zich mee zal brengen, is de verwachting gerechtvaardigd dat de inwerkingtreding van het wetboek pas in de jaren twintig zal kunnen plaatsvinden. En in een realistisch

¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278.

scenario moet dan eerder aan het jaar 2026 dan aan 2020 worden gedacht. Het College meent dat de modernisering van het Wetboek van Strafvordering moet worden vormgegeven met het oog op het strafproces van de toekomst. Dat brengt met zich mee dat de inrichting van het nieuwe wetboek moet worden toegesneden op het werkproces zoals dat in het jaar 2026 in de keten zal zijn geïmplementeerd. Men moet ervan uitgaan dat de gehele strafrechtsketen in 2026 werkt in één gedigitaliseerde omgeving. Het wetboek zal dus moeten worden ingepast in een digitale werkomgeving. Hoe deze omgeving eruit zal zien is nu nog niet bekend. Maar als vuistregel kan worden aangehouden dat werken in een digitale omgeving met zich meebrengt dat gezocht moet worden naar een zo eenvoudig en simpel mogelijke structuur met zo min mogelijk varianten en uitzonderingen. Dat geldt overigens voor ieder werkproces, maar in sterkere mate voor een inbedding in een digitale werkomgeving. Daarvoor geldt dat rekening moet worden gehouden met het beheer en onderhoud van het systeem en het vermogen om toekomstige wijzigingen daarin relatief gemakkelijk, zonder al te hoge kosten, op te nemen.

Gedetailleerde regelgeving

Het College kan zich goed vinden in de thematische ordening van de hoofdstukken, waarbij zoveel mogelijk wordt uitgegaan van de meest voorkomende chronologie van het opsporingsonderzoek. Met instemming heeft het College kennisgenomen van bepaalde onderdelen van hoofdstuk 6, waar het vereiste van ernstige bezwaren wordt geschrapt bij het onderzoek aan de kleding, het onderzoek aan en in het lichaam en het DNA-onderzoek. Het College is het ook zeer eens met het uitgangspunt dat een bevoegdheid slechts eenmaal wordt uitgeschreven. De regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden is in het algemeen daardoor een stuk eenvoudiger en toegankelijker gemaakt: elke bevoegdheid wordt nu slechts één keer uitgeschreven in plaats van de huidige drie keer. Ook de verlenging van verschillende termijnen in hoofdstuk 8 wordt door de praktijk met instemming begroet omdat dit een vermindering van het aantal bevelen, vorderingen en machtigingen betekent.

Het huidige wetboek is de afgelopen decennia talloze malen gewijzigd. Bepalingen zijn geschrapt of gewijzigd en veel nieuwe bepalingen zijn aan het wetboek toegevoegd. De overzichtelijkheid en toegankelijkheid van het wetboek zijn daardoor op (belangrijke) onderdelen aangetast. De nummering van de wetsartikelen is uiterst complex, met bijvoorbeeld nummers als 126u voor het nummer 126aa. Maar het is echt niet alleen de uiterst complexe nummering die maakt dat het Wetboek van Strafvordering zo moeilijk toegankelijk is. Het wetboek bevat ook op verschillende plaatsen sterk met elkaar verwante regelingen die elkaar deels overlappen maar toch op onderdelen verschillen. Vooral waar het betreft de uitoefening van bevoegdheden moet worden

geconstateerd dat de wetgever te ver is doorgeschoten in de verfijning van de regeling. Voor iedere denkbare situatie is een aparte regeling geschreven, waarbij een bevoegdheid alleen in bepaalde, bij deze bevoegdheid behorende omstandigheden en onder specifieke voorwaarden kan worden uitgeoefend. Het zijn de in het wetboek ingeslopen varianten, de vele verwijzingen, de verfijnde detaillering van de regelingen, die maken dat het niet mogelijk is om het wetboek open te slaan en even de juiste bepaling aan te wijzen.

Het voorgestelde hoofdstuk 8, over de opsporingsbevoegdheden, is in dit opzicht een grote en welkome verbetering. Maar in een aantal gevallen, met name in hoofdstuk 6 en hoofdstuk 7, is de gewenste vereenvoudiging echter niet bereikt. De nu bestaande systematiek, met de gedetailleerde regelgeving en de vele verwijzingen, komt weer terug in de regelingen voor de uitoefening van bevoegdheden in het kader van het onderzoek aan het lichaam, de inbeslagneming van voorwerpen en de inbeslagneming van gegevens. Hoofdstuk 6 bevat regelingen die zeer gedetailleerd zijn en waarbij in veel gevallen een bevel van de officier van justitie wordt voorgeschreven, terwijl de huidige praktijk waarin toestemming wordt gevraagd en de verkregen toestemming in een proces-verbaal wordt gerelateerd prima voldoet. Boek 2 bevat ogenschijnlijk zonder noodzaak verschillende vormen van een bevel voor het uitoefenen van een bevoegdheid. Maar ook het rijke palet aan voorwaarden die aan de toepassing van een bevoegdheid kan worden verbonden (verdenkingscriteria en toepassingscriteria) maakt dat het wetboek moeilijk toegankelijk is en in zijn toepassing weinig voorspelbaar. Het is teleurstellend dat het College in de paragraaf over de verdenkingscriteria (zie hieronder) moet pleiten voor het handhaven van de status quo. Juist hier, bij de verdenkingscriteria, is goed te zien dat het huidige systeem van gedetailleerde regelgeving in het voorliggende wetsvoorstel, ondanks goede bedoelingen toch opnieuw als uitgangspunt wordt overgenomen.

Te voorzien is dat de implementatie van Boek 2 in een digitale werkomgeving vanuit het oogpunt van onderhoud en beheer de nodige hoofdbrekens zal kosten. Voorts vraagt het College zich af of opsporingsambtenaren kunnen werken met een zo gedetailleerde regeling.

Het College merkt op dat de wetgever niet moet trachten om de huidige praktijk te vangen in de regeling. Daardoor ontstaat een gebrek aan dynamiek waardoor de regeling vanwege nieuwe ontwikkelingen al snel na inwerkingtreding niet meer zal voldoen en moet worden aangepast. De wetgever zal ernaar moet streven om de regeling zodanig vorm te geven dat nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen, nieuwe technische mogelijkheden en veranderingen in de criminaliteitsbestrijding gemakkelijker kunnen worden ingepast.

In dit verband merkt het College op dat het met instemming heeft

kennisgenomen van de instelling van de Commissie Modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, onder voorzitterschap van prof. dr. E.J. Koops. Deze commissie zal de voorgestelde regeling van titel 7.3, over de inbeslagneming van gegevens en titel 7.4, over het onderzoek aan elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken, nader zal beschouwen en zal adviseren over verbeteringen. Met de aan de commissie deelnemende ketenpartners, wetenschap en experts op het digitale gebied, interceptie en digitale opsporing in brede zin kan gezamenlijk worden nagedacht over een concept waarin de toekomstige ontwikkelingen op het gebied van digitale opsporing en interceptie voldoende worden meegenomen.

Structuur voor bevelen

Het geven van een bevel door een justitiële autoriteit, zoals de rechter-commissaris en de officier van justitie, maar ook bevelen afkomstig van de hulpofficier van justitie en de opsporingsambtenaar, is een veel voorkomende bevoegdheid in Boek 2. Het College is van oordeel dat het geven van een bevel in beginsel vormvrij moet zijn. Hoofdregel moet zijn dat een bevel mondeling kan worden gegeven. Dat het bevel is gegeven, moet vervolgens achteraf worden vermeld in het proces-verbaal waarin verantwoording wordt afgelegd over de uitvoering van het bevel. Met name in de gevallen waarin van de officier van justitie wordt verlangd een beslissing te nemen over de vraag of een bepaalde onderzoekshandeling mag worden verricht en er weinig of geen variaties mogelijk zijn in de wijze waarop die handeling wordt uitgevoerd of in de duur van de toepassing van de bevoegdheid (met andere woorden, als het gaat om ja/nee-situaties), moet kunnen worden volstaan met het geven van een mondeling bevel. Alleen als die variaties er wel zijn, moet het geven van een schriftelijk bevel worden voorgeschreven (denk bijvoorbeeld aan infiltratie, waarin moet worden bepaald welke strafbare feiten de infiltrant mag plegen).² In het wetsvoorstel is deze systematiek echter niet terug te zien en lijkt het geven van een schriftelijk bevel te hoofdregel. Het College maakt daartegen, vanwege de werklastverzwaring die dat met zich meebrengt, bezwaar.

Indien de verschillende hoofdstukken worden gezien, dan valt op dat in veel gevallen ongeveer vergelijkbare eisen worden gesteld aan het schriftelijk bevel, maar in steeds andere bewoordingen, waardoor steeds andere nuanceringen ontstaan. Dat is vanuit het oogpunt van implementatie, beheer en onderhoud van het bedrijfsprocessensysteem zeer bezwaarlijk. Een bevel bevat altijd een aantal algemene kenmerken. Zo strekt een bevel altijd tot het uitoefenen van een

² Indien het geven van een schriftelijk bevel wordt voorgeschreven, moet het altijd mogelijk zijn om in spoedeisende gevallen een mondeling bevel te geven, dat achteraf op schrift wordt gesteld.

bevoegdheid en dient een aantal administratieve zaken te worden vermeld, onder andere wie het bevel geeft, aan wie het bevel wordt gegeven, de duur en de reden voor het geven van het bevel. Ten slotte dient het bevel te worden voorzien van een dagtekening en handtekening. Het College meent dat het mogelijk moet zijn om in één artikel een universeel kader voor een bevel te formuleren, dat gebruikt kan worden voor de uitvaardiging van de meest in Boek 2 voorkomende bevelen.

Bovendien wordt in veel gevallen, indien van toepassing, de vordering tot een machtiging van de rechter-commissaris door de officier van justitie en de machtiging van de rechter-commissaris in afzonderlijke artikelen geregeld. De indruk wordt gewekt dat als de letter van de wet moet worden gevolgd, het vereist is om voor het geheel drie formulieren te gebruiken. In de huidige praktijk wordt de vordering tot machtiging en de machtiging zelf in veel gevallen op het bevel aangetekend. Het College adviseert derhalve om in een universeel kader voor een bevel ook ruimte te maken voor de aantekening van de vordering tot een machtiging door de officier van justitie en de machtiging door de rechter-commissaris opdat de praktijk het werkproces zo efficiënt mogelijk kan inrichten.

Het College komt na deze inleidende opmerkingen nu toe aan de bespreking van enkele inhoudelijk onderwerpen.

Verdenkingscriteria

Voorgesteld wordt de verdenkingscriteria, die worden gehanteerd als voorwaarde voor de uitoefening van bevoegdheden in het vooronderzoek, te vereenvoudigen. Met 'verdenkingscriteria' wordt bedoeld op criteria die als ondergrens of minimumvoorwaarde voor de uitoefening van bevoegdheden fungeren en die betrekking hebben op de voorwaarde dat sprake is van verdenking van een nader omschreven categorie van misdrijven. De reden voor het voorstel om de verdenkingscriteria te vereenvoudigen, is dat de differentiatie in verdenkingscriteria in het huidige wetboek te ver is doorgeschoten. In de memorie van toelichting wordt uitgelegd dat vooral het zogeheten voorlopige hechteniscriterium nadelen kent. Dit criterium betreft misdrijven waarop gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld, en daarnaast een grote hoeveelheid specifiek aangeduide misdrijven waarop gevangenisstraf van minder dan vier jaar is gesteld. Voorts wordt gewezen op het feit dat een deel van de verdenkingscriteria het element bevat dat het misdrijf 'gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert'. Hantering van dit criterium is in de praktijk lastig omdat het van de omstandigheden afhankelijk is of een verhoudingsgewijs wat lichter misdrijf een dergelijke inbreuk maakt.

Daarom wordt voorgesteld de verdenkingscriteria voor de uitoefening van opsporingsbevoegdheden los te koppelen van de voorlopige hechtenis en te vervangen door een systeem van vijf nieuwe verdenkingscriteria, te weten (1) strafbaar feit, (2) misdrijf waarop gevangenisstraf van één jaar of meer is gesteld, (3) resp. twee jaar, (4) resp. vier jaar, of (5) resp. acht jaar.

Het College is echter van oordeel dat het voorgestelde systeem van verdenkingscriteria geen vereenvoudiging betekent ten opzichte van de huidige situatie. Dat wordt in de eerste plaats veroorzaakt doordat er nu méér verdenkingscriteria worden geformuleerd dan in de huidige situatie. Nu geldt op hoofdlijnen dat er twee verdenkingscriteria zijn, één waarbij er sprake is van een verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld en één waarvoor dit niet geldt. In de nieuwe situatie worden vijf verdenkingscriteria geformuleerd, met daarnaast nog een aantal bijzondere verdenkingscriteria zoals de verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf is gesteld (2.5.3.2.2, lid 1), verdenking van een misdrijf waarop meer dan twee jaar maar minder van vier jaar is gesteld (2.5.4.1.2, lid 3), verdenking van een bij AMvB aangewezen misdrijf (2.6.5.7.1, lid 2), verdenking van bij AMvB aangewezen geweldsmisdrijven (2.6.5.2.1 en 2.6.5.3.1), en verdenking van een misdrijf waarop een geldboete van de vierde categorie respectievelijk vijfde categorie is gesteld (2.7.2.4.1, lid 3 en 2.7.2.4.1, lid 1).

In de tweede plaats kunnen de verdenkingscriteria niet los worden gezien van de toepassingscriteria, zoals onder andere of er al dan niet sprake is van een verdachte, aangehouden verdachte, onbekende verdachte, of er al dan niet sprake is van recidive, of er al dan niet sprake is van dringende noodzaak, van spoed, of de toepassing al dan niet afhankelijk is van een bevel van de hulpofficier van justitie, de officier van justitie of een machtiging van de rechter-commissaris. De verdenkingscriteria en de toepassingscriteria vormen samen de voorwaarden voor het toepassen van een bevoegdheid. Deze toepassingscriteria gelden nu ook, maar door het formuleren van méér verdenkingscriteria ontstaat een soort van multipliereffect. Er ontstaat een grote hoeveelheid bevoegdheden met een unieke set aan toepassingsvoorwaarden. Dat is in de praktijk niet werkbaar.

Het College is wel vóór een vereenvoudiging van de verdenkingscriteria, maar het voorstel dat nu voorligt zal in de praktijk niet de gewenste vereenvoudiging opleveren. Om te komen tot een vereenvoudiging van de voorwaarden tot het toepassen van een bevoegdheid is het noodzakelijk dat de verdenkingscriteria in samenhang met de toepassingscriteria worden gezien.

Los van de vraag of tot een nieuw werkbaar systeem van toepassingsvoorwaarden kan worden gekomen, is het College het wel eens met de voorstellen voor zover

daarin het voorlopige hechteniscriterium wordt losgekoppeld van de verdenkingscriteria voor opsporingsbevoegdheden. Dat ligt in de rede, namelijk omdat de koppeling wetssystematisch weinig fraai is. Als toepassing van een bepaalde opsporingsbevoegdheid voor een bepaald feit noodzakelijk is, dan moet die noodzaak bij voorkeur langs een andere weg geadresseerd kunnen worden dan door van dat feit zomaar een voorlopige hechtenisfeit te maken. Daarmee is echter niet gezegd dat het huidige systeem leidt tot uitwassen in de praktijk. De koppeling heeft immers nauwelijks geleid tot toepassing van voorlopige hechtenis voor de 'gekoppelde feiten' (de feiten die voorlopige hechtenisfeit werden louter omdat toepasbaarheid van bepaalde opsporingsbevoegdheden geïndiceerd was). Laat staan dat de koppeling voor die feiten heeft geleid tot een structurele of zelfs excessieve toepassing van de voorlopige hechtenis. De koppeling van een lichter misdrijf aan het voorlopige hechteniscriterium heeft in de praktijk bovendien nauwelijks geleid tot het toepassen van andere opsporingsbevoegdheden dan waarvoor de koppeling was bedoeld. Het huidige systeem bevat dus inderdaad een schoonheidsfout, maar is daardoor allerm minst onwerkbaar geworden.

Deze constatering brengt het College tot de opvatting dat, als een integrale herziening van de voorwaarden voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden niet tot de mogelijkheden behoort, een oplossing langs de lijnen van het voorlopige hechteniscriterium moet worden gevonden. In deze oplossing blijft de regeling voor voorlopige hechtenis ongewijzigd, met dien verstande dat de misdrijven uit de onderdelen b en c van het eerste lid van artikel 67 Sv uitdrukkelijk wordt heroverwogen of voorlopige hechtenis voor deze misdrijven tot de mogelijkheden moet blijven behoren en derhalve of deze misdrijven in die onderdelen dienen te worden gehandhaafd.

De verdenkingscriteria voor de toepassing van bevoegdheden blijven dezelfde als onder het huidige recht, met dien verstande dat overal waar nu sprake is van 'een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid' het vierjaarscriterium daarvoor in de plaats komt. Daarnaast kan een algemeen artikel worden geformuleerd voor misdrijven waarop minder dan vier jaar is gesteld, maar waarvoor het noodzakelijk wordt geacht dat opsporingsbevoegdheden kunnen worden toegepast en om die reden worden gelijkgeschakeld met het vierjaarscriterium. In dit artikel kan een opsomming worden opgenomen van een aantal misdrijven die afkomstig zijn uit de onderdelen b en c van het eerste lid van artikel 67 Sv.

In dit voorstel voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden wordt het voorlopige hechteniscriterium verlaten, terwijl de praktijk nauwelijks hoeft om te schakelen omdat er weinig verandert.

Schriftelijkheidsvereiste

In het hoofdstuk 4.5 'Een techniekonafhankelijk wetboek' in de memorie van toelichting van Boek 1 zijn uitvoerige beschouwingen opgenomen over de wijze waarop in de toekomst wordt gecommuniceerd tussen politie, openbaar ministerie, rechter en verdediging. Het College kan zich over het algemeen goed vinden in de beschouwingen in deze memorie van toelichting, maar is teleurgesteld dat dit uiteindelijk niet leidt tot een meer moderne insteek van het wetboek. Nog steeds wordt in Boek 2 op veel plaatsen voorgeschreven dat bijvoorbeeld een bevel, een vordering, een aangifte, een verzoek binnen een bepaalde tijd op schrift moet worden gesteld. Het wekt de indruk alsof de wetteksten zijn geschreven voor een papieren strafproces. Met andere woorden, er wordt teruggekeken, de wetteksten reflecteren het huidige strafproces. Er wordt onvoldoende ingespeeld op het toekomstige strafproces, waarin het digitaal werken in de keten de norm zal zijn. Gelet op het feit dat in die toekomstige situatie alleen maar gewerkt kan worden als iets in het systeem wordt vastgelegd, is het dan nog noodzakelijk dat het schriftelijkheidsvereiste in het Wetboek van Strafvordering wordt opgenomen? Of kan het werk, de vastlegging van het proces, zonder gedetailleerde regelgeving worden ondergebracht en geborgd in het ketenproces? Het College meent dat met het oog op het werkproces in 2026 de laatste optie noodzakelijk is, omdat de praktijk dan beter kan inspelen op nieuwe ontwikkelingen ten behoeve van de inrichting en het beheer van het bedrijfsproces dat voor de strafrechtsketen in aanbouw is.

Hoofdstuk 5, Bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming

Hoofdstuk 5, Bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming

In dit hoofdstuk zijn de bevoegdheden tot voorlopige vrijheidsbeperking en voorlopige hechtenis van verdachten opgenomen. Bij de uitwerking in de wettelijke bepalingen is gekozen voor een andere benadering dan in het huidige wetboek. Voorgesteld wordt om een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking in te voeren dat door de rechter kan worden gegeven, als alternatief voor de voorlopige hechtenis, en om de schorsing van de voorlopige hechtenis af te schaffen. Ter onderbouwing van dit voorstel wordt gewezen op de kritiek die de toepassing van de voorlopige hechtenis in Nederland regelmatig ondervindt. Daarbij wordt terecht opgemerkt dat uit onderzoek blijkt dat noch door de nationale rechter noch door de Europese rechter is geconstateerd dat de Nederlandse wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis onverenigbaar is met het EVRM of andere internationale verdragen. En in de tekst van noot 23 op bladzijde 32 van de concepttoelichting wordt over de mate van toepassing van de voorlopige hechtenis in Nederland opgemerkt dat deze in vergelijking met andere Europese landen niet bijzonder is. Er is geen sprake van dat in Nederland vaker voorlopige hechtenis wordt toegepast dan in de ons omringende landen.

Vervolgens wordt in de toelichting aangegeven dat er daarom geen reden is voor een ingrijpende wijziging, maar wel dat er aanleiding is om het toepassen van alternatieven voor voorlopige hechtenis zowel in de wet als in beleid een betere inbedding te geven. Daartoe wordt verder overwogen dat de huidige regeling van (schorsing van) de voorlopige hechtenis onvoldoende bevordert dat dergelijke alternatieven worden toegepast. In het huidige stelsel wordt het karakter van de schorsing van de voorlopige hechtenis als problematisch beoordeeld, omdat pas tot schorsing kan worden besloten als de voorlopige hechtenis is bevolen en dus aan de voorwaarden voor de voorlopige hechtenis is voldaan. Deze argumentatie overtuigt het College niet. Ook in het nu voorgestelde stelsel geldt immers dat een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking enkel kan worden gegeven in de gevallen waarin op grond van artikel 2.5.4.1.2 een bevel tot voorlopige hechtenis kan worden gegeven.³ Materieel is er daarmee geen enkel verschil tussen de toepassingsmaatstaf bij schorsing van de voorlopige hechtenis en de nu voorgestelde voorlopige vrijheidsbeperking. Ook in het huidige stelsel is het zeer wel mogelijk om dezelfde afwegingen te maken om daarna in de vorm van een schorsing minder verstrekkende (vrijheidsbeperkende) maatregelen toe te passen dan de meest verstrekkende maatregel, namelijk de eigenlijke (vrijheidsbenemende) toepassing van voorlopige hechtenis.

Het tweede lid van artikel 2.5.4.1.1 kan worden gezien als de kern van de gewijzigde systematiek. Niet langer is het uitgangspunt 'voorlopige hechtenis, tenzij'. Het wordt nu: 'géén voorlopige hechtenis, tenzij'. Aan het slot van zijn opmerkingen over Hoofdstuk 5 zal het College hierop nader terugkomen. Reeds hier wenst het College evenwel te benadrukken dat er bepaalde voorlopigehechtenisgronden zijn – in het bijzonder het onderzoeksbelang en de geschokte rechtsorde – die lang niet altijd even goed met deze subsidiariteitsgedachte samengaan. Met name bij een projectmatig rechercheonderzoek, zeker als dat nog maar zeer recent heeft geresulteerd in lang verbeide arrestaties, is het contra-intuïtief voor de officier van justitie om direct al te moeten nagaan of hij de verdachten na ommekomst van de in verzekeringstellingstermijn wellicht beter in vrijheid kan stellen. Daarvoor waren die arrestaties immers niet bedoeld. Het College realiseert zich vanzelfsprekend dat de wettekst van de zojuist bedoelde bepaling ('het nagestreefde doel') ook voor deze gevallen heuse voorlopige hechtenis wel degelijk mogelijk maakt. Desalniettemin lijkt de wijziging, naar het oordeel van het College, toch te weinig oog te hebben voor die gevallen waarin voorlopige hechtenis in de vorm van feitelijke detentie niet alleen juridisch maar ook maatschappelijk gewenst is.

³ Ook wordt uitdrukkelijk in het derde lid van art. 2.5.4.1.1 bepaald dat een bevel voorlopige vrijheidsbeperking alleen kan worden gegeven als anders een bevel voorlopige hechtenis noodzakelijk is.

Verder wijst het College op een aantal praktische uitvoeringvraagstukken die het gevolg zijn van het feitelijk omdraaien van het beslismodel en het verdwijnen van de mogelijkheid tot schorsing van de voorlopige hechtenis.⁴

Dat ook de officier van justitie, op het moment dat de vraag of een vordering tot vrijheidsbeperking of tot vrijheidsbeneming moet worden gedaan, dient te beoordelen of vrijheidsbeneming wel noodzakelijk is, is niet nieuw. In het voorgestelde stelsel zal de officier van justitie echter direct uitdrukkelijk eerst moeten beoordelen of er geen goede, minder verstrekkende, alternatieven aanwezig zijn. Op het eerste gezicht lijkt dat hetzelfde maar door de wijze waarop dit nu in het conceptvoorstel is geformuleerd is het toch wezenlijk anders.

Alternatieven met de daarbij behorende voorwaarden, zullen serieus onderzocht en voldoende objectief onderbouwd moeten zijn *voordat* de officier van justitie beslist over een vordering bij de rechter-commissaris tot vrijheidsbeperking dan wel een vordering tot vrijheidsbeneming. Die laatste is in principe alleen aan de orde als geen alternatief aanwezig wordt geacht. Voor die beoordeling zal veelal een rapportage van de reclassering nodig zijn met voldoende substantie. In dat rapport wordt naast strafrechtelijke informatie, zoals de verdenking van het strafbare feit en de eventuele aanwezigheid van justitiële documentatie, ook aandacht besteed aan externe factoren zoals gezinssituatie, woonomgeving en sociale omgeving. Bedacht moet worden dat voor het totstandbrengen van een dergelijke rapportage maximaal drie dagen de tijd is. Meestal zal die termijn echter veel korter zijn. Dat leidt in de eerste plaats tot een aanzienlijke toename van de werklast van de reclassering. Maar ook de raadsman zal meer tijd aan de zaak moeten besteden in het zeer korte tijdbestek en hetzelfde geldt voor de rechter-commissaris. Ook is de verwachting gerechtvaardigd dat door de opsporingsinstanties meer (achtergrond)informatie moet worden onderzocht. Kortom, de hele keten zal aanzienlijk zwaarder worden belast in de zeer korte tijdspanne tot het moment van de vordering door het OM, hetgeen niet alleen tot verzwarende van de lasten en dus tot hogere kosten leidt, maar ook het risico in zich bergt dat de keten in die fase overbelast wordt.

Het probleem is niet zozeer *dat* rapportages de officier van justitie, de raadsman, de verdachte en de rechter-commissaris inzicht moeten kunnen geven in mogelijke alternatieven voor vrijheidsbeneming, maar wel *het moment waarop* die rapportages er moeten zijn en de beoordeling moet plaatsvinden. Daarbij moet beseft worden dat de stellige overtuiging van de officier van justitie dat het alternatief van voorlopige vrijheidsbeperking niet aan de orde zal zijn – bijvoorbeeld omdat het feit zodanig ernstig is, de ernstige bezwaren buiten twijfel zijn en de gronden voor toepassing van voorlopige hechtenis duidelijk aanwezig zijn – er in de voorgestelde regeling niet toe leidt dat het onderzoeken van

⁴ Het tweede lid van art. 2.5.4.1.1 schrijft voor dat een bevel tot voorlopige hechtenis achterwege blijft indien het daarmee nagestreefde doel ook door middel van een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking kan worden verwezenlijkt.

alternatieven achterwege mag blijven. Het nu voorgestelde stelsel brengt immers met zich mee dat ook de rechter(-commissaris) altijd op de voet van het tweede lid van artikel 2.5.4.1.1 eerst afgewogen moet kunnen oordelen of er wel of geen gronden zijn om voorlopige vrijheidsbeperking toe te passen als alternatief voor voorlopige hechtenis.

Voorzienbaar is dat het regelmatig zal voorkomen dat een voldoende onderbouwd advies niet binnen die korte termijn realiseerbaar is. In het voorgestelde stelsel is het echter onvoldoende om 'dan maar' – wegens het ontbreken van een alternatief – tot voorlopige hechtenis over te gaan. Er kan dan immers niet goed worden volgehouden dat er geen alternatieven zijn, zeker niet als door de verdachte zelf wordt gesteld dat er wel een alternatief is. In het huidige stelsel kunnen die omstandigheden later worden onderbouwd en dán tot schorsing (of zelfs opheffing) van de voorlopige hechtenis leiden. In het nu voorgestelde stelsel zal in deze situatie – bij gebrek aan contra-indicatie – al snel geoordeeld (moeten) worden dat dat aanleiding is om voorlopige vrijheidsbeperking als alternatief voor voorlopige hechtenis toe te passen.

Nadat een bevel voorlopige hechtenis is gegeven kan op een later tijdstip dat bevel worden opgeheven en gelijktijdig een bevel voorlopige vrijheidsbeperking worden gegeven (art. 2.5.4.1.1, derde lid). Het eerste lid van artikel 2.5.4.2.2 bepaalt dat het bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking kan worden gewijzigd of opgeheven. In de toelichting bij dit artikel op bladzijde 127 is vermeld dat bij niet-naleving van de gestelde voorwaarden, naast de opheffing van het bevel voorlopige vrijheidsbeperking, tevens de voorlopige hechtenis kan worden bevolen. Dit is niet opgenomen in een afzonderlijke bepaling die gaat over het niet naleven van de voorwaarden; kennelijk dient hiervoor te worden teruggegrepen op de algemene bepalingen van afdeling 5.4.1. Dat roept de vraag op hoe een dergelijk bevel moet worden gezien als eerder ook al een bevel voorlopige hechtenis is opgelegd ter zake van hetzelfde feit en dat bevel is opgeheven onder gelijktijdige uitvaardiging van het bevel voorlopige vrijheidsbeperking waarvan nu de voorwaarden niet zijn nageleefd. In dat geval wordt dus meerdere keren bewaring of gevangenhouding voor hetzelfde feit en op dezelfde gronden bevolen. Het College vraagt zich af of dat de bedoeling is en wat dat betekent voor de termijn van de betreffende fase van de voorlopige hechtenis.

Het College is van oordeel dat de voorgestelde wijziging van het stelsel van voorlopige hechtenis niet met goede argumenten is onderbouwd en dat de uitwerking ongewenste effecten heeft voor de uitvoeringspraktijk en op onderdelen niet goed is uitgewerkt. Het huidige stelsel, dat reeds nu wordt gekenmerkt door een relatief grote flexibiliteit op het gebied van de voorwaarden waaronder schorsing van de voorlopige hechtenis mogelijk is, biedt voldoende mogelijkheden om de beoogde verruiming van de toepassing van alternatieven voor de toepassing van vrijheidsbeneming in de fase van de voorlopige hechtenis te realiseren. Het College adviseert dit voorstel niet te handhaven.

Het doel dat met het voorstel wordt beoogd, kan naar het oordeel van het College beter worden bereikt door in de wet de verplichte afweging die nu alleen is voorgeschreven bij de oplegging van voorlopige hechtenis aan minderjarigen, waarbij de rechter moet nagaan of de tenuitvoerlegging van het bevel hetzij onmiddellijk, hetzij na een bepaald tijdsverloop, kan worden geschorst (artikel 493 lid 1 Sv), ook voor meerderjarigen voor te schrijven. Daarbij verdient het naar het oordeel van het College aanbeveling om het arsenaal aan vrijheidsbeperkende maatregelen als bijzondere voorwaarden in de wet op te nemen, zodat deze kunnen (of moeten) worden toegepast bij de schorsing van de voorlopige hechtenis en op die manier wordt verzekerd dat er echt maatwerk kan worden geleverd.

Hoofdstuk 6, Bevoegdheden met betrekking tot het lichaam

Het College heeft met instemming kennisgenomen van het feit dat in deze regeling de ernstige bezwaren als voorwaarde voor de toepassing van de bevoegdheid tot kledingonderzoek, het onderzoek aan en in het lichaam (het huidige artikel 56 Sv) en het klassieke DNA-onderzoek (het huidige artikel 151b Sv) komen te vervallen. Daarnaast kan het schrappen van de hoorplicht bij DNA-onderzoek (het huidige artikel 151b lid 2 Sv) op waardering rekenen. Ook de regeling van het afnemen van lichaamsmateriaal ten behoeve van toxicologisch onderzoek (artikel 2.6.5.4.3) kan de goedkeuring van het College wegdragen. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de uitdrukkelijke wensen van het openbaar ministerie.

Het College constateert echter dat het zesde hoofdstuk van Boek 2 wordt gekenmerkt door de minutieuze wijze waarop de bevoegdheden met betrekking tot het lichaam zijn geregeld. Daarin wordt naar het oordeel van het College op onderdelen te ver doorgeschoten. Er worden bevoegdheden geregeld die naar het oordeel van het College ook heel goed zonder expliciete wettelijke basis toegepast kunnen worden, zoals thans ook al zonder problemen gebeurt. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de regeling van het handschrift- en stemvergelijkend onderzoek (artikel 2.6.5.5.1). Deze regeling is naar het oordeel van het College – gelet op de zéér geringe mate waarin inbreuk wordt gemaakt op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de verdachte – overbodig. Tegelijkertijd realiseert het College zich dat een consequentie van de invoering van zo'n regeling is, dat het mogelijk wordt om een verdachte die geen medewerking verleent aan dit onderzoek te vervolgen voor overtreding van artikel 184 Sr, wat vooral door de politie als een voordeel zal worden beschouwd. Evenmin ziet het College in, ook weer gelet op de zeer geringe inbreuk op het recht op privacy, waarom het vergelijkend vingerafdruk- of handpalmonderzoek zonder medeweten van de verdachte een plaats zou moeten krijgen in het

Wetboek van Strafvordering (artikel 2.6.5.4.2 lid 4). Ook begrijpt het College niet waarom in de wet moet worden geregeld dat het afscheren of knippen van het hoofdhaar, snor of baard van de verdachte door 'een deskundige' dient te geschieden (artikel 2.6.5.6.1 lid 3). Hier wordt kennelijk gedoeld op een deskundige in materiële en niet in formele zin, nu er van deskundigenonderzoek in de zin van het Wetboek van Strafvordering geen sprake is. Deze bepaling roept echter verwarring op (moet er een deskundige worden benoemd? antwoord: nee) en is een illustratief voorbeeld van de veel te ver doorgevoerde regelzucht. De regelingen in met name dit hoofdstuk zijn ver verwijderd van de doelstellingen die met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering worden beoogd.

Daarnaast zijn er in bestaande regelingen redactionele wijzigingen aangebracht, waarvan niet zonder meer duidelijk is welke verbetering daarmee wordt beoogd. Ter illustratie wijst het College op artikel 2.6.5.4.1 lid 1 onder c, waarin staat dat "de opsporingsambtenaar de aangehouden verdachte een of beide schoenen laat uitdoen en van de zool of zolen daarvan een of meer afdrukken maakt of laat maken". In de huidige regeling staat eenvoudig "het nemen van schoenzoolafdrukken" (artikel 61a lid 1 onder b), hetgeen toch als voldoende moet worden beschouwd. Ook kan als voorbeeld worden genoemd artikel 2.6.5.7.1, waarin het klassieke DNA-onderzoek is geregeld. Nu staat in artikel 151a Sv simpelweg dat de officier van justitie een DNA-onderzoek kan laten verrichten dat is gericht op het vergelijken van DNA-profielen. In de nieuwe regeling komt te staan dat "de officier van justitie [kan] bevelen dat bij de verdachte celmateriaal wordt afgenomen ten behoeve van een DNA-onderzoek dat gericht is op het vaststellen of het uit dat celmateriaal bepaalde DNA-profiel overeenkomt met een of meer andere DNA-profielen." Deze formulering is onnodig omslachtig en leidt niet tot een betere toegankelijkheid van het Wetboek van Strafvordering.⁵ Hetzelfde geldt voor de vele verwijzingen naar andere artikelen, waardoor sommige bepalingen onleesbaar zijn. Zie bijvoorbeeld artikel 2.6.6.1 dat bij zelfstandige lezing volstrekt onbegrijpelijk is.

Voorts vraagt het College zich af of de regeling in hoofdstuk 6, juist door haar gedetailleerdheid, wel voldoende toekomstbestendig is. Zeker op het terrein van de forensische opsporing gaan de ontwikkelingen snel. Daarom verdient het naar het oordeel van het College de voorkeur om in plaats van een gedetailleerde opsomming van afzonderlijke maatregelen in de wet *categorieën* van onderzoeksmaatregelen op te nemen. Het gaat dan om een limitatieve opsomming van categorieën onderzoeksmaatregelen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de categorieën onderzoek aan de hand van biometrische

⁵ Dit soort wijdlopijge beschrijvingen in de artikelen waar de toepassing van bevoegdheden wordt geregeld kunnen worden vermeden door de opname van een definitie in de betekenistitel.

kenmerken (waaronder bijvoorbeeld de lipafdruk en de irisscan vallen), uiterlijke kenmerken (daaronder vallen het laten dragen van bepaalde kleding en het afscheren, knippen of laten groeien van hoofd- en/of gezichtshaar), gedragskenmerken (waaronder bijvoorbeeld valt de wijze waarop iemand schrijft of zijn handtekening zet of de wijze waarop hij loopt) en onderzoek aan lichaamsmateriaal (waaronder het isotopenonderzoek, het toxicologisch en het microbiologisch onderzoek kunnen worden begrepen). Een dergelijke regeling heeft voordelen voor de praktijk, niet alleen omdat een dergelijke categorisering meer houvast biedt dan de huidige, vrij willekeurig ogende opsomming van losse, uiteenlopende maatregelen (in artikel 61a Sv), maar ook omdat onderzoeksmaatregelen waarbij gebruik wordt gemaakt van nieuwe technologieën gemakkelijker onder de aldan bestaande wettelijke regeling zijn te scharen.

Naast deze opmerkingen van meer algemene aard, vraagt het College nog aandacht voor het volgende.

Vaststellen identiteit

Artikel 2.6.5.2.1 vervangt het huidige artikel 55c Sv. Het College stelt met enige tevredenheid vast dat het standaard nemen van foto's en gezichtsafdrukken mogelijk wordt gemaakt bij een verdenking van een tweejaarsfeit (in het derde lid), waar eerder nog sprake was van een vierjaarsfeit ter vervanging van het huidige voorlopige hechteniscriterium. Hantering van het tweejaarscriterium betekent dat nog niet alle feiten waarvoor deze bevoegdheid van belang is worden 'gedekt' en waarbij toepassing nu wel mogelijk is (het College mist bijvoorbeeld nog de misdrijven van kraken en discriminatie), maar de meeste wel (zoals grooming, computervredebreuk, mishandeling, bedreiging, belaging, verduistering, vernieling en opzettelijke overtreding van artikel 3B/C/D Opiumwet).

Het College houdt vast aan de wens om niet alleen de verificatie van de identiteit van de staande gehouden verdachte met behulp van vingerafdrukken mogelijk te maken (zoals is geregeld in het eerste lid van de voorgestelde bepaling), maar ook met behulp van foto's. Een foto kan een belangrijke meerwaarde hebben ter vaststelling van identiteit, namelijk in die gevallen waarin de vingerafdrukken nog niet in de databank zijn opgenomen. Dan kan het zinvol zijn om snel een foto ter beschikking te hebben, die 'door het systeem kan worden gehaald' of aan derden kan worden getoond, teneinde de identiteit van de verdachte te kunnen vaststellen. Ook kan deze foto later worden gebruikt voor de identificatie door de rechter(-commissaris) door vergelijking van de foto met het in het proces-verbaal beschreven signalement. Door het maken van een of meer foto's onmiddellijk na de aanhouding kan de geregeld voorkomende discussie bij de rechter over de vraag of de verdachte wel aan het signalement voldoet, gemakkelijker worden

beslecht.

In het eerste lid wordt ingegaan op de vergelijking van vingerafdrukken met de vingerafdrukken die overeenkomstig de Vreemdelingenwet 2000 zijn verwerkt. Deze bepaling wordt van overeenkomstige toepassing verklaard in het derde lid. In het derde lid wordt ook geregeld dat van de aangehouden verdachte of de verdachte die niet is aangehouden, maar wel wordt verhoord, foto's worden genomen, maar van een vergelijking met foto's die overeenkomstig de Vreemdelingenwet 2000 zijn verwerkt, wordt in het artikel niet gerept. Het College pleit ervoor om ook die vergelijking wettelijk mogelijk te maken.

In de rechtspraak is discussie ontstaan over de vraag of de verdachte verplicht is medewerking te verlenen aan het afnemen van vingerafdrukken zoals bedoeld in artikel 55c Sv en of de verdachte bij het weigeren van die medewerking strafbaar is ingevolge artikel 447e Sr. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat dit niet het geval is, onder meer omdat een uitdrukkelijke verplichting voor de verdachte in artikel 55c Sv ontbreekt.⁶ Het College dringt erop aan in artikel 2.6.5.2.1 op te nemen dat de verdachte de verplichting heeft medewerking te verlenen aan het vaststellen van zijn identiteit, zoals ook nu al het geval is in onder andere artikel 29b lid 2 Sv.

Vermiste verdachte

In de bepalingen die zien op de bevoegdheid om onderzoek te doen buiten medeweten van de verdachte (zoals bij het DNA-onderzoek, het vergelijkend onderzoek van vingerafdrukken en de schrijfproef) wordt de term 'vermist' gebruikt. Het College vreest dat deze term in de praktijk tot verwarring zal leiden. Wanneer is een verdachte vermist? Hoeveel inspanningen moeten de opsporingsinstanties zich hebben getroost om hem op te sporen, voordat hij als vermist kan worden aangemerkt? Daarover kan discussie ontstaan in de rechtszaal, wat zeer onwenselijk zou zijn. Daarnaast moet worden opgemerkt dat een verdachte niet formeel vermist hoeft te zijn om toch niet vindbaar te zijn voor opsporingsambtenaren. Wanneer de verdachte bijvoorbeeld naar een land is gevlucht dat hem niet uitlevert, kan de Nederlandse overheid zelfs precies weten waar de verdachte verblijft, zonder de mogelijkheid te hebben om bijvoorbeeld DNA-onderzoek te doen. Ook in een dergelijke situatie zou het mogelijk moeten zijn om buiten medeweten van de verdachte onderzoek te doen, terwijl niet volgehouden kan worden dat de verdachte in zo'n situatie vermist is. Het College is zich ervan bewust dat de term 'vermist' ook in het huidige wetboek wordt gebruikt in de artikelen 151a, eerste lid, Sv en 195a, eerste lid, Sv, maar daar is de term gekoppeld aan *de derde die vermist is als gevolg van het misdrijf*. Het

⁶ Arrest van 5 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6348.

College is van oordeel dat kan en moet worden volstaan met de bepaling dat de bevoegdheid ook buiten medeweten of medewerking van de verdachte kan worden toegepast, zonder de toevoeging dat het om een vermiste verdachte moet gaan.

Vergelijkend onderzoek

Het eerste lid van artikel 2.6.5.4.1 heeft betrekking op (a) het opnemen van de maten van de aangehouden verdachte of van een deel van zijn lichaam, (b) het maken van een foto of video van de aangehouden verdachte of van een deel van zijn lichaam, of (c) het maken van zoolafdrukken van de schoenen van de aangehouden verdachte en het verwerken daarvan ten behoeve van een vergelijkend onderzoek. Een dergelijk bevel kan worden gegeven in het geval er sprake is van een verdenking van een misdrijf waar een jaar gevangenisstraf of meer is gesteld.

In het tweede lid is echter een uitzondering opgenomen. Daarin wordt bepaald dat een verdenking van een misdrijf van vier jaar of meer nodig is, indien het maken van die foto- of video-opnamen (zoals bedoeld onder (b)) tevens gericht is op de verwerking van die opnamen ten behoeve van een vergelijkend onderzoek. Het College maakt hierover twee opmerkingen. Ten eerste is het maken van foto's en video-opnamen altijd gericht op een vergelijkend onderzoek. De foto zal immers worden vergeleken met informatie uit het onderzoek (is dit de tatoeage die gezien is door de getuige?). Ten tweede wordt geen definitie gegeven van het begrip 'verwerken'. Daardoor ligt het voor de hand, nu het bij deze foto- en video-opnamen altijd gaat om 'persoonsgegevens' in de zin van de privacywetgeving, dat voor het begrip 'verwerken' wordt aangesloten bij de aldaar gehanteerde definitie.⁷ Zo wordt in de in dit geval toepasselijke Wet politiegegevens onder 'verwerken' verstaan elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot politiegegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, bewaren, opvragen, raadplegen, gebruiken, vergelijken en met elkaar in verband brengen van politiegegevens. Dat betekent dat in *alle* gevallen een verdenking van een vierjaarsfeit nodig zal zijn om foto's of video's te mogen maken en dat om die reden de uitzondering in het tweede lid, de hoofdregel zal blijken te zijn. In dat geval wordt een veel te zwaar criterium aangelegd. Ook bij een verdenking van een eenvoudige mishandeling moet toepassing van deze onderzoekmaatregel mogelijk zijn. Ook als hier met 'verwerken' uitsluitend wordt bedoeld 'opnemen in een databank', zal deze bepaling in de praktijk eerder als hoofdregel dan als

⁷ De Wet bescherming persoonsgegevens (vanaf medio 2018 de Europese Algemene verordening gegevensbescherming), de Wet politiegegevens en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. De beide laatste wetten zullen in 2018 nog worden aangepast aan de Europese Richtlijn gegevensverwerking opsporing en vervolging. De definitie van 'verwerken' zal echter niet wezenlijk veranderen.

uitzondering hebben te gelden. Het College adviseert daarom om het tweede lid van artikel 2.6.5.4.1 te schrappen.

Confrontatie

In het eerste lid van het voorgestelde artikel 2.6.5.6.1 wordt bepaald dat een bevel tot confrontatie mondeling gegeven kan worden, indien het betrekking heeft op een confrontatie waarvan niet op de verdachte lijkende derden deel uitmaken. Helaas besteedt de memorie van toelichting hieraan geen bijzondere aandacht, zodat het voor het College niet duidelijk is wat hiermee wordt bedoeld.

DNA-onderzoek

In de huidige DNA-regeling kan de officier van justitie in het belang van het onderzoek naar ieder strafbaar feit DNA-materiaal laten afnemen van een verdachte. Een bevel daartoe kan alleen worden gegeven bij een verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is. In de nieuwe regeling moet sprake zijn van de verdenking van een misdrijf waarop vier jaar of meer is gesteld. Hoewel het in de praktijk niet vaak voorkomt dat er gedwongen of buiten medeweten van de verdachte DNA-onderzoek plaatsvindt bij een verdenking van een VH-feit dat geen vierjaarsfeit is, voert het te ver om DNA-onderzoek in die gevallen categorisch uit te sluiten. Met name als het gaat om bepaalde delicten die op zichzelf niet heel ernstig zijn, maar die wel maatschappelijke onrust veroorzaken als ze seriematig worden gepleegd, kan het aangewezen zijn DNA-onderzoek te verrichten. Denk bijvoorbeeld aan de mishandeling van willekeurige voorbijgangers of dierenmishandeling. Hetzelfde geldt voor lichte misdrijven die politiek of anderszins gevoelig liggen, zoals een schriftelijke bedreiging van een politicus. Dat betekent in de praktijk dat bijvoorbeeld van een persoon die verdachte is van een schriftelijke bedreiging, geen DNA-materiaal mag worden afgenomen en er dus gewacht moet worden tot het DNA-profiel van die verdachte op een andere manier in de DNA-databank wordt opgenomen. Het College wil ervoor pleiten ook in deze gevallen DNA-onderzoek mogelijk te laten blijven.

Onderzoek met betrekking tot een overleden verdachte of slachtoffer

Zoals hierboven is vermeld, is artikel 2.6.6.1 door de veelheid aan verwijzingen naar andere artikelen niet goed leesbaar en op sommige punten onduidelijk. Opgemerkt wordt dat het onderzoek met betrekking tot het lichaam van een overleden slachtoffer, waarbij onderzocht wordt of een misdrijf moet worden uitgesloten, in de regel op basis van de Wet op de lijkbezorging zal plaatsvinden. Dat betekent dat alleen bij een evidente verdenking van een misdrijf de voorgestelde regeling in het Wetboek van Strafvordering in beeld komt.

Bij het College bestaat de ernstige vrees dat de opsporingspraktijk onvoldoende uit de voeten kan met deze wettelijke bepaling, waarin de onderzoekshandelingen die mogen worden verricht limitatief zijn opgesomd. De vraag is of alle handelingen die in de huidige praktijk tijdens het onderzoek aan een overledene (met name een overleden slachtoffer) worden verricht, door het artikel worden gedekt en of de gebruikelijke taakverdeling tussen de arts (veelal de forensisch patholoog) en de medewerkers van de forensische opsporing voldoende uit de verf komt. Daarnaast worden bij de toepassing van dit wetsartikel problemen voorzien, die voortvloeien uit de eis dat voor elke onderzoekshandeling een bevel van de officier van justitie nodig is. Afhankelijk van de aard de onderzoekshandeling kan worden volstaan met een mondeling bevel of is een schriftelijk bevel vereist. Dit maakt de bepaling in de uitvoering erg onoverzichtelijk. Bovendien moet worden opgemerkt dat veelal tijdens het onderzoek zal worden bepaald welke handelingen precies dienen te worden uitgevoerd en dat maakt het lastig om vooraf te kunnen bepalen wat er in het bevel moet worden opgenomen. Daardoor is te voorzien dat de bevelen standaard alle onderzoekshandelingen zullen moeten bevatten.

De regeling van het onderzoek aan overledenen in het Wetboek van Strafvordering heeft relaties met de Wet op de lijkbezorging en met de Wet deskundigen in strafzaken. Op die eerste relatie wordt in de memorie van toelichting uitgebreid ingegaan, maar de relatie met de Wet deskundigen in strafzaken wordt in het geheel niet genoemd. Dat klemmt te meer, nu in artikel 2.6.6.1 uitsluitend wordt bepaald dat 'een arts' bepaalde handelingen moet uitvoeren. In de memorie van toelichting wordt wel opgemerkt dat deze arts forensisch arts zal zijn, maar als het om de sectie gaat wordt de functie van forensisch patholoog (een van de deskundigheidsgebieden van het NRGD) in het geheel niet genoemd. In de huidige praktijk vindt op grond van de Wet deskundigen in strafzaken mondeling een benoeming plaats van de forensisch patholoog (door de officier van justitie) en soms ook van een radioloog (door de rechter-commissaris). Deze benoemingen worden achteraf schriftelijk bevestigd.

Hoofdstuk 7, Bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens

Titel 7.2 Inbeslagneming van voorwerpen

Artikel 2.7.2.2.6 bevat de bevoegdheid van de officier van justitie om een opsporingsambtenaar te bevelen plaatsen, niet zijnde een woning of een kantoor van een professioneel verschoningsgerechtigde, ter inbeslagneming te doorzoeken. De memorie van toelichting stelt dat in dit artikel het huidige artikel 96c Sv, op enkele punten in gewijzigde vorm, is ondergebracht.

Nieuw is dat wordt voorgeschreven dat de doorzoeking geschiedt onder leiding van de officier van justitie in zijn aanwezigheid voor zolang hij dat noodzakelijk acht. In de memorie van toelichting staat dat de officier van justitie in ieder geval bij het openen van de doorzoeking aanwezig dient te zijn.

Het College is van oordeel dat dit niet een in de praktijk daadwerkelijk te realiseren werkwijze is. In de huidige praktijk vinden de meeste doorzoekingen plaats onder telefonische leiding van de officier van justitie. Hij is veelal niet daadwerkelijk aanwezig bij de doorzoeking. In de memorie van toelichting wordt het voorbeeld genoemd van een groot onderzoek, waarbij op een bepaald moment in één gecoördineerde actie een groot aantal doorzoekingen op verschillende plaatsen op hetzelfde tijdstip kunnen plaatsvinden. Deze actie staat onder leiding van één officier van justitie, de doorzoekingen worden op tien verschillende plaatsen gedaan onder leiding van een hulpofficier van justitie. Er is geen capaciteit bij het openbaar ministerie beschikbaar om in elk van deze doorzoekingen te doen onder leiding van een officier van justitie.

In de dagelijkse praktijk, met name gedurende de piketuren, zijn er echter tal van situaties waarbij de officier van justitie veelal op afstand leiding geeft aan een doorzoeking. In het weekend heeft een piketofficier van justitie geen tijd om aanwezig te zijn bij een doorzoeking in een kelderbox om te zien hoeveel drugs of gestolen scooters de verdachte heeft veilig gesteld of de doorzoeking van een paar drugspanden. Ook de afstand is een probleem, met name in de arrondissementen in het noorden en oosten van het land. Gegeven het feit dat het artikel geen betrekking heeft op een zoeking in een woning of een kantoor van een verschoningsgerechtigde, is de aanwezigheid van de officier van justitie standaard niet noodzakelijk. Een regeling die daartoe wel verplicht leidt tot een in de praktijk onwerkbaar procedure. Het College adviseert om het artikel te wijzigen in die zin, dat de doorzoeking alleen geschiedt in de aanwezigheid van de officier van justitie indien hij dat noodzakelijk acht.

In het derde en vierde lid van artikel 2.7.2.2.6 wordt geregeld dat het onderzoek bij ontstentenis van de officier van justitie wordt verricht in aanwezigheid van de hulpofficier van justitie. Het College wijst erop dat in een dergelijk geval de hulpofficier van justitie onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie de feitelijke leiding heeft van de doorzoeking. Het College adviseert om beide leden in overeenstemming te brengen met de feitelijke situatie – die is gebaseerd op de huidige regelgeving – en voor te schrijven dat in geval van ontstentenis van de officier van justitie de doorzoeking onder leiding van de hulpofficier van justitie plaatsvindt.

Dan is er nog de vraag wiens inbeslagnemingsbevoegdheid wordt uitgeoefend tijdens een doorzoeking. Er zijn twee bepalingen die betrekking hebben op de

doorzoeking ter inbeslagneming waarin wordt voorgeschreven dat inbeslagneming geschiedt 'op aanwijzing' van de rechter-commissaris (artikel 2.7.8.1 lid 4) respectievelijk de officier van justitie (artikel 2.7.2.2.6 lid 5). Deze bewoordingen 'op aanwijzing van' brengen kennelijk tot uitdrukking dat niet de rechter-commissaris of de officier van justitie zelf als in beslag nemende instantie wordt beschouwd, anders hoefden zij de aanwijzingen niet te geven. Beiden (rechter-commissaris en officier van justitie) hebben overigens die inbeslagnemingsbevoegdheid wel: voor de rechter-commissaris is zij (ook tijdens een doorzoeking) te vinden in artikel 2.7.8.2 lid 1 sub a en voor de officier van justitie (idem) in artikel 2.7.2.2.2. Maar kennelijk is het de bedoeling dat het als regel de opsporingsambtenaren zijn die bij gelegenheid van een doorzoeking hun eigen inbeslagnemingsbevoegdheid uitoefenen.⁸ De vraag is wat in dit geval de woorden 'op aanwijzing van' betekenen. Als deze woorden zouden moeten worden geïnterpreteerd als '*uitsluitend* op aanwijzing van', dan zou zulks betekenen dat er altijd een rechter-commissaris of officier van justitie is die (ter plaatse of op afstand) een finale beslissing over de inbeslagneming kan nemen. Gelet op hetgeen hierboven door het College naar voren is gebracht zal dat feitelijk niet altijd het geval (kunnen) zijn. Om die reden is het geïndiceerd dat in het vierde lid van artikel 2.7.8.1 (rechtercommissaris) en het vijfde lid van artikel 2.7.2.2.6 (officier van justitie) de woorden 'op aanwijzing van' – anders dan nu het geval is – geen dwingend karakter hebben. Per saldo is het daarom beter om van elk van beide bepalingen een zogenoemde kan-bepaling te maken. Een bepaling, derhalve, die erop neerkomt dat de autoriteit (de rechter-commissaris of de officier van justitie), zich met de inbeslagneming *kán* bemoeien voor zover zijn feitelijke betrokkenheid bij de zoeking zulks toelaat. Het spreekt daarbij vanzelf dat er voor de in beslag nemende opsporingsambtenaar, tot wie de aanwijzingen zijn gericht, in dat geval geen mogelijkheid heeft om deze aanwijzingen niet op te volgen.

Bovenstaande opmerkingen met betrekking tot artikel 2.7.2.2.6 gelden voor een groot deel eveneens voor de artikelen 2.7.2.2.7 en 2.7.8.2, alwaar de bevoegdheid van de rechter-commissaris wordt geregeld om een doorzoeking te bevelen in een woning of kantoor van een professioneel verschoningsgerechtigde.

In artikel 2.7.2.2.7 wordt bepaald dat de rechter-commissaris deze doorzoeking kan laten aanvangen door de officier van justitie en bij diens verhindering de hulpofficier van justitie. De rechter-commissaris zal dus wel op enig moment moeten afreizen naar de doorzoeking. Een praktische omstandigheid is dat bij een

⁸ In het uitzonderlijke geval dat de zoeking betrekking heeft op een feit waarop niet meer dan een jaar is gesteld (het criterium uit artikel 2.7.2.2.2) zal de rechter-commissaris toch zelf zijn inbeslagnemingsbevoegdheid moeten uitoefenen, omdat in dat geval de opsporingsambtenaar die bevoegdheid ontbeert.

doorzoeking buiten de grote steden, bij een afstand van enige betekenis, de doorzoeking in de meeste gevallen al lang klaar is alvorens de rechter-commissaris op de plaats van de doorzoeking is gearriveerd.

In de memorie van toelichting wordt niet gemotiveerd waarom de huidige werkwijze van de rechter-commissaris en de officier van justitie bij een doorzoeking in enig opzicht tekort zou schieten. Het College heeft tot op heden geen enkel signaal ontvangen dat de huidige praktijk niet goed zou functioneren. Desalniettemin wordt nu een regeling voor de doorzoeking voorgesteld die tot een forse verzwaring van de werkbelasting voor zowel de officier van justitie en de rechter-commissaris zal leiden. Het College dringt erop aan dat de nu voorgestelde regeling wordt gewijzigd en in overeenstemming wordt gebracht met de huidige praktijk, waarbij de rechter-commissaris respectievelijk de officier van justitie bij een doorzoeking slechts aanwezig zijn als zij dat noodzakelijk achten en overigens telefonisch leiding geven aan de opsporingsambtenaren die de doorzoeking verrichten.

In het voorgestelde artikel 2.7.2.2.12 wordt conform het huidige artikel 94 lid 3 bepaald dat in geval van inbeslagneming van een voorwerp aan de beslagene zoveel mogelijk een schriftelijk bewijs van inbeslagneming wordt uitgereikt. Er bestaat op dit moment echter discussie over de reikwijdte van deze bepaling en met name over de interpretatie van de zinsnede 'zoveel mogelijk'. Als voorbeeld kan worden genoemd de zaak 'Maskerbij'.⁹ In die zaak werd een bestelauto met daarin 75 kilo hennep in beslag genomen, waarna de bestelauto – zonder de hennep – weer op een andere plek werd achtergelaten dan waar hij in beslag was genomen. Een kennisgeving aan de verdachte werd achterwege gelaten. Het hof overwoog dat weliswaar in artikel 94, derde lid, Sv staat dat aan degene bij wie een voorwerp in beslag is genomen 'zoveel mogelijk' een bewijs van ontvangst wordt afgegeven, maar aan een uitzondering op die regel heeft de wetgever kennelijk niet gedacht. Dat had volgens het hof wel in de rede gelegen, indien de wetgever het openbaar ministerie met deze bepaling de vergaande bevoegdheid had willen geven om heimelijk voorwerpen in beslag te nemen. De omschrijving moet veeleer, zo leidt het hof uit de memorie van toelichting af, worden gezien tegen de achtergrond van de destijds bestaande capaciteitsproblemen.¹⁰ Een vergelijkbaar standpunt is te vinden in een uitspraak van de Rechtbank

⁹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:956.

¹⁰ Het hof verwijst hier naar de hele memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wijziging van enige bepalingen in het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten inzake de bewaring en de teruggave van inbeslaggenomen voorwerpen, *Kamerstukken II* 1993/94, 23692, nr. 3, zonder daarbij een paginanummer te noemen. Dat de omschrijving 'zoveel mogelijk' moet worden gezien tegen de achtergrond van capaciteitsproblemen valt daaruit naar het oordeel van het College niet zonder meer af te leiden.

Gelderland.¹¹ Als het standpunt dat inbeslagneming met uitgestelde kennisgeving niet is toegestaan gemeengoed wordt, zal dat grote gevolgen hebben voor de opsporingspraktijk. De inbeslagneming buiten medeweten van de beslagene wordt vaak ingegeven door het doorlaatverbod (artikel 126ff Sv). Het komt geregeld voor dat gevaarlijke of schadelijke voorwerpen in beslag worden genomen en worden vervangen door (daarop gelijkende) ongevaarlijke of onschadelijke voorwerpen, zodat het opsporingsonderzoek (naar andere strafbare feiten) ongehinderd kan worden voortgezet. Daarover wordt verantwoording in een proces-verbaal afgelegd. Dit leidt doorgaans niet tot een rechterlijk oordeel dat deze handelwijze onrechtmatig is.

Het College wil er met kracht voor pleiten dat in het nieuwe Wetboek van Strafvordering een wettelijke grondslag wordt gecreëerd voor het in het belang van het onderzoek kunnen uitstellen van de kennisgeving van inbeslagneming, zodat daarover geen twijfel meer kan bestaan.

Artikel 2.7.2.4.2 Zesmaandentermijn beslagbeslissing

Artikel 2.7.2.4.2 tweede lid bevat een nieuwe bepaling. Voorgeschreven wordt dat de hulpofficier van justitie uiterlijk zes maanden na inbeslagneming van een voorwerp beveelt dat het voorwerp wordt teruggegeven, tenzij de officier van justitie gemotiveerd aan de hulpofficier aangeeft dat het beslag in het belang van de strafvordering moet voortduren. Aanleiding tot de introductie van dit voorschrift is het feit dat beslag nog te vaak onnodig lang voortduurt. Het College kan de minister volgen in zijn wens om de opsporingsinstanties en het openbaar ministerie aan te zetten tot verbetering van de uitvoeringspraktijk, maar het College is van oordeel dat de weerbarstige problematiek van de beslagafwikkeling door de invoering van deze bepaling eerder vergroot dan verkleind zal worden. Het College is daarom primair van oordeel dat deze bepaling geschrapt moet worden. Mocht niettemin tot handhaving van deze bepaling worden besloten, dan merkt het College nog het volgende op. In de bepaling wordt een centrale rol toebedeeld aan de hulpofficier van justitie. Maar tegelijkertijd blijkt ook dat de hulpofficier van justitie zich steeds op de hoogte zal moeten stellen van het standpunt van de officier van justitie. Als deze namelijk gemotiveerd aangeeft dat het beslag moet voortduren, mag de hulpofficier het bevel tot teruggave niet geven. Onder deze omstandigheden is het alleen al om praktische redenen handiger om de hier benoemde bevelsbevoegdheid aan het openbaar ministerie toe te delen. Een daartoe strekkende wijziging (die naar het College heeft begrepen ook door de Nationale Politie op prijs zou worden gesteld) wordt dan ook – maar nadrukkelijk als subsidiaire variant – door het College bepleit.

¹¹ Rb. Gelderland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6215.

Titel 7.3 Inbeslagneming van gegevens en Titel 7.4 Het onderzoek aan elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken

In titel 7.3 zijn de bevoegdheden tot inbeslagneming van gegevens opgenomen. Er is sprake van inbeslagneming van gegevens wanneer de daartoe bevoegde persoon bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden gegevens onder zich neemt ten behoeve van de strafvordering. Hoewel dat niet uit de tekst van de regeling blijkt, moet ervan uit worden gegaan dat de regeling betrekking heeft op elektronische gegevens in het digitale gebied, interceptie en digitale opsporing.

Het huidige Wetboek van Strafvordering kent een grote verscheidenheid in regelgeving als het gaat om de verkrijging en de verwerking van elektronische gegevens (verder 'gegevens') en gegevensdragers ten behoeve van de strafvordering. De wijze waarop gegevens en gegevensdragers zijn verkregen bepalen grotendeels op welke wijze politie en justitie de gegevens en gegevensdragers kunnen verwerken in het strafrechtelijk onderzoek. Globaal zijn drie regimes aan te wijzen waarop gegevensdragers en/of gegevens thans kunnen worden verkregen:

- Bij het doorzoeken van een plaats ter vastlegging van gegevens en een eventueel daaraan gekoppelde netwerkzoeking (de artikelen 125i en 125j Sv en de daarbij behorende vervolgbepalingen);
- Bij het in beslag nemen van een gegevensdrager conform het beslagregime van de artikelen 95 t/m 96c Sv in verbinding met artikel 94 Sv;
- Bij het vorderen van gegevens conform titel IVa zoals geregeld in de artikelen 126n t/m 126ni Sv.

Alle drie regimes bevatten andere regels, andere bevoegdheden en andere mogelijkheden waar het gaat om beslissingen over en de verwerking van de gegevens en het onderzoek aan de gegevensdragers. Het WODC-onderzoek uit 2016, "Onderzoek aan in beslag genomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten" concludeert dat de huidige wet- en regelgeving onvoldoende duidelijk is en in de praktijk vragen blijkt op te roepen. Voor de praktijk is het van groot belang om een eenduidige, heldere werkwijze voorgeschreven te krijgen.

Het College ondersteunt van harte het streven van de wetgever om de regelgeving voor de verkrijging en de verwerking van gegevens ten behoeve van de strafvordering te stroomlijnen en de drie geschetste regimes op één lijn te brengen. Indien het lukt om de verschillende bevoegdheden en verwerking van gegevens in het opsporingsonderzoek zoveel mogelijk gelijk te trekken en onafhankelijk te maken van de wijze waarop de gegevens zijn verkregen, zou dat een flink aantal problemen oplossen en veel van de onduidelijkheid wegnemen waarmee de praktijk nu nog dagelijks worstelt.

Om een aantal redenen, waarop hieronder nader zal worden ingegaan, is het College van oordeel dat de voorgestelde regeling voor de verkrijging en verwerking van gegevens (titel 7.3) en het onderzoek aan elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken (titel 7.4) ten behoeve van de strafvordering onvoldoende tegemoetkomt aan de eisen van de praktijk. Er is op dit moment waarschijnlijk geen terrein waar de technische en maatschappelijke ontwikkelingen zo snel gaan als in een digitale omgeving. Erkend moet worden, gegeven deze snelle ontwikkelingen, dat het niet eenvoudig is om voor de verkrijging en verwerking van elektronische gegevens een goede toekomstbestendige en techniekonafhankelijke regeling te ontwerpen. Zoals in de inleidende paragrafen is opgemerkt heeft het College met instemming kennisgenomen van de instelling van de Commissie Modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, onder voorzitterschap van prof. dr. E.J. Koops, die de voorgestelde regeling van titel 7.3 en titel 7.4 nader zal beschouwen en zal adviseren over verbeteringen. Graag zag het College, indien en voor zover dat niet al is gebeurd, daaraan toegevoegd de onderwerpen die de interceptie en cybercrime raken uit Hoofdstuk 8, waaronder het stelselmatig vastleggen van gegevens uit open bronnen (artikel 2.8.2.4.1) en het begrip communicatie uit de artikelen met betrekking tot de tap (artikel 2.8.2.7.1) en het opnemen van vertrouwelijke communicatie (2.8.2.8.1).

Hieronder zal het College nader ingaan op een aantal specifieke onderdelen van de regeling voor beslag op gegevens en onderzoek aan elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken. Daarbij tekent het College aan dat het in het kader van dit advies niet mogelijk is om op ieder detail van de regeling in te gaan. Het College rekent erop dat daarvoor gelegenheid is bij de Commissie Koops die de regeling nader beschouwt en voorstellen zal doen voor verbeteringen.

Voor de verkrijging en verwerking van gegevensdragers en gegevens ten behoeve van de strafvordering wordt een regeling ontworpen die sterk is gebaseerd op de huidige regeling van het beslag op voorwerpen. De regeling is op soortgelijke wijze vormgegeven, met een definitie van 'inbeslagneming van gegevens', en met beantwoording van de vragen welke gegevens in beslag kunnen worden genomen en wie onder welke omstandigheden daartoe bevoegd is. Begrippen die tot op heden gereserveerd zijn voor het beslag op voorwerpen komen terug, zoals gegevens die (a) kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen, (b) die kunnen dienen om wederrechtelijk voordeel te bepalen of (c) die kunnen worden vernietigd.

De regeling voor het beslag op voorwerpen is echter al decennia in gebruik en door de jarenlange toepassing van de regeling van 'het beslag' heeft een en ander een eigen karakter gekregen. De oude begrippen en constructies uit de regeling

voor het beslag op voorwerpen zijn echter niet per definitie passend om nieuwe technologische ontwikkelingen op het gebied van digitale gegevens te normeren. De technische ontwikkelingen gaan snel. Zo snel, dat het nog maar zeer de vraag is of de nieuwe ontwikkelingen bij de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek nog wel onder de voorgestelde nieuwe regeling zijn te brengen. Gewezen kan worden op de ontwikkeling van onder andere Internet of Things (IoT), machine-2-machine (M2M)-verbindingen, big data en zelfrijdende auto's. Ontwikkelingen die nu nog meer of minder in de kinderschoenen staan, maar waarvan kan worden verwacht dat ze een hoge vlucht zullen nemen.

Wat ook drastisch zal veranderen is het criminaliteitsbeeld. Het College heeft al eerder in de publiciteit de verwachting uitgesproken dat op de middellange termijn, over ongeveer vijf jaar, vijftig procent van de Nederlandse criminaliteit te maken heeft met computers. Technieken waarmee systemen kunnen worden platgelegd of computers worden overgenomen, worden eenvoudiger verkrijgbaar. Dat leidt tot nieuwe vormen van criminaliteit; steeds meer bedrijven en particulieren krijgen te maken met aanvallen van cybercriminelen. De wereldwijde uitbraak van de WannaCry ransomware in het weekend van 13 mei 2017 is daarvan een bekend voorbeeld.

Maar ook 'klassieke' criminele activiteiten, zoals de drugs- en wapenhandel, worden voor een belangrijk deel verplaatst naar het internet, waarbij wapens en drugs worden verhandeld op het 'dark web'. Criminelen communiceren in toenemende mate via zwaar versleutelde communicatiemiddelen, die voor politie en justitie nauwelijks te kraken zijn. Het College meent dat de voorgestelde regeling voor het verkrijgen en verwerken van gegevens en onderzoek aan gegevensdragers door het gebruik van de oude structuur en het oude begrippenkader onvoldoende op deze nieuwe ontwikkelingen is ingericht.

Het wetsvoorstel houdt te weinig rekening met het feit dat voorwerpen en gegevens wezenlijk van elkaar verschillen en dat daardoor de regeling voor het in beslag nemen van voorwerpen niet per definitie passend is voor het verkrijgen van gegevens ten behoeve van de strafvordering. Zo bestaat een gegeven meestal niet in een tastbare vorm, waar dat voor voorwerpen wel geldt. Maar ook het te beschermen belang is anders. Waar het belang bij voorwerpen in de meeste gevallen in het eigendomsrecht ligt, geldt voor gegevens, vanwege de kennisneming ervan, dat het belang in de privacy sfeer moet worden gevonden. Gegevens zijn in de praktijk veelal ook niet op één plaats aanwezig, maar op meerdere plekken, bijvoorbeeld in de cloud, zodat de wijze waarop de gegevens moeten worden verkregen wezenlijk anders is dan de wijze waarop beslag op voorwerpen wordt gelegd.

Een ander aspect is dat men in een aantal gevallen niet de beschikkingsmacht verliest bij de verkrijging van gegevens ten behoeve van de strafvordering, terwijl

het verlies van de beschikkingsmacht bij het beslag op voorwerpen juist het uitgangspunt is. Het wel of niet verliezen van de beschikkingsmacht is dan ook niet een juist criterium. Dat verschil komt vooral tot uiting bij delicten met strafbare gegevens, zoals kinderporno. In deze zaken wordt normaal gesproken de gegevensdrager met de strafbare gegevens in beslag genomen. Het beslag wordt niet opgeheven en de verdachte is dan de beschikkingsmacht over zowel zijn gegevensdrager als zijn gegevens kwijt, inclusief de niet strafbare gegevens. Dat wordt gedaan omdat in de praktijk de strafbare gegevens niet zonder risico te scheiden zijn van de niet strafbare gegevens. Het komt regelmatig voor dat de gegevensdrager ook nog versleutelde gegevens bevat, die vermoedelijk strafbaar zijn, maar waar politie en justitie niet bij kunnen. Ook komt het voor dat strafbare gegevens op een zodanige wijze technisch (steganografisch) zijn verstopt in niet strafbare gegevens (zoals de foto's van dierbaren) dat deze voor de opsporing nauwelijks of niet vindbaar zijn. Het teruggeven van de gegevensdrager, waarbij de geconstateerde strafbare gegevens zijn vernietigd, is daarom niet altijd wenselijk.

Hoewel het streven van de wetgever erop is gericht om zoveel mogelijk één regime te creëren voor de verkrijging van gegevens ten behoeve van de strafvordering, blijft er een belangrijk verschil bestaan. Dat betreft de bevoegdheden die ingezet kunnen worden bij een verdenking van een misdrijf en welke kunnen worden ingezet bij een *redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven waarop 4 jaar of meer is gesteld worden beraamd of gepleegd* (de huidige Titel V-onderzoeken) en *in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf* (de huidige Titel Vb-onderzoeken). Het streven om de drie regimes zo veel mogelijk op één lijn te brengen wordt dan in zoverre onderbroken dat alleen de nieuwe Afdeling 7.3.3 (onder het huidige recht: het vorderen van gegevens) een schakelbepaling kent voor de Titel V- en Titel Vb-onderzoeken, namelijk artikel 2.7.3.3.9. Op deze wijze is de zeer belangrijke titel 7.4 (Onderzoek aan gegevensdragers en geautomatiseerde werken) niet ook van toepassing bij een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband ernstige misdrijven worden gepleegd of bij onderzoek naar aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. Het College erkent dat dit ook onder de huidige wetgeving zo is, maar dit wordt in de praktijk als een ernstig gemis ervaren. Dat is verergerd door het recente arrest van de Hoge Raad van 4 april 2017, over het onderzoek aan inbeslaggenomen gegevensdragers en geautomatiseerde werken (het smartphone-arrest).¹² Daarin heeft de Hoge Raad bepaald dat als een onderzoek aan een smartphone zo verstrekkend is dat een min of meer compleet beeld is verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de gebruiker van de smartphone, dat onderzoek jegens die gebruiker onrechtmatig kan zijn wanneer het uitsluitend is gegrondvest op de bevoegdheid van

¹² ECLI:NL:HR:2017:584.

opsporingsambtenaren, neergelegd in artikel 94 in verbinding met de artikelen 95 en 96 Sv. Een meer dan oppervlakkig onderzoek aan een smartphone zal dus alleen nog maar op bevel van de officier van justitie kunnen worden verricht. Dat sluit een onderzoek aan de gegevensdrager uit voor zover het gaat om het geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf en redelijk vermoeden van zware georganiseerde misdaad. Dat maakt dat een aanpassing van de wet naar het oordeel van het College niet kan uitblijven.

Terzijde merkt het College op dat deze kwestie niet kan wachten tot de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Strafvordering. De terrorismedreiging is onverminderd ernstig en in de bestrijding van terrorisme is de laatste jaren fors geïntensiveerd. Dit is een situatie die voorlopig zal aanhouden. Voor wat betreft de bestrijding van de georganiseerde misdaad merkt het College op dat er twee ontwikkelingen een rol spelen. De eerste is dat, zoals eerder opgemerkt, de cybercriminaliteit in een hoog tempo toeneemt. De tweede ontwikkeling is dat de georganiseerde misdaad zelf ook in toenemende mate wordt 'gedigitaliseerd'. Het wordt voor de politie almaar moeilijker om in een vroegtijdig stadium deze criminaliteit op te sporen. Het College adviseert dringend, gelet op deze omstandigheden, om spoedig in een afzonderlijk wetsvoorstel te regelen dat het onderzoek aan elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken mogelijk wordt bij een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven waarop vier jaar of meer is gesteld worden beraamd of gepleegd en bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf.

Ten slotte, voor wat betreft de algemene opmerkingen over titel 7.3 en 7.4, merkt het College op dat de voorgestelde regeling, naast de hierboven genoemde bezwaren, bovendien een forse administratieve lastenverzwaring met zich mee zal brengen. Het aantal gevallen van 'beslag' met bijbehorende verplichtingen, waaronder een bewijs van inbeslagneming met aanduiding van de in beslag genomen gegevens en andere vervolgbeslissingen, zal ten opzichte van de huidige regeling behoorlijk toenemen. Dit is strijdig met de gedachte dat het nieuwe wetboek moet leiden tot een administratieve lastenverlichting.

Het begrip aanbieder

In de nu voorgestelde regeling (artikel 2.7.3.3.5) blijft een belangrijk verschil bestaan in het verkrijgen van informatie met betrekking tot niet voor het publiek bestemde communicatie van een aanbieder van een communicatiedienst en het verkrijgen van dezelfde informatie die niet bij een aanbieder in de zin van strafvordering is opgeslagen, bijvoorbeeld omdat er geen sprake is van communicatie door middel van de aanbieder van de dienst. In het eerste geval kan de informatie alleen worden verkregen na machtiging van de rechter-

commissaris, in het tweede geval kunnen deze gegevens zonder machtiging van de rechter-commissaris direct door de officier van justitie worden gevorderd. Zo kunnen alle foto's van iemand bijvoorbeeld (automatisch) worden bewaard bij een online fotodienst waarbij die dienst zelf verder geen communicatie aanbiedt en dus geen aanbieder van communicatie is in de zin van artikel 2.1.1.1. De inbreuk op de privacy van degene waarop de informatie betrekking heeft is, bij het vorderen van de gegevens in beide gevallen echter even groot. Gelet op de jurisprudentie van de laatste jaren, vooral ook de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (waaronder, maar niet uitsluitend de arresten van dit Hof over dataretentie) over privacyschendende opsporingsmiddelen en telecommunicatie vraagt het College zich af of het wel mogelijk is om te volstaan met de extra bescherming van alleen communicatie. Zou deze bescherming zich niet ook moeten uitstrekken tot alle vormen van inhoudelijke gegevens, zoals foto's, adresboeken, onlinedagboeken, waardoor een min of meer compleet beeld van het persoonlijk leven van de betrokkene kan worden verkregen? Is de logische consequentie van de jurisprudentie van de laatste jaren niet dat het niet uitmaakt bij wie de politie en justitie inhoudelijke gegevens willen opvragen, maar dat in al deze gevallen de informatie slechts met een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris gevorderd kunnen worden?

Het College realiseert zich dat dit voorstel een toename in het aantal aanvragen tot een machtiging van de rechter-commissaris betekent. Maar liever ziet het College dit vraagstuk nu onder ogen, waarbij eventueel deze machtiging systematisch in het nieuwe wetboek kan worden ingepast, dan dat al terstond na de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek reparaties moeten worden aangebracht.

Definitie van beslag op gegevens

In artikel 2.7.3.1.1 wordt het beslag op gegevens gedefinieerd. Onder inbeslagneming van gegevens wordt verstaan het bij de uitoefening van de bevoegdheden, bedoeld in de artikelen 2.7.3.2.1, 2.7.3.2.2, 2.7.3.3.3 tot en met 2.7.3.3.6, 2.7.4.1.1 tot en met 2.7.4.1.3 en 2.7.8.1, onder zich nemen van gegevens ten behoeve van de strafvordering. Deze definitie roept een aantal vragen op.

Waar in eerdere versies van het wetsvoorstel nog een beperking tot elektronische gegevens is opgenomen, is dat in het nu voorliggende wetsvoorstel niet het geval. In artikel 2.1.1.1 wordt onder g het begrip 'gegevens' gedefinieerd als gegevens als bedoeld in artikel 80quinquies Sr, iedere weergave van feiten, begrippen en instructies, op een overeengekomen wijze, geschikt voor overdracht, interpretatie of verwerking door personen of geautomatiseerde werken. Hoewel artikel 80quinquies Sr in het Wetboek van Strafrecht veelal is gelieerd aan

computergerelateerde delicten, ziet deze definitie ook op niet-elektronische gegevens. Zie bijvoorbeeld artikel 98 Sr, over de schending van het staatsgeheim. Door de definitie van gegevens te importeren uit het Wetboek van Strafrecht moeten dus ook niet-elektronische gegevens, zoals bijvoorbeeld de gegevens in het notitieblokje, worden aangeduid als beslag op gegevens.

Ook worden de gegevens niet beperkt tot 'niet voor het publiek toegankelijke' gegevens. Dit leidt tot een veel te ruime definitie, die ertoe kan leiden dat het vastleggen van een kenteken bij een observatie of een foto maken van een situatie al tot het beslag moet worden gerekend. Het College gaat ervan uit dat dit niet de bedoeling van de wetgever is.

Overigens merkt het College op dat artikel 2.7.3.1.1 door de vele verwijzingen uiterst moeilijk toegankelijk is. De verwijzing naar artikel 2.7.3.2.1 is circulair en wekt daardoor verwarring.

Reikwijdte van het begrip communicatie

Het begrip communicatie wordt, evenals in het huidige wetboek, niet gedefinieerd. Dat is op zichzelf geen bezwaar. Gelet op de snelle technologische ontwikkelingen is het beter om het begrip 'communicatie' niet te willen bevriezen in een wettelijke definitie. In de praktijk wordt regelmatig geworsteld met de vraag of iets nu wel of niet onder communicatie moet worden begrepen. Dat maakt dat het belangrijk is dat een goede uitleg over de reikwijdte van het begrip communicatie in de memorie van toelichting wordt opgenomen. De uitleg van het begrip communicatie heeft consequenties voor (met name) het toepassen van een tap en voor het opnemen vertrouwelijke communicatie (OVC) op basis van de regelingen in hoofdstuk 8, maar is ook nauw verweven met de vraag of gegevens moeten worden gevorderd, onderzocht, of in beslag nemen en bij wie (aanbieder of geen aanbieder in de zin van strafvordering).

Het begrip 'communicatie' is in de memorie van toelichting op bladzijde 253 als volgt omschreven:

"Hierbij wordt onder communicatie verstaan: de uitwisseling van gegevens tussen twee of meer personen die in beslotenheid plaatsvindt met behulp van een door een derde beheerd communicatiemiddel. De inhoud kan bestaan uit geluid, tekst of beeld en de gegevensuitwisseling kan ook plaatsvinden tussen een persoon en een apparaat dat vervangend is voor een persoon of instantie."

Het College merkt op dat de huidige beperking behouden blijft dat het moet gaan om communicatie tussen hetzij twee personen hetzij een persoon en een apparaat dat vervangend is voor een persoon of instantie. Bijvoorbeeld het afvangen van wachtwoorden wordt niet als communicatie gezien en is daardoor niet onder OVC

of de tap te brengen. Dat maakt dat een belangrijke vorm van gegevensoverdracht onbereikbaar is voor politie en justitie. Dat klemmt temeer omdat juist die gegevensstroom steeds groter wordt en in belang toeneemt en er bovendien vaak geen alternatief is om aan deze gegevens te komen. Deze gegevens zijn veelal ook niet te vorderen omdat ze simpelweg alleen bij de gebruiker zelf bekend zijn. In de huidige praktijk is het zo dat computers maanden of jaren bij het NFI draaien om een wachtwoord te achterhalen, dat met OVC zo was te onderscheppen. Maar omdat het niet onder de uitleg van communicatie valt kan OVC niet worden toegepast. In veel gevallen lukt het met de huidige technieken niet om het wachtwoord te achterhalen en blijven zaken deels onopgelost of moeten daar in de toekomst de zwaardere middelen uit het Wetsvoorstel Computercriminaliteit III voor worden ingezet, terwijl deze gegevens eenvoudiger op een voor de privacy minder belastende wijze met een OVC afgevangen zouden kunnen worden.¹³

Hetzelfde geldt voor alle communicatie met alle nieuwe met het internet verbonden voorwerpen en 'Internet of Things'-apparaten die ontzettend veel waardevolle opsporingsinformatie kunnen opleveren. Denk daarbij aan de auto's, slimme meters, smartwatches, koelkasten etc. Ten tijde van het formuleren van het huidige Wetboek van Strafvordering is geen rekening gehouden met deze ontwikkelingen. Door het begrip communicatie te beperken en daarbij alleen aansluiting te zoeken bij het (tele)communicatiegeheim van artikel 13 Gw, ontstaan vormen van gegevensoverdracht die niet real-time door politie en justitie mogen worden vastgelegd. Het College adviseert om voor de gemoderniseerde versie van het Wetboek van Strafvordering het begrip communicatie zodanig uit te leggen dat ook alle moderne vormen van communicatie, die tussen mens en apparaat, maar ook die tussen apparaten onderling, onder het strafvorderlijke begrip 'communicatie' worden begrepen.

Notificatie

In artikel 2.7.3.1.3 wordt de notificatie van beslag op gegevens geregeld. Ook hier merkt het College op dat het artikel door de vele verwijzingen naar andere bevoegdheden (die in sommige gevallen ook weer verwijzingen naar andere bevoegdheden bevatten) in de praktijk niet makkelijk werkbaar is.

Ingevolge lid 2 van artikel 2.7.3.1.3 moet het bewijs van inbeslagneming een aanduiding van de inbeslaggenomen gegevens bevatten. Het College vraagt zich af hoe gedetailleerd de aanduiding zou moeten zijn. Deze kwestie lijkt mogelijk van ondergeschikt belang, maar kan tot veel uitvoeringsproblemen leiden bij de

¹³ Kamerstukken I 2016/17, 34 372, C.

afhandeling van het nieuwe beslag en kan een forse verzwaring van de administratieve lasten betekenen.

Bij het opstellen van de regeling voor het in beslag nemen van gegevens is te weinig aandacht geschonken aan het feit dat gegevens niet makkelijk als afzonderlijke voorwerpen kunnen worden beschouwd. Bijvoorbeeld, bij een beslag op een voorwerp wordt de telefoon in beslag genomen, maar bij beslag op gegevens komen er allerlei vragen op over wat dan precies aan gegevens in beslag wordt genomen. Hoe moet straks worden bepaald op hoeveel gegevens beslag is gelegd? Wat moet in het bewijs van inbeslagneming worden opgenomen indien terabytes aan gegevens in beslag zijn genomen? Gegevens zijn bits en bytes, al dan niet versleuteld, wat is dan één gegeven? Hoe moeten de gegevens worden aangeduid als zij op moment van beslag nog versleuteld zijn? Wat moet er gebeuren met alle gegevens die wel op een volledige forensische kopie staan, maar niet zijn bekeken door het onderzoeksteam, bijvoorbeeld vanwege capaciteit of omdat deze versleuteld zijn? Zijn die gegevens ook in beslag genomen en moeten zij worden aangeduid op het bewijs van inbeslagneming?

Onduidelijk is aldus of het voor het schriftelijk bewijs van inbeslagneming noodzakelijk is dat alle gegevens worden geïnventariseerd en bekeken. Het College wijst erop dat dit een voor de praktijk onmogelijke opdracht zou zijn. Een onderzoek concentreert zich op bepaalde zoektermen die in al die bits en bytes zijn vastgelegd of op bepaalde afbeeldingen. Slechts zelden worden de overige gegevens waarover men beschikt gezien of vastgelegd omdat deze voor het onderzoek niet relevant zijn. Indien de praktijk ingevolge lid 2 van artikel 2.7.3.1.3 wordt verplicht om de gegevens waarover men wel beschikt, maar die voor het onderzoek niet relevant zijn, ook te vermelden op het bewijs van inbeslagneming, zal dat een zeer forse toename van administratieve lasten betekenen. Het College adviseert om deze kwestie helder te adresseren in de memorie van toelichting.

Indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist

In artikel 2.7.3.3.3 lid 2 blijft het huidige criterium uit artikel 126nf lid 1 Sv, '*indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist*', gehandhaafd. Dit betekent, volgens de artikelsgewijze toelichting, dat de officier van justitie alleen dan tot een bevel tot uitlevering van dergelijke gegevens kan overgaan '*indien het onderzoek zonder die gegevens niet verder komt*'.¹⁴ Deze uitleg wijkt af van de uitleg die daaraan werd gegeven bij de totstandkoming van de Wet bevoegdheden vorderen gegevens, waarvan artikel 126nf Sv deel uitmaakt. Daar wordt het criterium zo uitgelegd dat er 'een dringend onderzoeksbelang' moet zijn. Voor de

¹⁴ Zie de conceptmemorie van toelichting, p. 193.

volledigheid wordt er nog aan toegevoegd dat met 'het belang dat gediend is met het vorderen van de gegevens' wordt bedoeld 'de opsporing van het misdrijf waarop het opsporingsonderzoek zich richt'.¹⁵ In de rechtsliteratuur wordt opgemerkt dat 'dringend vorderen' betekent dat de subsidiariteitstoets strenger dient te worden aangelegd. Het gaat bij deze afweging om de vraag of niet een andere, lichtere of minder ingrijpende, bevoegdheid of methode mogelijk was geweest.¹⁶ De uitleg die thans in de artikelsgewijze toelichting aan het criterium wordt gegeven is naar het oordeel van het College te rigide en komt niet overeen met de interpretatie die daaraan thans in het recht wordt gegeven. Nu in de algemene toelichting op de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, waarin ook wordt ingegaan op de extra voorwaarde van 'indien het belang van het onderzoek dit dringend eist', wordt vermeld dat geen verandering is beoogd ten opzichte van het geldende recht, dringt het College erop aan deze verdergaande uitleg in het artikelsgewijze gedeelte aan te passen dan wel te schrappen.

Titel 7.6 Bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt

In deze titel zijn de bepalingen bijeengebracht die betrekking hebben op de inbeslagneming van voorwerpen of gegevens waarover het verschoningsrecht zich mogelijk uitstrekt. Over het verschoningsrecht als zodanig heeft het College enkele opmerkingen gemaakt in zijn consultatiebrief met betrekking tot Boek 1. Het College verwijst daarnaar; graag beschouwt het College die opmerkingen als hier ingelast.

De titel is onderverdeeld in twee afdelingen: afdeling 7.6.1 over bevelen aan verschoningsgerechtigden en afdeling 7.6.2 over voorwerpen en gegevens waarover het professioneel verschoningsrecht zich uitstrekt. Het College kan zich over het algemeen goed vinden in de voorstellen die worden gedaan. Zo krijgt de rechter-commissaris expliciet de bevoegdheid om te beslissen over de vraag of van de stukken kennis mag worden genomen (artikel 2.7.6.2.2.3 lid 1), krijgt de rechter-commissaris de bevoegdheid om, in gevallen waarin kan worden aangenomen dat er sprake is van een verschoningsgerechtigde, toch van de stukken kennis te nemen om te kunnen beoordelen of er sprake is van voorwerpen of gegevens die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend (artikel 2.7.6.2.2.2 onderdeel b in verbinding met artikel 2.7.6.2.2.3 lid 5) en de bestaande praktijk waarin informatie ten behoeve van de besluitvorming verzegeld wordt meegenomen – de zogenoemde

¹⁵ Zie bijv. *Kamersukken II* 2003/04, 29 441, nr. 6, p. 15.

¹⁶ Zie A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, losbl., Kluwer:Deventer, art. 126g-126gg, aant. 12 (Y. Buruma). Zie ook *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 37.

geslotenenvelopprocedure – wordt van een wettelijke basis voorzien (artikel 2.7.6.2.2.1 onderdeel b). De geslotenenvelopprocedure is aan de orde in geval er sprake is van grote hoeveelheden informatie waarbij een schifting gemaakt moet worden tussen informatie die wel en informatie die niet onder het verschoningsrecht valt (hetgeen in de praktijk wordt aangeduid met 'bulkbeoordelingen').

Het College heeft echter grote zorgen over het voorstel vervat in artikel 2.7.6.2.2.3 lid 2, waarin is bepaald dat de rechter-commissaris zich bij de besluitvorming uitsluitend kan laten ondersteunen door medewerkers van zijn kabinet. Zoals in de memorie van toelichting correct wordt beschreven is in de huidige praktijk, vooral wanneer grote hoeveelheden informatie in beslag zijn genomen, de werkwijze ontstaan dat de vermoedelijk verschoningsgerechtigde informatie eerst aan een zogenaamde geheimhoudersopsporingsambtenaar (de 'medewerker geheimhouding') wordt voorgelegd. Door deze functionaris wordt een eerste inschatting gemaakt welke informatie mogelijk onder het verschoningsrecht valt. Ook wordt globaal gezien of de informatie relevant is voor het opsporingsonderzoek. Via een officier van justitie wordt de informatie die relevant is en mogelijk onder het verschoningsrecht valt aan de rechter-commissaris voorgelegd. De rechter-commissaris beoordeelt vervolgens de informatie die hem wordt voorgelegd.

Niet wordt uitgelegd waarom deze praktijk niet meer zou voldoen. Op de omschrijving in de memorie van toelichting zijn een aantal nuances aan te brengen. Van een inhoudelijke kennisneming van de stukken door de medewerkers geheimhouding is geen sprake. De medewerkers geheimhouding nemen slechts uiterst marginaal kennis van de stukken, aan de hand van bijvoorbeeld briefhoofd of onderwerpregel en datum wordt een selectie gemaakt. Het is wellicht ook goed om er op te wijzen dat de Hoge Raad deze bestaande werkwijze ook nooit heeft afgestraft.

De geschetste praktijk is uit nood geboren en ontstaan vanwege het vele werk dat gepaard gaat met het in beslag nemen van bijvoorbeeld een grote bedrijfsadministratie, waarin mogelijk stukken zijn opgenomen die vallen onder het verschoningsrecht. De medewerkers geheimhouding zijn in staat om in een paar weken tijd een gehele wand aan informatie terug te brengen tot een voor de rechter-commissaris werkbaar pakket. Zij kunnen ook terabytes aan informatie inspecteren en de files die vermoedelijk onder het verschoningsrecht vallen selecteren en onderbrengen in een voor de rechter-commissaris bruikbaar bestand. De praktijk, waarbij de gespecialiseerde medewerkers van de FIOD en de politie het eerste werk doen, functioneert goed. Er worden ruime marges aangehouden en er is zelden discussie over de vraag of de medewerkers geheimhouding ten onrechte stukken buiten de selectie hebben gehouden.

Wel constateert het College dat het zeer regelmatig voorkomt dat de rechter-commissaris na de eerste selectie vervolgens maanden nodig heeft om te kunnen beslissen of (onderdelen van) het relatief kleine pakket aan informatie dat hem is aangeboden al dan niet onder het verschoningsrecht valt. Een onderbreking van een half jaar of meer is, in ieder geval bij fraudeonderzoeken, eerder regel dan uitzondering. De toetsing door de rechter-commissaris neemt in veel gevallen zodanig veel tijd in beslag dat daardoor strafrechtelijke onderzoeken voor een onacceptabel lange periode stilliggen. Voor zover het College dit kan waarnemen wordt deze vertraging veroorzaakt door een gebrek aan capaciteit bij de kabinetten rechter-commissaris. Er is in de huidige situatie niet voldoende menskracht om de ter beoordeling aangeboden bestanden tijdig te beoordelen. Het College voorziet dat deze problemen door de voorgestelde regeling exponentieel zullen toenemen. De rechter-commissaris is nu al in veel gevallen vanwege het gebrek aan capaciteit niet in staat tijdig te oordelen over een relatief geringe hoeveelheid informatie, hoe zal het dan zijn in de situatie dat een veelvoud aan informatie bij het kabinet rechter-commissaris ter beoordeling moet worden aangebracht? De randvoorwaarden om een tijdige integrale toetsing mogelijk te maken zijn in het geheel niet aanwezig, waaronder het aantal rechters-commissarissen, de hoeveelheid beschikbare medewerkers, de expertise van de medewerkers, de kennis en onderhoud van de beslagadministratie en de bijpassende ICT. Doorlooptijden zoals in deze alinea genoemd zijn fnuikend voor een gestroomlijnd strafproces. De doorgaans langzame afwikkeling van klaagschriften – het is algemeen bekend dat zelfs de Hoge Raad moeite heeft zich te houden aan de termijn van artikel 552d lid 3 Sv – komt daar dan nog eens bij.

Het College meent dat de voorgestelde regeling, waarbij de rechter-commissaris zich bij de besluitvorming uitsluitend kan laten ondersteunen door medewerkers van zijn kabinet, principieel de juiste oplossing bevat. Het College is echter wel van oordeel dat de dagelijkse praktijk uitwijst dat de kabinetten van de rechter-commissaris in zijn huidige vorm qua capaciteit in het geheel niet in staat zijn de besluitvorming over de verschoningsgerechtigde stukken te realiseren. Er zal dus moeten worden gezocht naar een praktische oplossing voor de te verwachten problemen. Een oplossing zou kunnen zijn dat de bestaande werkwijze wordt gecontinueerd, waarbij de voorgestelde bepaling waarin de exclusieve bevoegdheid voor de medewerkers van het kabinet van de rechter-commissaris is opgenomen komt te vervallen. Een andere oplossing zou kunnen zijn dat de huidige medewerkers geheimhouding worden beëdigd bij de kabinetten van de rechter-commissaris. Dan zouden zij als medewerker van het kabinet van de rechter-commissaris de stukken kunnen beoordelen op de vraag of de aangeboden stukken onder het verschoningsrecht vallen. Als zeker gesteld zou kunnen worden dat de medewerkers geheimhouding bij de kabinetten rechter-commissaris worden beëdigd heeft het College een voorkeur voor deze oplossing,

want bijkomend voordeel zou zijn dat deze medewerkers in hun kwaliteit van medewerker van het kabinet van de rechter-commissaris toegang hebben tot de inhoud van de aangeboden stukken. Dat zou kunnen bijdragen aan een vermindering van de lange tijd die de rechter-commissaris nu in veel gevallen nodig heeft om een besluit te formuleren.

In een nieuw artikel 2.7.6.2.2.1 komt de huidige regeling terug, dat voorwerpen en gegevens waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt niet in beslag worden genomen, tenzij zich een aantal uitzonderingen voordoen. De uitzonderingen zijn opgenomen in de onderdelen a en b. Onderdeel a gaat uit van de gevallen waarin de rechter-commissaris die ook is belast met de doorzoeking bij de verschoningsgerechtigde, ter plaatse beslist over de inbeslagneming. Onderdeel b betreft de situatie waarin het niet mogelijk is direct ter plaatse te beslissen over de inbeslagneming van de voorwerpen of gegevens. Bijvoorbeeld vanwege de omvang van de administratie, of de situatie waarin de rechter-commissaris niet aanwezig is om te beslissen over de inbeslagneming. Op grond van onderdeel b worden de voorwerpen en gegevens verzegeld naar het kabinet van de rechter-commissaris gebracht, de in de praktijk zo genoemde geslotenenveloppcedure.

Het College merkt op dat de memorie van toelichting op onderdeel a vooral ziet op de situatie dat de rechter-commissaris oordeelt dat er geen sprake is van informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt en waardoor die informatie derhalve in beslag kan worden genomen. Dat betekent niet, zo vervolgt de memorie van toelichting, dat dan ook direct kennis mag worden genomen van de gegevens. Uit artikel 2.7.6.2.2.4 volgt dat eerst moet worden gewacht totdat die beslissing onherroepelijk is geworden. Het College vraagt zich af wat de situatie is als de rechter-commissaris ter plaatse besluit dat het verschoningsrecht zich over de informatie uitstrekt en daarom niet in beslag kan worden genomen en de officier van justitie op grond van artikel 2.7.6.2.4.2 onmiddellijk besluit tegen deze beslissing beroep in te dienen bij de rechtbank. Er is dan nog niet onherroepelijk beslist over de vraag of het verschoningsrecht zich uitstrekt over de betwiste voorwerpen of gegevens. Geldt dan ook de geslotenenveloppcedure van onderdeel b en mogen de stukken worden verzegeld en meegenomen? Het College zou menen van wel, omdat te verwachten is dat stukken, met betrekking waartoe de verschoningsgerechtigde zich op zijn verschoningsrecht heeft beroepen en welk beroep naar het oordeel van de officier van justitie ten onrechte door de rechter-commissaris is gehonoreerd, tegen de tijd dat de rechtbank over het beroep van de officier van justitie heeft beslist zullen zijn verdwenen. Maar dit blijkt niet uit de voorgestelde regeling. Het College adviseert om hierover duidelijkheid te scheppen, mogelijk door een bevredigende uitleg in de memorie van toelichting, mogelijk door de wettelijke regeling aan te passen waardoor onomstotelijk vast staat dat in de

hierboven geschetste situatie de informatie wordt 'bevroren' totdat de rechtbank over het beroep heeft beslist.

In verschillende artikelen in titel 7.6, namelijk de artikelen 2.7.6.2.2.1, 2.7.6.2.3.1 lid 2 en artikel 2.7.6.2.4.1, wordt verwezen naar een beslissing die overeenkomstig artikel 2.7.6.2.2.2 zou moeten zijn genomen. Het College wijst erop dat artikel 2.7.6.2.2.2 weliswaar uitzonderingen op het eerbiedigen van het verschoningsrecht bevat, maar dat de beslissing daarover in artikel 2.7.6.2.2.3 lid 1 is opgenomen.

In paragraaf 7.6.2.3 wordt de inbeslagneming bij anderen in relatie tot het verschoningsrecht geregeld. Het College merkt op dat de toepassing van de artikelen 2.7.6.2.3.1 en 2.7.6.2.4.1, als het gaat om beslag op gegevens en het onderzoek aan elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken, consequenties heeft waar de wetgever onvoldoende rekening mee heeft gehouden.

Artikel 2.7.6.2.3.1 schrijft voor dat vanaf het moment dat bij een inbeslagneming bij een andere persoon dan een professioneel verschoningsgerechtigde het redelijke vermoeden ontstaat dat het professioneel verschoningsrecht zich over een voorwerp of gegeven uitstrekt, de opsporingsambtenaar zich dient te onthouden van kennisneming daarvan. Het probleem bij de toepassing van deze bepaling is dat in toenemende mate gegevens worden vastgelegd door een doorzoeking te doen bij een hoster of datacentrum, ter vastlegging van gegevens die op deze plaats op een gegevensdrager zijn opgeslagen of vastgelegd (artikel 125i Sv). Of, in de terminologie van het wetsvoorstel: het in beslag nemen van gegevens. Er wordt dan een forensische kopie (image) gemaakt van de hele server. Op die server kunnen allerhande gegevens aanwezig zijn, waaronder gegevens die onder het verschoningsrecht vallen.

Geldt in deze gevallen dat per definitie het redelijk vermoeden aanwezig is dat de gegevensdrager gegevens bevat die onder het verschoningsrecht vallen? En is dan de consequentie dat de rechter-commissaris over de voortzetting van het beslag moet beslissen? Dit kan in de praktijk een onwerkbaar situatie opleveren, zeker wanneer het nog niet onderzochte gegevens betreft – lang niet alle gegevens worden daadwerkelijk bekeken – of versleutelde gegevens die zonder nader onderzoek (decoderen) niet zijn te lezen.

Ingevolge artikel 2.7.6.2.2.3 lid 3 dient de rechter-commissaris de professioneel verschoningsgerechtigde in de gelegenheid te stellen zijn standpunt kenbaar te maken over het karakter van de in beslag genomen informatie. Artikel 2.7.6.2.4.1 schrijft voor dat de rechter-commissaris verplicht is om de professioneel verschoningsgerechtigde direct in kennis te stellen van een beslissing tot kennisneming van informatie die onder het verschoningsrecht valt. Ook bij de

formulering van de artikelen 2.7.6.2.3.1 en 2.7.6.2.4.1 wordt uit het oog verloren dat het begrip 'beslag' een veel ruimer toepassingsbereik krijgt met het vastleggen van gegevens na een doorzoeking, bij onderzoek aan een inbeslaggenomen goed en bij het bevel tot uitlevering van gegevens ter inbeslagneming (het huidige vorderen van gegevens). Dat betekent dat er veel meer mogelijkheden zijn om gegevens in beslag te nemen dan alleen bij gelegenheid van een doorzoeking bij de verdachte of bij een verschoningsgerechtigde. In het geval van de hiervoor genoemde inbeslaggenomen server, waarop mogelijk gegevens staan die onder het verschoningsrecht vallen, is het vanuit het opsporingsperspectief vaak noodzakelijk dat de verdachte niets weet van de inbeslagnamen en daarvan derhalve niet op de hoogte wordt gesteld om het onderzoek niet stuk te maken. De verplichting voor de rechter-commissaris om direct de professioneel verschoningsgerechtigde op de hoogte te stellen van zijn beslissing staat haaks op het beschermen van het onderzoek en het nog onwetend houden van de verdachte dat er een onderzoek tegen hem loopt. Als bijvoorbeeld de professioneel verschoningsgerechtigde in kwestie de raadsman van de verdachte is zal deze ongetwijfeld, zodra hij door de rechter-commissaris op de hoogte wordt gesteld over een beslissing over informatie die mogelijk onder het verschoningsrecht valt, de verdachte op de hoogte stellen van het feit dat er een onderzoek tegen hem loopt. Juist daarom wordt er in de meeste gevallen gekozen voor het vorderen van gegevens bij derden en rust op deze derde een geheimhoudingsplicht over de toepassing van de bevoegdheid. De verplichting voor de rechter-commissaris om de professioneel verschoningsgerechtigde in de gelegenheid te stellen om zijn standpunt kenbaar te maken en direct te informeren kan deze geheimhouding geheel doorkruisen. Het College adviseert dan ook om wettelijk te regelen dat de rechter-commissaris, in het belang van het onderzoek, ertoe kan overgaan de naleving van zijn verplichting om de professioneel verschoningsgerechtigde te informeren op te schorten.

Hoofdstuk 8 Heimelijke bevoegdheden

Het College kan zich goed vinden in de wijze waarop de huidige drie titels met betrekking tot de bijzondere opsporingsbevoegdheden (verdenking, georganiseerd verband en aanwijzingen van terrorisme) zijn samengevoegd. Dit vergemakkelijkt de hantering hiervan voor het opsporingsapparaat én de burger, hetgeen de toegankelijkheid en voorzienbaarheid ten goede komt.

Het College verzoekt evenwel met klem af te zien van het opschrift en het verdere gebruik van de term 'heimelijke bevoegdheden'. Deze term heeft een negatieve connotatie ('stiekem'). Daarnaast voldoet het begrip niet als onderscheidend kenmerk nu – ten onrechte – de indruk wordt gewekt dat de bevoegdheden uit de andere hoofdstukken niet heimelijk mogen worden toegepast. In de internationale samenwerking is deze term eveneens buitengewoon problematisch. Bij een

vertaling naar het bijvoorbeeld het Engels dringen woorden als 'furtive', 'clandestine' en 'stealthy' zich op.

Ten aanzien van de inhoudelijke wijzigingen spreekt het College ten eerste zijn waardering uit voor het feit dat op diverse plaatsen de slagvaardigheid van de opsporing wordt vergroot. Zo wordt bij een aantal bevoegdheden de termijn voor de toepassing verlengd, hetgeen een administratieve lastenverlichting betekent. De mogelijkheid tot het geven van een mondeling bevel in spoedgevallen levert eveneens snelheid op in het proces. Verder wordt het mogelijk om te infiltreren op één persoon en kan tijdens infiltratie pseudoverkoop worden toegepast. Op een aantal punten, waarop hieronder nader in zal worden gegaan, is het College echter van oordeel dat het voorstel aanpassing behoeft.

De vernietiging van geheimhoudercommunicatie

Het ontoegankelijk maken van geheimhoudercommunicatie in digitale bestanden dient in artikel 2.8.1.4.1 wettelijk gelijk te worden gesteld aan vernietiging. Het College is zich ervan bewust dat deze terminologie wellicht past binnen de functionele uitleg waar de memorie van toelichting naar verwijst. Ook stelt de AMvB op grond van het huidige artikel 126aa lid 2 ontoegankelijkmaking gelijk aan vernietiging. Toch wil het College ervoor pleiten het ontoegankelijk maken in de wet te op te nemen. De vernietiging van geheimhoudercommunicatie in digitale bestanden is gecompliceerd en tijdrovend. Soms is volledige vernietiging zelfs technisch onmogelijk. Het aantal gevallen waarin men genoodzaakt is uit te wijken naar het ontoegankelijk maken als subsidiaire toepassing, rechtvaardigt een wettelijke basis, te meer nu de verwachting is dat het aantal gevallen in de toekomst alleen maar zal toenemen. Eventueel leent dit onderwerp zich ook voor bespreking in de Commissie Koops (zie de opmerkingen over hoofdstuk 7).

Verbod op doorlaten

Het College constateert dat het nieuwe artikel 2.8.1.6.1 geen ruimte biedt voor een mondeling bevel van de officier van justitie om af te zien van inbeslagneming. Nu dit bevel vaak juist in spoedeisende gevallen aangewezen is leidt dit tot een onaanvaardbaar tijdsverloop. Zo kan er tijdens een onderzoek naar kinderporno bij de plaatsing van een technisch hulpmiddel (ten behoeve van de opname van vertrouwelijke communicatie) in de woning van de verdachte onverwacht op verdovende middelen worden gestuit, terwijl het onderzoeksbelang verlangt dat er van inbeslagname wordt afgezien. Wanneer de verdachte elk moment in de woning kan terugkeren dient er snel een besluit genomen te kunnen worden. Het College wijst erop dat het daarbij gaat het om een afweging tussen het opsporingsbelang en het belang van de volksgezondheid; deze bepaling is niet in het leven geroepen ter bescherming van de belangen van de verdachte. Ook om

die reden is het College van oordeel dat bij wijze van uitzondering in dergelijke gevallen een mondeling bevel mogelijk dient te zijn, met schriftelijke bevestiging achteraf.

Stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen (2.8.2.4.1)

Het College is verheugd te constateren dat deze bevoegdheid in de wet zal worden opgenomen. Het College is er evenwel niet van overtuigd dat het artikel, ook voor de toekomst, de juiste voorwaarden en waarborgen bevat. Dit vereist een nadere verkenning. Zoals bij hoofdstuk 7 is opgemerkt is het College van oordeel dat onder meer deze bevoegdheid in de Commissie Koops nader onderzocht dient te worden. Daarom zal het College zich in deze brief beperken tot de belangrijkste punten.

Het College kan zich niet vinden in de keuze van een verdenkingsvoorwaarde van één jaar; hiermee worden (onder meer) uitingsdelicten zoals belediging uitgesloten. Juist bij die categorie feiten is de opsporing binnen internetomgeving onmisbaar.

Voorts impliceert het artikel dat deze bevoegdheid in alle gevallen met een technisch hulpmiddel moet plaatsvinden. De memorie van toelichting bevestigt dat gebruikt gemaakt moet worden van een technisch hulpmiddel dat voldoet aan bepaalde in een AMvB neergelegde eisen. Onduidelijk is echter of dit een verwijzing betreft naar de algemene bepalingen over een technisch hulpmiddel als bedoeld in artikel 2.8.1.5.1 of naar een zelfstandige bepaling over de technische hulpmiddelen voor deze bevoegdheid. Deze formulering miskent dat het geenszins denkbeeldig is dat in elk geval een deel van het onderzoek plaatsvindt via Google of via andere simpele hulpmiddelen. Heeft de wetgever inderdaad bedoeld deze vormen van onderzoek uit te sluiten en slechts toepassing van deze bevoegdheid beoogd met goedgekeurde technische hulpmiddelen? Het College zou dat bijzonder onwenselijk vinden.

Daarnaast vraagt het College zich af of de toelichting op het begrip open bronnen niet onnodig beperkend is. Een kenmerk zou zijn, dat een onbeperkte kring van personen toegang kan verkrijgen. Er zijn evenwel situaties te bedenken waarbij de kring van personen niet geheel onbeperkt is en waarbij het raadplegen desondanks zonder al te veel kunstgrepen kan plaatsvinden. Ook de beperking dat gegevens of delen van internet die op enigerlei wijze afgeschermd worden, geen open bron zouden zijn, acht het College onwenselijk. Dat zou betekenen dat webpagina's die zich afschermen van zoekmachines – bijvoorbeeld door in een bestandje robot.txt of in metadata een toegangsverbod voor automatische zoekrobotjes op te nemen – evenmin onderzocht mogen worden.

Stelselmatige informatie-inwinning

Het College kan zich niet vinden in de toepassing van het tweejaarscriterium. Juist bij bepaalde feiten die niet voldoen aan dit criterium, maar waarbij de maatschappelijke gevolgen niettemin groot kunnen zijn, kan deze bevoegdheid in de toekomst niet worden gemist. Een voorbeeld is de opzettelijke schending van het ambtsgeheim, artikel 272 Sr. Dit artikel is nu nog opgenomen in artikel 67, lid 1 onder b Sv, naar aanleiding van het advies van het openbaar ministerie bij de Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2011.¹⁷ In het nieuwe wetboek zullen de onderzoeksmogelijkheden bij dit feit zeer beperkt zijn, terwijl juist bij dit feit de samenleving een grondig onderzoek verlangt. Een ander voorbeeld betreft de opsporing van discriminerende uitlatingen op internet (artikel 137e Sr). Dat zijn vaak anonieme uitlatingen waardoor het onderzoek uitermate moeizaam verloopt. Het College zou graag zien dat de opsporingsinstanties in deze onderzoeken over dit opsporingsmiddel kunnen beschikken. Daarbij is van belang de notie dat de inbreuk op privacy differentieert naar gelang de aard en de duur van de inzet; een stelselmatige informatie-inwinning op het internet is niet zonder meer vergelijkbaar met een inzet in de niet-virtuele samenleving. Bij lichtere feiten kan dan ook gekozen worden voor een lichtere inzet.

Vastleggen vertrouwelijke communicatie

De nieuwe regeling voor het betreden van besloten plaatsen of woningen voorafgaand aan de uitvoering van het bevel tot het vastleggen van vertrouwelijke communicatie is een welkome aanvulling. Toch zou het College graag de volgende wijziging aangebracht zien. De termijn van het bevel tot vastleggen van vertrouwelijke communicatie vangt volgens het achtste lid van artikel 2.8.2.8.1 aan 'nadat de voorbereiding is afgerond en technisch uitvoering kan worden gegeven aan dit bevel'. In de praktijk kan dit ertoe leiden dat er wordt opgenomen c.q. vastgelegd terwijl er op dat moment nog geen voor de strafzaak relevante gesprekken te verwachten zijn. Bijvoorbeeld omdat een belangrijke gesprekspartner op vakantie is. Juist gelet op de inbreuk op de privacy is het noodzakelijk dat de wettelijke regeling de opsporingsambtenaren in staat stelt het middel zo gericht mogelijk in te zetten. Op deze wijze kan de periode van inzet en daarmee de duur van de inbreuk zo kort mogelijk worden gemaakt. Het College verzoekt dan ook dringend deze termijn te laten aanvangen op het moment dat het vastleggen van de communicatie in opdracht van de officier van justitie feitelijk een aanvang neemt.

Reikwijdte van het begrip communicatie

De beperkte reikwijdte van het begrip communicatie heeft ook in dit hoofdstuk

¹⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 012, nr. 7, p. 5.

negatieve consequenties. Het gaat dan om de artikelen 2.8.2.7.1 (vastleggen telecommunicatie) en 2.8.2.8.1 (vastleggen vertrouwelijke communicatie). Hierover is in hoofdstuk 7 reeds het een en ander opgemerkt, waarnaar het College hier korthedshalve verwijst. Verzocht wordt dit begrip en de reikwijdte ervan te heroverwegen. Ook dit onderwerp leent zich voor bespreking in de te vormen Werkgroep gegevensbeslag.

Het begrip vastleggen

Ook ten aanzien van dit begrip ('vastleggen') ontbreekt een toekomstbestendige uitleg. In de praktijk voorziet het College de nodige problemen bij de hierboven genoemde artikelen 2.8.2.7.1 en 2.8.2.8.1 en daarnaast bij het nieuwe artikel met betrekking tot de stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen (artikel 2.8.2.4.1). Gelet op toenemende vormen van versleuteling zou het mogelijk moeten kunnen zijn om enige bewerking plaats te laten vinden aan de 'buitenkant' van de gegevensstroom – niet alleen passief opnemen, maar actief vastleggen – zonder dat dit uiteraard van invloed is op de inhoud van de gesprekken of gegevens. Valt dit dan ook nog onder het begrip vastleggen? Het College zou dit begrip eveneens in Werkgroep gegevensbeslag aan de orde gesteld wensen te zien.

Stelselmatige locatiebepaling (artikel 2.8.2.10.1)

Ook de toevoeging van dit nieuwe artikel kan op instemming van het College rekenen. Het College kan zich evenwel niet vinden in de exclusieve koppeling aan de bevoegdheden als bedoeld in afdelingen 8.2.1 tot en met 8.2.8. Dit miskent de noodzaak van een zelfstandige bevoegdheid. Een voorbeeld betreft de inzet van dit middel ten behoeve van een aanhouding. Niet valt in te zien waarom de inzet van stelselmatige locatiebepaling in dat geval gekoppeld moet zijn aan een van de genoemde bevoegdheden uit titel 8.2. Wanneer de bevoegdheid in een specifieke situatie op minder vergaande wijze, bijvoorbeeld met toekomstige verkeersgegevens in plaats van een volledige tap kan worden ingezet, kan bovendien worden gekozen voor het voor de betrokkene minst bezwarende optreden.

Zo kan deze bevoegdheid ook relevant zijn in combinatie met andere bevoegdheden uit Boek 2, zoals bij een vordering toekomstige verkeersgegevens (hoofdstuk 7). In dat geval is het mogelijk om de locatie te verkrijgen zonder dat de (privacygevoelige) inhoud hoeft te worden verkregen. Wederom is dit ook in het belang van de subsidiariteitsafweging. Het College adviseert derhalve de reikwijdte van dit artikel aan te passen.

Uitbreiding van bevoegdheden

De efficiënte bestrijding van (nieuwe vormen van) criminaliteit (daaronder begrepen de doorbreking van de afscherming ervan) is een essentieel element van deze moderniseringsoperatie. Voor een effectieve opsporing is het naar het oordeel van het College noodzakelijk dat de politie en het openbaar ministerie de beschikking krijgen over aanvullende bevoegdheden. Daarbij moet allereerst worden gedacht aan een uitbreiding van de bevoegdheid tot stelselmatige observatie. In zeer uitzonderlijke omstandigheden kan het noodzakelijk zijn om de verdachte tot in de woning te kunnen volgen. Afschermingsmethodieken zullen naar verwachting in de toekomst alleen maar toenemen, geholpen door digitale ontwikkelingen. Het vastleggen van communicatie wordt daardoor ernstig bemoeilijkt. Het ontsleutelen van (eenmaal inbeslaggenomen) digitale gegevens bijvoorbeeld kan een opsporingsonderzoek geheel verlammen. Een observatiecamera gericht op het beeldscherm van de (draagbare) computer kan soelaas bieden.

Daarnaast kan stelselmatige observatie worden ingezet ter afwending van onmiddellijk dreigend gevaar. Bijvoorbeeld wanneer in een onderzoek naar een kinderpornonetwerk nieuwe gevallen van misbruik dreigen. Dit vraagt om een nieuwe en snellere manier van waarnemen.

De inbreuk op de privacy bij deze vorm van stelselmatige observatie is weliswaar fors, maar hier staat tegenover dat met de inzet van minder ingrijpende opsporingsmethoden vaak niet binnen hetzelfde tijdbestek en met dezelfde bewijswaarde bewijsmateriaal kan worden verzameld. Terughoudendheid bij de introductie van zware middelen heeft als keerzijde dat relatief lichtere middelen zodanig langdurig ingezet moeten worden dat de privacyinbreuk uiteindelijk soms even groot of soms nog zwaarder is, terwijl tegelijkertijd een enorme wissel wordt getrokken op de capaciteit van de politie. Vanzelfsprekend dient de inzet van dit middel doelgericht te zijn en in tijd zoveel mogelijk worden beperkt.

Ten tweede bestaat er naar het oordeel van het College behoefte aan de bevoegdheid om het blokkeren ('jammen') van (tele)communicatie mogelijk te maken. Zoals gezegd nemen afschermingsmethodieken almaar toe. In de criminele wereld wordt communicatie niet zelden gebruikt om de opsporing te verhinderen. Ook kan het zelfs als een wapen worden gebruikt (een bom tot ontploffing brengen via een mobiele telefoon). Onder die omstandigheden is er een behoefte vanuit de praktijk om te kunnen beschikken over dit middel en verdient het aanbeveling deze bevoegdheid in het Wetboek van Strafvordering op te nemen. Naar het oordeel van het College kan niet langer worden volstaan met de thans beschikbare bevoegdheid die op de Telecommunicatiewet wordt gebaseerd.

Hoofdstuk 9, Verkennend onderzoek

Het verkennend onderzoek wordt in algemene zin uitgebreid met de mogelijkheid om stelselmatig persoonsgegevens uit open bronnen vast te leggen en geautomatiseerde gegevensbestanden van de overheid bij het verkennend onderzoek te betrekken. Het College kan hiermee instemmen. Het College is echter van oordeel dat niet kan worden volstaan met verstrekking van gegevens, zoals bedoeld in het tweede lid, onderdeel b, op vrijwillige basis en pleit er nadrukkelijk voor om een medewerkingsplicht voor de verstrekking van persoonsgegevens uit openbare registers en geautomatiseerde gegevensbestanden van overheidsorganen in het leven te roepen.¹⁸ De geringe ervaringen in de praktijk met het verkennend onderzoek hebben geleerd dat het veel tijd en inspanningen kost om de benodigde gegevens via de weg van de Wet bescherming persoonsgegevens te verkrijgen, waarbij bovendien vrij veel informatie moet worden prijsgegeven over het verkennend onderzoek. Informatie waarvan het op dat moment niet wenselijk is dat die in bredere kring bekend wordt, maar die de bevroagde partij wel nodig heeft om de in artikel 43 Wbp voorgeschreven afweging te kunnen maken. De inspanningen leiden er bovendien niet altijd toe dat de gevraagde gegevens ook daadwerkelijk worden verstrekt. De afweging kan immers negatief uitvallen. Nu in de voorgestelde regeling wordt voorgeschreven dat de rechter-commissaris een machtiging moet geven, is er naar het oordeel van het College geen reden om de afweging over de verstrekking van de benodigde gegevens toch ook nog aan de bevroagde partij zelf te laten. Wat het College betreft is dat dubbelop en het College pleit er dan ook voor om de bevoegdheid tot het vorderen (of in de nieuwe terminologie: uitleveren) van gegevens wettelijk mogelijk te maken en daarmee een medewerkingsplicht tot stand te brengen.

Hoofdstuk 10, De rechter-commissaris

Het College komt thans toe aan hoofdstuk 10 van Boek 2, betrekking hebbend op het onderzoek door de rechter-commissaris.

Dit hoofdstuk bevat, per saldo, niet al te veel nieuwigheden en het College heeft dan ook slechts enkele losse opmerkingen. Bij het maken van die opmerkingen houdt het College de volgorde aan van de respectieve titels van het hoofdstuk.

Een eerste opmerking heeft betrekking op artikel 2.10.1.3 (het huidige artikel 187 lid 7 Sv). Een oude kwestie betreft de vraag of de woorden 'indien de verdachte in voorlopige hechtenis is gesteld' ook zien op de verdachte wiens voorlopige hechtenis is opgeschort of geschorst. Het verdient aanbeveling over de

¹⁸ Zie memorie van toelichting, p. 270.

bevestigende beantwoording van deze vraag geen twijfel te laten bestaan in de memorie van toelichting.

Het tweede lid van artikel 2.10.1.11 schrijft voor dat de bij de rechter-commissaris afgelegde verklaring van de verdachte, de getuige of de deskundige in het proces-verbaal zo volledig mogelijk wordt weergegeven en zoveel mogelijk in vraag-en-antwoordvorm. Het College meent dat de vraag-en-antwoordvorm niet per se de gemakkelijkst hanteerbare modus is voor de opsteller én de gebruiker van het proces-verbaal van verhoor. Daarom zou moeten worden toegelaten – door constructie van een uitzonderingsbepaling – dat van dit voorschrift mag worden afgeweken in de gevallen dat er met zekerheid een audioregistratie voorhanden is waaraan de inhoud van de zakelijke weergave kan worden getoetst. Hetzelfde geldt voor de gelijkkluidende bepaling van artikel 2.3.1.3 over het proces-verbaal van verhoor van de opsporingsambtenaar.

Het College is van oordeel dat in artikel 2.10.2.1.7, tweede lid, behalve het derde lid van het voorafgaande artikel ook het tweede lid daarvan van overeenkomstige toepassing dient te worden verklaard, zodat de officier van justitie niet alleen in de gelegenheid wordt gesteld om vragen te (laten) stellen maar ook om het verhoor van de verdachte bij te wonen.

Het College kan zich vinden in het tweede lid van artikel 2.10.2.1.8, waarin wordt bepaald dat de rechter-commissaris opsporingsambtenaren kan toestaan tijdens het verhoor vragen te stellen.

In artikel 2.10.2.1.10 (het huidige artikel 209 Sv) dient te worden verduidelijkt dat het gaat om getuigen en deskundigen die buiten de tegenwoordigheid van de verdachte *door de rechter-commissaris* zijn verhoord.

In artikel 2.10.3.1.4, dat het huidige artikel 187 Sv vervangt en aanvult, moet worden verzekerd dat de rechter-commissaris nooit fysiek alleen is met de getuige. Dit betekent dat altijd ook de griffier aanwezig dient te zijn als toepassing wordt gegeven aan het derde of vierde lid van die bepaling. (Sommige rechters-commissarissen hanteren de praktijk dat de griffier alleen aanwezig hoeft te zijn bij het dicteren van een afgelegde verklaring.)

Het College heeft op zichzelf begrip voor de motivering die in de memorie van toelichting wordt gegeven voor de wijziging die besloten ligt in het eerste lid van artikel 2.10.3.1.5, waarin wordt bepaald dat de rechter-commissaris de getuige beëdigt. Desalniettemin vraagt het College aandacht voor de omstandigheid dat personen die onder ede staan mogelijk door die eed geïntimideerd worden en daardoor minder vertellen. Alles wat zij zeggen moet immers voldoen aan de norm van de eed. Juist in het kader van een voorbereidend onderzoek kan dit,

onder omstandigheden, knellen en contraproductief zijn voor de waarheidsvinding. Bij een gedwongen keuze zou het College daarom opteren voor het huidige stelsel, met de niet-beëdigde verklaring als uitgangspunt, inclusief de daarbij thans behorende uitzonderingsmogelijkheden.

In artikel 2.10.4.1.1 lid 1, dan wel de toelichting daarop, is het gewenst dat wordt verduidelijkt dat de woorden 'als bedoeld in artikel 1.7.1' terugslaan op het woord 'deskundigen' en niet op het woord 'benoemen'. Dit kan worden bereikt door achteropplaatsing van het woord 'benoemen'. In lid 2 van laatstgenoemd artikel is de laatste volzin overbodig.

Wat betreft de eedsformule van de deskundige (in artikel 2.10.4.2.2 lid 3) geeft het College de voorkeur aan handhaving van de huidige formule in artikel 51m lid 2 Sv ('zijn geweten').

Een nieuwe en belangrijke bepaling is artikel 2.10.5.1, waarin wordt bepaald dat de officier van justitie op zeker moment zowel de voorlopig gehechte verdachte als de rechter-commissaris informeert over de stand van zaken in het opsporingsonderzoek. Het College hecht in het algemeen grote waarde aan de benutting van mogelijkheden om de procedure te bespoedigen. Om die reden verzet het openbaar ministerie zich niet tegen deze bepaling, waarin het, met termijnstelling en al, wordt onderworpen aan een zekere voortgangsbewaking door de rechter-commissaris. Het College hecht eraan te benadrukken dat in het eerste lid, onder a en b, reële eisen zijn gesteld. Nadere detaillering of aanvulling van deze eisen is gelukkig niet voorgenomen en dient ook achterwege te blijven. De bepaling zoals zij nu is ontworpen voldoet aan het gestelde doel. Problematisch evenwel blijft een bepaling als het tweede lid, waarin wordt gesproken over de 'beschikbare processtukken'. Bij de inwerkingtreding op 1 januari 2013 van de - ook in de memorie van toelichting en ook reeds hierboven genoemde - Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken is helaas de mogelijkheid onbenut gebleven om voor het begrip 'processtukken' een formele definitie in het leven te roepen. In plaats daarvan geldt de materiële definitie van het huidige artikel 149a Sv ('alle stukken die voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kunnen zijn'). Deze - in de praktijk minder goed hanteerbare - definitie leidt ertoe dat een toekomstig begrip als 'beschikbare processtukken' telkens multi-interpretabel zal zijn en door geschillen zal worden omgeven.

In artikel 2.10.6.2 lid 2 ontbreekt een bepaling waarin wordt voorgeschreven dat de rechter-commissaris zowel zijn verzoek om instemming als de instemming zelf aan de processtukken toevoegt.

Ten slotte

Het conceptwetsvoorstel Boek 2, dat de bepalingen over de opsporing bevat, is door het College over het algemeen positief ontvangen. Op een aantal onderwerpen heeft het College – deels forse – kritiek. Dat neemt niet weg dat met dit wetsvoorstel een goede basis is gelegd voor de verdere ontwikkeling van dit deel van het nieuwe Wetboek van Strafvordering.

Hoogachtend,
Het College van procureurs-generaal

