Ontvangen op 07-11-2018
Verwerkt op 07-11-2018

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 7 november 2018
dossiernummer: [redacted]
uw kenmerk:
telefoonnummer: [redacted]
e-mail: [redacted]

**Betreft: advies conceptwetsvoorstel Boek 2 Wetboek van Strafvordering onderdeel opsporing in een digitale omgeving**

Geachte minister,

Bij brief van 10 oktober 2018 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het conceptwetsvoorstel Boek 2 Wetboek van Strafvordering, onderdeel opsporing in een digitale omgeving. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissie strafrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,
[redacted]
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
[redacted]

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

**ADVIES**

| | | |
|---|---|---|
| Van | : | adviescommissie strafrecht |
| Datum | : | 30 oktober 2018 |
| **Betreft** | : | **conceptwetsvoorstel Boek 2 Wetboek van Strafvordering onderdeel opsporing in een digitale omgeving** |

## SAMENVATTING

### Conclusie

De NOvA waardeert de inzet van de Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie Koops) in haar poging te komen tot een techniek onafhankelijke regeling voor het onderzoek aan digitale gegevensdragers en geautomatiseerde werken. De NOvA constateert dat een deel van de aanbevelingen en opmerkingen van de Commissie Koops in onderhavig wetsvoorstel zijn verwerkt. De NOvA is verheugd dat in het conceptwetsvoorstel een overzichtelijke regeling voor het onderzoek van gegevens wordt voorgesteld. Daarbij dient echter de kanttekening te worden geplaatst dat de NOvA ten aanzien van het onderzoek aan inbeslaggenomen digitale gegevensdragers en geautomatiseerde werken er voor heeft gepleit dit onderzoek afhankelijk te maken van een vooraf door een rechter-commissaris te verlenen machtiging tot het verrichten van dit onderzoek (zoals dat bijvoorbeeld in de VS het geval is). De NOvA adviseert het wetsvoorstel in die zin aan te passen. Ook overigens noopt de inhoud van het conceptwetsvoorstel tot het maken van enkele kritische opmerkingen bij de reikwijdte van de voorgestelde bevoegdheden.
Voorts acht de NOvA het uiterst ongelukkig dat met dit voorstel vooruit wordt gelopen op discussies en wetswijzigingen die in het kader van de Herziening van het Wetboek van Strafvordering nog lopen respectievelijk hun beslag zullen krijgen. Dit leidt ertoe dat de samenhang tussen de onderdelen van de herzieningsoperatie, welke toch al te wensen overlaat, op de in dit voorstel besproken punten niet goed is te beoordelen. Dit geldt met name voor het ontbreken - in dit wetsvoorstel - van enige waarborg van het verschoningsrecht op (digitale) gegevens. De effectieve reikwijdte hiervan wordt in dit voorstel al enorm beperkt, terwijl over die reikwijdte in het kader van de herziening van het wetboek nog wordt gediscussieerd. Dat is bepaald onwenselijk.

### Kernpunten

- Definities dienen te worden opgenomen in de wet.
- Zeker dient te worden gesteld dat de driedeling bij onderzoek aan inbeslaggenomen digitale gegevensdragers en geautomatiseerde werken daadwerkelijk in de praktijk wordt toegepast.
- In de Memorie van Toelichting dient duidelijk te worden aangegeven dat de strekking van de mogelijkheid om na inbeslagneming berichten die binnenkomen op een digitale gegevensdrager of op een geautomatiseerd werk aan onderzoek te onderwerpen niet ziet op een bevoegdheid tot inbeslagneming teneinde binnenkomende berichten te onderscheppen.
- De uitzonderingsmogelijkheid voor vrijwillige verstrekking op verzoek dient te worden geschrapt.
- Het bevel om medewerking te verlenen aan het verkrijgen van toegang tot versleutelde gegevens moet niet kunnen worden gegeven aan personen die zich op grond van artikel 217 Sv kunnen verschonen, noch moet tegen derden fysieke dwang kunnen worden toegepast.
- Het verschoningsrecht op gegevens dient, conform rechtspraak van de Hoge Raad, op gelijke wijze gewaarborgd te worden als het verschoningsrecht op brieven en geschriften.

**CONSULTATIEREACTIE**

*Inleiding*

Met het conceptwetsvoorstel wordt beoogd een overkoepelende regeling in te voeren die betrekking heeft op het onderzoek van gegevens. De NOvA constateert met genoegen dat daarmee het betrekkelijk kunstmatige onderscheid tussen het verkrijgen van gegevens ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten en de inbeslagneming van gegevensdragers teneinde de beschikking te krijgen over de daarop vastgelegde gegevens ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten verdwijnt. De NOvA waardeert daarnaast de poging om de definities en bepalingen in dit conceptwetsvoorstel om het wetboek toekomstgericht en techniekonafhankelijk te maken positief.

Op een aantal punten en ten aanzien van een aantal voorgestelde bevoegdheden plaatst de NOvA een aantal kritische kanttekeningen.

Definities

Onder afdeling 7.3.1 (Algemene bepalingen) wordt ten aanzien van een aantal voor de titels 7.3, 7.4, 7.5 en 7.6 relevante definities opgemerkt dat de definities van onderzoek van gegevens, kennisnemen van gegevens, overnemen van gegevens, stelselmatig onderzoek van gegevens en ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens niet zullen worden opgenomen in de wet, maar zullen worden opgenomen in de Memorie van Toelichting. De NOvA beveelt van harte aan dat deze definities worden opgenomen in de tekst van de wet zodat voor een ieder, ook zonder dat het nodig is de wetsgeschiedenis erop na te slaan, duidelijk is wat de wetgever met bepaalde begrippen beoogt.

*Waarborgen voor verschoningsrecht*

In de titel met betrekking tot de inbeslagneming van voorwerpen is een bepaling opgenomen waaruit volgt hoe gehandeld dient te worden indien bij de uitoefening van de bevoegdheid tot inbeslagneming bij niet-verschoningsgerechtigden kennis wordt genomen van brieven of andere geschriften die vallen onder de professionele geheimhoudingsplicht (artikel 2.7.6.2.3.1). Ziet de NOvA het goed dan wordt ten aanzien van het onderzoek aan gegevens deze bepaling niet van overeenkomstige toepassing verklaard, noch wordt een vergelijkbare bepaling voorgesteld. Daarmee wordt een ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt tussen brieven en geschriften van of aan een professioneel verschoningsgerechtigde en digitale gegevens die van dezelfde professioneel verschoningsgerechtigde afkomstig zijn. Een dergelijk verschil acht de NOvA onacceptabel en maakt bovendien een inbreuk op het verschoningsrecht, die steeds groter zal worden naar mate er meer digitaal zal worden gecommuniceerd. Een dergelijk onderscheid is bovendien in strijd met het recht. Zeer onlangs nog heeft de Hoge Raad zich hierover duidelijk uitgelaten (HR 16 oktober 2018; ECLI:NL:HR:2018:1960): "Ook bij de vastlegging van gegevens ex art. 125i Sv geldt dat het verschoningsrecht op gelijke wijze [ACS: als bij brieven en geschriften] moet worden gerespecteerd. Daarbij doet niet ter zake of desbetreffende stukken en/of gegevens zich bij verschoningsgerechtigde zelf of bij diens cliënt bevinden." Het feit dat de rechthebbende na een "beslag" van gegevens zelf nog over die gegevens beschikt is in dit verband niet relevant en mag er niet toe leiden dat minder, of zelfs geen, waarborgen ter bescherming van het verschoningsrecht op digitale communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt behoeven te worden getroffen.

*Kennisgeving ("bewijs van uitoefening")*

In de toelichting bij art. 2.7.3.1.1 eerste lid wordt aangegeven dat – kort gezegd - indien na de inbeslagneming van een apparaat daar alsnog onderzoek aan wordt verricht niet een aparte kennisgeving aan de betrokkene behoeft te worden gestuurd. De NOvA acht dat onwenselijk. Uit het enkele feit dat een apparaat in beslag is genomen volgt immers niet zonder meer dat daar ook onderzoek aan zal worden gedaan en al helemaal niet in welke mate dit onderzoek is verricht. De NOvA adviseert daarom te bepalen dat ook kennisgeving moet worden gedaan indien na inbeslagneming onderzoek wordt verricht. Te meer indien het gaat om apparaten die niet aan de verdachte toebehoren of indien het opsporingsonderzoek in een vroeg stadium beëindigd wordt. In beide gevallen kan immers niet via het procesdossier kennis worden genomen van enig onderzoek aan het apparaat. Juist gelet op het ook in de toelichting onderstreepte belang van art. 13 EVRM is dit onwenselijk. Hoe dan ook acht de NOvA het wenselijk dat verduidelijkt wordt dat in ieder geval altijd geverbaliseerd moet worden dat enig onderzoek aan het apparaat heeft plaatsgevonden.

Op grond van art. 2.7.3.1.1, tweede lid dient uitsluitend kennisgeving te worden gedaan aan degene bij wie de gegevens zijn overgenomen. De NOvA acht deze wijziging ten opzichte van art. 125m (oud) onwenselijk. Degene bij wie de gegevens zijn overgenomen zal immers niet zelden geen enkel belang hebben bij het uitoefenen van eventuele rechtsmiddelen (denk aan professionele partijen die cloud diensten aanbieden). Ook is geenszins gegarandeerd dat deze (rechts)persoon – voor zover dit al is toegestaan – deze informatie deelt met de rechthebbende op de gegevens. De NOvA is dan ook van mening dat de nieuwe regeling in veel gevallen geen recht zal doen aan de praktijk en tot een verminderde rechtsbescherming zal leiden. Met de nieuwe formulering wordt ook de baby met het badwater weggegooid. Waar het wat de NOvA betreft om gaat is dat in ieder geval ook de rechthebbende op de gegevens wordt geïnformeerd (tenzij dit onmogelijk is). De NOvA adviseert daarom aan art. 2.7.3.1.1 na "degene bij wie de gegevens zijn overgenomen" toe te voegen "alsmede de rechthebbende van de gegevens".

<u>Onderzoek aan inbeslaggenomen digitale gegevensdragers en geautomatiseerde werken</u>
In het conceptwetsvoorstel wordt in artikel 2.7.3.2.2 een bepaling voorgesteld die het onderzoek aan inbeslaggenomen digitale gegevensdragers of geautomatiseerde werken regelt. De NOvA merkt op dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer vereist dat een onderzoek aan een inbeslaggenomen gegevensdrager of geautomatiseerd werk, zoals een smartphone, slechts kan plaatsvinden na voorafgaande (schriftelijke) machtiging van de rechter-commissaris gelet op de ingrijpende inbreuk die met een dergelijk onderzoek op de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt. Volledige toegang tot een smartphone betekent immers dat toegang wordt verkregen tot een groot deel van de privacy van de gebruiker van de smartphone. Men krijgt toegang tot vele persoonlijke gegevens waaronder ook medische gegevens en soms verschoningsgerechtigde gegevens. De NOvA adviseert daarom het wetsvoorstel in die zin aan te passen. Subsidiair stelt de NOvA zich op het standpunt dat het wetsvoorstel op dit punt, nu daarmee tegemoet wordt gekomen aan de ontwikkelingen in de praktijk (waardoor het onderzoek aan een inbeslaggenomen digitale gegevensdrager of geautomatiseerd werk in veel gevallen een verregaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer oplevert), aan de eisen die de HR heeft gesteld in zijn arrest van 4 april 2017 (ECLI:NL:HR:2017:584) en aan ontwikkelingen in het buitenland tegemoet komt. De NOvA constateert met genoegen dat het conceptwetsvoorstel erin voorziet dat – naar mate de inbreuk op het privéleven groter wordt – de toepassing van deze bevoegdheid aan zwaardere eisen en een hogere autoriteit wordt gebonden. Toch heeft de NOvA ten aanzien van de nu voorgestelde regeling ook enige zorg.

De regeling voorziet in een bevel van de officier van justitie voor het verrichten van een stelselmatig onderzoek. Daarvan zou – zo volgt uit de concept-Memorie van Toelichting – sprake zijn als op voorhand redelijkerwijs voorzienbaar is dat een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands privéleven kan ontstaan. De NOvA vraagt zich af of van een dergelijke bepaling een voldoende beperkende werking uitgaat, nu niet kan worden uitgesloten dat het begrip stelselmatigheid rekbaar wordt toegepast en opsporingsinstanties zich in veel gevallen op het standpunt zullen stellen dat niet op voorhand redelijkerwijs voorzienbaar is dat een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands privéleven kan ontstaan, dan wel dat – zoals naar de NOvA meent ook heeft plaatsgevonden ten aanzien van het bevel tot stelselmatige observatie van artikel 126g Sv – de vraag kan worden gesteld of de officier van justitie voorafgaand aan het geven van het bevel wel daadwerkelijk beoordeelt of de toepassing van de bevoegdheid de toets aan de proportionaliteit en subsidiariteit kan doorstaan. Gevreesd moet worden dat de beoordeling door de officier van justitie geen daadwerkelijke toets inhoudt. Een zelfde vrees is op haar plaats waar het de betrokkenheid van de rechter-commissaris betreft bij ingrijpend stelselmatig onderzoek. Uit de concept-Memorie van Toelichting volgt dat slechts in uitzonderingsgevallen sprake zal zijn van ingrijpende stelselmatigheid, terwijl tegelijkertijd wordt gesteld dat van ingrijpende stelselmatigheid sprake is als door het onderzoek een min of meer volledig beeld tot stand komt van een aanzienlijk en/of wezenlijk deel van iemands privéleven. De NOvA constateert dat burgers een zeer grote hoeveelheid op henzelf betrekking hebbende data opslaan op hun smartphone en dat dus niet te licht kan worden aangenomen dat geen min of meer volledig beeld tot stand komt van een aanzienlijk en/of wezenlijk deel van iemands privéleven, bijv. indien een image wordt gemaakt van de smartphone. In dergelijke gevallen zal het eerder regel dan uitzondering zijn dat de kopie van een smartphone een wezenlijk deel van iemands privéleven bevat. De NOvA waardeert het dat in dergelijke ingrijpende gevallen een rechterlijke toets is vereist voor dat het onderzoek plaatsvindt.

Na inbeslagneming binnenkomende berichten

De NOvA constateert dat de opsporing – in artikel 2.7.3.2.6 – de mogelijkheid krijgt om na inbeslagneming berichten die binnenkomen op een digitale gegevensdrager of op een geautomatiseerd werk aan onderzoek te onderwerpen. Daarmee verandert de bevoegdheid om digitale gegevensdragers of geautomatiseerde werken in beslag te nemen in sterke mate van karakter. Waar de regeling van het beslag er nu toe leidt dat bestaande gegevens binnen het bereik van de opsporende overheid worden gebracht, opent deze bevoegdheid de mogelijkheid om binnenkomend berichtenverkeer (men denke aan e-mail en apps) 'live' te volgen, waarmee toepassing van deze bevoegdheid het karakter krijgt van het opnemen van vertrouwelijke communicatie, terwijl er – blijkens het eerste lid – aan geen andere voorwaarden behoeft te zijn voldaan dan de voorwaarden genoemd in artikel 2.7.3.2.2, eerste lid en artikel 2.7.3.2.3, eerste lid. Een bevel van de officier van justitie is dan voldoende, terwijl voor een tap – ook in het concept wetboek – nog steeds een machtiging van de rechter-commissaris noodzakelijk is.

In de concept-Memorie van Toelichting wordt gesteld dat met de invoering van deze mogelijkheid wordt beoogd te voorkomen dat de opsporing zich voor een onmogelijke taak gesteld ziet op het moment dat een onderzoek aan een inbeslaggenomen digitale gegevensdrager of geautomatiseerd werk eerst enkele dagen na de inbeslagneming kan plaatsvinden, terwijl het voor het onderzoek wel noodzakelijk is (geweest) om de digitale gegevensdrager of het geautomatiseerde werk 'aan' te laten staan of 'aan' te zetten, waarmee automatisch berichten na inbeslagneming binnenkomen of zijn binnengekomen.

De NOvA stelt zich daarom op het standpunt dat voor onderzoek aan na inbeslagneming binnengekomen altijd een machtiging van de rechter-commissaris is vereist. Dit hoeft ook niet op praktische bezwaren te stuiten, omdat altijd proces-verbaal van de inbeslagneming zal worden opgemaakt en er dus bekend is op welk tijdstip het voorwerp exact in beslag is genomen (en welke berichten dus na inbeslagneming zijn binnengekomen). Dat sprake kan zijn van een zware inbreuk op de privacy geldt te meer, nu bij de binnenkomende berichten niet alleen sprake hoeft te zijn van berichten aan de beslagene, maar ook sprake kan zijn van e-mailwisselingen of app-gesprekken tussen meerdere personen.

De NOvA adviseert de toepassing van deze bevoegdheid afhankelijk te stellen van een machtiging van de rechter-commissaris. De NOvA adviseert daarnaast in de Memorie van Toelichting aan te geven dat deze bevoegdheid uitdrukkelijk niet is bedoeld voor het verkrijgen van binnenkomende berichten.

De NOvA beveelt voorts aan in de Memorie van Toelichting aan te geven dat een schending van deze bepaling een vormverzuim oplevert, dat in beginsel dient te worden gecompenseerd door bewijsuitsluiting.

Hetgeen hierboven is opgemerkt, geldt wat de NOvA betreft ook voor de in artikel 2.7.3.2.3, lid 3-6 geregelde netwerkzoeking na inbeslagneming.

Dwang bij ontsleuteling

In artikel 2.7.3.2.7 wordt de bevoegdheid voor de officier van justitie vastgelegd om aan degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij de beveiliging van een digitale gegevensdrager of van een geautomatiseerd werk ongedaan kan maken, te bevelen medewerking te verlenen aan het verkrijgen van toegang tot die digitale gegevensdrager of dat geautomatiseerde werk of de versleutelde gegevens. In het tweede lid is vastgelegd dat in geval van biometrische beveiliging of versleuteling in de vorm van een vingerafdruk op opname van de iris of het gezicht de officier van justitie kan bevelen dat de opsporingsambtenaar deze beveiliging of versleuteling ongedaan maakt en de opsporingsambtenaar daarbij tegen de wil van de betrokkene maatregelen kan treffen die daartoe redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Met andere woorden: de opsporingsambtenaar is gerechtigd met geweld de betrokkene te dwingen zijn medewerking te verlenen.

Blijkens de toelichting kan het ontsleutelingsbevel niet tot de verdachte worden gericht, maar deze kan – op grond van het tweede lid – wel worden gedwongen te dulden dat zijn vinger op het geautomatiseerde werk wordt geplaatst of dat zijn ooglid wordt opengehouden teneinde een irisscan te maken. De NOvA heeft geen duidelijke basis voor deze uitzondering aangetroffen. Ervan uitgaande dat art. 2.7.1.2 ongewijzigd blijft, dient de wet immers expliciet te vermelden dat een bepaald bevel ook aan de verdachte kan worden gegeven. Die expliciete vermelding ontbreekt thans. Wat daar ook van zij, de NOvA is geen voorstander van deze uitzondering waar ook geen duidelijke rechtvaardiging voor wordt aangevoerd (anders dan dat het slechts om een beperkte inbreuk zou gaan). De NOvA vermag echter niet in te zien hoe het met kracht openhouden van een ooglid slechts een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit is. Het tegendeel is het geval. Daar komt bij dat sprake lijkt te zijn van symboolwetgeving. Een verdachte die de desbetreffende apparaten of gegevens heeft beveiligd met een wachtwoord of pincode kan immers niet gedwongen worden mee te werken. De NOvA verwacht dan ook dat deze bepaling in de praktijk geen meerwaarde zal hebben.

De NOvA constateert voorts dat in de toelichting wordt aangegeven dat het bevel tot biometrische ontsleuteling ook zal kunnen worden gegeven aan verschoningsgerechtigden (met uitzondering van professioneel verschoningsgerechtigden zoals advocaten e.d.). Om vergelijkbare redenen als bij de uitzondering voor verdachten verwacht de NOvA ook van een uitzondering voor verschoningsgerechtigden in de praktijk geen meerwaarde. Voorts geldt ook hier dat de NOvA (nog) geen duidelijke basis voor deze uitzondering heeft aangetroffen. Voor zover bedoeld is dat deze uitzondering volgt uit art. 2.7.6.1.1 wordt opgemerkt dat, voor zover de NOvA heeft kunnen nagaan, het tweede lid van dit artikel niet wordt aangepast in het nieuwe voorstel. Alle verschoningsgerechtigden zullen zich dus kunnen verzetten tegen een biometrische ontsleutelingsbevel. Ervan uitgaande dat het tweede lid van art. 2.7.6.1.1 alsnog zal worden aangepast merkt de NOvA op dat in dat geval niet kan worden volstaan met een toevoeging van art. 2.7.3.2.7 aan het tweede lid van art. 2.7.6.1.1. Dat zou immers tot resultaat hebben dat ook professioneel verschoningsgerechtigden dienen te voldoen aan het ontsleutelingsbevel (hetgeen juist niet de bedoeling is en onacceptabel is). Er zal dus een uitzondering op de uitzondering moeten worden opgenomen hetgeen de begrijpelijkheid van de bepaling (ook voor de opsporingspraktijk) niet bepaald ten goede komt.

Mede gelet op de te verwachten beperkte meerwaarde adviseert de NOvA dan ook de verdachte en alle verschoningsgerechtigden uit te sluiten van het biometrische ontsleutelingsbevel.

Vrijwillige verstrekking

In het voorgestelde artikel 2.7.3.3.10 lijkt te worden vastgelegd dat als een bevel tot verstrekking van gegevens kan worden gegeven het niet is toegestaan te verzoeken om vrijwillige verstrekking. Daarmee wordt een opmerking van de Minister van Justitie tijdens de behandeling van de Wet vorderen gegevens gecodificeerd, zo lijkt het. Toch wordt in deze bepaling de mogelijkheid van een verzoek tot vrijwillige verstrekking geopend, door in een dergelijk geval te vereisen dat het verzoek zodanig is gemotiveerd dat het de verantwoordelijke voor de gegevens in staat stelt te beoordelen of er een grond voor verstrekking van de gegevens bestaat. De NOvA acht invoering van een dergelijke uitzonderingsmogelijkheid (verzoeken niet vorderen) onwenselijk, nu daarmee – terwijl er kennelijk een bevoegdheid tot vorderen bestaat – toch weer de verantwoordelijke voor de gegevens tot een lastige afweging gedwongen wordt, dan wel door de informatie die hem wordt verstrekt over de vermeende ernst van het feit wordt uitgenodigd om gegevens te verstrekken. De NOvA vermag het nut van deze voorgestelde bepaling niet in zien.

*Bevel analyse door een derde*

Het voorgestelde artikel 2.7.3.3.6a voorziet – kort gezegd – in de mogelijkheid data die beschikbaar is bij een derde ook te laten analyseren door die derde. De NOvA is van mening dat een dergelijke analyse met tenminste dezelfde waarborgen moet zijn omkleed als een analyse door de opsporingsinstanties zelf. Anders kunnen deze waarborgen eenvoudig omzeild worden door gebruikmaking van de analyse door een derde. De NOvA acht het dan ook onwenselijk dat de huidige redactie van artikel 2.7.3.3.6a niet voorziet in vergelijkbare waarborgen. Dit betekent dat via een derde ingrijpend stelselmatig onderzoek in gegevens kan worden gedaan zonder dat hiervoor een machtiging RC nodig is.

Los van zorgen over rechtsbescherming roept de mogelijkheid van analyse door een derde ook serieuze vragen op over de controleerbaarheid van de opsporing. Onduidelijk is immers hoe de derde zijn analyse heeft verricht. Dat klemt te meer nu de derde gegevens dient te bewerken waardoor nieuwe gegevens zullen ontstaan die vervolgens weer gebruikt worden in het onderzoek.

Voorts kan de bepaling ertoe leiden dat een gedeelte van de opsporing (structureel) gaat worden uitbesteed aan derde partijen. De bepaling staat er bijvoorbeeld niet aan in de weg dat de derde (Microsoft, Google etc.) verzocht wordt zoekslagen te verrichten in bijv. e-mailboxen of dropboxen zodat de opsporing dit niet meer zelf hoeft te doen. Ook dit is onwenselijk vanuit het perspectief van rechtsbescherming en de controleerbaarheid van de opsporing.

Tot slot leidt ook deze bepaling tot ernstige zorgen over de waarborging van het professionele verschoningsrecht. De derde kan immers ook (onbewust) toegang hebben tot verschoningsgerechtigde gegevens en deze in zijn analyse betrekken. Dit zal lang niet altijd duidelijk zijn als de bewerkte gegevens worden aangeleverd. Het betreft immers nieuwe gegevens en de bron daarvan wordt niet vermeld. In theorie kan het bevel ex artikel 2.7.3.3.6a zelfs worden gericht aan een derde met geen ander doel dan een analyse van verschoningsgerechtigde gegevens (denk aan het bedrijf dat de server van een ziekenhuis of een advocatenkantoor host). Voor zover de NOvA kan overzien wordt op geen enkele wijze voorzien in waarborgen op dit punt. Nogmaals wordt benadrukt dat het functionele verschoningsrecht op gegevens op dezelfde wijze beschermd dient te worden als het geval is met hard copy documenten (zie het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 16 oktober 2018). Van zo'n vergelijkbare bescherming is in de voorgestelde bepaling geen sprake.

Gelet op het voorgaande adviseert de NOvA deze bepaling in te trekken.