

Reactie op het conceptwetsvoorstel 'Vereenvoudiging en Modernisering Bewijsrecht'

Aan de minister voor Rechtsbescherming

Het conceptwetsvoorstel Vereenvoudiging en Modernisering Bewijsrecht laat een hoop procesrechtelijke wensen in vervulling gaan en biedt een broodnodige aanpassing ten behoeve van waarheidsvinding en vereenvoudiging van het burgerlijke procesrecht.

Meer specifiek wil ik reageren op de wijzigingen van (thans) artikel 843a Rv en de codificatie van het conservatoir bewijsbeslag. Met een achtergrond in de forensisch ICT ben ik van mening dat de wetwijzigingen en bijbehorende memorie nog niet altijd recht doen aan de sterk veranderende aard van het bewijs zelf. Bewijs digitaliseert, hetgeen soms een andere benadering vereist ten opzichte van, *inter alia*, papieren bewijs.

Artikel 843a Rv (oud)

Codificatie van jurisprudentie

Uitstekend is de codificatie van bepaalde rechtspraak. Zo wordt na de wetwijziging ondubbelzinnig geregeld dat bewijsstukken op bij derden opgevraagd kunnen worden. Dit is een logisch gevolg na de uitspraak *Schietincident Alphen a/d Rijn*, waar het criterium 'rechtsbetrekking' versoepeld werd. In *Pretium/Tros* heeft de Hoge Raad enigszins afscheid genomen van de subsidiariteitseis van artikel 843a Rv, welke dan ook niet meer terugkomt in het nieuwe recht op inzage.

Echter, ondanks de uitspraak *X/Theodoor Gilissen Bankiers*, waarin bepaald wordt dat het bepaaldheidsvereiste niet betekent dat stukken individueel omschreven dienen te worden, maar dat slechts voldoende bepaald hoeft te worden dat de stukken bestaan, blijft het bepaaldheidsvereiste in de memorie vaag. Dit kan ten aanzien van digitaal bewijs op grote problemen stuiten, temeer omdat digitaal informatie meer dan eens ondenkbaar groot kan zijn in omvang en daar digitaal bewijs zich op allerhande gegevensdragers kan bevinden (werkcomputer, privételefoon, backu-tape, cloud, et cetera). Het bepaaldheidsvereiste zou, met andere woorden, niet al te streng moeten worden gehanteerd. Ik verwijs hiertoe graag naar een boekje van professor O.A. Haazen.¹

Bescheiden

Geen moment te vroeg wordt afscheid genomen van de term 'bescheiden. Na de bewoordingen 'stukken' (1838), 'onderhandse akten' (1988) en 'bescheiden' (2002) wordt eindelijk recht gedaan aan het niet-schriftelijke karakter van bewijs. Deze wijziging wordt zeer toegejuicht.

¹ O.A. Haazen, *Het einde van het doofpotmodel: tien redenen om wetsvoorstel 33 079 inzake het recht op afschrift van bescheiden aan te scherpen*, Deventer: Kluwer 2013.

Wijze van verstrekking

Sinds lange tijd kent bewijs een sterk gedigitaliseerd karakter. Door de *evidence dynamics* die digitaal bewijs kent, kunnen problemen ontstaan ten aanzien van de wijze van verstrekking van bewijs. Papieren bewijs wordt geleverd op papier, maar digitale bestanden kunnen in een groot aantal vormen aangeleverd worden: in zijn originele bestandsvorm, ontdaan van meta-data als TIFF bestand of zelfs uitgeprint. Een digitale foto in originele bestandsvorm bevat stevast meer gegevens dan zijn uitgeprinte of gescande tegenhanger. Zo valt te denken aan tijd-, apparaat- en locatiegegevens. Een e-mail bevat als digitaal bestand gegevens over *forwards*, tijdzones en IP-adressen. Een uitgeprinte of PDF tegenhanger niet.

Hiertoe zou m.i. een vaste regel moeten komen. De Amerikaanse Sedona Conference, een gezaghebbende denktank van juristen en IT-experts, stelt dat 'native' standaard wijze van verstrekking zou moeten zijn in civiele procedures (behoudens een aantal uitzonderingen).² Dat wil zeggen, in de vorm waarop bestanden normaal gesproken bewaard worden. Ik sluit mij hierbij aan.

Uittreksel

Het verdient bijzondere vermelding om bewust te zijn van de dynamische aard van digitaal bewijs. Digitaal bewijs kan veranderen wanneer het overgaat op een andere gegevensdrager (zoals de *system-metadata*). Een kopie zal derhalve het bewijs aantasten. Het zal in sommige gevallen dus nodig zijn digitaal bewijs in te zien op de originele gegevensdrager.

Voorfase en algemene bewaarplicht

Partijen moeten in de voorfase van een procedure zo veel mogelijk ontbrekende informatie bij elkaar opvragen. Imperatief lijkt het mij om een algemene bewaarplicht van relevante gegevens in te voeren wanneer duidelijk wordt dat die partij in rechte zal worden betrokken. Juist ook omdat het bestaan van een rechtsbetrekking pas later kan komen vast te staan.

Conservatoir bewijsbeslag

Certificering IT-specialisten

In *Molenbeek* spreekt de Hoge Raad over een mogelijk certificeringsstelsel voor IT-specialisten. In de memorie van toelichting wordt hier niet over uitgeweid, dit terwijl zelfs de kleinste fouten bij het maken van een forensische kopie grote, soms onomkeerbare, gevolgen met zich mee kunnen brengen. Een certificeringsstelsel van IT-specialisten in (civiele) procedures zou, met andere woorden, niet misstaan.

² De Sedona Principles pleiten in artikel 12 voor "The production of electronically stored information in the form or forms in which it is ordinarily maintained (...)". Zie ook de *Cooperation Proclamation*, ondersteund door 200 rechtbanken in de Verenigde Staten, via: <https://thesedonaconference.org/cooperation-proclamation>.

Verwijderplicht en wijze van verwijderen

Het conceptwetsvoorstel zou een grote kans kunnen zijn voor het opstellen van een broodnodige vernietigingsregeling, welke nog niet is opgenomen in wet of protocol. IT-specialisten, deurwaarders en de verzoekende partij dienen beslagen bewijs na verloop van tijd weer te vernietigen, zoals ook de memorie stelt. Als een deurwaarder zijn eigen hard drive gebruikt om daarop gegevens van de beslagene te bewaren, kunnen deze gegevens – ook na verwijderen daarvan – achter blijven in de sectoren (harde schijven) en cellen (flash geheugen). Een algemene regeling omtrent het verwijderen van digitaal bewijs zou een formele plaats verdienen, bijvoorbeeld in wet of syllabus. Een vervallen werkwijze van de NMa (nu ACM) ging hier bijvoorbeeld specifiek op in.³ Een dergelijke regeling zou m.i. ook moeten worden ingevoerd voor bewijsvernietiging na recht op inzage en recht op bewijsbeslag. De NIST guidelines voor Media Sanitization zouden als uitgangspunt kunnen fungeren.⁴

Medewerking bij bewijsbeslag

In de memorie wordt specifiek ingegaan op de medewerkingsplicht van de beslagene. De Hoge Raad stelt in *Molenbeek*:

3.9.9. Een medewerkingsplicht als hier bedoeld hoeft niet te worden aangenomen indien tijdens de beslaglegging een gegevensdrager wordt aangetroffen waarop een of meer versleutelde of met een toegangscode beschermde bestanden staan.

De Hoge Raad stelt als oplossing het meenemen van de gehele gegevensdrager, hetgeen onnodig complex en tijdrovend is. Er kan immers ter plekke een forensisch kopie worden gemaakt van een schijf. Natuurlijk geeft recht op conservatoir beslag nog geen recht op inzage, maar soms is het noodzakelijk een gegevensdrager te ontgrendelen om goed beslag te leggen (denk aan versleutelde harde schijven). Een versleutelde forensische kopie is lastig, soms geheel niet, te hacken door specialisten. Hoe denkt de minister thans over de plicht van de beslagene om versleutelde gegevensdragers vrij te geven?

Ter aanvulling: de Hoge Raad stelt echter wel dat de beslagene gehouden is bestanden vrij te geven die opgeslagen staan bij derden, zoals cloudbestanden. Beslaglegging op of inzage in bestanden die zich in de cloud bevinden zou mogelijk moeten zijn. Maar bij een weigerende beslagene kan de uitvoering hiervan op grote problemen stuiten. Cloudleveranciers hebben al meermaals aangetoond ongewillig te staan ten aanzien van dit soort gerechtelijke bevelen. Daarnaast bevinden cloudservers zich meestal niet in Nederland. De beslagene zal dus, voor een praktische uitvoering, medewerking moeten verlenen.

Hoogachtend,

mr. Michael A. Heenes

m.heenes@outlook.com

³ Artikel 8 Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren, *Stcrt.* 2013, 10808.

⁴ <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/specialpublications/nist.sp.800-88r1.pdf>.