

Aan:

Ministerie van Justitie en Veiligheid
T.a.v. De heer F. Grapperhaus / De heer S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Bits of Freedom
Prinseneiland 97hs
1013 LN Amsterdam

Lotte Houwing
+31 6 8320 7546
lotte@bitsoffreedom.nl

bitsoffreedom.nl
IBAN: NL73 TRIO 0391 1073 80
KVK: 34 12 12 86, Amsterdam

Geachte minister,

Bij dezen reageert Bits of Freedom graag op het wetsvoorstel van de Innovatiewet Strafvordering dat u ter consultatie hebt aangeboden.

In het voorstel staan drie punten die Bits of Freedom zorgen baren. Deze zorgen hebben betrekking op de waarborgen bij het introduceren van de nieuwe bevoegdheden om de netwerkzoekende te doen na inbeslagneming en het kennisnemen van berichten die na inbeslagneming van het geautomatiseerd werk binnenkomen. Daarnaast hebben de zorgen betrekking op het bieden van de mogelijkheid om de uitvoering van meerdere opsporingsbevoegdheden van de officier van justitie door de hulpofficier uit te kunnen laten voeren.

Deze zullen hieronder uiteengezet worden. Uiteraard zijn wij graag bereid om onze reactie nader toe te lichten, mocht daaraan behoefte bestaan.

Met vriendelijke groet,

Lotte Houwing

1. Kennisnemen van binnenkomende berichten na beslag

Het gaat hier om het voorgestelde artikel 556, dat een nieuwe bevoegdheid tot het kennisnemen of vastleggen van gegevens die ten tijde van een inbeslagneming nog niet op het inbeslaggenomen geautomatiseerd werk stonden introduceert. Zoals in de memorie van toelichting wordt beschreven bestaan er situaties waarin er berichten binnenkomen op in beslag genomen apparatuur die voor de opsporing zichtbaar zijn. De onduidelijkheid over het wel of niet kennis mogen nemen van de inhoud van deze berichten door de opsporing is onwenselijk. Bits of Freedom juicht het daarom toe dat er kaders worden gesteld voor de opsporingspraktijk. Het huidige voorstel heeft echter wel aanscherping nodig.

Het is op verschillende manieren mogelijk dat er berichten binnenkomen op het geautomatiseerd werk dat in beslag is genomen. Zolang het apparaat aanstaat en er een internetverbinding is kan dit gebeuren zonder dat de politie hier iets voor hoeft te doen. Het kan ook gebeuren doordat de politie actief gegevensbronnen synchroniseert. Uit het huidige wetsvoorstel blijkt niet waar de wetgever de grens trekt. De Commissie Koops adviseert in haar rapport om aan de hand van voorbeelden te illustreren wat wel en wat niet binnen de grenzen van de bevoegdheid zou vallen.¹ Door dit advies niet op te volgen wordt er in het midden gelaten welke opsporingspraktijken er wel en niet toelaatbaar worden geacht.

Wat Bits of Freedom betreft valt onderzoek aan de berichten op een geautomatiseerd werk altijd binnen het telecommunicatiegeheim, wat grondwettelijk wordt beschermd in artikel 13 van de grondwet. Het inbreken op de bescherming van dit recht vereist een wettelijke grondslag en een machtiging van de rechter-commissaris. Niet voor niets is er een machtiging van de rechter-commissaris vereist voor de inzet van bijzondere bevoegdheden als de telefoontap (artikel 126m Sv), het opnemen van vertrouwelijke communicatie (artikel 126l Sv) en het hacken (artikel 126nba Sv). Ook wordt door de Rechtbank Midden-Nederland voor berichten die in de app Telegram binnenkwamen na inbeslagneming aansluiting gezocht bij artikel 101 Sv en dus voor kennisneming van de inhoud een machtiging van de rechter-commissaris vereist:

“Voor onderzoek op een inbeslaggenomen telefoon naar berichten die zullen binnenkomen op het chatprogramma ‘Telegram’ is een beslissing van de rechter-commissaris op grond van artikel 101 Sv vereist omdat deze berichten kunnen worden beschouwd als brieven die nog niet geopend zijn.”²

In de memorie van toelichting wordt er geargumenteed dat bij de voorgestelde bevoegdheid het doel niet mag zijn om communicatie vast te leggen, en er hierdoor

¹ Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie Koops), ‘Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving’, juni 2018, p. 92-94.

² Rechtbank Midden-Nederland 7 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2655.

in tegenstelling tot deze andere bevoegdheden geen machtiging van de rechter-commissaris vereist is. Bits of Freedom vindt dit onderscheid onvoldoende reden voor het verschil in waarborgen. De voorgestelde bepaling reguleert de mogelijkheid om kennis te nemen van deze communicatie. De inbreuk op het communicatiegeheim vindt plaats bij het kennisnemen van de gegevens, niet enkel bij het vastleggen ervan.

Dat de voorgestelde bevoegdheid niet mag worden ingezet met het enkele doel om kennis te nemen van deze communicatie doet niets af aan de inbreuk die plaatsvindt op het moment dat er op basis van de bepaling van de communicatie kennisgenomen wordt. De inbreuk die op basis van de voorgestelde bepaling plaatsvindt is vergelijkbaar met de bevoegdheden waar wel een machtiging van de rechter-commissaris voor is vereist. Bits of Freedom is van mening dat gezien de inbreuk vergelijkbaar is dit het onderscheid in waarborgen niet rechtvaardigt.

2. Netwerkzoeking na inbeslagneming

Met het voorgestelde artikel 555 wordt de mogelijkheid geïntroduceerd om van het huidige artikel 125j Sv (de netwerkzoeking) af te wijken door het onderzoek in een elders aanwezig geautomatiseerd werk te laten plaatsvinden ná inbeslagneming van het geautomatiseerd werk. Dit heeft tot praktisch gevolg dat er tijd zit tussen de inbeslagneming van het geautomatiseerd werk en het onderzoek. In die tijd kunnen er berichten binnenkomen die onder de huidige netwerkzoeking geen onderwerp van onderzoek waren geweest.

Bits of Freedom begrijpt dat nu gegevens steeds vaker niet meer op het geautomatiseerd werk zelf, maar bijvoorbeeld in de cloud staan opgeslagen, het opsporingsbelang de mogelijkheid vraagt om na inbeslagneming van een geautomatiseerd werk toegang te kunnen verkrijgen tot dergelijke gegevens. Deze bepaling beantwoordt aan deze wens.

De zorg zit echter bij de waarborgen van de bevoegdheid. Het bevel kan worden gegeven binnen ten minste een maand na inbeslagneming van het geautomatiseerd werk, welke termijn telkens door de officier van justitie met een maand kan worden verlengd. Gezien de lengte van deze termijn is de kans erg groot dat er nog berichten zullen binnenkomen op het geautomatiseerd werk na inbeslagneming. Zoals ook blijkt uit een eerdere uitspraak van het gerechtshof Den Haag:

“Indien de netwerkzoeking op het politiebureau plaatsvindt, is sprake van een zoeking op een (veel) later moment dan het moment van de doorzoeking zelf. Alsdan bestaat er, zeker in het huidige tijdsgewricht van vergaande (internet) interconnectiviteit tussen geautomatiseerde werken, een aanzienlijke kans dat op dat latere moment van netwerkzoeking gegevens worden verkregen die op het moment van

doorzoeking zelf nog niet beschikbaar waren. Dit laatste heeft de wetgever echter – zoals hierboven reeds aan de orde is gekomen – in het kader van de netwerkzoeking ongewenst geacht.”³

Het is in deze context van belang te benadrukken dat volgens Bits of Freedom de inbreuk op het telecommunicatiegeheim niet wordt vergroot door de mogelijkheid de netwerkzoeking vanaf een andere plek dan de plek van de doorzoeking te doen zelf. Deze inbreuk wordt vergroot door het hiermee gepaard gaande tijdsverloop van het moment van inbeslagneming tot het plaatsvinden van het onderzoek.

Deze termijn zorgt voor een grote kans dat er op basis van de voorgestelde bepaling niet enkel toegang wordt verkregen tot statische gegevens, maar ook tot lopende communicatie. Waar het lopende communicatie betreft, die de ontvanger zelf niet zal bereiken gezien die niet meer over het apparaat beschikt is de vergelijking met ongeopende brieven des te sprekender en kan ook hier, naar de eerder vermelde uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland, aansluiting worden gezocht bij artikel 101 Sv.⁴

Bovendien kan het binnenkomen van nieuwe berichten een perverse prikkel opleveren om langer te wachten met het starten van het onderzoek, zodat de termijn waarin deze binnen kunnen komen wordt verlengd. Een machtiging van de rechter-commissaris om de termijn waarbinnen het onderzoek moet plaatsvinden te kunnen verlengen dwingt een verantwoording op dit uitstel af, en gaat daarmee deze prikkel tegen.

Gezien de zwaarte van de inbreuk acht Bits of Freedom het noodzakelijk dat in het geval dat er mogelijk sprake kan zijn van berichten die binnengekomen zijn in de periode tussen de inbeslagneming en het onderzoek de rechter-commissaris een machtiging moet afgeven, zowel om het onderzoek te doen als om de termijn van een maand waarbinnen het bevel hiervoor moet worden gegeven te verlengen.

3. Bevoegdheden van de hulpofficier van justitie

Met de op handen zijnde modernisering krijgt het Wetboek van Strafvordering een noodzakelijke update. Zoals het cliché gaat: de wetgeving loopt vaak achter op de snelle technologische ontwikkelingen. Het is echter wel van groot belang om stil te staan bij de manier waarop wetgeving achterloopt, en wat voor updates er dus nodig zijn.

Het is namelijk niet zo dat uitsluitend de bevoegdheden achter lopen, maar het zijn juist óók de waarborgen die bijgesteld moeten worden om voldoende bescherming te bieden tegen de door technologische ontwikkelingen toenemende inbreuk op de rechten en vrijheden van burgers. Neem de telefoon en het gebruik daarvan. Dat is

³ Gerechtshof Den Haag 19 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3529.

⁴ Rechtbank Midden-Nederland 7 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2655.

ingrijpend veranderd met de komst van de smartphone. Mensen communiceren de hele dag door via allerlei apps, maken foto's, houden hun agenda bij, doen hun bankzaken en genereren daarbij enorme hoeveelheden gegevens die een zeer intiem en compleet beeld geven van iemands persoonlijke leven en netwerk. Een onderzoek van gegevens op een telefoon geven hiermee een gedetailleerd beeld van iemands persoonlijke leven.

De smartphone is steeds meer een verlengstuk van onszelf geworden. De smartphone staat vrijwel altijd aan en gaat overal met ons mee naartoe. Informatie over de locatie van een toestel en bij wie het toestel hoort, levert een schat aan informatie op over onze leefpatronen en bewegingen. Het verzamelen van dergelijke locatiegegevens is dus een grote inbreuk op onze persoonlijke levenssfeer. Het gegeven welk toestel, telefoonnummer en/of IP-adres bij iemand hoort geeft door deze ontwikkelingen veel meer informatie over een persoon bloot dan dit deed toen deze bevoegdheden werden geïntroduceerd.

Doordat er op basis van deze bevoegdheden zoveel meer gegevens over burgers verzameld kunnen worden is de inbreuk die op de rechten en vrijheden van burgers gemaakt wordt met de inzet ervan sterk toegenomen. De waarborgen zijn daarentegen onveranderd gebleven. De balans tussen de gemaakte inbreuk en de waarborgen dreigt hierdoor verstoord te raken. De modernisering van het Wetboek van Strafvordering is een uitgelezen kans om ervoor te zorgen dat deze balans behouden blijft, en waar nodig hersteld wordt.

In het wetsvoorstel wordt beschreven dat een tiental opsporingsbevoegdheden van de officier van justitie straks ook door de hulpofficier van justitie uitgevoerd kunnen worden. Deze bevoegdheden hebben, met uitzondering van artikel 116, betrekking op onderzoek aan geautomatiseerde werken en (telecommunicatie)gegevens. Bits of Freedom vindt dit een zorgelijke ontwikkeling. In plaats van de waarborgen aan te scherpen om de balans ten opzichte van de bevoegdheden te behouden, wordt er aan de kant van de waarborgen naar beneden geschaald.

Daarnaast brengt het door de hulpofficier van justitie kunnen laten uitvoeren van bevoegdheden spanning met zich mee met betrekking tot de onafhankelijkheid. Dit blijkt ook uit de memorie van toelichting:

“Zo maakt de hulpofficier van justitie onderdeel uit van de politieorganisatie en zullen de ‘lijntjes’ tussen de opsporingsambtenaar die bij het opsporingsonderzoek is betrokken en hulpofficier over het algemeen korter zijn dan die tussen opsporingsambtenaar en officier van justitie. Ook komt het niet zelden voor dat de hulpofficier zelf ook als opsporingsambtenaar is betrokken in het onderzoek waarin hij de betreffende bevoegdheden kan inzetten.”⁵

5 Memorie van toelichting, p. 32-33.

Hoewel het korte lijntje en het feit dat de hulpofficier, in tegenstelling tot de officier van justitie, onderdeel uitmaakt van de politieorganisatie mogelijk zullen bijdragen aan een besparing van tijd en kosten in het opsporingsonderzoek, zet het de onafhankelijkheid onder druk. Het is van groot belang dat een behoorlijk strafprocesrecht gewaarborgd blijft. Voor het afwegen van alle met de inzet van opsporingsbevoegdheden gepaard gaande belangen is afstand tot het onderzoek vereist. Bits of Freedom vindt het onverantwoord om deze belangenafweging te laten doen door een functionaris die zelf bij het betreffende onderzoek als opsporingsambtenaar is betrokken. Bits of Freedom vreest in dergelijke gevallen voor slagers die hun eigen vlees keuren, en adviseert te herzien of de uitvoering van deze bevoegdheden door de hulpofficier van justitie mogelijk gemaakt moet worden.