

# Project bijstand Tweede Kamer modernisering Wetboek van Strafvordering

## Inhoudelijke rapportage Boek 2: Het opsporingsonderzoek

11 september 2023

### *Penvoerders*

L. Stevens  
M.I. Fedorova

### *Meelezers*

M.F.H. Hirsch Ballin  
P.A.M. Verrest

*M.m.v. L. van Lent, J.M.W. Lindeman, R.M. te Molder*



**Radboud Universiteit**



**Universiteit  
Utrecht**

**Erasmus  
University  
Rotterdam**



## **Projectteam**

mr. dr. Yannick van den Brink (VU)  
mr. dr. Sanne Buisman (VU; coördinator)  
prof. mr. Marieke Dubelaar (RU)  
prof. mr. Masha Fedorova (RU)  
prof. mr. Marianne Hirsch Ballin (VU; adviseur)  
prof. mr. Ferry de Jong (UU)  
prof. mr. François Kristen (UU)  
mr. dr. Leonie van Lent (UU)  
mr. dr. Sjarai Lestrade (RU)  
mr. dr. Joep Lindeman (UU)  
prof. mr. Paul Mevis (EUR)  
mr. Ruben te Molder (RU)  
prof. mr. Joost Nan (EUR)  
prof. mr. Lonneke Stevens (VU)  
prof. mr. Sanne Struijk (EUR)  
mr. dr. Mikhel Timmerman (RU)  
prof. mr. Pieter Verrest (EUR; adviseur)

## Inhoudsopgave

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| <b>1</b> | <b>Inleiding .....</b>   | <b>6</b>  |
| 1.1      | Uitgangspunten en doelen van het gemoderniseerde opsporingsonderzoek.....                    | 6         |
| 1.2      | Onderdelen die aan de orde komen in deze rapportage .....                                    | 8         |
| <b>2</b> | <b>Vooraf: drie horizontale thema's en een aandachtspunt .....</b>                           | <b>8</b>  |
| 2.1      | De verstrengeling van het vergaren en verwerken van (persoons)gegevens in de opsporing ..... | 9         |
| 2.2      | Voorafgaande toetsing door de rechter-commissaris.....                                       | 10        |
| 2.3      | Verslaglegging .....   | 11        |
| 2.4      | Een aandachtspunt: gefinancierde rechtsbijstand die in de pas loopt met de wijzigingen ..... | 12        |
| <b>3</b> | <b>Definities en algemene uitgangspunten (Hoofdstuk 1) .....</b>                             | <b>14</b> |
| 3.1      | Regeling op hoofdlijnen .....  | 14        |
| 3.2      | Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling .....                                     | 14        |
| 3.3      | Reacties op de voorgestelde regeling.....  | 15        |
| 3.4      | Analyse van de voorgestelde regeling .....   | 15        |
| 3.5      | Samenhang met andere onderdelen van het wetsvoorstel .....                                   | 26        |
| 3.6      | Opkomende vragen .....   | 28        |
| <b>4</b> | <b>Deskundigenonderzoek in opdracht van de officier van justitie (hoofdstuk 4) .....</b>     | <b>30</b> |
| 4.1      | Regeling op hoofdlijnen .....  | 30        |
| 4.2      | Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling .....                                     | 30        |
| 4.3      | Reacties op de voorgestelde regeling.....  | 30        |
| 4.4      | Analyse van de voorgestelde regeling .....   | 30        |
| 4.5      | Samenhang met andere onderdelen van het wetsvoorstel .....                                   | 31        |
| 4.6      | Opkomende vragen .....   | 31        |
| <b>5</b> | <b>Voorlopige hechtenis (hoofdstuk 5) .....</b>  | <b>31</b> |
| 5.1      | Regeling op hoofdlijnen .....  | 32        |
| 5.2      | Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling .....                                     | 32        |
| 5.3      | Reacties op de voorgestelde regeling.....  | 32        |
| 5.4      | Analyse van de voorgestelde regeling .....   | 34        |
| 5.5      | Samenhang met andere onderdelen van het wetsvoorstel .....                                   | 37        |
| 5.6      | Opkomende vragen .....   | 38        |
| <b>6</b> | <b>Onderzoek met betrekking tot het lichaam (hoofdstuk 6) .....</b>                          | <b>39</b> |
| 6.1      | Regeling op hoofdlijnen .....  | 39        |
| 6.2      | Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling .....                                     | 39        |
| 6.3      | Reacties op de voorgestelde regeling.....  | 41        |
| 6.4      | Analyse van de voorgestelde regeling .....   | 43        |
| 6.5      | Samenhang met andere onderdelen van het wetsvoorstel .....                                   | 46        |
| 6.6      | Opkomende vragen .....   | 47        |

|           |  |           |
|-----------|--|-----------|
| <b>7</b>  | <b>Zoekbevoegdheden ter inbeslagneming, digitale onderzoeksbevoegdheden en vorderen gegevens (hoofdstuk 7)</b> ..... | <b>47</b> |
| 7.1       | De regeling op hoofdlijnen .....   | 48        |
| 7.2       | Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling .....   | 48        |
| 7.3       | Reacties op de voorgestelde regeling .....   | 49        |
| 7.4       | Analyse van de voorgestelde regeling .....   | 50        |
| 7.5       | Samenhang met andere onderdelen van het nieuwe Wetboek .....   | 62        |
| 7.6       | Opkomende vragen .....   | 64        |
| <b>8</b>  | <b>Heimelijke bevoegdheden (hoofdstuk 8 en 9)</b> .....  | <b>66</b> |
| 8.1       | De regeling op hoofdlijnen .....   | 66        |
| 8.2       | Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling .....   | 67        |
| 8.3       | Reacties op de voorgestelde regeling .....   | 68        |
| 8.4       | Analyse van de voorgestelde regeling .....   | 69        |
| 8.5       | Samenhang met andere onderdelen van het nieuwe Wetboek .....   | 75        |
| 8.6       | Opkomende vragen .....   | 76        |
| <b>9</b>  | <b>Verschoningsrecht (hoofdstuk 7 en 8)</b> .....  | <b>78</b> |
| 9.1       | De regeling op hoofdlijnen .....   | 78        |
| 9.2       | Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling .....   | 78        |
| 9.3       | Reacties op de voorgestelde regeling .....   | 79        |
| 9.4       | Analyse van de voorgestelde regeling .....   | 82        |
| 9.5       | Samenhang met andere onderdelen van het nieuwe Wetboek .....   | 84        |
| 9.6       | Opkomende vragen .....   | 85        |
| <b>10</b> | <b>Onderzoek door de rechter-commissaris (hoofdstuk 10)</b> .....  | <b>86</b> |
| 10.1      | De regeling op hoofdlijnen .....   | 86        |
| 10.2      | Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling .....   | 86        |
| 10.3      | Reacties op de voorgestelde regeling .....   | 88        |
| 10.4      | Analyse van de voorgestelde regeling .....   | 90        |
| 10.5      | Samenhang met andere onderdelen van het wetsvoorstel .....   | 99        |
| 10.6      | Opkomende vragen .....   | 100       |

## Afkortingen

|        |  |
|--------|--|
| A-G    | advocaat-generaal  |
| AMvB   | algemene maatregel van bestuur   |
| AP     | Autoriteit Persoonsgegevens (tot 2016: CBP)  |
| BOD'en | (platform) bijzondere opsporingsdiensten   |
| CBP    | College Bescherming Persoonsgegevens (sinds 2016: AP)                                    |
| CRM    | College voor de Rechten van de Mens  |
| CVOM   | (parket) centrale verwerking Openbaar Ministerie   |
| DD     | Delikt en Delinkwent   |
| diss.  | dissertatie  |
| EHRM   | Europees Hof voor de Rechten van de Mens   |
| EOM    | Europees Openbaar Ministerie   |
| e.a.   | en anderen   |
| e.v.   | en volgende  |
| EVRM   | Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden |
| Gw     | Grondwet   |
| HR     | Hoge Raad der Nederlanden  |
| HGEU   | Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie  |
| HvJ    | Hof van Justitie van de Europese Unie  |
| IVBPR  | Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten                         |
| iwtr.  | inwerkingtreding   |
| KMar   | Koninklijke Marechaussee   |
| MvT    | memorie van toelichting  |
| NJ     | Nederlandse Jurisprudentie   |
| NOvA   | Nederlandse Orde van Advocaten   |
| NVvR   | Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak  |
| OM     | Openbaar Ministerie  |
| par.   | paragraaf  |
| Pb     | Publicatieblad van de Europese Unie  |
| PMSv   | Platform Modernisering Strafvordering  |
| RC     | rechter-commissaris  |
| RHC    | raadsheer-commissaris  |
| RMTh   | Rechtsgeleerd Magazijn Themis  |
| r.o.   | rechtsoverweging   |
| SHN    | Slachtofferhulp Nederland  |
| Sr     | Wetboek van Strafrecht   |
| Stb.   | Staatsblad   |
| Sv     | Wetboek van Strafvordering   |
| Rvdr   | Raad voor de rechtspraak   |
| RvS    | Raad van State   |
| vgl.   | vergelijk  |
| WODC   | Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum                                       |
| Wpg    | Wet Politiegegevens  |

## 1 Inleiding

### 1.1 Uitgangspunten en doelen van het gemoderniseerde opsporingsonderzoek

Boek 2 van het gemoderniseerde wetboek bevat de regeling inzake het opsporingsonderzoek. Het opsporingsonderzoek is een fase in de strafprocedure waarin verschillende belangen spelen die in bepaalde situaties met elkaar kunnen botsen (denk aan het opsporingsbelang en het verdedigingsbelang, alsook het belang van het slachtoffer) en waarin (aanzienlijke) inbreuken kunnen worden gemaakt op rechten van (verdachte) burgers. Zo worden woningen doorzocht, worden smartphones uitgelezen, wordt lichaamsmateriaal afgenomen, en worden verdachten van hun vrijheid beroofd. Ook kunnen grote verzamelingen van gegevens, met daarin informatie over grote groepen van personen, worden doorzocht en geanalyseerd. Het maken van keuzes en het nemen van beslissingen binnen de opsporing is een voortdurende **evenwichtsoefening**. Het wetboek moet daarbij de personen werkzaam in de praktijk van het strafrecht zowel voldoende houvast als flexibiliteit bieden als de (verdachte) burger voldoende rechtsbescherming bieden. Adequate regels ten aanzien van het opsporingsonderzoek zijn des te meer van belang omdat de, op basis van die regels, gemaakte keuzes doorwerken in, en bepalend zijn voor de latere fasen van het strafproces – zoals het onderzoek ter zitting – en beslissingen die daar moeten worden genomen.

Tegen bovengeschetste achtergrond is duidelijk dat de huidige regeling van het opsporingsonderzoek aan verandering toe is. De regeling is door de vele wijzigingen door de jaren heen onoverzichtelijk en ontoegankelijk geworden; het nieuwe wetboek brengt **structuur en overzichtelijkheid** terug.<sup>1</sup> Als gevolg van de snelle ontwikkeling van de technologie worden bovendien in de praktijk nieuwe opsporingsmethoden ontwikkeld die nog geen specifieke wettelijke basis hebben in het huidige wetboek, terwijl zij veelal wel een meer dan beperkte inbreuk maken op grondrechten van burgers (denk aan privacy of lichamelijke integriteit). De nieuwe regeling voorziet daarom in een **specifieke wettelijke basis voor nieuwe (digitale) opsporingsmethoden**.<sup>2</sup>

Een belangrijk doel van de moderniseringsoperatie is voorts om de **administratieve lasten** voor OM en politie te verminderen. In dat verband wordt dan ook het uitgangspunt gehanteerd dat vorderingen of machtigingen als regel **mondeling** kunnen worden gegeven en alleen bij uitzondering afzonderlijk schriftelijk moeten worden vastgelegd.<sup>3</sup> Ook zijn, met het oog op de toekomstbestendigheid en flexibiliteit van het wetboek, bevoegdheden zoveel mogelijk **techniekonafhankelijk** geformuleerd.<sup>4</sup> Daarnaast is getracht het wetboek **niet onnodig gedetailleerd** te maken door, onder andere, regels die betrekking hebben op de wijze waarop bevoegdheden worden uitgevoerd maar niet essentieel zijn, niet op te nemen in de grondslag in het Wetboek van Strafvordering (WvSv) maar op te nemen in (nog later uit te werken) lagere regelgeving.<sup>5</sup>

Van belang is voorts dat, als fundamenteel uitgangspunt, is gehandhaafd dat het **opsporingsonderzoek onder gezag van de officier van justitie** door opsporingsambtenaren wordt verricht. De verhouding tussen de officier van justitie en de rechter-commissaris blijft ongewijzigd. Wel wordt de **positie van de rechter-commissaris verstevigd** als onderdeel van de

<sup>1</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 28 e.v., p. 329 e.v.*

<sup>2</sup> Dit speelt in hoofdstuk 6 'Bevoegdheden met betrekking tot het lichaam, hoofdstuk 7 'Zoekbevoegdheden ter inbeslag-neming, digitale onderzoeksbevoegdheden en vorderen gegevens', en hoofdstuk 8 'Heimelijke bevoegdheden'.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 336.*

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 337.*

<sup>5</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 336.*

bepalingen die zijn gericht op een **betere voorbereiding** van de vervolgingsbeslissing en – indien de zaak ter berechting wordt aangebracht – de terechtzitting. Dit is de zogenaamde **‘beweging naar voren’**.<sup>6</sup> Deze houdt kort gezegd in dat de officier van justitie en de verdediging, onder regie van de rechter-commissaris, met de mogelijkheden die de wet biedt, tot een optimale invulling van het opsporingsonderzoek komen; zowel door het verrichten van aanvullend onderzoek voor de officier van justitie, als door het uitvoeren van onderzoekswensen van de verdediging. Op deze manier wordt beoogd dat het onderzoek – vooral in complexe zaken – zover mogelijk is afgerond voordat de zaak op zitting komt. Daardoor zou kunnen worden voorkomen dat de behandeling ter terechtzitting vertraging oploopt omdat onderzoekswensen pas in die fase naar voren komen.

Tot slot is nog belangrijk om op te merken dat de Wet van 22 juni 2022 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter bevordering van innovatie van verschillende onderwerpen in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (**Innovatiewet Strafvordering**) het mogelijk maakt om met bepaalde onderdelen van het nieuwe wetboek door middel van pilotprojecten alvast in de praktijk te experimenteren.<sup>7</sup> Het gaat om de volgende vijf onderdelen:

- (1) **Prejudiciële procedure**: de mogelijkheid voor feitenrechters om in strafzaken **prejudiciële vragen** aan de Hoge Raad te stellen (art. 553-555 Innovatiewet Strafvordering);
- (2) **Gegevens na inbeslagname**: het onderzoeken van berichten die binnenkomen nadat een geautomatiseerd werk in beslag is genomen en het verrichten van een netwerkzoeking aan een in beslaggenomen geautomatiseerd werk (art. art. 556-558 Innovatiewet Strafvordering)
- (3) **Audio Visuele Registratie (AVR)**: de mogelijkheid om het proces-verbaal van verhoor of van een zitting te vervangen door een audio-, visuele of audiovisuele opname daarvan, aangevuld met een verkort proces-verbaal; en het bezigen van audio-, visuele- of audiovisuele opnamen als zelfstandig bewijsmiddel (art. 559-569 Innovatiewet Strafvordering);
- (4) **Hulpofficier van justitie**: uitbreiding bevoegdheden hulp-OvJ met minder ingrijpende opsporingsbevoegdheden (art. 570 Innovatiewet Strafvordering);
- (5) **Mediation**: het bevorderen van mediation na aanvang van het onderzoek te terechtzitting en de uitbreiding van de mogelijkheden voor de rechter om rekening te houden met de uitkomsten van mediation.

In deze rapportage zal met name worden stil gestaan bij het tweede, derde en vierde onderdeel. De verschillende pilots duren in beginsel drie jaar en worden door het WODC voor 1 oktober 2024 geëvalueerd met het doel om de opgedane ervaringen in het wetgevingsproces van het nieuwe wetboek of bij de inrichting van de werkprocessen mee te nemen. De uitkomsten van de evaluaties van de pilots kunnen aanleiding geven om wijzigingen in het nieuwe wetboek door te voeren. Deze wijzigingen worden dan via een **aanvullingswet** geïntroduceerd. Naast de genoemde pilots zijn er ook een aantal andere onderwerpen die via een aanvullingswet tot aanpassingen van het nieuwe wetboek kunnen leiden. Vooralsnog bestaat het voornemen om in de eerste aanvullingswet de volgende onderwerpen op te nemen: (1) vervolging ambtsdelicten Kamerleden en bewindspersonen; (2) regeling van procesafspraken; (3) strafvordering buiten het rechtsgebied van een rechtbank; (4) de transactie, waaronder de rechterlijke toets op hoge transacties, en de voorwaardelijke strafbeschikking met

<sup>6</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 330.*

<sup>7</sup> *Stb. 2022, 276; Kamerstukken II 35869. In werking getreden op 1 oktober 2022, Stb. 2022, 362.*

omzettingsprocedure; en (5) een aantal kleinere onderwerpen van veelal technische aard (nieuwe heimelijke bevoegdheid tot het inloggen met rechtmatig verkregen gegevens, bijstelling deskundigenregeling en de regeling over het bewaren van sporendragers, en de vormgeving van het vernietigen van gegevens als strafrechtelijke maatregel).<sup>8</sup>

## 1.2 Onderdelen die aan de orde komen in deze rapportage

Boek 2 is het grootste boek binnen het gemoderniseerde wetboek. Om die reden hebben wij ervoor gekozen om de advisering thematisch aan te pakken. Wij behandelen niet, zoals in de rapportage over boek 1 is gedaan, in chronologische volgorde alle hoofdstukken. Dat zou ten aanzien van boek 2 een schier onmogelijke taak zijn en bovendien niet de nadruk leggen op de vragen waar het echt om draait. Een ander verschil met de advisering in boek 1 betreft de wijze waarop in dit advies de consultatieadviezen zijn verwerkt. Vele verschillende organisaties zijn in de pen geklommen voor de consultatieadviezen met betrekking tot boek 2. Er zijn honderden pagina's aan uiteenlopend advies uitgebracht. Het is mogelijk noch wenselijk om al deze adviezen (uitgebreid) te bespreken (volledigheid is in het advies bij boek 1 overigens ook niet nagestreefd). Daar komt bij dat de adviezen zijn uitgebracht op eerdere versies van de voorstellen. Voor het huidige wetsvoorstel zijn veel van de adviezen niet meer relevant. De focus ligt dan ook op de grootste en nog steeds bestaande knelpunten die de organisaties in hun meest recente adviezen naar voren brengen.

De volgende **onderdelen**<sup>9</sup> komen in dit advies aan de orde:

2. Vooraf: drie horizontale thema's en een aandachtspunt);
3. Definities en algemene uitgangspunten (hoofdstuk 1 van boek 2);
4. Deskundigenregeling (hoofdstuk 4 van boek 2);
5. Voorlopige hechtenis (hoofdstuk 5 van boek 2);
6. Onderzoek met betrekking tot het lichaam (hoofdstuk 6 van boek 2);
7. Zoekbevoegdheden ter inbeslagneming, digitale onderzoeksbevoegdheden en vorderen gegevens (hoofdstuk 7 van boek 2);
8. Heimelijke bevoegdheden (hoofdstuk 8 en 9 van boek 2);
9. Verschoningsrecht (hoofdstuk 7 en 8 van boek 2);
10. Onderzoek door en de positie van de rechter-commissaris (hoofdstuk 10 van boek 2).

Ten overvloede: onze inhoudsopgave volgt niet chronologisch de hoofdstukindeling van boek 2. De nummering van onze indeling komt echter wel deels overeen met de nummering van de hoofdstukken uit boek 2 (hoofdstuk 4 van boek 2 is in dit advies bijvoorbeeld ook genummerd onder 4). In ons advies verwijzen wij naar **onze indeling/nummering** met de term '**onderdeel**', en met de term '**hoofdstuk**' verwijzen wij dus altijd naar het **wetboek** zelf. Dus: onderdeel 3 van dit advies gaat over hoofdstuk 1 van boek 2, onderdeel 4 gaat over hoofdstuk 4 van boek 2, etc.

<sup>8</sup> Zie nader Kamerbrief Achtste voortgangsrapportage wetgevingsprogramma nieuwe Wetboek van Strafvordering, 18 april 2023.

<sup>9</sup> Volgens nummering van de inhoudsopgave.



## 2 Vooraf: drie horizontale thema's en een aandachtspunt

Alvorens wij nader ingaan op de afzonderlijke onderdelen, willen wij eerst de aandacht vestigen op een drietal horizontale thema's die dwars door boek 2 lopen en die onze inziens, in het licht van de behandeling dusver, nog niet de aandacht krijgen die ze verdienen. In deze paragraaf staan wij bij die horizontale onderwerpen stil. Het gaat om 1) 'de verstrengeling van het vergaren en verwerken van (digitale) (persoons)gegevens in de opsporing', 2) voorafgaande toetsing door de rechter-commissaris, en 3) verslaglegging. Daarnaast vestigen wij hier de aandacht op een ander punt, dat niet zozeer horizontaal is maar eerder wezenlijk, namelijk de financiering van de rechtsbijstand.

### 2.1 De verstrengeling van het vergaren en verwerken van (persoons)gegevens in de opsporing

Als informatie – of in strafvorderlijke termen: gegevens<sup>10</sup> – ten behoeve van een bepaald opsporingsonderzoek wordt verzameld, is het logische uitgangspunt dat die informatie ook in dat onderzoek mag worden gebruikt. Deze informatie kan bovendien ook op een later moment in ander onderzoek door politie en justitie worden gebruikt. In het huidige juridische kader wordt het **verzamen** van (persoons)gegevens gereguleerd door het Wetboek van Strafvordering, en het **verwerken** daarvan in de Wet politiegegevens (Wpg) en in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg). Deze scheiding is echter niet meer houdbaar nu, vooral als gevolg van technologie en digitalisering, vergaren en verwerken van gegevens (denk aan: bewaren, gebruiken voor andere doelen, en verrijken door middel van combineren met andere gegevens) voortdurend hand in hand gaan.<sup>11</sup> Door de commissie Koops,<sup>12</sup> in de literatuur<sup>13</sup> en in consultatieadviezen<sup>14</sup> is meermaals erop gewezen dat bij een modernisering van in het bijzonder digitale bevoegdheden ook oog moet bestaan voor de wijze waarop de gegevens (verder) kunnen worden gebruikt. Het Europese recht stelt immers ook eisen aan het gebruik van gegevens. Aanvankelijk was het idee om ook de Wpg en Wjsg in een wet te incorporeren, te moderniseren en de wet nader aandacht te besteden aan de verhouding met het Wetboek van Strafvordering. Voorlopig zal de Wpg echter niet worden gemoderniseerd.<sup>15</sup> Het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering richt zich evenwel nog steeds voornamelijk op de normering van het vergaren van gegevens. Het eerder voorgestelde artikel 1.11.11 is niet gehandhaafd.<sup>16</sup> Deze bepaling zou het mogelijk hebben gemaakt om bij of krachtens een AMvB regels te stellen over de **verwerking van gegevens** die door de uitoefening van de

<sup>10</sup> De term gegevens sluit aan bij de in strafvordering gebruikte terminologie, zie artikel 2.1.1 van boek 2 inzake de definitie van gegevens.

<sup>11</sup> Zie meer uitgebreid M.I. Fedorova, R.M. te Molder, M.J. Dubelaar, S.M.A. Lestrade, T.F. Walree, *Strafvorderlijke gegevensverwerking*, Nijmegen 2022.

<sup>12</sup> Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, Reguleringsbevoegdheden in een digitale omgeving (commissie Koops), s.l. 2018, p. 24-25. Deze commissie is in het kader van het project modernisering Wetboek van Strafvordering ingesteld om tot een duurzame en bestendige regeling te komen van opsporingsbevoegdheden in een omgeving die steeds digitaal wordt (denk aan cloud-opslag, massaal gebruik van smart phones, social media, etc.).

<sup>13</sup> B.W. Schermer, 'Het gebruik van Big Data voor opsporingsdoeleinden: tussen Strafvordering en Wet politiegegevens', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en handhaving* 201, nr. 4, p. 207-216; B.W. Schermer, *De gespannen relatie tussen privacy en cybercrime* (oratie Leiden), 2022; M.I. Fedorova, R.M. te Molder, M.J. Dubelaar, S.M.A. Lestrade, T.F. Walree, *Strafvorderlijke gegevensverwerking*, Nijmegen 2022; M.F.H. Hirsch Ballin & J.J. Oerlemans, 'Datagedreven opsporing verzet de bakens in het toezicht op strafvorderlijk optreden', *DD* 2023/2.

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld OM, *Advies onderdeel opsporing in een digitale omgeving modernisering Wetboek van Strafvordering*, 1 oktober 2018, p. 2; Politie, *Consultatieadvies onderdeel opsporing in een digitale omgeving modernisering Wetboek van Strafvordering*, 6 november 2018, p. 1-2.

<sup>15</sup> *Kamerstukken II* 2021/22, 32761 en 33842, nr. 218.

<sup>16</sup> *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 69-72.

bevoegdheden zijn verkregen.<sup>17</sup> De memorie van toelichting maakt duidelijk dat dit thema bewust in de wacht wordt gezet. Gesteld wordt dat de richting waarin de normering zich zou moeten begeven zich nog niet precies laat vaststellen en dat de reikwijdte en strekking van de jurisprudentie van het HvJ EU nog niet voldoende is uitgekristalliseerd.<sup>18</sup> De kwestie is evenwel urgent. Hoofdstuk 6 (bevoegdheden met betrekking tot het lichaam),<sup>19</sup> hoofdstuk 7 (onderzoek van gegevens),<sup>20</sup> hoofdstuk 8 (heimelijke bevoegdheden) en hoofdstuk 9 (verkenmend onderzoek),<sup>21</sup> alsmede de codificatie van een algemene bevoegdheidsbepaling (art. 2.1.9<sup>22</sup>), maken duidelijk dat op basis van nieuwe bevoegdheden steeds meer en ook gevoelige (persoons)gegevens worden binnengehaald, terwijl de verwerking daarvan niet genormeerd is, dan wel niet genormeerd is in overeenstemming met het EU-recht. De kwestie is ook van groot belang omdat de werkwijze van de politie steeds meer informatiegestuurd wordt. Anders gezegd: de nadruk van het onderzoek ligt steeds sterker op het verwerken en verrijken van grote hoeveelheden reeds binnengehaalde gegevens. In die enorme hoeveelheden data zitten onvermijdelijk ook persoonlijke gegevens van niet-verdachte burgers die aldus steeds meer binnen het domein van het strafrechtelijke onderzoek worden getrokken. Het strafrecht heeft van oudsher aandacht voor de **bescherming van de verdachte** en, in toenemende mate, het **slachtoffer**. De bescherming van de **niet-verdachte burger** staat evenwel niet of onvoldoende op het netvlies, terwijl (de gegevens van) die burger in toenemende mate als bijvangst betrokken wordt in strafrechtelijk onderzoek. Om te voorkomen dat een groot deel van de Nederlandse burgers straks met persoonlijke gegevens in een politiedatabank zit, is het noodzakelijk dat aandacht wordt besteed aan de rechtsbescherming van deze ‘derde partij’ binnen het strafrechtelijk onderzoek. De kwestie is niet makkelijk op te lossen, en in die zin kan begrip worden opgebracht voor de keuze om het onderwerp thans te parkeren. Dat neemt niet weg dat op bepaalde punten nagedacht kan en moet worden over de regulering van het **verwerken van persoonsgegevens**, niet alleen in de aanpalende wetten,<sup>23</sup> maar ook in het nieuwe Wetboek van Strafvordering en daarbij horende lagere regelgeving. In de onderdelen [6.4.3](#), [7.4.7](#) en [8.4.3](#) gaan wij nader in op de problematiek en stellen wij daarover ook vragen.

## 2.2 Voorafgaande toetsing door de rechter-commissaris

Een andere kwestie die ons inziens aandacht behoeft is de vraag of de rechter-commissaris niet vaker in het opsporingsonderzoek betrokken moet worden in zijn toetsende en autoriserende rol. Die vraag wordt vooral ingegeven door het ook in de memorie van toelichting genoemde Prokuratuur-arrest,<sup>24</sup> waarin werd bepaald dat het vorderen en kennismaken van verkeers- en locatiegegevens enkel mag plaatsvinden na voorafgaande toetsing door een

<sup>17</sup> Door deze voorziening zou het mogelijk zijn om huidige artikelen 27b, 55c, vierde lid, 61a, derde lid, 125n, 126nb, vierde lid, 126cc, 126dd, 126hh, 126jj, derde lid, laatste zin, en vijfde lid, 151a, achtste lid, en 195a, vijfde lid, te schrappen.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 66-72.

<sup>19</sup> Zie par. 6 van deze rapportage.

<sup>20</sup> Zie par. 7 van deze rapportage.

<sup>21</sup> Zie par. 8 van deze rapportage.

<sup>22</sup> Zie par. 3.4.4 van deze rapportage.

<sup>23</sup> Ook OM dringt erop aan om tijdig te bezien dat beide gegevensverwerkingswetten (Wet politiegegevens en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens goed aansluiten op hetgeen met betrekking tot de vergaring van gegevens wordt geregeld in Sv OM, *Advies OM over Boek 2 onderdeel opsporing in een digitale omgeving*, 1 november 2018, p. 2.

<sup>24</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 69-72.

rechterlijke instantie of door een onafhankelijke bestuurlijke entiteit. De Nederlandse officier van justitie is niet als zodanig te kwalificeren.<sup>25</sup>

Thans worden verkeers- en locatiegegevens in de systematiek van de Nederlandse strafvordering niet beschouwd als (gevoelige) gegevens waarvoor een rechter-commissaris toestemming voor toegang zou moeten geven. De officier van justitie is hier de centrale toetsende autoriteit, en dat is hij ook ten aanzien van gegevens die als gevoeliger dan verkeers- en locatiegegevens zouden kunnen worden gekwalificeerd. De vraag is evenwel of gezien de Europese ontwikkeling de rechter-commissaris een meer centrale rol in de voorafgaande toetsing van bevoegdheden tot het verkrijgen van (bepaalde) gegevens zou moeten krijgen. Over de precieze reikwijdte van het Prokuratuur-arrest bestaat echter nog discussie en om die reden is in het gemoderniseerde wetboek niet gekozen voor een wijziging van de bestaande systematiek. De rechter-commissaris als toetsende autoriteit blijft de uitzondering. Het standpunt van de regering is dat de jurisprudentiële ontwikkelingen in Europa moeten worden afgewacht en dat op dit moment nog te veel onduidelijk is.<sup>26</sup> De vraag is evenwel of dat standpunt houdbaar is en of niet een meer proactieve koers moet worden gevaren. Deze vraag komt terug in onderdeel [3.4.4](#) (over de algemene machtigingsmogelijkheid van de RC, ex art. 2.1.7), onderdeel [6.4.2](#) (over bevoegdheden met betrekking tot het lichaam, op grond waarvan bijzonder gevoelige gegevens kunnen worden verzameld en verwerkt op bevel van de officier van justitie), onderdeel [7.4.5](#) (inzake het onderscheid tussen stelselmatig onderzoek door de officier van justitie en ingrijpend stelselmatig onderzoek door de RC) en onderdeel [8.4.2](#) (inzake de heimelijke bevoegdheden).

### 2.3 Verslaglegging

In de rapportage over boek 1 (par. 9) is aandacht besteed aan de regeling van de processtukken en de tijdige verstrekking daarvan. Die tijdigheid is vooral in het kader van de beweging naar voren van belang. Processtukken kunnen echter pas worden verstrekt zodra er processtukken zijn, en in dat verband is ook van belang wanneer en hoe verslag wordt gedaan van (alle) opsporingshandelingen.

Boek 2 bevat verschillende wijzigingen wat betreft de wijze waarop en het moment waarop verslag moet worden gedaan van bepaalde onderzoekshandelingen. De meeste wijzigingen beogen de administratieve belasting van de opsporingsdiensten te verminderen. Belangrijk onderdeel van dat streven is het uitgangspunt dat bevelen en machtigingen mondeling kunnen worden gegeven, tenzij de wet bepaalt dat zij schriftelijk moeten worden vastgelegd.<sup>27</sup> In het huidige Wetboek is het uitgangspunt dat bevelen schriftelijk moeten worden vastgelegd. Voor elke bevoegdheid is daarom afzonderlijk uitgewerkt of een bevel nodig is en welke eisen aan deze bevelen moeten worden gesteld. In de praktijk werd de regeling inzake bevelen en machtigingen als onoverzichtelijk ervaren en het zou ook onnodig administratieve lasten meebrengen. In het voorgestelde Boek 2 is aan dit bezwaar tegemoet gekomen door als **uitgangspunt** te hanteren dat bevelen **mondeling** kunnen worden gegeven.

<sup>25</sup> HvJ 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), par. 51-55. Naar aanleiding van dit arrest heeft de Hoge Raad in HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:477, NJ 2022/355 m.nt. Ouwerkerk ten aanzien van een aantal bevoegdheden waarmee verkeers- en locatiegegevens kunnen worden gevorderd (126n, 126u, 126zh, 126ni, 126ui, 126zja en 126zo Sv) geoordeeld dat deze bevoegdheden voortaan enkel met voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris kunnen worden uitgeoefend. Ook stelt de Hoge Raad in dit arrest een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

<sup>26</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 71-72. Zie voorts ook de aanhangige zaken over onder meer de prejudiciële vragen van de Hoge Raad over de uitleg van Prokuratuur en het uitlezen van een smartphone (C-548/21).

<sup>27</sup> Er zijn ook nog andere maatregelen die van belang zijn in verband met de lastenverlichting, zoals het geven van een generiek bevel ex 2.7.46 lid 6, of de langere geldigheidsduur van een bevel of machtiging zoals in artikel 2.8.13. Deze wijzigingen zijn evenwel minder relevant voor het hier te maken punt.

In geval van een mondeling bevel of machtiging vindt de verslaglegging daarvan dan plaats in het proces-verbaal over uitvoering van de desbetreffende opsporingshandeling waarop het bevel betrekking heeft. Deze nieuwe regeling is terug te vinden in de artikelen 2.1.13 tot en met 2.1.15 waarin het algemene uitgangspunt is neergelegd, en vervolgens in de afzonderlijke hoofdstukken in de artikelen 2.5.1, 2.6.1, 2.7.1 en 2.8.1 (met in die bepalingen verwijzingen naar de gevallen waarin wel afzonderlijk moet worden geverbaliseerd). Hoewel deze nieuwe regeling op het eerste gezicht leidt tot een lastenverlichting is de vraag of deze verlichting niet ten koste gaat van de controleerbaarheid van de opsporing. Voorts rijst de vraag of de verantwoordelijkheid voor het juist vastleggen van bevelen niet in plaats van bij de officier van justitie bij de opsporingsambtenaar komt te liggen (in onderdeel [7.4.1](#) en [8.4.1](#) gaan wij hierop nader in).

Een andere belangrijke wijziging is dat het opmaken van een proces-verbaal kan worden uitgesteld of achterwege kan worden gelaten indien een opsporingshandeling is vastgelegd op een geluids- of beeldopname. Ook dit leidt op het eerste oog tot lastenverlichting. De vraag is evenwel of deze keuze nu al kan worden gemaakt. Over de voor- en nadelen van vervanging van schriftelijke stukken door audiovisuele opnamen bestaat nog onvoldoende duidelijkheid, mede ook omdat de pilot waarin met deze wijziging wordt geëxperimenteerd nog niet is geëvalueerd. Voorts rijst ook in het kader van het opmaken van een proces-verbaal de vraag wie nu eigenlijk verantwoordelijk is voor tijdige, juiste en kwalitatief voldoende verslaglegging (in onderdeel [3.4.6](#) komen deze onderwerpen nader aan bod).

## 2.4 Een aandachtspunt: gefinancierde rechtsbijstand die in de pas loopt met de wijzigingen

Een onderwerp waar wij nadrukkelijk de aandacht op willen vestigen betreft de gefinancierde rechtsbijstand. Dit thema is geen onderdeel van de wijzigingen in de bevoegdheden rondom de opsporing, maar is daar wel nauw mee verbonden. De verdediging heeft in strafzaken immers een onmisbare rol, en in het gemoderniseerde wetboek wordt van die verdediging in het licht van de beweging naar voren bovendien meer verwacht. Zo is bijvoorbeeld de gedachte dat de verdediging getuigen nu reeds ondervraagt tijdens het opsporingsonderzoek, bij de rechter-commissaris in plaats van op de terechtzitting.<sup>28</sup> De memorie van toelichting geeft dan ook aan dat ‘omdat altijd een deel van de verdachten voor hun juridische bijstand afhankelijk is van het stelsel van gesubsidieerde rechtsbijstand, dient te worden gewaarborgd dat de advocaten die werkzaam zijn in het kader van de gefinancierde rechtsbijstand niet onevenredig worden benadeeld door uitvoeringsconsequenties van het wetsvoorstel’.<sup>29</sup> Uit een impactanalyse – inzake de rechtsbijstand bij de behandeling van strafzaken in eerste aanleg (dus alle rechtsbijstand, niet alleen de gefinancierde) – komt naar voren dat bij een ‘middeninschatting’ van de gemiddelde extra tijdbesteding die nodig is voor het verlenen van rechtsbijstand in zaken **met voorlopige hechtenis** op jaarbasis een impact wordt verwacht van € 2,1 miljoen en voor zaken **zonder voorlopige hechtenis** een aanvullende impact van € 4,4 miljoen.<sup>30</sup>

Kortom, het is zaak alert te zijn op flankerend financieel beleid als het gaat om de ambities van het gemoderniseerde wetboek. Die alertheid zal moeten worden behouden ten aanzien van boek 3 (bijstand in geval van buitengerechtelijke afdoening) en boek 4 (bijstand in de fase van de berechting). De memorie van toelichting maakt voor wat betreft het

<sup>28</sup> Zie hierover hoofdstuk 10 over de rol van de rechter-commissaris.

<sup>29</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 83.

<sup>30</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 84.

opsporingsonderzoek gewag van twee bewegingen op dit punt. In de eerste plaats “zal worden onderzocht op welke wijze en in welke zaken het mogelijk zal worden gemaakt voor een verdachte (voor wie niet in verband met de voorlopige hechtenis een raadsman is aangewezen) om op basis van een aanvraag gesubsidieerde rechtsbijstand een raadsman toegevoegd te krijgen met als doel verzoeken tot het doen van onderzoek bij de rechter-commissaris in te dienen. De mate waarin deze rechtsbijstand wordt gefinancierd en de eventuele selectie van zaken die zich daarvoor lenen is mede afhankelijk van de budgettaire mogelijkheden”.<sup>31</sup> In de tweede plaats geeft de memorie van toelichting aan dat, ten aanzien van de rechtsbijstand voor kwetsbare verdachten in verband met het politieverhoor, de regering voornemens is om het bestaande recht op gefinancierde rechtsbijstand voor kwetsbare verdachten die zijn aangehouden, uit te breiden naar kwetsbare verdachten die niet zijn aangehouden en worden uitgenodigd voor verhoor. Een afzonderlijk wetsvoorstel (tot wijziging van het huidige wetboek) in verband met de versterking van rechtsbijstand in het strafproces is in voorbereiding.<sup>32</sup> De vraag die (voortdurend) over de genoemde voornemens kan worden gesteld is voor welke gevallen de gefinancierde rechtsbijstand daadwerkelijk wordt uitgebreid, en of die uitbreiding toereikend is (zie ook de achtste vraag bij onderdeel 10.6), enerzijds in het licht van wat van de verdediging wordt verwacht in het nieuwe wetboek, en anderzijds in het licht van de kwetsbaarheid van bepaalde verdachten. Diezelfde vraag kan worden gesteld voor wat betreft bijstand van getuigen/slachtoffers die bij de RC worden verhoord (zie ook de voorlaatste vraag bij onderdeel 10.6 van deze rapportage).<sup>33</sup>

<sup>31</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 84.*

<sup>32</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 84.* Zie ook nog p. 46, 85, 396, en 744.

<sup>33</sup> Zie ook het advies van de Raad van State waarin wordt benadrukt dat bij de beoordeling van de inhoud van het voorstel rekening moet worden gehouden met het beperkte doenvermogen van verdachten, Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 26 en 39. Zie ook de Advies van de Commissie implementatie nieuw Wetboek van Strafvordering, december 2020 en P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the gap*, Den Haag: WODC 2018.

### 3 Definities en algemene uitgangspunten (Hoofdstuk 1)

#### 3.1 Regeling op hoofdlijnen

Het eerste hoofdstuk van Boek 2 bestaat uit zes titels. Titel 1.1 bevat definities. De Titels 1.2 tot en met 1.6 bevatten algemene bepalingen over opsporing(sbevoegdheden). Omdat Boek 2 het boek is waarin vooral de opsporing centraal staat, is ervoor gekozen om de hier voorgestelde algemene bepalingen niet in Boek 1 maar in Boek 2 op te nemen. Dat wil niet zeggen dat zij geen betrekking hebben op bepalingen met betrekking tot het opsporingsonderzoek in andere boeken (zoals Boek 6) of in bijzondere wetten. Enerzijds komen in het hoofdstuk een aantal bestaande bepalingen terug (zoals een aantal definities in art. 2.1.1 en bepalingen over de verslaglegging door opsporingsambtenaren (Titel 1.4)). Anderzijds is een aantal beginselen gecodificeerd (Titel 1.2) en bevat de titel nog een aantal nieuwe voorstellen en wijzigingen (zie 3.2 hieronder).

#### 3.2 Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling

- Titel 1.1 (artikel 2.1.1) bevat enkele **definitiebepalingen** die vooral (maar niet alleen) voor Boek 2 relevant zijn. Nieuw zijn onder andere de definities van 'brief', 'poststuk', 'communicatie', 'digitale gegevensdrager', 'functioneel verschoningsrecht', 'onderzoek van gegevens', 'stelselmatig onderzoek van gegevens', 'ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens'.
- Titel 1.2 bevat onder meer de volgende wijzigingen en nieuwe voorstellen: De artikelen 2.1.2, 2.1.3 en 2.1.4 bevatten de codificatie van **algemene beginselen** waaraan de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden moet voldoen. Het gaat daarbij om doelbinding (art. 2.1.2), proportionaliteit en subsidiariteit (art. 2.1.3) en het instigatieverbod (art. 2.1.4).
- In artikel 2.1.6 wordt beoogd het huidige artikel 140a Sv, waarin is voorgeschreven dat voor bepaalde opsporingsbevoegdheden **toestemming van het College van procureurs-generaal** is vereist, te handhaven. De redactie van het voorgestelde artikel lijkt echter (niet nader toegelichte) wijzigingen met zich te brengen (zie onderdeel 3.3 en 3.4 hieronder).
- In artikel 2.1.7 is een **algemene machtigingsmogelijkheid** opgenomen. Het betreft een vangnetbepaling op basis waarvan de officier van justitie ook in gevallen waarin de wet geen machtiging van de rechter-commissaris vereist, een vordering kan indienen (op grond van artikel 2.1.14) om een dergelijke machtiging te verkrijgen. De rechter-commissaris is vervolgens gehouden daarop (bindend) te beslissen.
- In artikel 2.1.8 krijgt het **verdenkingscriterium** dat thans geldt voor voorlopige hechtenis (de zogenoemde 'gevallen van voorlopige hechtenis, opgesomd in artikel 67 lid 1 Sv) een eigen plaats. Hiermee kiest de regering ervoor om de aanvankelijk voorgestelde wijzigingen met betrekking tot de verdenkingscriteria niet door te voeren, waardoor de verdenkingscriteria materieel goeddeels zijn gehandhaafd.<sup>34</sup>
- In Titel 1.3 is in artikel 2.1.9 een **algemene bevoegdheidsbepaling** opgenomen op basis waarvan opsporingsambtenaren ter uitvoering van hun opsporingstaak onderzoekshandelingen kunnen verrichten.
- Titel 1.4 ziet op de **verslaglegging door opsporingsambtenaren**. In deze titel wordt deels de regeling uit het huidige wetboek bestendigd. Artikel 2.1.10 lid 3 voorziet nieuw in de

<sup>34</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 333.

mogelijkheid voor opsporingsambtenaren om het **opmaken van een proces-verbaal uit te stellen** wanneer van datgene wat zij tot opsporing hebben verricht of bevonden, een opname is gemaakt.

- In Titel 1.5 bevatten artikelen 2.1.13, 2.1.14 en 2.1.15 een **algemene regeling voor het vastleggen van bevelen en van machtigingen en van vorderingen daartoe**. Een belangrijke wijziging is dat bevelen slechts dan afzonderlijk worden vastgelegd indien de wet dat bepaalt. Hiermee is een vereenvoudiging ten opzichte van het huidige wetboek beoogd.
- Titel 1.6 (artikelen 2.1.16 en 2.1.17) bevat een **algemene regeling over het geven van toestemming** door de verdachte of een derde voor onderzoekshandelingen.

### 3.3 Reacties op de voorgestelde regeling

Gezien de zeer uiteenlopende onderwerpen van de in dit hoofdstuk opgenomen regelingen, is er in het kader van de overzichtelijkheid voor gekozen om de reacties op de voorgestelde regeling, waar nodig, samen met de analyse te bespreken.

### 3.4 Analyse van de voorgestelde regeling

#### 3.4.1 Definities

Veel definities in Titel 1.1 zijn overgenomen uit het bestaande wetboek. Op een aantal punten zijn nieuwe definities voorgesteld. Deze voorstellen hebben voornamelijk weinig discussie losgemaakt die hier besproken zou moeten worden. Sommige definities (zoals die met betrekking tot digitale opsporing) zijn van groot belang voor de zogenoemde **toekomstbestendige opsporing**. Waar van belang worden deze definities bespreken wij verderop in het kader van de relevante opsporingsbevoegdheden bespreken.

Voorts is het opvallend dat het begrip **‘stelselmatig’** in artikel 2.1.1 is gedefinieerd met betrekking tot het ‘onderzoek aan gegevens’ (zie ook art. 2.7.38). Het begrip ‘stelselmatig’ komt echter ook voor in de regeling van andere opsporingsbevoegdheden: stelselmatische observatie (art. 2.8.7); stelselmatig overnemen van gegevens (art. 2.8.8); stelselmatische informatie-inwinning (art. 2.8.11); stelselmatische locatiebepaling (art. 2.8.18). In de memorie van toelichting bij artikel 2.7.38 wordt voorts nog een nadere toelichting gegeven bij het begrip ‘stelselmatig’. Daarin wordt bijvoorbeeld benadrukt dat de definitie van het begrip ‘stelselmatig’ in het kader van onderzoek aan gegevens deels ook anders geïdentificeerd wordt dan die van (bijvoorbeeld) ‘stelselmatig’ in het kader van observatie.<sup>35</sup> De in de memorie van toelichting bij artikel 2.1.1 gegeven toelichting blijkt als zodanig derhalve niet los gezien te kunnen worden van een nadere toelichting bij art. 2.7.38. Dit alles roept de vraag op waarom het begrip ‘stelselmatig’ ten aanzien van de ene bevoegdheid wel en ten aanzien van de andere bevoegdheid niet een plek heeft gekregen in de algemene definities van Titel 1.1.

#### 3.4.2 Titel 1.2 (Beginselen)

In Titel 1.2, artikelen 2.1.2, 2.1.3 en 2.1.4 zijn respectievelijk de beginselen van **doelbinding** (ook wel: verbod van *détournement de pouvoir*), **noodzaak**, **subsidiariteit** en **proportionaliteit** en het **instigatieverbod** gecodificeerd. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is in de memorie van toelichting nader toegelicht waarom (enkel) deze beginselen zijn gecodificeerd en waarom zij alleen in verband met de opsporingsbevoegdheden (en niet in

<sup>35</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 573.

verband met ‘de opsporing’ in meer brede zin) zijn gecodificeerd.<sup>36</sup> In de memorie van toelichting wordt gesteld dat deze beginselen voor de normering van het opsporingsonderzoek verhoudingsgewijs van grote betekenis zijn en dat het voor de toegankelijkheid en kenbaarheid van het recht waarde heeft deze beginselen nadrukkelijk voorop te stellen.<sup>37</sup> Er is niet voor gekozen om het **gelijkheidsbeginsel**, het daarmee samenhangende **discriminatieverbod** en het **vertrouwensbeginsel** in deze titel te codificeren. Deze beginselen zouden met name controlebevoegdheden reguleren, terwijl het Wetboek van Strafvordering slechts strafvorderlijke (opsporings)bevoegdheden normeert. Het **vertrouwensbeginsel** en het **beginsel van redelijke en billijke belangenafweging** (ook wel: verbod van willekeur) zijn, in relatie tot de vervolgingsbeslissing, wél gecodificeerd in Boek 3. De memorie van toelichting bij Boek 3 vermeldt: ‘De keuze voor vastlegging in Boek 3 laat onverlet dat de genoemde beginselen ook in andere rechtsgebieden en andere delen van het strafprocesrecht een rol spelen, en dat ook andere beginselen van betekenis kunnen zijn voor de normering van de vervolgingsbeslissing.’<sup>38</sup> In Boek 1 is ook een aantal beginselen gecodificeerd (**legaliteitsbeginsel**, **recht op een eerlijk proces**, **onschuldpresumptie**).

Op deze **onvolledige en versnipperde codificatie** is in de literatuur kritiek geuit. Een onvolledig wettelijk normeringskader brengt het risico met zich dat de niet-gecodificeerde beginselen over het hoofd worden gezien in de gevallen waarin zij wel een rol spelen in de opsporingspraktijk. Daarnaast bestaat het gevaar dat het codificeren van een selectie beginselen tot de opvatting kan leiden dat aan de niet-gecodificeerde beginselen minder betekenis toekomt.<sup>39</sup> Dit alles lijkt te schuren met het doel van de modernisering het wetboek te vereenvoudigen.

De kritiek richt zich, als gezegd, ook op de plaats van **codificatie** in het wetboek. De, op dit moment nog ongeschreven, beginselen strekken zich naast de opsporing ook uit over de vervolging, berechting en straftoemeting. Toch worden deze beginselen in Boek 3 (over vervolging) en Boek 4 (over berechting) niet opgenomen, terwijl bijvoorbeeld in Boeken 1 en Boek 3 weer beginselen zijn opgenomen die óók relevant kunnen zijn voor de opsporing (zoals de onschuldpresumptie (Boek 1) en het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging (Boek 3)).<sup>40</sup>

De beginselen zouden eventueel allemaal vooraan in het wetboek gecodificeerd kunnen worden, zodat zij daardoor ook uitdrukkelijk van toepassing worden verklaard op de vervolging, berechting en straftoemeting. Daartegenover staat dat de beginselen voor verschillende fasen in de strafvordering op verschillende wijze functioneren en dat een algemene codificatie in dat licht wellicht eerder rechtsvragen voor de praktijk oproept en daarmee tot procesbelasting vanwege de noodzakelijke rechtsvorming leiden. De beginselen verliezen hierdoor mogelijk aan kenbaarheid. Een mogelijke oplossing is om de beginselen afzonderlijk te codificeren voor verschillende fasen van strafvordering,<sup>41</sup> hoewel dit ook wel weer tamelijk omslachtig lijkt. Als gezegd heeft de Raad van State over deze punten al een aantal opmerkingen

<sup>36</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), 92-93.

<sup>37</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 354 (‘Titel 1.2. Algemene bepalingen over de uitoefening van bevoegdheden in het kader van het opsporingsonderzoek’). Overigens worden ook andere beginselen, zoals het recht op een eerlijk proces, de onschuldpresumptie en het slachtofferbelang in het nieuwe Wetboek gecodificeerd (zie artikelen 1.1.2, 1.1.3 en 1.1.4).

<sup>38</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 92, zie ook p. 808.

<sup>39</sup> Vgl. P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig’, *Delikt en Delinkwent DD 2018/8*, pp. 85-100; J.H. Gerards, *Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichts punten voor toekomstige codificatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 799.

<sup>40</sup> Zie daarover ook de rapportage bij Boek 1 in par. 2.

<sup>41</sup> P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig’, *DD 2018/8*, par. 7.



gemaakt. Deze opmerkingen hebben niet geleid tot aanpassing maar wel tot een uitgebreidere toelichting in de memorie van toelichting. De vraag is of dit voldoende is. Derhalve blijft een mogelijke vraag: Waarom wordt gekozen voor codificatie van algemene beginselen in Boek 2 en niet in alle relevante boeken afzonderlijk of vooraan in het nieuwe Wetboek van Strafvordering?<sup>42</sup>

### 3.4.3 Titel 1.2 (Toestemming College van procureurs-generaal)

Artikel 2.1.6 luidt: ‘Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aangewezen bevoegdheden worden niet uitgeoefend dan na voorafgaande toestemming van het College van procureurs-generaal’. In de memorie van toelichting wordt deze bepaling als volgt toegelicht:

‘Dit artikel regelt het vereiste van instemming van het College van procureurs-generaal bij de inzet van bepaalde opsporingsbevoegdheden, zoals nu opgenomen in het huidige artikel 140a en in de Aanwijzing voor de opsporing. Het gaat hier om zware opsporingsbevoegdheden waarbij de integriteit van de opsporing aan de orde kan zijn, zoals bij infiltratie. Bij dergelijke bevoegdheden toetst het College op advies van de Centrale toetsingscommissie de rechtmatigheid en behoorlijkheid van de voorgenomen inzet daarvan. Het betreft een interne toets van het College, niet een formeel vormvoorschrift. De reden om dit artikel desondanks in het nieuwe wetboek te handhaven is om ook in de wettelijke regeling van het opsporingsonderzoek duidelijk tot uitdrukking te laten komen dat de uitoefening van dergelijke bevoegdheden aan de instemming van het College is onderworpen.’<sup>43</sup>

Deze uitleg roept enkele vragen op die in de memorie van toelichting niet worden beantwoord. De nieuw voorgestelde bepaling sluit namelijk niet aan bij het huidige wettelijk stelsel. Bovendien heeft het College van procureurs-generaal aangegeven juist geen behoefte te hebben aan een wettelijke regeling op dit punt. Wij gaan op beide punten in.

#### *De verschillen tussen de nieuw voorgestelde bepaling en de thans vigerende regeling*

Het huidige artikel 140a Sv is ingevoerd om het destijds levende ongemak ten aanzien van twee specifieke opsporingsmethoden te benadrukken: de inzet van burgerinfiltranten en het ‘doorlaten’ (bijvoorbeeld van drugs). De toenmalige wetgever stond erop dat de opsporing op dit vlak onder nadrukkelijk toezicht van het College zou staan.<sup>44</sup> Het zgn. **doorlaatverbod** is thans geformuleerd in artikel 126ff Sv (en blijft in het wetsvoorstel gehandhaafd in art. 2.8.5). Uit de wetgeving blijkt verder dat het College de minister op de hoogte moet brengen van voorgenomen beslissingen met betrekking tot doorlaten (van bijvoorbeeld drugs) of het inzetten van burgerinfiltranten.<sup>45</sup> Art. 140a Sv regelt dus alleen voor twee specifieke bevoegdheden dat toestemming van het College nodig is – en wel ná het voorleggen van de beslissing aan de minister. Een specifieke AMvB is er niet.

De *Aanwijzing opsporingsbevoegdheden*<sup>46</sup> staat feitelijk los van artikel 140a Sv: het is een algemene aanwijzing van het College van procureurs-generaal<sup>47</sup> (en dus geen AMvB) die een breed scala aan onderwerpen met betrekking tot opsporingsbevoegdheden regelt. Het College benoemt in de aanwijzing onder meer een aantal opsporingsbevoegdheden waarvoor

<sup>42</sup> Zie daarover ook de rapportage bij Boek 1 in par. 2.

<sup>43</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 361-362.

<sup>44</sup> *Kamerstukken II 1998/99*, 25403, nr. 16.

<sup>45</sup> Artikel 131, vijfde lid, Wet op de Rechterlijke organisatie, welke bepaling nader is uitgewerkt in artikel 9 lid 2 van het Reglement van Orde van College van procureurs-generaal (*Stcr.* 2022, 23788).

<sup>46</sup> *Stcrt.* 2014, 24442

<sup>47</sup> Als bedoeld in artikel 130, zesde lid, Wet op de Rechterlijke organisatie.

(intern binnen het OM) toestemming van het College (maar niet het voorleggen aan de minister<sup>48</sup>) nodig is. Bovendien is in die aanwijzing geregeld dat in alle gevallen eerst een advies van de zgn. Centrale Toetsingscommissie (CTC) moet worden verkregen.

Kennelijk beoogt de wetgever het nu bestaande stelsel te stroomlijnen en in één AMvB te bepalen voor welke bevoegdheden specifieke toestemming – na advisering door de CTC – van het College van PG's is vereist. Onduidelijk is echter welke andere bevoegdheden de wetgever daarbij in gedachten heeft. Onduidelijk is ook of de AMvB die de regering in gedachten heeft de *Aanwijzing opsporingsbevoegdheden* in zijn geheel moet vervangen.

#### *De bezwaren van het College van procureurs-generaal*

In het concept-wetboek was deze regeling nog opgenomen als derde lid van art. 1.3.1.1 (thans art. 1.3.1). Het College heeft in zijn consultatieadvies in 2017 echter aangegeven geen voorstander van deze regeling te zijn.<sup>49</sup> Het College stelde dat de **betekenis van artikel 140a Sv in de praktijk zeer gering is**. Het voegde daaraan toe dat een wettelijke versterking van de verantwoordelijkheid van het College voor de voorbereiding, totstandkoming en uitvoering van een evenwichtig opsporings- en vervolgingsbeleid niet in het Wetboek van Strafvordering zou moeten worden opgenomen. In dat wetboek gaat het immers om de processuele afwikkeling van de individuele strafzaak. Het College geeft aan te vrezen voor de situatie waarin zijn beleid als zodanig ter toetsing aan de rechter wordt voorgelegd.<sup>50</sup> Het College is in zijn consultatieadvies uiteindelijk van oordeel dat de structuur van verantwoording ten opzichte van de minister op dit punt voldoende is.<sup>51</sup>

In weerwil van deze kritiek is het voorgestelde artikellid niet geschrapt, maar verplaatst naar Boek 2. Een nadere toelichting waarin wordt ingegaan op het eerdere, kritische, standpunt van het OM is hierbij echter niet gegeven.

#### *Onduidelijk wat met het nu voorliggende voorstel wordt beoogd*

Het vervangen van het specifiek (met betrekking tot twee situaties geformuleerd) artikel 140a Sv door een generiek geformuleerde bepaling die verwijst naar een AMvB is intussen een keuze die consequenties kan hebben voor het specifieke toezicht dat de wetgever destijds wenste te realiseren op het gebied van doorlaten en burgerinfiltratie. Onduidelijk blijft intussen of – en zo ja, in welke gevallen – voorgenomen beslissingen aan de Minister van Justitie en Veiligheid moeten worden voorgelegd (bedoeld in art. 131 lid 5 RO). Zonder nadere wijziging zal straks (denkelijk onbedoeld) een systeem ontstaan waarin álle in art. 2.1.6 bedoelde beslissingen aan de minister moeten worden voorgelegd.

Zonder duidelijke toelichting blijft het verder speculeren over de beweegredenen om (a) de voorgestelde regeling, ondanks de bezwaren van het College van PG's, wel te handhaven, maar (b) deze los te maken van het algemene artikel 1.3.1 en te verplaatsen naar de Algemene bepalingen van Boek 2. De regering heeft wellicht voor ogen gehad om de meer institutionele bepalingen over het College (thans art. 1.3.1) los te maken van eventuele organisatorische

<sup>48</sup> Artikel 9 lid 1 van het Reglement van Orde van College van procureurs-generaal (*Strc.* 2022, 23788) stipuleert alleen generiek dat het College de minister op de hoogte houdt van algemene ontwikkelingen, van voorvallen en strafzaken van bijzonder belang voor de strafrechtelijke rechtshandhaving.

<sup>49</sup> Advies OM inzake Boek 1, bijlage bij de MvT (blg-1081606), p. 11-13.

<sup>50</sup> 'Toetsing aan het beleid moet echter geen toetsing van het beleid worden', Advies OM inzake Boek 1, bijlage bij de MvT (blg-1081606), p. 12.

<sup>51</sup> Advies OM inzake Boek 1, bijlage bij de MvT (blg-1081606), p. 12 (''Het samenstel aan waarborgen, bestaande uit de toestemming van het College en het informeren van de minister van Veiligheid en Justitie, zoals neergelegd in de Wet RO en de Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden van het College maakt dat een extra wettelijke grondslag in het Wetboek van Strafvordering geen toegevoegde waarde heeft. Het College adviseert om het derde lid van artikel 1.3.1.1 in zijn geheel te schrappen'.)

consequenties van concrete beleidskeuzes (zoals in dit geval het vereiste van toestemming van het College voor bepaalde opsporingsbevoegdheden en daarmee samenhangend het advies van de CTC).

De nadrukkelijke opmerking dat het gaat om een ‘interne toets’ (en *niet* om een vormvoorschrift) suggereert verder wellicht dat het niet de bedoeling is dat de rechter toetst of en hoe het beleid in concrete strafzaken is nageleefd – en dat niet-naleving ervan dus niet als ‘onrechtmatig handelen’ in de zin van art. 4.3.13-4.3.16 (thans: ‘vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv) moet worden gezien. Jurisprudentie van de Hoge Raad roept echter de vraag op of deze benadering houdbaar is.<sup>52</sup>

Kort en goed: het nu voorliggende voorstel impliceert enerzijds dat een deel van de inhoud van een specifiek wettelijk voorschrift (art. 140a Sv) voortaan in een AMvB wordt geregeld. Anderzijds beoogt het voorstel nu (onderdelen uit) een door het College van procureurs vastgestelde aanwijzing (de *Aanwijzing opsporingsbevoegdheden*) over te hevelen naar een (door de regering vast te stellen) AMvB. Tegelijk suggereert de memorie van toelichting dat hier eigenlijk vooral een intern proces geregeld wordt, dat niet als een vormvoorschrift moet worden gezien. Dit roept verschillende vragen op. In hoeverre is men zich ervan bewust dat, met het voorgestelde art. 2.1.6 het destijds specifiek door de Tweede Kamer in de wet neergelegde toezicht op het doorlaatverbod en burgerinfiltratie gerelativeerd zou kunnen worden? Kan nader worden toegelicht hoe wordt aangekeken tegen de eerder geuite wens van het College van procureurs-generaal om artikel 2.1.6 in het geheel niet meer op te nemen in het Wetboek van Strafvordering, omdat het een interne aangelegenheid zou betreffen? Klopt het dat, anders dan thans het geval is met betrekking tot artikel 140a Sv en de *Aanwijzing voor de opsporing*, men van mening is dat artikel 2.1.6 niet gezien moet worden als een vormvoorschrift (maar als een interne regeling), waardoor niet-naleving ervan niet als ‘onrechtmatig handelen’ in de zin van artikel 4.3.13-4.3.16 (thans: ‘vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv) moet worden beoordeeld? Welk signaal wordt afgegeven door introductie van een voorschrift waarvan op voorhand al wordt gezegd dat het geen ‘formeel vormvoorschrift’ is?

#### 3.4.4 Titel 1.2 (Algemene machtigingsmogelijkheid)

In artikel 2.1.7 is een bijzondere bepaling opgenomen. De officier van justitie kan ervoor kiezen om in geval van bevoegdheden waartoe hij volgens de wet in beginsel zelf een bevel kan geven om die toe te passen, zekerheidshalve eerst een machtiging van de RC te vragen.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad (o.m. over het onderzoeken van smartphones en over het gebruik van data afkomstig van zgn. PGP-servers) is inmiddels gebleken dat deze algemene **machtigingsmogelijkheid** van artikel 2.1.7 in de praktijk al moet worden aangenomen.<sup>53</sup> Deze machtigingsmogelijkheid wordt in het nieuwe Wetboek met het oog op de toegankelijkheid en kenbaarheid van het recht gecodificeerd als ‘**vangnetbepaling**’. In aanvulling daarop is geëxpliciteerd dat de officier van justitie beroep kan instellen tegen de afwijzing van

<sup>52</sup> De Hoge Raad lijkt ervan uit te gaan dat het niet naleven van de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden een vormverzuim kan opleveren. Daarbij stelt de Hoge Raad wel dat het niet naleven van een dergelijk voorschrift (met betrekking tot interne besluitvorming die voorafgaat aan het door het Openbaar Ministerie toepassen van wettelijke bevoegdheden) niet als zodanig ernstig gezien hoeft te worden dat daaraan verstrekkinge rechtsgevolgen als bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkverklaring van het OM verbonden zouden moeten worden. HR 28 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:479, r.o. 3.4. Zie ook de conclusie van AG Keulen (ECLI:NL:PHR:2023:151), randnummer 16.

<sup>53</sup> HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913. Wij denken hierbij met name aan de zgn. Smartphone-jurisprudentie (HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584), de PGP-jurisprudentie (HR 28 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:900; HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913) en het zgn. Post-Prokuratuur-arrest (HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475).

een vordering om een machtiging. Aanleiding van de rechtspraak van de Hoge Raad en de daaropvolgende codificatie van deze machtigingsmogelijkheid is ook gelegen in het eerdergenoemde Prokuratuur-arrest dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in 2021 wees.<sup>54</sup> Uit dit arrest blijkt dat het HVJ EU, anders dan het huidige en het nieuwe Wetboek van Strafvordering, tussenkomst van de rechter-commissaris vereist ten aanzien van het vorderen van bepaalde verkeers- en locatiegegevens. Het is niet ondenkbaar dat deze jurisprudentiële ontwikkeling in de toekomst ook op andere terreinen implicaties heeft. In het Nader Rapport heeft de regering echter aangegeven dat er op dit moment niet wordt gekozen voor een herijking van de (digitale) opsporingsbevoegdheden.<sup>55</sup> Juist ook in verband hiermee is de bepaling van artikel 2.1.7 dus als vangnet te zien.<sup>56</sup> Deze benadering is erg voorzichtig, gezien de ontwikkelingen van de Europese jurisprudentie wat betreft de waardering van de ingrepen in de persoonlijke levenssfeer en de in verband daarmee vereiste betrokkenheid van een rechter. Het roept de vraag op of het verstandig is om nu in het midden te laten voor welke bevoegdheden de OvJ op basis van de ontwikkelingen in de jurisprudentie reeds nu eigenlijk al min of meer verplicht is een machtiging te vragen. Waarom is voor deze afwachtende koers gekozen en zou een **pro-actieve koers** – dus ten aanzien van een of méér bevoegdheden toch al voor te sorteren op een machtiging van de rechter-commissaris – niet wenselijker zijn? Aan deze vragen en aan de achtergrond ervan wordt nader aandacht besteed in onderdeel 7 (in het bijzonder 7.4.5 en 7.4.6), alsmede in onderdeel 8 inzake de heimelijke bevoegdheden. Artikel 2.1.7 bevat verder geen kader omtrent de in te dienen vordering en/of de door de RC te nemen beslissing, terwijl bijvoorbeeld in artikel 2.10.1 e.v. wel vormvoorschriften worden gesteld aan door de OvJ te vorderen onderzoekshandelingen en de door de RC op dergelijke vorderingen te nemen beslissingen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de eis dat de vordering een omschrijving van het strafbare feit en, wanneer bekend, de naam van de verdachte bevat (art. 2.10.1 lid 2) alsmede de eis dat de verdachte in kennis wordt gesteld van de vordering (art. 2.10.1 lid 3). **Dit levert de volgende vragen op: aan welke criteria toetst de RC wanneer hem op grond van artikel 2.1.7 om een machtiging wordt gevraagd voor toepassing van een bevoegdheid die de officier van justitie volgens de wet zelfstandig kan (laten) toepassen? Hoe verhouden de in artikel 2.10.1 e.v. gestelde vormvoorschriften m.b.t. vorderingen om onderzoek door de RC zich tot de in artikel 2.1.7 voorgestelde procedure?**

### 3.4.5 Algemene bevoegdheidsbepaling

In artikel 2.1.9 (Titel 1.3) is een **algemene bevoegdheidsbepaling** opgenomen op basis waarvan **minder ingrijpende onderzoekshandelingen** aangewend kunnen worden. In de memorie van toelichting wordt erkend dat niet altijd helder is waar de begrenzing precies ligt, wat tot zekere rechtsonzekerheid kan leiden. In de literatuur is daarom geopperd om een wettelijke grondslag te scheppen om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te kunnen stellen.<sup>57</sup> Dit voorstel wordt niet overgenomen, omdat nadere normering in algemene maatregelen van bestuur de onmogelijkheid om te voorzien in een uitputtende normering van onderzoekshandelingen niet werkelijk zou kunnen verminderen en omdat het kenmerk van sommige bevoegdheden juist is dat ze soms wél en soms níet binnen de in de jurisprudentie getrokken grenzen blijven.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152.

<sup>55</sup> *Kamerstukken II*, 36327, nr. 4, p. 127.

<sup>56</sup> Zie ook *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 62, p. 335 en p. 363.

<sup>57</sup> M.J. Borgers, 'Normering van lichte opsporingshandelingen', *DD* 2015/15.

<sup>58</sup> *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 367.

Dat neemt niet weg dat in het huidige voorstel zelfs de algemene in de jurisprudentie getrokken **lijnen niet expliciet in de wettekst** zijn overgenomen. Die lijnen komen op het volgende neer: opsporingshandelingen mogen geen of slechts een beperkte inbreuk maken op grondrechten van burgers en niet zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.<sup>59</sup> In de memorie van toelichting wordt daarnaast niet genoemd dat, bijvoorbeeld met betrekking tot niet-stelselmatige observaties, door de Hoge Raad ook nog is bepaald dat dergelijke **onderzoekshandelingen ook al mogen worden verricht wanneer er nog geen concrete verdenking van strafbare feiten bestaat**. Zij moeten wel gezien worden als onderdeel van het ‘voorbereidend onderzoek’ (art. 132 Sv). De Hoge Raad oordeelde daarnaast dat artikel 152 Sv, ofschoon niet rechtstreeks van toepassing op de aan opsporing voorafgaande fase, met zich brengt dat er enige verslaglegging niet achterwege zal mogen blijven.<sup>60</sup>

Voor wat betreft de vraag hoe moet worden vastgesteld of een inbreuk op een grondrecht ‘slechts beperkt’ is, geeft de hiervoor genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad ook handvatten: beoordeeld moet worden of niet een ‘min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands privéleven’ kan ontstaan door gebruik van de opsporingsactiviteit. Deze afbakening is van oudsher, in navolging van de wetsgeschiedenis bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, ook gebruikt om ‘stelselmatige observatie’ te onderscheiden van ‘niet-stelselmatige observatie’.<sup>61</sup> Het is dus alleszins logisch om te veronderstellen dat onderzoek dat als niet-stelselmatig kan worden gekenschetst en ook overigens niet zeer risicovol is voor de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing, onder artikel 2.1.9 te brengen is als een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt. **De vraag zou dus kunnen zijn waarom in het voorstel niet specifiek is aangesloten bij de bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad.** Afgezien van het voorgaande is in de afgelopen jaren in de literatuur een aantal keer aandacht gevraagd voor het **op grote schaal toepassen** van onderzoekshandelingen die, **ieder individueel beschouwd**, een beperkte inbreuk op grondrechten met zich brengen. Het verwerken van aldus verzamelde informatie zal niet gauw leiden tot een ‘min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van het privéleven’ **van één persoon**. Desalniettemin kan het verwerken en koppelen van grote hoeveelheden gegevens tot problemen in de grondrechtensfeer leiden. De casus van het zogenoemde ‘Sensingproject Outlet Roermond’ is een in dat verband zeer aansprekend voorbeeld.<sup>62</sup> Dergelijk preventief optreden door de politie, zeker in situaties waarin er nog geen verdenking is, blijft – zolang er niemand wordt aangehouden – tamelijk onzichtbaar. **Risico’s** van bijvoorbeeld **etnisch profileren** liggen op de loer. Bovendien rijzen er, bij het vergaren van dergelijke hoeveelheden gegevens, vragen met betrekking tot gegevensverwerking (zie 2.1 hierboven). Het nadrukkelijker legitimeren van ‘ongereguleerde’ (preventieve) opsporing schept, tenslotte, impliciet ook nadrukkelijker verplichtingen met betrekking tot de verslaglegging. Dit nog los van het gegeven dat, zoals in het nu voorliggende voorstel, het begrip ‘opsporingsonderzoek’ de plaats van ‘voorbereidend onderzoek’ inneemt, waardoor de verslagleggingsverplichtingen voor opsporingsambtenaren onverkort zullen gelden voor de in artikel 2.1.9 bedoelde onderzoekshandelingen, óók wanneer zij zijn

<sup>59</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 365 en HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1563, NJ 2015/114 (Stille SMS) en HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1562, NJ 2015/115 (IMSI-catcher).

<sup>60</sup> HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, NJ 2013, 413 m.nt. M.J. Borgers; AA 2013/0222 m.nt. T. Kooijmans, r.o. 2.6.3; HR 19 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:80, NJ 2021, 109 m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 2.4.

<sup>61</sup> Zie bijvoorbeeld HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, NJ 2013, 413 m.nt. M.J. Borgers; AA 2013/0222 m.nt. T. Kooijmans. De afbakening komt nu ook voor in in art. 2.1.1: van ‘stelselmatig’ onderzoek aan gegevens is sprake als door dat onderzoek een ‘min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands privéleven’ kan ontstaan.

<sup>62</sup> L. Stevens, M. Hirsch Ballin, Mr, M. Galič e.a., ‘Strafvorderlijke normering van preventief optreden op basis van datakoppeling’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021, p. 234-245; A. Das, ‘Waar zijn de menselijke belangen gebleven?’, *Boom Strafblad* 2023-2, p. 66-72.

verricht in een fase van het onderzoek waarin er nog geen concrete verdenking was.<sup>63</sup> **Zou in de wettekst, of anders tenminste in een nadere toelichting, niet benadrukt moeten worden dat deze algemene bevoegdheid onder omstandigheden óók gebruikt mag worden als er nog geen verdenking is? En zou in dat verband niet nadrukkelijk gewezen moeten worden op de aard en mate van verslaglegging die nodig is en welke aanvullende waarborgen omtrent gegevensverwerking nodig zouden zijn?**

### 3.4.6 Verslaglegging door opsporingsambtenaren

#### *Uitbreiding verbaliseringsplicht*

Artikel 2.1.10 lid 2 beoogt (de reeds staande praktijk) vast te leggen dat feiten en omstandigheden die voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de opsporing van belang kunnen zijn, worden vastgelegd. In de literatuur is de vraag gesteld of, specifiek met betrekking tot onderzoekshandelingen waarbij gebruik wordt gemaakt van geautomatiseerde (al dan niet zelflerende) systemen, **specifiekere verplichtingen** met betrekking tot **de verslaglegging** zouden moeten worden geformuleerd. Met betrekking tot de selectie en analyse van gegevens in omvangrijke datasets wordt als aanvullende eis voorgesteld om **logbestanden** bij te houden.<sup>64</sup> In deze rapportage wordt in onderdeel 4.4 hieronder (dat o.a. ziet op technisch opsporingsonderzoek) nader op deze kwestie ingegaan.

#### *Mogelijkheid tot uitstellen van opmaken proces-verbaal in geval van opnamen*

Artikel 2.1.10 lid 3 voorziet in de nieuwe mogelijkheid voor opsporingsambtenaren om het opmaken van een proces-verbaal uit te stellen wanneer van datgene wat zij tot opsporing hebben verricht of bevonden, een geluids- of beeldopname is gemaakt. In dat geval zou volstaan kunnen worden met een verkort proces-verbaal (art. 2.1.11 lid 3), wat een vermindering van de werklast moet opleveren. Een kritiekpunt is dat **schriftelijke en audiovisuele vastlegging**, onder meer vanwege de mate van volledigheid van de informatie, en de mate van indringendheid en overtuigende kracht, **geen inwisselbare equivalenten** zijn.<sup>65</sup> Of een (gedeeltelijke) vervanging van de inhoud van processen-verbaal door een opname haalbaar en wenselijk is, zou volgens sommige auteurs in een experiment moeten worden gezien, omdat belangrijke informatie daaromtrent nu nog ontbreekt.<sup>66</sup> In de **Innovatiewet Strafvordering** is weliswaar voorzien in een pilot (zie art. 560 Sv), maar het is de vraag of in dat verband de bedoelde experimenten nadrukkelijk worden onderzocht. In de memorie van toelichting geeft de regering aan dat deze pilot kan leiden tot het al dan niet uitvaardigen van een AMvB met aanvullende regels (op grond van art. 2.1.11 lid 4).<sup>67</sup> Zij lijken dus te verwachten dat de pilot in beginsel **niet zal leiden tot de aanbeveling om deze voorgestelde wijziging niet door te zetten**.

Hoewel wij beseffen dat de pilot nog geëvalueerd zal worden, is het goed om hier op te merken we toch op dat de hier voorgestelde maatregel (ter werklastvermindering) op gespannen voet lijkt te staan met de in artikel 2.3.3 e.v. voorgestelde aanscherpingen met betrekking tot

<sup>63</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), 342-343.

<sup>64</sup> R.M. te Molder, 'Digitaal forensische zoekmachines, effectieve verdedigingsrechten en de modernisering van het Wetboek van Strafvordering: is aanpassing van het conceptwetsvoorstel gewenst?', *Boom Strafblad* 2022-5, p. 178-186, zie vooral p. 185-186.

<sup>65</sup> M.J. Dubelaar en G.N.G. Vanderveen, 'Beeld en geluid in het strafproces, Implicaties van de opkomst van (audio)visuele technieken en materialen voor communicatie en besluitvorming in de strafrechtspraktijk', *NJB* 2009, p. 1954-1960, paragraaf 3.

<sup>66</sup> M. Kessler, *Audiovisuele verslaglegging in een gemoderniseerd Wetboek van Strafvordering* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2016, hoofdstuk 5.

<sup>67</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 371.

de verslaglegging van door opsporingsambtenaren afgenomen verhoren (met verdachten en getuigen). Bovendien lijkt – zonder enige indicatie van de inhoud van de AMvB's die **kunnen** worden vastgesteld op grond van artikelen 2.1.10 lid 6 en 2.1.11 lid 4 – er een **grote discretionaire ruimte** te zijn voor opsporingsambtenaren om het opmaken van processen-verbaal van verhoor **uit te stellen**. Dit terwijl de inhoud van bepaalde verhoren al in een vroeg stadium van het opsporingsonderzoek van belang kunnen zijn (bijvoorbeeld in het kader van het beoordelen van de (verlenging) van voorlopige hechtenis of in het kader van te formuleren onderzoekswensen). **De 'beweging naar voren' valt of staat met adequate verslaglegging.** Gezien deze bedenkingen kan de vraag worden opgeworpen **waarom** de regering **niet wacht met codificatie in artikel 2.1.10 lid 3 tot meer duidelijkheid bestaat over de voor- en nadelen van de vervanging van schriftelijke stukken door audiovisuele opnamen?**

*De tussenkomst van de hulpofficier bij het inzenden van een proces-verbaal*

Een opvallend punt in artikel 2.1.12 is dat toezending van processen-verbaal van opsporingsambtenaren, zoals ook in het huidige artikel 156 Sv, nog steeds plaats dient te vinden door tussenkomst van de hulpofficier van justitie. In de memorie van toelichting wordt daarover het volgende opgemerkt:<sup>68</sup>

'De voorwaarde van tussenkomst van de hulpofficier van justitie is in het eerste lid voorlopig behouden. Met het oog op het bevorderen van de kwaliteit van processen-verbaal is er immers wat voor te zeggen om ook in de wet te verzekeren dat de hulpofficier van justitie in staat wordt gesteld de processen-verbaal waar aangewezen te controleren of doen controleren voordat deze uitgaan. Finale beoordeling van de vraag of het vereiste van tussenkomst van de hulpofficier van justitie uiteindelijk zal worden gehandhaafd, kan pas plaatsvinden wanneer de beleidsontwikkeling met betrekking tot de rol van de hulpofficier van justitie volledig is afgerond.'

Het is goed om op te merken dat dit een punt is in een bredere discussie, namelijk die over **de rol van de hulpofficier van justitie in de opsporing** en over **de kwaliteit van de verslaglegging door de politie**.<sup>69</sup> In de conceptversie van de moderniseringswet uit 2017 wilde de regering nog 'opsporingsambtenaren die operationeel leiding geven aan de opsporing' de kwaliteit van de processen-verbaal laten controleren (zie art. 1.3.3.4 en 2.1.4.3 van de conceptversie), juist omdat in de praktijk de hulpofficier **niet** meer degene zou zijn die in de praktijk toeziet op de inhoud en kwaliteit van processen-verbaal.<sup>70</sup>

Tegen deze benadering bestond nogal wat **weerstand**. Zijdens de politie werd nadrukkelijk aangegeven dat het bewaken van de kwaliteit van processen-verbaal een interne aangelegenheid is en dat de wetgever zich met dergelijke interne werkprocessen niet zou moeten bemoeien. Bovendien is het inrichten van controle slechts één van de mogelijke interventies, die niet de voorkeur heeft van de politie: 'ervaring wijst uit dat het inrichten van kwaliteitscontroles geen structurele bijdrage levert aan het verhogen van de kwaliteit van medewerkers.'<sup>71</sup> Daartegenover stond het standpunt van het College van procureurs-generaal.<sup>72</sup> Enerzijds benadrukt ook het College dat de kwaliteit van het proces-verbaal primair de verantwoordelijkheid is van de politie en dat het inderdaad goed is om een hogere functionaris aan

<sup>68</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 377.

<sup>69</sup> Uitgebreid: J.M.W. Lindeman, 'De hulpofficier van justitie 'nieuwe stijl' en de modernisering van het Wetboek van Strafvordering', *TMSv* 2018 (1), p. 29-40.

<sup>70</sup> Zie de MvT bij het concept-voorstel van Boek 1, art. 1.3.3.4 (p. 118).

<sup>71</sup> Advies Politie inzake Boeken 1 en 2 (bijlage (blg-1081626) bij *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT)*), bijlage 2, p. 7-8.

<sup>72</sup> Advies OM inzake Boek 1, bijlage (blg-1081606) bij *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT)*, p. 14-16.

te wijzen die op die kwaliteit toeziet.<sup>73</sup> De figuur van de operationeel leidinggevende sprak het College echter niet aan. Het bevestigde de praktijk dat de leidinggevende vaak niet de hulpofficier is, maar vond dat ten aanzien van die leidinggevende weer niet duidelijk was of deze altijd over de vereiste strafvorderlijke kennis zou beschikken:

‘de strafvorderlijk bekende hulpofficier van justitie [dient] bij uitstek wel [...] te beschikken over de juiste kennis, het niveau én de strafvorderlijke autoriteit om die rol te vervullen. Dat in de praktijk de hulpofficier van justitie niet altijd voor de uitvoering van die taak goed is gepositieerd en bovendien in de praktijk vaak tevens belast is met taken buiten het strafvorderlijke kader, is een andere kwestie. Dat vraagstuk dient in het kader van de hiervoor genoemde verdere ontwikkeling richting een ‘toekomstbestendige opsporing’ te worden geadresseerd.’<sup>74</sup>

Het College is derhalve van oordeel dat de in artikel 2.1.4.3 neergelegde verantwoordelijkheid – zoals hiervoor aangegeven bij de hulpofficier van justitie in plaats van de operationeel leidinggevende – gehandhaafd dient te worden. Het College adviseert om in de memorie van toelichting het belang van een goede invulling van die verantwoordelijkheid door de opsporingsinstanties richtinggevend te benadrukken.<sup>75</sup>

Zonder er verder nog veel woorden aan te besteden is in het uiteindelijke wetsvoorstel de suggestie van het College van procureurs-generaal opgevolgd. Dat roept toch vragen op. Ten eerste hebben zowel de minister als het College in de consultatiefase immers nadrukkelijk erkend dat in de **praktijk vaak helemaal geen sprake is van tussenkomst door de hulpofficier van justitie**. Het zou aldus wat verbazing kunnen oproepen dat in het kader van een moderniseringsoperatie op dit punt lijkt te worden vastgehouden aan een bepaling waarvan algemeen bekend is dat zij al lang niet meer aansluit bij de praktijk. Hiermee hangt samen dat in de memorie van toelichting wordt aangegeven dat de **hulpofficier van justitie ‘waar aangewezen’ de processen-verbaal dient te controleren of te doen controleren**. Daarmee wordt de suggestie gewekt dat het voorgestelde artikel 2.1.12 lid 1 een zekere discretionaire ruimte laat, terwijl dit uit de wettekst niet volgt. Onduidelijk is bovendien **wie die discretionaire ruimte heeft: wie beslist of het ‘aangewezen’ is om processen-verbaal te (doen) controleren? En binnen welk kader moet dat dan gebeuren? Is er op dit punt al een bepaalde praktijk waarbij aansluiting wordt beoogd? Dit zijn wat ons betreft belangrijke vragen die raken aan de kern van een voor de opsporing en vervolging essentieel proces (de kwaliteit van de verslaglegging)**. Dit zijn ook vragen die al veel langer bekend zijn en ten aanzien waarvan het nemen van concrete beslissingen steeds uitgesteld lijkt te worden.

Ten tweede lijkt het huidige voorstel niet heel nadrukkelijk terug te komen op de in de consultatiefase al gemaakte opmerkingen over de kwaliteit van de verslaglegging van de opsporing. De opmerking dat ‘er iets voor is te zeggen’ om de hulpofficieren van justitie hier een rol te geven is in dit verband niet zo veelzeggend. Dit alles terwijl over de kwaliteit van processen-verbaal inderdaad discussie is. In kritische rapporten heeft de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad gewezen op de soms gebrekkige verslaglegging in zaken waarin strafbeschikkingen

<sup>73</sup> Het College geeft daarbij overigens wel aan dat het niet zou moeten gaan om een kwaliteitstoets op het niveau van de individuele strafzaak, ‘maar juist ook op een abstracter niveau (bijvoorbeeld aan de hand van door hem te nemen streekproeven en het geven van meer algemene aanwijzingen), waardoor er binnen de opsporingsinstantie een belangrijke bijdrage wordt geleverd aan het verbeteren van de kwaliteit’ (Advies OM inzake Boek 1, bijlage (blg-1081606) bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 15-16).

<sup>74</sup> Advies OM inzake Boek 1, bijlage (blg-1081606) bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 15-16.

<sup>75</sup> Advies OM inzake Boek 1, bijlage (blg-1081606) bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 15-16.



waren uitgevaardigd.<sup>76</sup> In strafzaken die wel door de rechter worden behandeld leidt onjuiste of onvolledige verslaglegging soms tot het oordeel dat het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsrecht heeft verspeeld of dat bewijs moet worden uitgesloten.<sup>77</sup> Eigenlijk zijn alle betrokkenen het er wel over eens dat er zeker ruimte is voor verbetering.

Discussies over de kwaliteit van de verslaglegging door de politie en over de rol van (bijvoorbeeld) de hulpofficier van justitie in dit verband blijven intussen (ook in deze memorie van toelichting) op een zijspoor staan. Het is te begrijpen dat het in het kader van dit specifieke wetsvoorstel wellicht niet wenselijk is om te streven naar een sluitende oplossing voor deze kwestie. Tegelijk is wél denkbaar dat in het huidige wetsvoorstel geanticipeerd wordt op een toekomst waarin door de politie in samenspraak met het OM nadere afspraken worden gemaakt over de wijze waarop de politie, onder gezag van het OM, aan kwaliteitsbevordering en -bewaking van de verslaglegging doet.

Eenzijds is ook hier sprake van een kwestie die eerder de institutionele verhoudingen tussen de politie en het OM betreft en die in de kern betrekking heeft op de wijze waarop aan kwaliteitszorg wordt gedaan binnen de politie, en waarvan de vraag is **in hoeverre het Wetboek van Strafvordering deze institutionele verhouding** moet regelen. Anderzijds blijft het, zo blijkt ook uit de inmiddels in werking getreden Innovatiewet Strafvordering, een ambitie om de positie van hulpofficier van justitie blijvend te versterken en lijkt het onontkoombaar dat er bij de politie een zekere discretionaire ruimte is om invulling te geven aan de voor een kwalitatief hoogstaande strafvordering noodzakelijke kwaliteitstoets met betrekking tot de verslaglegging omtrent opsporingsactiviteiten. Zou het niet goed zijn om, in het kader van het nu voorliggende wetgevingsvoorstel, het al jarenlang beloofde duidelijke beleid omtrent de verbetering van de functie van de hulpofficier daadwerkelijk te realiseren?

Kan, gezien het feit dat in de praktijk veel situaties voorkomen waarin geen sprake is van tussenkomst van de hulpofficier van justitie voorafgaand aan het insturen van een proces-verbaal, meer duidelijkheid worden gegeven over de gemaakte afweging omtrent het al dan niet behouden van het vereiste van tussenkomst van de hulpofficier van justitie bij toezending van processen-verbaal en over de rol die de beleidsontwikkeling over de rol van de hulpofficier van justitie hierin speelt?

### 3.4.7 Vastleggen van bevelen en machtigingen daartoe

#### *Algemene regeling voor het vastleggen van bevelen*

Een belangrijke wijziging vormt de voorgestelde algemene regeling in artikelen 2.1.13, 2.1.14 en 2.1.15 voor het vastleggen van bevelen en van machtigingen en van vorderingen daartoe. Op grond hiervan worden bevelen slechts dan afzonderlijk vastgelegd indien de wet dat bepaalt. Doel is de vermindering van administratieve lasten.<sup>78</sup> De vastlegging van bevelen is noodzakelijk omdat de rechtmatigheid van de opsporing uiteindelijk altijd door de rechter dient te kunnen worden gecontroleerd. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft dan ook opgemerkt dat de voorgestelde regeling het risico met zich brengt dat de schriftelijke weergave achteraf van het (mondelijke) bevel in het proces-verbaal afwijkt van het door de

<sup>76</sup> Procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, *Beschikt en gewogen. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen*, Den Haag 2015 en Procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, *Buiten de rechter OM. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen*, Den Haag 2022.

<sup>77</sup> M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing: Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 273-276. Zie ook J.M.W. Lindeman, 'De niet-ontvankelijkheid van het OM en het rechterlijk pardon', *TBSH* 2021 (2), p. 113-122, p. 115 en 117.

<sup>78</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 26, p. 336, p. 379 e.v.

bevoegde autoriteit gegeven bevel.<sup>79</sup> Het advies van de Afdeling om het voorstel te heroverwegen dat bevelen alleen bij uitzondering afzonderlijk worden vastgelegd, is niet opgevolgd. De vraag die in verband hiermee rijst is of **een mogelijke lastenverlichting boven het belang van een goede verslaglegging van het opsporingsonderzoek prevaleert**. Meer specifieke vragen worden in dit verband in onderdelen 2.3, 7.4.1 en 8.4.1 van deze rapportage gesteld.

### 3.4.8 Toestemming voor onderzoekshandelingen

Titel 1.6 artikelen 2.1.16 en 2.1.17 bevatten een, in het huidige Wetboek afwezige, **algemene regeling over het geven van toestemming** door de verdachte of een derde voor onderzoekshandelingen. Hiermee wordt beoogd aan te sluiten bij de recente rechtspraak van de Hoge Raad hieromtrent.<sup>80</sup> Uit deze en Europese rechtspraak<sup>81</sup> volgt dat bij de totstandkoming van toestemming sprake moet zijn van vrijwilligheid en ondubbelzinnigheid.<sup>82</sup> Bovendien heeft de Hoge Raad nadrukkelijk bepaald dat, naarmate de ingrijpendheid van de onderzoekshandeling toeneemt, het belang van informatie over de consequenties van deze toestemming ook toeneemt. De huidige codificatie oogt als een wel heel algemene weergave van deze jurisprudentie, terwijl bijvoorbeeld in het huidige artikel 28a Sv (het voorgestelde artikel 1.4.6) de vrijwilligheid en ondubbelzinnigheid wél nadrukkelijk worden genoemd. In de memorie van toelichting wordt op zich onderkend dat de concrete invulling van het proces van totstandkoming van toestemming kan verschillen, afhankelijk van het geval en de opsporingsbevoegdheid, maar de algemene in de jurisprudentie getrokken lijn zou nadrukkelijker in de wet genoemd kunnen worden. **Waarom is ervoor gekozen de eisen van vrijwilligheid en ondubbelzinnigheid niet in de algemene regeling over toestemming voor onderzoekshandelingen te codificeren?**

### 3.5 Samenhang met andere onderdelen van het wetsvoorstel

- Titel 1.1. Een aantal definitiebepalingen is, o.a. naar aanleiding van de Commissie-Koops, in artikel 2.1.1 gemoderniseerd (of voor het eerst geformuleerd). Relevante definities voor andere onderdelen van het nieuwe Wetboek zijn:

De definities van het **kennisnemen, overnemen en onderzoek van gegevens**. Het kennisnemen van gegevens wordt gedefinieerd als *het waarnemen van gegevens door een persoon, waarbij de gegevens zich tonen in voor menselijke interpretatie vatbare vorm*. Het overnemen van gegevens wordt gedefinieerd als *het kopiëren van gegevens uit een externe bron*. Het onderzoek van gegevens omvat zowel het kennisnemen als het overnemen van gegevens en wordt gedefinieerd als *het geheel aan handelingen dat moet worden verricht om gegevens over te nemen of daarvan kennis te nemen*.

Wanneer dit onderzoek van gegevens een **stelselmatig karakter** krijgt, wordt gesproken van stelselmatig onderzoek van gegevens, dit betreft onderzoek van gegevens waarbij op voorhand redelijkerwijs voorzienbaar is dat een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands privéleven kan ontstaan.

Wanneer dit stelselmatige onderzoek van gegevens ook een **ingrijpend karakter** krijgt, betreft het ingrijpend stelselmatig onderzoek: onderzoek van gegevens waarbij op

<sup>79</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 113-114. *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 113-114.

<sup>80</sup> HR 7 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:825.

<sup>81</sup> Zie bijv. EHRM 24 april 2008, nrs. 14659/04 en 16855/04 (*Dorozhko en Pozharskiy/Estland*); EHRM 31 oktober 2013, nr. 17416/03 (*Tarasov tegen Oekraïne*).

<sup>82</sup> Zie ook: J.H.B. Bemelmans en F.C.W. de Graaf, "‘Mogen wij even binnenkijken?’ Over toestemming als grondslag voor de uitoefening van opsporingsbevoegdheden", *DD* 2023, 8.

voorhand redelijkerwijs voorzienbaar een ingrijpend beeld van iemands privéleven kan ontstaan. Het onderscheid tussen deze vormen van onderzoek van gegevens is van belang bij de bespreking van hoofdstuk 7 van boek 2.

De definitie van **communicatie**: *elke overdracht van gegevens tussen personen, tussen apparaten of tussen apparaten*. Het huidige Wetboek van Strafvordering bevat geen definitie van communicatie. Volgens de huidige strafvorderlijke werkdefinitie is communicatie 'uitwisseling van gegevens tussen personen onderling en/of tussen een persoon en een apparaat dat vervangend is voor een persoon of instantie'.<sup>83</sup> Deze definitie sluit gegevens uit die worden overgedragen door een persoon naar zichzelf of zijn eigen apparaat en omvat niet de overdracht van berichten van en tussen apparaten. Met de nieuwe, bredere, definitie wordt aangesloten bij de materieel-strafrechtelijke benadering en wordt duidelijk dat alle overdracht van gegevens tussen personen of apparaten wordt bedoeld. Deze definitie is met name relevant voor **hoofdstuk 8** over het vastleggen van (tele)communicatie.

- Titel 1.2. Hiervoor constateerden wij in onderdeel 3.4 dat de beginselen die in deze titel zijn opgenomen (art. 2.1.2-2.1.4) ook relevant zijn voor andere boeken en dat het in dat verband ook denkbaar zou zijn om ze in Boek 1 op te nemen. Met betrekking tot artikel 2.1.6 constateerden we al dat de wetgever onvoldoende onder ogen lijkt te zien dat het huidige artikel 140a Sv in samenhang met artikel 131, vijfde lid, van de Wet op de Rechterlijke Organisatie moet worden gelezen en dat het nu voorgestelde artikel – als verondersteld opvolger van artikel 140a Sv – niet zonder meer op dezelfde manier in samenhang met artikel 131, vijfde lid, RO kan worden gelezen. Met betrekking tot artikel 2.1.6 constateerden we bovendien dat de opmerking in de memorie van toelichting dat het om een 'interne toets' gaat, de vraag oproept of en op welke wijze niet-naleving ervan als 'onrechtmatig handelen' in de zin van artikel 4.3.13-4.3.16 in Boek 4 (thans: 'vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv) moet worden gezien. Hier gaat het dus om de samenhang tussen de voorschriften enerzijds en de sancties op het niet-naleven ervan anderzijds.
- Titel 1.4. Afgezien van de hiervoor in paragraaf 3.4 besproken aspecten, is in zijn algemeenheid de verslaglegging door de politie een van de belangrijkste thema's van de strafvordering. Voor het welslagen van de gewenste 'beweging naar voren' is een tijdige, kwalitatief hoogstaande, integere en betrouwbare verslaglegging onontbeerlijk. In die zin hangt deze titel samen met vele andere onderdelen van het Wetboek van Strafvordering Meer in het bijzonder wijzen we op de samenhang tussen **Boek 1, Hoofdstuk 8 en Boek 2, Titel 1.4**. De verslagleggingsverplichtingen van de politie en de verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor de samenstelling van de processtukken, hangen onverkort met elkaar samen: zonder processen-verbaal van de politie is er geen dossier. Daar waar de wetgever beperkingen in de verslaglegging toestaat, ontstaat het risico dat relevante informatie niet in het dossier terecht komt. De in artikel 2.1.10 lid 4 opgenomen bepaling is in dat verband belangrijk.

Artikel 2.1.10 lid 4 bevat de mogelijkheid om het opmaken van een proces-verbaal achterwege te laten. Hoewel deze bepaling grote gelijkenissen vertoont met het huidige artikel 152 lid 2 Sv, is slechts ten dele beoogd haar daarvan de opvolger te doen zijn. Het huidige artikel 152 lid 2 Sv wordt gezien als basis voor de bevoegdheid van de politie om van verdere opsporing af te zien. Door het achterwege laten van een proces-verbaal wordt immers *de facto* de (verdere) opsporing gestaakt. Voor deze, meer inhoudelijke en

<sup>83</sup> Kamerstukken II 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 36 en Kamerstukken II 2013/14, 33 989, nr. 3, p. 11.

beleidsgestuurde, situatie, die bijvoorbeeld in het kader van capaciteitstekort speelt<sup>84</sup> is in het wetsvoorstel nu echter **artikel 1.3.15** voorgesteld. Het hier besproken vierde lid van art. 2.1.10 ziet, zo blijkt uit de memorie van toelichting, dus alleen maar op meer praktische situaties, bijvoorbeeld dat het op te maken proces-verbaal geen relevantie zou hebben voor het lopende opsporingsonderzoek. Verder wijzen wij op het feit dat op het gebied van de zogenoemde technische opsporing in sommige gevallen uitvoerige voorschriften in of krachtens de wet zijn vastgesteld, maar in andere gevallen ook weer niet (bijvoorbeeld als het gaat om digitale opsporing). Wij gaan hierop in onderdeel 4.4 van deze rapportage nader in.

### 3.6 Opkomende vragen

#### **Voorgestelde vragen:**

- Waarom wordt in artikel 2.1.1 het begrip ‘stelselmatig’ ten aanzien van de ene bevoegdheid wel gedefinieerd en ten aanzien van andere bevoegdheden niet?
- Waarom wordt gekozen voor codificatie van algemene beginselen in Boek 2 en niet in alle relevante boeken afzonderlijk of vooraan in het nieuwe Wetboek?
- Is men zich ervan bewust dat met het voorgestelde artikel 2.1.6 het destijds specifiek door de Tweede Kamer in de wet neergelegde toezicht op het doorlaatverbod en burgerinfiltratie gerelativeerd zou kunnen worden?
- Hoe wordt aangekeken tegen de eerder geuite wens van het College van procureurs-generaal om artikel 2.1.6 in het geheel niet meer op te nemen in het Wetboek van Strafvordering, omdat het een interne aangelegenheid zou betreffen?
- Klopt het dat, anders dan thans het geval is met betrekking tot artikel 140a Sv en de *Aanwijzing voor de opsporing*, de regering meent dat artikel 2.1.6 niet gezien moet worden als een vormvoorschrift (maar als een interne regeling), waardoor niet-naleving ervan niet als ‘onrechtmatig handelen’ in de zin van artikel 4.3.13-4.3.16 (thans: ‘vormverzuim in de zin van artikel 359a Sv) moet worden beoordeeld?
- Welk signaal wordt afgegeven door introductie van een voorschrift waarvan op voorhand al wordt gezegd dat het geen ‘formeel vormvoorschrift’ is?
- De in art. 2.1.7 voorgestelde algemene machtigingsmogelijkheid voorziet, blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad, in een behoefte. Tegelijk kunnen uit jurisprudentie van het HvJEU vermoedelijk op korte termijn duidelijke conclusies worden getrokken waaruit volgt dat voor toepassing van bepaalde in het Wetboek van Strafvordering op te nemen bevoegdheden een machtiging van de rechter-commissaris benodigd zal zijn. Is het verstandig om nu in het midden te laten voor welke bevoegdheden de OvJ reeds nu naar verwachting verplicht zal zijn een machtiging te vragen? Waarom is voor deze afwachtende koers gekozen en zou een pro-actieve koers – dus ten aanzien van een of méér bevoegdheden toch al voor te sorteren op een machtiging van de rechter-commissaris – niet wenselijker zijn? Zie ook de vragen bij onderdeel 7 en 8.
- Aan welke criteria moet de RC toetsen wanneer hem op grond van artikel 2.1.7 om een machtiging wordt gevraagd voor toepassing van een bevoegdheid die de officier van justitie volgens de wet zelfstandig kan (laten) toepassen?
- Hoe verhouden de in artikel 2.10.1 e.v. gestelde vormvoorschriften met betrekking tot vorderingen om onderzoek door de RC zich tot de in artikel 2.1.7 voorgestelde procedure?

<sup>84</sup> Ook wel het ‘politiesepot’ genoemd, hoewel het College van PG’s die term liever vermijdt: J.M.W. Lindeman, ‘De hulp-officier van justitie ‘nieuwe stijl’ en de modernisering van het Wetboek van Strafvordering’, *TMSv* 2018 (1), p. 29-40, p. 36-37.

**Voorgestelde vragen (vervolg):**

- Waarom is er niet voor gekozen om artikel 2.1.9 dichter aan te laten sluiten bij de staande jurisprudentie van de Hoge Raad, door bijvoorbeeld termen als ‘beperkte inbreuk op grondrechten’, en ‘niet zeer risicovol voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing’ ook in de wet op te nemen?
- Zou in de wettekst van 2.1.9, of anders tenminste in een nadere toelichting, niet benadrukt moeten worden dat deze algemene bevoegdheid onder omstandigheden óók gebruikt mag worden als er nog geen verdenking is? En zou in dat verband niet nadrukkelijk gewezen moeten worden op de aard en mate van verslaglegging die in zo’n geval nodig is en welke aanvullende waarborgen omtrent gegevensverwerking nodig zouden zijn?
- Waarom wordt niet gewacht met codificatie in artikel 2.1.10, derde lid, tot meer duidelijkheid bestaat over de voor- en nadelen van de vervanging van schriftelijke stukken door audiovisuele opnamen?
- Kan, gezien het feit dat in de praktijk veel situaties voorkomen waarin geen sprake is van tussenkomst van de hulpofficier van justitie voorafgaand aan het insturen van een proces-verbaal, meer duidelijkheid worden gegeven over de afweging omtrent het al dan niet behouden van het in artikel 2.1.12, eerste lid, genoemde vereiste van tussenkomst van de hulpofficier van justitie bij toezending van processen-verbaal en over de rol die de beleidsontwikkeling over de rol van de hulpofficier van justitie hierin speelt?
- Het is een gegeven dat er bij de politie een zekere discretionaire ruimte moet zijn om invulling te geven aan een (voor een kwalitatief hoogstaande strafvordering noodzakelijke) kwaliteitstoets met betrekking tot de verslaglegging omtrent opsporingsactiviteiten. Daarnaast is het al jaren de ambitie om de positie van hulpofficier van justitie blijvend te versterken. Zou het niet goed zijn om het al jarenlang beloofde, duidelijke beleid omtrent de verbetering van de functie van de hulpofficier daadwerkelijk te realiseren in het kader van het nu voorliggende wetsvoorstel?
- Is er in artikel 2.1.12, eerste lid, geen sprake van het reguleren van een bepaalde institutionele verhoudingen tussen de politie en het OM, die in de kern betrekking heeft op de wijze waarop aan kwaliteitszorg wordt gedaan binnen de politie? In hoeverre moet het Wetboek van Strafvordering deze institutionele verhouding regelen?
- Waarom is er (in Titel 1.6) niet voor gekozen om de in de staande jurisprudentie duidelijk bestendigde eisen van vrijwilligheid en ondubbelzinnigheid in de algemene regeling over toestemming voor onderzoekshandelingen te codificeren?

## 4 Deskundigenonderzoek in opdracht van de officier van justitie (hoofdstuk 4)

### 4.1 Regeling op hoofdlijnen

De officieren van justitie heeft de bevoegdheid om deskundigen te benoemen. De officier van justitie kan dit op eigen initiatief doen of op verzoek van de verdachte. Anders dan bij de rechter-commissaris (zie Titel 10.4 van Boek 2), is de bevoegdheid van de officier van justitie beperkt tot het benoemen van deskundigen die zijn opgenomen in het zogenoemde deskundigenregister (art. 2.4.1, eerste lid, jo. 1.7.2).

### 4.2 Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling

- Ten opzichte van de bestaande regeling is een aantal wijzigingen voorgesteld waarin de **positie van de verdediging wordt verbeterd**. Daarmee wordt, zo blijkt uit de memorie van toelichting, tegemoetgekomen aan het bezwaar dat onvoldoende gestalte was gegeven aan de versterking van de positie van de verdediging met betrekking tot de benoeming van deskundigen door de officier van justitie. De in 2010 in werking getreden Wet deskundige in strafzaken bleek de verdediging onvoldoende mogelijkheden te bieden. In het voorstel worden aan de verdediging nu **in een vroeg stadium meer handvatten** gegeven om daadwerkelijk invloed uit te oefenen op de richting en omvang van het deskundigenonderzoek (art. 2.4.2) en om, na het verschijnen van het deskundigenverslag, **aanvullend of tegenonderzoek** te kunnen vragen. In dat verband kan de verdediging nu ook kennisnemen van onderzoeksresultaten en de daaraan ten grondslag liggende stukken. Bovendien kan de verdediging zelf deskundigen voordragen om nieuw onderzoek te doen (art. 2.4.3).<sup>85</sup>
- De regeling is verder op een aantal belangrijke punten in lijn gebracht met de bepalingen over benoeming van deskundigen door de rechter-commissaris (zie Afdeling 10.4.1).

### 4.3 Reacties op de voorgestelde regeling

De voorgestelde regeling, die goeddeels gelijk blijft aan de reeds bestaande regeling, heeft in de consultatieronde geen vermeldenswaardige reacties opgeleverd. Zoals uit de memorie van toelichting blijkt, hebben vooral in opdracht van het WODC door Van Kampen e.a. uitgevoerde onderzoek<sup>86</sup> en de dissertatie van Hoving geleid tot de hiervoor genoemde aanpassingen van de regeling.<sup>87</sup>

### 4.4 Analyse van de voorgestelde regeling

In dit verband focussen wij nogmaals op het onderscheid tussen ‘deskundigenonderzoek’ en ‘technisch opsporingsonderzoek’ (artikel 1.7.5 – zie de opmerkingen over Hoofdstuk 7 van Boek 1). Er is bij de politie veel forensisch-technische expertise. De officier van justitie heeft het gezag over de politie en kan dus deze politie-expertise inschakelen. De hier besproken regeling is op dergelijk **‘technisch opsporingsonderzoek’** niet van toepassing (zie ook de rapportage over Boek 1 en de daarin gemaakte opmerkingen bij Hoofdstuk 7). Hierdoor kan de vraag worden opgeworpen welke positie de verdachte heeft als hij bijvoorbeeld behoefte heeft aan **tegenonderzoek (contra-expertise) in het geval van technisch**

<sup>85</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 411-415.

<sup>86</sup> P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the gap, Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, Den Haag: WODC 2018.

<sup>87</sup> R.A. Hoving, *Deskundigenbewijs in het strafproces* (diss. Groningen), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2017.

**opsporingsonderzoek.** Jurisprudentie van de HR geeft hiervoor een kader dat als vangnet kan worden gezien.<sup>88</sup> Dit vangnet is in beginsel alleen door de rechter (en derhalve pas in een laat stadium) toe te passen.

Met de opkomst van opsporingsonderzoek aan (zeer) grote datasets (bijvoorbeeld inbeslaggenomen servers van PGP-communicatiediensten) is ook de vraag opgekomen of het recht op tegenonderzoek (en daarmee samenhangend: het recht op inzage in processtukken) in dat verband voldoende gewaarborgd is.<sup>89</sup> Daarmee hangt samen de vraag of (zeker ook gezien de ambitie van de wetgever om de zaak zo goed mogelijk geprepareerd aan de rechter voor te leggen – ‘de beweging naar voren’) het wijs is om het op het oordeel van de rechter te laten aankomen als het gaat om tegenonderzoek in het geval van zogenoemd technisch opsporingsonderzoek. Ook hangt hiermee samen de vraag of voor dergelijk onderzoek aan de verslaglegging niet méér aanvullende eisen gesteld zouden moeten worden (zie reeds paragraaf 3.4.6 hiervoor). Enerzijds zou volgens ons de verslaglegging van technisch opsporingsonderzoek zodanig moeten zijn dat de verdediging tijdig voldoende inzicht kan krijgen in de loop van dat onderzoek. Daarbij kan worden gedacht aan de in de literatuur opgeworpen suggestie in verband met logging. Hier past wellicht dat het wetsvoorstel in dit verband nadere eisen formuleert met betrekking tot dergelijke verslaglegging.<sup>90</sup> Anderzijds verdient – ook in verband met de ‘beweging naar voren’ – de afbakening tussen technisch opsporingsonderzoek en deskundigenonderzoek wellicht nadere overdenking.

#### 4.5 Samenhang met andere onderdelen van het wetsvoorstel

De deskundige kan op vele momenten een rol spelen tijdens de strafvordering. Er is onder meer samenhang met Boek 1, Hoofdstuk 7 (De deskundige), Boek 2, Hoofdstuk 10, Titel 10.4 (Benoeming deskundige door rechter-commissaris), Boek 4, Afdeling 2.4.4 (verhoor deskundige), Afdeling 2.4.7 (benoemen deskundige door rechtbank).

#### 4.6 Opkomende vragen

##### **Voorgestelde vragen:**

- Is het recht op een eerlijk proces voldoende gewaarborgd als het gaat om het recht op tegenonderzoek ten aanzien van zogenoemd ‘technisch opsporingsonderzoek’?
- Verdient het aanbeveling om ten aanzien van bepaalde aspecten van ‘technisch opsporingsonderzoek’ een wettelijke regeling met betrekking tot tegenonderzoek te formuleren, in plaats van het aan te laten komen op het jurisprudentiële vangnet van de rechter?
- Verdient het aanbeveling om ten aanzien van bepaalde aspecten van ‘technisch opsporingsonderzoek’ nadere eisen te formuleren met betrekking tot de verslaglegging, zoals bijvoorbeeld het vereiste van logging?

<sup>88</sup> Zie onder meer HR 2 februari 1993, *NJ* 1993/476; HR 6 maart 2001, *NJ* 2001/257 en HR 1 februari 2005, *NJ* 2006/422.

<sup>89</sup> Pleidooi vóór aanpassing regelgeving: M. Galič, ‘De rechten van de verdediging in de context van omvangrijke datasets en geavanceerde zoekmachines in strafzaken: een suggestie voor uitbreiding’, *BSb* 2021, p. 41-49; M. Galič, ‘Bulkbevoegdheden en strafrechtelijk onderzoek. Lessen uit de jurisprudentie van het EHRM voor de normering van grootschalige data-analyse’, *TBS&H* 2022, p. 130-137. Anders: J.C. van der Pijll, ‘De dataset langs de meetlat van artikel 6 EVRM’, *NJB* 2022/291, p. 346-351; M.M. Egberts, ‘De reikwijdte van het inzagerecht en ‘equality of arms’ in het licht van grote datasets, Hansken en toekomstige ontwikkelingen’, *TBS&H* 2022, p. 119-129.

<sup>90</sup> R.M. te Molder, ‘Digitaal forensische zoekmachines, effectieve verdedigingsrechten en de modernisering van het Wetboek van Strafvordering: is aanpassing van het conceptwetsvoorstel gewenst?’, *Boom Strafblad* 2022-5, p. 178-186, p. 185.

## 5 Voorlopige hechtenis (hoofdstuk 5)

### 5.1 Regeling op hoofdlijnen

In hoofdstuk 5 van het gemoderniseerde wetboek is de regeling van een aantal klassieke vrijheidsbeperkende en vrijheidsbenemende dwangmiddelen opgenomen: (1) staandehouding en aanhouding; (2) ophouden voor onderzoek en inverzekeringstelling; (3) voorlopige hechtenis. In het navolgende gaan wij enkelenkel in op de voorstellen met betrekking tot de voorlopige hechtenis nu ten aanzien van de andere dwangmiddelen geen principiële wijzigingen zijn opgenomen.

### 5.2 Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling

Het voorstel beoogt op dit onderdeel geen fundamentele wijzigingen door te voeren: er wordt vooral gestreefd naar stroomlijning en actualisering. De volgende wijzigingen met betrekking tot de voorlopige hechtenis zijn voorgesteld:

- Het nieuwe artikel 2.5.31 geeft de rechter de opdracht om in alle gevallen na te gaan of schorsing van de voorlopige hechtenis onmiddellijk of op termijn mogelijk is. De memorie van toelichting benoemt in dit verband nog steeds het streven naar een bredere toepassing van alternatieven voor voorlopige hechtenis (vaak: het schorsen van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden).
- De aan schorsing te verbinden voorwaarden worden nu in de wet genoemd (tot op heden was dat slechts in zeer beperkte mate het geval).
- Geldend recht schrijft voor dat bij een voorwaardelijke veroordeling de voorlopige hechtenis moet worden opgeheven. Dat kan leiden tot situaties waarin een nog niet onherroepelijk veroordeelde de voorwaarden niet naleeft en justitie geen middelen heeft om consequenties te verbinden aan het niet naleven van de voorwaarden. In het voorstel wordt nu voorgesteld dat de rechter de voorlopige hechtenis kan schorsen, in plaats van deze op te heffen, in het geval de verdachte tot een voorwaardelijke straf wordt veroordeeld.
- De regeling wordt, mede in verband met de ‘beweging naar voren’ zo aangepast dat voor het verlengen van de voorlopige hechtenis van verdachten ten aanzien van wie vooronderzoek langer duurt, geen zogenoemde pro forma-zittingen meer nodig zijn. In dat verband worden zogenaamde openbare raadkamerzittingen voorgesteld (art. 1.2.4 jo. 2.5.20).

### 5.3 Reacties op de voorgestelde regeling

#### 5.3.1 Context

De nu aan de Tweede Kamer voorgelegde regeling is voor wat betreft Titel 5.4 (de voorlopige hechtenis) wezenlijk anders dan de versie die in 2017 in consultatie werd gegeven. In de aan de Tweede Kamer voorgelegde memorie van toelichting wordt gesteld dat er ‘geen aanleiding’ is voor een ‘fundamentele herziening van de bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming’.<sup>91</sup> Die opmerking roept, tegen de achtergrond van de in de consultatieversie nog voorgestelde ingrijpende wijzigingen, vragen op. In de consultatieversie was namelijk voorgesteld dat de rechter altijd eerst een bevel tot voorlopige **vrijheidsbeperking** zou moeten overwegen. Pas als zou blijken dat voorlopige vrijheids**beneming** het enige passende dwangmiddel zou zijn, mocht de rechter in dit conceptvoorstel overgaan tot het bevelen van

<sup>91</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 416.



de voorlopige hechtenis. De mogelijkheid van het schorsen van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden zou op deze manier vergaand worden teruggedrongen. Dit voorstel stuitte in de eerste consultatieronde echter op veel kritiek, waardoor er in latere voorstellen op is teruggekomen.

De vraag of aan de regeling omtrent de voorlopige hechtenis iets zou moeten worden gewijzigd (en zo ja: wat) houdt verband met de in de memorie van toelichting ook uitgebreid benoemde nationale en internationale ontwikkelingen. Nationale en internationale organisaties en het EHRM zijn kritisch op de relatief extensieve toepassing van voorlopige hechtenis in veel Europese landen (waaronder Nederland). Ook nationaal en internationaal wetenschappelijk onderzoek wijst uit dat deze extensieve toepassing op gespannen voet staat met verdragsrechtelijke verplichtingen. Beslissingen met betrekking tot voorlopige hechtenis worden summier onderbouwd en er is weinig aandacht voor mogelijke alternatieven voor het daadwerkelijk opsluiten van verdachten. Kort gezegd wordt steeds aan de orde gesteld of er in de praktijk voldoende oog is voor de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en de onschuldpresumptie. De regering toont zich in de memorie van toelichting ontvankelijk voor deze kritiek, hoewel zij ook aangeeft dat er geen concrete gegevens zijn waaruit blijkt dat de Nederlandse praktijk in het algemeen daadwerkelijk in strijd zou zijn met genoemde beginselen. Desalniettemin menen zij dat een grotere nadruk op het toepassen van alternatieven voor voorlopige hechtenis aangewezen is. Zij geven echter aan dat het aanvankelijke voorneemen (in het eerste concept) om de regeling met betrekking tot de voorlopige hechtenis ingrijpender aan te passen in de eerste consultatieronde op zoveel kritiek is gestuit, dat op dit voornemen is teruggekomen.

### 5.3.2 Consultatieadviezen

Als gezegd is in de consultatie veel kritiek geuit op het aanvankelijke voorstel van voorlopige vrijheidsbeperking. Deze kritiek hing mede samen met het feit dat in dat voorstel de mogelijkheid om eenmaal bevolen voorlopige hechtenis te schorsen volledig werd geschrapt. De politie en het Openbaar Ministerie gaven voorts aan dat het aan de ingrijpende wijziging ten grondslag liggende uitgangspunt (geen vrijheidsbeneming, tenzij...) in sommige gevallen op voorhand nauwelijks realistisch leek. Het College van procureurs-generaal wees in dit verband op de ‘geschokte rechtsorde’ en de onderzoeksgrond.<sup>92</sup> Ook de politie gaf aan dat het (zij het onder voorwaarden) weer op vrije voeten stellen van de verdachte in bepaalde gevallen bij onder meer slachtoffers ‘een andere beleving’ zou geven dan wanneer de verdachte in voorlopige hechtenis zou zitten.<sup>93</sup> De NOvA was op zich positief over het gewenste effect van het terugdringen van het aantal gevallen van voorlopige hechtenis, maar vreesde tegelijk voor een aanzuigende werking van de vrijheidsbeperkende maatregelen, waardoor in gevallen waarin onder de huidige regeling in het geheel geen bevel tot voorlopige hechtenis zou worden gegeven, onder het nieuwe regime toch al naar de voorlopige vrijheidsbeperking zou kunnen worden gegrepen (*net widening*). Bovendien constateerde de orde dat de regeling niet voorzag in voldoende beroepsmogelijkheden voor de verdachte, dat er geen termijnen werden gesteld met betrekking tot de duur van de vrijheidsbeperkende maatregelen en dat

<sup>92</sup> Advies OM inzake Boek 2 (bijlage (blg-1081607) bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT)), p. 10.

<sup>93</sup> Advies Politie inzake Boeken 1 en 2 (bijlage (blg-1081626) bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT)), bijlage 2, p. 16.

ook geen beperkingen waren gesteld aan het combineren van de maatregelen. Al met al oordeelde de NOvA dat ze zich niet kon verenigen met de voorgestelde wijziging.<sup>94</sup>

De gemaakte keuze werd door de meeste consultatieorganisaties ook als té rigoureuus gezien, omdat de mogelijkheid om zeer kort na de aanhouding van de verdachte een zinvolle uitspraak te kunnen doen over de mogelijkheden van alternatieven voor voorlopige hechtenis als beperkt werd ingeschat. Dat zou kunnen betekenen dat, omdat in een vroeg stadium nog geen ruimte voor alternatieven werd gezien, toch zou worden gekozen voor voorlopige hechtenis.

Hoewel de accenten in de kritiek van de consultatieorganisaties verschillend lagen, werd het voorstel dus breed afgekeurd. Dat heeft de regering ertoe gebracht in het geheel af te zien van een procedure waarin vrijheidsbeperking het uitgangspunt zou moeten zijn. Om toch tegemoet te komen aan de kritiek op de Nederlandse praktijk rondom de voorlopige hechtenis, heeft de regering uiteindelijk gekozen voor het nu voorliggende voorstel.

### 5.3.2 *Advies Raad van State*<sup>95</sup>

De Raad van State vraagt zich, heel kort gezegd, af of het nu voorliggende voorstel voldoende effectief is om de ambities van de regering (tegenoetkomen aan de (internationale) kritiek) waar te maken. Het voorstel draagt de rechter op om alternatieven te onderzoeken, maar daar blijft het bij. Andere uitdagingen (bijvoorbeeld met betrekking tot de gebrekkige motivering van beslissingen rond voorlopige hechtenis) worden in het voorstel niet nadrukkelijk geadresseerd. Met betrekking tot het voorstel om de voorlopige hechtenis te kunnen schorsen in plaats van op te heffen in het geval van een voorwaardelijke veroordeling, oordeelt de Raad van State dat dit voorstel indruist tegen het uitgangspunt dat een rechter die geen onherroepelijke vrijheidsstraf oplegt, niet een bevel tot voorlopige hechtenis kan geven – zelfs niet als dit bevel geschorst wordt.

## 5.4 **Analyse van de voorgestelde regeling**

Het systeem waarin **vrijheidsbeperking** voorop werd gesteld was een van de grote verrassingen van het conceptwetsvoorstel dat in 2017 werd verspreid, niet in de laatste plaats omdat eruit bleek dat de regering gevoelig bleek voor de al jaren voortdurende discussie over een (te) extensieve toepassing van de voorlopige hechtenis. Dat de regering, toen het voorstel om uiteenlopende redenen niet breed werd ondersteund, op zijn schreden terugkeerde is alleszins voorstelbaar. Desalniettemin is het de vraag of de daaropvolgende beslissing om nauwelijks iets te wijzigen en het te houden bij een aansporing aan de rechter om alternatieven te onderzoeken de meest voor de hand liggende is.

In 2021 heeft het EHRM nog een aantal schendingen van artikel 5 EVRM aangenomen in Nederlandse zaken over voorlopige hechtenis. In de uitspraken werd vooral zwaar getild aan de gebrekkige (schriftelijke) motivering van de beslissingen.<sup>96</sup> De strafkamer van de Hoge Raad heeft naar aanleiding van deze arresten aanleiding gezien om een ‘overweging ten overvloede’ te wijden aan de aan de motivering van voorlopige hechtenis te stellen eisen:

<sup>94</sup> Advies NOvA inzake Boeken 1 en 2 (bijlage (blg-1081618) bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT)), p. 28-35.

<sup>95</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 131 e.v.

<sup>96</sup> EHRM 9 februari 2021, appl. nr. 10982/15 (Maassen t. Nederland); EHRM 9 februari 2021, appl. nr. 73329/16 (Hasselbank t. Nederland) en EHRM 9 februari 2021, appl. nr. 69491/16 (Zohlandt t. Nederland).

‘beslissingen met betrekking tot de voorlopige hechtenis [moeten] telkens een op de voorliggende zaak toegesneden motivering bevatten’.<sup>97</sup>

Bovendien heeft de Europese Commissie eind 2022 een zogenoemde Aanbeveling gedaan betreffende procedurele rechten van verdachten en beklaagden die onderworpen zijn aan voorlopige hechtenis en betreffende materiële detentieomstandigheden.<sup>98</sup> In deze aanbeveling benadrukt de Europese Commissie het zogenoemde **ultimum remedium-karakter van de voorlopige hechtenis** (art. 14) en stelt zij een ‘vermoeden ten gunste van vrijlating’ voorop (art. 15). EU-lidstaten moeten een zo breed mogelijk scala aan alternatieve maatregelen beschikbaar stellen (art. 16) en beslissingen moeten ‘naar behoren’ worden gemotiveerd, onder verwijzing naar ‘specifieke omstandigheden van de verdachte of beklaagde die detentie rechtvaardigen’ (art. 22). Hoewel een Aanbeveling van de Europese Commissie niet bindend is, heeft zij ook geen vrijblijvend karakter (zie ook art. 87 van de Aanbeveling) en het ligt daarom in de reden om in het kader van de behandeling van het voorliggende wetsvoorstel aandacht te besteden aan de aanbeveling van de Europese Commissie.

In de voorliggende memorie van toelichting wordt weliswaar nog steeds uitgebreid stilgestaan bij relevant onderzoek en het relevante recht (met name het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM), maar de recente jurisprudentie van de Hoge Raad en de aanbeveling van de Europese Commissie worden niet genoemd. Wel geeft de regering aan dat met het voorstel wordt uitgedragen dat besluitvorming op grond van een ‘kwalitatief hoogwaardige afweging’ plaatsvindt.<sup>99</sup> Voor wat betreft de kwaliteit van de motivering verwijst de regering naar de professionele standaarden die de rechtspraak terzake heeft vastgesteld.<sup>100</sup> De standaarden zijn evenwel in 2015 al vastgesteld en hebben, voorzover ons bekend, nog niet aantoonbaar tot enig concreet resultaat geleid.<sup>101</sup>

De vraag blijft al met al dus hoe een goed evenwicht tussen de belangen van de samenleving en de belangen van de verdachte kan worden bereikt, met inachtneming van de onschuldpresumptie, proportionaliteit en subsidiariteit. In de literatuur komt naar voren dat er in Nederland een repressieve (of zelfs punitieve) cultuur is, waarin de geconstateerde relatief extensieve toepassing van voorlopige hechtenis breed wordt geaccepteerd en waarin ook veel mensen vanzelfsprekend lijken te vinden dat een ‘lik op stuk’-aanpak van criminaliteit met zich brengt dat verdachten reeds vóór veroordeling vastzitten. In de literatuur zijn hier termen als ‘voorbstraffing’ en ‘preliminaire vergelding’ voor gebruikt.<sup>102</sup> Naast deze cultuur blijkt er in de strafrechtketen weinig ruimte om, kort na de aanhouding van de verdachte, voldoende informatie te verzamelen die kan worden gebruikt als basis voor de toepassing van een alternatief voor voorlopige hechtenis.<sup>103</sup> Ketenpartners als de Reclassering en de advocatuur spelen een belangrijke rol bij het verzamelen van die informatie, maar hun middelen zijn beperkt.

<sup>97</sup> HR 9 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1662, *NJ* 2022, 221 m.nt. J.M. Reijntjes. De civiele kamer van de Hoge Raad leidde eerder in 2021 al uit artikel 5 EVRM af dat het subsidiariteitsbeginsel in het kader van zogenoemde faillissementsgijzeling voorop moet staan: HR 22 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:102, *NJ* 2021, 179 m.nt. F.M.J. Verstijlen. Hoewel dit een arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad betreft, heeft het volgens ons toch belang. Niet valt in te zien waarom de strafkamer van de HR niet ook zou oordelen dat het subsidiariteitsbeginsel in het kader van de voorlopige hechtenis inhoudt dat de rechter gehouden is eerst alternatieven te onderzoeken.

<sup>98</sup> Aanbeveling van 8 december 2022 van de Commissie betreffende procedurele rechten van verdachten en beklaagden die onderworpen zijn aan voorlopige hechtenis en betreffende materiële detentieomstandigheden, C(2022) 8987.

<sup>99</sup> *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 420.

<sup>100</sup> *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 421.

<sup>101</sup> Zie in dit verband ook M.M. Boone, P. Jacobs & J.M.W. Lindeman, ‘Alternatieven voor voorlopige hechtenis in Europa en Nederland: de advocaat als onterechte sleutelhouder’, *DD* 2019/12, p. 170-187, p. 177. Zie ook punt 3 van de annotatie van Meijer bij EHRM 9 februari 2021, *NJ* 2021/94 (*Hasselbaink t. Nederland*).

<sup>102</sup> M.M. Boone, P. Jacobs & J.M.W. Lindeman, ‘Alternatieven voor voorlopige hechtenis in Europa en Nederland: de advocaat als onterechte sleutelhouder’, *DD* 2019/12, p. 170-187.

<sup>103</sup> Zoals bijvoorbeeld de vraag of er een voldoende stabiele thuissituatie is, mogelijkheden voor tussentijdse opvang en/of behandeling, etc.

Intussen wijzen wij erop dat het initiatief tot de voorlopige hechtenis bij de officier van justitie ligt: als die niet om voorlopige hechtenis vraagt, kan een rechter het (doorgaans) ook niet bevelen. Bovendien is het in de regel de officier van justitie die de Reclassering inschakelt om onderzoek te doen naar de mogelijkheid om alternatieven voor voorlopige hechtenis toe te passen (art. 1.11.9). De Raad van State merkte daarom op dat, naast de nu voorliggende regeling, ook ten aanzien van het OM aan regelgeving en/of beleid kan worden gedacht. Het OM staat echter gereserveerd tegenover eventuele flankerende maatregelen.<sup>104</sup> De wetgever acht het verder kennelijk ook niet nodig om ook met betrekking tot de officier van justitie nadrukkelijk in de wet op te nemen dat deze zich moet inspannen om alternatieven te realiseren. De memorie van toelichting bevat verder geen concrete informatie met betrekking tot eventuele uitbreiding van de capaciteit van de Reclassering, om een eventuele verwachte toename van verzoeken om rapportages over alternatieven (en het vervolgens te realiseren toezicht op het naleven van de voorwaarden) het hoofd te bieden.

Kortom: **het bijsturen van zowel de cultuur als de praktijk van de voorlopige hechtenis** vergt veel meer dan enkel het aanpassen van wetgeving, zoals de Raad van State ook al constateerde. In dat opzicht blijft het de vraag of de zo nadrukkelijk beleden wens om de koers te wijzigen in het voorliggende voorstel voldoende handen en voeten krijgt.

Een heel ander punt waarvoor nog maar weinig aandacht is geweest, betreft het **voorgestelde alternatief voor de zogenoemde pro-forma zittingen**. Onder de huidige regeling moet de strafzaak ter zitting worden aangebracht **na negentig dagen gevangenhouding** van de verdachte, terwijl het voorbereidend onderzoek dan dikwijls nog niet is afgerond en de zaak nog niet klaar is voor inhoudelijke behandeling door de zittingsrechter. Om die reden worden dan een of meer zittingen '**pro forma**' gehouden, waarop zowel de gevangenhouding van de verdachte aan de orde komt, als onderzoekswensen en de voortgang van het onderzoek.<sup>105</sup> Het nu voorliggende voorstel komt er in de kern op neer dat de raadkamer van de rechtbank voor aanvang van de berechting steeds verantwoordelijk blijft voor beslissingen over de voorlopige hechtenis (beslissing over verlenging of opheffing). Na ommekomst van de eerste 90 dagen, wordt de zitting van de raadkamer openbaar (art. 2.5.20). Dit lijkt een pragmatische werkwijze. Er zijn echter ook nadelen. Zo is het in de praktijk meestal het geval dat de raadkamers die het voortduren van de voorlopige hechtenis beoordelen, ook al is dat in dezelfde zaak, steeds een andere samenstelling hebben. Een voordeel van de huidige 'pro-forma'-zittingen is dat de samenstelling van de meervoudige kamer doorgaans gelijk is: het is immers de bedoeling dat deze 'combinatie' uiteindelijk ook de behandeling van het onderzoek ter terechtzitting ter hand zal nemen. Omdat de pro-forma zittingen vaak ook worden gebruikt om de voortgang van het onderzoek te bespreken, zijn deze zittingsrechters in theorie bij uitstek in staat om steeds opnieuw de belangenafweging te maken die nodig is om het maatschappelijk belang van het voortduren van de voorlopige hechtenis af te wegen tegen het belang van de verdachte om zijn berechting in vrijheid af te wachten. Deze belangenafweging kan in het voordeel van de verdachte uitvallen als het OM onvoldoende voortvarendheid aan de dag legt. Wij beseffen dat ook in de huidige praktijk deze zittingsrechters niet altijd voldoende tijd hebben om zich grondig te verdiepen in de stand van het onderzoek, maar vragen ons wel af of de afstand tot de stand van het onderzoek in de nu voorgestelde constructie niet vergroot wordt.

<sup>104</sup> Beslisnota verwerking advies Raad van State over het nieuwe Wetboek van Strafvordering (20 oktober 2022), bijlage (blg-1081633) bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 22-23.

<sup>105</sup> Zie uitgebreid paragraaf 10.4.2 van deze rapportage.

In het kader van de implementatie van de ‘beweging naar voren’ wordt in het nu voorliggende voorstel het bewaken van de voortgang van het onderzoek namelijk losgekoppeld van het beoordelen van het voortduren van de voorlopige hechtenis. De RC wordt beter in positie gebracht om de voortgang van het onderzoek te monitoren en om zich te verdiepen in de vraag of het onderzoek volledig en evenwichtig verloopt. Dit lijkt een systematische verbetering ten opzichte van de pro-forma praktijk, mits het systeem ook daadwerkelijk zal werken zoals de wetgever het nu voor ogen heeft. Het dossier dat de raadkamer die over het voortduren van de voorlopige hechtenis moet oordelen tot haar beschikking heeft, zal dan een goede reflectie moeten bieden van de stand van het onderzoek en de voortvarendheid waarmee het OM te werk gaat. Dit is wel van essentieel belang, omdat de rechters van die raadkamer anders geen zicht hebben op de stand van het onderzoek, terwijl zij uiteindelijk wel de genoemde belangen tegen elkaar moeten afwegen.

Omdat wij ons afvragen of de ambities met betrekking tot de beweging naar voren – en dan in het bijzonder de verwachtingen ten aanzien van de RC – ook daadwerkelijk verwezenlijkt kunnen worden (zie uitgebreid 10.4.2 van deze rapportage), zou met betrekking tot de voorlopige hechtenis nog kunnen worden nagedacht over een regeling die het de raadkamer mogelijk maakt (of verplicht) de RC nadrukkelijk te vragen om met het oog op de eventuele verlenging van de voorlopige hechtenis te rapporteren over de voortgang van het onderzoek. Hiermee zou dan worden bewerkstelligd dat de voor de raadkamer benodigde informatie actief door de RC wordt verzameld en verstrekt. De voor een goed onderbouwde beslissing over de voorlopige hechtenis vereiste informatiepositie zou op deze manier beter gewaarborgd kunnen worden.

## 5.5 Samenhang met andere onderdelen van het wetsvoorstel

- In verband met de ‘beweging naar voren’ is in het voorstel afstand gedaan van het uitgangspunt dat de berechting van de verdachte moet beginnen als maximaal 90 dagen voorlopige hechtenis is toegepast. In de praktijk was dit voor complexere zaken te snel, waardoor de praktijk van de zogenoemde pro forma-zittingen is ontstaan. In het voorstel blijft de raadkamer van de rechtbank de instantie die steeds over het voortduren van de voorlopige hechtenis oordeelt (art. 2.5.20). Zoals hiervoor onder 5.4 uiteengezet, levert dit een ‘knip’ op tussen de inhoudelijke bewaking van de voortgang van het onderzoek en de beoordeling van de noodzaak van het voortduren van de voorlopige hechtenis, die zou kunnen worden opgevangen door goede verslaglegging door de RC die moet toezien op de voortgang van het onderzoek. In de huidige memorie van toelichting wordt op dit punt nauwelijks ingegaan terwijl het voor de praktijk wel van belang zal zijn hoe de voor het oordeel van de raadkamer benodigde informatie tijdig voorhanden komt.
- Het voorgestelde artikel 2.5.31 geeft de rechter de opdracht om de mogelijkheid van alternatieven voor voorlopige hechtenis te onderzoeken. Impliciet is hier samenhang met artikel 1.11.9 (opdrachten aan de reclassering). Het wetsvoorstel noch de memorie van toelichting maken concreet of, en in hoeverre, uitbreiding van de capaciteit van de reclassering noodzakelijk zou zijn om de doelstellingen te realiseren.
- Belangrijke beginselen die bij de toepassing van de voorlopige hechtenis een rol spelen zijn de onschuldpresumptie (art. 1.1.3), doelbinding (art. 2.1.2), proportionaliteit en subsidiariteit (art. 2.1.3) en het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging (art. 3.1.1). Hoewel laatstgenoemde beslissing naar de letter van het wetsvoorstel vooral betrekking heeft op de vervolgingsbeslissing, vinden wij te verdedigen dat het ook betrekking heeft op beslissingen met betrekking tot voorlopige hechtenis: impliciet ligt in het

toepassen van de voorlopige hechtenis immers besloten dat er daadwerkelijke strafrechtelijke vervolging zal gaan plaatsvinden.

- Het recht op een eerlijk proces binnen een eerlijke termijn (art. 1.1.2) hangt ook samen met de voorlopige hechtenis. Met dit recht op een eerlijk proces hangt immers samen dat er sprake is van 'equality of arms', ook in de fase van het vooronderzoek. Richtlijn 2012/13/EU betreffende het recht op informatie in strafprocedures schrijft in artikel 6 bijvoorbeeld voor dat verdachten in het kader van de procedure rondom voorlopige hechtenis over voldoende informatie moeten beschikken teneinde de voortduring van de voorlopige hechtenis te kunnen bestrijden. De bepalingen over het recht op kennisneming van de processtukken (Boek 1, Hoofdstuk 8) zijn in dit verband van groot belang.

## 5.6 Opkomende vragen

### ***Voorgestelde vragen:***

- In hoeverre zal het nu voorgestelde art. 2.5.31 op zichzelf werkelijk voldoende zijn om de ambities die in de memorie van toelichting worden geuit waar te maken?
- Zou het, om daadwerkelijk tot een praktijk te komen waarin alternatieven voor voorlopige hechtenis breder worden toegepast, niet ook nodig zijn om het Openbaar Ministerie in de wet nadrukkelijker op te dragen zich daartoe in te spannen? (gedacht kan worden o.a.: altijd reclasseringsrapportage laten maken waarin mogelijkheden van alternatieven worden onderzocht; convenanten sluiten met belangrijke organisaties (GGZ-instellingen, veilig thuis, etc.) opdat zij zich ook inspannen om de alternatieven te verwezenlijken).
- Zou het, om daadwerkelijk tot een praktijk te komen waarin alternatieven voor voorlopige hechtenis breder worden toegepast, niet ook nodig zijn om in de wet nadrukkelijker te bepalen welke rol de Reclassering hierin zou moeten spelen?
- Als aanpassing van het wetsvoorstel in dit verband niet in de rede ligt: welke andere maatregelen op het terrein van wetgeving en/of beleid zouden kunnen bijdragen aan het daadwerkelijk aanpassen van de praktijk omtrent voorlopige hechtenis in Nederland?
- Ligt het in de rede om nadrukkelijker in de wet op te nemen dat de rechter(s) die de voortgang van het onderzoek bewaken ook betrokken zijn bij de beslissingen over de voortduring van de voorlopige hechtenis, bijvoorbeeld door het de raadkamer mogelijk te maken om door de RC en/of het OM een voortgangsrapportage te laten maken, dan wel een dergelijke voortgangsrapportage altijd voor te schrijven?

## 6 Onderzoek met betrekking tot het lichaam (hoofdstuk 6)

### 6.1 Regeling op hoofdlijnen

In geval van een schietpartij of steekpartij kan het nodig zijn dat wordt vastgesteld of een verdachte een wapen bij zich heeft en dat hij daartoe ‘aan zijn kleding’ en ‘aan zijn lichaam’ wordt onderzocht. Een onderzoek ‘in het lichaam’ kan bijvoorbeeld nodig zijn voor bewijsverrijking in geval van een verdenking van drugsmokkel via de ‘natuurlijke holten’ van het lichaam. Door middel van het afnemen van vingerafdrukken of DNA kan voorts een verdachte worden geïdentificeerd, bijvoorbeeld bij een inbraak (naast het geforceerde slot van de achterdeur worden vingerafdrukken gevonden) of een moordzaak (op het slachtoffer wordt DNA-materiaal aangetroffen). Al deze voorbeelden betreffen in het nieuwe wetboek ‘onderzoek met betrekking tot het lichaam’. De voorbeelden hebben met elkaar gemeen dat zij in meer of mindere mate inbreuk maken op het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit van de (verdachte) burger. Een ander recht, waarop bij de inzet van bepaalde bevoegdheden inbreuk wordt gemaakt, betreft het recht op bescherming van persoonsgegevens. Het beschermen van dit recht speelt – zeker sinds de digitale verwerking van gegevens een vlucht heeft genomen – bij het afnemen, bewaren en verwerken (dus ook voor toekomstige strafzaken) van het reeds genoemde DNA-materiaal en vingerafdrukken, maar bijvoorbeeld ook bij gezichtsafbeeldingen of andersoortig lichaamsmaterieel waaruit afkomst en ras kan worden afgeleid.

Veel bevoegdheden ‘met betrekking tot het lichaam’ die zijn opgenomen in het nieuwe wetboek bestaan ook al in het huidige Wetboek van Strafvordering. Een verschil is dat de bevoegdheden nu zijn samengebracht in één hoofdstuk hetgeen de overzichtelijkheid ten goede komt. Naast de herstructurering zijn enkele nieuwe bevoegdheden geformuleerd, zijn oude bevoegdheden geherformuleerd (en daarmee hun reikwijdte beperkt), en is de reikwijdte van andere bevoegdheden juist weer uitgebreid. In onderstaande beschrijving en analyse gaan wij in op de wijzigingen en keuzes die (fundamentele) vragen oproepen vanuit oogpunt van zowel de effectiviteit van de opsporing en de werkbaarheid voor de praktijk, als de rechtsbescherming voor de burger.

### 6.2 Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling

- In het huidige wetboek staan de bevoegdheden met betrekking tot het lichaam verspreid door het wetboek. In hoofdstuk 6 zijn nu alle bevoegdheden met betrekking tot het lichaam **geclusterd**. Daarbij worden nieuwe opsporingsmethoden gecodificeerd, en worden oude methoden die niet expliciet in de huidige wet zijn genoemd uitgeschreven.<sup>106</sup>
- Nieuw zijn de bevoegdheid om voor identiteitsvaststelling **vingerafdrukken** te nemen van de **verdachte die staande is gehouden** (artikel 2.6.9), de bevoegdheid om **gebitsafdrukken en lichaamsindrukken** (artikel 2.6.13) van de verdachte te nemen, de bevoegdheid om de verdachte een haar af te nemen voor **haarvergelijkend onderzoek of isotopenonderzoek**, de bevoegdheid om van de verdachte lichaamsmateriaal af te nemen voor een **toxicologisch of microbiologisch onderzoek** (artikel 2.6.14), en de bevoegdheid om de verdachte te bevelen mee te werken aan een **handschriftvergelijkend of een stemvergelijkend onderzoek** (artikel 2.6.14). Het onderzoek met betrekking tot het lichaam van een **overleden verdachte of slachtoffer** wordt uitdrukkelijk in de wet geregeld (artikel 2.6.24).

<sup>106</sup> Zie *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 459 e.v.

- In artikel 2.6.5 is een **centrale delegatiebepaling** opgenomen op grond waarvan de uitwerking in lagere regelgeving wordt geregeld van: de wijze waarop onderzoek met betrekking tot het lichaam wordt uitgevoerd, welke technische hulpmiddelen kunnen worden ingezet, en welk lichaams- of celmateriaal kan worden afgenomen.
- Uit artikel 2.6.1 (jo. Titel 1.5 van boek 2) volgt dat de meeste **bevelen** met betrekking tot het lichaam voortaan **mondeling** kunnen worden gegeven; volstaan kan worden met vastlegging van (de inhoud van, en aanleiding tot) het bevel in het proces-verbaal. Alleen als voor een bevoegdheid de machtiging van de rechter-commissaris is vereist (artt. 2.6.4; 2.6.18 lid 2 laatste zin en lid 5; 2.6.20; en 2.6.21) en in geval van onderzoek met betrekking tot het lichaam van een overleden verdachte of slachtoffer (2.6.24) dient een bevel apart schriftelijk te worden opgemaakt.
- In het huidige wetboek kan onderzoek aan de kleding, onderzoek aan en in het lichaam en gedwongen afname van DNA-materiaal alleen worden uitgevoerd als er **'ernstige bezwaren'** tegen de verdachte bestaan (een hogere graad van de ondergrens 'verdenking'). **In het nieuwe wetboek volstaat een 'verdenking'**. Dat betekent dat dergelijk onderzoek gemakkelijker, op grond van minder (harde) belastende informatie kan worden uitgevoerd. Het betreft de voorgestelde artikelen 2.6.6, 2.6.7, 2.6.8 en 2.6.17.<sup>107</sup>
- Onderzoek aan de kleding van een aangehouden verdachte met het oog op inbeslagname kan nu ook door een opsporingsambtenaar worden uitgevoerd, zonder bevel van de (hulp)OvJ (artikel 2.6.6).
- Als onderzoek met betrekking tot het lichaam wordt verricht met toestemming van de verdachte, moet die **toestemming** in geval van zwaardere inbreuken op het recht op de persoonlijke levenssfeer aan een aantal **voorwaarden** voldoen (artikel 2.6.3). Toestemming voor onderzoek wordt gevraagd als bijvoorbeeld een bevoegdheid niet kan worden uitgeoefend omdat niet aan de wettelijke voorwaarden wordt voldaan (er is geen redelijke verdenking, er is geen sprake van een ernstig genoeg misdrijf). Met uitzondering van enkele 'lichtere' bevoegdheden (onderzoek aan de kleding, onderzoek aan het lichaam, het maken van beeldopnamen, het opmeten van lichaamsmaten etc., het houden van een confrontatie) bepaalt het wetsvoorstel dat de verdachte moet zijn geïnformeerd over het doel van het onderzoek en de gevolgen van toestemming. Ook moet de toestemming vooraf zijn vastgelegd en wordt het onderzoek uitgevoerd door de opsporingsambtenaar die daar op grond van de desbetreffende bevoegdheid toe bevoegd is.
- Voor enkele soorten onderzoek met betrekking tot het lichaam wordt het toepasselijke **verdenkingscriterium enigermate verzaaid dan wel verlicht**. Bij onderzoek in het lichaam is, vanwege de ingrijpendheid, de toepassing nu eerst mogelijk bij zwaardere misdrijven in plaats van bij elke aangehouden verdachte. Praktisch gesproken is de wijziging echter beperkt.<sup>108</sup> In geval van grootschalig (vrijwillig) onderzoek (meest bekend daarvan is grootschalig DNA-onderzoek onder bijvoorbeeld mannen die wonen in de buurt waar een moord op een jonge vrouw is gepleegd) is toepassing alleen mogelijk in geval van (zeer) ernstige misdrijven (zie art. 2.6.4 sub a); deze wijziging is conform de huidige praktijk. Bij 'lichtere vormen' van DNA-verwantschapsonderzoek (dus als wordt gezocht naar een verwantschapsrelatie tussen een daderprofiel en één of een beperkt aantal profielen in de DNA-databank; art. 2.6.18); wordt het verdenkingscriterium juist verlicht en in lijn gebracht met de criteria die ook gelden voor het klassieke DNA-onderzoek (art. 2.6.17) en het DNA-onderzoek naar uiterlijk waarneembare persoonskenmerken (art. 2.6.19). Dit

<sup>107</sup> Zie ook voor de nadere uitleg de *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 465, 474-476, 482, 500-502.

<sup>108</sup> Zie ook voor nadere uitleg de *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), bij artikel 2.6.8, p. 481.



betekent dat, zolang geen sprake is van DNA-verwantschapsonderzoek aan de hand van ‘het merendeel of alle’ DNA-profielen in de DNA-databank, DNA-verwantschapsonderzoek kan worden bevolen als er sprake is van verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld of van een van de lichtere misdrijven die daarmee in artikel 2.1.8 zijn gelijkgesteld.<sup>109</sup>

### 6.3 Reacties op de voorgestelde regeling

De adviezen van de consultatieorganisaties op de eerdere versies van de voorstellen (van 2017 en 2020) en het advies van de Raad van State laten twee hoofdpunten zien: (1) het niveau van de regeling en de mate van detail en (2) waarborgen van proportionaliteit.

*Het niveau van regelgeving en de mate van detail van de formele wet: welk deel van een bevoegdheid moet in de formele wet en wat kan in een AMvB?*

De Raad van State vraagt aandacht voor het volgende uit het legaliteitsbeginsel volgende uitgangspunt:

‘regelgeving die raakt aan grondrechten vereist regeling op het niveau van de wet in formele zin; voorschriften van meer technische of administratieve aard of nadere voorschriften die vaak wijziging behoeven in verband met technische of wetenschappelijke inzichten (zoals nieuwe ontwikkelingen die niet controversieel zijn) kunnen op lager niveau worden uitgewerkt’.<sup>110</sup>

In dat licht luidt het advies ten aanzien van **nieuwe onderzoeksbevoegdheden met betrekking tot het lichaam** dat het **soort lichaamsmateriaal** dat wordt afgenomen ten behoeve van toxicologisch en microbiologisch onderzoek bij wet wordt aangewezen en niet te voorzien in delegatie (zoals in het voorstel, op grond van 2.6.13 jo. 2.6.4). Datzelfde advies geldt ten aanzien **van de wijze waarop** die afname geschiedt. Dit vanwege het feit dat de afname van lichaamsmateriaal raakt aan het grondrecht van de onaantastbaarheid van het lichaam.<sup>111</sup> Daarnaast luidt het advies dat ten aanzien van artikel **2.6.18** – het onderzoek naar **uiterlijk waarneembare kenmerken op grond van DNA-materiaal** – de uiterlijk waarneembare persoonskenmerken bij wet aan te wijzen in plaats van bij AMvB nu dergelijk DNA-onderzoek inbreuk maakt op het (grond)recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.<sup>112</sup>

**De opsporingsdiensten** (politie, KMar, OM) wijzen er juist op dat de voorgestelde regeling **te gedetailleerd** is. Zij codificeert zeer precies de opsporingsmethoden die nu bekend zijn, kent geen niet-limitatieve opsommingen van opsporingsbevoegdheden zoals het huidige wetboek (artikel 61a Sv), en belemmert aldus het kunnen inzetten van opsporingsmethoden die in de (nabije) toekomst beschikbaar zijn. De voorgestelde regeling mist daardoor de voor de opsporing benodigde **flexibiliteit**. In dat licht adviseren de opsporingsdiensten dan ook de formele wet meer op hoofdlijnen te ontwerpen, en de nadere invulling en uitwerking bij AMvB. De suggestie daarbij is om hoofdcategorieën in de formele wet neer te leggen en de specifieke onderzoeksmaatregelen in een AMvB. Bijvoorbeeld:

“Te denken valt aan categorieën ‘onderzoek naar biometrische kenmerken’ (lipafdruk, irisscan), uiterlijke kenmerken (daaronder vallen het laten dragen van bepaalde kleding en het afscheren,

<sup>109</sup> Zie ook de *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), bij artikel 2.6.18, p. 504-505.

<sup>110</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (hierna: Raad van State), 6 april 2022, p. 120 e.v.

<sup>111</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 121

<sup>112</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 122.

knippen of laten groeien van hoofd- en/of gezichtshaar) en gedragskenmerken (waaronder bijvoorbeeld valt de wijze waarop iemand schrijft, zijn handtekening zet of toetsen op een toetsenbord aanslaat), of welke taal/bewoordingen hij gebruikt (verbale analyse/linguïstisch onderzoek). Welke concrete maatregelen toegepast kunnen worden, zou tot uiting kunnen komen in de memorie van toelichting of eventueel nader worden uitgewerkt op lager regelgevend niveau”.<sup>113</sup>

In het uiteindelijke wetsvoorstel zijn de adviezen **niet overgenomen**. De memorie van toelichting gaat in op het waarom en dat komt in wezen neer op de volgende drie punten. Ten eerste: als een inbreuk wordt gemaakt op grondrechten – zoals het recht op onaantastbaarheid van het lichaam – **is een grondslag in de formele wet vereist (legaliteitsbeginsel)**. Dat artikel 61a Sv nu een niet-limitatieve opsomming van onderzoekshandelingen kent, betekent niet dat deze bepaling de ruimte biedt voor gedwongen toepassing van onderzoeksmaatregelen die **niet uitdrukkelijk** in de wet worden genoemd, als deze een inbreuk op grondrechten van burgers opleveren of risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing.<sup>114</sup> Ten tweede wordt onderstreept dat het in het licht van het legaliteitsbeginsel noodzakelijk en wenselijk is dat de **inhoudelijke toepassingscriteria van bevoegdheden** in de wet zijn verankerd. In een AMvB worden uitvoeringsregels opgenomen, niet de inhoudelijke kern van de opsporingsbevoegdheid.<sup>115</sup> En ten derde wordt wat betreft de categorieën ‘biometrische kenmerken, uiterlijke kenmerken, gedragskenmerken en onderzoek ten aanzien van lichaamsmateriaal’ gesteld dat

“Nog daargelaten dat deze categorieën elkaar in bepaalde opzichten overlappen, waardoor bij een verschil in wettelijke normering van deze categorieën niet in alle gevallen duidelijk uit de wet zou blijken aan welke normering een bepaald onderzoek zou zijn gebonden, zou het vanuit het legaliteitsbeginsel bezwaarlijk zijn wanneer een categorie zou worden gehanteerd waaronder onderzoeken vallen die voor wat betreft hun mate van ingrijpendheid aanmerkelijk uiteenlopen of waaronder ook onderzoek kan vallen dat nu nog niet is te voorzien en ten aanzien waarvan de vraag kan worden gesteld of inzet daarvan onder de voorwaarden van de desbetreffende categorie wenselijk is. Die vraag zou door de wetgever moeten worden beantwoord”.<sup>116</sup>

#### *Ernstige bezwaren: het waarborgen van een proportionele reikwijdte van bevoegdheden*

Het laten vervallen van de eis van ‘ernstige bezwaren’ is een uitdrukkelijke wens geweest van het Openbaar Ministerie **ten aanzien van het afnemen van DNA-materiaal**.<sup>117</sup> Ook de politie vraagt er om ten aanzien van heimelijke afname van DNA-materiaal.<sup>118</sup> Reden is dat DNA-onderzoek juist in een vroeg stadium van het onderzoek, als nog geen uitgebreid onderzoek is verricht dat vaak nodig is om een bevestigde verdenking in de vorm van ‘ernstige bezwaren’ vast te stellen, moet kunnen worden toegepast om een verdenking te onderbouwen of te ontkrachten.

De Raad van State vraagt aandacht voor het belang van het vereiste van ‘ernstige bezwaren’: “De eis van het bestaan van ernstige bezwaren om tot uitoefening van een bepaalde bevoegdheid te mogen overgaan, wordt gesteld om aan te geven dat die bevoegdheid niet te

<sup>113</sup> Advies politie op wetsvoorstel versie 2017.

<sup>114</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 461.

<sup>115</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 336 e.v.

<sup>116</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 337-338.

<sup>117</sup> Advies van Openbaar Ministerie op de Contourennota Wetboek van Strafvordering, en het Advies op de ambtelijke versie van 2017.

<sup>118</sup> Advies van de Politie bij de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering.

lichtvaardig mag worden gebruikt”.<sup>119</sup> De Raad van State adviseert, mede in het licht van de toepassingsvoorwaarden bij soortgelijke bevoegdheden, zoals artikel 9 van de Opiumwet, **nader toe te lichten** waarom het vereiste van ernstige bezwaren bij het **onderzoek aan de kleeding** niet meer nodig is.<sup>120</sup> Verder adviseert de Raad het schrappen van het vereiste van ernstige bezwaren bij het onderzoek **aan en in het lichaam te heroverwegen**.<sup>121</sup> Ten aanzien van het schrappen van het vereiste van ernstige bezwaren bij het klassieke DNA-onderzoek vraagt de Raad van State aandacht voor het feit dat dit gevolgen heeft voor het verwerken van DNA-profielen. Er worden immers van meer mensen profielen bewaard en verwerkt en die schaalvergroting impliceert ook een schaalvergroting wat betreft de inbreuk op het recht op de persoonlijke levenssfeer van burgers. Aan mogelijke risico’s die het schrappen van het vereiste van ernstige bezwaren in dat licht meebrengt, zal in de context van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken aandacht moeten worden besteed.<sup>122</sup>

In het uiteindelijke wetsvoorstel wordt niets gewijzigd; **de ernstige bezwaren blijven geschrapt**. Wel geeft de memorie van toelichting een nadere toelichting die deels een herhaling is, en deels een aanvulling. Kort samengevat is de argumentatie dat het schrappen van de ernstige bezwaren beter aansluit bij de realiteit van de praktijk (het hierboven reeds genoemde argument dat *DNA-onderzoek* juist bedoeld is om een verdenking tot klaarheid te brengen), dat daarnaast toepassing op grond van een redelijke verdenking beter aansluit bij andere (vergelijkbare) bevoegdheden in de Politiewet en de Opiumwet, en ten slotte dat de bevoegdheden ook zonder het criterium van ernstige bezwaren voldoen aan het proportionaliteitsvereiste.<sup>123</sup>

## 6.4 Analyse van de voorgestelde regeling

### 6.4.1 Gevolgen voor de praktijk: het niveau van regelgeving en mate van detail

Het nieuwe wetboek maakt mogelijk dat nieuwe, in het huidige wetboek nog niet erkende, opsporingsmethoden met betrekking tot het lichaam kunnen worden ingezet, en geeft op bepaalde punten de ruimte voor het inzetten van nieuwe methoden die in de toekomst mogelijk worden. Zo kunnen ‘nieuw ontdekte’ soorten lichaamsmateriaal waaraan toxicologisch en microbiologisch onderzoek kan worden verricht worden aangewezen bij algemene maatregel van bestuur (artikel 2.6.14). Tegelijkertijd is voor wat betreft andere toekomstige methoden **de bewegingsruimte voor de praktijk beperkt** nu de wetgever ervoor kiest alle nu bekende opsporingsmethoden letterlijk in het wetboek op te nemen. Dat betekent immers dat elke nieuwe methode een nieuwe letterlijke bevoegdheid in het wetboek vereist. Een voorbeeld daarvan is de – mogelijk in de toekomst inzetbare – digitale variant van het handschriftvergelijkend onderzoek: het onderzoek naar de specifieke toetsenbordaanslag van verdachte.

De memorie van toelichting benadrukt dat bovenstaande vormgeving van het wetboek is ingegeven door de eisen die het legaliteitsbeginsel stelt. Het legaliteitsbeginsel waarborgt belangrijke waarden (rechtszekerheid, rechtseenheid en het democratiebeginsel) en dat

<sup>119</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 108. *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 108.

<sup>120</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 111. *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 111.

<sup>121</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 112. *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 112.

<sup>122</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 109. *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 109.

<sup>123</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MVT), p. 334, en artikelsgewijze toelichting bij de artikelen art. 2.6.6, 2.6.7, 2.6.8, en 2.6.17.

betekent inderdaad dat een wet met voldoende precisie moet omschrijven wat de opsporing wel en niet kan doen. **In het vinden van een evenwicht tussen rechtszekerheid en toekomstbestendigheid** kunnen echter ook andere keuzes worden gemaakt. Legaliteit is niet hetzelfde als het letterlijk codificeren van opsporingsmethoden. Het evenwicht kan ook worden bereikt door een combinatie van het vinden van woorden op het juiste abstractieniveau (een (oud) voorbeeld daarvan is ‘kopie’ in plaats van ‘afschrift’), en slimme wetgevingsstrategieën. Denk daarbij aan een getrappt systeem van regulering (de abstracte kern regelen in een formele (hoofd)wet, de uitwerking in lagere regelgeving), niet-limitatieve formuleringen, een mix van regelgeving (een algemeen regime gecombineerd met een specifiek regime voor bepaalde technologie waarvoor momenteel met name rechtszekerheid wenselijk is), en afbakening en voorbeelden in Memories van Toelichting. Onmisbaar bij een dergelijke benadering op hoofdlijnen is evenwel ook dat er een duidelijk kader met inhoudelijke normen bestaat (welke rechten en belangen – zoals ook de betrouwbaarheid van een bepaalde nieuwe methode als toetsenbordaanslag-onderzoek – moeten hier worden beschermd), en dat een bepaalde vorm van toezicht en evaluatie moet worden georganiseerd.<sup>124</sup>

In het licht van bovenstaande hebben de opsporingsdiensten in hun adviezen voorstellen gedaan om de bevoegdheden met betrekking tot het lichaam te reguleren aan de hand van de hoofdcategorieën onderzoek ten aanzien van ‘biometrische kenmerken’, ‘uiterlijke kenmerken’, ‘gedragskenmerken’ en onderzoek ten aanzien van ‘lichaamsmateriaal’. Die categorieën lijken evenwel te weinig specifiek en doen (daarmee) geen recht aan de diversiteit aan inbreuken op de lichamelijke integriteit die onder die categorieën vallen. Het risico dat ingrijpende opsporingsmethoden worden ingezet zonder dat zij een adequate wettelijke basis hebben is daarbij kortom, (te) groot. **De vraag is evenwel of er een middenweg mogelijk is tussen de wijze waarop het wetboek nu is vormgegeven (te specifiek) en de voorstellen van de opsporingsdiensten (te weinig specifiek).** Binnen de huidige vormgeving van het nieuwe wetboek liggen de mogelijkheden daarbij voornamelijk in het brengen van meer lucht in bepaalde bevoegdheden waar de opsporing op korte termijn knelpunten verwacht als gevolg van snelle technologische ontwikkelingen.

#### 6.4.2 Europese context: ingrijpendheid van bevoegdheden en rechterlijke toetsing vooraf

Belangrijke uitgangspunt is dat hoe ingrijpender de bevoegdheid is, hoe strenger de toepassingsvoorwaarden. Daaraan wordt in het wetboek onder andere uiting gegeven door het uitgangspunt ‘hoe ingrijpender de bevoegdheid hoe hoger de bevoegde autoriteit’ (van opsporingsambtenaar, naar officier van justitie, naar rechter-commissaris). Bij het laten vervallen van de ernstige bezwaren ten aanzien van onderzoek met betrekking tot het lichaam is, in de memorie van toelichting, de bevoegdheidstrap een belangrijk argument om te onderbouwen waarom nog steeds voldaan wordt aan dat uitgangspunt, en om te onderbouwen dat ingrijpende bevoegdheden niet te makkelijk zullen worden toegepast. Aandachtspunt in dat verband, en in het licht van Europese ontwikkelingen, is evenwel dat de officier van justitie de centrale autoriteit is in het opsporingsonderzoek en dat de rechter-commissaris bij het onderzoek aan het lichaam in beginsel geen rol heeft. Dat is vooral relevant ten aanzien van het vergaren van DNA-materiaal waarbij het immers gaat om gevoelige gegevens (die in potentie veel over een persoon blootgeven). Het is niet ondenkbaar dat in navolging van het Prokuratuur-arrest – dat ging om het verkrijgen van toegang tot verkeers- en locatiegegevens,

<sup>124</sup> Zie L. Stevens & B.J. Koops, ‘Naar een Strafvordering 2030 and beyond: Een visioen van toekomstbestendige regulering van opsporingsbevoegdheden’, in: T. Kooijmans e.a. (eds.), *Op zoek naar evenwicht: Liber amicorum Marc Groenhuijsen*, Deventer: Wolters Kluwer, p. 701-714.

zie voor een nadere bespreking onderdelen 2.2 en 7.4.4 – in de nabije toekomst op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie **het verkrijgen van ook andere typen gevoelige gegevens aan strengere eisen zal moeten worden verbonden** zoals een voorafgaande toetsing door een rechter.

#### 6.4.3 Europese context: vergaren van (bijzondere) persoonsgegevens kan niet los worden gezien van verwerken van die persoonsgegevens

Bij het vergaren en vervolgens verwerken van vingerafdrukken, afbeeldingen van gezichten, DNA en andersoortig lichaamsmateriaal op basis waarvan een individu kan worden geïdentificeerd, wordt niet alleen inbreuk gemaakt op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit – waar de memorie van toelichting zich toe lijkt te beperken – maar ook op het **recht op bescherming van persoonsgegevens**. Genetische gegevens (zoals DNA), biometrische gegevens (zoals vingerafdrukken en digitale afbeeldingen van gezichten), en andere gegevens die bijvoorbeeld ras, etnische origine of gezondheid kunnen prijsgeven, krijgen op basis van het persoonsgegevensrecht bijzondere bescherming. Het verwerken van dergelijke gegevens moet – zowel in de strafzaak waarin de gegevens zijn vergaard als in toekomstige strafzaken – **‘strikt noodzakelijk’ zijn (dit betekent: een strenge proportionaliteitstoets) en kan enkel gebeuren op basis van een specifieke wettelijke basis waarin objectieve criteria de omstandigheden en voorwaarden voor toepassing afbakenen**.<sup>125</sup> Dit betekent dat de wettelijke basis voor het vergaren/verzamenen – ofwel de bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering – niet los kan worden gezien van de wettelijke basis voor het (verdere) verwerken van deze gegevens, en dus de beperkingen en waarborgen die ten aanzien van die verwerking worden vastgelegd. Tegen die achtergrond signaleren wij een drietal belangrijke discussiepunten.

Ten eerste worden **de mogelijkheden voor het vergaren van DNA-materiaal (als gevolg van het vervallen van de eis van ernstige bezwaren) uitgebreid**, en dat betekent dus dat naar verwachting meer DNA-profielen zullen worden verwerkt. Hierbij lijkt de vraag over de **‘strikte noodzakelijkheid’** – ter herinnering: dit gaat niet over een ‘gebruikelijke’ proportionaliteitstoets maar over een proportionaliteitstoets die strikter is dan de gebruikelijke – niet te zijn gesteld. Opmerking verdient dat die vraag wel onder ogen is gezien (maar niet duidelijk beantwoord) in het kader van het conceptwetsvoorstel ‘Wijziging van de Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden en het Wetboek van Strafvordering in verband met de introductie van conservatoire afname van celmateriaal en enkele andere wijzigingen met betrekking tot DNA-onderzoek’.<sup>126</sup>

Ten tweede worden de mogelijkheden voor het vergaren van vingerafdrukken eveneens uitgebreid. Dit als gevolg van **de nieuwe mogelijkheid om bij staande gehouden verdachten vingerafdrukken af te nemen**. Vooral de redenen die hebben geleid tot deze uitbreiding roepen vragen op. Uit de memorie van toelichting is op te maken dat daarbij wordt gedacht aan situaties waarbij in veiligheidsrisicogebieden controles worden gehouden en waarbij snel de

<sup>125</sup> Zie artikel 10 van Richtlijn 2016/680/EU (Law Enforcement Directive (LED)) en de Nederlandse (overigens onvolledige) omzetting daarvan in artikel 5 Wpg. Ook relevant zijn de artikelen 8 en 52 Handvest EU; zie HvJ EU 23 januari 2023, C-205/21 inzake het verwerken van genetische en biometrische gegevens door politiediensten. Zie ook de Guidelines van de European Data Protection Board on Facial recognition die eveneens een algemene en handzame samenvatting geven van de relevante regels inzake de bescherming van biometrische gegevens: [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052022-use-facial-recognition-technology-area\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052022-use-facial-recognition-technology-area_en).

<sup>126</sup> Nu in internetconsultatie, zie [www.internetconsultatie.nl/dnaconservatoir/b1](http://www.internetconsultatie.nl/dnaconservatoir/b1). Naar de relevante Europese wetgeving wordt verwezen op p. 7-9 van de memorie van toelichting. Zie hierover ook: M. Hirsch Ballin, “Advies over de toets ‘Juridische houdbaarheid alternatieve scenario’s uitvoering Wet DNA-onderzoek bij veroordeelden’”, 2019 (bijlage bij Kamerstukken 2018/19, 32168, M, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-891145.pdf>).

identiteit van een ‘verdachte’ moet worden vastgesteld.<sup>127</sup> Verdachte staat hier tussen aanhalingstekens omdat de vraag moet worden opgeworpen of in dergelijke situaties de bevoegdheid niet te makkelijk kan en zal worden ingezet – dus zonder dat sprake is van een redelijk vermoeden en eerder omdat sprake is van een bepaald persoon in een veiligheidsrisicogebied. Een dergelijk ruim vangnet voor het vergaren én vervolgens verwerken van vingerafdrukken, lijkt zich moeizaam te verhouden tot de eis van **‘strikte noodzakelijkheid’ en de vereiste specifieke wettelijke basis** met duidelijke objectieve afbakeningscriteria opdat toepassing proportioneel en voor de burger voorzienbaar is.<sup>128</sup>

Ten derde geeft de memorie van toelichting aan dat de wijze waarop verschillende vormen van onderzoek met betrekking tot het lichaam zal worden uitgevoerd, straks geregeld zal worden in één Algemene Maatregel van Bestuur. **In deze AMvB worden dan verschillende bestaande Besluiten ondergebracht, zoals bijvoorbeeld het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken en het Besluit identiteitsvaststelling verdachten en veroordeelden** (dat gaat over het verwerken van vingerafdrukken en gezichtsafbeeldingen).<sup>129</sup> Deze Besluiten bevatten evenwel ook regels over het bewaren en vernietigen van gegevens, en kwaliteitswaarborgen inzake de deskundigheid van het onderzoek. Bij het herzien van deze regelgeving zal ook de vraag onder ogen moeten worden gezien of zij nog in overeenstemming is met de Europese regelgeving inzake bescherming van persoonsgegevens. Een voorbeeld van waar dat reeds niet het geval is betreft het verwerken van gezichtsafbeeldingen ten behoeve van digitale gezichtsvergelijking via het systeem CATCH. Het huidige Besluit identiteitsvaststelling verdachten en veroordeelden onderkent niet dat sprake is van het verwerken van biometrische persoonsgegevens en bevat, om maar een voorbeeld te noemen, geen regels over het maken van onderscheid tussen verschillende categorieën ‘datasubjects’, en geen betrouwbaarheidswaarborgen voor de daartoe gebruikte technologie.<sup>130</sup>

## 6.5 Samenhang met andere onderdelen van het wetsvoorstel

- Het geven van toestemming door de verdachte voor het uitoefenen van onderzoekshandelingen, en de voorwaarden waaraan die toestemming in bepaalde gevallen moet voldoen (artikel 2.6.3), is verbonden met de algemene bepalingen over toestemming in hoofdstuk 1 van boek 2, artikelen 2.1.16 en 2.1.17. Het thema speelt eveneens in hoofdstuk 5 en 7.
- Het in de regel mondeling kunnen geven van bevelen (met vastlegging daarvan in het proces-verbaal van de uitvoering van de bevoegdheid) is onderdeel van het horizontale thema ‘verslaglegging’ zoals in de inleiding beschreven (onderdeel 2.3).
- De verstrengeling van het vergaren en verwerken van (digitale) (persoons)gegevens in de opsporing is beschreven in het desbetreffende horizontale thema in de inleiding (onderdeel 2.1).
- De ingrijpendheid van de bevoegdheid in relatie tot de voorafgaande toetsing door de rechter-commissaris is onderdeel van het horizontale thema ‘rechterlijke toetsing vooraf’ zoals in de inleiding beschreven (onderdeel 2.2).

<sup>127</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), artikelsgewijze toelichting bij 2.6.9, p. 484.

<sup>128</sup> Ter illustratie kan worden verwezen naar een discussie over een ander type gegevens in een andere context, (maar wel een discussie die duidelijk maakt waar de pijn zit voor de burger) is de discussie over het verzamelen van persoonsgegevens van demonstranten door de politie; <https://nos.nl/artikel/2477262-amnesty-politie-schendt-rechten-demonstrant-met-id-controles-en-opslaan-gegevens>, en <https://nos.nl/artikel/2477315-meer-kritiek-op-controles-bij-demonstraties-de-politie-moet-faciliteren>.

<sup>129</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 463-464, 472.

<sup>130</sup> Zoals vereist in de artikelen 6, 25 en 29 LED.

## 6.6 Opkomende vragen

### *Voorgestelde vragen:*

- Het voorstel ambieert een goede balans te vinden tussen rechtszekerheid (zo specifiek mogelijk omschreven bevoegdheden) en toekomstbestendigheid (een ‘meer open’ formulering, al dan niet in combinatie met delegatie naar lagere regelgeving). In dat verband rijst de vraag of in kaart gebracht kan worden ten aanzien van welke bevoegdheden in de opsporing momenteel het meest wordt gevreesd dat de omschrijving ervan onvoldoende toekomstbestendig is en hoe een ‘meer open’ beschrijving ervan gerealiseerd zou kunnen worden. Welke bevoegdheden worden vanwege de geslotenheid ervan en gezien bepaalde technologische ontwikkelingen die nu al te voorzien zijn, als meest knellend ervaren door de opsporing? Hoe kunnen deze bevoegdheden ‘meer open’ worden vormgegeven met behulp van meer open terminologie in combinatie met nadere invulling/beperking in lagere regelgeving?
- In hoeverre noopt het Unierecht – in het bijzonder artikel 10 Richtlijn 2016/80 en de jurisprudentie hierover – tot aanpassing van de regels voor het afnemen van DNA? Indien het Unierecht niet noopt tot aanpassing: hoe wordt gewaarborgd dat de verwerking van DNA en DNA-profielen niet in strijd komt met de verwerkingsbeginselen uit Richtlijn 2016/80?
- Hoe wordt gewaarborgd dat de verwerking van gevoelige gegevens (vingerafdrukken, digitale (met het oog op gezichtsherkenning bewerkte) afbeeldingen van gezichten, en lichaamsmateriaal) in overeenstemming is met de eisen van Richtlijn 2016/80, nu dit onderwerp noch in de Wpg noch in het nieuwe WvSv of bijhorende lagere regelgeving is geadresseerd?
- Moet de bevoegdheid om vingerafdrukken af te nemen bij staande gehouden verdachten worden heroverwogen vanwege strijdigheid met Unierecht en meer in het algemeen de disproportionaliteit van de maatregel?

## 7 Zoekbevoegdheden ter inbeslagneming, digitale onderzoeksbevoegdheden en vorderen gegevens (hoofdstuk 7)

### 7.1 De regeling op hoofdlijnen

De bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens zijn geregeld in hoofdstuk 7 van Boek 2. Titel 7.1 bevat algemene bepalingen die betrekking hebben op de **vastlegging van bevelen** (zie onderdeel 2.3 in deze rapportage); een bepaling dat een bevel tot **uitlevering van voorwerpen** niet aan de verdachte wordt gegeven en de **ordemaatregelen** bij schouw of doorzoeking. De **inbeslagneming** van voorwerpen en de steunbevoegdheden als **betreding en doorzoeking** komen in titel 7.2 aan bod. Titel 7.3 omvat de regeling voor het **vorderen van gegevens** en het **onderzoek van gegevens**. Verder zijn regels met betrekking tot de ontoegankelijkmaking van gegevens opgenomen in titel 7.4. De uitoefening van bevoegdheden ten aanzien van voorwerpen of gegevens waarop het **verschoningsrecht** van toepassing is, is opgenomen in titel 5 en worden nader uiteengezet in onderdeel 9 van deze rapportage. Titel 7.6 bevat de bevoegdheid voor de (hulp)officier van justitie om een plaats te betreden om een voorwerp of plaatselijke toestand te schouwen om bijvoorbeeld **sporenonderzoek** op plaats delict te verrichten of een reconstructie uit te voeren. Bevoegdheden van de **rechter-commissaris** die betrekking hebben op de onderwerpen in dit hoofdstuk worden in titel 7.7 uiteengezet. Tot slot regelt titel 7.8 de **rechtsmiddelen** die openstaan tegen een afwijzing van de rechter-commissaris van een vordering van de officier van justitie en tegen de beslissing van de rechter-commissaris over het verschoningsrecht.

De belangrijkste wijzigingen in dit hoofdstuk zien met name op de actualisering van de **bevoegdheden met betrekking tot gegevens**. De door de Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie Koops) voorgestelde aanpassingen zijn in grote mate overgenomen in de nieuwe regeling. Het gaat om alle regels die zien op het vergaren van gegevens die zijn opgeslagen op een gegevensdrager of in een geautomatiseerd werk tijdens een doorzoeking (de huidige artikelen 125i t/m 125o Sv) en bevoegdheden tot het vorderen van de bewaring en verstrekking van vastgelegde gegevens (de huidige artikelen 126n, 126na, 126nc t/m 126ni, 126u, 126ua, 126uc t/m 126ui, 125zh, 126zj en 126zja t/m 126zp Sv). Voorts worden regels opgenomen met betrekking tot het kennismaken van gegevens die zijn opgeslagen op een inbeslaggenomen elektronische gegevensdrager of geautomatiseerd werk; die regels bestaan nog niet in het huidige wetboek.

### 7.2 Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling

- Nieuw is het **uitgangspunt** dat bevelen, vorderingen en machtigingen in beginsel mondeling kunnen worden gegeven en dat de eisen waaraan een bevel moet voldoen thans in lagere regelgeving nadere uitwerking krijgt. **Artikel 2.7.1 (vastlegging bevelen)** bepaalt dat bevelen bedoeld in hoofdstuk 7 afzonderlijk moeten worden vastgelegd (dus schriftelijk), met uitzondering van een aantal specifiek opgesomde bepalingen, voor zover deze **geen ingrijpend stelselmatig** onderzoek betreffen. In dat laatste geval moet het bevel vooraf afzonderlijk worden vastgelegd vanwege de ingrijpendheid van de desbetreffende bevoegdheid voor de uitoefening waarvan in die artikelen ook een machtiging van de rechter-commissaris is vereist. Uitzonderde bevelen kunnen mondeling worden gegeven en hoeven niet afzonderlijk te worden vastgelegd (zie nader onderdeel 2.3 en 7.4.1 van deze rapportage).
- De bestaande regeling inzake de **doorzoeking van plaatsten ter inbeslagneming** van voorwerpen of het onderzoeken van gegevens is in de nieuwe titel 7.2 overzichtelijker en



toegankelijker gemaakt. Daartoe zijn bepalingen bij elkaar geplaatst en met elkaar in overeenstemming gebracht.<sup>131</sup> Ook is de regeling inzake inbeslagneming van **brieven en andere poststukken** gemoderniseerd door aanpassing van de terminologie: in plaats van ‘pakketten, brieven, stukken en andere berichten’ spreekt artikel 2.7.16 nu over ‘brieven en andere poststukken’. Voorts vervalt in de nieuwe systematiek de specifieke bevoegdheid van de officier van justitie om het postorderbedrijf te bevelen brieven en andere poststukken uit te leveren (huidig art. 100 lid 1 Sv). Dit betekent dat inbeslagneming van brieven en andere poststukken met gebruikmaking van reguliere inbeslagnemingsbevoegdheden plaatsvindt.

- Er zijn aanvullende regels geformuleerd voor het **onderzoeken van gegevens** in een inbeslaggenomen digitale-gegevensdrager of een inbeslaggenomen geautomatiseerd werk en voor het onderzoeken van gegevens die eerder daaruit zijn overgenomen (titel 7.3).
- De mogelijkheden voor een **netwerkzoek** (art. 2.7.40) zijn uitgebreid door deze ook mogelijk te maken na inbeslagneming van een digitale-gegevensdrager of een geautomatiseerd werk. De nieuwe bevoegdheid om netwerkzoek uit te voeren na inbeslagneming, wordt sinds 1 oktober 2020 in een pilot op grond van de Innovatiewet Sv al toegepast in de praktijk.<sup>132</sup> Na een evaluatie zullen eventuele aanpassingen voor de regeling in een aanvullingswet worden meegenomen.<sup>133</sup>
- Verder nieuw – en tevens onderdeel van de Innovatiewet Strafvordering (art. 557) – is de bevoegdheid om na inbeslagneming kennis te nemen van gegevens die op het moment van inbeslagneming nog niet op het apparaat stonden (art. 2.7.39).
- Nieuw is ook de bevoegdheid om tegen de wil van betrokkene maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor **het ongedaan maken van een biometrische beveiliging** van een digitale-gegevensdrager of geautomatiseerd werk of biometrische versleuteling van gegevens (art. 2.7.43) (vergelijk art. 558 Innovatiewet Strafvordering).
- Met betrekking tot **het verstrekken van gegevens** is het volgende nieuw (afdeling 7.3.3): de mogelijkheid tot het stellen van voorvragen wat inhoudt dat de opsporingsambtenaar een derde kan bevelen mede te delen of hij toegang heeft tot bepaalde identificerende gegevens of camerabeelden (art. 2.7.46, vijfde lid), het generiek bevel tot verstrekking van gegevens voor de periode van twee weken (artikel 2.7.46, zesde lid), het bevel op naam (art. 2.7.47, vijfde lid en 2.7.49, vijfde lid), de mogelijkheid te bevelen dat een derde een data-analyse uitvoert (art. 2.7.50) en een bepaling over de vrijwillige verstrekking van gegevens (art. 2.7.54).

### 7.3 Reacties op de voorgestelde regeling

In 2017 is het eerste conceptwetsvoorstel gepubliceerd voor boek 2, hoofdstuk 7. Op dit wetsvoorstel is veel kritiek uitgeoefend in de consultatie. Zo bevatte het voorstel uit 2017 een regeling om ‘beslag te leggen’ op gegevens, waarop zeer kritisch is gereageerd. Deze reacties hebben er mede toe geleid dat de Commissie Koops is ingesteld. De commissie kreeg tot taak de minister te adviseren over de vraag of de wettelijke regeling van het opsporingsonderzoek, zoals neergelegd in de consultatieversie van het concept-Boek 2, voldoet, of bijstelling dan wel aanvulling behoeft. De Commissie Koops heeft een groot aantal aanbevelingen gedaan die specifiek zien op hoofdstuk 7 en dat heeft ook tot aanpassing van het wetsvoorstel geleid.

<sup>131</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 515-516.*

<sup>132</sup> Artikel 556 en 557 Innovatiewet Strafvordering.

<sup>133</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 584.*

In 2019 is een tweede versie van het conceptwetsvoorstel voor hoofdstuk 7 en 8 gepubliceerd, met als titel 'opsporing in een digitale omgeving'. Het beslag op gegevens is in deze versie bijvoorbeeld geschrapt. Veel consultatieadviezen zijn dus reeds verouderd. In 2018 zijn de wijzigingen die zijn voortgekomen uit het advies van de Commissie Koops nog eens in consultatie gegeven. Hierop is wederom uitvoerig en soms zeer gedetailleerd gereageerd. Omwille van het overzicht zijn deze consultatieadviezen voor zover relevant opgenomen in de analyse van deze regeling.

## 7.4 Analyse van de voorgestelde regeling

### 7.4.1 Mondelinge bevelen

**Artikel 2.7.1** bepaalt welke bevelen bedoeld in hoofdstuk 7 **niet afzonderlijk schriftelijk** moeten worden vastgelegd en dus mondeling kunnen worden gegeven (zie ook de bespreking in onderdeel 2.3, 3.4.7 en 8.4.1 van deze rapportage): de bevelen tot ordemaatregelen in geval van een schouw of een doorzoeking (artikel 2.7.3), tot uitstel van het uitreiken of achterlaten van het bewijs van uitoefening van de bevoegdheid tot inbeslagneming of tot het overnemen van gegevens (artt. 2.7.5, tweede lid, en 2.7.35, tweede lid), het doorzoeken van een plaats ter inbeslagneming (art. 2.7.12), tot uitstel van het achterlaten van een kennisgeving steunbevoegdheden (art. 2.7.18, derde lid), tot het ongedaan maken van biometrische beveiliging of versleuteling (art. 2.7.43, tweede lid) en tot uitstel van het uitreiken, achterlaten of ter kennis brengen van het bewijs van ontoegankelijkmaking van gegevens (art. 2.7.56, derde lid); bevelen tot stelselmatig onderzoek van gegevens in digitale-gegevensdragers en geautomatiseerde werken (artikel 2.7.38), tot een netwerkzoeking (art. 2.7.40) tenminste zolang dit **geen ingrijpend stelselmatig** onderzoek betreft en tot de ontoegankelijkmaking van gegevens (art. 2.7.56, eerste lid). In het geval dat het om ingrijpend stelselmatig onderzoek gaat, moet het bevel vooraf afzonderlijk worden vastgelegd vanwege de ingrijpendheid van de desbetreffende bevoegdheid voor de uitoefening waarvan in die artikelen ook een **machtiging van de rechter-commissaris** is vereist.

Voor vele van deze bevelen is goed te begrijpen waarom ze niet afzonderlijk schriftelijk hoeven te worden vastgelegd. Het gaat veelal om situaties waarin de vraag is **of een bepaalde handeling mag worden verricht**, en er geen of weinig variaties mogelijk zijn in de wijze waarop die handeling wordt uitgevoerd. Het gaat met andere woorden dus steeds om **ja/nee situaties**, zoals het wel of niet uitstellen van het achterlaten van bewijs van ontoegankelijkmaking van gegevens of de uitoefening van een bevoegdheid tot inbeslagneming of het overnemen van gegevens. Voor een aantal van de uitgezonderde bevelen geldt echter dat het bevel ook eisen kan stellen aan **hoe een onderzoekshandeling wordt uitgevoerd**. Een bevel tot stelselmatig **onderzoek van gegevens in digitale gegevensdragers en geautomatiseerde werken** (art. 2.7.38) en ook bevel tot een **netwerkzoeking** (2.7.40) kan immers instructies bevatten hoe dergelijk onderzoek moet worden uitgevoerd. De officier van justitie mag een stelselmatig onderzoek bevelen, maar wanneer het onderzoek ingrijpend stelselmatig wordt, dan is de rechter-commissaris bevoegd. Omdat de overgang van stelselmatig naar ingrijpend stelselmatig vloeiend en niet steeds meteen voorzienbaar kan zijn, kan het nuttig zijn om precieze instructies te formuleren, zodat het onderzoek niet ingrijpend stelselmatig van aard wordt. Deze instructies moeten door de opsporingsambtenaar worden geverbaliseerd (art. 2.1.10), maar de vraag is of de officier van justitie niet beter in staat is en moet worden geacht om het bevel schriftelijk vast te leggen. Bovendien past schriftelijke vastlegging van het bevel beter bij het uitgangspunt dat de officier van justitie verantwoordelijkheid draagt voor het opsporingsonderzoek. Uiteindelijk gaat het erom dat het voor de verdediging en voor de

rechter later voldoende duidelijk is of de bevoegdheid rechtmatig is ingezet en uitgeoefend. Schriftelijke verslaglegging dient dan ook direct dit belang van controleerbaarheid. **Kortom, kan de keuze om bevoegdheden zoals stelselmatig onderzoek van gegevens en netwerkzoeking, waarbij het bevel ook instructies voor toepassing van de bevoegdheid kan bevatten, uit te zonderen van schriftelijke vastlegging nader worden toegelicht? Moet deze uitzondering mede gelet op de verdeling van de verantwoordelijkheid voor de opsporing, het belang van de controleerbaarheid van de rechtmatigheid van de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid niet worden heroverwogen?**

#### 7.4.2 *Betreding en doorzoeking*

Artikel 2.7.3 zet de mogelijke **ordemaatregelen** bij schouw of doorzoeking op een rij en correspondeert grotendeels met het huidige artikel 125 Sv. Nieuw zijn de mogelijkheden om maatregelen te nemen om te voorkomen dat sporen worden weggemaakt en de maatregelen die **“redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de veiligheid** van de bij de uitvoering van de schouw of doorzoeking betrokken opsporingsambtenaar of rechter-commissaris” (art. 2.7.3 lid 1, sub c). In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld gebruikt het uitschakelen van beveiligingscamera’s of het naderhand kennen van de opnamen die ter plaatse van de doorzoeking of de schouw door de aanwezige camera’s zijn gemaakt van de betrokken ambtenaren.<sup>134</sup> De NOvA is van oordeel dat deze nieuwe bevoegdheid **“te onbepaald en daarmee te ruim”** is.<sup>135</sup> Het biedt een “ongeclausuleerde bevoegdheid tot het verrichten van handelingen die diep kunnen ingrijpen in de levens van burgers en forse inbreuken kunnen maken op hun (grond)rechten”.<sup>136</sup> **Kan nader worden toegelicht aan welke andere veiligheidsmaatregelen kan worden gedacht bij deze bepaling?**

**Artikel 2.7.12** (het huidige art. 96c Sv) betreft de bevoegdheid tot **doorzoeking van een plaats**, niet zijnde woning zonder toestemming van een bewoner of een kantoor van een verschoningsgerechtigde, ter inbeslagneming. In lid 1 van artikel 2.7.12 wordt nu duidelijker tot uitdrukking gebracht dat het de officier van justitie is die het bevel tot doorzoeking geeft en niet zelf “de kasten en laden” opentrekt. Lid 2 van artikel 2.7.12 betreft de **‘spoeddoorzoeking’**: in geval het optreden van de officier van justitie niet kan worden afgewacht mag de hulpofficier tot doorzoeking overgaan indien hij daartoe toestemming van de officier van justitie heeft gekregen. Tot slot bepaalt artikel 2.7.12 lid 3 dat de officier van justitie de leiding heeft over de in lid 1 bedoelde doorzoeking en indien hij niet aanwezig is, de hulpofficier in elk geval aanwezig moet zijn. De ‘spoeddoorzoeking’ geschiedt onder leiding en in aanwezigheid van de hulpofficier van justitie. De **aanwezigheid van de officier van justitie en de hulpofficier** heeft tot vragen geleid in de consultatie. In de eerdere versie van het wetsvoorstel was opgenomen dat de officier van justitie aanwezig is tijdens de doorzoeking “voor zolang hij dat noodzakelijk acht”. Het OM uit kritiek hierop en pleit ervoor dat de aanwezigheid van de officier niet steeds is vereist, maar slechts ‘indien’ hij het noodzakelijk acht.<sup>137</sup> De NOvA is tevens kritisch, maar vreest juist dat uit de voorgestelde formulering zou kunnen worden afgeleid dat de officier van justitie in beginsel niet of nauwelijks meer fysiek aanwezig dient te

<sup>134</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 520-521.*

<sup>135</sup> NOvA, Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de boeken 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering, 30 juni 2017, p. 59.

<sup>136</sup> NOvA, Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de boeken 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering, 30 juni 2017, p. 59.

<sup>137</sup> OM, *Advies van het Openbaar Ministerie (OM) bij het wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering het opsporingsonderzoek*, 5 juli 2017, p. 20.

zijn tijdens een doorzoeking.<sup>138</sup> Gelet op de ingrijpendheid van de bevoegdheid acht de NOvA een dergelijke **verschuiving van verantwoordelijkheid** niet wenselijk.

Dit advies van de NOvA is meegenomen in de zin dat de toevoeging “voor zolang hij dat noodzakelijk acht” uit het huidige voorstel is gehaald. De wettekst sluit daarmee meer aan bij de huidige bepaling in artikel 96c Sv.<sup>139</sup> De memorie van toelichting stelt dat gelet op de verantwoordelijkheid van de officier van justitie voor de doorzoeking hij **in beginsel aanwezig** dient te zijn tijdens de doorzoeking om toezicht te houden en om eventuele vragen van aanwezige personen te beantwoorden. Het is volgens memorie van toelichting echter “niet noodzakelijk dat de officier van justitie ter plaatse permanent aanwezig is”, maar kan ook **telefonisch leiding geven**.<sup>140</sup> In een dergelijke situatie dient in ieder geval de **hulpofficier van justitie** bij de doorzoeking aanwezig te zijn.<sup>141</sup> Gelet op de nu verplichte aanwezigheid van de hulpofficier, de toelichting in de memorie van toelichting dat het niet de verwachting is dat de officier van justitie de gehele tijd aanwezig is nu telefonische ‘aanwezigheid’ goed genoeg blijkt te werken, en de huidige communicatiemiddelen, rijst de vraag of het uitgangspunt van de aanwezigheid van officier van justitie tijdens een doorzoeking geen papieren werkelijkheid zal worden en een schijnwaarborg op het niveau van de wet in zich houdt. **Kan worden opgehelderd in hoeverre de aanwezigheid van een officier van justitie bij het betreden/doorzoeken van plaatsen, niet zijnde woningen, als noodzakelijk wordt gezien?**

#### 7.4.3 *Het bewijs van uitoefening van de bevoegdheid tot inbeslagneming*

Artikel 2.7.5 lid 1 bepaalt dat van uitoefening van de bevoegdheid tot inbeslagneming **direct bewijs** dient te worden uitgereikt of achtergelaten, tenzij dat feitelijk niet mogelijk is. Dit bewijs bevat een aanduiding van de inbeslaggenomen voorwerpen. Volgens de memorie van toelichting volstaat hiervoor een **globale aanduiding** van de inbeslaggenomen voorwerpen en is het niet nodig om een lijst op te stellen met een uitgebreide beschrijving van elk inbeslaggenomen voorwerp.<sup>142</sup> Het doel van de aanduiding is om de beslagene de mogelijkheid te geven om tegen inbeslagname in rechte op te komen. In de consultatieadviezen is kritiek geuit dat de voorgestelde regeling **weinig specifieke eisen stelt aan de beschrijving van de voorwerpen**, mede in het licht van de stevige kritiek die op de praktijk van beslag is geuit door de Ombudsman.<sup>143</sup> Geadviseerd wordt om in de memorie van toelichting nadere aandacht te besteden aan de benodigde vastlegging van het beslag door een adequate beschrijving van het inbeslaggenomene. De toelichting blijft echter summier. **Kan nader worden toegelicht wat een adequate beschrijving van de inbeslaggenomen voorwerpen in de zin van artikel 2.7.5 lid 1 moet inhouden?**

#### 7.4.4 *Bewaring en teruggave van Inbeslaggenomen voorwerpen*

De regeling ter zake **bewaring en teruggave van inbeslaggenomen voorwerpen** (de huidige artt. 116-119a Sv) is opnieuw gestructureerd, vereenvoudigd en aangevuld. Nieuw is een

<sup>138</sup> NOvA, Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de boeken 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering, 30 juni 2017, p. 41-43.

<sup>139</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 532.

<sup>140</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 533.

<sup>141</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 534.

<sup>142</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 524.

<sup>143</sup> Zie o.a. RvdR, *Advies Raad voor de Rechtspraak over enkele onderdelen boek 1 en 2*, 23 augustus 2018, p.5; NOvA, Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten over enkele onderdelen boek 1 en 2, 23 juli 2018, p.2-3. Zie Rapport van de Nationale Ombudsman, *Waar is mijn auto? Rapport over de uitvoeringspraktijk van inbeslagname van voorwerpen*, 2016/075, 24 augustus 2016.

**algemene zorgplicht van de officier van justitie** voor een voortvarende afwikkeling van het beslag (art. 2.7.24), een bewaarplicht ten aanzien van bepaalde sporendragers, een regeling voor de afhandeling van inbeslaggenomen gebruikershoeveelheden verdovende middelen (art. 2.7.27: de (hulp)OvJ kan bij een geringe hoeveelheid inbeslaggenomen verdovende middelen, ook indien daarvan geen afstand wordt gedaan, bevelen dat daarmee wordt gehandeld als ware het aan het verkeer onttrokken indien in verband met het middel geen vervolging wordt ingesteld); en een regeling voor de afhandeling van inbeslaggenomen voorwerpen waarvan teruggave aan de rechthebbende feitelijk niet mogelijk is (art. 2.7.32).

De nieuwe regeling omtrent teruggave en bewaring van inbeslaggenomen voorwerpen schept zoals gezegd een nieuwe verplichting voor de officier van justitie (art 2.7.24 e.v.) om zich meer te ontfemen over inbeslaggenomen voorwerpen en die terug te geven waar dat mogelijk is. Deze verplichting kan een bijdrage leveren aan het verminderen van de overlast die inbeslagnemingen van voorwerpen met zich brengen en aan een snellere teruggave indien handhaving van het beslag niet (meer) noodzakelijk is. Niettemin neemt de nieuwe regeling volgens de NOVA niet de kritiepunten uit het rapport van de Nationale ombudsman<sup>144</sup> weg.<sup>145</sup> In de literatuur is positief gereageerd op het in de wet tot uitdrukking brengen dat de officier van justitie zorg draagt voor een voortvarende afhandeling van het beslag.<sup>146</sup> **Tegelijkertijd blijft de vraag hoe ook in de praktijk bewerkstelligd kan worden dat het beslag op een voortvarende wijze wordt afgehandeld.** Het creëren van een zorgplicht voor de officier van justitie lijkt een eerste stap, maar kan niet garanderen dat beslag in de praktijk op een voortvarende manier wordt afgehandeld.<sup>147</sup>

#### 7.4.5 Onderzoek van gegevens

De nieuw geïntroduceerde regeling in titel 7.3 heeft betrekking op het onderzoek van gegevens. Deze titel vervangt de huidige afdeling ‘doorzoeking ter vastlegging van gegevens’ en introduceert ook een aantal nieuwe bevoegdheden ten aanzien van digitale gegevens. Er is reeds uitvoerig gediscussieerd over de noodzakelijke regeling voor het onderzoek van gegevens. De voorgestelde regeling leunt vrijwel volledig op de aanbevelingen van de Commissie Koops. In de consultatie is de voorgestelde regeling en de manier waarop de aanbevelingen van de Commissie Koops zijn verwerkt overwegend positief ontvangen. Huidige bepalingen zijn in een bij de tijd gebrachte vorm overgenomen, het gaat om de steunbevoegdheden (huidige art. 125i Sv), de netwerkzoeking (huidige art. 125j Sv), de notificatie (huidige artikel 125m Sv), de doorzoeking bij een telecomaandier (huidige art. 125la Sv), het ontsleutelingsbevel (huidige art. 125k) en de ontoegankelijkmaking (huidige art. 125o).

Het nieuwe artikel 2.7.38 regelt het onderzoek aan digitale gegevensdragers en geautomatiseerde werken – het meest in het oog springende voorbeeld daarvan is het zogeheten **smartphone-onderzoek**. De normering van dit onderzoek strekt zich zowel uit tot situaties waarbij een apparaat op de plaats van betreding of doorzoeking direct wordt onderzocht

<sup>144</sup> Zie Rapport van de Nationale Ombudsman, *Waar is mijn auto? Rapport over de uitvoeringspraktijk van inbeslagname van voorwerpen*, 2016/075, 24 augustus 2016.

<sup>145</sup> NOVA, Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de boeken 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering, 30 juni 2017, p. 27. Overigens constateert de Nationale Ombudsman naar tevredenheid de gemaakte verbeteringen in beslagproces, zie Brief aan minister van Veiligheid en Justitie inzake verbeteringen in beslagproces, 22 mei 2017.

<sup>146</sup> J.S. Nan, ‘Een moderne inbeslagneming van voorwerpen’, *Platform modernisering Strafvordering* 2018.

<sup>147</sup> Sinds 2021 is het OM begonnen met een nieuwe werkwijze beslag, zie P. Vermaas, ‘Deponeren is vanaf nu motiveren’, *Opportuun* 2021/05.

alsmede wanneer deze eerst wordt inbeslaggenomen om later op het politiebureau te worden onderzocht. Met name voor dit tweede geval zijn geen regels opgenomen in het huidige Wetboek van Strafvordering. Daarvoor was het uitgangspunt dat de bevoegdheid tot inbeslagneming (bijvoorbeeld een smartphone), tevens een bevoegdheid tot onderzoek aan de in deze smartphone opgeslagen gegevens impliceert. Dit uitgangspunt is niet langer houdbaar, gelet op technologische mogelijkheden om grote hoeveelheden privacygevoelige gegevens op zelfs heel kleine apparaten op te slaan. In zijn richtinggevende ‘smartphone’ arrest heeft de Hoge Raad de nodige duidelijkheid geschapen wat betreft het onderzoek aan inbeslaggenomen gegevensdragers.<sup>148</sup> De door de Hoge Raad aangedragen koers wordt nader vormgegeven in de nieuwe bepaling.

De nieuwe regeling brengt een **driedeling aan wat betreft de bevoegde autoriteit** voor het onderzoek van gegevens: de opsporingsambtenaar, de officier van justitie en de rechter-commissaris. Het centrale criterium om te bepalen welke autoriteit bevoegd is, is het begrip ‘**stelselmaticheid**’. De memorie van toelichting noemt voorbeelden van onderzoek van gegevens die een **geringe inbreuk op het privéleven** maken en derhalve door opsporingsambtenaren op grond van de algemene bevoegdheidsbepaling in art. 2.1.9 kunnen worden verricht. Bij **stelselmatic onderzoek** van gegevens is sprake van **meer dan geringe inbreuk** op het privéleven doordat “een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands privéleven” kan worden verkregen.

Voor de interpretatie van **stelselmaticheid** sluit de memorie van toelichting aan bij de (interpretatie van) huidige observatie-bepaling en de relevante factoren die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. Niet alle factoren zijn echter nuttig voor de beoordeling van digitaal onderzoek van gegevens (zoals bv. plaats en duur). De memorie van toelichting benoemt als relevant het samenstel van factoren als de hoeveelheid, de aard en wijze van (geautomatiseerd) onderzoek van de gegevens, type drager en de wijze van opslag.<sup>149</sup> Geautomatiseerde verwerking zal in de regel als stelselmatic onderzoek worden bestempeld, alsook het volledig kopiëren van de inhoud van een digitale-gegevensdrager of geautomatiseerd werk. In het laatste geval is niet van belang dat maar van een kleine hoeveelheid gegevens kennis wordt genomen; het maken van een image brengt namelijk mee dat grote hoeveelheden gegevens door de opsporing worden verwerkt (waarmee dus een min of meer volledig beeld *kan* worden verkregen). Hetzelfde geldt voor een situatie waarin gegevens niet worden overgenomen, maar de opsporingsambtenaar – bijvoorbeeld al scrollend door de aanwezige apps op een smartphone – gewenst of ongewenst breed kennis kan nemen van het privéleven van de betrokkene.<sup>150</sup> De memorie van toelichting stelt daarbij dat indien **op het moment van de start van het onderzoek niet redelijkerwijs voorzienbaar** was dat meer dan een geringe inbreuk op het privéleven zal worden gemaakt, het onderzoek daarmee niet “met terugwerkende kracht” als onrechtmatig valt te bestempelen. De opsporingsambtenaar dient in een dergelijke situatie wel alsnog een bevel van de officier van justitie te verkrijgen.<sup>151</sup>

**Ingrijpend stelselmatic onderzoek** impliceert dat een min of meer volledig beeld tot stand kan komen van een aanzienlijk deel van iemands privéleven. Als voorbeeld noemt de memorie van toelichting het onderzoek van gegevens die onder het **functioneel verschoningsrecht** vallen. De memorie van toelichting stelt dat bij een professioneel verschoningsgerechtigde het vaak “met een zekere mate van waarschijnlijkheid” **gevoelige gegevens** (over bv. gezondheid, religieuze overtuiging of strafrechtelijke persoonsgegevens) zal gaan. De enkele

<sup>148</sup> HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584, NJ 2017/229, m.nt. T. Kooijmans; AA 20170730 m.nt. L. Stevens.

<sup>149</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 573.

<sup>150</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 574.

<sup>151</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 574.

verwachting dat gevoelige gegevens zullen worden overgenomen is echter geen voldoende reden om ingrijpende stelselmatigheid aan te nemen. Naast de aard van de gegevens is ook relevant de aard van het verrichtte onderzoek.<sup>152</sup> Ook hier is de (on)gerichtheid van het onderzoek van groot belang: zo zal een onderzoek dat zich uitstrekt over alle of de meeste gegevens op een smartphone de kans dat een min of meer volledig beeld van iemand privéleven kan worden verkregen doen toenemen.

De **Raad van State** merkt ten aanzien van de gedifferentieerde normering bij onderzoek van gegevens op dat de voorgestelde driedeling in lijn is met de normering van onderzoek in een **niet-digitale omgeving**.<sup>153</sup> Onderzoek in een digitale omgeving verschilt echter doordat het niet op voorhand min of meer duidelijk is welke mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer het hanteren van een bevoegdheid zal opleveren en is het resultaat van dat onderzoek minder voorzienbaar is.<sup>154</sup> Het (te verwachten) resultaat van het onderzoek is echter doorslaggevend voor de te maken keuze voor de bevoegde autoriteit en wordt beoordeeld aan de hand van abstracte criteria en vele factoren. De driedeling vraagt om een **inschatting vooraf** die niet altijd even gemakkelijk is te maken. Hierdoor wordt de **toepasbaarheid van de driedeling veel diffuser** dan de toepasbaarheid van de normering van onderzoek in een niet-digitale omgeving. Volgens Raad van State is het dan ook van groot belang dat de memorie van toelichting heldere handvatten geeft voor een juiste en uniforme toepassing van de gedifferentieerde normering in de praktijk. Volgens de Raad is met name onduidelijk wanneer sprake is van ingrijpende stelselmatigheid. Het gegeven voorbeeld van functioneel verschoningsrecht geeft onvoldoende richting omdat daarbij niet zozeer de inhoud van de gegevens maar de vertrouwelijkheid van communicatie met een functioneel verschoningsgerechtigde maakt dat het onderzoek ingrijpend stelselmatig is. De Raad adviseert dan ook om in de toelichting te verhelderen in welke gevallen een machtiging van de RC is vereist en, zo nodig, het criterium van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens te heroverwegen.<sup>155</sup>

De memorie van toelichting stelt dat het buiten het voorbeeld van functioneel verschoningsrecht niet mogelijk is “om eenduidige factoren te formuleren die één-op-één samenhangen met ingrijpende stelselmatigheid.”<sup>156</sup> De praktijk geeft daarvan ook geen voorbeelden, aldus de memorie van toelichting. Duidelijk is volgens de memorie van toelichting wel dat alleen in **uitzonderlijke gevallen** sprake zal zijn van ingrijpende stelselmatigheid. De memorie van toelichting onderstreept voorts dat de betrokkenheid van de RC alleen in bijzondere gevallen aangewezen is en dat het zeker niet de bedoeling is om uit voorzorg in veel gevallen een machtiging van de RC aan te vragen. Ook hier geldt dat op het moment duidelijk wordt dat een min of meer volledig beeld van een wezenlijk of aanzienlijk deel van het persoonlijke leven van betrokkene ontstaat, de officier van justitie alsnog een machtiging moet vorderen.<sup>157</sup> Een en ander met betrekking tot met name de beoordeling van de ingrijpende stelselmatigheid wordt kennelijk aan de praktijk overgelaten.

De bovenstaande uiteenzetting doet een tweetal met elkaar samenhangende vragen rijzen. Ten eerste is de vraag of in de memorie van toelichting de gevallen van ingrijpende stelselmatigheid als niet al te uitzonderlijk worden begrepen/gepresenteerd en daarmee de indruk

<sup>152</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 576.*

<sup>153</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 128.

<sup>154</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 131.

<sup>155</sup> Advies Afdeling advisering Raad van State inzake vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 6 april 2022, p. 132.

<sup>156</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 576.*

<sup>157</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 576.*

wordt gewekt dat in de praktijk **vooral niet te snel** naar de RC moet worden gestapt; kortom een ‘niet doen, mits’ benadering. Hoewel scherpe grenzen tussen stelselmatig en ingrijpend stelselmatig onderzoek inderdaad *in abstracto* lastig zijn te trekken, is in deze benadering van ingrijpende stelselmatigheid de discretionaire ruimte voor de officier van justitie weinig afgebakend. **Waarom wordt zo nadrukkelijk de ‘bij twijfel, doen’ benadering uitgesloten, in de zin dat wanneer twijfel bestaat over de vraag of stelselmatig onderzoek van gegevens ingrijpend stelselmatig kan worden, de machtiging van de RC wordt gevraagd? Of anders gezegd: zou de categorie ‘ingrijpend stelselmatig’ niet ruimer moeten worden opgevat?**

Dit hangt weer samen met de tweede openstaande vraag, namelijk de vraag naar de verhouding van het criterium van stelselmatigheid tot de **rechtspraak van met name het Hof van Justitie EU**. Uit het eerder genoemde Prokuratuur-arrest van het Hof van Justitie EU volgt dat het Openbaar Ministerie niet als onafhankelijke bestuurlijke entiteit kan worden aangemerkt die een bevel kan geven tot verstrekking van verkeers- en locatiegegevens.<sup>158</sup> Het HvJ EU overweegt hier dat de inmenging op de privacy door de toegang van een overheidsinstantie tot een reeks verkeers- of locatiegegevens “hoe dan ook ernstig van aard” is, ongeacht de duur, de hoeveelheid of de aard van de gegevens, wanneer uit deze gegevens **nauwkeurige conclusies kunnen worden getrokken met betrekking tot de persoonlijke levenssfeer** van de betrokkenen.<sup>159</sup> Daarmee lijkt de lat voor de inzet van de rechterlijke machtiging niet uitzonderlijk hoog te worden gelegd. De vraag is hoe deze jurisprudentie met betrekking tot verkeers- en locatiegegevens zich verhoudt tot het onderzoek aan gegevensdragers zoals een smartphone. Daarnaast is er momenteel een prejudiciële procedure bij het HvJ EU aanhangig waarin onder meer de vraag aan de orde is of ook in geval van het uitlezen van een smartphone een machtiging van de RC nodig is.<sup>160</sup> In zijn conclusie stelt de A-G Campos Sánchez-Bordona zich op het standpunt dat de ratio van het Prokuratuur arrest ook voor gevallen als het onderzoek van een smartphone relevant is. Hij concludeert dat de politie zich in het kader van strafrechtelijk onderzoek niet zonder een voorafgaande toestemming van een rechterlijke instantie zich volledige en ongecontroleerde toegang kunnen verschaffen tot alle op een mobiele telefoon opgeslagen gegevens wanneer uit deze gegevens een nauwkeurig beeld van de persoonlijke levenssfeer van een persoon kan worden verkregen.<sup>161</sup> Ook hieruit blijkt dat de lat voor rechterlijke inmenging niet uitzonderlijk hoog wordt gelegd (zoals bij ingrijpende stelselmatigheid), maar zeker van toepassing kan zijn in gevallen van stelselmatig onderzoek zoals uiteengezet in de memorie van toelichting. Het is wachten op het arrest van het Hof van Justitie. Als het Hof de A-G volgt, kan artikel 2.7.38 op gespannen voet met het Unierecht komen te staan. Bovendien wordt de vraag wat de **‘reflexwerking’ van het Prokuratuur-arrest** is op andere bevoegdheden nog urgenter. In lijn met de adviezen van onder meer het OM, de politie en het Platform BOD’s stelt de regering zich echter op het standpunt dat de jurisprudentiële ontwikkelingen verder moeten worden afgewacht.

Dit alles roept de vraag op of 1) meer voorbeelden kunnen worden genoemd die vallen onder de categorie ‘ingrijpend stelselmatig, 2) als dat niet mogelijk, of dan niet moet worden erkend dat die categorie dermate klein is dat zij ofwel moet worden afgeschaft ofwel moet worden verruimd, 3) of niet moet worden erkend dat verruiming van de categorie ‘ingrijpend stelselmatig’ meer in lijn ligt met de Europese regelgeving, of anders gezegd: in hoeverre geeft het

<sup>158</sup> HvJ 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152.

<sup>159</sup> HvJ 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, par. 39 (“...set of data is liable to allow precise conclusions to be drawn concerning the private life of the person or persons concerned.”)

<sup>160</sup> Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona, 20 april 2023, ECLI:EU:C:2023:313, i.h.b. de overwegingen bij de tweede prejudiciële vraag.

<sup>161</sup> Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona, 20 april 2023, ECLI:EU:C:2023:313, par. 105.



Unierecht aanleiding om ook bij smartphone-onderzoek (en andere geautomatiseerde werken en gegevensdragers waarop voorzienbaar veel privacygevoelige informatie staat) een voorafgaande machtiging van de RC te verlangen?

#### 7.4.6 Verstreking van gegevens

##### *Algemeen*

In afdeling 7.3.3 (artikelen 2.7.44-2.7.55) met als titel ‘**Verstreking van gegevens** ten behoeve van het onderzoek’ zijn de huidige bevoegdheden tot het vorderen van gegevens opgenomen. De verschillende huidige vorderingsbevoegdheden<sup>162</sup> voor gegevens bij telecom-aanbieders zijn – in lijn met de aanbeveling van de Commissie Koops – opgegaan in de algemene bevoegdheid. Voor overzichtelijkheid is ervoor gekozen om verstreking van gegevens door de telecomaandbieders in de artikelen 2.7.47 en 2.7.48 te regelen. In deze titel wordt niet langer gesproken van een vordering maar van een **bevel**, onder meer omdat niet-naleving van het bevel strafbaar is ex artikel 184 Sr. Het doel van de bevoegdheden in deze titel is om gegevens die door derden worden verwerkt, ter beschikking te laten komen van de opsporing. Kenmerkend is dat **de selectie, verzameling en verstreking van gegevens door een ander** dan de opsporingsautoriteiten geschiedt. Dit is anders bij de bevoegdheden in verband met het onderzoek van gegevens (artt. 2.7.37 – 2.7.43) waarin opsporingsambtenaren zelf de selectie en verzameling van gegevens uitvoeren.<sup>163</sup> Belangrijkste bepalingen betreffen artikel 2.7.46 waarin de bevoegdheid tot het geven van een bevel tot verstreking van gegevens **aan anderen dan communicatieaanbieders** is geregeld en artikelen 2.7.47 en 2.7.48 waarin eenzelfde regeling is getroffen voor **gegevens bij communicatieaanbieders**.

##### *Bevel tot verstreking van gegevens aan anderen dan communicatieaanbieders*

Artikel 2.7.46 regelt in welke gevallen de opsporingsautoriteiten een bevel tot verstreking van gegevens kunnen geven aan anderen dan communicatieaanbieders. Deze bepaling is dus bijvoorbeeld van belang voor het verkrijgen van gegevens van banken en (grote) bedrijven. Artikel 2.7.46 regelt de huidige bevoegdheden tot het vorderen van identificerende gegevens, gevoelige gegevens en gegevens die niet in een van deze categorieën vallen. Inhoudelijk is artikel 2.7.46 niet veranderd, terwijl hierop wel kritiek bestond. De bepaling is als volgt vormgegeven. Aan de verschillende categorieën gegevens is steeds een andere vorm van rechtsbescherming gekoppeld. Voor identificerende gegevens geldt dat een opsporingsambtenaar kan bevelen tot verstreking ervan; voor gevoelige gegevens is een machtiging van de rechter-commissaris vereist en voor gegevens die niet in een van deze categorieën valt is een bevel van de officier van justitie nodig.<sup>164</sup> De commissie Koops heeft in haar rapport erop gewezen dat het stelselmatigheids criterium ook in deze bepaling als richtsnoer voor de normering kan dienen.<sup>165</sup> Niet alleen wordt hiermee de onderlinge samenhang van het Wetboek van Strafvordering versterkt, ook wordt hiermee voorkomen dat de regeling te rigide is. Het uitvaardigen van een bevel tot verstreking van gevoelige gegevens leidt niet per se tot een zeer ernstige inmenging in het recht op privéleven. Wat betreft de ernst van de privacy inmenging is immers niet alleen de aard van de gegevens bepalend, maar ook de hoeveelheid, context en de wijze waarop de gegevens worden onderzocht. **In dit licht bezien is de vraag waarom niet**

<sup>162</sup> Artikelen 126n, 126na, 126ng, 126u, 126ua, 126ug, 126zh, 126zi en 126zo Sv.

<sup>163</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 593-594.

<sup>164</sup> Zie verder ook de discussie over de ingrijpendheid van de vergaring naar aanleiding van het Prokuraat-arrest, HvJ 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 in onderdeel 2.2 van deze rapportage.

<sup>165</sup> Commissie Koops 2018, p. 128-129.

**ook in art. 2.7.46 ervoor is gekozen om het stelselmatigheids criterium van toepassing te verklaren.**

Voorts is artikel 2.7.46 lid 6 nieuw. Deze bepaling voorziet in de mogelijkheid om een **generiek bevel** tot verstrekking van gegevens voor de duur van twee weken opeenvolgend of gelijktijdig uit te voeren ten aanzien van een ieder van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot de gegevens. Deze toevoeging komt tegemoet aan de wens om administratieve lasten als resultante van de grote aantallen van gelijklopende bevelen aan verschillende adressanten die jaarlijks worden gegeven te verlichten. Als voorbeeld noemt de memorie van toelichting een bevel om verhuurdersgegevens van verdachte aan autoverhuurbedrijven te verstrekken of een bevel aan banken of soortgelijke instellingen. Het is dus niet meer nodig om gegevens en termijnen steeds in een nieuw bevel te specificeren of te vermelden aan wie het bevel is gericht. Dat neemt echter niet weg dat een generiek bevel aan de proportionaliteitseis dient te voldoen, bijvoorbeeld door het soort gegevens nauwkeurig te omschrijven. Immers, “[e]en generiek bevel is dan ook nadrukkelijk geen blanco cheque voor het bevelen tot het verstrekken van allerlei verschillende soorten gegevens bij verschillende personen of instanties”.<sup>166</sup> **Hoe kan de proportionaliteit worden gewaarborgd van het generiek bevel als bedoeld in artikel 2.7.46 lid 6 waarmee in potentie grote hoeveelheden gegevens kunnen worden verkregen?**

#### *Bevel tot verstrekking van gegevens aan communicatieaanbieders*

De artikelen 2.7.47 en 2.7.48 bevatten dezelfde bevoegdheid maar dan voor de **aanbieders van een communicatiedienst**. Artikel 2.7.47 ziet op zogeheten ‘metagegevens’ – gegevens over communicatie, zoals verkeers- en locatiegegevens – en artikel 2.7.48 op de communicatiegegevens zelf. Deze regeling is op verschillende punten geactualiseerd en sterk vereenvoudigd ten opzichte van het geldende recht. Hoewel artikel 2.7.47 lid 1 een generiek bevel tot verstrekking van gegevens ten aanzien van meerdere aanbieders uitsluit, voorziet lid 5 wel in de mogelijkheid voor de officier van justitie om een zogenoemd **bevel op naam** te geven. Dit betreft een bevel dat geldt voor alle nummers en andere aanduidingen waarmee een individuele gebruiker van de telecommunicatiedienst wordt geïdentificeerd. Deze mogelijkheid is wederom ingegeven door de wens administratieve lasten te verlichten, in dit geval door een bevel op naam te geven in plaats van vele bevelen per nummer die bij dezelfde persoon in gebruik zijn.<sup>167</sup>

Hoewel de regeling inzake het vorderen van gegevens bij communicatieaanbieders sterk is verbeterd, is niet duidelijk waarom het reeds genoemde Prokuratuur-arrest van het Hof van Justitie niet in de regeling is verwerkt. Uit dit arrest volgt dat het Openbaar Ministerie niet als onafhankelijke bestuurlijke entiteit kan worden aangemerkt die een bevel kan geven tot verstrekking van verkeers- en locatiegegevens.<sup>168</sup> De Hoge Raad heeft dit arrest zo uitgelegd dat als de officier van justitie verkeers- en locatiegegevens wil verkrijgen die meer omvatten dan identificerende gegevens, hij gehouden is een **schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris te vorderen**.<sup>169</sup> In de voorgestelde artikelen 2.7.47 en 2.7.49 lid 1<sup>170</sup> en artikel

<sup>166</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 602

<sup>167</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 605-606. Bevel op naam is tevens mogelijk voor verstrekking van zogenoemde toekomstige verkeersgegevens (gegevens over een gebruiker van een communicatiedienst en het communicatieverkeer met betrekking tot die gebruiker, die na het tijdstip van het uitvaardigen van het bevel worden vastgelegd), zie art. 2.7.49 lid 5. Meer toelichting en voorbeelden zie *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 609-610.

<sup>168</sup> HvJ 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152.

<sup>169</sup> HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, r.o. 6.11.4, *NJ 2022/354* m.nt. Ouwerkerk.

<sup>170</sup> In deze bepaling is geregeld dat de OvJ een bevel kan geven tot verstrekking van toekomstige verkeers- en locatiegegevens.

2.7.50<sup>171</sup> is bepaald dat de officier van justitie wel een bevel kan geven tot verstrekking van verkeers- en locatiegegevens. Daarmee is de bepaling als zodanig niet in overeenstemming met het EU-recht. Niettemin heeft de regering wel in een voorlopige oplossing voorzien. In artikel 2.1.7 is bepaald dat ook als de wet dat niet vereist de officier van justitie altijd een vordering kan indienen bij de rechter-commissaris.<sup>172</sup> Toepassing van artikel 2.7.47 in samenhang met artikel 2.1.7 betekent dat conform het EU-recht wordt gehandeld. Gelet op het streven naar een toekomstbestendig Wetboek van Strafvordering lijkt deze oplossing weinig duurzaam (zie ook onderdeel [3.4.4](#) hierboven). Volgens de memorie van toelichting is de jurisprudentie van het Hof van Justitie nog onvoldoende uitgekristalliseerd om deze jurisprudentie in de wet te codificeren.<sup>173</sup> Dat is deels waar. Zo is nog niet duidelijk of ook toegang mag worden verkregen tot verkeers- en locatiegegevens voor de bestrijding van niet-‘ernstige criminaliteit’.<sup>174</sup> Over de rol van de officier van justitie als autoriteit die een bevel kan geven tot verstrekking van verkeers- en locatiegegevens, bestaat echter geen onduidelijkheid. De jurisprudentie is op dit punt helder. De Hoge Raad stelt hierover ook geen prejudiciële vraag. **In dit licht rijst dan ook de vraag waarom niet is gekozen om – in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie EU – ook in artikel 2.7.47 en 2.7.49/2.7.50, voor zover betrekking hebbende op verkeers- en locatiegegevens als eis op te nemen dat een machtiging van de rechter-commissaris is vereist.**

#### *Nieuwe onderwerpen: bevel tot data-analyse en vrijwillige medewerking*

De opvallendste nieuwe bepalingen zijn artikel 2.7.50 inhoudende een bevel tot **data-analyse door een derde**, en artikel 2.7.54 dat betrekking heeft op **vrijwillige verstrekking van gegevens** in gevallen die in titel 7.3.3 zijn geregeld. Artikel 2.7.50 betreft de bevoegdheid van de officier van justitie om bedrijven of instellingen te bevelen dat zij gegevens bewerken en het resultaat aan de opsporingsautoriteiten verstrekken. Deze bevoegdheid is alsnog in de wet opgenomen na een daartoe strekkende aanbeveling door de Commissie Mevis en meer recent de Commissie Koops.<sup>175</sup> Naar huidig recht is slechts de verstrekking van gegevens geregeld, maar niet een mogelijkheid om de houder van gegevens te bevelen deze gegevens te analyseren, te vergelijken of te combineren teneinde nieuwe gegevens te verkrijgen. Volgens de memorie van toelichting neemt de behoefte aan een dergelijke mogelijkheid bij de opsporingsautoriteiten toe vanwege de grote hoeveelheid gegevens die in handen is van allerlei bedrijven en instellingen. Verstrekking van gegevens levert immers zulke grote hoeveelheden op dat het lastig is om de relevantie en bruikbaarheid te beoordelen.<sup>176</sup> Thans worden ook veel niet relevante gegevens verstrekt die allemaal bewaard blijven waardoor een onnodige inbreuk op de privacy van burgers wordt gemaakt.<sup>177</sup> De memorie van toelichting stelt verder: “het voordeel van de bevoegdheid die in dit artikel is neergelegd is dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer – door een bewerking van gegevens door grote bedrijven

<sup>171</sup> Deze bepaling maakt het mogelijk om een bevel tot data-analyse ten aanzien van verkeers- en locatiegegevens waarover een telecommunicatieaanbieder beschikt te geven. Tussenkomen van de rechter-commissaris is vooralsnog alleen vereist bij communicatie.

<sup>172</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 362-363.

<sup>173</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 363.

<sup>174</sup> Vgl. ook de derde prejudiciële vraag die de Hoge Raad stelt in HR 5 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:475, r.o. 8.4, *NJ 2022/354* m.nt. Ouwerkerk.

<sup>175</sup> Commissie strafvorderlijk gegevensverwerking in de informatiemaatschappij (Commissie Mevis), *Gegevensvergarig in strafvordering. Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek*, mei 2001 en Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie Koops), *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 179-187.

<sup>176</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 610.

<sup>177</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 610.

die daartoe veel beter zijn toegerust dan de opsporing – beter kan worden gewaarborgd.”<sup>178</sup> In dit artikel gaat het om bewerkingen die verdergaan dan meervoudige zoekhandelingen; kern is het genereren van ‘nieuwe’ gegevens, bijvoorbeeld door gegevens uit twee verschillende datasets integraal met elkaar te vergelijken.<sup>179</sup> In artikel 2.7.50 lid 3 is voorzien in een mogelijkheid om controle uit te oefenen op de data-analyse door derden. Hierin is immers neergelegd dat de officier van justitie aanwijzingen aan de uitvoering kan stellen.<sup>180</sup>

Hoewel de opsporingsdiensten positief op deze nieuwe bepaling hebben gereageerd, is de NOvA kritisch. Zij vreest dat hierdoor **het verschoningsrecht** zou kunnen worden ondergraven, omdat de gegevens die zullen worden geanalyseerd ook verschoningsgerechtigde informatie kunnen bevatten. Als dat het geval is, zijn de artikelen 2.7.65 en 2.7.66 van toepassing; inschakeling RC is dan vereist die nadere voorwaarden zal moeten stellen om het verschoningsrecht te borgen. Hiermee lijkt de kritiek inderdaad wel te zijn te ondervangen, al zitten aan de regeling in artikelen 2.7.65 en 2.7.66 nog wel de nodige haken en ogen (zie onderdeel 9 in deze rapportage).

Daarnaast rijst ook met betrekking tot artikel 2.7.50 de vraag waarom niet in lijn met de aanbeveling van de Commissie Koops ervoor is gekozen om **het gedifferentieerde stelsel van normering** naar gelang de ingrijpendheid voor de privacy ook hier door te trekken. De Commissie Koops adviseerde om de machtiging van de rechter-commissaris te verlangen wanneer de gevraagde analyse een ingrijpend stelselmatig karakter zou dragen of wanneer een analyse substantiële inbreuk op de normale bedrijfsvoering van het bedrijf oplevert.<sup>181</sup> Dit laatste geval levert volgens de Commissie een aanvullende factor op die de inzet van de RC kan rechtvaardigen.<sup>182</sup> Hoewel de memorie van toelichting expliciteert dat de belasting die een analysebevel voor een bedrijf kan opleveren als een wegingsfactor bij de beoordeling van de proportionaliteit en de subsidiariteit door de officier van justitie kan worden meegenomen, gaat de Memorie verder niet in op de vraag naar het mogelijke ingrijpend stelselmatig karakter van het bevel en de daarvoor vereiste rechterlijke machtiging. **Kan nader worden toegelicht waarom niet ook in artikel 2.7.50 ervoor is gekozen om in geval het voorzienbaar is dat het analysebevel ingrijpend stelselmatig karakter heeft, een machtiging van de rechter-commissaris te verlangen?**

De tweede nieuwe bepaling betreft artikel 2.7.54 waarin uitdrukkelijk wordt erkend dat het is toegestaan om een verzoek te doen tot vrijwillige verstrekking van persoonsgegevens in gevallen die in titel 7.3.3 zijn geregeld. Dit is een wijziging ten opzichte van het geldende recht, waarin als uitgangspunt geldt dat de opsporingsautoriteiten niet zo’n verzoek mogen doen.<sup>183</sup> Met het hanteren van dit uitgangspunt werd voorkomen dat de verwerkingsverantwoordelijke aansprakelijk kon worden gesteld in geval de verstrekking onrechtmatig zou blijken en tevens diende dit uitgangspunt ter bescherming van de burger van wie geen uitgebreide kennis voor de juiste beoordeling van een dergelijk verzoek kon worden verwacht.<sup>184</sup> Bij nader

<sup>178</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 610-611.

<sup>179</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 612 (“Bij een normale verstrekking gaat het om gegevens die al als zodanig ergens staan geregistreerd”).

<sup>180</sup> Zie nader *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 612-613.

<sup>181</sup> Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie Koops), *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 183, 186.

<sup>182</sup> Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie Koops), *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 183.

<sup>183</sup> Dit uitgangspunt vloeit voort uit de wetsgeschiedenis bij de Wet bevoegdheden vorderen gegevens en is tevens bevestigd in de rechtspraak, zie HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7688, NJ 2012/24 m.nt. Borgers.

<sup>184</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 616. Zie ook HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7688 en HR 27 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BY0215 en HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8079.

inzien is dit uitgangspunt, aldus de memorie van toelichting, niet goed te verenigen met het algemene uitgangspunt in het Wetboek van Strafvordering dat het derden vrij staat vrijwillig bij te dragen aan de opsporing.<sup>185</sup>

Over de invoering van art. 2.7.54 zijn de opsporingsdiensten positief, terwijl de NOvA kritisch is.<sup>186</sup> Gelet op het uitgangspunt dat het burgers in beginsel vrij staat een bijdrage te leveren aan de opsporing meent de regering dat artikel 2.7.54 wenselijk is. Op zich is deze gedachte wel te begrijpen. Bovendien is deze bepaling ook in lijn met het subsidiariteitsbeginsel om alvorens een bevel tot verstrekking van gegevens af te geven eerst te vragen of derden vrijwillig gegevens willen verstrekken. Tegelijkertijd kent de bepaling ook het risico dat de opsporingsautoriteiten de bepaling gaan gebruiken om de wettelijke vereisten voor toepassing van de bevoegdheden tot het geven van een bevel te omzeilen.<sup>187</sup> De wettekst staat daaraan in de weg omdat de bepaling vereist dat alleen om verstrekking mag worden verzocht als aan de wettelijke vereisten voor de betreffende bevoegdheid is voldaan. In de memorie van toelichting wordt echter expliciet aangegeven dat ook als op basis van titel 7.3.3 geen bevoegdheid tot het geven van een bevel tot verstrekking van gegevens bestaat nog steeds een verzoek tot verstrekking kan worden gedaan.<sup>188</sup> Weliswaar is artikel 2.7.54 dan niet van toepassing, maar hierdoor neemt het risico op omzeiling van wettelijke vereisten voor toepassing van bevoegdheden toe. Het resultaat hiervan is dat het opsporingsautoriteiten gemakkelijker wordt gemaakt om gegevens te vergaren, ook gegevens die inzicht kunnen bieden in het privéleven. Mede gelet op de eisen die uit het recht op privacy voortvloeien is de vraag hoe het risico op omzeiling van wettelijke waarborgen in de praktijk kan worden ondervangen. **Met andere woorden, is het uitgangspunt dat het in beginsel niet vrij staat om derden te verzoeken vrijwillig gegevens te verstrekken niet te gemakkelijk losgelaten? Zo niet, hoe kan worden gewaarborgd dat de eisen die gelden voor het uitvoeren van een bevel tot verstrekking van gegevens niet te gemakkelijk worden omzeild?**

#### 7.4.7 Verstrengeling vergaring en verwerking van (grote hoeveelheden) persoonsgegevens

Door computers, servers en digitale gegevensdragers in beslag te nemen en ook door de verstrekking van gegevens door derden krijgen de opsporingsautoriteiten steeds vaker de beschikking over grote hoeveelheden gegevens.<sup>189</sup> Deze gegevens hebben bovendien niet altijd betrekking op verdachten. Zo is bijvoorbeeld in samenwerking met de Canadese autoriteiten de server van Ennetcom in beslag genomen, waarmee toegang is verkregen tot communicatie van niet-verdachte burgers. Ook door het uitvoeren van een bevel tot verstrekking van gegevens kunnen de opsporingsautoriteiten grote hoeveelheden gegevens verkrijgen. Banken, bedrijven en instellingen hebben doorgaans immers de beschikking over grote hoeveelheden gegevens.<sup>190</sup> De **omgang met deze grote hoeveelheden gegevens is in beperkte mate genormeerd**. Hoofdstuk 7 stelt wat betreft het onderzoek van gegevens in of overgenomen uit een computer eisen **aan de vergaring en deels het onderzoek van de gegevens**. Art. 2.7.38 vereist immers dat stelselmatig onderzoek van gegevens in of overgenomen uit computers alleen mag worden uitgeoefend na bevel van de officier van justitie en dat ingrijpend stelselmatig onderzoek na machtiging van de RC. Wat betreft de verstrekking van gegevens door

<sup>185</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 616.

<sup>186</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 615.

<sup>187</sup> Zie bv. HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7688 en HR 27 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BY0215 en HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8079.

<sup>188</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 617.

<sup>189</sup> Dit is ook erkend in de MvT. Zie Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 70.

<sup>190</sup> Hetgeen ook is erkend in de MvT. Zie Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 610-611.

derden regelt afdeling 7.3.3 (artikelen 2.7.44 - 2.7.55) wanneer en met inachtneming van welke waarborgen opsporingsautoriteiten bevelen tot verstrekking van gegevens mogen uitvaardigen. Hoofdstuk 7 stelt dus **geen eisen aan hoe gegevensonderzoek moet worden uitgevoerd** (zoals de vraag of je zoekwoorden moet gebruiken) en ook **geen verdere eisen aan de verwerking van gegevens** (opslag, verwijderverplichtingen, delen). Voor die laatste verwerkingseisen is de Wpg van belang.

Dat deze onderwerpen niet nader zijn geregeld roept vragen op. In de eerste plaats rijst de vraag of het gelet op het recht op privacy niet wenselijk is dat de wetgever de opsporingspraktijk enige handvatten biedt voor het uitvoeren van onderzoek van gegevens in of overgenomen uit een computer. In de memorie van toelichting valt weliswaar te lezen dat zowel de officier van justitie als de rechter-commissaris nadere voorwaarden kan verbinden aan een bevel, maar de memorie van toelichting biedt verder geen duidelijkheid over wanneer dit aangewezen is.<sup>191</sup> **Is het gelet op het recht op privacy bijvoorbeeld zonder meer toegestaan dat in geval van stelselmatig onderzoek alle gegevens die op een smartphone staan worden gekopieerd, en vervolgens integraal worden onderzocht? Of mag alleen gericht worden gezocht?**

In de tweede plaats is van belang dat het **gegevensbeschermingsrecht**, in het bijzonder Richtlijn 2016/680, eisen stelt aan de verwerking van gegevens. Zo is in de Richtlijn bepaald dat gegevens die voor een **specifiek doel zijn verkregen niet zomaar voor een ander doel mogen worden verwerkt**, dat onderscheid moet worden gemaakt tussen verschillende ‘**datasubjects**’, dat het nationale recht moet voorzien in **opslagbeperkingen** en allerlei eisen die de **authenticiteit en betrouwbaarheid** van de gegevens moeten borgen. Veel van deze eisen komen wel terug in de **Wpg**, maar zijn niet specifiek toegesneden op de wijze waarop met de bevoegdheden in hoofdstuk 7 grote hoeveelheden gegevens kunnen worden vergaard. Zo schrijft artikel 6b Wpg conform artikel 6 Richtlijn 2016/680 voor dat voor zover mogelijk een onderscheid wordt gemaakt tussen politiegegevens van verschillende categorieën van betrokkenen. Maar wat betekent dit concreet voor de smartphonebevoegdheid of de bevoegdheid tot verstrekking van gegevens? De vraag rijst dus of in hoofdstuk 7 niet **meer aandacht moet worden besteed aan normen uit het gegevensbeschermingsrecht**, in het bijzonder als het gaat om grote hoeveelheden gegevens waarin ook gegevens van niet-verdachte burgers zich bevinden. En als aandacht voor het gegevensbeschermingsrecht niet past in hoofdstuk 7 rijst de vraag hoe de eisen van Richtlijn 2016/680 worden geborgd, mede gelet ook op het gegeven dat de Wpg voorlopig niet (fundamenteel) wijzigt (zie ook onderdeel 2.1 in deze rapportage). Vergelijkbare vragen spelen ook in hoofdstuk 8 ten aanzien van heimelijke bevoegdheden waarmee de opsporingsautoriteiten grote hoeveelheden gegevens kunnen vergaren (onderdeel 8.4.3 in deze rapportage).

## 7.5 Samenhang met andere onderdelen van het nieuwe Wetboek

- Relevant zijn de beginselen (doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit) in hoofdstuk 1 van boek 2 (2.1.2; 2.1.3; 2.1.4) (zie onderdeel 3.4.2 van deze rapportage) en de definities in artikel 2.1.1 (zie onderdeel 3.4.1 van deze rapportage).
- Het geven van toestemming door de verdachte voor het uitoefenen van onderzoekshandelingen, en de voorwaarden waaraan die toestemming in bepaalde gevallen moet voldoen (art. 2.6.3), is verbonden met de algemene bepalingen over toestemming in hoofdstuk 1 van boek 2, artikelen 2.1.16 en 2.1.17. Het thema speelt eveneens in hoofdstuk 5, 6, 7.

<sup>191</sup> Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 568.

- De artikelen 2.1.10 t/m 2.1.12 over de verslaglegging door opsporingsambtenaren alsmede de artikelen 2.1.13 t/m 2.1.15 inzake de vastlegging van bevelen en van machtigingen en vorderingen daartoe zijn ook van belang voor de normering van de heimelijke bevoegdheden. De eerste regeling inzake verslaglegging moet borgen dat alles wat door opsporingsambtenaren ter opsporing is verricht en bevonden wordt vastgelegd. Zo kan controle op de rechtmatigheid in de opsporing plaatsvinden. De regeling in 2.1.13 t/m 2.1.15 regelt in welke gevallen bevelen, machtigingen en vorderingen schriftelijk moet worden vastgesteld.
- Het in de regel mondeling kunnen geven van bevelen (met vastlegging daarvan in het proces-verbaal van de uitvoering van de bevoegdheid) is onderdeel van het thema 'verslaglegging en verminderen van administratieve belasting' dat ook speelt in hoofdstuk 7, 8 en 9.
- De regeling inzake inbeslagneming van voorwerpen hangt nauw samen met de regeling van beklag tegen beslag. Dat komt aan de orde in hoofdstuk 4 van boek 6 van het voorgestelde Wetboek van Strafvordering.
- Op het horizontale thema van de verstrengeling van het vergaren en verwerken van (persoons)gegevens in de opsporing (zie nader onderdeel 2.1 in deze rapportage) is er samenhang met hoofdstukken 6 en 8 van boek 2. In deze hoofdstukken rijst ook de vraag in hoeverre gegevensbeschermingsrechtelijke eisen een plaats zouden moeten krijgen in het gemoderniseerde Wetboek, en zo niet hoe wordt geborgd dat Unierechtelijke normen zijn geborgd.

## 7.6 Opkomende vragen

### *Voorgestelde vragen:*

- Leidt de voorgestelde regeling van mondelingen bevelen in artikel 2.7.38 en 2.7.40 niet ertoe dat de politie meer administratieve lasten krijgt, omdat zij verantwoordelijk worden voor het verbaliseren van een mondeling gegeven bevel? Past deze verschuiving van verantwoordelijkheid op het gebied van bevelen wel bij de rollen en taken van de politie en het Openbaar Ministerie in de opsporing? Kan de keuze om bevoegdheden zoals onderzoek van gegevens en netwerkzoeking, waarbij het bevel wellicht vaker dan het geval is bij andere van schriftelijke verslaglegging uitgezonderde bevoegdheden een instructie over de toepassing van de bevoegdheid zal inhouden, toch van schriftelijke verslaglegging uit te zonderen nader worden toegelicht? Moet deze uitzondering mede gelet op het belang van de controleerbaarheid van de rechtmatigheid van de uitoefening van de opsporingsbevoegdheid niet worden heroverwogen?
- Kan nader worden toegelicht aan welke veiligheidsmaatregelen wordt gedacht bij artikel 2.7.3 lid 1 sub c Sv?
- Kan worden opgehelderd in hoeverre de aanwezigheid van een officier van justitie bij het betreden/doorzoeken van plaatsen, niet zijnde woningen, als noodzakelijk wordt gezien? Kan nader worden toegelicht wat een adequate beschrijving van de inbeslaggenomen voorwerpen in de zin van artikel 2.7.5 lid 1 moet inhouden?
- Hoe kan worden gewaarborgd dat het beslag in de praktijk op een voortvarende wijze wordt afgehandeld zoals bedoeld in artikel 2.7.24, mede gelet op de kritiek die hierop bestaat?
- Waarom wordt zo nadrukkelijk de ‘bij twijfel, doen’ benadering in de regeling van onderzoek van gegevens uitgesloten, in de zin dat wanneer twijfel bestaat over de vraag of stelselmatig onderzoek van gegevens ingrijpend stelselmatig kan worden, de machtiging van de rechter-commissaris wordt gevraagd? Of anders: zou de categorie ‘ingrijpend stelselmatig’ niet ruimer moeten worden opgevat?
- In hoeverre geeft het Unierecht aanleiding om de invulling van de verschillende gradaties van stelselmatigheid te herzien?
- In hoeverre geeft het Unierecht aanleiding om de rechter-commissaris ook bij smartphone-onderzoek in beginsel altijd te laten machtigen?
- Hoe kan de proportionaliteit worden gewaarborgd van het generiek bevel als bedoeld in artikel 2.7.46 lid 6 waarmee in potentie grote hoeveelheden gegevens kunnen worden verkregen?
- Kan nader worden toegelicht waarom niet is gekozen om – in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie EU – ook in artikelen 2.7.47 en 2.7.49/2.7.50, voor zover betrekking hebbende op verkeers- en locatiegegevens, als eis op te nemen dat een machtiging van de rechter-commissaris is vereist?
- Waarom is er niet voor gekozen om in lijn met het advies van de Commissie Koops het stelselmatigheidscriterium ook van toepassing te verklaren voor de normering van bevelen tot verstrekking van gegevens zoals thans neergelegd in artikel 2.7.46? Hoe zou de regeling eruit kunnen zien als daar wel voor wordt gekozen?
- Kan nader worden toegelicht waarom niet ook in artikel 2.7.50 ervoor is gekozen om in geval het voorzienbaar is dat het analysebevel ingrijpend stelselmatig karakter heeft, een machtiging van de rechter-commissaris te verlangen?



**Voorgestelde vragen (vervolg):**

- Kan nader worden toegelicht in hoeverre het risico op oneigenlijk gebruik (ter omzeiling van de wettelijke vereisten) van artikel 2.7.54 (verzoek vrijwillige verstrekking persoonsgegevens) voldoende wordt ondervangen? Is in dit kader het uitgangspunt dat het in beginsel niet vrij staat om derden te verzoeken vrijwillig gegevens te verstrekken, niet te gemakkelijk losgelaten?
- Kan nader worden toegelicht waarom is afgezien van het bieden van handvatten voor de wijze waarop onderzoek van gegevens als bedoeld in 2.7.38 moet worden uitgevoerd?
- Kan nader worden toegelicht waarom in hoofdstuk 7 niet meer aandacht is besteed aan normen uit het gegevensbeschermingsrecht, in het bijzonder als het gaat om grote hoeveelheden gegevens waarin ook gegevens van niet-verdachte burgers zich bevinden? En als aandacht voor het gegevensbechermingsrecht niet past in hoofdstuk 7: kan nader worden toegelicht hoe de eisen van Richtlijn 2016/680 worden geborgd, mede gelet ook op het gegeven dat de Wpg voorlopig niet (fundamenteel) wijzigt?

## 8 Heimelijke bevoegdheden (hoofdstuk 8 en 9)

### 8.1 De regeling op hoofdlijnen

**Hoofdstuk 8 van Boek 2** bevat een algemene regeling van de **heimelijke bevoegdheden** en is de vervanging van de huidige regeling inzake bijzondere opsporingsbevoegdheden (BOB). Deze laatste is door verschillende wijzigingen weinig toegankelijk, onoverzichtelijk en belastend geworden. Thans zijn bepalingen aldus geherstructureerd, gestroomlijnd en gemoderniseerd. Omdat bevoegdheden in dit hoofdstuk in beginsel heimelijk worden uitgeoefend – dus zonder voorafgaande kennis daarvan bij betrokken individuen – is de term bijzondere opsporingsbevoegdheden niet overgenomen en is gekozen voor heimelijke bevoegdheden. Daarmee wordt echter geen exclusiviteit beoogd: het wil niet zeggen dat andere bevoegdheden in andere hoofdstukken niet eveneens heimelijk kunnen worden uitgeoefend.

**Titel 8.1** bevat de algemene bepalingen aangaande de vastlegging van bevelen en de kennisgeving aan betrokkenen (zie tevens onderdeel 2.3 in deze rapportage); voeging van gegevens van functioneel verschoningsgerechtigden; technische hulpmiddelen; de verplichting tot inbeslagneming en de mogelijkheid om de melding aangaande onbekende kwetsbaarheden voor het op afstand binnendringen in een digitale-gegevensdrager of geautomatiseerd werk uit te stellen.

**Titel 8.2** omschrijft achtereenvolgens de volgende heimelijke bevoegdheden:

- stelselmatige observatie (artikel 2.8.7);
- stelselmatig overnemen van persoonsgegevens uit publiek toegankelijke bronnen (artikel 2.8.8);
- bevoegdheden ten aanzien van een besloten plaats (artikel 2.8.9);
- pseudo-koop of -dienstverlening (artikel 2.8.10);
- stelselmatige inwinning van informatie (artikel 2.8.11);
- infiltratie (artikel 2.8.12);
- vastleggen van communicatie die plaatsvindt door middel van een aanbieder van een communicatiedienst (artikelen 2.8.13 en 2.8.14);
- vastleggen vertrouwelijke communicatie (artikel 2.8.15);
- toegang op afstand tot een digitale gegevensdrager of geautomatiseerd werk (artikelen 2.8.16 en 2.8.16); en
- stelselmatige locatiebepaling (artikel 2.8.18).

**Titel 8.3** is gewijd aan de bijstand door burgers bij de uitoefening van heimelijke bevoegdheden en **titel 8.4** betreft de mogelijkheid om bevelen tot de inzet van heimelijke bevoegdheden (behoudens netwerkzoeking) ook te geven aan personen in de openbare dienst van een vreemde staat. Maatregelen in het belang van de veiligheid staan in **titel 8.5** en **titel 8.6** betreft een schakelbepaling voor de inzet van heimelijke opsporingsbevoegdheden bij een vermoeden van een georganiseerd verband en bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. Tot slot is in **titel 8.7** het voorhanden rechtsmiddel (beroep) tegen de afwijzing van een vordering tot de uitoefening van de heimelijke opsporingsbevoegdheden opgenomen. **Hoofdstuk 9** regelt het zogenoemde verkennend onderzoek.

## 8.2 Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling

- **Artikel 2.8.1** bepaalt welke bevelen, vorderingen en machtigingen **niet op schrift** hoeven te worden gesteld. Heimelijke bevoegdheden waarvoor een bevel van de OvJ is vereist zijn uitgezonderd van schriftelijke vastlegging: bevelen tot stelselmatige observatie (artikel 2.8.7), stelselmatig overnemen persoonsgegevens uit publiek toegankelijke bronnen (artikel 2.8.8), bevoegdheden ten aanzien van een besloten plaats (artikel 2.8.9) en stelselmatige locatiebepaling (artikel 2.8.18). Dat bevelen mondeling kunnen worden gegeven doet niet af aan de **verbaliseringsplicht** op grond van artikel 2.1.10. Dat voor deze bevoegdheden een mondeling bevel volstaat is een wijziging ten opzichte van het geldende recht waarin ook voor de bevoegdheden van de officier van justitie een schriftelijke machtiging is vereist. Heimelijke bevoegdheden waarvoor een machtiging van de rechter-commissaris is vereist moeten wel afzonderlijk op schrift worden vastgelegd.
- In de huidige regeling worden bijzondere bevoegdheden driemaal uitgeschreven: (1) voor gebruik in opsporingsonderzoek op grond van een klassieke verdenking (redelijk vermoeden van een strafbaar feit in de zin van artikel 27 Sv); (2) voor gebruik in opsporingsonderzoek gericht op 'vroegsporing' (redelijk vermoeden van het in georganiseerd verband beramen of begaan van ernstige strafbare feiten); en (3) voor toepassing in opsporingsonderzoek op grond van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf. Met het oog op vereenvoudiging en stroomlijning worden bevoegdheden in de nieuwe regeling – anders dan in de huidige regeling – slechts **éénmaal uitgeschreven** (voor de klassieke verdenking) en zijn de desbetreffende bevoegdheden via een schakelbepaling (artikel 2.8.22) ook van toepassing in de twee andere gevallen.
- Artikel 2.8.4 inzake het stellen van eisen aan **technische hulpmiddelen** bevat ten opzichte van de huidige regeling (artikel 126ee Sv) een nieuw onderdeel b dat betrekking heeft op technische hulpmiddelen die noodzakelijk zijn ter ontsleuteling van versleutelde communicatie.
- Voorts worden met het oog op toekomstbestendig wetboek, **nieuwe bevoegdheden** toegevoegd: stelselmatig overnemen persoonsgegevens uit publiek toegankelijke bronnen (artikel 2.8.8), een meer indringende vorm van stelselmatige inwinning van informatie (de zogeheten Mr. Big-methode in artikel 2.8.11 lid 2), infiltratie op een persoon (artikel 2.8.12) en stelselmatige locatiebepaling (artikel 2.8.18).
- Ook nieuw is de bevoegdheid om maatregelen te treffen in het **belang van de veiligheid van de opsporingsambtenaren** die heimelijke bevoegdheden uitoefenen (artikel 2.8.21).
- Bij het vastleggen van vertrouwelijke communicatie is een regeling opgenomen voor het betreden van een besloten plaats of woning ter voorbereiding van het daadwerkelijke vastleggen van de communicatie (artikel 2.8.15 lid 5 t/m lid 7).
- Nieuw zijn de uitgebreidere mogelijkheden om bevoegdheden in te zetten tegen niet-verdachten in geval van pseudo-koop en dienstverlening (artikel 2.8.10) en stelselmatige inwinning van informatie (artikel 2.8.11).
- Nieuw is artikel 2.8.23 waarin het rechtsmiddel (beroep) voor de officier van justitie is opgekomen tegen de afwijzing van een vordering tot uitoefening van de heimelijke opsporingsbevoegdheden.
- De regeling voor het **verkennend onderzoek in Hoofdstuk 9** is ten opzichte van de huidige bepaling, die overigens in het verleden zeer sporadisch is toegepast, vernieuwd in de zin dat de bevoegdheid thans ook een grondslag biedt voor het overnemen van gegevens uit publiek toegankelijke bronnen en het overnemen van gegevens uit openbare registers die bij wet zijn ingesteld.

### 8.3 Reacties op de voorgestelde regeling

In 2017 is het eerste conceptwetsvoorstel voor boek 2, hoofdstuk 8 gepubliceerd. Daarop is in de eerste consultatie kritiek uitgeoefend. Deze kritiek heeft mede aanleiding gevormd voor de instelling van de Commissie Koops. Deze Commissie heeft onderzocht of het conceptwetsvoorstel van boek 2 zoals het in 2017 was vormgegeven voldeed, dan wel bijstelling of aanvulling behoefde in het licht van allerlei digitale ontwikkelingen. Het advies van de Commissie is in 2018 gepubliceerd, met als gevolg dat velerlei wijzigingen in boek 2 zijn doorgevoerd. Ook ten aanzien van deze wijzigingen hebben de consultatieorganisaties advies uitgebracht. In deze adviezen zijn de geconsulteerde organisaties over het algemeen positief ten aanzien van de bevoegdheden in hoofdstuk 8.

De **Raad van State** is in zijn advies uitgebreid ingegaan op de (normering van) heimelijke bevoegdheden. In het bijzonder is de Raad van State kritisch over het gegeven dat het vereiste van voorafgaande rechterlijke toetsing niet is gesteld voor de bevoegdheid tot stelselmatige informatie-inwinning en infiltratie.<sup>192</sup> Voor wat betreft stelselmatige informatie-inwinning meent de Raad van State dat voor de zwaardere variant hiervan in elk geval zou moeten gelden dat de bevoegdheid pas kan worden uitgeoefend na machtiging van de rechter-commissaris.<sup>193</sup> Ook voor infiltratie zou de wet een machtiging van de rechter-commissaris moeten vereisen.<sup>194</sup> Politie en bijzondere opsporingsdiensten keren zich tegen een dergelijke machtiging voor de inzet van een infiltratie.<sup>195</sup> In het wetsvoorstel is uiteindelijk wel het vereiste van rechterlijke machtiging gesteld, zowel bij de zwaardere vorm van stelselmatige informatie-inwinning als bij infiltratie. Ook is nader toegelicht hoe het vereiste van rechterlijke machtiging zich verhoudt tot de interne procedure binnen het OM, met het advies van de Centrale Toetsingscommissie en de toestemming van het College van P-G's.<sup>196</sup>

Voorts leverde de Raad van State kritiek op de **reikwijdte van de bevoegdheden** van pseudo-koop en -dienstverlening en stelselmatige informatie-inwinning.<sup>197</sup> Hieraan is de regering tegemoet gekomen door deze bevoegdheden op verschillende manieren in te perken.<sup>198</sup> Zo heeft de regering de bepaling inzake stelselmatige informatie-inwinning wat aangepast en beter toegelicht waarom en in welk opzicht precies voor een verruiming van de bevoegdheden is gekozen.

<sup>192</sup> Raad van State, *Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Deeladvies C – Opsporing*, 16 mei 2022, p. 113-116.

<sup>193</sup> Zowel de Raad voor de Rechtspraak als de Nederlandse vereniging voor Rechtspraak pleiten ook voor rechtelijke toetsing bij infiltratie. Zie Rvdr, *Advies consultatie boeken 1 en 2 nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 11 juli 2017, p. 35-36; NVvR, *Advies conceptwetsvoorstellen Boeken 1 en 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 25 juli 2017, p. 27-28.

<sup>194</sup> Raad van State, *Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Deeladvies C – Opsporing*, 16 mei 2022, p. 116-118.

<sup>195</sup> Politie, *Advies consultatie boeken 1 en 2 nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 28 juni 2017, Bijlage 2, p. 81-85; Platform BOD, *Advies Platform BOD over Boeken 1 en 2 Wetboek van Strafvordering*, 13 juni 2017, p. 32-33.

<sup>196</sup> Beslisnota verwerking advies Raad van State over het nieuwe Wetboek van Strafvordering (20 oktober 2022), bijlage (blg-1081633) bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 18.

<sup>197</sup> Raad van State, *Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Deeladvies C – Opsporing*, 16 mei 2022, p. 118-120.

<sup>198</sup> Beslisnota verwerking advies Raad van State over het nieuwe Wetboek van Strafvordering (20 oktober 2022), bijlage (blg-1081633) bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 19.

## 8.4 Analyse van de voorgestelde regeling

### 8.4.1 Mondelinge bevelen

Zoals reeds in onderdeel 2.3 van deze rapportage uiteengezet, vormen **administratieve lasten** die in de praktijk worden gevoeld een belangrijke knelpunt dat het nieuwe Wetboek tracht te adresseren. In het huidige Wetboek is het uitgangspunt dat bevelen van de officier van justitie om een bijzondere opsporingsbevoegdheid in te zetten schriftelijk moeten worden vastgelegd. Voor elke bevoegdheid is daarom afzonderlijk uitgewerkt of een bevel nodig is en welke eisen aan deze bevelen moeten worden gesteld. In de praktijk werd de regeling inzake bevelen en machtigingen als onoverzichtelijk ervaren. De **politie** heeft voorgesteld om indien een machtiging van de rechter-commissaris is vereist, de eis van een voorafgaande vordering van de officier van justitie te laten vervallen, zodat de aanwezige hulpofficier alleen contact hoeft te hebben met de verantwoordelijke rechter-commissaris.<sup>199</sup> Verder adviseert de politie als uitgangspunt te hanteren dat bevelen mondeling gegeven kunnen worden, waarbij de verantwoording achteraf plaatsvindt door vastlegging in het proces-verbaal. Vanuit het **OM** is aangedrongen op het ontwerpen van een algemene regeling voor het vastleggen van bevelen, vorderingen tot machtigingen en machtigingen. In het wetsvoorstel voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering is gedeeltelijk gehoor gegeven aan de kritiek op de schriftelijke bevelen.<sup>200</sup> In titel 1.5 is een algemene regeling getroffen voor het geven van bevelen, en het uitgangspunt van deze regeling is dat bevelen in beginsel mondeling kunnen worden gegeven (zie nader onderdelen 2.3 en 3.4.7 van deze rapportage).

**Artikel 2.8.1** regelt wat betreft de heimelijke bevoegdheden wanneer bevelen afzonderlijk **op schrift** moeten worden gesteld. Afzonderlijke vastlegging van bevelen wordt onder het nieuwe Wetboek van Strafvordering de uitzondering. Concreet betekent dit dat alleen de heimelijke bevoegdheden waarvoor een machtiging van de rechter-commissaris is vereist afzonderlijk op schrift moeten worden vastgelegd. De bevoegdheden waarvoor alleen een bevel van de officier van justitie is vereist, zijn uitgezonderd van afzonderlijke schriftelijke vastlegging. Het gaat om de volgende bevoegdheden: bevelen tot stelselmatige observatie (artikel 2.8.7), stelselmatig overnemen persoonsgegevens uit publiek toegankelijke bronnen (artikel 2.8.8), bevoegdheden ten aanzien van een besloten plaats (artikel 2.8.9) en stelselmatige locatiebepaling (artikel 2.8.18).

Dat bevelen ter uitoefening van heimelijke bevoegdheden ook mondeling kunnen worden gegeven, is een wijziging ten opzichte van het geldende recht waarin ook voor bevoegdheden waarvoor een bevel van de officier van justitie is vereist, is voorgeschreven dat dit bevel schriftelijk dient te geschieden. Ogenschijnlijk wordt de werklast ten aanzien van deze bevoegdheden verminderd, in het bijzonder bij het Openbaar Ministerie. De vraag is echter wat de daadwerkelijke winst van deze keuze is. Dat deze bevelen mondeling kunnen worden gegeven doet niet af aan de verbaliseringsplicht op grond van artikel 2.1.10. Op basis van deze bepaling moeten opsporingsambtenaren immers alles verbaliseren dat relevant is voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de bevoegdheden. Dat betekent ook dat moet worden geverbaliseerd of en op welke wijze een bevel is gegeven. Bovendien komt daarmee de verantwoordelijkheid voor wat op papier komt te staan volledig bij de opsporingsambtenaar te liggen en niet zoals naar huidig recht het geval is bij de OvJ. **In dit licht gezien rijst dan ook de vraag of het toch niet wenselijk is om voor alle heimelijke bevoegdheden te eisen dat bevelen op schrift moeten worden gesteld, tenzij sprake is van een dringende noodzaak om**

<sup>199</sup> Politie, *Advies consultatie boeken 1 en 2 nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 28 juni 2017, Bijlage 2, p. 36.

<sup>200</sup> OM, *Advies van het Openbaar Ministerie (OM) bij het wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (het opsporingsonderzoek)*, 5 juli 2017, p. 5-6.

**mondeling een bevel te geven.** Degene die het bevel geeft is volgens de **Raad van State** het best in staat om het bevel nauwkeurig vast te leggen.<sup>201</sup> De voorgestelde wettelijke regeling brengt het risico met zich dat de schriftelijke weergave achteraf van het mondelinge bevel in het proces-verbaal afwijkt van het door de officier van justitie gegeven bevel. Kortom, hoewel de wens van het OM en de opsporingsdiensten om de administratieve lasten te verminderen wel is te begrijpen, weegt deze wens volgens de Raad van State niet op tegen het belang van een goede verslaglegging van het opsporingsonderzoek. De voorgestelde wettelijke regeling verdient dan ook heroverweging volgens de Raad van State. **De politie, de KMar en het platform BOD-en** zijn hier geen voorstander van. Volgens deze organisaties levert dit voorstel een (bescheiden) werklastvermindering op. Ook de aanname van de Raad van State dat een opsporingsambtenaar een mondeling gegeven bevel niet nauwkeurig zou vastleggen in een proces-verbaal is volgens deze organisaties onjuist. Het OM is van mening dat de hoofdregel moet zijn dat een bevel mondeling kan worden gegeven en dat een mondeling bevel zich vooral leent voor **ja/nee-situaties**. De **NOvA** daarentegen onderschrijft het advies van de Raad van State om het voorstel te heroverwegen. Dit advies van de Raad van State wordt in het wetsvoorstel niet gevolgd en de voorgestelde regeling inzake de mondelingen bevelen blijft dus ongewijzigd.<sup>202</sup>

#### 8.4.2 Rol van de rechter-commissaris als toetsende en voorwaarden scheppende autoriteit

De rechter-commissaris heeft in de regeling van heimelijke bevoegdheden een **autoriserende rol**. In het kader van verschillende heimelijke bevoegdheden dient de RC een machtiging te verlenen: indringende vormen van stelselmatige informatie-inwinning (artikel 2.8.11 lid 2), infiltratie (artikel 2.8.12), tappen (artikel 2.8.13), opnemen vertrouwelijke communicatie (artikel 2.8.15) en hacken (artikel 2.8.16) en verkennend onderzoek (artikel 2.9.1). De reden voor betrokkenheid van de RC bij deze bevoegdheden is gelegen in de ernst van de inbreuk die met de betreffende bevoegdheid wordt gemaakt op mensenrechten en/of in de risico's die de opsporingsmethode voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing met zich brengt. Betrokkenheid van de RC wordt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) en jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) als belangrijke waarborg gezien.<sup>203</sup> In de eerder aangehaalde **Prokuratuur-arrest** heeft het Hof van Justitie bijvoorbeeld bepaald dat een officier van justitie niet als onafhankelijke bestuurlijke entiteit is aan te merken en daarom geen bevel tot verstrekking van verkeers- en locatiegegevens kan afgeven (zie onderdelen 2.2 en 7.4.5 van deze rapportage). Deze jurisprudentie ziet alleen op de bevoegdheden inzake de verstrekking van verkeers- en locatiegegevens en niet op andere bevoegdheden in boek 2. Het is de vraag wat deze jurisprudentie impliceert voor andere bevoegdheden dan die waarop de jurisprudentie direct betrekking heeft, maar die qua privacy-inmenging wél zijn te vergelijken met bevoegdheden die centraal staan in de jurisprudentie van het HvJ EU. Op dit moment is reeds een prejudiciële procedure aanhangig waarin onder meer de vraag is of het ook in geval van het uitlezen van een

<sup>201</sup> Raad van State, *Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Deeladvies C – Opsporing*, 16 mei 2022, p. 124-125.

<sup>202</sup> Beslisnota verwerking advies Raad van State over het nieuwe Wetboek van Strafvordering (20 oktober 2022), bijlage (blg-1081633) bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 20-21.

<sup>203</sup> Dit wil niet zeggen dat de betrokkenheid van de rechter-commissaris ook steeds rechtstreek uit de Europese jurisprudentie voortvloeit.

smartphone een machtiging van de rechter-commissaris nodig is.<sup>204</sup> De Raad van State heeft ook op dit punt gewezen.<sup>205</sup>

Zoals in onderdeel 2.2 van deze rapportage opgemerkt valt in de memorie van toelichting bij het voorgestelde wetboek te lezen dat vooralsnog geen wijzigingen worden doorgevoerd, omdat de Unierechtelijke jurisprudentie zich nog verder moet uitkristalliseren. De vraag is echter of kan worden gewacht op het moment dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie is 'uitgekristalliseerd'. Vooralsnog heeft het HvJ EU veel jurisprudentie gewezen over het bewaren van en toegang verkrijgen tot verkeers- en locatiegegevens. Sinds enige tijd begint het HvJ EU zich ook uit te laten over de **Richtlijn 2016/680** en **het recht op bescherming van persoonsgegevens**. Deze richtlijn is van toepassing op alle persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van strafvordering. Jurisprudentie hierover zal dus voortdurend in ontwikkeling blijven. In het licht hiervan is het aangewezen dat de memorie van toelichting uitgebreider dan thans bij het wetsvoorstel is gebeurd motiveert waarom bij bevoegdheden als stelselmatige locatiebepaling, stelselmatige observatie, stelselmatig overnemen van gegevens uit publiek toegankelijke bronnen geen machtiging van de rechter-commissaris is vereist. Met deze bevoegdheden kan op vergelijkbare manier inbreuk worden gemaakt op het recht op privacy als aan de hand van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens.

Voorts gaat de memorie van toelichting ten aanzien van verschillende heimelijke bevoegdheden nauwelijks nader in op de vraag **hoe de rechter-commissaris een vordering van de OvJ moet toetsen**. Uitzondering betreft infiltratie. De RC moet in geval van infiltratie indringend toetsen, ook wat betreft beleidsmatige keuzes van de OvJ. Een marginale toets volstaat niet.<sup>206</sup> Voor andere bevoegdheden is hierop niet nader ingegaan, wat een niet-consequent beeld geeft. De rol van de RC als toetsende autoriteit verdient dan ook nadere opheldering. Tot slot biedt de memorie van toelichting weinig toelichting op de rol van de rechter-commissaris als '**voorwaardenscheppende**'- **autoriteit** die met name in recente zaken waarin heel veel gegevens zijn verkregen, zoals de EncroChat en Sky ECC-zaken, is omarmd. In deze zaken heeft de RC vanwege de ernst van de privacy inbreuk nadere eisen gesteld aan de uitvoering van digitale heimelijke bevoegdheden.<sup>207</sup> De praktijk laat aldus zien dat het in geval van digitale heimelijke bevoegdheden soms nodig kan zijn dat de R-C nadere eisen stelt aan hoe een bevoegdheid moet worden toegepast. De Hoge Raad stelt zich op het standpunt dat het de rechter-commissaris vrij staat om aan het gebruik van de machtiging voorwaarden te verbinden en ziet een rol weggelegd voor het onverplicht vorderen van een machtiging van de RC door de officier van justitie in gevallen waarin de normering van opsporingsmethoden slechts in beperkte mate op de technologische ontwikkelingen is toegesneden.<sup>208</sup> De door de RC aan een machtiging te verbinden voorwaarden kunnen in de ogen van de Hoge Raad ertoe strekken (1) de toetsing van de authenticiteit en de betrouwbaarheid van het bewijs te waarborgen; (2) mede de belangen van derde nog niet-verdachte burgers te beschermen en (3) het verschoningsrecht te waarborgen.<sup>209</sup>

<sup>204</sup> Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona, 20 april 2023, ECLI:EU:C:2023:313, i.h.b. de overwegingen bij de tweede prejudiciële vraag.

<sup>205</sup> Raad van State, *Advies over het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Deeladvies C – Opsporing*, 16 mei 2022, p. 138-139.

<sup>206</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3, p. 697.

<sup>207</sup> Zie nader over deze praktijk: B.W. Schermer & J.J. Oerlemans, 'De Encrochat-jurisprudentie: teleurstelling voor advocaten, overwinning voor justitie?', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving* 2022, nr. 2, p. 82-89,

<sup>208</sup> HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913, r.o.6.21.1-6.24.1.

<sup>209</sup> HR 13 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:913, r.o.6.24.3.

### 8.4.3 Verstrengeling vergaring en verwerking van (grote hoeveelheden) persoonsgegevens

In paragraaf 2.1 van deze rapportage is ingegaan op de verstrengeling van het vergaren en verwerken van (persoons)gegevens in de opsporing. Verschillende gremia – zoals de commissie Koops, literatuur en consultatieadviezen – hebben meermaals erop gewezen dat bij een modernisering van in het bijzonder digitale heimelijke bevoegdheden ook oog moet bestaan voor de wijze waarop de gegevens kunnen worden gebruikt. Het is nadrukkelijk van belang dat de **vergaring** van gegevens in samenhang met de verdere **verwerking** van deze gegevens wordt gezien en genormeerd.<sup>210</sup> Meer aandacht hiervoor is thans voorzien in het aanvullingspoot. Twee punten verdienen daarbij in het bijzonder aandacht.

Het eerste punt betreft het volgende. Naar huidig recht kent het Wetboek van Strafvordering bepalingen over het vernietigen en bewaren van gegevens die met enkele bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn verkregen: **126cc en 126dd Sv**. Artikel 126cc Sv regelt in welke gevallen gegevens die zijn verkregen met enkele bijzondere opsporingsbevoegdheden moeten worden **vernietigd**. Artikel 126dd Sv regelt voorts wanneer en met inachtneming van welke waarborgen gegevens die met enkele bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn verkregen **voor een ander doel dan het doel waarvoor de gegevens zijn verkregen mogen worden verwerkt**. In het wetsvoorstel keren deze bepalingen niet terug. Slechts wat betreft het verkennend onderzoek (artikel 2.9.1) heeft de regering expliciet onder ogen gezien hoe de met deze bepaling verkregen gegevens verder mogen worden verwerkt. In de memorie van toelichting valt te lezen dat hergebruik van met verkennend onderzoek verkregen gegevens niet wenselijk is en hieraan worden dan ook beperkingen gesteld.<sup>211</sup> Dat is dus niet het geval wat betreft andere bevoegdheden.

Door het schrappen van artikel 126cc en artikel 126dd Sv wordt de **verdere verwerking** van gegevens die met heimelijke bevoegdheden zijn verkregen **volledig door de Wpg** genormeerd. De Wpg is gestoeld op het uitgangspunt dat rechtmatig verkregen gegevens in beginsel ook voor andere doelen dan het doel waarvoor ze zijn verkregen, mogen worden verwerkt. Artikel 126dd Sv is echter strenger, door te bepalen dat gegevens alleen in andere opsporingsonderzoeken mogen worden gebruikt **om inzicht te verkrijgen in de betrokkenheid van personen bij zware criminaliteit** en dat de **officier van justitie** toestemming daartoe moet geven. Hoewel het delen van gegevens uiteraard relevant kan zijn, kleven hieraan ook privacy risico's. Door het delen en combineren van gegevens uit verschillende onderzoeken, kan de politie zicht krijgen op personen die nog niet als verdachte waren aangemerkt en kan de politie verdere beslissingen nemen die van invloed zijn op deze personen en waarmee inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van deze personen.

Het tweede aandachtspunt betreft de opkomst van **data-analyses** met als doel om een goede **informatiepositie** op te bouwen. Uit recent WODC-onderzoek<sup>212</sup> volgt dat de politie in het bijzonder voor wat betreft de bestrijding van cybercriminaliteit behoefte heeft aan een goede informatiepositie. Als uitgangspunt geldt echter dat opsporingsbevoegdheden niet uitsluitend mogen worden ingezet om een informatiepositie op te bouwen (om op grond daarvan strategische of tactische beslissingen te nemen).<sup>213</sup> Ten eerste rijst de vraag of dit uitgangspunt moet en kan worden gehandhaafd. De memorie van toelichting lijkt te suggereren dat dit uitgangspunt wordt gehandhaafd. Volgens de memorie van toelichting moet de uitoefening van heimelijke bevoegdheden minst genomen kunnen bijdragen aan het onderzoek

<sup>210</sup> Zie o.a. M.I. Fedorova, R.M. te Molder, M.J. Dubelaar, S.M.A. Lestrade, T.F. Walree, *Strafvorderlijke gegevensverwerking*, Nijmegen 2022.

<sup>211</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 728.

<sup>212</sup> C.A.J. van Eeden e.a., *Opsporen, vervolgen en tegenhouden van cybercriminaliteit*, Cahier 2021-23.

<sup>213</sup> Zie *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 356.



waarvoor de bevoegdheden wordt ingezet. Wanneer dit uitgangspunt inderdaad wordt gehandhaafd, rijst ten tweede de vraag of opsporingsbevoegdheden wel **mede** met als doel het opbouwen van een informatiepositie kunnen worden ingezet. Of staat het **doelbindingsbeginsel** als bedoeld in artikel 2.1.2 lid 2 hieraan in de weg? Deze bepaling schrijft voor dat bevoegdheden alleen worden ingezet indien dit in het belang is van het onderzoek. Is dat onderzoeksbelang aanwezig als bevoegdheden vooral of mede ten behoeve van het opbouwen van een informatiepositie worden ingezet? Indien het doelbindingsbeginsel niet in de weg staat aan de inzet van opsporingsbevoegdheden mede voor het opbouwen van een informatiepositie, rijst ten derde de vraag of het dan ook niet aangewezen is om het opbouwen van de informatiepositie **nader te normeren**. Daarvoor gaan wel stemmen op in de literatuur.<sup>214</sup> Het opbouwen van een informatiepositie leidt immers ertoe dat de inzet van bevoegdheden vaak niet meer achteraf door de rechter kan worden gecontroleerd. Dit vraagt volgens verschillende auteurs tevens om een herijking van **toezicht op de opsporing**.

#### 8.4.4 *Pseudo-koop: toetsing aan beginselen proportionaliteit en subsidiariteit*

De wetgever heeft de regeling pseudokoop en -dienstverlening, welke gaat om het afnemen van goederen of verlenen van diensten door opsporingsambtenaren, een **ruimer bereik** willen geven. Dit is gebeurd door **uitbreiding van de kring van personen** jegens wie de bevoegdheid kan worden ingezet. De huidige regeling werd als te rigide ervaren, omdat deze alleen tegen verdachten kon worden ingezet en niet tegen personen die door de verdachte worden gebruikt maar zelf te goeder trouw zijn.<sup>215</sup> Onder de nieuwe bepaling kan de bevoegdheid worden ingezet tegen ‘een persoon’ (zonder dat er tegen die persoon een verdenking hoeft te zijn). De inzet van de bevoegdheid wordt volgens de memorie van toelichting begrensd door de algemene bepalingen van het opsporingsonderzoek in Boek 2, titel 1.2 waaronder de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat betekent dat telkens gekeken moet worden of de inzet tegen deze persoon wel proportioneel en noodzakelijk is. **De vraag kan worden gesteld hoe zal worden gewaarborgd dat deze beginselen ook daadwerkelijk worden nageleefd**. In de literatuur bestaan twijfels over de toetsing aan deze beginselen, mede omdat de rechter die de rechtmatigheid van de inzet van de bevoegdheid na afloop moet beoordelen vrijwel nooit de proportionaliteit en subsidiariteit toetst.<sup>216</sup>

#### 8.4.5 *Stelselmatig inwinnen van informatie*

In artikel 2.8.11 is de stelselmatige inwinning van informatie geregeld. Onder de voorgestelde regeling kent deze bevoegdheid twee varianten, een **lichte variant** (lid 1) waarvoor de OvJ toestemming kan geven en een **zwaardere of meer indringende variant** (lid 2) waarvoor een machtiging van de RC is vereist. Voor de lichte variant geldt dat ten opzichte van het geldende recht de kring van personen jegens wie deze bevoegdheid kan worden ingezet, wordt uitgebreid. Naar geldend recht mag de bevoegdheid alleen worden ingezet om informatie in te winnen over een **verdachte**. In het wetsvoorstel wordt net als in het voorstelde artikel over pseudokoop – en dienstverlening gesproken over ‘**persoon**’. Er hoeft dus nog geen verdenking te bestaan tegen de persoon over wie informatie wordt ingewonnen. Dat betekent een **forse verruiming van de bevoegdheid om informatie in te winnen**, zeker ook gelet op de

<sup>214</sup> Vgl. M.F.H. Hirsch Ballin & J-J Oerlemans, ‘Datagedreven opsporing verzet de bakens in het toezicht op strafvorderlijk optreden’, *DD* 2023/2, p. 23; M.I. Fedorova, R.M. te Molder, M.J. Dubelaar, S.M.A. Lestrade, T.F. Walree, *Strafvorderlijke gegevensverwerking*, Nijmegen 2022, p. 160-161; B.W. Schermer & M. Galič 2022, ‘Biedt de Wet politiegegevens een stelsel van ‘end-to-end’ privacywaarborgen’, *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2022, p. 176.

<sup>215</sup> *Kamerstukken II* 2022/23, 36 327, nr. 3, p. 688.

<sup>216</sup> A.A. Franken, ‘Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing’, *DD* 2009/8.

mogelijkheden om digitaal informatie in te winnen (bijvoorbeeld door deel te nemen aan besloten chatgroepen). Voor de goede orde, het inwinnen van informatie over de persoon hoeft niet bij de persoon zelf te geschieden maar de politie kan ook informatie inwinnen bij vrienden of kennissen van die nog niet-verdachte persoon.

In lid 2 van artikel 2.8.11 waarin de zwaardere variant is neergelegd, is de kring van personen ingeperkt. Die zwaardere bevoegdheid kan alleen worden ingezet tegen een ‘persoon ten aanzien van wie op grond van die verdenking kennis is gekregen dat hij een of meerdere misdrijven beraamt, pleegt of heeft gepleegd’. De reden is dat deze vorm van stelselmatige informatie-inwinning een meer indringend karakter heeft dan de variant in lid 1. De bevoegdheid in lid 2 omvat ook ‘het door de persoon laten verrichten van activiteiten, al dan niet in samenwerking met de opsporingsambtenaar’. Op grond van beide varianten mag actief worden geïnterfereerd in het leven van de persoon over wie informatie wordt ingewonnen, maar zodra de politie de persoon ook activiteiten wil laten verrichten dan is daarvoor een machtiging van de rechter-commissaris noodzakelijk. De politie en het OM voorzien problemen omdat de lichte variant gemakkelijk kan overlopen in de zwaardere variant waarvoor een machtiging van de rechter-commissaris is vereist.

De bevoegdheid tot stelselmatige informatie-inwinning vormt in de praktijk thans ook de grondslag voor zogenaamde *befriendingsoperaties* waarin de politie een vriendschappelijke relatie aangaat met een verdachte (of soms zelfs slachtoffer) en daarmee intensief contact probeert te onderhouden met een persoon **bij en over** wie ze informatie inzamelen in hoop dat deze persoon veel over zichzelf of anderen prijsgeeft. Dat gaat soms zover dat allerlei tactieken worden ingezet om de persoon tegen wie de bevoegdheid wordt ingezet tot een bekentenis te brengen. Een voorbeeld is de uit Canada overgewaaide en fors bekritiseerde **mr. Big-methode** waarin – kort gezegd – een gefingeerde (criminele) organisatie wordt opgezet waarin de verdachte wordt betrokken, om hem te verleiden een bekentenis over eerder begane feiten af te leggen ten overstaan van de ‘grote baas’ (mr. Big). De Hoge Raad acht een dergelijke gang van zaken in strijd met de verklaringsvrijheid,<sup>217</sup> maar de vraag is wel hoeveel ruimte de wetgever ziet voor lichtere varianten van dergelijke *befriendingsoperaties* en in hoeverre de inzet van dergelijke operaties ook mogelijk is op grond van het voorgestelde artikel 2.8.11 lid 1 nu ook daar in de memorie van toelichting melding wordt gemaakt van de mogelijkheid van intensief contact.<sup>218</sup>

#### 8.4.6 Controle van (digitale) heimelijke bevoegdheden

Voor de verdediging en de rechter is het belangrijk dat zij inzicht hebben in de vraag **hoe met (digitale) heimelijke bevoegdheden bewijs is verkregen**. Dat inzicht is van belang voor zowel rechtmatigheidsvragen (is de heimelijke bevoegdheid rechtmatig ingezet?) als betrouwbaarheidsvragen (is het verkregen bewijs betrouwbaar?). Ten aanzien van digitale heimelijke bevoegdheden waarvoor de inzet van een technisch hulpmiddel nodig is, kan het uitoefenen van deze controle achteraf lastig zijn. Het gebruik van deze middelen wordt echter steeds gangbaarder; bijvoorbeeld voor het overnemen van gegevens uit publiek toegankelijke bronnen, maar ook voor uitoefening van de zogeheten hackbevoegdheid. Het voorgestelde Wetboek van Strafvordering bevat op het punt van controle geen wijziging ten opzichte van het geldende recht.

Voor digitale heimelijke bevoegdheden waarvoor aan de hand van technisch hulpmiddelen complexe opsporingshandelingen worden verricht gelden in principe dezelfde eisen als voor

<sup>217</sup> Zie de Posbankzaak, ECLI:NL:HR:2019:1983 en de Kaatsheuvelzaak, ECLI:NL:HR:2019:1982

<sup>218</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3, p. 962.

niet-digitale heimelijke bevoegdheden. Het enige verschil is dat ten aanzien van technische hulpmiddelen in artikel 2.8.4 is geregeld dat bij AMvB nadere regels worden gesteld over de inzet van technische hulpmiddelen. Naar geldend recht is dit gebeurd in het **Besluit technische hulpmiddelen strafvordering en het Besluit onderzoek in geautomatiseerd werk**. Het uitgangspunt van deze besluiten is dat technische hulpmiddelen moeten worden **gekeurd** voordat ze daadwerkelijk mogen worden gebruikt.<sup>219</sup> Voorafgaande keuring van technische hulpmiddelen is in de praktijk echter niet altijd mogelijk.<sup>220</sup> Uit recent evaluatieonderzoek van het WODC inzake de hackbevoegdheid blijkt dat voorafgaand keuren van technische hulpmiddelen niet of nauwelijks is gelukt.<sup>221</sup> Het vooraf keuren van technische hulpmiddelen dient echter wel een belangrijk doel, namelijk het voorkomen dat twijfel bestaat over de authenticiteit en de herkomst van de overgenomen gegevens. De vraag is dan ook hoe de authenticiteit en de herkomst van met digitale heimelijke bevoegdheden verkregen bevoegdheden kan worden gewaarborgd, nu het daarvoor gebruikte middel van voorafgaand keuren van technisch hulpmiddelen niet of nauwelijks werkt.<sup>222</sup> Voorts is ook voor de controle van heimelijke digitale bevoegdheden **het gegevensbeschermingsrecht** zoals dat is neergelegd in de Wpg (en Richtlijn politie- en justitiegegevens (Richtlijn 2016/680)) van belang. In artikel 32a Wpg is bijvoorbeeld geregeld dat bepaalde gegevensverwerkingen moeten worden gelogd.<sup>223</sup> **Logging** kan waarborgen dat achteraf precies is te achterhalen welke handelingen met gegevens zijn verricht.<sup>224</sup> Het voorgestelde Wetboek van Strafvordering geeft echter nog op geen enkele wijze rekenschap van het gegeven dat ook het gegevensbeschermingsrecht eisen stelt die relevant zijn voor controle van digitale heimelijke bevoegdheden. De vraag rijst hoe gegevensbeschermingsrechtelijke normen in de regeling voor (digitale) heimelijke opsporingsbevoegdheden moeten doorwerken. Meer specifiek is de vraag of deze normen niet een prominentere plek in het Wetboek van Strafvordering zouden moeten krijgen, bijvoorbeeld door toevoeging van een algemene titel.

## 8.5 Samenhang met andere onderdelen van het nieuwe Wetboek

- De normering van de heimelijke bevoegdheden hangt sterk samen met de codificatie van de beginselen van doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit die in boek 2, hoofdstuk 1 zijn neergelegd (2.1.2; 2.1.3; 2.1.4). Deze beginselen zullen te allen tijde moeten worden nageleefd bij de uitoefening van de heimelijke bevoegdheden.
- In artikel 2.1.1 staan allerlei definities die van belang zijn voor een goed begrip van de regeling in hoofdstuk 8 van boek 2. Hier staat bijvoorbeeld uitgelegd wat communicatie, geautomatiseerd werk, etc. betekent.
- De artikelen 2.1.10 t/m 2.1.12 over de verslaglegging door opsporingsambtenaren alsmede de artikelen 2.1.13 t/m 2.1.15 inzake de vastlegging van bevelen en van machtigingen en vorderingen daartoe zijn ook van belang voor de normering van de heimelijke bevoegdheden. De eerste regeling inzake verslaglegging moet borgen dat alles wat door

<sup>219</sup> C.M. Taylor Parkins-Ozephuis, D.A. Wendt & D.A.G. van Toor, 'CTRL+ALT+DEL:De keuring van technische hulpmiddelen', *Platform Modernisering Strafvordering* 2022, p. 4.

<sup>220</sup> Vgl. ook C.M. Taylor Parkins-Ozephuis, D.A. Wendt & D.A.G. van Toor, 'CTRL+ALT+DEL:De keuring van technische hulpmiddelen', *Platform Modernisering Strafvordering* 2022, p. 1-11 hierover.

<sup>221</sup> A. van Uden en C.A.J. van den Eeden, *De hackbevoegdheid in de praktijk*, WODC 2022, Cahier 2022-8, p. 176-177.

<sup>222</sup> Het WODC verricht thans een onderzoek specifiek naar de keuring van technisch hulpmiddelen.

<sup>223</sup> Art. 25 Richtlijn politie- en justitiegegevens (Richtlijn (EU) 2016/680).

<sup>224</sup> Zie M. Galič, 'De rechten van de verdediging in de context van omvangrijke datasets en geavanceerde zoekmachines in strafzaken: een suggestie voor uitbreiding', *BoomStrafblad* 2022, nr. 2, p. 47. Zie voorts M.I. Fedorova, R.M. te Molder, M.J. Dubelaar, S.M.A. Lestrade, T.F. Walree, *Strafvorderlijke gegevensverwerking*, Nijmegen 2022, p. 160 waar wordt voorgesteld om een algemeen kader te ontwikkelen met daarin de belangrijkste normen uit het gegevensbeschermingsrecht (waaronder logging) die voor de uitoefening van alle digitale heimelijke bevoegdheden van belang zijn.

opsporingsambtenaren ter opsporing is verricht en bevonden wordt vastgelegd. Zo kan controle op de rechtmatigheid in de opsporing plaatsvinden. De regeling in 2.1.13 t/m 2.1.15 regelt in welke gevallen bevelen, machtigingen en vorderingen schriftelijk moet worden vastgesteld.

- Op het horizontale thema van de verstrengeling van het vergaren en verwerken van (persoons)gegevens in de opsporing (zie nader par. 2.1 in deze rapportage) is er samenhang met hoofdstukken 6 en 7 van boek 2.

## 8.6 Opkomende vragen

### *Voorgestelde vragen:*

- Kan nader worden toegelicht in welk opzicht het schrappen van de eis dat bevelen van de officier van justitie ter uitoefening van heimelijke bevoegdheden niet langer afzonderlijk op schrift hoeven worden gesteld precies tot werklastvermindering leidt?
- Leidt de voorgestelde regeling inzake mondelingen bevelen niet ertoe dat de politie meer administratieve lasten krijgt, omdat zij verantwoordelijk worden voor het verbaliseren van een mondeling gegeven bevel? Past deze verschuiving van verantwoordelijkheid op het gebied van bevelen wel bij de rollen en taken van de politie en het Openbaar Ministerie in de opsporing?
- Kan nader worden toegelicht welke rol is weggelegd voor de rechter-commissaris bij de toetsing van de uitvoering van (digitale) heimelijke opsporingsbevoegdheden? Hoe moet de rechter-commissaris invulling geven aan zijn toetsende rol?
- In hoeverre geeft het Unierecht aanleiding om de positie van de rechter-commissaris te verstevigen bij de inzet van heimelijke bevoegdheden (stelselmatige locatiebepaling, stelselmatige observatie, stelselmatig overnemen van gegevens uit publiek toegankelijke bronnen)?

**Voorgestelde vragen (vervolg):**

- Kan nader worden toegelicht welke gevolgen het schrappen van artikel 126cc/dd Sv zal hebben mede in het licht dat voor deze bepalingen op korte termijn ook geen nadere regeling wordt getroffen in de Wpg?
- Is het gelet op Europeesrechtelijke normen (i.h.b. Richtlijn 2016/680) niet noodzakelijk meer waarborgen te creëren voor het verder verwerken van gegevens die met heimelijke bevoegdheden zijn verkregen, mede gelet op dat de Wpg op korte termijn niet (fundamenteel) wijzigt?
- Kan nader worden ingegaan op de inzet van opsporingsbevoegdheden ten behoeve van het opbouwen van een informatiepositie? Welke bevoegdheden mag de politie hiervoor wel of niet gebruiken?
- Als het wenselijk is dat de politie ook bevoegdheden kan inzetten om een informatiepositie op te bouwen: moet dit onderwerp dan niet nader worden genormeerd?
- Hoe kan inachtneming van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit bij de inzet van de bevoegdheid tot pseudokoop en – dienstverlening tegen niet-verdachte personen worden verzekerd of bevorderd?
- Kan het onderscheid tussen de lichte en de zware variant van de bevoegdheid tot stelselmatige informatie-inwinning verder worden toegelicht?
- Kunnen *befriendingsoperaties* waarin de politie tracht het vertrouwen te winnen van de persoon over wie informatie wordt ingewonnen, ook op lid 1 van artikel 2.8.11 worden gebaseerd? Zo ja, dient in dat geval ook een machtiging van de rechter-commissaris te worden verkregen?
- Welke mogelijkheden heeft de rechter-commissaris om het verloop van een dergelijke *befriendingsoperatie* goed te monitoren?
- Hoe worden *befriendingsoperaties* waarin de politie intensief contact onderhoudt met de personen over wie zij informatie inwinnen, binnen het OM gemonitord? Welke waarborgen zijn er om uitwassen te voorkomen?
- Hoe wordt in het voorgestelde Wetboek van Strafvordering de authenticiteit en de herkomst van gegevens die met technische hulpmiddelen zijn vergaard gewaarborgd, nu het voorgestelde middel van voorafgaande keuring van technische hulpmiddelen niet of nauwelijks werkt?

## 9 Verschoningsrecht (hoofdstuk 7 en 8)

### 9.1 De regeling op hoofdlijnen

In hoofdstuk 7 **Titel 7.5** is een regeling getroffen voor de uitoefening van de in hoofdstuk 7 geregelde bevoegdheden ten aanzien van voorwerpen en gegevens waarover het verschoningsrecht zich (mogelijk) uitstrekt. De regeling in 7.5 is dus onder meer van toepassing op de **inbeslagneming van gegevens** en de bevelen tot **verstrekking van gegevens**. Deze regeling codificeert jurisprudentie van de Hoge Raad over de doorbreking van het verschoningsrecht in zeer uitzonderlijke omstandigheden. Voorts bevat deze regeling een beschrijving van de procedure die moet worden doorlopen als voorwerpen en gegevens worden aangetroffen bij personen aan wie zelf geen verschoningsrecht toekomt, maar waarover het verschoningsrecht zich mogelijk wel uitstrekt. Kern van deze regeling is dat wanneer een redelijk vermoeden ontstaat dat het gaat om voorwerpen en gegevens waarop het verschoningsrecht van toepassing is en die bij een niet-verschoningsgerechtigde zijn aangetroffen daarvan geen kennis wordt genomen, tenzij de rechter-commissaris anders bepaalt.

In hoofdstuk 8, titel **8.1** is een regeling getroffen voor het waarborgen van het verschoningsrecht en de uitoefening van de heimelijke bevoegdheden die worden geregeld in dit hoofdstuk. Deze regeling beslaat één artikel (artikel 2.8.3) waarin is geregeld dat verschoningsgerechtigde informatie die met bevoegdheden uit hoofdstuk 8 zijn verkregen moet worden vernietigd. Deze bepaling komt overeen met het huidige artikel 126aa Sv. Niettemin verschilt het toepassingsbereik van het nieuwe artikel 2.8.3 ten opzichte van het huidige artikel 126aa Sv, omdat de bevoegdheden ten aanzien van gegevens (waarop nu het regime van artikel 126aa Sv nog van toepassing is) nu worden geregeld in hoofdstuk 7.

### 9.2 Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling

- Met deze titel worden enkele bestaande bepalingen (zoals artt. 98 en 125i Sv) en bestaande rechtspraak<sup>225</sup> over het verschoningsrecht gecodificeerd. Deze titel ziet net als naar geldend recht alleen op het **functioneel verschoningsrecht** waaronder thans ook journalisten worden begrepen (zie voor een definitie artt. 1.6.7 en 1.6.8).
- Belangrijke wijzigingen zijn onder meer dat een **procedure** wordt geïntroduceerd voor het geval voorwerpen of gegevens worden aangetroffen bij een ander dan een verschoningsgerechtigde, maar waarover het verschoningsrecht zich mogelijk wel uitstrekt (artikel 2.7.65 en 2.7.66). Deze procedure is ook van toepassing op de bevelen tot verstrekking van gegevens (naar geldend recht gegevensvorderingen genoemd).<sup>226</sup>
- Voorts is nieuw dat bestaande jurisprudentie inzake het onder **uitzonderlijke omstandigheden doorbreken van het verschoningsrecht** wordt gecodificeerd in art. 2.7.61/62).

<sup>225</sup> Zo is bijvoorbeeld bestaande rechtspraak over ‘doorbreking van het verschoningsrecht’ gecodificeerd in art. 2.7.61 onder c en d.

<sup>226</sup> Dat betekent de ‘strijd’ tussen Stibbe en de Staat die thans bestaat over het verschoningsrecht in belangrijke mate een probleem is van het geldend recht. Gerechtshof 's Hertogenbosch 2 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1329. Hierna zal echter blijken dat de strijd nog steeds van belang is, onder meer in verband met de vraag hoe om te gaan met filtering van verschoningsgerechtigd materiaal op basis van artikel 2.8.3.

### 9.3 Reacties op de voorgestelde regeling

Hoewel organisaties overwegend positief zijn over de voorgestelde regeling, komen een aantal belangrijke kritiekpunten naar voren, met name met betrekking tot de praktische uitvoerbaarheid van de regeling en de aanwezigheid van de benodigde capaciteit. Achtereenvolgens worden de belangrijkste kritiekpunten van het Platform BOD, de KMar, de NOvA, het OM en de Rvdr kort aangestipt.

#### 9.3.1 Platform BOD

Het **Platform BOD** onderschrijft op diverse punten de voorgestelde regeling. Zo is het platform positief over codificatie van de zeer buitengewone omstandigheden waaronder het verschoningsrecht kan worden doorbroken en over een procedure voor het aantreffen van gegevens en voorwerpen waarop het verschoningsrecht mogelijk rust zodat niet tijdens een doorzoeking discussie hoeft plaats te vinden over de vraag of inbeslagneming dan wel het overnemen van de gegevens mogelijk is.<sup>227</sup> Daarnaast werpt het Platform BOD een aantal kritiekpunten op. Allereerst vraagt het Platform zich af of de voorgestelde regeling inzake het aantreffen van goederen en gegevens waarover het verschoningsrecht zich mogelijk uitstrekt niet te gemakkelijk kan worden misbruikt om strafrechtelijk onderzoek te frustreren.<sup>228</sup> Voorts is het Platform kritisch over het uitgangspunt in de regeling dat betrokkenheid van de verschoningsgerechtigde bij beslissingen van de rechter-commissaris de regel is, waar slechts bij hoge uitzondering vanaf mag worden gezien. Dat is volgens het Platform te rigide.<sup>229</sup> Tot slot onderschrijft het Platform BOD de rol van de rechter-commissaris als degene die beslist of kennis mag worden genomen van informatie die onder het verschoningsrecht valt, maar de vraag is of dit praktisch uitvoerbaar is.<sup>230</sup> De belangrijkste reden hiervoor is dat het Platform betwijfelt of bij de kabinetten RC kennis, apparatuur en menskracht aanwezig is.

#### 9.3.2 KMar

Ook de **KMar** werpt vragen op over de praktische uitvoerbaarheid van de regeling. Hoewel de KMar onderschrijft dat door opsporingsambtenaren niet kennis wordt genomen van verschoningsgerechtigde informatie, rijst de vraag hoe in de praktijk dit uitgangspunt moet worden uitgelegd.<sup>231</sup> In de praktijk wordt ‘vermoedelijk verschoningsgerechtigde informatie’ eerst gefilterd door geheimhoudingsopsporingsambtenaren, en het is niet uitgesloten dat deze ambtenaren enigszins kennisnemen van de inhoud van de informatie. Als het uitgangspunt wel is dat alleen de rechter-commissaris kennis mag nemen van verschoningsgerechtigde informatie vraagt de KMar zich af of de kabinetten RC voldoende en ook gekwalificeerde medewerkers hebben om dit werk uit te voeren.

<sup>227</sup> Platform BOD, *Reactie Platform Bijzondere Opsporingsdiensten inzake conceptwetsvoorstellen Vaststellingswet Boek 1 (Strafvordering algemeen) en Vaststellingswet Boek 2 (Het opsporingsonderzoek) van het nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 28 juni 2017, p. 13-14.

<sup>228</sup> Platform BOD, *Reactie Platform Bijzondere Opsporingsdiensten inzake conceptwetsvoorstellen Vaststellingswet Boek 1 (Strafvordering algemeen) en Vaststellingswet Boek 2 (Het opsporingsonderzoek) van het nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 28 juni 2017, p. 13.

<sup>229</sup> Platform BOD, *Reactie Platform Bijzondere Opsporingsdiensten inzake conceptwetsvoorstellen Vaststellingswet Boek 1 (Strafvordering algemeen) en Vaststellingswet Boek 2 (Het opsporingsonderzoek) van het nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 28 juni 2017, p. 14.

<sup>230</sup> Platform BOD, *Reactie Platform Bijzondere Opsporingsdiensten inzake conceptwetsvoorstellen Vaststellingswet Boek 1 (Strafvordering algemeen) en Vaststellingswet Boek 2 (Het opsporingsonderzoek) van het nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 28 juni 2017, p. 16.

<sup>231</sup> KMar, *Consultatieadvies boek 1 en 2*, 22 juni 2017, p. 30-31.

### 9.3.3 NOvA

De kritiek van de **NOvA** kritiek spitst zich toe op drie punten in het bijzonder. In artikel 2.7.61 wordt geregeld in welke uitzonderingsgevallen kennis mag worden genomen van verschoningsgerechtigde informatie. De NOvA meent dat in deze formulering een essentiële clausulering ontbreekt, die in de rechtspraak wel naar voren komt.<sup>232</sup> De NOvA adviseert expliciet in de bepaling op te nemen dat deze uitzondering niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk is voor het aan het licht brengen van de waarheid. Voorts is NOvA kritisch over de formulering van artikel 2.7.62 waarin een regeling is getroffen voor de procedure die moet worden doorlopen wanneer moet worden beoordeeld of toch kennis mag worden genomen van verschoningsgerechtigde informatie. Deze beoordeling is opgedragen aan de rechter-commissaris die zo mogelijk de verschoningsgerechtigde in staat moet stellen zijn standpunt kenbaar te maken. De NOvA is kritisch ten aanzien van de woorden 'zo mogelijk'. Volgens NOvA zou de verschoningsgerechtigde te allen tijde zijn standpunt kenbaar moeten kunnen maken waardoor de woorden kunnen worden geschrapt.<sup>233</sup> Tot slot is de NOvA kritisch over de reikwijdte van de beklagregeling. Artikel 2.7.63 regelt de procedure tot beklag indien de rechter-commissaris toch heeft toegestaan om kennis te nemen van verschoningsgerechtigde informatie. De mogelijkheid tot beklag is alleen toegekend aan de functioneel verschoningsgerechtigde. Het komt de NOvA zeer onwenselijk voor dat in geval van beslag bij een derde (bijvoorbeeld de patiënt of de cliënt zelf) geen mogelijkheid bestaat voor het doen van beklag, gegrond op het geprivilegieerde karakter van de informatie. Volgens de NOvA is het niet juist dat de patiënt of cliënt in dit verband volledig afhankelijk wordt gemaakt van de assertiviteit van de verschoningsgerechtigde.<sup>234</sup>

### 9.3.4 OM

Het **OM** kan zich over het algemeen goed vinden in de voorstellen die zijn gedaan in titel 7.5. Dat geldt bijvoorbeeld voor de bevoegdheid die de RC krijgt om te bepalen wanneer het verschoningsrecht mag worden doorbroken alsmede de voorgestelde procedure die geldt indien informatie wordt verkregen waarvan een deel of delen mogelijk onder het verschoningsrecht valt. De kritiek van het OM gaat allereerst over het uitgangspunt dat de RC een centrale rol krijgt bij het beoordelen van de vraag of informatie al dan niet onder het verschoningsrecht valt.<sup>235</sup> Bestaande praktijk waarin geheimhoudingsopsporingsambtenaren een eerste inschatting maken welke informatie mogelijk onder het verschoningsrecht valt, is hiermee niet langer mogelijk. Volgens het OM wordt niet goed uitgelegd waarom deze praktijk niet meer zou voldoen. Reden waarom het OM hierop kritisch is, is de nu al beperkte capaciteit bij de kabinetten RC om te beoordelen welke informatie al dan niet onder het verschoningsrecht valt. De randvoorwaarden (aantal RC's, kennis en onderhoud beslagadministratie en bijbehorende ICT) is niet of onvoldoende aanwezig, met als gevolg dat opsporingsonderzoeken lang stil kunnen komen te liggen. Voorts werpt het OM vragen op over artikel 2.6.65 dat voorschrijft dat vanaf het moment dat bij een inbeslagneming bij een andere persoon dan een professioneel verschoningsgerechtigde het redelijke vermoeden ontstaat dat het

<sup>232</sup> Rechtbank Noord-Holland, 20 november 2014, ECLI:NL:RBNHO:2015:11814.

<sup>233</sup> NOvA, Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de boeken 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering, 30 juni 2017, p. 50.

<sup>234</sup> NOvA, Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de boeken 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering, 30 juni 2017, p. 51.

<sup>235</sup> OM, *Advies van het Openbaar Ministerie (OM) bij het wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering het opsporingsonderzoek*, 5 juli 2017, p. 34-35.



professioneel verschoningsrecht zich over een voorwerp of gegeven uitstrekt, **de opsporingsambtenaar zich dient te onthouden van kennisneming daarvan**. Volgens het OM kan deze bepaling een onwerkbaar situatie opleveren.<sup>236</sup> Het komt steeds vaker voor dat een forensische kopie (image) wordt gemaakt van een server. Op die server kunnen allerhande gegevens aanwezig zijn, waaronder gegevens die onder het verschoningsrecht vallen. De vraag is vervolgens of bij het maken van zo'n image direct de rechter-commissaris over de voortzetting van het beslag moet beslissen. Dat zou in de praktijk betekenen dat de **rechter-commissaris bijna altijd** bij de verkrijging van grote hoeveelheden gegevens met bevoegdheden uit hoofdstuk 7 moet worden betrokken. Voorts is ook het OM is kritisch over het in de regeling voorgestelde uitgangspunt dat steeds informatie moet worden ingewonnen bij de verschoningsgerechtigde voordat de RC een beslissing neemt. Dit kan onder omstandigheden het opsporingsonderzoek doorkruisen.<sup>237</sup> Tot slot werpt het OM de vraag op of artikel 2.8.3 wel duidelijk genoeg is. In artikel 2.8.3 is het uitgangspunt neergelegd dat verschoningsgerechtigde informatie die met behulp van de bevoegdheden in hoofdstuk 8 zijn verkregen wordt vernietigd. Het OM pleit ervoor om naast 'vernietigen' ook **'ontoegankelijk maken'** in de wet op te nemen. Dat is soms rechtvaardiger en een betere oplossing dan het vernietigen.<sup>238</sup>

### 9.3.5 Rvdr

Ook de **Rvdr** stelt kritische vragen bij de **praktische uitvoerbaarheid van de regeling**. De rechter-commissaris krijgt een centrale rol in de regeling, maar de Rvdr vraagt zich af of het toch niet mogelijk moet zijn dat de RC zich laat bijstaan door een opsporingsambtenaar, mits deze ambtenaar verplicht is tot geheimhouding en op geen enkele wijze betrokken bij het betreffende opsporingsonderzoek.<sup>239</sup> Voorts vraagt de Rvdr zich af of de lat voor het doorlopen van de procedure waarin moet worden beoordeeld wat al dan niet verschoningsgerechtigde informatie betreft niet te laag is gelegd. Het criterium – de lat – is 'het redelijk vermoeden' (zie artikel 2.7.65 lid 1).

Tot slot willen wij wijzen op enkele recente ontwikkelingen, nu deze goed duidelijk maken waar zich in het wetsvoorstel problemen kunnen voordoen en hoe belangrijke actoren – Openbaar Ministerie en advocatuur – in deze discussies staan. Op dit moment (zomer 2023) heeft het **Gerechtshof 's Hertogenbosch prejudiciële vragen** gesteld aan de Hoge Raad over hoe artikel 126aa Sv (die in het gemoderniseerde wetboek wordt overgenomen in art. 2.8.3) moet worden uitgelegd als het gaat om **grote hoeveelheden gegevens** waartussen mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal bevindt.<sup>240</sup> Het probleem is kort gezegd dat 126aa Sv (en 2.8.3 ook) enkel voorschrijft dat verschoningsgerechtigd materiaal moet worden vernietigd, maar **niet voorziet in een procedure** hoe dat moet gebeuren. De rechter-commissaris heeft in deze bepaling geen rol gekregen. Het gevolg hiervan is dat het Openbaar Ministerie samen met de politie de gegevens filtert op verschoningsgerechtigd materiaal. De vraag is of deze werkwijze is te verenigen met het verschoningsrecht, in het bijzonder het uitgangspunt dat alleen de rechter-commissaris onder bijzondere omstandigheden mag beschikken over en

<sup>236</sup> OM, *Advies van het Openbaar Ministerie (OM) bij het wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering het opsporingsonderzoek*, 5 juli 2017, p. 37.

<sup>237</sup> OM, *Advies van het Openbaar Ministerie (OM) bij het wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering het opsporingsonderzoek*, 5 juli 2017, p. 38.

<sup>238</sup> OM, *Advies van het Openbaar Ministerie (OM) bij het wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering het opsporingsonderzoek*, 5 juli 2017, p. 39.

<sup>239</sup> Rvdr, *Advies consultatie boeken 1 en 2 nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 11 juli 2017, p. 57. Vgl. ook p. 43.

<sup>240</sup> Gerechtshof 's Hertogenbosch 2 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1329.

kennisnemen van verschoningsgerechtigd materiaal. In de bovengenoemde zaak van het Gerechtshof 's Hertogenbosch hebben de opsporingsautoriteiten gegevens (e-mails) gevorderd bij de serviceprovider. In dit geval is artikel 126aa Sv van toepassing. In het wetsvoorstel is niet het equivalent van 126aa Sv (art. 2.8.3) op gegevensvorderingen van toepassing, maar titel 7.5, in het bijzonder artikelen 2.7.65/66. De zaak blijft echter van belang voor de bevoegdheden die onder artikel 2.8.3 vallen, zoals de hackbevoegdheid.

Voorts heeft In februari 2023 het Openbaar Ministerie een **aanwijzing** opgesteld over hoe om te gaan met grote hoeveelheden gegevens waartussen mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal zit. Deze aanwijzing is niet openbaar. De reactie van de NOvA op de aanwijzing is wel openbaar. Daaruit valt af te leiden dat de aanwijzing als uitgangspunt hanteert dat de opsporingsautoriteiten niet de beschikking over of inzage in verschoningsgerechtigd materiaal mogen krijgen. Alleen de rechter-commissaris mag beschikken over verschoningsgerechtigd materiaal en het onder omstandigheden inzien. Toch volstaat deze aanwijzing volgens de NOvA nog niet. De aanwijzing zou onvoldoende waarborgen bevatten die moeten voorkomen dat anderen dan de rechter-commissaris kennisnemen van verschoningsgerechtigd materiaal, hoe het filterproces in zijn werk gaat is niet duidelijk. Ook zijn de definities van 'vernietigen' en 'ontoegankelijk maken' onvoldoende duidelijk en de uitzonderingen zijn nog onvoldoende uitgewerkt.<sup>241</sup>

#### 9.4 Analyse van de voorgestelde regeling

In titel 7.5 wordt voorzien in codificatie van huidige jurisprudentie inzake verschoningsrecht en het aantreffen van voorwerpen en gegevens waarover het verschoningsrecht zich (mogelijk) uitstrekt. In dit verband wordt onderscheid gemaakt tussen twee regimes: 1) inbeslagname van voorwerpen en gegevens **bij een functioneel verschoningsgerechtigde** (artt. 2.7.60 t/m 2.7.4)<sup>242</sup> en 2) inbeslagname van voorwerpen en gegevens **bij een ander dan een functioneel verschoningsgerechtigde** (artt. 2.6.65/66).<sup>243</sup> Het eerste regime is niet nieuw ten opzichte van geldend recht. Het tweede regime evenmin, maar verdient wel aandacht. De reden hiervoor is dat in deze regeling ook wordt beoogd rekening te houden met het gegeven dat met de bevoegdheden uit hoofdstuk 7 ook steeds vaker **grote hoeveelheden digitale gegevens** worden verkregen waar mogelijk verschoningsgerechtigde informatie tussen zit.<sup>244</sup> Denk aan het bevel tot uitlevering van bijvoorbeeld e-mails of bedrijfsadministratie, waartussen ook vertrouwelijke communicatie met een advocaat kan zitten. Het gaat dan om de inbeslagname en de bevelen tot verstrekking van gegevens bij een **ander dan een functioneel verschoningsgerechtigde** (artikel 2.6.65/66). In de huidige rechtspraktijk bestaat veel discussie over de vraag hoe om te gaan met het verschoningsrecht en grote hoeveelheden gegevens waartussen mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal zit. Met name ten aanzien van deze regeling rijzen dan ook vragen.

Op hoofdlijnen is de volgende procedure voorgesteld. In geval van een **redelijk vermoeden**<sup>245</sup> dat de inbeslaggenomen voorwerpen of de overgenomen gegevens ook verschoningsgerechtigde informatie bevatten, dan moet contact worden opgenomen met de rechter-

<sup>241</sup> NOvA, Reactie op 'Aanwijzing omgang verschoningsgerechtigd materiaal', 9 februari 2023.

<sup>242</sup> Deze regeling is in de kern gebaseerd op artikel 98 Sv.

<sup>243</sup> Hoewel artikel 98 Sv dit niet mogelijk maakt, was dit in de praktijk wel erkend. Zie onder meer HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3076, NJ 2016/8 m.nt. Velinga-Schootstra.

<sup>244</sup> Zie ook L. Stevens & M. Galič 2020, 'Bescherming van het professionele verschoningsrecht in geval van doorzoeking van een smartphone: het EHRM eist een concrete basis en een praktische procedurele regeling in het recht', *ArsAequi* 2020, p. 845-852.

<sup>245</sup> Zie over deze eis nader *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 650. De enkele bewering van de beslagene dat zich ergens verschoningsgerechtigde informatie bevindt, zonder nadere onderbouwing, is daarvoor niet voldoende.

commissaris, zodat deze informatie onder leiding en verantwoordelijkheid van de RC zoveel mogelijk direct en ongezien door de opsporingsautoriteiten kan worden gefilterd. Uitgangspunt van de regeling is dat **alleen de RC**, voor zover dat voor het nemen van de beslissing noodzakelijk is, kennis kan nemen van gegevens of aan voorwerpen te ontlene informatie.<sup>246</sup> Anderen – bijvoorbeeld ‘geheimhouding-opsporingsambtenaren’ – mogen dus **geen kennisnemen** van verschoningsgerechtigde informatie.<sup>247</sup> Wel mogen anderen, onder wie opsporingsambtenaren, **technische bijstand** verlenen. Nadat de RC is ingeschakeld moet hij de voorwaarden formuleren waaronder het beslag of het onderzoek van gegevens kan worden voortgezet (art. 2.7.65 lid 1). Zo kan de RC in samenspraak met de verschoningsgerechtigde of als die niet vindbaar is, een afgevaardigde van de beroepsgroep een lijst opstellen met zoekwoorden.

De voorgestelde regeling roept een aantal juridische en praktische vragen op, zoals ook in de literatuur en de consultatieadviezen is gesignaleerd.<sup>248</sup> Allereerst lijkt de memorie van toelichting op verschillende plaatsen te suggereren dat het mogelijk is om **grote hoeveelheden gegevens op verschoningsgerechtigde informatie te filteren**, maar in de praktijk lijkt dit haast onmogelijk.<sup>249</sup> Niet alle informatie met een advocaat wordt bijvoorbeeld door het verschoningsrecht beschermd, dus filteren op basis van een e-mailadres is te weinig precies. En als is gefilterd op bijvoorbeeld trefwoorden, zal toch ook moeten worden bekeken wat precies is gevonden, bijvoorbeeld om in te schatten of het zinvol is om nog verder te zoeken. Als het inderdaad niet mogelijk is om verschoningsgerechtigde informatie zonder kennisname van de inhoud te filteren, rijst de vraag hoe de procedure er dan uit moet zien. In de memorie van toelichting lijkt het vertrouwen in de filtersoftware nogal groot.

Hiermee samenhangend rijst een tweede vraag. In hoeverre bestaat nog **ruimte om de rechter-commissaris niet in te schakelen** als door middel van bevoegdheden uit boek 7 grote hoeveelheden digitale gegevens worden verkregen? De memorie van toelichting lijkt enige ruimte te bieden voor niet-inschakeling. Inschakeling is nodig als *“het reële risico bestaat dat zich onder de inbeslaggenomen voorwerpen of tussen de onderzochte gegevens verschoningsgerechtigde informatie bevindt en het risico bestaat dat daarvan wordt kennisgenomen”*.<sup>250</sup> Kennelijk is het niet nodig om de RC in te schakelen als geen risico op kennisneming bestaat, maar bestaat dit risico in wezen niet altijd bij grote hoeveelheden gegevens, omdat niet precies duidelijk is waar de informatie zich bevindt?<sup>251</sup> Daar komt bij dat ook niet altijd een verschoningsgerechtigde beschikbaar is die kan aanwijzen waar de informatie zich bevindt.<sup>252</sup> Met andere woorden, moet de RC niet altijd worden ingeschakeld als het gaat om grote hoeveelheden gegevens wanneer niet kan worden uitgesloten dat er ook verschoningsgerechtigde informatie in kan bevinden?

Een derde vraag die rijst komt voort uit de **werkbelasting** die de regeling voor de kabinetten RC meebrengt. Uit de consultatieadviezen en recente jurisprudentie blijkt<sup>253</sup> dat

<sup>246</sup> Zie artikel 2.7.62 lid 4. Deze bepaling is ook van toepassing op in de procedure bij anderen dan verschoningsgerechtigden (2.7.66 lid 3). Kennisneming kan bijvoorbeeld nodig zijn met het oog op de doorbreking van het verschoningsrecht (artikel 2.7.61 onder c en d).

<sup>247</sup> Dat is uitdrukkelijk onderkend in *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 646.

<sup>248</sup> Zie ook L. Stevens & M. Galič, ‘Bescherming van het professionele verschoningsrecht in geval van doorzoeking van een smartphone: het EHRM eist een concrete basis en een praktische procedurele regeling in het recht’ *Ars Aequi* 2020, p. 845-852, waaraan de eerste twee vragen zijn ontleend.

<sup>249</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 626, 629-631.

<sup>250</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 630.

<sup>251</sup> Vgl. ook het consultatieadvies van het OM op dit punt. OM, *Advies van het Openbaar Ministerie (OM) bij het wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering het opsporingsonderzoek*, 5 juli 2017, p. 37.

<sup>252</sup> Zie de casus in HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR: 2020:1048, NJ 2021/117 m.nt. Kooijmans.

<sup>253</sup> HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:193, NJ 2021/119 m.nt. Kooijmans en HR 16 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1048, NJ 2020/117 m.nt. Kooijmans.

geheimhouding-opsporingsambtenaren en officieren van justitie hebben geholpen bij het filteren van de informatie. Zij hebben geholpen omdat hier benodigde expertise en ICT-infrastructuur aanwezig is (en vaak niet bij de RC). In deze zaken hebben de geheimhouding-opsporingsambtenaren wel kennisgenomen van de inhoud van de gegevens. Het risico van inschakeling van anderen die kunnen helpen bij het filteren van verschoningsgerechtigde gegevens is dat zij ook kennisnemen van de gegevens (vgl. de hierboven aangehaalde jurisprudentie waarin dit niet kan worden uitgesloten), terwijl dat niet is toegestaan. Stelt de wet met het uitgangspunt dat alleen de RC voor zover dat noodzakelijk is kennis kan nemen van de inhoud van de gegevens hiermee niet een te hoge, in de praktijk niet na te leven eis?<sup>254</sup> En als de regering van oordeel is dat het filteren alleen mag worden uitgevoerd door de RC, rijst de vraag of bij de kabinetten RC voldoende mankracht en expertise aanwezig is om op voortvarende wijze grote hoeveelheden gegevens te filteren op verschoningsgerechtigde informatie.

De regeling in Titel 7.5 geldt voor de bevoegdheden in boek 7. In **boek 8** staan ook allerlei bevoegdheden waarmee grote hoeveelheden gegevens kunnen worden verkregen. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de hackbevoegdheid.<sup>255</sup> Echter **ontbreekt in boek 8 een regeling** waarin is geregeld hoe om te gaan met het verkrijgen van grote hoeveelheden gegevens waarover het verschoningsrecht zich mogelijk uitstrekt. In boek 8 staat wat betreft het verschoningsrecht een bepaling (artikel 2.8.3) – overeenkomstig huidig artikel 126aa – Sv die alleen regelt dat verschoningsgerechtigde informatie moet worden **vernietigd** (art. 2.8.3 lid 1). Opvallend is aldus dat voor wat betreft gegevens die zijn verkregen met heimelijke bevoegdheden geen met titel 7.5 vergelijkbare procedures zijn ontwikkeld. Dat betekent dat de rechter-commissaris in het kader van artikel 2.8.3 lid 1 geen rol toekomt.<sup>256</sup> In geval van artikel 2.8.3 lijkt het daarom onvermijdelijk dat politieambtenaren de relevante gegevens filteren en ook kennisnemen van de inhoud van de gegevens. Zoals hierboven uiteengezet is filtering zonder kennisname van de inhoud niet goed denkbaar. In dit verband rijst dan ook de vraag of artikel 2.8.3 wel voldoende waarborgen bevat om het verschoningsrecht te waarborgen.<sup>257</sup> Daarnaast vraagt ook de formulering van artikel 2.8.3 nadere aandacht. In de bepaling wordt gesproken over **vernietigen**, maar het NFI heeft recent uitgelegd dat het technisch vrijwel niet of nauwelijks mogelijk is om verschoningsgerechtigde informatie te vernietigen.<sup>258</sup> Beter kan daarom worden gesproken van **‘ontoegankelijk maken’**.

## 9.5 Samenhang met andere onderdelen van het nieuwe Wetboek

- Samenhang met boek 1, waarin is geregeld wie verschoningsgerechtigden zijn.
- Voorts bestaat samenhang met de ontwikkelingen in het geldende recht, in het bijzonder de prejudiciële vragen die hierover door het Gerechtshof 's Hertogenbosch aan de Hoge Raad zijn gesteld (zie nader onderdeel 9.4 in deze rapportage).

<sup>254</sup> Zie ook Kooijmans in zijn noot *NJ* 2021/119, pnt. 3 alsmede de consultatiereacties van het platform BOD, KMar, OM en Rvdr die hierop wijzen.

<sup>255</sup> Artikelen 2.8.16 en 2.8.16.

<sup>256</sup> De machtiging van de rechter-commissaris is wel nodig voor het aan de processtukken voegen van gegevens die andere mededelingen (waarover het verschoningsrecht zich dus niet uitstrekt) behelzen.

<sup>257</sup> Zie ook . Stevens & M. Galič, ‘Bescherming van het professionele verschoningsrecht in geval van doorzoeking van een smartphone: het EHRM eist een concrete basis en een praktische procedurele regeling in het recht’ *Ars Aequi* 2020, p. 851.

<sup>258</sup> NFI, *Informatieblad: Vernietigen van digitale sporen met verschoningsgerechtigde informatie*, 21 april 2023.

## 9.6 Opkomende vragen

### *Voorgestelde vragen:*

- Is het gelet op de stand van de techniek mogelijk om filtersoftware te ontwikkelen die met voldoende precisie grote gegevensbestanden op verschoningsgerechtigde informatie kan filteren, en zo niet, wanneer komt die techniek wel beschikbaar? En als deze techniek (voorlopig) niet beschikbaar is, kan nader worden toegelicht op welke wijze zal kunnen worden gegarandeerd dat de kabinetten van de rechter-commissaris de grote hoeveelheid extra taken die de nieuwe regeling inzake het verschoningsrecht in titel 7.5 meebrengt op een verantwoorde wijze zullen kunnen uitvoeren, gelet op het feit dat momenteel mankracht en expertise bij met name de kabinetten van de rechter-commissaris onvoldoende is?
- Stelt de wet met het uitgangspunt dat alleen de rechter-commissaris voor zover dat noodzakelijk is kennis kan nemen van de inhoud van de gegevens niet een te hoge, in de praktijk niet na te leven eis? Welke rol is weggelegd voor geheimhoudingsofficieren van justitie en geheimhouders opsporingsambtenaren?
- Kan meer duidelijkheid worden geboden over de vraag in hoeverre het denkbaar is om in geval van het verkrijgen van grote hoeveelheden gegevens waartussen zich mogelijk verschoningsgerechtigde informatie bevindt, de rechter-commissaris krachtens artikel 2.7.65 niet in te schakelen? Kan het criterium van het 'redelijke vermoeden' nader worden geduid?
- Voor wat de bevoegdheden in hoofdstuk 8 is enkel bepaald dat de verschoningsgerechtigde informatie moet worden vernietigd (artikel 2.8.3). Is het niet wenselijk om ook in hoofdstuk 8 een regeling te treffen voor het waarborgen van het verschoningsrecht indien met bevoegdheden uit hoofdstuk 8 grote hoeveelheden gegevens worden verkregen waartussen zich mogelijk verschoningsgerechtigde informatie bevindt (vergelijkbaar met de regeling in artikel 2.7.65 – 2.7.66)? Hoe zou deze regeling dan vorm moeten krijgen? Indien zo'n regeling niet wenselijk is, wordt met het handhaven van het geldende regime (artikel 126aa Sv) een rol beoogd voor een geheimhoudingsofficier en/of geheimhoudingsopsporingsambtenaren bij filtering van gegevens en, zo ja, kan nader worden toegelicht hoe de filtering vorm zou moeten krijgen?
- Kan nader worden toegelicht waarom in artikel 2.8.3 toch nog wordt gesproken van 'vernietigen', in plaats van of naast bijvoorbeeld 'ontoegankelijk maken'?
- Kan nader worden toegelicht hoe moet worden omgegaan met het vereiste dat het standpunt van de verschoningsgerechtigde moet worden ingewonnen, als deze niet bekend is?

## 10 Onderzoek door de rechter-commissaris (hoofdstuk 10)

### 10.1 De regeling op hoofdlijnen

Hoofdstuk 10 van Boek 2 gaat over het onderzoek door de rechter-commissaris gedurende het vooronderzoek. De omschrijving van de taak van de rechter-commissaris is te vinden in artikel 1.2.25, tweede lid: de rechter-commissaris oefent zijn bevoegdheden uit in het belang van de rechtsbescherming en van de volledigheid, de evenwichtigheid en de voortgang van het opsporingsonderzoek. De regeling van hoofdstuk 10 geeft hieraan uitvoering. In de hiervoor besproken hoofdstukken is de rechter-commissaris reeds ruimschoots aan de orde gekomen als **de rechter die bepaalde opsporingsbevoegdheden vooraf moet toetsen en autoriseren**. Hoofdstuk 10 regelt het onderzoek dat rechter-commissaris uitvoert **op basis van eigen bevoegdheden**, welk onderzoek wordt geactiveerd door een vordering of een verzoek aan de rechter-commissaris om **bepaalde onderzoekshandelingen** (vooral het horen van verdachten en getuigen) te verrichten. Het in dit hoofdstuk geregelde onderzoek door de RC kent dus (traditioneel) een zekere zelfstandigheid, maar geschiedt binnen het raamwerk van het opsporingsonderzoek dat onder gezag van de officier van justitie staat. Het onderzoek door de rechter-commissaris is, aldus de memorie van toelichting, een **waarborg** waarmee het opsporingsonderzoek is omgeven en daarom is dit hoofdstuk onderdeel van het boek over het 'Opsporingsonderzoek'.

Titel 10.1 behelst 'Algemene bepalingen'. Dit zijn de hoofdlijnen van de regeling, in de eerste plaats de (eisen aan de) vordering van de officier van justitie en het verzoek van de verdachte aan de rechter-commissaris om onderzoek te doen, alsmede de bevoegdheid van de RC om ambtshalve onderzoek te doen. Voorts komen in deze titel onderwerpen als kennisgeving en verslaglegging aan de orde. In titel 10.2, 10.3 en 10.4 wordt het soort onderzoek dat door de rechter-commissaris kan worden verricht, geregeld: diens bevoegdheden ten aanzien van de verdachte, het verhoor van de getuige en de benoeming en het verhoor van de deskundige. Titel 10.5 betreft de 'getuigen aan wie toezeggingen zijn gedaan' (de regeling van de kroongetuige). Titel 10.6 behelst bepalingen die de voortgangsbewaking door de rechter-commissaris mogelijk maken. Titel 10.7 gaat over de beëindiging van het onderzoek en titel 10.8 over de rechtsmiddelen.

### 10.2 Wijzigingen ten opzichte van de bestaande regeling

- Ten opzichte van het huidige wetboek heeft in het wetsvoorstel een **grote herschikking en herordening** van de bepalingen over de rechter-commissaris plaatsgevonden.
- Het voorgestelde hoofdstuk 10 bevat bepalingen uit het huidige wetboek in titel III (*onderzoek door de rechter-commissaris*).<sup>259</sup> Het hoofdstuk kent weliswaar veel nieuwe bepalingen, maar slechts een klein gedeelte daarvan behelst een inhoudelijke wijziging. Veel bepalingen zijn **codificaties van jurisprudentie of praktijk**, zijn voortgekomen uit systematisering (bijv. art. 2.10.11, een algemene bepaling wat betreft motiveringsplichten en art. 2.10.17, de cautieplicht), of zijn **aanpassingen** vanwege aangepaste bepalingen in andere hoofdstukken (bijv. art. 2.10.10, de regeling van het proces-verbaal die aansluit bij de desbetreffende bepalingen uit hoofdstuk 1 en 3, en de regeling over de deskundige

<sup>259</sup> Het grootste gedeelte van de bepalingen uit het huidige Titel II (*de rechter-commissaris belast met de behandeling van strafzaken*) is ondergebracht in Boek 1, titel 2.4 over de bevoegdheid, het functioneren en de ondersteuning van de rechter-commissaris.

(titel 10.4) die op punten is aangepast aan de wijzigingen in hoofdstuk 4 (het inschakelen van een deskundige door de officier van justitie)).

- In artikel 2.10.3, eerste lid onder b, is de bevoegdheid van de RC opgenomen om **ambtshalve onderzoek** te doen **ter aanvulling** van het onderzoek dat de RC op grond van artikelen 2.10.1 en 2.10.2 onderzoek heeft verricht in de zaak.<sup>260</sup> De al bestaande bevoegdheid om ambtshalve aanvullend onderzoek te doen als de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt is in het voorstel opgenomen onder a.
- Artikel 2.10.5, eerste lid behelst **de codificatie van het relevantie criterium**: de rechter-commissaris wijst een vordering of verzoek tot het doen van onderzoek toe voor zover het onderzoek redelijkerwijs van belang kan zijn voor de in het kader van de berechting door de rechter te nemen beslissingen. Nieuw is ook het derde lid, waarin wordt bepaald dat de uitvoering van het onderzoek kan worden uitgesteld.

*Het verhoor van de verdachte en getuigen door de rechter-commissaris:*

- Artikel 2.10.9 bevat een specifieke nieuwe regeling: de bevoegdheid van de RC om te **bevelen dat een getuige door een opsporingsambtenaar wordt verhoord**, indien diens bijzondere deskundigheid van belang is voor het verhoor. Anders dan bij een regulier politieverhoor heeft deze getuige een verschijnings- en verklaringsplicht (2.10.9 lid 3 en lid 5), en in afwijking van de regeling omtrent het verhoor van de getuige door de opsporingsambtenaar (boek 2, titel 3.3) beslist niet de opsporingsambtenaar, maar de RC over bijzondere toegang tot dit verhoor en kan de raadsman dit verhoor bijwonen (2.10.9 lid 4).
- In artikel 2.10.10 lid 4, wordt bepaald dat degene die een verklaring heeft afgelegd in de gelegenheid wordt gesteld om **opmerkingen te maken over de weergave in het proces-verbaal**. Het zesde en zevende lid betreffen het uitstel van het opmaken van het proces-verbaal en het neerleggen van dat uitstel in een verkort proces-verbaal.
- De **nieuwe bepalingen** in titels 10.2, 10.3 en 10.4 inzake het onderzoek van verdachte, getuige of deskundige behelzen voor een groot deel **codificatie van bestendige praktijk**. Zo kunnen de officier van justitie en de raadsman in beginsel **zelf de door hen opgegeven vragen stellen** aan verdachte of getuige (art. 2.10.18 lid 2, 2.10.19 lid 2, artt. 2.10.27 en 2.10.28); wordt de raadsman, evenals de officier van justitie (art. 2.10.27 jo. 2.10.18), in de **gelegenheid gesteld het verhoor van de getuige bij te wonen** (art. 2.10.28 lid 1) en krijgt **de raadsman als eerste de gelegenheid vragen te stellen** indien de getuige nog niet is verhoord en de verdediging om het horen heeft verzocht (art. 2.10.28 lid 2). Ook wordt vastgelegd dat **de advocaat van de getuige in beginsel toestemming krijgt om het verhoor van de getuige bij te wonen** (art. 2.10.26 lid 2).
- In artikel 2.10.20 lid 1 is bepaald dat de rechter-commissaris **bijzondere toegang** kan verlenen tot het verhoor van de verdachte en in het tweede lid is bepaald dat de RC de opsporingsambtenaar kan toestaan vragen te stellen aan de verdachte.
- In artikel 2.10.29 lid 1, wordt bepaald dat **de verdachte op diens verzoek – gehoord de officier van justitie en de getuige – in de gelegenheid wordt gesteld aanwezig te zijn bij het verhoor van de getuige**. In het tweede lid is bepaald dat de RC dit verzoek kan afwijzen indien een gegronde vermoeden bestaat dat de gezondheid of het welzijn van de getuige schade zal lijden en het voorkomen van deze schade zwaarder weegt dan het belang van

<sup>260</sup> De memorie van toelichting vermeldt dat deze bevoegdheid ook thans al uit de systematiek van de bestaande wetgeving voortvloeit; het moet gaan om een noodzakelijke aanvulling in uitzonderlijke gevallen, na overleg met de officier van justitie, p. 747-748.

de verdachte om bij het verhoor van de getuige aanwezig te zijn, of indien het belang van het onderzoek of het belang van een goede rechtspleging zich tegen aanwezigheid van de verdachte verzet.

- In artikel 2.10.30 is het principe neergelegd dat de getuige wordt **beëdigd**.

*Wat betreft de bewaking van de voortgang van het opsporingsonderzoek (titel 10.6) is een aantal nieuwe bepalingen opgenomen:*

- In artikel 2.10.64 is opgenomen dat de officier van justitie uiterlijk drie maanden na het bevel gevangenhouding een **kennisgeving van de stand van zaken** in het opsporingsonderzoek doet aan RC en verdachte.
- In artikel 2.10.65 staat de bevoegdheid van de RC een **termijn te stellen** aan officier van justitie of verdachte voor het indienen of onderbouwen van onderzoekswensen. Die termijnstelling voegt hij bij de processtukken.
- Artikel 2.10.66 behelst de bevoegdheid om officier van justitie en verdachte **op te roepen voor een regiebijeenkomst**, in het wetsvoorstel **aangevuld met de mogelijkheid dat ook de officier van justitie en de verdachte om een regiebijeenkomst vragen**, en het neerleggen van de oproeping in het proces-verbaal.
- In artikel 2.10.69 lid 2 is opgenomen dat als de officier van justitie een procesinleiding heeft ingediend, de **rechter-commissaris bevoegd blijft onderzoek te verrichten tot de aanvang van het onderzoek op de terechtzitting**. Voor zover het onderzoek ten aanzien van de verdachte, verhoor van de getuige of benoeming of verhoor van de deskundige betreft, behoeft hij daartoe instemming van de voorzitter van de rechtbank.

### 10.3 Reacties op de voorgestelde regeling

#### 10.3.1 De rol van de rechter-commissaris in de beweging naar voren

In verschillende consultatieadviezen en in het advies van de **Raad van State** is aandacht besteed aan de rol van de RC in 'de beweging naar voren'. De **Rvdr** wijst erop dat de rol van de RC in de beweging naar voren impliceert dat een groter beroep op de RC's zal worden gedaan, hetgeen uitbreiding van de formatie vergt. De **Politie** meent dat deze versterkte rol kan meebrengen dat de RC meer onderzoekswensen zal honoreren en uitvoeren, hetgeen verhoogde werklast voor de politie kan meebrengen.<sup>261</sup>

De **NOvA** betwijfelt of de beweging naar voren haalbaar is. Het (vroegtijdig) formuleren van onderzoekswensen om in te dienen bij de RC is afhankelijk van de (tijdige) beschikbaarheid van processtukken, en dat is in de praktijk doorgaans niet het geval. Dit is een belangrijke oorzaak van aanhoudingen van de zitting. De voorstellen bevatten evenwel geen prikkel om te zorgen dat politie en OM de verdediging daadwerkelijk zo snel mogelijk de processtukken ter beschikking stellen.<sup>262</sup> De doorbreking van de negentigdagertermijn,<sup>263</sup> waardoor de fase

<sup>261</sup> Advies Politie 27 juni 2017 Boeken 1 en 2, p. 4.

<sup>262</sup> NOvA, Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de boeken 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering, 30 juni 2017, p. 16.

<sup>263</sup> In de conceptvoorstellen was nog sprake van een doorbreking van de negentigdagertermijn: de termijn van gevangenhouding na ommekomst het zittingsonderzoek aanvang zou moeten nemen, werd in die voorstellen verlengd naar één jaar. In de ambtelijke versie (mei 2020) werd de afschaffing van de termijn voorgesteld, die ook in het huidige voorstel besloten ligt.



van berechting later kan aanvagen, kan volgens de NOvA dit probleem juist verergeren, omdat dan ook de volledige terbeschikkingstelling van het dossier aan de verdediging opschuift. De **Rvdr** staat positief tegenover de verruiming van de bevoegdheid van de RC om op verzoeken en verzoeken te beslissen tot de aanvang van het onderzoek op de terechtzitting en tegenover de mogelijkheid om termijnen te stellen ten aanzien van onderzoekswensen (in het wetsvoorstel artikel 2.10.69 lid 2). De Rvdr vraagt zich wel af of deze mogelijkheden een beweging naar voren kunnen bewerkstelligen. Sanctionering van het niet voldoen aan de termijntelling door de R-C ontbreekt, en de RC is in een groot deel van de zaken niet of (te) beperkt betrokken.<sup>264</sup> De **NOvA** is kritisch over het feit dat de bewaking van de voortgang van het onderzoek – die onder de huidige regeling na ommekomst van de negentigdagertermijn door de (pro forma)zittingsrechter geschiedt – bij de RC is ondergebracht: de officier van justitie moet de RC en de verdachte in kennis stellen van de stand van zaken van het opsporingsonderzoek en de RC kan op basis daarvan in actie komen. De NOvA vindt deze regeling onvoldoende als vervanging van de pro-formazitting, omdat zij geen pressiemiddel kent (zoals het opheffen van de voorlopige hechtenis van de verdachte als onvoldoende voortgang wordt geboekt met het onderzoek) en dus ‘geheel vrijblijvend’ is.

De **Raad van State** merkt op dat de verruiming van de wettelijke mogelijkheden van de RC slechts beperkte aanpassingen betreft. De nieuwe bepalingen faciliteren de door de wetgever gewenste regievoering en voortgangsbewaking door de RC wel, maar schrijven die niet dwingend voor. Gelet op de bestaande capaciteitsproblemen bij de kabinetten-RC spreekt de Raad van State de verwachting uit dat de voorstellen niet zullen leiden tot een meer actieve regievoering en voortgangsbewaking door de RC. De Raad van State wijst er voorts op dat de RC in het leeuwendeel van de strafzaken geen onderzoek verricht, terwijl in die zaken dikwijls grote vertraging optreedt; de invloed van de RC op voortvarendheid in algemene zin is dus zeer beperkt.<sup>265</sup> De Raad adviseert daarom om vroegtijdig indienen van onderzoekswensen langs andere wegen te stimuleren.

### *10.3.2 De aanwezigheid van de verdachte bij het verhoor van de getuige door de rechter-commissaris*

Een ander onderdeel van hoofdstuk 10 dat in de consultatieadviezen veel aandacht krijgt, is het recht van de verdachte aanwezig te zijn bij het verhoor van de getuige bij de RC. De **Rvdr** en de **NVvR** vrezen dat getuigen minder onbevangen zullen verklaren in aanwezigheid van de verdachte, en wijzen op de hoge kosten voor ruimte en beveiliging die het recht van de verdachte aanwezig te zijn bij het getuigenverhoor met zich zal brengen. De ruimte voor afwijzing van het verzoek tot aanwezigheid (art. 2.10.29 lid 2) zou groter moeten zijn. **SHN** wijst erop dat slachtoffers soms niet in aanwezigheid van de verdachte verhoord willen worden, terwijl

<sup>264</sup> Rvdr, *Advies consultatie boeken 1 en 2 nieuwe Wetboek van Strafvordering*, 11 juli 2017, p. 39. De Raad zou graag zien dat *best practices* wat betreft het uitvragen van onderzoekswensen (door het OM) zouden worden geïnventariseerd. De Raad van State heeft een vergelijkbare opmerking gemaakt met het advies in de toelichting aandacht te besteden om voorzieningen die de voortgang van het onderzoek en het (vroeg)tijdig indienen van onderzoekswensen kunnen bevorderen. Zie daarover p. 168.

<sup>265</sup> De Raad van State adviseert in dit verband (in deeladvies B, onderdeel over de verdachte) om in de wet op te nemen dat het recht om onderzoekswensen in te dienen bij de rechter-commissaris, aan de verdachte wordt medegedeeld. Dit advies is overgenomen in artikel 1.4.4, derde lid. Ook adviseert de Raad van State in dit deeladvies te overwegen verdachten te voorzien van gefinancierde rechtsbijstand voor het indienen van onderzoekswensen bij de rechter-commissaris. Ook dit advies wordt opgevolgd door een toereikende wettelijke grondslag ter zake te introduceren, zie Beslisnota Verwerking advies Raad van State, p. 11-12.

het criterium op basis waarvan de RC het verzoek van de verdachte aanwezig te zijn bij het getuigenverhoor kan afwijzen, niet altijd aan de orde is. SHN werpt ook de vraag op hoe dit criterium zich verhoudt tot de individuele beoordeling van beschermingsbehoeften (art. 1.5.2, derde lid onder b jo. artt. 10-12 Besluit slachtoffers van strafbare feiten). Voor zover deze beschermingsmaatregelen het onderzoek op de terechtzitting betreffen, stelt SHN de vraag of deze maatregelen niet ook voor het verhoor door de RC zouden moeten gelden. De **NOVA** stelt dat de eis dat het verzoek van de verdachte om bij het verhoor aanwezig te zijn 'zo spoedig mogelijk' wordt gedaan, ertoe zal leiden dat getuigenverzoeken standaard gepaard zullen gaan met een dergelijk verzoek. Zij bepleit een termijn op te nemen van een aantal dagen voorafgaand aan het verhoor, omdat de situatie kan veranderen tussen het verzoek en het verhoor.

## 10.4 Analyse van de voorgestelde regeling

### 10.4.1 De regeling van het onderzoek algemeen

Titel 10.1 regelt de wijze waarop het onderzoek dat door de RC wordt verricht, kan worden geïnitieerd. De officier van justitie kan vorderen; de verdachte kan de RC verzoeken om onderzoek te verrichten. Het gewenste onderzoek door de RC is in deze bepalingen aangeduid met verwijzing naar de desbetreffende titels, om duidelijk te maken dat de RC onderzoek doet door het uitoefenen van de in deze regeling toegekende bevoegdheden. Dit onderzoek staat telkens in de sleutel van de taken van de RC zoals opgenomen in artikel 1.2.25. De **ruimte om ambtshalve onderzoek te verrichten is beperkt**; niet de RC, maar de officier van justitie is verantwoordelijk voor het 'rond' krijgen van het onderzoek. Ambtshalve onderzoek zoals opgenomen in artikel 2.10.3 vindt dan ook zoveel mogelijk plaats in overleg met de officier van justitie.<sup>266</sup> De wettelijke regeling is uitgebreid met de bevoegdheid van de RC om ambtshalve onderzoek te doen in aansluiting op door hem reeds op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte uitgevoerde onderzoek, indien de noodzaak van dit onderzoek zich naar zijn oordeel voordoet en enige spoed geboden is of ambtshalve onderzoek uit praktisch oogpunt wenselijk is.<sup>267</sup>

De voorstellen inzake de RC zijn als belangrijke onderdelen van de modernisering gepresenteerd. De rol van de RC in het onderzoek (die relatief beperkt is) **verandert echter niet wezenlijk en de regeling sluit in grote lijnen aan bij de bestaande**. In de huidige regeling van dit onderzoek, ingevoerd in 2013,<sup>268</sup> werden al verschillende mogelijkheden voor regie en voortgangsbewaking door de RC opgenomen, die in het wetsvoorstel op enkele punten worden uitgebreid.

De bestaande regeling is ingevoerd om tegemoet te komen aan de bezwaren van het **afkalven van de positie van de RC in het vooronderzoek**.<sup>269</sup> Mede door geruchtmakende gerechtelijke

<sup>266</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 732-733.

<sup>267</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 747. Hiermee wordt deels tegemoet gekomen aan de in literatuur gesignaleerde noodzaak de rechter-commissaris meer armslag te geven, zie bijv. J.M. Reijntjes, 'Regievoering door de rechter-commissaris', *Strafblad* 2015/3 en V. Mul, 'Herijking positie rechter-commissaris: versterking?', *DD* 2013/18, al kan ook met deze uitbreiding de rechter-commissaris niets doen in het door Mul genoemde voorbeeld van de complexe fraudezaak, waarin de verdachte niet in voorlopige hechtenis zit en de verdediging geen belang heeft bij voortgang.

<sup>268</sup> Wet van 1 december 2011, *Stb.* 2011, 600, inw.tr. 1 januari 2013 (Wet versterking positie rechter-commissaris).

<sup>269</sup> De rechter-commissaris speelde in de opzet van het wetboek als onderzoeksrechter met sterke bevoegdheden een centrale rol in het opsporingsonderzoek. Deze rol werd ondergraven doordat aan de officier van justitie steeds meer bevoegdheden werden toegekend die eerder alleen door de rechter-commissaris konden worden uitgeoefend (Wet

dwalingen werd ingezet op meer rechterlijk toezicht om het risico op een onvolledig en on-evenwichtig onderzoek tegen te gaan.<sup>270</sup> Er kwam daarom een nadrukkelijke taakstelling van de RC om toezicht te houden op het verloop van het opsporingsonderzoek (waaronder op de vorming en toegankelijkheid van het dossier voor de verdediging), meer bevoegdheden voor de RC en (daarmee) meer mogelijkheden voor de verdediging om te onderzoek te laten verrichten alsmede de regiebevoegdheid van artikel 185 Sv. De toenmalige minister gaf aan dat de wettelijke versterking gepaard zou moeten gaan met feitelijke versterking: voldoende capaciteit, kwaliteit en ondersteuning.<sup>271</sup> De rechtspraak heeft verschillende aanbevelingen gedaan,<sup>272</sup> maar die zijn nauwelijks opgevolgd.<sup>273</sup> Bij gebreke van een evaluatie is niet te zeggen in hoeverre de geambieerde versterking is verwezenlijkt; in de literatuur is telkens kritisch geschreven over de verwachtingen en over de onder de Wet versterking rechter-commissaris tot stand gekomen praktijk.<sup>274</sup> **De vraag rijst al met al welke praktische betekenis het nu voorliggende wetsvoorstel kan hebben, welke voorwaarden daarvoor moeten worden vervuld, én welke investeringen daartoe noodzakelijk zijn.**

In de praktijk werkt de RC vooral **reactief**.<sup>275</sup> De agenda van het kabinet-RC is goeddeels gevuld met voorgeleidingen (beoordeling van in verzekeringstelling en beslissen op vordering in bewaringstelling, zie hoofdstuk 5) en (vaak maanden vooruit geplande) verhoren van getuigen. Het horen van getuigen gebeurt op vordering of verzoek van officier van justitie of verdediging, maar ook veelvuldig na verwijzing door de zittingsrechter (tijdens pro-formazittingen, regiezittingen of reguliere terechtzittingen).<sup>276</sup> Het is overigens een belangrijk streven van dit wetsvoorstel om deze praktijk van verwijzen (aanzienlijk) terug te dringen en partijen en RC tijdens het vooronderzoek in actie te laten komen om de gewenste getuigen in het vooronderzoek te horen. Ook hiertoe hebben verschillende onderdelen van het wetsvoorstel gezamenlijk een rol te spelen: het uitbreiden van regiebevoegdheden van de RC (zie 10.4.2 onder 2), het afschaffen van de pro-formazittingen (zie 10.4.2 onder 3), de versterking van de positie van de verdediging bij het verhoor bij de RC (zie hieronder, 10.4.3) en de regiebevoegdheden van de zittingsrechter (in boek 4).

#### 10.4.2 De rol van de rechter-commissaris in de beweging naar voren

De rol van de RC in de beweging naar voren kan in vier aspecten worden uiteengezet: (1) zijn positie om in een vroeg stadium van het opsporingsonderzoek onderzoekswensen te ontvangen en uit te voeren; (2) de regiebevoegdheden waarmee de RC actief kan aansturen op het aandragen en onderbouwen van (resterende) onderzoekswensen; (3) de taak en

herziening gerechtelijk vooronderzoek, Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden). Met de Wet versterking positie rechter-commissaris werd zijn positie rol gheredefinieerd: geen 'onderzoeksrechter' meer, maar 'rechter in het vooronderzoek'.

<sup>270</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 177, nr. 3, p. 1.

<sup>271</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 177, nr. 3, p. 2.

<sup>272</sup> Zie ook het rapport *Tussen accusatoir en inquisitoir. Naar een regievoerende rechter-commissaris*, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak/LOVS 2011.

<sup>273</sup> Vgl. V. Mul, 'Herijking positie rechter-commissaris: versterking?', *DD* 2013/18.

<sup>274</sup> Vgl. V. Mul, 'Herijking positie rechter-commissaris: versterking?', *DD* 2013/18, D.N. de Jonge & P.P.J. van der Meij, 'Ruis rondom regie: R-C, rechtbank, raadkamer?' *Strafblad* 2015/17 J.M. Reijntjes, 'De rechter-commissaris als regisseur', *Strafblad* 2015/3; P.A.M. Mevis, 'Modernisering strafvordering bij de aanvang van het vervolg', *DD* 2015/69.

<sup>275</sup> Vgl. J. M.A. van Atteveld, 'Waarheidsvinding en regievoering in het strafrecht', *Strafblad* 2014/76.

<sup>276</sup> Zie hierover J.M. Reijntjes, 'De rechter-commissaris als regisseur', *Strafblad* 2015/3.

mogelijkheden van de RC de voortgang van het onderzoek te bewaken; en (4) zijn rol in het realiseren van een goede overgang naar de fase van de berechting.

*(1) Vroegtijdig ontvangen en uitvoeren van onderzoekswensen*

Artikel 10.2.2 bepaalt dat onderzoekswensen bij de RC kunnen worden ingediend door de ‘verdachte die is verhoord’.<sup>277</sup> Met het eerste politieverhoor als uitgangspunt voor een aantal rechten van de verdachte, zoals het recht zich met onderzoekswensen tot de RC te wenden, wordt, aldus de memorie van toelichting, een belangrijke bijdrage geleverd aan de beweging naar voren. De verdachte heeft immers aldus de vroegtijdige mogelijkheid om vanuit de verdediging een bijdrage te leveren aan het onderzoek,<sup>278</sup> en ten aanzien van het gecodificeerde relevantiecriteria is uitdrukkelijk verwoord dat de RC ruimhartig moet inwilligen. Vanaf een (doorgaans) vroeg moment in het opsporingsonderzoek kan de RC aldus in (in principe) alle strafzaken onderzoek doen. Een vroegtijdig onderzoek door de RC kan bijdragen aan versneling van het opsporingsonderzoek en verkorting van doorlooptijden. De RC wordt echter in de praktijk maar in een beperkt aantal (grotere) zaken actief, en de verdachte beschikt in een vroeg stadium niet over de voor het formuleren van onderzoekswensen benodigde processtukken en rechtsbijstand.<sup>279</sup> In de consultatieadviezen en in de literatuur is naar voren gebracht dat, wil de beweging naar voren daadwerkelijk tot verkorting van doorlooptijden leiden, hetzij moet worden geregeld dat de RC in een (veel) groter aantal strafzaken actief kan worden,<sup>280</sup> hetzij andere routes moeten worden bewandeld om de verdediging aan te zetten tot het vroegtijdig aandragen van onderzoekswensen.<sup>281</sup>

In de memorie van toelichting wordt vanuit twee verschillende invalshoeken gereageerd op deze bedenkingen. Enerzijds wordt aangegeven dat de vraag of de voorstellen daadwerkelijk een beweging naar voren zullen betekenen, niet kan worden beantwoord. Er is bewust gekozen voor **het faciliteren, maar niet verplichten** in de wettelijke regeling. De positieve effecten kunnen vooral worden bereikt als de ketenpartners “de wettelijke mogelijkheden benutten om te komen tot gecoördineerde processen. In de komende periode zal dan ook met alle

<sup>277</sup> Verdachten die niet zijn verhoord, kunnen zich dus niet tot de RC wenden. In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat in het systeem van het wetsvoorstel besloten ligt dat verdachten ‘zoveel mogelijk’ zijn gehoord voordat een vervolgingsbeslissing wordt genomen, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 745.

<sup>278</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 186. Dit enkele recht betekent evenwel niet dat dit in de praktijk ook kan worden geëffectueerd. De Raad van State heeft daarom geadviseerd om in de wet op te nemen dat de verdachte voor zijn eerste verhoor wordt medegedeeld dat hij dit recht heeft (*Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 54) en om in de toelichting in te gaan op de vraag of en in hoeverre de verdachte bij de indiening van dergelijke verzoeken moet kunnen beschikken over gefinancierde rechtsbijstand (*Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 61). Aan beide adviezen is gevolg gegeven (zie artikel 1.4.4, derde lid onder e jo. Vierde lid onder a en *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 51).

<sup>279</sup> P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the gap, Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, Den Haag: WODC 2018, p. 292.

<sup>280</sup> De Raad van State heeft in dit verband gewezen op de noodzaak de verdachte van zijn recht zich tot de rechter-commissaris te wenden in kennis te stellen, en op het belang van rechtsbijstand voor het indienen van onderzoekswensen. Ook oppert de Raad van State een werkwijze waarin OvJ of rechter-commissaris de verdediging actief benadert om onderzoekswensen kenbaar te maken, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 151. In navolging van dat advies wordt de praktijk gecodificeerd dat de rechter-commissaris bij de voorgeleiding de verdachte wijst op de mogelijkheid van onderzoekswensen en vraagt of die er al zijn, zie Beslisnota verwerking advies Raad van State, p. 26-27.

<sup>281</sup> De Raad van State heeft in overweging gegeven om een wettelijke basis te creëren voor een werkwijze waarbij het OM op een vast moment tijdens het opsporingsonderzoek de verdachte – ook de niet voorlopig gehechte verdachte – in kennis stelt van de beschuldiging, in de gelegenheid stelt kennis te nemen van de processtukken en een termijn stelt voor het aandragen van onderzoekswensen, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 151. Daaraan wordt niet tegemoet gekomen; de minister noemt dit ‘het paard achter de wagen spannen’. Als de officier van justitie een voorlopige tenlastelegging en processtukken ter beschikking kan stellen, kan hij ook een vervolgingsbeslissing nemen, Beslisnota verwerking advies Raad van State, p. 26.

organisaties worden onderzocht hoe het vroegtijdig indienen van onderzoekswensen het best kan worden gestimuleerd en in hoeverre flankerend beleid nodig is”.<sup>282</sup> **Het is de vraag wat voor soort onderzoek men hier op het oog heeft, wie dat gaat uitvoeren en of de uitkomsten daarvan in het wetgevingsproces moeten worden meegenomen.**

Anderzijds wordt gesteld dat de voorstellen vooral een **betere voorbereiding en vlottere doorstroom** beogen in strafzaken ‘die naar huidig recht tot pro-formazittingen leiden en waarin dus sprake is van een voorlopig gehechte verdachte’. Het gaat hier om zwaardere zaken waarin naar huidig recht de zitting, vanwege de duur van de voorlopige hechtenis, al een aanvang moet nemen, ofschoon het opsporingsonderzoek nog (lang) niet is afgerond. Op deze kwestie wordt hieronder (onder (3)) nader ingegaan.

In de overige gevallen is, aldus de memorie van toelichting, het indienen van onderzoekswensen veelal pas reëel als duidelijkheid bestaat over de vervolgingsbeslissing.<sup>283</sup> Dit lijkt een meer principieel ingestoken beperking van de geambieerde beweging naar voren. Tegelijkertijd wordt door de regering aangegeven dat wordt onderzocht in welke zaken gefinancierde rechtsbijstand zou moeten bestaan om ook niet-gedetineerde verdachten in staat te stellen de RC aan te zoeken.<sup>284</sup> De beste stimulans voor een vlotte afdoening van een strafzaak waarin de verdachte niet gedetineerd is, is blijkens de toelichting niettemin ‘het zo spoedig mogelijk nemen van de vervolgingsbeslissing’.<sup>285</sup> Daarmee **verschuift het vraagstuk van de stagnatie en van de aanhoudingen** van de zitting in zaken zonder voorlopige hechtenis naar de wijze waarop het wetsvoorstel **het snel nemen van een vervolgingsbeslissing regelt** (zie boek 3).

## *(2) Regie door de rechter-commissaris*

De regierol van de RC wordt eveneens geduid als onderdeel van de beweging naar voren; het doel is te bevorderen dat er ruime gelegenheid is om in een vroeg stadium onderzoek te doen.<sup>286</sup> De uitbreiding van die rol in het wetsvoorstel is evenwel beperkt. De bevoegdheid tot regievoering door de RC blijft in hoofdzaak afhankelijk van de vraag of een der procespartijen hem met onderzoekswensen in de zaak heeft betrokken, zij het dat het wetsvoorstel iets meer ruimte creëert voor ambtshalve optreden. De regeling faciliteert regie, maar dwingt de RC niet om van deze bevoegdheden gebruik te maken en verplicht de procespartijen niet om mee te werken.<sup>287</sup> De vraag is derhalve **welke praktische betekenis deze regierol** als zodanig en de nieuwe regiemogelijkheden in het bijzonder (kunnen) hebben. Zoals hierboven gezegd, lijkt geen evaluatie te zijn uitgevoerd naar de vraag hoe vaak en in welke omstandigheden of zaken de regiebevoegdheden – die zijn ingevoerd in 2013 – door de RC worden gebruikt en wat de opbrengst daarvan is. In de literatuur wordt aangegeven dat RC’s niet de proactieve houding innemen die in de verwachtingen rondom regievoering besloten liggen.<sup>288</sup>

Met dit alles hangt onlosmakelijk samen dat de kabinetten al lange tijd kampen met **grote capaciteitstekorten en werkachterstanden**. In het licht van de eerder genoemde

<sup>282</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 42.

<sup>283</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 36.

<sup>284</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 744 (hier wordt gezegd dat rechtsbijstand in ‘gecompliceerde zaken’ nodig is) en *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 51 en 61 (hier wordt gesproken van ‘alle verdachten’ in het kader van rechtsbijstand voor het indienen van onderzoekswensen).

<sup>285</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 36.

<sup>286</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 35.

<sup>287</sup> Vgl. de opmerkingen van de Raad van State, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 4, p. 146.

<sup>288</sup> Vgl. J.M. Reijntjes, ‘De rechter-commissaris als regisseur’, *Strafblad* 2015/3.

Prokuratuur-arrest (zie onderdeel 2.2 van deze rapportage) moet bovendien voor een toename aan (door EU-regelgeving verplichte) taken van de RC worden gevreesd. Het lijkt daarom niet reëel om actieve regievoering en voortgangsbewaking van de RC te verwachten. Het is hoe dan ook duidelijk dat daartoe een aanzienlijke uitbreiding van de kabinetten zal moeten plaatsvinden, en dat de kosten daarvan hoog zullen zijn.<sup>289</sup> De Raad van State spreekt vanwege de huidige capaciteitsproblemen, van ‘substantiële risico’s voor de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel’, en adviseert duidelijkheid te verschaffen over de benodigde maatregelen en middelen om de RC in staat te stellen zijn regievoerende taak te vervullen. In de memorie van toelichting wordt de gewenste duidelijkheid niet gegeven, maar wordt aangegeven dat de gevolgen voor de werklast van de kabinetten-RC nog in kaart zullen worden gebracht na ‘ketenbrede simulatiesessies’ en na een nieuw integraal advies van de Raad voor de Rechtspraak over het thans voorliggende wetsvoorstel.<sup>290</sup>

Zoals hiervoor al gezegd, is in de consultatieadviezen aangegeven dat door de niet-dwingende aard van de regievoorschriften het effect van de voorstellen beperkt zal zijn. In de memorie van toelichting wordt het verplichten niet zinvol en onnodig belastend genoemd; er zullen immers zaken zijn waarin ‘de verdediging ervoor kiest om in het vooronderzoek de kaarten tegen de borst te houden’.<sup>291</sup> Wel kent het wetsvoorstel ‘**enige sanctionering**’ op het niet of te laat reageren op de termijnstelling door de RC of het niet ingaan op een uitnodiging voor een regiebijeenkomst, ingebed in het **trechtermodel van getuigencriteria** (zie boek 4 van het wetsvoorstel).<sup>292</sup> Hiermee wordt bedoeld op de voorschriften van artikel 2.10.65, tweede volzin en artikel 2.10.66 lid 3, inhoudende dat de RC die een termijn stelt voor het indienen of onderbouwen van onderzoeksvorstellen, die termijnstelling opneemt in het proces-verbaal en dat de RC die partijen oproept voor een regiebijeenkomst, die oproeping bij de processtukken voegt, om de zittingsrechter te informeren in het kader van diens beslissing over latere verzoeken getuigen te horen. Bij deze beslissing wordt immers in ogenschouw genomen ‘of de vordering of het verzoek redelijkerwijs in een eerder stadium van het geding (in dit geval aan de rechter-commissaris) kon worden gedaan’.<sup>293</sup> De Raad van State heeft hierbij aangetekend dat niet duidelijk is of deze sanctionering daadwerkelijk aan de orde kan zijn, nu het in **artikel 6 EVRM neergelegde ondervragingsrecht** beperkingen stelt aan het afwijzen van een getuigenverzoek op de grond dat het eerder had kunnen worden ingediend. Hoewel een nadere toelichting op dit punt in de memorie van toelichting is aangekondigd,<sup>294</sup> wordt daar niet uiteengezet in welke situaties afwijzing van een getuigenverzoek door de zittingsrechter op basis van niet meewerken aan de regie van de RC kan plaatsvinden zonder schending van het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM.<sup>295</sup> Dat de verdachte in een later stadium kan worden afgerekend op het niet ingaan op een uitnodiging voor een regiebijeenkomst, strookt bovendien niet met de uitleg in de memorie van toelichting van het niet verplichte

<sup>289</sup> Vgl. het rapport ‘Tussen accusatoir en inquisitoir. Naar een regievoerende rechter-commissaris’

<sup>290</sup> Aldus zal “een forse stap gezet worden in het in beeld brengen van de structurele uitvoeringsconsequenties(..)” *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 80-83.

<sup>291</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 792.

<sup>292</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 44.

<sup>293</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 794.

<sup>294</sup> Beslisnota verwerking advies Raad van State, p. 25.

<sup>295</sup> In de toelichting wordt weliswaar uitvoerig ingegaan op de betekenis van de jurisprudentie van het EHRM voor toepassing van het trechtermodel van getuigencriteria (te bespreken in de rapportage van boek 4), maar wordt geen toelichting gegeven op de mate waarin en de wijze waarop sprake kan zijn van ‘sanctionering’, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 910-918.

karakter van die bijeenkomst: ‘de verdediging blijft te allen tijde vrij in de keuze van de verdedigingsstrategie.’<sup>296</sup>

### (3) De voortgangsbewaking

Een centrale nieuwe bepaling in dit hoofdstuk is artikel 2.10.64, waarin wordt voorgeschreven dat de officier van justitie de RC en de verdachte informeert over de stand van zaken in het onderzoek, en wel op het moment waarop naar huidig recht vanwege de negentigdagertermijn de berechting moet aanvangen en de zittingsrechter dus in het spel komt. Onder de huidige regeling moet de strafzaak ter zitting worden aangebracht na negentig dagen gevangenhouding van de verdachte,<sup>297</sup> terwijl het voorbereidend onderzoek dan dikwijls nog niet is afgerond en de zaak nog niet klaar is voor inhoudelijke behandeling door de zittingsrechter. Om die reden worden dan een of meer zittingen ‘pro forma’ gehouden, waarop zowel de gevangenhouding van de verdachte aan de orde komt, als onderzoekswensen en de voortgang van het onderzoek (zie hierover ook onderdeel 5.4 hiervoor). De situatie dat de zaak ter zitting moet worden aangebracht terwijl het opsporingsonderzoek nog niet is afgerond, leidt tot stagnatie bij de voorbereiding van de inhoudelijke behandeling, onder meer doordat de RC zijn onderzoek bij dagvaarding moet beëindigen en de zittingsrechter onderzoekswensen weer naar de RC moet verwijzen.<sup>298</sup> In deze situatie loopt het opsporingsonderzoek nog, maar is de regie in handen van de zittingsrechter die slechts beperkt zicht op de zaak kan houden. Om dit tegen te gaan vervalt in het wetsvoorstel het bestaande voorschrift van de negentigdagertermijn (en daarmee de pro-formazittingen) en wordt de toetsing van de voorlopige hechtenis ondergebracht bij een openbare raadkamer (art. 2.5.20). Daarmee zal de **zittingsrechter, niet langer betrokken zijn bij het bewaken van de voortgang van het opsporingsonderzoek**. De ‘kennisgeving stand van zaken’ door de officier van justitie aan de verdachte en de RC<sup>299</sup> dient ertoe de RC in staat te stellen de voortgang van het onderzoek te bewaken en deze waar nodig door de inzet van zijn (regie)bevoegdheden te bevorderen.<sup>300</sup> Zo wordt de door de negentigdagertermijn verplichte bemoeienis van de zittingsrechter met de voortgang van het onderzoek ingeruild voor een informatieplicht aan de RC, zonder dat deze informatie hem tot beoordeling of actie verplicht. Gelet op de beperkte capaciteit van het kabinet lijkt het onwaarschijnlijk is dat een voortgangsbewaking wordt uitgevoerd als daarom niet gevraagd wordt. Mogelijk is de veronderstelling dat de verdediging in voorkomende gevallen om voortgangsbewaking door de RC zal vragen, maar het onverplichte karakter roept vragen op gelet op het feit dat juist gebrekkige voortgang en lange doorlooptijden aan de basis van deze wijziging liggen. **De vraag rijst dan ook, hoe kan worden verzekerd dat de rechter-commissaris de voortgang van het opsporingsonderzoek in de praktijk, ook gelet op de beperkte capaciteit, adequaat bewaakt.** Het lijkt aangewezen de voortgangsbewaking door de RC sterker te stimuleren waarbij zowel het belang van voortgang op zichzelf voor verdachte, slachtoffer, rechtsbedrijf en samenleving wordt betrokken als de noodzaak van toetsing en beperking van de voorlopige hechtenis. In de wet zou een verplichting kunnen worden opgenomen voor de RC om na ontvangst van de kennisgeving stand van zaken een regiebijeenkomst te

<sup>296</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 792.*

<sup>297</sup> De gedachte achter de huidige regeling was dat daarmee effectieve controle op de voortgang van het onderzoek en beperking van de termijn van voorlopige hechtenis te verzekeren, *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 422.*

<sup>298</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 17.*

<sup>299</sup> Die kennisgeving houdt in een (voorlopige) tenlastelegging of omschrijving van het feit en een aanduiding van het moment waarop naar verwachting de procesinleiding zal worden ingediend.

<sup>300</sup> *Kamerstukken II 2022/23, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 788.*

beleggen. Daarnaast lijkt van de bevoegdheid of verplichting voor de raadkamer gevangenhouding de RC te vragen verslag uit te brengen omtrent de voortgang(sbewaking) een activerend effect uit te kunnen gaan (zie hierover ook onderdeel 5 van deze rapportage).

#### *(4) Positie in de overgang van vooronderzoek naar berechting*

Het vervallen van de negentigdagertermijn en de pro-formazittingen gaat gepaard met een verruiming van de periode waarin de RC onderzoek kan doen, neergelegd in het voorgestelde artikel 2.10.69 lid 2. Onder de huidige regeling kan de RC geen nieuwe onderzoekswensen honoreren en uitvoeren zodra hij in kennis is gesteld van het uitgaan van de dagvaarding.<sup>301</sup> Op basis van het voorgestelde artikel 2.10.69 **kan de RC onderzoekshandelingen blijven verrichten en nieuwe onderzoekswensen toewijzen en uitvoeren tot de aanvang van de terechtzitting**. De bedoeling is dat het opsporingsonderzoek op deze manier zonder onderbrekingen kan worden afgerond en de berechting kan aanvangen.<sup>302</sup> Deze continuïteit zorgt dat de (aanstaande) zitting goed kan worden voorbereid.<sup>303</sup> Wanneer de RC zijn onderzoek voortzet **na het indienen van de procesinleiding**, dan verricht hij dit onderzoek, terwijl de fase van berechting is aangebroken en de verantwoordelijkheid voor de afdoening van de strafzaak en de voorbereiding van de zitting bij de voorzitter van de rechtbank is komen te liggen. Een belangrijk aspect van die voorbereiding is het beslissen op verzoeken om getuigen of deskundigen te horen (artikel 4.1.4 lid 1, boek 4 in het wetsvoorstel). Daarom is in artikel 2.10.69 lid 2 bepaald dat de RC na het indienen van de procesinleiding **alleen met instemming van de voorzitter** door mag gaan met het horen van getuigen of deskundigen.<sup>304</sup> De toelichting laat het aan de gerechten deze afstemming op individueel niveau of meer algemeen te regelen. **Het is echter niet duidelijk welke maatstaven moeten worden gehanteerd bij de vragen of een getuige wordt gehoord en of dit door de RC dan wel op de zitting zal gebeuren.**

#### *10.4.3 De positie van de verdediging in het onderzoek door de rechter-commissaris*

Een belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel is de versteviging van de rechtspositie van de verdediging bij het verhoor van de getuige. Deze positie moet voldoen aan de eisen van het **ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM**, wil het verhoor door de RC als verwezenlijking van het ondervragingsrecht in de zin van artikel 6 EVRM kunnen gelden, waardoor het (nogmaals) horen van de getuige op de terechtzitting niet meer noodzakelijk is.<sup>305</sup> In zoverre staat de versterking van de rechtspositie in de regeling ook in het licht van de beweging naar voren;<sup>306</sup>

<sup>301</sup> De huidige bepaling, artikel 238 lid 2 Sv, sluit weliswaar niet uit dat de rechter-commissaris het onderzoek voortzet nadat hij in kennis is gesteld van het voornemen van de officier van justitie om tot dagvaarding over te gaan, maar de HR heeft uitgemaakt dat de Rc geen nieuwe onderzoekswensen kan honoreren en uitvoeren (HR 3 maart 2015, *NJ* 2015, 311) na de kennisgeving van de officier van justitie dat tot dagvaarding wordt overgegaan.

<sup>302</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 447.

<sup>303</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 797. Zoals besproken geldt dat door het vervallen van de negentigdagertermijn de procesinleiding (die de dagvaarding vervangt) niet hoeft te worden uitgebracht voordat het opsporingsonderzoek is afgerond; ook overigens wordt beoogd dat pas op basis van een afgerond opsporingsonderzoek tot uitbrengen van een procesinleiding wordt uitgegaan. Daarmee wordt overlap tussen de activiteiten van de RC en die van de zittingsrechter al in hoge mate beperkt.

<sup>304</sup> Die instemming is niet vereist, en zelfs niet gewenst als het gaat om de uitoefening van de bevoegdheden van de RC uit hoofdstukken 6 en 7 (zoals doorzoeking woning of verrichten DNA-onderzoek); dit is in wezen opsporingsonderzoek, waarvan de zittingsrechter juist zoveel mogelijk afstand moet houden. *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 798.

<sup>305</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 774.

<sup>306</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 35.



zolang de positie van de verdediging niet gelijk is aan die bij het verhoor ter zitting, blijft er voor de verdediging een belang bestaan de getuige op de zitting te horen.<sup>307</sup>

Het leeuwendeel van de bepalingen waarin die rechtspositie gestand krijgt, zijn codificaties van de bestaande **praktijk** rondom het getuigenverhoor en de verslaglegging daarvan. Een belangrijke basis voor die versterkte regeling vormt de **codificatie van het relevantiecriterium** (in art. 2.10.5), de maatstaf voor het al dan niet honoreren van een bij de RC ingediende vorderingen of verzoeken. Het criterium is een centraal element in de regeling en wordt uitgelegd als belangrijk voor de beweging naar voren: met het vastleggen wordt beoogd te bevorderen dat er ‘ruime gelegenheid is om onderzoek dat nodig is voor een zorgvuldige inhoudelijke behandeling van de strafzaak zoveel mogelijk in een vroeg stadium te doen’.<sup>308</sup> In het wetsvoorstel is verder gecodificeerd dat de officier van justitie en de raadsman in beginsel **zelf de door hen opgegeven getuigen vragen kunnen stellen** (art. 2.10.18 lid 2, 2.10.19 lid 2, artt. 2.10.27 en 2.10.28), dat de raadsman in de gelegenheid wordt gesteld het **verhoor van de getuige bij te wonen** (art. 2.10.28 lid 1) en dat **de raadsman als eerste** de gelegenheid krijgt vragen te stellen indien de getuige nog niet is verhoord en de verdediging om het horen heeft verzocht (art. 2.10.28 lid 2). Ook is de bestendige praktijk van **verslaglegging van die verhoren** in de wettelijke regeling verankerd. In artikel 2.10.10 wordt voorgeschreven dat zoveel mogelijk de eigen woorden van de gehoorde worden opgeschreven en dat in **vraagantwoordmodel** wordt geverbaliseerd. Dit sluit aan op de gemoderniseerde regeling van de verbalisering van een verhoor door een opsporingsambtenaar (Titel 3.3). Het vierde lid van artikel 2.10.10 behelst het voorschrift dat de gehoorde de gelegenheid wordt geboden opmerkingen te maken over de weergave van zijn verklaringen in het proces-verbaal. In de praktijk stellen RC’s vaak (ook) de officier van justitie en de raadsman in de gelegenheid opmerkingen te maken over de weergave van de verklaring van de in hun bijzijn gehoorde getuige of deskundige in het concept proces-verbaal.<sup>309</sup> Nu de Memorie van Toelichting niet op deze praktijk ingaat, **rijst de vraag of met het introduceren van de verplichting om ‘de gehoorde’ de gelegenheid te geven om opmerkingen te maken over de weergave, wordt beoogd een einde te maken aan de praktijk van opmerkingen door officier of raadsman.**

Inhoudelijk **nieuw** zijn de bepaling van **het verhoor door de opsporingsambtenaar in opdracht van de RC** en de bepaling omtrent op **aanwezigheid van de verdachte** bij het getuigenverhoor door de RC. De R-C heeft op grond van het huidige artikel 177 Sv (het voorgestelde art. 2.10.8) de bevoegdheid onderzoek uit te besteden aan opsporingsambtenaren, en in de praktijk worden ook verhoren wel uitbesteed aan een opsporingsambtenaar. Er was discussie over de vraag in hoeverre de regeling van de RC (met bijbehorende verplichtingen voor de getuigen en de sterkere rechtspositie voor de verdediging) op een dergelijk verhoor van toepassing was. In het wetsvoorstel wordt deze rechtsfiguur nu afzonderlijk vastgelegd en genormeerd in artikel 2.10.9. In de memorie van toelichting wordt uitgelegd dat dit niet een ‘gedelegeerd’ verhoor is – hetgeen zou betekenen dat alle waarborgen van de RC op dit verhoor van toepassingen zouden zijn – maar een verhoor waarop de regeling van het verhoor door de opsporingsambtenaar van toepassing is (Titel 3.3). De beslissing over wie dit verhoor

<sup>307</sup> NOvA, Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de boeken 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering, 30 juni 2017, p. 24.

<sup>308</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 734

<sup>309</sup> P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the gap, Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, Den Haag: WODC 2018, p. 207. Die praktijk wordt door partijen op prijs gesteld en heeft, aldus de onderzoekers, als groot voordeel dat ter zitting geen discussies over de verklaring hoeven plaats te vinden of verzoeken tot het opnieuw horen gedaan.

mag bijwonen is evenwel, ingevolge artikel 2.10.9 lid 4 aan de RC.<sup>310</sup> In deze bepaling staat ook expliciet opgenomen dat de raadsman het verhoor kan bijwonen en de vragen opgeven die hij gesteld wenst te zien.<sup>311</sup> De regeling is, aldus de memorie van toelichting van nut in de situatie dat een getuige bereidwillig is te verklaren, maar de verschijnings- en verklaringsplicht 'nodig' heeft omdat de getuige aan een geheimhoudingsplicht is gebonden, én in de situatie dat de opsporingsambtenaar bijzondere expertise heeft of over bijzondere voorzieningen beschikt.<sup>312</sup>

De **voornaamste wijziging** van de regeling van het onderzoek door de RC is het **uitgangspunt dat de verdachte aanwezig kan zijn bij het verhoor van een getuige of deskundige** (artikel 2.10.29 lid 1 jo. 2.10.58), vragen kan opgeven en in de gelegenheid wordt gesteld deze te stellen (artikel 2.10.28 lid 2). **Deze omkering van het principe ten opzichte van de huidige regeling berust op een principiële keuze.**<sup>313</sup> De positie van de verdediging tijdens een getuigenverhoor wordt door deze regeling, aldus de memorie van toelichting, vrijwel gelijkgetrokken met die op de terechtzitting.<sup>314</sup> De bedoeling is dat aldus het ondervragingsrecht tijdens het verhoor door de RC volledig wordt verwezenlijkt. Zoals verschillende keren is genoemd, houdt de jurisprudentie van het EHRM in dat de verdediging getuigen moet kunnen ondervragen, hetzij op de terechtzitting hetzij in een eerdere fase van het strafproces. Wil de verklaring van de getuige die niet op de terechtzitting maar daarvóór is gehoord, kunnen worden gebruikt voor het bewijs, dan moet de verdachte een '*adequate and proper opportunity*' hebben gehad om de getuige in zijn aanwezigheid te (doen) horen.<sup>315</sup>

De introductie van een recht op aanwezigheid van de verdachte bij het getuigenverhoor door de RC heeft veel vragen opgeroepen. De belangrijkste betreffen het bezwaar dat de belangen van de getuigen en het waarheidsgehalte van de verklaring (kunnen) worden geschaad, en de kosten voor beveiliging en uitbreiding van de ruimte. Ofschoon het zeer de vraag is hoeveel verdachten uiteindelijk van dit recht gebruik zullen maken,<sup>316</sup> zullen er hoe dan ook maatregelen moeten worden getroffen in de sfeer van behuizing en beveiliging om de wettelijke mogelijkheid te kunnen bieden;<sup>317</sup> zeker als het vermoeden van de NOvA dat dit verzoek standaard zal worden gedaan, wordt bewaarheid. **Een belangrijke vraag is dus welke aanpassingen gepaard gaan met de mogelijke aanwezigheid van de verdachte(n) en of gegarandeerd is dat daarvoor voldoende middelen worden vrijgemaakt. Ook is de vraag op of de regeling én de praktijk voldoende tegemoet komen aan legitieme beschermingsbehoeften van de getuige – zeker, gelet op artikel 1.1.4, als de getuige slachtoffer is. Tegen de achtergrond van de bezwaren en de kosten doemt de algemene vraag op of de kosten van het creëren van een equivalent van het zittingsverhoor in het vooronderzoek wel opwegen tegen de baten.**

<sup>310</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 754.

<sup>311</sup> In het advies NOvA van 30 juni 2017 over Boek 1 en 2 werd bekritiseerd dat in de toen voorgelegde conceptvoorstellen niet was voorzien in een recht tot bijwonen door de raadsman, p. 25-26.

<sup>312</sup> Zie NOvA, Advies van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake de wetsvoorstellen tot vaststelling van de boeken 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering, 30 juni 2017, p. 25.

<sup>313</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 44.

<sup>314</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 769.

<sup>315</sup> *Kamerstukken II 2022/23*, 36 327, nr. 3 (MvT), p. 773.

<sup>316</sup> Al was het maar omdat hun raadsliden het hun afraden, P.T.C. van Kampen e.a., *Mind the gap, Modernisering Wetboek van Strafvordering: consequenties voor de verdediging*, Den Haag: WODC 2018, p. 220.

<sup>317</sup> De Rvdr schatte de verhoging van de kosten van huisvesting vanwege het aanwezigheidsrecht en de benodigde extra capaciteit vanwege de versterking van de regierol op een jaarlijks bedrag van 300.000 euro.

## 10.5 Samenhang met andere onderdelen van het wetsvoorstel

- Zoals in het voorgaande uitvoerig aan de orde is geweest, hangt de regeling (vooral in de beweging naar voren) nauw samen met verschillende andere onderdelen van het wetsvoorstel: de taakstelling van de RC in artikel 1.2.25 (boek 1), het recht van de (voor verhoor uitgenodigde of aangehouden) verdachte om voorafgaand aan het eerste verhoor te worden geïnformeerd over zijn recht om onderzoekswensen in te dienen bij de RC (art. 1.4.4 lid 3 onder e jo lid 4 onder a), de regeling van het verhoor door de opsporingsambtenaar (boek 2, hoofdstuk 3), de afschaffing van de negentigdagertermijn (boek 2, hoofdstuk 5).
- De regeling van het onderzoek door de RC hangt voorts samen met de regeling van de regievoering door de voorzitter van de rechtbank (Boek 4, hoofdstuk 1), die op haar beurt weer samenhangt met de regeling van de getuigencriteria (boek 4, art. 4.2.19 en 4.2.49).

## 10.6 Opkomende vragen

### *Voorgestelde vragen:*

- De ‘beweging naar voren’ komt voort uit de gedachte dat een betere voorbereiding van de terechtzitting nodig is en dat die betere voorbereiding zal leiden tot minder vertraging tijdens de berechting. Kan nogmaals worden uitgelegd waarom het in dit verband van belang is om de zogenoemde pro-forma fase op te heffen?
- Breder bestaat het beeld dat de rechtspraak kampt met aanzienlijke achterstanden in de behandeling van strafzaken. Op welke wijze draagt de beweging naar voren bij aan het terugdringen van die achterstanden? Wat is er naast de beweging naar voren nodig om die achterstanden te verhelpen?
- In de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat met de beweging naar voren het accent op het voorbereidend onderzoek in de Nederlandse procescultuur wordt bestendigd. In de literatuur is de principiële vraag opgeworpen of dit niet ten koste gaat van een gedegen en volwaardige behandeling van de zaak tijdens het onderzoek ter terechtzitting.<sup>1</sup> Kan worden bevestigd dat de beweging naar voren niet bedoeld is als alternatief voor een volwaardige behandeling van de zaak door de zittingsrechter?
- Wat doet de regering om te voorkomen dat er een praktijk ontstaat waarin getuigen bij voorkeur enkel nog in het opsporingsonderzoek worden gehoord, hetgeen spanning oplevert met het beginsel van openbaarheid van berechting en met het onmiddellijkheidsbeginsel voor het verzamelen van bewijs door de zittingsrechter?
- Kan nader worden uiteengezet wat de kritische succesfactoren zijn om in de toekomstige praktijk, op grond van de beweging naar voren, te komen tot een betere voorbereiding van de zaken in de fase voorafgaand aan de berechting? Wat wordt concreet van de R-C, van de officier van justitie en van de verdediging verwacht?
- De regering geeft aan dat met de ketenorganisaties zal worden onderzocht hoe het vroegtijdig indienen van onderzoekswensen bij de rechter-commissaris kan worden gestimuleerd. Op welke wijze en op welke termijn wordt dit onderzocht, en wanneer worden de resultaten daarvan met de Kamer gedeeld? Kunnen de resultaten nog worden verwerkt in het voorstel?

**Voorgestelde vragen (vervolg):**

- In de Memorie van Toelichting wordt geschetst hoe de beweging naar voren voor de verdediging meer mogelijkheden brengt om onderzoekswensen in te dienen en te laten verrichten. Daar tegenover staat, volgens dezelfde toelichting, dat dit niet geheel vrijblijvend is: op bepaalde momenten wordt inbreng van de verdediging verwacht. Kan nader worden toegelicht in welke situaties - gelet op artikel 6 EVRM en het standpunt uit de Memorie van Toelichting, dat de verdediging vrij is in de keuze van de processtrategie - sprake kan zijn van 'sanctionering' in verband met de in artikel 2.10.65 en 2.10.66 lid 3 opgenomen verplichting dat de R-C de termijnstelling en de uitnodiging voor de regiebijeenkomst opneemt in het proces-verbaal?
- Kan worden aangegeven in hoeverre in flankerend financieel beleid – in de zin van voldoende rechtsbijstand – wordt voorzien om ervoor te zorgen dat de verdediging in het voorbereidend onderzoek daadwerkelijk tijd heeft om onderzoekswensen voor te bereiden en in te dienen?
- Heeft er een evaluatie plaatsgevonden van de wet versterking positie rechter-commissaris, die de onderdelen voortgangsbewaking en regievoering door de R-C in het Wetboek van Strafvordering heeft geïntroduceerd; onderdelen waarop nu met de beweging naar voren wordt voortgebouwd?
- Zijn gegevens beschikbaar over de mate van regievoering en voortgangsbewaking in de huidige praktijk, op basis waarvan de effectiviteit en de kosten van de voorgestelde regeling kunnen worden beraamd en beoordeeld?
- Hoe kan worden gegarandeerd dat in de nieuwe structuur, na opheffing van de pro-forma fase, de voortgang van het opsporingsonderzoek daadwerkelijk wordt bewaakt door de R-C? Moet in dat verband niet worden overwogen om na ontvangst van de 'kennisgeving stand van zaken', een regiebijeenkomst onder leiding van de R-C, in te voeren, waarin de R-C samen met de officier van justitie en met de verdediging de stand van het onderzoek kan opmaken?
- Kan worden onderschreven dat informatie-uitwisseling tussen de R-C en de raadkamer gevangenhouding nodig is om ervoor te zorgen dat bij beslissingen over de voortzetting van de gevangenhouding voldoende zicht is op de voortgang van het onderzoek? Hoe kan worden verzekerd dat die informatie-uitwisseling plaatsvindt?
- Eerdere pogingen om de positie van de rechter-commissaris in feitelijke zin te versterken (in de zin van uitbreiding van het aantal R-C's, differentiatie in functiewaardering teneinde senior rechters aan te trekken, betere ondersteuning etc.) zijn niet geslaagd. Is de regering zich hiervan bewust? Wat gaat de regering doen om de versterking van het rechter-commissariaat – een *conditio sine qua non* bij uitbreiding van de rol van de R-C in het kader van de beweging naar voren nu wel te realiseren en te borgen?
- Hoe kan worden voorkomen dat de achterstanden waarmee de rechtspraak kampt, voortkomend uit een kennelijk capaciteitsgebrek, in de weg staan aan de mogelijkheden om zaken op grond van de beweging naar voren beter voor te bereiden?
- Deelt de regering de vrees dat, nu de R-C voor uiteenlopende kwesties wordt ingezet, waar toe de wet in veel gevallen verplicht, de niet-verplichte taken van de R-C (zoals regievoering, dossierbewaking en/ter voortgangsbewaking) die van belang zijn voor de doelen van de beweging naar voren, in de verdrukking komen? Hoe kan worden verzekerd dat de R-C deze taken daadwerkelijk zal uitoefenen?
- Welke investering is concreet nodig om de capaciteit van de kabinetten-R-C zodanig te versterken dat de taken die de R-C in de voorgestelde regeling heeft, kunnen worden uitgeoefend?
- Wanneer komen de resultaten van het toegezegde 'in kaart brengen van de gevolgen van de beweging naar voren voor de werklast van de kabinetten R-C' en het nieuwe integrale advies van de Rvdr beschikbaar?

**Voorgestelde vragen (vervolg):**

- Een onderdeel van de beweging naar voren is de uitbreiding van de mogelijkheden voor de verdediging om bij een getuigenverhoor van de R-C te zijn. Kan nader worden uitgelegd hoe de rechten en belangen van de getuige (die soms slachtoffer is) voldoende worden beschermd als verdachten het recht hebben aanwezig te zijn bij het verhoor van de getuige bij de R-C? Hoe verhoudt dit recht zich tot artikel 1.1.4? Hoe verhoudt het criterium tot afwijzing van het verzoek van de verdachte aanwezig te zijn bij het verhoor van de getuige zich tot de beschermingsmaatregelen op basis van het Besluit slachtoffers van strafbare feiten? Kan al met al worden toegelicht of en in hoeverre de regels en daarop gebaseerde maatregelen ter bescherming van getuigen op de zitting, ook voor het verhoor door de R-C zouden moeten gelden? Wat zouden daarvan de consequenties voor de praktijk zijn? Zie in dat kader ook nader onderdeel 2.4.
- Wordt met het introduceren van de verplichting om ‘de gehoorde’ de gelegenheid te geven om opmerkingen te maken over de weergave in het (concept) proces-verbaal in artikel 2.10.10, beoogd een einde te maken aan de praktijk van het gelegenheid geven tot opmerkingen aan officier en raadsman? Zo nee, waarom is laatstgenoemde praktijk niet gecodificeerd in het voorgestelde artikel 2.10.10?