

Deeladvies C. Opsporing

Van het advies van de Afdeling advisering van
de Raad van State van 6 april 2022 over
het nieuwe wetboek van Strafvordering.

Inhoudsopgave

1. Inleiding 100
2. Opsporingsbevoegdheden 101
3. Digitale opsporing 125
4. Voorlopige hechtenis 143

Colofon

Advies

W16.21.0105/II

Tekst

Afdeling advisering
van de Raad van State

Lay-out

Studio Piraat

Den Haag, mei 2022

1. Inleiding

Boek 2 van het voorstel bevat de wettelijke regeling van het opsporingsonderzoek. De thans geldende regeling van het opsporingsonderzoek is daarin volledig geherstructureerd, vereenvoudigd en geactualiseerd. Volgens de toelichting zit daar in systematisch opzicht de grootste winst van het nieuwe wetboek. De regeling van het opsporingsonderzoek in het huidige wetboek is mede door de vele opeenvolgende wijzigingen onoverzichtelijk en ontoegankelijk geworden. In het voorstel zijn bevoegdheden in beginsel eenmaal uitgeschreven en onnodige gedetailleerdheid is zo veel mogelijk tegengegaan.³⁸⁷ Daarnaast is de regeling op onderdelen geactualiseerd in verband met nieuwe technieken op het gebied van informatie- en communicatietechnologie, van digitalisering en van forensische opsporing, en waar mogelijk techniekonafhankelijk geformuleerd in verband met toekomstige ontwikkelingen. Ook is gepoogd procedures te stroomlijnen en administratieve lasten te verlichten.³⁸⁸

De Afdeling heeft waardering voor de grondige herstructurering en vereenvoudiging van de regels voor het opsporingsonderzoek. Vanuit een wetstechnisch en -systematisch perspectief is dit een grote verbetering ten opzichte van het huidige wetboek. Voor burgers en professionals in de strafrechtpleging wordt het daardoor eenvoudiger te achterhalen welke regels op het opsporingsonderzoek van toepassing zijn. Het voorstel draagt daarmee bij aan de rechtszekerheid en de bruikbaarheid van het wetboek in de praktijk.

In het vervolg van dit deeladvies wordt een aantal adviesopmerkingen gemaakt die betrekking hebben op het opsporingsonderzoek. Onder punt 2 komen de opsporingsbevoegdheden in algemene zin aan de orde. Hier wordt onder meer ingegaan op het opsporingsbegrip en algemene beginselen voor de opsporing, de toepassingsvoorwaarden voor opsporingsbevoegdheden, het niveau van regelgeving en het vastleggen van bevelen tot de inzet van opsporingsbevoegdheden. Onder punt 3 worden de bevoegdheden en waarborgen voor de digitale opsporing behandeld. Onder punt 4 worden adviesopmerkingen gemaakt over de voorgestelde regeling voor voorlopige hechtenis. De Afdeling heeft voor dit onderwerp bijzondere aandacht gehad omdat dit een ingrijpende bevoegdheid is, op de toepassing waarvan de afgelopen jaren veel kritiek is geweest.

³⁸⁷ Zie toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3 (Boek 2: 'Het opsporingsonderzoek'); toelichting bij Boek 2, onder 'Inleiding' en bij Boek 2, onder 'Uitgangpunten voor de systematisering van bevoegdheden'.

³⁸⁸ Zie toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3 (Boek 2: 'Het opsporingsonderzoek'); toelichting bij Boek 2, onder 'Inleiding' en bij Boek 2, onder 'Uitgangpunten voor de systematisering van bevoegdheden'.

2. Opsporingsbevoegdheden

a. Inleiding

In dit deel van het advies komt een aantal voorstellen aan de orde dat betrekking heeft op diverse facetten van het opsporingsonderzoek. Achtereenvolgens zullen de volgende punten worden behandeld: het opsporingsbegrip en de algemene beginselen voor de opsporing (punt 2b), het algemeen kader voor toepassingsvoorwaarden (punt 2c), ernstige bezwaren (punt 2d), de machtiging van de rechter-commissaris (punt 2e), inzet van heimelijke bevoegdheden tegen anderen dan de verdachte (punt 2f), het niveau van regelgeving (punt 2g), ras als uiterlijk waarneembaar persoonskenmerk (punt 2h), en vastlegging van bevelen tot de inzet van opsporingsbevoegdheden (punt 2i).

b. Opsporingsbegrip en algemene beginselen voor de opsporing

In zowel het huidige als het nieuwe wetboek is het opsporingsbegrip gedefinieerd. In Boek 2 van het voorgestelde wetboek wordt voorts voorzien in de codificatie van enkele algemene beginselen, zoals het noodzaakbeginsel. Hoewel het voor de hand lijkt te liggen dat de reikwijdte van deze algemene beginselen wordt gekoppeld aan het wettelijk opsporingsbegrip, is daar in het voorstel niet voor gekozen.

i. Opsporingsbegrip

Onder de opsporing wordt verstaan “het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen”.³⁸⁹ Dit opsporingsbegrip markeert het beginpunt van de strafvordering. Vanaf het moment dat sprake is van opsporing geldt het vereiste dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien.³⁹⁰ Dit is het legaliteitsbeginsel voor het strafprocesrecht. De waarborgen en de procedures van het Wetboek van Strafvordering moeten dan in acht worden genomen, waaronder bijvoorbeeld de voorschriften dat opsporingsambtenaren die opsporingsbevoegdheden uitoefenen onder het gezag van de officier van justitie staan, dat de officier van justitie aan hun bevelen kan geven en dat de verbaliseringsplicht van toepassing is.³⁹¹

³⁸⁹ Geldend artikel 132a Sv en voorgesteld artikel 1.1.6.

³⁹⁰ Geldend artikel 1 Sv en voorgesteld artikel 1.1.1. Dat betekent niet dat bij optreden door de politie dat nog niet valt onder opsporing een wettelijke grondslag niet van belang zou zijn. Als het optreden in het kader van toezicht of controle inbreuk maakt op fundamentele rechten en vrijheden van burgers, moet aan dat optreden wel degelijk een wettelijke regeling ten grondslag liggen. Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 2.3.

³⁹¹ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 9.1. Zie ook I. Peçi & E. Sikkema, ‘De rechtsbeschermende functie van het opsporingsbegrip’, in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constante waarden. Liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom juridisch 2008, p. 353-362.

Aanvankelijk was het opsporingsbegrip niet gecodificeerd. Toen werd van opsporing gesproken zodra er sprake was van een verdenking van een strafbaar feit. Met de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden³⁹² in 2000 werd het opsporingsbegrip voor het eerst gedefinieerd in het Wetboek van Strafvordering. Deze definitie haalde het beginpunt van de opsporing en daarmee ook van de strafvordering naar voren, omdat ook de zogenoemde 'vroegverdenking' ofwel 'vroegsporing' van georganiseerde criminaliteit daaronder werd gebracht. In deze gevallen behoeft nog geen concreet strafbaar feit te zijn gepleegd.³⁹³

In 2007 is het opsporingsbegrip vervolgens weer ingrijpend gewijzigd.³⁹⁴ Sindsdien geldt dat opsporing wordt gekarakteriseerd door haar gerichtheid op het nemen van strafvorderlijke beslissingen.³⁹⁵ Onder opsporing valt, zoals aangegeven, niet alleen meer de 'klassieke' opsporing.³⁹⁶ Ook de hiervoor genoemde 'vroegverdenking' ofwel 'vroegsporing',³⁹⁷ het hanteren van strafvorderlijke bevoegdheden bij aanwijzingen van terrorisme,³⁹⁸

³⁹² Wet van 25 mei 1999, *Stb.* 1999, 245 (i.w.tr. op 1 februari 2000).

³⁹³ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 2.3 en 9.1.

³⁹⁴ Zie de Wet van 20 november 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, *Stb.* 2006, 580 (i.w.tr. op 1 februari 2007).

³⁹⁵ Zie hierover en over de historische ontwikkeling van het opsporingsbegrip bijvoorbeeld J.H. Crijns, 'De verregaande lenigheid van het opsporingsbegrip', in: M. Braakman e.a., *Op zoek naar evenwicht. Liber Amicorum Marc Groenhuijsen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021; G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 9.1; M.J. Borgers, 'Het opsporingsbegrip anno 2009', in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Politie in beeld* (Naeyé-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 27-64.

³⁹⁶ Onderzoek naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is gepleegd.

³⁹⁷ Onderzoek naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in artikel 67 eerste lid, Sv worden beraamd of gepleegd die, gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd, een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren. Zie de voorgestelde artikelen 2.754 onder a en 2.8.22, eerste lid, en de geldende artikelen 126o-126ui Sv.

³⁹⁸ In geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf mogen opsporingsambtenaren (bepaalde) strafvorderlijke bevoegdheden al hanteren als er nog geen redelijk vermoeden van een gepleegd strafbaar feit is en ook geen redelijk vermoeden van een in georganiseerd verband gepleegd of beraamd misdrijf is. Zie de voorgestelde artikelen 2.754 onder b en 2.8.22, tweede lid, en de geldende artikelen 126zd-zu Sv.

het optreden in veiligheidsrisicogebieden,³⁹⁹ verkennend onderzoek⁴⁰⁰ en repressieve controle⁴⁰¹ vallen er onder.⁴⁰²

Wanneer het gaat om de uitoefening van preventieve controle- of toezichtsbevoegdheden die verband houden met bestuursrechtelijke handhaving,⁴⁰³ kan niet van opsporing worden gesproken.⁴⁰⁴ Daarvan kan wel sprake zijn als de handhavingsactiviteiten worden verricht door een ambtenaar die zowel bestuursrechtelijk toezichthouder als opsporingsambtenaar is. Het OM kan gezag uitoefenen en draagt verantwoordelijkheid voor de betreffende activiteit van deze ambtenaar voor zover zijn activiteit als opsporing heeft te gelden. Of van opsporing sprake is, wordt in deze situatie bepaald door het doel van de bevoegdheidsuitoefening. Als het bij de uitoefening van de betreffende bevoegdheid gaat om onderzoek in verband met strafbare feiten en met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen, is sprake van opsporing.⁴⁰⁵

ii. Algemene beginselen voor de opsporing

In het voorgestelde wetboek worden de volgende algemene beginselen gecodificeerd:

- een bevoegdheid wordt niet gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven (doelbinding of het verbod van détournement de pouvoir),⁴⁰⁶

³⁹⁹ De gemeenteraad kan de burgemeester de bevoegdheid verlenen om bij verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens of bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, een gebied aanwijzen als veiligheidsrisicogebied. In een dergelijk gebied kan de officier van justitie verschillende bevoegdheden op grond van de WWM toepassen. Zie artikel 151b Gemeentewet.

⁴⁰⁰ Met het oog op het opbouwen en het in stand houden van een zekere informatiepositie door het verzamelen, bewerken, gebruiken en analyseren van gegevens, voorziet de wet in de mogelijkheid van een verkennend onderzoek. Dit onderzoek is mogelijk als aanwijzingen bestaan dat binnen verzamelingen van personen ernstige misdrijven worden beraamd of gepleegd. Zie het voorgestelde artikel 2.9.1 en de geldende artikelen 126gg-ii Sv.

⁴⁰¹ Activiteiten van opsporingsambtenaren die niet zozeer betrekking hebben op het ophelderen, maar op het daaraan voorafgaand ontdekken van mogelijke strafbare feiten. Het betreft controlebevoegdheden die door opsporingsambtenaren worden uitgeoefend en kunnen leiden tot een zaak (bijvoorbeeld een alcoholverkeerscontrole op grond van artikel 160, vijfde lid, Wegenverkeerswet 1994 of de bevoegdheden zoals genoemd in artikel 18-23 van de Wet op de economische delicten (WED)).

⁴⁰² Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 9.1 en 9.2. Zie ook de toelichting bij de artikelen 1.1.6 en 2.9.1, eerste lid.

⁴⁰³ Gedacht kan worden aan het toezicht dat de gemeente uitoefent in het kader van het verstrekken van bouwvergunningen. Als in het kader van dat toezicht onregelmatigheden naar boven komen, geeft dat aanleiding tot bestuursrechtelijk optreden, zoals het intrekken van de bouwvergunning. Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 9.2.

⁴⁰⁴ Kamerstukken II 2004/05, 30164, nr. 3, p. 17. Zie ook de toelichting bij artikel 1.1.6 en G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 9.1 en 9.2.

⁴⁰⁵ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 9.2. Zie ook de toelichting bij artikel 1.1.6.

⁴⁰⁶ Voorgesteld artikel 2.1.2, eerste lid.

- een bevoegdheid wordt alleen uitgeoefend als dit in het belang van het onderzoek is (noodzaak),⁴⁰⁷
- een bevoegdheid wordt alleen uitgeoefend als het daarmee beoogde doel niet op een andere, minder ingrijpende wijze kan worden bereikt (subsidiariteit),⁴⁰⁸ en
- een bevoegdheid wordt alleen uitgeoefend als dat in een redelijke verhouding staat tot het daarmee beoogde doel (proportionaliteit).⁴⁰⁹

Volgens de toelichting worden deze beginselen voor (alleen) het opsporingsonderzoek vastgelegd, omdat deze beginselen voor de normering van het opsporingsonderzoek verhoudingsgewijs van grote betekenis zijn. Dat laat onverlet dat de beginselen van doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit ook in andere delen van het strafprocesrecht en in andere rechtsgebieden een rol spelen en dat soms ook andere beginselen relevant kunnen zijn voor de normering van het opsporingsonderzoek.⁴¹⁰ De toelichting merkt echter ook op dat de algemene bepalingen van het opsporingsonderzoek zoals opgenomen in Titel 1.2 alleen strafvorderlijke bevoegdheden normeren en dus niet van toepassing zijn bij controlebevoegdheden die niet voor een strafvorderlijk doel zijn gegeven.

iii. Beoordeling

De algemene bepalingen zijn dus niet van toepassing verklaard wanneer opsporingsambtenaren aan wie in bijzondere wetten zulke controlebevoegdheden zijn toegekend, deze mede voor opsporing aanwenden⁴¹¹, ook al is er dan wel sprake van opsporing zoals dat in het wetboek wordt gedefinieerd.⁴¹² In de toelichting wordt – terecht – opgemerkt dat wanneer controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren mede voor de opsporing worden aangewend, wel sprake is van opsporing in de zin van artikel 1.1.6. Dat betekent dat opsporingsambtenaren die zulke bevoegdheden uitoefenen, zoals het verrichten van een alcoholverkeerscontrole op grond van de Wegenverkeerswet 1994, in zoverre onder het gezag van de officier van justitie staan, dat de officier van justitie hun bevelen kan geven en dat de verbaliseringsplicht van toepassing is.⁴¹³

⁴⁰⁷ Voorgesteld artikel 2.1.2, tweede lid.

⁴⁰⁸ Voorgesteld artikel 2.1.3, aanhef en onder a.

⁴⁰⁹ Voorgesteld artikel 2.1.3, aanhef en onder b. Daarnaast is nog genoemd het verbod voor de opsporingsambtenaar om bij de uitoefening van een bevoegdheid een persoon tot andere strafbare feiten te brengen dan die waarop diens opzet al tevoren was gericht (instigatieverbod). De betekenis daarvan beperkt zich echter tot nu toe tot de heimelijke bevoegdheden.

⁴¹⁰ Toelichting bij Titel 1.2 van Boek 2 (Algemene bepalingen over de uitoefening van bevoegdheden).

⁴¹¹ De toelichting stelt terecht dat de Hoge Raad dit onder voorwaarden toestaat. Zie toelichting bij artikel 2.1.2, eerste lid.

⁴¹² Toelichting bij artikel 1.1.6.

⁴¹³ Toelichting bij artikel 2.1.2, eerste lid.

De algemene beginselen die nu gecodificeerd worden, worden echter in hun reikwijdte beperkt tot de onderzoeksbevoegdheden die in het Wetboek van Strafvordering zelf zijn geregeld. Zij zijn niet gekoppeld aan het opsporingsbegrip en hebben dan ook geen betrekking op controlebevoegdheden uit bijzondere wetten – ook niet als de uitoefening van die bevoegdheden plaatsvindt onder gezag van de officier van justitie. Deze algemene beginselen gelden in ongeschreven vorm weliswaar ook voor andere dan uitdrukkelijk in het Wetboek van Strafvordering geregelde onderzoeksbevoegdheden, maar niet kan worden uitgesloten dat door de codificatie aan deze beginselen een specifieke invulling wordt gegeven of dat twijfels ontstaan over de toepasselijkheid ervan.

De vraag rijst waarom de regering er niet voor heeft gekozen om de reikwijdte van de algemene beginselen te koppelen aan het wettelijk opsporingsbegrip in plaats van deze te beperken tot de in het Wetboek van Strafvordering geregelde onderzoeksbevoegdheden. Dan zijn de gecodificeerde algemene beginselen van toepassing op elk onderzoek naar strafbare feiten dat plaatsvindt onder gezag van de officier van justitie.

Daarnaast rijst de vraag waarom er niet voor is gekozen om ook het met het gelijkheidsbeginsel samenhangende discriminatieverbod te codificeren. Dit verbod speelt een belangrijke rol in de eerste fase van de opsporing vanwege het risico van etnisch profileren bij bijvoorbeeld het preventief fouilleren in veiligheidsrisicogebieden⁴¹⁴ en bij controle op grond van de Wegenverkeerswet 1994.⁴¹⁵ Met de codificatie daarvan wordt voorkomen dat dit verbod van minder betekenis wordt geacht voor de opsporing.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Artikel 151b Gemeentewet. Zie ook S. Brinkhoff, 'The Dutch paradox. Over discriminatoir handelen in de Nederlandse strafrechtspleging en concrete handvatten om dit tegen te gaan', *NJB* 2021, p. 2047 e.v. Om discriminatoir handelen van de politie bij het toepassen van controlebevoegdheden te minimaliseren, stelt Brinkhoff onder meer voor de in het voorgestelde wetboek gecodificeerde algemene beginselen aan te vullen met een bepaling die verplicht tot non-discriminatoir optreden.

⁴¹⁵ Zie daarover bijvoorbeeld HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454 (Dynamische verkeerscontrole) en HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1872 (Moelander), waarin de Hoge Raad overwoog: "Hetgeen hiervoor [...] is vooropgesteld laat evenwel onverlet de mogelijkheid dat de rechter bevindt dat de politie bij de uitoefening van voornoemde controlebevoegdheden de te controleren persoon of personen heeft geselecteerd op een wijze die onverantwoord is met het uitgangspunt dat personen niet worden gediscrimineerd wegens onder meer hun ras of hun godsdienst of levensovertuiging. Indien de rechter tot de bevinding komt dat bij die selectie een in dit opzicht niet gerechtvaardigd onderscheid is gemaakt, zal hij moeten bepalen welk rechtsgevolg in de gegeven omstandigheden moet worden verbonden aan de onrechtmatigheid van de uitoefening van de controlebevoegdheid, rekening houdend met factoren als de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt."

⁴¹⁶ Zie in meer algemene zin ook A. Das, 'De codificatie van rechtsbeginselen in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *Platform Modernisering Strafvordering*, maart 2018. Zie ook P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig', *Delikt en Delinkwent* 2018/8 over (onder meer) onvolledige codificatie en de plaatsing van de beginselbepalingen.

De Afdeling adviseert in de toelichting te verduidelijken waarom ervoor is gekozen om de reikwijdte van de gecodificeerde algemene beginselen te beperken tot de onderzoeksbevoegdheden die in het Wetboek van Strafvordering zijn geregeld en om de reikwijdte daarvan niet te koppelen aan het (ruimere) opsporingsbegrip. Daarnaast adviseert zij toe te lichten waarom niet ook het discriminatieverbod wordt gecodificeerd. Zij adviseert het voorstel zo nodig aan te passen.

c. Algemeen kader voor toepassingsvoorwaarden

Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering regelt bevoegdheden die in het opsporingsonderzoek kunnen worden uitgeoefend. Bij die bevoegdheden zijn voorwaarden geformuleerd voor een zorgvuldige toepassing. In de toelichting worden twee met elkaar samenhangende uitgangspunten genoemd die daarbij zijn gehanteerd.⁴¹⁷

Het eerste uitgangspunt houdt in dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, en een grotere inbreuk maakt op grondrechten, de uitoefening van de bevoegdheid is gebonden aan strengere eisen en met meer waarborgen is omringd. Daarbij kan worden gedacht⁴¹⁸ aan het stellen van hogere eisen aan de mate van verdenking.⁴¹⁹ Daarnaast geldt dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, een hogere autoriteit moet beslissen over de toepassing daarvan.⁴²⁰ Dit uitgangspunt sluit aan bij het uitgangspunt dat de wetgever reeds bij de totstandkoming van het huidige wetboek hanteerde. Dat hield in dat ruime bevoegdheden, die noodzakelijk zijn om criminaliteit effectief te bestrijden, hand in hand moet gaan met ruime waarborgen om te garanderen dat die bevoegdheden zorgvuldig worden gehanteerd.⁴²¹

Het tweede uitgangspunt, dat samenhangt met het eerstgenoemde, houdt in dat de wettelijke voorwaarden voor de uitoefening van bevoegdheden met elkaar in evenwicht moeten zijn. Bevoegdheden van vergelijkbare mate van ingrijpendheid dienen van toepassingsvoorwaarden te zijn voorzien die onderling niet te zeer uiteenlopen.

⁴¹⁷ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.2 (Wettelijke normering van de nieuwe bevoegdheden tot gegevensvergaring); toelichting bij Boek 2, onder 'Uitgangspunten van de wettelijke regeling van het opsporingsonderzoek'.

⁴¹⁸ Dit zijn niet de enige wettelijke toepassingsvoorwaarden. Verschillende (ingrijpender) bevoegdheden zijn bijvoorbeeld aan een termijn gebonden. Ook de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit komen tot uiting in het uitgangspunt dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is deze aan zwaardere wettelijke toepassingsvoorwaarden is gebonden. Zie de toelichting, Algemeen deel, paragraaf 8.2 (Wettelijke normering van de nieuwe bevoegdheden tot gegevensvergaring). Zo geven de toepassingsvoorwaarden 'bij dringende noodzaak' en 'indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist' uitdrukking aan het subsidiariteitsbeginsel. Zie toelichting bij artikel 2.1.3.

⁴¹⁹ Vereist kan worden dat er sprake is van een verdenking of van ernstige bezwaren.

⁴²⁰ Zie J.B.H.M. Simmelink, 'Normering van opsporingsbevoegdheden in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *RMTThemis* 2017-6.

⁴²¹ Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

De uitwerking van deze uitgangspunten in het nieuwe wetboek sluit nauw aan bij de toedeling van bevoegdheden en de toepassingsvoorwaarden in het huidige wetboek. De toelichting geeft ook aan dat de toepassingsvoorwaarden – vooral het toepasselijke verdenkingscriterium en de bevoegde autoriteit – grotendeels dezelfde zijn gebleven. In het beperkte aantal gevallen waarin daarin toch een wijziging is aangebracht, is dit in de toelichting bij de desbetreffende bepalingen telkens aangegeven.⁴²²

De Afdeling merkt op dat het weliswaar duidelijk is dat een meer ingrijpende bevoegdheid gepaard moet gaan met ruime waarborgen, maar dat de ingrijpendheid van een bevoegdheid niet het enige criterium is voor de te stellen toepassingsvoorwaarden. Ook andere criteria kunnen daarbij een rol spelen, zoals spoed en heterdaad⁴²³ en de omstandigheid dat een bevoegdheid tegen derden kan worden toegepast (zie onder punt 2f). De vraag rijst daarom in hoeverre de in de toelichting geformuleerde uitgangspunten in alle gevallen bepalend zijn voor de te stellen toepassingsvoorwaarden.

Daarnaast merkt de Afdeling op dat de toelichting bij bepaalde bevoegdheden de vraag oproept of de uitgangspunten van de regering wel consistent zijn toegepast. Op basis van de toelichting is niet steeds begrijpelijk waarom tot de gekozen toepassingsvoorwaarden is gekomen. In dit verband zal hierna nader worden ingegaan op de vereisten van het bestaan van ernstige bezwaren (zie punt 2d) en van het beschikken over een machtiging van de rechter-commissaris (zie punt 2e).

d. Ernstige bezwaren

i. Inleiding

Eén van de voorwaarden voor toepassing van bevoegdheden die het Wetboek van Strafvordering vanouds kent, is de hiervoor al genoemde mate van verdenking. Die verdenking bestaat in verschillende gradaties. De gradatie ‘ernstige bezwaren’ is in het huidige en voorgestelde wetboek niet gedefinieerd, maar betreft een zwaardere vorm van verdenking. De gewone ofwel ‘blote’ verdenking is in het wetboek gedefinieerd als “een uit feiten of omstandigheden voortvloeiend redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit”⁴²⁴ Daarnaast is in het wetboek ten aanzien van een

⁴²² Toelichting bij Boek 2, onder ‘Uitgangspunten voor de systematisering van bevoegdheden’.

⁴²³ Deze criteria maken dat ondanks de grote mate van ingrijpendheid van de bevoegdheid een lagere autoriteit bevoegd is om toestemming te geven voor het uitoefenen van de betreffende bevoegdheid. Zie bijvoorbeeld de geldende artikelen 55 (betreden van plaatsen ter aanhouding bij ontdekking op heterdaad), 96c, tweede lid, Sv (spoeddoorzoeking plaatsen) en 97, eerste lid, (spoeddoorzoeking woning) Sv (de voorgestelde artikelen 2.5.6, 2.7.12, tweede lid, respectievelijk 2.7.13, eerste lid).

⁴²⁴ Geldend artikel 27, eerste lid, Sv respectievelijk voorgesteld artikel 1.4.1, tweede lid.

aantal opsporingsbevoegdheden bepaald dat deze ook mogen worden uitgeoefend tegen personen die nog geen verdachte zijn. Het gaat om de 'vroegverdenking'⁴²⁵ en om het geval dat er aanwijzingen van terrorisme zijn.⁴²⁶

Het begrip 'ernstige bezwaren' heeft een relatief karakter. De inhoud is steeds gerelateerd aan de context waarbinnen het begrip wordt gebruikt.⁴²⁷ Het begrip laat zich dan ook niet eenvoudig definiëren. Pogingen daartoe hebben geleid tot (onder meer) de volgende definities: 'ernstige gronden van verdenking';⁴²⁸ 'een betrekkelijk hoge graad van verdenking' of 'een stevige verdenking';⁴²⁹ 'een grotere mate van waarschijnlijkheid dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan' of 'een zware verdenking met waarschijnlijkheid van daderschap'.⁴³⁰ Vast staat in ieder geval dat 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 lichtvaardig mag worden gebruikt.⁴³¹

In het voorgestelde wetboek wordt in een aantal gevallen het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren geschrapt. Dat betreft het onderzoek aan de kleding van de verdachte⁴³² en het onderzoek aan en in het lichaam van de verdachte⁴³³, voor zover die onderzoeken tegen de wil van de verdachte worden verricht. Hierna (onder ii en iii) wordt daaraan aandacht besteed.

⁴²⁵ Voorgesteld artikel 2.8.22, eerste lid. Het gaat hierbij om personen ten aanzien van wie uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat zij zijn betrokken bij het in georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven. Zie G.J.M. Corstens/ M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 4.6.

⁴²⁶ Voorgesteld artikel 2.8.22, tweede lid. Een aantal bijzondere opsporingsbevoegdheden kan al worden gehanteerd op het moment dat er nog geen redelijk vermoeden is van een gepleegd strafbaar feit en ook geen redelijk vermoeden is van – kort gezegd – een in georganiseerd verband gepleegd of beraamd misdrijf, maar er enkel aanwijzingen bestaan dat een terroristisch misdrijf is of zal worden gepleegd. Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 4.6 en 9.1.

⁴²⁷ Zie J.M. Reijntjes, aant. 3 bij artikel 67 Sv, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (online).

⁴²⁸ Toelichting bij het ontwerp-Wetboek, Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 3, p. 170.

⁴²⁹ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragrafen 4.11 en 117.

⁴³⁰ J.M. Verheul, 'Onderzoek kleding en lichaam', paragraaf 10.4, in: M.F. Attinger e.a./P.A.M. Mevis e.a., *Handboek Strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

⁴³¹ A.M. Kengen, 'Ernstige bezwaren als vereiste voor fouillering', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch Strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995.

⁴³² Voorgesteld artikel 2.6.5; geldend artikel 55b Sv (onderzoek aan de kleding ter identificatie), artikel 56 Sv (onderzoek aan de kleding door (hulp)officier van justitie of overige opsporingsambtenaren) en artikel 195 Sv (onderzoek aan de kleding door de rechter-commissaris).

⁴³³ Voorgestelde artikelen 2.6.6 en 2.6.7; geldend artikel 56 Sv (onderzoek aan het lichaam door de (hulp) officier van justitie en in het lichaam door de officier van justitie) en artikel 195 Sv (onderzoek aan en in het lichaam door de rechter-commissaris).

De Afdeling wijst erop dat het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren eveneens wordt geschrapt bij het klassieke DNA-onderzoek dat tegen de wil van de verdachte plaatsvindt.⁴³⁴ Het DNA-onderzoek maakt inbreuk op het (grond)recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer⁴³⁵, omdat het DNA-profiel op grond van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken wordt opgenomen in de DNA-databank. 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.

ii. Onderzoek aan de kleding

In het geldende wetboek worden twee typen kledingonderzoek geregeld. Opsporingsambtenaren zijn bevoegd een staande gehouden of aangehouden verdachte aan zijn kleding te onderzoeken als dat noodzakelijk is om zijn identiteit te achterhalen.⁴³⁶ Daarnaast is de (hulp)officier van justitie bevoegd te bepalen⁴³⁷ en is de rechter-commissaris⁴³⁸ bevoegd te bevelen dat de verdachte aan zijn kleding zal worden onderzocht als dat bijdraagt aan de opsporing van een strafbaar feit ('in het belang van het onderzoek'). Bij het kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit is thans vereist dat er tegen de verdachte ernstige bezwaren bestaan; voor het onderzoek om de identiteit te achterhalen, geldt dit vereiste niet.

De bepalingen die deze bevoegdheden regelen, worden in het voorstel samengevoegd in één bepaling en de waarborgen worden in neerwaartse richting geüniformeerd. De opsporingsambtenaar kan zelfstandig beslissen tot kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit en het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren komt te vervallen.⁴³⁹

In de toelichting wordt gesteld⁴⁴⁰ dat in andere wetten aan de uitoefening van corresponderende bevoegdheden het vereiste van het bestaan van

⁴³⁴ Voorgesteld artikel 2.6.16; geldende artikelen 151b (in opdracht van officier van justitie) en 195d Sv (in opdracht van rechter-commissaris). De eis dat het DNA-onderzoek alleen kan worden bevolen bij verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld of daarmee wettelijk gelijkgesteld lichter misdrijf blijft wel materieel gehandhaafd (voorgesteld artikel 2.2.16, eerste lid; geldend artikel 151b, eerste lid, Sv).

⁴³⁵ Artikel 10 Grondwet.

⁴³⁶ Geldend artikel 55b Sv.

⁴³⁷ Geldend artikel 56 Sv.

⁴³⁸ Geldend artikel 195 Sv.

⁴³⁹ Toelichting bij artikel 2.6.5.

⁴⁴⁰ In de toelichting worden argumenten gegeven voor de voorgestelde wijziging om de opsporingsambtenaar zelfstandig te laten beslissen tot kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit. Voor de redenen die ertoe hebben geleid dat wordt voorgesteld het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren te laten vervallen, wordt naar deze argumenten verwezen. Zie toelichting bij artikel 2.6.5.

ernstige bezwaren evenmin wordt gesteld. Gewezen wordt daarbij op een tweetal bepalingen in de Politiewet 2012 op grond waarvan een verdachte aan kledingonderzoeken, de veiligheidsfouillering en de insluitingsfouillering, kan worden onderworpen.⁴⁴¹ Daarom is ervoor gekozen om ook voor het kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit de eis van ernstige bezwaren te laten vervallen. In de toelichting wordt betoogd dat dat kledingonderzoek niet ingrijpender is dan de andere kledingonderzoeken en ook is gericht op het vinden van voorwerpen. Door dat onderscheid in het voorgestelde artikel op te heffen, zou bovendien een eenduidige en logische systematiek ontstaan.⁴⁴²

De Afdeling merkt op dat de argumenten die de regering in de toelichting geeft om het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren bij onderzoek aan de kleding in het kader van de opsporing te laten vervallen niet overtuigen. Zij wijst daarbij op en beziet het voorstel in het licht van de hiervoor beschreven uitgangspunten die de regering hanteert bij de toedeling van bevoegdheden en de toepassingsvoorwaarden (zie punt 2c).

Allereerst wijst de Afdeling erop dat de mate van ingrijpendheid van het kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit niet zonder meer op één lijn kan worden gesteld met de mate van ingrijpendheid van de identiteitsfouillering. De identiteitsfouillering, die plaatsvindt na staande houding of aanhouding, werd destijds ingevoerd voor lichte vergrijpen, zoals zwartrijden in het openbaar vervoer, en was bedoeld om de overtreder die weigert zich te identificeren aan de kleding te onderzoeken om voorwerpen voor de identificatie te kunnen vinden.⁴⁴³ Deze fouilleringsmethode zal doorgaans plaatsvinden in het openbaar en zal vrijwel altijd beperkt blijven tot het aftasten en doorzoeken van de kleding. Datzelfde geldt in meer of mindere mate voor de veiligheids- en de insluitingsfouillering. Het kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit zal doorgaans plaatsvinden bij verdenking van zwaardere delicten. Dat kledingonderzoek zal bovendien vaker betekenen dat de verdachte zich geheel of gedeeltelijk van de kleding ontdoet of ontdaan wordt.⁴⁴⁴ Een dergelijke handeling brengt een zwaardere inbreuk op de lichamelijke integriteit met zich, in het bijzonder wanneer daarbij intieme delen van het lichaam worden ontbloot.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Artikelen 7, derde lid, en 9, vierde lid, Politiewet 2012 in verbinding met artikel 28, eerste lid, van de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren.

⁴⁴² Toelichting bij artikel 2.6.5.

⁴⁴³ De bevoegdheid werd toen neergelegd in artikel 61c Sv, dat later werd hernoemd tot 55b Sv; Kamerstukken I 1992/93, 19757, nr. 122a.

⁴⁴⁴ Voorgesteld artikel 2.6.5, tweede en derde lid.

⁴⁴⁵ In dat laatste geval is een bevel van de (hulp)officier van justitie vereist. Zie voorgesteld artikel 2.6.5, derde lid.

Voorts merkt de Afdeling op dat, bij verdenking van overtreding van de Opiumwet, een opsporingsambtenaar een verdachte ook alleen maar aan de kleding mag onderzoeken als er tegen hem ernstige bezwaren bestaan.⁴⁴⁶ Anders dan de veiligheids- en de insluitingsfouillering⁴⁴⁷ betreft deze bevoegdheid in de Opiumwet – evenals het kledingonderzoek als bedoeld in de artikelen 56 en 195 Sv – kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit (een Opiumwetdelict). Het dient ertoe om bij de verdachte aanwezige verdovende middelen of daaraan gerelateerde voorwerpen op te sporen. Het opheffen van het onderscheid tussen kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit en andere kledingonderzoeken draagt dan ook niet zonder meer bij aan een eenduidige en logische systematiek. Het laten vallen van de eis van ernstige bezwaren bij kledingonderzoek ter opsporing van een strafbaar feit is niet in lijn met het uitgangspunt van de regering dat de wettelijke toepassingsvoorwaarden voor de uitoefening van vergelijkbare bevoegdheden (zoals artikel 9 Opiumwet) met elkaar in evenwicht moeten zijn.

De Afdeling 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 kleding niet meer nodig is.

iii. Onderzoek aan en in het lichaam

Voorgesteld wordt het vereiste van ernstige bezwaren eveneens te laten vervallen als de verdachte wordt onderzocht aan⁴⁴⁸ of in⁴⁴⁹ zijn lichaam ter opsporing van een strafbaar feit ('in het belang van het onderzoek'). Uit de toelichting blijkt dat aan deze keuze dezelfde overweging ten grondslag ligt als aan het loslaten van dit criterium bij het kledingonderzoek, te weten dat corresponderende bevoegdheden in andere wetten het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren evenmin kennen. Gewezen wordt daarbij wederom op de Politiewet 2012. Op grond daarvan kan een in te sluiten verdachte in verband met veiligheidsoverwegingen aan een onderzoek aan zijn kleding of een onderzoek in het lichaam worden onderworpen.⁴⁵⁰ Voor die onderzoeken geldt de eis van ernstige bezwaren niet, terwijl deze even ingrijpend zijn als onderzoek aan en in het lichaam dat in het kader van het opsporingsonderzoek plaatsvindt. Met het laten vervallen van deze eis bij het

⁴⁴⁶ Artikel 9, tweede lid, Opiumwet.

⁴⁴⁷ Het doel van de veiligheids- en insluitingsfouillering is, kort gezegd, het afwenden van een mogelijk dreigend gevaar.

⁴⁴⁸ Voorgesteld artikel 2.6.6; geldende artikelen 56, eerste lid, Sv (bevoegdheid van de (hulp)officier van justitie) en 195, eerste lid, Sv (bevoegdheid van de rechter-commissaris).

⁴⁴⁹ Voorgesteld artikel 2.6.7; geldende artikelen 56, tweede lid, Sv (bevoegdheid van de officier van justitie) en 195, tweede lid, Sv (bevoegdheid van de rechter-commissaris).

⁴⁵⁰ Artikel 7, vierde en zesde lid, Politiewet 2012.

onderzoek aan en in het lichaam ter opsporing van een strafbaar feit wordt daarbij aangesloten.⁴⁵¹

De Afdeling merkt op dat het onderzoek aan en in het lichaam een forse inbreuk vormt op de (grond)rechten op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op de onaantastbaarheid van het lichaam.⁴⁵² Zij wijst daarbij op een uitspraak waarin de Hoge Raad een “schouwing van de natuurlijke openingen en holten van het lichaam” heeft aangemerkt als een “zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte.”⁴⁵³

Zoals hiervoor reeds is beschreven, hanteert de regering bij de toedeling van bevoegdheden en toepassingsvoorwaarden het uitgangspunt dat zwaardere wettelijke toepassingsvoorwaarden dienen te gelden naarmate de uitoefening van een bevoegdheid ingrijpender is. In het licht hiervan acht de Afdeling het niet begrijpelijk dat het vereiste van het bestaan van ernstige bezwaren bij het onderzoek aan en in het lichaam komt te vervallen. Zij adviseert het schrappen van het vereiste van ernstige bezwaren bij het onderzoek aan en in het lichaam te heroverwegen.

e. Machtiging van de rechter-commissaris

i. Inleiding

Aan de uitoefening van opsporingsbevoegdheden kan als voorwaarde worden gesteld dat een bepaalde autoriteit daartoe toestemming verleent. Naarmate de bevoegdheid ingrijpender is, is een hogere autoriteit bevoegd om te beslissen over de toepassing daarvan (zie punt 2c). Binnen het stelsel van strafvordering vormt rechterlijke toetsing de hoogste graad van juridische expertise en afstandelijkheid in het toezicht op concrete opsporingshandelingen.⁴⁵⁴

De rechter-commissaris toetst, indien voor het gebruik van een opsporingsbevoegdheid zijn machtiging is vereist, de rechtmatigheid van de uitoefening daarvan. De rechter controleert of aan de wettelijke eisen voor de uitoefening van de bevoegdheid wordt voldaan.⁴⁵⁵ Daarnaast kunnen de algemene

⁴⁵¹ Toelichting bij de artikelen 2.6.6 en 2.6.7.

⁴⁵² Artikelen 10 respectievelijk 11 Grondwet.

⁴⁵³ HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.5. Het ging om lijfsvisitatie op grond van artikel 17 van de toenmalige Douanewet (nu artikel 1:28 van de Algemene Douanewet), die aan de orde kwam in HR 29 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8795.

⁴⁵⁴ Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvoeding 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 48 en M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvoeding 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 48-49.

⁴⁵⁵ Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvoeding 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 49.

beginselen zoals noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit bij die toetsing een rol spelen.

Rechterlijke toetsing is aangewezen bij 'de meest ingrijpende dwang- of opsporingsmiddelen'. Wanneer daarvan sprake is, hangt mede af van rechts-politieke waarderingen, die naar tijd en omstandigheden kunnen variëren. In elk geval vallen de vrijheidsbenemende dwangmiddelen daar onder. Verder kan bijvoorbeeld worden gedacht aan inbreuken op het briefgeheim en het telefoon- en telegraafgeheim, het onderscheppen van gegevens-verkeer, het onderzoek in woningen en ernstige inbreuken op de lichamelijke integriteit.⁴⁵⁶

Bij een tweetal ingrijpende opsporingsmethoden wordt het vereiste van een voorafgaande rechterlijke toetsing niet meer gesteld.⁴⁵⁷ Hierna maakt de Afdeling opmerkingen over het vervallen van dit vereiste.

ii. De Mr. Big-methode

De Mr. Big-methode is een opsporingsmethode waarbij één of meer opspo-ringsambtenaren, zonder dat kenbaar is dat zij als zodanig optreden, binnen het verband van een gefingeerde criminele organisatie het vertrouwen van een zwi-ggende of ontkennende verdachte winnen. Daarna worden hem in het kader van die organisatie voordelen in het vooruitzicht gesteld als hij ten overstaan van de leider van die organisatie, de zogenoemde 'Mr. Big', in werkelijkheid een opsporingsambtenaar, een (bekenkende) verklaring aflegt omtrent zijn betrokkenheid bij een bepaald strafbaar feit.⁴⁵⁸

Tegen de inzet van deze methode zijn in de wetenschap de nodige bezwaren aangevoerd.⁴⁵⁹ Zo wordt erop gewezen dat de verklaringsvrijheid van de verdachte in het gedrang kan komen. Getracht wordt om de verdachte door

⁴⁵⁶ Zie M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 48-49.

⁴⁵⁷ Ook bij het vorderen van gevoelige gegevens wordt de eis van een machtiging van de rechter-commissaris geschrapt. Zie daarvoor punt 3d.

⁴⁵⁸ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 12.6; J.H. Crijns & M. Dubelaar, 'Mr. Big een maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties', *Ars Aequi* 2020, p. 748 en 750.

⁴⁵⁹ J.H. Crijns & M. Dubelaar, 'Mr. Big een maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties', *Ars Aequi* 2020, p. 751-752; D. Aben, 'De twee sirenen van het bewijs', *Expertise en Recht* 2020, p. 1-9; S. Brinkhoff, 'De stelselmatige informatie-inwinning van artikel 126j Sv: transparantie als noodzakelijke voorwaarde voor een effectieve rechtmatigheids- en betrouwbaarheidstoets', *Nederlands Tijdschrift voor Strafrecht* 2020, p. 262-269; C. Ganzeboom, 'De Mr. Big-methode: een uitzondering op het zwijgrecht?', *Delikt en Delinkwent* 2019, p. 664-688; E.W. Kruisbergen, 'De inzet van Mr. Big en andere undercovertechnieken. Pleidooi voor een meer open en genuanceerd debat', *Strafblad* oktober 2018, p. 40-49; P.J. van Koppen & R. Horselenberg, 'Van toneelspelende politiemensen en onwetende verdachten die bekennen tegen Mr. Big', *Strafblad* mei 2018, p. 63-75.

middel van misleiding informatie te ontlocken over een strafbaar feit en zijn betrokkenheid daarbij. Daarmee kunnen de wettelijke waarborgen ten behoeve van de verklaringsvrijheid, te weten het zwijgrecht, de cautie en het pressieverbod,⁴⁶⁰ op de tocht komen te staan. Een hiermee samenhangend bezwaar is gelegen in de risico's voor de betrouwbaarheid van de afgelegde verklaringen bij inzet van de Mr. Big-methode. Door de verdachte aanzienlijke voordelen in het vooruitzicht te stellen, bestaat het risico dat de verdachte ervoor kiest een verklaring af te leggen die in strijd is met de waarheid.

In de consultatieversie van het voorstel zoals dat begin 2017 openbaar is gemaakt, is te lezen dat vergaande undercoveroperaties gericht op individuen onder de bevoegdheid van infiltratie zouden worden geschaard in de vorm van een nieuwe variant 'infiltratie op een persoon'. Volgens deze versie zou een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris vereist zijn voor infiltratie (zie voor het huidige voorstel echter hierna, onder iii).⁴⁶¹

In twee spraakmakende zaken waarin deze opsporingsmethode is ingezet, heeft de Hoge Raad in 2019 arrest gewezen.⁴⁶² Volgens de Hoge Raad kan de wettelijke grondslag voor dit type opsporingsmethoden worden gevonden in de bepaling betreffende de bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie.⁴⁶³ Hierbij wordt informatie ingewonnen over een persoon door deel te nemen aan de maatschappelijke verbanden waarin die persoon verkeert of door het hebben van contact met die persoon of met personen die deel uitmaken van zijn maatschappelijke verbanden.⁴⁶⁴ Bij de inzet van deze bevoegdheid wordt de eis van een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris niet gesteld.

In het huidige voorstel wordt dit type opsporingsmethode, in navolging van de Hoge Raad, geschaard onder de stelselmatige inwinning van informatie. Bij de totstandkoming van deze bevoegdheid had de toenmalige wetgever evenwel niet voor ogen dat deze bevoegdheid ook als basis zou gaan dienen voor langdurige, intensieve en ingrijpende trajecten, zoals de Mr. Big-methode, waarbij maatschappelijke omstandigheden worden gecreëerd

⁴⁶⁰ Geldend artikel 29 Sv.

⁴⁶¹ Zie artikel 2.8.2.6.1 van de consultatieversie van het voorstel en de toelichting daarbij.

⁴⁶² HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 (Kaatsheuvel) en HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 (Posbank).

⁴⁶³ Geldend artikel 126j Sv en voorgesteld artikel 2.8.11, eerste lid. Zie HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 (Kaatsheuvel), r.o. 5.2.1. Volgens o.a. A-G Bleichrodt past de Mr. Big-methode evenwel beter bij infiltratie (artikel 126h Sv). Zie de conclusie van A-G Bleichrodt van 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648 onder 79.

⁴⁶⁴ Voorgesteld artikel 2.8.11, eerste lid. Zie ook de toelichting bij artikel 2.8.11, eerste lid.

en gefingeerd.⁴⁶⁵ In verband daarmee wordt in het huidige voorstel naast de ‘klassieke’ bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie een regeling geïntroduceerd voor de meer indringende vorm van stelselmatige inwinning van informatie door een persoon, al dan niet in samenwerking met de opsporingsambtenaar, activiteiten te laten verrichten.⁴⁶⁶ Aan deze vorm van stelselmatige informatie-inwinning zijn strengere toepassingsvoorwaarden verbonden, zoals een zwaarder verdenkingscriterium.⁴⁶⁷ De eis van een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris wordt evenwel niet gesteld.

De Afdeling wijst erop dat de Mr. Big-methode of daarmee vergelijkbare methoden een aanzienlijke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte maken. In de toelichting wordt dit ook onderkend en wordt opgemerkt dat het gaat om zeer ingrijpende en risicovolle operaties en dat sommige toepassingen van deze bevoegdheid zelfs kunnen worden gezien als de meest ingrijpende vorm van een undercoveroperatie.⁴⁶⁸ In het licht van de door de regering gehanteerde uitgangspunten voor de toedeling van bevoegdheden en toepassingsvoorwaarden (zie punt 2c), ligt het volgens de Afdeling voor de hand om aan de inzet van deze indringende vormen van stelselmatige informatie-inwinning de voorwaarde te stellen van een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris.⁴⁶⁹ Dit geldt nog te meer als in aanmerking wordt genomen dat de Hoge Raad heeft benadrukt dat een dergelijk optreden van een opsporingsambtenaar zoveel mogelijk auditief of audiovisueel dient te worden vastgelegd in verband met de beoordeling door de rechter of de verklaringsvrijheid van de verdachte is

⁴⁶⁵ Dit volgt uit de conclusies van A-G Machielse van 25 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1042 onder 8 (Kaatsheuvel) en A-G Bleichrodt van 18 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:648 onder 79 (Posbank). Zie ook de toelichting bij artikel 2.8.11, tweede lid.

⁴⁶⁶ Voorgesteld artikel 2.8.11, tweede lid. Zowel de ‘klassieke’ bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie als bedoeld in het eerste lid van artikel 2.8.11 als de meer indringende vorm daarvan als bedoeld in het tweede lid van artikel 2.8.11 kunnen op grond van artikel 2.8.19, eerste lid, ook worden uitgeoefend door een burger. Daarvoor is vereist dat is voldaan aan de wettelijke voorwaarden voor de uitoefening van de betreffende bevoegdheid.

⁴⁶⁷ Bij de klassieke bevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie als bedoeld in het eerste lid van artikel 2.8.11 is vereist dat sprake is van verdenking van een misdrijf. De officier van justitie kan het bevel geven. Bij de meer indringende vorm als bedoeld in het tweede lid is vereist dat sprake is van verdenking van een misdrijf waarop gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en dat gezien zijn aard of de samenhang met andere in verband met die verdenking begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. De officier van justitie kan het bevel slechts geven indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist.

⁴⁶⁸ Toelichting bij 2.8.11, tweede lid.

⁴⁶⁹ Zo ook J.H. Crijns & M. Dubelaar, ‘Mr. Big een maatje te groot voor Nederland? Over de toelaatbaarheid en de normering van undercoveroperaties’, *Ars Aequi* 2020, p. 763.

aangetast⁴⁷⁰, en dat voor het opnemen van deze vertrouwelijke communicatie een machtiging van de rechter-commissaris is vereist.⁴⁷¹

De Afdeling adviseert te bepalen dat voor de meer indringende vormen van stelselmatige inwinning van informatie, zoals bedoeld in het voorgestelde tweede lid van artikel 2.8.11, een machtiging van de rechter-commissaris vereist is.

iii. Infiltratie

De reeds bestaande bijzondere opsporingsbevoegdheid infiltratie wordt met enkele wijzigingen in het voorgestelde wetboek gehandhaafd.⁴⁷² Bij infiltratie neemt een opsporingsambtenaar (of soms een burger)⁴⁷³ deel aan activiteiten van het criminele milieu en rapporteert daarover. De infiltrant mag daarbij onder voorwaarden zelf ook strafbare feiten begaan.⁴⁷⁴ De inzet van infiltratie is niet zonder gevaar. Zo bestaat het risico dat de infiltrant wordt ‘besmet’ door het criminele milieu of dat met hem wordt afgerekend indien hij wordt ontmaskerd.⁴⁷⁵

In de consultatieversie van het voorstel werd bepaald dat infiltratie alleen is toegestaan met machtiging van de rechter-commissaris. Met infiltratie kan, zo stelde de toelichting bij de consultatieversie, op een zeer ingrijpende wijze inbreuk worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van verdachten, maar ook van andere, niet-verdachte, personen. Een infiltrant wordt immers vaak ook opgenomen in de privékringen van de verdachte waardoor ook vele facetten van het privéleven van onverdachte personen die zich in de kring van de verdachte bevinden, zich aan de infiltrant openbaren. Daarnaast kan volgens de toelichting bij de consultatieversie bij de bevoegdheid tot infiltratie de integriteit van de opsporing in het geding raken. De officier van justitie heeft geen dagelijks zicht op de infiltrant. Het werd dan ook gepast gevonden om te voorzien in een samenstel van waarborgen in de vorm van toepassingsvoorwaarden, waaronder ook een voorafgaande rechterlijke toets.⁴⁷⁶

⁴⁷⁰ HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1982 (Kaatsheuvel), r.o. 5.2.2 en HR 17 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1983 (Posbank), r.o. 5.2.2.

⁴⁷¹ Voorgesteld artikel 2.8.16, eerste lid; geldend artikel 126i, eerste en vierde lid, Sv.

⁴⁷² Geldend artikel 126h Sv respectievelijk voorgesteld artikel 2.8.12.

⁴⁷³ Voorgesteld artikel 2.8.19, eerste lid (geldend artikel 126w Sv). Dit kan onder voorwaarden ook een criminele burgerinfiltrant zijn. Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 12.7.

⁴⁷⁴ Zie voorgesteld artikel 2.8.12, derde lid, waarin is vermeld dat in het bevel kan worden bepaald dat bij de uitvoering daarvan bepaalde strafbare handelingen mogen worden verricht door de persoon die de bevoegdheid uitoefent.

⁴⁷⁵ Zie G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 12.7.

⁴⁷⁶ Zie artikel 2.8.2.6.1 van de consultatieversie van het voorstel en de toelichting daarbij.

De Afdeling wijst erop dat de argumenten die in de toelichting bij de consultatieversie werden gegeven om een machtiging van de rechter-commissaris als eis in te voeren, goed aansluiten bij de uitgangspunten die de regering hanteert bij de toedeling van bevoegdheden en toepassingsvoorwaarden (zie punt 2c). Zij merkt op dat in de huidige toelichting niet inhoudelijk is gemotiveerd waarom van het voornemen is afgezien om infiltratie alleen toe te staan met een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris. Daarin wordt enkel gesteld dat de eis van rechterlijke machtiging is geschrapt "naar aanleiding van de adviezen van de verschillende ketenpartners".⁴⁷⁷

De inhoud van deze adviezen is echter tegenstrijdig. De Raad voor de rechtspraak onderschrijft dat de bevoegdheid tot infiltratie een machtiging van de rechter-commissaris vereist.⁴⁷⁸ Ook de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak beoordeelt het vereiste van rechterlijke machtiging bij infiltratie positief, gelet op het ingrijpende karakter van dit opsporingsmiddel. Zij stelt wel voor de machtiging niet de wijze van uitvoering te laten omvatten, maar de toetsing te beperken tot proportionaliteit en subsidiariteit en tot de vraag of overigens aan de wettelijke vereisten is voldaan.⁴⁷⁹

Zowel de politie⁴⁸⁰ als de bijzondere opsporingsdiensten⁴⁸¹ keren zich tegen de invoering van het vereiste van een machtiging van de rechter-commissaris bij de inzet van infiltratie.⁴⁸² In deze adviezen wordt voornamelijk gewezen op het belang van (het landelijk beleid van) de Centrale Toetsingscommissie (CTC) van het OM. De CTC is een intern adviesorgaan van het OM dat het College van procureurs-generaal adviseert omtrent de voorgenomen inzet van (onder meer) infiltratie.

De Afdeling merkt op dat de inzet van infiltratie, zoals in de toelichting bij de consultatieversie terecht is uiteengezet, een zeer ingrijpende inbreuk kan maken op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. De inzet van dit middel noopt tot een zorgvuldige toetsing, zodat voorkomen wordt dat dit

⁴⁷⁷ Toelichting bij artikel 2.8.12, eerste en tweede lid.

⁴⁷⁸ Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 35-36.

⁴⁷⁹ Advies Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over Boeken 1-2 van 25 juli 2017, p. 27-28.

⁴⁸⁰ Advies Politie over Boeken 1-2 van 27 juni 2017, bijlage 2, p. 81-85. Daarnaast wordt in het advies onder meer nog opgemerkt dat toetsing door de rechter-commissaris zijn onafhankelijkheid kan aantasten en dat machtiging van de rechter-commissaris bij andere bevoegdheden door de Grondwet wordt vereist, maar niet bij infiltratie.

⁴⁸¹ Advies Platform bijzondere opsporingsdiensten over Boeken 1-2 van 26 juni 2017, p. 32-33. Daarnaast wordt er in het advies nog op gewezen dat aan de infiltrant strenge kwaliteits- en integriteitseisen worden gesteld, dat er regels zijn aangaande de coördinatie en samenwerking in een infiltratietraject en dat de inzet van een infiltrant ook door de officier van justitie vooraf wordt beoordeeld.

⁴⁸² In de overige adviezen, waaronder het advies van het OM, wordt op dit punt niet ingegaan. Zie advies OM over Boek 2 van 5 juli 2017, p. 38-43.

middel lichtvaardig wordt ingezet. De Afdeling stelt voorop dat de toetsing door de CTC en de toestemming van het College van procureurs-generaal daaraan een waardevolle bijdrage leveren. Zij wijst er evenwel op dat de CTC is samengesteld uit leden van het OM en politie,⁴⁸³ terwijl voornoemde ingrijpende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen (daarnaast) noopt tot een onafhankelijke rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de inzet van infiltratie.

De Afdeling adviseert voor infiltratie, naast de bestaande toetsing door de CTC en de toestemming van het College van procureurs-generaal, een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris voor te schrijven. Zij adviseert daarbij in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen de door de CTC en de rechter-commissaris te verrichten toets.

f. Inzet van heimelijke bevoegdheden tegen anderen dan de verdachte

Voorgesteld wordt om de kring van personen te wijzigen ten aanzien van wie de bevoegdheden van pseudokoop en -dienstverlening⁴⁸⁴ en stelselmatige inwinning van informatie⁴⁸⁵ door een opsporingsambtenaar (of soms een burger)⁴⁸⁶ kunnen worden ingezet.

Uit de toelichting volgt dat deze wijziging het gevolg is van de vereenvoudiging van de regeling. In de huidige regeling hangt de kring van personen ten aanzien van wie deze bevoegdheden mogen worden uitgeoefend af van de Titel op grond waarvan de bevoegdheid wordt ingezet.⁴⁸⁷ Bij de 'reguliere' bijzondere bevoegdheden tot opsporing is dat 'de verdachte',⁴⁸⁸ bij de bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband is dat 'een persoon betrokken bij het georganiseerd verband'⁴⁸⁹ en bij de bijzondere bevoegdheden tot

⁴⁸³ Zie de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden onder 5.1, *Start*. 2014, 24442. In S.F. Naber, 'Controle op de bevoegdheid tot infiltratie en het moderniseringstraject van het Wetboek van Strafvordering. Verdwijnt de onafhankelijke controle op de bevoegdheid tot infiltratie van het toneel?', *NJB* 2022/358, wordt voorgesteld de samenstelling van de CTC uit te breiden met een rechter(plaatsvervanger) en deskundigen, zoals psychologen en advocaten.

⁴⁸⁴ Voorgesteld artikel 2.8.10.

⁴⁸⁵ Voorgesteld artikel 2.8.11.

⁴⁸⁶ Voorgesteld artikel 2.8.19, eerste lid onder a respectievelijk onder b.

⁴⁸⁷ Het gaat daarbij om de Titels IVA (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing), V (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband) en VB (Bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven).

⁴⁸⁸ Geldende artikelen 126i (pseudokoop en -dienstverlening) en 126j (stelselmatige inwinning van informatie) Sv.

⁴⁸⁹ Geldende artikelen 126q (pseudokoop en -dienstverlening) en 126qa (stelselmatige inwinning van informatie) Sv.

opsporing van terroristische misdrijven is dat 'een persoon'.⁴⁹⁰ In de nieuwe regeling wordt deze differentiatie achterwege gelaten.

Volgens de toelichting heeft deze wijziging als voordeel dat hiermee de bestaande rigiditeit, die in de praktijk als belemmerend wordt ervaren, komt te vervallen. De toelichting noemt daarbij met betrekking tot de bevoegdheden pseudokoop en -dienstverlening echter slechts twee voorbeelden. Verdachten die goederen verkopen maken soms gebruik van een koerier die te goeder trouw is en dus niet altijd als verdachte kan worden aangemerkt. De goederen worden dan afgenomen van de niet-verdachte koerier. Daarnaast zal deze wijziging volgens de toelichting bijdragen aan het kunnen opsporen van strafbare feiten door het doen van aankopen op websites zoals marktplaats.nl, waarbij niet altijd duidelijk is of de persoon die aanbiedt ook de verdachte is.⁴⁹¹ Voor wat betreft de bevoegdheid om stelselmatig informatie over iemand in te winnen wordt in de toelichting enkel verwezen naar de toelichting bij pseudokoop en -dienstverlening.⁴⁹²

De Afdeling merkt op dat het hier gaat om ingrijpende bevoegdheden die een inbreuk maken op het (grond)recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.⁴⁹³ De wijziging heeft tot gevolg dat deze bevoegdheden vaker kunnen worden ingezet tegen anderen dan verdachten. Deze uitbreiding is alleen aanvaardbaar als de noodzaak daartoe is aangetoond.

De toelichting wekt de indruk dat deze wijziging hoofdzakelijk wordt voorgesteld omwille van de vereenvoudiging van de regeling. Dit argument rechtvaardigt echter niet dat deze uitbreiding gevolgen kan hebben voor de grondrechten van niet-verdachten. Het argument dat deze wijziging als voordeel heeft dat daarmee een einde komt aan de bestaande rigiditeit die in de praktijk als belemmerend zou worden ervaren is bovendien niet overtuigend. De in de toelichting gegeven voorbeelden zien op specifieke gevallen, die de uitbreiding niet overtuigend ondersteunen. Het afnemen van goederen door tussenkomst van een te goeder trouw zijnde koerier kan bijvoorbeeld ook nu al heel goed geschaard worden onder het uitoefenen van de bevoegdheid tot pseudokoop ten opzichte van de achterliggende, wel verdachte verkoper. Het is ook niet aannemelijk gemaakt dat er in de praktijk een grote behoefte bestaat aan deze wijziging.

⁴⁹⁰ Geldend artikel 126zd, eerste lid, onder b (pseudokoop en -dienstverlening) en onder c (stelselmatige inwinning van informatie), Sv.

⁴⁹¹ Toelichting bij artikel 2.8.10, eerste lid.

⁴⁹² Toelichting bij artikel 2.8.11, eerste lid.

⁴⁹³ Artikel 10 Grondwet.

De Afdeling merkt daarnaast op dat veel strafvorderlijke bevoegdheden alleen tegen verdachten kunnen worden ingezet. Bij bepaalde bevoegdheden die ook tegen derden kunnen worden ingezet, voorziet het voorstel in aanvullende waarborgen.⁴⁹⁴ Van dergelijke aanvullende waarborgen is in het voorstel echter geen sprake bij de inzet van de heimelijke bevoegdheden pseudokoop en -dienstverlening en stelselmatige inwinning van informatie tegen niet-verdachten. Ook bij andere heimelijke bevoegdheden die tegen derden kunnen worden uitgeoefend, zoals stelselmatige observatie, is het de vraag of de waarborgen wel voldoende in overeenstemming zijn met de grotere reikwijdte ervan.

De Afdeling adviseert de voorgestelde uitbreiding overtuigend te motiveren. Voor zover de noodzaak van deze uitbreiding alsnog overtuigend kan worden gemotiveerd, adviseert de Afdeling te voorzien in aanvullende waarborgen bij de inzet van deze (en eventueel ook andere) heimelijke bevoegdheden tegen niet-verdachten.

g. Niveau van regelgeving

i. Inleiding

In de contourennota heeft de regering de uitgangspunten geschetst voor de modernisering. Daarbij is ook aangegeven wat de algemene uitgangspunten zijn voor het niveau waarop regelgeving dient plaats te vinden.

Uitgangspunt is dat overeenkomstig de Aanwijzingen voor de regelgeving de reikwijdte van de regeling en de voornaamste duurzame normen op het niveau van de wet in formele zin worden geregeld.⁴⁹⁵ Dit is een uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel⁴⁹⁶ en het primaat van de wetgever. 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.⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ Zie bijvoorbeeld voorgesteld artikel 2.6.5, vijfde lid (onderzoek aan de kleding) en voorgesteld artikel 2.6.6, vierde lid (onderzoek aan het lichaam). Deze bepalingen vereisen dat er sprake is van een verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en dat het belang van het onderzoek de inzet van de bevoegdheid dringend vereist.

⁴⁹⁵ Aanwijzingen voor de regelgeving onder 2.19 en 2.21.

⁴⁹⁶ Artikel 107 Grondwet en geldend artikel 1 Sv.

⁴⁹⁷ Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering, Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage), p. 8-9.

In haar voorlichting over de contourennota heeft de Afdeling die uitgangspunten onderschreven, en daarbij opgemerkt dat, waar het gaat om regelgeving die raakt aan grondrechten, regeling op het niveau van de wet in formele zin in het algemeen vereist is.⁴⁹⁸

ii. Nieuwe onderzoeksbevoegdheden met betrekking tot het lichaam

Het voorstel introduceert een aantal nieuwe onderzoeksbevoegdheden met betrekking tot het lichaam, waaronder het toxicologisch en het microbiologisch onderzoek.⁴⁹⁹ Bepaald is dat ten behoeve van deze onderzoeken lichaamsmateriaal kan worden afgenomen.⁵⁰⁰ Het wetsvoorstel regelt niet welk lichaamsmateriaal kan worden afgenomen en op welke wijze dat geschiedt. Dat zal worden uitgewerkt bij amvb.⁵⁰¹

De toelichting vermeldt wel dat afhankelijk van de aard van het toxicologisch onderzoek gebruik zal worden gemaakt van lichaamshaar, bloed en urine.⁵⁰² Bij microbiologisch onderzoek zal gebruik worden gemaakt van lichaamsmateriaal van de huid of een ander deel van het lichaam.⁵⁰³

Het aanwijzen van het lichaamsmateriaal voor deze nieuwe onderzoeksbevoegdheden alsmede de (daarmee samenhangende) wijze waarop dat lichaamsmateriaal wordt afgenomen, raakt aan het (grond)recht op de onaantastbaarheid van het lichaam.⁵⁰⁴ De Afdeling adviseert dan ook – in lijn met de uitgangspunten van de regering – om het soort materiaal dat kan worden afgenomen en de wijze waarop dat geschiedt bij wet aan te wijzen en niet te voorzien in delegatie.

⁴⁹⁸ Voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 11 september 2015 over de Contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering (W03.15.0180/II/Vo), Kamerstukken II 2015/2016, 29279, nr. 278 (bijlage).

⁴⁹⁹ Opgenomen in Titel 6.5 (Overige onderzoeken met betrekking tot het lichaam).

⁵⁰⁰ Voorgesteld artikel 2.6.13, eerste lid onder c respectievelijk d. Zie ook de toelichting bij dat artikel.

⁵⁰¹ In voorgesteld artikel 2.6.4, eerste respectievelijk derde lid, is bepaald dat bij of krachtens amvb regels kunnen worden gesteld over het verrichten van onderzoek als bedoeld in (onder meer) Titel 6.5 respectievelijk dat bij amvb het lichaams- of celmateriaal wordt aangewezen waaraan een onderzoek als bedoeld in Titel 6.5 kan worden verricht. Zie ook de toelichting bij artikel 2.6.13, eerste lid onderdelen c en d.

⁵⁰² Toelichting bij artikel 2.6.13, eerste lid, onderdeel c.

⁵⁰³ Microbiologisch onderzoek kan ook dienen om vast te stellen of de verdachte lijdt aan een besmettelijke ziekte die hij op het slachtoffer kan hebben overgebracht; die – al langer bestaande – toepassing wordt elders in het wetboek geregeld (voorgestelde artikelen 2.6.19 tot en met 2.6.22) en valt dus niet onder voorgesteld artikel 2.6.13.

⁵⁰⁴ Artikel 11 Grondwet.

iii. Bepalen uiterlijk waarneembare persoonskenmerken door DNA-onderzoek
Het is thans mogelijk om bij verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten⁵⁰⁵ DNA-onderzoek te verrichten dat is gericht op het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van de onbekende verdachte of het onbekende slachtoffer.⁵⁰⁶ Uiterlijk waarneembare persoonskenmerken zijn fysieke persoonskenmerken die iemand vanaf de geboorte heeft en die voor eenieder in een oogopslag zichtbaar zijn.⁵⁰⁷

De Raad van State heeft, bij de totstandkoming van de regeling, geadviseerd om de uiterlijk waarneembare kenmerken die verzameld mogen worden bij wet aan te wijzen.⁵⁰⁸ Dat advies is destijds gedeeltelijk opgevolgd. In het geldende wetboek zijn geslacht en ras bij wet aangewezen. Andere kenmerken kunnen bij amvb worden aangewezen.⁵⁰⁹ Dat zijn op dit moment de kenmerken oogkleur, haarkleur en huidskleur.⁵¹⁰

In het voorstel is bepaald dat (alle) uiterlijk waarneembare persoonskenmerken bij amvb worden aangewezen.⁵¹¹ Deze afwijking van het geldende wetboek wordt niet toegelicht.

Het DNA-onderzoek dat is gericht op het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken maakt een inbreuk op het (grond)recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.⁵¹² Het verschaft immers informatie over de uiterlijk waarneembare persoonskenmerken van de onbekende verdachte of het onbekende slachtoffer.⁵¹³ De Afdeling adviseert dan ook – in lijn met haar eerdere advies en de uitgangspunten van de regering – om de uiterlijk waarneembare persoonskenmerken bij wet aan te wijzen en op dat punt niet te voorzien in delegatie.

⁵⁰⁵ Het gaat om misdrijven als bedoeld in geldend artikel 67, eerste lid, Sv. Zie de geldende artikelen 151d, vierde lid, en 195f, vierde lid, Sv.

⁵⁰⁶ Het bevel kan worden gegeven door de officier van justitie (geldend artikel 151d Sv) en door de rechter-commissaris (geldend artikel 195f Sv).

⁵⁰⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28072, nr. 5, p. 15.

⁵⁰⁸ Advies van 11 september 2001, W03.01.0386, Kamerstukken II 2001/02, 28072, B, punt 1.

⁵⁰⁹ Geldende artikelen 151d, tweede lid, 195f, tweede lid, Sv.

⁵¹⁰ Artikel 1b van het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken. De in de wet genoemde kenmerken geslacht en ras worden in de voornoemde bepaling nogmaals genoemd.

⁵¹¹ Voorgesteld artikel 2.6.18 (op bevel van de officier van justitie). Net als in het huidige wetboek is ook de rechter-commissaris bevoegd een dergelijk onderzoek te bevelen (artikel 2.6.24, eerste lid onder a). Ook is vereist dat er sprake is van een verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld. Dat komt, gelet op het bepaalde in artikel 2.1.7, materieel overeen met het huidige vereiste dat er sprake moet zijn van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Zie toelichting bij artikel 2.6.18.

⁵¹² Artikel 10 Grondwet.

⁵¹³ Kamerstukken II 2001/02, 28072, nr. 3, p. 8.

h. Ras als uiterlijk waarneembaar persoonskenmerk

Ras betreft niet een uiterlijk persoonskenmerk, maar op basis hiervan kunnen wel bepaalde uiterlijk waarneembare persoonskenmerken worden afgeleid. Eerder werd huidskleur indirect afgeleid uit het kenmerk ras. Vanaf 2020 kan huidskleur, evenals oog-, haarkleur en geslacht, direct uit het DNA worden afgeleid.⁵¹⁴ In de toelichting wordt niet aangegeven of de kenmerken die thans bij wet en amvb zijn aangewezen bij inwerkingtreding van het nieuwe wetboek zullen worden gehandhaafd. Voor zover dit wel het geval zal zijn, rijst de vraag wat de toegevoegde waarde is van het handhaven van ras als uiterlijk persoonskenmerk, nu oog- en haarkleur en sinds 2020 ook huidskleur direct uit het DNA kunnen worden afgeleid. Deze vraag is relevant in het licht van de hiervoor door de Afdeling gemaakte adviesopmerking om de uiterlijk waarneembare persoonskenmerken bij wet aan te wijzen (punt 2g, onder iii).

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen.

i. Vastlegging van bevelen tot inzet van opsporingsbevoegdheden

Bevelen om opsporingsbevoegdheden in te zetten moeten schriftelijk worden vastgelegd. In het huidige wetboek wordt daartoe bij elke concrete bevoegdheid uitgeschreven hoe het daarvoor vereiste schriftelijke bevel dient te worden vastgelegd en wat deze vastlegging dient in te houden. Zo dient bijvoorbeeld een bevel tot stelselmatige observatie thans te vermelden:

a) het misdrijf en indien bekend de naam of anderszins een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van de verdachte; b) de feiten of omstandigheden waaruit blijkt dat de toepassingsvoorwaarden zijn vervuld;⁵¹⁵ c) de naam of een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van de persoon die stelselmatig wordt geobserveerd; d) de wijze waarop aan het bevel uitvoering wordt gegeven, en e) de geldigheidsduur van het bevel.⁵¹⁶

Thans wordt een algemene regeling voorgesteld voor het vastleggen van bevelen. Op grond van deze algemene regeling worden bevelen alleen afzonderlijk vastgelegd indien de wet dat bepaalt.⁵¹⁷ Afzonderlijke vastlegging

⁵¹⁴ *Stb.* 2020, 394, p. 6-7.

⁵¹⁵ Verdenking van een misdrijf; in het belang van het onderzoek. Zie geldend artikel 126g, eerste lid, Sv.

⁵¹⁶ Geldend artikel 126g, vijfde lid, Sv. Op grond van het voorgestelde artikel 2.8.1, eerste lid, in verbinding met artikel 2.8.7, behoeft een dergelijk bevel niet meer afzonderlijk te worden vastgelegd.

⁵¹⁷ Volgens de toelichting is afzonderlijke vastlegging voorgeschreven indien: 1) een grote inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht, bijvoorbeeld bij voorlopige hechtenis, 2) het bevel ook tegenover derden een functie dient te vervullen, bijvoorbeeld bij een bevel gericht tot een bank om (financiële) gegevens te verstrekken of 3) aan de uitoefening van de bevoegdheid grote risico's zijn verbonden voor de integriteit of beheersbaarheid van de opsporing, bijvoorbeeld bij infiltratie. Zie de toelichting bij artikel 2.1.12.

van een bevel is niet langer de regel, maar de uitzondering.⁵¹⁸ Met hantering van het uitgangspunt dat bevelen alleen bij uitzondering afzonderlijk behoeven te worden vastgelegd, is gevolg gegeven aan een wens van OM en opsporingsdiensten, omdat het zou leiden tot vermindering van administratieve lasten.⁵¹⁹

Indien de wet afzonderlijke vastlegging vereist, wordt het bevel vooraf vastgelegd door degene die het bevel geeft.⁵²⁰ Dat gebeurt in beginsel schriftelijk.⁵²¹ Wanneer de wet afzonderlijke vastlegging van een bevel niet voorschrijft, kan dit mondeling worden gegeven. Vastlegging van het bevel blijft in een dergelijk geval niet achterwege, maar geschiedt op grond van de verbaliseringsplicht door de opsporingsambtenaar die aan het bevel uitvoering geeft. De verbaliseringsplicht houdt in dat een opsporingsambtenaar zo spoedig mogelijk proces-verbaal opmaakt van het door hem opgespoorde strafbare feit en van wat door hem tot opsporing is verricht en bevonden.⁵²²

De vastlegging van bevelen is noodzakelijk omdat de rechtmatigheid van de opsporing uiteindelijk altijd door de rechter dient te kunnen worden gecontroleerd.⁵²³ Bij amvb kan worden voorgeschreven welke informatie in het proces-verbaal moet worden vermeld.⁵²⁴ Uit de toelichting kan worden afgeleid dat in geval van vastlegging van het bevel in een proces-verbaal een wijziging ten opzichte van hetgeen naar huidig recht in een schriftelijk bevel moet worden vermeld niet wordt beoogd.⁵²⁵

De Afdeling begrijpt de wens van het OM en de opsporingsdiensten om administratieve verplichtingen te verminderen. Een mogelijke lastenverlichting weegt evenwel niet op tegen het belang van een goede verslaglegging van het opsporingsonderzoek. Zij merkt op dat een nauwkeurige weergave van een bevel het best is gewaarborgd indien dit wordt gedaan door de autoriteit die het bevel heeft gegeven.⁵²⁶ De voorgestelde wettelijke regeling

⁵¹⁸ Inzake door de rechter-commissaris te verstrekken machtigingen en daartoe strekkende vorderingen van de officier van justitie is bepaald dat deze in alle gevallen afzonderlijk worden vastgelegd (artikel 2.1.13, tweede lid).

⁵¹⁹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.3 (Boek 2: 'Het opsporingsonderzoek') en toelichting bij artikel 2.1.12.

⁵²⁰ Voorgesteld artikel 2.1.12. Een bevel van de rechter-commissaris kan op diens aanwijzing ook worden vastgelegd door de griffier (tweede lid). Zie ook de toelichting bij artikel 2.1.12, eerste lid en tweede lid (eerste en tweede zin).

⁵²¹ Voorgesteld artikel 2.1.14.

⁵²² Voorgesteld artikel 2.1.9, eerste lid; geldend artikel 152 Sv.

⁵²³ Toelichting bij artikel 2.1.9, tweede lid.

⁵²⁴ Voorgesteld artikel 2.1.9, zesde lid, en de toelichting daarbij.

⁵²⁵ Zie de toelichting bij artikel 2.1.9, zesde lid.

⁵²⁶ De wet verhindert overigens niet dat de autoriteit die een mondeling bevel geeft, ervoor kiest dit toch afzonderlijk vast te leggen. Het is echter geen wettelijke verplichting. Zie de toelichting bij artikel 2.1.12.

brengt het risico met zich dat de schriftelijke weergave achteraf van het (mondelinge) bevel in het proces-verbaal afwijkt van het door de bevoegde autoriteit gegeven bevel. Daarbij wijst de Afdeling erop dat ook een aantal specifieke en nauwkeurig omschreven gegevens over de toepassing van de bevoegdheid mondeling zullen moeten worden overgebracht en achteraf door de verbalisant worden vastgelegd.⁵²⁷

De Afdeling adviseert het voorstel in zoverre te heroverwegen.

3. Digitale opsporing

a. Inleiding

In de laatste decennia zijn tal van technieken beschikbaar gekomen die van invloed zijn op de wijze waarop strafvordering, waaronder de opsporing, plaatsvindt. Een belangrijke ontwikkeling is de digitalisering van de samenleving. Nieuwe opsporingsbevoegdheden zijn hierdoor mogelijk, maar ook noodzakelijk geworden om de (cyber)criminaliteit het hoofd te kunnen bieden. Het telkens weer beschikbaar komen van nieuwe (digitale) technieken heeft geresulteerd in een onsystematische en onvolledige regeling van onderzoeksbevoegdheden. Reden om het wetboek ook in zoverre te moderniseren.⁵²⁸

Voor de regeling van strafvorderlijke bevoegdheden die verband houden met het vergaren van digitale gegevens is het rapport van de Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie-Koops) van groot belang geweest.⁵²⁹ De Commissie-Koops had tot taak te adviseren over de vraag of de wettelijke regeling van het opsporingsonderzoek, neergelegd in de consultatieversie van Boek 2, voldeed, of dat deze bijstelling dan wel aanvulling behoefde. In de commissie hadden vertegenwoordigers van de politie, het OM, de NOvA, de rechtspraak, het Platform bijzondere opsporingsdiensten,⁵³⁰ alsmede vertegenwoordigers van de wetenschap zitting. De werkzaamheden van de commissie resulteerden in juni 2018 in het rapport 'Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving'. De commissie deed 72 aanbevelingen voor verbetering.

⁵²⁷ Vergelijk de hierboven vermelde gegevens die worden genoemd in het geldende artikel 126g, vijfde lid, Sv.

⁵²⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragrafen 1.1 (Inleiding) en 2.5 (De invloed van moderne technieken).

⁵²⁹ Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018.

⁵³⁰ Bijzondere opsporingsdiensten zijn verantwoordelijk voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde op een specifiek beleidsterrein, zoals fraude en witwassen, mensenhandel en milieucriminaliteit. In Nederland zijn vier bijzondere opsporingsdiensten: FIOD (Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst), ISZW-DO (Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Opsporing), NVWA-IOD (Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit, Inlichtingen- en Opsporingsdienst) en ILT-IOD (Inspectie Leefomgeving en Transport, Inlichtingen- en Opsporingsdienst).

Aan de meeste aanbevelingen van de commissie is in het voorstel gevolg gegeven. In het najaar van 2018 is de verwerking van de aanbevelingen in formele consultatie gegeven bij de organisaties die betrokken waren bij de werkzaamheden van de commissie. Deze organisaties hebben in het algemeen positief op de voorstellen gereageerd.⁵³¹

In dit deeladvies worden enkele opmerkingen gemaakt die betrekking hebben op de digitale opsporing. Daarbij zij opgemerkt dat een aantal bevoegdheden voor onderzoek in een digitale omgeving uit de nieuwe regeling vooruitlopend op de invoering van het nieuwe wetboek in het kader van de Innovatiewet strafvordering alvast in de praktijk worden beproefd.⁵³²

Het gaat om de volgende bevoegdheden:

- Het verrichten van onderzoek aan gegevens die ten tijde van de inbeslagneming nog niet op het inbeslaggenomen apparaat stonden;⁵³³
- Het verrichten van onderzoek aan gegevens die zijn opgeslagen op een digitale-gegevensdrager of in een geautomatiseerd werk dat zich elders bevindt (netwerkzoeking) na inbeslagneming;⁵³⁴
- Het tegen de wil van de gebruiker doorbreken van een eventuele biometrische beveiliging van een inbeslaggenomen geautomatiseerd werk.⁵³⁵

De Afdeling heeft in het kader van de Innovatiewet strafvordering reeds over deze onderdelen geadviseerd.⁵³⁶

b. Gedifferentieerde normering bij onderzoek van gegevens

i. Inleiding

In het nieuwe wetboek wordt de bevoegdheid tot het doen van onderzoek aan digitale-gegevensdragers en geautomatiseerde werken, zoals smartphones en computers, en het onderzoek aan digitale gegevens die daaruit zijn overgenomen, nader genormeerd.⁵³⁷ Het betreft een gedifferentieerde normering (een driedeling), waarbij de mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen bepalend is voor de autoriteit die over de inzet

⁵³¹ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.4 (Het vergaren van gegevens).

⁵³² Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.4 (Het vergaren van gegevens).

⁵³³ Voorgesteld artikel 2.740; artikel 556 Sv, zoals voorgesteld in de Innovatiewet strafvordering.

⁵³⁴ Voorgesteld artikel 2.741; artikel 557 Sv, zoals voorgesteld in de Innovatiewet strafvordering.

⁵³⁵ Voorgesteld artikel 2.744, tweede lid; artikel 558, zoals voorgesteld in de Innovatiewet strafvordering.

⁵³⁶ Advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State van 4 november 2020 over de Innovatiewet strafvordering (W16.20.0202/II), Kamerstukken II 2020/21, 35869, nr. 4.

⁵³⁷ Omwille van de leesbaarheid wordt hierna gesproken van 'het onderzoek van gegevens' in plaats van 'het onderzoek aan digitale-gegevensdragers en geautomatiseerde werken en onderzoek aan digitale gegevens die daaruit zijn overgenomen'. Waar wordt gesproken van 'digitale-gegevensdragers' wordt mede bedoeld 'geautomatiseerde werken'.

van dat onderzoek beslist: de opsporingsambtenaar, de officier van justitie of de rechter-commissaris.⁵³⁸

Het huidige wetboek bevat wel bepalingen over het onderzoek aan een gegevensdrager en de vastlegging van daarop opgeslagen gegevens wanneer dit tijdens een doorzoeking gebeurt.⁵³⁹ In het wetboek zijn evenwel geen regels opgenomen die betrekking hebben op het onderzoek aan dergelijke voorwerpen nadat deze zijn inbeslaggenomen of op het onderzoek van gegevens die zijn overgenomen uit een dergelijk voorwerp zonder dat dit is inbeslaggenomen. Wel wees de Hoge Raad in 2017 een richtinggevend arrest over deze materie.⁵⁴⁰

In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de algemene bevoegdheid van opsporingsambtenaren voldoende legitimatie biedt voor onderzoek aan inbeslaggenomen elektronische gegevensdragers⁵⁴¹, indien de met dat onderzoek samenhangende inbreuk op de persoonlijke levenssfeer als beperkt kan worden beschouwd. Een opsporingsambtenaar mag dit onderzoek aan een door hem inbeslaggenomen voorwerp zelf verrichten. Indien het onderzoek echter zo verstrekkend is dat een min of meer compleet beeld is verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijke leven van de gebruiker van het apparaat, kan dat onderzoek jegens hem onrechtmatig zijn. Bij een meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene is onderzoek door de officier van justitie of zelfs de rechter-commissaris aangewezen. Daarbij valt – in het licht van artikel 8 EVRM – wat betreft onderzoek door de rechter-commissaris in het bijzonder te denken aan gevallen waarin op voorhand is te voorzien dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zeer ingrijpend zal zijn.

Uit de toelichting volgt dat naar aanleiding van dit arrest in de opsporingspraktijk richtsnoeren tot stand zijn gekomen voor het verrichten van onderzoek van gegevens aan digitale-gegevensdragers. In de praktijk wordt ter uitvoering van de rechtspraak van de Hoge Raad al een driedeling gehanteerd bij deze vormen van onderzoek (opsporingsambtenaar, officier van justitie of rechter-commissaris).⁵⁴²

⁵³⁸ Voorgesteld artikel 2.739.

⁵³⁹ Geldend artikel 125i e.v. Sv.

⁵⁴⁰ HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:584 (Smartphone).

⁵⁴¹ Geldende artikelen 94, 95 en 96 Sv (dit betreft de bevoegdheid tot inbeslagname van voorwerpen).

⁵⁴² Toelichting bij artikel 2.739.

Bij de totstandkoming van de voorgestelde normering hebben de jurisprudentie van de Hoge Raad, de daaruit ontstane opsporingspraktijk en de aanbevelingen van de Commissie-Koops⁵⁴³ een belangrijke rol gespeeld. Daarnaast is rekening gehouden met de kritiek van de ketenpartners op het oorspronkelijke voorstel⁵⁴⁴ om elk onderzoek aan een digitale-gegevensdrager te laten verrichten op bevel van de officier van justitie.⁵⁴⁵

ii. De gedifferentieerde normering

Zoals hiervoor reeds is vermeld, betreft de voorgestelde gedifferentieerde normering een driedeling, waarbij de mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen bepalend is voor de autoriteit die over de inzet van die onderzoeksbevoegdheden beslist: de opsporingsambtenaar, de officier van justitie of de rechter-commissaris.

Onderzoek van gegevens

Een opsporingsambtenaar mag dergelijk onderzoek zelfstandig verrichten zolang dit niet meer dan een geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene oplevert. De wettelijke grondslag voor dit zelfstandige onderzoek door de opsporingsambtenaar kan worden gevonden in de voorgestelde algemene bevoegdheidsbepaling.⁵⁴⁶ Op grond van het uitgangspunt dat een bevoegdheid die een geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt geen expliciete wettelijke grondslag behoeft, heeft deze vorm van onderzoek van gegevens dan ook geen nadere regeling gekregen.⁵⁴⁷

Stelselmatig onderzoek van gegevens

Stelselmatig onderzoek van gegevens mag alleen plaatsvinden op bevel van de officier van justitie. De officier van justitie beveelt in dit geval de opsporingsambtenaar om het gewenste onderzoek te verrichten.⁵⁴⁸

Stelselmatig onderzoek van gegevens is in het nieuwe wetboek gedefinieerd als "een onderzoek van gegevens waarbij op voorhand redelijkerwijs

⁵⁴³ Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 41 (aanbeveling 6).

⁵⁴⁴ Zie consultatieversie van Boek 2, Afdelingen 7.4.1 en 7.4.2 en de toelichting daarbij, paragraaf 9.2.4.

⁵⁴⁵ Zie bijvoorbeeld de adviezen van de Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 1 juli 2017, p. 21, de Politie over Boeken 1-2 van 27 juni 2017, bijlage 2, p. 58 en het OM over Boek 2 van 5 juli 2017, p. 24 e.v.

⁵⁴⁶ Voorgesteld artikel 2.1.8.

⁵⁴⁷ Zoals opgenomen in voorgesteld artikel 2.7.39.

⁵⁴⁸ Voorgesteld artikel 2.7.39, eerste lid.

voorzienbaar⁵⁴⁹ een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands privéleven kan ontstaan⁵⁵⁰

Het is dus niet relevant of een groot deel van iemands privéleven in beeld komt. Het gaat erom dat een bepaald deel daarvan min of meer volledig in beeld komt (een bepaalde rol die iemand heeft in het sociale leven, bijvoorbeeld zijn rol als vader, leraar of kroegbezoeker). Volgens de toelichting is de term ‘stelselmatig’ het criterium waarmee de meer dan geringe inbreuk wordt onderscheiden van de geringe inbreuk op de privacy. De term heeft een juridische betekenis die niet noodzakelijkerwijs overeenkomt met het normale spraakgebruik.⁵⁵¹

Voor de interpretatie van ‘stelselmatig’ kan slechts deels worden aangesloten bij de bestaande interpretatie in wetgeving en jurisprudentie die vooral ontwikkeld is in de rechtspraak betreffende stelselmatige observatie: het gaat dan om een samenstel van factoren, zoals het gebruik van een technisch hulpmiddel, de plaats, frequentie, methode, intensiteit en duur. De hieruit voortvloeiende duiding van het begrip stelselmatig is van beperkte relevantie voor het digitale onderzoek van gegevens.⁵⁵² Voor de interpretatie van stelselmatigheid in andere contexten dan stelselmatige observatie zal daarom een nieuw kader moeten worden ontwikkeld dat is aangepast aan de context van digitaal onderzoek. Te denken valt bijvoorbeeld aan de hoeveelheid, aard en geautomatiseerde onderzoekbaarheid van de gegevens.⁵⁵³

Ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens

Voor het verrichten van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens is ook een bevel van de officier van justitie nodig. Hij mag dit bevel echter alleen geven als het belang van het onderzoek dit dringend vereist en hij behoeft daartoe een machtiging van de rechter-commissaris.⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ De vraag of ‘op voorhand redelijkerwijs voorzienbaar’ is dat een bepaald beeld van het persoonlijk leven van betrokkene kan worden verkregen, dient te worden beoordeeld *voorafgaand* aan het verrichten van onderzoek van gegevens en dient te zijn gebaseerd op het voorgenomen onderzoek en alle overige omstandigheden van het geval. Als deze inschatting na het verrichten van het onderzoek van gegevens onjuist blijkt, terwijl dit op het moment van de start van het onderzoek niet redelijkerwijs voorzienbaar was, maakt dit het onderzoek niet ‘met terugwerkende kracht’ onrechtmatig. Zie toelichting bij artikel 2.7.39, eerste lid.

⁵⁵⁰ Voorgesteld artikel 2.1.1.

⁵⁵¹ Toelichting bij artikel 2.7.39, eerste lid.

⁵⁵² Zo kan in een korte tijd een grote hoeveelheid gegevens worden overgenomen.

⁵⁵³ Toelichting bij artikelen 2.7.39, eerste lid, en 2.8.8, eerste lid. Zie ook Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, paragraaf 4.2.3.

⁵⁵⁴ Voorgesteld artikel 2.7.39, tweede lid.

Er is sprake van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens als bij het verrichten van dat onderzoek “op voorhand redelijkerwijs voorzienbaar een ingrijpend beeld van iemands privéleven kan ontstaan”.⁵⁵⁵ Volgens de toelichting kan deze ingrijpendheid op twee manieren naar voren komen.

De toelichting noemt allereerst de situatie waarin door het verrichten van het onderzoek een min of meer volledig beeld van een wezenlijk deel van iemands privéleven ontstaat. Dit is een diepe kijk in iemands privéleven. Wezenlijke onderdelen van het privéleven zijn die delen die nauw samenhangen met iemands zelfbegrip (‘wie ben ik?’). Een aanknopingspunt is het onderzoek van gevoelige gegevens (medische, seksuele, religieuze en politieke gegevens). Niet elk onderzoek aan dergelijke gegevens is echter direct ingrijpend stelselmatig, aldus de toelichting. Gevoelige persoonsgegevens leveren immers lang niet altijd een ingrijpend beeld van iemands privéleven op.⁵⁵⁶

De tweede manier waarop volgens de toelichting een ingrijpend beeld van iemands privéleven kan ontstaan, is als door het verrichten van het onderzoek een min of meer volledig beeld tot stand komt van een aanzienlijk deel van iemands privéleven. Dit is een brede kijk in iemands privéleven, waarbij meerdere delen min of meer volledig naar voren komen. Het in beeld brengen van een of bepaalde delen maakt het onderzoek stelselmatig, maar een volledig beeld van een aanzienlijk deel van iemands privéleven maakt het onderzoek ingrijpend stelselmatig. Het gaat dan bijvoorbeeld om een volledig beeld van iemands rollen in het sociale leven, zoals gezin, werk, sport, uitgaan en vriendenkringen. Informatie uit verschillende contexten van iemands leven wordt bij elkaar gelegd op een zodanige manier dat het beeld als geheel ingrijpend wordt, zonder dat de informatie uit elk van die contexten op zichzelf ingrijpend is.⁵⁵⁷

Als enig concreet voorbeeld van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens noemt de toelichting het onderzoek waarbij redelijkerwijs voorzienbaar gegevens worden onderzocht die onder het professioneel verschoningsrecht vallen. Buiten deze gegevens zijn er volgens de toelichting geen factoren te noemen die één op één samenhangen met ingrijpende stelselmatigheid. Wel is de (on)gerichtheid van het onderzoek een relevante factor bij het beantwoorden van de vraag of er

⁵⁵⁵ Voorgesteld artikel 2.1.1.

⁵⁵⁶ Toelichting bij artikel 2.7.39, tweede lid. Overgenomen uit Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 39-40.

⁵⁵⁷ Toelichting bij artikel 2.7.39, tweede lid. Overgenomen uit Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 39-40.

sprake is van ingrijpende stelselmatigheid.⁵⁵⁸ Volgens de toelichting mag op basis hiervan worden aangenomen dat er alleen in uitzonderingsgevallen sprake zal zijn van ingrijpende stelselmatigheid.⁵⁵⁹

iii. Beoordeling

Onder punt 2c is aan de orde gekomen dat de normering van opsporing samenhangt met de ernst van de inbreuk op grondrechten, zoals de persoonlijke levenssfeer. Naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, en een grotere inbreuk maakt op grondrechten, is de uitoefening van de bevoegdheid gebonden aan strengere eisen en met meer waarborgen omringd. Een belangrijke waarborg is gelegen in de autoriteit die toestemming moet geven voor de uitoefening van een bevoegdheid.⁵⁶⁰ De voorgestelde driedeling is in lijn met de normering van onderzoek in een niet-digitale omgeving.

Systematisch is er echter een belangrijk verschil. Bij de meeste niet-digitale onderzoeksbevoegdheden, zoals het onderzoek aan het lichaam of het onderzoek aan de kleding, is op voorhand min of meer duidelijk welke mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer het hanteren van die bevoegdheid zal opleveren. Daardoor is het bij deze bevoegdheden mogelijk om in de wet één bepaalde bevoegde autoriteit vast te leggen.

Bij onderzoek in een digitale omgeving is het resultaat van dat onderzoek minder voorzienbaar. Het (te verwachten) resultaat van het onderzoek is doorslaggevend voor de te maken keuze voor de bevoegde autoriteit en wordt beoordeeld aan de hand van abstracte criteria en vele factoren. Dit brengt mee dat de driedeling een inschatting en beoordeling vooraf⁵⁶¹ vergt van de opsporingsambtenaar en/of de officier van justitie die niet altijd even gemakkelijk te maken is. Dit maakt de toepasbaarheid van de driedeling veel diffuser dan de toepasbaarheid van de normering van onderzoek in een niet-digitale omgeving.

Gelet op het voorgaande acht de Afdeling het van groot belang dat de toelichting voldoende heldere handvatten geeft voor een juiste en uniforme toepassing van de gedifferentieerde normering in de praktijk. In verband daarmee wijst zij erop dat in de rechtspraak (het Smartphone-arrest) noch in de toelichting voldoende duidelijkheid wordt verschaft over de vraag in welke

⁵⁵⁸ Een onderzoek dat zich uitstrekt over alle of de meeste gegevens op bijvoorbeeld een smartphone levert een grotere kans op dat gegevens in beeld komen die een wezenlijk deel van iemands privéleven blootleggen (toelichting bij artikel 2.739, tweede lid).

⁵⁵⁹ Toelichting bij artikel 2.739, tweede lid.

⁵⁶⁰ Zie ook Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 33.

⁵⁶¹ De ex ante voorzienbaarheid van de inbreuk is als bepalende factor in het nieuwe wetboek neergelegd.

gevallen moet worden geoordeeld dat sprake is van ingrijpende stelselmatigheid en daarom de rechter-commissaris moet worden betrokken. In de toelichting worden daarvan ook geen concrete voorbeelden gegeven, behalve het voorbeeld van het professionele verschoningsrecht. Dat voorbeeld geeft echter onvoldoende richting. Daarvoor geldt namelijk dat niet zozeer de inhoud van deze gegevens, maar de omstandigheid dat deze gegevens onderdeel uitmaken van het vertrouwelijke contact tussen een persoon en de professioneel verschoningsgerechtigde maakt dat het onderzoek daaraan ingrijpend stelselmatig is.⁵⁶²

Het onderscheid tussen de gevallen waarin moet worden geoordeeld dat sprake is van stelselmatigheid en de officier van justitie moet worden betrokken en de gevallen waarin moet worden geoordeeld dat sprake is van ingrijpende stelselmatigheid en, naast de officier van justitie, ook de rechter-commissaris moet worden betrokken, is dan ook onduidelijk. De Afdeling adviseert om in de toelichting te verhelderen in welke gevallen een machtiging van de rechter-commissaris is vereist en, zo nodig, het criterium van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens te heroverwegen.

c. Het Prokuraat-arrest

i. Inleiding

Begin maart 2021 heeft het HvJ EU het voor de Nederlandse strafrechtspraktijk belangwekkende Prokuraat-arrest gewezen.⁵⁶³ Dit arrest ziet op een bevoegdheid waarvan in de Nederlandse opsporingspraktijk veelvuldig gebruik wordt gemaakt: het vorderen van verkeers- en locatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten.⁵⁶⁴

Met deze bevoegdheid kunnen gegevens worden gevorderd over gebruikers van communicatiediensten en het communicatieverkeer van die gebruikers. De vordering kan slechts betrekking hebben op gegevens die bij amvb zijn aangewezen.⁵⁶⁵ Die gegevens zien op de uiterlijke kenmerken van de

⁵⁶² Bij het professioneel verschoningsrecht staat de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer in elk geval niet centraal. Opgemerkt zij voorts dat artikel 2.767 ziet op de inbeslagname van voorwerpen of onderzoek van gegevens in geval van een vermoeden van verschoningsgerechtigd materiaal dat is aangetroffen bij een ander dan de verschoningsgerechtigde.

⁵⁶³ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuraat).

⁵⁶⁴ Geldend artikel 126n Sv. De bevoegdheid kan ook in de fase van de 'vroegsporing' (artikel 126u Sv) worden gehanteerd en wanneer er sprake is van aanwijzingen van terrorisme (artikel 126zh Sv). In het nieuwe wetboek is deze bevoegdheid opgenomen in de artikelen 2.748 (historische gegevens) en 2.750 (toekomstige gegevens). Zie ook artikel 2.754, waarbij deze bepalingen van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de fase van de 'vroegsporing' en op de situatie waarin er sprake is van aanwijzingen van terrorisme.

⁵⁶⁵ Artikel 2 Besluit vorderen gegevens telecommunicatie (grondslag wordt thans geboden in artikel 126n, eerste lid, Sv en in het nieuwe wetboek in artikel 2.756).

communicatie en niet op de inhoud van hetgeen wordt uitgewisseld.⁵⁶⁶ Het kan onder meer gaan om de zogenaamde gebruikersgegevens⁵⁶⁷, de datum en het tijdstip van de verbinding of van de poging te verbinden (verkeersgegevens) en de locatiegegevens van het netwerkaansluitpunt (locatiegegevens).⁵⁶⁸ Ook de uiterlijke kenmerken⁵⁶⁹ van sms-verkeer en e-mailverkeer vallen onder de bevoegdheid. De toepassing van deze bevoegdheid kan betrekking hebben op gegevens die ten tijde van de vordering al zijn verwerkt (historische gegevens) of nog zullen worden verwerkt (toekomstige gegevens). Met deze bevoegdheid kan bijvoorbeeld worden achterhaald wat iemands telefoonnummer is of wanneer, met wie en waar vandaan⁵⁷⁰ hij heeft gebeld of sms-berichten heeft uitgewisseld.

Deze bevoegdheid wordt daarnaast vaak ingezet in combinatie met de bevoegdheid tot het vastleggen van communicatie (tappen). Het vastleggen van communicatie levert de opsporing de inhoud van de communicatie op. Met behulp van de verkeers- en locatiegegevens kan de opsporing die communicatie beter duiden. Vandaar dat in de huidige opsporingspraktijk bij elk bevel tot het vastleggen van telecommunicatie ook een vordering van de officier van justitie tot het verstrekken van verkeersgegevens wordt afgegeven. Jaarlijks gaat het om ruim 40.000 tapbevelen en dus ook om eenzelfde aantal vorderingen met betrekking tot verkeersgegevens. Voorgesteld wordt het nieuwe wetboek aldus te wijzigen dat de aanbieder bij een bevel tot het vastleggen van communicatie ook altijd de verkeersgegevens met betrekking tot de gebruiker en het communicatieverkeer van de gebruiker dient te verstrekken.⁵⁷¹

⁵⁶⁶ HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1964. Om te kunnen kennisnemen van de inhoud van de communicatie bestaan andere bevoegdheden waaraan zwaardere eisen worden gesteld. Gedacht kan worden aan de telefoontap (voorgesteld artikel 2.8.13, geldende artikelen 126m, 126t en 126gz Sv).

⁵⁶⁷ Gebruikersgegevens zijn gegevens over de naam, het adres, de postcode, de woonplaats, het nummer en de soort van dienst. Ook het e-mailadres en het internetprotocoladres (IP-adres) vallen eronder. Zie Kamerstukken II 2001/02, 28059, 3, p. 11. Omdat die gebruikersgegevens niet de andere, meer gevoelige verkeersgegevens zoals de locatie en de duur van het contact omvatten, is het verkrijgen van inlichtingen *enkel* daarover aan een minder streng regime onderworpen. De bevoegdheid tot het vorderen van deze gebruikersgegevens is aan elke opsporingsambtenaar toegekend en mag in de fase van de klassieke opsporing bij verdenking van elk misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld, worden uitgeoefend (voorgesteld artikel 2.7.47, derde lid; geldende artikelen 126na, 126ua en 126zi Sv). Dit is anders wanneer de vordering mede andersoortige gegevens omvat. Deze *enkele* gebruikersgegevens lijken ook niet binnen de reikwijdte van Prokuratuur te vallen (zie HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 34, alwaar wordt gesproken van 'gegevens inzake de burgerlijke identiteit van de gebruikers van elektronische-communicatiemiddelen'). Ook dit is anders wanneer de vordering mede andersoortige gegevens omvat. Of alle (andere) soorten verkeers- en locatiegegevens per definitie binnen de reikwijdte van het arrest Prokuratuur vallen, is nog niet duidelijk (zie hierover punt 3c, onder iii).

⁵⁶⁸ Artikel 2 Besluit vorderen gegevens telecommunicatie.

⁵⁶⁹ Gedacht kan worden aan de datum en het tijdstip waarop een sms-bericht of e-mail is verzonden.

⁵⁷⁰ HR 7 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9090.

⁵⁷¹ Zie de toelichting bij artikel 2.8.13, vierde en vijfde lid. Zie ook G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Koopmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 12.3.

ii. Inhoud Prokuratuur-arrest

In het Prokuratuur-arrest beantwoordt het HvJ EU prejudiciële vragen over de uitleg van een bepaling in de richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie.⁵⁷² Het Hof verduidelijkt daarmee zijn jurisprudentie met betrekking tot de toegang tot een reeks verkeers- of locatiegegevens door overheidsinstanties voor strafrechtelijke doeleinden.⁵⁷³ Een tweetal punten is voor Nederland in het bijzonder van belang.

Doelstellingen

Het HvJ EU heeft overwogen dat een onderzoeksinstantie uit een reeks persoonsgegevens van gebruikers van elektronische communicatiediensten precieze conclusies kan trekken over de persoonlijke levenssfeer van een gebruiker. Het voor strafrechtelijke doeleinden verlenen van toegang tot dergelijke communicatiegegevens is daarom slechts toegestaan in het kader van procedures ter bestrijding van zware criminaliteit en procedures ter voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid. Alleen deze doelstellingen kunnen overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel een ernstige inmenging in de grondrechten van artikel 7⁵⁷⁴ en 8⁵⁷⁵ van het Handvest rechtvaardigen.⁵⁷⁶

Van een ernstige inmenging is sprake als “overheidsinstanties toegang hebben tot een reeks verkeers- of locatiegegevens die informatie kunnen verschaffen over de communicaties van een gebruiker van een elektronische-communicatiemiddel of over de locatie van de door die gebruiker gehanteerde eindapparatuur op grond waarvan precieze conclusies kunnen worden getrokken over de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen.”⁵⁷⁷ Bij de beoordeling van de ernst van de inmenging spelen de duur van de periode waarvoor toegang wordt gevraagd tot de persoonsgegevens en de hoeveelheid en de aard van de persoonsgegevens die voor een dergelijke periode beschikbaar zijn, geen rol.⁵⁷⁸

⁵⁷² Meer specifiek gaat het over de uitlegging van artikel 15, eerste lid, van richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009, gelezen tegen de achtergrond van de artikelen 7, 8 en 11 en artikel 52, eerste lid, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest).

⁵⁷³ Het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten.

⁵⁷⁴ Eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven.

⁵⁷⁵ Bescherming van persoonsgegevens.

⁵⁷⁶ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 33. Zie ook HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (La Quadrature du Net e.a.), punt 146.

⁵⁷⁷ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 35. Zie ook HvJ EU 2 oktober 2018, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:788 (Ministerio Fiscal), punt 54.

⁵⁷⁸ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punten 35 en 39.

Het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten in het algemeen rechtvaardigt volgens het HvJ EU alleen niet-ernstige inmengingen in de grondrechten van artikel 7 en 8 van het Handvest.⁵⁷⁹

Voorafgaande toetsing

Het HvJ EU oordeelt voorts dat het aan het nationale wetgever is om de voorwaarden vast te stellen waaronder de aanbieders van elektronische communicatiediensten de bevoegde nationale instanties toegang moeten verlenen tot de persoonsgegevens waarover zij beschikken.⁵⁸⁰ Om te waarborgen dat deze voorwaarden in de praktijk ten volle in acht worden genomen, is het van wezenlijk belang dat de toegang van de bevoegde nationale instanties tot de bewaarde gegevens wordt onderworpen aan een voorafgaande toetsing door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit.⁵⁸¹

Het vereiste van onafhankelijkheid, waaraan de toetsende instantie moet voldoen, brengt volgens het HvJ EU enerzijds met zich mee dat de instantie die de voorafgaande toetsing verricht niet betrokken mag zijn bij de uitvoering van het betreffende strafrechtelijk onderzoek en anderzijds dat zij neutraal moet zijn ten opzichte van de partijen in de strafprocedure.⁵⁸² Dat is niet het geval bij een OM dat tot taak heeft de strafprocedure in te leiden en, in voorkomend geval, ook optreedt als openbaar aanklager tijdens een latere strafprocedure.⁵⁸³ Een latere toetsing door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit is evenmin voldoende om aan de vereiste onafhankelijke toetsing te voldoen. De controle moet plaatsvinden voorafgaand aan elke toegang van de bevoegde nationale instanties tot de bewaarde gegevens.⁵⁸⁴

⁵⁷⁹ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 33. Zie ook HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (La Quadrature du Net e.a.), punt 140.

⁵⁸⁰ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 48.

⁵⁸¹ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 51. Zie ook HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (La Quadrature du Net e.a.), punt 189. Wanneer een dergelijke toetsing niet door een rechterlijke instantie maar door een onafhankelijke bestuurlijke entiteit wordt uitgeoefend, moet deze laatste een zodanige status hebben dat zij bij de uitoefening van haar taken objectief en onpartijdig kan handelen, en moet zij daartoe vrij zijn van elke invloed van buitenaf. Zie HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 53.

⁵⁸² HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 54.

⁵⁸³ HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punten 55 en 59 en herhaald in HvJ EU 16 december 2021, C-724/19, ECLI:EU:C:2021:1020 (Spetsializirana prokuratura), punt 43. Prokuratuur volgt op arresten van het HvJ EU over de tenuitvoerlegging van een Europees arrestatiebevel (EAB), waaruit ook blijkt dat de Nederlandse officier van justitie onder omstandigheden geen onafhankelijke autoriteit is, zij het op een andere grond: de officier van justitie kan bijzondere aanwijzingen ontvangen van de minister van Justitie en Veiligheid (artikel 127 Wet RO). Dit had tot gevolg dat een officier van justitie geen EAB meer kon geven en dat de Overleveringswet moest worden aangepast. Zie HvJ EU van 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18 OG en C-82/19, ECLI:EU:C:2019:456 (PPU PI) en HvJ EU 24 november 2020, C-510/19, ECLI:EU:C:2020:953 (Openbaar Ministerie (Faux en écritures)).

⁵⁸⁴ Dit is anders in naar behoren gemotiveerde urgente gevallen. Zie HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 58.

iii. Beoordeling

Implicaties voor het vorderen van verkeers- en locatiegegevens

Er bestaan nog onzekerheden over de exacte reikwijdte en implicaties van het arrest voor de regeling van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten. Daarom heeft de procureur-generaal (P-G) bij de Hoge Raad in een aantal (andere) zaken zeer recent cassatie in het belang der wet gevorderd, waarbij verschillende belangrijke kwesties aan de orde worden gesteld.⁵⁸⁵

Eén van de vragen die daarin aan de orde wordt gesteld is, kort gezegd, of verkeers- en locatiegegevens⁵⁸⁶ per definitie van dien aard zijn dat daaruit conclusies over de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker getrokken kunnen worden die inschakeling van de rechter-commissaris noodzakelijk maken. Of zijn er bepaalde categorieën gegevens waarbij die eis niet hoeft te worden gesteld, omdat daaruit geen precieze conclusies kunnen worden getrokken over de persoonlijke levenssfeer?⁵⁸⁷ De P-G vindt dat er veel voor valt te zeggen “dat bij een vordering van verkeersgegevens die alleen betrekking heeft op ‘de locatiegegevens van het netwerkaansluitpunt dan wel gegevens betreffende de geografische positie van de randapparatuur van een gebruiker ingeval van een verbinding of poging daartoe’⁵⁸⁸ geen machtiging van de rechter-commissaris vereist is.”⁵⁸⁹ De P-G geeft aan de Hoge Raad in overweging daarover een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU.

⁵⁸⁵ Zie de conclusies van 14 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1179, 1180 en 1181. Na vaststelling van dit advies van de Afdeling heeft de Hoge Raad op 5 april 2022 uitspraak gedaan naar aanleiding van deze vorderingen (ECLI:NL:HR:2022:475, 476 en 477). Met de inhoud van deze uitspraken kon in het advies geen rekening meer worden gehouden. Daarnaast is er in twee zaken die zien op een ‘Prokuratuurkwestie’ een regulier cassatieberoep ingesteld. Het gaat om twee gepubliceerde arresten van het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch van 12 april 2021 (ECLI:NL:GHSHE:2021:3074 en 3087) waaruit valt af te leiden dat het verweer is gevoerd dat mede gelet op het arrest Prokuratuur de resultaten van het uitlezen van een inbeslaggenomen GSM door de verbalisant dienen te worden uitgesloten van het bewijs. Uit de inhoudsindicatie op www.rechtspraak.nl volgt dat deze arresten zijn gepubliceerd in verband met het ingestelde cassatieberoep. In de vordering tot cassatie in het belang der wet merkt de P-G op dat inderdaad cassatieberoep is ingesteld.

⁵⁸⁶ Anders dan de gegevens inzake de burgerlijke identiteit van de gebruikers van elektronische-communicatiemiddelen. Op deze (enkele) gegevens lijkt het arrest niet te zien (zie HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152 (Prokuratuur), punt 34). Zie ook de conclusie van 14 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1180, punt 114. Het gaat hier om gegevens die enkel informatie verschaffen over de contactgegevens van de betrokken gebruikers, zoals hun adressen, en dus niet over de datum, het tijdstip, de duur en de ontvangers van de communicatie of de plaats waar de communicatie heeft plaatsgevonden of het aantal malen dat in een specifieke periode met bepaalde personen is gecommuniceerd.

⁵⁸⁷ Zie G.P. Sholeh, ‘De betekenis van het Prokuratuur-arrest: digitale opsporing en privacy onder de loep’, *Delikt en Delinkwent* 2022/15, waarin onder meer wordt ingegaan op de vraag wanneer een machtiging van de rechter-commissaris is vereist.

⁵⁸⁸ Artikel 2 onder e Besluit vorderen gegevens telecommunicatie.

⁵⁸⁹ Conclusie van 14 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1180, onder 154.

Een andere vraag waarover nog onzekerheid bestaat, betreft de vraag wat de begrenzing is van het begrip ‘zware criminaliteit’ dan wel ‘ernstige strafbare feiten’.⁵⁹⁰ In het wetboek wordt de eis gesteld dat er voor het vorderen van verkeers- en locatiegegevens sprake moet zijn van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld of van een misdrijf dat daarmee is gelijkgesteld.⁵⁹¹ Het is de vraag of dit vereiste toereikend is om te kunnen voldoen aan het Unierecht, waarin immers de eis wordt gesteld dat het voor strafrechtelijke doeleinden verlenen van toegang tot dergelijke communicatiegegevens slechts is toegestaan in het kader van procedures ter bestrijding van zware criminaliteit en procedures ter voorkoming van ernstige bedreigingen van de openbare veiligheid.⁵⁹² In het huidige en het nieuwe wetboek is het vorderen van deze gegevens bijvoorbeeld ook mogelijk ter zake van winkeldiefstal,⁵⁹³ vernieling en stalking.⁵⁹⁴ De P-G geeft aan de Hoge Raad in overweging ook hierover een prejudiciële vraag te stellen.⁵⁹⁵

Vast staat wel dát het arrest consequenties heeft voor de regeling van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten in het nieuwe wetboek.⁵⁹⁶ Daarin is immers bepaald dat deze gegevens kunnen worden gevorderd door een officier van justitie. Een machtiging van een rechter-commissaris is niet vereist, terwijl het arrest ertoe verplicht dat (in elk geval in een deel van de gevallen) de toegang van de bevoegde nationale instanties tot de bewaarde gegevens wordt onder-

⁵⁹⁰ De P-G merkt op dat in de Nederlandstalige versie van de arresten van het HvJ EU veelal de term ‘zware criminaliteit’ wordt gebruikt, terwijl in de Engelstalige versie wordt gesproken over ‘serious crime’ en in de Franstalige versie over ‘criminalité grave’. Dat begrip wordt in deze arresten ook wel vertaald als ‘ernstige criminaliteit’. Die vertaling biedt volgens de P-G mogelijk meer ruimte voor een bevredigende interpretatie. Zie conclusie van 14 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1181, onder 72.

⁵⁹¹ Deze in het nieuwe wetboek gestelde eis komt (materieel) overeen met de in het huidige wetboek gestelde eis.

⁵⁹² De toepasselijke straf is niet het enige criterium om de ernst van strafbare feiten te bepalen. Ook moet rekening worden gehouden met de aard van de strafbare feiten, de aan de maatschappij toegebrachte schade, de aantasting van de rechtsbelangen, en de algemene gevolgen ervan voor de nationale rechtsorde en voor de waarden van een democratische samenleving. De specifieke historische, economische en sociale context van elke lidstaat speelt in dit verband eveneens een rol. Wat de verzwarende omstandigheden betreft, dient ook de vraag te worden gesteld of de strafbare feiten bijvoorbeeld hetzij herhaaldelijk hetzij tegen een groep kwetsbare personen zijn gepleegd. Zie de conclusie van A-G Pitruzzella van 21 januari 2020 (ECLI:EU:C:2020:18, onder 93) bij HvJ EU 2 maart 2021, C-746/18 (Prokuratuur), ECLI:EU:C:2021:152.

⁵⁹³ Diefstal is een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar is gesteld (artikel 310 Sr).

⁵⁹⁴ Vernieling en stalking zijn geen misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld, maar op grond van voorgesteld artikel 2.1.7 daarmee gelijkgestelde misdrijven (artikelen 350 respectievelijk 285b Sr).

⁵⁹⁵ Conclusie van 14 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1181.

⁵⁹⁶ Dit geldt evenzo voor het huidige wetboek, nu aan de bevoegdheid tot het vorderen van verkeers- en locatiegegevens thans dezelfde eisen zijn verbonden.

worpen aan een voorafgaande toetsing door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit.

Het tijdstip waarop het HvJ EU dit arrest heeft gewezen, heeft tot gevolg gehad dat de zienswijze van de minister op de reikwijdte en implicaties van het arrest voor de regeling van het vorderen van verkeers- en locatiegegevens bij aanbieders van communicatiediensten in het nieuwe wetboek niet meer kon worden verwerkt in het voorstel en de toelichting vóór de verzending aan de Afdeling. De Afdeling acht het begrijpelijk als ervoor gekozen wordt om een separaat voorstel in te dienen dat ziet op de noodzakelijke aanpassingen om het huidige wetboek in lijn te brengen met het Unierecht, voor zover met een dergelijke regeling niet kan worden gewacht tot de invoering van het nieuwe wetboek. In een definitieve regeling in het nieuwe wetboek kan pas worden voorzien als de eerdergenoemde onzekerheden over de exacte reikwijdte en implicaties van het arrest zijn weggenomen.

Bredere implicaties

Hoewel het arrest thans slechts rechtstreeks gevolgen lijkt te hebben voor de bevoegdheid tot het vorderen van verkeers- en locatiegegevens, zal ook nagedacht moeten worden over de implicaties van het arrest voor andere onderdelen van het nieuwe wetboek. Uit het Prokuratuur-arrest blijkt dat het HvJ EU een aanzienlijk hogere drempel hanteert bij vorderingen tot verkeers- en locatiegegevens dan het (huidige en nieuwe) Wetboek van Strafvordering. Mogelijk oordeelt het HvJ EU in de toekomst op soortgelijke wijze over andere bevoegdheden. Afgezien daarvan rijst de vraag of dit arrest in het licht van de door de regering gehanteerde uitgangspunten zou moeten leiden tot een herijking van de normering van (digitale) opsporingsbevoegdheden.

Bij de bespreking onder punt 2c is aangegeven dat de regering bij de normering van opsporingsbevoegdheden een tweetal (met elkaar samenhangende) uitgangspunten hanteert. De eerste houdt in dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, de uitoefening van de bevoegdheid is gebonden aan strengere eisen en met meer waarborgen is omringd. Daarbij geldt dat naarmate een bevoegdheid ingrijpender is, een hogere autoriteit moet beslissen over de toepassing daarvan. Het andere uitgangspunt houdt in dat de wettelijke toepassingsvoorwaarden voor de uitoefening van bevoegdheden met elkaar in evenwicht moeten zijn. Bevoegdheden met een vergelijkbare mate van ingrijpendheid dienen van toepassingsvoorwaarden te zijn voorzien die onderling niet te zeer uiteenlopen.

Het arrest leidt mogelijk tot inconsequenties in de voorgestelde normering van opsporingsbevoegdheden. De rechter-commissaris moet immers de inzet van de bevoegdheid tot het vorderen van verkeers- en locatiegegevens

toetsen, terwijl de wet een rechterlijke toets niet voorschrijft bij vergelijkbare⁵⁹⁷ of mogelijk bij zwaardere bevoegdheden.⁵⁹⁸ De vraag rijst dan of de rechter-commissaris ook bij deze bevoegdheden zal moeten worden ingezet. Hier kan bijvoorbeeld ook worden gewezen op de (op bovengenoemde uitgangspunten gebaseerde) gedifferentieerde normering bij het onderzoek van gegevens. Uit de toelichting volgt dat er slechts in uitzonderingsgevallen sprake zal zijn van ingrijpende stelselmatigheid en dus van de inzet van een rechter-commissaris. De vraag rijst hoe deze zeldzame inzet van de rechter-commissaris bij het onderzoek van gegevens, dat in potentie een grotere inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt, zich verhoudt tot het Prokuratuur-arrest. Het HvJ EU acht het immers noodzakelijk dat bij het 'enkele' vorderen van verkeers- en locatiegegevens wel een rechter-commissaris dient te worden betrokken.

In het licht van het voorgaande heeft het arrest van het HvJ EU mogelijk niet alleen gevolgen voor de normering van vorderingen tot verkeers- en locatiegegevens, maar mogelijk ook in breder verband, zoals voor het Nederlandse systeem van de normering van (digitale) opsporingsbevoegdheden, waaronder de gedifferentieerde normering bij onderzoek van gegevens. De Afdeling adviseert om in de toelichting in te gaan op de mogelijke implicaties van het arrest voor andere onderdelen van het nieuwe wetboek. Zij adviseert daarbij in de toelichting in te gaan op de vraag of en in hoeverre het Prokuratuur-arrest zou moeten leiden tot een herijking van de normering van (digitale) opsporingsbevoegdheden.

d. Vorderen van gevoelige gegevens

In het nieuwe wetboek zijn verschillende (thans reeds bestaande) bevoegdheden om een derde te bevelen bepaalde historische of toekomstige gegevens te verstrekken, samengevoegd en gestroomlijnd.⁵⁹⁹ Het kan bijvoorbeeld gaan om het verstrekken van identificerende gegevens, gegevens over diensten die zijn verleend, rekening- en betalingsgegevens of camerabeelden. De bevoegdheid mag alleen worden uitgeoefend op bevel van de officier van justitie en in geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ Zo zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan de bevoegdheid tot het vorderen van 'overige' gegevens als bedoeld in het geldende artikel 126nd Sv (voorgesteld artikel 2.747).

⁵⁹⁸ Te denken valt bijvoorbeeld aan de bevoegdheid tot het vorderen van gevoelige gegevens in het nieuwe wetboek; in het huidige wetboek is een machtiging van de rechter-commissaris wel voorgeschreven (zie onder punt 3d).

⁵⁹⁹ Voorgesteld artikel 2.747 (geldende artikelen 126nc tot en met 126nf Sv). Zie de toelichting bij artikel 2.747.

⁶⁰⁰ Voorgesteld artikel 2.747, eerste lid.

Ook kan een derde worden bevolen om gevoelige gegevens te verstrekken. Het gaat om persoonsgegevens over iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven of lidmaatschap van een vakvereniging.⁶⁰¹ Naar geldend recht is voor het verstrekken van dergelijke gegevens onder meer een machtiging van de rechter-commissaris vereist.⁶⁰² In de nieuwe wet wordt deze eis geschrapt.

De bevoegdheid gevoelige gegevens te vorderen, kan, gelet op de aard van de gegevens, leiden tot een aanzienlijke inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De in de toelichting gegeven argumenten om het vereiste van een machtiging van de rechter-commissaris te schrappen⁶⁰³, laten onverlet dat het verstrekken van gevoelige gegevens (onder omstandigheden) kan leiden tot een grotere inbreuk op de persoonlijke levenssfeer dan het verstrekken van andere gegevens. In de toelichting bij het onderzoek aan gegevens wordt er op gewezen dat, kort gezegd, gevoelige gegevens een aanwijzing kunnen zijn voor ingrijpende stelselmatigheid, waarbij wel degelijk een rechter-commissaris dient te worden betrokken.⁶⁰⁴

Volgens de toelichting dient de thans vereiste machtiging van de rechter-commissaris voor het vorderen van gevoelige gegevens te worden geschrapt, omdat de normering van het vergaren van gevoelige gegevens in het huidige wetboek minder goed past binnen de systematiek van strafvordering met betrekking tot het vergaren van gegevens. Het onderscheid naar de aard van de gegevens vormt immers in beginsel geen onderscheidend criterium bij de regeling van de andere strafvorderlijke bevoegdheden, zo volgt uit de toelichting.⁶⁰⁵

⁶⁰¹ Voorgesteld artikel 2.747, derde lid (geldend artikel 126nf Sv in verbinding met artikel 126nd, tweede lid, derde volzin, Sv). Zie ook artikel 9, eerste lid, Algemene Verordening Gegevensbescherming.

⁶⁰² Geldend artikel 126nf, derde lid, Sv.

⁶⁰³ Zie de toelichting bij artikel 2.747, derde lid. Het argument dat het onderscheid tussen de verschillende categorieën van gegevens en verschillende normering leidt tot het probleem van de zogenoemde bijvangst (toelichting, Boek 2, Afdeling 7.3.3, ad c (Bijvangst)), wordt hier niet herhaald.

⁶⁰⁴ Zie de toelichting bij artikel 2.739, tweede lid: "Een voorbeeld van ingrijpend stelselmatig onderzoek van gegevens is het onderzoek waarbij redelijkerwijs voorzienbaar gegevens worden onderzocht die onder het professioneel verschoningsrecht vallen; dergelijk onderzoek is dus alleen mogelijk met machtiging van de rechter-commissaris (naast de aanvullende voorwaarden die samenhangen met de geheimhoudersbescherming), conform de regeling in Titel 75. Het betreft immers gegevens die bij uitstek bestemd zijn om uitsluitend binnen de context van de relatie met de dienstverlener te worden gebruikt, waardoor het buiten de context halen van deze gegevens per definitie een zeer ingrijpende inbreuk is. Daarnaast betreft het vaak met een zekere waarschijnlijkheid (afhankelijk van de aard van de geheimhouder) gevoelige gegevens over gezondheid, religieuze overtuiging of strafrechtelijke persoonsgegevens. De enkele verwachting dat gevoelige gegevens zullen worden overgenomen of bij het onderzoek naar boven kunnen komen, is echter geen voldoende reden om van ingrijpende stelselmatigheid te spreken".

⁶⁰⁵ Zie toelichting bij artikel 2.747, derde lid. Daar wordt ook verwezen naar Afdeling 7.3.3 van Boek 2, ad a (Regeling sluit niet goed aan bij de bestaande strafvorderlijke systematiek).

Dit standpunt is evenwel in tegenspraak met het voorstel om voor het vorderen van gevoelige gegevens wel de voorwaarde te handhaven dat de verstrekking van dergelijke gegevens alleen kan worden bevolen indien het belang van het onderzoek dit dringend vereist. Gelet op de voorbeelden die in de toelichting worden genoemd, lijkt bovendien vooral de zwaardere verdenkingsvoorwaarde in de praktijk een probleem te zijn, en niet zozeer de eis van een machtiging van de rechter-commissaris.

Daarnaast wordt in de toelichting opgemerkt dat een machtiging van de rechter-commissaris ook niet is vereist bij het bevel tot het uitleveren van voorwerpen⁶⁰⁶, terwijl daaraan gevoelige gegevens zouden kunnen worden ontleend.⁶⁰⁷ Ook dit argument overtuigt niet. Waarom ervoor wordt gekozen de waarborgen in deze bepaling te verminderen en niet om de waarborgen in de bepaling betreffende het bevel tot uitlevering van voorwerpen naar boven bij te stellen, indien en voor zover dit bevel gevoelige gegevens oplevert, wordt in de toelichting niet beargumenteerd.⁶⁰⁸

De Afdeling adviseert te bepalen dat voor het vorderen van gevoelige gegevens, zoals bedoeld in het voorgestelde derde lid van artikel 2.7.47, een machtiging van de rechter-commissaris vereist is.

e. Voorspellende instrumenten voor de opsporing van strafbare feiten

Het Nederlandse strafrecht heeft van oudsher een reactief karakter. Er valt evenwel een verschuiving te signaleren van het reageren op gepleegde strafbare feiten naar het voorzien en voorkomen van strafbare feiten. In het wetboek zijn bepalingen opgenomen die het mogelijk maken op te treden als er nog geen sprake is van een concrete verdenking dat een strafbaar feit is begaan. Gedacht kan worden aan het hanteren van strafvorderlijke bevoegdheden bij aanwijzingen van terrorisme, het optreden in veiligheidsrisicogebieden en verkennend onderzoek (zie punt 2b). Opsporing beslaat aldus een breed spectrum van onderzoek 'in verband met strafbare feiten', waarbij het zicht op het strafbare feit meer of minder concreet kan zijn.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ Voorgesteld artikel 2.7.9 (geldend artikel 96a, eerste lid, Sv).

⁶⁰⁷ Toelichting bij artikel 2.7.47, derde lid. Daar wordt ook verwezen naar Afdeling 73.3 van Boek 2, ad b (Oneigenlijke oplossingen voor het verkrijgen van gevoelige gegevens).

⁶⁰⁸ In geval van kennisgeving van in beslag genomen voorwerpen en/of gegevens die vallen onder het briefgeheim (voorgesteld artikel 2.7.16, vierde lid) of vallen onder het verschoningsrecht (voorgesteld artikel 2.7.67), wordt de inzet van de rechter-commissaris wel voorgeschreven vanwege de aard van de betreffende gegevens.

⁶⁰⁹ Zie L. Stevens e.a., 'Strafvorderlijke normering van preventief optreden op basis van datakoppeling', Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving 2021/4 en A. Das & M.B. Schuilenburg, 'Predictive policing: waarom bestrijding van criminaliteit op basis van algoritmen vraagt om aanpassing van het strafprocesrecht', Strafblad 2018/33.

In het licht van deze ontwikkeling verdient het de aandacht dat in Nederland door politie en justitie op steeds grotere schaal gebruik wordt gemaakt van voorspellende instrumenten voor de opsporing van strafbare feiten, zoals 'predictive policing'.⁶¹⁰ Daarbij wordt op basis van analyse van grote hoeveelheden data voorspeld waar en wanneer een strafbaar feit zal worden gepleegd en ook wie dat gaat doen. Als deze instrumenten mede voor een strafvorderlijk doel worden ingezet, kan sprake zijn van opsporing (zie punt 2b).

De inzet van dergelijke instrumenten kan er op termijn toe leiden dat de politie sneller en gerichter kan ingrijpen bij (dreiging van) strafbare feiten. Op deze wijze kan het overbelaste politieapparaat dan schaarse middelen op efficiëntere wijze inzetten.⁶¹¹ Op de inzet van deze instrumenten bestaat evenwel ook kritiek. Naast de (on)betrouwbaarheid van dergelijke instrumenten, is in de literatuur onder meer gewezen op een mogelijk discriminerend effect (bijvoorbeeld door het gebruik van gekleurde, onjuiste of onrepresentatieve data), op mogelijke inbreuken op het recht op privacy en het recht op databescherming van grote groepen mensen.⁶¹²

In het licht van deze kritiek is er in de literatuur discussie over de vraag met welke waarborgen dit soort bevoegdheden moet worden omgeven. Gewezen wordt op het ontbreken van een specifieke wettelijke grondslag voor de inzet van deze voorspellende instrumenten voor de opsporing van strafbare feiten.⁶¹³ De Afdeling acht het van belang dat er oog is voor deze discussie. Zij adviseert in de toelichting aandacht te besteden aan de vraag of, en zo ja waar,⁶¹⁴ in een specifieke wettelijke grondslag moet worden

610 'Predictive policing' is afkomstig uit de Verenigde Staten en kan worden gedefinieerd als een middel dat gebruikmaakt van gegevens om de kans te berekenen op toekomstige criminaliteit waarbij de nauwkeurigheid van de voorspellingen voortdurend wordt geëvalueerd en de politie bereid is op te treden op basis van de voorspellende informatie. Zie A. Das & M.B. Schuilenburg, 'Predictive policing: waarom bestrijding van criminaliteit op basis van algoritmen vraagt om aanpassing van het strafprocesrecht', *Strafblad* 2018/33.

611 A. Das & M.B. Schuilenburg, 'Predictive policing: waarom bestrijding van criminaliteit op basis van algoritmen vraagt om aanpassing van het strafprocesrecht', *Strafblad* 2018/33.

612 Zie bijvoorbeeld L. Stevens e.a., 'Strafvorderlijke normering van preventief optreden op basis van datakoppeling', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021/4.

613 Thans worden voor de inzet van voorspellende instrumenten verschillende grondslagen gebruikt, zoals artikel 3 Politiewet en de artikelen 8 en 11 Wpg. Volgens de literatuur passen deze grondslagen (in elk geval in de daar besproken variant van de inzet van voorspellende instrumenten) evenwel niet. Zie L. Stevens e.a., 'Strafvorderlijke normering van preventief optreden op basis van datakoppeling', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021/4.

614 Stevens e.a. betogen dat zo'n grondslag wellicht niet het beste zal passen in het Wetboek van Strafvordering, maar dat misschien eerder gedacht kan worden aan de Wpg of de Wvjs. Het Wetboek van Strafvordering is traditioneel sterk gericht op het strafproces, terwijl dat in geval van preventief optreden in de regel niet aan de orde zal zijn. Wel dient die wettelijke grondslag logisch aan te sluiten op het Wetboek van Strafvordering en dient deze aan zekere strafvorderlijke voorwaarden te voldoen. Zie L. Stevens e.a., 'Strafvorderlijke normering van preventief optreden op basis van datakoppeling', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021/4.

voorzien voor de inzet van voorspellende instrumenten voor de opsporing van strafbare feiten.

4. Voorlopige hechtenis

a. Inleiding

De wijze waarop in Nederland wordt omgegaan met voorlopige hechtenis wordt al lange tijd bekritiseerd door (inter)nationale gremia,⁶¹⁵ de rechtspraktijk⁶¹⁶ en wetenschappers.⁶¹⁷ Deze kritiek raakt de wijze waarop het wettelijke systeem in de praktijk wordt toegepast. De wettelijke procedure met betrekking tot de voorlopige hechtenis als zodanig is in overeenstemming met de eisen die het EHRM daaraan stelt. Zo worden het aanwezigheidsrecht, het recht op rechtsbijstand en het recht op vertolking en vertaling binnen de Nederlandse procedure gegarandeerd.⁶¹⁸

In de kern gaat het om de volgende, deels met elkaar samenhangende, problemen: de voorlopige hechtenis wordt te snel en te gemakkelijk bevolen, de toetsing aan de gronden voor voorlopige hechtenis geschiedt betrekkelijk oppervlakkig en op basis van algemene veronderstellingen, alternatieven voor voorlopige hechtenis worden maar weinig toegepast en beslissingen

⁶¹⁵ College voor de Rechten van de Mens, *Tekst en uitleg. Onderzoek naar de motivering van voorlopige hechtenis*, maart 2017; Committee against Torture, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of the Netherlands. Adopted by the Committee at its fiftieth session (6-31 May 2013)*, p. 7.

⁶¹⁶ Zie o.m. J.H. Janssen, F.W.H. van den Emster & T.B. Trotman, 'Strafrechters over de praktijk van de voorlopige hechtenis. Een oordeel van de werkvloer', *Strafblad* 2013, p. 430-444; S.L.J. Janssen & P.P.J. van der Meij, 'Tekenen bij het kruisje. De motivering van de voorlopige hechtenis', *NJB* 2012, p. 1785-1789; N. van der Laan, 'Het faillissement van de voorlopige hechtenis', *NJB* 2011, p. 2198; N. van der Laan, 'De voorlopige hechtenis lotto. Een pleidooi voor motiveren en publiceren', *NJB* 2009, p. 1853; S.M. Krans, 'Voortdurende voorlopige hechtenis. Kritische toets of lopende bandwerk?', *Advocatenblad* 2004, p. 814-816; S.L.J. Janssen & G.P. Hamer, 'Voorlopige hechtenis uit de bocht', *Advocatenblad* 2003, p. 932-936.

⁶¹⁷ Zie o.m. Y. Buruma, 'Voorlopige hechtenis: een buikpijndossier', *NJB* 2021, p. 905; Y.N. van den Brink, 'Voorlopige hechtenis en voorlopige vrijheidsbeperking', *Strafblad* 2017, p. 415-423; A.A. Franken, 'Frustraties over de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2017, p. 69-71; J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, 'De voorlopige hechtenis in Nederland: juridische uitgangspunten versus praktische realiteit', *Strafblad* 2016, p. 206-214; J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands. Legal principles versus practical reality*, Leiden 2016; A.H. Klip, 'Voorlopige hechtenis', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 83-93; L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis in tijden van risicomanagement. Lijdende of leidende beginselen', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 382-405; L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis en vrijheidsstraf. De strafrechter voor voldongen feiten?', *NJB* 2010, p. 1520-1525.

⁶¹⁸ Zie J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands. Legal principles versus practical reality*, Leiden 2016, p. 23-26. Zie ook A.A. Franken, 'Frustraties over de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2017, p. 69-71; J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, 'De voorlopige hechtenis in Nederland: juridische uitgangspunten versus praktische realiteit', *Strafblad* 2016, p. 206-214.

over de voorlopige hechtenis worden summier gemotiveerd.⁶¹⁹ De kritiek is hoofdzakelijk gebaseerd op het uitgangspunt in de rechtspraak van het EHRM dat de voorlopige hechtenis voor de rechter een ultimum remedium moet zijn.⁶²⁰ De vraag rijst of de praktijk zich met de thans voorgestelde wettelijke regeling voor voorlopige hechtenis, die in hoofdzaak overeenkomt met de huidige wettelijke regeling, voldoende gestimuleerd zal zien met deze kritiekpunten aan de slag te gaan of dat flankerende maatregelen daarbij behulpzaam kunnen zijn.

Het voorstel roept ook vragen op over de nieuwe mogelijkheid voor de rechter om bij de einduitspraak af te zien van opheffing van het bevel tot voorlopige hechtenis indien de tenuitvoerlegging van dat bevel is of wordt geschorst en de rechtbank een voorwaardelijke gevangenisstraf oplegt, waaraan bijzondere voorwaarden zijn verbonden.

b. Huidige wettelijke regeling

Op grond van de huidige wettelijke regeling kan een verdachte van een strafbaar feit door de officier van justitie voor de strafrechter worden gebracht met het verzoek om hem voorlopig, in afwachting van zijn berechting, op te sluiten. De voorlopige hechtenis omvat de door de strafrechter bevolen vormen van vrijheidsbeneming van een verdachte zonder dat hij definitief veroordeeld is.⁶²¹ Aan de toepassing van de voorlopige hechtenis is een aantal wettelijke voorwaarden verbonden.

Er moet sprake zijn van ernstige bezwaren tegen de verdachte.⁶²² Daarnaast mag voorlopige hechtenis alleen worden bevolen indien het gaat om een misdrijf waarop een gevangenisstraf is gesteld van vier jaar of meer.⁶²³ In het huidige wetboek zijn ook enkele lichtere vergrijpen limitatief opgesomd waarbij voorlopige hechtenis kan worden bevolen.⁶²⁴ Voorts moet er sprake zijn van een of meer grond(en) voor voorlopige hechtenis. Dat is een door de wetgever toegelaten doel met het oog waarop voorlopige hechtenis mag worden bevolen, zoals een geschokte rechtsorde of vluchtgevaar. Deze gronden zijn limitatief in het huidige wetboek opgenomen.⁶²⁵

⁶¹⁹ Zie o.m. J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands. Legal principles versus practical reality*, Leiden 2016, p. 27-34.

⁶²⁰ De relevante uitgangspunten van het EHRM die betrekking hebben op de voorlopige hechtenis worden onder punt 4c besproken.

⁶²¹ Voorgesteld artikel 2.1.1 definieert voorlopige hechtenis als volgt: "de vrijheidsbeneming ingevolge een bevel van bewaring, gevangenneming of gevangenhouding". De inverzekeringstelling valt niet onder voorlopige hechtenis, omdat deze niet door de strafrechter, maar door de (hulp)officier van justitie wordt bevolen.

⁶²² Geldend artikel 67, derde lid, Sv.

⁶²³ Geldend artikel 67, eerste lid onder a, Sv.

⁶²⁴ Geldend artikel 67, eerste lid onder b en c, Sv.

⁶²⁵ Geldend artikel 67a, eerste en tweede lid, Sv.

Tot slot kan een bevel tot voorlopige hechtenis niet worden gegeven wanneer ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat aan de verdachte, indien hij wordt veroordeeld, geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel zal worden opgelegd of dat hij bij tenuitvoerlegging van het bevel langere tijd van zijn vrijheid zal worden beroofd dan de straf of maatregel zal duren (het zogenoemde anticipatiegebod).⁶²⁶

De strafrechter is niet verplicht voorlopige hechtenis te bevelen indien aan de voorwaarden daarvoor wordt voldaan. Er kunnen redenen zijn om van een dergelijk bevel af te zien. Ook is het mogelijk dat de strafrechter wel zo'n bevel geeft, maar dat bevel vervolgens schorst.⁶²⁷ De verdachte komt dan op vrije voeten, maar de strafrechter stelt dan algemene en/of bijzondere voorwaarden waaraan de verdachte zich moet houden. De algemene voorwaarden, die altijd gelden indien een bevel tot voorlopige hechtenis wordt geschorst, staan limitatief opgesomd in de wet.⁶²⁸ De wet stelt geen beperkingen aan de aard en het karakter van de bijzondere voorwaarden, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt wel dat zij moeten strekken 'tot verwezenlijking van het doel' van de voorlopige hechtenis.⁶²⁹ Of anders gezegd: de bijzondere voorwaarden moeten worden opgelegd met het oog op één of meer van de hierboven genoemde gronden voor de voorlopige hechtenis. Bijzondere voorwaarden die vaak worden opgelegd zijn onder meer een contactverbod, een locatiegebod⁶³⁰ of -verbod of een meldplicht.

c. Uitgangspunten Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Artikel 5, eerste lid, EVRM garandeert het recht op persoonlijke vrijheid en veiligheid en bepaalt in welke gevallen iemand zijn vrijheid mag worden ontnomen. Voorlopige hechtenis is toegelaten wanneer er een redelijke verdenking bestaat dat iemand een strafbaar feit heeft begaan of indien het redelijkerwijs noodzakelijk is hem te beletten (nogmaals) een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan.⁶³¹ Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie algemene uitgangspunten ontwikkeld voor de toepassing van voorlopige hechtenis.

⁶²⁶ Geldend artikel 67a, derde lid, Sv.

⁶²⁷ Geldend artikel 80, eerste lid, Sv.

⁶²⁸ Geldend artikel 80, tweede lid, Sv. Bijvoorbeeld de voorwaarde dat de verdachte zich niet onttrekt aan de tenuitvoerlegging van het bevel tot voorlopige hechtenis indien de opheffing van de schorsing wordt bevolen.

⁶²⁹ Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 3, p. 84-85.

⁶³⁰ Bijvoorbeeld huisarrest, eventueel met elektronisch toezicht (een 'enkelband') ter bevordering van de naleving daarvan.

⁶³¹ Artikel 5, eerste lid aanhef en onder c, EVRM. Zie ook EHRM 22 februari 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0222JUD001115284 (Ciulla t. Italië), par. 38.

Vast uitgangspunt van de rechtspraak van het EHRM is dat verdachten, mede gelet op de onschuldpresumptie, hun proces in beginsel in vrijheid mogen afwachten⁶³² en dat voorlopige hechtenis alleen mag worden toegepast als kan worden aangetoond dat dit noodzakelijk is.⁶³³ Voorlopige hechtenis mag alleen worden toegepast wanneer het doel daarvan niet met een minder ingrijpend alternatief kan worden bereikt.⁶³⁴ Voor de rechter bestaat een voortdurende verplichting om alternatieve maatregelen te overwegen.⁶³⁵

Het EHRM stelt ook eisen aan de motivering van bevelen tot voorlopige hechtenis. Het bevel tot voorlopige hechtenis moet genoegzaam zijn gemotiveerd en mag niet algemeen en abstract zijn.⁶³⁶ Dat betekent onder meer dat de motivering niet alleen een herhaling in abstracto mag zijn van de wettelijke gronden voor voorlopige hechtenis.⁶³⁷ Standaardformulieren en stereotype formuleringen mogen niet worden gebruikt.⁶³⁸ De motivering van de voorlopige hechtenis moet worden toegespitst op de concrete persoon van de verdachte en verwijzen naar specifieke feiten en omstandigheden die de voorlopige hechtenis van de verdachte rechtvaardigen.⁶³⁹ Dat geldt ook voor beslissingen tot verlenging van de voorlopige hechtenis. Het enkel verwijzen naar de eerdere grondslag voor de voorlopige hechtenis is niet voldoende.⁶⁴⁰ Bovendien geldt dat hoe langer de voorlopige hechtenis voortduurt, hoe meer belastend bewijsmateriaal beschikbaar moet zijn en hoe hoger de eisen zijn die aan de motivering van de bevelen tot voorlopige hechtenis moeten worden gesteld.⁶⁴¹

⁶³² EHRM 5 juli 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002375507 (Buzadji t. Moldavië), par. 89; EHRM 9 december 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1209JUD001591108 (Geisterfer t. Nederland), par. 38; EHRM 21 december 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1221JUD003537705 (Michalko t. Slowakije), par. 145.

⁶³³ EHRM 5 juli 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0705JUD002375507 (Buzadji t. Moldavië), par. 122.

⁶³⁴ EHRM 18 maart 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:0318JUD001103603 (Ladent t. Polen), par. 55; EHRM 4 mei 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0504JUD003879703 (Ambruskiewicz t. Polen), par. 31; EHRM 26 juli 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0726JUD003397796 (Ilijkov t. Bulgarije), par. 85; EHRM 12 december 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:1212JUD001189485 (Toth t. Oostenrijk), par. 67; EHRM 26 juni 1991, ECLI:CE:ECHR:1991:0626JUD001236986 (Letellier t. Frankrijk), par. 35.

⁶³⁵ EHRM 11 januari 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0111JUD001954707 (Darvas t. Hongarije), par. 27.

⁶³⁶ EHRM 24 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0724JUD004613399 (Smirnova t. Rusland), par. 63.

⁶³⁷ EHRM 5 juli 2016, ECLI:CE:ECHR:2014:1216JUD002375507 (Buzadji t. Moldavië), par. 36.

⁶³⁸ EHRM 8 juni 1995, ECLI:CE:ECHR:1995:0608JUD001641990 (Yagci en Sargin t. Turkije), par. 52.

⁶³⁹ EHRM 15 december 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD004058315 (Ignatov t. Oekraïne), par. 40 en 41; EHRM 18 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0118JUD007381901 (Estrikh t. Letland), par. 122.

⁶⁴⁰ EHRM 9 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006949116 (Zohlandt t. Nederland), par. 56-57; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215 (Maassen t. Nederland), par. 64; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916 (Hasselbaink t. Nederland), par. 76.

⁶⁴¹ EHRM 15 december 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1215JUD004058315 (Ignatov t. Oekraïne), par. 41; EHRM 28 oktober 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1028JUD001685811 (Urtans t. Letland), par. 29; EHRM 18 januari 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0118JUD007381901 (Estrikh t. Letland), par. 117.

Nederland heeft zich in verschillende zaken betreffende de voorlopige hechtenis moeten verdedigen voor het EHRM, met wisselend succes.⁶⁴² Zeer recent is Nederland door het EHRM veroordeeld in een drietal zaken over de motivering van beslissingen over voorlopige hechtenis. De rechters hadden niet toegelicht waarom de specifieke omstandigheden verlenging van het voorlopige hechtenis rechtvaardigden. Zij verwezen in de motiveringen naar de eerste beslissing om voorlopige hechtenis op te leggen en op de argumenten van het OM of de verdediging werd niet ingegaan.⁶⁴³

d. Consultatieversie voorstel: voorlopige vrijheidsbeperking

In de toelichting bij de consultatieversie van het voorstel wordt gewezen op de kritiek die is geuit op de Nederlandse voorlopige hechtenispraktijk. De minister gaf evenwel aan dat deze kritiek niet hoeft te leiden tot een ingrijpende wijziging van de wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis. Wel was er volgens de minister aanleiding om het toepassen van alternatieven voor voorlopige hechtenis zowel in de wet als in het beleid een betere inbedding te geven.⁶⁴⁴

In de huidige wettelijke regeling hebben die alternatieven de vorm van de voorwaarden die aan een schorsing van de voorlopige hechtenis kunnen worden verbonden. De minister stelde echter dat deze systematiek van (schorsing van) de voorlopige hechtenis onvoldoende bevordert dat alternatieven worden toegepast. Het problematische karakter van de schorsing schuilt er volgens de minister in dat deze alternatieven alleen mogelijk zijn als eerst de voorlopige hechtenis is bevolen. Gelet op de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en de rechtspraak van het EHRM over het recht op vrijheid, neergelegd in artikel 5 van het EVRM, achtte de minister

⁶⁴² J.S. Nan, P.A.M. Verrest & C.L. van der Vis, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2021, p. 1234-1235. In de zaak Geisterfer was het EHRM kritisch over de opheffing van de schorsing van de voorlopige hechtenis van een verdachte. De hernieuwde detentie was slechts gebaseerd op de grond van de geschokte rechtsorde. De rechtbank had echter niet gemotiveerd waarom de hernieuwde detentie noodzakelijk was ter voorkoming van 'public disorder', terwijl de eerdere schorsing bovendien niet tot een dergelijke 'disorder' had geleid. Zie EHRM 9 december 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:1209JUD001591108 (Geisterfer t. Nederland), par. 33-34. In de zaak Kanzi accepteerde het EHRM de door de rechter niet nader onderbouwde ernstig geschokte rechtsorde wel als voldoende reden voor de bevolen voorlopige hechtenis. Zie EHRM 5 juli 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0705DEC002883104 (Kanzi t. Nederland).

⁶⁴³ EHRM 9 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006949116 (Zohland t. Nederland), par. 56-57; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215 (Maassen t. Nederland), par. 64; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916 (Hasselbaink t. Nederland), par. 76.

⁶⁴⁴ Toelichting bij consultatieversie Boek 2, Algemeen deel, paragraaf 7.3 (Toepassing van alternatieven voor voorlopige hechtenis). In de huidige wettelijke regeling hebben die alternatieven de vorm van de voorwaarden die aan een schorsing van de voorlopige hechtenis kunnen worden verbonden.

een andere volgorde passend.⁶⁴⁵ Eerst moet worden bekeken of de doelen die met voorlopige hechtenis worden nagestreefd ook kunnen worden bereikt met een minder ingrijpend alternatief voor de voorlopige hechtenis.⁶⁴⁶

Om dit te bewerkstelligen werd in de consultatieversie voorgesteld de schorsing onder voorwaarden van de voorlopige hechtenis te vervangen door de voorlopige vrijheidsbeperking. Een bevel tot voorlopige vrijheidsbeperking kon volgens dit voorstel worden gegeven onder dezelfde voorwaarden als de voorlopige hechtenis.⁶⁴⁷ Een dergelijk bevel zou kunnen bestaan uit één of meer vrijheidsbeperkende verboden of verplichtingen, zoals een contactverbod, een locatieverbod of -gebod of een meldplicht, die in de consultatieversie van het voorstel niet-limitatief waren opgesomd. Naleving van een vrijheidsbeperkende maatregel kon worden bevorderd door daaraan elektronisch toezicht of een zekerheidstelling te verbinden.

e. Huidig voorstel: behoud en verbetering schorsing voorlopige hechtenis

Ook in het thans voorliggende voorstel wordt benadrukt dat er aanleiding is om het toepassen van alternatieven voor voorlopige hechtenis zowel in de wet als in het beleid een betere inbedding te geven. Van de invoering van voorlopige vrijheidsbeperking en de afschaffing van de schorsing van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden is evenwel afgezien. Blijkens de toelichting liggen aan deze keuze de kritische consultatieadviezen van de NOvA, de Raad voor de rechtspraak en het OM ten grondslag.⁶⁴⁸ Gewezen werd op het risico dat de regeling een aanzuigende werking zou hebben.⁶⁴⁹ Bovendien zou de huidige systematiek van voorlopige hechtenis en schorsing voldoen⁶⁵⁰ en zou deze voldoende flexibiliteit bieden om alternatieven voor vrijheidsbeneming ruimer toe te passen.⁶⁵¹

⁶⁴⁵ Zo ook S. Meijer, 'Voorlopige vrijheidsbeperking vooropgesteld', *Platform Modernisering Strafvordering*, april 2018; Y.N. van den Brink, 'Voorlopige hechtenis en voorlopige vrijheidsbeperking. Het einde van de schorsing onder voorwaarden?', *Strafblad* 2017, p. 415-423; J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, 'De voorlopige hechtenis in Nederland: juridische uitgangspunten versus praktische realiteit', *Strafblad* 2016, p. 206-214. Uit onderzoek naar vijf Europese landen (België, Duitsland, Frankrijk, Noorwegen en Zwitserland) blijkt dat alleen Duitsland een met Nederland vergelijkbaar systeem kent waarbij eerst de voorlopige hechtenis moet worden bevolen alvorens een alternatief kan worden toegepast. Zie S. Lestrade, 'Voorlopige hechtenis' in: P.A.M. Verrest & P.A.M. Mevis (red.), *Rechtsvergelijkende inzichten voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering*, Den Haag 2018, p. 347.

⁶⁴⁶ Toelichting bij consultatieversie van Boek 2, Algemeen deel, paragraaf 7.3 (Toepassing van alternatieven voor voorlopige hechtenis) en paragraaf 13.2 (Bevoegdheden tot vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming).

⁶⁴⁷ Zie punt 4b, waarin de huidige wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis wordt beschreven.

⁶⁴⁸ Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 5.3 (Vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming) en toelichting bij Hoofdstuk 5 van Boek 2, onder 'De toepassing van (schorsing van) de voorlopige hechtenis in de praktijk'.

⁶⁴⁹ Advies NOvA over Boeken 1-2 van 30 juni 2017, p. 11.

⁶⁵⁰ Advies Raad voor de rechtspraak over Boeken 1-2 van 11 juli 2017, p. 26-28.

⁶⁵¹ Advies OM over Boek 2 van 5 juli 2017, p. 9-13.

Het huidige voorstel strekt ertoe de huidige regeling van het onder voorwaarden schorsen van de voorlopige hechtenis te behouden en te verbeteren. In lijn met de adviezen krijgt de rechter de wettelijke opdracht om in alle gevallen na te gaan of schorsing van de voorlopige hechtenis onmiddellijk of op termijn mogelijk is.⁶⁵² Verder worden, eveneens in lijn met de adviezen, de aan de schorsing te verbinden voorwaarden in de wet verankerd.⁶⁵³ Volgens de minister bevordert een wettelijke regeling van de schorsingsvoorwaarden de rechtszekerheid en ondersteunt deze het werk van de reclassering.⁶⁵⁴

f. Effectiviteit van de voorgestelde regeling

De Afdeling onderschrijft de wens van de minister om gelet op de ultimatum remedium-gedachte alternatieven voor voorlopige hechtenis een betere inbedding te geven en aldus tegemoet te komen aan de kritiek dat de voorlopige hechtenis in Nederland te snel en te gemakkelijk wordt bevolen en dat alternatieven voor voorlopige hechtenis betrekkelijk weinig worden toegepast. Zij heeft echter haar twijfels of rechters met de voorgestelde wetswijziging voorlopige hechtenis daadwerkelijk terughoudender zullen toepassen, omdat de voorgestelde regeling niet wezenlijk verschilt van de huidige. De wettelijke opdracht aan de rechter om in alle gevallen na te gaan of schorsing van de voorlopige hechtenis onmiddellijk of op termijn mogelijk is, vloeit immers ook nu reeds voort uit de rechtspraak van het EHRM.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op het effect dat dit voorstel naar verwachting zal hebben op de wijze waarop in de praktijk met voorlopige hechtenis wordt omgegaan. De Afdeling is zich ervan bewust dat het zal aankomen op de Nederlandse strafrechter, maar ook op het OM dat de voorlopige hechtenis vordert, of voorlopige hechtenis in de toekomst daadwerkelijk terughoudender zal worden toegepast. Desalniettemin acht de Afdeling het wenselijk dat de toelichting ingaat op eventuele flankerende maatregelen die voor een terughoudender gebruik van voorlopige hechtenis door rechters nodig zijn. De minister zou daartoe in overleg kunnen treden met de Raad voor de rechtspraak en het College van procureurs-generaal. Daarnaast acht de Afdeling het wenselijk dat in de toelichting wordt ingegaan op de vraag of, en zo ja, op welke wijze en binnen welke termijn zal worden gemonitord en geëvalueerd of het beoogde effect wordt bereikt.

⁶⁵² Voorgesteld artikel 2.5.31. Ook de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming heeft geadviseerd het uitgangspunt 'schorsen, tenzij' in de wet op te nemen. Hij adviseert tevens schorsing onder voorwaarden te stimuleren, waarbij elektronische controlemiddelen kunnen worden ingezet. Zie het advies *Korte detenties nader bekeken. Minder korte detenties en meer betekenisvolle alternatieven*, Den Haag, 14 oktober 2021, paragrafen 5.1.1, 5.1.3 en 6.2 onder a.

⁶⁵³ Voorgesteld artikel 2.5.33.

⁶⁵⁴ Toelichting bij Hoofdstuk 5 van Boek 2 onder 'De toepassing van (schorsing van) de voorlopige hechtenis in de praktijk'.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op het voorgaande.

g. Motivering van bevelen door de rechter

Ook de motivering van bevelen tot (verlenging van) voorlopige hechtenis in Nederland ligt onder vuur. Niet alleen wordt er in de wetenschap en rechtspraktijk op gewezen dat de motivering over het algemeen kort en weinig concreet wordt bevonden⁶⁵⁵, ook het EHRM heeft Nederland, zoals hierboven aangegeven, zeer recent veroordeeld in een drietal zaken.⁶⁵⁶

De motivering van beslissingen over voorlopige hechtenis heeft ook politieke aandacht (gehad). Op 27 september 2016 heeft de Tweede Kamer een motie aangenomen waarin de regering wordt opgeroepen “het hiertoe te geleiden dat de rechter goed inzicht geeft in de gronden en de ernstige bezwaren waarop de voorlopige hechtenis is gestoeld en daarbij tevens motiveert waarom een minder verstrekkend alternatief voor de voorlopige hechtenis niet passend is”⁶⁵⁷ In het debat in de Tweede Kamer merkte de minister op dat hij in algemene zin vindt “dat die motivering soms wat beter zou kunnen, op basis van wat het OM en de reclassering ook voorleggen” en zegde toe dit te zullen betrekken bij de modernisering van het Wetboek van Strafvordering.⁶⁵⁸

De voorgestelde bepaling die de rechter ertoe verplicht om bevelen tot (verlenging van) voorlopige hechtenis te motiveren is inhoudelijk echter ongewijzigd gebleven ten opzichte van de thans geldende bepaling.⁶⁵⁹ Van aanvullende maatregelen ter verbetering van de motivering van bevelen tot voorlopige hechtenis geeft de toelichting ook geen blijk. Zoals ook uit de toelichting blijkt worden de waarborgen voor de motivering van de voorlopige hechtenis in het nieuwe wetboek niet verzwakt. Wel wordt gewezen op de verbetering die gerechten maken met betrekking tot het motiveren van de voorlopige hechtenis door de invoering van door henzelf vastgestelde

⁶⁵⁵ Tot deze conclusie kwamen onder meer J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands. Legal principles versus practical reality*, Leiden 2016, p. 48, en het College voor de Rechten van de Mens in het rapport *Tekst en uitleg. Onderzoek naar de motivering van voorlopige hechtenis*, maart 2017, p. 51 e.v. Zie bijvoorbeeld ook J.M. Reijntjes, *Voorarrest*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 13.3.2.

⁶⁵⁶ EHRM 9 februari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD006949116 (Zohland t. Nederland), par. 56-57; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD001098215 (Maassen t. Nederland), par. 64; ECLI:CE:ECHR:2021:0209JUD007332916 (Hasselbaink t. Nederland), par. 76.

⁶⁵⁷ Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 346.

⁶⁵⁸ Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 336, p. 26.

⁶⁵⁹ Geldend artikel 78, tweede lid, Sv. Het voorgestelde artikel 2.5.21, tweede lid, bepaalt: “Het bevel (tot verlenging van) voorlopige hechtenis) omschrijft zo nauwkeurig mogelijk het strafbare feit ten aanzien waarvan de verdenking is gerezen, de feiten of omstandigheden waarop de ernstige bezwaren tegen de verdachte zijn gegrond en de gedragingen, feiten of omstandigheden waaruit blijkt op welke van de gronden, bedoeld in artikel 2.5.27, eerste lid, het bevel is gebaseerd.”

professionele standaarden.⁶⁶⁰ De minister lijkt daarin aanleiding te zien geen voorstellen te doen om de motivering van beslissingen over voorlopige hechtenis te verbeteren.

De vraag rijst of de aanhoudende kritiek op de motivering van beslissingen over voorlopige hechtenis en de recente veroordelingen van Nederland door het EHRM de regering er niet toe dwingen een meer actieve houding aan te nemen.⁶⁶¹ Het initiatief voor het toepassen van voorlopige hechtenis ligt bij het OM. Gedacht kan worden aan het voeren van beleid waardoor ook het OM wordt gestimuleerd de vorderingen tot voorlopige hechtenis van een meer concrete motivering te voorzien.⁶⁶² De rechter zal daarin mogelijk aanleiding zien ook de motivering van het bevel tot voorlopige hechtenis te concretiseren. Daarnaast zou de invoering van de professionele standaarden voor een bepaalde periode kunnen worden gemonitord.⁶⁶³ De Afdeling heeft een beschouwing daarover in de toelichting gemist.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de wenselijkheid van aanvullende maatregelen ter verbetering van de motivering van bevelen tot voorlopige hechtenis.

h. Mogelijkheid tot schorsing in plaats van verplichte opheffing

Naar geldend recht is de rechter gehouden om bij einduitspraken het (geschorste) bevel tot voorlopige hechtenis op te heffen als een voorwaardelijke veroordeling volgt.⁶⁶⁴ Deze verplichte opheffing van het bevel volgt uit het gekozen wettelijk systeem. Indien de rechter na onderzoek van de hoofdzaak tot het oordeel is gekomen dat deze geen onvoorwaardelijke vrijheidsbeneming wettigt, dan vervalt ook de rechtvaardiging van de voorlopige vrijheids-

⁶⁶⁰ Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht, *Professionele standaarden strafrecht*, februari 2016, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. Zie toelichting bij Hoofdstuk 5 van Boek 2 onder 'De toepassing van (schorsing van) de voorlopige hechtenis in de praktijk'.

⁶⁶¹ Zie ook HR 9 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1662, r.o. 2.6.5, waarin de Hoge Raad benadrukt dat beslissingen met betrekking tot de voorlopige hechtenis telkens een op de voorliggende zaak toegesneden motivering moeten bevatten.

⁶⁶² Zie G.P.M.F. Mols, 'Vrij en blij?', *NJB* 2022/237, waarin de auteur benadrukt dat het OM bij het vorderen van voorlopige hechtenis de ernstige bezwaren beter dient te expliciteren.

⁶⁶³ Volgens de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming hebben de professionele standaarden (nog) niet geleid tot een duidelijke afname van het aantal voorlopig gehechten. Hij trekt deze voorzichtige conclusie op basis van de instroomcijfers. In 2015 werden 13.778 personen in voorlopige hechtenis genomen, in 2019 13.965. Dit was respectievelijk 36% en 44% van de totale instroom gedetineerden. Zie het advies *Korte detenties nader bekeken. Minder korte detenties en meer betekenisvolle alternatieven*, Den Haag, 14 oktober 2021, paragraaf 5.1.2.

⁶⁶⁴ Geldend artikel 72, derde lid, Sv.

beneming.⁶⁶⁵ Deze regeling brengt mee dat wanneer de voorwaardelijke veroordeling nog niet onherroepelijk is het overtreden van de voorwaarden niet – door opheffing van de schorsing – tot hervatting van de voorlopige hechtenis kan leiden.

In het voorstel wordt getracht deze situatie te ondervangen.⁶⁶⁶ Voorgesteld wordt de rechtbank de bevoegdheid te geven om ervan af te zien het geschorste bevel tot voorlopige hechtenis op te heffen indien de rechtbank een geheel of gedeeltelijk voorwaardelijke gevangenisstraf oplegt, waaraan bijzondere voorwaarden⁶⁶⁷ zijn verbonden.⁶⁶⁸ Met deze bepaling wordt het hiervoor bedoelde uitgangspunt losgelaten dat de rechtvaardiging van de voorlopige vrijheidsbeneming vervalt, indien de rechter na onderzoek van de hoofdzaak tot het oordeel is gekomen dat deze geen onvoorwaardelijke vrijheidsbeneming wettigt. In plaats daarvan is een voorziening getroffen op grond waarvan na opheffing van de schorsing wegens het niet naleven van de bijzondere voorwaarden, de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis voortduurt voor de duur van de voorwaardelijk opgelegde vrijheidsstraf. Het niet naleven van de schorsingsvoorwaarden geldt als zelfstandige grond voor de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis.⁶⁶⁹

De Afdeling onderschrijft de wens de situatie te ondervangen dat justitie met lege handen staat wanneer de verdachte de aan hem opgelegde voorwaarden overtreedt als de veroordeling nog niet onherroepelijk is geworden. De Afdeling merkt evenwel op dat de voorgestelde regeling haaks staat op het uitgangspunt dat de rechtvaardiging van de voorlopige vrijheidsbeneming vervalt, indien de rechter na onderzoek van de hoofdzaak tot het oordeel is gekomen dat deze geen onvoorwaardelijke vrijheidsbeneming wettigt. In de toelichting wordt daaraan geen aandacht besteed. De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen het voorstel en voornoemd uitgangspunt.

⁶⁶⁵ J.M. Reijntjes, aant. 3 bij artikel 72 Sv, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (online). Dit vloeit voort uit het anticipatiegebod op grond waarvan een bevel tot voorlopige hechtenis achterwege blijft, wanneer ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat aan de verdachte in geval van veroordeling geen onvoorwaardelijke vrijheidsstraf zal worden opgelegd. Zie voorgesteld artikel 2.5.30 (geldend artikel 67a Sv).

⁶⁶⁶ Toelichting bij Titel 5.4 van Boek 2 onder 'Schorsing in plaats van de verplichte opheffing'.

⁶⁶⁷ Als bedoeld in artikel 14c, tweede lid, Sr.

⁶⁶⁸ Voorgesteld artikel 2.5.49, derde lid.

⁶⁶⁹ Voorgesteld artikel 2.5.57, eerste lid.

Voorts is in de toelichting niet duidelijk gemaakt hoe deze regeling zich verhoudt tot de wettelijke mogelijkheid dat de rechter bij zijn uitspraak de dadelijke uitvoerbaarheid beveelt van de voorwaarden die zijn gekoppeld aan een voorwaardelijke veroordeling. Dit is mogelijk indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaan-tastbaarheid van het lichaam van een of meer personen.⁶⁷⁰ Een dergelijke beperking is niet te lezen bij de bijzondere regeling voor de schorsing van de voorlopige hechtenis bij dezelfde voorwaardelijke veroordeling. De Afdeling adviseert in de toelichting aan te geven hoe het voorstel en de voornoemde bepaling zich tot elkaar verhouden.

Voorts merkt de Afdeling op dat er naast de voorwaardelijke veroordeling diverse andere varianten van vrijheidsbeperkende voorwaarden en maatregelen in het strafrecht te vinden zijn, waarbij zich dezelfde problematiek voordoet. Zo kan worden gedacht aan de maatregel strekkende tot beperking van de vrijheid ter beveiliging van de maatschappij of ter voorkoming van strafbare feiten (contact- en gebiedsverbod).⁶⁷¹ Voor die bestaande andere varianten bevat het voorstel geen voorziening.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op het voorgaande en, zo nodig, het voorstel aan te passen.

⁶⁷⁰ Artikel 14e Sr.

⁶⁷¹ Artikel 38v Sr.

