



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie

Oerlemans, J.J.

Citation

Oerlemans, J. J. (2015). Annotatie. *Computerrecht*, 2015(4), 210-215. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36987>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36987>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Computerrecht 2015/127

Hof Arnhem-Leeuwarden 22 april 2015, nr. 21-006079-14
(L.J. Hofstra, T.M.L. Wolters en T.H. Bosma)
m.nt. J.J. Oerlemans¹

(art. 94 Sv; art. 8 EVRM)

NJFS 2015/123
ECLI:NL:GHARL:2015:2954

Verdediging voert aan dat onderzoek verricht op de telefoon van de verdachte in strijd is met artikel 8 EVRM. Dit levert een vormverzuim op in het voorbereidend onderzoek en dient te leiden tot bewijsuitsluiting dan wel strafvermindering, aldus de verdediging.

Verkort arrest van de meervoudige kamer voor strafzaken, gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland te Lelystad van 9 oktober 2014 met het parketnummer 16-660201-13 in de strafzaak van [verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum], wonende te [woonplaats].

Het hoger beroep

De verdachte heeft tegen het hiervoor genoemde vonnis hoger beroep ingesteld.

Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van het hof van 8 april 2015 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal, inhoudende dat het hof het vonnis van de rechtbank zal bevestigen. De advocaat-generaal heeft deze vordering na voorlezing aan het hof overgelegd.

Het hof heeft voorts kennis genomen van hetgeen door de verdachte en zijn raadvrouw, mr. M.J.M. van Beckhoven, ter terechtzitting in hoger beroep is aangevoerd.

Het vonnis waartegen het hoger beroep is gericht

Het hof zal het vonnis waartegen het hoger beroep is gericht vernietigen omdat het hof komt tot een andere bewezenverklaring dan de rechtbank. Het hof zal daarom opnieuw rechtdoen.

¹ Jan-Jaap Oerlemans is buitenpromovendus bij eLaw, het Centrum voor Recht en Digitale Technologie van de Universiteit Leiden en onderzoeker bij Fox-IT.

De tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:
primair

hij op of omstreeks 10 mei 2013 te Lelystad met een ander of anderen, op of aan de openbare weg, [straatnaam], in elk geval op of aan een openbare weg, openlijk in vereniging geweld heeft gepleegd tegen [benadeelde], welk geweld bestond uit het duwen en/of trekken en/of schoppen en/of stompen, althans slaan en/of een knietje geven tegen het lichaam van die [benadeelde], waarbij hij, verdachte, (met kracht) (meermalen) heeft geschopt en/of (meermalen) gestompt, althans geslagen, tegen het lichaam van die [benadeelde], en welk door hem gepleegd geweld enig lichamelijke letsel (wervelfractuur en/of bloeding(en)) voor die [benadeelde] ten gevolge heeft gehad;

subsidiar

hij op of omstreeks 10 mei 2013 te Lelystad, althans in het arrondissement Midden-Nederland, opzettelijk mishandelend [benadeelde] (met kracht) tegen het lichaam heeft geschopt en/of gestompt, althans geslagen en/of geduwd waardoor voornoemde [benadeelde] letsel heeft bekomen en/of pijn heeft ondervonden.

Verweer van de verdediging

Standpunt van de verdediging.

De verdediging heeft ter terechtzitting van het hof aangevoerd dat het door de politie verrichte onderzoek aan de telefoon van de verdachte onrechtmatig is wegens strijd met artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM). Dit levert op een vormverzuim in het voorbereidend onderzoek als bedoeld in artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv), hetgeen dient te leiden tot bewijsuitsluiting dan wel strafvermindering, aldus de verdediging.

Hiertoe is door de verdediging gesteld dat door de politie onder de verdachte een iPhone, zijnde een smartphone, in beslag is genomen in het kader van de waarheidsvinding, waarna de inhoud van deze smartphone door een agente is onderzocht en gegevens (een whatsapp gesprek) uit deze smartphone zijn gelicht en geprint en toegevoegd aan het strafdossier.

Voorts heeft de verdediging aangevoerd dat deze werkwijze weliswaar is toegestaan op basis van de huidige Nederlandse wetgeving op het gebied van inbeslagname, maar dat deze regelgeving thans niet (meer) is toegesneden op de feitelijke situatie waarin mensen vandaag de dag in de maatschappij functioneren, en waarbij, zoals hier het geval is, een smartphone een bron van opslag is van het hele privé-leven van de gebruiker van de smartphone.

De handelingen die de politie heeft verricht met betrekking tot de smartphone van de verdachte vormen aldus een in-

breuk op de eerbiediging van het privé-leven en de correspondentie van de verdachte.

Voor de rechtvaardiging van deze inbreuk kan weliswaar een basis worden gevonden in artikel 94 Sv, maar een nadere invulling van de bevoegdheid tot het verrichten van onderzoek aan het in beslag genomen voorwerp wordt niet geboden.

Daarmee schiet de Nederlandse regelgeving tekort in het bieden van een redelijke begrenzing van de onderzoeksbevoegdheid van de politie, met name tot hetgeen noodzakelijk en proportioneel is. Aldus is hier feitelijk sprake van een onbegrensde onderzoeksbevoegdheid van de politie, hetgeen in strijd is met artikel 8 EVRM, aldus de verdediging.

Daarnaast is in het verlengde van bovenstaande sprake van strijd met artikel 8 EVRM omdat een voorafgaande rechterlijke machtiging of rechterlijk bevel tot onderzoek aan de smartphone ontbreekt en het door de politie verrichte onderzoek aan de smartphone niet noodzakelijk was, gelet op het voorhanden zijnde bewijsmateriaal, en evenmin proportioneel was, gelet op de aard van de verdenking en de concrete omstandigheden van het geval, aldus de verdediging.

Er is sprake van een onherstelbaar vormverzuim als bedoeld in artikel 359a Sv.

De schendingen van artikel 8 EVRM leveren op een aanzienlijke mate van schending van een uiterst belangrijk strafvorderlijk voorschrift (8 EVRM). Er is sprake van een zeer ingrijpende inbreuk van het grondrecht op privacy. Dit dient te leiden tot bewijsuitsluiting, aldus de verdediging.

Beoordeling van het hof.

Het hof onderschrijft het standpunt van de verdediging in die zin dat verdachte ten aanzien van de inhoud van zijn smartphone een beroep op bescherming op artikel 8 EVRM (en artikel 10 Grondwet) toekomt. De inbeslagname, het onderzoek aan de smartphone en het lichten van gegevens van die smartphone door de politie op grond van artikel 94 Sv vormen een inbreuk op de door artikel 8 EVRM verleende bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De bevoegdheid van de politie tot het maken van een inbreuk op dit recht moet voldoende kenbaar en voorzienbaar in de wet zijn omschreven.

De technische ontwikkelingen anno 2015 brengen met zich dat er via een smartphone niet alleen toegang wordt verkregen tot verkeersgegevens, maar ook tot de inhoud van communicatie en privé-informatie van de gebruiker van de smartphone. En dat zonder enige vorm van voorafgaande beoordeling van de subsidiariteit en/of proportionaliteit van de bevoegdheid. Dat brengt het hof tot het oordeel dat sprake is van een zodanig ingrijpende bevoegdheid dat, mede gelet op artikel 1 Sv, de algemene bevoegdheidsomschrijving van artikel 94 Sv heden ten dage niet meer kan worden aangemerkt als een wettelijk voorschrift dat als voldoende

kenbaar en voorzienbaar kan worden aangemerkt bij de uitoefening van de verleende bevoegdheid. Het kan derhalve de toets van artikel 8 EVRM niet (meer) doorstaan.

Met de verdediging is het hof daarom van oordeel dat het onderzoek door de politie aan de smartphone van de verdachte oplevert een schending van zijn recht op privacy.

De verdachte is hierdoor getroffen in een belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen. De verdachte is ook concreet benadeeld in zijn (verdedigings)belang, nu gegevens (een whatsapp gesprek) uit de smartphone van de verdachte zijn gelicht en geprint en toegevoegd aan het strafdossier en de verdachte door de politie is verhoord en door de rechtbank is veroordeeld mede op basis van een onderdeel van het whatsapp gesprek.

Aldus is sprake van een onherstelbaar vormverzuim in het voorbereidend onderzoek in de zin van artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering. De rechtsgevolgen hiervan blijken niet uit de wet. De vraag is of, en zo ja, welke rechtsgevolgen aan voormeld vormverzuim moeten worden verbonden. Bij de beoordeling hiervan dient het hof rekening te houden met de in artikel 359a, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering genoemde factoren, te weten het belang van het geschonden voorschrift, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

Verdachte zal van dit vormverzuim geen nadeel ondervinden nu het onderzoeksresultaat dat door middel van het vormverzuim is verkregen geen onderdeel vormt van de bewijsconstructie van het hof. Het hof zal daarom verder geen rechtsgevolgen verbinden aan het vormverzuim.

Bewezenverklaring

Op grond van wettige bewijsmiddelen, waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waarop de bewezenverklaring steunt, acht het hof wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het primair aan hem ten laste gelegde heeft begaan, met dien verstande dat:

hij op 10 mei 2013 te Lelystad met anderen op of aan de openbare weg, [straatnaam], openlijk in vereniging geweld heeft gepleegd tegen [benadeelde], welk geweld bestond uit het duwen en trekken en schoppen en stompen en een knietje geven tegen het lichaam van die [benadeelde], waarbij hij, verdachte, (met kracht) (meermalen) heeft geschopt en geslagen, tegen het lichaam van die [benadeelde], en welk door hem gepleegd geweld enig lichamenlijk letsel (bloeduitstortingen) voor die [benadeelde] ten gevolge heeft gehad.

Het hof acht niet bewezen hetgeen aan de verdachte meer of anders is ten laste gelegd dan hierboven is bewezen verklaard, zodat hij daarvan behoort te worden vrijgesproken.

Strafbaarheid van het bewezen verklaarde

Het primair bewezen verklaarde levert op:

openlijk in vereniging geweld plegen tegen personen, terwijl het door de schuldige gepleegde geweld enig lichamenlijk letsel ten gevolge heeft.

(..)

Noot

1. Inleiding

Dit arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden is van belang, omdat met het arrest voor het eerst een bijzondere status wordt toegekend aan een smartphone. Volgens het gerechtshof brengt het analyseren van de gegevens op een smartphone een ernstige privacyschending met zich mee, omdat “niet alleen toegang wordt verkregen tot verkeersgegevens, maar ook tot de inhoud van communicatie en privé-informatie van de gebruiker van de smartphone”. Daarmee zou de regeling tot inbeslagname van een voorwerp door een opsporingsambtenaar van art. 94 Sv niet voldoende kenbaar en voorzien zijn, aldus het hof.

Bijna een jaar eerder heeft het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten in de lezenswaardige zaak *Riley/California* geoordeeld dat: “*Modern cell phones are not just another technological convenience. With all they contain and all they may reveal, they hold for many Americans “the privacies of life”.*”² Om deze reden is volgens het Amerikaanse Hooggerechtshof een rechterlijk bevel vereist voor het kennismaken van de gegevens op een smartphone. Overigens hoort bij een Amerikaanse ‘warrant’ niet alleen een machtiging van een rechter, maar moet ook nauwkeurig worden omschreven naar welke informatie wordt gezocht. Het is onduidelijk of het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zich door deze uitspraak heeft laten inspireren, maar de *Riley*-zaak geeft goed aan hoe het vraagstuk over de wenselijkheid van een bijzondere bescherming van smartphones in meer landen speelt.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden stelt terecht dat de inbeslagname van een smartphone en het uitlezen van gegevens op een smartphone een ernstige inbreuk maakt op art. 8 EVRM. Echter, de Nederlandse regeling voor inbeslagname en het analyseren van gegevens op een smartphone is mijns inziens niet zozeer in strijd met art. 8 EVRM wegens een gebrek aan kenbaarheid en voorzienbaarheid zoals het gerechtshof stelt. De Nederlandse regeling is in strijd met artikel 8 EVRM, omdat de huidige Nederlandse regeling geen voldoende waarborgen biedt, die wel worden vereist in recente jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). Het vonnis behandelt deze jurisprudentie met betrekking tot het analyseren van gegevens op geautomatiseerde werken van het EHRM helaas niet.

In deze noot wordt eerst kort de Nederlandse regeling voor inbeslagname van smartphones uiteengezet, waarna de

2 U.S. Supreme Court 25 juni 2014, 573, p. 28 (*Riley/California*). De uitspraak geeft ook interessante informatie over de opsporingspraktijk in de Verenigde Staten m.b.t. het in beslag nemen van gegevensdragers.

meest relevante jurisprudentie van het EHRM wordt besproken. Daarnaast wordt een vergelijking gemaakt met het recente arrest van 11 februari 2015 van het Hof van Cassatie in België over de inbeslagname en het uitlezen van gegevens die staan opgeslagen op smartphones.

2. Wettelijk kader inbeslagname en onderzoek van opgeslagen gegevens

Naar huidig Nederlands recht bestaan er drie regelingen op basis waarvan een smartphone of andere 'gegevensdrager'³ in beslag kan worden genomen. Binnen strafvordering worden gegevensdragers behandeld als elk ander voorwerp dat vatbaar is voor inbeslagneming en aan nader onderzoek kan worden onderworpen.⁴

Ten eerste kunnen smartphones die in het bezit zijn van een verdachte in beslag worden genomen in het kader van een opsporingsonderzoek bij verdenking van een strafbaar feit. Een opsporingsambtenaar is onder omstandigheden bevoegd tot inbeslagname.⁵ Inbeslagname kan namelijk plaatsvinden op basis van de volgende vier gronden:

1. om de waarheid aan de dag te brengen;
2. om wederrechtelijk verkregen voordeel aan te tonen;
3. ter verbeurdverklaring; of
4. ter onttrekking aan het verkeer.⁶

Het berichtenverkeer op een smartphone kan bijvoorbeeld bewijs opleveren in een opsporingsonderzoek naar drugshandel en mag daarom in beslag worden genomen ten behoeve van de waarheidsvinding. De bevoegdheid tot inbeslagname impliceert dat de opgeslagen gegevens op andere gegevensdragers, zoals een smartphone, nader kunnen worden geanalyseerd.⁷ In kinderpornozaken is het verder bijvoorbeeld mogelijk gegevensdragers in beslag te nemen op basis van verschillende gronden. De opgeslagen gegevens kunnen bijvoorbeeld worden geanalyseerd op kinderpornografische afbeeldingen ten behoeve van de waarheidsvinding. De daarop gevonden kinderporno kan vervolgens worden onttrokken aan het verkeer en de computerkast en andere onderdelen kunnen worden verbeurd verklaard.⁸

Ten tweede kunnen smartphones en andere gegevensdragers tijdens een doorzoeking van een plaats in beslag worden genomen.⁹ Na inbeslagname kunnen de gegevens nader worden geanalyseerd. Afhankelijk van de locatie van het voorwerp gelden er meer of minder waarborgen voor de doorzoeking. Bij een doorzoeking in een woning is een machtiging van een rechter-commissaris vereist.

Ten derde kunnen smartphones en andere geautomatiseerde werken tijdens een doorzoeking ter vastlegging van gegevens op een geautomatiseerd werk op een bepaalde plaats in beslag worden genomen en de opgeslagen gegevens op het voorwerp nader worden geanalyseerd.¹⁰ De voorwaarden voor dit type doorzoeking zijn gekoppeld aan de reguliere regeling voor de doorzoeking.

In casu betreft deze zaak de eerste situatie waarbij een smartphone van de verdachte in beslag wordt genomen ten behoeve van de waarheidsvinding op grond van art. 94 Sv in het kader van een opsporingsonderzoek naar geweldpleging en mishandeling. De opsporingsambtenaar heeft na inbeslagname de gegevens op de smartphone onderzocht en daarbij een Whatsapp-gesprek uitgeprint. De inhoud van het Whatsapp-gesprek is aan het onderzoeksdossier toegevoegd. De verdediging stelt zich kort gezegd op het standpunt dat de inbeslagname van een smartphone en het analyseren van de gegevens op de smartphone door de opsporingsambtenaar onnodig en disproportioneel is geweest. Daarmee zou de handeling in strijd zijn met art. 8 EVRM.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden accepteert het verweer in de zin dat de inbeslagname inderdaad in strijd wordt geacht met art. 8 EVRM. Door de ernstige privacyschending zou de huidige regeling van art. 94 Sv niet voldoende kenbaar en voorzienbaar voor de betrokkenen zijn. Aan het geconstateerde vormverzuim worden echter geen rechtsgevolgen toegekend, omdat de gegevens op de smartphone geen onderdeel van de bewijsconstructie van het gerechtshof vormt.

Het is de vraag of de wettelijke regeling voor de inbeslagname en het uitlezen van gegevens op een smartphone niet voldoende kenbaar en voorzienbaar is in Nederland. De Aanwijzing inbeslagneming legt namelijk de regeling voor inbeslagname van voorwerpen op grond van art. 94 Sv uitvoerig uit. Echter, gezien de ernstige inbreuk dat het analyseren van gegevens op inbeslaggenomen gegevensdragers met zich meebrengt kan – zoals de verdediging in casu ook stelt – de inbeslagname onder omstandigheden inderdaad disproportioneel en daarmee in strijd worden geacht in de zin van art. 8 EVRM. Bovendien wijst recente jurisprudentie van het EVRM ook op bepaalde vereiste waarborgen voor het onderzoeken van gegevens op geautomatiseerde werken. Daarbij is het de vraag is of het Nederlandse juridisch kader aan deze vereisten voldoet.

3 Het begrip 'gegevensdrager' wijkt af van het begrip 'geautomatiseerd werk' zoals gedefinieerd in art. 80sexies Sr. Een USB-stick kan bijvoorbeeld een gegevensdrager zijn, maar geen geautomatiseerd werk omdat het geen gegevens verwerkt en overdraagt. In het conceptwetsvoorstel Computercriminaliteit III wordt voorgesteld het begrip te wijzen, waarbij de cumulatieve vereisten van opslaan, overdragen en verwerken voor geautomatiseerde werken komt te vervallen. Een smartphone valt overigens nu ook al onder de definitie van een geautomatiseerd werk.

4 Zie ook *Kamerstukken II* 1989/90, 21551, nr. 3, p. 12-13.

5 Zie art. 56, 95, 96, 96a, 96b en 551 Sv. Zie art. 56, 96c, 97 en 100 Sv voor de voorwaarden van inbeslagname door de (hulp)officier van justitie.

6 Zie art. 94. Zie ook de Aanwijzing inbeslagname, *Stcrt.* 2010, 19117.

7 Zie F.P.E. Wiemans, 'Onderzoek van gegevens in geautomatiseerde werken', (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 124. Zie ook het discussedocument 'Onderzoek ter plaatse, inbeslagneming en doorzoeking en onderzoek van gegevensdragers en in geautomatiseerde werken (Boek 2)', versie 4 juli 2014), p. 37 met verwijzing naar HR 8 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC0537. In het discussedocument wordt opgemerkt dat op grond van art. 215la Sv gegevens waarover het verschningsrecht zich uitstrekt moeten worden gescheiden (met verwijzing naar ECLI:NL:HR:2007:AZ3564 en ECLI:NL:HR:2013:CA0434).

8 Zie ook punt 9, het 'Handvat afdoening gegevensdragers' van de Aanwijzing inbeslagname.

9 Zie art. 96 Sv, art. 96b Sv, art. 96c Sv en art. 110 Sv.

10 Zie art. 125i Sv jo. art. 96b Sv, art. 125i Sv jo. art. 96c Sv en art. 125i Sv jo. art. 110 Sv of art. 97 Sv. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29441, nr. 3, p. 11.

3. **Artikel 8 EVRM en de bijzondere bescherming aan geautomatiseerde werken**

In verschillende uitspraken wijst het EHRM erop dat het doorzoeken van een plaats en inbeslagname van computers een inbreuk maakt op het recht op privacy zoals bedoeld wordt in art. 8 EVRM. In het bijzonder wordt daarbij een inbreuk gemaakt op het recht op vertrouwelijke correspondentie en het recht op privéleven binnen de woning als onderdeel van het recht op privacy zoals is omschreven in art. 8 lid 1 EVRM.¹¹ Eerder hebben auteurs zoals Groothuis en De Jong al opgemerkt dat het analyseren van gegevens op computers een ernstige inbreuk op art. 8 EVRM met zich meebrengt.¹²

In de meest recente uitspraak *Prezhdarovi/Bulgarije*¹³ merkt het EHRM expliciet op dat het nationale recht van verdragstaten voldoende waarborgen moet bevatten tegen de willekeurige inmenging met art. 8 EVRM door nationale overheden.¹⁴ Meer specifiek bestaan deze vereiste waarborgen uit:

1. een (bij voorkeur voorafgaande) autorisatie van een onderzoeksrechter;¹⁵
2. een beperking van de reikwijdte van de zoeking in de computer.¹⁶

Met betrekking tot de beperking van het onderzoek aan de opgeslagen persoonsgegevens van de inbeslaggenomen computers neemt het EHRM uitdrukkelijk in aanmerking dat:

“the court that approved the measure did not consider the scope of the operation and did not make a distinction between information which had been necessary for the investigation and information which had not been relevant.”¹⁷

De zaak *Prezhdarovi/Bulgarije* heeft betrekking op de situatie van een doorzoeking van een plaats, waarbij de gegevens op computers na inbeslagname worden geanalyseerd. De verdachte heeft ook uitdrukkelijk beklag ingesteld tegen de inbeslagname. In casu betreft het echter de inbeslagname van een smartphone, waarna de gegevens op een smartphone worden geanalyseerd. Mijns inziens is de privacyinbreuk op art. 8 EVRM echter hetzelfde, omdat de privacyinbreuk

betrekking heeft op de analyse van de gegevens op een inbeslaggenomen smartphone. De vereiste waarborgen van een machtiging van een onderzoeksrechter en beperking van de reikwijdte van de zoeking op het geautomatiseerde werk zouden daarom ook voor de zoeking op een smartphone na inbeslagname moeten gelden. Door het stellen van deze vereisten voor het juridische kader voor het doorzoeken van gegevens op geautomatiseerde werken kent het EHRM een bijzondere bescherming toe aan computers.

Met betrekking tot de Nederlandse regeling voor inbeslagname van gegevensdragers en het uitlezen van opgeslagen gegevens op de gegevensdragers zou deze uitspraak mijns inziens tot gevolg moeten hebben dat voortaan: (1) een machtiging van een rechter-commissaris is vereist voor de inbeslagname van computers (geautomatiseerde werken); en (2) de reikwijdte van het onderzoek van de opgeslagen gegevens op computers uitdrukkelijk wordt beperkt door een proportionaliteitstoets. Op welke manier deze regeling moet worden aangepast behoeft nader onderzoek. Daarbij moet ook aandacht worden besteed aan praktische en technische uitvoerbaarheid. Gedacht kan worden aan het creëren van een aparte regeling voor de inbeslagname en het onderzoek op gegevensdragers in het Wetboek van Strafvordering of in een Algemene Maatregel van Bestuur.

4. **Vergelijking met situatie België**

België heeft recentelijk een geheel andere benadering gekozen. Op 11 februari 2015 heeft het Hof van Cassatie zich namelijk uitgesproken over de procedurele voorwaarden voor het uitlezen van ‘informaticasystemen’, waar ook smartphones onder vallen. Dit arrest is tevens opgenomen in dit nummer van *Computerrecht* (*Computerrecht* 2015/129).¹⁸

Het Hof van Cassatie stelt dat het kennismaken van gegevens op een informaticasysteem in het verlengde ligt van de beslagbevoegdheid. Daarmee zouden geen bijkomende voorwaarden zoals een gerechtelijk bevel zijn vereist. Vanwallaghem wijst op het feit dat in België (en overigens ook in Nederland) opgeslagen gegevens op in beslag genomen computers al jaren kunnen worden uitgelezen zonder tussenkomst van een onderzoeksrechter.¹⁹ Privacygevoelige informatie is ook te vinden in een papieren agenda of een portefeuille, waarvoor nooit bijzondere waarborgen voor zijn vereist. Een verschil in rechtsbescherming zou daarom volgens de auteur niet gewenst zijn.

Conings stelt in haar noot in twijfel dat de bevoegdheid tot het doorzoeken van gegevens op een informaticasysteem kan worden afgeleid uit de beslagbevoegdheid.²⁰ De belangrijkste reden daarvoor is dat het uitlezen van gegevens op informaticasystemen een ernstige inbreuk op het

11 Zie EHRM 27 september 2005, nr. 50882/99, § 71 (*Petri Sallinen e.a./Finland*), EHRM 7 oktober 2007, nr. 74336/01, § 42-46 (*Wieser en Bicos Beteiligungen GmbH/Oostenrijk*) en EHRM 14 maart 2013, nr. 24117/08, § 105 (*Bernh Larsen Holding AS e.a./Noorwegen*) en EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05, § 41 (*Prezhdarovi/Bulgarije*).

12 Zie M.M. Groothuis & T. de Jong, ‘Is een nieuw grondrecht op integriteit en vertrouwelijkheid van ICT-systemen wenselijk?’, *P&I* 2010, nr. 6, p. 280.

13 EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05 (*Prezhdarovi/Bulgarije*).

14 EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05, § 44 (*Prezhdarovi/Bulgarije*).

15 EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05, § 45-46 (*Prezhdarovi/Bulgarije*).

16 EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05, § 49 (*Prezhdarovi/Bulgarije*). Zie ook § 50: “The Court finds that the lack of clear rules regarding the scope of the judicial review in such a situation, combined with the lack of any meaningful review of the lawfulness of and the justification for the measure, rendered the post factum judicial review ineffective for the purposes of the protection of the applicants’ rights as guaranteed by Article 8 of the Convention.”

17 EHRM 30 september 2014, nr. 8429/05, § 49 (*Prezhdarovi/Bulgarije*).

18 De uitspraak is eerder kort behandeld door Charlotte Conings in de rubriek Strafrecht & ICT in *Computerrecht* 2015/112.

19 Zie P. Vanwallaghem, ‘Onderzoeksrechter moet niet tussenkomen voor uitlezen gsm’, *Juristenkrant* 2015, afl. 307, p. 2.

20 C. Conings, ‘Het uitlezen van een gsm of ander privaat IT-systeem: This is not America’ (noot onder Cass. 11 februari 2015), *RW* 2015, n.t.v.

recht op privacy maakt, hetgeen niet vergelijkbaar is met de inbeslagname van andere voorwerpen. Met verwijzing naar de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot het analyseren van gegevens op computers stelt Conings mijns inziens terecht dat de benadering van het Hof van Cassatie moeilijk verdedigbaar is in het licht van art. 8 EVRM.²¹

Het Belgische arrest is tegengesteld aan het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in de zin dat het Nederlandse gerechtshof wel een bijzondere status toekent aan smartphones. Echter, ook de Nederlandse rechter gaat niet zover dat bijvoorbeeld een machtiging van een rechter-commissaris verplicht wordt gesteld voor het analyseren van gegevens op een in beslag genomen smartphone. Deze eis lijkt, zoals in onderdeel 3 uiteen is gezet, echter wel kunnen worden afgeleid uit jurisprudentie van het EHRM.

5. Slotoverweging

Het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden geeft voor het eerst een bijzondere status aan smartphones binnen het Nederlandse strafrecht. Deze aparte status voor smartphones is mijns inziens terecht gezien de ernstige privacy-inbreuk die plaatsvindt, indien smartphones in beslag worden genomen en de opgeslagen gegevens vervolgens worden uitgelezen. Bovendien wijst recente jurisprudentie van het EHRM op specifieke waarborgen voor de nationale wetgeving van verdragsstaten dat het analyseren van gegevens op geautomatiseerde werken mogelijk maakt.

In het kader van het project 'Modernisering strafvordering' wordt in het discussiedocument omtrent de Nederlandse regeling voor inbeslagname en doorzoeking door de auteurs van het Ministerie van Veiligheid en Justitie erkend dat het doorzoeken van gegevens op computers een ernstige inbreuk maakt op het recht op privacy.²² In het discussiedocument wordt voorgesteld een aparte afdeling in het Wetboek van Strafvordering te maken voor 'onderzoek van gegevensdragers en in geautomatiseerde werken', hetgeen zowel de situatie van een doorzoeking als inbeslagname zou omvatten. Daarbij wordt overwogen dat een bevel van de officier van justitie altijd op zijn plaats is en voor de kennisname van gegevens met inhoud van communicatie ook een machtiging van een rechter-commissaris vereist zou moeten zijn.²³

De bovenstaande korte analyse van de jurisprudentie van het EHRM laat echter zien dat de machtiging van de rechter-commissaris wellicht in alle gevallen bij het analyseren van gegevens op geautomatiseerde werken na inbeslagname op zijn plaats is. Het verdient aldus aanbeveling om in de voor-

gestelde nieuwe regeling voor onderzoek van gegevens op gegevensdragers en geautomatiseerde werken de vereiste waarborgen die zijn geformuleerd in jurisprudentie van het EHRM mee te nemen.

J.J. Oerlemans

21 Zie uitgebreid: C. Conings, 'Het uitlezen van een gsm of ander privaat IT-systeem: This is not America' (noot onder Cass. 11 februari 2015), *RW* 2015, *n.t.v.*

22 Zie het discussiedocument van 4 juli 2014, 'Onderzoek ter plaatse, inbeslagneming en doorzoeking en onderzoek van gegevensdragers en in geautomatiseerde werken', p. 37.

23 Zie het discussiedocument van 4 juli 2014, 'Onderzoek ter plaatse, inbeslagneming en doorzoeking en onderzoek van gegevensdragers en in geautomatiseerde werken', p. 51-53.