



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Rb. Overijssel 1 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:417,  
Computerrecht 2017/52, m.nt. J.J. Oerlemans**  
Oerlemans, J.J.

### **Citation**

Oerlemans, J. J. (2017). Rb. Overijssel 1 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:417, Computerrecht 2017/52, m.nt. J.J. Oerlemans. *Computerrecht*, 2017(2), 102-106. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/50937>

Version: Publisher's Version  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/50937>

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

perkt zijn tot (...). De totale aansprakelijkheid van SAP onder deze Overeenkomst is beperkt tot het bedrag van twee maal de projectwaarde.”

Het hof oordeelt dat die projectwaarde moest worden begrepen als de eerder genoemde vaste prijs, en dat de aansprakelijkheid van SAP dus in beginsel was beperkt tot € 1.700.000 (twee maal € 850.000). Waterdrinker had gesteld dat een beroep op deze beperking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Het hof merkt daarover “alleen” op (r.o. 3.25) dat, zo dit aan de orde zal komen,

“...dit standpunt slechts in bijzondere omstandigheden kans van slagen zal kunnen hebben, waarbij tevens een rol speelt dat, zoals ook SAP aanvoert, het hier om professionele partijen gaat en de desbetreffende clause door partijen na onderhandeling tot stand is gekomen.”

Ik voeg eraan toe dat, ook als de opdrachtgever deze ‘*a priori* contra-indicatoren’ (professionele partijen, onderhandelde clause) weet te overwinnen, het concreet invullen van die bijzondere omstandigheden een enorme uitdaging is, die door partijen die dit verweer voeren maar zelden serieus wordt opgepakt. Ten slotte nog een opmerking over de clause: deze strekte tot beperking van de aansprakelijkheid van leverancier in geval van wanprestatie. Veelal wordt in dit soort clauses het woord ‘aansprakelijkheid’ uitgelegd als: aansprakelijkheid tot het betalen van schadevergoeding. De aansprakelijkheid tot (terug)betalen bij wege van ongedaanmaking na ontbinding (ex art. 6:271 BW) wordt daar dan niet onder begrepen – ook wanneer de tekst op zichzelf tot dat onderscheid geen aanleiding geeft. Hoe dit zij, bij deze stand van zaken ligt het voor de opdrachtgever in het algemeen eerder voor de hand om ontbinding (al dan niet met aanvullende schadevergoeding) te vorderen dan omzetting (conform art. 6:87 BW) in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding (al dan niet met aanvullende schadevergoeding): in dat laatste geval zal immers de gehele vordering worden getroffen door het ‘plafond’ van de aansprakelijkheidsbeperking, in het eerste geval is de vordering tot ongedaanmaking/terugbetaling niet beperkt en kan de onder het ‘plafond’ bestaande ruimte geheel worden ‘gevuld’ met de vordering tot aanvullende schadevergoeding.

H. Struik

## Computerrecht 2017/52

Rechtbank Overijssel 1 februari 2017, nr. 08/993159-16 (Mrs. B.W.M. Hendriks, A.M. Rikken en C.C.S. Koppes) m.nt. J.J. Oerlemans<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Jan-Jaap Oerlemans is als onderzoeker verbonden bij eLaw, het Centrum voor Recht en Digitale Technologie van de Universiteit Leiden.

Art. 126la, 126ng, 126nd Sv

ECLI:NL:RBOVE:2017:417

V-N 2017/11.4

V-N Vandaag 2017/357

Afdeling Strafrecht

Zittingsplaats Almelo

Datum beschikking: 1 februari 2017

Parketnummer: 08/993159-16

Klaagschriftnummer: 16/1093>

Beschikking van de meervoudige raadkamer op het klaagschrift op grond van artikel 552a Sv van:

[bedrijf] B.V.,

gevestigd te [adres]

verder te noemen: klaagster.

### 1 Het verloop van de procedure

Het klaagschrift, gedateerd 6 december 2016, is op diezelfde datum op de griffie van de rechtbank ontvangen. Het is ingediend namens klaagster door mr. P.C. Verloop, advocaat te Rotterdam.

Het klaagschrift betreft het beklag over de kennisneming en het gebruik van gegevens die op vordering ex artikel 126ng Sv zijn verstrekt.

Het klaagschrift is behandeld op de openbare zitting van de raadkamer van 18 januari 2017.

Bij de behandeling zijn de officier van justitie, mevrouw Geurts namens klaagster en de raadsman gehoord.

De belanghebbende [verdachte] heeft via kennisgeving van zijn advocaat mr. D.G. Geerdink, advocaat te Oldenzaal, van 12 januari 2017 de rechtbank laten weten niet ter zitting te zullen verschijnen.

De raadkamer heeft kennis genomen van de door de officier van justitie overgelegde schriftelijke reactie op het klaagschrift van 12 januari 2017, op de griffie van de rechtbank ontvangen op 13 januari 2017.

### 2 De standpunten

#### Het standpunt van klaagster

Klaagster verzoekt het klaagschrift gegrond te verklaren en te gelasten dat geen kennis mag worden genomen of gebruik mag worden gemaakt van de door haar op vordering verstrekte gegevens.

Zij heeft zich primair op het standpunt gesteld dat zij niet kan worden aangemerkt als aanbieder van een communicatiedienst in de zin van artikel 126la, als bedoeld in artikel 126ng, eerste lid Sv. Artikel 126nd noch artikel 126ng, tweede lid Sv vormt voldoende wettelijke basis om van haar gegevens van derden te vorderen die zij niet heeft verwerkt in de zin van artikel 1 aanhef en onder b van de Wet bescherming persoonsgegevens.

Blijkens artikel 126la aanhef en onder a Sv wordt bedoeld op de natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf aan de gebruikers van zijn dienst de mogelijkheid biedt te communiceren met behulp van een geautomatiseerd werk, of gegevens verwerkt of opslaat ten behoeve van een zodanige dienst of gebruikers van die dienst. Hiervan is bij klaagster geen sprake. Klaagster is een toonaangevende leverancier van bedrijfssoftware voor dienstverlenende organisaties. Zij biedt het door een derde ontwikkelde software pakket '[naam fiscaal softwarepakket]' aan klanten aan. Het betreft fiscale 'Cloud' software (opslag) ter ondersteuning van fiscale aangifte- en advieswerkzaamheden bij zowel kleine, middelgrote als grote accountants- en administratiekantoren. Klaagster heeft zich op het standpunt gesteld dat zij met '[naam fiscaal softwarepakket]' geen dienst aanbiedt die de mogelijkheid om te communiceren biedt, doch dat haar software een cloudoplossing biedt ten behoeve van het voorbereiden van belastingaangiften. Daarom kan zij niet worden aangemerkt als aanbieder van een communicatiedienst als bedoeld in artikel 126ng, eerste lid Sv, reden waarom een vordering ex artikel 126ng Sv niet aan haar kan worden gericht.

Subsidiar heeft klaagster zich op standpunt gesteld dat de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit geschon- den zijn. De commerciële belangen van klaagster lijden ernstige schade doordat zij is gedwongen aan de vordering te voldoen. Klaagster levert softwarepakketten die aan gebruikers van die software de mogelijkheid bieden om administratie te voeren en belastingaangiften te doen.

De door de gebruikers van de software ingevoerde gegevens zijn niet voor klaagster bestemd en zij heeft geen enkele bemoeienis met deze gegevens. Zij heeft slechts toegang tot de gegevens om technische ondersteuning te kunnen bieden aan de gebruikers van haar software. Klaagster vreest dat, indien gedwongen door de vordering om gegevens te verstrekken, zij veel vaker vorderingen als onderhavige zal ontvangen en mettertijd door (potentiële) gebruikers van haar software zal worden beschouwd als een verlengstuk van de opsporende autoriteiten. Zij vreest daardoor grote financiële schade te lijden.

Volgens klaagster hadden de gegevens op een andere, voor haar minder belastende wijze, verkregen kunnen worden, onder andere door tijdens de doorzoeking bij [verdachte] en/of administratiekantoor [verdachte] deze vast te leggen dan wel deze te vorderen van de Belastingdienst.

#### **Het standpunt van de officier van justitie**

De officier van justitie heeft zich op het standpunt gesteld dat het klaagschrift ongegrond moet worden verklaard. Hij heeft daartoe gesteld dat de vordering aan klaagster is gedaan in het kader van een strafrechtelijk onderzoek tegen verdachte [verdachte]. [verdachte] wordt ervan verdacht systematisch onjuiste aangiften inkomstenbelasting te hebben gedaan gedurende een aantal jaren en hij maakte hierbij vermoedelijk gebruik van een commercieel soft-

warepakket dat door klaagster werd aangeboden. Volgens de officier van justitie levert klaagster software waarbij de gegevens worden opgeslagen in de Cloud. Doordat er sprake is van een Cloudtoepassing, zijn de gegevens niet op de lokale computer bij verdachte [verdachte] opgeslagen, maar in een door klaagster beheerde internetomgeving.

De vordering op grond waarvan het beklag is ingediend, is gedaan op grond van art 126ng Sv. Artikel 126ng lid 2 jo. 126ng lid 1 Sv, verwijst naar artikel 126la Sv, inhoudende dat de vordering kan worden gedaan aan de aanbieder van een communicatiedienst van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot gegevens. Artikel 126la Sv verstaat onder de aanbieder van een telecommunicatiedienst onder andere "de rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf aan de gebruikers van zijn dienst de mogelijkheid biedt (1) te communiceren met behulp van een geautomatiseerd werk of (2) gegevens verwerkt of opslaat ten behoeve van een zodanige dienst". Volgens de officier van justitie is ten aanzien van klaagster sprake van een door de wetgever bedoelde aanbieder van een communicatiedienst als bedoeld in artikel 126la Sv. Gelet op artikel 126ng Sv was zij gehouden tot medewerking. De vordering is overeenkomstig artikel 126ng lid 4 Sv gedaan na voorafgaande schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris, welke is afgegeven op 21 november 2016. De stelling dat klaagster als aanbieder van een communicatiedienst moet worden beschouwd, heeft daarmee de rechterlijke toets doorstaan, aldus de officier van justitie.

Ten aanzien van het standpunt van klaagster dat aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit niet is voldaan aangezien er minder belastende wijzen van verkrijgen van de gegevens voorhanden waren, heeft de officier van justitie zich op het standpunt gesteld dat juist het uitgangspunt bij het opnemen van de artikelen 126na e.v. Sv in de wet was, dat het niet meer aan de medewerking van de houder van de gegevens werd overgelaten of die gegevens door hem konden worden afgestaan, maar dat die afweging nu is overgelaten aan de opsporingsambtenaar, de officier van justitie of de rechter-commissaris. Daardoor hoeft de houder van gegevens geen zelfstandige afweging meer te maken en door het afgeven van de schriftelijke machtiging door de rechter-commissaris is de extra waarborg van rechterlijke toetsing vooraf zoals door de wet is vereist, in acht genomen en aldus ook gehandeld in overeenstemming met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Juist door het vorderen van een machtiging ex 126ng Sv, heeft de officier van justitie immers maximale zorgvuldigheid willen betrachten. Het vorderen van de gegevens op grond van artikel 126ng Sv met het daaraan verbonden vereiste van het vooraf verkrijgen van een schriftelijke machtiging door de rechter-commissaris ondervangt het risico dat de officier van justitie lichtvaardig dergelijke gegevens opvraagt. Het enige andere alternatief voor de officier van justitie, was het in beslag nemen van de servers die door klaagster in gebruik zijn, hetgeen een aanzienlijk grotere inbreuk oplevert dan

een vordering ex artikel 126ng Sv. Aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is dan ook voldaan.

### 3 De bevoegdheid van de rechtbank

De raadkamer van de rechtbank Overijssel is bevoegd van het klaagschrift kennis te nemen.

### 4 De ontvankelijkheid

Het klaagschrift is ontvankelijk.

### 5 De beoordeling

#### *Feiten en omstandigheden*

Klaagster is leverancier van bedrijfssoftware voor dienstverlenende organisaties. Zij biedt het door een derde ontwikkelde software pakket '[naam fiscaal softwarepakket]' aan klanten aan. '[naam fiscaal softwarepakket]' is software ter ondersteuning van fiscale aangifte- en advieswerkzaamheden voor accountants en administratiekantoren en het programma beoogt het doen van belastingaangiftes en toeslagaanvragen te vereenvoudigen onder meer door het mogelijk te maken om gegevens van de administratie van de klant of vanuit door de klant gebruikte jaarrekeningsoftware te importeren in '[naam fiscaal softwarepakket]'. Daarnaast biedt '[naam fiscaal softwarepakket]' een overzicht van alle aangiftes en opgelegde aanslagen. '[naam fiscaal softwarepakket]' is een Cloud-applicatie, wat inhoudt dat de gebruiker overal ter wereld toegang heeft tot de door hem of haar ingevoerde gegevens.

De ingevoerde gegevens zijn geplaatst op een server in Ierland, welke server eigendom is van Amazon. De hosting van de server gebeurt door Amazon. Klaagster huurt een deel van de server ten behoeve van haar klanten.

De opgeslagen gegevens zijn en blijven van de klant. Klaagster verwerkt de gegevens niet en zij heeft geen reguliere toegang tot opgeslagen of vastgelegde gegevens. Zij heeft toegang tot die gegevens voor zover dat strikt noodzakelijk is om technische redenen (softwarematige problemen).

Op 14 november 2016 is klaagster benaderd door de FIOD met een verzoek om informatie ter voorbereiding van een vordering ex artikel 126nd Sv.

Op 21 november 2016 heeft de rechter-commissaris overeenkomstig de vordering van de officier van justitie van die datum in het kader van een strafrechtelijk onderzoek tegen de verdachte [verdachte], de officier van justitie machtiging verleend voor een bevel tot het verstrekken door klaagster van gegevens, te weten aangiften inkomensheffing (IH) en onderliggende aantekeningen met betrekking tot het indienen van aangiften IH voor derden, ingevuld en ingediend door de klant van klaagster te weten [verdachte]/administratiekantoor [verdachte], wonende en kantoorhoudende te [woonplaats], zowel schriftelijk als digitaal over de periode

van 01 januari 2011 tot en met heden (zijnde 21 november 2016).

Op 23 november 2016 is door klaagster een bestand met de verzochte gegevens voor zover zij daarover beschikt, aan de heer [verbalisant] van de FIOD verstrekt.

#### *Overwegingen*

Klaagster heeft geklaagd over de kennisneming en het gebruik van gegevens die op vordering van de officier van justitie zijn verstrekt. Bij de beoordeling van het klaagschrift stelt de raadkamer het volgende voorop.

Op grond van het bepaalde in artikel 126ng, tweede lid Sv, kan de officier van justitie in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid Sv dat gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert, indien het belang van het onderzoek dit dringend vordert, van de aanbieder van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot gegevens als bedoeld in de laatste volzin van het eerste lid van dit artikel, deze gegevens vorderen, voor zover zij klaarblijkelijk van de verdachte afkomstig zijn, voor hem bestemd zijn, op hem betrekking hebben of tot het begaan van het strafbare feit hebben gediend, of klaarblijkelijk met betrekking tot die gegevens het strafbare feit is gepleegd.

Blijkens artikel 126la Sv wordt verstaan onder

- a) aanbieder van een communicatiedienst: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf aan de gebruikers van zijn dienst de mogelijkheid biedt te communiceren met behulp van een geautomatiseerd werk, of gegevens verwerkt of opslaat ten behoeve van een zodanige dienst of de gebruikers van die dienst;
- b) gebruiker van een communicatiedienst: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die met de aanbieder van een communicatiedienst een overeenkomst is aangegaan met betrekking tot het gebruik van die dienst of die feitelijk gebruik maakt van een zodanige dienst.

De eerste vraag die voorligt is dan ook of klaagster kan worden aangemerkt als een aanbieder van een communicatiedienst als bedoeld in artikel 126la onder a Sv. De raadkamer is van oordeel dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord. De raadkamer overweegt daartoe als volgt.

Artikel 126la Sv verstaat onder de aanbieder van een communicatiedienst onder andere: "de rechtspersoon die in uitoefening van een beroep of bedrijf aan de gebruikers van zijn dienst de mogelijkheid biedt te communiceren met behulp van een geautomatiseerd werk of gegevens verwerkt of opslaat ten behoeve van een zodanige dienst". Klaagster is een leverancier van bedrijfssoftware. Zij biedt onder andere het software pakket '[naam fiscaal softwarepakket]' aan aan klanten.

Klaagster heeft gesteld dat '[naam fiscaal softwarepakket]' een zogenoemde cloud-applicatie is, wat inhoudt dat de gebruiker van het programma overal ter wereld toegang heeft tot de door hem ingevoerde gegevens. Deze gegevens staan niet op de computer van de klant, maar zijn geplaatst op een server van Amazon in Ierland. Klaagster huurt een deel van de server van Amazon ten behoeve van haar klanten en het is daarmee klaagster die voor haar klanten de mogelijkheid faciliteert om bij de cloud te komen waar de klanten toegang hebben tot de door hen opgeslagen gegevens. Klaagster stelt zich daarbij op als provider. Zij biedt immers diensten aan aan klanten tegen een vergoeding en is daarmee de toegangspoort voor die klanten tot de server. Het toegang hebben tot die gegevens en het invoeren van de gegevens kan enkel via telecommunicatiestructuren en het faciliteren van de mogelijkheid om klanten toegang te geven tot de cloud, is dan ook een vorm van telecommunicatie. Op grond hiervan is de raadkamer van oordeel dat klaagster aanbieder is van een communicatiedienst als bedoeld in artikel 126la onder a Sv. De officier van justitie heeft daarmee op juiste gronden de vordering ex artikel 126ng Sv aan klaagster gedaan.

Klaagster heeft zich subsidiair op het standpunt gesteld dat bij de beoordeling van de vordering sprake is van schending van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. De raadkamer is van oordeel dat met het vooraf vragen van een schriftelijke rechterlijke machtiging aan de rechter-commissaris de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit in acht genomen zijn. De rechter-commissaris is vervolgens ook op juiste gronden tot het verlenen van een machtiging kunnen komen. De raadkamer betreft bij die toets alle omstandigheden zoals die ten tijde van de vordering golden. Zo zijn bij de beoordeling andere alternatieven overwogen, maar die zijn niet afdoende gebleken. Ter zitting is immers aangegeven dat de gegevens in de cloud kunnen afwijken van, en meer of minder gegevens kunnen omvatten dan, de gegevens die in het kader van het programma '[naam fiscaal softwarepakket]' worden doorgezet naar de Belastingdienst. Hierdoor is dan ook niet uit te sluiten dat er verschil bestaat tussen de fiscale gegevens van de klant in de cloud en de gegevens die zijn doorgegeven aan de Belastingdienst.

Daar waar klaagster heeft gesteld dat er minder ingrijpende alternatieven voorhanden waren, is de raadkamer van oordeel dat die alternatieven zouden bestaan uit een doorzoeeking van de computers van en bij de verdachte die vervolgens vele uren in beslag zou nemen of het in beslag nemen van de server. Beide alternatieven zouden naar het oordeel van de raadkamer beduidend ingrijpender zijn dan het op bevel en na verkregen machtiging van de rechter-commissaris moeten verstrekken van gegevens. De raadkamer is dan ook van oordeel dat bij de beoordeling is voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Daar waar klaagster op dit punt nog heeft gesteld dat bij het afgeven van een machtiging voor een bevel tot het verstrekken van gegevens van haar klanten, er een hausse aan vorderingen tot het verstrekken van opgeslagen gegevens kan worden verwacht, is de raadkamer van oordeel dat zulks met de

vooraf door de rechter-commissaris vereiste toets zal worden ondervangen.

#### **Conclusie**

De raadkamer is op grond van het voorgaande van oordeel dat het klaagschrift ongegrond moet worden verklaard.

#### **6 De beslissing**

De raadkamer verklaart het klaagschrift ongegrond.

#### **Noot**

1. Deze zaak betreft een klaagschrift over het vorderen van gegevens van een Nederlandse clouddienstverlener. De zaak is interessant, omdat het de eerste gepubliceerde zaak is op strafrechtelijk gebied over het vorderen van gegevens bij clouddienstverleners. De zaak biedt meer duidelijkheid over de vraag op basis van welke juridische grondslag opgeslagen documenten bij een clouddienstverlener kunnen worden gevorderd.
2. In casu ontwikkelde de klaagster software ter ondersteuning van fiscale aangifte- en advieswerkzaamheden voor accountants en administratiekantoren. Vervolgens vorderde de FIOD gegevens bij klaagster in het kader van een strafrechtelijk onderzoek. Het ging om gegevens over de belastingaangiften en onderliggende aantekeningen met betrekking tot het indienen van de aangiften van een klant van de klaagster over een periode van meer dan vijf jaar.
3. Deze gegevens staan opgeslagen op een server van Amazon in Ierland, waar de klaagster een deel van de server voor haar klanten huurt. De klaagster stelt zich op het standpunt dat voor de vordering geen juridische basis bestaat en de vordering niet proportioneel en subsidiair is.
4. Met betrekking tot de vraag welke juridische basis van toepassing is, geeft de rechtbank aan dat de klaagster een provider van een communicatiedienst is in de zin van art. 126la sub a Sv. De reden is dat zij voor haar klanten de faciliteit biedt om toegang te krijgen tot de opgeslagen gegevens op een door haar gehuurde server bij Amazon in Ierland. Zij fungeert daarmee als 'toegangspoort tot de cloud', hetgeen een vorm van telecommunicatie is. Als gevolg daarvan moeten opgeslagen gegevens worden gevorderd op grond van art. 126ng lid 2 Sv.
5. Met betrekking tot de vraag of de vordering proportioneel en subsidiair is, geeft de rechtbank aan dat dit het geval is. De rechtbank vindt het daarbij kennelijk niet bezwaarlijk dat meer dan vijf (!) jaar aan documentatie van belastingaangiften en onderliggende aantekeningen van een verdachte wordt opgevraagd. Hoewel de rechtbank het niet expliciet maakt, is het waarschijnlijk van grote betekenis dat het om de gegevens van één verdachte gaat en de gegevens binnen een specifieke periode worden gevorderd.
6. Lange tijd hadden Nederlandse opsporingsinstaties geen ervaring met het vorderen van opgeslagen documenten bij clouddienstverleners. Daardoor bestond onduidelijkheid over de vragen welke juridische grondslag van toepassing is voor het vorderen van gegevens bij deze dienst-

verleners.<sup>2</sup> Daar is nu verandering in gekomen. De Rechtbank Overijssel maakt duidelijk dat een clouddienstverlener die toegang verschaft tot documenten op afstand een elektronische communicatieprovider is en voor het vorderen van deze gegevens een machtiging van een rechter-commissaris is vereist.

7. Wel rekt de Rechtbank Overijssel door de uitspraak het begrip ‘aanbieder van een elektronische communicatiedienst’ enigszins op. Een tekstuele uitleg op basis van artikel 126la Sv zou met zich meebrengen dat de dienstverlening gekoppeld moet zijn aan een *communicatiedienst*.<sup>3</sup> Dat “*een vorm van telecommunicatie plaatsvindt*” is niet voldoende. Het lijkt wel alsof de rechtbank is uitgegaan van het oude begrip ‘aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst of -netwerk’ in het Wetboek van Strafvordering. Deze term is afkomstig uit hoofdstuk 13 van de Telecommunicatiewet, maar verschilt met de huidige term aanbieder van een elektronische communicatiedienst in het Wetboek van Strafvordering. Bij aannemen van de Wet computercriminaliteit II is het huidige begrip in art. 126la Sv geïntroduceerd. Daarbij is de nadruk meer komen te liggen op het verlenen van een elektronische communicatiedienst zelf en minder op het routeren van signalen over een telecommunicatienetwerk. Webmailproviders, elektronische communicatieaanbieders die gebruikmaken van apps voor hun dienstverlening en sociale mediadiensten worden bijvoorbeeld aangemerkt als een aanbieder van een elektronische communicatiedienst, maar zijn geen aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst of -netwerk.<sup>4</sup>

8. De wijziging vindt haar achtergrond in de implementatie van het Cybercrimeverdrag als onderdeel van de Wet computercriminaliteit II.<sup>5</sup> Helaas is het Cybercrimeverdrag ook dubbelzinnig over de betekenis van het begrip.<sup>6</sup> In paragraaf 27 van de toelichting op het verdrag staat dat diensten die een verbinding tot een netwerk bewerkstelligen onder het begrip vallen. Daarmee wordt het begrip breed geïnterpreteerd. Een zin later wordt het echter weer

versmald door te stellen dat de dienstverlening gekoppeld moet zijn aan een communicatie- of verwerkingsdienst.<sup>7</sup> In casu gaat het echter om een platform dat op afstand toegang verschaft tot documenten die opgeslagen liggen op een server elders.<sup>8</sup> Deze dienstverlening is vergelijkbaar met een online opslagdienst. Het is de vraag of het benodigde *communicatieaspect* in art. 126la Sv daarbij van toepassing is.

9. Toch heb ik veel sympathie voor de beslissing van de rechtbank. Het Cybercrimeverdrag biedt aanknopingspunten voor de interpretatie dat clouddienstverleners als een aanbieder van een elektronische communicatiedienst moeten worden aangemerkt. Bovendien is voor het vorderen van opgeslagen gegevens bij een elektronische communicatiedienstverlener art. 126ng lid 2 Sv van toepassing. Op basis van art. 126ng lid 2 Sv moet een rechter-commissaris een machtiging geven aan de officier van justitie om deze gegevens te mogen vorderen. Deze strenge waarborgen zijn wenselijk gezien de serieuze privacy-inmenging dat het vorderen van opgeslagen documenten met zich meebrengt.<sup>9</sup> Het alternatief zou zijn dat de gegevens op basis van art. 126nd Sv kunnen worden gevorderd, waarvoor minder waarborgen gelden.<sup>10</sup> Voor toepassing van deze bevoegdheid is namelijk slechts een bevel van een officier van justitie vereist. Vanuit privacyperspectief is de ruime interpretatie van het begrip elektronische communicatieaanbieder daarom zo gek nog niet.

J.J. Oerlemans

## België

### Computerrecht 2017/53

Hof van beroep te Gent 4 maart 2013, nr. 2011/AR/1615 (Mr. P. Vanherpe)  
m.nt. M. Truyens<sup>1</sup>

Art. 11 Softwarewet van 30 juni 1994 (ondertussen art. XI.304 WER)

2 Zie E.J. Koops e.a., ‘Misdaad en opsporing in de wolken: Knelpunten en kansen van cloud computing voor de Nederlandse opsporing’, *WODC*, Den Haag/Tilburg 2012, p. 43-44 en P.A.M. Mevis, J.H.J. Verbaan & B.A. Salverda, *Onderzoek aan in beslag genomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten*, Erasmus Universiteit/WODC 2016, p. 74.

3 Artikel 126la sub a Sv luidt als volgt: “aanbieder van een communicatiedienst: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf aan de gebruikers van zijn dienst de mogelijkheid biedt te communiceren met behulp van een geautomatiseerd werk, of gegevens verwerkt of opslaat ten behoeve van een zodanige dienst of de gebruikers van die dienst” (onderstreping toegevoegd).

4 Zie G. Odinet e.a., ‘De Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens’, *WODC*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2013. Zie ook *Kamerstukken II 2003/04*, 29441, 3, p. 14, *Kamerstukken II 2007/08*, 31145, 9, p. 6, *Kamerstukken I 2008/09*, 31145, F, p. 4 en *Kamerstukken II 2015/16*, 34537, 3, p. 43. Zie ook *Opinie 02/2013 over apps op intelligente apparaten van de art. 29 Werkgroep*, 00461/13/NL WP 202, p. 25, noot 46. Rb. Rotterdam 26 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM2520 en Hof 's-Gravenhage 27 april 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR6836 is de enige jurisprudentie die beschikbaar is over het onderwerp. Daarin wordt aangegeven dat webmailproviders elektronische aanbieders zijn en opgeslagen e-mails bij deze dienstverleners moeten worden vergaard op grond van art. 126ng lid 2 Sv.

5 Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 26671, 7, p. 43.

6 Zie ook E.J. Koops e.a., ‘Misdaad en opsporing in de wolken: Knelpunten en kansen van cloud computing voor de Nederlandse opsporing’, *WODC*, Den Haag/Tilburg 2012, p. 43.

7 Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, Boedapest, *Trb.* 2002. Paragraaf 27 van de toelichting op het verdrag luidt als volgt: “For example, under this definition, a service provider includes both services that provide hosting and caching services as well as services that provide a connection to a network. However, a mere provider of content (such as a person who contracts with a web hosting company to host his web site) is not intended to be covered by this definition if such content provider does not also offer communication or related data processing services”.

8 In deze noot wordt niet ingegaan op mogelijke jurisdictievraagstukken. Het betreft hier een Nederlandse opsporingsonderzoek naar een Nederlandse verdachte, waarbij relevante stukken worden gevorderd bij een Nederlandse clouddienstverlener. Hoewel de documenten opgeslagen liggen in Ierland zou de inzet van rechtshulp onlogisch en niet efficiënt zijn.

9 Zie J.J. Oerlemans, *Investigating Cybercrime*, diss. Leiden, Amsterdam University Press 2017, p. 196-197.

10 Indien het ene regime voor het vorderen van gegevens niet van toepassing is (in casu op basis van art. 126ng lid 2 Sv), kunnen de gegevens op basis van het andere regime worden gevorderd (in casu op basis van art. 126nd Sv). Zie ook paragraaf 2.3 van de Aanwijzing bijzondere opsporingsbevoegdheden en *Kamerstukken II 2003/04*, 29441, 3 (memorie van toelichting Wet vorderen gegevens), p. 13-14.

1 M. Truyens is jurist informaticarecht.