

ARTIKELEN

Online vergaren van informatie voor opsporingsonderzoek

Een beknopte evaluatie van voorgestelde wetgeving

Wouter Stol & Litska Strikwerda

Op internet is over veel mensen informatie beschikbaar die voor iedereen toegankelijk is, dus ook voor de politie. Denk bijvoorbeeld aan persoonsgegevens op het openbare gedeelte van een LinkedIn-profiel of een openbaar Facebookaccount. Ook kan de structuur van social media (welke personen hebben een connectie met elkaar, wie reageert op een gepost bericht) inzicht geven in netwerken rond personen of groepen (Van Krieken, 2017: 331). De politie maakt dankbaar gebruik van die informatie in opsporingsonderzoek. Om het recht op eerbiediging van het privéleven (art. 8 EVRM) te waarborgen, moet zij zich daarbij wel aan bepaalde regels houden. Helaas zijn die niet altijd even duidelijk, omdat er geen specifieke bevoegdheid tot stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen bestaat. De wetgever is nu voornemens zo'n bevoegdheid in het leven te roepen. Tegen deze achtergrond is de hoofdvraag in onze bijdrage wat de belangrijkste onduidelijkheden zijn aangaande het online vergaren van informatie voor opsporingsonderzoek en of de voorgestelde bevoegdheid tot stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen die onduidelijkheden wegneemt.

Hierna komt eerst de huidige situatie aan bod. We onderzoeken hoever de politie kan gaan met het online vergaren van informatie op basis van haar algemene taakstelling zoals vastgelegd in artikel 3 Politiewet 2012 (Pw). Daarna gaan we in op twee bijzondere opsporingsbevoegdheden die kunnen worden toegepast indien artikel 3 Pw onvoldoende grond biedt: het stelselmatig inwinnen van informatie (art. 126j Wetboek van Strafvordering, hierna: Sv) en stelselmatige observatie (art. 126g Sv). Vervolgens bespreken we het wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (www.rijksoverheid.nl, geraadpleegd 19 oktober 2017; hierna 'het wetsvoorstel') waarin de wetgever voorstelt om de bestaande opsporingsbevoegdheden te moderniseren en een nieuwe bevoegdheid tot stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen te introduceren.¹ Tot slot bezien we of de voorgestelde wetswijzigingen

1 Het wetsontwerp krijgt in bredere zin aandacht van de Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, ingesteld voor de periode van 1 juni 2017 tot 1 mei 2018 bij besluit van de Minister van Veiligheid en Justitie van 3 juli 2017, nr. 2094030 (Stcrt. 2017, 39081).

de beschreven onduidelijkheden wegnemen. We concluderen dat de voorgenomen wijzigingen verbeteringen inhouden, maar ook nieuwe onduidelijkheden lijken te introduceren. We sluiten af met vier verbeteringsuggesties.

1 De grens tussen artikel 3 Pw en de BOB-wetgeving

Om een duidelijk beeld te schetsen van de huidige situatie, beginnen we met een concrete casus. In de zogenoemde Context-zaak² deed de politie onderzoek naar leden van een Haagse organisatie die zich bezighield met het opruien en ronselen van jongeren die naar Syrië wilden afreizen om daar te gaan vechten. De organisatie maakte daarvoor onder meer gebruik van Facebook en Twitter. De berichten die zij verspreidde, werden door de politie langere tijd in de gaten gehouden. Toen de leden van deze organisatie eenmaal voor de rechter stonden, voerde hun advocaat aan dat de politie hiertoe niet bevoegd was geweest. Zij had de officier van justitie om een bevel tot stelselmatige inwinning van informatie moeten vragen. Dat was niet gebeurd en daarom was het recht op privacy van de verdachten geschonden. De rechter stelde de verdediging in het gelijk, maar vond wel dat enige relativering op zijn plaats was, omdat de verzamelde gegevens publiekelijk toegankelijk waren.³

Deze zaak kan als volgt worden uitgelegd. Artikel 8 lid 1 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) beschermt de burger tegen inmenging door de overheid in zijn privéleven. Hierop mag alleen inbreuk gemaakt worden onder de voorwaarden genoemd in lid 2 van dat artikel. Een van die voorwaarden is dat de inbreuk een wettelijke grondslag kent.⁴ In Nederland staat dat vereiste wat opsporingsbevoegdheden betreft tevens in artikel 1 Sv: die mogen alleen plaats hebben op een wijze 'bij de wet voorzien'. Dat betekent: schriftelijk vastgelegd in formele wetgeving. Artikel 141 Sv geeft aan dat ambtenaren van de politie met de opsporing van strafbare feiten zijn belast 'voor zover zij zijn aangesteld voor de uitvoering van de politietak'. Die is nader omschreven in artikel 3 Pw. Hierin staat dat de politie de taak heeft 'te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven'. Lang niet alles wat de politie ter uitvoering van die taak onderneemt, is wettelijk geregeld. Sommige opsporingsmethoden zijn 'buitenwettelijk' en worden ontleend aan de algemene taakstelling van de politie (Keulen & Knigge, 2016: 288). Een antwoord op de vraag hoe ver de politie op grond van haar algemene taakstelling mag gaan, geeft de Hoge Raad in 1995 in het Zwolsman-arrest: indien niet meer dan 'een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer' wordt gemaakt, kan het optreden steunen op artikel 3

2 Rb. Den Haag 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365.

3 Zie r.o. 5. Zie hierover ook: Van Krieken, 2017, p. 332.

4 De drie criteria waaraan een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer moet voldoen, zijn 'in accordance with the law', 'a legitimate aim is available' en 'necessary in a democratic society'. Voor uitleg bij alle drie criteria zie Oerlemans, 2017, p. 74-77.

Pw. Anders is voor het betreffende optreden een afzonderlijke wettelijke voorziening vereist.⁵

De eerste vraag bij het huidige online verzamelen van publiekelijk beschikbare informatie door de politie is dus of het algemene artikel 3 Pw daarvoor een wettelijke grondslag biedt of dat daarvoor steun gevonden moet worden in een afzonderlijke wettelijke voorziening (Koops, 2012, 2013; Oosterhoff, 2016; Veenstra, Zuurveen, Kerstens & Stol, 2016; Lassche, 2016; Oerlemans, 2017). Op grond van het eerdergenoemde Zwolsman-arrest kunnen we concluderen dat artikel 3 Pw grond geeft voor het vergaren van informatie over een persoon indien dat niet leidt tot meer dan ‘een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer’.⁶ Gaat het verder, dan moet steun gevonden worden in een afzonderlijke wettelijke voorziening, waarbij gedacht kan worden aan Titel IVA van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering (de zgn. BOB-wetgeving), meer specifiek aan de bepalingen die de bijzondere opsporingsbevoegdheden stelselmatige observatie en het stelselmatig inwinnen van informatie regelen (respectievelijk art. 126g en 126j Sv). Het verschil tussen wat artikel 3 Pw en deze BOB-artikelen toelaten, is het verschil tussen ‘een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer’ en het ‘stelselmatig’ in beeld brengen ervan. Hoe ziet dat verschil eruit?⁷

De memorie van toelichting (p. 26-27) bij de Wet BOB zegt hierover ten aanzien van stelselmatige observatie (art. 126g Sv): ‘Bij het op stelselmatige wijze waarnemen van personen gaat het, zoals gezegd, om die vormen van observatie die tot resultaat kunnen hebben dat een min of meer volledig beeld wordt verkregen van bepaalde aspecten van iemands leven, bijvoorbeeld zijn contacten met een crimineel. Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een dergelijke vorm van observatie is een aantal elementen van belang: de duur, de plaats, de intensiteit of frequentie en het al dan niet toepassen van een technisch hulpmiddel dat méér biedt dan alleen versterking van de zintuigen. Ieder voor zich, maar met name in combinatie, zijn deze elementen bepalend voor de vraag of een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands leven wordt verkregen. Naarmate de observatie langer plaatsvindt, de plaats waar de te observeren persoon zich bevindt intiemer is, de intensiteit of frequentie waarmee geobserveerd wordt groter is, dan wel een technisch hulpmiddel dat wordt ingezet meer mogelijkheden biedt, is de kans groter dat een dergelijk beeld wordt verkregen.’⁸

5 HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, in het bijzonder r.o. 5.1 en 5.2, en 6.4.2 t/m 6.4.5. Een tweede jurisprudentieel criterium aangaande de reikwijdte van art. 3 Pw is dat dit artikel geen grondslag biedt voor een opsporingshandeling die zeer risicovol is voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing (zie bijv. Borgers, 2017 en HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0070, in het bijzonder r.o. 2.6). Dit aspect laten we in onze bijdrage verder buiten beschouwing, omdat dit ons betoog niet wezenlijk wijziget.

6 Zie ook de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden van 1 september 2014, par. 2.6, subkop ‘Algemeen’.

7 NB Voor de volledigheid dient vermeld te worden dat een handeling ook om een andere reden dan stelselmatigheid een meer dan geringe inbreuk op het recht op privacy kan opleveren of inbreuk kan maken op een ander grondrecht dan het recht op privacy en daarom een wettelijke basis in het Wetboek van Strafvordering behoeft. Echter, voor het onderwerp van dit artikel is de stelselmatigheid als onderscheidend criterium het meest van belang.

8 Kamerstukken II, 1996/97, 25403, nr. 3, p. 26-27.

Van wat we dienen te verstaan onder ‘een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands leven’ geeft de zojuist aangehaalde memorie van toelichting als voorbeeld ‘iemands contacten met een crimineel’. Dat is geen veelomvattend maar een vrij beperkt deel van iemands leven. Een ‘min of meer volledig beeld’ van iemands contacten met slechts één andere persoon brengt de observatie dus al binnen het domein van de stelselmatigheid.

Specifiekere aanwijzingen over de grens tussen wat artikel 3 Pw en de artikelen 126g en 126j Sv toelaten in het kader van het online verzamelen van publiekelijk beschikbare informatie zijn te vinden in de *Leidraad Bevoegdheden informatievergaring op internet* die het Openbaar Ministerie in overleg met de politie heeft opgesteld (Veenstra et al., 2016).⁹ Deze leidraad is opgesteld voor opsporingsambtenaren van de politie en niet openbaar. Echter, in hun wel openbare ‘Handreiking opsporing in een gedigitaliseerde samenleving’, waarin herhaaldelijk wordt verwezen naar genoemde leidraad, geven Veenstra et al. politiemensen de volgende richtlijn: ‘Bij een herhaalde zoekslag (> 2 keer) die betrekking heeft op personen (hetzij verdachten, hetzij derden die niet worden verdacht), geldt dat overleg met de Officier van Justitie vereist is. In overleg moet dan worden bepaald of artikel 3 Pw volstaat of dat de inzet van artikel 126g Sv (stelselmatige observatie) of artikel 126j Sv (stelselmatige informatie-inwinning) noodzakelijk is.’ (2016: 27). Eén- of tweemaal (beperkt) zoeken van informatie bij een persoon levert dus niet direct stelselmatigheid op.¹⁰ Bij een hogere frequentie kan dat wel het geval zijn. Als we analoog redeneren aan de opmerkingen die ten aanzien van stelselmatige observatie in de memorie van toelichting bij de Wet BOB staan, hangt dat af van omstandigheden zoals duur, plaats en intensiteit (zie het voorgaand citaat uit de MvT, p. 26-27).

Frequentie wordt hierboven als onderscheidend criterium aangewezen. Het is maar de vraag of dat terecht is. Een enkele zoekslag met een geavanceerde tool betekent wellicht een grotere inbreuk op iemands persoonlijke levenssfeer dan vijfmaal een trefwoord intikken in Google. Dit probleem kan worden opgelost door ‘stelselmatigheid’ op een andere manier te interpreteren.

In het hierboven weergegeven citaat uit het memorie van toelichting bij de Wet BOB ten aanzien van observatie, wordt stelselmatigheid gedefinieerd aan de hand van twee factoren. Ten eerste is van belang hoe uitgebreid het beeld is dat van het doelwit wordt geschetst (‘een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van iemands leven’). Ten tweede wordt gekeken naar hoe dat beeld wordt verkregen (bijv. of er gebruikgemaakt wordt van een ‘technisch hulpmiddel’ en zo ja, welk). Die twee factoren worden in combinatie gewogen om te bepalen of er sprake is van stelselmatigheid. Wij stellen voor om de methode van informatievergaring (de werkwijze) en het resultaat (het verkregen beeld) apart te wegen. Van een meer dan geringe inbreuk op iemands persoonlijke levenssfeer blijft dan

9 De politie heeft daarbij enkele hulpmiddelen ontwikkeld: een instructiefilmpje waarin de leidraad en de achterliggende problematiek worden uitgelegd en een geautomatiseerde beslisboom waarin de gebruiker stapsgewijs door de leidraad wordt geleid (Oosterhoff, persoonlijke mededeling; hij was vanuit de politie betrokken bij het ontwikkelen van de matrix genoemd in noot 7, zie ook Oosterhoff, 2016).

10 Eén- of tweemaal zoeken van véél informatie tegelijk kan tot een ander oordeel leiden.

sprake als de politie informatie vergaart met als *resultaat* een ‘min of meer volledig beeld enz.’. Maar van zo’n inbreuk kan dan óók sprake zijn bij een bepaalde werkwijze. Eén of twee keer beperkt zoeken met een standaardzoekmachine zoals Google kan toelaatbaar worden geacht op basis van artikel 3 Pw. Maar een geavanceerde webcrawler op iemand inzetten, kan een bijzondere opsporingsbevoegdheid vergen – *los van de vraag wat die actie met de webcrawler oplevert* (Stol & Strikwerda, 2017).

In het hierboven beschreven geval brengt dus het inzetten van het geavanceerde technische hulpmiddel met zich mee dat een meer dan geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer wordt gemaakt en dat dus gereguleerd dient te worden. De technologische ontwikkeling, waarbij mensen en hun leefomgeving steeds verder verknoopt raken met het internet en er tegelijk steeds geavanceerdere search tools ontstaan, nodigt uit tot zo’n gedachtegang. Voor de toekomst, wanneer de bionische technologie steeds meer haar intrede zal doen, is bijvoorbeeld ook discussie te verwachten over de grens tussen stelselmatig informatie inwinnen (art. 126j Sv) en onderzoek aan of zelfs in het lichaam (art. 56 en 195 Sv). Het lijkt dus goed om terughoudend te zijn en de inzet van invasieve technologische middelen voor het online vergaren van informatie voor opsporingsonderzoek niet enkel achteraf te beoordelen, maar juist ook bij voorbaat te reguleren. Het zou derhalve aldus geregeld moeten zijn, dat alleen indien de politie een conservatieve (niet-invasieve) techniek gebruikt én niet een min of meer compleet beeld van bepaalde aspecten van iemands leven maakt, zij haar optreden kan baseren op artikel 3 Pw. Tabel 1 geeft deze zienswijze schematisch weer.

Tabel 1 *Methode, resultaat en te hanteren bevoegdheid*

		Wijze van inwinnen (technisch hulpmiddel)	
		Conservatief	Invasief
Resultaat	Enige gegevens	artikel 3 Pw	Wet BOB
	‘Een min of meer compleet beeld’ enz.	Wet BOB	Wet BOB

Het idee om een methode (hier de inzet van een bepaalde technologie) bij voorbaat te reguleren, past goed binnen het systeem van strafvordering. Strafvordering kent immers veel zoekmethoden die zijn gereguleerd los van de vraag of het inzetten ervan wat oplevert, zoals fouillering (art. 56 Sv), doorzoeking van een woning (art. 97 Sv) en de telefoontap (art. 126m Sv). Het op iemand inzetten van een zoekmachine zou men kunnen opvatten als ‘digitaal fouilleren’ of ‘datafouilleren’. Dat maakt tegenwoordig een meer dan beperkte inbreuk op de grondrechten van de betrokkene, hetgeen betekent dat deze methode moet zijn voorzien van een specifieke grondslag in de wet.

2 Stelselmatige observatie (art. 126g Sv) of stelselmatige informatie-inwinning (art. 126j Sv)?

Uit het bovenstaande blijkt dat, indien artikel 3 Pw onvoldoende wettelijke grondslag biedt voor een bepaalde informatievergaring, gekeken moet worden of deze informatievergaring steun kan vinden in artikel 126g Sv (stelselmatige observatie) of artikel 126j Sv (stelselmatige informatie-inwinning). Maar welke van deze twee bevoegdheden is daarvoor het meest geëigend? Box 1 toont de wettekst van beide artikelen.

Box 1 Artikel 126g lid 1 en 126j lid 1 Sv

Artikel 126g lid 1 (stelselmatig observeren)

In geval van verdenking van een misdrijf kan de officier van justitie in het belang van het onderzoek bevelen dat een opsporingsambtenaar stelselmatig een persoon volgt of stelselmatig diens aanwezigheid of gedrag waarneemt.

Artikel 126j lid 1 (stelselmatig informatie inwinnen)

In geval van verdenking van een misdrijf kan de officier van justitie in het belang van het onderzoek bevelen dat een opsporingsambtenaar als bedoeld in artikel 141, onderdeel b, Sv zonder dat kenbaar is dat hij optreedt als opsporingsambtenaar, stelselmatig informatie inwint over de verdachte.

Iemand online observeren is een fundamenteel dubieus concept. Indien de politie tekstuele gegevens observeert, zoals e-mails of WhatsApp-berichten, kan zij niet zeker weten wie ze observeert en of ze überhaupt wel 'iemand' observeert. Het is nooit zeker wie de lettertekens heeft getypt en het kan zelfs onzeker zijn of ze van een mens, een cobot of een robot afkomstig zijn. Bij het online observeren van foto's, filmpjes en zeker van live webcambeelden lijkt het duidelijker dat er 'iemand', en meestal wie, wordt geobserveerd, maar hier bestaat altijd het risico van beeldmanipulatie. In politiewerk is dat een serieus risico: dat politiemensen in de veronderstelling zijn het gedrag van een bepaald persoon te observeren, terwijl dat allerminst zeker is. Wanneer de politie dat negeert, kan dat leiden tot valse conclusies en het in de opsporing volgen van verkeerde zoeklijnen. Het idee dat er zoiets bestaat als het online observeren van menselijk gedrag, is dus een risico voor de opsporingspraktijk. Het is zuiverder om te blijven spreken over vergaren van online opgeslagen informatie, waarna uit de verzamelde informatie nog maar moet blijken of die informatie iets zegt, en zo ja wat, over het gedrag of de aanwezigheid van een persoon, en zo ja, van wie dan. Toepassing van artikel 126g Sv is om die reden principieel problematisch. Deze opvatting vindt steun in de eerdergenoemde *Leidraad bevoegdheden informatievergaring op internet*. Daarin staat namelijk over de keuze tussen artikel 126g en 126j Sv dat in zijn algemeen-

heid toepassing van artikel 126j Sv de voorkeur verdient. ‘Op internet is van het volgen van iemand of van waarneming van aanwezigheid of gedrag (126g) immers minder sprake dan van informatie-inwinning (126j).’¹¹

De memorie van toelichting (p. 34-35) bij de Wet BOB kenschetst het stelselmatig inwinnen van informatie (art. 126j Sv) als een zwaarder middel dan stelselmatige observatie (art. 126g Sv). ‘Het onderscheid met de stelselmatige observatie is daarin gelegen dat de opsporingsambtenaar uitdrukkelijk tot opdracht heeft om op zodanige wijze aanwezig te zijn in de omgeving van de verdachte, dat de verdachte of personen uit de directe omgeving van de verdachte met hem contacten onderhouden zonder dat zij weten dat zij met een opsporingsambtenaar van doen hebben. De opsporingsambtenaar observeert dus niet alleen, maar interfereert actief in het leven van de verdachte. Hij gaat daarbij verder dan alleen waarnemen of luisteren.’ De *Aanwijzing opsporingsbevoegdheden* van 1 september 2014 stelt in verband met artikel 126j Sv: ‘Een opsporingsambtenaar die stelselmatig informatie inwint, zal zich op een zodanige wijze in de directe omgeving van de verdachte of de betrokkene ophouden dat hij daardoor met personen contacten onderhoudt uit die directe omgeving.’

Sommige auteurs leiden uit deze omschrijvingen af dat stelselmatige informatie-inwinning veronderstelt dat de opsporingsambtenaar zich fysiek in de nabijheid van de verdachte bevindt (‘aanwezig te zijn in de omgeving van de verdachte’, ‘interfereert actief in het leven van de verdachte’, ‘zich in de directe omgeving ophouden’, ‘contacten onderhouden’) en dat artikel 126j Sv dus niet is bedoeld voor het online stelselmatig inwinnen van informatie (vgl. Oerlemans & Koops, 2012; Oosterhoff, 2016). Daar valt tegenin te brengen dat de wetgever de memorie van toelichting schreef in 1996-1997 en dus niet de huidige gedigitaliseerde wereld voor ogen had. Het concept ‘in iemands omgeving zijn’ is sindsdien aangevuld met digitale varianten, zoals videochatten, online gamen of het constant met elkaar in contact staan via WhatsApp. Woorden zoals ‘nabijheid’, ‘interfereren’, ‘zich ophouden’ opvatten als verwijzend naar uitsluitend lichamelijke aanwezigheid, doet die maatschappelijke ontwikkeling geen recht. Als we wetgeving zien als regels die op dynamische wijze met hun tijd meegaan, sluiten die termen vandaag de dag niet uit dat artikel 126j Sv van toepassing is op het in het digitale domein vergaren van informatie over een verdachte. Deze redeneerwijze past bij de redeneerwijze die het Europese Hof volgt ten aanzien van het EVRM, omdat het Hof het EVRM ziet als ‘a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions’.¹²

Kort gezegd zien we als knelpunten in de huidige situatie:

- 1 het beoordelen van politiewerk op basis van het *resultaat* van de informatievergaring (‘een min of meer volledig beeld’ enz.) laat de ingezette *methode* (de gebruikte technologie) in eerste aanleg ongereguleerd (par. 2);

11 Matrix behorende bij de leidraad ‘Bevoegdheden informatievergaring op internet – Opsporing’, versie 5 november 2015, p. 1. Niet-openbare publicatie.

12 EHRM 25 April 1978, Tyrer v. The United Kingdom, r.o. 31. Zie ook Oerlemans, 2017, p. 80.

- 2 onduidelijk is wanneer artikel 126g (observatie) of 126j (informatie-inwinning) van toepassing is (par. 3).

Hierna bespreken we of het wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering de door de digitalisering ontstane onduidelijkheden en discussiepunten kan wegnemen.

3 Het wetsvoorstel

Om te beginnen bevat het wetsvoorstel een voor het Wetboek van Strafvordering nieuwe, algemene bevoegdheid tot het verrichten van opsporingshandelingen (art. 2.1.3.1), luidende: ‘Opsporingsambtenaren zijn ter uitvoering van hun taak bevoegd om in overeenstemming met de geldende rechtsregels onderzoekshandelingen te verrichten.’ Dit nieuwe artikel betekent dat de bevoegdheden die nu geacht worden te zijn gegeven met de taakstelling van de politie (art. 3 Pw) in het Sv worden vastgelegd. De norm zal blijven dat de politie op basis hiervan een handelingsruimte heeft die eindigt bij ‘een meer dan geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer’. Deze bepaling beoogt dus geen verandering in de normering van online opsporingsonderzoek.¹³

Artikel 2.8.2.1.1 van het wetsvoorstel gaat over stelselmatige observatie. Het tekstdeel over de opsporingsbevoegdheid is ongewijzigd ten opzichte van het huidige artikel 126g Sv, namelijk ‘dat een opsporingsambtenaar stelselmatig een persoon volgt of stelselmatig diens aanwezigheid of gedrag waarneemt’. Er is dus geen redactionele poging ondernomen om ‘waarnemen van een persoon’ alsnog toe te snijden op een online omgeving. Over het stelselmatig inwinnen van informatie zegt de conceptmemorie van toelichting: ‘Een moderne vorm van stelselmatig inwinnen van informatie wordt uitgeoefend op internet.’ (p. 247) Een soortgelijke zinsnede ontbreekt bij stelselmatige observatie. In de memorie van toelichting neemt de wetgever zelfs afstand van het idee van online observeren van een persoon: ‘Hoewel open bronnen indicaties kunnen bevatten voor de aanwezigheid of het gedrag van een persoon (bijvoorbeeld met foto’s of berichten op sociale media) neemt de opsporingsambtenaar niet zelf het gedrag of de aanwezigheid van de persoon waar.’ (p. 60) Daarmee lijkt het nieuwe wetsvoorstel de stelselmatige observatie te willen reserveren voor het offline domein.

Volledig nieuw is het voorgestelde artikel 2.8.2.4.1, over stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen (zie box 2). Het artikel betreft een bevoegdheid die een aanvulling vormt op de algemene bevoegdheid die nu is vastgelegd in artikel 3 Pw (in het wetsvoorstel overgeheveld naar art. 2.1.3.1) en artikel 126j Sv (in het wetsvoorstel vervangen door art. 2.8.2.5.1, zie hierna). De memorie van toelichting stelt: ‘Opsporingsambtenaren zullen indien een meer dan geringe inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer aan de orde is, in plaats van een bevel stelselmatig inwinnen van informatie of

13 Voor verdere bespreking van de herziening van het Wetboek van strafvordering, zie bijv. Borgers (2017) en Simmelink (2017).

stelselmatige observatie daarvan een bevel stelselmatig vastleggen van persoonsgegevens uit open bronnen aanvragen.’ (p. 89)

Box 2 Voorgesteld artikel 2.8.2.4.1 lid 1 (stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen)

‘In geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van een jaar of meer is gesteld, kan de officier van justitie bevelen dat een opsporingsambtenaar stelselmatig, met een technisch hulpmiddel, persoonsgegevens uit open bronnen vastlegt.’

Artikel 2.8.2.4.1 heeft een ander bereik dan het huidige artikel 126j Sv (in het wetsvoorstel vervangen door art. 2.8.2.5.1), omdat het zich beperkt tot open bronnen. ‘De open bronnen hoeven niet digitaal of alleen via het internet toegankelijk te zijn, zolang deze maar persoonsgegevens bevatten en voor een ieder toegankelijk zijn, al dan niet na betaling, registratie of het aanmaken van een profiel. Kenmerkend voor een open bron is het feit dat er een onbeperkte kring van personen toegang kan verkrijgen en er geen tussenkomst van een derde nodig is om toegang te verkrijgen. (...) Dit in tegenstelling tot besloten of afgeschermd bronnen of websites waarbij bijvoorbeeld een uitnodiging of goedkeuring vereist is om toegang te krijgen.’ (MvT, p. 245) Het artikel biedt dus geen grond voor het stelselmatig vastleggen van persoonsgegevens uit andere dan open bronnen.

Databestanden van zogenoemde data brokers (organisaties die informatie van internet verzamelen, ordenen en verkopen) zullen in de regel vallen onder de door de wetgever voorgestelde definitie van ‘open bron’. Immers, dergelijke databestanden zijn in principe na betaling voor eenieder toegankelijk. De politie, zo lijkt de bedoeling van de wetgever, kan dus niet om artikel 2.8.2.4.1 heen werken door niet zelf op internet te zoeken maar de gewenste data te verkrijgen van een data broker.¹⁴

Het begrip ‘stelselmatig’ in het voorgestelde artikel blijft bij de bestaande betekenis. Daarvan is sprake indien ‘met de vastgelegde gegevens, na analyse, een min of meer volledig beeld kan worden verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van betrokkene’. (MvT, p. 246) Echter, het bereik van het begrip wordt ingeperkt. De zinsnede ‘na analyse’ suggereert namelijk dat het begrip ‘stelselmatig’ géén betrekking heeft op situaties waarin zonder analyse een min of meer volledig beeld is verkregen van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van betrokkene. Het introduceren van die mogelijkheid is moeilijk te rijmen met het Zwolsman-criterium, waarvan ‘het doen van een analyse’ immers geen onderdeel is.

14 De vraag die we laten liggen omdat dat hier te ver zou voeren, is wat in het licht van de nieuwe wetgeving de positie zal zijn van databestanden van data brokers wanneer die bestanden niet voor ieder toegankelijk zijn, of van databestanden van nog weer andere organisaties zoals banken en telecomproviders.

Het voorgestelde artikel 2.8.2.4.1 lid 1 Sv gaat over het stelselmatig, *met een technisch hulpmiddel*, vastleggen van persoonsgegevens uit open bronnen. Dat veronderstelt dat er ook zoiets is als het raadplegen van open bronnen zónder technisch hulpmiddel, wat dan kan worden uitgevoerd op basis van de algemene bevoegdheid tot het verrichten van opsporingshandelingen (art. 2.1.3.1). De term ‘open bron’ omvat digitale en analoge open bronnen waartoe zonder tussenkomst van een derde toegang verkregen kan worden. Echter, de combinatie van ‘analoog’ en ‘zonder tussenkomst van een derde voor een ieder toegankelijk zijn’ is vandaag de dag niet voor de hand liggend. Wij weten althans buiten de plaatselijke krant of een oud openbaar archief¹⁵ geen voorbeelden van analoge (dus niet-digitale) open bronnen met persoonsgegevens die zonder hulp van een derde voor iedereen vrijelijk toegankelijk zijn. Echt lastig laat zich voorstellen hoe open bronnen met persoonsgegevens, die niet digitaal toegankelijk zijn, wel met een technisch hulpmiddel kunnen worden vastgelegd en doorzocht.¹⁶ Open bronnen zullen in de praktijk dus digitale open bronnen zijn die voor eenieder via internet zijn te raadplegen. Al met al is de vraag of het zinsdeel ‘met een technisch hulpmiddel’ van voorgesteld artikel 2.8.2.4.1 lid 1 niet eerder tot onduidelijkheden leidt dan dat het verheldering brengt.

Toegang tot open bronnen *op internet* vraagt per definitie om een technisch hulpmiddel, zoals de Google-, Yahoo- of Tor-browser of een ander, meer specialistisch instrument zoals een webcrawler. De wetgever denkt daar ook zo over: ‘Het zoeken en vastleggen van gegevens op het internet vereist een zoekprogramma. Dit betreft een technisch hulpmiddel als bedoeld in deze bepaling.’ (MvT, p. 246). Kort daarop zegt de wetgever: ‘Ook is niet uitgesloten dat het gebruik van een technisch hulpmiddel wordt aangevuld met het “handmatig” vastleggen van gegevens. Ook hiervoor is de algemene bevoegdheidsbepaling de grondslag. Handmatig zoeken op internet levert immers niet eenzelfde vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zoals dat met geavanceerde webcrawlers het geval is.’ (MvT, p. 247) We zien dus: (a) zoeken met een algemeen zoekprogramma zoals Google is volgens de MvT het gebruiken van een technisch hulpmiddel zoals bedoeld in artikel 2.8.2.4.1 en (b) daarnaast kunnen opsporingsambtenaren ‘handmatig’ zoeken op internet, dus *zonder* gebruik te maken van een zoekmachine zoals Google. Waaruit dat laatste dan bestaat, vermeldt de memorie van toelichting niet. De wetgever biedt de politie op dit punt geen duidelijkheid. Wel geeft de memorie van toelichting opsporingsambtenaren de volgende duidelijke handreiking bij artikel 2.8.2.4.1 (stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen): ‘Indien opsporingsambtenaren twijfelen of de door hen gehanteerde methode van zoeken op het internet als stelselmatige vastlegging kwalificeert ligt het voor de hand om deze methode op de specifieke wettelijke grondslag die met dit artikel wordt geschapen te baseren, en niet op de algemene bevoegdheidsbepaling.’ (MvT, p. 247)

- 15 Hoewel de vraag is of zo’n archief nog wel zonder tussenkomst van derden mag worden geraadpleegd.
- 16 Een plaatselijke krant scannen met OCR-technologie (‘vastleggen’) om die vervolgens te doorzoeken op naam, is misschien een optie, maar met een laag realiteitsgehalte.

Tot slot kent het wetsvoorstel artikel 2.8.2.5.1 over stelselmatige informatie-inwinning (zie box 3).

Box 3 Voorgesteld artikel 2.8.2.5.1 lid 1 (stelselmatige informatie-inwinning)

‘In geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van twee jaar of meer is gesteld, kan de officier van justitie bevelen dat een opsporingsambtenaar stelselmatig informatie inwint 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.’

De omschrijving van de opsporingsbevoegdheid kent twee wijzigingen ten opzichte van het huidige artikel 126j Sv:

- vervallen is het zinsdeel ‘zonder dat kenbaar is dat hij optreedt als opsporingsambtenaar’, dat iets zegt over de werkwijze van de politie, maar dat volgens de wetgever overbodig is, omdat: ‘Het spreekt uit de aard van de bevoegdheden in dit hoofdstuk voor zich dat de opsporingsambtenaren zich bij de uitoefening daarvan niet kenbaar hoeven te maken als opsporingsambtenaar. Het betreft immers heimelijke bevoegdheden.’ (MvT, p. 247);
- toegevoegd is ‘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’, hetgeen iets zegt over de werkwijze van de politie, maar waarmee de wetgever niet beoogt een ruimere bevoegdheid te introduceren, omdat de tekst ‘aansluit op de literatuur en rechtspraak over deze bevoegdheid’ (MvT, p. 247).

Op artikel 2.8.2.5.1 kan een beroep worden gedaan als wettelijke grondslag voor het online vergaren van informatie, wanneer de algemene opsporingsbevoegdheid (art. 2.1.3.1) onvoldoende grond biedt voor een informatievergaring en ook artikel 2.8.2.4.1 niet toepasbaar moet worden geacht, bijvoorbeeld omdat het gaat om een niet voor het brede publiek openstaande informatiebron. Hoewel artikel 2.8.2.5.1 niet heel veel verschilt van het huidige artikel 126j Sv, is er wel een aandachtspunt. Volgens de wetgever kan bij de uitvoering van deze bevoegdheid niet over historische gegevens worden beschikt, terwijl dat wel kan bij de nieuw voorgestelde bevoegdheid tot stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen, bijvoorbeeld door een ‘over de jaren op Facebook opgebouwd sociaal netwerk’ te bestuderen (MvT, p. 246). Gezien vanuit de politiepraktijk is de vraag of het maken van onderscheid tussen historische en nieuwe of actuele gegevens zinvol is. Ten eerste is de vraag waar ‘historisch’ ophoudt en ‘actueel’ begint. Ten tweede kan een politieambtenaar die de bevoegdheid heeft tot het op internet vergaren van actuele gegevens praktisch gesproken niet uitsluiten dat hij tegelijkertijd ook historische gegevens vergaart: ‘historische gegevens’ en ‘actuele

gegevens' laten zich op internet immers niet gescheiden opvragen. Hier vermoeden we derhalve een bron van onduidelijkheid voor de politiepraktijk.

4 Conclusies en verbeteringsuggesties

Op internet, en dan met name op social media zoals Facebook, LinkedIn en Twitter, is steeds meer informatie over personen beschikbaar die ook voor de politie interessant kan zijn. Hoe ver de politie mag gaan in het vergaren van informatie over personen uit deze online 'open bronnen' is aan discussie onderhevig. Duidelijk is dat indien de informatievergaring meer dan een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer oplevert doordat deze stelselmatige vormen aanneemt, een bijzondere opsporingsbevoegdheid moet worden aangewend. Maar het is een discussiepunt welke: stelselmatige observatie (art. 126g Sv) of het stelselmatig inwinnen van informatie (art. 126j Sv). Een ander en nog minder besproken discussiepunt is of de huidige technische middelen niet dermate indringend kunnen zijn, dat regulering ervan zich minder eenzijdig moet focussen op het *resultaat* van de opsporingsmethode en zich meer ook moet richten op de *methode* als zodanig. De wetgever trekt zich deze discussies aan en komt met voorstellen voor nieuwe regelgeving, waaronder artikel 2.8.2.4.1, over stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen (zie box 2).

Onder de huidige wetgeving is het nog zo, dat de politie op grond van haar algemene taakstelling (art. 3 Pw) bevoegd is tot het online vergaren van informatie over een persoon uit open bronnen indien dat niet leidt tot meer dan een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, anders moet zij haar toevlucht zoeken tot de bijzondere opsporingsbevoegdheid tot het stelselmatig inwinnen van informatie (art. 126j Sv) of de bijzondere opsporingsbevoegdheid tot stelselmatige observatie (art. 126g Sv). De wetgever rekent in het nieuwe wetsvoorstel af met stelselmatige observatie als grond voor het online vergaren van informatie uit open bronnen en introduceert een nieuwe lijn. Indien de algemene opsporingsbevoegdheid van de politie onvoldoende grond biedt (deze wordt neergelegd in art. 2.1.3.1 Sv en vervangt art. 3 Pw), moet de politie een beroep doen op de nieuw in te voeren bevoegdheid tot stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen (art. 2.8.2.4.1). Wanneer dit artikel niet van toepassing is, bijvoorbeeld omdat het gaat om een niet voor het brede publiek openstaande informatiebron, en de algemene opsporingsbevoegdheid onvoldoende grond biedt, kan een beroep worden gedaan op de bevoegdheid tot stelselmatige informatie-inwinning (deze wordt neergelegd in art. 2.8.2.5.1 en vervangt art. 126j Sv). Deze lijn is duidelijker dan de vorige, omdat geen sprake meer is van meerdere parallele opties (immers, stelselmatige observatie als grond voor online informatievergaring uit open bronnen vervalt) en dat is ronduit een verbetering voor de opsporingspraktijk.

De voorgestelde artikelen 2.1.3.1, 2.8.2.4.1 en 2.8.2.5.1 Sv zijn technologieonafhankelijk geformuleerd. Zo heeft het nieuwe artikel 2.8.2.4.1 betrekking op 'open bronnen', los van de vraag of ze analoog of digitaal zijn. Daardoor heeft het ook betrekking op het met digitale middelen doorzoeken van analoge openbare bron-

nen. Dat laatste zal echter niet gauw voorkomen in de opsporingspraktijk, als het al mogelijk is, maar dat de wetgever die mogelijkheid open laat, zit vermoedelijk ook niet in de weg.

Wat verder opvalt, is dat de wetgever in de memorie van toelichting (p. 246) een onderscheid lijkt te introduceren tussen het creëren van een een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van betrokkene dat is verkregen mét en een dergelijk beeld dat is verkregen zonder analyse. Dat laat zich niet eenvoudig rijmen met het Zwolsman-criterium, waarvan ‘het doen van een analyse’ geen onderdeel is.

De wetgever beoogt in de nieuwe wetgeving ook een onderscheid te maken tussen het vergaren van historische gegevens en actuele gegevens, niet met zoveel woorden in de voorgestelde wetteksten maar wel in de MvT (p. 246). Het is niet eenvoudig te begrijpen hoe in de praktijk een dergelijk onderscheid valt te maken: er is geen scherp onderscheid tussen die twee en ze kunnen op internet niet gescheiden worden opgevraagd. Te voorzien valt dus dat het onderscheid vraagtekens zal oproepen in de opsporingspraktijk.

Het belangrijkste van de zojuist genoemde drie artikelen is het nieuwe artikel 2.8.2.4.1 Sv. Dit artikel gaat vermoedelijk over een goed deel van het opsporingswerk. Het lijkt erop dat de wetgever een stap heeft willen zetten richting het reguleren van de methode die wordt ingezet voor stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen, doordat in dit artikel het zinsdeel ‘met een technisch hulpmiddel’ is opgenomen. Dat is in lijn met ons pleidooi voor het reguleren van invasieve methoden, los van het met die methode in de opsporing bereikte resultaat. Maar in de memorie van toelichting verklaart de wetgever het aangehaalde zinsdeel van toepassing op elke zoekmethode in een online omgeving, ook zoeken met een zoekmachine zoals Google. Tegelijk spreekt de wetgever in de memorie van toelichting over ‘handmatig’ zoeken in een digitale omgeving, maar gezien de brede wijze waarop het begrip ‘technisch hulpmiddel’ is gedefinieerd, rijst de vraag wat er dan nog onder ‘handmatig’ valt. Écht handmatig zoeken online, dus zonder wat voor zoektechnologie dan ook, laat zich niet goed voorstellen. Hier lijkt daarom bij nader inzien niet een helder handvat, maar een nieuwe onduidelijkheid te worden geïntroduceerd.

We sluiten af met vier suggesties ter verbetering. Ten eerste kan in het voorgestelde artikel 2.8.2.4.1 lid 1 Sv het zinsdeel ‘met een technisch hulpmiddel’ komen te vervallen, omdat het meer verwarring dan helderheid schept. De tekst komt dan te luiden: ‘In geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van een jaar of meer is gesteld, kan de officier van justitie bevelen dat een opsporingsambtenaar stelselmatig persoonsgegevens uit open bronnen vastlegt.’ Hiermee wordt de bepaling ruimer, omdat deze formulering toelaat dat de politie het stelselmatig vastleggen van persoonsgegevens uit een open bron handmatig doet in plaats van met een technisch hulpmiddel. Maar nu dat in de praktijk onmogelijk lijkt, levert dat geen principieel strafvorderlijk bezwaar op.

Ten tweede kan de wetgever in de memorie van toelichting (p. 246) het zinsdeel ‘na analyse’ laten vervallen. Dat voorkomt dat discussie ontstaat over het verschil tussen enerzijds een min of meer compleet beeld van bepaalde aspecten van

iemands leven, welk beeld is ontstaan na analyse en anderzijds een dergelijk beeld dat is ontstaan zonder analyse. (Mochten we concluderen dat een dergelijk beeld per definitie om analyse vraagt, dan is het gewraakte zinsdeel een overbodige toevoeging en kan dus enkel al om die reden vervallen.)

Ten derde verdient het aanbeveling het idee los te laten dat op internet historische en actuele gegevens van elkaar gescheiden kunnen worden. Dit vergt geen tekstwijziging van het nieuwe artikel 2.8.2.5.1 lid 1 Sv, maar wel in de memorie van toelichting, waar dit onderscheid weggelaten moet worden. Daarmee krijgt artikel 2.8.2.5.1 lid 1 Sv (stelselmatige informatie-inwinning) een ruimere werking toegekend dan nu kennelijk de bedoeling is, want het artikel heeft dan betrekking op het vergaren van zowel actuele als historische gegevens. Dat is duidelijker dan het introduceren van een niet te handhaven beperking. Het verschil tussen het nieuwe artikel 2.8.2.4.1 lid 1 Sv (stelselmatige vastlegging van persoonsgegevens uit open bronnen) en artikel 2.8.2.5.1 lid 1 Sv (stelselmatige informatie-inwinning) is dan dat het eerstgenoemde artikel zich sec richt op het vergaren van informatie uit open bronnen en het laatstgenoemde artikel zich richt op het vergaren van informatie door actief deel te nemen aan het sociale netwerk van een verdachte. Dan is ook duidelijk dat artikel 2.8.2.5.1 lid 1 Sv een zwaardere bevoegdheid is dan artikel 2.8.2.4.1 lid 1 Sv.

Ten vierde dient het op een verdachte inzetten van invasieve zoekmachines te worden gereguleerd. We doen daarvoor geen concreet tekstvoorstel, omdat wij vinden dat eerst een principiële discussie moet worden gevoerd over het al dan niet vooraf reguleren van het inzetten van technologie voor het verzamelen van informatie over een verdachte.

Literatuur

- Borgers, M.J. (2017) Het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering: beginselen en uitgangspunten. *Themis*, 178(6), 279-290.
- Keulen, B.F. & G. Knigge (2016) *Ons Strafrecht 2- Strafprocesrecht*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Koops, B.J. (2012) Politieonderzoek in open bronnen op Internet. Strafvorderlijke aspecten. *Tijdschrift voor Veiligheid*, 11(2), 30-46.
- Koops, B.J. (2013) Police investigations in internet open sources: Procedural-law issues. *Computer Law and Security Review*, 29(6), 654-665.
- Lassche, H. (2016) *Digitalisering en de opsporingspraktijk, juridische aspecten*. Apeldoorn: Politieacademie.
- Oerlemans, J.J. (2017) *Investigating Cybercrime*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Oerlemans, J.J. & B.J. Koops (2012) Surveilleren en opsporen in een internetomgeving. *Justitiële verkenningen*, 38(5), 35-49.
- Oosterhoff, M. (2016) *Opsporing op social media*. Heerlen: Open Universiteit.
- Simmeling, J.B.H.M. (2017) Normering van opsporingsbevoegdheden in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. *Themis*, 178(6), 323-333.
- Stol, W.Ph. & L. Strikwerda (2017) *Strafrechtspleging in een digitale samenleving*. Den Haag: Boom juridisch.
- Van Krieken, J.T.F.M. (2017) Browsen vanuit rechtersperspectief. *Strafblad*, 14(4), 327-333.

Wouter Stol & Litska Strikwerda

Veenstra, S., R. Zuurveen, J. Kerstens & W. Stol (2016) *Opsporing in een gedigitaliseerde samenleving. Een handreiking voor het herkennen, vinden en benutten van digitale sporen*. Leeuwarden/Apeldoorn: NHL-Hogeschool/Politieacademie.