

# Artikel

## Partiële of geschoonde teruggave van gegevensdragers

Naar een gemoderniseerde beslagregeling voor elektronische gegevensdragers

Mr. dr. D.A.G. van Toor en mr. D. van Os\*

260

### 1. Inleiding

In strafzaken is het verzamelen van elektronisch bewijsmateriaal vaak essentieel voor de waarheidsvinding.<sup>1</sup> Niet alleen in *cybercrime*-onderzoeken, maar ook in klassieke strafonderzoeken speelt digitaal bewijs een cruciale rol.<sup>2</sup> Het integraal onderzoeken van gegevensdragers, zoals een *smartphone*, een computer of een

*tablet*, legt in vrijwel alle gevallen niet alleen veel (persoonlijke) gegevens bloot van de gebruiker en over zijn handelingen,<sup>3</sup> maar ook over zijn familie, vrienden, kennissen en/of werk(relaties).

Door het grote belang van elektronisch bewijsmateriaal kan de *inbeslagname* van<sup>4</sup> en het *onderzoek* naar<sup>5</sup> gegevens en elektronische gegevensdragers op veel wetenschappelijke belangstelling rekenen.<sup>6</sup> Voor de gegevensdrager eindigt de strafrechtelijke reis echter niet als de informatie op de gegevensdrager is geanalyseerd en vervolgens eventueel als bewijsmateriaal in een strafzaak is gebruikt. Wat na het beslag met de gegevensdrager gebeurt, geniet tot nu toe minder wetenschappelijke interesse. Nochtans moet de rechter *altijd* beslissen over het lot van in beslag genomen voorwerpen (tenzij de voorwerpen al zijn vernietigd of de verdachte afstand deed van zijn recht).

Naar Nederlands recht rust het beslag op de gegevensdrager en niet op de (voor de strafzaak relevante) gegevens. Dit betekent dat – na inbeslagname van de gegevensdrager – de autoriteiten de beschikking verkrijgen over alle gegevens die op de gegevensdrager staan opgeslagen. Het huidige Wetboek van Strafvordering kent geen regeling waaruit blijkt dat over in beslag genomen

\* Mr. dr. D.A.G. van Toor is als universitair docent verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Montaigne Centrum voor Rechtstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht. Mr. D. van Os rondde recent haar Master Straf(proces)recht af aan de Universiteit Utrecht. Zij werkt inmiddels als parketsecretaris bij het Openbaar Ministerie.

1. 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*, Den Haag: WODC 2016, p. 6; M. Viersma, 'Teruggeven na beslag op computers: alleen de bestanden of ook de computer?', *Strafblad* 2019, 1, p. 29.
2. Zoals Henseler in zijn lectorale rede heeft betoogd, maken smartphones tot wel tachtig procent uit van het digitale bewijs in strafzaken: J. Henseler, 'De (R)evolutie van Digitaal Bewijs', lectorale rede 21 november 2017, Hogeschool Leiden, p. 13. Zie ook J.J. Oerlemans, 'Beschouwing rapport Commissie-Koops: strafvordering in het digitale tijdperk', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018; B.J. Koops & J.J. Oerlemans, *Strafrecht en ICT (Monografieën Recht en Informatietechnologie)*, Den Haag: Sdu 2019, p. 125; S. Royer & J.J. Oerlemans, 'Naar een nieuwe regeling voor beslag op gegevensdragers', *Computerrecht* 2017/200, p. 277. Dat het digitale bewijs ook daadwerkelijk wordt gebruikt in niet-cybercrimezaken blijkt onder meer uit 'Digitaal bewijs in moordzaken', *Computerrecht* 2019/125, p. 225-226 & 'Digitaal bewijs in strafzaken', *Computerrecht* 2020/38, p. 69-70.

3. J. Henseler & C. de Poot, 'De betekenis van digitale sporen voor bewijs op activiteitsniveau', *EeR* 2020, 2, p. 50-59.
4. Bijv. J.S. Nan, 'Een moderne inbeslagname van voorwerpen', *Platform Modernisering Strafvordering* januari 2018, DOI: 10.5553/PMSV/258950952018001001001.
5. Bijv. E. Gritter, 'Opsporing in de digitale wereld: het onderzoek van in beslag genomen gegevensdragers', *DD* 2016/43, p. 493-503.
6. J.J. Oerlemans, 'Beschouwing rapport Commissie-Koops: strafvordering in het digitale tijdperk', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018, DOI: 10.5553/PMSV/258950952018001018001.

gegevensdragers en de daarop opgeslagen gegevens aparte beslissingen genomen moeten of kunnen worden. Wanneer over de gegevensdrager een beslissing wordt genomen, volgen de daarop opgeslagen gegevens dus het lot van de gegevensdrager.<sup>7</sup> De verdachte is bij verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer dan zowel zijn gegevensdrager als de daarop opgeslagen gegevens kwijt.

Betwifteld kan worden of die praktijk conform hogere normen is, zoals het recht op respect voor privéleven (art. 8 EVRM). In deze bijdrage wordt een voorstel voor een toekomstbestendige regeling gedaan aan de hand van de volgende onderzoeksvraag: op welke wijze en onder welke voorwaarden kan een verdachte (of een veroordeelde) teruggave van zijn geschoonde gegevensdrager en/of de daarop opgeslagen legale content verlangen? Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is het allereerst noodzakelijk de huidige regelgeving met betrekking tot – beslissingen omtrent – in beslag genomen gegevensdragers uiteen te zetten (par. 2). Vervolgens wordt beschreven hoe de modernisering van het Wetboek van Strafvordering hierin wijzigingen zou aanbrengen (par. 3). Daarna wordt geanalyseerd of deze wijzigingen voldoende zijn om het ongestoord genot van privégegevens na inbeslagname van gegevensdragers te herstellen (par. 4). Deze bijdrage betreft *enkel* het klassieke beslag (ten behoeve van de waarheidsvinding (art. 94 lid 1 Sv) en niet het verhaalsbeslag (art. 94a Sv)).

## 2. Huidige regelgeving met betrekking tot (beslissingen omtrent) in beslag genomen gegevensdragers

Opsporingsambtenaren kunnen digitale gegevens onder meer vergaren door een gegevensdrager in beslag te nemen (art. 95 en 96 Sv), de gegevensdrager te doorzoeken tijdens een doorzoeking van bijvoorbeeld een woning en de daarop opgeslagen gegevens vast te leggen (art. 125i Sv) of door een met een geautomatiseerd werk verbonden netwerk te doorzoeken ter vastlegging van de daarop opgeslagen gegevens (art. 125j Sv). Naar huidige recht wordt de gegevensdrager in beslag genomen om beschikking te kunnen krijgen over de daarop opgeslagen gegevens, maar het beslag rust op de gegevensdrager.<sup>8</sup> De term ‘vastleggen’ wordt gebruikt, omdat het louter in beslag nemen van gegevens op grond van het huidige wetboek niet mogelijk is.<sup>9</sup> Gegevens zouden

geen voorwerpen zijn;<sup>10</sup> iets dat voor beslaglegging wel een vereiste is (art. 94 Sv).

Het beslag kan op een aantal manieren worden afgedaan. Wanneer de gronden voor het beslag (art. 94 Sv) komen te vervallen, is het uitgangspunt dat het beslag wordt opgeheven en de teruggave van het in beslag genomen voorwerp wordt gelast (art. 116 Sv).<sup>11</sup> Wanneer op een gegevensdrager bijvoorbeeld kinderpornografisch materiaal is aangetroffen, volgt een last tot teruggave voor die gegevensdrager niet snel: er is dan sprake van inbeslagname van een voorwerp dat in eerste instantie voor de waarheidsvinding van belang is en daarna vatbaar voor verbeurdverklaring is of onttrokken wordt aan het verkeer.<sup>12</sup>

Dient de rechter een beslissing te nemen bij einduitspraak dan kan hij beslissen het voorwerp verbeurd te verklaren (art. 33 Sr), te onttrekken aan het verkeer (art. 36b Sr) of teruggave van het in beslag genomen voorwerp gelasten (art. 353 Sv). Vatbaar voor verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer zijn voorwerpen die in relatie staan tot het strafbare feit (art. 33a Sr en 36c Sr). Dit houdt in dat het strafbare feit bijvoorbeeld met behulp van of met betrekking tot het in beslag genomen voorwerp dient te zijn begaan. Voor de gegevensdrager waarop kinderpornografie is aangetroffen zou gelden dat dit het voorwerp is met behulp waarvan het strafbare feit is begaan. Wanneer daarop ook andere dan kinderpornografische gegevens staan opgeslagen die geen relatie hebben tot het strafbare feit, volgen die op basis van het huidige recht het lot van de gegevensdrager wanneer een bepaalde afdoeningsbeslissing is genomen. Dit leidt regelmatig tot discussie in de rechtszaal: de verdachte wenst zijn legale content retour, maar die gegevens volgen het lot van de gegevensdrager. Hieronder wordt recente rechtspraak omtrent de verschillende afdoeningsbeslissingen nader beschreven en geanalyseerd.

### 2.1 Rechtspraak over de afdoening van het beslag op gegevensdragers

Als de verdachte teruggave wenst van bepaalde gegevens die op de in beslag genomen gegevensdrager staan opgeslagen, moet hij een rechtsmiddel aanwenden (art. 552a Sv) of daarom verzoeken tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Inmiddels speelt, zoals uit het hieronder opgenomen overzicht blijkt, vaak de discussie over de partiële of geschoonde teruggave van gegevensdragers (hoewel de wet deze mogelijkheid niet kent).

Het Gerechtshof Den Haag sprak zich hierover als eerste uit in mei 2018.<sup>13</sup> Een verdachte verzocht, in het belang van zijn ambulante psychologische behandeling, om teruggave van de privégegevens die op zijn in beslag genomen *laptop* waren opgeslagen. Volgens de advocaat-

7. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 2.1.

8. *Kamerstukken II 2003/04, 29441, nr. 3*; 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*, Den Haag: WODC 2016, p. 14.

9. In tegenstelling tot in België bijvoorbeeld, zie artikel 39bis Belgisch Wetboek van Strafvordering.

10. *Kamerstukken II 2003/04, 29441, nr. 3*.

11. Aanwijzing Inbeslagneming (artikel 94 Sv) punt I.3 en III.2.

12. Aanwijzing inbeslagneming (artikel 94 Sv) punt II.3; 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*, Den Haag: WODC 2016, p. 22.

13. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074.

generaal kon het gerechtshof geen aparte beslissing nemen over de gegevensbestanden op de *laptop* omdat dit geen in beslag genomen *voorwerpen* betroffen.<sup>14</sup> Het gerechtshof overwoog dat op basis van het huidige nationale recht geen andere beslissing genomen kan worden dan de ongeclausuleerde onttrekking aan het verkeer van de gegevensdrager.<sup>15</sup> Met de belangen van de verdachte zou geen rekening gehouden kunnen worden bij behoud van de daarop opgeslagen gegevens en de verdachte kan de vernietiging van zijn gegevens niet door een rechter laten toetsen.<sup>16</sup> Het gerechtshof concludeerde echter dat de wetgever de technologische ontwikkelingen destijds niet kon voorzien en zocht naar de stand van het recht op Europees gebied, om zodoende het verzoek van de verdachte toch te kunnen beoordelen.<sup>17</sup>

Op basis van jurisprudentie over het recht op respect voor privéleven (art. 8 EVRM) en het recht op eigendom (art. 1 EP EVRM) met betrekking tot de inbeslagname van voorwerpen concludeert het gerechtshof dat uit beide verdragsbepalingen een verplichting voortvloeit dat ‘bij de rechterlijke toetsing in het kader van een verzoek tot onttrekking aan het verkeer van een gegevensdrager waarop zowel strafbare en niet-strafbare gegevens zijn opgeslagen in beginsel ruimte dient te zijn voor een belangenafweging, waarbij onder meer de strafrechtelijke relevantie van individuele gegevens op de in beslag genomen gegevensdrager in beschouwing kan worden genomen’.<sup>18</sup> Om niet puur theoretisch maar daadwerkelijk effectieve bescherming van de verdragsbepalingen te bieden, zou in het nationale recht in een regeling moeten zijn/worden voorzien, waardoor verdachten hun bezwaren tegen of verzoeken ten aanzien van een bepaalde afdoening van in beslag genomen gegevensdragers aan een rechter kunnen voorleggen.<sup>19</sup> Nu het huidige recht niet in een regeling voorziet om afzonderlijk over gegevens die zich op een in beslag genomen gegevensdrager bevinden te kunnen beslissen, is het Nederlandse recht volgens het gerechtshof niet in overeenstemming met de uit artikel 8 EVRM en artikel 1 EP EVRM voortvloeiende verplichtingen.<sup>20</sup> Om in deze lacune te voorzien creëerde het gerechtshof daarom een toetsingskader voor de wijze waarop moet worden omgegaan met verzoeken om teruggave van gegevens.<sup>21</sup>

14. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 1.

15. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 2.

16. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 2.

17. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 3.

18. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 3.1; EHRM 30 september 2014, zaaknr. 8429/05 (*Prezhdrovi t. Bulgarije*), par. 47-52; EHRM 17 mei 2016, zaaknr. 38359/13 (*Džinić t. Kroatië*), par. 67-69.

19. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 3.2.

20. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 3.2.

21. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 4.

In verband met de onevenredig grote belasting voor opsporingsdiensten om iedere gegevensdrager op bestandsniveau te moeten onderzoeken, stelt het gerechtshof als uitgangspunt dat wanneer strafbare gegevens worden aangetroffen op een in beslag genomen gegevensdrager, die gegevensdrager in het geheel wordt onttrokken aan het verkeer.<sup>22</sup> Deze redenering vinden wij overigens weinig overtuigend indien voor de strafzaak, om alle relevante bewijsmiddelen te kunnen overleggen, de gegevensdrager volledig op bestandsniveau is doorzocht. Het is (hoogst)waarschijnlijk dat onderzoek naar de *volledige* inhoud van de gegevensdrager plaatsvindt om een compleet beeld van de omvang van de illegale content te verkrijgen. Zo dient de officier van justitie zijn strafafs bij de vervolging van artikel 240bis Sr op basis van ‘bepaalde vorm en omvang’ te baseren.<sup>23</sup> Ook in de LOVS-richtlijn betreffende artikel 240b Sr zijn onder andere het aantal afbeeldingen en de periode waarin de verzameling is opgebouwd strafvermeerderende omstandigheden.<sup>24</sup> Ondanks dat volledig onderzoek van de gegevensdrager voor de bewijsvoering misschien niet noodzakelijk is, is de kans zeer groot dat justitie een compleet beeld van de aard en omvang van de illegale content wil hebben. Bij het onderzoek naar de inhoud van de gegevensdrager kan dan direct een onderscheid worden gemaakt met betrekking tot de inhoud van de gegevens: duidelijk legale content kan direct worden gemarkeerd ten behoeve van een eventueel later ingediend teruggaveverzoek. Hoe dan ook, in de onderhavige zaak ziet het gerechtshof het bij voorbaat maken van het onderscheid tussen illegale content en legale content als de uitzondering, waaraan mogelijkterwijls pas hoeft te worden voldaan als de verdachte een gemotiveerd verzoek doet om teruggave van door hem duidelijk aangeduide gegevensbestanden.<sup>25</sup>

Als zo’n verzoek is gedaan, dient een belangenafweging te worden gemaakt waarbij rekening kan worden gehouden met (1) de mate waarin door de verdachte informatie is verstrekt over de bestandslocaties van de verzochte bestanden; (2) de technische en personele uitvoerbaarheid van het verzoek; (3) het belang van de verdachte bij het behoud van de gegevens; (4) de mate waarin hij dit heeft onderbouwd; en (5) de vraag of de verdachte door zijn wijze van handelen wordt geacht zelf het risico op vermenging van de gegevens te hebben aanvaard.<sup>26</sup> Overigens werd de teruggave in de onderhavige zaak geweigerd omdat de door de verdachte aangeduide gegevens niet de gegevens betroffen waar hij naar

22. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 4.

23. Zie Richtlijn strafvordering kinderpornografie (2016R010), onder II.

24. Zie <https://www.rechtspraak.nl/sitecollectiondocuments/orientatiepunten-en-afspraken-lovs.pdf>, onder Toelichting oriëntatiepunt art. 240b Sr kinderporno, laatst geraadpleegd op 11 augustus 2020.

25. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 4.

26. Gerechtshof Den Haag, 3 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1074, r.o. 4.

zijn zeggen belang bij zou hebben in het kader van zijn ambulante psychologische behandeling.<sup>27</sup>

Sinds het hier besproken tussenarrest zijn in meerdere beschikkingen, vonnissen en arresten beslissingen genomen over het verzoek tot teruggave van een geschoonde gegevensdrager.<sup>28</sup> Die uitspraken laten een erg diffuus beeld zien. Zo bestaat er blijkbaar onenigheid over de vraag of gegevensdragers, als zij niet worden geretourneerd, moeten worden onttrokken aan het verkeer of verbeurdverklaard moeten worden. Daarnaast wordt het toetsingskader van het Gerechtshof Den Haag erg abstract gebruikt om een verzoek af te wijzen. Verder leidt de toepassing tot uiteenlopende beslissingen van de rechtbank en het gerechtshof in dezelfde zaak. Hieronder wordt een overzicht gegeven van recente beslissingen betreffende het verzoek tot teruggave van in beslag genomen gegevensdragers.

### 2.1.1 Verbeurdverklaren of onttrekken aan het verkeer

Vershillende gerechten laten in de hoofdzaak een dergelijk verzoek volledig onbesproken, en nemen alleen (een variant van) de standaardoverweging op dat de ‘niet teruggegeven iPhone 8, waarmee het onder feit 2 tenlastegelegde en bewezenverklarde is begaan, dient te worden onttrokken aan het verkeer, aangezien het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met het algemeen belang en de wet’.<sup>29</sup> Deze standaardoverweging lijkt ontoereikend voor een gemotiveerde verwerping van het verzoek in de hoofdzaak (als het verzoek voldoende is onderbouwd om als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt te worden gecategoriseerd) en is zonder nadere motivering ook niet logisch. Het bezit van een iPhone als zodanig is in beginsel niet in strijd met het algemeen belang en de wet, maar het bezit van de daarop opgeslagen kinderpornografische gegevens wel. Uit de hierboven weergegeven passage blijkt echter dat gerechten – zoals de wet ook veronderstelt – geen onderscheid maken tussen de gegevensdrager en de gegevens. Het in beslag genomen voorwerp krijgt als impliciet label ‘een voorwerp waarop illegale content staat’. Vanwege de inhoud wordt het ongecontroleerde bezit van de gegevensdrager in strijd geacht met de wet en het algemeen belang. Voor de duidelijkheid zouden gerechten dit – dat het ongecontroleerde bezit van het in beslag genomen voorwerp in strijd is met het algemene belang en de wet vanwege de op dat voorwerp opgeslagen content – kunnen expliciteren in plaats van de hierboven weergegeven standaardoverweging – namelijk dat het ongecontroleerde bezit van de gegevensdrager in strijd is met het algemeen belang en de wet.

Dat de formulering met betrekking tot de beslissingen over in beslag genomen gegevensdragers scherper kan (en nader onderbouwd moet worden), blijkt ook uit de

tweedeling die de Rechtbank Overijssel aanbrengt: de computers waarop kinder- en dierenpornografisch materiaal is opgeslagen worden onttrokken aan het verkeer, terwijl andere computers, waarop geen strafbaar materiaal is opgeslagen, worden geretourneerd.<sup>30</sup> Ook hier overweegt de rechtbank dat het ongecontroleerde bezit van de ene groep computers in strijd is met het algemeen belang en de wet, om een paar regels later de teruggave van andere computers te gelasten. De grond voor deze tweedeling is de op de gegevensdrager opgeslagen inhoud, maar dat expliciteert de rechtbank niet. Overigens lijkt het onderscheid, in tijden waarop bestanden in een *cloud* worden opgeslagen of illegale content vrij beschikbaar is op het *darknet*, gekunsteld. Met enkele klikken kan de verdachte dezelfde inhoud op een andere gegevensdrager laden. In die zin zou kunnen worden beargumenteerd dat het bezit van elke gegevensdrager bij een veroordeelde voor bijvoorbeeld artikel 240b Sr altijd in strijd met het algemeen belang of het bezit van een gegevensdrager is op zichzelf genomen niet in strijd met het algemeen belang (maar alleen de mogelijkheden tot toegang tot illegale content die de gegevensdrager biedt). Overigens vinden wij de verbeurdverklaring van de computer waarmee het strafbare feit is begaan de passende sanctie bij een veroordeling van artikel 240b Sr.

In tegenstelling tot die opvatting oordeelt het Gerechtshof Den Haag zelfs dat de computer waaruit de harde schrijf is verwijderd, waarop het kinderpornografisch materiaal is opgeslagen, een voorwerp is ‘van zodanige aard dat het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd met de wet of het algemeen belang is en derhalve vatbaar voor onttrekking aan het verkeer’.<sup>31</sup> Deze overweging mist elke feitelijke grondslag: als in een gegevensdrager geen opslagcapaciteit aanwezig is, is het onmogelijk dat daarop nog illegale content opgeslagen staat. Het ongecontroleerde bezit van een gegevensdrager zonder content kan niet in strijd met het algemeen belang of de wet zijn. Overigens maakt de Rechtbank Noord-Holland het nog ‘bonter’ door, zonder motivering, een aantal gegevensdragers verbeurd te verklaren, een aantal gegevensdragers te onttrekken aan het verkeer en met betrekking tot een aantal gegevensdrager de last tot teruggave aan de verdachte uit te spreken.<sup>32</sup>

Zoals hierboven al aangestipt, vinden wij de verbeurdverklaring het meest passend:<sup>33</sup> het delict is begaan met behulp van de gegevensdrager, maar de gegevensdrager

27. Gerechtshof Den Haag 27 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:391, r.o. 4.
28. Via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), zoektermen ‘teruggave’ en ‘gegevensdrager’, zoekopdracht op 3 juli 2020, gesorteerd op nieuwste uitspraak eerst. Alle vonnissen en arresten gewezen na 3 mei 2018 zijn beoordeeld.
29. Rechtbank Gelderland 29 juni 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3183. Zie ook Rechtbank Overijssel 25 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2160, r.o. 7.4.

30. Rechtbank Overijssel 25 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2160, r.o. 7.4. Ook de Rechtbank Den Haag en het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden maken deze tweedeling: Rechtbank Den Haag 25 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5724, r.o. 7; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4113.
31. Gerechtshof Den Haag 4 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:150, onder kopje ‘Beslag’.
32. Rechtbank Noord-Holland 21 februari 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:1269, r.o. 11.
33. Dit leidt er dan toe dat bij een ontslag van alle rechtsvervolgning geen passende maatregel kan worden opgelegd, behalve de partiële teruggave en de onttrekking aan het verkeer van de gegevensdrager en daarmee dus ook van de overige gegevens die op de gegevensdrager zijn opgeslagen.



als zodanig, en al helemaal een geschoonde gegevensdrager of een gegevensdrager waaruit het opslagmedium is verwijderd, is geen voorwerp waarvan het ongecontroleerde bezit in strijd is met het algemeen belang of de wet. Bij de onttrekking aan het verkeer wringt de schoen: het beslag rust op de gegevensdrager, de gerechten (moeten) overwegen dat het ongecontroleerde bezit van het voorwerp in strijd is met de wet en het algemeen belang, maar het daadwerkelijke probleem wordt gecreëerd door de op de gegevensdrager opgeslagen content die niet in beslag kan worden genomen en waarover geen afdoeningsbeslissing kan worden genomen. Dat de verbeurdverklaring de meest passende sanctie is, wordt in de feitenrechtspraak niet onderschreven. De Rechtbank Midden-Nederland verklaart als een van de weinige gerechten de computers verbeurd waarmee nepbetaalverzoeken zijn verstuurd, terwijl andere computers van de veroordeelde worden getourneerd.<sup>34</sup> Bij veroordelingen voor overtreding van artikel 240b Sr hebben wij geen *verbeurdverklaring* van in beslag genomen gegevensdragers gevonden waarover een verzoek tot teruggave is ingediend.

De discussie met betrekking tot de passende straf of maatregel vindt eigenlijk buiten het bestek van het verzoek tot teruggave en de eventuele toetsing van dat verzoek plaats, maar laat wel duidelijk zien dat feitenrechters worstelen met het onderwerp van illegale content op legale voorwerpen. Het is klaarblijkelijk voor feitenrechters onduidelijk hoe ‘gevaarlijk’ het ongecontroleerde bezit van gegevensdragers is. Gezien de reflexmatige onttrekking aan het verkeer van gegevensdragers bij bepaalde strafbare feiten, waarbij enkel een standaardmotivering wordt gebruikt, is nog een wereld te winnen om de beslagregeling en de motivering van beslissingen over de in beslag genomen voorwerpen aan de tegenwoordige tijd aan te passen.

### 2.1.2 Beoordelingen verzoeken tot partiële teruggave

Uit de vorige subparagraaf blijkt dat vele teruggaveverzoeken worden verworpen door de gegevensdragers (ongemotiveerd) te onttrekken aan het verkeer, ondanks dat het Gerechtshof Den Haag enkele aandachtspunten voor een gemotiveerde afweging heeft gecreëerd. Als het toetsingskader voor de beoordeling van een verzoek tot partiële teruggave van het Gerechtshof Den Haag wel wordt toegepast, vindt de toetsing soms erg abstract plaats: de Rechtbank Noord-Holland oordeelde, met expliciete verwijzing naar het tussenarrest van het Gerechtshof Den Haag, dat geen beslissing over de gegevens kan worden genomen en dat de gegevens het lot van de gegevensdrager volgen.<sup>35</sup> Soms wordt geen afweging over de mogelijkheid tot partiële teruggave gemaakt, maar beschouwt de rechtbank ‘het op de gegevensdragers van verdachte aangetroffen kinderpornografische materiaal als een samenhangende verzameling, die in totaal aan het verkeer onttrokken kan worden. Dit

geldt ook voor de harde schijf waarvan de raadvrouw om teruggave heeft verzocht ([merk 12] met sticker, tv-series, films), nu ook op deze harde schijf een kinderpornografische afbeelding is aangetroffen.<sup>36</sup> In een uitspraak van de Rechtbank Overijssel wordt de verdachte verantwoordelijk gehouden voor de vermenging van legale en illegale content en onttrekt de rechtbank de gegevensdrager, zonder nadere afweging, aan het verkeer.<sup>37</sup> Vele gerechten zien een collectie gegevens dus als een ondeelbare collectie die het lot van de gegevensdrager *moet* volgen.<sup>38</sup>

De toepassing van het toetsingskader leidt ook tot uiteenlopende beslissingen. Zo kreeg een veroordeelde van de rechtbank te horen dat hij een geschoonde versie van de in beslag genomen gegevensdrager zou ontvangen, waartegen het Openbaar Ministerie succesvol in hoger beroep ging. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat het schonen een *onevenredige werkbelasting* oplevert en dat het schonen van een gegevensdrager een *onzekere operatie* is doordat het moeilijk na te gaan is of in de ‘schone’ bestanden illegale content zit verstopt.<sup>39,40</sup> Uit deze argumentatie blijkt dat de gerechten een afweging maken tussen de partiële teruggave tegenover de tijd, kosten en risico’s die daarmee gemoeid gaan.

In de zojuist besproken zaak concludeert de advocaat-generaal in zijn conclusie in cassatie overigens dat het recht eigenlijk helemaal geen mogelijkheid biedt voor partiële teruggave, maar dat teruggave acceptabel is als beide partijen daartoe overeenstemming bereiken.<sup>41</sup> Hartevelde stelt wel dat het Openbaar Ministerie terughoudendheid moet betrachten met betrekking tot de teruggave, ondanks dat hij uit zijn analyse van de rechtspraak van het EHRM afleidt dat bij het beslag ‘een onderscheid tussen relevante en irrelevante informatie’ moet worden gemaakt.<sup>42</sup>

In deze zaak, en dan met name de conclusie van de advocaat-generaal, komt het onderhavige probleem duidelijk naar voren. In eerste aanleg wordt een partiële teruggave bevolen (die geen wettelijke grondslag heeft), die beslissing wordt in hoger beroep teruggedraaid met voornamelijk een beroep op de onevenredige werklust en

34. Rechtbank Midden-Nederland 6 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:854, r.o. 9.3.

35. Rechtbank Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1600.

36. Rechtbank Gelderland 13 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1762, r.o. 9. Zie ook Rechtbank Den Haag 25 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2851.

37. Rechtbank Overijssel 26 juli 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2605, r.o. 7.

38. De feitelijke juistheid van deze opvatting is eerder bestreden. Bestanden *vermengen* zich niet. Het zijn geen kleuren die bij vermenging tot iets anders leiden of een ondeelbare collectie vloeibare vloeistof die niet (eenvoudig) gedeeld kan worden. De bestanden zijn als individuele gegevens op bepaalde locaties met een bepaalde bestandsnaam opgeslagen. Zie J. van den Bos, ‘Strafrechtelijke beslissingen inzake in beslag genomen gegevensdragers’, *TREMA* 2017/10, par. 3.3.

39. Ongepubliceerd arrest. Conclusie A.E. Hartevelde, ECLI:NL:PHR:2018:1101, bij Hoge Raad 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2244.

40. Ook dit argument wekt bevreemding. Bij geen enkele toepassing van het sanctiearsenaal kan een garantie worden gegeven. Het opsluiten voor bepaalde tijd van een agressieve man is ook een *onzekere operatie* doordat het moeilijk na te gaan is of hij in de toekomst agressief blijft.

41. Conclusie A.E. Hartevelde, ECLI:NL:PHR:2018:1101, bij Hoge Raad 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2244, rn. 3.8.

42. Conclusie A.E. Hartevelde, ECLI:NL:PHR:2018:1101, bij Hoge Raad 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2244, rn. 3.8.

de onzekerheid van de opschoning, terwijl uit het EVRM volgt dat een onderscheid tussen relevante en irrelevante informatie *moet* worden gemaakt, waarbij Harteveld het Openbaar Ministerie oproept toch terughoudendheid te betrachten bij partiële teruggave. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de advocaat-generaal de wetgever de bal toespeelt: ‘Geadviseerd wordt meer duidelijkheid te geven over de mogelijkheid om “onschuldige” bestanden terug te geven die worden aangetroffen op een gegevensdrager.’<sup>43</sup> De Hoge Raad liet de beslissing tot onttrekking aan het verkeer van de gegevensdrager in stand, door te overwegen dat de verwerping van het verweer, mede in het licht van hetgeen de verdachte heeft aangevoerd, begrijpelijk en toereikend is gemotiveerd.<sup>44</sup> Hieruit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de gemotiveerde verwerping van het verzoek toereikend is als wordt gewezen op het feit dat opschonen al snel risicovol is, gezien de onmogelijkheid om te garanderen dat de gegevensdrager daadwerkelijk geschoond is,<sup>45</sup> en een onevenredige werklast betekent.<sup>46</sup>

In beginsel lijkt de redenering dus te zijn ‘geen teruggave, tenzij’, waarbij een hoge motiveringsverplichting op de verdachte rust,<sup>47</sup> terwijl geen evenredige motiveringsverplichting op de gerechten lijkt te rusten. Zo wijst de militaire kamer de verdachte erop dat hij ‘niet concreet heeft aangegeven welke bestanden voor teruggave in aanmerking komen. Ook blijkt uit het dossier onvoldoende welke bestanden niet zijn besmet.’<sup>48</sup> Een vergelijkbare motivering voor de afwijzing van het verzoek tot teruggave gebruikt het Gerechtshof Den Haag ondanks een integrale vrijspraak voor het opzettelijk bezit van kinderpornografisch materiaal.<sup>49</sup>

Het enige succesvolle verzoek betreffende de teruggave van geschoonde gegevensdragers<sup>50</sup> dat wij hebben gevonden is een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant. De rechtbank oordeelt dat de verdachte een *smartphone* waarop kinderpornografisch materiaal is aangetroffen (waarvan de verdachte overigens wordt vrijgesproken) terugkrijgt, maar dat hij in het bijzijn van de politie zijn telefoon moet resetten zodat alle gegevens gewist zijn<sup>51</sup> (waarbij onduidelijk is of deze reset ook bestanden in een *cloud* verwijdert). Een ander ‘succes’

voor een verdachte vindt plaats in Gelderland. De Rechtbank Gelderland gelast de teruggave van de camera waarmee de kinderpornografische opnames zijn gemaakt (naar onze inschatting omdat daarin geen intern geheugen zit)<sup>52</sup> maar beveelt de onttrekking aan het verkeer van de uit de camera afkomstige geheugenkaart.<sup>53</sup>

## 2.2 Conclusie: noodzaak voor interventie door de wetgever

Inmiddels lijkt het uitgekristalliseerd dat een verdachte de mogelijkheid heeft een gemotiveerd verzoek te doen tot teruggave van specifiek aangeduide bestanden (ondanks dat de wet deze mogelijkheid strikt genomen niet biedt). Teruggave werd, in de door ons bestudeerde beslissingen, echter (in laatste instantie) altijd afgewezen. Van den Bos vatte de rechtspraak in 2017 zo samen: ‘De afwijzing is altijd gestoeld op praktische argumenten, die zich in grote lijnen laten samenvatten als: het is te veel gedoe. Of iets uitgebreider: (1) het is (te) moeilijk om het onderscheid tussen strafbare bestanden en andere bestanden te maken en (2) teruggave kost (dus) te veel opsporingscapaciteit.’<sup>54</sup> Ook na analyse van de rechtspraak *anno* 2020 onderschrijven wij die conclusie.

Wat verder opvalt, is dat gerechten soms niet eens toekomen aan de motivering dat het te veel gedoe is. Veel van de door ons bestudeerde verzoeken worden op formele gronden afgewezen, namelijk in verband met het uitblijven van een deugdelijke motivering van de verdachte.<sup>55</sup> Zo wordt benadrukt dat de verdachte heeft verzuimd aan te geven waarom de teruggave van de legale content voor hem van groot belang is<sup>56</sup> of dat het verzoek ongeclausuleerd is.<sup>57</sup> Harteveld roept nadrukkelijk op tot terughoudendheid bij het teruggeven van geschoonde gegevensdragers, en draagt de wetgever op met een regeling hieromtrent te komen.<sup>58</sup>

Uit de analyse van de hierboven besproken uitspraken kunnen de volgende conclusies worden getrokken: (1) er bestaat een lacune in het recht – verdachten brengen geen scheiding tussen illegale en legale content op gegevensdragers aan, en wensen teruggave van legale content –, (2) dat daarvoor een jurisprudentiële oplossing is gevonden (3) die tot op heden echter niet de voor verdachten praktische en effectieve rechtsbescherming

43. Conclusie A.E. Harteveld, ECLI:NL:PHR:2018:1101, bij Hoge Raad 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2244, rn. 3.6.

44. Hoge Raad 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2244, r.o. 2.2-2.4.

45. Zie bijv. Rechtbank Amsterdam 31 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4541, die dit op zichzelf bezien een doorslaggevend argument vindt.

46. Zie voor precies zo’n redenering Rechtbank Gelderland 7 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5000, r.o. 7.

47. Gerechtshof Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2018:3528.

48. Rechtbank Gelderland 17 december 2019, ECLI:NL:RBGEL:2018:5438, r.o. 7.

49. Gerechtshof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2489.

50. ‘Onvervuilde’ gegevensdragers worden (natuurlijk) wel geretourneerd. Zie bijv. Rechtbank Midden-Nederland 16 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4096 en Rechtbank Midden-Nederland 6 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3655.

51. Rechtbank Zeeland-West-Brabant 19 maart 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:1282, r.o. 8.1

52. Dit geeft dan te denken over de onttrekking aan het verkeer van een computer zonder harde schijf, zoals eerder in deze paragraaf beschreven.

53. Rechtbank Gelderland 25 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5401.

54. J. van den Bos, ‘Strafrechtelijke beslissingen inzake in beslag genomen gegevensdragers’, *TREMA* 2017/10, par. 2.

55. Rechtbank Midden-Nederland 19 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2762, r.o. 9.3; Rechtbank Rotterdam 20 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4807, r.o. 8.3; Gerechtshof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2489; Rechtbank Rotterdam 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8802, r.o. 9.3.

56. Rechtbank Rotterdam 20 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4807, r.o. 8.3.

57. Gerechtshof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2489.

58. Conclusie A.E. Harteveld, ECLI:NL:PHR:2018:1101, bij Hoge Raad 4 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2244, rn. 3.6.

sorteert. (Overigens concludeert Nan dat de beklagmogelijkheid tegen de voortdurend van het beslag ook ‘maar weinig bescherming tegen of tegenwicht aan de ruime beslagbevoegdheden van justitie’ biedt.)<sup>59</sup> Dit betekent onzes inziens dat dringend verder nagedacht dient te worden over een toekomstbestendige beslagregeling, in het bijzonder met betrekking tot de toetsing van de voortdurend van het beslag *casu quo* de teruggave van het in beslag genomen voorwerp/de in beslag genomen gegevens na het einde van de strafzaak.

### 3. De modernisering van het Wetboek van Strafvordering

Waar het huidige wetboek dus niet voorziet in de mogelijkheid om gegevens in beslag te nemen, werd beoogd dit wel mogelijk te maken in Boek 2 van het gemoderniseerde wetboek, tot de ambtelijke versie van juli 2020.<sup>60</sup> Gegevens waren in het initiële wetsvoorstel vatbaar voor inbeslagname wanneer ze kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen, om wederrechtelijk verkregen voordeel aan te tonen of wanneer ze kunnen worden vernietigd. Het belangrijkste punt van kritiek op de eerder voorgestelde regeling is dat, anders dan bij het in beslag nemen van voorwerpen, de beslagene de beschikkingsmacht bij de inbeslagname van gegevens niet wordt ontnomen.<sup>61</sup> Ook op basis van een andere grond lijkt het schrappen van de inbeslagname van gegevens ons wenselijk. Het is namelijk de vraag hoe vaak die bevoegdheid zou worden ingezet in vergelijking met het ‘normale’ beslag op gegevensdragers. Als de autoriteiten een woning doorzoeken op verdenking van de aanwezigheid van kinderpornografisch materiaal en zij treffen daar meerdere externe harde schijven, een laptop, een desktop, een tablet en meerdere telefoons aan, wordt dan daadwerkelijk direct onderzoek gedaan naar de gegevens op die gegevensdragers om enkel de gegevens in beslag te nemen? Dat lijkt niet mogelijk. De standaardreactie zou zijn dat alle gegevensdragers in beslag worden genomen voor nader onderzoek. Zeker bij het zojuist genoemde strafbare feit zullen de autoriteiten niet het risico nemen om gegevens te kopiëren en de collectie van de verdachte ontoegankelijk te maken.

De vernietiging of ontoegankelijkmaking van gegevens is in de nieuwste ambtelijke versie wel gehandhaafd.<sup>62</sup> Gegevens kunnen worden vernietigd op grond van artikel 2.7.59 Sv (ambtelijke versie juli 2020) wanneer deze ontoegankelijk zijn gemaakt en aan een van de gronden

uit sub a of b is voldaan. Ontoegankelijkmaking van gegevens kan wanneer deze door middel van de uitoefening van de bevoegdheden uit Titel 7.4 zijn aangekomen en het strafbare feit met betrekking tot of met behulp van die gegevens is begaan of wanneer ze van zodanige aard zijn dat het ongecontroleerde bezit ervan in strijd is met de wet of het algemeen belang (artikel 2.7.57 Sv (ambtelijke versie juli 2020)). Ontoegankelijkmaking moet tevens noodzakelijk zijn ter beëindiging van het strafbare feit of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten.<sup>63</sup>

Titel 7.4 van het gemoderniseerde wetboek omvat de bevoegdheden met betrekking tot onderzoek aan een gegevensdrager. Dit is een actualisering van bevoegdheden met betrekking tot gegevens<sup>64</sup> en daarbij is gekozen voor techniekonafhankelijke formuleringen.<sup>65</sup> Het is een ‘herstructurering en modernisering’,<sup>66</sup> waardoor de titel in de kern grotendeels overeenkomt met al in het huidige wetboek beschikbare bevoegdheden (en jurisprudentiële uitbreidingen daarop, zoals het onderzoek aan de in beslag genomen *smartphone*). Daartoe behoren bijvoorbeeld de reeds bestaande bevoegdheden om tijdens een doorzoeking ter inbeslagname een daar aangetroffen gegevensdrager of een daarmee verbonden netwerk te doorzoeken ter vastlegging van gegevens (artikelen 125i en 125j Sv).

#### 3.1 Analyse van de gemoderniseerde regeling

De beklagregeling verandert in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering niet of nauwelijks. Het beklag tegen de in beslag genomen voorwerpen blijft bestaan, de wet geeft nog steeds geen toetsingsmaatstaf en de wetgever omarmt de rechtspraak van de Hoge Raad dat de toetsing in de raadkamer een summier karakter heeft.<sup>67</sup> De wetgever lijkt in de discussie die in de praktijk speelt over het in beslag nemen van gegevensdragers waarop zowel illegale content als legale content staat geen reden te zien de beslag- en beklagregeling op zijn kop te zetten. Ook de mogelijke afdoeningen van het beslag op voorwerpen blijven in de kern hetzelfde (teruggave, verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer).

De situatie dat de verdachte teruggave van gegevens verzoekt *casu quo* de beschikking over gegevens wil behouden, zal hoogstwaarschijnlijk ook niet veranderen, maar de kans op succes lijkt eveneens gering te blijven. De wetgever wijst erop dat het theoretisch mogelijk is dat de verdachte een compleet geschoonde gegevensdrager retour ontvangt, maar stipt direct meerdere praktische problemen aan.<sup>68</sup> Met andere woorden, de praktijk zal nog steeds zijn dat, bij bepaalde strafbare feiten, alle gegevensdragers als voorwerpen in beslag worden genomen en dat de praktische problemen worden gebruikt

59. J.S. Nan, ‘Een moderne inbeslagname van voorwerpen’, *Platform Modernisering Strafvordering* januari 2018, DOI: 10.5553/PMSV/258950952018001001001, par. 4, onder Tweede pijler.

60. Vgl. Concept MvT boek 2, p. 184 met de Ambtelijke versie memorie van toelichting van juli 2020, p. 32.

61. Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l. 2018, p. 82.

62. Ambtelijke versie memorie van toelichting van juli 2020, p. 449 e.v.

63. Zie hierover ook: M. Viersma, ‘Teruggave na beslag op computers: alleen de bestanden of ook de computer?’, *Strafblad* 2019, 1, par. 2.

64. Ambtelijke versie memorie van toelichting van juli 2020, p. 232, 237, 365.

65. Ambtelijke versie memorie van toelichting van juli 2020, p. 234.

66. Ambtelijke versie memorie van toelichting van juli 2020, p. 366.

67. Concept MvT boek 6, p. 48 e.v.

68. Concept MvT boek 6, p. 53.



om zich tegen het principiële uitgangspunt te verweren dat de verdachte het recht heeft op het ongestoord genot van zijn (legaal) eigendom.

## 4. Het recht van de verdachte op partiële of geschoonde teruggave

Net zoals Van den Bos zijn wij van mening dat de praktische argumenten niet kunnen worden gebruikt om het principiële verzoek af te wijzen.<sup>69</sup> Het uitgangspunt is dat de verdachte een *recht* heeft om in beslag genomen voorwerpen, die geen strafvorderlijk doel dienen, retour te ontvangen. De teruggave is geen gunst afhankelijk van de *good will* van de autoriteiten. Het is evident dat de inbeslagname van voorwerpen onder meer een inbreuk op het recht op respect voor privéleven behelst. Het EHRM maakt er in *Robathin* dan ook niet meer woorden aan vuil dan de volgende: ‘It is not in dispute between the parties that the measures complained of interfered with the applicant’s rights under Article 8 of the Convention. The Court finds that the search and seizure of electronic data constituted an interference with the applicant’s right to respect for his “correspondence” within the meaning of Article 8 of the Convention.’<sup>70</sup>

In *Robathin* wordt de klager verdacht van meerdere strafbare feiten die hij heeft gepleegd in zijn hoedanigheid als advocaat. De beslagmachtiging is algemeen en ongelimiteerd opgesteld – alle documenten, gegevensdragers, rekeninginformatie en boekhouding mogen in beslag worden genomen – terwijl de verdenking alleen bestaat met betrekking tot de relatie tussen de klager en enkele cliënten. Tegen de analyse van al deze gegevens dient klager bezwaar in (een procedure die grote overeenkomsten met de Nederlandse regeling van art. 552a Sv kent). Ondanks dat klager de analyse in omvang wenst te beperken, worden alle gegevens door de autoriteiten gekopieerd en geanalyseerd. Het EHRM overweegt, en dat is in het bijzonder voor deze bijdrage van belang ondanks dat het in de onderhavige zaak over een klacht over de inbeslagname van gegevens gaat die onder het verschoningsrecht vallen, dat de raadkamer van de Rechtbank Wenen alleen een korte en algemene motivering voor de rechtmatigheid van het analyseren van *alle* gegevens gaf, en dat de raadkamer in het bijzonder heeft nagelaten te bekijken of het voldoende zou zijn geweest om alleen de gegevens met betrekking tot twee

cliënten te onderzoeken.<sup>71</sup> De *search and seizure* wordt dan ook disproportioneel genoemd.<sup>72</sup>

In *Prezhdarovi* gaat het specifiek om de klacht dat de inbeslagname van vijf computers niet in overeenstemming met het Bulgaarse recht is vanwege ‘private documents contained in the seized computers, which were unrelated to the criminal proceedings against the first applicant’.<sup>73</sup> In deze zaak geeft het EHRM expliciet aan dat de *omvang* van de inbeslagname een relevante factor is bij de beoordeling of de opsporingshandeling voldoet aan de eisen van artikel 8 EVRM.<sup>74</sup> De klager heeft in de nationale procedure meermaals verzocht om een beoordeling van de omvang van het beslag, maar de Bulgaarse rechters ‘did not make a distinction between information which had been necessary for the investigation and information which had not been relevant; during the investigation the applicants requested the return of the computers, arguing that they contained personal information, but neither the prosecutor nor the relevant courts scrutinised that assertion’.<sup>75</sup>

Het is volgens ons logisch om uit deze uitspraken – dat een ongelimiteerde inbeslagname, eventueel in combinatie met een niet grondige afweging omtrent het verzoek tot gedeeltelijke teruggave, een ongerechtvaardigde inbreuk op het recht op respect voor het privéleven betekent – af te leiden dat de verdachte daadwerkelijk een recht heeft op partiële of geschoonde teruggave. Het is duidelijk dat een ongelimiteerde inbeslagname een schending van het recht op respect van het privéleven kan opleveren (al kan een ongelimiteerde inbeslagname in het begin van het opsporingsonderzoek noodzakelijk zijn),<sup>76</sup> en de inbeslagname van *alle* gegevensdragers kan als ongelimiteerd worden bestempeld. Daarnaast moet het verzoek van de verdachte betreffende de (partiële of geschoonde) teruggave leiden tot een daadwerkelijke afweging, en kan dat verzoek niet zomaar van tafel worden geveegd. Dus ten minste twee eisen voor de afweging van het verzoek tot partiële teruggave kunnen uit de EHRM-rechtspraak worden afgeleid: (1) de omvang van het beslag is afhankelijk van de verdenking en de stand van het (opsporings)onderzoek, waarbij op enig moment een onderscheid moet worden gemaakt tussen legale en illegale content; en (2) een verzoek tot partiële teruggave moet op zijn merites worden beoordeeld. Het is zeer twijfelachtig of de Nederlandse standaardoverweging dat een gegevensdrager, wanneer hierop strafbare gegevens worden aangetroffen, moet worden onttrokken aan het verkeer, aangezien het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met het algemeen

69. J. van den Bos, ‘Strafrechtelijke beslissingen inzake in beslag genomen gegevensdragers’, *TREMA* 2017/10, par. 3.

70. EHRM 3 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0703JUD003045706, par. 39 (*Robathin t. Oostenrijk*).

71. EHRM 3 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0703JUD003045706, par. 51 (*Robathin t. Oostenrijk*).

72. EHRM 3 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0703JUD003045706, par. 52 (*Robathin t. Oostenrijk*).

73. EHRM 30 september 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, par. 33 (*Prezhdarovi t. Bulgarije*).

74. EHRM 30 september 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, par. 49 (*Prezhdarovi t. Bulgarije*).

75. EHRM 30 september 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0930JUD000842905, par. 49 (*Prezhdarovi t. Bulgarije*).

76. EHRM 19 januari 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0119JUD006363814 (*Posevini t. Bulgarije*).



belang en de wet, aan de zojuist geformuleerde eisen voldoet.

Los van het principiële argument benadrukt Van den Bos dat de waarde van de gebruikte praktische argumenten kan worden betwijfeld.<sup>77</sup> Bestanden kunnen daadwerkelijk worden vernietigd; in het strafrecht en bij de toepassing van sancties kunnen nooit garanties worden afgegeven dat geen nieuwe strafbare feiten worden gepleegd;<sup>78</sup> en het is de vraag of het schonen daadwerkelijk veel werk kost omdat de gegevens *moeten* worden gecontroleerd ten behoeve van de waarheidsvinding, de strafeis en de strafmaat.

Viersma benadrukt dat het complex is om te voldoen aan een verzoek tot partiële teruggave, maar dat meerdere methoden kunnen worden gebruikt.<sup>79</sup> In de kern komen de methoden op de volgende werkwijzen neer: de legale bestanden worden gemarkeerd (*whitelisting*), eventueel na contact met de verdachte over welke bestanden hij wil ontvangen, of de illegale bestanden worden gemarkeerd (*blacklisting*). *Blacklisting* is risicovoller omdat dan alleen de als zodanig herkende bestanden als illegaal worden gecategoriseerd, waardoor het *Dunkelziffer* groot kan zijn. *Whitelisting* lijkt daardoor een betere optie. Zoals eerder gesteld, moeten de gegevens op bestandsniveau worden geanalyseerd ten behoeve van de waarheidsvinding, de strafeis en de strafmaat en de verdachte kan de autoriteiten helpen bij het identificeren van legale content. Dit betekent volgens ons dat de autoriteiten direct kunnen beginnen met *whitelisten*, de lijst kunnen opslaan en, afhankelijk van de details van het later ingediende verzoek, de legale content kunnen retourneren. Mocht de verdachte tijdens de opsporing meewerken met de autoriteiten, dan kan de analyse van de gegevens en het *whitelisten* van legale content eenvoudig plaatsvinden.

## 5. Slotbeschouwing

Volgens ons zou de wetgever er goed aan doen om een principieel ander standpunt in te nemen tijdens de moderniseringsoperatie: in beginsel *moet* legale content worden geretourneerd omdat strafvorderlijke doelen voor de voortdurende van de inbeslagname van legale content ontbreekt. Een ander uitgangspunt lijkt ten minste *prima facie* een schending van het recht op respect voor privéleven (en/of het recht op ongestoord genot van het eigendom) te zijn. Het is in de huidige samenleving, waar iedereen over veel legale digitale content beschikt, moeilijk voorstelbaar dat de inbeslagname

77. J. van den Bos, 'Strafrechtelijke beslissingen inzake in beslag genomen gegevensdragers', *TREMA* 2017/10, par. 3.3.

78. Dit argument is een reactie op de afwijzing van verzoeken omdat niet gegarandeerd kan worden dat geen kinderpornografisch materiaal op de gegevensdrager is achtergebleven. Zou dit argument worden doorgetrokken, zou dat ook kunnen worden gebruikt om bijvoorbeeld een persoon levenslang op te sluiten omdat niet kan worden gegarandeerd dat de impulscontrole over agressieve gedragingen volledig is hersteld.

79. M. Viersma, 'Teruggeven na beslag op computers: alleen de bestanden of ook de computer?', *Strafblad* 2019, 1, p. 32.

van *alle* gegevensdragers (en daarmee ook alle gegevens) proportioneel is. Het algemene belang is in principe niet gediend met het feit dat een verdachte zijn privégegevens verliest en staat, afzonderlijk bezien, niet in verhouding tot de individuele belangen van de verdachte. Dit principiële uitgangspunt is van een ander gewicht dan eventuele praktische problemen. Praktische problemen moeten zoveel mogelijk worden opgelost ten behoeve van de verplichting om aan het principiële uitgangspunt te voldoen. Natuurlijk spelen pragmatische gronden een rol bij de beoordeling van de rechtvaardige inbreuk op relatieve grondrechten, maar wij zien voldoende mogelijkheden om gegevens te *whitelisten* met behulp van de verdachte. Hieronder worden punten opgeworpen onder welke voorwaarden recht kan worden gedaan aan het recht dat de verdachte heeft op teruggave van privégegevens door de beslagregeling op gegevensdragers te moderniseren.

Wij nemen daarvoor de hierboven gepresenteerde factoren als uitgangspunt die in de recente rechtspraak over de teruggave van legale content op in beslag genomen gegevensdragers zijn ontwikkeld. Daarin zijn verschillende criteria ontwikkeld waarin het belang van de verdachte bij het behoud van de gegevens centraal staat, waaronder de motivering van dit belang en de algemene motivering van het verzoek tot teruggave. Deze criteria komen ons vreemd voor: het gaat om *legale* content waarvan het duidelijk is dat het eigendomsrecht (of ten minste het bezit voordat de gegevensdrager in beslag werd genomen) bij de verdachte ligt. Waarom moet hij aantonen belang te hebben bij het ongestoorde bezit van zijn legale goederen en gegevens? Het is toch alleszins redelijk dat hij de beschikking hierover verkrijgt? Natuurlijk moet de verdachte een *verzoek indienen* tot teruggave van de legale content waarbij hij benadrukt de legale content retour te willen ontvangen, maar elke nadere motivering van zijn belang bij teruggave van *legale content* is wat ons betreft overbodig. Daarmee wordt namelijk uit het oog wordt verloren dat het de Staat is die beslag heeft gelegd op legale content en dat beslag moet in beginsel worden opgeheven.

Ook de technische en personele uitvoerbaarheid van het verzoek zijn volgens ons ondergeschikte punten. Natuurlijk kunnen geen wonderen van de opsporingsautoriteiten worden verwacht – bijvoorbeeld het herstellen van fysiek beschadigde gegevensdragers – maar het uitgangspunt moet zijn dat de autoriteiten de legale content retourneren ondanks dat daarmee tijd en mankracht verloren gaat. De wet geeft niet als uitgangspunt dat in beslag genomen voorwerpen teruggeven kunnen worden als het niet te veel inspanning kost. De wet bepaalt dat de voorwerpen worden geretourneerd als de strafvorderlijke gronden voor het beslag niet meer aanwezig zijn. Daarnaast wordt de steekhoudendheid van de praktische argumenten door Van den Bos sterk betwijfeld.<sup>80</sup>

80. J. van den Bos, 'Strafrechtelijke beslissingen inzake in beslag genomen gegevensdragers', *TREMA* 2017/10, par. 3.3.

Net als Viersma<sup>81</sup> benadrukt hij dat *whitelisting* geautomatiseerd kan plaatsvinden. Een automatisch opgestelde *whitelist* is verre van perfect, maar kan een goed uitgangspunt vormen. Daarnaast worden, zoals eerder benadrukt, de gegevensdragers hoogstwaarschijnlijk volledig geanalyseerd en kan direct worden gestart met het *whitelisten*. Ten slotte: heel veel handelingen kosten (veel) tijd. Waarom moeten wel alle passages van alle bladzijden die in beslag zijn genomen bij een verschoningsgerechtigde apart worden beoordeeld terwijl dezelfde behandeling niet zou gelden voor de inhoud van een gegevensdrager bij burgers? Zowel het verschoningsrecht als het recht op respect voor het privéleven en het recht op ongestoord genot van het eigendom zijn grondrechten.

Om tegemoet te komen aan de (veronderstelde) kosten van een teruggaveverzoek zou ook nader onderzoek kunnen worden verricht of een kostenveroordeling voor *dat specifieke aspect* van het strafproces mogelijk en wenselijk is. Wij willen er op deze plaats alleen op wijzen dat dit een mogelijkheid zou kunnen zijn, gezien het reflexmatige gebruik van het kostenargument door gerechten. Een *volledige* kostenveroordeling is in een aantal van ons omliggende landen niet ongebruikelijk,<sup>82</sup> maar het is niet onze bedoeling de discussie te starten over een volledige kostenveroordeling. Misschien kan beter worden gesproken van een kostenverdeling om het stigmatiserende effect van de *kostenveroordeling* te vermijden. De kostenverdeling zou wat ons betreft alleen gelden voor de eventuele aanvullende werkzaamheden die plaats zouden moeten vinden op verzoek van de verdachte, en dient wat ons betreft in overweging te worden genomen omdat de kosten van partiële teruggave door de Staat consequent als tegenargument wordt gebruikt om niet aan verdachtes recht te hoeven voldoen.

Wij vinden een eventuele kostenverdeling in strafzaken redelijk, omdat niet uit het oog moet worden verloren dat de verdachte bij de teruggave van zijn gegevens een positieve consequentie zal ervaren. Bij een volledige kostenveroordeling in strafzaken worden de normale kosten van de procedure gedeeltelijk op de 'veroorzaker' afgewenteld, waarbij de veroorzaker vervolgens ook enkel negatieve consequenties zal ervaren (openbaar terechtstaan, eventuele strafoplegging). Dit is niet het geval als wordt voldaan aan het teruggaveverzoek. De verdachte verkrijgt dan wederom de beschikking over zijn legale content. Als de verdachte het recht heeft op teruggave van zijn gegevens en gegevensdragers, maar door zijn strafbaar handelen het risico op vermenging van zijn privéleven en zijn criminele activiteiten heeft aanvaard,<sup>83</sup> zou het redelijk kunnen zijn *de kosten* voor

het retourneren (gedeeltelijk) bij de persoon te leggen die het probleem heeft veroorzaakt.<sup>84</sup>

Een kostenverdeling kan dan bewerkstelligen dat het kostenargument tegen partiële teruggave niet langer reflexmatig als afwijzingsgrond wordt gebruikt. De precieze kosten voor de verdachte zouden kunnen worden gematigd doordat de verdachte nauwkeurig aangeeft welke bestanden hij retour wil ontvangen. De verdachte heeft dan zelf invloed op de kosten die gepaard gaan met de uitvoering van zijn 'dienstverleningsopdracht'. Hoe duidelijker de verdachte aangeeft wat de bestandslocaties van de legale content zijn, inclusief eventueel in acht te nemen encryptie en andere beveiligingsmaatregelen, hoe sneller de opdracht kan worden uitgevoerd. Daarbij ligt het voor de hand dat de verdachte de bestanden, nadat zij zijn gecontroleerd op eventueel heimelijke illegale content, op een schone gegevensdrager worden gekopieerd en op die manier worden geretourneerd. Overigens zouden, zoals eerder opgemerkt, de autoriteiten hiermee direct bij de analyse van de gegevens en gegevensdragers in de opsporingsfase kunnen beginnen omdat toch alle bestanden op bestandsniveau moeten worden onderzocht ten behoeve van de opsporing, vervolging en berechting van het strafbare feit. Dan is het ook mogelijk bestanden die duidelijk legaal zijn te markeren.

Wat ons betreft, wordt het standaardpraktijk dat de verdachte legale content terugkrijgt. Dat legale content het lot van de gegevensdrager volgt omdat op de gegevensdragers ook illegale content staat, is niet meer van deze tijd. De verdachte heeft recht op teruggave van legale content, en de Staat heeft geen belang en geen recht bij voortdurend van beslag op legale content alsmede op het verbeurdverklaren of de onttrekking aan het verkeer van legale content. Een toetsingskader voor zulke verzoeken zou onzes inziens moeten bevatten dat de verdachte daaromtrent een (ongemotiveerd) verzoek kan indienen waarin hij aangeeft dat hij teruggave van zijn legale content eist, waarbij hij zo precies mogelijk aangeeft om welke bestanden het gaat. Eventueel zou kunnen worden nagedacht over een kostenverdeling, waarbij de verdachte kosten van de 'dienstverleningsopdracht' op zich neemt om de standaardreactie van de autoriteiten daaromtrent te counteren.

81. M. Viersma, 'Teruggeven na beslag op computers: alleen de bestanden of ook de computer?', *Strafblad* 2019, 1, p. 32.

82. P.J.P. Tak, *Kostenveroordeling in strafzaken*, Den Haag: WODC 2012.

83. Ook dit is overigens een argument dat niet steekhoudend is. Bestanden *vermengen* zich in de regel niet, het blijven individuele bestanden. Het is geen fossiele brandstof die samen met een ander vat brandstof samen in groter vat kan worden gegoten. De 'vermenging' vindt plaats doordat meerdere soorten bestanden (legale content en illegale content) op een gegevensdrager staat. Er vindt dan geen *scheiding* van boven- en

onderwereld plaats, maar van vermenging in de strikte zin van het woord is geen sprake.

84. Vgl. S. Royer, *Strafrechtelijk beslag: digiproof & (multi)functioneel* (diss. KU Leuven), s.l.:s.l. 2020, m. 554.