

Artikel

CTRL+ALT+DEL: De keuring van technische hulpmiddelen

Mr. C.M. Taylor Parkins-Ozephius, mr. D.A. Wendt en D.A.G. van Toor PhD LLM BSc*

1. Inleiding

Technische hulpmiddelen worden al decennialang ingezet ten behoeve van de waarheidsvinding. Zo kunnen de autoriteiten tijdens de uitvoering van verschillende bijzondere opsporingsbevoegdheden technische hulpmiddelen inzetten om bijvoorbeeld een plaats op te nemen en de verplaatsing van een goed vast te stellen (art. 126k Wetboek van Strafverordening (Sv)) of om vertrouwelijke communicatie op te nemen (art. 126l Sv). Volgens artikel 126ee Sv worden bij algemene maatregel van bestuur nadere regels vastgesteld, onder andere met betrekking tot de technische eisen waaraan de hulpmiddelen moeten voldoen.¹ Om aan deze verplichting te voldoen is per 2007 het Besluit technische hulpmiddelen strafverordening (Besluit THS) in werking getreden, dat het daarvoor geldende Besluit technische hulpmiddelen bijzondere opsporingsbevoegdheden (Besluit THBO) verving. Voor de inzet van technische hulpmiddelen om geautomatiseerde werken binnen te dringen geldt een ander besluit, namelijk het Besluit onderzoek in een geautomatiseerd werk (Besluit OGW).

Hoewel technische hulpmiddelen een belangrijke rol spelen in de praktijk (en die rol zal niet afnemen), wordt in de handboeken en commentaren nauwelijks aandacht besteed aan het Besluit.² In de recente, tiende, druk van Corstens' handboek *Het Nederlands strafprocesrecht* komt de term *Besluit technische hulpmiddelen strafverordening* welgeteld twee keer voor³ en in beide gevallen gaat het om de mededeling dat het Besluit THS op grond van artikel 126ee Sv nadere regels bevat over technische hulpmiddelen. In Bloms commentaar bij artikel 126ee Sv wordt alleen kort aandacht besteed aan het feit dat in het Besluit THS nadere eisen zijn te vinden waaraan het hulpmiddel moet voldoen, en wordt volstaan met de mededeling dat er een Keuringsdienst voor technische hulpmiddelen is.⁴ In het *Sdu Commentaar Strafverordening* worden slechts drie artikelen van het Besluit THS van 'commentaar' voorzien.⁵

Deze geringe aandacht en belangstelling wekken vreemding gezien het belang van de inzet van technische hulpmiddelen. Daardoor zijn belangrijke punten (te lang) onbesproken gelaten. Gezien de modernisering van het Wetboek van Strafverordening en de noodzaak ook lagere regelgeving aan te passen aan het nieuwe Wetboek is het de hoogste tijd stil te staan bij het begrip

1

* Mr. C.M. (Celine) Taylor Parkins-Ozephius is als docent straf(proces)recht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht. Mr. D.A. (David) Wendt is als docent straf(proces)recht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht. D.A.G. (Dave) van Toor PhD LLM BSc is als universitair docent verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Montaigne Centrum voor Rechtstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht.

1 Deze bepaling is nagenoeg ongewijzigd overgenomen in art. 2.8.4 in de ambtelijke versie van het wetsvoorstel Wetboek van Strafverordening. Zie daarover ook de memorie van toelichting op p. 490.

2 Wel merkt de commissie-Koops op dat het kapstokartikel (art. 126ee Sv) voor weinig duidelijkheid zorgt wat betreft het begrip technische hulpmiddelen, zie Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, s.l. 2018, p. 176.

3 Gevonden via de ctrl+f functie, zoekterm 'Besluit tech'. G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 510 en 525.

4 T. Blom, 'Commentaar bij artikel 126ee Sv', in: *T&C Strafverordening*, bijgewerkt tot 1 januari 2022.

5 M. Nieuwenhuis & H.J. Mous, 'Commentaar op Besluit technische hulpmiddelen strafverordening', in: *Sdu Commentaar Strafverordening*, bijgewerkt tot 5 april 2019.

technisch hulpmiddel en de lagere regelgeving met betrekking tot deze hulpmiddelen. Een van de belangrijkste aandachtspunten is de inmiddels uitgebreide reikwijdte van het begrip technisch hulpmiddel. Het begrip technisch hulpmiddel wordt in twee Besluiten anders gedefinieerd – het omvat zowel hardware als software – terwijl het Besluit THS ook nadere regels stelt met betrekking tot de inzet van de technische hulpmiddelen bij de hackbevoegdheid. In het kader van de modernisering is het belangrijk dit onderwerp, de definitie van het begrip technisch hulpmiddel, op de wetenschappelijke agenda te zetten. Ook een tweede aspect – de keuring van technische hulpmiddelen – verdient aandacht. Uit de jaarrapporten van de Inspectie Justitie & Veiligheid blijkt dat in de overgrote meerderheid van de gevallen niet gekeurde technische hulpmiddelen worden ingezet ten behoeve van de uitvoering van de hackbevoegdheid,⁶ terwijl de regelgeving bepaalt dat in beginsel alle technische hulpmiddelen voorafgaand aan de inzet worden gekeurd.

In deze bijdrage gaan wij hier nader op in en beantwoorden wij de vraag wat het toekomstige recht moet regelen met betrekking tot de keuring van technische hulpmiddelen. Om die vraag te kunnen beantwoorden beschrijven wij ten eerste wat het begrip technisch hulpmiddel naar huidig recht betekent (par. 2) en wat de relevante regelgeving daarover bepaalt (par. 3). Vervolgens gaan wij in op de situatie van de inzet van gekeurde, niet gekeurde of afgekeurde technische hulpmiddelen en welke regels uit de jurisprudentie volgen (par. 4). Daarna wordt in paragraaf 5 beargumenteerd welke eisen het toekomstige recht moet bevatten om enerzijds de bewijswaarde van de gegevens te waarborgen en anderzijds de verantwoordelijkheid voor die beoordeling bij de rechter te leggen. In paragraaf 6 ronden wij deze bijdrage af met een korte conclusie.

2. Het begrip technisch hulpmiddel nader bekeken

Het begrip technische hulpmiddelen komt voor het eerst duidelijk naar voren tijdens de IRT-affaire. Na het Kamerdebat over de opheffing van het interregionaal rechercheteam (IRT) nam de Kamer een motie aan waarin parlementair onderzoek wordt verricht naar de inzet van (bijzondere) opsporingsmethoden en de controle daarop.⁷ In het rapport dat hierop volgt, wordt duidelijk dat het IRT veelvuldig werkte met technische hulpmiddelen, zoals videocamera's en peilbakens,⁸ zonder dat

voor zowel de inzet van de bevoegdheid als het technisch hulpmiddel nadere regelgeving bestond. In het rapport van de commissie-Van Traa wordt nog niet overwogen dat aan de technische hulpmiddelen nadere regels moeten worden gesteld. Dat is misschien ook niet verwonderlijk: het acute probleem was de ontbrekende wettelijke grondslag voor allerlei opsporingsmethoden en het falende toezicht op de diensten van de politie die deze methoden uitvoerden. Artikel 126ee Sv, het artikel dat bepaalt dat nadere regelgeving over de inzet van technische hulpmiddelen moet worden gecreëerd, wordt echter wel direct in de Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden opgenomen en treedt in werking op 1 januari 2000.⁹ Bij Besluit van 15 december 1999 wordt voldaan aan de eis van artikel 126ee Sv.¹⁰ Dit Besluit wordt het Besluit THBO gedoopt. Hierin wordt het begrip technisch hulpmiddel gedefinieerd als: 'een configuratie van componenten die signalen detecteert, deze transporteert, hun registratie activeert en de signalen registreert'. Overigens wordt artikel 126ee Sv volgens de memorie van toelichting bij de ambtelijke versie 'nagenoeg ongewijzigd' overgenomen.¹¹ De enige inhoudelijke wijziging is dat ook de technische hulpmiddelen die worden gebruikt bij de uitoefening van het ontsleutelbevel aan de in het Besluit opgenomen voorwaarden moet voldoen. Het is derhalve te verwachten dat aan het huidige kader met betrekking tot de betekenis van het begrip technische hulpmiddelen niets gaat veranderen.

2.1 De definitie naar huidig recht

In de evaluatie van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden (Wet BOB) werden met betrekking tot het Besluit enkele (praktische) knelpunten gesignaleerd, waaronder de langdurige certificeringprocedure, de strenge eisen die aan de apparatuur werden gesteld en de hoge administratieve lasten.¹² Dit vormde, samen met de ratificatie van het Cybercrime Verdrag, aanleiding om het Besluit te vervangen.¹³ Het nieuwe Besluit – het eerdergenoemde Besluit THS – trad in werking op 1 januari 2007. Artikel 1 onder a van dat Besluit stelt dat onder een technisch hulpmiddel moet worden verstaan 'een technisch hulpmiddel als bedoeld in artikel 126ee, onderdeel a, van het Wetboek van Strafvordering'.¹⁴ Deze 'definitie' laat aan duidelijkheid te wensen over.

In de nota van toelichting wordt de definitie nader toegelicht als zijnde 'technische hulpmiddelen die worden ingezet ten behoeve van stelselmatige observatie met een technisch hulpmiddel, het opnemen van vertrouwelijke communicatie of het opnemen van telecommunicatie zonder medewerking van de betrokken aanbieder'.¹⁵ Gelet op de aard van deze opsporingsbevoegdheden en de toelichting is deze definitie beperkt

6 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2019*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2020; Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2020*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2021; Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2021*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2022.

7 Kamerstukken II 1995/96, 24072, nrs. 10-11, p. 11.

8 Kamerstukken II 1995/96, 24072, nrs. 10-11, p. 167.

9 Stb. 1999, 245.

10 Stb. 1999, 547.

11 Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, ambtelijke versie juni 2020, p. 491.

12 Kamerstukken II 2004/05, 29940, nr. 1.

13 Stb. 2006, 524, NvT, par. 1.1.

14 Stb. 2006, 524, art. 1.

15 Stb. 2006, 524, NvT, par. 1.2.

tot hardware zoals camera's en microfoons.¹⁶ Ook met deze aanvullende opmerking moet worden vastgesteld dat, anders dan in het Besluit van 1999, dit eigenlijk helemaal geen definitie is van het begrip technisch hulpmiddel, maar een beschrijving van omstandigheden waarbij technische hulpmiddelen kunnen worden ingezet.

Sinds 1 maart 2019 bestaat naast het Besluit THS ook het Besluit OGW. Het laatstgenoemde Besluit bevat nadere regels voor technische hulpmiddelen die noodzakelijk zijn bij de uitvoering van de hackbevoegdheid die met de Wet computercriminaliteit III (hierna Wet CCIII) per 1 maart 2019 is geïntroduceerd. Deze bevoegdheid wordt meestal met behulp van een technisch hulpmiddel uitgevoerd, maar, anders dan hierboven, gaat het daarbij niet om de inzet van hardware. In het Besluit OGW wordt een technisch hulpmiddel namelijk omschreven als 'softwareapplicatie die gegevens detecteert, registreert en transporteert en waarmee onderzoekshandelingen worden verricht ter uitvoering van een bevel'.¹⁷

2.2 Reikwijdte

Het expliciete onderscheid tussen traditionele en moderne technische hulpmiddelen dat het Besluit OGW maakt, is niet terug te zien in de reikwijdte van het Besluit THS. In artikel 126ee onder a Sv – dat in het Besluit THS als definitie te gelden heeft – staan namelijk ook de artikelen genoemd die, kort gezegd, de hackbevoegdheid bevatten. Dat is opvallend omdat dit nu juist de artikelen zijn op basis waarvan het Besluit OGW tot stand is gekomen en waarin de 'moderne' technische hulpmiddelen centraal staan. Het Besluit THS bevat dus regels omtrent de opslag, verstrekking, plaatsing en verwijdering van zowel software als hardware, maar een toelichting op deze reikwijdte ontbreekt. De regels omtrent de technische eisen die gesteld worden aan technische hulpmiddelen zoals genoemd in artikel 126ee onder b Sv vallen buiten de reikwijdte van het Besluit THS.

De noodzaak tot nadere regelgeving voor de software die wordt ingezet voor het onderzoek in geautomatiseerde werken werd al benoemd in de memorie van toelichting bij de Wet CCIII.¹⁸ Opvallend is echter dat in deze memorie van toelichting niet wordt gesproken over een nieuw besluit, maar slechts over een aanvulling op het Besluit THS die ziet op de in paragraaf 3 nader te bespreken eisen waaraan de software moet voldoen.¹⁹ Onduidelijk is waarom later toch is gekozen voor het nieuwe Besluit OGW, waarin dus ook een andere definitie van een technisch hulpmiddel wordt gehanteerd.

Dat het hanteren van verschillende definities in onduidelijkheid resulteert, is onder andere terug te zien in het

verslag van de Inspectie Justitie & Veiligheid.²⁰ Deze Inspectie houdt, kort gezegd, toezicht op de toepassing van de bevoegdheden op basis van de Wet CCIII. In het verslag over het jaar 2019 stelt de Inspectie dat de politie gebruik heeft gemaakt van een 'zelf ontwikkeld script' dat volgens de Inspectie valt onder de definitie van een technisch hulpmiddel.²¹ Uit de reactie op het wederhoor van het conceptverslag blijkt dat het de landelijk officier van justitie *Digital Intrusion* is geweest die heeft geoordeeld dat dit script juist buiten de reikwijdte van het begrip technisch hulpmiddel in de zin van het Besluit OGW valt.²²

In het definitieve verslag stelt de Inspectie dat de politie met het Openbaar Ministerie moet samenwerken om de definitie nader uit te werken.²³ Uit het verslag over het jaar 2020²⁴ blijkt dat deze uitwerking nog altijd niet heeft geleid tot een passende definitie. De Inspectie beschrijft dat het *Digital Intrusion Team* (DIGIT) van de politie en het Openbaar Ministerie een eigen – en dus een derde – definitie van het begrip technisch hulpmiddel hebben uitgewerkt. Volgens die definitie is er sprake van een technisch hulpmiddel 'indien het middel zelfstandig functioneert en buiten de invloedssfeer van de opsporingsambtenaar van het technisch team de drie componenten (detectie, registratie en transport) uitvoert waarmee onderzoekshandelingen ter uitvoering van een bevel worden verricht'.²⁵ De Inspectie stelt terecht dat deze beperkte definitie niet aansluit bij die van het Besluit OGW, nu de nota van toelichting daarvan stelt dat een dergelijk script dat semihandmatig wordt ingezet wél een technisch hulpmiddel is.²⁶

Uit het verslag over het jaar 2021²⁷ blijkt ten slotte dat ook het consistent toepassen van een (al dan niet te beperkte) definitie nog geen vanzelfsprekendheid is. De Inspectie constateert namelijk dat in één zaak de politie en officier van justitie hebben geoordeeld dat een hulpmiddel waarbij het transport van de gegevens niet automatisch plaatsvond om die reden geen technisch hulpmiddel betrof zoals bedoeld in artikel 21 lid 5 Besluit OGW.²⁸ In een andere zaak, waarbij een soortgelijk hulpmiddel werd gebruikt, bepaalde de officier van justitie echter dat de aard van het middel zich verzet tegen keu-

16 Vgl. Y. Buruma, *Buitengewone opsporingsmethoden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 44; T. Blom, 'Commentaar bij artikel 126ee Sv', in: *T&C Strafvordering*, bijgewerkt tot 1 januari 2022.

17 *Stb.* 2018, 340, art. 1 onder f.

18 *Kamerstukken II* 2015/16, 34372, nr. 3.

19 *Kamerstukken II* 2015/16, 34372, nr. 3, onder 2.4.

20 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2019*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2020.

21 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2019*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2020, p. 9.

22 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Tabel wederhoor Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2019*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2020, p. 3.

23 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2019*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2020, p. 9.

24 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2020*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2021.

25 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2020*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2021, p. 15.

26 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2020*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2021, p. 16.

27 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2021*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2022.

28 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2021*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2022, p. 22.

ring, wat betekent dat het wél een technisch hulpmiddel betrof.²⁹

2.3 Tussenconclusie

Het begrip technisch hulpmiddel is een kameleon. Het Besluit THS hanteert eigenlijk geen definitie maar verwijst enkel naar artikel 126ee Sv, terwijl de definitie in het Besluit OGW zich beperkt tot software. De redactie van artikel 126ee Sv zorgt er echter voor dat het Besluit THS ziet op zowel hardware als software. Bovendien blijken de politie en het Openbaar Ministerie een derde te onderscheiden definitie te hanteren, die niet aansluit bij de nota van toelichting van het Besluit OGW én inconsistent wordt toegepast. Geconcludeerd kan worden dat dit alles leidt tot ernstige onduidelijkheid met betrekking tot de reikwijdte van het begrip en een onwerkbaar situatie wegens mogelijke overlap tussen de verschillende Besluiten. Dit maakt de toepassing van de daarop gebaseerde en hierna te bespreken regelgeving er niet eenvoudiger op.

3. De Besluiten THS en OGW en andere relevante regelgeving

De Besluiten THS en OGW bestaan op dit moment naast elkaar. Zoals eerder gesteld, is onduidelijk wat het bestaansrecht van het Besluit OGW is en hoe deze besluiten zich precies tot elkaar verhouden. In deze paragraaf duiken we daarom dieper in beide besluiten om de verschillen en overeenkomsten te duiden. Hoewel de Besluiten THS en OGW uit respectievelijk 29 en 32 artikelen bestaan, staan in deze bijdrage enkel de relevante bepalingen omtrent de eisen die worden gesteld aan technische hulpmiddelen centraal. Vervolgens worden de Regeling eisen keuringsdienst technisch hulpmiddel en de door het Openbaar Ministerie gepubliceerde Instructie voor de inzet van de hackbevoegdheid kort besproken.

3.1 Het Besluit THS

Uitgangspunt bij de inzet van technische hulpmiddelen is dat *voorafgaande* keuring plaatsvindt. Zo dient volgens artikel 18 van het Besluit THS uit een keuringsrapport te blijken dat het technische hulpmiddel voldoet aan de eisen uit hoofdstuk drie van dit Besluit. Technische hulpmiddelen die zijn bestemd voor observatie of voor het opnemen van vertrouwelijke communicatie dienen te voldoen aan de in artikelen 10, 12, 13 en 14 gestelde eisen, maar niet aan artikel 11. Een technisch hulpmiddel voor het opnemen van telecommunicatie dient ingevolge artikel 18 lid 2 te voldoen aan de in artikelen 10 tot en met 14 gestelde eisen.

Hoewel de tekst van artikel 18 doet vermoeden dat voor ieder technisch hulpmiddel dus dezelfde eisen gelden, blijkt uit de nota van toelichting bij het besluit dat dit genuanceerder ligt. De toelichting bij artikel 18 begint als volgt: ‘Uit het keuringsrapport dient te blijken dat het technische hulpmiddel voldoet aan de eisen die, onder de specifieke omstandigheden van het geval, aan de inzet worden gesteld.’³⁰ In het keuringsrapport van de Keuringsdienst dienen de kenmerken van het technische hulpmiddel te worden beschreven. Vervolgens wordt op basis van de beschreven kenmerken bepaald aan welke specifieke eisen voldaan moet worden en of het technisch hulpmiddel daaraan voldoet.

De aan de technische hulpmiddelen gestelde eisen dienen als waarborg voor de onschendbaarheid van de vastgelegde waarnemingen. De gegevens die worden vastgelegd dienen dan ook betrouwbaar, toetsbaar en niet manipuleerbaar te zijn.³¹ Om deze doelen te bereiken zijn de volgende eisen geformuleerd. Artikel 10 van het Besluit THS vereist dat het technische hulpmiddel de datum en tijd waarop de signalen worden gedetecteerd, automatisch en doorlopend op de gegevensdrager vastlegt. Artikel 11 van ditzelfde besluit bepaalt dat ‘het technische hulpmiddel voor het opnemen van telecommunicatie slechts de communicatie opneemt die plaatsvindt met gebruikmaking van één of meer nummers van de individuele gebruiker of gebruikers, op wie het bevel tot het opnemen van de communicatie is gericht’. Ingevolge artikel 12 is een technisch hulpmiddel indien de opsporingsambtenaar bij de inzet hiervan niet voortdurend aanwezig is aan extra eisen onderhevig.³² Het hulpmiddel dient dan zodanig beveiligd te zijn dat eventuele technische veranderingen achteraf zo veel mogelijk vast te stellen zijn. Artikel 13 bepaalt vervolgens dat het transport van het signaal dusdanig beveiligd dient te worden, dat manipulatie van de signalen wordt voorkomen of achteraf is vast te stellen. Deze eis geldt niet voor ieder technisch hulpmiddel, maar enkel indien een signaal getransporteerd dient te worden.³³ Tot slot stelt artikel 14 specifieke eisen aan de opslag van de signalen. Zo dient de inhoud van de gedetecteerde signalen identiek te zijn aan de op de gegevensdrager opgeslagen signalen. De op een gegevensdrager opgeslagen signalen worden niet beperkt en bij opslag van signalen worden maatregelen genomen om manipulatie van de opgeslagen signalen te voorkomen en om achteraf te kunnen vaststellen of manipulatie heeft plaatsgevonden. Indien het technisch hulpmiddel mede bestaat uit een component die selecteert welke signalen worden opgeslagen, legt de opsporingsambtenaar vast welk selectie criterium is gehanteerd.

Zoals gesteld, is het uitgangspunt van het Besluit THS dat het technisch hulpmiddel *voorafgaand* aan de inzet hiervan is gekeurd. Het is in bijzondere omstandigheden

30 Stb. 2006, 524, NvT, art. 18.

31 Stb. 2006, 524, NvT, par. 1.3.

32 Stb. 2006, 524, NvT, art. 18.

33 Stb. 2006, 524, NvT, art. 18.

29 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2021*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2022, p. 22.

op grond van artikel 19 mogelijk om hiervan af te wijken. Indien het onderzoeksbelang dit dringend vordert, kan de officier van justitie bepalen dat een ongekeurd technisch hulpmiddel voor observatie of voor het opnemen van vertrouwelijke communicatie wordt ingezet. De officier van justitie dient de omschrijving van de aard en technische mogelijkheden van het technische hulpmiddel te vermelden in het bevel. Daarnaast valt in de nota van toelichting te lezen dat zelfs indien een ongekeurd technisch hulpmiddel wordt gebruikt, de officier van justitie hierbij wel dient te anticiperen op de keuring. Het technisch hulpmiddel dient alsnog te voldoen aan de eisen.³⁴ De uitzondering uit artikel 19 is dan ook geen vrijbrief. Na afloop dient het hulpmiddel alsnog gekeurd te worden ingevolge lid 3. Ook hierop is een uitzondering mogelijk indien de aard van het technische hulpmiddel of de betrokken componenten zich daarentegen naar het oordeel van de officier van justitie verzetten. Een termijn waarbinnen deze keuring dient plaats te vinden ontbreekt echter in deze bepaling. In het geval het technisch hulpmiddel niet wordt gekeurd, dient de officier van justitie de aanvullende maatregelen te treffen om de rechtmatigheid van de inzet van het technische hulpmiddel te waarborgen, te voorkomen dat er twijfel ontstaat over de authenticiteit en de herkomst van de geregistreerde gegevens en hiermee rechterlijke controle mogelijk te maken.³⁵

3.2 Het Besluit OGW

Deze belangen lijken ook ten grondslag te liggen aan de aan het technisch hulpmiddel gestelde eisen volgens het Besluit OGW. Uit de nota van toelichting bij het Besluit OGW blijkt dat indien gebruik wordt gemaakt van een gekeurd hulpmiddel, ervan uit mag worden gegaan dat aan de wettelijke vereisten omtrent de betrouwbaarheid, integriteit en herleidbaarheid van de gegevens is voldaan. Dit is niet de enige overeenkomst tussen de twee besluiten. Uit artikel 14 Besluit OGW blijkt wederom het uitgangspunt dat het technische hulpmiddel voorafgaand aan het gebruik hiervan wordt goedgekeurd door een keuringsdienst. Uit artikel 15 blijken vergelijkbare uitzonderingen op deze voorafgaande keuring, waarbij keuring achteraf mogelijk wordt gemaakt tenzij de aard van het technisch hulpmiddel zich hiertegen verzet (art. 21 lid 4 Besluit OGW). Ook in dit Besluit wordt hier geen termijn aan gesteld. Het technische hulpmiddel dient bij de keuring te voldoen aan de eisen die hieraan worden gesteld in de artikelen 8 tot en met 13 Besluit OGW. Uit de nota van toelichting volgt echter geen vergelijkbare nuancering als bij het Besluit THS, waar niet alle eisen voor ieder hulpmiddel van toepassing bleken te zijn. Dit suggereert dan ook dat de eisen die volgens het Besluit OGW aan een technisch hulpmiddel worden gesteld strikter zijn.

Het technische hulpmiddel dient volgens artikelen 8 en 9 voldoende gericht te kunnen functioneren. Het dient

zodanig ingericht te zijn dat de werking ervan kan worden beperkt tot de in het bevel vermelde functionaliteit of functionaliteiten en het dient alleen die gegevens te detecteren en registreren. Artikel 10 stelt eisen aan de betrouwbaarheid en integriteit van het technische hulpmiddel. Het technische hulpmiddel dient de gedetecteerde gegevens over te nemen en op identieke wijze te registreren. Daarnaast dient het hulpmiddel beveiligd te zijn tegen de wijziging van de werking hiervan, tegen wijziging van de geregistreerde gegevens en tegen kennisneming van deze gegevens door onbevoegden. Ingevolge artikel 11 dient het technisch hulpmiddel ten behoeve van de herleidbaarheid de geregistreerde gegevens van een uniek gegeven te voorzien. Op grond van artikel 12 voorziet het technische hulpmiddel de geregistreerde gegevens van de datum en tijd waarop de registratie plaatsvindt. Tot slot volgen de eisen aan het transport van de gegevens in artikel 13. Het technische hulpmiddel dient de geregistreerde gegevens naar een technische infrastructuur te transporteren en dient tijdens dit transport de gegevens te beveiligen tegen de wijziging van de geregistreerde gegevens en kennisneming van de deze gegevens door onbevoegden.

Naast de reguliere voorafgaande keuring volgt uit artikel 14 lid 3 van het Besluit OGW 'indien een technisch hulpmiddel of een onderdeel hiervan zodanig wijzigt dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de werking niet langer voldoet aan de in de artikelen 8 tot en met 13 gestelde eisen, vindt voorafgaand aan het gebruik herkeuring plaats door een keuringsdienst van het gewijzigde technische hulpmiddel of van het gewijzigde onderdeel'. Na een software-update zal volgens de nota van toelichting bij de Keuringsdienst een inschatting gemaakt worden of redelijkerwijs nog kan worden aangenomen dat het technische hulpmiddel nog aan de eisen voldoet. Indien nodig wordt het technische hulpmiddel herkeurd.

3.3 Nadere regelgeving

Naast de inmiddels uitgebreid toegelichte besluiten wordt nu kort de Regeling eisen keuringsdienst technisch hulpmiddel toegelicht. Deze regeling bevatte regels voor de aanwijzing van een organisatie als keuringsdienst voor het keuren van technische hulpmiddelen waarmee onderzoekshandelingen worden verricht in een geautomatiseerd werk (oftewel, de technische hulpmiddelen volgens Besluit OGW). De regeling trad in werking per 1 maart 2019 en is volgens artikel 11 komen te vervallen per 1 maart 2022.

Uit het Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid 2019 blijkt dat in dat jaar de minister van Justitie en Veiligheid de Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek (TNO) tot 1 maart 2022 had aangewezen als keuringsdienst voor het uitvoeren van deze keuringen.³⁶ Uit het Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid 2021 blijkt echter dat

34 Stb. 2006, 524, NvT, art. 19.

35 Stb. 2006, 524, NvT, art. 19.

36 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2019*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2020, p. 6.

deze aanwijzing van kortere duur was. Sinds 2021 verzorgt de keuringsdienst van de Landelijke eenheid van de politie de keuringen.³⁷ Uit het Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid 2021 blijkt dat het eerste jaar als keuringsdienst bij de Landelijke eenheid niet vlekkeloos is verlopen: zo was gedurende het jaar slechts één medewerker inzetbaar voor het uitvoeren van keuringen en bleek ondersteuning vanuit TNO alsnog noodzakelijk.³⁸ Waar voor de aanwijzing van TNO als keuringsdienst nog aan specifieke eisen uit de aangehaalde regeling moest worden voldaan, ontbreken deze eisen verrassend genoeg voor de keuringsdienst van de Landelijke eenheid.³⁹ De eerder aan TNO gestelde eisen lijken daarentegen wel van belang te zijn voor zowel het goed verlopen van de keuringen, als voor de kwaliteit en integriteit van de keuringsdienst. Daarom volgt hier een korte bespreking van de meest relevante eisen uit deze (inmiddels vervallen) regeling.

Op grond van artikel 2 komt een instelling in aanmerking voor een aanwijzing als keuringsdienst indien deze (onder andere) onafhankelijk is van degenen die bij het resultaat van de uitvoering van de taken waarvoor zij is aangewezen belang hebben en die beschikt over voldoende deskundigheid en outillage om de uitvoering van de taken zoals deze volgen uit het Besluit OGW naar behoren te vervullen. De keuringsdienst dient een keuring binnen vier weken te kunnen voltooien en een herkeuring binnen twee weken.⁴⁰ Daarnaast dient de instelling te beschikken over een behoorlijke administratie waarin de gegevens op een systematische wijze zijn vastgelegd en dient zij de kwaliteit van haar organisatie, processen en werkzaamheden aantoonbaar te hebben geborgd door deze onder te brengen in een gestructureerd kwaliteitssysteem.

Uit artikel 3 volgt de taakstelling van de keuringsdienst: de aangewezen keuringsdienst heeft als taak keuringen uit te voeren zoals bedoeld in artikel 14 en 15 van het Besluit OGW. Deze keuringen dienen volgens artikel 9 van deze regeling te worden uitgevoerd met de grootste mate van beroepsintegriteit en technische bekwaamheid. Daarnaast dienen volgens ditzelfde artikel de aangewezen keuringsdienst en de werknemers die met de keuringen zijn belast vrij te zijn van elke pressie of beïnvloeding, die hun beoordeling of de uitslagen van hun keuring kan beïnvloeden, met name door personen of groepen van personen die bij de resultaten van de keuring of beoordeling belang hebben.

Artikel 4 regelt dat de aanwijzing van de keuringsdienst voor ten hoogste drie jaar geldt en dat hier voorschriften

37 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2021*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2022, p. 15.

38 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2021*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2022, p. 15.

39 Vgl. art. 16 lid 2 jo. lid 4 Besluit OGW met art. 16 lid 1 jo. lid 3 Besluit OGW, waarbij de Regeling eisen keuringsdienst technisch hulpmiddel een ministeriële regeling als bedoeld in art. 16 lid 4 betreft.

40 Art. 6 Regeling eisen keuringsdienst technisch hulpmiddel (vervallen per 1 maart 2022).

aan kunnen worden verbonden. De aanwijzing kan ook worden ingetrokken in het geval de keuringsdienst niet meer voldoet aan de in het besluit of de regeling genoemde voorwaarden, indien de keuringsdienst de keuringen niet meer op een juiste wijze verricht of indien de keuringsdienst gestelde voorschriften niet naleeft. Naast eisen aan de instelling zelf, stelt artikel 5 van de regeling eisen aan de werknemers die de keuring en herkeuring uitvoeren. Deze specifieke eisen gaan zowel over de vooropleiding als over relevante werkervaring. Wanneer een keuringsdienst op basis van deze regels aangewezen wordt, zal deze instelling dus geschikt zijn om de keuringen van de technische hulpmiddelen ten behoeve van de hackbevoegdheid uit te voeren.

Naast de besproken regeling is het gepubliceerde beleid van het Openbaar Ministerie omtrent de inzet van de hackbevoegdheid hier ook noemenswaardig.⁴¹ Het Openbaar Ministerie heeft immers niet voor iedere opsporingsbevoegdheid een gepubliceerd beleid waarin wordt aangegeven aan welke vereisten de inzet moet voldoen. Uit deze instructie blijkt onder andere dat bij de inzet van de hackbevoegdheid niet over één nacht ijs wordt gegaan. Indien de zaakofficier van justitie voornemens is om deze bevoegdheid in te zetten dient hij dit voor te leggen aan de rechercheofficier van justitie en de hoofdofficier van justitie van zijn parket. Indien zij beiden akkoord gaan met de inzet van de bevoegdheid, doet de hoofdofficier van justitie een verzoek tot advisering aan de Centrale Toetsingscommissie en wordt de voorgenomen toepassing (inclusief het adviesrapport) ter goedkeuring voorgelegd aan het College van procureurs-generaal.⁴² Ten slotte heeft het Openbaar Ministerie aanvullend een aanwijzing gepubliceerd omtrent de internationale aspecten van de inzet van de hackbevoegdheid, nu het binnendringen van een geautomatiseerd werk op afstand gebeurt en het internet niet gebonden is aan landsgrenzen.⁴³

Over de Keuringsdienst (onderdeel van de nationale politie) die technische hulpmiddelen in de zin van het Besluit THS keurt (en ook benoemd is voor de keuring van technische hulpmiddelen in de zin van het Besluit OGW), is geen openbare informatie beschikbaar.

3.4 Tussenconclusie

De Besluiten THS en OGW stellen deels vergelijkbare eisen aan de verschillende technische hulpmiddelen. De vereisten die volgen uit het Besluit OGW blijken echter strikter te zijn, nu deze alle gelden voor de softwareapplicaties, in plaats van een selectie van de eisen zoals

41 Zie Instructie voor de inzet van de bevoegdheid ex art. 126nba, 126uba, 126zpa, en 126ffa Sv, www.om.nl/onderwerpen/beleidsregels/aanwijzingen/opsporing---politie/instructie-voor-de-inzet-van-de-bevoegdheid-ex-artt-126nba-126uba-126zpa-en-126ffa-sv, laatst geraadpleegd op 22 april 2022.

42 Zie Instructie voor de inzet van de bevoegdheid ex art. 126nba, 126uba, 126zpa, en 126ffa Sv.

43 Zie Aanwijzing voor de internationale aspecten van de inzet van de bevoegdheid ex art. 126nba Sv, www.om.nl/onderwerpen/beleidsregels/aanwijzingen/opsporing---politie/aanwijzing-voor-de-internationale-aspecten-van-de-inzet-van-de-bevoegdheid-ex-artt-126nba-sv, laatst geraadpleegd op 22 april 2022.

die gelden voor technische hulpmiddelen onder het Besluit THS. Ook heeft het Besluit OGW een eis tot herkeuring indien wijziging aan het technisch hulpmiddel plaatsvindt waardoor mogelijk niet meer aan de eisen van het Besluit wordt voldaan. Het Besluit THS kent geen vergelijkbare bepaling. Met betrekking tot de keuringsdiensten is weinig informatie beschikbaar. De Regeling voor de keuring van technische hulpmiddelen in de zin van het Besluit OGW is per 1 maart 2022 vervallen en er is geen nieuwe regeling over de aanwijzing van de Landelijke eenheid als keuringsdienst in werking getreden. Over de keuringsdienst voor het Besluit THS is geen informatie beschikbaar.

4. De inzet van technische hulpmiddelen

Hierboven is het wettelijk kader met betrekking tot de inzet van technische hulpmiddelen beschreven. Daarin is aangestipt dat de technische hulpmiddelen – zowel onder het Besluit THS als onder het Besluit OGW – in beginsel pas worden ingezet als zij zijn gekeurd.⁴⁴ Aan dit idee – het gaat, zoals hieronder duidelijk wordt, te ver om dit een vereiste te noemen – ligt de *CIA Triad* ten grondslag. Naar het Nederlands wordt deze drie-eenheid vertaald met beschikbaarheid, integriteit en vertrouwelijkheid (hierna: BIV).⁴⁵ Het is van evident belang dat van de gegevens die worden gedetecteerd, geregistreerd en getransporteerd vast komt te staan dat die gegevens niet zijn veranderd tijdens (of na) de uitvoering van het bevel. Dan kan door de rechter namelijk worden vastgesteld dat de inhoud van de gegevens zoals die zijn veiliggesteld onveranderd zijn gebleven.

Al eerder is gesteld dat vooral de keuring van software een lastig element binnen het wettelijk kader vormt: anders dan hardware is software constant aan verandering onderhevig en soms zijn veranderingen in de software noodzakelijk om de applicatie (beter) te laten functioneren en/of om problemen met de BIV te voorkomen/repareren. Als voorbeeld kan de zaak *Aydin C.* dienen: hierin is ter uitvoering van het opnemen van vertrouwelijke communicatie een *keylogger* op de computer van de verdachte geïnstalleerd om zijn gebruik van een VPN te omzeilen.⁴⁶ Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is verweer gevoerd tegen de rechtmatigheid van de inzet van de *keylogger* als technisch hulpmiddel. Omdat de

keylogger is geïnstalleerd ter uitvoering van het opnemen van vertrouwelijke communicatie is volgens artikel 126ee Sv het Besluit THS van toepassing. Een Besluit dat, zoals eerder vermeld, eigenlijk in werking is getreden om eisen aan de inzet van hardware te stellen. Dit is dan ook precies een van de discussiepunten die in deze zaak ontstaat. De rechtbank oordeelt, contrair het verweer, dat het Besluit THS ook van toepassing is op software, dat de software is gekeurd en dat de onregelmatigheden in het vastleggen van de gegevens niet leidt tot een vormverzuim.⁴⁷ In hoger beroep wordt het verweer uitgebreid, omdat de software ‘aanvankelijk niet correct functioneerde en pas na hernieuwd installeren en instellen gegevens naar de politie verzond’.⁴⁸ De verdediging verbindt hieraan de conclusie dat voorafgaande keuring van software zinloos is, gezien de wijzigingen die kunnen en zijn aangebracht, en dat keuring achteraf noodzakelijk is om de BIV te waarborgen. Ook het gerechtshof wordt niet overtuigd door de verdediging van de (eventuele) discrepantie tussen wat daadwerkelijk is gebeurd en wat is *gelogd* en overweegt dat de resultaten van de *keylogger* betrouwbaar zijn.⁴⁹

Deze zaak laat enerzijds zien dat de keuring en inzet van software niet zo rechtlijnig is als de keuring en inzet van hardware, maar anderzijds ook dat rechters pragmatisch te werk gaan en de discussie grotendeels omzeilen door het bewijs op zijn bewijswaarde te beoordelen. Dit doet de vraag rijzen wat het doel van de keuring is en of dat doel niet beter op een andere wijze kan worden bereikt. Daar komt bij dat uit de verslagen *Toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie* (2019, 2020 en 2021) blijkt dat in de overgrote meerderheid van de zaken waarin een bevel wordt uitgevoerd niet gekeurde software wordt ingezet.⁵⁰ In deze paragraaf wordt de problematiek van de niet gekeurde technische hulpmiddelen nader beschouwd. Wij behandelen daarbij de rechtsvraag of de rechter mag treden in de keuring en hoe om moet worden gegaan met niet gekeurde (of afgekeurde) technische hulpmiddelen. Dit alles vormt de opmaat voor het slotstuk van deze bijdrage waarin wij betogen dat het begrip technisch hulpmiddel en de keuring van software veranderd dienen te worden.

4.1 Rechterlijke toetsing van de keuring

Een van de (weinig) andere gepubliceerde zaken waarin de keuring van een technisch hulpmiddel een rol speelt, en waaruit nogmaals duidelijk wordt dat (des tijds) de keuring niet zo rechtlijnig is (was), is de zaak waarin het lekken van staatsgeheimen aan Hells Angels

44 Zie ook HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4651, r.o. 4.2.

45 Zo verzocht de Raad voor de rechtspraak de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid nadrukkelijk de BIV te waarborgen. Zie Raad voor de rechtspraak, *Advies Ontwerpbesluit onderzoek in een geautomatiseerd werk*, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2017-23-advies-ontwerpbesluit-onderzoek-in-een-geautomatiseerd-werk-alttekst.pdf, laatst geraadpleegd op 22 maart 2022. In het Besluit OGW worden deze eisen uiteindelijk betrouwbaarheid en integriteit genoemd (art. 10).

46 Rb. Amsterdam 16 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1627, *Computerrecht* 2017/103, m.nt. J.J. Oerlemans en Hof Amsterdam 14 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4620, *Computerrecht* 2019/52, m.nt. M.H.G.M. van der Linden.

47 Rb. Amsterdam 16 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1627, r.o. 5.5.

48 Hof Amsterdam 14 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4620, r.o. 9.

49 Hof Amsterdam 14 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4620, r.o. 9.

50 Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag Toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2019*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2020; Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag Toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2020*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2021; Inspectie Justitie en Veiligheid, *Verslag toezicht wettelijke hackbevoegdheid politie 2021*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2022.

is onderzocht (*Vancouver*-zaak).⁵¹ In deze zaak is zowel telecommunicatie als vertrouwelijke communicatie opgenomen, ook tussen een verdachte rechercheur en zijn raadsman.⁵² Met betrekking tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie gaat het om wat het Landsmeer-OVC-middel wordt genoemd. Belangrijk is dat ten tijde van de inzet van dit middel het Besluit THBO nog gold waarin is bepaald dat een technisch hulpmiddel een configuratie van componenten is, die signalen detecteert, deze transporteert, hun registratie activeert en de signalen registreert.

De componenten van het Landsmeer-OVC-middel zijn een transportontvanger, een opnamegedeelte en een verbindingkabel die de andere componenten verbindt. Het is de verbindingkabel die aanleiding vormt tot een uitgebreide discussie over de keuring van het technische hulpmiddel. Het gerechtshof stelt op basis van de nota van toelichting bij het Besluit THBO dat de belangrijkste eis voor een technisch hulpmiddel de onmogelijkheid is om af te luisteren zonder het gesprek op te nemen.⁵³ Dit kan in *casu* niet met zekerheid worden uitgesloten. De pluggen van de verbindingkabels waren niet verzegeld, terwijl het Besluit THBO dat wel vereist. Verder is de verbindingkabel af en toe losgetrokken door opsporingsambtenaren (om de configuratie te testen) terwijl daarbij/daarna wel geluid te horen is op de ontvanger. Het gerechtshof leidt hieruit af 'dat het onderhavige technische hulpmiddel niet voldoet aan de daaraan op grond van het Besluit in verbinding met artikel 126ee Sv te stellen eisen. Het enkele feit dat het technische hulpmiddel (niettegenstaande hetgeen hierboven door het hof is vastgesteld) is goedgekeurd door de in dat Besluit bedoelde keuringsinstantie, doet aan dat oordeel niet af.'⁵⁴

Het gerechtshof treedt in deze zaak dus uitdrukkelijk in de keuring van het technisch hulpmiddel, en daartegen wordt door het Openbaar Ministerie een cassatiemiddel ingediend. De Hoge Raad, de advocaat-generaal volgend, overweegt dat ervan uit moet worden gegaan 'dat voor de desbetreffende apparatuur ten tijde van het gebruik ervan een dergelijke verklaring van goedkeuring was afgegeven. Dat betekent dat het Hof ervan had dienen uit te gaan dat die apparatuur aan de wettelijke eisen voldeed.'⁵⁵ Silvis maakt in zijn conclusie ook duidelijk dat het gerechtshof een onjuist primair belang van het Besluit THBO identificeert en ten grondslag legt aan zijn oordeel: niet de controle of daadwerkelijk alles is

opgenomen dat is afgeluisterd is het primaire doel van het Besluit THBO, maar dat de authenticiteit van de opname gewaarborgd is.⁵⁶

De Hoge Raad wijst de zaak terug. Daarmee is de kous echter niet af: het gerechtshof (en andere rechters) kunnen dus niet in de keuring van de Keuringsdienst treden, maar daarmee is nog niet bepaald dat partijen en de rechter geen inzage in het keuringsrapport mogen krijgen (waarbij natuurlijk ook een opsporingsbelang met betrekking tot de geheimhouding van methodiek speelt).⁵⁷ Het gerechtshof veegt echter alle verzoeken tot het horen van de keurders en inzage in het rapport van tafel (op basis van het noodzaakscriterium), omdat ervan uit moet worden gegaan dat het technisch hulpmiddel aan de daaraan gestelde eisen voldoet. Advocaat-generaal Bleichrodt concludeert dat het gerechtshof 'kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat het voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de feitelijke inzet van het middel niet noodzakelijk is over het keuringsrapport te beschikken'⁵⁸ en dat het de beperkingen van de toetsingsmogelijkheden door feitenrechters heeft gerespecteerd.⁵⁹ De Hoge Raad acht het niet nodig in te gaan op de cassatiemiddelen, omdat die niet van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht.⁶⁰ Overigens accepteert het gerechtshof Amsterdam in de *Aydin C.*-zaak deze beperkte toetsing door de feitenrechter, maar dat 'aanwijzingen die op het tegendeel wijzen' – namelijk wanneer het technisch hulpmiddel niet aan de eisen uit het Besluit voldoet, onze toevoeging –, blijkbaar wel kunnen leiden tot een meer dan marginale rechtmatigheidstoets.⁶¹

Het is dus niet aan de feitenrechter om een oordeel te vellen over de rechtmatigheid van de configuratie van een technisch hulpmiddel, als dat middel is goedgekeurd. Dat betekent ook dat feitenrechters zich evenwel een oordeel mogen *casu quo* moeten vormen over niet gekeurde of afgekeurde technische hulpmiddelen en (natuurlijk) ook over de resultaten die zijn verkregen door niet goedgekeurde of afgekeurde technische hulpmiddelen.

4.2 Niet gekeurde technische hulpmiddelen

Dat maakt echter geenszins duidelijk wat moet gebeuren met de rechtmatigheidstoets van niet gekeurde⁶² technische hulpmiddelen. Is de inzet van een niet gekeurd technisch hulpmiddel per definitie onrechtmatig?

In de zaken die in de vorige subparagraaf zijn besproken, ging het telkens om gekeurde technische hulpmiddelen, waarbij de precieze inzet – namelijk het loskoppelen van

51 De vonnissen van de rechtbank en arresten van het gerechtshof zijn niet gepubliceerd. De conclusies van de advocaat-generaal en de arresten van de Hoge Raad wel. Die worden hieronder aangehaald. Ook is ten minste één arrest na terugwijzing gepubliceerd (Hof Amsterdam 9 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4851).

52 Hof Amsterdam 9 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4851, onder Verweren, B en C.

53 Het arrest van het gerechtshof is niet gepubliceerd, maar uitgebreid geciteerd in: concl. A-G 12 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP4650, rn. 8.

54 Concl. A-G 12 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP4650, rn. 8, de datum van deze conclusie lijkt niet correct te zijn aangezien het arrest van de Hoge Raad op dezelfde datum is geweest.

55 HR 12 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4651, r.o. 4.3.

56 Concl. A-G 12 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP4650, rn. 22.

57 Hof Amsterdam 9 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4851, onder Verweren, L.

58 Concl. A-G 14 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:938, rn. 14.

59 Concl. A-G 14 april 2015, ECLI:NL:PHR:2015:938, rn. 12.

60 HR 16 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1663.

61 Hof Amsterdam 14 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4620, r.o. 9.

62 Wanneer niet anders is bepaald, vallen daaronder ook afgekeurde technische hulpmiddelen.

de componenten in de *Vancouver*-zaak en de besturing van de softwareapplicatie in *Aydin C.* – tot discussie leidt over welk (normaal) gebruik van het gekeurde middel rechtmatig is. In het onderzoek *Everest* – over medeplegen van invoer van harddrugs door bagagemedewerkers van Schiphol – is een niet gekeurd technisch hulpmiddel in de auto van de hoofdverdachte ingezet.⁶³ In navolging van de advocaten-generaal en de Hoge Raad in *Vancouver*, oordeelt de rechtbank dat het belang van de keuring voornamelijk de authenticiteit van het bewijs is, en dat op basis van door de officier van justitie, ‘weliswaar in een zeer laat stadium’, overgelegde aanvullende stukken kan worden vastgesteld dat aan die waarborg is voldaan.⁶⁴

In een zaak bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant zag de rechtbank zich genoodzaakt te oordelen over een peilbaken waarvan de goedkeuring was verlopen.⁶⁵ Anderhalf jaar (!) na de inzet van het peilbaken maar nog ruim voor het vonnis van de rechtbank, is dit peilbaken herkeurd en goedgekeurd. De rechtbank stelt dan ook vast dat wel is voldaan aan de materiële eisen van het Besluit THS,⁶⁶ waarmee zij kennelijk bedoelt dat aan de authenticiteit van de geregistreerde signalen niet valt te twifelen.

Als uit bovenstaande rechterlijke oordelen en conclusies het pragmatisme nog niet duidelijk werd, dan kan de laatste hier te bespreken zaak de spreekwoordelijke druppel vormen. In de *Begonia*-zaak, waarin het ging om grootschalige productie en uitvoer van synthetische harddrugs, is gebruikgemaakt van zowel een niet gekeurd technisch hulpmiddel voor de opname van vertrouwelijke communicatie als een niet gekeurd technisch hulpmiddel voor de inzet van de stille sms. Met betrekking tot de stille sms overweegt de rechtbank dat sprake is van een onherstelbaar vormverzuim, maar dat kan worden volstaan met de vaststelling daarvan.⁶⁷ De situatie met het andere technische hulpmiddel is interessanter: doordat er tijdens de inzet van de configuratie meermaals een storing optreedt, wordt de goedkeuring ervan ingetrokken. Ook in dit geval worden de materiële eisen gebruikt: aan de hand van andere bewijsmiddelen wordt de authenticiteit vastgesteld van de opgenomen communicatie door het inmiddels afgekeurde technische hulpmiddel, en de rechtbank ziet dan ook geen reden om te twifelen aan de juistheid van de opgenomen communicatie.⁶⁸

4.3 Tussenconclusie

Uit de rechtspraak blijkt duidelijk dat feitenrechters (ten minste na het arrest van de Hoge Raad in *Vancouver*) de formele eisen van de keuring links (moeten) laten liggen, en dat het daardoor voor de bewijsvoering irrelevant is of een technisch hulpmiddel is goedgekeurd, niet gekeurd of zelfs afgekeurd. Wel beoordelen de feitenrechters de bewijswaarde van de individuele bewijsmiddelen door de resultaten van de inzet van een technisch hulpmiddel te beoordelen in het licht van de andere bewijsmiddelen. Betrouwbaarheid *trumps* rechtmatigheid. Dit past uitstekend bij de inrichting van ons bewijsstelsel. Feitenrechters zijn immers vrij in de selectie en waardering van het bewijs. Maar de bespreking van de rechtspraak in deze paragraaf laat ook duidelijk zien dat over het begrip technisch hulpmiddel en de noodzaak van voorafgaande keuring moet worden nagedacht.

5. Analyse: Wat moet het toekomstig recht bepalen?

Blijkbaar spelen, hoewel het Wetboek van Strafvordering aangeeft dat in lagere regelgeving eisen moeten worden gesteld aan de inzet van technische hulpmiddelen en dat die eisen zijn neergelegd in de Besluiten THS en OGW, de formele eisen met betrekking tot de inzet van technische hulpmiddelen een zeer geringe rol van betekenis in de jurisprudentie. In principe mogen feitenrechters na *Vancouver* geen rechtmatigheidstoets uitvoeren bij de inzet van gekeurde technische hulpmiddelen. Ook niet gekeurde of afgekeurde technische hulpmiddelen worden in de feitenrechtspraak niet op hun rechtmatigheid beoordeeld. Dat heeft hoogstwaarschijnlijk ook gevolgen voor de beslissing om technische hulpmiddelen in te zetten: omdat de formele keuring geen rol speelt in de strafzaak is het voor de opsporende autoriteiten niet van belang om alleen gekeurde technische hulpmiddelen in te zetten (wanneer zij wel overtuigd zijn van de bruikbaarheid van de technische hulpmiddelen). De nadruk ligt namelijk op de *materiële toetsing* van de *authenticiteit* van het verzamelde bewijs. Daarmee is de keuring van technische hulpmiddelen voor de rechtspraak van ondergeschikt belang, en kan de vraag worden gesteld wat na de modernisering in de lagere regelgeving moet worden bepaald om de *authenticiteit* van bewijzen vergaard door technische hulpmiddelen te waarborgen.

De wetgever lijkt voornamelijk niet van plan om de geldende wetgeving op dit onderdeel te wijzigen. Uit de memorie van toelichting⁶⁹ bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering blijkt dat het voorgestelde artikel 2.8.4 vrijwel ongewijzigd wordt overgenomen uit het huidige artikel 126ee Sv. Hoewel dit voorgestelde artikel niet de schoon-

63 Rb. Noord-Holland 14 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:10924.

64 Rb. Noord-Holland 14 november 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:10924, onder OVC-gesprekken.

65 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ7138.

66 Rb. Zeeland-West-Brabant 11 april 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ7138, onder Inzet peilbaken op 8 januari 2010.

67 Rb. Den Bosch 14 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8533, onder Inzet stealth-sms tijdens lopend bevel 126g Sv. Overigens vindt het gerechtshof Den Bosch hetgeen is ingezet ten behoeve van de stille sms helemaal geen technisch hulpmiddel: Hof Den Bosch 20 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2579.

68 Rb. Den Bosch 14 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW8533, onder Verdere toetsing van de inhoudelijke betrouwbaarheid.

69 Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, ambtelijke versie juni 2020 p. 490.

heidsprijs verdient, zal de werkbaarheid met name afhangen van de hierop te baseren lagere regelgeving. In dat kader doen wij een tweetal aanbevelingen.

5.1 Definitie

Om te bepalen welke hulpmiddelen wel en niet getoetst moeten worden (of om vast te stellen op welke wijze de authenticiteit van de resultaten kan worden gewaarborgd), is een duidelijke definitie van het begrip technisch hulpmiddel noodzakelijk. Zoals in paragraaf 2.1 is besproken laat de huidige regelgeving op dit punt veel te wensen over. Het Besluit THS en het Besluit OGW bevatten immers ieder een eigen definitie en in de praktijk blijkt het Openbaar Ministerie zelfs een derde definitie te hanteren. Dit leidt tot een haast onwerkbaar situatie. Het toekomstig recht moet onzes inziens deze onduidelijkheden wegnemen door één besluit en één definitie te hanteren waar zowel hardware als software onder valt.

Verder is van belang dat, zoals we hieronder nader toelichten, deze middelen niet meer hoeven te worden gekeurd voordat zij worden ingezet. Voor de rechtspraak is de keuring weinig relevant omdat van voorafgaande keuring regelmatig geen sprake is, en de rechter de rechtmatigheid van de *inzet* niet mag toetsen wanneer wel sprake is van een gekeurd technisch hulpmiddel. Voor de opsporingsinstanties kan dit onderscheid overigens wel van belang zijn, bijvoorbeeld in het kader van de voorafgaande kwaliteitscontrole. Net als in de huidige praktijk is het echter niet noodzakelijk dat deze eisen in een Besluit neergelegd worden.

Het hanteren van één besluit met één definitie zorgt daarnaast voor een beter werkbaar systeem. Zo wordt de onduidelijke verhouding tussen de reikwijdte van de Besluiten THS en OGW weggenomen als de ‘definitie’ niet slechts een verwijzing naar artikel 126ee Sv zou bevatten. Op die manier wordt bovendien voorkomen dat een vereiste toetsing wordt omzeild doordat de opsporingsinstanties stellen dat een bepaald hulpmiddel niet onder de reikwijdte van het besluit zou vallen. Het belang van een duidelijke definitie is in de huidige regelgeving groot. Hulpmiddelen die binnen de definitie vallen, moeten immers voldoen aan de eisen uit het Besluit THS en/of OGW. Dat maakt de besproken onduidelijkheden des te onwenselijker, mede vanwege het feit dat de uitgangspunten van de Besluiten (BIV) hiermee mogelijk niet worden gewaarborgd. Met het oog op het toekomstig recht is het daarom van belang om kritisch te kijken naar de rol van de (voorafgaande) toetsing van technische hulpmiddelen.

5.2 Keuring vooraf/controle achteraf?

Allereerst is aandacht vereist voor de wijze waarop de inzet van een technisch hulpmiddel ten behoeve van de hackbevoegdheid wordt geaccordeerd. De rechtmatigheid van de inzet van het technische hulpmiddel binnen de toekenning van de opsporingsbevoegdheid dient te worden gewaarborgd. Zoals beschreven in paragraaf 3.3 dient de zaakofficier van justitie die voornemens is om deze bevoegdheid in te zetten dit eerst voor te leggen

aan de rechercheofficier van justitie en de hoofdofficier van justitie van zijn parket, alvorens een verzoek tot advisering te doen aan de Centrale Toetsingscommissie en dit vervolgens inclusief het adviesrapport ter goedkeuring voor te leggen aan het College van procureurs-generaal.⁷⁰ De rechtmatigheid van de inzet van het technische hulpmiddel binnen de bevoegdheid lijkt aldus met voldoende waarborgen te zijn omkleed en er zijn, op het moment van schrijven, geen redenen om aan te nemen dat er bezwaren zijn tegen de huidige werkwijze.

Het moge daarentegen duidelijk zijn dat er veel aan te merken is op de huidige werkwijze omtrent de keuring van het technische hulpmiddel, met name in het geval van software. Het uitgangspunt van de voorafgaande keuring van alle technische hulpmiddelen lijkt dan ook niet toekomstbestendig te zijn. De voorafgaande keuring verzekert niet dat de resultaten authentiek zijn in het geval na de keuring wijzigingen in de software worden aangebracht; het karakter van snel veranderende software leent zich niet voor voorafgaande keuring; en hoewel uit de regelgeving duidelijk volgt dat keuring de standaard zou moeten zijn, blijkt dat in de praktijk meestal niet op te gaan. Opvallend is dat uit de jurisprudentie blijkt dat rechters de keuring irrelevant lijken te vinden en tegelijkertijd niet in de keuring mogen treden. Al met al voldoende reden om het roer om te gooien.

De belangen die ten grondslag liggen aan de huidige regeling, namelijk het voorkomen dat er twijfel ontstaat over de *authenticiteit* en de *herkomst* van de geregistreerde gegevens en het mogelijk maken van rechterlijke controle,⁷¹ lijken zich goed te laten vertalen naar de algemene voorwaarden uit de *CIA Triad*: beschikbaarheid, integriteit en vertrouwelijkheid. Deze algemene voorwaarden zullen onzes inziens ook in toekomstig recht centraal moeten staan. In plaats van een voorstel om opnieuw een regeling in werking te laten treden, menen wij dat de rechtspraak gebaat is bij een flinke ommezwaai waarbij in tegenstelling tot de huidige regelingen niet alles tot in detail gereguleerd wordt en de rol van de rechter niet wordt geminimaliseerd. Wij stellen daarom voor dat de verschillende keuringsdiensten komen te vervallen en de keuring van een technisch hulpmiddel niet meer voor een rechtmatige inzet binnen de strafvordering wordt vereist (waarmee wij absoluut niet uitsluiten dat de politie de middelen die zij wil inzetten wel op geschiktheid controleert, maar dat is een intern controlemechanisme). Daarentegen moet de rechter in staat worden gesteld om een eigen oordeel te vellen over de *bewijswaarde* van het bewijs, waarbij de rechter de verschillende belangen in ogenschouw dient te nemen. Dat past ook het beste in ons bewijsrecht, waarin de rechter vrij is in de selectie en waardering van het bewijs. In dit kader merkt de Hoge Raad ook op dat, buiten de sanctionering van vormverzuimen, grond bestaat

70 Zie Instructie voor de inzet van de bevoegdheid ex art. 126nba, 126uba, 126zpa, en 126ffa Sv.

71 *Stb.* 2006, 524, NvT, art. 19.

bewijs uit te sluiten ‘indien zich onregelmatigheden hebben voorgedaan die de betrouwbaarheid en accuraatheid van onderzoeksresultaten wezenlijk hebben aangetast’.⁷² Dit past in de lijn die door het Europees Hof voor de rechten van de Mens (EHRM) is ingezet in *Khan*⁷³ (en vervolgens is voortgezet in o.a. *Bykov*⁷⁴ en *Rusu*⁷⁵): als bewijs in strijd met artikel 8 Europees Verdrag voor de rechten van de Mens (EVRM) wordt verkregen – bijvoorbeeld door het niet volgen van de voorgeschreven wettelijke procedure waardoor de inbreuk niet in overeenstemming met het recht heeft plaatsgevonden –, volgt niet *ipso facto* bewijsuitsluiting, maar moet de verdachte de gelegenheid krijgen de authenticiteit van het bewijs aan de kaak te stellen.

In dit kader kan dan ook een bijzondere verbaliseringsverplichting in het leven worden geroepen die ervoor moet zorgen dat de rechter voldoende informatie tot zijn beschikking heeft om die afweging te maken. Bij de uitvoering van een bevoegdheid waarmee enig technisch hulpmiddel wordt ingezet, dient de verbalisant voldoende inzichtelijk te maken op welke wijze het bewijsmateriaal tot stand is gekomen. Zodoende kan de rechter achteraf vaststellen of het bewijsmateriaal authentiek is en een inschatting maken van de bewijswaarde hiervan. Deze verbalisering kan ook bestaan – of beter gezegd: bestaat wanneer mogelijk – uit het *loggen* van de verrichte handelingen (vgl. hoofdstuk 4 Besluit OGW). Hiermee wordt de rechter in staat gesteld de inhoud van de bewijzen te beoordelen, onafhankelijk van het middel waarmee het bewijs is verkregen (zoals ook het geval is bij alle andere bewijsmiddelen: bij getuigen wordt ook geen ‘keuring’ met betrekking tot de zichtkwaliteit en cognitieve functies uitgevoerd).

Door de rechter de vrijheid te geven om het bewijsmateriaal te selecteren en waarden, biedt de voorgestelde gang van zaken nog een voordeel ten opzichte van de huidige regeling. Op dit moment is het immers denkbaar dat een hulpmiddel niet aan alle strikte eisen uit de besluiten voldoet, maar wel authentiek en controleerbaar bewijs kan opleveren. Op basis van het huidige recht wordt dit middel afgekeurd door de Keuringsdienst en mag het (formeel) niet worden ingezet. Door de keuring los te laten kan het middel alsnog kan worden ingezet waardoor het resultaat van die inzet mogelijk wel voor het bewijs kan worden gebruikt in plaats van dat het zijn weg naar de rechter niet kan vinden.

Daarentegen kunnen ook bezwaren worden opgeworpen tegen het voorstel. Door de bijzondere verbaliserings-

verplichting waarbij voldoende inzichtelijk gemaakt dient te worden op welke wijze het bewijsmateriaal tot stand is gekomen om vast te kunnen stellen of dit authentiek is en de bewijswaarde hiervan in te schatten, zal in veel gevallen ook de gebruikte methode beschreven moeten worden. Justitie is er echter bij gebaat om de opsporingsmethodes en precieze werking van bepaalde technische hulpmiddelen geheim te houden zodat latere verdachten niet kunnen anticiperen op de inzet hiervan. De bijzondere verbaliseringsplicht zal daarom niet meer moeten omvatten dan het nodige om vast te kunnen stellen dat het bewijs authentiek is en van de juiste bron afkomstig is.⁷⁶

6. Conclusie

De geconstateerde onduidelijkheden en niet-werkbare voorafgaande toetsing in de huidige wet- en regelgeving omtrent het keuren van technische hulpmiddelen in de strafvordering vormen aanleiding om dit stelsel ingrijpend te veranderen. In het toekomstig recht zou onze inziens één definitie gehanteerd moeten worden. Daarbij zou de nadruk moeten liggen op een door de rechter uit te voeren toetsing van de beschikbaarheid, integriteit en vertrouwelijkheid van het *verkregen bewijs* op basis van de processen-verbaal van opsporingsambtenaren die daartoe verplicht worden door een in het nieuwe besluit op te nemen bijzondere verbaliseringsplicht. Niet langer zou de toetsing van het *middel* centraal moeten staan. Dit zorgt voor een duidelijker en beter werkbaar systeem waarin geen bewijs wordt weggehouden bij de rechter.

72 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, NJ 2021/169, m.nt. Jörg, r.o. 2.4.5.

73 EHRM 12 mei 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0512JUD003539497 (*Khan/Verenigd Koninkrijk*).

74 EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*).

75 EHRM 31 oktober 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:1031JUD002276708, EHRC 2018/13, m.nt. Van Toor (*Drago? Ioan Rusu/Roemenië*). Zie ook EHRM 5 november 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1105JUD003145410, EHRC Updates december 2020, m.nt. Van Toor (*Ćwik/Polen*).

76 Vgl. Rb. Rotterdam 11 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2807 waarin de rechtbank uitgebreid beschrijft op welke wijze data in Costa Rica zijn veiliggesteld en oordeelt dat geen gronden aanwezig zijn om de data van het bewijs uit te sluiten. Het technisch hulpmiddel in Costa Rica is vanzelfsprekend niet door een Nederlandse keuringsdienst gekeurd, maar dit staat niet in de weg aan het gebruik van het bewijsmateriaal.