

was tevergeefs, want in navolging van de rechtbank, acht ook het hof de inzet rechtmatig. Dan resteert nog slechts de vraag of de resultaten betrouwbaar genoeg zijn om voor het bewijs te worden gebezigd.

7. Het uitgangspunt bij de inzet van deze bijzondere opsporingsbevoegdheden is helder: de resultaten moeten betrouwbaar, voor derden toetsbaar en niet-manipuleerbaar zijn. Kortom, de authenticiteit dient boven iedere twijfel verheven te zijn. Gelet op de impact van de inzet is dit naar mijn mening ook volstrekt logisch. Daarbij is vermeldenswaardig dat in Duitsland en Frankrijk is afgezien van het gebruik van spyware als wettelijke opsporingsbevoegdheid, omdat oneigenlijk gebruik door derden en de politie niet uit te sluiten viel.²¹

8. De verdediging heeft bepleit dat de authenticiteit van de resultaten in deze zaak niet boven iedere twijfel verheven was. Zo zaten er discrepanties tussen de schermafbeeldingen en de vastgelegde toetsaanslagen, bleek de keylogger op de desktopcomputer niet meer op de harde schijf aanwezig te zijn, komen de resultaten van de keylogger niet overeen met de resultaten van de IP-tap, zijn er aanwijzingen dat de keylogger ook invloed had op andere dan de bij installatie voor opname ingestelde programma's en staat vast dat meer is opgenomen dan mocht.

9. Om hier nader onderzoek naar te kunnen laten verrichten door een deskundige had de verdediging gevraagd om inzage in de opnamen van de keylogger en de logbestanden.²² Er is immers sprake van – mogelijk bevoegdheidsoverschrijdende – onverklaarbaarheden en alles wordt juist gelogd opdat de inzet voor derden toetsbaar is. Daarmee lijkt het belang van de verdediging gegeven. Echter, hoewel iedereen het erover eens lijkt te zijn dat de betrouwbaarheid en de inzet van een technisch hulpmiddel gecontroleerd moeten kunnen worden, heeft het hof het verzoek om inzage afgewezen. Volstaan wordt met een verklaring van een projectleider Keuringsdienst van de Landelijke Eenheid en aanvullende processen-verbaal die later zijn opgemaakt. Het hof acht de resultaten van de keylogger – ondanks de bijvangst – betrouwbaar.

10. Eerlijk gezegd, had ik gehoopt in deze zaak – waar de inzet van spyware voor het eerst ter beoordeling voorligt – een kritischer houding te mogen ontwaren. Zeker gelet op het feit dat de term “keylogger” eigenlijk misleidend was, gezien alle functionaliteiten die de software bleek te hebben. In mijn optiek had voor de inzet van deze spyware de definitieve introductie van de omstreden hackbevoegdheid (die overigens nog een belangrijke rol zal gaan spelen in de op-

sporing²³) beter kunnen worden afgewacht, nu daar bijvoorbeeld ook de uitdrukkelijke mogelijkheid in is opgenomen dat nader onderzoek in de gelogde gegevens kan worden verricht. In mijn optiek is dit arrest dan ook een zorgelijke ontwikkeling die weinig goeds doet vermoeden voor de toekomst. Ik blijf echter hopen op meer terughoudendheid.

Mr. drs. M. van der Linden

Computerrecht 2019/53

Rechtbank Noord-Nederland 20 december 2018, nr. LEE 18-3385

(Mr. R.L. Vucsán)

m.nt. mr. dr. M.A.A. Oostveen¹

(Art. 4 en 5 AVG)

ECLI:NL:RBNNE:2018:5385

Doorwerking van AVG in het bestuursprocesrecht. Rechtbank Noord-Nederland beschouwt zichzelf als verwerker onder de AVG. De rechtbank acht splitsing van het beroep in 21 afzonderlijke zaaknummers vereist op grond van het dataminimalisatieprincipe zoals vervat in art. 5 lid 1 onder c AVG.

uitspraak in de zaak tussen:

1. a. de Coöperatie Mobilisation for the Environment U.A. (MOB), gevestigd te Nijmegen, verzoekster sub 1.a.,
1. b. de Vereniging Leefmilieu, gevestigd te Nijmegen, verzoekster sub 1.b.,

hierna gezamenlijk te noemen: verzoekers,

(gemachtigde: mr. V. Wösten),

en

het college van gedeputeerde staten van de provincie Groningen, verweerder,

(gemachtigde: F.L. van der Schuur).

Als derde-partijen hebben aan het geding deelgenomen:

1. [derde belanghebbende], gevestigd te [plaats], vergunninghouder sub 1,
2. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 2,
3. [derde belanghebbende], gevestigd te [plaats], vergunninghoudster sub 3,
4. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 4,
5. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 5,
6. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 6,12.

²³ In het nieuwe “Besluit onderzoek in een geautomatiseerd werk” is immers een grote hoeveelheid misdrijven – inclusief fraude-gerelateerde verdeningen – aangewezen waarbij de hackbevoegdheid in geval van een verdinking kan worden ingezet.

¹ Manon Oostveen is advocaat bij Brinkhof.

²¹ Kamerstukken II 2015/16, 34372, 3, p. 35.

²² Los van deze specifieke verzoeken om inzage ten aanzien van de keylogger had de verdediging overigens ook verzoekt om inzage in onder andere de forensische kopieën van alle gegevensdragers, de WE-logs en VPN-logs; verzoekt om nader onderzoek naar het installatieproces van de keylogger door een deskundige en naar de ‘verdwijning’ van de keylogger van een van de computers van de verdachte; en verzoekt om verstrekking van alle IP-taps. Al deze onderzoekswensen zijn door het hof afgewezen. Zie over deze problematiek omtrent het verdedigen in tijden van digitale bewijsvoering ook D.N. de Jonge, ‘Verdedigen in tijden van digitale bewijsvoering’, in: P.P.J. van der Meij, S.L.J. Janssen, R. Malewicz & A.M. Timorason (red.) *Aan de slag. Liber amicorum Gerard Hamer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018.

7. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 7.,
 8. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouder sub 8,
 9. [derde belanghebbende], gevestigd te [plaats], vergunninghoudster sub 9,
 10. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 10,
 11. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 11,
 12. [derde belanghebbende], vergunninghouder sub 12,
 13. [derde belanghebbende] vergunninghouder sub 13,
 14. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 14,
 15. [derde belanghebbende], gevestigd te [plaats], vergunninghoudster sub 15,
 16. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 16,
 17. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 17,
 18. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghoudster sub 18,
 19. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouders sub 19,
 20. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouder sub 20,
 21. [derde belanghebbende], te [plaats], vergunninghouder sub 21,
- gezamenlijk te noemen: vergunninghouders.

Procesverloop

Feiten en omstandigheden

(...)

Toepasselijke regelgeving

(...)

Overwegingen

(...)

5.1. Ter voorlichting van partijen overweegt de voorzieningenrechter nog als volgt. Op 25 mei 2018 is de AVG in werking getreden. Uit artikel 4, onder 2, van de AVG, in samenhang gelezen met artikel 4, onder 8, van de AVG leidt de voorzieningenrechter af dat hij als verwerker in vorenbedoelde zin dient te worden aangemerkt en dat er in dit geval sprake is van verwerking van persoonsgegevens in de zin van de AVG bij het doorzenden van stukken aan partijen. Ingevolge artikel 5, eerste lid, aanhef en onder c, van de AVG moeten persoonsgegevens toereikend zijn, ter zake dienend en beperkt tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt (“minimale gegevensverwerking”). Die verplichting tot minimale gegevensverwerking brengt met zich dat niet alle persoonsgegevens van de afzonderlijke vergunninghouders in dit geval zonder meer kunnen worden doorgezonden. Hierbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat in de afzonderlijke

bedrijfsplannen van de vergunninghouders vertrouwelijke gegevens of bedrijfsgevoelige informatie vermeld kan staan. Gelet hierop zal het met dit verzoek connexe beroep worden gesplitst in 21 afzonderlijke zaaknummers, waarbij verzoekers in de gelegenheid zullen worden gesteld om voor elke afzonderlijke zaak aan te geven op welke nadere gronden moet worden aangenomen dat die specifieke vergunning vernietigd zou moeten worden. Verweerder zal in de gelegenheid worden gesteld om voor elke afzonderlijke vergunning tot dossiervorming over te gaan. Aldus kan worden gewaarborgd dat de gegevens en inzichten die iedere afzonderlijke vergunninghouder aan verweerder hebben toevertrouwd en in het kader van deze beroeps-procedure aan de rechtbank willen toevertrouwen, aan de rechtbank kunnen worden ingezonden zonder dat die bij de overige vergunninghouders bekend worden.

Voorts zal de rechtbank, gelet op de onzekerheid over het toepasselijke toetsingskader, partijen vragen in te stemmen met aanhouding van de aldus gecreëerde afzonderlijke connexe beroepen totdat de AbRvS uitspraak heeft gedaan in de zaak waarin de Verwijzings-uitspraak is gedaan.

Noot

1. Op 20 december 2018 heeft de Rechtbank Noord-Nederland een opmerkelijke uitspraak gedaan. De uitspraak en het onderliggende geschil hadden er alle schijn van zich tot het omgevingsrecht te beperken, maar aan het slot van zijn oordeel betreft de voorzieningenrechter de AVG in het geding, met aanzienlijke praktische consequenties.

2. De kwestie ging om 21 vergunningen die op grond van de Wet natuurbescherming door het college van gedeputeerde staten van de provincie Groningen aan verschillende vergunninghouders waren verleend, ten behoeve van afzonderlijke bedrijfsplannen. Twee milieuorganisaties maakten bezwaar tegen de individuele besluiten waarin deze vergunningen werden verleend. Deze bezwaren zijn door het college van gedeputeerde staten in één besluit ongegrond verklaard. Tegen dit besluit stelden de milieuorganisaties beroep in, en tegelijkertijd vroegen zij de rechtbank om een voorlopige voorziening.

3. In eerste instantie lijkt de uitspraak slechts op de vergunningskwestie in te gaan. Echter, onder randnummer 5.1 overweegt de voorzieningenrechter dat de AVG in werking is getreden, wat een aantal consequenties heeft voor de behandeling van het met het verzoek connexe beroep. De rechter merkt zichzelf vervolgens aan als verwerker van persoonsgegevens in de zin van art. 4 (8) AVG, waarbij het doorzenden van stukken aan partijen als verwerking van persoonsgegevens kwalificeert. Daarna stelt hij dat de “*verplichting tot minimale gegevensverwerking*” van art. 5 lid 1 (c) AVG splitsing van het connexe beroep in 21 afzonderlijke zaaknummers vereist, omdat “*niet alle persoonsgegevens van de afzonderlijke vergunninghouders in dit geval zonder meer kunnen worden doorgezonden*”. Daarbij neemt de rechter in aanmerking dat “*in de afzonderlijke bedrijfsplannen van de vergunninghouders vertrouwelijke gegevens of bedrijfsgevoelige informatie vermeld kan staan*”. Bezien

vanuit de AVG rijzen er na lezing van deze overweging twee vragen: kan de voorzieningenrechter hier inderdaad als verwerker worden aangemerkt, en noopt het beginsel van dataminimalisatie tot splitsing van het beroep?²

4. De kwalificatie als verwerker ligt hier niet echt voor de hand. Het feit dat de rechter zichzelf kwalificeert als verwerker is wel exemplarisch voor de onduidelijkheden die in de praktijk blijven bestaan over de precieze afbakening van de rollen van verwerker en verantwoordelijke in verschillende verwerkingssituaties. Een verwerker verwerkt persoonsgegevens ten behoeve van een verantwoordelijke, die het doel en de middelen van de verwerking bepaalt (art. 4 (7) en (8) AVG). Als de rechter verwerker zou zijn, dan zou de controle over de verwerking van de persoonsgegevensverwerking niet bij hem liggen, en de persoonsgegevens zouden slechts op basis van schriftelijke instructie van partijen door hem mogen worden verwerkt. Dit is moeilijk te verenigen met onder andere de onafhankelijkheid van de rechter en zijn mogelijkheid om overlegging van bepaalde stukken te eisen. Het ligt meer voor de hand om de rechter (of rechterlijke organisatie) als verantwoordelijke aan te merken.³ Doorslaggevend is wie bepaalt en feitelijk gezien de controle heeft over hoe de persoonsgegevens worden verwerkt. Dat lijkt in deze situatie de rechter, op grond van de vervulling van de rechtsprekende taak waarmee hij is belast.⁴

5. Ook de splitsing op grond van het dataminimalisatiebeginsel roept vragen op. Het beginsel van dataminimalisatie biedt ruimte voor een belangenafweging en impliceert allerm minst dat derden in beginsel geen kennis van persoonsgegevens mogen nemen. Dat blijkt onder meer uit de koppeling van de verwerking aan het doel en het woord “noodzakelijk” in art. 5 lid 1 (c) AVG. Wellicht is hier sprake van een doelredenering. De rechter verwijst naar de afzonderlijke bedrijfsplannen die vertrouwelijke of bedrijfsgevoelige informatie kunnen bevatten, maar dergelijke informatie valt niet per definitie onder het beschermingsbereik van de AVG (art. 4 (1) AVG). De verwijzing van de rechter wekt de indruk hij met de splitsing over de boeg van de AVG de bedrijfsgevoelige informatie en economische belangen van de 21 vergunninghouders probeert te beschermen.

6. Als dit het geval is, dan rijst de vraag of het afschermen van de informatie voor de verschillende vergunninghouders niet op een andere manier had kunnen worden bereikt, en zo niet, of het belang hiervan de inhoud van rechtsoverweging 5.1 van de uitspraak rechtvaardigt.

2 De AVG is van toepassing op de rechterlijke organisatie, maar de Autoriteit Persoonsgegevens is niet bevoegd er toezicht op te houden, zie art. 55 lid 3 AVG en de MvT bij de UAVG, *Kamerstukken II 2017/18*, 34851, 3, p. 23-24.

3 De rechter ontvangt persoonsgegevens die een andere verantwoordelijke (een partij) hem met een bepaald doel verschaft. Het feit dat hij de persoonsgegevens met een bepaald doel verkrijgt en ze niet voor andere doeleinden dient te verwerken, sluit de kwalificatie als verwerkingsverantwoordelijke onder de AVG echter niet uit.

4 Wellicht heeft het gebruik van de tekst “ten behoeve van” in art. 4 AVG voor verwarring gezorgd bij de rechtbank. Die tekst impliceert dat zodra een dienst geleverd wordt, sprake zou zijn van een verwerker. Maar dit “ten behoeve van” moet niet te letterlijk worden geïnterpreteerd. Vergelijk ook Artikel 29 Werkgroep, *Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”*, WP 196, 16 februari 2010, p. 10.

Een dergelijke verwarrende, strikte en tamelijk algemeen geformuleerde interpretatie van de AVG kan immers een ongewenst effect hebben in de praktijk. In dit geval leidt de uitspraak er bijvoorbeeld toe dat, waar het college van gedeputeerde staten van de provincie Groningen de bezwaren van de milieuorganisaties met één besluit kon afdoen, de milieuorganisaties nu tegen elke specifieke vergunning in beroep moeten komen, in 21 afzonderlijke zaken. Ten aanzien van de verwerkerskwalificatie zou de uitspraak ertoe leiden dat de rechter (of de rechterlijke organisatie) met alle partijen van wie hij gegevens ontvangt, verwerkersovereenkomsten moeten sluiten. Als de uitspraak van de voorzieningenrechter de norm zou zijn, dan zou dit het voegen van zaken en de effectiviteit van de rechtspraak sterk beperken. Dat werkt zonder meer kosten- en moeiteverhogend, terwijl het nut ervan vanuit AVG-perspectief onduidelijk is.

7. Meer in het algemeen geldt dat een onjuiste en/of te rigide interpretatie van de AVG de reputatie van de AVG als een instrument om de fundamentele rechten van betrokkenen te beschermen geen goed doet. De praktijk levert veel vreemde voorbeelden op: kerkgenootschappen die niet meer bidden voor de zieken, een grote winkelketen die personen onder de zestien jaar klantenservice weigert, een reisorganisatie die de vader van een vermiste jonge vrouw niet laat weten of zijn dochter in een vliegtuig naar Nederland had gezeten, en een gemeente die geen plattegronden met de locaties van AED's beschikbaar kon maken, allemaal “vanwege de privacywetgeving”. Hoe goed bedoeld en/of geestig dit ook is: als het tot algemene norm verwordt en iedereen dit voorbeeld zou volgen, leidt het tot overlast, en in het ernstigste geval tot afname van het maatschappelijk draagvlak voor privacywetgeving.

Mr. dr. M.A.A. Oostveen

Computerrecht 2019/54

Hof Den Haag 24 oktober 2018, nr. 22-004655-16
(Mrs. Chr.A. Baardman, A. Kuijter en J.W. van den Hurk)
m.nt. N. van Gelder¹

ECLI:NL:GHDHA:2018:2821

Diefstal van elektriciteit ten behoeve van bitcoin-mining. In het kader van het strafrechtelijke onderzoek worden computers en USB-sticks in beslag genomen. Op een van die computers worden 127,3 bitcoins aangetroffen. Na een internet-synchronisatie een half jaar later blijken er 585,5 bitcoins te zijn bijgeschreven, maar de link met de bevoezende diefstal van elektriciteit ontbreekt. De tegenwaarde van de inmiddels vervreemde bitcoins dient te worden uitgekeerd aan de verdachte, zo beslist het Hof te Den Haag. Hoe dient de waarde van de vervreemde bitcoins te worden bepaald?

1 Mr. N. van Gelder is secretaris bij het ressortsparket te 's-Hertogenbosch.