

Een analyse van strafrechtelijke risico's bij het uitbrengen een transparency report

Van : De Roos & Pen B.V.

Aan : Stichting Bits of Freedom (t.a.v. Rejo Zenger)

Door : Niels van der Laan en Brendan Newitt

d.d. : 31 januari 2014

Inhoud

<i>Samenvatting</i>	4
<i>Opdracht</i>	8
1. <i>De gegevensvorderingen waarvoor de geheimhoudingsverplichting geldt</i>	10
1.1 <i>Inleiding</i>	10
1.2 <i>Geheimhoudingsverplichtingen gegevensvorderingen ex artikel 13.5 Telecommunicatiewet</i>	11
1.2.1 <i>Vorderingen die alleen kunnen worden gericht aan een aanbieder van een communicatiedienst</i>	12
1.2.2 <i>Vorderingen die kunnen worden gericht aan eenieder</i>	13
1.3 <i>Geheimhoudingsverplichtingen gegevensvorderingen ex artikel 126bb lid 5 Wetboek van Strafvordering</i>	14
1.4 <i>Geheimhoudingsverplichtingen gegevensvorderingen ex artikel 85 Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002</i>	15
1.4.1 <i>Vorderingen die alleen kunnen worden gericht aan een aanbieder van een communicatiedienst</i>	16
1.4.2 <i>Vorderingen die kunnen worden gericht aan eenieder</i>	17
1.5 <i>Conclusie</i>	18
2. <i>De gegevens waarop de geheimhoudingsverplichting ziet</i>	19
2.1 <i>Geheimhoudingsverplichting op basis van artikel 13.5 Telecommunicatiewet</i>	19
2.2 <i>Geheimhoudingsverplichting op basis van artikel 126bb lid 5 Strafvordering</i>	21
2.2.1 <i>Geheimhoudingsverplichting van interne afhandelingsprocedures</i>	24
2.3 <i>Geheimhoudingsverplichting op basis van artikel 85 WIV 2002</i>	24
2.3.1 <i>Geheimhoudingsverplichting van interne afhandelingsprocedures</i>	25
3. <i>Het risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het jaarlijks uitbrengen van een transparency report</i>	26
3.1 <i>De strafbaarheid van het uitbrengen van een transparency report op basis van artikel 13.5 Telecommunicatiewet</i>	26
3.2 <i>De strafbaarheid van het uitbrengen van een transparency report op basis van artikel 126bb lid 5 Sv</i>	27
3.2.1 <i>Publicatie niet in strijd met ‘het belang van het onderzoek’</i>	28
3.2.2 <i>Standpunt Staatssecretaris</i>	29
3.2.3 <i>Geen vervolging voor uitbrengen transparency report</i>	33

3.2.4	<i>Eventuele strafbaarheid onverenigbaar met artikel 10 EVRM.....</i>	33
3.2.5	<i>Conclusie.....</i>	35
3.3	<i>De strafbaarheid van het uitbrengen van een transparency report op basis van artikel 85 WIV 2002.....</i>	35
3.3.1	<i>Artt. 98-98c Sr, schending van Staatsgeheim.....</i>	36
3.3.2	<i>Art. 272 Sr, schending van (wettelijke) geheimhoudingsplicht</i>	38
3.3.3	<i>De strafbaarheid van het openbaren van de interne afhandelingsprocedures ten aanzien van gegevensvorderingen van inlichtingendiensten</i>	38

Samenvatting

Naar aanleiding van een verzoek van Bits of Freedom heeft De Roos & Pen een juridische opinie geformuleerd omtrent het risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid voor aanbieders van een communicatiedienst ter zake van het uitbrengen van een zogenaamd 'transparency report'.¹ In die opinie is getracht de drie navolgende vragen te beantwoorden.

1. Voor welke gegevensvorderingen geldt een geheimhoudingsplicht?
2. Op welke gegevens ziet de geheimhoudingsplicht?
3. Bestaat een risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het uitbrengen van een transparency report?

De bevindingen van de Roos & Pen luiden samengevat als volgt.

De Nederlandse wetgever heeft de verschillende bevoegdheden tot het vorderen van gegevens door opsporings- en inlichtingendiensten zeer breed omschreven en opgedeeld in ruime categorieën.

De voor dit advies van toepassing zijnde geheimhoudingsverplichtingen ten aanzien van bepaalde gegevensvorderingen vloeien voort uit drie verschillende wettelijke bepalingen, te weten artikel 13.5 Telecommunicatiewet, artikel 126bb lid 5 Wetboek van Strafvordering (nader: Sv) en artikel 85 Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten 2002 (nader: WIV 2002).

Ingevolge deze artikelen geldt een geheimhoudingsverplichting voor een zeer grote en uiteenlopende groep gegevensvorderingen gedaan door verschillende opsporings- en inlichtingendiensten op basis van verschillende en uiteenlopende bevoegdheden.

Omdat de geheimhoudingsverplichtingen voortvloeien uit drie niet gelijklopende wettelijke bepalingen, en overtreding daarvan in drie afzonderlijke wetsbepalingen is strafbaar gesteld,

¹ Een transparency report is voor deze juridische opinie afgebakend als een jaarlijks gepubliceerd overzicht van geanonimiseerde en geaggregeerde informatie waarin wordt weergegeven hoe vaak opsporingsdiensten bepaalde soorten gegevens over gebruikers opvragen bij aanbieders van communicatiediensten, hoe vaak daaraan gevolg wordt gegeven, alsook hoe een aanbieder van een communicatiedienst deze gegevensvorderingen intern afhandelt.

zijn in deze opinie de gegevens waarop de geheimhoudingsverplichting blijkens de wetsbepalingen ziet afzonderlijk per wetsartikel besproken.

Artikel 13.5 Telecommunicatiewet

Op basis van de delegatiebevoegdheid uit artikel 13.5 Telecommunicatiewet is het Besluit beveiliging gegevens Telecommunicatie in het leven geroepen. Hierin wordt verduidelijkt op welke gegevens de geheimhoudingsverplichting van artikel 13.5 lid 1 Telecommunicatiewet ziet.

Uit de wet en het Besluit kan worden geconcludeerd dat geen rechtstreekse geheimhoudingsverplichting bestaat voor geaggregeerde, anonieme cijfers die slechts zien op hoe vaak bepaalde gegevensvorderingen omschreven in artikel 13.5 Telecommunicatiewet door reguliere opsporingsdiensten zijn gedaan, en hoe vaak daaraan gevolg is gegeven, noch voor de interne procedure voor afhandeling van de gegevensvorderingen. Deze lezing wordt bevestigd door de Staatsecretaris.²

Strafrechtelijke aansprakelijkheid op basis van artikel 13.5 Telecommunicatiewet jo artikel 1 onder 2° WED ten aanzien van het uitbrengen van een transparency report is op grond daarvan dan ook uitgesloten.

In artikel 13.5 Telecommunicatiewet worden echter ook geheimhoudingsverplichtingen geregeld ten aanzien van bepaalde vorderingen betreffende de WIV 2002. Voor deze gegevensvorderingen geldt een strenger geheimhoudingsregime.

Artikel 126bb lid 5 Sv

Met betrekking tot artikel 126bb lid 5 Sv ontbreekt een uitgebreide uitleg in de wetsgeschiedenis of jurisprudentie ten aanzien van de vraag op welke gegevens de geheimhoudingsverplichting van het artikel ziet. Op grond van een analogische toepassing van de uitleg van artikel 13.5 Telecommunicatiewet, de wetsgeschiedenis en antwoorden op kamervragen van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie kan echter worden geconcludeerd dat het aannemelijk is dat geanonimiseerde en geaggregeerde gegevens over

² *Aanhangsel Handelingen II*, 2013-2014, nr. 729.

hoe vaak een bepaalde gegevensvordering heeft plaatsgevonden geen gegevens zijn die (voor zover deze niet herleidbaar zijn tot een concreet strafrechtelijk onderzoek) vallen onder 'al hetgeen terzake de vordering bekend is' in de zin van artikel 126bb lid 5 Sv en de geheimhoudingsplicht van dat artikel aldus niet van toepassing is. Door het ontbreken van voldoende helderheid in de wettekst en de wetsgeschiedenis kan die toepassing echter niet volledig worden uitgesloten.

Voor zover echter zou worden aangenomen dat geanonimiseerde en geaggregeerde gegevens over hoe vaak een bepaalde gegevensvordering heeft plaatsgevonden wel gegevens zijn die vallen onder de geheimhoudingsplicht van artikel 126bb lid 5 Sv dan nog kan worden geconcludeerd dat de publicatie hiervan niet in strijd is met deze geheimhoudingsverplichting nu deze publicatie het belang van het onderzoek niet kan schaden. De antwoorden van de Staatssecretaris op Kamervragen bieden ook steun voor die conclusie.

Indien desalniettemin geoordeeld zou worden dat geanonimiseerde en geaggregeerde gegevens wel gegevens zijn die vallen onder de geheimhoudingsplicht van artikel 126bb lid 5 Sv en publicatie hiervan ook in strijd zou zijn met die plicht en strafbaar zou zijn op grond van artikel 272 Sr, dan geldt dat onder de gegeven omstandigheden, meer in het bijzonder het uitblijven van volledige duidelijkheid vanuit het Ministerie van Veiligheid en Justitie, een vervolging hiervoor onverenigbaar is met het bepaalde in artikel 10 EVRM. Het risico op strafrechtelijke vervolging (en/of veroordeling) voor het publiceren van een transparency report kan dan ook als zeer gering worden ingeschat.

Artikel 85 WIV 2002

Zowel de tekst als de wetsgeschiedenis van artikel 85 WIV 2002 spreekt over een uiterst brede geheimhoudingsplicht. In de wetsgeschiedenis wordt daarbij opgemerkt dat deze regeling onder meer inhoudt dat de aanbieder nimmer mededeling mag doen van het feit dat hij gegevens heeft verstrekt aan de AIVD of MIVD en welke gegevens het betreft. Ook door het openbaren van geanonimiseerde en geaggregeerde informatie over het uitoefenen van de bevoegdheden door de diensten zou volgens de Minister inzicht kunnen worden verkregen in de operationele werkwijze van de diensten hetgeen met het oog op de nationale veiligheid geheim dient te blijven. De Raad van State stelt in de wetsgeschiedenis daarbij dat statistische gegevens '*inzicht kunnen geven in het gebruik van de bevoegdheid tot*

het opvragen van verkeersgegevens door de diensten. Deze informatie geldt als staatsgeheim.'

Aldus kan worden gesteld dat de geheimhoudingsverplichting van artikel 85 WIV 2002 mogelijk tevens ziet op geaggregeerde en geanonimiseerde overzichten waaruit zou blijken hoe vaak en welk soort gegevensvordering door de dienst heeft plaatsgevonden, hoe vaak daaraan gevolg is gegeven, alsook voor de interne procedure voor afhandeling van de gegevensvorderingen.

Op basis van het bovenstaande kan worden gesteld dat het publiceren van een transparency report ten aanzien van gegevensvordering van de AIVD en MIVD onder omstandigheden overtreding van de artikelen 98-98c Wetboek van Strafrecht (schending van staatsgeheim) dan wel artikel 272 Wetboek van Strafrecht (schending van (wettelijke) geheimhoudingsplicht) kan opleveren. Daarbij dient wel onderscheid gemaakt te worden tussen een transparency report waarin deze gegevensvorderingen gedaan door de inlichtingendienst zijn geaggregeerd met alle overige gegevensvorderingen (in een dergelijk geval is strafrechtelijke aansprakelijkheid niet aannemelijk) enerzijds dan wel een report waaruit de specifieke gegevensvorderingen van de inlichtingendiensten zijn te destilleren anderzijds.

Opdracht

Naar aanleiding van een verzoek gedaan tijdens een telefonische conferentie met Bits of Freedom (Ot van Daalen) en een navolgende schriftelijke nadere opdracht, ontvangt u hierbij een juridische opinie omtrent het risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid voor aanbieders van een communicatiedienst, waaronder begrepen internetproviders,³ ter zake van het uitbrengen van een zogenaamd 'transparency report'.

Een transparency report zal voor deze juridische opinie worden afgebakend als een jaarlijks gepubliceerd overzicht van geanonimiseerde en geaggregeerde informatie waarin wordt weergegeven hoe vaak opsporingsdiensten bepaalde soorten gegevens over gebruikers opvragen bij aanbieders van communicatiediensten, hoe vaak daaraan gevolg wordt gegeven, alsook hoe een aanbieder van een communicatiedienst deze gegevensvorderingen intern afhandelt.

In deze juridische opinie wordt getracht de volgende voorgelegde vragen te beantwoorden.

4. Voor welke gegevensvorderingen geldt een geheimhoudingsplicht?
5. Op welke gegevens ziet de geheimhoudingsplicht?
6. Bestaat een risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het jaarlijks uitbrengen van een rapport waarin staat hoe vaak de overheid gegevens over klanten heeft opgevraagd en het aantal afwijzingen van dit soort vorderingen, opgesplitst naar type vordering alsook hoe een aanbieder van een communicatiedienst deze gegevensvorderingen intern afhandelt?

Voor het beantwoorden van de gestelde vragen zullen de toepasselijke wet- en regelgeving uiteen worden gezet en geïnterpreteerd in het licht van de wetsgeschiedenis. Er is geen

³ Onder het strafrechtelijke begrip aanbieder van een communicatiedienst wordt zowel de aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk (zoals bedoeld in artikel 1.1 ahf en sub ee Telecommunicatiewet) verstaan als een aanbieder van een openbare telecommunicatiedienst (zoals bedoeld in artikel 1.1 ahf en sub ff Telecommunicatiewet); Cleiren en Verpalen 2012, (T&C Sr), artikel 126la, aant. 2. In dit advies zal telkens de overkoepelende term van aanbieder van een communicatiedienst worden gehanteerd.

jurisprudentie bekend die rechtstreeks ziet op de vraagstelling, waardoor slechts sporadisch naar zijdelings relevante jurisprudentie zal worden verwezen.

Omdat de betreffende wet- en regelgeving zeer uitgebreid is, zal de betreffende tekst van de wet- en regelgeving hier niet worden ingevoegd, maar wordt daarnaar slechts verwezen.

1. De gegevensvorderingen waarvoor de geheimhoudingsverplichting geldt

1.1 Inleiding

De Nederlandse wetgever heeft de verschillende bevoegdheden tot het vorderen van gegevens door inlichtingen- en opsporingsdiensten breed omschreven en opgedeeld in ruime categorieën. Er wordt in de Nederlandse regelgeving zoals omschreven in het Wetboek van Strafvordering (nader: Sv) geen limitatieve opsomming gegeven van gegevens die mogen worden opgevraagd door de opsporingsdiensten. De wetgever heeft in zijn algemeenheid slechts minimumnormen geregeld voor het vorderen van bepaalde categorieën van gegevens,⁴ en aan die categorieën verschillende, in strengheid oplopende eisen verbonden.⁵

In dat licht kan in de wettelijke regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden,⁶ (waarvan de hier besproken gegevensvorderingen een onderdeel zijn) grofweg de volgende driedeling worden aangebracht:

- bevoegdheden die kunnen worden toegepast voor de opsporing van misdrijven (Titel IVa Sv);
- bevoegdheden die kunnen worden toegepast voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband (Titel V Sv);
- bevoegdheden voor de opsporing en vervolging van terroristische misdrijven (Titel Vb Sv);

Op basis van de regelgeving opgenomen onder deze drie titels, mogen per titel veelal dezelfde bevoegdheden worden uitgevoerd door opsporingsdiensten. Het verschil tussen de

⁴ Zoals bijvoorbeeld enkel identificerende gegevens, meer dan identificerende gegevens en gevoelige gegevens.

⁵ Een vordering omtrent historische identificerende gegevens van een gebruiker kan bijvoorbeeld door iedere opsporingsambtenaar worden gedaan. Een vordering omtrent andere dan identificerende gegevens dient door de officier van justitie te worden gedaan, waar gevoelige gegevens zoals die betreffende levensovertuiging of ras slechts kunnen worden gevorderd door een officier van justitie na voorafgaande schriftelijke machtiging van een rechter-commissaris.

⁶ De bijzondere inlichtingendiensten AIVD en MIVD hebben grofweg dezelfde bevoegdheden als de reguliere opsporingsdiensten. Op deze bevoegdheden wordt later ingegaan.

bevoegdheden die in de titels zijn toegekend ziet veelal op welk type ambtenaar onder welke omstandigheden welke bevoegdheid mag uitvoeren. Omdat de titel waarbinnen de vordering die door de opsporingsdiensten is gedaan niet uitmaakt voor enig strafrechtelijk risico op vervolging bij het publiceren van een transparency report, wordt op dit onderscheid niet verder ingegaan. Volstaan wordt met de opmerking dat de structuur van de wettelijke regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in dit hoofdstuk dwingt tot enige herhalingen waar zulks noodzakelijk is voor een juiste beantwoording van de gestelde vragen.

De voor dit advies van toepassing zijnde expliciete geheimhoudingsverplichtingen ten aanzien van bepaalde gegevensvorderingen vloeien voort uit drie verschillende wettelijke bepalingen, te weten artikel 13.5 Telecommunicatiewet, artikel 126bb lid 5 Sv en artikel 85 Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 (nader: WIV 2002). Omdat de drie artikelen in tekst en strekking uiteenlopen, zal hieronder per artikel worden besproken voor welke gegevensvorderingen de geheimhoudingsverplichting geldt,⁷ te beginnen met artikel 13.5 Telecommunicatiewet.

1.2 *Geheimhoudingsverplichtingen gegevensvorderingen ex artikel 13.5 Telecommunicatiewet*

Uit artikel 13 lid 5 van de Telecommunicatiewet volgt de geheimhoudingsverplichting voor een aantal gegevensvorderingen die volgens de wetgever alleen kunnen worden gedaan aan een aanbieder van een communicatiedienst, alsook voor een aantal andere gegevensvorderingen die aan eenieder kunnen worden gedaan. Deze twee verschillende typen gegevensvorderingen bevatten echter een groot overlappend gebied.

Hoewel het merendeel van de gegevensvorderingen die een aanbieder ontvangt zal zien op de gegevensvorderingen die slechts aan communicatieaanbieders gedaan kunnen worden, wordt in de wet veelal niet uitdrukkelijk uitgesloten dat de vorderingen die aan eenieder gedaan kunnen worden niet ook aan de aanbieder van een communicatiedienst kunnen

⁷ Zie paragraaf 2 van dit advies voor een nadere uitwerking van de gegevens waarop de geheimhoudingsverplichtingen zien.

worden gedaan.⁸ Uit oogpunt van overzichtelijkheid worden gegevensvorderingen die gericht kunnen worden aan een aanbieder van een communicatiedienst en de gegevensvorderingen die gericht kunnen worden aan eenieder hieronder apart besproken.

1.2.1 Vorderingen die alleen kunnen worden gericht aan een aanbieder van een communicatiedienst

1. Vorderingen aan de aanbieder van een communicatiedienst van zowel historische als toekomstige verkeersgegevens over het communicatieverkeer van gebruikers, zoals data omtrent duur en tijdstippen van contacten gemaakt door de gebruiker, alsook met welk adres door de gebruiker contact is gemaakt;⁹
2. Vorderingen aan de aanbieder van een communicatiedienst van gebruikersgegevens zoals naam, adres, woonplaats, ip-adres en e-mailadres van de gebruiker;¹⁰
3. Vorderingen aan de aanbieder van een communicatiedienst met betrekking tot een onbekende gebruiker waarbij de aanbieder van een communicatiedienst gegevens moet verzamelen waaruit de gebruikersgegevens zoals naam, ip-adres en e-mailadres kunnen worden afgeleid;¹¹
4. Vorderingen aan een aanbieder van een communicatiedienst omtrent het medewerking verlenen aan het aftappen of opnemen van telecommunicatie;¹²

⁸ De belangrijkste uitzondering hierop is dat blijkens artikel 126ng/126ug Sv een informatieverzoek welke ziet op gebruikersgegevens of verkeersgegevens zoals omschreven in het Besluit Vorderen Gegevens Telecommunicatie slechts kan plaatsvinden via een vordering ex artikel 126ng/126ug Sv.

⁹ Artikel 13.5 lid 1 jo 13.4 lid Telecommunicatiewet jo artikel 126 n/126u Sv; het begrip verkeersgegevens is nader omschreven in artikel 2 Besluit Vorderen Gegevens Telecommunicatie.

¹⁰ Artikel 13.5 lid 1 jo 13.4 lid Telecommunicatiewet jo artikel 126 na/126ua/126 na/126ua/126ii/126zi Sv; het begrip gebruikersgegevens is nader omschreven in het Besluit Vorderen Gegevens Telecommunicatie.

¹¹ Artikel 13.5 lid 1 jo 13.4 lid Telecommunicatiewet jo artikel 126 na/126ua/126 na/126ua/126ii/126zi Sv; de door de aanbieder te vergaren informatie is nader uitgewerkt in het Besluit Bijzondere Vergaring Nummergegevens Telecommunicatie (laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2003, 22).

¹² Artikel 13.5 lid 1 jo 13.2 lid 1 Telecommunicatiewet jo 126m Sv; het opnemen van communicatie valt zuiver technisch gezien niet onder een gegevensvordering omdat onder gegevens dient te worden verstaan informatie die reeds is vastgelegd of opgeslagen op een gegevensdrager, hetzij op schrift dan wel in elektronische vorm (*Kamerstukken II*, 2003/04, 29 441, nr. 3 p. 7). Voor de overzichtelijkheid van deze opinie zal echter geen onderscheid worden gemaakt, nu dit technische onderscheid voor enige geheimhoudingsverplichting geen gevolgen heeft.

5. Vorderingen aan een aanbieder van een communicatiedienst betreffende gegevens die niet reeds begrepen zijn onder verkeers- of gebruikersgegevens zoals locatiegegevens van de gebruikers, e-mails en andere berichten.¹³

1.2.2 *Vorderingen die kunnen worden gericht aan eenieder*

1. Vorderingen met betrekking tot identificerende historische, niet gevoelige gegevens van een gebruiker zoals geboortedatum, geslacht, administratieve kenmerken, en bij een rechtspersoon de rechtsvorm of vestigingsplaats;¹⁴
2. Vorderingen met betrekking tot andere historische, niet gevoelige gegevens van een gebruiker zoals rekening en betalingsgegevens;¹⁵
3. Vorderingen met betrekking tot toekomstige, niet gevoelige gegevens, zoals gegevens over de duur, plaats en data van bepaalde handelingen verricht door de gebruiker van een communicatiedienst die op het moment van de vordering nog niet hebben plaatsgevonden;¹⁶
4. Vorderingen met betrekking tot gevoelige gegevens¹⁷ van een gebruiker zoals gegevens betreffende diens godsdienst, levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, seksuele leven of lidmaatschap van een vakvereniging;¹⁸
5. Vorderingen van gehele bestanden met betrekking tot verkennend onderzoek;¹⁹
6. Vorderingen met betrekking tot ontsluiteling van bepaalde gegevens;²⁰
7. Vorderingen tot bevriezen van bepaalde gegevens voor 90 dagen.²¹

¹³ Artikel 13.5 lid 1 jo 13.4 lid Telecommunicatiewet 1 jo artikel 126 ng/126ug Sv.

¹⁴ Artikel 13.5 jo 13.2b Telecommunicatiewet jo artikel 126 nc/126uc/126ii Sv. Dit kunnen alleen gegevens betreffen die niet worden opgesomd in het Besluit Vorderen Gegevens Telecommunicatie.

¹⁵ Artikel 13.5 jo 13.2b Telecommunicatiewet jo artikel 126 nd/126ud Sv.

¹⁶ Artikel 13.5 jo 13.2b Telecommunicatiewet jo artikel 126 ne/126ue Sv.

¹⁷ Zie artikel 16 Wet Bescherming Persoonsgegevens.

¹⁸ Artikel 13.5 jo 13.2b Telecommunicatiewet jo artikel 126 nf/126uf Sv.

¹⁹ Artikel 13.5 jo 13.2b Telecommunicatiewet jo artikel 126 hh Sv. Een dergelijke vordering kan slechts worden gedaan in geval van een verdenking van een terroristisch misdrijf.

²⁰ Artikel 13.5 jo 13.2b Telecommunicatiewet jo artikel 126 nh/uh Sv. Een bevel tot ontsluiteling valt technisch gezien niet onder een gegevensvordering omdat onder gegevens dient te worden verstaan informatie die reeds is vastgelegd of opgeslagen op een gegevensdrager, hetzij op schrift dan wel in elektronische vorm. (*Kamerstukken II*, 2003/04, 29 441, nr. 3 p. 7). Voor de overzichtelijkheid van deze opinie zal echter geen onderscheid worden gemaakt, nu dit technische onderscheid voor enige geheimhoudingsverplichting geen gevolgen heeft.

1.3 *Geheimhoudingsverplichtingen gegevensvorderingen ex artikel 126bb lid 5 Wetboek van Strafvordering*

De geheimhoudingsverplichting van artikel 126bb lid 5 Sv overlapt voor een groot deel met de geheimhoudingsverplichting ex artikel 13.5 Telecommunicatiewet. Ten aanzien van gegevensvorderingen gebaseerd op de artikelen 126nc-126ni en 126uc-126ui Sv wordt zowel in artikel 13.5 Telecommunicatiewet als artikel 126bb lid 5 Sv een plicht tot geheimhouding voorgeschreven. Hoewel in artikel 126bb lid 5 Sv tevens een geheimhoudingsverplichting in het leven wordt geroepen ten aanzien van de artikelen 126zja-126zp Sv, betreffen deze vorderingen de complementen van de bevoegdheden die reeds zijn opgenomen in de artikelen 126nc-126ni en 126uc-126ui Sv. Zoals hierboven onder paragraaf 1.1 uiteen is gezet, betreft het grootste verschil tussen deze drie groepen artikelen dat zij afkomstig zijn uit verschillende Titels en als zodanig zien op verschillende omstandigheden van de verdenking; de te vorderen gegevens zijn echter dezelfde.

Aangezien de strekkingen van de geheimhoudingsverplichtingen uiteenlopen,²² en daarmee een mogelijk verschil ontstaat met betrekking tot het risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid bij overtreding van die geheimhoudingsverplichtingen, worden voor de volledigheid toch alle vorderingen tot gegevensverstrekking waarvoor de geheimhoudingsverplichting van 126bb lid 5 Sv geldt hieronder besproken.

1. Vorderingen tot bevroren van bepaalde gegevens voor 90 dagen;²³

²¹ Artikel 13.5 jo 13.2b jo Telecommunicatiewet artikel 126 ni/ui Sv. Een bevel tot bevroering valt technisch gezien niet onder een gegevensvordering omdat de gegevens hier niet gevorderd worden maar slechts een bevel wordt uitgevaardigd om dezen te bevroeren.) Voor de overzichtelijkheid van deze opinie zal echter geen onderscheid worden gemaakt, nu dit technische verschil voor enige geheimhoudingsverplichting geen gevolgen heeft.

²² In artikel 126bb lid 5 Sv wordt, in tegenstelling tot artikel 13.5 Telecommunicatiewet, de geheimhouding slechts voorgeschreven in het belang van het onderzoek. De Telecommunicatiewet kent in de wettekst niet zo een beperking.

²³ Artikel 126bb lid 5 jo artikel 126 ni/ui/zja Sv. Een bevel tot bevroering valt technisch gezien niet onder een gegevensvordering omdat onder gegevens dient te worden verstaan informatie die reeds is vastgelegd of opgeslagen op een gegevensdrager, hetzij op schrift dan wel in elektronische vorm (*Kamerstukken II, 2003/04, 29 441, nr. 3 p. 7*). Voor de overzichtelijkheid van deze opinie zal echter geen onderscheid worden gemaakt, nu dit technische verschil voor enige geheimhoudingsverplichting geen gevolgen heeft.

2. Vorderingen met betrekking tot identificerende historische, niet gevoelige gegevens van een gebruiker zoals geboortedatum, geslacht, administratieve kenmerken, en bij een rechtspersoon de rechtsvorm of vestigingsplaats;²⁴
3. Vorderingen met betrekking tot andere historische, niet gevoelige gegevens van een gebruiker zoals duur, data, aard en plaats van de dienstverlening en rekening en betalingsgegevens;²⁵
4. Vorderingen van toekomstige andere niet gevoelige gegevens van een gebruiker zoals duur, data, aard en plaats van de dienstverlening en rekening en betalingsgegevens;²⁶
5. Vorderingen met betrekking gevoelige gegevens²⁷ van een gebruiker zoals gegevens betreffende diens godsdienst, levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, seksuele leven of lidmaatschap van een vakvereniging;²⁸
6. Vorderingen aan een aanbieder van een communicatiedienst betreffende gegevens die niet reeds begrepen zijn onder verkeers- of gebruikersgegevens zoals locatiegegevens van de gebruikers, e-mails en andere berichten;²⁹
7. Vorderingen met betrekking tot ontsluiteling van bepaalde gegevens;³⁰

1.4 *Geheimhoudingsverplichtingen gegevensvorderingen ex artikel 85 Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002*

Artikel 85 WIV 2002 verplicht eenieder die betrokken is bij de uitvoering van de wet en daarbij beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, tot geheimhouding. Hieronder vallen uiteraard ook de gegevensvorderingen die plaatsvinden op basis van die wet.

²⁴ Artikel 126bb lid 5 jo artikel 126 nc/126uc/126zk Sv.

²⁵ Artikel 126bb lid 5 jo artikel 126 nd/126ud/126zl Sv.

²⁶ Artikel 126bb lid 5 Sv jo artikel 126 ne/126ue/126zm Sv.

²⁷ Zie artikel 16 Wet Bescherming Persoonsgegevens.

²⁸ Artikel 126bb lid 5 jo artikel 126 nf/126uf/126zn Sv.

²⁹ Artikel 126bb lid 5 jo artikel 126 ng/126ug/126zo Sv.

³⁰ Artikel 126bb lid 5 jo artikel 126 nh/126uh/126zp Sv. Een bevel tot ontsluiteling valt technisch gezien niet onder een gegevensvordering omdat onder gegevens dient te worden verstaan informatie die reeds is vastgelegd of opgeslagen op een gegevensdrager, hetzij op schrift dan wel in elektronische vorm (*Kamerstukken II*, 2003/04, 29 441, nr. 3 p. 7). Voor de overzichtelijkheid van deze opinie zal echter geen onderscheid worden gemaakt, nu dit technische onderscheid voor enige geheimhoudingsverplichting geen gevolgen heeft.

Hoewel de wet zeer ruime bevoegdheden toekent aan de Algemene Inlichtingen en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen en veiligheidsdienst (MIVD) om gegevens te verzamelen, bestaat geen concrete reden om aan te nemen dat, buiten uitzonderlijke gevallen, aanbieders van communicatiediensten te maken zullen krijgen met andere dan de vorderingen die hieronder worden besproken.

Ook bij de WIV 2002 is sprake van verplichte geheimhouding ten aanzien van gegevensvorderingen die grotendeels overlapt met de geheimhoudingsverplichtingen van artikel 13.5 Telecommunicatiewet en 126bb lid 5 Sv. Aangezien de wettelijke bepalingen die overtreding van de geheimhoudingsverplichtingen strafbaar stellen per wet uiteenlopen, wat gevolgen kan hebben voor het risico op strafrechtelijke vervolging bij overtreding van die geheimhoudingsverplichtingen, worden andermaal alle vorderingen tot gegevensverstrekking waarop de geheimhoudingsverplichting van de WIV 2002 ziet hieronder besproken.

Onderscheid wordt gemaakt tussen vorderingen die alleen kunnen worden gericht aan een aanbieder van een communicatiedienst, en vorderingen die aan eenieder gericht kunnen worden, waaronder aanbieders van een communicatiedienst.

1.4.1 Vorderingen die alleen kunnen worden gericht aan een aanbieder van een communicatiedienst

1. Vorderingen aan de aanbieder van een communicatiedienst van zowel historische als toekomstige verkeersgegevens over het communicatieverkeer van gebruikers, zoals data, duur en tijdstippen van contacten gemaakt door de gebruiker, alsook met welk adres door de gebruiker contact is gemaakt;³¹

³¹ Artikel 28 lid 1 WIV 2002; Deze gegevens zijn verder uitgewerkt in het Besluit ex artikel 28 WIV 2002 artikel 2.

2. Vorderingen aan de aanbieder van een communicatiedienst van gebruikersgegevens zoals naam, adres, woonplaats, soort dienst, ip-adres, e-mailadres en locatiegegevens van de gebruiker;³²
3. Vorderingen aan de aanbieder van een communicatiedienst met betrekking tot een onbekende gebruiker waarbij de aanbieder van een communicatiedienst gegevens moet verstrekken waaruit de gebruikersgegevens zoals naam, ip-adres en e-mailadres kunnen worden afgeleid;³³
4. Vorderingen aan de aanbieder van een communicatiedienst omtrent het aftappen, af luisteren, of opnemen van elke vorm van gesprek of gegevensoverdracht door middel van een geautomatiseerd werk, ongeacht waar een en ander plaatsvindt, met inbegrip van vorderingen tot ontsleuteling daarvan.³⁴

1.4.2 *Vorderingen die kunnen worden gericht aan eenieder*

1. Vorderingen met betrekking tot ontsleuteling van gegevens en communicatie;³⁵
2. Vorderingen met betrekking tot historische en toekomstige, gevoelige of niet gevoelige gegevens in de breedste zin des woords.³⁶

³² Artikel 28 lid 1/29 lid 1 WIV 2002; deze gegevens zijn verder uitgewerkt in het Besluit ex artikel 28 WIV 2002, artikel 2.

³³ Artikel 29 lid 5 WIV 2002; de door de aanbieder te vergaren informatie is nader uitgewerkt in het Besluit Bijzondere Vergaring Nummergegevens Telecommunicatie (laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2003, 22).

³⁴ Artikel 25 lid 1 WIV 2002 jo 13.2 Telecommunicatiewet; het opnemen van communicatie valt zuiver technisch gezien niet onder een gegevensvordering omdat onder gegevens dient te worden verstaan informatie die reeds is vastgelegd of opgeslagen op een gegevensdrager, hetzij op schrift dan wel in elektronische vorm (*Kamerstukken II*, 29 441, 2003/04, nr. 3 p. 7). Voor de overzichtelijkheid van deze opinie zal echter geen onderscheid worden gemaakt, nu dit technische onderscheid voor enige geheimhoudingsverplichting geen gevolgen heeft.

³⁵ Artikel 25 lid 1/25 lid 7 WIV 2002. Een bevel tot ontsleuteling valt technisch gezien niet onder een gegevensvordering omdat onder gegevens dient te worden verstaan informatie die reeds is vastgelegd of opgeslagen op een gegevensdrager, hetzij op schrift dan wel in elektronische vorm (*Kamerstukken II*, 2003/04, 29 441, nr. 3 p. 7). Voor de overzichtelijkheid van deze opinie zal echter geen onderscheid worden gemaakt, nu dit technische onderscheid voor enige geheimhoudingsverplichting geen gevolgen heeft.

³⁶ Artikel 17 WIV 2002.

1.5 Conclusie

Uit het bovenstaande vloeit voort dat ingevolge de artikelen 13.5 Telecommunicatiewet, 126bb lid 5 Sv en 85 WIV 2002 een geheimhoudingsverplichting geldt voor een grote en uiteenlopende groep gegevensvorderingen die kunnen worden gedaan door verschillende opsporings- en inlichtingendiensten op basis van verschillende en uiteenlopende bevoegdheden. De wetgever heeft de soorten gegevens die gevorderd kunnen worden wel beperkt, maar welke specifieke gegevens precies onder een bepaalde gegevenssoort vallen is door de wetgever uitdrukkelijk niet op limitatieve wijze opgesomd. Ook vorderingen die zien op gegevens die hierboven niet expliciet als voorbeeld zijn genoemd, kunnen vallen onder een geheimhoudingsverplichting.

Terzijde wordt daarbij tot slot opgemerkt dat in ieder geval de zogenaamde *take-down orders* ex artikel 54a Wetboek van Strafrecht (nader: Sr)³⁷ en *take-down requests* gedaan op basis van de gedragscode notice-and-take-down,³⁸ die in transparency reports ook plegen te worden opgenomen,³⁹ niet vallen onder de in de wet genoemde soorten gegevensvorderingen waarvoor een wettelijke geheimhoudingsverplichting geldt.

³⁷ Daarbij geldt dat de officier van justitie niet bevoegd is om zelfstandig rechtsgeldige take-down orders uit te vaardigen op basis van artikel 125o Sv dan wel een andere door de officier ingeroepen bevoegdheid. Zie *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 197, nr.5 en Hof Leeuwarden 20 april 2009 (LJN BI1645). Opmerking verdient dat in het conceptwetsvoorstel Computercriminaliteit III een dergelijke take down bevoegdheid van de officier van justitie wordt ingevoerd in artikel 125p Sv, maar een dergelijk bevel mag alsdan enkel worden gedaan na schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris.

³⁸ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2008/10/09/gedragscode-notice-and-take-down.html>

³⁹ Zie bijvoorbeeld: <http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/>

2 De gegevens waarop de geheimhoudingsverplichting ziet

Omdat de geheimhoudingsverplichtingen voortvloeien uit drie niet gelijklopende wettelijke bepalingen worden hieronder de gegevens waarop de geheimhoudingsverplichting blijktens de wetsbepalingen ziet wederom per wetsartikel apart besproken.

2.1 *Geheimhoudingsverplichting op basis van artikel 13.5 Telecommunicatiewet*

Uit de Memorie van toelichting bij de Telecommunicatiewet⁴⁰ blijkt dat de Wetgever beoogde de wettelijke verplichtingen voor de aanbieder van een communicatiedienst tot beveiliging van verzamelde gegevens tegen kennisneming door onbevoegden, onverkort te doen gelden voor de gegevens omtrent gegevensvorderingen zoals omschreven in artikel 13.5 lid 1.

Op basis van de delegatiebevoegdheid uit artikel 13.5 Telecommunicatiewet is het Besluit beveiliging gegevens Telecommunicatie⁴¹ in het leven geroepen. Hierin wordt verduidelijkt op welke gegevens de geheimhoudingsverplichting van artikel 13.5 lid 1 Telecommunicatiewet ziet. Artikel 2 van dit Besluit verplicht de aanbieder in ieder geval de volgende gegevens geheim te houden:

a. de gegevens welke in het kader van het verlenen van medewerking aan de uitvoering van een bevoegd gegeven bijzondere last dan wel een toestemming op grond van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 tot het aftappen of opnemen van telecommunicatie door een bevoegde autoriteit aan de aanbieder zijn verstrekt;

b. de informatie welke door de aanbieder aan een bevoegde autoriteit is verstrekt op grond van de artikelen 13.2b en 13.4 van de wet alsmede de gegevens welke zijn vervat in het aan

⁴⁰ Kamerstukken II, 2006/07, 31 145, nr. 3 p.51.

⁴¹ Het valt op dat dit Besluit blijktens de aanhef gebaseerd is op artikel 13.5 lid 2 en 13.2 lid 5 Telecommunicatiewet, terwijl artikel 13.5 lid 4 (huidig) een AMVB vereist om de beveiligingseisen uit artikel 13.5 lid 1 verder te regelen. Nu het Besluit beveiliging gegevens Telecommunicatie blijktens de aanhef en ondertekening niet als AMVB tot stand is gekomen, zou sprake kunnen zijn van ontoereikende delegatie. Een nader onderzoek van deze kwestie gaat de strekking van dit advies echter te buiten.

deze verstrekking ten grondslag liggende verzoek of in de aan deze verstrekking ten grondslag liggende vordering om informatie van de desbetreffende bevoegde autoriteit;

c. de gegevens die door de aanbieder worden geraadpleegd en verder worden verwerkt met het oog op het voldoen aan een verzoek of vordering op grond van de artikelen 13.2b en 13.4 van de wet.

In ieder geval⁴² ziet de geheimhoudingsverplichting ex artikel 13.5 Telecommunicatiewet dus op de volgende gegevens:

- de gegevens die door de opsporingsdiensten aan de aanbieder verstrekt zijn ten behoeve van de vordering om te tappen/op te nemen;
- de gegevens die door de opsporingsdiensten aan de aanbieder verstrekt zijn ten behoeve van de vordering om gegevens te verstrekken;
- de ten gevolge van de vorderingen aan de opsporingsdiensten verstrekte/gevorderde gegevens.

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat op basis van artikel 13.5 Telecommunicatiewet aldus geen rechtstreekse geheimhoudingsverplichting bestaat voor geaggregeerde, anonieme cijfers die slechts zien op hoe vaak bepaalde gegevensvorderingen omschreven in artikel 13.5 Telecommunicatiewet zijn gedaan en hoe vaak daaraan gevolg is gegeven alsook hoe een aanbieder van een communicatiedienst deze gegevensvorderingen intern afhandelt.

Dat artikel 13.5 Telecommunicatiewet niet ziet op dergelijke geaggregeerde informatie wordt bevestigd door de brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (hierna: de Staatssecretaris) d.d. 9 december 2013 inhoudende antwoorden op kamervragen van de leden Oosenbrug en Recourt.⁴³ De Staatssecretaris stelt daarin uitdrukkelijk:

‘De geheimhoudingsplicht voor providers in de Telecomwet ziet alleen op individuele bevragingen, niet op het verstrekken van geaggregeerde informatie’.

⁴² Uit de regelgeving en/of wetsgeschiedenis kan niet rechtstreeks worden afgeleid dat de opsomming uit het besluit limitatief bedoeld is.

⁴³ *Aanhangsel Handelingen II*, 2013/14, nr. 729.

Overigens worden in artikel 13.5 Telecommunicatiewet ook geheimhoudingsverplichtingen geregeld ten aanzien van bepaalde vorderingen betreffende de WIV 2002. Voor deze gegevensvorderingen geldt een strenger geheimhoudingsregime dat hieronder in paragraaf 2.3 zal worden besproken.

2.2 Geheimhoudingsverplichting op basis van artikel 126bb lid 5 Strafvordering

De geheimhoudingsverplichting van artikel 126bb lid 5 Sv geeft uitvoering aan artikel 4 van het Protocol bij het EU Rechtshulpverdrag en kent geen uitgebreide behandeling in de wetsgeschiedenis, geen (bekende) jurisprudentie, en geen daarop gebaseerde regelgeving die uitgebreide handvatten bieden voor de uitleg van de wettekst. Ook uit de tekst van de wet zelf blijkt niet concreet welke gegevens onder de geheimhoudingsverplichting vallen.

De wettekst *‘Degene tot wie een vordering [...] is gericht neemt in het belang van het onderzoek geheimhouding in acht omtrent al hetgeen hem terzake van de vordering bekend is’* scheidt zowel een zeer breed kader voor de geheimhoudingsverplichting (‘al hetgeen hem terzake van de vordering bekend is’) als een scherpe beperking daarvan (‘in het belang van het onderzoek’).

Bij gebreke van een duidelijk juridisch kader van de term ‘al hetgeen’, kan met betrekking tot de interpretatie hiervan het volgende worden opgemerkt.

Ten behoeve van de beantwoording van de vraag op welke gegevens de geheimhoudingsverplichting van 126bb lid 5 Sv betrekking heeft, kunnen aanknopingspunten worden gevonden in artikel 13.5 Telecommunicatiewet,⁴⁴ welke regeling op basis van een analogische redenering van toepassing zou kunnen worden geacht.⁴⁵ Op

⁴⁴ Alsook in de concretisering daarvan in het Besluit beveiliging gegevens Telecommunicatie.

⁴⁵ Een onderbouwing voor deze analogische redenering kan worden gevonden in de wetsgeschiedenis. In de Telecommunicatiewet zijn, als spiegelbepalingen van de bevoegdheden tot gegevensvorderingen die zijn neergelegd in het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002, verplichtingen neergelegd voor de aanbieders om te voldoen aan een vordering of verzoek van de op grond van deze wetten bevoegde autoriteiten tot verstrekking van gegevens (*Kamerstukken II*, 2003/04, 29 441, nr. 3, p. 14). Het valt daarom te betogen dat ook de geheimhoudingsverplichtingen op basis van de twee wetten als spiegelbepalingen kunnen worden gezien, waardoor een analogische redenering ten aanzien van de gegevens waarvoor de geheimhoudingsverplichting geldt voor de hand ligt.

grond daarvan zou de geheimhoudingsverplichting ex artikel 126bb lid 5 Sv gelden voor de hierboven in paragraaf 2.1 sub a, b en c genoemde gegevens. Hieruit zou alsdan kunnen worden geconcludeerd dat de geheimhoudingsplicht niet van toepassing is op geanonimiseerde en geaggregeerde gegevens die slechts zien op hoe vaak bepaalde gegevensvorderingen omschreven in artikel 126bb lid 5 Sv zijn gedaan, en hoe vaak daaraan gevolg is gegeven, dan wel de interne afhandelingsprocedures.

Daar staat echter tegenover dat artikel 13.5 Telecommunicatiewet slechts spreekt over *'gegevens met betrekking tot [gegevensvorderingen]'*⁴⁶, terwijl artikel 126bb lid 5 Sv een geheimhoudingsverplichting inhoudt met betrekking tot *'al hetgeen [...] terzake van de vordering bekend is'*. Hieruit zou eventueel kunnen worden afgeleid dat de geheimhoudingsverplichting ex artikel 126bb lid 5 Sv ruimer is dan die van artikel 13.5 Telecommunicatiewet, waardoor mogelijk ook geaggregeerde en anonieme cijfers over hoe vaak een bepaalde gegevensvordering heeft plaatsgevonden daaronder zouden kunnen vallen.

Op grond van de wetsgeschiedenis van artikel 126bb lid 5 Sv moet evenwel de reikwijdte van de zinsnede 'al hetgeen' worden genuanceerd. In de memorie van toelichting is bij de invoering van artikel 126bb lid 5 Sv namelijk opgemerkt:⁴⁷

'Het is in het belang van de opsporing dat over de toepassing van de bevoegdheden de cliënt niet wordt geïnformeerd (vergelijk de huidige aanwijzing van het openbaar ministerie). De plicht tot geheimhouding geldt, indien het belang van het onderzoek geheimhouding vordert. De instelling dient er in beginsel van uit te gaan dat dit gedurende de voortzetting van het onderzoek het geval is.'

In de memorie van antwoord wordt daarbij tevens gesteld:⁴⁸

'De bepaling strekt ertoe dat de instelling niet op eigen initiatief of op verzoek van de betrokkene mededelingen doet over de vordering, waardoor de cliënt zou kunnen ontdekken

⁴⁶ Deze gegevens worden nader omschreven in het Besluit beveiliging gegevens telecommunicatie.

⁴⁷ Kamerstukken II, 2001/02, 28 353, nr. 3 p. 15.

⁴⁸ Kamerstukken II, 2002/03, 28 353, nr. 83b, p. 6.

dat er een onderzoek tegen hemzelf of tegen een andere hem al dan niet bekende persoon loopt [...]'

Hieruit volgt dat de geheimhoudingsplicht van artikel 126bb lid 5 Sv tot doel heeft te voorkomen dat de cliënt van de instelling, het bestaan ontdekt van een concreet lopend opsporingsonderzoek. Daaruit kan volgen dat informatie die niet herleidbaar is tot een concreet onderzoek (of een specifieke verdachte), ook geen gegeven kan zijn dat valt onder de geheimhouding van artikel 126bb lid 5 Sv.

Steun hiervoor is tevens te vinden in de eerder genoemde beantwoording van Kamervragen door de Staatssecretaris waarin onder andere centraal stond de vraag in hoeverre bedrijven die transparency reports publiceren het risico lopen op vervolging.⁴⁹ In deze beantwoording benoemt de Staatssecretaris namelijk enkel artikel 13.5 Telecommunicatiewet als relevante wettelijke bepaling en wordt artikel 126bb lid 5 Sv niet genoemd. Ook het criterium dat de Staatssecretaris in die beantwoording noemt, te weten het '*belang van de opsporing*', is kennelijk een ander criterium dan het '*belang van het onderzoek*' uit artikel 126bb lid 5 Sv (zie hiervoor nader paragraaf 3.2.2).

Zo bezien biedt de beantwoording van de Staatssecretaris steun voor de conclusie dat anonieme geaggregeerde gegevens over hoe vaak bepaalde gegevensvorderingen hebben plaatsgevonden niet onder de geheimhoudingsplicht ex artikel 126bb lid 5 Sv vallen. De antwoorden van de Staatssecretaris worden in paragraaf 3.2.2 nader besproken.

De conclusie is dan ook dat aannemelijk is dat geanonimiseerde en geaggregeerde gegevens over hoe vaak een bepaalde gegevensvordering heeft plaatsgevonden geen gegevens zijn die (voor zover deze niet herleidbaar zijn tot een concreet strafrechtelijk onderzoek) vallen onder '*al hetgeen [...] terzake van de vordering bekend is*' in de zin van artikel 126bb lid 5 Sv en de geheimhoudingsplicht van dat artikel aldus niet van toepassing is. Echter, gezien het (tekstueel) ruime criterium genoemd in dat artikel kan niet volledig worden uitgesloten dat deze gegevens wel onder de geheimhoudingsplicht vallen.

⁴⁹ *Aanhangsel Handelingen II*, 2011/12, nr. 2420 (antwoord ontvangen op 8 mei 2012) alsmede *Aanhangsel Handelingen II*, 2013/14, nr. 507.

2.2.1 *Geheimhoudingsverplichting van interne afhandelingsprocedures*

Voor de interne procedure voor afhandeling van de gegevensvorderingen is ons geen geheimhoudingsverplichting bekend ex artikel 126bb lid 5 Sv omdat daarbij geen mededelingen worden gedaan over de ontvangen vordering zelf,⁵⁰ behoudens in het geval dat door bekendmaking van die interne procedures gegevens vrij zouden komen waardoor een cliënt van de instelling een concreet strafrechtelijk onderzoek zou ontdekken. Een geval waarin zo een kwestie zich voordoet laat zich echter niet eenvoudig bedenken.

2.3 *Geheimhoudingsverplichting op basis van artikel 85 WIV 2002*

Zowel de tekst als de wetsgeschiedenis van artikel 85 WIV 2002 spreekt over een zeer brede geheimhoudingsplicht. De wettekst spreekt over *‘een ieder die betrokken is bij de uitvoering van deze Wet en daarbij de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden [is] verplicht tot geheimhouding behoudens voor zover enig wettelijk voorschrift hem tot bekendmaking verplicht’*.⁵¹

In de wetsgeschiedenis wordt daarbij opgemerkt dat deze regeling onder meer inhoudt dat de aanbieder nimmer mededeling mag doen van het feit of hij gegevens heeft verstrekt aan de AIVD of MIVD en welke gegevens het betreft; zou hij dat wel doen dan overtreedt hij de in artikel 85 neergelegde geheimhoudingsplicht.⁵² Ook door het openbaren van geanonimiseerde en geaggregeerde informatie over het uitoefenen van de bevoegdheden door de diensten zou aldus volgens onze Minister *‘inzicht kunnen worden verkregen in de operationele werkwijze van de diensten. Zo kan aan de hand van de fluctuatie in de cijfers over de inzet van bijzondere bevoegdheden door inlichtingen en veiligheidsdiensten over de jaren heen inzicht worden verkregen in de aard en omvang van de toepassing van de desbetreffende bijzondere bevoegdheid alsmede in de mate van toepasbaarheid; en daarmee ook in de effectiviteit van de desbetreffende bevoegdheid voor een inlichtingen en*

⁵⁰ *Kamerstukken I*, 2003/04, 28 353, B, p. 5.

⁵¹ Artikel 85 lid 1 WIV 2002

⁵² *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 145, nr. 3, p. 29.

veiligheidsdienst, hetgeen met het oog op de nationale veiligheid en het effectief kunnen opereren van inlichtingen- en veiligheidsdiensten dan ook geheim dient te blijven.⁵³

De Raad van State stelt in de wetsgeschiedenis daarbij dat dergelijke statistische gegevens *'inzicht kunnen geven in het gebruik van de bevoegdheid tot het opvragen van verkeersgegevens door de diensten. Deze informatie geldt als staatsgeheim*.⁵⁴

Op basis van het bovenstaande kan aldus worden gesteld dat de geheimhoudingsverplichting van artikel 85 WIV 2002 uiterst breed is en tevens ziet op geaggregeerde en geanonimiseerde overzichten waaruit zou blijken hoe vaak en welk soort gegevensvordering door de dienst heeft plaatsgevonden.

2.3.1 *Geheimhoudingsverplichting van interne afhandelingsprocedures*

Ten aanzien van de interne procedure voor afhandeling van de gegevensvorderingen is ons geen rechtstreekse geheimhoudingsverplichting ex artikel 85 WIV 2002 bekend, behoudens de algemene stelling uit de wetsgeschiedenis dat een aanbieder nimmer mededeling mag doen van het feit of hij gegevens heeft verstrekt aan de AIVD of MIVD.⁵⁵

Uit de strafbepalingen die zien op overtreding van de geheimhoudingsverplichting van artikel 85 WIV 2002 kunnen mogelijk wel nadere aanwijzingen worden afgeleid over de vraag of ook de interne afhandelingsprocedure geacht moet worden te vallen onder de geheimhoudingsplicht. In paragraaf 3.3.3 van dit advies wordt hier nader op ingegaan.

⁵³ *Kamerstukken II, 2007/08, 31 145, nr. 9, p. 29.*

⁵⁴ *Kamerstukken II, 2006/07, 31 145, nr. 5 p. 4.*

⁵⁵ *Kamerstukken II, 2006/07, 31 145, nr. 3, p. 29.*

3. Het risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het jaarlijks uitbrengen van een transparency report

Voor het uitbrengen van een transparency report zou sprake kunnen zijn van een risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid in verband met het doorbreken van de geheimhoudingsverplichtingen ex artikelen 13.5 Telecommunicatiewet, 126bb lid 5 Sv en 85 WIV 2002. Hieronder wordt dit risico nader geanalyseerd.

Omdat zoals hierboven reeds uiteengezet de geheimhoudingsverplichtingen voortvloeien uit drie andersluidende wettelijke bepalingen, en ook de strafbepalingen die zien op de overtreding van die verschillende geheimhoudingsverplichtingen uiteenlopen, zal wederom per wettelijke bepaling worden besproken wat de mogelijke risico's zijn op strafrechtelijke aansprakelijkheid.

3.1 De strafbaarheid van het uitbrengen van een transparency report op basis van artikel 13.5 Telecommunicatiewet

Het overtreden van de geheimhoudingsverplichting met betrekking tot de gegevens waarop artikel 13.5 Telecommunicatiewet ziet, is strafbaar gesteld in artikel 1 onder 2° de Wet op de Economische Delicten (WED).⁵⁶ Ter volledigheid: er bestaat tevens de mogelijkheid van handhaving zoals neergelegd in hoofdstuk 15 van de Telecommunicatiewet.⁵⁷ In dit hoofdstuk staat de mogelijkheid beschreven om de aanbieder een bestuurlijke boete op te leggen in geval van overtreding van de voorschriften van hoofdstuk 13 van de Telecommunicatiewet.⁵⁸ Omdat het opleggen bestuursrechtelijke boeten echter een bestuursrechtelijke aangelegenheid betreft welke buiten onze strafrechtelijke expertise valt, wordt op deze kwestie verder niet nader ingegaan.

⁵⁶ Ten gevolge van een kennelijke omissie van de Wetgever is in de betreffende tekst van WED het woord 'Telecommunicatiewet' weggefallen. Uit de wetsgeschiedenis en de van toepassing zijnde beleidsregel kan echter worden geconcludeerd dat de genoemde artikelnummers betrekking hebben op de artikelen van de Telecommunicatiewet.

⁵⁷ *Kamerstukken II, 2006/07, 31 145, nr. 3, p.17 en 18.*

⁵⁸ Artikel 15.4 Telecommunicatiewet

Zoals hierboven reeds uiteen is gezet kan worden geconcludeerd dat de geheimhoudingsverplichting ex artikel 13.5 Telecommunicatiewet zich niet uitstrekt over geanonimiseerde en geaggregeerde cijfers met betrekking tot hoe vaak de overheid gegevens over gebruikers heeft opgevraagd en het aantal afwijzingen van dit soort vorderingen, opgesplitst naar type vordering en de interne afhandelingenprocedures. Deze lezing wordt bevestigd door de Staatsecretaris.⁵⁹ Strafrechtelijke aansprakelijkheid op basis van artikel 13.5 Telecommunicatiewet jo de Wet op de Economische Delicten artikel 1 onder 2° ten aanzien van het uitbrengen van een transparency report is op grond daarvan uitgesloten.

3.2 De strafbaarheid van het uitbrengen van een transparency report op basis van artikel 126bb lid 5 Sv

Het overtreden van de geheimhoudingsverplichting met betrekking tot de gegevens waarop 126bb lid 5 Sv ziet is in het bijzonder strafbaar gesteld in artikel 272 Sr⁶⁰ (schending van (wettelijke) geheimhoudingsplicht).

Zoals in paragraaf 2.2 uiteen is gezet is het aannemelijk dat geanonimiseerde en geaggregeerde gegevens over hoe vaak een bepaalde gegevensvordering heeft plaatsgevonden geen gegevens zijn die vallen onder 'al hetgeen terzake de vordering bekend is' in de zin van artikel 126bb lid 5 Sv en de geheimhoudingsplicht van dat artikel aldus niet van toepassing is. Zo bezien kan publicatie van die gegevens ook geen overtreding opleveren van artikel 272 Sr.

In paragraaf 2.2 is echter ook overwogen dat niet volledig kan worden uitgesloten dat dergelijke gegevens wel onder de geheimhoudingsplicht van 126bb lid 5 Sv vallen.

⁵⁹ *Aanhangsel Handelingen II*, 2013/14, nr. 729.

⁶⁰ Commentaar op artikel 126bb lid 5, par. C.10, in: SDU Commentaar Strafvordering (Vooronderzoek), Den Haag: SDU Uitgevers 2008.

3.2.1 *Publicatie niet in strijd met 'het belang van het onderzoek'*

Voor zover wel zou worden aangenomen dat geanonimiseerde en geaggregeerde gegevens over hoe vaak een bepaalde gegevensvordering heeft plaatsgevonden, gegevens zijn die vallen onder de definitie 'al hetgeen terzake de vordering bekend is' in de zin van artikel 126bb lid 5 Sv en de geheimhoudingsplicht derhalve ook daarop ziet, dan betekent dat nog niet zonder meer dat de publicatie van deze gegevens in een transparency report in strijd is met deze geheimhoudingsverplichting. De geheimhoudingsplicht van artikel 126bb lid 5 Sv heeft immers zoals reeds is overwogen tot doel te voorkomen dat een cliënt van de instelling over een concreet onderzoek wordt geïnformeerd en geldt dan ook slechts '*in het belang van het onderzoek*'.⁶¹ Uit de wettekst en de wetsgeschiedenis volgt dat tevens geen geheimhoudingsverplichting bestaat indien het belang van het onderzoek de geheimhouding niet *langer* vordert,⁶² hetgeen in beginsel na afronding van het onderzoek het geval zal zijn.⁶³

Aangezien het een feit van algemene bekendheid is dat de gegevensvorderingen genoemd in artikel 126bb lid 5 Sv (veelvuldig) plaatsvinden valt niet in te zien hoe het openbaren van geanonimiseerde en geaggregeerde cijfers over hoe vaak bepaalde gegevensvorderingen hebben plaatsgevonden en hoe vaak daaraan gevolg is gegeven enig onderzoeksbelang zou kunnen schaden. Dergelijke cijfers kunnen immers haast onmogelijk worden herleid naar een individuele verdachte of een individueel strafrechtelijk onderzoek. Dit zou slechts in uitzonderlijke gevallen anders kunnen zijn, bijvoorbeeld indien het om een transparency report gaat van een zeer kleine aanbieder van een communicatiedienst met weinig gebruikers. Ook overigens geldt dat het waarschijnlijk is dat in veel gevallen opsporingsonderzoeken al zullen zijn afgerond op het moment dat deze gegevens gepubliceerd worden en er alsdan in beginsel ook daarom geen geheimhoudingsplicht meer voor geldt.

⁶¹ Zie ook paragraaf 2.2.

⁶² *Handelingen I*, 2003/04, 28 353, B, p. 5.

⁶³ In de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II*, 2001/02, 28 353, 3, p. 15) wordt opgemerkt dat er van moet worden uitgegaan dat de geheimhoudingsplicht in beginsel gedurende de voortzetting van het onderzoek bestaat.

Derhalve is de conclusie gerechtvaardigd dat het publiceren van dergelijke gegevens (voor zover deze niet tot individuele verdachte of strafrechtelijke onderzoeken te herleiden zijn) geen strijd oplevert met de geheimhoudingsplicht ex artikel 126bb lid 5 Sv.

3.2.2 *Standpunt Staatssecretaris*

In de afgelopen 1,5 jaar heeft de Staatssecretaris zich naar aanleiding van schriftelijke Kamervragen tweemaal inhoudelijk uitgelaten over de publicatie van transparency reports. Om te komen tot een definitieve conclusie dienen de antwoorden van de Staatssecretaris bij de beantwoording van de onderzoeksvragen te worden betrokken.

3.2.2.1 *Antwoorden 8 mei 2012*

Naar aanleiding van Kamervragen over online privacy heeft de Staatssecretaris het volgende opgemerkt over de (on)wenselijkheid van publicatie van informatie met betrekking tot gegevensvorderingen het volgende overwogen:⁶⁴

'Vraag 1

Herinnert u zich uw antwoorden op eerder[e] vragen?⁶⁵ Kunt u uitleggen op welke manier het belang van het onderzoek door verdere uitsplitsing van het totale aantal gegevensvorderingen kan worden geschaad, in bijzonder wat betreft het onderscheid naar aanbieder? Vindt u dat de publicatie door Google van het aantal gegevensvorderingen in strijd is met het belang van opsporing en vervolging?

Antwoord 1

Publicatie van deze aantallen zou inzicht geven in de mate waarin communicatie via sociale media door de opsporingsautoriteiten gevolgd wordt. Het is niet in het belang van de opsporing om dit inzicht te verschaffen, ondermeer omdat het risico bestaat dat personen hun gedrag op deze informatie gaan afstemmen. Deze bezwaren gelden ook voor het geval Google er zelf voor zou kiezen om deze gegevens bekend te maken, maar in mindere mate.'

⁶⁴ *Aanhangsel Handelingen II*, 2011/12, , nr. 2420 (antwoord ontvangen op 8 mei 2012).

⁶⁵ Zie voor deze vragen: *Aanhangsel Handelingen II*, 2011/12, nr. 1467.

Hieruit volgt dat de Staatssecretaris van mening is dat het ‘belang van de opsporing’ zich ertegen verzet dat de overheid cijfers omtrent gegevensvorderingen openbaart. Dit belang is kennelijk ‘in mindere mate’ in het geding, in geval een aanbieder van een communicatiedienst zoals Google deze gegevens bekend maakt.

Opmerking verdient daarbij dat de Staatssecretaris de publicatie van deze informatie in zijn antwoorden niet in het licht plaatst van de geheimhoudingsplicht van artikel 126bb lid 5 Sv. Niet alleen wordt deze geheimhoudingsplicht niet genoemd, ook inhoudelijk lijken zijn antwoorden geen betrekking te hebben op het criterium van ‘het belang van het onderzoek’ zoals in artikel 126bb lid 5 Sv. Dit in artikel 126bb lid 5 Sv genoemde belang beschermt immers het individuele opsporingsonderzoek waarin de betreffende vordering is gedaan,⁶⁶ maar niet het belang van ‘de opsporing’ in het algemeen, het belang waarop de Staatssecretaris kennelijk het oog heeft.⁶⁷

Zo gezien bestaat geen reden om de in paragraaf 3.2.1. getrokken conclusie aan te passen naar aanleiding van de beantwoording van deze Kamervragen.

3.2.2.2 Antwoorden 10 december 2013

Ondanks dat er zoals gezegd geen aanleiding bestaat om de in paragraaf 3.2.1 getrokken conclusie aan te passen, kan wel worden geconcludeerd dat de beantwoording van de vragen door de Staatssecretaris aan duidelijkheid te wensen over laat. In dat verband heeft Bits of Freedom op 5 juli 2013 een brief gezonden aan het Ministerie van Veiligheid en Justitie (hierna ook: het Ministerie) waarin zij haar zorg uitte over het gebrek aan helderheid van het Ministerie omtrent de strafbaarheid van het uitbrengen van transparency reports. Zij

⁶⁶ Andermaal wordt verwezen naar de wetsgeschiedenis waaruit volgt dat doel van de geheimhoudingsplicht is het voorkomen dat de betrokkene in het onderzoek op de hoogte raakt van het onderzoek, zie: *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 353, 3, p. 15.

⁶⁷ Ten overvloede wordt in dit verband opgemerkt dat het antwoord van de Staatssecretaris de vraag oproept hoe de jaarlijkse publicatie van het geaggregeerde aantal telefoontaps (en sinds afgelopen jaar ook de e-mail en IP-taps) door de overheid zelf moet worden beschouwd. Zie bijvoorbeeld: Brief d.d. 17 juli 2013 van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer, tapstatistieken 2012, kenmerk 402292. Zie ook het WODC rapport ‘*Het gebruik van de telefoon- en internettap in de opsporing*’. Niet valt in te zien dat een dergelijke publicatie qua eventuele schade aan de opsporing in het algemeen anders moet worden beoordeeld dan het publiceren van een transparency report.

verzocht het Ministerie in deze brief ondermeer om *'te bevestigen dat het niet strafbaar is als een bedrijf het geaggregeerde aantal gegevensvorderingen van opsporingsdiensten bij dat bedrijf, opgesplitst per rechtsgrond, ten hoogste eens per kwartaal publiceert, mits dit aantal niet tot individuele onderzoeken is te herleiden'*.⁶⁸ Per e-mail is Bits of Freedom eind september 2013 in één enkele zin bericht dat het Ministerie niet op het verzoek in zou gaan.⁶⁹ Ook anderszins heeft geen reactie plaatsgevonden op de brief.

Op 21 oktober 2013 zijn, mede onder verwijzing naar het uitblijven van een antwoord van het Ministerie op de verzochte verduidelijking door Bits of Freedom, door Kamerleden Oosenbrug en Recourt aanvullende Kamervragen gesteld aan de Staatssecretaris, welke zagen op de voortbestaande onduidelijkheid omtrent de strafbaarheid van het uitbrengen van transparency reports.⁷⁰

In antwoord op drie verschillende vragen⁷¹ inhoudende ondermeer:

- 1) of bedrijven die transparency reports publiceren risico lopen op vervolging;
- 2) hoe de Minister de reeds uitgebrachte transparency reports op rechtmatigheid beoordeelde;
- 3) of de Minister internetdienstverleners helderheid kon bieden over de ruimte die zij hadden om informatie over gegevensvorderingen te publiceren en de juridische grenzen die zij daarbij hadden te eerbiedigen;

antwoordde de Staatssecretaris als volgt.⁷²

'De geheimhoudingsplicht voor providers in de Telecomwet ziet alleen op individuele bevragingen, niet op het verstrekken van geaggregeerde informatie. Het Openbaar Ministerie heeft mij evenwel laten weten nog steeds van oordeel te zijn dat ook de verstrekking van geaggregeerde informatie de belangen van opsporing en vervolging ernstig in de weg kan staan. Met inachtneming van de eigen verantwoordelijkheid van de

⁶⁸ <https://www.bof.nl/live/wp-content/uploads/20130705-fiat-publicatie-transparency-reports.pdf>

⁶⁹ <https://www.bof.nl/2013/10/17/is-verantwoording-afleggen-strafbaar/>

⁷⁰ *Aanhangsel Handelingen II*, 2013/14, nr. 507.

⁷¹ De Minister verkoos om hem moverende redenen om diens reactie op deze drie aparte vragen in één antwoord te vatten.

⁷² *Aanhangsel Handelingen II*, 2013/14, nr. 729.

aanbieders kan de overheid niet anders dan een dringend appèl op de aanbieders doen om dit soort informatie niet te verstrekken. Van de aanbieders mag worden verwacht dat ze de belangen van de overheid in deze niet zullen doorkruisen.'

Naar aanleiding van deze antwoorden kan het volgende worden opgemerkt.

Allereerst stelt de Staatssecretaris dat de geheimhoudingsplicht uit artikel 13.5 Telecomwet (bedoeld wordt: Telecommunicatiewet) zich niet verzet tegen publicatie van geaggregeerde informatie. De Staatssecretaris bevestigt daarmee de conclusie zoals uiteengezet in paragraaf 2.1.

Voorts geldt dat de Staatssecretaris andermaal de publicatie van deze gegevens niet plaatst in het licht van de geheimhoudingsplicht ex artikel 126bb lid 5 Sv. Daar waar hij de Telecommunicatiewet uitdrukkelijk noemt, laat hij artikel 126bb lid 5 Sv immers onbesproken. Dat biedt steun aan de stelling dat deze gegevens niet vallen onder de geheimhoudingsplicht van artikel 126bb lid 5 Sv, hetgeen is geconcludeerd in paragraaf 2.2.

Voorts noemt hij andermaal het criterium: *'de belangen van opsporing en vervolging'* hetgeen zoals gezegd kennelijk ziet op een algemeen belang en niet overeenkomt met het criterium het *'belang van het onderzoek'* uit artikel 126bb lid 5 Sv. Dat biedt steun aan de stelling dat zelfs indien de gegevens onder de geheimhoudingsplicht van artikel 126bb lid 5 Sv vallen, publicatie hiervan niet strijdig is met het onderzoeksbelang dat artikel 126bb lid 5 Sv beoogt te beschermen.

Van belang is tevens dat de minister uitdrukkelijk wordt gevraagd naar de juridische grenzen met betrekking tot het publiceren van informatie over gegevensvorderingen en of bedrijven met een dergelijke publicatie het risico lopen op vervolging. De Staatssecretaris beantwoordt die vraag niet bevestigend en doet slechts *'een dringend appèl'* op de aanbieders om *'dit soort informatie'*⁷³ niet te verstrekken. Hij merkt zelfs op dat de overheid *'niets anders'* kan doen dan een dergelijk appèl'. Kennelijk behoort ook volgens de Staatssecretaris een vervolging niet tot de mogelijkheden.

⁷³Het is niet duidelijk of *'dit soort informatie'* verwijst naar alle transparency reports of slechts die transparency reports die de belangen van opsporing en vervolging in de weg kunnen staan.

Hieruit volgt dat ook deze beantwoording van de Kamervragen door de Staatssecretaris geen aanleiding geeft de conclusie uit paragraaf 3.2.1. te wijzigen. Integendeel, de beantwoording van de Kamervragen biedt juist steun aan de conclusie dat het publiceren van geanonimiseerde geaggregeerde gegevens niet strafbaar is.

3.2.3 *Geen vervolging voor uitbrengen transparency report*

Voor de beantwoording van de onderzoeksvragen kan niet onvermeld blijven dat voor zover bekend in Nederland nog nimmer een aanbieder van een communicatiedienst strafrechtelijk is vervolgd voor het uitbrengen van een transparency report. Dit, terwijl deze reports openbaar toegankelijk zijn en het algemeen bekend is dat diverse aanbieders dergelijke reports uitbrengen. Ook de Staatssecretaris is hiervan op de hoogte nu in de besproken Kamervragen uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van het feit dat de bedrijven Leaseweb, Google, RIPE NCC, XS4ALL en Facebook dergelijke reports hebben uitgebracht.

Hoewel in zijn algemeenheid met betrekking tot de strafwaardigheid van bepaald handelen geen doorslaggevende waarde gehecht kan worden aan het uitblijven van een strafrechtelijke vervolging door het Openbaar Ministerie, is dat gegeven in dit specifieke geval (met name ook gezien de uitgebreide aandacht voor dit onderwerp in de Tweede Kamer) niet van geringe betekenis. Derhalve biedt ook het uitblijven van enige vervolging steun aan de conclusie uit paragraaf 3.2.1.

3.2.4 *Eventuele strafbaarheid onverenigbaar met artikel 10 EVRM*

Hoewel zoals hierboven is vastgesteld op basis van de wet, de wetsgeschiedenis en de beantwoording van de vragen door de Staatssecretaris geconcludeerd mag worden dat het publiceren van een transparency report niet strafbaar is, kan wel andermaal worden opgemerkt dat de beantwoording van de vragen door de Staatssecretaris aan helderheid te wensen overlaat. Voor zover gesteld zou worden dat op basis van deze beantwoording niet geconcludeerd kan worden dat een dergelijke publicatie niet strafbaar is, geldt het volgende.

Artikel 10 lid 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) eist dat iedere inbreuk op het recht van uitingsvrijheid voorzien is bij wet, hetgeen ondermeer inhoudt dat de regel met zodanige precisie omschreven moet zijn dat de justitiabele zijn

gedrag erop kan afstemmen.⁷⁴ Aan deze eis van kenbaarheid kan ook voldaan zijn indien een onduidelijk omschreven regel inmiddels door vaste jurisprudentie voldoende precies is gemaakt.⁷⁵ Onder omstandigheden kan van justitiabelen tevens gevraagd worden dat zij ten aanzien van onduidelijke regelgeving navraag doen bij de verantwoordelijke overheidsinstanties dan wel professioneel juridisch advies inwinnen over de reikwijdte van de toepasselijke regels.⁷⁶

Het uitbrengen van een transparency report behelst het verstrekken van inlichtingen aan het publiek over handelingen van (elektronische) informatievergaring door de overheid. Dit valt derhalve als uitingshandeling onder de bescherming van artikel 10 EVRM.⁷⁷ Het strafbaar stellen van een dergelijke uitingshandeling is zondermeer een inbreuk op de uitingsvrijheid waarop artikel 10 lid 2 EVRM ziet.

Voor zover derhalve betoogd zou worden dat het uitbrengen van een transparency report wel in strijd zou zijn met de geheimhoudingsplicht van artikel 126bb lid 5 Sv en mitsdien overtreding van artikel 272 Sr oplevert, dan geldt dat onder de gegeven omstandigheden bezwaarlijk gesteld kan worden dat een dergelijke strafbaarstelling voldoet aan de eisen van kenbaarheid zoals voorgeschreven door artikel 10 lid 2 EVRM. Immers, ondanks herhaalde verzoeken daartoe heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie nagelaten de rechtsnorm in kwestie zodanig te verduidelijken dat een aanbieder van een communicatiedienst zijn gedrag erop kan afstemmen. Ook het feit dat tot op heden geen enkele vervolging voor het uitbrengen van een dergelijk report heeft plaatsgevonden is daarbij van belang.

Als gevolg daarvan is zondermeer verdedigbaar dat de Nederlandse rechter in diens beoordeling van een eventuele strafzaak over dit onderwerp, de bepalingen van artikelen 126bb lid 5 Sv jo 272 Sr in beginsel via de weg van artikel 94 Gw buiten beschouwing dient te laten. Anders gezegd: indien in strijd met de conclusies uit deze opinie een vervolging zou worden geëntameerd voor het uitbrengen van een transparency report op grond van artikel 126bb lid 5 Sv jo 272 Sr, dan is de kans groot dat, voor zover al geoordeeld zou worden door de rechtbank dat dit report een schending oplevert van artikel 272 Sr, dit desalniettemin niet

⁷⁴ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (Sunday-Times).

⁷⁵ EHRM 20 november 1989, NJ 1991, 738 (Markt Intern).

⁷⁶ EHRM 28 Maart 1990, NJ 1991, 739 (Groppera Radio AG v. Switzerland) .

⁷⁷ Vgl. EHRM 25 juni 2013, ECHR 186, 2013, (Case of Youth initiative for Human Rights v Servië).

tot een veroordeling zal leiden, nu de rechter toepassing van deze strafbepalingen onverenigbaar moet achten met het bepaalde in artikel 10 EVRM.

3.2.5 *Conclusie*

Op basis van voorgaande kan worden geconcludeerd dat het publiceren van een transparency report ten aanzien van gegevensvorderingen van reguliere opsporingsdiensten (voor zover de gegevens daarin niet herleidbaar zijn tot een specifiek strafrechtelijk onderzoek) niet strafbaar is, nu aannemelijk is dat de gegevens in een dergelijk report niet vallen onder de geheimhoudingsplicht van artikel 126bb lid 5 Sv en voor zover die gegevens daar wel onder vallen, publicatie daarvan niet in strijd komt met de geheimhoudingsplicht nu dit het onderzoeksbelang niet kan schaden.

Voor zover betoogd zou worden dat publicatie wel strafbaar is op grond van artikel 126bb lid 5 Sv jo. 272 Sr, dan geldt dat onder de gegeven omstandigheden, meer in het bijzonder het uitblijven van volledige duidelijkheid vanuit het Ministerie van Veiligheid en Justitie, een veroordeling hiervoor onverenigbaar is met het bepaalde in artikel 10 EVRM.

Het risico op strafrechtelijke vervolging (en/of veroordeling) voor het publiceren van een transparency report kan dan ook als zeer gering worden ingeschat.

3.3 *De strafbaarheid van het uitbrengen van een transparency report op basis van artikel 85 WIV 2002*

Artikel 85 van de WIV 2002 roept zoals hierboven onder 2.3 beschreven een geheimhoudingsverplichting in het leven die ziet op een uiterst brede categorie van gegevens. De strafbaarstelling voor het overtreden van deze geheimhoudingsverplichting moet in het bijzonder worden gezocht in de verbodsbepalingen van artikelen 98-98c Sr (schending van een Staatsgeheim) en artikel 272 Sr (schending van (wettelijke) geheimhoudingsplicht). Omdat deze strafbepalingen qua doel en strekking uiteenlopen worden deze hieronder achtereenvolgens apart behandeld. Tot slot wordt nog ingaan op de strafbaarheid van het openbaren van de interne afhandelingsprocedure die beschrijft hoe met vorderingen van inlichtingendiensten dient te worden omgegaan.

3.3.1 Artt. 98-98c Sr, schending van Staatsgeheim

Hoewel de geheimhoudingsverplichting ex artikel 85 WIV 2002 uiterst breed is te noemen, wordt in de artikelen 98-98-c Sr niet iedere overtreding van de geheimhoudingsverplichting ex artikel 85 WIV 2002 strafbaar gesteld, maar slechts het openbaren van een *‘inlichting waarvan de geheimhouding door het belang van de staat of van zijn bondgenoten wordt geboden’*. Of gegevens daadwerkelijk als staatsgeheime informatie zijn aan te merken betreft een zelfstandige beslissing van de rechter, die daarbij niet gebonden is aan de rubricering die de inlichtingendienst aan de gegevens heeft gegeven.⁷⁸

De Commissie van Toezicht op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten heeft in dat licht in haar toezichtsrapport d.d. 13 juni 2012⁷⁹ opgemerkt dat schade aan de effectiviteit van de AIVD van een zeker gewicht zal moeten zijn wil hieruit schade aan de nationale veiligheid voort kunnen vloeien.⁸⁰

De Commissie stelt tevens dat zij van oordeel is dat *‘een meerjaarlijks overzicht van de tapstatistieken niet als staatsgeheime informatie kan worden aangemerkt. Aangezien enkel inzage werd gevraagd in de totale hoeveelheid taps zal het voor een derde niet inzichtelijk zijn door welke factoren deze hoeveelheid wordt beïnvloed of op welke wijze het totale aantal taps is belegd binnen de AIVD. [...] Het is de vraag wat de schade voor de nationale veiligheid zou kunnen zijn indien wordt overgegaan tot de openbaarmaking van de desbetreffende gegevens. De nationale veiligheid zal met name kunnen worden geschaad indien personen of organisaties die de AIVD onderzoekt, door kennisneming van de werkwijze van de dienst, het gedrag hierop kunnen aanpassen[...]’* Hierbij moet echter wel worden opgemerkt dat de Commissie refereert aan een overzicht van *alle* taps die door de AIVD en de MIVD zijn geplaatst, zoals door de Minister bekend gemaakt in zijn brief aan de Kamer⁸¹, waarbij geen onderverdeling werd gemaakt naar bij welke aanbieder de taps waren geplaatst.

⁷⁸ HR 7 juli 2009, LJN: BG7232.

⁷⁹ CTIVD nr. 33, 13 juni 2012.

⁸⁰ CTIVD nr. 33, 13 juni 2012, p. 8.

⁸¹ Kamerstukken II, 2009/10, 30517, nr. 21.

Hoewel dus niet eenduidig is of inderdaad alle gegevens die betrekking hebben op gegevensvorderingen door de inlichtingendiensten als staatsgeheim dienen te worden aangemerkt waarvan openbaring strafbaar zou zijn, past gezien de wetsgeschiedenis een zekere mate van voorzichtigheid.

Het is gezien de zeer geringe hoeveelheid taps die de AIVD en MIVD (in 2009) plaatsten⁸² (1.078 door de AIVD en 53 door de MIVD) immers niet ondenkbaar dat publicatie van gegevens daarover opgesplitst naar aanbieder inzicht geeft in de werkwijze van de dienst en aldus de nationale veiligheid zou kunnen worden geschaad. Eenzelfde argument kan naar analogie gemaakt worden voor andere gegevensvorderingen gedaan door de inlichtingendiensten.

Daarbij speelt dat in het kader van Staatsgeheime informatie rekening dient te worden gehouden met de 'mozaïek-theorie'⁸³ die aangeeft dat bepaalde gegevens die niet afzonderlijk geheim zijn, in onderling verband een nieuw gegeven opleveren waarvan geheimhouding in de zin van de strafbepaling van artikel 98 Sr geboden is. Bij het uitbrengen van transparency reports door verschillende partijen, die in onderlinge samenhang bekeken, inzicht zouden kunnen geven in de bronnen, werkwijze en kennisniveau⁸⁴ van de inlichtingendiensten zou daarvan sprake kunnen zijn.

Op basis van het bovenstaande kan worden gesteld dat het publiceren van geaggregeerde en geanonimiseerde overzichten waaruit zou blijken hoe vaak en welk soort gegevensvordering door de AIVD en MIVD plaats heeft gevonden onder omstandigheden overtreding van de artikelen 98-98c Sr kan opleveren. Wil een openbaring van die gegevens strafbaar zijn, dan dient sprake te zijn van een openbaring van informatie waarvan geheimhouding daadwerkelijk wordt geboden door het belang van de Staat. Gezien de rigide wetsgeschiedenis en de mogelijkheid tot toepassing van de mozaïektheorie kan daarvan echter al snel sprake zijn.

⁸² Ibidem.

⁸³ Cleiren en Verpalen 2012, (T&C Sr), artikel 98, aant 7.

⁸⁴ Vgl. *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 877, nr. 3 p.68 en 69.

3.3.2 Art. 272 Sr, schending van (wettelijke) geheimhoudingsplicht

Zoals hierboven onder paragraaf 2.3 reeds uiteen is gezet kan betoogd worden dat artikel 85 WIV 2002 zich ook uitstrekt tot geanonimiseerde en geaggregeerde cijfers met betrekking tot hoe vaak de inlichtingendiensten gegevens over gebruikers hebben opgevraagd en het aantal afwijzingen van dit soort vorderingen, opgesplitst naar type vordering, en de interne afhandelingsprocedures. Het schenden van deze wettelijke geheimhoudingsverplichting zou naar de letter van de wet een overtreding kunnen opleveren van artikel 272 Sr.

Hoewel voor zover bekend geen jurisprudentie bestaat waarbij een aanbieder van een communicatiedienst is vervolgd voor overtreding van artikel 272 Sr wegens het uitbrengen van een transparency report met betrekking tot gegevensvorderingen gedaan door de inlichtingendiensten, kan strafrechtelijke aansprakelijkheid daarvoor in verband met de zeer brede uitleg van de geheimhoudingsverplichting in de wetsgeschiedenis niet worden uitgesloten.

Daarbij dient overigens onderscheid gemaakt te worden tussen een transparency report waarin deze gegevensvorderingen gedaan door de inlichtingendienst zijn geaggregeerd met alle overige gegevensvorderingen enerzijds dan wel een report waaruit de specifieke gegevensvorderingen van de inlichtingendiensten zijn te destilleren anderzijds. Indien immers de gegevensvorderingen gedaan door inlichtingendiensten niet afzonderlijk identificeerbaar zijn, kan bezwaarlijk worden betoogd dat geheimhouding daadwerkelijk wordt geboden door het belang van de Staat.

Aldus is aannemelijk dat publicatie van dergelijke geaggregeerde gegevens, zolang deze gegevens niet afzonderlijk identificeerbaar zijn, niet strafbaar is.⁸⁵

⁸⁵ Daarbij moet worden opgemerkt dat de vraag of deze gegevens afzonderlijk identificeerbaar zijn moet worden beantwoordt in het licht van genoemde mozaïek theorie. Niet volledig kan worden uitgesloten dat dergelijke gegevens alsnog identificeerbaar worden, bijvoorbeeld doordat diverse transparency reports van verschillende aanbieders in onderling samenhang worden gezien, waarbij de gegevens uit deze transparency reports worden afgezet tegen anderszins bekende (gepubliceerde) cijfers waarin de vorderingen van inlichtingendiensten niet zijn meegenomen. Ter adstructie: in het hypothetische geval dat op basis van alle transparency reports tezamen kan worden vastgesteld hoe veel telefoontaps er in Nederland hebben plaatsgevonden (zowel op verzoek van het Openbaar Ministerie, als op verzoek van inlichtingendiensten) en van dit aantal de landelijk gepubliceerde data waarin enkel de telefoontaps door het Openbaar Ministerie zijn

3.3.3 *De strafbaarheid van het openbaren van de interne afhandelingsprocedures ten aanzien van gegevensvorderingen van inlichtingendiensten*

Zoals eerder in paragraaf 2.3.1 beschreven kan uit de tekst van de wet noch uit de totstandkoming daarvan rechtstreeks worden afgeleid dat de geheimhoudingsplicht ex artikel 85 WIV 2002 ook ziet op de interne afhandelingsprocedure die bepaalt hoe met gegevensvorderingen van inlichtingendiensten wordt omgegaan. Het risico op strafrechtelijke aansprakelijkheid voor artikel 272 Sr ten aanzien van het openbaren van de interne procedures is daarom niet groot, vooral niet indien de interne afhandelingsprocedure ten aanzien van gegevensvorderingen op basis van de WIV 2002 niet afwijkt van de afhandelingsprocedure van vorderingen van reguliere opsporingsinstanties.

Om er echter volledig zeker van te zijn of een openbaring van de interne afhandelingsprocedures een overtreding oplevert van artikel 98-98c Sr is de vraag die voorligt of met het openbaren van de interne procedure voor het afhandelen van verzoeken van de inlichtingendiensten, al dan niet in samenhang met andere al dan niet door derden geopenbaarde informatie,⁸⁶ enig zicht kan worden geboden op de bronnen, werkwijze en actuele kennisniveau van de inlichtingendiensten⁸⁷ waarmee schade van enig gewicht kan worden berokkend aan de effectiviteit van de inlichtingendiensten en daarmee aan de Nationale veiligheid.⁸⁸ Een geval waarin zo een kwestie zich voordoet laat zich niet eenvoudig bedenken, doch deze vraag laat zich door toepassing van de eerder besproken mozaïektheorie en de zeer brede uitleg van de geheimhoudingsverplichting in de wettekst en wetsgeschiedenis niet eenduidig en in algemene zin beantwoorden, en zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

meegenomen wordt afgetrokken (laatstelijk gepubliceerd: Kamerstukken II, 30 517, nr. 26), dan kan alsnog inzicht worden verkregen in het aantal telefoontaps door inlichtingendiensten.

⁸⁶ HR 16 december 1958, NJ 1959, 156.

⁸⁷ Vgl. *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 877, nr. 3 p.68 en 69.

⁸⁸ CTIVD nr. 33, 13 juni 2012, p. 8.

