

Met minder moeite meer transparantie

Administratieve lasten beperken vereenvoudigt notificatie én zorgt voor meer transparantie en betere privacybescherming.

12 maart 2014
Rejo Zenger
+31 (0)6 39 64 27 38
rejo.zenger@bof.nl



MEER, NIET MINDER, TRANSPARANTIE

In ons strafprocesrecht is het Openbaar Ministerie (OM) verplicht om betrokkenen te informeren over de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Alleen als de betrokkene op de hoogte is van de toepassing van een opsporingsbevoegdheid kan de betrokkene deze toepassing laten toetsen. Het OM moet de betrokkene van de inzet een notificatie sturen, als hij niet op een andere manier ervan op de hoogte raakt.¹ Begin oktober 2013 heeft minister Opstelten echter een wetsvoorstel voor het inperken van deze plicht aan de Tweede Kamer gestuurd, omdat de administratieve lasten zouden moeten worden verlicht.² Het vrijwel opheffen van de notificatieplicht is gezien de stevige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen onacceptabel. Het probleem van de administratieve lasten kan gelukkig op een betere manier worden opgelost: een betere registratie van de toepassing van bevoegdheden met gebruiksvriendelijke computersystemen. Dat verlicht de administratieve lasten op een grotere schaal én maakt meer transparantie mogelijk.

In dit document beschrijven we hoe zo'n systeem er uit zou moeten zien.

BIJZONDERE OPSPORINGSBEVOEGDHEDEN MAKEN EEN STEVIGE INBREUK OP PRIVACY

De regering wil de plicht tot notificeren achterwege laten voor onder meer het vorderen van gegevens over het communicatiegedrag van telefonie- en internetgebruikers, het overnemen van het telefoonverkeer door de inzet van valse zendmasten, het bevel tot het ontsleutelen of bevrozen van gegevens, het betreden van een besloten plaats niet zijnde een woning en het vorderen van een restcategorie aan gegevens over verdachten.

De regering gaat met het voorstel voorbij aan het feit dat de genoemde bevoegdheden een grote inbreuk op de persoonlijke levenssfeer kunnen maken. In de toelichting op de wet stelt de regering ten onrechte dat de onderhavige bevoegdheden “geen, of slechts een zeer geringe inbreuk”, danwel een “relatief lichte inbreuk” op de persoonlijke levenssfeer van de betrokken burgers zou maken.³ Gegevens over bijvoorbeeld het communicatiegedrag van een burger geven juist een zeer nauwkeurig beeld over diens sociale netwerk en geografische locatie. Deze gegevens kunnen ook een indringend beeld van diens leefgewoonte, religie of aangehangen ideologie opleveren. Zo kan het zelfs zijn dat de gegevens van

iemand's communicatiegedrag over een langere periode een veel grotere inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene oplevert dan wanneer de mobiele telefoon van die betrokkene gedurende een korte tijd wordt afgeluisterd.

De zwaarte van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is extra groot omdat deze inbreuk heimelijk plaatsvindt en in veel gevallen de inzet van de bevoegdheid niet aan de rechter zal worden voorgelegd.⁴ Door het achterwege laten van de notificatie komt de betrokkene dan nooit op de hoogte van de toepassing van zo'n bevoegdheid, waarmee de inbreuk alleen maar groter is. In de toelichting op de wet wordt niet ingegaan op dit aspect.

TRANSPARANTIE IS EEN ESSENTIËLE WAARBORG VOOR EEN VERANTWOORDE TOEPASSING VAN BEVOEGDHEDEN

De controlebaarheid van de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden is een essentiële waarborg voor het respect van grondrechten van burgers omdat het een kritische en verantwoordelijke toepassing van bevoegdheden afdwingt. Transparantie over de inzet van deze bevoegdheden is dan ook noodzakelijk om inzicht te krijgen in de aard en omvang van deze



opsporingsmiddelen, de proportionaliteit en subsidiariteit van die inzetten en de bij die inzetten betrachtede zorgvuldigheid en eventueel misbruik. Dat geldt voor transparantie door het openbaar maken van geaggregeerde cijfers die een globaal overzicht geven, maar ook voor transparantie richting individuele betrokkenen om hen in de gelegenheid te stellen zichzelf te kunnen verweren. Individuele transparantie is belangrijk omdat de beoordeling van de inzet van een bevoegdheid voor elk zaak anders is. Geaggregeerde aantallen zeggen niets over de proportionaliteit, subsidiariteit, betrachtede zorgvuldigheid en eventueel misbruik in specifieke zaken.

De notificatieplicht is om bovenstaande reden grondrechtelijk beschermd. Burgers, op wiens grondrechten een inbreuk is gemaakt, maken op grond van artikel 13 EVRM⁵ aanspraak op rechtsbescherming. Om van dit recht gebruik te kunnen maken, moeten zij op de hoogte zijn van de inzet van bevoegdheden. Het EHRM⁶ acht het onacceptabel dat een recht uit het verdrag wordt uitgehold door inbreuken erop geheim te houden.⁷ Ze beschouwt de mogelijkheid om achteraf de rechtmatigheid van heimelijke surveillance te kunnen laten toetsen een "important

safeguard against the improper use of special means of surveillance."⁸ In de praktijk worden de toegepaste bevoegdheden lang niet altijd aan de rechter voorgelegd, bijvoorbeeld omdat een opsporingsonderzoek is geseponneerd, een strafbeschikking wordt opgelegd of de betrokkene uiteindelijk niet langer verdachte is. Uit het jaarverslag van het OM blijkt dat in 2012 de helft van de 226.500 zaken niet voor de rechter is gekomen, een kwart daarvan door seponering.⁹ Dit betekent dat notificatie noodzakelijk is om toegang tot de rechter te garanderen.

WE WERDEN GERUSTGESTELD MET WAARBORGEN DIE NU WEER ONGEDAAN GEMAAKT WORDEN

Deze bevoegdheden kunnen zeer zware inbreuken maken op onze grondrechten. Daarom werd deze bevoegdheden bij wet genormeerd. In de toelichting op de wet schreef de regering dat de wet "een zekere bescherming [moet] bieden tegen willekeurige inmenging van de overheid in de betreffende rechten en tegen misbruik van bevoegdheid" en dat dat "in bijzondere mate [geldt] indien deze bevoegdheden ingrijpend zijn en in het geheim worden toegepast."¹⁰ Bij de behandeling van de wet werd het belang op de controleerbaarheid van de inzet van de bevoegdheden

benadrukt.¹¹ Ook de rechten van de betrokkenen zouden worden gewaarborgd zijn, o.a. door de notificatieplicht. De regering stelde in de toelichting op de wet dat "deze mededelingsplicht [...] als geëigende invulling [kan] worden gezien van het in [artikel 13 EVRM] vastgelegde recht op een 'effective remedy before a national authority'."¹²

De behoefte aan goede waarborg is niet verkleind, maar juist enorm gegroeid. Door de vergaande digitalisering die onze maatschappij in de afgelopen twintig jaar heeft doorgemaakt, is de inbreuk die de genoemde bevoegdheden kunnen maken enorm veel groter. Ten tijde van de introductie ervan beschikte ongeveer tien procent van de inwoners over een mobiele telefoon. Tegenwoordig is dat vrijwel iedereen.¹³ En waar destijds mobiel internet ondenkbaar was, is het nu volledig ingeburgerd.¹⁴ Het volume aan en de nauwkeurigheid van de gegenereerde gegevens is gigantisch gestegen. Daarmee is veel eenvoudiger, nauwkeuriger, sneller en betrouwbaarder inzicht te verkrijgen in de geografische locatie van de betrokkene en in diens sociale netwerk. Deze ontwikkeling is natuurlijk niet beperkt tot gegevens over het communicatiegedrag, maar ook van toepassing op bijvoorbeeld de digitaal



opgeslagen gegevens. Meer, niet minder, waarborgen zijn daarom noodzakelijk.

Alleen de publicatie van geaggregeerde cijfers over de aard en inzet van opsporingsbevoegdheden kan niet voorzien in deze waarborg. De publicatie van geaggregeerde cijfers geeft de betrokkenen geen inzicht in de inzet van de bevoegdheden in individuele gevallen. Betrokkenen kunnen zich, zonder notificatieplicht, op geen enkele wijze zich verzetten tegen de heimelijke inzet van opsporingsbevoegdheden die een inbreuk maken op grondrechten.

Los daarvan zijn de weinige geaggregeerde cijfers die het ministerie van Veiligheid en Justitie publiceert zeer verwarrend door steeds weer andere definities van dezelfde cijfers.¹⁵ En voor zover deze cijfers al openbaar worden gemaakt, gebeurt dit alleen na druk van parlementariërs of belangenorganisaties of na berichtgeving in de media. Dat biedt weinig perspectief voor rechtszekerheid van burgers.

BEOOGDE BEPERKING ADMINISTRATIEVE LASTEN DOOR SCHRAPPEN IS MARGINAAL EN ONZEKER

Het belangrijkste argument dat de regering aandraagt

voor het inperken van de notificatieplicht is administratieve lastenbeperking. Met het wetsvoorstel wordt een besparing van 7 tot 19 fte beoogd. Dat is, in andere woorden, een besparing van slechts 0,1 tot 0,4 procent op de totale personele bezetting van het OM.¹⁶ Verwaarloosbaar dus.

Bovendien ontbreekt het aan een goede basis voor het bepalen van de vermeende winst van dit wetsvoorstel. De regering stelt in de toelichting op het voorstel: "het is niet eenvoudig [tot] een nauwkeurige inschatting van de werklastreductie te komen, omdat er geen sluitende landelijke registratie is van ingezette bevoegdheden." Zij baseert zich voor de schatting van de lastenbeperking dan ook enkel op de cijfers van de Landelijke Eenheid.

Daarnaast blijkt nergens uit dat het OM ooit volledig aan de plicht tot notificeren heeft voldaan. Los van het feit dat zij hiermee in strijd met zowel de wet als het EVRM handelen, blijkt hieruit ook dat de beoogde besparing niet meer dan een grove schatting kan zijn. Onderzoek uit 2004 wees uit dat de verplichting tot notificatie "nog altijd maar weinig [werd] nagekomen." Dat kwam onder meer door "het feit dat op het nalaten te notificeren geen sanctie staat en de

notificatieplicht bij het Openbaar Ministerie geen prioriteit kent."¹⁷ Dat beeld zal niet wezenlijk veranderd zijn, nu in de toelichting van het wetsvoorstel zijdelings opgemerkt wordt dat "de mate waarin wordt genotificeerd verschilt per parket."

De beoogde besparing is dus op zijn best marginaal en niet meer dan een grove schatting.

TERWIJL DE ADMINISTRATIEVE LASTEN ZELF OPLOSSEN ALLEEN MAAR WINST OPLEVERT

Een betere registratie van de toegepaste opsporingsbevoegdheden betekent automatisch een inperking van de administratieve lasten rondom het notificeren van de betrokkenen. De toelichting op het wetsvoorstel stelt namelijk dat niet het opstellen van de brief, maar het uitzoeken van details van de afzonderlijke opsporingsbevoegdheden veel tijd kost. Slecht functionerende computersystemen van de politie en het OM zijn dus de oorzaak van de administratieve lasten.

Uit een in de toelichting van het wetsvoorstel aangehaald rapport blijkt dat de gebruiksvriendelijkheid van de huidige computersystemen van



de opsporingsdiensten en het OM ver te zoeken is. Opsporingsambtenaren moeten informatie soms tot drie keer toe invoeren omdat de verschillende systemen niet goed met elkaar kunnen communiceren. Sommige informatie kan in het geheel niet verwerkt worden. En omdat de overdracht van strafdossiers tussen de politie en het OM niet digitaal kan, moeten volledige dossiers eerst worden uitgeprint.

En dat is wrang, want volgens hetzelfde onderzoek vinden opsporingsambtenaren “net als met het aanvragen van toestemming voor de inzet van [bijzondere opsporingsmiddelen]” het “geen bezwaar om verantwoording af te leggen over de onderzoeken waaraan zij werken.” Goede en gebruiksvriendelijke computersystemen gaat de opsporing en de verantwoording daarover, versterken.

Een goede registratie van de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden maakt transparantie zeer eenvoudig. Langdurig dossiers doorspitten is verleden tijd. Anders dan nu is met een goede administratie het voorbereidende werk voor het opstellen van de brief om betrokkenen te notificeren beperkt. Om de administratieve lasten verder te beperken kan de

notificatie aan de betrokkene via MijnOverheid verzonden worden. De administratieve lasten voor het OM zijn daarmee minimaal en de plicht tot notificeren kan ongewijzigd worden gehandhaafd.

BETERE REGISTRATIE MAAKT OOK MEER TRANSPARANTIE MOGELIJK

Met een betere registratie zijn ook geaggregeerde statistieken, om inzicht te geven in het totaal aantal keer dat een bepaalde bevoegdheid dat in een jaar is toegepast, eenvoudig te genereren. Zulke statistieken zijn vooral zinvol met contextuele informatie: in wat voor soort zaken worden welke soort bevoegdheden toegepast, door welke opsporingsinstantie worden welke gegevens bij gegevenshouder gevorderd en hoe vaak wordt een vordering van gegevens door de houder om geweigerd?

In het verleden heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie herhaaldelijk geweigerd zulke geaggregeerde cijfers te publiceren, ondanks expliciet en herhaalde oproepen daartoe van de Tweede Kamer en belangenorganisaties zoals Bits of Freedom. Volgens het ministerie zou het belang van openbaarheid niet opwegen tegen het belang van opsporing en zou publicatie van deze cijfers het staatsbelang schaden.

Dat is echter hoogst ongeloofwaardig, nu zulke gegevens in onder meer de Verenigde Staten¹⁸ en in het Verenigd Koninkrijk¹⁹ wel openbaar worden gemaakt. Zelfs de CTIVD²⁰ ziet geen bezwaar als het gaat om geaggregeerde cijfers die betrekking hebben op de geheime diensten, terwijl daar in de regel een zwaardere belangenafweging plaatsvindt.²¹

DUS: NOTIFICATIEPLICHT NIET INPERKEN, MAAR UITBREIDEN MET GEAGGREGEERDE STATISTIEKEN

Bits of Freedom deelt de wens om de administratieve lasten voor opsporingsdiensten en het OM zoveel als mogelijk te beperken, maar wel op voorwaarde dat de rechtsbescherming van de burger behouden blijft of versterkt wordt. De regering moet daarom de oorzaak van deze administratieve lasten aanpakken. Dat ligt in het verbeteren van de systemen voor de registratie van de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Daarmee kan de notificatieplicht in de huidige vorm worden gehandhaafd en nageleefd.

Het wetsartikel, 126bb Wetboek van Strafvordering, moet daarnaast worden uitgebreid met een verplichting tot het publiceren van geaggregeerde en zinvolle statistieken.



De winst die behaald kan worden met een betere registratie van de toegepaste opsporingsbevoegdheden gaat veel verder dan de beperking van de administratieve lasten rond het notificeren van betrokkenen. Een goed functionerend computersysteem zorgt door een betere beveiliging van hoogst gevoelige gegevens namelijk ook voor een betere bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen én minimaliseert het risico dat een opsporingsonderzoek door gelekte of foutieve informatie stuk loopt.

De regering kan geen bezwaar hebben: meer dan met het huidige voorstel wordt het presterend vermogen van de opsporingsdiensten vergroot en inzichtelijk gemaakt terwijl ook nog eens geld wordt bespaard.

- 1 Artikelen 126aa en 126bb Wetboek van Strafvordering
- 2 Tweede Kamer, 2013–2014, 33 747, nr. 2 en 3
- 3 Opgemerkt dient te worden dat “een relatief lichte” inbreuk niet hetzelfde is als een “lichte inbreuk”. Ook het gegeven dat deze bevoegdheden “nagenoeg standaard in ieder regulier opsporingsonderzoek [worden] ingezet” niets zegt over de zwaarte van de inbreuk op de privacy van betrokkenen.
- 4 EHRM 9 mei 1989, nr. 12175/86, *Hewitt & Harman vs. UK*, r.o. 27; EHRM 18 mei 2010, nr. 26839/05, *Kennedy v. UK*, r.o. 124
- 5 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
- 6 Europees Hof voor de Rechten van de Mens
- 7 EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, *Klass and others vs. Germany*, r.o. 36.
- 8 EHRM 28 juni 2007, nr. 62540/00, *Ekimdzhiev and others vs. Bulgaria*, r.o. 91.
- 9 Jaarbericht 2012, Openbaar Ministerie, pagina 47.
- 10 Tweede Kamer, 1996–1997, 25 403, nr. 3, pagina 10 en 11.
- 11 Tweede Kamer, 1996–1997, 25 403, nr. 3, onder andere paragraaf 2.7.
- 12 Tweede Kamer, 1996–1997, 25 403, nr. 3, pagina 11.
- 13 Zie: <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/bedrijven/publicaties/digitale-economie/artikelen/2007-2214-wm.htm>
- 14 Zie: <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/vrije-tijd-cultuur/publicaties/artikelen/archief/2012/2012-060-pb.htm>
- 15 Het ministerie van Veiligheid en Justitie hanteert regelmatig verschillende definities voor een en hetzelfde cijfer. Zo stelt het wetsvoorstel dat uit de registratie van de [Landelijke Eenheid] bekend [is] dat er in 2011 49.695 aanvragen voor het opvragen van verkeersgegevens zijn uitgevoerd.” In een brief aan de Tweede Kamer eerder dit jaar werd datzelfde getal omschreven als “het aantal vorderingen gegevensverstrekking (met daarbij als grootste categorie de “historische verkeersgegevens”).” In antwoord op ons verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur werd het cijfer ook omschreven als “alle aan interceptie gerelateerde gegevensvorderingen.”
- 16 Jaarbericht 2012, Openbaar Ministerie, pagina 45.
- 17 De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden eindexamen, WODC, 2004, pagina 20.
- 18 Zie: <https://www.aclu.org/protecting-civil-liberties-digital-age/cell-phone-location-tracking-public-records-request>
- 19 2012 Annual Report of the Interception of Communications Commissioner
- 20 Commissie van Toezicht op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten
- 21 Zie: <https://www.bof.nl/2014/01/28/niet-alles-schaadt-de-staatsveiligheid/>