
Van : Adviescommissie Strafrecht
 Datum : 11 september 2015
 Betreft : **Het concept Besluit houdende wijziging van het Besluit bijzondere vergaring nummergegevens telecommunicatie**

Samenvatting:

- De noodzaak om de FIOD een zelfstandige bevoegdheid te geven om een IMSI-catcher in te zetten wordt onvoldoende onderbouwd;
 - Het concept-besluit maakt mogelijk dat de FIOD onder omstandigheden zonder toestemming van een officier van justitie gebruik maakt van een IMSI-catcher. Dat staat haaks op de jurisprudentie van de Hoge Raad en de vereisten die voortvloeien uit art. 8 EVRM (recht op privacy). Bovendien leidt dit tot een ongelijke behandeling van de FIOD en, bijvoorbeeld, de Nationale Politie;
- Aan het concept-Besluit moet om die reden een bepaling worden toegevoegd dat nimmer (noch door de Nationale Politie noch de FIOD) gebruik kan worden gemaakt van een IMSI-catcher zonder voorafgaande toestemming van de officier van justitie;
- De noodzaak om de directeur van de FIOD als ‘bevoegde autoriteit’ aan te wijzen (art. 1, onderdeel c, onder 4) wordt onvoldoende onderbouwd. Bovendien leidt die aanwijzing er toe dat
 - o een aan de inzet van een IMSI-catcher gerelateerde bevoegdheid (te weten verkrijging van het telefoonnummer bij de betreffende telecomaanbieder) wordt weggehaald bij de officier van justitie.
 - o de FIOD en, bijvoorbeeld, de Nationale Politie niet gelijk worden behandeld;

Artikel I onderdeel A van het concept-Besluit kan om die reden beter worden geschrapt.

Inleiding:

Het onderhavige concept-Besluit heeft – kort gezegd – als doel om de FIOD de bevoegdheid te geven zelfstandig een zogenaamde IMSI-catcher in te zetten ten behoeve van de opsporing en het bestrijden van fiscale, financieel-economische en goederenfraude, het waarborgen van de integriteit van het financiële stelsel en de bestrijding van de daarmee samenhangende georganiseerde criminaliteit.

Beoordeling van het concept-Besluit door de ACS:

1. Noodzaak onvoldoende onderbouwd

Vanzelfsprekend is ook de ACS er een voorstander van dat de FIOD efficiënt en doelmatig haar werk kan doen. Of het voorgestelde besluit daarvoor noodzakelijk is wordt – anders dan de blote stelling dat dit zo is – verder echter in het geheel niet onderbouwd. Dit klemmt te meer nu de noodzaak om zelfstandig een IMSI catcher in te kunnen zetten in het licht van het soort zaken waar de FIOD bij betrokken is niet evident is. Anders dan wellicht de Nationale Politie, doet de FIOD immers vooral onderzoek in fraudezaken waar verdachten niet alleen ingeschreven plegen te staan in de GBA/BRP maar ook met naam en toenaam bekend plegen te zijn bij de telecomprovider. Ter illustratie: een zoekslag op de term “IMSI-catcher” op rechtspraak.nl levert 55 resultaten op. Voor zover de ACS kon nagaan betrof niet een van die zaken een FIOD-onderzoek.

Uiteraard zullen er ongetwijfeld verdachten bij de FIOD in beeld zijn die met prepaid-telefoons bellen of die lastig zijn te lokaliseren (in welke gevallen de inzet van een IMSI-catcher noodzakelijk zou kunnen zijn), die enkele uitzondering is in de optiek van de ACS nog geen reden om af te wijken van de hoofdregel dat uitsluitend specialisten van de nationale politie met een IMSI catcher mogen werken.

Gelet op het voorgaande verzoekt de ACS de Minister nader te onderbouwen welke knelpunten nu precies in de praktijk door de FIOD worden ervaren waaronder in ieder geval begrepen een kwantificering van het aantal gevallen op jaarbasis dat de FIOD, ondanks dat dit wel noodzakelijk was voor het onderzoek, geen IMSI-catcher kon inzetten in verband met capaciteitstekorten bij de Nationale Politie.

II. Officier van justitie moet altijd toestemming verlenen voor inzet IMSI catcher

Het huidige juridische kader met betrekking tot het gebruik van IMSI-catchers ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten is afhankelijk van het doel van het gebruik.

Wordt de IMSI-catcher gebruikt om het nummer van een bepaalde telefoon te achterhalen dan dient de officier van justitie op grond van art. 126nb Sv / art. 126ub¹ eerst een bevel hiertoe te geven.

Is de inzet echter gericht op het achterhalen van de feitelijke locatie van de gebruiker van de telefoon waarvan het nummer al bekend is dan kan de wettelijke basis gevonden worden in de algemene opsporingsbevoegdheid van de politie ex art. 3 Politiewet 2012 en art. 141 Sv (cf. ECLI:NL:HR:2014:1562). Ook in dit laatste geval is op grond van interne werkdocumenten (o.a. “GSM-concept aug 2008”) van de politie echter voorafgaande toestemming van de officier van justitie vereist (zie, bijvoorbeeld, ECLI:NL:GHSHE:2013:2579²). Juist die voorafgaande toestemming van de officier van justitie was voor de Hoge Raad van groot (zo niet doorslaggevend) belang om te oordelen dat de inzet van een IMSI-catcher of stealth-SMS een voldoende wettelijke basis vond in de algemene opsporingsbevoegdheid van de politie (vgl. ook de noten van Van Kempen (NJ 2015/115) en De Bruijn (NbSr 2014/207) onder ECLI:NL:HR:2014:1562).

Het is voor de ACS onduidelijk of ook opsporingsambtenaren van de FIOD gebonden zijn aan voormelde interne werkdocumenten. Dit zijn immers niet-openbare documenten waarvan slechts een (klein) gedeelte beschikbaar is in het publieke domein.³ Vermoedelijk gelden deze werkdocumenten echter niet voor de FIOD aangezien deze uitsluitend gericht lijken te zijn aan de (Nationale) Politie.

Indien de FIOD inderdaad niet gebonden is aan voormelde werkdocumenten heeft dit tot gevolg dat in bepaalde gevallen (namelijk indien sprake is van lokalisering van een verdachte) de IMSI-catcher kan worden ingezet zonder voorafgaande toestemming van de officier van justitie. De ACS acht dit in strijd met voormelde jurisprudentie van de Hoge Raad en de door art. 8 EVRM vereiste waarborgen tegen misbruik van bevoegdheden die inbreuk maken op de privacy.⁴

¹ In de toelichting op het concept-Besluit wordt abusievelijk verwezen naar art. 126na en 126ua Sv.

² Ten aanzien van de inzet van een vergelijkbare techniek, de zogenaamde ‘stealth-sms’. Deze interne documenten zijn door de organisatie Bits of Freedom op basis van de WOB opgevraagd. Hoewel een en ander slechts beperkt is vrijgegeven blijkt daaruit dat ook in geval van de inzet van een IMSI-catcher voorafgaande toestemming van de officier van justitie nodig is. De vrijgegeven documenten zijn te downloaden via de website van Bits of Freedom: <http://bit.ly/1Q83zNI>; bezocht op 2 september 2015.

³ *Ibid.*

⁴ Vergelijk, bijvoorbeeld, EHRM, *Uzun v. Germany*, Application no 35623/05, 2 september 2010 (inzet GPS tracker naar Duits recht was hiervoor een bevel van de OvJ vereist)

Overigens valt ook niet in te zien waarom de Nationale Politie thans in een grootschalig drugs- of mensenhandelonderzoek wel eerst toestemming aan de officier van justitie moet vragen voor de inzet van een IMSI-catcher terwijl de FIOD in, bijvoorbeeld, een eenvoudige belastingfraudezaak dit straks niet hoeft. Er dient wat de ACS betreft voor gewaakt te worden dat gelet op deze ongelijkheid de Nationale Politie c.q. het Openbaar Ministerie het thans bestaande vereiste van voorafgaande instemming door de officier van justitie zullen schrappen in de interne werkdocumenten met een mensenrechtelijk ‘*race to the bottom*’ als gevolg.

De ACS adviseert dan ook expliciet in het besluit vast te leggen dat de FIOD pas gebruik mag maken van een IMSI-catcher indien hiervoor voorafgaand schriftelijke toestemming is gegeven door de officier van justitie. Die gelegenheid kan dan meteen worden aangegrepen om dit vereiste ook in het besluit vast te leggen voor de andere opsporingsinstanties, waaronder de Nationale Politie. De ACS stelt daarom voor om aan artikel 4 van het ‘Besluit bijzondere vergaring nummergegevens telecommunicatie’ een vierde lid toe te voegen dat als volgt zou kunnen luiden:

“4. De opsporingsambtenaar maakt geen gebruik van de apparatuur, bedoeld in artikel 2, dan nadat de officier van justitie hier voorafgaand schriftelijk toestemming voor heeft verleend.”

III. Schrappen directeur FIOD als ‘bevoegde autoriteit’

Het concept-besluit voorziet in een nieuw vierde ondernummer bij artikel 1, onderdeel c als gevolg waarvan – kort gezegd – de directeur van de FIOD (dan wel een door deze aangewezen ambtenaar) eveneens als ‘bevoegde autoriteit’ in de zin van het besluit wordt aangemerkt.

De ACS vermag – mede in het licht van hetgeen hiervoor onder II is opgemerkt – niet in te zien waarom de directeur van de FIOD deze status moet krijgen.

Doelstelling van het besluit is – zoals gezegd – de FIOD in staat te stellen effectief de straffbare feiten op te sporen die binnen haar taakgebied vallen. Uit art. 3 van de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten volgt dat de ambtenaren van de bijzondere opsporingsdiensten – en dus ook FIOD-ambtenaren – onder gezag van de officier van justitie hun werk doen. Tot slot geldt dat op grond van art. 141 onder d Sv FIOD ambtenaren kwalificeren als opsporingsambtenaren.

Onder die omstandigheden valt niet in te zien waarom de officier van justitie die op grond van het huidige besluit reeds als ‘bevoegde autoriteit’ (art. 1, onderdeel c onder 1) is aangemerkt niet volstaat om aan de wensen van de FIOD tegemoet te komen. De noodzaak daartoe wordt verder ook niet onderbouwd door de Minister.

Door de directeur van de FIOD eveneens als ‘bevoegde autoriteit’ aan te wijzen wordt voorts, wederom, een onderscheid gemaakt tussen de FIOD en, bijvoorbeeld, de Nationale Politie. Bovendien wordt een aan de inzet van de IMSI-catcher gerelateerde bevoegdheid (te weten verkrijging van het telefoonnummer bij de betreffende telecomaanbieder) weggehaald bij de officier van justitie. De ACS acht dit – mede gelet op voormeld uitgangspunt dat de FIOD haar werk doet onder gezag van de officier van justitie – onwenselijk.

Om deze redenen kan het voorgestelde vierde ondernummer bij artikel 1, onderdeel c (Artikel I onderdeel A van het concept-Besluit) beter worden geschrapt.
