

Voorzieningenrechter te Den Haag
Kort geding d.d. 10 november te 11.00 uur
Kenmerk: C/09/617630 KG ZA 21-853

Inzake

STICHTING PRIVACY FIRST, gevestigd en
kantoorhoudende te Amsterdam,

Eiseres,

Advocaat: mr. L.J. Böhmer

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN, zetelende te
Den Haag,

Gedaagde,

Advocaat: mr. C. Bitter

Artikel 126jj Sv is onmiskenbaar onverbindend

1. Artikel 126jj Sv is onmiskenbaar onverbindend wegens strijd met artikel 8 EVRM en de artikelen 7 en 8 van het Europees Handvest.
2. Het Europees Handvest geldt in alle gevallen waarin de lidstaten het Unierecht ten uitvoer brengen. Volgens artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie behoort het EVRM tot het Unierecht.
3. De redeneringen van het Europees Hof van Justitie kunnen één-op-één worden toegepast bij de beoordeling of de wet in strijd is met artikel 8 EVRM. Daarnaast acht de staat de Wet Politiegegevens van toepassing op de verzamelde gegevens. Deze wet is een uitvoering van Richtlijn (EU) 2016/680. Daarmee is voldaan aan artikel 51 Handvest.

De dagelijkse praktijk van artikel 126jj Sv

4. Nederland, en vooral de Randstad, hangt vol met fotocamera's van de overheid. Ieder van deze camera's heeft een eigen juridische status, sommige camera's hebben meer dan 1 juridische status. Dit kort geding is beperkt tot de specifieke camera's die de overheid gebruikt voor de verzameling van de foto's op grond van artikel 126jj Sv. De benaming "ANPR"-camera's gebruikt men voor een ruimere verzameling camera's die ook een beeld koppelen aan een tijdstip en een locatie op een andere grondslag dan artikel 126jj Sv. Slechts een deelverzameling van die ANPR-camera's wordt officieel gebruikt voor de ongedifferentieerde verzameling van informatie op grond van artikel 126jj Sv.
5. Want de kern van deze zaak bestaat uit het op grote schaal ongedifferentieerd verzamelen van informatie over een ieder in de openbare ruimte.
6. Dagelijks verzamelen alleen deze selecte groep camera's 5 miljoen foto's per dag¹. 35 miljoen foto's per week. 1,825 miljard foto's per jaar. Jaar in, jaar uit.
7. De foto's zijn echte foto's met alles wat de camera's op dat moment registreren.
8. Al die tientallen miljoenen, miljarden foto's worden bewaard, maar niemand mag die foto's zien. Als een OvJ een foto wil zien, dan maakt men de foto onherkenbaar, op de kentekenplaat na. Men voegt een datum en locatie van de foto toe, en dat is het dan. In theorie.
9. Artikel 126jj Sv omvat een innerlijk tegenstrijdig systeem vanuit het perspectief van "boeven vangen": de wet beoogt de opsporing van voortvluchtigen en verdachten van ernstige misdrijven te verbeteren.
10. Van de 1,825 miljard foto's per jaar bewaart men gedurende 28 dagen de foto, maar men krijgt bij een goede opvraag alleen maar het kenteken te zien. Want alles op de vrijgegeven foto, behalve het kenteken, is geblurd, onherkenbaar gemaakt. Datum en locatie zijn toegevoegd.
11. Zo constateren de opstellers van de Privacy Impact Assessment al in 2017: *Een belangrijk punt is dat het instrument ANPR gericht is op de identificatie van*

¹ WODC rapport pagina 47

voertuigen, terwijl voor de opsporing van bepaalde misdrijven of het aanhouden van een voortvluchtige persoon juist de identificatie van personen behorende bij die voertuigen gewenst is.²

12. Ook de rapporten van het WODC in 2020 en 2021 over de werking van de wet bevatten beschrijvingen van Officieren van Justitie waarin zij zich verbazen over deze ingebakken tegenstrijdigheid³.
13. De frustratie van de opsporingsambtenaren is goed voorstelbaar: heb je de beschikking over ten minste 140 miljoen foto's⁴, genomen op alle relevante openbare plaatsen die justitie kan verzinnen, en dan mag je alleen maar het kenteken met de locatie en de tijd krijgen.
14. Een ieder met enig historisch besef van de laatste jaren over de wijze waarop opsporingsdiensten echt werken, weet dan: dit gaat niet goed. Hier gaan politieagenten, marechaussee en officieren van justitie trucjes bedenken en uitvoeren:
 - Men gebruikt stiekem zonder enige grond ongeblurde foto's om te zien welke mensen op de foto staan;
 - Men hamstert informatie door enorm brede zoekvragen zonder noodzaak⁵
 - Men maakte back-ups en verzamelt foto's en slaat die op de eigen computer op⁶;
 - Men maakt foto's van de foto's;
 - Men maakt lijstjes van kentekens.
15. Op ieder moment in de keten, van foto tot opslag en gebruik, gaat het fout. En niemand toetst of controleert of rapporteert of adresseert de fouten.

WODC rapport 2021 over 2020 legt fouten bloot

16. Deze constatering valt vrij helder te destilleren uit rapportages van het WODC in 2020 (over de werking van de wet in 2019) en 2021 (over de werking van de wet in 2020). Het laatste rapport wordt enigszins misleidend een evaluatie genoemd.
17. Een evaluatie is doorgaans een beoordeling van een bepaalde situatie of gebeurtenis nadat men informatie heeft verzameld over die gebeurtenis.
18. In dit rapport heeft het ene onderdeel van het Ministerie van Justitie en Veiligheid gesproken met andere vertegenwoordigers van Justitie en Veiligheid. Na de gesprekken en na literatuuronderzoek heeft men een zeer lezenswaardig inkijkje gepresenteerd van de werking van de wet. Maar een beoordeling, laat staan een onafhankelijke beoordeling van de werking van de wet of de legitimitéit van de wet ontbreekt.

² Risico 1.6 van de bijlage-Privacy Impact Assessment ANPR, 5^e pagina, productie 2 van de Staat

³ Zie onder meer pagina's 60-65 en 83 van het WODC rapport

⁴ 28 dagen x 5 miljoen foto's/dag

⁵ WODC rapport 4.5.1, pagina 61 bovenaan

⁶ WODC rapport 4.5 pagina 59-60

19. Afgezien van deze kanttekeningen over het gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid levert het meest recente rapport voor de goede verstaander een reeks van kritiekpunten op:

- Waarom staat welke camera waar? Een transparante verklaring van de keuze van de locatie van de camera in het cameraplan ontbreekt;⁷
- De exacte locatie is vaak niet duidelijk, zodat de burger niet weet waar hij/zij wordt gefotografeerd;
- Onduidelijk is aan welke technische criteria de camera's zelf moeten voldoen;⁸
- De foto's worden zonder duidelijk beleid handmatig "geblurd". Niet geborgd is dat personen en locaties ook daadwerkelijk onherkenbaar zijn gemaakt.⁹ Ook niet is geborgd dat de blurende ambtenaar wel degelijk de personen op de foto's ziet. Nergens is geborgd dat deze blurende ambtenaar geheim houdt wat hij ziet. Wat gebeurt er met de ongeblurde foto's? Vast staat dat de OvJ en agenten in zeker drie gevallen in strijd met de wet met ongeblurde foto's hebben gewerkt. Privacy First vermoedt dat dit aantal slechts een topje van de ijsberg is.
- Wat gebeurt er met de "vernietigde" foto's? Nota bene: digitale vernietiging bestaat niet. De informatie wordt niet weggegooid of naar een digitale vuilnisbelt gebracht. Digitale vernietiging houdt in dat men de informatie ontoegankelijk maakt. Maar die ontoegankelijkheid kan altijd weer ongedaan worden gemaakt. Dus waar blijft die berg met ontoegankelijk gemaakte foto's?
- De toegang tot het databestand wordt niet gemonitord of gecheckt; niemand weet of alleen de echt geautoriseerde, daartoe benoemde ambtenaren toegang hebben. Lenen ze wel eens hun wachtwoord uit aan een niet-geautoriseerde collega; hebben ze hun wachtwoord op een post-it achter hun scherm hangen?
- Niemand weet ook of de autorisatie van de ambtenaren tijdig wordt ingetrokken als zij een andere positie krijgen of uit dienst gaan.¹⁰
- Überhaupt is onduidelijk aan welke criteria een ambtenaar moet voldoen om geautoriseerd te worden; deze onduidelijkheid klemt te meer omdat deze geautoriseerde ambtenaren de enige "poortwachters" zijn die hun directe collega's toegang mogen verschaffen tot de databank. De poortwachters hebben geen enkel middel om "neen" te zeggen tegen een verzoek, tenzij dat verzoek niet aan een aantal hele lichte formaliteiten voldoet.
- In de praktijk vragen geautoriseerde ambtenaren *wel* gegevens op in zaken waaraan ze zelf werken, zonder enige controle van wie dan ook¹¹

⁷ WODC rapport 6.5 pagina 90

⁸ WODC-rapport 4.1. pagina 53-54

⁹ WODC-rapport pag 89

¹⁰ WODC rapport 4.2. pag 54-55

¹¹ WODC rapport 4.2. pagina 55: twee respondenten leggen uit dat het binnen hun eenheid wel eens voorkomt dat geautoriseerde opsporingsambtenaren voor een eigen onderzoek bevragingen uitvoeren

- De bevraging van het systeem met bevel van de OvJ loopt niet conform de regels. De OvJ is erg slordig met de verplichting om mondelinge lasten binnen 72 uur schriftelijk via het formulier te bevestigen. In 1/3 van de gevallen doet de OvJ dat niet, of niet op tijd.
 - De integrale beveiliging van het systeem ontbreekt;
 - Men houdt geen enkel onafhankelijk toezicht op het gebruik van het systeem¹²; Autoriteit Persoonsgegevens en Inspectie Justitie en Veiligheid doen niets.¹³
 - Een deugdelijke transparante privacy audit ontbreekt in 2019. Uit de audit in 2020 blijkt dat een groot aantal basale checks niet in het systeem zijn aangebracht¹⁴
 - Iedere controle op het gebruik en beheer van de gegevens na opvraging uit het systeem ontbreekt (bijvoorbeeld het “rondslingeren” en delen per onveilige e-mail).
20. De Staat stelt ten onrechte dat de in 2017 in het Privacy Impact Assessment beschreven gevaren en risico's zijn geadresseerd. Niets is minder waar: vergelijkt men de beschrijving van de risico's in 2017 met de beschrijving van het WODC-rapport uit 2021 dan is de constatering dat geen enkel van de beschreven risico's afdoende, deugdelijk en controleerbaar is geadresseerd.
21. Daarbij komt nog eens dat de beschrijving uit 2017 achterhaald is door de technologische, operationele en juridische ontwikkelingen van daarna (het gebruik van het systeem Argus wordt niet beschreven, de politie gebruikt liever beelden van commerciële aanbieders, de AVG en de Europese jurisprudentie is niet verwerkt).
22. Het WODC-rapport bespreekt niet de meest in het oog springende omissie: enige rechterlijke toetsing ontbreekt in ieder stadium van de keten, maar vooral op het moment dat opsporingsambtenaren, daartoe gemachtigd door de OvJ, informatie opvragen uit de databank.
23. Het WODC-rapport zwijgt over de echt zwaar juridische onderwerpen, zoals de legitimiteit van deze vorm van ongebreidelde ongedifferentieerde verzameling van data door de opsporingstak van de overheid, zonder enige controle van de rechtspraak of van enige andere onafhankelijke instantie.

De magere opbrengst: 0 voortvluchtigen en geen enkele zaak rond

24. Wat heeft de verzameling van honderden miljoenen, miljarden foto's nu opgeleverd?
- Geen enkele voortvluchtige is opgespoord.

¹² WODC Rapport 4.4. pagina 59: Op dit moment vindt geen periodieke controle plaats om te kijken of alle bevragingen waarheidsgetrouw worden ingevuld. Dit is een mogelijk risico, omdat daarmee mogelijk onrechtmatig gebruik van Argus niet gedetecteerd wordt.

¹³ WODC rapport 4.8 Toezicht pagina 68

¹⁴ WODC rapport 4.7 pagina 67-68

- Geen enkele zaak is opgelost door de inzet van de gegevens uit de databank
- 25. De Staat presenteert ten onrechte een beeld dat de inzet van het middel tot de oplossing van een zaak heeft geleid. Niet voor niets zet de Staat in 3.4.5. van de conclusie (succesvol) tussen haakjes. Want als men in bijlage 5 van het WODC-rapport de beschrijving van de door het ministerie gepresenteerde zaken leest, blijkt dat de inzet van het middel van artikel 126jj Sv in maximaal 1 zaak van de 20 beschreven zaken (zaak 7: afpersing¹⁵) tot een significante bijdrage heeft geleid. Dat die bijdrage niet zo groot is, is ook niet zo gek: het gaat om een geblurde foto van een kentekenplaat met tijdstip en locatie.
- 26. En dan gaat het bij de beschrijvingen om de top 20 van de zaken. Beter wordt het niet.
- 27. De conclusie van het WODC is dan ook: *In de zaken die zijn behandeld en de gesprekken die zijn gevoerd komt naar voren dat de inzet van artikel 126 jj het makkelijker kan maken bepaalde voertuigen en daarmee bepaalde verdachten in beeld te krijgen.*¹⁶
- 28. Daarbij tekent het WODC op uit de gesprekken dat de werkwijze erg tijdrovend en omslachtig is. Politie maakt daarom ook liever gebruik van andere niet artikel 126jj Sv camera's zoals van commerciële aanbieders. Ook vraagt men vaak beelden op van beveiligingscamera's.
- 29. "Makkelijker maken om bepaalde voertuigen in beeld te krijgen" is de perfecte omschrijving van een omslachtig systeem van miljoenen, miljarden foto's met daaruit gefilterd de kentekenplaat.
- 30. De Staat verwijst ten onrechte naar een passage op pagina 17 van het WODC rapport met een iets rooskleuriger geformuleerde beschrijving van het nut van het systeem. De stelling dat de bijdrage van artikel 126jj informatie doorslaggevend is geweest in sommige zaken, wordt nergens in het rapport onderbouwd.
- 31. Maar met opsporing van voortvluchtigen of het rond maken van ernstige misdrijven heeft het systeem niets te maken.
- 32. Het systeem is onder bijzondere omstandigheden op zijn hoogst "nice to have". Iedere "need to have" ontbreekt.
- 33. De conclusie is: geen adequate rechtvaardiging voor een dagelijkse stelselmatige ongedifferentieerde inbreuk op de privacy van een ieder die op de openbare weg langs een camera gaat.

¹⁵ WODC rapport bijlage 5 pag 124-125

¹⁶ WODC rapport 5.6.2., 2° alinea pag 84

End-to-End Safeguards voor ongedifferentieerde verzameling van gegevens

34. Het EHRM heeft op 25 mei 2021 in een aantal zaken een helder kader gegeven voor de beoordeling van het standaard in bulk verzamelen van gegevens¹⁷:
- Ieder onderdeel van het verzamelingsproject moet voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit;
 - Het hele systeem moet vanaf het begin tot eind onderworpen zijn aan onafhankelijke autorisatie en onafhankelijk toezicht
35. Daarbij toetst het EHRM de nationale regelingen integraal op detailniveau, ondanks de "*margin of appreciation*" van de lidstaten.
36. Het wettelijk systeem van artikel 126 jj Sv voldoet aan geen van deze twee eisen. De Staat stelt ook niet dat het systeem wel voldoet aan beide eisen. De Staat zwijgt over de regels uit deze uitspraken van het EHRM in de conclusie van antwoord¹⁸.
37. De Staat heeft in de zaken bij het EHRM geïntervenieerd. In zowel de Zweedse zaak als in de Engelse zaak heeft de Staat aangegeven dat onafhankelijk toezicht achteraf zou volstaan¹⁹. Met onafhankelijk toezicht achteraf bedoelt het EHRM:
- [...] a legal procedure before an independent body, which in so far as possible offers an adversarial process resulting in reasoned and legally binding decisions, is an essential element of an effective ex post facto review.*²⁰
38. Het ontbreken van de onafhankelijke autorisatie en onafhankelijk toezicht en rechterlijke controle staat vast. De Staat stelt ten onrechte en in strijd met de opvatting van het EHRM en in strijd met de eigen argumenten in de twee relevante rechtszaken dat voorafgaande rechterlijke toetsing niet noodzakelijk zou zijn.
39. De Staat probeert ten onrechte nog het beeld te schetsen dat de positie van de burger in het systeem van artikel 126jj Sv zou zijn geborgd door de wet Politiegegevens (WPG). Die stelling is maar een heel klein beetje waar.
40. Allereerst is de WPG alleen van toepassing op gegevens die zijn verzameld in het kader van een politietoek; slechts een deel van de kentekens wordt verzameld in het kader van een politietoek als bedoeld in artikel 3 en 4 Politiewet: ook de Koninklijke Marechaussee en andere overheidsdiensten leveren foto's van kentekens aan. Strikt genomen vallen die gegevens niet onder de politiegegevens als bedoeld in de WPG.
41. Bovendien biedt de WPG geen enkele rechtens relevante waarborg voor de burger die dagelijks (meerdere keren) wordt gefotografeerd in de openbare ruimte.

¹⁷ EHRM Grote Kamer in de zaak van Big Brother Watch and Others/VK (58170/13, 62322/14 en 24960/15) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210077> en in de zaak van Centrum för Rättvisa / Zweden 35252/08, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210078>

¹⁸ Concentratie van verweer. Volgens artikel 128 lid 3 Rv brengt de gedaagde alle weren in antwoord naar voren, op straffe van verval. Deze bepaling is op grond van artikel 78 Rv ook van toepassing in kort geding.

¹⁹ R.o.232 Centrum for rattvisa v. Zweden; r.o.307 Big Brother Watch and others v. VK

²⁰ R.o. 365 Centrum for rattvisa v zweden

42. Het WODC-rapport laat zien dat de toegang tot het systeem, de beveiliging en de afscherming van bevraagde uitkomsten in het geheel niet is geregeld. Autorisaties worden niet gecontroleerd; niemand checkt de logboeken om te controleren of alles goed verloopt; officieren houden zich niet aan de regels van schriftelijke vastlegging. Toezicht en controle (vooraf of achteraf) vindt niet plaats. Men kan ongestoord en onbespied zijn gang gaan, ondanks de wetenschap dat ongeautoriseerd gebruik plaatsvindt.
43. Geen van de acties van de betrokkenen in het kader van artikel 126jj Sv kwalificeert als een voor bezwaar of beroep vatbaar besluit.
44. Het inzagerecht en rectificatierecht en vernietigingsrecht van de WPG is volstrekt illusoir. Nog afgezien van het feit dat de WPG waarschijnlijk niet op alle gegevens van toepassing is, is de behandelingstijd van welke vraag dan ook aan de verwerkingsverantwoordelijke (Politie of Defensie) vele malen langer dan de bewaartermijn van 28 dagen. Voor de beantwoording van een vraag om informatie van Defensie bedroeg de wachttijd 11 weken (zie productie 2: verzoek 12 juli 2021; besluit 6 oktober 2021; de politie heeft gisterenavond geantwoord p hetzelfde verzoek).
45. Een verwerkingsregister ontbreekt en privacy audits worden juist niet regelmatig gehouden. De Inspectie doet niets, ook niet na vaststaand misbruik (gebruik van de originele ongeblurde foto's in ten minste 3 zaken).
46. De tussenconclusie is dat de WPG geen enkele reële waarborg bevat tegen de dagelijkse opslag van foto's van nietsvermoedende en onschuldige burgers. De behandelingsduren van welke optie dan ook zijn altijd langer dan de bewaartermijn van 28 dagen. Een verzoek om vernietiging (het meest vergaande verzoek) is zinledig als de gegevens automatisch worden vernietigd na 28 dagen.
47. Kern van het verwijt van Privacy First is de conclusie dat de opzet van artikel 126jj Sv, naast een gebrek aan enige rechterlijke toetsing bij verstrekking van gegevens uit het databestand aan de opsporingsdiensten, niet voldoet aan de door het EHRM geformuleerde standaard van End-to-End safeguards, zoals omschreven in de arresten van 25 mei 2021.
48. Toepassing van deze test leert dat het systeem van artikel 126jj Sv in strijd is met de grondrechten van artikel 7, 8 Europees Handvest en artikel 8 EVRM op onder meer de volgende punten:
 - Onafhankelijke rechterlijke toetsing ontbreekt op de raadplegingsaanvraag van/namens de officier van justitie en op de werking van het systeem als geheel; het is mogelijk om zonder enige toetsing mondeling gegevens op te vragen, zonder enige schriftelijke bevestiging achteraf; op het ontbreken van de schriftelijke bevestiging staat geen enkele sanctie. Controle achteraf is niet goed mogelijk en vindt niet plaats.
 - De status van de originele digitale foto's en de bewerkingen van de foto's voor opslag is niet geregeld, hetgeen misbruik in de hand werkt (hetgeen in praktijk ook al is gebeurd).

- Geen enkele controle op de beweerdelijke vernietiging van de opgeslagen data na afloop van de 4 weken;
 - Geen onafhankelijke evaluatie van (de werking van) het systeem van foto tot vernietiging;
 - Onvoldoende bescherming tegen het inherente risico van misbruik.
49. Het systeem is ook in strijd met het evenredigheidsvereiste en het noodzakelijkheidsvereiste. Na twee jaren heeft het systeem geleid tot nihil aanhoudingen van voortvluchtigen. Er is geen objectief onafhankelijk bewijs dat het systeem heeft geleid tot opsporing van ook maar 1 concreet ernstig misdrijf.

Strijd met artikel 8 EVRM staat onmiskenbaar vast

50. Vast staat dat artikel 126 jj Sv strijdig is met artikel 8 EVRM wegens het ontbreken van onafhankelijke (rechterlijke) toetsing van artikel 126 jj Sv.
51. De onmiskenbare onverbindendheid is een gegeven.
52. De vraag is: hoe nu verder?

De vorderingen/remedies tegen de onmiskenbaar onverbindende wet

53. De voorzieningenrechter heeft een aantal opties:
- De wet en regelgeving geheel buiten werking stellen. In de dagvaarding staat een kennelijke type fout: 126jj Rv moet zijn 126jj Sv (voorkeur Privacy First);
 - De wet in stand laten, maar de kranen dicht draaien (stop toevoer en stop raadpleging);
 - De werking van de wet tijdelijk schorsen in afwachting van reparatie van de ernstigste fouten door de Staat.
54. De Staat probeert bij de bespreking van de vorderingen nog ten onrechte verwarring te stichten met de feitelijk en juridisch onjuiste mededeling dat de politie de gegevens van artikel 126jj Sv zou verzamelen. Als dat feitelijk waar is, dan doet de Politie dat deels zonder wettelijke grondslag en is de verzameling in strijd met artikel 126jj Sv. Artikel 126jj Sv regelt namelijk dat Politie en Defensie verzamelen; De verwerkingsverantwoordelijken zijn dan ook de korpschef en de minister van Defensie. Bovendien kan alleen de Staat de wet buiten werking of effect stellen.

10 november 2021

Advocaat

Behandeld door : mr. L.J. Böhmer
Correspondentie : 85250, NL-3508 AG Utrecht
Telefoon : +31 30 212 17 10
Fax : +31 30 212 11 58
E-mail : leonard.bohmer@cms-dsb.com
Referentie : //LB