

Bij Kabinetsmissive van 22 juli 2019, no.2019001507, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens in verband met het mogelijk maken van het in bepaalde gevallen weigeren van afgifte van een verklaring omtrent het gedrag op basis van politiegegevens, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel heeft tot doel een intensievere screening mogelijk te maken voor functies die een hoge mate van integriteit vereisen en waarvoor de bestaande screeningsinstrumenten onvoldoende passend of ontoereikend zijn. Het voorstel bewerkstelligt dat relevante politiegegevens een zelfstandige weigeringsgrond kunnen vormen voor de afgifte van een Verklaring Omtrent het Gedrag (VOG) van natuurlijke personen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft begrip voor de behoefte aan intensievere screening bij specifieke categorieën functies in het veiligheidsdomein. Zij maakt echter opmerkingen over het proces van beoordeling van VOG-aanvragen voor de aan te wijzen functies. In het licht van de 'zachte' aard van politiegegevens is het wetsvoorstel onvoldoende duidelijk over de eisen die moeten worden gesteld aan politiegegevens en in welke gevallen politiegegevens kunnen fungeren als zelfstandige weigeringsgrond. Ook ontbreekt een nadere invulling van het criterium van 'niet-onbesproken gedrag'. Daardoor is in onvoldoende mate voorzienbaar wat dit voorstel mogelijk maakt, terwijl de gevolgen voor de aanvrager van een VOG verstrekkend kunnen zijn.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de wijze waarop de hiervoor genoemde aspecten inhoudelijk zullen worden ingevuld. Daarnaast acht de Afdeling het uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsbescherming van de burger niet voldoende dat de noodzakelijke nadere invulling alleen in beleidsregels plaatsvindt. Zij adviseert daarom als het gaat om de betekenis van politiegegevens in het afwegingsproces en het criterium van 'niet-onbesproken gedrag' regels vast te stellen bij algemene maatregel van bestuur. In verband daarmee dient het voorstel nader te worden overwogen.

1. Achtergrond en inhoud van het voorstel

Op dit moment kan de afgifte van een VOG worden geweigerd indien in de justitiële documentatie met betrekking tot de aanvrager een strafbaar feit is vermeld dat in de weg staat aan het doel waarvoor de VOG is gevraagd.¹ Politiegegevens worden bij de beoordeling van een reguliere VOG-aanvraag alleen gebruikt om de justitiële gegevens in te kleuren.² In de praktijk bestaat behoefte aan een nieuw screeningsinstrument dat

¹ Artikel 35, eerste lid, Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg).

² Artikel 36, eerste lid, Wjsg. Zie ook de toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 3 onder 'Het huidige beoordelingskader van de VOG'.

een oplossing biedt voor gevallen waarin de al bestaande screeningsinstrumenten³ onvoldoende waarborgen bieden of vanwege hun aard niet kunnen worden toegepast, aldus de toelichting.⁴

Het voorstel introduceert met de 'VOG politiegegevens' in artikel 35a van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (Wjsg) een screeningsinstrument voor bij ministeriële regeling aan te wijzen functies in het veiligheidsdomein⁵ die een hoge mate van integriteit vereisen. Bij die functies wordt de afgifte van een VOG geweigerd indien op grond van justitiële gegevens of politiegegevens wordt vastgesteld dat de aanvrager, gelet op de omstandigheden van het geval en het doel waarvoor de VOG wordt gevraagd, niet van onbesproken gedrag is. Het voorstel bewerkstelligt dat relevante politiegegevens een zelfstandige weigeringsgrond kunnen vormen voor de afgifte van een VOG aan natuurlijke personen.

Wanneer een betrokkene voor het vervullen van een aangewezen functie een 'VOG politiegegevens' aanvraagt, wordt door Justis⁶ net als bij de reguliere VOG het Justitieel Documentatie Systeem geraadpleegd waarin mogelijk justitiële gegevens zijn opgenomen. Daarnaast worden politiegegevens nageslagen via een geautomatiseerde 'hit/no hit bevraging'⁷ om te bezien of de aanvrager daarin voorkomt. Indien de aanvrager voorkomt in de politiegegevens verzoekt Justis de politie om de betreffende gegevens te verstrekken. De politie neemt het verzoek in behandeling en bekijkt de politiegegevens over de aanvrager. De politie bepaalt of de gegevens relevant kunnen zijn voor de beoordeling van een VOG.⁸ Justis ontvangt alleen gegevens die iets kunnen zeggen over het (strafbare) gedrag en daarmee over de integriteit van de aanvrager.⁹ Justis bekijkt vervolgens of een justitieel gegeven of een politiegegeven

³ Hierbij kan worden gedacht aan het betrouwbaarheids- en geschiktheidsonderzoek politie, de veiligheidsonderzoeken van de AIVD en de Bibob-screening. Zie de toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 3 onder 'Screening functies waarvoor onbesproken gedrag een vereiste is'.

⁴ Toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 1 inleiding en paragraaf 3 onder 'Screening functies waarvoor onbesproken gedrag een vereiste is'.

⁵ In aanmerking komen functies waarin sprake is van een bevoegdheid geweld te gebruiken (artikel 35a, eerste lid, onder a), toegang tot gevoelige informatie bij de uitvoering van wettelijke taken op het terrein van openbare orde en veiligheid of handhaving van de rechtsorde (artikel 35a, eerste lid, onder b) en integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (artikel 35a, eerste lid, onder c). Uit de toelichting blijkt dat in ieder geval gedacht wordt aan bijzondere opsporingsambtenaren, personeel van justitiële inrichtingen en personeel van het openbaar ministerie, zie hoofdstuk I, paragraaf 6 van de toelichting. Zie voor de wijze waarop een functie wordt aangewezen de toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 4 inleiding en onder 'Aanwijzen functies'.

⁶ Justis is de screeningsautoriteit die onder meer belast is met de voorbereiding en uitvoering van beslissingen van de minister aangaande het verlenen, weigeren of intrekken van een VOG van natuurlijke personen of rechtspersonen als bedoeld in de Wjsg (zie artikel 5, eerste lid onder a, van het Organisatiebesluit Dienst Justis 2015).

⁷ Wijziging van het Besluit politiegegevens is daarvoor nog noodzakelijk. Zie de toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 4 onder 'De verstrekking van de politiegegevens'.

⁸ Artikel 4, eerste lid, Wet politiegegevens.

⁹ De politiegegevens betreffende de aanvrager als aangever, slachtoffer of getuige zullen niet worden verstrekt. Ook zullen bijvoorbeeld meldingen over geluidsoverlast niet snel een relevant politiegegeven worden geacht. De politie kan voorts (in voorkomende gevallen) in samenspraak met het openbaar ministerie beslissen bepaalde (kwetsbare) politiegegevens niet te verstrekken aan Justis, bijvoorbeeld als de verstrekking een lopend onderzoek zou kunnen verstoren en het onderzoeksbelang zwaarder weegt dan het belang van beperking van de risico's voor de samenleving. Zie de toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 3 onder 'Het huidige beoordelingskader van de VOG', paragraaf 4 onder 'De verstrekking van de politiegegevens' en paragraaf 5 onder 'Privacy Impact Assessment'.

kan leiden tot de conclusie dat iemand niet van onbesproken gedrag is.¹⁰ In de toelichting is vermeld dat het beoordelingskader in de beleidsregels VOG van Justis verder zal worden uitgewerkt.¹¹ Als iemand niet van onbesproken gedrag is, weigert de minister de afgifte van de VOG. Zonder de VOG kan de betrokkene de aangewezen functie niet (meer) vervullen.

2. Het afwegingsproces: noodzakelijke eisen en criteria

Het voorstel betekent een verschuiving in het afwegingsproces bij de beoordeling van VOG-aanvragen voor de aan te wijzen functies. Dit is ingegeven door een behoefte aan intensievere screening bij specifieke categorieën functies in het veiligheidsdomein. Hoewel de Afdeling begrip heeft voor deze behoefte, bieden de voorgestelde bepaling en toelichting onvoldoende duidelijkheid over de implicaties van deze verschuiving. Het gaat hierbij vooral om de betekenis van politiegegevens in het afwegingsproces en om de inhoud van het criterium van 'niet-onbesproken gedrag'.

a. *De betekenis van politiegegevens in het afwegingsproces*

Een politiegegeven is elk persoonsgegeven dat in het kader van de uitoefening van de politietoelichting wordt verwerkt.¹² Politiegegevens worden justitiële gegevens wanneer het daarmee samenhangende proces-verbaal in behandeling is genomen door het openbaar ministerie en er een parketnummer aan de zaak is toegewezen. Politiegegevens zien dus op een eerdere fase van het opsporingsonderzoek en de openbare orde dan justitiële gegevens.¹³ Deze gegevens zijn veelal 'zachter' van aard dan justitiële gegevens, die (al dan niet in samenhang) door het openbaar ministerie al aan een (eerste) beoordeling zijn onderworpen. Het wetsvoorstel maakt het in beginsel mogelijk een VOG te weigeren op basis van deze 'zachte' informatie.

Een aantal geconsulteerde instanties heeft zorgen geuit over het gebruik van deze 'zachte' gegevens, in het bijzonder waar het gaat om niet geverifieerde politiegegevens.¹⁴ De Autoriteit Persoonsgegevens adviseert een zorgvuldig gemotiveerd beoordelingskader op te stellen, bij voorkeur op het niveau van formele wet, waarin wordt uitgewerkt hoe de verschillende categorieën politiegegevens dienen te worden gewogen in relatie tot verschillende functies. Bovendien moet daarin uitdrukkelijk aandacht worden besteed aan het feit dat politiegegevens privacygevoelige gegevens bevatten die veelal niet geverifieerd zijn.¹⁵

De toelichting meldt in reactie op deze consultaties dat terughoudend dient te worden omgegaan met het gebruik van politiegegevens en dat het proces met goede waarborgen moet zijn omkleed. De politiegegevens zullen worden gefilterd op rol en

¹⁰ Toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 5 inleiding en hoofdstuk II, Artikel I onder 'Eerste lid'.

¹¹ Toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 3 onder 'Het huidige beoordelingskader van de VOG', paragraaf 4 onder 'Het soort politiegegevens waarop het wetsvoorstel ziet' en hoofdstuk II, Artikel I onder 'Eerste lid'.

¹² Artikel 1, onder a, van de Wet politiegegevens.

¹³ Toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 1 inleiding en paragraaf 4 onder 'Onderscheid justitiële gegevens en politiegegevens'.

¹⁴ Zie de adviezen van de Autoriteit persoonsgegevens (p. 4-5), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Raad voor de Rechtspraak (p. 3-4) en de Vereniging van Nederlandse Gemeenten.

¹⁵ Zie p. 4 en 5 van het advies van de Autoriteit Persoonsgegevens.

relevantie en een zorgvuldige afweging vindt altijd plaats.¹⁶ De toelichting meldt voorts dat het enkele aanwezig zijn van justitiële gegevens of politiegegevens betreffende de aanvrager nooit automatisch zal kunnen leiden tot de conclusie dat deze persoon niet van onbesproken gedrag is. Bij de beoordeling van de politiegegevens zal bijvoorbeeld rekening worden gehouden met het soort gegevens,¹⁷ de frequentie en de actualiteit van de gegevens.¹⁸ Voor een nadere uitwerking hiervan wordt in de toelichting verwezen naar de voor de 'VOG politiegegevens' nog op te stellen beleidsregels VOG van Justis.¹⁹

De Afdeling acht deze toelichting niet overtuigend. De weigering van een VOG dient alleen plaats te vinden op basis van objectieve, toetsbare informatie. Bepaalde politiegegevens vallen, anders dan justitiële gegevens,²⁰ niet in deze categorie. Dit maakt dat in veel gevallen politiegegevens niet geschikt zijn als zelfstandige weigeringsgrond.²¹ In het voorstel en de toelichting blijft in het licht van de 'zachte' aard van bepaalde politiegegevens onderbelicht welke eisen moeten worden gesteld aan politiegegevens en in welke gevallen politiegegevens kunnen fungeren als zelfstandige weigeringsgrond. Daarom moet beter tot uitdrukking worden gebracht wat hiervan de reikwijdte is. Daartoe dient nader invulling te worden gegeven aan de genoemde omstandigheden die de regering van belang acht voor de beoordeling van politiegegevens: het soort gegevens, de frequentie en de actualiteit van de gegevens.²² Ook zal aandacht moeten worden besteed aan de mogelijke bronnen van politiegegevens en de gevolgen van de herkomst van de gegevens voor de bruikbaarheid daarvan.²³ Met de nadere invulling aan de hand van deze factoren moet

¹⁶ Toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 3 onder 'Het huidige beoordelingskader van de VOG'.

¹⁷ Politiegegevens omvatten allerlei soorten gegevens waarvan de betrouwbaarheid van de bron en het waarheidsgehalte van de inhoud kunnen variëren en niet (altijd) worden geverifieerd of vaststaan. Zo kan het gaan om observaties van agenten, maar ook om meldingen van buurtbewoners of verklaringen van personen die bij een incident betrokken zijn.

¹⁸ Toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 3 onder 'Het huidige beoordelingskader van de VOG', paragraaf 4 onder 'Het soort politiegegevens waarop het wetsvoorstel ziet' en hoofdstuk II, Artikel I onder 'Eerste lid'.

¹⁹ Toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 3 onder 'Het huidige beoordelingskader van de VOG' en paragraaf 4 onder 'Het soort politiegegevens waarop het wetsvoorstel ziet'.

²⁰ Deze gegevens zijn (al dan niet in samenhang) door het openbaar ministerie immers al aan een (eerste) beoordeling onderworpen.

²¹ Staatssecretaris Teeven kondigde in 2014 een wetsvoorstel aan om alleen op basis van politiegegevens een VOG te kunnen weigeren (Kamerstukken II 2013/14, 33750-VI, nr. 99). Dit riep vragen op in de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2013/14, 33750-VI nr. 124) en leidde tot het aannemen van de motie Swinkels/Van Tongeren (Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 347) waarin de Kamer zich op het standpunt stelde dat een beslissing over een VOG gebaseerd moet zijn op vaststaande feiten en in beginsel niet op niet geverifieerde gegevens. Minister Van der Steur reageerde dat de staatssecretaris bij het opstellen van dit wetsvoorstel de nodige aandacht besteedt "aan de eisen van zorgvuldigheid, in die zin dat alleen voldoende harde gegevens die relevant zijn voor de functie tot een eventuele weigering van de VOG kunnen leiden" (Kamerstukken II 2016/17, 34550-VI, nr. 92). Zie ook p. 3 van het advies van de Raad voor de Rechtspraak.

²² Deze omstandigheden moeten niet alleen los van elkaar, maar ook in onderlinge samenhang worden gezien. Relevante vragen waar de toelichting duidelijkheid over zou moeten verschaffen zijn bijvoorbeeld: in hoeverre kunnen niet-geverifieerde gegevens een rol spelen, kunnen 'zachtere' gegevens wellicht wel een rol spelen wanneer er sprake is van een hogere frequentie van gegevens, wanneer zijn gegevens niet meer actueel genoeg, hangt de duur van die termijnen samen met het soort gegevens?

²³ Gedacht kan worden aan bevindingen van politieambtenaren en verklaringen van slachtoffers, aangevers en getuigen (die weer kunnen worden onderscheiden in getuigen die al dan niet in meer of mindere mate een rol hebben gespeeld in de betreffende (strafbare) gedraging).

gewaarborgd worden dat alleen politiegegevens worden gebruikt die met het oog op de beoordeling van een VOG-aanvraag voldoende objectief en betrouwbaar zijn. Dat is ook voor de rechtsbescherming van betrokkene wiens VOG geweigerd wordt, zeer relevant.²⁴

b. *Het criterium van 'niet-onbesproken gedrag'*

Op dit moment kan de afgifte van een VOG worden geweigerd bij (mogelijk) strafbaar gedrag. Voorgesteld wordt om dit criterium voor een 'VOG politiegegevens' uit te breiden naar het criterium van 'niet-onbesproken gedrag'. In de toelichting wordt de keuze voor deze uitbreiding gekoppeld aan de hoge mate van integriteit die vereist is voor de aangewezen functies. Bij het vaststellen van niet-onbesproken gedrag wordt gelet op de omstandigheden van het geval en het doel waarvoor de VOG wordt aangevraagd.²⁵ De toelichting vult aan dat weigering van een VOG alleen plaats zal vinden als iemands (strafrechtelijk) gedrag in de weg staat aan een behoorlijke uitoefening van een aangewezen functie.²⁶ Voor een nadere uitwerking van het toetsingskader voor het criterium van 'niet-onbesproken gedrag' verwijst de toelichting naar de voor de 'VOG politiegegevens' nog op te stellen beleidsregels VOG van Justis.²⁷

Anders dan het bestaande criterium van (mogelijk) strafbaar gedrag, is 'niet-onbesproken gedrag' een open, subjectieve norm. De in de toelichting gegeven inperking tot (strafrechtelijk) gedrag dat in de weg staat aan een behoorlijke functie-uitoefening roept de vraag op waarom dit niet in de wettekst zelf is opgenomen. Daarbij geeft de toelichting weinig inkleuring van de typen 'niet-onbesproken gedrag' die naar verwachting afgeleid kunnen worden uit politiegegevens en die in de weg staan aan een behoorlijke functie-ervulling. Daarom moet beter tot uitdrukking worden gebracht hoe het criterium van 'niet-onbesproken gedrag' ingevuld zal worden.

c. *Conclusie*

De voorgestelde bepaling en de toelichting bieden onvoldoende duidelijkheid over het bereik en de gevolgen die het voorgestelde gebruik van politiegegevens in het afwegingsproces met zich meebrengt. In het licht van de 'zachte' aard van politiegegevens is onvoldoende duidelijk welke eisen moeten worden gesteld aan politiegegevens en in welke gevallen politiegegevens kunnen fungeren als zelfstandige weigeringsgrond. Ook ontbreekt een nadere invulling van het criterium van 'niet-onbesproken gedrag'. Daardoor is in onvoldoende mate voorzienbaar wat dit voorstel mogelijk maakt, terwijl de gevolgen voor de aanvrager van een VOG verstrekkend kunnen zijn.

²⁴ Ook in haar advies van 5 juni 2015 over de Wijziging van de Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek in verband met de selectieve woningtoewijzing ter beperking van overlast gevend en crimineel gedrag (Kamerstukken II 2015/16, 34314, nr. 4) heeft de Afdeling haar zorgen geuit over het gebruik van politiegegevens in verband met de subjectieve aard van die gegevens.

²⁵ Voorgesteld artikel 35a, eerste lid.

²⁶ Toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 5

²⁷ In de toelichting is enkel vermeld dat met de term 'onbesproken gedrag' aansluiting is gezocht bij artikel 17, eerste lid, van het Besluit buitengewoon opsporingsambtenaar. Zie hoofdstuk I, Artikel I onder 'Eerste lid'. In de nota van toelichting bij dat besluit wordt geen nadere invulling gegeven aan die term. Toelichting, hoofdstuk II, Artikel I onder 'Eerste lid'.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de wijze waarop de hiervoor genoemde aspecten inhoudelijk zullen worden ingevuld. Daarnaast acht de Afdeling het uit een oogpunt van rechtszekerheid en rechtsbescherming van de burger niet voldoende dat de noodzakelijke nadere invulling alleen in beleidsregels plaatsvindt. Zij adviseert daarom als het gaat om de betekenis van politiegegevens in het afwegingsproces en het criterium van 'niet-onbesproken gedrag' regels vast te stellen bij algemene maatregel van bestuur en daartoe het voorstel aan te passen.

3. De buitengewoon opsporingsambtenaar (BOA)

De toelichting meldt dat het op grond van artikel 4:3, vijfde lid onder c, van het Besluit politiegegevens nu al mogelijk is om de betrouwbaarheid van een buitengewoon opsporingsambtenaar te beoordelen op basis van politiegegevens.²⁸ Het voorstel bewerkstelligt dat relevante politiegegevens een zelfstandige weigeringsgrond kunnen vormen voor de afgifte van een VOG voor functies in het veiligheidsdomein. De toelichting meldt dat ervan uit wordt gegaan dat BOA's onder de werking van de wet zullen vallen.²⁹ Geen aandacht wordt besteed aan de vraag hoe het wetsvoorstel en de bestaande regeling van het op basis van politiegegevens beoordelen van de betrouwbaarheid op grond van het Besluit politiegegevens zich naast elkaar verhouden.

De Afdeling adviseert in de toelichting in het licht van het bovenstaande in te gaan op de verhouding tussen het wetsvoorstel en artikel 4:3, vijfde lid onder c, van het Besluit politiegegevens.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,

²⁸ Op grond van artikel 17 Besluit opsporingsambtenaar. Toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 1 onder 'Ontwikkelingen die hebben geleid tot dit wetsvoorstel'.

²⁹ Toelichting, hoofdstuk I, paragraaf 6 inleiding.