

AAN De Minister van Justitie

DATUM 18 oktober 2001

ONS KENMERK z2001-0735

CONTACTPERSOON

UW BRIEF VAN

UW KENMERK

ONDERWERP Advies Rapport Commissie Strafvorderlijke
gegevensvergaring

Bij brief heeft u de Registratiekamer ter advisering het rapport van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij toegezonden. Op 1 september 2001 is de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) in werking getreden. In de WPR was de Registratiekamer aangewezen als toezichhoudend orgaan. Het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) zal, als opvolger van de Registratiekamer, de behandeling van uw verzoek voortzetten. Het CBP biedt u hierbij haar advies aan.

Met het oog op de huidige praktijk van gegevensverstrekkingen geeft ook het CBP de voorkeur aan een wettelijke regeling die voor alle belanghebbenden meer rechtszekerheid biedt. Met uw voornemen te komen tot nieuwe wetgeving stemt het CBP dan ook in. Het is daarbij evenwel zaak de belangen van een zorgvuldige en effectieve opsporing in balans te houden met overige in het geding zijnde belangen. In de voorstellen van de Commissie ontbreekt het noodzakelijke tegenwicht, dat de opsporingsinstanties zou moeten weerhouden om grote groepen onverdachte personen op ingrijpende wijze te onderwerpen aan controle. Naar het oordeel van het CBP schieten de voorstellen van de Commissie in dat opzicht in aanzienlijke mate aan het gestelde doel voorbij.

Het CBP adviseert u de voorstellen van de Commissie als volgt aan te passen alvorens ze als wetsontwerp in te dienen. De bevoegdheden tot gegevensvergaring dienen nader te worden begrensd, waarbij meer aandacht moet worden gegeven aan bijzondere belangen die met het opsporingsbelang in strijd kunnen komen. Het CBP acht een gesloten stelsel van bevoegdheden een noodzakelijk sluitstuk op de voorstellen, die ontwikkeld zijn vanuit de huidige rechtsonzekerheid. Dit stelsel zal behoorlijk moeten worden ingebed in de bestaande wettelijke kaders. Tot een proportioneel gebruik van garingsbevoegdheden moet sterker worden aangezet, terwijl nadere begrenzings van bevoegdheden noodzakelijk zijn. Het CBP acht een grotere terughoudendheid op zijn plaats bij het opleggen van meewerkingsverplichtingen van de voor de verwerking van persoonsgegevens verantwoordelijke bedrijven en organisaties. Tenslotte adviseert het CBP u een aantal nadere rechtswaarborgen te stellen.

1. (Veronderstelde) informatiebehoefte maatgevend

De Commissie heeft gezien welke vormen van gegevensvergaring en -bewerking, die noodzakelijk zijn voor de strafvordering, een wettelijke regeling behoeven. Na een beschrijving van de praktijk van strafvorderlijke gegevensvergaring alsmede van het bewerken en bewaren daarvan, heeft de Commissie geconcludeerd dat de strafvorderlijke autoriteiten een duidelijke behoefte hebben aan gegevens van derden en dat in beginsel elk type gegeven relevant kan zijn in elke fase van het onderzoek. De Commissie heeft als vertrekpunt gekozen dat gegevensvergaring ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek onmisbaar is en een eigen zelfstandige regeling behoeft. De Commissie acht een nieuwe regeling in het Wetboek van Strafvordering nodig. In hoofdstuk 5 beschrijft zij het normatieve kader voor de door haar voorgestelde nieuwe bevoegdheden tot strafvorderlijke gegevensvergaring. De in het kader van de opsporing te realiseren inbreuken op de persoonlijke levenssfeer moeten noodzakelijk zijn, steunen op de wet en voorzien in passende waarborgen. De wettelijke regeling moet voorzien in eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid en waarborgen bevatten tegen willekeur. De Commissie voegt daaraan toe dat naarmate de categorie gegevens beperkter is, eerder aan deze voorwaarden wordt voldaan. Het precies trekken van grenzen is echter uiterst moeilijk en sterk afhankelijk van de waardering van de onderscheiden belangen, aldus de Commissie (blz. 40).

Naar de opvatting van het CBP komen de voorstellen in zeer ruime mate tegemoet aan bestaande of latente strafvorderlijke informatiebehoefte. Het primaat dat de Commissie geeft aan het opsporingsbelang behoeft correctie en zal beter in balans moeten worden gebracht met andere in het geding zijnde belangen. In het in te dienen wetsvoorstel zal, volgens het CBP, uitdrukkelijker in moeten worden gegaan op de juridische legitimatie voor zowel het creëren van in beginsel onbeperkte bevoegdheden van politie en justitie als het opleggen van vaak zeer vergaande verplichtingen aan derden tot het verlenen van medewerking aan de opsporing en vervolging. Het CBP benadrukt dat er vrijwel steeds sprake zal zijn van niet parallel lopende of zelfs tegenstrijdige belangen van gegevensverstrekkers en opsporingsinstanties. De gegevens zullen veelal buiten de betrokkene om verwerkt worden. De persoonlijke levenssfeer is vooral ook aan de orde waar het gaat om verwerkingen van gegevens over onverdachte personen. De te realiseren bevoegdheden tot gegevensvergaring zullen in het licht van artikel 8 EVRM niet alleen dienen te berusten op een wettelijke grondslag, maar ook noodzakelijk en nauwkeurig bepaald dienen te zijn. De voorstellen van de Commissie kunnen die toets nog in onvoldoende mate doorstaan.

Alle sectoren?

In de toelichting bij het in te dienen wetsvoorstel zal alsnog dienen te worden aangetoond dat er een noodzaak bestaat aan alle maatschappelijke sectoren dezelfde wettelijke verplichtingen op te leggen. De Commissie baseert haar beschrijving van de praktijk van strafvorderlijke gegevensvergaring en de op te lossen knelpunten op een aantal in opdracht van het Ministerie van Justitie vervaardigde onderzoeksrapporten, te weten "Meewerken aan strafvordering door banken en internet service providers" (Mac Gillavry, 2000), "Als de politie iets wil weten..." (KUB/KUN, 1999) en "Opsporing locatiegegevens verzocht" (Research voor Beleid,

2001), alsmede op gesprekken van de Commissie met deskundigen. Deze bronnen beperken zich evenwel allemaal tot de praktijk van gegevensvergaring in de particuliere sector. Dit roept de vraag op of niet aan de knelpunten in de praktijk tegemoet had kunnen worden gekomen met het opleggen van zekere verplichtingen aan bepaalde sectoren van het bedrijfsleven. De voorstellen gaan echter veel verder, terwijl de noodzaak daartoe niet is aangetoond.

Overheid

In dit verband vraagt het CBP ook aandacht voor de bijzondere positie van de overheid als verstrekker van gegevens aan opsporingsinstanties. Veelal kunnen overheidsinstanties beschikken over gegevens van individuele personen op grond van een wettelijke verplichting voor de uitoefening van een specifieke overheidstaak. In het doelgebonden gebruik zijn de nodige waarborgen voor de betrokkene gelegen. Aldus zijn op proportionele wijze inbreuken op de persoonlijke levenssfeer gerealiseerd. Invoering van een algemene doorbreking van die waarborgen ten behoeve van de opsporing en vervolging zal daarentegen onmiddellijk vragen oproepen bij het creëren van wettelijke informatieverplichtingen. In de voorstellen van de Commissie wordt er dan ook ten onrechte van uitgegaan dat het vorderen van gegevens bij overheidsinstanties minder problematisch is dan bij het bedrijfsleven.

Proportionele toepassing van bevoegdheden

De Commissie acht een te verwachten toename van vorderingen tot gegevensverstrekking niet bezwaarlijk, mits de vorderingen noodzakelijk zijn in het kader van het strafvorderlijk onderzoek. Zij meent dat de autoriteiten telkens een nadrukkelijke afweging dienen te maken van de proportionaliteit en de subsidiariteit van de vordering. De Commissie heeft onderzocht op welke wijze deze afwegingen ook daadwerkelijk worden gemaakt. Eventuele toetsing door de officier van justitie zou ook volgens de Commissie gelet op de aantallen vorderingen van met name identificerende gegevens slechts een formaliteit worden zonder inhoudelijke betekenis. De Commissie verwacht meer van een remmend effect op het aantal vorderingen, door het instellen van een kostenvergoeding, door procedurevoorschriften zoals schriftelijkheid van de vordering en het opmaken van een met redenen omkleed proces verbaal van verstrekking alsmede van uitbreiding van de notificatieplicht (blz. 68-69). De Commissie stelt voor om de kosten die in het kader van een reguliere bedrijfsvoering toch al gemaakt moeten worden niet voor vergoeding in aanmerking te laten komen, maar alleen de inzichtelijk gemaakt extra personeelskosten en extra administratiekosten verbonden aan de nakoming van de vordering.

Naar het oordeel van het CBP bieden deze voorstellen onvoldoende tegenwicht aan de natuurlijke informatiehonger van opsporingsinstanties. Naar de ervaring van het CBP zullen de vereisten van schriftelijkheid en verbaliseringsplicht niet leiden tot de nodige terughoudendheid. Ook aan de notificatieplicht komt in de praktijk geen reële betekenis toe, zoals blijkt uit de eerste evaluaties van de Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden. Wat ontbreekt is een mechanisme dat een rem zet op een ongebreideld gebruik van bevragingmogelijkheden. Het kostenaspect zou een valide argument zijn om de nodige terughoudendheid te realiseren. Wanneer voor elke bevraging een vergoeding zou worden gegeven kan een kostenvergoedingsregeling een economische rechtswaarborg vormen.

Verkenkend onderzoek

Ook ten aanzien van het verkennend onderzoek, waarmee kan worden vastgesteld of en zo ja op welke wijze sectoren in de samenleving onder invloed staan van de zware of georganiseerde criminaliteit, ontbreekt een duidelijk beeld van de behoefte aan gegevens. Op grond van signalen van een mogelijk grotere behoefte dan waarin de wetgeving thans voorziet, acht de Commissie het niettemin verantwoord de bevoegdheid tot het vorderen van identificerende gegevens in het verkennend onderzoek te introduceren. Het nieuwe model van een verkennend onderzoek is, zo blijkt in de praktijk, nog onvoldoende uitgekristalliseerd. Met name de methoden van registervergelijking en datamining bij (nog) onverdachte personen kunnen vergaande implicaties hebben. Het invoeren van nieuwe bevoegdheden in dit stadium acht het CBP dan ook onverantwoord.

Bestaande bevoegdheden

Een belangrijke tekortkoming in de afweging of de voorstellen van de Commissie al dan niet noodzakelijk zijn voor de opsporing van strafbare feiten vormt ook de onvolledige schets van de bestaande wettelijke mogelijkheden alsmede van de reeds onder handen zijnde wetswijzigingen, die soms al (deels) tegemoet komen aan de geformuleerde informatiebehoeften. In hoofdstuk 4 concludeert de Commissie dat het Wetboek van Strafvordering slechts ten dele voorziet in bevoegdheden die voorzien in de geschetste behoeften. De schets van bestaande bevoegdheden tot gegevensvergaring geeft echter geen inzicht in een reeks van voorstellen, met name strekkend tot het doen van onderzoeken aan telecommunicatie en internet. Ter illustratie wijst het CBP op de ontwikkeling van het Cybercrime-verdrag, het wetsvoorstel Computercriminaliteit II, diverse bepalingen in de Telecommunicatiewet, het Centraal Informatiepunt Opsporing Telecommunicatie, het Wetsvoorstel vorderen gegevens telecommunicatie en de Veegwet WBP. In sommige opzichten zal derhalve reeds in gestelde behoeften worden voorzien. De wetgever dient op dit punt verantwoording af te leggen.

Verhouding tot andere bevoegdheden

In het negende hoofdstuk van het rapport is de Commissie onder meer ingegaan op de verhouding van de voorstellen tot een aantal reeds bestaande bevoegdheden. De Commissie stelt voor de bestaande bevoegdheden grotendeels in stand te laten. Aldus zal vaak sprake zijn van een samenloop van bevoegdheden, waarin de nieuwe bevoegdheden aanvullend werken op de bestaande en andersom. Zo stelt de Commissie voor de algemene, nieuwe bevoegdheden ook aanvullend toepasbaar zijn in een strafrechtelijk financieel onderzoek. Daarentegen mag van de bevoegdheid tot inbeslagneming van gegevensdragers alleen gebruik worden gemaakt als niet met de toepassing van de voorgestelde bevoegdheden tot het vorderen van gegevens kan worden volstaan. Het CBP adviseert u de voor te stellen overlap van de nieuwe bevoegdheden met de bestaande bevoegdheden uitdrukkelijk uit te sluiten. De introductie van een nieuw stelsel van algemene bevoegdheden tot het vorderen van gegevens moet leiden tot een opschoning van de bestaande bevoegdheden. Zo heeft de Commissie terecht vastgesteld dat haar voorstellen mede de in artikel 125i Sv neergelegde bevoegdheid omvatten, zodat artikel 125i kan vervallen. Wel acht de Commissie het noodzakelijk om in het Wetboek van Strafvordering te bepalen dat de bevoegdheden tot het doorzoeken van voertuigen of plaatsen alsmede doorzoekingsmogelijkheden ter inbeslagneming mede de bevoegdheid omvat tot het doorzoeken van plaatsen ter

vastlegging van gegevens. Met de Commissie meent het CBP dat deze bevoegdheid op adequate wijze moet worden geïntegreerd. Het CBP doet de klemmende suggestie de bevoegdheden tot inbeslagneming in de wet te beperken tot voorwerpen. Voor zover er al een noodzaak zou bestaan om de geschetste bevoegdheden tot gegevensvergaring bij doorzoekingen uit te breiden met een aantal algemene vorderingsbevoegdheden, zal naar het inzicht van het CBP ook hier gestreefd moeten worden naar een zo klein mogelijke samenloop van verschillende bevoegdheden. Dit dient alsnog in het wetsvoorstel tot uitdrukking te komen. Voorts vertonen de voorstellen van de Commissie in belangrijke mate overlappings met de (voorgestelde) bevoegdheden tot het vorderen van gegevens van de telecommunicatiesector. Op termijn acht de Commissie het wenselijk te komen tot integratie. Het CBP acht het evenwel ontoelaatbaar om in de tussentijd twee verschillende bevoegdheidstelsels naast elkaar te laten bestaan. Ook hier zal gekozen moeten worden. Tenslotte acht het CBP het noodzakelijk de informatiebepalingen in een groot aantal bijzondere wetten op te schonen als de voorstellen van de Commissie tot wet worden.

2. Stelsel van bevoegdheden tot verkrijging van gegevens

De huidige praktijk van strafvorderlijke gegevensvergaring is deels gebaseerd op de vrijwillige medewerking van houders van gegevens. De meeste knelpunten die de Commissie zijn gebleken hebben betrekking op de positie van de houder bij gegevensverstrekking. In de huidige praktijk worden bedrijven en instellingen geconfronteerd met een verscheidenheid aan verzoeken en vorderingen terwijl onduidelijkheid bestaat over de titel waarop deze zijn gegrond. Uit de onderzoeken die de Commissie ten grondslag heeft gelegd aan haar beschrijving van de huidige praktijk komt sterk het beeld naar voren dat van de huidige spelregels onvoldoende normerende werking uitgaat. Dat is overigens ook de ervaring van het CBP. Het nieuwe stelsel van bevoegdheden zal dan ook met name tegemoet moeten komen aan de behoefte van rechtszekerheid in de praktijk. Het CBP staat, gelet op deze voorgeschiedenis een uitputtende regeling voor in het Wetboek van Strafvordering.

Vrijwilligheid / gesloten stelsel

De Commissie acht vrijwilligheid niet geschikt als eerste of voornaamste basis voor strafvorderlijke gegevensvergaring. Wanneer de voorgestelde bevoegdheden tot stand komen, kunnen alleen gegevens die niet met deze bevoegdheden gevorderd kunnen worden naar opvatting van de Commissie dan nog op basis van vrijwilligheid gevraagd worden. Die ruimte is evenwel volgens de Commissie beperkt omdat op grond van de voorgestelde bevoegdheden in beginsel alle gegevens gevorderd kunnen worden (vgl. par 9.9).

Het CBP is van oordeel dat gestreefd moet worden naar een gesloten stelsel van strafvorderlijke bevoegdheden, dat tegemoet komt aan de legitieme behoeften uit hoofde van de opsporing. Het is onontkoombaar dat een dergelijk stelsel beperkingen en waarborgen zal kennen in verband met de proportionaliteit van de te maken inbreuk. Daarbij valt te denken aan beperkingen ten aanzien van de kring van te onderzoeken personen over wie gegevens kunnen worden gevorderd, de gevallen waarin een bevoegdheid kan worden toegepast of het voldoen aan bepaalde formaliteiten. Voor gegevensverstrekking op basis van vrijwilligheid door derden, buiten de

betrokkene om, zal dan geen plaats meer zijn. Een grondslag als bedoeld in artikel 8 WBP zal dan doorgaans ontbreken.

Opsporingsinstanties zullen bijvoorbeeld volgens het wetsvoorstel Computercriminaliteit II (Kamerstukken II, 26 671) slechts kennis kunnen nemen van een beperkte categorie van de bij een internetaanbieder opgeslagen e-mailberichten, namelijk alleen van berichten die met een verdachte of een strafbaar feit verband houden. Het openlaten van de mogelijkheid om andere berichten toch op basis van vrijwilligheid op te vragen voor strafvorderlijk onderzoek ondergraaft de wettelijke regeling. Dit zal alsnog in de tekst van de wet tot uitdrukking dienen te worden gebracht.

Verstrekkingsbevoegde of verantwoordelijke

In de voorstellen van de Commissie dient de vordering tot verstrekking van gegevens telkens te worden gericht tot degene die geacht kan worden toegang te hebben tot de betreffende gegevens. In de formulering van de bevoegdheid heeft de Commissie niet aangesloten bij het begrip 'verantwoordelijke' of 'bewerker' in de zin van de WBP, omdat de bevoegdheid niet uitsluitend strekt tot het verkrijgen van persoonsgegevens. De Commissie acht het denkbaar dat gegevens worden gevraagd aan een ander dan de verantwoordelijke, maar voegt daaraan toe dat de bevoegdheid niet legitimeert tot het verschaffen van onrechtmatige toegang tot de gegevens (blz. 50). De term 'toegang' betekent volgens de Commissie rechtmatige toegang en veronderstelt de verstrekkingsbevoegdheid (p. 54).

Nu het in de praktijk ook volgens de Commissie vaak zal gaan om het vorderen van persoonsgegevens, acht het CBP dit geen juiste benadering. In de eerste plaats blijkt uit de voorstellen niet met zoveel woorden volgens welk criterium beoordeeld moet worden of degene tot wie de vordering is gericht nu rechtmatig toegang heeft of niet. Daarnaast gaan toegang en verstrekkingsbevoegdheid niet steeds samen. Zo hebben systeembeheerders veelal toegang tot het hele systeem om de werking daarvan te verzekeren en eventuele storingen op te lossen. Tot verstrekking zijn zij evenwel niet bevoegd. Bovendien is de normadressaat voor het verwerken van persoonsgegevens steeds de verantwoordelijke. Niet valt in te zien dat dat anders zou moeten zijn als het gaat om het meewerken aan strafvordering. In de praktijk zal ook veelal duidelijker zijn wie als verantwoordelijke moet worden aangemerkt dan wie nu precies rechtmatig toegang heeft en verstrekkingsbevoegd is en wie niet. Het CBP adviseert u derhalve in het wetsvoorstel in beginsel alleen de verantwoordelijke te verplichten tot verstrekking van persoonsgegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek. Dit komt de controle op de rechtmatigheid van de vordering en de verstrekking van persoonsgegevens sterk ten goede.

Identificerende gegevens

Volgens het tweede lid van het voorgestelde artikel 126nc moet onder identificerende gegevens van natuurlijke personen worden verstaan:

- a. naam, adres, woonplaats en postadres
- b. geboortedatum en geslacht
- c. administratieve kenmerken

In de toelichting (blz 54-55) zet de Commissie uiteen wat onder een administratief kenmerk moet worden verstaan. Duidelijk wordt dat het hier niet alleen gaat om het administratieve nummer waaronder een persoon geregistreerd staat, maar om ook om allerlei andere gegevens waarmee de opsporingsambtenaar kan vaststellen met welke persoon hij van doen heeft of die informatie geven over verbanden met andere situaties en personen.

Het CBP acht het noodzakelijk om in het wetsvoorstel een helderder grens te trekken tussen het begrip identificerende gegevens en de andere gegevens. Zoveel mogelijk moet worden uitgesloten dat met gebruikmaking van de bevoegdheid van artikel 126nc gegevens worden verkregen die eigenlijk informatie bevatten die gerekend moeten worden tot de andere gegevens. In de optiek van het CBP dient niet iedere opsporingsambtenaar de bevoegdheid te krijgen tot het opvragen van toegangscodes van een TTP-dienst, tot de nummers van de basisstations in mobiele telefonie, vingerafdrukken, lichaamskenmerken, dna-profielen of tot templates voor sprekerherkenning. Het CBP dringt er op aan de bevoegdheid tot het vorderen van administratieve kenmerken als identificerend gegeven te beperken tot informatieloze administratienummers. Dit begrip is bekend uit diverse bepalingen uit het Besluit genormeerde vrijstelling. Voor administratieve kenmerken die al meer persoonsinformatie in zich dragen geldt dan artikel 126nd.

Uit de toelichting dient overigens duidelijk te blijken dat ook een vraag naar identificerende gegevens al betrekking kan hebben op bijzondere gegevens (lidmaatschap kerk, voorkomend in de patiëntenadministratie).

Verschoningsrecht en beroepsgeheimhouders

De vorderingen van identificerende gegevens en van andere gegevens, respectievelijk de artikelen 126nc en 126nd, kunnen geen betrekking hebben op gevoelige gegevens. Volgens het voorgestelde artikel 126nf kunnen gevoelige gegevens, dat wil zeggen bijzondere gegevens als bedoeld in de WBP wel in bepaalde uitzonderingssituaties gevorderd worden. De vordering mag evenwel niet worden gericht tot de verdachte zelf of tot verschoningsgerechtigden, waaronder de beroepsgeheimhouders. De Commissie acht het niet nodig daarnaast een regeling te treffen voor de situatie waarin gegevens worden gevorderd die zich bij anderen dan de geheimhouder bevinden, maar die onder het verschoningsrecht zouden vallen wanneer zij zich zouden bevinden bij de geheimhouder. Als voorbeeld noemt de Commissie de derdenrekening van een notaris bij een bank (zie par. 8.7).

Het CBP wijst er in dit verband op dat gegevens, anders dan in beslag te nemen voorwerpen, eenvoudig op meerdere plaatsen en bij meerdere verantwoordelijken tegelijk aanwezig kunnen zijn. Het CBP acht het anders dan de Commissie wel noodzakelijk een dergelijke regeling te treffen, die moet voorkomen dat gegevens worden verkregen bij partijen die niet zelf verschoningsgerechtigd zijn, waardoor de plicht tot geheimhouding van de betreffende beroepsbeoefenaren zou kunnen worden omzeild. De mogelijkheden om de vordering te richten tot de directe omgeving van beroepsgeheimhouders dient nader te worden ingeperkt, bijvoorbeeld door het opnemen van een bepaling dat verantwoordelijken die beschikken over bijzondere gegevens afkomstig van of bestemd voor beroepsgeheimhouders niet verplicht zijn aan een bevel in de zin van artikel 126nf te voldoen.

Ook een ander aspect verdient in dit kader nader aandacht. Naar het oordeel van het CBP zouden beroepsgeheimhouders niet moeten worden verplicht te voldoen aan een bevel tot beantwoording van de ja/nee vraag. Als het antwoord nee is, is die wetenschap immers niet als zodanig aan de beroepsverschoningsgerechtigde toevertrouwd. In de tekst van het wetsvoorstel zal dit eveneens tot uitdrukking moeten worden gebracht.

Kring personen

Het is overigens een ongerijmdheid in de voorstellen van de Commissie, dat de kring van personen over wie de zwaardere categorie van 'andere gegevens' kunnen worden gevorderd ruimer is dan de kring over wie identificerende gegevens kunnen worden gevorderd. Dit behoeft nadere toelichting. In het privacyrecht zoals zich dat inmiddels in binnen- en buitenland heeft gevormd, wordt de toelaatbaarheid van gegevensverwerkingen vooral getoetst aan de rechtsverhouding waarin zij plaatsvinden. Door met name aandacht te besteden aan de aard van de gegevens zelf heeft de Commissie in haar voorstellen niet steeds voldoende oog voor situaties waarin ook verstrekking van eenvoudige gegevens problematisch is. Het CBP acht het alleen al om die reden noodzakelijk alsnog de mogelijkheid tot voorafgaande toetsing van de vordering te introduceren (zie hiervoor nader onder 5: beklagmogelijkheden).

3. Informatieverplichtingen

Het CBP stelt vast dat in de voorstellen iedere legitimatie voor verplichtingen om mee te werken aan strafvorderlijke bevoegdheden die geen verband houden met de eigen taakuitoefening of bedrijfsvoering ontbreekt. Het wetsvoorstel zal daarin alsnog moeten voorzien. Het CBP acht echter ook dan een grotere terughoudendheid op zijn plaats bij het voorstellen van bevoegdheden tot het vorderen van niet reeds bij de voor de verwerking verantwoordelijke aanwezige gegevens.

Ja/nee vraag

McGillavry stelt terecht dat de beantwoording van de ja-nee vraag niet steeds berust op bestaande gegevens (zie NJB 2001, 1411-1418). Bijvoorbeeld als de houder die vraag met nee beantwoordt is geen sprake van verstrekking van relatief weinig bezwarende identificerende gegevens, maar feitelijk van een veel verdergaande informatieplicht.

Toekomstige gegevens

De Commissie heeft de aard van de gegevens bepalend geacht voor de ernst van de inbreuk. Bij de indeling naar handelingen ziet de Commissie ten principale geen verschil tussen het vorderen van toekomstige of van historische gegevens. Wel acht de Commissie het denkbaar dat toekomstige gegevens normaliter niet door de houder voor zijn eigen bedrijfsvoering worden bewaard. Zij gaat vervolgens in op de mogelijk grotere last voor de houder vanwege de extra handelingen, de eis van directe doorgeleiding en de te betrachten geheimhouding. De Commissie stelt voor geen onderscheid te maken naar de gevallen waarin toekomstige gegevens worden gevorderd, maar slechts in de randvoorwaarden in verband met de mogelijk grotere belasting voor de verstrekker.

Naar het inzicht van het CBP gaat de Commissie hiermee wel heel eenvoudig voorbij aan het principiële onderscheid tussen het in elektronische zin op de loer gaan liggen ten behoeve van politie en justitie en het meedelen van kennis die is verkregen uit de eigen taakvervulling. Het op bevel doorgeven van informatie over komende, ongebruikelijke transacties kan niet zonder meer gelijk worden gesteld aan het voldoen aan een vordering tot verstrekking van gegevens betreffende een bankrekening. Het opleggen van de verplichting aan bedrijven, overheden of andere maatschappelijke instellingen om actieve waarnemingen of controles te verrichten in het kader van strafvorderlijke onderzoeken is een vergaander inbreuk op de persoonlijke levenssfeer dan het overleggen van al aanwezige gegevens en vereist nadere afweging en onderbouwing. Als het doel is (vgl. p. 59) te voorkomen dat vordering tot historische gegevens telkens moet worden herhaald, dan dient in het wetsvoorstel tot uitdrukking te komen dat alleen die toekomstige gegevens kunnen worden gevorderd die normaal gesproken ook al in het kader van de eigen bedrijfsvoering plegen te worden bewaard. Als het daarentegen ook om in de normale bedrijfsvoering niet vast te leggen gegevens gaat, zal alsnog moeten worden onderkend dat zij worden verwerkt in afwijking van het doel. Het CBP adviseert u in dat geval om de bevoegdheid tot het vorderen van toekomstige gegevens alsnog zodanig nader in te perken, dat onverdachte personen in beginsel kunnen blijven uitgaan van de verwachting dat de partijen met wie zij in het maatschappelijk verkeer van doen hebben geen observaties verrichten ten behoeve van de opsporing. Deze bevoegdheid dient derhalve gericht te worden ingezet dan de algemene bevoegdheid tot het vorderen van andere gegevens.

Bevriezen van vluchtige gegevens

De bevoegdheid die de Commissie voorstelt tot het bevriezen en bewaren van vluchtige gegevens heeft betrekking op ten tijde van de vordering bestaande, in een geautomatiseerd werk opgeslagen gegevens, die evenwel niet voor eigen bedrijfsdoeleinden plegen te worden bewaard. Om te voorkomen dat dergelijke gegevens verloren zouden gaan voor het strafvorderlijk onderzoek stelt de Commissie deze bevoegdheid voor.

Voor een dergelijke bevoegdheid bestaat voldoende aanleiding. Wel vraagt het CBP aandacht voor een heldere afgrenzing met andere bevoegdheden. Het CBP begrijpt dat het onderscheid tussen de bevoegdheid vluchtige gegevens te bevriezen en de bevoegdheid toekomstige gegevens te vorderen vooral bestaat in de mogelijkheid om gegevens te vorderen die al dan niet voor eigen doeleinden van de houder plegen te worden vastgelegd. Is dat niet het geval dan kan alleen de vordering tot doorgeleiding van toekomstige gegevens worden gedaan, anders staan beide bevoegdheden open. Deze overlapping van bevoegdheden is ongewenst.

Bewerken; registervergelijking en datamining

De Commissie stelt voor in het WSV de mogelijkheid op te nemen tot het vorderen van een bewerking van in een geautomatiseerd werk opgeslagen gegevens, eventueel op aanwijzing van een opsporingsambtenaar. Deze bevoegdheid impliceert de mogelijkheid tot datamining en tot registervergelijking. Vergelijking van registers met politieregisters dient uitsluitend te worden verricht door een opsporingsambtenaar. De Commissie spreekt van een bewerking als uit analyse, vergelijking of het combineren met andere gegevens een nieuw gegeven wordt

verkregen. Selectie van bestaande gegevens levert geen nieuwe gegevens op, ongeacht de complexiteit van de zoekvraag. Bepalend is slechts of een gegeven zonder bewerking niet beschikbaar zou zijn. Het CBP meent uit het rapport te kunnen begrijpen dat de Commissie niet uitsluit dat datamining ook zonder toepassing van de bevoegdheid tot bewerking moet kunnen worden ingezet, namelijk voor het stellen van complexe zoekvragen. In dat geval is geen sprake van bewerking maar van selectie van reeds beschikbare gegevens, waarvoor de gewone bevoegdheid tot het vorderen van 'andere gegevens' toereikend zou zijn.

Het CBP is van opvatting dat toekenning van de bevoegdheid tot het bevelen van een bewerking van gegevens door de verantwoordelijke leidt tot een ongerechtvaardigde aantasting van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Deze bevoegdheid zou impliceren dat aan welk(e) bedrijf of overheidsinstelling dan ook de verplichting zou kunnen worden opgelegd als verlengde arm van justitie of politie te fungeren, door zelf opsporingshandelingen te verrichten. Elke onderbouwing van de legitimatie hiervoor ontbreekt. De Commissie is er daarnaast niet in geslaagd een helder onderscheid te maken tussen de beoogde bewerkingen en bijvoorbeeld het vorderen van identificerende gegevens bij mobiele telefonie, terwijl ook tussen registervergelijking en datamining nauwelijks verschillen lijken te bestaan. De noodzakelijke precisie ontbreekt hier. Daarbij komen de voorgestelde waarborgen nauwelijks tegemoet aan een aantal specifieke, aan grootschalige bewerkingen verbonden bezwaren tegemoet. Zo zal het ontstaan van een verdenking uit een proces van datamining nauwelijks meer controleerbaar zijn. Overigens zal de noodzaak tot het vorderen van omvangrijke hoeveelheden op zijn eigen merites moeten worden gezien. Het CBP acht het niet aanvaardbaar dat gegevens die niet kunnen worden gevorderd wel op vordering van de opsporingsinstanties door de houder zelf zouden dienen te worden bewerkt. Het CBP adviseert u de bevoegdheid tot het vorderen van andere bewerkingen dan ontsluiteling van gegevens niet tot voorstel van wet te maken

4. Waarborgen bij vorderingen en verder gebruik

In zijn algemeenheid merkt het CBP op dat de waarborgen voor verdachte en onverdachte personen niet hetzelfde kunnen zijn. Wat de categorie van onverdachte personen betreft moet worden onderkend dat zij niet altijd een positie hebben in het strafproces en daardoor niet in staat zijn zicht te krijgen op het te hunnen aanzien gebruikte bevoegdheden en de rechtmatigheid hiervan aan de orde kunnen stellen. Des te klemmender is het belang dat de verstrekker de mogelijkheid dient te krijgen voor hun belangen op te komen.

Beklagmogelijkheden

De Commissie acht het introduceren van een bezwaar- of hoorrecht vooraf niet nodig, vooral omdat de strafvorderlijke autoriteit die de vordering doet zelf al voldoende rekening zou houden met mogelijke bezwaren van de houder.

Het CBP dringt er sterk op aan een andere benadering te kiezen. Een eenmaal verstrekt gegeven kan achteraf niet meer worden teruggegeven, zoals een inbeslaggenomen voorwerp. Ook verstrekking van identificerende gegevens kan onder omstandigheden gevoelig zijn, zoals

bijvoorbeeld in het geval van een ledenlijst van een politieke groepering. Een verlies van vertrouwen als gevolg van een onrechtmatige gegevensverstrekking kan evenwel blijvende schade toebrengen, zowel aan het functioneren van overheidsdiensten (belastingheffing) als van particuliere ondernemingen (TTP's) of beroepsbeoefenaren (journalisten). In voorkomende gevallen moet de verstrekker kunnen opkomen voor zijn belang of dat van de personen op wie de te verstrekken gegevens betrekking hebben en kan niet zonder meer voorrang worden gegeven aan het opsporingsbelang. Tegen invoering van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing vooraf zal zich doorgaans het belang van opsporing en vervolging niet verzetten. Toetsing in de raadkamer zal ook een waardevolle methode van normering van de vergaande bevoegdheden zijn. Op deze wijze zal zich dan ook jurisprudentie kunnen vormen.

Notificatie

De Commissie acht een notificatieplicht op zijn plaats in geval van de heimelijke toepassing van een bevoegdheid die kan resulteren in een inbreuk op een grondrecht. Bij uitoefening van de bevoegdheid tot het vorderen van 'identificerende gegevens' acht de Commissie notificatie een te zware belasting.

Het CBP zou er voorstander van zijn meer focus te brengen in de notificatieverplichtingen. Voor sectoren die te maken hebben met bulkbevragingen zou kunnen worden volstaan met een duidelijke sectorregeling, die in plaats zou kunnen komen van de notificatieplicht in individuele gevallen. Dergelijke sectorregelingen zullen vooral transparantie moeten bieden over het verwijderen van niet voor het opsporingsonderzoek relevante gegevens. Bij incidentele bevragingen daarentegen zou individuele notificatie wel op zijn plaats zijn, ook wanneer slechts identificerende gegevens worden gevorderd.

5. Controle op naleving voorschriften

Naar het CBP meent komt het wetsvoorstel van de Commissie vooral tegemoet aan in de praktijk levende dan wel vermeende knelpunten van opsporingsinstanties, terwijl aan belangrijke knelpunten vanuit een andere optiek voorbij wordt gegaan. Geconstateerd moet worden dat zich een praktijk van bevragingen door opsporingsinstanties heeft ontwikkeld, die op gespannen voet staat met de daarvoor gestelde wettelijke kaders. Deze praktijk is in het rapport onvoldoende geproblematiseerd. Tevens is genoegzaam bekend dat de betrouwbaarheid van de politieregisters ver beneden de maat is. Een kritiekloze verwijzing naar de waarborgen van WpolR en BpolR neemt de zorgen daarover niet weg.

Het CBP acht het noodzakelijk het toezicht op de naleving van de voorschriften voor het vorderen, bewaren en verder bewerken van gegevens te verscherpen. Het CBP dringt dan ook aan op introductie van de verplichting voor opsporingsinstanties om zelf periodiek een audit te laten verrichten op de gegevensverwerking.

6. Conclusie

In het licht van het voorgaande verzoekt het CBP u de nodige aanpassingen ernstig in overweging te willen nemen.

Hoogachtend,

mr. U. van de Pol
Collegelid