

Bevoegdheden tot het vorderen van gegevens in het kader van strafrechtelijk onderzoek

Financiële instellingen kunnen beschikken over in het kader van strafrechtelijk onderzoek interessante gegevens. De verstrekking en verkrijging van deze gegevens was in het verleden soms problematisch. In 2004 is de sectorale Wet vorderen van gegevens in de financiële sector¹ ingevoerd (hierna: de 'sectorale Wet')². Binnenkort zal de Wet worden vervangen door de nagenoeg gelijklopende Wet vorderen van gegevens (hierna: de 'Wet')³. Hiermee komt de sectorale beperking te vervallen. Op zowel de Wet als de sectorale Wet is veel principiële kritiek geleverd⁴. Deze bijdrage is vooral beschrijvend van aard.

De sectorale Wet maakt onderdeel uit van een pakket aan wetgevende maatregelen ter vergroting van de mogelijkheden om terroristische misdrijven op te sporen⁵. Bovendien strekt de sectorale Wet ter uitvoering van het protocol bij de Overeenkomst betreffende wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de Lid-Staten van de Europese Unie. Met dit protocol beogen de lidstaten de regels te verbeteren inzake de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten - ter bestrijding van de criminaliteit, in het bijzonder de georganiseerde criminaliteit, het witwassen en de financiële criminaliteit.⁶

De sectorale Wet werd bij de invoering in 2004 vooral geplaatst in het kader van de terrorismebestrijding en de bestrijding van internationale criminaliteit in het post-11 september 2001-tijdperk. De sectorale Wet kent echter - evenals de Wet - een andere aanleiding, namelijk de voorstellen uit 2001 van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij⁷. Deze commissie Mevis - genoemd naar haar voorzitter - bestond uit vertegenwoordigers vanuit de wetenschap, de zittende en staande magistratuur, het Korps Landelijke Politiediensten en VNO-NCW. De probleemstelling waarover de commissie heeft geadviseerd was of het Wetboek van Strafvordering, gelet op de ontwikkelingen op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie, voorzag in een toereikend wettelijk kader voor die vormen van gegevensvergaring en -bewerking die voor de strafvordering noodzakelijk zijn⁸. De commissie Mevis concludeerde dat het Wetboek van Strafvordering daarin niet voorzag.

Het voor inwerkingtreding van de sectorale Wet bestaande wettelijke kader met betrekking tot het uitleveren van bescheiden waarop geautomatiseerd opgeslagen gegevens zijn vastgelegd, was steeds minder toereikend. Gegevens waren steeds vaker uitsluitend beschikbaar langs geautomatiseerde weg. Inbeslagneming van de fysieke

dragers van geautomatiseerde gegevens werd daarbij aangemerkt als disproportioneel, en het motief van een dergelijke inbeslagneming als oneigenlijk. Het ging immers niet om de drager, maar om de informatie die was opgeslagen of vastgelegd op die drager. Ook het door de houder 'vrijwillig' stoffelijk maken van de gegevens werd onwenselijk geacht. Daarnaast werden de mogelijkheden die artikel 125i Sv biedt, dat wel betrekking heeft op geautomatiseerde gegevens, te beperkt beoordeeld. De commissie Mevis concludeerde voorts dat de destijds bestaande bevoegdheden die konden worden aangewend om gegevens te verkrijgen, gefragmenteerd waren. Bedrijven en andere instellingen werden geconfronteerd met een verscheidenheid aan verzoeken en vorderingen

* Jan Leliveld is advocaat te 's-Gravenhage.

1. Onder financiële sector wordt verstaan: een ieder die beroeps- of bedrijfsmatig een financiële dienst verleent. Hieronder zijn niet begrepen de financiële toezichthouders. Hieronder zijn wel begrepen de instellingen die vallen onder het toezicht dat geregeld is in de financiële toezichtswetten. Het betreft financiële instellingen, kredietinstellingen, effecteninstellingen, beleggingsinstellingen, wisselkantoren en verzekeringsbedrijven, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 353, nr. 3, blz. 4.
2. De wet vorderen van gegevens van instellingen in de financiële sector, 28 353, *Stb.* 2004, 109.
3. Wet van 16 juli 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten in verband met de regeling tot het vorderen van gegevens, 29 441, *Stb.* 2005, nr. 390. Beoogde datum van inwerkingtreding 1 januari 2006. In de bijdrage worden zowel de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de regeling van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens van instellingen in de financiële sector (28 353) als die met betrekking tot de regeling tot het vorderen van gegevens (29 441) aangehaald, omdat eerstgenoemde parlementaire geschiedenis onverminderd van betekenis blijft voor de uitleg van de bepalingen in de regeling tot het vorderen van gegevens, zie: *Kamerstukken I 2004/05*, 29 441 C, blz. 17.
4. Zie bijvoorbeeld: B. Böhrer, *Crisis in de rechtsstaat*, Arbeiderspers 2004, blz. 182-184; R. Koelewijn, 'Een sleepnet voor privé-gegevens', *NRC* 18 juli 2005, 'Verdacht leengedrag', *Vrij Nederland* 30 juli 2005; L. Stevens, B.J. Koops & P. Wiemans, 'Een strafvorderlijke gegevensvergaring nieuwe stijl', *NJB* 2004, blz. 1680-1686.
5. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 353, nr. 3, blz. 1.
6. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 353, nr. 3, blz. 1.
7. P.A.M. Mevis c.s., *Gegevensvergaring in strafvordering*, Nieuwe bevoegdheden tot het vorderen van gegevens ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek, rapport van de Commissie Strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatie maatschappij, mei 2001, te downloaden via: <<http://www.ejure.nl>>, hierna 'rapport-Mevis', blz. 7.
8. Rapport-Mevis, blz. I en V.

en er bestond onduidelijkheid over de wettelijke grondslag van deze verzoeken en vorderingen.

De commissie Mevis oordeelde het ook ongewenst dat de praktijk van gegevensvergaring ten dele was gebaseerd op de vrijwillige medewerking van diegenen die toegang hebben tot voor de strafvordering relevante gegevens. Deze vrijwillige medewerking bood in algemene zin onvoldoende garanties voor de belangen die in het geding zijn. Het gaat hierbij - naast het belang van strafvordering - om het belang van de derde van wie gegevens gevraagd werden - bedrijven en instellingen - alsmede om het belang van diegenen op wie de gegevens betrekking hadden.

In het bijzonder werd de positie van de derde van wie gegevens worden gevraagd problematisch geacht. Immers, deze derde diende in het kader van de vrijwillige medewerking op grond van artikel 43 van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: 'Wpb') zelf een afweging te maken of er een dwingende en gewichtige reden was die verstrekking van gegevens noodzakelijk maakte. Daartoe was de derde echter vaak niet in staat, omdat hij geen kennis droeg van alle achtergronden van het verzoek. Hij werd dan belast met een verantwoordelijkheid die eigenlijk behoorde te liggen bij de met opsporing belaste instantie. Daarnaast was de derde in geval van vrijwillige medewerking aan de gegevensvergaring verantwoordelijk en aansprakelijk jegens degene op wie de gegevens betrekking hebben voor het verstrekken van de gegevens. Hij kon zich niet beroepen op een wettelijke plicht om gegevens te verstrekken waarmee de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor de verstrekking bij de bevoegde opsporingsinstantie zouden komen te liggen⁹.

Mc Gillavry besteedt in zijn proefschrift 'Met wil en dank' in het bijzonder aandacht aan de tot aan de invoering van de sectorale Wet bestaande praktijk van meewerken aan strafvordering door financiële instellingen¹⁰. Hij concludeert dat deze medewerking van financiële instellingen eerder plaatsvond in het kader van een meewerkverplichting (bijvoorbeeld op basis van een bevel van de rechter-commissaris tot het uitleveren van goederen (art. 105 Sv)) dan op basis van vrijwillige medewerking. Tegelijkertijd constateert hij echter dat er sprake was van 'verborgen vrijwilligheid'. Deze verborgen vrijwilligheid hield onder meer verband met de voor uitlevering verplichte voorvraag, dat een bevel tot uitlevering betrekking moest hebben op 'hij die redelijkerwijs moet worden vermoed houder te zijn van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp'. Opsporingsambtenaren wisten dikwijls niet of, en zo ja bij welke financiële instelling een verdachte een rekening had. Vóórdat de rechter-commissaris het uitleveringsbevel kon inzetten, zouden opsporingsambtenaren deze informatie eerst moeten achterhalen. Vrijwel alle in het onderzoek van Mc Gillavry betrokken financiële instellingen bleken de hiervoor benodigde antwoorden te geven op daartoe strekkende voorvragen.

Naast de verplichte medewerking en de 'verborgen vrijwillige' medewerking is er in het verleden door financiële

instellingen ook daadwerkelijk op vrijwillige basis medewerking verleend aan onderzoeken. Hiervoor gold in 2001 de Aanwijzing vrijwillige medewerking financiële instellingen bij onderzoeken. Deze Aanwijzing bood zowel een kader voor het vrijwillig verstrekken van persoonsgegevens als voor het continueren van transacties van verdachte personen. Voorwaarde voor het gebruik van de richtlijn was dat zwaarwegende maatschappelijke belangen in het geding waren. De Aanwijzing voorzag in een civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaring voor de betrokken financiële instelling¹¹.

In 2001 deed de commissie Mevis concrete voorstellen voor aanpassing van het Wetboek van Strafvordering. Deze aanpassing zou moeten leiden tot een stelsel van bevoegdheden dat inhoudt dat de strafvorderlijke autoriteit gegevens kan vorderen en dat degene tot wie de vordering is gericht, verplicht is deze te verstrekken. De verantwoordelijkheid voor de afweging of gegevens verstrekt moeten worden, ligt dus bij de strafvorderlijke autoriteit. Dit uitgangspunt brengt met zich mee, dat waarborgen nodig zijn ten behoeve van de houder van de gegevens. Ten eerste is het met het oog op die belangen nodig dat de autoriteit alvorens de vordering te doen, de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht neemt. Het beginsel van proportionaliteit houdt in dat de lasten die zijn verbonden aan het vergaren van gegevens in verhouding moeten staan tot het belang van het strafvorderlijk onderzoek. Het beginsel van subsidiariteit houdt in dat er geen minder ingrijpende mogelijkheden voorhanden zijn om aan de benodigde gegevens te komen en het strafvorderlijk succesvol af te sluiten. Ten tweede dient in de bevoegdheid beschreven te zijn welke handeling van de houder kan worden gevraagd en dient de handeling redelijk te zijn. Ook zijn er waarborgen nodig voor een zorgvuldige omgang met gegevens die zijn verkregen door de strafvorderlijke autoriteiten en zijn er waarborgen nodig dat de kosten die een houder maakt om te voldoen aan een vordering voor vergoeding in aanmerking kunnen komen¹².

Getrapte bevoegdheden en waarborgen

Om uitvoering te geven aan het hiervoor geschetste uitgangspunt (verplicht meewerken aan vordering strafvorderlijke autoriteit) en de daaraan gekoppelde waarborgen (beginsel van proportionaliteit en subsidiariteit en beschrijving bevoegdheden en handelingen derde) zijn in de Wet de bevoegdheden tot strafvorderlijke gegevensvergaring ingedeeld naar categorieën van gegevens en naar handelingen die van de houder worden gevraagd. De aard van de gegevens wordt zowel bepalend geacht voor de mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, als voor de vraag hoe belastend een vordering van gegevens

9. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 441, nr. 3., blz. 2.

10. E.C. Mac Gillavry, *Met wil en dank*, diss., Groningen, Wolf Legal Publishers, 2004, blz. 163-177.

11. E.C. Mac Gillavry, diss., blz. 171-172.

12. *Rapport-Mevis* blz. I en blz. 42 (deze vereisten houden rechtstreeks verband met artikel 8 EVRM).

is voor de houder van de gegevens. De Wet onderscheidt drie soorten gegevens: identificerende gegevens (art. 126nc Sv); overige gegevens (niet zijnde gevoelige gegevens) (art. 126 nd Sv) en gevoelige gegevens (art. 126 nf Sv)¹³. De bevoegdheden zijn per categorie gegevens afzonderlijk geregeld. Zo worden er naarmate de gegevens gevoeliger worden, verdergaande eisen gesteld aan de gevallen waarin de gegevens kunnen worden gevorderd en wijzigt de identiteit van de autoriteit die de gegevens kan vorderen. Daarnaast wordt het criterium ten aanzien van de mogelijke aanwezigheid van de gegevens zwaarder. Hiermee wordt invulling gegeven aan de hiervoor beschreven beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. De drie artikelen die betrekking hebben op de verschillende categorieën gegevens zullen we in het vervolg van dit artikel nader bezien.

Voor alle categorieën gegevens gelden waarborgen voor zorgvuldige toepassing van de bevoegdheden, zoals de notificatieplicht, waarbij de betrokken burger op de hoogte wordt gesteld van het onderzoek (art. 126 bb Sv) en het beklagrecht (art. 552a Sv). Ook wordt de eis gesteld dat in vrijwel alle gevallen de vordering schriftelijk moet worden gedaan en dat achteraf een proces-verbaal wordt opgesteld.

Ten aanzien van praktische gang van zaken geldt de Aanwijzing gegevensverstrekking financiële dienstverleners. In deze aanwijzing is onder meer bepaald, dat voorafgaand aan de vordering overleg plaatsvindt met de contactpersoon van de houder van de gegevens. Voorts is voorgeschreven dat de vordering zoveel mogelijk moet worden geconcretiseerd. Er wordt, tenzij het belang van het strafrechtelijk onderzoek zich daartegen verzet, aan de houder een redelijke termijn gegeven waarbinnen aan de vordering moet worden voldaan. Indien de vordering zich uitstrekt tot originele documenten zal - alweer onder het voorbehoud dat het strafrechtelijk onderzoek niet wordt belemmerd - de houder in de gelegenheid worden gesteld om voorafgaand aan voldoening aan de vorderingen kopieën te maken, anders zal dit in een later stadium gebeuren¹⁴.

Vorderen identificerende gegevens

126 nc, eerste lid Sv:

'In geval van verdenking van een misdrijf kan de opsporingsambtenaar in het belang van het onderzoek van degene die daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komt en die anders dan ten behoeve van persoonlijk gebruik gegevens verwerkt, vorderen bepaalde opgeslagen of vastgelegde identificerende gegevens van een persoon te verstrekken.'

De eerste categorie gegevens die in het kader van strafrechtelijk onderzoek kan worden gevorderd betreft zogenoemde identificerende gegevens. Onder deze gegevens wordt verstaan informatie die is vastgelegd of opgeslagen op een gegevensdrager. De woorden 'opgeslagen' en 'vastgelegd' geven aan dat het gaat om gegevens die op het moment van de vordering al door de instelling zijn verwerkt. De term 'opgeslagen' wordt daarbij gebruikt

voor gegevens in een geautomatiseerd werk en de term 'vastgelegd' voor gegevens die op andere wijze zijn vastgelegd¹⁵. Identificerende gegevens hebben betrekking op (art. 125, nc tweede lid Sv) de naam; het adres; de woonplaats en het postadres van een persoon; diens geboortedatum en geslacht; andere administratieve kenmerken, en ingeval van een rechtspersoon, rechtsvorm en vestigingsplaats. Administratieve kenmerken zijn de kenmerken die de relatie aanduiden tussen de persoon die onderwerp is van onderzoek en de derde van wie de gegevens worden gevorderd, dan wel de kenmerken van de diensten die de derde aan de persoon verleent. Het kan bijvoorbeeld gaan om een klantnummer, een nummer van een polis, een bankrekeningnummer, of een lidmaatschapnummer¹⁶. De opsomming is limitatief, maar het begrip 'administratieve kenmerken' laat wel ruimte voor enige discussie¹⁷.

De wetgever is van oordeel, dat de categorie identificerende gegevens slechts in beperkte mate raakt aan de persoonlijke levenssfeer en waarvan de vordering bovendien niet zeer belastend is voor de houder van de gegevens. Om die reden is deze bevoegdheid toegestaan voor het opsporen van elk misdrijf. De opsporingsambtenaar kan de bevoegdheid toepassen.¹⁸

De vordering tot gegevensverstrekking moet worden gericht tot degene 'die daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komt', en dat is degene ten aanzien van wie de opsporingsambtenaar aanwijzingen heeft, hoe licht ook, die erop wijzen dat er een kans is dat deze gegevens heeft van de persoon die onderwerp is van onderzoek¹⁹. De bevoegdheid mag dus niet ongericht jegens derden worden toegepast, maar er behoeft ook geen redelijk vermoeden te bestaan - op grond van feiten of omstandigheden - dat de gegevens aanwezig zijn²⁰. De aard van de vordering brengt bijvoorbeeld met zich mee, dat wanneer gezocht wordt naar een financiële instelling waar een persoon transacties zou hebben kunnen verricht, het is toegestaan dat de vordering wordt gericht tot diverse financiële instellingen, zonder dat er aanwijzingen bestaan dat deze instellingen over de gegevens beschikken²¹. Er dient echter wel enige beperking van het aantal te bevragen financiële instellingen te worden aangebracht. De opsporings-

13. Ook in gevallen van observatie bij georganiseerde criminaliteit (zoals bedoeld in art. 126o Sv) kunnen in deze bijdrage beschreven bevoegdheden worden toegepast. In dat geval op grond van de artikelen 126uc, 126 ud, 126 ue en 126 uf, 126 uh Sv.

14. Aanwijzing gegevensverstrekking financiële dienstverleners, te downloaden via: <www.openbaarministerie.nl/beleid/beleidsregels>. De aanwijzing is bij het schrijven van dit artikel in augustus 2005 nog niet aangepast.

15. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 353, nr. 3, blz. 12.

16. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 441, nr. 3, blz. 7.

17. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 441, nr. 6, blz. 12.

18. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 353, nr. 6, blz. 13.

19. De vordering kan niet worden gericht tot de verdachte (126 nc, derde lid, 126 nd, tweede lid, 126 nf tweede lid Sv).

20. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 441, nr. 3, blz. 20.

21. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 353, nr. 3, blz. 10.

ambtenaar dient na te gaan of er aanwijzingen zijn welke financiële instelling over de gegevens zou kunnen beschikken. Dit neemt niet weg dat zich gevallen kunnen voordoen waarin geen aanwijzingen aanwezig zijn, terwijl er toch gegevens nodig zijn over bijvoorbeeld een houder van een bankrekening. De bevoegdheid strekt er immers mede toe te kunnen achterhalen van welke instelling de persoon op wie het onderzoek zich richt, diensten afneemt²². Mac Gillavry zoekt in zijn proefschrift naar de grenzen: immers voor opsporingsambtenaren is het kunnen stellen van bijvoorbeeld de vraag of een persoon een rekening heeft (een zogenaemde ja/nee vraag) vooral relevant in die gevallen dat er geen enkele aanwijzing is welke dienstverlener over gegevens van de te onderzoeken persoon beschikt, maar deze gegevens wel noodzakelijk zijn voor de opsporing van strafbare feiten²³. De parlementaire geschiedenis lijkt de voor dergelijke vragen nodige ruimte te bieden, maar de praktijk zal moeten uitwijzen wanneer de grens is bereikt en wanneer er sprake is van 'willekeur' of een 'fishing expedition'. Daarbij merken we wel op dat deze 'ja/nee'-vraag niet veel meer of minder is dan de van oudsher gestelde voorvragen, waarmee vaak informeel werd omgesprongen. Om te kunnen toetsen of de vordering zich nog richt tot iemand die daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komt, is het van belang, dat in het proces-verbaal dat van de vordering moet worden opgemaakt, moet worden vermeld wat het belang is voor het opsporingsonderzoek om gegevens te vorderen van de specifieke instelling. De opsporingsambtenaar kan dus niet zomaar elke financiële instelling benaderen om uit te vinden waar hij gegevens over de persoon op wie het onderzoek zich richt, zal aantreffen.

De toevoeging 'anders dan ten behoeve van persoonlijk gebruik' houdt in dat de bevoegdheid alleen kan worden aangewend jegens degene die vanwege een bepaalde functie, of beroepsuitoefening gegevens verwerkt. Het gaat hierbij om rechtspersonen en om natuurlijke personen in de uitoefening van een beroep of bedrijf²⁴.

Vorderen overige gegevens

126 nd, eerste lid Sv:

'In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, kan de officier van justitie in het belang van het onderzoek van degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot bepaalde opgeslagen of vastgelegde gegevens, vorderen deze gegevens te verstrekken.'

De tweede categorie betreft andere dan identificerende gegevens, met uitzondering van gevoelige gegevens. Bij deze categorie gegevens, staan gegevens over het verloop en de strekking van de dienstverlening centraal, zoals de duur, de data, de plaats en de aard van de dienstverlening en rekening- en betalingsgegevens. Deze gegevens kunnen van belang zijn wanneer het strafvorderlijk onderzoek verder gevorderd is. Ze zijn van belang om zicht te kunnen verkrijgen op bepaalde gebeurtenissen en op het gedrag en het patroon van gedragingen van een persoon bijvoorbeeld terzake financiële transacties. In dat kader kunnen bijvoorbeeld gegevens gevorderd worden met betrekking tot gespecificeerde bankrekeningen en betreffende banktransacties die in een bepaald tijdvak zijn uitgevoerd op een of meer van deze rekeningen, inclusief gegevens over de rekening van herkomst of bestemming²⁵.

Artikel 126 nd Sv vereist voor het vorderen van de overige gegevens dat er sprake is van een verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid Sv. In artikel 67, eerste lid Sv is aangegeven voor welke gevallen voorlopige hechtenis is toegelaten. Het betreffen ondermeer misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld. Daarnaast wordt verwezen naar specifieke delicten, zoals oplichting (art. 326 Sr.) en marktmisbruik (de artikelen 46 (gebruik van voorwetenschap), 46a (tipverbod) en 46 b (verbod van marktmanipulatie) van de Wet toezicht effectenverkeer 1995).

De officier van justitie dient de vordering te richten tot 'degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft'. Hiermee wordt bedoeld, dat concrete feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden moeten rechtvaardigen dat bepaalde gegevens bij de derde beschikbaar zijn. Een dergelijk vermoeden kan voortvloeien uit informatie die reeds tijdens het opsporingsonderzoek vergaard is, bijvoorbeeld uit observaties of door het toepassen van de bevoegdheid tot het vorderen van identificerende gegevens. Indien er dus (nog) geen redelijk vermoeden bestaat als vereist in artikel 126 nd Sv, maar er zijn wel aanwijzingen dat de derde toegang zou kunnen hebben tot gegevens van een bepaalde (rechts) persoon, kan daaromtrent door toepassing van artikel 126 nc Sv duidelijkheid worden verkregen²⁶. Als er wel een redelijk vermoeden bestaat, dan kan in de vordering op grond van artikel 126 nd Sv tevens de vordering terzake identificerende gegevens besloten liggen. Deze zijn in artikel 126 nc Sv niet uitgesloten. Indien de officier van justitie zowel identificerende gegevens als andere gegevens wil vorderen is hij dus niet gehouden twee vorderingen te doen.

Het toepassen van de bevoegdheid dient te zijn gericht op bepaalde gegevens. Dat wil zeggen dat de officier van justitie moet preciseren welke gegevens hij vordert. Hij dient bijvoorbeeld te vermelden op welke persoon de gevorderde gegevens betrekking hebben en op welk aspect van diens handelingen of van de relatie en de instelling. Indien de vordering geen betrekking heeft op personen dan wel betrekking heeft op een onbepaalde groep van personen dient in de vordering op andere wijze te worden gepreciseerd om welke gegevens het gaat. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan financiële transacties met een bepaalde organisatie of transacties die in een bepaalde periode hebben plaatsgevonden: wie heb-

22. Kamerstukken II 2002/03, 28 353, nr. 83b, blz. 5.

23. Mac Gillavry, diss., blz. 547.

24. Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 3, blz. 7.

25. Kamerstukken II 2001/02, 28 353, nr. 3, blz. 8.

26. Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 3, blz. 8.

ben er bijvoorbeeld op 17 juli 2005 opdracht gegeven tot aankoop van aandelen Versatel.

Vorderen gevoelige gegevens

126 nf, eerste lid Sv:

'In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, dat gezien zijn aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert, kan de officier van justitie, indien het belang van het onderzoek dit dringend vordert, van degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft tot gegevens als bedoeld in artikel 126 nd, tweede lid, derde volzin, deze gegevens vorderen.'

126 nd, tweede lid, derde volzin Sv:

'(...) De vordering kan niet betrekking hebben op persoonsgegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven of lidmaatschap van een vakvereniging.'

126 nf, derde lid Sv:

'De vordering, bedoeld in het eerste lid, kan slechts worden gedaan na voorafgaande schriftelijke machtiging, op vordering van de officier van justitie te verlenen door de rechter-commissaris.'

De derde categorie omvat gevoelige gegevens. Dit zijn gegevens waarvan de verstrekking reeds vanwege hun aard een heel specifieke of indringende inbreuk kunnen maken op fundamentele vrijheden of op de persoonlijke levenssfeer. Het gaat hierbij om wat artikel 16 Wbp bijzondere persoonsgegevens noemt: gegevens over bijvoorbeeld iemands godsdienst, ras, politieke gezindheid, gezondheid of diens seksuele leven. Daarnaast behoren hiertoe gegevens die vallen onder het brief- of telefoongeheim van artikel 13 van de Grondwet. Omdat deze gegevens direct raken aan de persoonlijke levenssfeer gelden ten aanzien van de vordering extra voorwaarden. Er moet sprake zijn van een geval waarbij de aard of samenhang van misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. Ook is een machtiging door de rechter-commissaris vereist.

Bij de parlementaire behandeling van de Wet is aandacht besteed aan de situatie waarin een vordering tot verkrijging van overige gegevens tevens leidt tot verkrijging van gevoelige informatie. Als voorbeeld wordt genoemd de gegevensverstrekking over het verkeer tussen een bankrekeninghouder en een financiële instelling. Gegevens over financiële transacties zijn geen gevoelige gegevens. Als er tussen dergelijke gegevens, gegevens zitten over giften aan een godsdienstige organisatie kunnen die gegevens op zichzelf wel beschouwd worden als gevoelige gegevens. Het is niet uitgesloten dat de officier van justitie door het vorderen van overige gegevens toch de beschikking krijgt over gevoelige gegevens, maar deze moeten²⁷ dan toch verstrekt worden op grond van de algemene bevoegdheid. De wetgever is van oordeel dat

pas achteraf kan worden vastgesteld dat tussen de gevraagde gegevens, gevoelige gegevens zaten. Het is daarbij niet zo, dat bij een vordering van niet-gevoelige gegevens de derde wordt gevraagd de gevorderde gegevens te schonen en alleen de niet-gevoelige gegevens te verstrekken. Dit zou een extra inspanning vragen van de derde. De derde zal ook niet altijd kunnen inschatten of een gegeven een gevoelig gegeven is of niet. Bovendien zou, in de gedachte van de wetgever, een dergelijk verzoek de derde juist attenderen op de gevoelige gegevens en zou hij gedwongen worden om kennis te nemen van de meest privacygevoelige gegevens over degene over wie gegevens gevorderd worden. Dit werd niet wenselijk geacht en op dit punt is dan ook geen verantwoordelijkheid bij de derde gelegd²⁸.

Vorderen toekomstige gegevens (126ne)

126 ne, eerste lid Sv:

'De officier van justitie kan in het belang van het onderzoek bepalen dat een vordering als bedoeld in artikel 126 nd, eerste lid, van degene die anders dan ten behoeve van persoonlijk gebruik gegevens verwerkt, betrekking kan hebben op gegevens die eerst na het tijdstip van de vordering worden verwerkt. De periode waarover de vordering zich uitstrekt is maximaal vier weken en kan telkens met maximaal vier weken worden verlengd (...).'

Artikel 126 ne Sv bepaalt dat de vordering van andere dan identificerende gegevens betrekking kan hebben op toekomstige gegevens. Deze gegevens zullen pas na het tijdstip van de vordering door de derde worden ontvangen en voor het eerst worden verwerkt. De voorwaarden die zijn verbonden aan de bevoegdheid tot het vorderen van toekomstige gegevens zijn dezelfde als de voorwaarden die zijn verbonden aan de bevoegdheid tot het vorderen van (historische) overige gegevens. Het doel van de bevoegdheid is te voorkomen dat de officier van justitie een vordering tot het verstrekken van gegevens telkens moet herhalen. De bevoegdheid heeft ook tot doel dat gevorderd kan worden dat gegevens direct worden verstrekt, zodra de derde deze heeft ontvangen. Indien bijvoorbeeld fraude met een bankpas wordt onderzocht, kan het verhelderend zijn als er van de derde kan worden gevorderd direct melding te doen, wanneer, waar en op welke wijze het pasje wordt gebruikt. Bij een verlenging dient de officier van justitie opnieuw te beoordelen of het in het belang van opsporingsonderzoek nodig is de vordering voort te zetten. Van een verlenging dient hij ingevolge het tweede lid proces verbaal op te maken. In het tweede lid is bovendien expliciet bepaald dat de vordering wordt beëindigd zodra niet meer wordt voldaan aan

27. Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 3, blz. 10: in de Memorie van Toelichting staat 'kunnen' worden verstrekt. In het licht van de overige tekst (er is geen ruimte voor een eigen afweging voor de verstrekker) moet hier naar mijn mening 'moeten' worden gelezen.

28. Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 6, blz. 7.

de voorwaarden waaronder deze bevoegdheid kan worden toegepast²⁹.

Een directe verstrekking van toekomstige gegevens door de derde aan de officier van justitie (art. 126 ne, derde lid Sv) zal in beginsel extra belastend zijn, omdat de derde zelf moet opletten wanneer hij de gegevens ontvangt en moet verstrekken. Ook zal een dergelijke verwerking van gegevens door de derde veelal verder afstaan van het doel waartoe hij de gegevens in het kader van zijn normale activiteiten verwerkt. Daarom kan de bevoegdheid te vorderen dat toekomstige gegevens direct worden verstrekt alleen worden toegepast indien het onderzoek dit dringend vordert en na machtiging van de rechter-commissaris. De bevoegdheid strekt slechts tot het vorderen van vooraf bepaalde gegevens die op een later tijdstip toch al zouden worden verwerkt³⁰.

ne van wie redelijkerwijs mag worden vermoed dat hij kennis draagt van de wijze van versleuteling van gegevens, bevelen medewerking te verlenen aan het ontsleutelen van de gegevens door de versleuteling ongedaan te maken dan wel door de kennis van de wijze van versleuteling ter beschikking te stellen. Ten aanzien van het bewerken van gegevens, is het voorstel van de commissie Mevis³² niet gevolgd. De wetgever heeft er in afwijking van de commissie-Mevis voor gekozen het bewerken van gegevens in handen te laten van de opsporingsambtenaar en geen bewerkingen te laten uitvoeren door de houder van de gegevens. De verplichting van de houder reikt niet verder dan het aanleveren, dan wel toegankelijk maken van gegevens³³.

Het (bijna) gesloten karakter van de Wet

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet is uit-

Artikel	Wie is bevoegd tot vorderen?	Tot wie is de vordering gericht?	Wanneer kan worden gevorderd?	Op welke gegevens heeft de vordering betrekking?
126 nc	Opsporingsambtenaar	Degene die daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komt.	In geval van verdenking van een misdrijf.	Identificerende gegevens.
126 nd	Officier van justitie	Degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij toegang heeft.	In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid. Bij ander strafbaar feit, eerst machtiging van RC nodig (126 nd, lid 6).	Overige gegevens.
126 ne, eerste lid	Zie 126 nd	Zie 126 nd	Zie 126 nd	Overige gegevens die eerst na het tijdstip van de vordering worden verwerkt.
126 ne, derde lid	Officier van Justitie na machtiging van de rechter-commissaris.	Zie 126 nd	Zie 126 nd + indien het belang van het onderzoek het dringend vordert.	126 ne eerste lid + direct na de verwerking verstrekken, dan wel binnen een bepaalde periode na verwerking.
126 nf	Officier van Justitie na machtiging van de rechter-commissaris.	Degene van wie redelijkerwijs vermoed kan worden dat hij toegang heeft.	In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, dat gezien zijn aard of samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert.	Gevoelige informatie, zoals beschreven in artikel 126 nd, tweede lid, laatste zin.

Bevriezen, ontsleutelen en bewerken van gegevens

De bevoegdheid tot het vorderen van bevrozing is vooral van belang voor gegevens die vluchtig zijn en die normaliter niet lang door de houder bewaard worden. Deze mogelijkheid is niet opgenomen in de onderhavige Wet, maar is opgenomen in het wetsvoorstel Aanpassing aan het Cybercrime Verdrag. Artikel 126 ni Sv biedt de hulpofficier de bevoegdheid om bij een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid Sv te vorderen dat gegevens gedurende ten hoogste 90 dagen beschikbaar worden gehouden³¹. In artikel 126 nh Sv is een speciale bevoegdheid opgenomen met het oog op het ontsleutelen van gegevens die zijn beveiligd of van een encryptie zijn voorzien en die door de derde die de gegevens verstrekt niet ontsleuteld kunnen worden. De officier van justitie kan dege-

gebreed stilgestaan bij de vraag in hoeverre de Wet een gesloten stelsel van bevoegdheden oplevert. De wetgever heeft zich op het standpunt gesteld, dat politie en justitie voor de vergaring van gegevens ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten uitsluitend gebruik mogen maken van wettelijke bevoegdheden en dat het hen niet

29. Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 6, blz. 18.

30. Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 3, blz. 9.

31. Zie ook: Stevens c.s., a.w., blz. 1682. N.b.: er wordt in dit artikel in het licht van de onderhavige Wet een nieuwe bevoegde autoriteit geïntroduceerd, namelijk de hulpofficier van justitie (zie art. 154 Sv).

32. Rapport-Mevis, blz. 67.

33. Mac Gillavry, diss., blz. 211.

vrij staat om daarbuiten van derden te vragen op vrijwillige basis mee te werken aan het verstrekken van gegevens. In zoverre heeft de Wet dus een gesloten karakter.

Dit neemt niet weg dat artikel 43 Wbp ruimte biedt aan derden om op vrijwillige basis, dus zonder toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden, gegevens aan politie en justitie te verstrekken. Niet ondenkbaar is dat een derde daartoe eigener beweging overgaat in het geval dat er een evident en dringend opsporingsbelang aanwezig is. Het begrip 'noodzakelijk' in artikel 43 Wbp vereist dat de derde aan de hand van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit afweegt of het verstrekken van de gegevens in het concrete geval noodzakelijk is voor één van de in artikel 43 Wbp genoemde doelen³⁴.

De bevoegdheden tot het vorderen van gegevens leiden er tevens toe dat er geen gebruik van de bevoegdheden tot inbeslagneming (artt. 94 tot en met 105 Sv) mag worden gemaakt, indien kan worden volstaan met het toepassen van de voorgestelde bevoegdheden. Als het doel is dat gegevens verkregen worden, dient de vordering op basis van de Wet plaats te vinden. Alleen indien er omstandigheden zijn die ertoe nopen dat de gehele gegevensdrager wordt verkregen, kunnen de inbeslagnemingsbevoegdheden worden toegepast³⁵. Genoemd kan bijvoorbeeld worden het beslag ex artikel 94 Sv op bankrekeningen, in het kader van de waarheidsvinding. Indien het de officier van justitie is te doen om de gegevens omtrent deze bankrekeningen, dan dient hij deze gegevens met inachtneming van artikel 126 nd te vorderen en mag geen beslag worden gelegd.

In de Memorie van Antwoord wordt een voorschot genomen op de beantwoording van de vraag of gegevens die ten behoeve van het opsporingsonderzoek op vrijwillige basis³⁶ zijn verstrekt op verzoek van de opsporingsambtenaar of de officier van justitie, moeten worden aangemerkt als onrechtmatig verkregen en niet mogen bijdragen aan het bewijs. Dit hangt volgens de wetgever af van de omstandigheden van het geval. Hierbij speelt een aantal factoren een rol: de aard van het belang dat geschonden is door het niet-toepassen van de wettelijke bevoegdheid, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Bovendien zal daaraan, indien het niet de verdachte is die is getroffen in het belang dat door de niet-nageleefde rechtsregel wordt beschermd (de Schutznorm), in de regel in de strafzaak geen rechtsgevolg worden verbonden³⁷. Voorts is aangegeven dat de rechter bij gebreke van een inzichtelijk procesdossier, al dan niet op verzoek of verweer van de verdediging, onderzoek zal doen naar de vorderingen die ten grondslag moeten liggen aan gegevensverstrekkingen, indien dit relevant is voor zijn oordeel in de strafzaak³⁸. Bij het voregaande dient te worden opgemerkt dat de Wet ziet op de situatie waarin een opsporingsonderzoek gaande is en de met opsporing belaste instanties op zoek zijn naar informatie. Deze situatie moet onderscheiden worden van de situatie waarin burgers of bedrijven zelf onregelmatigheden signaleren. Hiervan kan uiteraard melding of aangifte worden gedaan bij de politie.

Geen toetsing vooraf, wel beklag achteraf

De Wet voorziet niet in de mogelijkheid om vooraf tegen de vordering beklag te doen. De commissie Mevis gaf aan dat dit ook niet nodig was omdat de strafvorderlijke autoriteit de eventueel vooraf kenbaar gemaakte bezwaren van de houder tegen het verstrekken van gegevens in zijn overwegingen om al dan niet tot een vordering te doen zou betrekken³⁹. Ondanks discussies bij de parlementaire behandeling van de Wet is het standpunt van de commissie Mevis gevolgd. Geoordeeld werd, dat het niet gebruikelijk is dat toepassing van opsporingsbevoegdheden aan de rechter kunnen worden voorgelegd, voordat zij worden uitgeoefend. Alleen voor toepassing van de meest ingrijpende opsporingsbevoegdheden is vooraf een rechterlijke toets vereist, maar deze houdt in dat de rechter-commissaris vooraf een machtiging moet verlenen en niet dat belanghebbenden vooraf het oordeel van de rechter kunnen vragen: deze toets vindt ook plaats bij de vordering verstrekking gevoelige gegevens. Voorts werd geoordeeld dat een toetsing vooraf schadelijk zou kunnen zijn voor het opsporingsonderzoek⁴⁰.

Bij de parlementaire behandeling van de Wet is de vraag gesteld of instellingen van wie gegevens worden gevorderd toch niet minimaal moeten kunnen nagaan of de proportionaliteits- en subsidiariteitsafweging die door de aanvrager gemaakt moet zijn, daadwerkelijk is gemaakt en of deze een marginale toets kan doorstaan. De wetgever heeft aangegeven dat deze vraag ontkennend beantwoord kan worden. De bevoegde opsporingsambtenaar of de officier van justitie is volledig verantwoordelijk voor het toepassen van de bevoegdheid en voor de daarbij te maken afwegingen. De instelling behoeft deze afwegingen niet te toetsen.

Wel dient de instelling na te gaan of de opsporingsambtenaar of de officier van justitie die een vordering gegevens te verstrekken tot hem richt, daartoe bevoegd is. Om de instelling hiertoe in staat te stellen dient in de schriftelijke vordering de titel van de vordering te worden vermeld. Alleen indien een vordering evident onbevoegd is gedaan dient de instelling te weigeren om aan de vordering te voldoen⁴¹.

Indien de financiële instelling om hem moverende redenen toch een toetsing vooraf wenst te forceren is wel ge-

34. *Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 6, blz. 2-3.*

35. *Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 3.*

36. En deze vraag moet eveneens gesteld worden indien ten onrechte sprake is van inbeslagneming ten behoeve van gegevensverrijking.

37. Zie voor een beknopt overzicht van mogelijke consequenties bij onrechtmatig verkregen bewijs M.A.M. Wagemakers, 'Verscherpt integriteitstoezicht in de financiële sector', *FR 2005, nr. 7, blz. 185-189*, in het bijzonder hoofdstuk 6 *Strafvorderlijke gevolgen van onregelmatige informatie-uitwisseling en de aldaar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.*

38. *Kamerstukken I 2004/05, 29 441, C, blz. 2-3.*

39. *Rapport-Mevis, blz. 76.*

40. *Kamerstukken I 2004/05, 29 441, E, blz. 4.*

41. *Kamerstukken II 2002/03, 28 353, nr. 6, blz. 10-11.*

opperd dat - in het uiterste geval - de houder simpelweg zou kunnen weigeren aan de vordering te voldoen. In dat geval wordt echter gehandeld in strijd met artikel 184 Sr (het niet opvolgen van een ambtelijk bevel).

De wens tot voorafgaande toetsing zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn, als een financiële instelling bij een vordering ex artikel 126 nd Sv tevens gevoelige gegevens over zou moeten leggen. De huidige Wet en de daaraan gegeven uitleg, gekoppeld aan het niet door de gegevensverstrekker kunnen toetsen van de vordering op basis van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit maakt het voor de officier van justitie aantrekkelijk om zijn vordering ruim te formuleren. Met een dergelijke ruim geformuleerde vordering kan hij de beschikking krijgen over gevoelige gegevens op basis van artikel 126 nd Sv in plaats van 126 nf Sv. Voorwaarde is wel dat uit de vordering moet blijken dat het gaat om 'bepaalde gegevens'. Het is echter de vraag hoe deze bepaaldheid getoetst kan worden. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat de financiële instelling kan weigeren om aan de vordering te voldoen, omdat deze onvoldoende bepaald zou zijn. Het lijkt mij dat dit of wel rechtstreeks danwel via een beroep op onbevoegdheid bij de vorderende autoriteit (waarschijnlijk de officier van justitie), mogelijk zou moeten zijn. De financiële instelling zou dan kunnen stellen ofwel dat deze nader gespecificeerd zou moeten worden, danwel dat een voorafgaande toets door de rechter-commissaris noodzakelijk is.

Voor toetsing achteraf is aansluiting gezocht bij artikel 552a Sv. Belanghebbenden, waaronder worden begrepen zowel de verstrekende financiële instelling als degene op wie de gegevens betrekking hebben⁴², kunnen zich schriftelijk bij de rechter beklagen over de kennisneming of het gebruik van de gegevens (art. 552a, eerste lid Sv). Ook kan worden verzocht dat de gegevens worden vernietigd (art. 552a, tweede lid Sv). In de Wet wordt artikel 552a, eerste lid Sv, aangevuld. Het beklag kan zich voortaan ook richten tot de vordering van gegevens zelf. Voorts is ingevolge de Wet vorderen gegevens beklag mogelijk tegen de vordering tot medewerking aan het ontsleutelen van gegevens⁴³. Deze aanvullingen zijn opvallend en vragen om een motivering. In de Memorie van Toelichting is aangegeven, dat 'de nieuwe bevoegdheden' aan artikel 552a Sv, eerste lid worden toegevoegd⁴⁴. Er is echter geen sprake van nieuwe bevoegdheden ten opzichte van de Wet, zodat onduidelijk blijft waarom artikel 552a, eerste lid is aangevuld. Temeer nu in de Memorie van Antwoord is aangegeven dat opschortende werking van beklag afbreuk zou doen aan een belangrijk uitgangspunt, namelijk dat de verantwoordelijkheid voor de afweziging of gegevens verstrekt moeten worden in het belang van een opsporingsonderzoek geheel komt te liggen aan de kant van de met de opsporing belaste instanties⁴⁵. Het toevoegen van de mogelijkheid tot beklag tegen de vordering valt hiermee moeilijk te rijmen. Met deze toevoeging wordt immers de mogelijkheid gecreëerd dat op het beklag wordt beslist voordat de gegevens zijn verstrekt⁴⁶.

Artikel 552a, derde en vierde lid Sv zijn niet aangevuld, zodat de termijn voor indiening van het klaagschrift of het verzoek gekoppeld blijft aan de kennisneming der gegevens. Het klaagschrift of het verzoek wordt zo spoedig mogelijk na kennisneming der gegevens ingediend ter griffie van het gerecht in feitelijke aanleg, waarvoor de zaak wordt vervolgd of het laatst werd vervolgd. Het klaagschrift of het verzoek is niet ontvankelijk indien het is ingediend op een tijdstip waarop er drie maanden zijn verstreken sedert de vervolgte zaak tot een einde is gekomen (art. 552a, derde lid Sv). Indien een vervolging niet of nog niet is ingesteld, wordt het klaagschrift of het verzoek zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen twee jaren na kennisneming ingediend ter griffie van de rechtbank van het arrondissement waarbinnen de kennisneming is geschied (art. 552a, vierde lid Sv).

Geheimhouding en de relatie tussen financiële instellingen en hun klanten

Degene tot wie de vordering is gericht neemt in het belang van het onderzoek geheimhouding in acht omtrent al hetgeen hem terzake van de vordering bekend is (art. 126 bb lid 5 Sv). Ingevolge artikel 272 Sr is de derde strafbaar indien deze de geheimhoudingsplicht schendt. Op schending van de geheimhoudingsplicht staat een gevangenisstraf van ten hoogste één jaar of een geldboete van de vierde categorie. De plicht tot geheimhouding geldt zolang het belang van het onderzoek geheimhouding vordert. In beginsel is dit het geval zolang het opsporingsonderzoek loopt. De bepaling strekt ertoe dat de instelling niet op eigen initiatief of op verzoek van de betrokkene mededelingen doet over de vordering, waardoor de cliënt zou kunnen ontdekken dat er een onderzoek loopt tegen hemzelf of tegen een andere hem al dan niet bekende persoon, en het opsporingsonderzoek zou kunnen worden geschaad. Indien de instelling betwijfelt of het belang van het onderzoek nog geheimhouding vordert, kan de instelling hiernaar navraag doen bij de officier van justitie. Contractuele bepalingen over het desgevraagd doen van mededelingen, of wettelijke bepalingen daarvoor, zoals artikel 35 Wbp (dat samengevat het inzage-recht van de betrokkene regelt terzake de verwerking van hem betreffende persoonsgegevens, waaronder mede verstaan de ontvangers van deze verwerkte persoonsgegevens), doen niet af aan de geheimhoudingsverplichting van artikel 126 bb Sv⁴⁷.

Tijdens de parlementaire behandeling is de vraag aan de orde gekomen, in hoeverre geheimhouding in de weg

42. *Kamerstukken II 2001/02, 28 353, nr.3, blz. 15, Kamerstukken II 2003/03, 29 441, nr. 3, blz. 27.*

43. Hier is dus sprake van een opmerkelijke afwijking van de Wet vorderen gegevens financiële sector.

44. *Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 3, blz. 27.*

45. *Kamerstukken I 2004/05, 29 441, C, blz. 7.*

46. Zie ook *Kamerstukken II 2003/04, 29 441, nr. 6, blz. 22.*

47. *Kamerstukken I 2002/03, 28 353, nr. 83b, blz. 6.*

kan staan aan contractsvrijheid. Gesteld werd dat de financiële instelling door de geheimhoudingsplicht gedwongen werd een relatie met een cliënt te blijven aanhouden ten behoeve van het opsporingsonderzoek. In de Memorie van Antwoord is aangegeven dat de instelling door de geheimhoudingsplicht niet gedwongen wordt een relatie met een cliënt te blijven houden. De financiële instelling wordt uitsluitend gedwongen zich te onthouden van het verstrekken van informatie 'omtrent al hetgeen hem terzake de vordering bekend is'. Voor zover contractueel bepaald zou zijn dat de financiële instelling slechts op bepaalde gronden de relatie kan beëindigen, zullen deze gronden inhouden dat feiten of omstandigheden aanwezig zijn die de beëindiging rechtvaardigen. Mocht de officier van justitie van mening zijn dat het schadelijk is voor het opsporingsonderzoek indien de financiële instelling op grond van deze feiten of omstandigheden de relatie wil beëindigen, dan is het denkbaar dat de officier van justitie de instelling verzoekt de relatie nog niet te beëindigen. In een geval waarin dit zich voordoet, dienen de financiële instelling en de officier van justitie te bespreken welke gevolgen dit mogelijk zou kunnen hebben voor de instelling en door wie de eventuele nadelige financiële gevolgen daarvan worden gedragen. De officier van justitie kan de financiële instelling niet dwingen een relatie met een cliënt aan te blijven houden⁴⁸.

Als de relatie wordt beëindigd dan kan de vraag aan de orde komen of de redenen van beëindiging van de relatie, al dan niet in het kader van een dispuut over de opzegging van de relatie, mogen worden medegedeeld. Als voorbeeld kan hierbij worden genoemd de situatie waarin een financiële instelling op grond van artikel 126 ne heeft bijgehouden of gegevens binnenkomen met betrekking tot een cliënt teneinde deze direct aan de officier van justitie te verstrekken. Het is mogelijk dat de financiële instelling hierdoor wordt geattendeerd op gegevens die twijfel doen rijzen over de bonafiditeit van de relatie. Het kennis nemen van de gegevens waarover de financiële instelling de beschikking krijgt in het kader van de eigen dienstverlening aan een cliënt, kan voor de financiële instelling aanleiding vormen om over te gaan tot opzegging van de relatie. De financiële instelling kan zich bij het dispuut op deze eigen gegevens beroepen. Die gegevens zullen op zichzelf dragend moeten zijn voor een eventuele opzegging. Indien de financiële instelling de opzegging tevens zou willen motiveren met het feit dat over de cliënt gegevens zijn gevorderd door het openbaar ministerie, kan de financiële instelling bij de officier van justitie navragen of het belang van het opsporingsonderzoek nog steeds geheimhouding vergt, dan wel of dit belang inmiddels geen rol meer speelt. Hierbij merkt de wetgever nog op, dat enkel het feit dat niet de vordering als zodanig, maar de gegevens van de financiële instelling die bij de uitvoering van de vordering naar voren komen, mogelijk iets over de bonafiditeit van de relatie zouden kunnen zeggen;⁴⁹ de vordering als zodanig zal aan de financiële instelling geen feiten of omstandigheden bekend maken die reden kunnen zijn om een relatie te beëindigen.

Ook is in de Nadere Memorie van Antwoord nog ingegaan op de situatie dat de financiële instelling zich door te voldoen aan het verzoek van de officier van justitie om de relatie te continueren, schuldig zou kunnen gaan maken aan strafbare feiten. Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen in het geval de relatie wordt voortgezet en zou blijken dat een bankrekening wordt benut voor witwaspraktijken. In dat geval dient de financiële instelling de officier van justitie te informeren. Tevens dient de financiële instelling een melding te doen bij het meldpunt ongebruikelijke transacties (artikel 9, juncto artikel 12 Wet MOT). De officier van justitie kan beoordelen of er daadwerkelijk een verdenking is van witwassen. Voor zover hierbij aan de orde zou kunnen zijn dat de handelingen van de financiële instelling zouden kunnen vallen binnen een delictsomschrijving en een strafbaar feit zouden kunnen opleveren, is het volgens de wetgever 'vanzelfsprekend' dat het niet tot vervolging daarvan zal komen. De financiële instelling handelt namelijk op verzoek van de officier van justitie. Het vooraf aan het continueren van de relatie vragen en verkrijgen van strafrechtelijke vrijwaring ligt dan ook in de rede.

Notificatie

Zodra het belang van het onderzoek het toelaat, stelt de officier van justitie de persoon op wie de gegevens betrekking hebben op de hoogte van de toepassing van de bevoegdheid tot het vorderen van gegevens (art. 126 bb, eerste lid Sv). Ratio van deze bepaling is dat er geen ruimte moet bestaan voor geheime opsporing. Bij het achterwege blijven van notificatie zou met name wanneer een strafvorderlijk onderzoek niet resulteert in een strafzaak, de toepassing van heimelijke bevoegdheden anders niet bekend worden en kan deze dus oncontroleerbaar zijn⁵⁰.

De notificatieplicht geldt voor alle voorgestelde bevoegdheden behoudens voor de bevoegdheid tot het vorderen van identificerende gegevens. Als reden hiervoor wordt gegeven, dat de identificerende gegevens een beperkte set van gegevens betreft, die op zichzelf de persoonlijke levenssfeer maar beperkt raken. De notificatieplicht is een waarborg achteraf. Immers, de betrokkene wordt achteraf op de hoogte gesteld van de toepassing van een bevoegdheid. De waarborgen voor een zorgvuldige toepassing van de bevoegdheid zijn volgens de wetgever voldoende geregeld via de schriftelijke vordering en het achteraf opstellen van een proces-verbaal⁵¹.

Gegevens bewaren, gebruiken en vernietigen

Voor het bewaren, het gebruiken en het vernietigen van gegevens die worden verkregen, gelden de regels van de

48. *Kamerstukken I 2002/03*, 28 353, nr. 83b, blz. 7.

49. *Kamerstukken I 2003/04*, 28 353, B, blz. 3-4.

50. *Rapport-Mevis*, blz. 77.

51. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 353, nr.6, blz. 6.

Wet politieregisters. De Wet politieregisters bepaalt dat gegevens die in het kader van een strafvorderlijk onderzoek worden vergaard, in beginsel moeten worden opgeslagen in een zogenaamd tijdelijk register. Een tijdelijk register is een bijzonder register in de zin van de Wet politieregisters. Het opnemen van persoonsgegevens in een tijdelijk register vindt slechts plaats met het oog op het doel waarvoor het register is aangelegd. Dat betekent dat uitsluitend die gegevens worden bewaard die relevant zijn voor het desbetreffende strafrechtelijke onderzoek⁵².

Voor een tijdelijk register gelden enkele bijzondere regels voor het verdere gebruik van de daarin opgenomen gegevens en het vernietigen van gegevens⁵³. Gegevens in het tijdelijk register worden zo spoedig mogelijk vernietigd indien het doel met het oog waarop het register is aangelegd, is bereikt en voor zover de gegevens geen betekenis meer hebben voor een eventueel verder of ander strafrechtelijk onderzoek (artikel 8, achtste lid, Wet Politie-registers). Van de vernietiging van de gegevens wordt proces-verbaal opgemaakt dat gedurende twee jaar wordt bewaard.

Kosten

Artikel 592 Sv bepaalt dat de kosten van een uitlevering van voorwerpen of verstrekking van gegevens ingevolge een bevel van de rechter-commissaris, of op vordering van de officier van justitie of de opsporingsambtenaar aan de betrokken persoon uit 's Rijks kas kunnen worden vergoed. Kosten die aan de naleving van de vordering kunnen worden toegerekend in de vorm van extra personeelskosten en extra administratiekosten komen voor vergoeding in aanmerking, voor zover deze kosten inzichtelijk gemaakt worden⁵⁴. In de aanwijzing gegevensverstrekking financiële dienstverlening⁵⁵ zijn vaste vergoedingen vastgelegd per identificerend gegeven en overigens per uur.

Slot

Dat gegevensverkrijging in het kader van strafrechtelijk onderzoek een betere wettelijke basis behoefde was duidelijk. De in de Wet gekozen systematiek van getrapte bevoegdheden en waarborgen is overzichtelijk. Als we de verschillende artikelen van de Wet bezien, blijken er toch nog diverse onduidelijkheden te zijn. Ten aanzien van de identificerende gegevens is het bijvoorbeeld de vraag wanneer er nog sprake is van 'iemand die daarvoor redelijkerwijs in aanmerking komt' en wanneer er sprake is van willekeur of een fishing expedition. Ook het door de wetgever ingenomen standpunt dat de verantwoordelijkheid terzake de vordering bij de opsporingsautoriteit dient te liggen - de houder van de gegevens hoeft louter de bevoegdheid te beoordelen - klinkt aanlokkelijk, maar brengt in de praktijk toch vragen met zich mee. De bevoegdheidsverdeling is weliswaar overzichtelijk geregeld, maar er zijn wel drie (en inclusief art. 126 nI Sv vier) verschillende bevoegde opsporingsautoriteiten. De bevoegd-

heidsvraag op zichzelf kan dus al lastig te beantwoorden zijn. Dit geldt temeer als er sprake is van onduidelijke of te ruim omschreven vorderingen. Het antwoord op de vraag wie bevoegd is tot het doen van de vordering is immers direct afhankelijk van de vraag welke gegevens worden gevorderd.

Verder is niet duidelijk wat de wetgever beoogt met de binnenkort in werking te treden aanvulling van artikel 552a, eerste lid Sv. Door de gelegenheid te bieden dat beklag wordt ingediend tegen de vordering tot gegevensverstrekking, is het tevens in ieder geval in theorie mogelijk geworden dat voorafgaand aan de gegevensverstrekking op het beklag wordt beslist en door de rechter een inhoudelijk oordeel wordt gegeven. Deze aanvulling is in tegenspraak met de hiervoor beschreven en door de wetgever beoogde verantwoordelijkheidsverdeling.

Daarnaast zal de vraag hoe om te gaan met de in het kader van de vordering door de houder van de gegevens verkregen informatie omtrent een relatie, in de praktijk nog tot lastige afwegingen kunnen leiden. Moet de relatie worden beëindigd of niet, en beschikt de houder over voldoende eigen informatie om de relatie eventueel te beëindigen? Laat de houder van de gegevens zich niet teveel meeslepen in zijn beoordeling door de vordering zelf en hoe om te gaan met de geheimhoudingsverplichting?

Ten slotte zullen er allerlei praktische vragen rijzen omtrent bijvoorbeeld de tijd die nodig is om aan de vordering te kunnen voldoen (is er sprake van dringende noodzaak); de inhoud van het proces-verbaal; de duur van de verplichting van geheimhouding; het moment van notificeren en de kosten die zijn verbonden aan het voldoen van de vordering. Kortom, naast de vele kritische principiële kanttekeningen die door anderen bij deze Wet zijn geplaatst, zijn er ook meer praktische vragen te stellen.

52. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 353, reactie op Advies RvS, B, blz. 8.

53. *Rapport-Mevis*, blz. 79-82.

54. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 441, nr. 3, blz. 27.

55. *Aanwijzing gegevensverstrekking financiële dienstverleners*.