

Trefwoorden: Particuliere recherche, profiling, publiek private samenwerking, verkennend onderzoek, gegevensuitwisseling, doelbinding

Samenvatting: In Nederland lijkt de beleidslijn van publiek private samenwerking in cyberspace door de overheid te zijn ingezet. Het is de vraag in hoeverre de politie persoonsgegevens kan vergaren bij particuliere organisaties en in hoeverre onrechtmatigheid bij de particuliere gegevensverwerking zou moeten worden toegerekend aan de Staat. In deze bijdrage wordt de gegevensvergaring van de politie bij particuliere recherchebureaus in de voorfase van het strafrechtelijk onderzoek getoetst aan het geldend recht.

Publiek private samenwerking in cyberspace – de gegevensvergaring

M.E. Koning*

1 Inleiding

1.1 Publiek private beleidslijn

In de Cyber Security Strategie genaamd *Slagkracht door samenwerking* en andere aan cybercriminaliteit gerelateerde beleidsdocumenten van de Nederlandse overheid wordt veel nadruk gelegd op publiek private samenwerking.¹ Tijdens het nationaal privacy debat in juni 2012 is door het Korps Landelijke Politie Diensten zelfs ‘publiek private samenwerking 2.0’ gepresenteerd.² De werkwijze van de politie, waardoor zij slechts met het bedrijfsleven in aanraking komt als zij een bijzondere opsporingsbevoegdheid gebruikt en bijvoorbeeld gegevens vordert, moet veranderen. Gegevensuitwisseling dient een win-winsituatie te betekenen voor zowel de publieke als de private partij, aldus het Korps Landelijke Politie Diensten.³ De Nederlandse overheid streeft naar centrale coördinatie van de uitwisseling van aan cybersecurity gerelateerde informatie. Sinds januari 2012 dient het Nationaal Cyber Security Centrum (NCSC) als incident-respons organisatie en als platform voor samenwerking tussen publieke en private partijen.⁴

Het aanbod van diensten van private online security-, onderzoeks- en recherchebureaus is sterk groeiend. Grote IT-spelers maar ook kleine eenmanszaakjes kopen gegevens van sociale mediadiensten en/of databrokers en/of crawlen zelf over het web.⁵ Dit alles om zo veel en accuraat mogelijke profielen van internettend Nederland en/of internettende Nederlanders op te stellen. De klanten bestaan uit particulieren, bedrijven en de overheid. De overheid zou mogelijk relevante profielen willen inkopen voor bijvoorbeeld de opsporing van verdachten na ‘rampen’ als het feestje dat geen feestje was in Haren op 28 september 2012. De politie is in dat opzicht geheel begrijpelijk de mening toegedaan dat zijzelf zo min mogelijk gegevens wil verzamelen en geen algemene behoefte heeft aan alle gegevens van Nederlanders die op

* Merel E. Koning is promovenda bij het Privacy & Identity Lab aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij

¹ *Nationale cybersecurity strategie, Slagkracht door samenwerking*, bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 26 643 nr. 174 en de voortgangsrapportages van de Cyber security strategie *Kamerstukken II 2011/12*, 26 643 nr. 246. Zie ook het Concept Inrichtingsplan van de nationale politie *Kamerstukken II 2011/12*, 29 628 nr. 322, p. 56 en het Nationaal Crisisplan ICT *Kamerstukken II 2012/13*, 29 628 nr. 258, p. 10.

Ook in de offlineomgeving is de laatste twee decennia een verandering in het veiligheidsbeleid te zien waarbij in toenemende mate een publiek private aanpak van criminaliteit wordt nagestreefd. Zie in dit verband het proefschrift van Marc Schuilenburg. M. Schuilenburg, *Orde in veiligheid: Een dynamisch perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

² Presentatie Nationaal privacy debat. Tijdscode 5.07.00. Beschikbaar via: http://player.companywebcast.com/idg/20120611_1/nl/start (laatstelijk bezocht op 30 november12).

³ Presentatie nationaal privacy debat. Tijdscode 5.32.00. Beschikbaar via: http://player.companywebcast.com/idg/20120611_1/nl/start (laatstelijk bezocht op 30 november12).

⁴ *Kamerstukken II 2011/12*, 26 643 nr. 246, p. 3.

⁵ Crawlen: Het stelselmatig zoeken naar en indexeren van gegevens op internet. Deze gegevens kunnen indien relevant geacht automatisch worden opgeslagen.

internet te vinden zijn.⁶ Wanneer een specifieke behoefte bestaat klopt de politie aan bij particuliere bedrijven die de analyse en profielverwerking vele malen beter onder de knie hebben dan zichzelf.

De behoefte van de overheid aan informatie en daaraan inherent het verzamelen van persoonsgegevens is sinds begin eenentwintigste eeuw onderhevig aan verandering. Steeds meer politiecapaciteit wordt vrijgemaakt om anticiperend op te treden naar risicogroepen.⁷ Hierdoor ontstaat de vraag in hoeverre de politie persoonsgegevens kan vergaren bij particuliere organisaties zonder dat een concrete verdenking bestaat. Voor zover deze vergaring mogelijk is dringt de vraag zich op in hoeverre onrechtmatigheid bij de particuliere gegevensverwerking zou moeten worden toegerekend aan de politie en of deze toerekening onder het huidig wettelijk kader mogelijk is.

1.2 Politie online zonder verdenking

Onlangs is discussie ontstaan over de mogelijkheden van de politie tot het verzamelen van gegevens uit online bronnen zonder dat een verdenking jegens het datasubject bestaat.⁸ In dit verband concludeert Koops in een tweetal artikelen dat wanneer de politie dit met geavanceerde techniek doet al snel een bijzondere opsporingsbevoegdheid is vereist.⁹ Om een dergelijke bevoegdheid in te kunnen zetten moet een verdenking jegens het datasubject bestaan. Ik deel deze visie en ben dan ook van mening dat de mogelijkheden tot het online vergaren van grote hoeveelheden persoonsgegevens zonder verdenking jegens de datasubjecten zeer beperkt zijn voor de politie.

1.3 Samenwerking als antwoord voor gebrek aan bevoegdheid?

In deze bijdrage wordt onderzocht of de mogelijkheden kunnen worden vergroot door middel van publiek private samenwerking. De publiek private persoonsgegevensuitwisseling tijdens de fase voorafgaand aan het opsporingsonderzoek wordt in dit artikel nader onder de loep genomen. Hierbij wordt het wettelijk kader onderzocht rondom het theoretisch vraagstuk van het op verzoek verstrekken van gegevens door private recherchebureaus aan justitie.¹⁰ De particuliere recherche is in Nederland gereguleerd middels een vergunningstelsel en is naast de Wet bescherming persoonsgegevens gehouden aan de Privacy gedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus van de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties. In deze bijdrage is de private rechercheur niet aan te merken als de bewerk van politiegegevens en hij functioneert als zelfstandige verwerker. Een particulier onderzoeksbureau wordt in de Privacy gedragscode als verantwoordelijke aangemerkt in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens.¹¹ In de eerste plaats verzamelt de private rechercheur voor een derde (niet zijnde justitie) de persoonsgegevens, waarna hij wordt geconfronteerd met de vraag om (een deel van) de gegevens in bulk te verstrekken aan een

⁶ Zie bijvoorbeeld de presentatie nationaal privacy debat. Tijdscode 5.32.00

http://player.companywebcast.com/idg/20120611_1/nl/start (laatstelijk bezocht op 30-11-12).

⁷ Zie voor een overzicht van de veranderingen in het strafrecht naar aanleiding van terrorismebestrijding M.F.H. Hirsch Ballin, *Anticipative Criminal Investigation: Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and the United States*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2012.

⁸ J.J. Oerlemans & E.J. Koops, 'Surveilleren en opsporen in een internetomgeving', *Justitiële verkenningen*, 38-5, p. 35-49.

⁹ J.J. Oerlemans & E.J. Koops, 'Surveilleren en opsporen in een internetomgeving', *Justitiële verkenningen*, 38-5, p. 35-49 en E.J. Koops, 'Politieonderzoek in open bronnen op internet, Strafvorderlijke aspecten', *Tijdschrift Voor Veiligheid*, 11-2, p. 30-46.

¹⁰ In België wordt dit beroep privédetective genoemd. De persoonsgegevensverzameling en verwerking van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf met of zonder winst oogmerk opereert, zonder hiertoe opdracht te hebben gekregen van een derde, wordt buiten beschouwing gelaten. In een dergelijk geval kan men de vraag stellen of voor de gegevensverwerking überhaupt een grond aan te voeren is.

¹¹ Een particulier recherchebureau kan in rechte worden aangesproken op zijn handelen of nalaten door personen die van mening zijn dat jegens hen onrechtmatig is gehandeld. Dit laat onverlet de eventuele aansprakelijkheid van de opdrachtgever in geval van onzorgvuldig handelen of nalaten door een particulier onderzoeksbureau. Overweging 1.8 Privacy gedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus van de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties.

opsporingsinstantie. De focus in dit artikel ligt op het verstrekken van grote niet-geanonimiseerde databestanden met persoonsgegevens van een ruime groep burgers waartegen geen concrete verdenking bestaat.¹² Het verwerken van deze grote bestanden gebeurt met technieken als datamining en/of textmining voorafgaand door de particuliere organisatie of achteraf door justitie zelf. Het is mogelijk om op basis van kenmerken een groep te isoleren (profiling). Hierbij wordt geheel geautomatiseerd gezocht naar verbanden en anomalieën die mogelijk op strafbare feiten kunnen wijzen. Het wettelijk uitgangspunt is sinds de invoering van de Wet bevoegdheden vorderen gegevens dat, waar gegevens gevorderd kunnen worden, de gegevens gevorderd moeten worden.¹³ Het is de politie in beginsel niet toegestaan om aan een derde een verzoek te doen om gegevens vrijwillig te verstrekken.¹⁴ Zolang geen verdenking jegens een datasubject bestaat, kan de bevoegdheid tot het vorderen van gegevens niet worden aangewend. De politie zal in de fase waarbij geen verdenking bestaat dus altijd een verzoek doen tot vrijwillige verstrekking. Deze bijdrage poogt de strafvorderlijke mogelijkheden die de politie hiertoe heeft te onderzoeken. De uitwisseling van gegevens ten behoeve van de handhaving van openbare orde en bevoegdheden ter bestrijding van terrorisme vallen buiten de omvang van dit artikel.

In het eerste deel van deze bijdrage wordt het wettelijk kader van de gegevensverstrekking door de private recherchebureaus onderzocht. Vervolgens wordt ook het vergaren van de gegevensbestanden door de politie aan de hand van het privacyrecht geduid. Hierbij wordt ingezoomd op de mogelijkheid tot het doen van een verkennend onderzoek voorafgaand aan de opsporing. Vervolgens wordt de juridische verantwoordelijkheid van justitie voor onrechtmatigheid bij de verwerking van persoonsgegevens door het particulier recherchebureau nader onderzocht.

2 Gegevensverwerking en het privacyrecht

2.1 Breder Europees kader

De verwerking van persoonsgegevens wordt beschermd middels artikel 8 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.¹⁵ In het handvest wordt de eis gesteld dat deze gegevens eerlijk en voor bepaalde doeleinden worden verwerkt. De verwerking kan slechts plaatsvinden met toestemming van het subject of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Tevens heeft het datasubject recht op toegang tot de over haar verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan. De in het handvest gestelde voorwaarden corresponderen met de Europese dataproctierichtlijn.¹⁶ Deze richtlijn is in het Nederlands recht geïmplementeerd in de Wet bescherming persoonsgegevens, waarvan de relevante artikelen later in deze bijdrage worden besproken. De preambule en art. 52 lid 3 jo. art. 53 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie erkent de positie en waarde die het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) heeft ingenomen in de bescherming van fundamentele mensenrechten binnen de Europese rechtscultuur. Het handvest instrueert de lidstaten en de Europese Unie om hier zo nauw mogelijke aansluiting bij te zoeken. In 1987 legde de Hoge Raad uit dat het privacyrecht in Nederland moet aansluiten bij ontwikkelingen over de grens en dat de inhoud mede moet worden bepaald door het EVRM.¹⁷

¹² Het tot de persoon herleiden van geanonimiseerde data is in veel gevallen een koud kunstje. Hierdoor moet getwijfeld worden aan de toegekende juridische status van geanonimiseerde databestanden onder de Wet bescherming persoonsgegevens. Zie voor de technische aspecten van identiteitsherleiding uit anonieme bestanden: M. Koot, *Measuring and predicting anonymity*, (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: juni 2012.

¹³ *Stb.* 2005, 390

¹⁴ *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, nr. 759. Spontane verstrekking zonder verzoek van justitie valt buiten de omvang van deze bijdrage.

¹⁵ *PbEU* 2000, C 364/01.

¹⁶ *Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens*, *PbEU* 1995, L 281/31.

¹⁷ HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 928.

2.2 Artikel 8 EVRM

In dit artikel zal het EVRM centraal staan. De grenzen aan de verwerking van persoonsgegevens worden afgebakend door de beschermingsomvang van het recht op respect voor het privéleven, ex artikel 8 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft meermaals in haar uitspraken benadrukt dat de bescherming van persoonsgegevens van essentieel belang is voor het uitoefenen van het recht op respect voor het privéleven, zoals neergelegd in artikel 8 van het verdrag.¹⁸ Door het vergaren en verwerken van persoonsgegevens kan een gedetailleerd beeld van iemands leven worden verkregen teneinde tot een mogelijke verdenking te komen. De gegevens in de bestanden van een particulier rechercheur zijn veelal vergaard uit meerdere bronnen en vervolgens gefilterd, gesorteerd, eventueel ontdaan van irrelevant (wellicht ontlastend) materiaal en voorzien van meta data. De verwerking van deze data kan een zwaarwichtige inmenging op het privéleven van het subject behelzen. Bijkomende factor bij deze grootschalige data analyse is het gebrek aan rekenschap van de analyse aan de kant van het onderzoeksobject. Hierdoor dienen eventuele rechtvaardigingsgronden niet lichtvoetig te worden beoordeeld.¹⁹ Het verstrekken van privégegevens door een particulier rechercheur en het vergaren door de autoriteiten vormt derhalve een inmenging op het recht op respect voor het privéleven. Dit is slechts gerechtvaardigd wanneer aan de cumulatieve toetsingscriteria van het tweede lid van artikel 8 EVRM is voldaan.

2.3 De eisen van artikel 8 lid 2 EVRM

Ten eerste moet sprake zijn van een legitiem doel, welke uitputtend zijn opgenomen in het tweede lid van artikel 8 EVRM.²⁰ Het tweede criterium schrijft voor dat de beperkende maatregel bij wet is voorzien. Aan deze eis zijn cumulatieve toetsstenen gekoppeld. De maatregel moet in het nationaal recht zijn vastgelegd en moet voldoende toegankelijk zijn voor het publiek.²¹ De regel moet daarnaast voldoen aan de voorzienbaarheid. Daar het gebruik van vage termen onontkoombaar is,²² bestaat de voorzienbaarheid in het strafrecht uit een voldoende mate van helderheid en niet uit absolute duidelijkheid.²³ Het is belangrijk dat de effecten van de maatregel door de burger kunnen worden ingeschat, zodat het gedrag hierop kan worden aangepast.²⁴ Het Hof eist echter strenge, heldere en gedetailleerde wettelijke bepalingen in geval de inbreuk plaatsvindt ter voorkoming van strafbare feiten en gebruik wordt gemaakt van geavanceerde technologie.²⁵ Tevens wordt een kwalitatief vereiste gesteld: in overeenstemming met de algemene beginselen van de rechtsstaat moet de beperkende maatregel waarborgen bevatten tegen willekeur en misbruik.²⁶

Het laatste criterium van artikel 8 lid 2 betreft de noodzakelijkheid in een democratische samenleving. Deze noodzakelijkheid hangt mede af van de verhouding tussen de ernst van de inmenging op het recht en de rechtsbeleving van de burger en de effectiviteit van de maatregelen in het licht van het na te streven doel. De proportionaliteit en subsidiariteit en de maatregelen die zijn genomen ter beperking van de inbreuk nemen bij het toetsen van dit criterium een centrale rol in.²⁷ Bij deze beoordeling komt de Staat een zekere vrijheid toe om de effectiviteit, proportionaliteit en noodzakelijkheid van de maatregel te beoordelen.

¹⁸ EHRM 27 augustus 1997, nr. 20837/92 (*M.S./Zweden*) § 41.

¹⁹ EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81 (*Leander/Zweden*), EHRM 25 maart 1998, nr. 23224/94 (*Kopp/Zwitserland*).

²⁰ Het EHRM pleegt in haar jurisprudentie weinig aandacht te besteden aan de omlijning en reikwijdte van deze doelen.

²¹ EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79 (*Malone/het Verenigd Koninkrijk*).

²² EHRM 24 mei 1988, nr. 10737/84 (*Müller en anderen/Zwitserland*) § 29.

²³ EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84 (*Huvig/Frankrijk*) § 26.

²⁴ EHRM 1 juli 2008, nr. 58243/00 (*Liberty en anderen/het Verenigd Koninkrijk*).

²⁵ EHRM 30 juli 1998, nr. 27671/95 (*Valenzuela/Spanje*) en EHRM 24 april 1990, nr. 11801/85 (*Kruslin/Frankrijk*).

²⁶ EHRM 26 september 1995, nr. 17851/91 (*Vogt/Duitsland*) § 48. Daarnaast bijvoorbeeld EHRM 25 maart 1983, nr. 5947/72, (*Silver en anderen/het Verenigd Koninkrijk*) § 88.

²⁷ EHRM 25 maart 1983, nr. 5947/72, (*Silver en anderen/het Verenigd Koninkrijk*) § 97.

3 Gegevensverwerking bij de particuliere recherche

3.1 Wettelijk kader particuliere recherche

Een recherchebureau wordt in de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus²⁸ omschreven als een natuurlijke persoon of rechtspersoon die in de uitoefening van een beroep of bedrijf met winstoogmerk op verzoek van een derde gegevens vergaard en verwerkt, in verband met een eigen belang van deze derde en betrekking hebben op een of meer bepaalde natuurlijke personen. De uitwisseling en verwerking van persoonsgegevens van een particulier recherchebureau is onderhevig aan de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en de Privacy gedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus van de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties.²⁹ Deze Privacy gedragscode is goedgekeurd door het College bescherming persoonsgegevens en algemeen verbindend verklaard door de Minister van Justitie.³⁰

3.2 Wet bescherming persoonsgegevens en particuliere recherche

De Wbp schrijft voor dat persoonsgegevens enkel voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden mogen worden verzameld.³¹ Teneinde particuliere recherchewerkzaamheden uit te voeren zijn in de Privacy gedragscode de doelen voor het verwerken van persoonsgegevens nader uitgewerkt. Het betreft onder andere het vastleggen van de resultaten van recherchewerkzaamheden die op verzoek van de opdrachtgever worden ingesteld en het rapporteren van de bevindingen van de onderzoeksopdracht aan de opdrachtgever, alsmede het doen van aangifte van een vermoeden van een gepleegd strafbaar feit bij een opsporingsambtenaar in een concreet geval. Wanneer de gegevens gebruikt worden voor andere doeleinden dan het vervullen van de opdracht van de opdrachtgever, wordt afgeweken van het oorspronkelijk doel.³²

3.3 Doelbinding

Artikel 9 Wbp beperkt gegevensverwerking tot de situaties die verenigbaar worden geacht met het oorspronkelijk doel van de vergaring.³³ Bij de beoordeling van de verenigbaarheid met het oorspronkelijke doel moet rekening worden gehouden met de verwantschap tussen de het nieuwe verwerkingsdoel en het oorspronkelijke verwerkingsdoel. Tevens moet rekening

²⁸ *Stb.* 1997, 500 laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2012, 316. In België is het beroep is gereguleerd in de wet van 19 juli 1991 tot regeling van het beroep van privédetective *B.S.* 02.10.1991, laatstelijk gewijzigd bij wet van 28 april 2010 *B.S.* 10.05.2010. In deze bijdrage wordt alleen de Nederlandse situatie behandeld.

²⁹ Interessant is in dit verband de zaak die bij het Hof van Justitie voor de Europese Unie (HvJ EU) door België aanhangig is gemaakt. Zie HvJ EU 22 oktober 2012, nr. C-463/12 (*Beroepsinstituut van vastgoedmakelaars/Immo 9 BVBA*). Het Grondwettelijk Hof stelt vragen over het juiste evenwicht tussen de in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie beschermde grondrechten en legt de volgende prejudiciële vragen voor aan het HvJ EU: '1. Dient artikel 13, lid 1, sub g, van richtlijn 95/46/EG [...] aldus te worden geïnterpreteerd dat het de lidstaten vrij staat al dan niet in een uitzondering te voorzien op de in artikel 11, lid 1, bedoelde onmiddellijke informatieplicht, indien dit noodzakelijk is ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen of zijn de lidstaten ter zake aan beperkingen onderworpen? 2. Vallen de beroepsactiviteiten van privédetectives, die door het interne recht worden geregeld en worden uitgeoefend ten dienste van overheden die ertoe zijn gemachtigd elke inbreuk op de bepalingen tot bescherming van een beroepstitel en tot organisatie van een beroep aan te klagen bij de gerechtelijke overheden, naar gelang van de omstandigheden, onder de uitzondering bedoeld in artikel 13, lid 1, sub d en g van de voormelde richtlijn? 3. Is, indien het antwoord op de tweede vraag ontkennend zou zijn, artikel 13, lid 1, sub d en g van de voormelde richtlijn verenigbaar met artikel 6, lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, meer bepaald met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie?'. Deze vragen zijn op het moment van schrijven nog niet beantwoord door het Hof.

³⁰ Artikel 23a van de Regeling Particuliere Beveiligingsorganisaties en Recherchebureaus en de goedkeuring van de Privacy gedragscode sector particuliere onderzoeksbureaus van de Vereniging van Particuliere Beveiligingsorganisaties, 28 oktober 2009 *Stcrt.* 2009 nr. 16215.

³¹ Artikel 7 Wbp.

³² De rechtmatigheid van de gegevensverwerking door de private recherchebureaus ex artikel 8 Wbp zelf, valt buiten de omvang van deze bijdrage.

³³ De situatie waarbij justitie zowel de ontvanger van de gegevens als de opdrachtgever van het particuliere recherchebureau is valt buiten de omvang van deze bijdrage.

worden gehouden met de aard van de betreffende gegevens, de gevolgen van de beoogde verwerking voor het onderzoeksobject, de wijze waarop de gegevens zijn verkregen en de mate waarin jegens het onderzoeksobject wordt voorzien in passende waarborgen.³⁴ De factoren zijn niet limitatief en dienen in samenhang met elkaar te worden beoordeeld. Deze doelbeperking wordt beperkt: bij uitzondering kan de eis van verenigbaar gebruik worden doorbroken ten behoeve van de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten. Wel moet in een dergelijk geval worden voldaan aan het noodzakelijkheids criterium, ex art. 43 Wbp.³⁵ Tijdens de parlementaire behandeling van de wet duidde de Minister van Justitie de omvang van artikel 43 door te stellen dat in het algemeen sprake is van onverenigbaar gebruik van persoonsgegevens indien private bedrijven de klantgegevens die zij voor commerciële doeleinden bijhouden, ter beschikking stellen ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten of andere publieke belangen.³⁶ Indien in afwijking van de gedragscode op grond van artikel 43 voor de opsporing van een ernstig strafbaar feit aan de politie persoonsgegevens worden verstrekt, biedt deze bepaling een toereikende grond om uitzondering te maken op de algemene regels van de gedragscode.³⁷ Deze uitzondering dient restrictief te worden geïnterpreteerd en is gebonden aan strikte voorwaarden. Afwijken van de doelbinding op grond van art. 43 Wbp vergt een belangenafweging in het concrete geval, waarbij moet worden voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In een brief aan de kamer betreffende de georganiseerde misdaad concludeert de Minister van Binnenlandse Zaken dat uit de zeer casuïstische jurisprudentie over artikel 43 Wbp kan worden afgeleid dat toepassing slechts is weggelegd voor uitzonderlijke gevallen en niet gebruikt kan worden als een grondslag voor de permanente of anderszins structurele overdracht van gegevens.³⁸

3.4 Doelbinding en gegevensverstrekking aan justitie

Zoals hierboven omschreven zijn ter voorkoming van strafbare feiten enkele regelingen voor het verstrekken van gegevens in de wet opgenomen. In beginsel kan een particulier onderzoeker onderzoek doen ter voorbereiding van het doen van aangifte van concrete strafbare feiten door de opdrachtgever. Bij het doen van aangifte zullen bepaalde gegevens uit het particulier dossier aan de opsporingsinstanties worden verstrekt. Het betreft in een dergelijke omstandigheid gegevensverstrekking in een concreet geval, conform de Privacy gedragscode en doelbinding uit de Wbp. Wanneer de particuliere onderzoeksresultaten daarentegen geen blijk geven van aanwijzingen van strafbare feiten zal aangifte (logischerwijs) uitblijven. Tevens kunnen opdrachtgevers goede redenen hebben voor het nalaten van het doen van aangifte en daarmee het openbaar maken van de onderzoeksresultaten van de hun in de arm genomen particuliere onderzoeker.³⁹ In een dergelijke situatie zou het om een selectie gegevens gaan die is verzameld voor het doen van aangifte in een concreet geval maar niet voor dit doel wordt gebruikt. Wanneer opsporingsinstanties gegevens uit deze selectie onder het bestaan van een concrete verdenking jegens het onderzoeksobject bij een particulier onderzoeker zou vergaren is het de vraag of deze verwerking verenigbaar is met de oorspronkelijk doel van verwerking van de gegevens bij het particulier onderzoeksbureau. Het doel ‘aangifte van strafbare feiten in een concreet geval’ en ‘grootschalige verstrekking voor politie analyse’ ligt beide in het opsporingsstraatje. Rekening dient te worden gehouden met de aard van de gegevens, welke in veel gevallen weinig verhullend zal zijn, iets dat mijns inziens inherent is aan het particuliere onderzoek. De gegevens zullen een of meerdere aspecten van het persoonlijk leven van het onderzoeksobject geheel of gedeeltelijk bloot leggen. Daarnaast kan de verstrekking

³⁴ Artikel 9 lid 2 Wbp.

³⁵ *Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3 p. 92.*

³⁶ *Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 6 p. 31.*

³⁷ *Kamerstukken II 1999/00, 25 892, nr. 92c.*

³⁸ *Kamerstukken II 2008/09, 29911, nr. 23.*

³⁹ Dit neemt niet weg dat een particulier onderzoeker net als iedere andere burger de meldingsplicht heeft van ernstige misdrijven, ex art. 160 Wetboek van Strafvordering. Zie in dit verband ook artikel 136 Wetboek van strafrecht.

verstrekkingen gevolgen voor het onderzoeksobject hebben. De gegevens worden gebruikt als (gedeeltelijke) basis voor het al dan niet nemen van de opsporings- en/of vervolgingsbeslissing. De gegevens zullen door het particulier bureau zelden met toestemming van het in het ongewisse blijvende onderzoeksobject zijn vergaard. Het bieden van passende waarborgen zoals notificatie van de verdere verwerking en het correctierecht van het onderzoeksobject is praktisch gezien onrealistisch en niet verenigbaar met de strekking van data-analyse voor het opsporen van strafbare feiten. Ondanks dat de doelen van verwerking beide in het strafvorderlijk domein liggen is mijns inziens het verstrekken van persoonsgegevens van subjecten waartegen geen concrete verdenkingen bestaan, moeilijk verenigbaar met het verstrekken van gegevens bij een concreet aangifte dossier. Dit alles vanwege de kwantiteit en kwaliteit van de persoonsgegevensverwerking bij particuliere recherchebureaus, de gevolgen van de verwerking voor het onderzoeksobject, de vaak bijna heimelijke wijze waarop een particulier recherchebureau in eerste instantie haar gegevens vergaart en de inherente onmogelijkheid om in passende waarborgen te voorzien jegens het onderzoeksobject. Dan zijn er ook nog de opdrachten die een particulier rechercheur uitvoert zonder het doen van aangifte als doel te hebben. Voor deze groep gegevens is de verwantschap tussen het oorspronkelijk doel en de verstrekking aan de politie voor gegevensanalyse kleiner dan bij het doel van doen van aangifte. Het hierboven overwogene met betrekking tot de aard, de gevolgen, de wijze van vergaring en het gebrek aan passende waarborgen blijft echter ongewijzigd. Het door een particulier recherchebureau aan opsporingsinstanties verstrekken van een bulk persoonsgegevens zonder het bestaan van een concrete verdenking is onverenigbaar met het oorspronkelijke doel van verwerking en derhalve in strijd met artikel 9 Wbp.

3.5 Uitzondering op het doelbindingsprincipe

Bovenstaande conclusie hoeft niet te leiden tot het afblazen van iedere gegevensuitwisseling. Artikel 43 kan een toereikende grond bieden om uitzondering te maken op de algemene regel van de doelbinding. Wanneer sprake is van de opsporing van ernstige strafbare feiten dient een particulier rechercheur vóór de gegevensverstrekking de belangenafweging van proportionaliteit en subsidiariteit in het concrete geval te maken. Bij het verstrekken van een grote bulk persoonsgegevens wordt geen belangenafweging in het concrete geval gemaakt. Om aan de eisen van de Wbp te voldoen dient het particuliere recherchebureau voor verstrekking van gegevens van ieder individueel onderzoeksobject een afzonderlijke belangenafweging te maken.

3.6 Geautomatiseerde verwerking en de beslissing tot verstrekken

Het particulier recherchebureau zal, teneinde de groep te isoleren waarin de politie interesse heeft, op basis van toegekende attributen de onderzoeksobjecten analyseren en categoriseren. Bij bulkverzoeken zal mijns inziens enige vorm van *profiling* worden gebruikt aan de kant van het particulier recherchebureau. Indien het verstrekken van de gegevens vervolgens niet per individueel datasubject ter beoordeling wordt genomen, is dat mogelijk in strijd met artikel 42 Wbp. Dit omdat niemand mag worden onderworpen aan een besluit waaraan voor haar rechtsgevolgen zijn verbonden of dat haar in aanmerkelijke mate treft, als dat besluit alleen wordt genomen op grond van een geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens bestemd om een beeld te krijgen van bepaalde aspecten van haar persoonlijkheid. Ook in het geval dat het samenwerkingsverband niet gericht is op persoonsgegevensuitwisseling maar op de uitwisseling van andersoortige gegevens en incidenteel persoonsgegevens aan de politie worden verstrekt, ontbreekt al snel een wettelijke basis. In geval van grote databestanden met persoonsgegevens staat 'incidenteel' slechts voor relatief incidenteel. Het gaat immers om een groot bestand van een grote groep onderzoeksobjecten. Het verstrekken van de bestanden zonder een concrete afweging hierover per datasubject kan niet onder de uitzondering van artikel 43 Wbp worden gebracht en is in strijd met de wettelijk voorgeschreven doelbinding ex artikel 9 Wbp.

4 Gegevensvergaring bij opsporingsinstanties

4.1 Wettelijk kader gegevensvergaring

De politie is bij het vergaren en verwerken van persoonsgegevens in uitvoering van haar strafvorderlijke taak gebonden aan het legaliteitsbeginsel en de Wet politiegegevens. De vraag is of het op grote schaal vergaren van gegevensbestanden bij een particulier onderzoeker zonder verdenking van concrete strafbare feiten een expliciete basis in de wet behoeft en zo ja, op welke wijze en in hoeverre hierin is voorzien door de wetgever. Het nagestreefde legitieme doel betreft hier het voorkomen van eventuele strafbare feiten. Het gaat om een voorfase van het opsporingsonderzoek waarbij de politie twee strafvorderlijke bevoegdheden voor het opvragen van informatie tot haar beschikking heeft.⁴⁰

4.2 Artikel 2 Politiewet

In de eerste plaats is dit artikel 2 Politiewet (PolW). Dit artikel betreft de algemene taakstelling van de politie om in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven. Aan deze taakstelling kan de politie strafvorderlijke bevoegdheid ontleen mits een niet meer dan geringe inbreuk op de privacy wordt gemaakt.⁴¹ Artikel 2 PolW maakt deel uit van het positieve recht en is beschikbaar voor het publiek. Zoals in het inleidend deel betoogd betreft de gegevensvergaring een meer dan geringe inbreuk op de privacy van de onderzoeksobjecten.

Daarnaast voorziet het artikel niet in waarborgen tegen misbruik en willekeur bij het vergaren van de gegevensbestanden. Het opvragen van grote gegevensbestanden afkomstig van particuliere recherchebureaus om deze door middel van geavanceerde computertechnologie te analyseren ten einde mogelijk strafbare feiten op het spoor te komen, vloeit mijns inziens niet voort uit de algemene opsporingstaak van de politie. Artikel 2 PolW voldoet niet aan de vereiste voorzienbaarheid van artikel 8 lid 2 EVRM en biedt derhalve geen basis voor het op grote schaal vergaren van gegevensbestanden bij een particulier onderzoeker zonder verdenking van concrete strafbare feiten tegen de onderzoeksobjecten.⁴²

4.3 Het kader van het verkennend onderzoek

De tweede mogelijkheid voor informatiegaring zonder concrete verdenking is geregeld in art. 126gg Wetboek van strafvordering (Sv). Het betreft het verkennend onderzoek dat dient ter voorbereiding van de opsporing zoals gedefinieerd in artikel 132a Sv.⁴³ Het onderzoek wordt ingesteld op bevel van de officier van justitie (OvJ) naar een verzameling van personen⁴⁴ waarvan aanwijzingen bestaan dat zij misdrijven plegen dan wel beramen die gezien hun aard

⁴⁰ De uitzonderingen zijn in artikel 43 Wbp slechts in algemene zin geformuleerd. De voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten wordt tijdens de parlementaire behandeling aangehaald als de grondslag criminaliteitsbestrijding. De wetgever geeft aan dat deze gronden voor zich spreken. Artikel 43 sub b Wbp is een implementatie van artikel 13 lid 1 sub d Data protectierichtlijn, *PbEU* 1995, L 281/31. In de richtlijn wordt de uitzondering omschreven als de mogelijkheid voor lidstaten om wettelijke maatregelen te treffen ter beperking van de doelbinding indien dit noodzakelijk is voor het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten. Het onderzoeken van strafbare feiten is in de Nederlandse tekst komen te vervallen. De parlementaire geschiedenis geeft geen expliciete verklaring voor deze afwijking. Wat mogelijk een rol heeft gespeeld is de destijds recente geschiedenis van de IRT affaire en de bevindingen van de commissie van Traa. De minister stelt dat alleen in noodgevallen gehandeld kan worden buiten de procedures in de wet. *Kamerstukken II* 2011/12, 22 112 nr. 1440 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3 p. 171.

⁴¹ HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249.

⁴² Zie een analyse van het open bronnenonderzoek door justitie op grond van artikel 2 Politiewet: E.J. Koops, 'Politieonderzoek in open bronnen op internet. Strafvorderlijke aspecten', *Tijdschrift Voor Veiligheid*, 11-2, p. 30-46 en J.J. Oerlemans & E.J. Koops, 'Surveilleren en opsporen in een internetomgeving', *Justitiële verkenningen*, 38-5, p. 35-49.

⁴³ Onder 'opsporing' wordt verstaan: het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

⁴⁴ Het hoeft nog niet om een georganiseerd verband ex art. 126o Sv te gaan. In de memorie van toelichting wordt over 'verzamelingen van personen' gesproken om te benadrukken dat tussen de personen waar het verkennend onderzoek zich op richt geen directe binding hoeft te bestaan. De groep geeft als collectief aanleiding tot onderzoek. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3 p. 8.

of samenhang een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren.⁴⁵ Op de gegevensverwerking binnen het verkennend onderzoek is de Wet politiegegevens van toepassing.⁴⁶ Het verkennend onderzoek wordt gecategoriseerd als de handhaving van de rechtsorde in een bepaald geval en de verwerking (dus ook het vergaren) vindt plaats op grond van artikel 9 Wet politiegegevens.⁴⁷

Het tweede lid van artikel 126gg Sv geeft de mogelijkheid om een uitzondering te maken op de doelbinding uit de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Indien het noodzakelijk is voor de uitvoering van het verkennend onderzoek kan de OvJ bepalen dat artikel 9 lid 1 van de Wbp niet van toepassing is op daarbij nader aan te geven openbare registers die bij wet zijn ingesteld. In een dergelijk geval is er sprake van publiek publieke gegevensuitwisseling. Voor het verkennend onderzoek is publiek private gegevensuitwisseling zeer marginaal geregeld. In geval van aanwijzingen in de richting van terrorisme kunnen tijdens de verkennende fase geautomatiseerde gegevensbestanden en identificerende gegevens bij particuliere organisaties worden gevorderd, ex art. 126ii en 126hh Sv.⁴⁸ In het kader van art. 126gg Sv zwijgt het wetboek echter over de mogelijkheid tot uitwisseling van private gegevensbestanden met justitie. Dit terwijl de memorie van toelichting het vragen om vrijwillige afgifte van gegevens bij particuliere organisaties prominent als invulling van het verkennend onderzoek noemt.⁴⁹ De memorie van toelichting bij artikel 126gg eerste lid geeft de volgende uitleg: *'Met het onderzoek wordt niet beoogd, concrete feiten op te helderen of een georganiseerd verband in kaart te brengen. [...] Het onderscheid ten opzichte van opsporing zit derhalve in het voorwerp van onderzoek - een grote verzameling burgers ten aanzien waarvan geen verdenking en zelfs geen beeld van een concreet misdrijf hoeft te bestaan - en in de aard van het onderzoek dat wordt verricht: het gaat om gegevensvergelijking en -vergaring waarbij geen bijzondere opsporingsbevoegdheden worden toegepast.'*⁵⁰

Tijdens het onderzoek worden op grote schaal persoonsgegevens verwerkt die ofwel reeds beschikbaar zijn bij de opsporingsinstanties ofwel afkomstig zijn uit open bronnen, dan wel op basis van vrijwillige medewerking zijn verkregen van particuliere organisaties. De verzamelde gegevens worden geanalyseerd en veredeld om vast te kunnen stellen of en op welke wijze misdrijven worden beraamd of zijn gepleegd.⁵¹

4.3.1 Het verkennend onderzoek: wel strafvordering geen opsporing

Het verkennend onderzoek valt binnen het strafvorderlijk domein en is derhalve gebonden aan het legaliteitsbeginsel ex artikel 1 Sv.⁵² De wetgever scheidt in de memorie van toelichting het verkennend onderzoek expliciet van het voorbereidend opsporingsonderzoek omdat het verkennend onderzoek *'geen verband houdt met een terechtzitting'*.⁵³ Deze afbakening heeft verstrekkende gevolgen. Omdat het verkennend onderzoek geen deel

⁴⁵ De procedure tot het bevelen van een dergelijk onderzoek en aanvullende waarborgen zijn nader toegelicht in de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2011, 3240 §3.3. Alvorens een OvJ het verkennend onderzoek kan bevelen moet hij toestemming hebben van het College van procureurs-generaal. Het College toetst of het voorgenomen verkennend onderzoek voldoet aan de door de wet en nadere regelgeving gestelde eisen. Tevens wordt getoetst of het voorgenomen verkennend onderzoek mogelijk maatschappelijke, politieke, economische of publicitaire consequenties zal kunnen hebben en of er sprake is van (territoriale en inhoudelijke) overlap met andere (verkennde) onderzoeken.

⁴⁶ Aanwijzing Wet politiegegevens § 1. *Stcrt.* 2008 nr. 142 en *Stcrt.* 2012 nr. 15024.

⁴⁷ Het geautomatiseerd vergelijken van politiegegevens is in beginsel mogelijk, ex art. 11 Wet politiegegevens. Deze bijdrage gaat niet in op de verdere verwerking van de gegevens door de politie, slechts de vergaring is onderwerp van onderzoek.

⁴⁸ De terrorismebestrijdingsbevoegdheden vallen buiten de omvang van deze bijdrage.

⁴⁹ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403 nr. 3 p. 49.

⁵⁰ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403 nr. 3 p. 49-57. De wetgever noemt het voorbeeld van een sector waar sprake lijkt te zijn van een verdichting van criminele activiteiten en legale werkzaamheden.

⁵¹ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt.* 2011, 3240 §3.3.

⁵² Dit is onder andere af te leiden aan de leiding van de OvJ. Zie ook *Kamerstukken II 25 403*, nr. 3 p. 49.

⁵³ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 403, nr. 8 p. 87. Dit standpunt is aan discussie onderhevig zoals ook Blom in Tekst en Commentaar opmerkt. C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Strafvordering, Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 579.

uitmaakt van de opsporing is de verbaliseringsplicht ex artikel 152 Sv niet van toepassing. Als gevolg hiervan zal een verkennend opsporingsonderzoek niet snel door de rechter kunnen worden getoetst. De vragen of de inmenging op het recht op respect voor het privéleven gerechtvaardigd is en of aan de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging is voldaan blijven onbeantwoord, tenzij tot vervolging wordt overgegaan en de resultaten uit het verkennend onderzoek in het opsporingsdossier worden meegenomen. Het Hof 's-Hertogenbosch bevestigt dat de wet niet voorziet in controle door de verdediging en strafrechter. In een dergelijk geval moeten zich ernstige aanwijzingen voordoen dat bij het verkennend onderzoek onrechtmatig is gehandeld, aldus de het Hof.⁵⁴

4.3.2 Verkennend onderzoek, privacy en gegevensvergaring bij de particuliere recherche

Het grootschalig vergaren van gegevens voor het zoeken naar mogelijke strafbare feiten heeft zijn basis in artikel 126gg Sv. Artikel 126gg Sv maakt deel uit van het positieve recht en is voldoende publiek beschikbaar. Echter het opvragen en vergelijken van gegevens uit de databank van een particulier recherchebureau heeft een geheel ander effect dan analyse van bestanden uit de databank van ieder ander willekeurig bedrijf. De gegevensverzameling van deze bureaus is bij voorbaat gericht op het ontvouwen van een of meerdere aspecten van het persoonlijk leven van een onderzoeksobject. Deze gegevens zijn veelal verzameld na langdurig en intensief onderzoek in een groot aantal bronnen met gebruikmaking van geavanceerde zoektechnieken die mogelijk in strijd kunnen zijn met enige wettelijke bepaling.⁵⁵ Daarnaast was in het verleden bij particuliere recherchebureaus veel mis met de informatieplichten, bewaartermijnen, het gebruik van externe informatiebronnen, doelomschrijving van het onderzoek en de vastlegging van de gebruikte onderzoeksmethoden.⁵⁶

Gegevensvergelijking in de zin van artikel 126gg Sv heeft met deze waardevolle bron een geheel andere betekenis gekregen. Zonder te zijn aangewezen op medewerking van andere particuliere organisaties of haar eigen speurkunsten krijgt justitie gegevens die geheel of gedeeltelijk een beeld vormen van een of meerdere aspecten van het privéleven van een burger waartegen geen verdenking bestaat. De waarborgen tegen misbruik van artikel 126gg Sv bestaan uit het bevel en de leiding van de OvJ, terwijl de daadwerkelijke noodzakelijkheidsafweging in handen van de particulier rechercheur ligt. Rechtelijke toetsing of controle op deze publiek private uitwisseling is in de meeste gevallen uitgesloten en als een zaak al voor de rechter komt geschiedt toetsing slechts indien zich ernstige aanwijzingen voordoen dat bij het verkennend onderzoek onrechtmatig is gehandeld.

⁵⁴ Hof Den Bosch 29 mei 2001, nummer 20/002684-00. Deze uitspraak is niet gepubliceerd maar de overweging wordt integraal aangehaald in HR 8 april 2003, *NJ* 2003, 420. De Hoge Raad beoordeelde de overweging echter niet inhoudelijk. Zie ook: Rb. Zutphen 07 oktober 2009, *NJFS* 2009, 275.

⁵⁵ College bescherming persoonsgegevens *'Particuliere recherche en bescherming van persoonsgegevens'* 23 mei 2006, p. 3-4. En J. Bos, S. Dekkers en G.H.J. Homburg, *Evaluatie Privacy gedragscode particuliere recherchebureaus*, Amsterdam: regioplan 2007.

⁵⁶ College bescherming persoonsgegevens *'Particuliere recherche en bescherming van persoonsgegevens'* 23 mei 2006, p. 3-4. En J. Bos, S. Dekkers en G.H.J. Homburg, *Evaluatie Privacy gedragscode particuliere recherchebureaus*, Amsterdam: regioplan 2007. Meer recente onderzoeken zijn niet beschikbaar. In 2011 zijn Kamervragen gesteld over het handelen van en toezicht op de particuliere recherche. *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, nr. 417. De minister geeft aan dat een traject is opgestart met de branche en de politie en dat met de komst van de Nationale politie de manier van controle verder uitgewerkt zal worden. De politie houdt toezicht op de vergunningen, uniformen, honden, handboeien etc. van de particuliere beveiligings- en recherchebureaus ex art. 11 Wet politiegegevens. Het toezicht op de gegevensverwerking geschiedt door het College bescherming persoonsgegevens, die hier in 2006 het laatste rapport over hebben uitgebracht. De minister haalt bij het beantwoorden van de Kamervragen aan dat bestuursrechtelijk sanctionerend opgetreden kan worden bij geconstateerde overtredingen van de normen van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, waaronder de Privacy gedragscode. Daarnaast noemt de minister dat de branche zelf ook bijdraagt aan verbetering van de naleving door te werken aan verdergaande zelfregulering, onder meer door invoering van een keurmerk voor particuliere onderzoeksbureaus.

Problematisch aan de hierboven omschreven wettelijke constructie is het feit dat in de gehele justitiële keten zelf vrijwel geen zicht is op al dan niet onrechtmatig handelen van de recherchebureaus en slechts in een beperkt aantal gevallen toetsing mogelijk is aan de beginselen van behoorlijke procesorde. De kans is aannemelijk dat in veel gevallen het beeld dat is ontstaan van het privéleven van het onderzoeksobject niet tot een opsporingsbesluit leidt en dus niet wordt getoetst.⁵⁷ Gezien de andere betekenis die het verkennend onderzoek krijgt met het vergaren van gegevensbestanden bij een particulier recherchebureau, het effect op het privéleven van het subject en de zeer beperkte waarborgen tegen willekeur en misbruik is mijns inziens niet voldaan aan de eis van voorzienbaarheid. Aan het criterium van *voorzien bij wet* van artikel 8 lid 2 EVRM is aldus niet voldaan. Artikel 126gg biedt derhalve geen basis voor het op grote schaal vergaren van gegevensbestanden bij een particulier recherchebureau zonder verdenking van concrete strafbare feiten jegens de onderzoeksobjecten.

5 Gegevens ‘witwassen’ via samenwerking niet mogelijk

Onder het huidige wettelijk stelsel hebben opsporingsinstanties geen strafvorderlijke middelen om grote databestanden met persoonsgegevens van burgers waartegen geen concrete verdenking bestaat van particuliere recherchebureaus te vergaren.⁵⁸ Deze conclusie toont overeenkomst met de conclusie van Koops in zijn artikel *Politieonderzoek in open bronnen op internet*.⁵⁹ Hij onderzocht de mogelijkheden voor justitie om zelf in open bronnen op internet onderzoek te doen en concludeert dat voor dit onderzoek indien geavanceerde technologie wordt gebruikt al snel een bijzondere opsporingsbevoegdheid of een verkennend onderzoek in de zin van artikel 126gg Sv is vereist. Koops stelt dat ondanks dat surveilleren op internet in de memorie van toelichting onder de reikwijdte van artikel 2 PolW is gebracht, hier kwalitatieve en kwantitatieve grenzen aan gesteld zijn. Hierbij acht hij het gebruik van technische hulpmiddelen en de intensiteit van het zoeken in uiteenlopende internetbronnen relevant. Zoals in paragraaf 4.3.2 betoogd zal wanneer een verkennend onderzoek bestaat uit het opvragen en verwerken van een grote set persoonsgegevens bij een privaat recherchebureau de controle door justitie op de vergaringsmethodiek en de zorgvuldigheid van de gegevensverwerking vervallen. Het gebruik van technische hulpmiddelen en de mate van intensiteit van het onderzoek op internet door private recherchebureaus komen veelal overeen met handelingen waarvoor Koops overtuigend beargumenteert dat indien deze door de politie worden uitgevoerd een bijzondere opsporingsbevoegdheid is vereist. Het zou in strijd zijn met de beginselen van de rechtsstaat wanneer de politie voor handelingen die zij zelf niet mag bij een private rechercheur aanklopt in de hoop dat die nog wat bruikbare gegevens op de plank heeft liggen.⁶⁰

6 Positieve verplichting onder het EVRM

Het gebrek aan zicht op de vergaring neemt niet weg dat justitie in een samenwerkingsverband rechtstatelijk wordt geacht de controle te hebben. Het is de vraag of onrechtmatige handelingen van een particulier recherchebureau aan de Staat kunnen worden toegerekend. Het EHRM heeft zich nooit uitgelaten over publiek private samenwerking in het voorbereidend opsporingsonderzoek of verkennend onderzoek onder leiding van de OvJ. Slechts een enkele keer heeft het Hof geoordeeld in een zaak waar publiek private samenwerking een rol speelde in de voorfase van een opsporingsonderzoek. In de zaak *A tegen Frankrijk* besloot een benaderde huurmoordenaar zijn opdrachtgeefster bij de politie aan te geven voorafgaand aan de uitvoering van de opdracht. Onder meeluisterend

⁵⁷ De vraag of onder deze omstandigheden nog een daadwerkelijk rechtsmiddel openstaat valt buiten de omvang van deze bijdrage.

⁵⁸ De vraag of dergelijke publiek private samenwerking voldoet aan de eisen van het derde criterium van artikel 8 lid 2 EVRM (noodzakelijkheid in een democratische samenleving) valt buiten de omvang van deze bijdrage.

⁵⁹ E.J. Koops, ‘Politieonderzoek in open bronnen op internet, Strafvorderlijke aspecten’, *Tijdschrift Voor Veiligheid*, 11-2, p. 30-46

⁶⁰ Men moet ook niet denken aan de situatie waarbij justitie private recherchebureaus de opdracht geeft om de handelingen uit te voeren waartoe zij bevoegdheid ontbeert.

oor van de politie besprak hij de datum, prijs et cetera. De geluidsopname kwam tot stand in de voorbereidende fase van het opsporingsonderzoek door nauwe samenwerking tussen de huurmoordenaar en een agent. De opname van het gesprek is beoordeeld als een onrechtmatige inmenging op het respect voor de correspondentie van de opdrachtgeefster. Vervolgens stond de vraag centraal of deze inmenging op het conto van de staat Frankrijk diende te komen. Het Hof oordeelde dat de rol van de agent en de burger moeilijk waren te onderscheiden. De burger vatte het plan op om het gesprek op te nemen en nam contact op met de politie. De agent stelde op zijn beurt zijn kantoor en taperecorder beschikbaar zonder voorafgaande goedkeuring van zijn leiding. Het Hof oordeelt dat de overheid dermate betrokken was bij de opname dat op haar een positieve verplichting rust om dergelijke horizontale inbreuken te voorkomen.⁶¹

In een latere zaak herhaalt het Hof haar standpunt. Zij rekent wederom handelingen van burgers aan een Staat toe wanneer deze in nauwe samenwerking met de politie ter voorbereiding van een onderzoek zijn verricht. In de zaak *M.M. tegen Nederland* werd een burger gebruikt om bewijs te verzamelen in een strafzaak. Het Hof acht het onwaarschijnlijk dat een burger bij samenwerking de controle heeft en benadrukt dat het accepteren van dergelijke argumenten gelijk staat aan het toelaten van het ontwijken van verantwoordelijkheden en verplichtingen van de opsporingsinstanties door private partijen bij de opsporing in te zetten.⁶²

Ook in de zaak van *Vondel tegen Nederland* oordeelt het Hof dat de Staat een positieve verplichting heeft tot het waarborgen van fundamentele rechten in horizontale verhoudingen.⁶³ In deze zaak was wederom opname apparatuur door de politie verschaft aan een burger. In dit geval betrof het een door de overheid ‘gerunde’ infiltrant. Deze kreeg op enig moment instructies van de overheid.⁶⁴ In deze zaak ging het om langdurige samenwerking tussen de politie en een burger waarbij laatstgenoemde de opgenomen gesprekken deels voor eigen doeleinden voerde maar deze ook doorspeelde naar de politie. Het Hof rekende de inbreuk aan de Staat toe herhaalde dat het accepteren van dergelijke argumenten gelijk staat aan het toelaten dat opsporingsinstanties hun verantwoordelijkheden en verplichtingen ontwijken door private partijen bij de opsporing in te zetten. In de hierboven omschreven zaken betrof de private partner een burger die bij het maken van de inbreuk apparatuur en instructies kreeg van de overheid. In het hierboven uitgewerkte theoretische vraagstuk gaat het om gespecialiseerde recherchebureaus. Het is aannemelijk dat de politie de recherchebureaus niets aan uitleg hoeft te geven en dat de mogelijkheden van het digitaal Recherchen zelfs door private rechercheurs aan de politie worden onderwezen. Mijns inziens gaat de overweging van het Hof temeer op wanneer de gegevens door justitie worden verkregen bij een gespecialiseerd recherchebureau waarmee een samenwerkingsverband is aangegaan om op structurele wijze gegevens uit te wisselen om een win-winsituatie voor beide partijen te creëren.

7 Conclusie en aanbevelingen

In dit artikel concludeer ik dat de benodigde wettelijke basis ontbreekt voor publiek private samenwerking in de zin van persoonsgegevensvergaring door justitie bij een privaat recherchebureau tijdens de strafvorderlijke fase voorafgaand aan een concrete verdenking. Aan twee kanten zit het mis. Aan de ene kant handelt een particulier recherchebureau in strijd met de doelbinding ex artikel 9 Wbp wanneer zij, buiten aangifte om, grootschalig gegevens verstrekt aan de politie. Aan de andere kant ontbeert de politie bevoegdheid om de gegevens zonder concrete verdenking bij een particulier rechercheur te vergaren. Wanneer de politie de gegevens simpelweg overneemt van een gewillige private partner die op een win-winsituatie hoopt, wordt met de strafvorderlijke waarborgen en de bescherming van fundamentele

⁶¹ EHRM 23 november 1993, nr. 14838/89 (*A. /Frankrijk*) § 35-36.

⁶² EHRM 8 april 2003, nr. 39339/98 (*M.M. /Nederland*) § 40 originele tekst: "To accept such an argument would be tantamount to allowing investigating authorities to evade their responsibilities under the Convention by the use of private agents."

⁶³ EHRM 25 januari 2008, nr. 38258/03 (*Van Vondel/Nederland*).

⁶⁴ EHRM 25 januari 2008, nr. 38258/03 (*Van Vondel/Nederland*) § 49.

rechten een loopje genomen. Ik vraag mij af of de onlangs verschenen brief ter aankondiging van de uitbreiding van opsporingsbevoegdheden in cyberspace alle heikele punten van het online politiewerk aansnijdt.⁶⁵ Beleidstechnisch lijkt de lijn ingezet waarbij publiek private samenwerking de uitkomst moet bieden voor een groot aantal obstakels in cyberspace. Wellicht dat de politie via deze samenwerkingsverbanden praktisch gezien een eind komt. Of deze samenwerking ook in rechte stand houdt en dus daadwerkelijk bijdraagt aan het handhaven van de rechtsorde is gezien hetgeen hierboven is uitgewerkt nog maar de vraag. Mijns inziens lijkt een inventarisatie van de publiek private samenwerkingspraktijk op zijn plaats zodat concreet aan verzelfstandiging van de politie en het waarborgen van fundamentele rechten (ook in horizontaal verband) kan worden gewerkt.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 28 684, nr. 363.