

Ontwikkelingen op het snijvlak van privacybescherming, transactietechnologie en opsporings- en Sanctiewetgeving

Naar verwachting zal de komende jaren steeds vaker door de rechter het bestaand overheidsbeleid en de handhaving worden getoetst aan de relevante internationale regels op het gebied van de grondrechten als privacy en de onschuldpresumptie. Zeker in de Nederlandse financiële sector gaat dit spelen omdat het Nederlandse ambitieniveau verder strekt dan de overeengekomen internationale standaarden.

Dit is te zien in de brief van het Ministerie van Financiën op 14 januari 2020 aan de Tweede Kamer over de voortgang van het aanpakken van witwassen. In het bijzonder luidt de ambitie is om, in verband met de aanstaande beoordeling (Mutual Evaluation) door de Financial Action Task Force on Fraud (FATF), verder te gaan dan de internationale afspraken en standaarden voorschrijven¹:

Met deze initiatieven gaan we verder dan de internationale standaarden voorschrijven. We verwijzen daarbij naar onze ambitie om bij de evaluatie door de FATF in 2021 tot de koplopers te behoren.

Daarom is onderstaand overzicht geschreven, om te verhelderen dat, al zijn er regels die een bevoegde handeling bevatten, **altijd ook nog een ex-ante proportionaliteits- en subsidiariteits-toets nodig is, bij zowel publieke als private actoren, om de feitelijke rechtmatigheid te borgen.**

1. Visie Autoriteit Persoonsgegevens: massa-surveillance karakter AMLD op gespannen voet met mensenrechtprincipes en uitspraken Europees Hof

De invoering en transpositie van de gewijzigde vierde anti-witwas Richtlijn in Nederlandse regelgeving leidde tot een opmerkelijk advies van de Autoriteit Persoonsgegevens. In feite stelde de AP dat de hele AMLD5 in strijd zou kunnen zijn met de vereisten onder mensenrechten in EU. Dit deed zij in haar advies² aan de Tweede Kamer, onder verwijzing naar het Digital Rights Ireland Arrest:

Voorop staat dat de anti-witwasrichtlijn niet ongeldig is verklaard. Op de regering rust voorts de plicht om de voorliggende wijziging van de richtlijn te implementeren. Aan de andere kant volgt uit het voorgaande dat door het arrest van het Hof van Justitie van de EU in de zaak Digital Rights Ireland, de vraag zich meer opdringt of de anti-witwasrichtlijn en de implementatie daarvan in overeenstemming is met het recht op bescherming van persoonsgegevens, zoals neergelegd in onder meer het Handvest; meer specifiek of de anti-witwasrichtlijn, wijzigingsrichtlijn en (voorgestelde) implementatiewetgeving voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. Opvallende punten daarbij zijn het “masssurveillance”-karakter van het cliëntenonderzoek waardoor voortdurend bijna elke EU-burger en bovendien massa’s burgers buiten de EU worden gemonitord.

Nu ook in Europa nieuwe antiwitwas regels op stapel staan, mede geïnspireerd vanuit de Financial Action Task Force on Fraud, leek het de European Data Protection Board belangrijk om heel expliciet eind december 2020 het volgende statement af te geven. Het doel is om de juridische mensenrechtenkaders nog eens onder de aandacht te brengen van de regelgevers die zich richten op anti-witwasmaatregelen en vergelijkbare opsporingskaders³:

The EDPB considers it as a matter of the utmost importance that the anti-money laundering measures are compatible with the rights to privacy and data protection enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the principles of necessity of such measures in a democratic society and their proportionality, and the case law of the Court of Justice of the European Union.

¹ Ministerie van Financiën, Kamerbrief voortgang plan van aanpak witwassen, 14 januari 2020, p 4.

² Autoriteit Persoonsgegevens, Advies Implementatiewet wijziging vierde antiwitwasrichtlijn, 7 maart 2019, [link](#).

³ European Data Protection Board, Statement on the protection of personal data processed in relation with the prevention of money laundering and terrorist financing, 15 december 2020, [link](#).

2. Wetenschappelijke inzichten over spanning tussen mensenrechten en massale opsporingswetten/regels

Inhoudelijk bezien kan voor de juridische overwegingen rond de proportionaliteit van massasurveillance regels als de Anti-witwas Richtlijn in Europa ook te rade gegaan worden bij het proefschrift van C. Kaiser uit Groningen.⁴ Dit proefschrift wordt ook door de AP aangehaald en onderzoekt of naar analogie van de Data Retentie Richtlijn Telecom (welke wegens strijdigheid mensenrechten moest worden ingetrokken) ook de AMLD in Europa daarmee in strijd zou kunnen zijn. Het antwoord is bevestigend:

Therefore, based on the seriousness of the interferences with the rights to privacy and data protection caused by the sweeping surveillance measures of the Antimoney laundering Directive, and on the line of case law in which the CJEU has not hesitated to invalidate instruments it considered inadequate, no other outcome of a proportionality assessment of the measures of the Anti-money laundering Directive than the invalidation of the Directive can be expected or indeed desired.

De auteur benoemt hierbij 17 serieuze zorgpunten, neergelegd in een omvattend betoog waarbij met name het proportionaliteitsargument een relevante invalshoek is. In de praktijk kan dit alleen op case-by-case basis worden opgepakt en eindigt de discussie pas, wegens gebrekkige aandacht en respect voor die principes bij de regelgever, als de rechter daar een uitspraak over doet:

Assessing the proportionality of a legal measure is in principle left up to the law-maker. The regulator, however, has shown in the past a marked disregard for the careful application of this principle. A second evaluation of the proportionality of a given legal measure is therefore often necessary, but on the European level it can only be undertaken by the CJEU upon a challenge to a certain legal act, which requires a lengthy and often costly procedure.

Therefore, the weaknesses of the principle of proportionality in its current implementation are, firstly, that it is in practice largely left up to the courts which can only rule on concrete challenges, and secondly, that such a challenge can only be directed against individual legal measures. The combination of these obstacles to a proportionality review results in great difficulties for the civil population to protect their rights to privacy and data protection against the law-maker. Successful challenges by NGOs such as Digital Rights Ireland and individuals such as Max Schrems are rather rare exceptions.

Een meer politiek-economische analyse van de dynamiek van surveillance toezichtregels is te vinden in het proefschrift van Mara Wesseling, *The European fight against terrorism financing: Professional fields and new governing practices*.⁵ Hierin wordt de metafoor van het theater gebruikt om de Europese witwasrichtlijn (toen nog de derde) en de ontstaansgeschiedenis ervan te analyseren. Er wordt hierin duidelijk hoe de terrorismekaart in EU en VS sinds de jaren 90 is gespeeld om regelgeving, met beperkte rol voor de politiek, in het voordeel van opspoorders om te buigen

The shortcomings of the risk-based approach – lack of transparency and accountability – are important in the light of the finding that the Third Directive has a theatrical function in reassuring citizens and financial markets but is not well suited to combating terrorism financing. In fact, detecting terrorism financing through the monitoring of clients and transactions is very complicated. The cost of terrorist acts is relatively low and decreasing, the financing of an attack does not necessarily require atypical financial behaviour and the occurrence of terrorist acts is too rare and similarities between the methods of financing are too low to establish meaningful scenarios.

⁴ Kaiser, C., *Privacy and Identity Issues in Financial Transactions: The proportionality of the European anti-money laundering legislation*, Carolin Kaiser, Groningen, 2018 ([pdf](#)).

⁵ Wesseling, M. (2013). *The European fight against terrorism financing: Professional fields and new governing practices*. ([pdf](#)).

3. Rol Privacy First in discussies

Privacy First wees het Ministerie van Financiën al in 2019 op de relevantie van het data-retentie arrest van het Hof van Justitie bij het formuleren van vergaande controle-eisen en data-verzamelingsvoorschriften voor aanbieders van crypto-diensten.⁶ Ook wees zij op de vraag hoe zich de internationale aanbevelingen van de FATF over crypto-assets, waaraan het Ministerie van Financiën als deelnemer zelf bijdraagt, zich verhouden tot de Europese verdragen en regels die de privacy beschermen.

Het antwoord vanuit het Ministerie van Financiën benoemde vooral de noodzaak voor individuele aanbieders om te voldoen aan de Algemene Verordening Gegevensbescherming.⁷ Dit beknopte en onbevredigende antwoord was voor Privacy First aanleiding om in Juli 2019 in haar rapportage aan de speciale VN-rapporteur voor Privacy in a digital age, te wijzen op de spanning die er bestaat tussen de internationale mensenrechten-afspraken en de werkwijze van de Nederlandse overheid op het gebied van aanbevelingen en maatregelen rond crypto-bedrijven en crypto-assets.⁸

Meer in het bijzonder wees Privacy First in haar bijdrage op de toezegging, gedaan door de Nederlandse regering, om de volgende aanbeveling van de VN Mensenrechtenraad uit 2017 over te nemen:

*Take necessary measures to ensure that the collection and maintenance of data for criminal [investigation] purposes does not entail massive surveillance of innocent persons.*⁹

De aanbeveling is, aldus de toelichting van de regering destijds aan de Tweede Kamer, vertaald naar het actieplan Mensenrechten (zie later in deze notitie).

Ook nadien uitte Privacy First, in het voorjaar 2020, zorgen over de verregaande regelgeving die het Ministerie van Financiën invoert op grond van de gewijzigde vierde anti-witwas Richtlijn. In een met de cryptobedrijven gezamenlijk opgestelde brief aan de Eerste Kamer werd opgeroepen om de drie voorliggende wetsvoorstellen op rond van de AMLD5 zorgvuldig te behandelen:

Onze zorg is verder dat, bij de nu voorliggende opzet van regelgeving, onvoldoende recht wordt gedaan aan de verplichtingen onder artikel 8 lid 2 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Paragraaf 9 van het aangehaalde juridisch en beleidsmatig kader van de Gegevensbeschermingseffectbeoordeling verwijst namelijk in het geheel niet naar het EVRM. Een vraag aan de Raad van State zou kunnen zijn of er, in het licht van het toepasselijke EVRM, sprake is van een redelijke verhouding tussen het maatschappelijk belang en de inbreuk op het privéleven en of die verhouding na de gegevensbeschermings-effectbeoordeling duidelijk is omschreven? Dit speelt eens te meer gezien de recente [uitspraak rond het Systeem Risico Indicatie \(SyRI\)](#).

*Wij raden daarom met klem aan om de voorlichting van de Raad van State zich uit te laten strekken tot alle drie de wetten. Zo wordt de rechtmatigheid en proportionaliteit van de behandeling van klant- en UBO-gegevens voor alle drie de wetten afzonderlijk, alsook in de juiste samenhang beoordeeld.*¹⁰

De genoemde heroverweging door de Raad van State heeft niet plaatsgevonden.

⁶ Europees Hof van Justitie 21 december 2016, Tele2 (C-203/15 & C-698/15), [link](#).

⁷ Tweede Kamer, 32013, Nr 217, Brief van Minister van Financiën dd 12 juni 2019 aan Privacy First, [pdf](#).

⁸ Submission of Privacy First to the fifth periodic review of the Netherlands by the UN Human Rights Committee, Addendum, 2 June 2019, pagina 6, [link](#).

⁹ Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Netherlands, UN Doc. A/HRC/36/15 (18 July 2017), para. 131.121. [Addendum - accepted-link](#).

¹⁰ Brief van VBNL en Privacy First aan Voorzitter en Fractieleden van vaste Commissie voor Financiën van de Eerste Kamer, 25 februari 2020, Amsterdam/Nijmegen ([link](#)).

4. VN-resolutie: Privacy in a digital age

Het is opmerkelijk om te zien dat de lokale regelgevers en financiële toezichthouders alleen verwijzen naar wetsartikelen als het gaat om de borging van mensenrechten als privacy en de onschuldpresumptie, welke hun grond vinden in internationale verdragen. Er wordt slechts beperkt ingegaan op de proportionaliteitsvraag. Ook wordt het concept poortwachter als valide en legitiem concept gepositioneerd. Dat roept echter spanning op met de VN Resolutie 'Privacy in a digital age' welke staten oproept:¹¹

(j) To refrain from requiring business enterprises to take steps that interfere with the right to privacy in an arbitrary or unlawful way, and to protect individuals from harm, including that caused by business enterprises through data collection, processing, storage and sharing and profiling, and the use of automated processes and machine learning;

De vraag is of niet achter de eufemistische terminologie 'poortwachter' een concept schuilgaat waarin de overheid juist dat doet wat in de VN resolutie staat dat niet de bedoeling is. Private bedrijven moeten op massale schaal data verzamelen en vasthouden omwille van opsporingsdoeleinden.

Daarbij is uiteraard de realiteit dat de overtuigingskracht van toezichthouders met machtsmiddelen aanzienlijk groter is dan die van individuele klanten of hun belangenorganisaties die niet over de financiële middelen beschikken om hun recht op privacy bij de rechter te doen borgen. Ook kan geconstateerd worden dat het concept poortwachter als 'frame' vertrouwd en geaccepteerd is bij een breed publiek. Dat doet echter aan de potentiële onrechtmatigheid ervan niet af.

5. Internationale mensenrechten en Nationaal Actieplan Mensenrechten 2020

In theorie erkent de Nederlandse overheid welzeker de relevantie van dit soort internationale afspraken. Deze verdragsverplichtingen vinden bijvoorbeeld hun doorwerking in het Nationaal Actieplan Mensenrechten 2020, dat zeer nadrukkelijk een Integraal Afwegingskader neerlegt waarin bij alle beleidsvorming en ontwerp van regelgeving, een aparte grondrechten-toets aan de orde is.¹²

De overheid moet zorgen dat beleid en regelgeving voldoen aan mensenrechtennormen. Daarom is er aandacht voor dit onderwerp in het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK), dat moet worden toegepast bij het maken van nieuw beleid en regelgeving. Het IAK biedt beleidsmakers en wetgevingsjuristen de normen waaraan goed beleid en goede regelgeving moeten voldoen. Het kabinet heeft de normen vastgesteld. Het IAK bevat ook ondersteunende hulpmiddelen en achtergrondinformatie.⁴⁶

Onderdeel van de rechtmatigheidstoets in het IAK is een 'Checklist grondrechten' die behulpzaam kan zijn bij de toetsing aan hoger recht, waaronder mensenrechtenverdragen. Er zijn ook nog verschillende verder uitgewerkte hulpmiddelen beschikbaar, zoals een 'Handleiding nationale toetsing EU Handvest', een 'Handleiding economische, sociale en culturele rechten' en een 'handleiding eigendomsrecht onder het EVRM'

Dit is echter vooral theorie. Dat de genoemde toets aan grondrechten in de praktijk bij de overheid nauwelijks plaatsvindt blijkt uit de cases die inmiddels bekend zijn geworden over het discriminerend handelen van de Belastingdienst rond de toeslagen (boete van de AP), het rechterlijk oordeel over de SyRi-systematiek en de verstrekking van fraudeindicatoren door de Belastingdienst aan ruim 200 instellingen. Daarbij komt dan ook dat vaak nog sprake is van gebrekkige ICT-huishouding van overheidsinstellingen meegenomen (GGD-datalek als meest recente voorbeeld).

¹¹ The right to privacy in the digital age : resolution / adopted by the Human Rights Council on 26 September 2019 ([link](#)).

¹² Nationaal Actieplan Mensenrechten 2020, pagina 52, [link](#).

6. Massa-surveillance en mensenrechten in de financiële sector

Het proefschrift van Wesseling beschrijft de politieke dynamiek die ten grondslag ligt aan het inrichten van het 'theater' van opsporing, vervolging en witwassbestrijding en anti-terrorisme financiering. Door telkens dit frame te kiezen wordt de politiek geforceerd tot het telkens instemmen met vergaande en intrusieve regelgeving. Met iedere keer nieuw anekdotisch materiaal van terroristische aanslagen wordt het 'script' herhaald en haasten politici zich om telkenmale te onderschrijven dat ze de doelen van witwasbestrijding en voorkomen van financieren van terrorisme uiteraard onderschrijven.

Opmerkelijk is dat het principe van subsidiariteit onderbelicht blijft. Men lijkt zich in de politieke discussie beperkt te beseffen hoe uitgebreid de regels zijn en deze neerkomen op massa-surveillance, profilering en data-broadcasting buiten het zicht van het data-subject. Het subsidiariteits-principe, het idee dat de genoemde doelen ook met minder vergaande bevoegdheden of meer specifieke controle/rapportage structuren (on-demand, op basis van opsporingsbevel) bereikt kunnen worden - komt beperkt aan de orde. Opsporingsorganisaties doen daarbij ook vaak een beroep op geheimhouding wegens hogere belangen.

Op deze manier ontstaat een cluster aan handhavingsautoriteiten die zich, gevrijwaard door wetsartikelen en generieke clausules over het staatsbelang en publieke belang, vrij achten om verder vorm te geven aan de monitoring en massa-surveillance van onschuldige burgers en niet schromen om te handhaven bij private partijen die vraagtekens zetten bij proportionaliteit en subsidiariteit van de verzoeken.

Onderzoekers van de UvA constateerden, in opdracht voor het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) plaatsn hierover in 2020 de volgende kritische kanttekeningen:¹³

(1) De Nederlandse samenwerkingsplatformen en ook het Nederlandse veld van actoren betrokken bij de bestrijding van terrorismefinanciering wordt gekenmerkt door korte lijnen. Hoewel dit van groot belang is voor het vertrouwen tussen de actoren en bijdraagt aan de effectiviteit van het systeem, werpt het ook vragen op hoe deze nauwe samenwerking zich verhoudt tot kritisch toezicht (voorkomen van 'group think'), objectieve verantwoording en een duidelijk inzicht wie waarvoor verantwoordelijk en aansprakelijk kan worden gehouden.

(2) Innovatieve samenwerkingsplatformen zoals FEC Project TF en de TF Taskforce waren in het begin met name gericht op uitreizigers: hoe verhoudt zich dit tot de manier waarop de dreiging zich ontwikkelt en zijn de samenwerkingsplatformen wendbaar genoeg?

(3) Het FEC, de CT Infobox en de TF Taskforce zijn allen opgezet aan de hand van een Convenant. De vraag is of de bestaande Convenanten voldoende zijn om de afspraken over samenwerking en informatie uitwisseling te regelen, zeker nu de platformen groeien. De werkwijze en convenanten van de Taskforce zouden geëvalueerd moeten worden aan de hand van de principes van good governance voor public-private information sharing zoals geïdentificeerd door RUSI inclusief principes voor toezicht, transparantie en bezwaarprocedures;

(4) Samenwerkingsplatformen zoals het FEC Project TF en de TF Taskforce kennen tot nu toe zeer beperkte openbare verslaglegging. Het uitbreiden en waarborgen van de juridische basis van deze initiatieven kan baat hebben bij een openbare en geïnformeerde discussie over de effectiviteit, proportionaliteit en procedures.

¹³ M. de Goede, M. Wesseling, *Beleid Bestrijding Terrorismefinanciering Effectiviteit en Effecten (2013-2016)*, December 2018, UvA in opdracht van Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC), vrijgegeven als kamerstuk door Ministerie van Financiën op 14 januari 2020 ([pdf](#)).

7. De administratiefrechtelijke wettelijke regels rond bestrijden witwassen en terrorismefinanciering

De huidige politieke en maatschappelijke realiteit is nog steeds dat het frame van witwasbestrijding en voorkomen terrorismefinanciering dominant is in het publieke domein. Ook de rechterlijke macht al snel meegaat in de redenering dat sprake is van een terechte handhaving op partijen die zich niet aan de administratiefrechtelijke regels houden. Daarbij wordt voorbij gegaan aan een belangrijke en doelbewuste ontwerpkeuze.

Als onderdeel van het publiek/politieke debat staat in de juridische structuur van de samenleving civielrecht, strafrecht en administratiefrecht naast elkaar. In de huidige wetten is sprake van een fikse hoeveelheid verplichtingen in het financieel toezichtrecht om allerlei identificatie en opsporingstaken te vervullen, zonder dat sprake is van een bevoegde titel onder de reguliere strafrecht regels. De zogeheten poortwachters fungeren als onbezoldigde en onbevoegde politieambtenaren, welke rol geschraagd wordt door specifieke toezichtwetten.

Ten principale is echter de vraag of de combinatie van strafrecht en civielrecht niet voldoende zou zijn om de maatschappelijke thema's rond witwassen en terrorismefinanciering op te pakken. Elk bedrijf heeft een groot eigenbelang om niet mede strafbaar of medeplichtig te zijn aan witwasmisdrijven. En elk bedrijf heeft een groot belang om zeker te weten met wie zaken gedaan wordt en op dat punt passende controle's uit te voeren, naar gelang de aard van de transactie. Daarbij biedt het strafrecht nu al de gelegenheid om op verzoek klantgegevens te vorderen, mits voorzien van een passende opsporingsbevoegdheid.

Het administratiefrechtelijke bouwsel dat is neergezet in het financieel toezicht waarin private partijen als poortwachter op straffe van torenhoge boete's moet gaan functioneren en handelen als onbezoldigd (en onbekwaam) opsporingsbeambte, is te zien als een uitvloeisel van de dominante rol van opsporingsautoriteiten in het politieke debat. De poortwachter wordt zelfs met een juridische vrijwaring aangemoedigd/aangespoord tot het volledig identificeren, aanleveren en massaal surveilleren van de eigen klanten, in opdracht van de overheid. De in het strafrecht gebruikelijke waarborgen, die ertoe zien dat van dataoverdracht alleen sprake is indien sprake is van gerede verdenking, ernstige misdrijven en een bevoegd verzoek van een strafrechtelijke opsporingsautoriteit zijn hiermee verwaterd. De vraag is of deze in de praktijk nog werkelijk inhoud hebben.

Tekenend is in dit verband dat voor het FIU-meldingssysteem geen enkele openbare informatie beschikbaar over de manier waarop het beveiligd is en de gegevensbeschermingseffectbeoordeling die daarop van toepassing is. Uit de openbare documentatie die beschikbaar is kan verder worden afgeleid dat de technische specificaties verder gaan dat de wettelijke bepalingen in de Wwft, artikel 16.

Opmerkelijk is verder dat alleen al de terminologie 'ongebruikelijke' transacties, in combinatie met kwantitatieve objectieve rapportagecriteria erop wijst dat de transactie-meldplicht in Nederland niet voldoet aan de vereiste die onder mensenrechtverdragen voor elke dataverstrekking geldt: een pressing social need en indicaties dat er daadwerkelijk een misdrijf aan de hand is. Dat de enkele overschrijding van een kwantitatieve waarde voldoende indicatief is voor het bestaan van een ernstig misdrijf, als bedoeld in de internationale mensenrechtenregels is uit de aard van de zaak vergezocht. Langs die lijn zou elke overboeking van meer dan 15.000 euro van/naar spaar- en bankrekeningen als een serieus misdrijf moeten worden gekwalificeerd.

8. Recente ontwikkelingen rond transactietechnologie en financieel toezicht

Er zijn diverse juridische discussies gaande op het snijvlak van transactietechnologie, opsporing en financieel toezicht regelgeving. Te denken is aan de invoering van een register van Ultimate Beneficiary Owners, waarover Privacy First een rechtszaak voerde, maar ook de invoering van de Tweede Betalingsverkeerdiensten richtlijn heeft de nodige stof opgeworpen. Dit laatste heeft zelfs geleid tot een samenwerkingsprotocol tussen de Autoriteit Persoonsgegevens en DNB, om de afstemming en overleg over regels uit het financiële toezicht en uit privacyregelgeving te bevorderen.

Een belangrijk arrest van 2020 was verder het Schremm arrest dat Facebook verbood om gegevens over Europese klanten naar de VS te brengen. Genoemd arrest is tekenend voor een trend waarin de rechterlijke macht niet schroomt op te treden waar de regelgevende macht er onvoldoende in slaagt de grondrechten van bedrijven en burgers te borgen.

Voor de jaren 2021 en daarna staat met name de verdere samenwerking tussen banken en overheid in massale transactiemonitoring op de agenda. Het is opmerkelijk te zien hoe hierin alleen het vraagstuk van witwassen en terrorismebestrijding aan de orde is (gebaseerd op multinationale samenwerking, maar niet op internationale verdragen) en slechts weinig een link gelegd wordt met de beter in VN-verdragen vastgelegde principes van mensenrechtbescherming.

Het is evenzo opmerkelijk dat kwantificering van de problematiek nauwelijks plaatsvindt, vanuit de overheid, juist omdat dit zou kunnen aantonen dat wél sprake is van proportionele en effectieve maatregelen. Bij gebreke hieraan is de realiteit dat al de intrusieve transactiemonitoring al twintig jaar lang op grond van anekdotische vertogen rust. Dat sluit aan bij de ervaringen in de financiële sector, waar algemeen bekend is dat de overmaat aan dataverzameling en retentie schril niet tot enig aantoonbaar effect leidt, dat niet ook uit gewone klassieke opsporing was gevolgd.

De afwezigheid van harde analyses en feiten vanuit het overheidsdomein en de beperkte politieke wil om hiervoor zorg te dragen spreekt boekdelen. Ook in de meest recente nationale Risico-Assessments rond witwassen en terrorismefinanciering wordt uitvoerig toegelicht waarom het zo lastig of onmogelijk was om te kwantificeren. De vraag kan worden gesteld of ten principale, zonder zulke harde cijfers, het proportionaliteitsbeginsel en/of subsidiariteitsbeginsel kan worden hardgemaakt. Is de inbreuk op de privacy en onschuldpresumptie werkelijk passend bij de effectiviteit van de vereiste verplichtingen?

9. VN-Guiding Principles for Business en Human Rights

Een minder vaak belicht onderdeel in deze discussie is de directe verplichting van bedrijven, om de verplichtingen onder Resolutie 17/4 van 16 juni 2011 te honoreren. De mensenrechtenraad adopteerde toen de zogeheten: Guiding Principles for Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework ([HR/PUB/11/04](#)).

These Guiding Principles are grounded in recognition of:

- (a) States’ existing obligations to respect, protect and fulfil human rights and fundamental freedoms;*
- (b) The role of business enterprises as specialized organs of society performing specialized functions, required to comply with all applicable laws and to respect human rights;*
- (c) The need for rights and obligations to be matched to appropriate and effective remedies when breached.*

These Guiding Principles apply to all States and to all business enterprises, both transnational and others, regardless of their size, sector, location, ownership and structure.

De verplichtingen strekken zich breed uit over allerlei soorten bedrijven en dienstverlening en omvatten alle relevante mensenrechten:

11. Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.

12. The responsibility of business enterprises to respect human rights refers to internationally recognized human rights – understood, at a minimum, as those expressed in the International Bill of Human Rights and the principles concerning fundamental rights set out in the International Labour Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.

13. The responsibility to respect human rights requires that business enterprises: (a) Avoid causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities, and address such impacts when they occur; (b) Seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships, even if they have not contributed to those impacts.

14. The responsibility of business enterprises to respect human rights applies to all enterprises regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure. Nevertheless, the scale and complexity of the means through which enterprises meet that responsibility may vary according to these factors and with the severity of the enterprise’s adverse human rights impacts.

Het is opmerkelijk dat tezelfdertijd diverse financiële instellingen de mond vol hebben van ethisch handelen, van ESG principes (Environmental; Social - inclusief mensenrechten ; Governance) maar de verdere doorwerking naar wat het betekent voor de eigen dataverwerkingen en massa-surveillance in opdracht van de staat achterwege blijft. Een consistente toepassing van ESG-principes of Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen, zou ook tot een andere houding of reflectie kunnen leiden rond de betrokkenheid van een private instelling als uitvoerende arm van de massa-surveillerende overheid.

De realiteit van dit moment is daarbij dat alle relevante handhavingsspelers het werkelijke gesprek rond deze thema's niet willen voeren. Een bedrijf dat in opdracht van de advocaat bij een derdeninformatieverzoek van de Belastingdienst kritische vragen stelt over proportionaliteit en de mate waarin de derde zélf al verzocht is om die gegevens aan te leveren krijgt na een toelichtend telefonisch gesprek alsnog een dreigende e-mail met verwijzing naar strafbaarheid bij geen gehoor geven aan het verzoek. De sop is de kool niet waard en het bedrijf voldoet.

Een en ander gebeurt in de huidige context van torenhoge boete's rond overtreding van witwaswetten en een volstrekt afwezig zicht op de risico en impact van de onbevoegde dataleveringen. Dat neemt niet weg dat bedrijven in de financiële sector ongewild mee kunnen werken en onderdeel kunnen zijn van een informatieverwerkings-situatie waarin hun eigen klanten, op grond van een algoritme bij een overheidsinstelling, tot in lengte van jaren onterecht gebrandmerkt kunnen worden, zonder de herkomst van die brandmerking te kunnen achterhalen tot de private dataverstrekking die eraan ten grondslag lag.

Daarbij is ook van belang dat aan overheden, onder deze zelfde internationale VN-regels, een plicht toekomt tot consistentie in beleid. Het moet niet zo zijn dat het ene overheidsorgaan op grond van de eigen wetten en regels een massasurveillance verplichting oplegt die bij een ander overheidsorgaan (zoals Autoriteit Persoonsgegevens) of na oordeel van rechter als onrechtmatig betiteld zou kunnen den worden. Principe 8 van deze VN guiding principles legt een overheidsplicht neer om de toetsing op grondrechten en mensenrechten onderdeel te maken van de eigen werkwijze.

10. Maatschappelijk perspectief: opsporing tegen alle kosten?

Sinds de SyRi uitspraak en het kindertoeslag schandaal in 2020 is duidelijk dat massale dataverwerking en profilering ernstig kan ingrijpen in het leven van burgers. In 2021 werd ook duidelijk, na de val van het kabinet, dat de Belastingdienst lijsten met fraudeurs aan [reeksen organisaties verspreidde](#). Het zoeklicht kwam te staan op de Stichting Inlichtingenbureau als private entiteit met een grote dataverzameling, mede gevoed door publieke autoriteiten.

Alhoewel de samenleving sterker polariseert lijkt er een kantelpunt te zijn ontstaan door de volstrekt onbillijke werkwijze van de overheid zelf. Het is duidelijk dat privacy en zorgvuldige verwerking van data, uitsluitend voor het afgesproken doel, niet slechts relevant is in het commerciële domein maar ook in het overheid-burger domein. Een strengere roep om bescherming en een groter beroep op de rechter om de mensenrechten te borgen zullen daarvan het gevolg kunnen zijn.

Het is daarbij wachten op het moment dat hetzij journalistiek, politiek of in concrete rechtszaken de bestaande werkwijze van handhavingsautoriteiten of private sector verder aan het licht komt.

11. Uitdagingen private sector

De uitdaging voor financiële instellingen in Nederland is om vanuit de eigen maatschappelijke verantwoordelijkheid een positie te kiezen over de manier waarop wordt voldaan aan de verplichtingen uit het administratiefrecht onder gelijktijdige balancering van de plicht om mensenrechten te beschermen.

Dit geldt in het bijzonder voor onevenredig belastende 'eisen' rond transactiemonitoring (in feite opgedragen massa-surveillance van onschuldige burgers) welke zich soms zelfs ook uitstrekt tot buiten het domein van de formele juridische relaties van een instelling (begunstigden van transacties in verzekeringsdomein etc).

Waar op dit moment de heersende publieke en financieel-rechtelijke analyse en strafstructuur is gericht op het voldoen aan dit soort intrusieve handelingen is niet uit te sluiten dat latere generaties (juridische) waarnemers zich zullen verbazen over de manier waarop de private sector van nu haar eigen plicht om mensenrechten, privacy en briefgeheim te respecteren zo'n beperkt belang heeft toegedicht.¹⁴

Zoals ook het proefschrift Kaiser opmerkt is het op dit moment alleen de feitelijke rechtsgang en concrete casuïstiek die verandering kan brengen in het gedrag van toezichthouders en overheid. Hoewel dus juridisch duidelijk is (o.a. SyRi-case) dat een te intrusieve datacollectie/monitoring en retentie zeker een disproportionele privacyschending kan inhouden, vergt het in de financiële sector van dit moment, bij het huidig handhavingsklimaat, de nodige vastberadendheid bij private partijen om een eigen koers te blijven varen om de internationale verankerde grondrechten te respecteren.

Hopelijk breekt in zowel het politieke als handhavingsdomein snel het besef door dat de premisse: 'het staat in de wet en daarom mogen we het' een -op zich begrijpelijke- maar feitelijk onjuiste weergave is van de juridische realiteit. **Alleen indien vooraf die voorafgaande proportionaliteits- en subsidiariteitstoetsing heeft plaatsgevonden kan gesteld worden dat sprake was van een rechtmatige handeling.**

De correcte premisse is dus beter: 'het staat in de wet, we zouden het wellicht mogen, mits er sprake is van een serious crime en de verplichte opsporingshandeling aan private partijen vooraf getoetst is aan proportionaliteit en mits die niet op enig andere, minder intrusieve manier, kan worden gerealiseerd.'

26 maart 2021, Amsterdam

¹⁴ Lelieveldt, S, Contemplating 75 years of freedom: a dark story on three Dutch lessons never learnt, May 2, 2020 - contemplative blog, [Financieel Erfgoed](#).