

De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
17 februari 2015

Uw kenmerk
525682

Contactpersoon
J.M.A. Timmer

Onderwerp
Advies op het conceptwetsvoorstel inzake de wijziging van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering in verband met de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 18 november 2014 heeft u de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) om advies gevraagd over het conceptwetsvoorstel inzake de wijziging van de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafvordering in verband met de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische communicatiediensten. Dit advies is voorbereid door de leden van de vereniging en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

Strekking wetsvoorstel

Het wetsvoorstel voorziet in de aanpassing van de Telecommunicatiewet en betreft de heroverweging van de termijnen voor het bewaren van bepaald aangewezen telecommunicatiegegevens ten behoeve van het algemene belang van de opsporing en vervolging van ernstige misdrijven, zodat deze worden vastgesteld op hetgeen strikt noodzakelijk is voor dat doel. Daarbij worden de verschillende categorieën van te bewaren gegevens beperkt tot de gegevens die stikt noodzakelijk zijn voor de opsporing en vervolging van ernstige misdrijven. Voorts wordt voorgeschreven dat de telecommunicatiegegevens op het grondgebied van de Unie worden bewaard. Het wetsvoorstel voorziet tevens in de aanpassing van het Wetboek van Strafvordering. Dit betreft de beperking van de bevoegdheid van de officier van justitie tot het vorderen van historische verkeersgegevens. Voorgesteld wordt dat een dergelijke vordering slechts kan worden gedaan na voorafgaande rechterlijke toetsing. Tevens wordt de regeling van de toegang tot de bewaarde gegevens in verband met telefonie over een vast of mobiel netwerk en het internet aangepast, zodat de bewaarde gegevens slechts gedurende een periode van zes maanden kunnen worden geraadpleegd ten behoeve van de opsporing of vervolging van strafbare feiten waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is.

Advies

Algemeen

Het Europese Hof van Justitie heeft in zijn uitspraken van 8 april 2014 in de zaken C-293/12 en C-594/12 de Europese dataretentie richtlijn (2006/24/EG) ongeldig verklaard. De uitspraken hebben de wetgever genoopt tot een kritische blik naar de huidige regeling van dataretentie en vormen een directe aanleiding voor het thans voorliggende wetsvoorstel. De NVvR onderschrijft dat de wet in het belang van het recht op privacy van de burger de nodige waarborgen dient te bieden ter bescherming en beveiliging van diens bewaarde telecommunicatiegegevens, temeer waar het gaat om de toegang tot de gegevens, de technische beveiliging van de bewaaromgeving en de opslag binnen de Europese Unie. Anderzijds wijst de NVvR erop dat de wet zó moet zijn ingericht dat de veiligheid van de burger evenzeer optimaal kan worden beschermd door het politieke en justitiële apparaat en dat daarbij moet worden onderkend dat telecommunicatiegegevens (gebruikers- en verkeersgegevens) in de praktijk van groot belang blijken te zijn voor een effectieve opsporing en vervolging.¹ Het recht van de burger op veiligheid is immers evenzeer een groot goed, net als diens recht op privacy. Hiertussen moet worden gezocht naar een balans, hetgeen ook in de genoemde uitspraken van het Europese Hof van Justitie tot uitdrukking wordt gebracht.

De vraag kan worden gesteld of die balans met het voorliggende wetsvoorstel – met name waar het gaat om (de verkorting van de termijn van) de bewaarplicht – niet onevenredig is doorgeslagen ten gunste van het recht op privacy. Tevens kan de vraag worden gesteld of dit niet ten koste gaat van de opsporingspraktijk van de officier van justitie en daarmee de veiligheid van de burger. Tenslotte vraagt de NVvR zich af of het wetsvoorstel niet méér bescherming beoogt te bieden dan het Europese Hof blijkens de hierboven genoemde uitspraken van de Lidstaten verlangt. De NVvR vreest dat het strafrechtelijk systeem verder onder druk zal komen te staan doordat het wetsvoorstel een wijziging beoogt in de toetsende autoriteit, hetgeen een groei aan administratieve lasten met zich mee zal brengen, terwijl juist één van de doelstellingen van de op handen zijnde hervorming van het wetboek van strafvordering is om de administratieve belasting van de strafrechtsketen terug te brengen. Ook meent de NVvR dat de wijziging van de toetsende autoriteit tevens een wettelijke systeembreuk betekent, hetgeen hieronder verder uiteen zal worden gezet, waarbij bovendien moet worden opgemerkt dat de uitspraken van het Europese Hof in de visie van de NVvR ook op dit punt niet tot een dergelijke wijziging nopen.

Inhoudelijk

Opgemerkt zij vooreerst dat gebruikers- en verkeersgegevens geen informatie bevatten over de *inhoud* van de communicatie. Indien men van de inhoud van telefonie- en internetcommunicatie wil kennisnemen, is dat alleen mogelijk door middel van interceptie. Hiervoor is een machtiging van de rechter-commissaris nodig. Voor het beschikbaar maken van de gebruikers- en verkeersgegevens voor opsporingsdiensten, is een gerichte vordering van de officier van justitie aan de aanbieder nodig. Bij het doen van die vordering toetst de

¹ "De Wet bewaarplicht Telecommunicatiegegevens. Over het bewaren en gebruiken van gegevens over telefoon- en internetverkeer ten behoeve van de opsporing." ISBN 978-94-6236-041-9.



officier van justitie aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, zodat alleen die gegevens worden verkregen die strikt noodzakelijk zijn voor het opsporen van strafbare feiten. Het gebruik van de gegevens wordt ten slotte beoordeeld door de zittingsrechter indien het tot een strafzaak komt. In de praktijk zijn geen gevallen bekend waarin de toepassing van de huidige regeling door de rechter als onrechtmatig is aangemerkt. Het bewaren en gebruiken van verkeersgegevens voor de opsporingspraktijk houden derhalve een beperkte inbreuk op de privacy van de gebruiker in, terwijl de huidige regeling met de nodige waarborgen is omkleed.

Beperking periode bewaarplicht

De bewaarplicht van gebruikers- en verkeersgegevens ten behoeve van de opsporing van strafbare feiten is, zoals ook het Europese Hof constateert, als zodanig niet strijd met het recht van de Europese Unie c.q. de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie of artikel 8 van het EVRM. Artikel 7 en 8 van het Handvest en artikel 8 EVRM vereisen dat de bewaartermijn een 'beperkte periode' betreft. De NVvR vindt in de bovengenoemde uitspraken noch in het Europese recht aanknopingspunten voor de veronderstelling dat de huidige wettelijke bewaartermijnen van 12 maanden voor telefoniegegevens en 6 maanden voor internetgegevens niet zou kunnen worden aangemerkt als een dergelijke 'beperkte periode' en dat een wetswijziging op dit punt noodzakelijk zou zijn.

Bovendien voorziet de NVvR dat in de praktijk als gevolg van een dergelijke beperking van de periode van bewaarplicht beduidend minder strafbare feiten zullen kunnen worden opgespoord en opgelost dan thans het geval is.

Gelet op het belang van de telecommunicatiegegevens voor de opsporings- en vervolgingspraktijk bij het handhaven van de huidige bewaartermijn - overigens ook hier afgewogen tegen de relatief beperkte inbreuk op het privacy-recht -, adviseert de NVvR met klem om een algemene verplichting tot het bewaren van telecommunicatiegegevens voor de duur van de huidige wettelijke termijn in stand te laten en deze niet verder te beperken.

Toegang tot de bewaarde gegevens

Het wetsvoorstel maakt voor wat betreft de toegang tot de bewaarde gegevens onderscheid tussen misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is en misdrijven waarvoor eveneens voorlopige hechtenis mogelijk is maar waarop een gevangenisstraf van acht jaar of meer is gesteld. Voor de strafbare feiten waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is, kunnen de bewaarde gegevens slechts worden geraadpleegd gedurende een termijn van zes maanden voorafgaand aan de datum van de vordering. Voor de feiten waarvoor gevangenisstraf van ten minste acht jaar of meer kan worden opgelegd kunnen de bewaarde gegevens over een langere periode worden geraadpleegd, namelijk gedurende een periode van twaalf maanden. De voorgestelde wijziging komt gedifferentieerd neer op een halvering van de huidige bewaartermijnen. Beoogd wordt om hiermee aan de hand van een objectief criterium nadere differentiatie aan te brengen in de beschikbaarstelling van de gegevens. Een dergelijk differentiatie zoals die thans concreet wordt voorgesteld, komt de NVvR onwenselijk voor.

De praktijk is vaak weerbarstig, en de feiten gecompliceerder. In de praktijk zal bij de aanvang van een opsporingsonderzoek niet altijd aanstonds duidelijk zijn hoe de uiteindelijke kwalificatie van de feiten waar het opsporingsonderzoek zich op richt, zal luiden, en zal gaande het opsporingsonderzoek kunnen blijken dat de feiten ernstiger,



structureler of meer georganiseerd zijn dan deze zich aanvankelijk lieten aanzien. De bevoegdheden 'opschalen' zal bij een regeling als thans is voorgesteld, mogelijk geen zin meer hebben omdat de termijn voor bevraging van gegevens inmiddels verstreken zal zijn. De relatief korte bewaartermijnen zullen bij dergelijke ontwikkelingen in een opsporingsonderzoek fataal kunnen blijken te zijn. Bij dit alles verdient aandacht dat er ernstige strafbare feiten zijn aan te wijzen met een grote maatschappelijke impact waarvan de maximale strafdreiging lager is dan zes jaar. Gedacht kan worden aan delicten als gewoonteheling, seriematige ladingdiefstallen, ramkraken, gewoontewitwassen. In dergelijke onderzoeken zou de opsporing bemoeilijkt worden door de thans voorgestelde verkorte termijn van zes maanden.

De NVvR adviseert de Minister om af te zien van de voorgestelde regeling.

Toetsingsautoriteit

In het wetsvoorstel wordt de rechter-commissaris geïntroduceerd als de toetsende autoriteit. De rechter-commissaris zou dan in plaats komen van de officier van justitie die daartoe in de huidige regeling bevoegd is. De memorie van toelichting gaat echter niet in op de achtergrond van deze wijziging. Weliswaar overwoog het Hof van Justitie – zoals ook opgenomen in de memorie van toelichting - dat de gewraakte Europese richtlijn geen objectief criterium bevatte ter beperking van het aantal personen dat werd geautoriseerd voor de toegang en het verdere gebruik van de gegevens, tot hetgeen strikt noodzakelijk was in het licht van de te bereiken doelen, en dat de toegang van de bevoegde autoriteiten tot de bewaarde gegevens niet afhankelijk was gesteld van voorafgaande toetsing door een gerecht of een onafhankelijk bestuurlijk orgaan naar aanleiding van een gemotiveerd verzoek van de aangewezen autoriteiten, doch de NVvR merkt op dat in haar visie uit de uitspraken van het Hof van Justitie niet (zonder meer) volgt dat de officier van justitie als toetsende autoriteit binnen het huidige wettelijk kader niet zou voldoen. De officier van justitie moet bovendien – ook naar Europese maatstaven - heel wel in staat worden geacht en in een voldoende onafhankelijk positie verkeren om in concrete strafzaken een dergelijke toets aan het proportionaliteit- en subsidiariteitsbeginsel te kunnen doen.

Bovendien koerst deze wijziging aan op een systeembreuk. Het wetboek van strafvordering gaat thans uit van de gedachte dat hoe zwaarder de inbreuk is op de privacy, hoe 'hoger' de toetsende autoriteit. Vanuit die gedachte alsmede gelet op de regelingen die ingrijpendere bijzondere bevoegdheden tot opsporing op bevel van de officier van justitie bevatten, vermag de NVvR niet in te zien waarom een minder ingrijpende bevoegdheid tot het vorderen van gebruikers-/verkeersgegevens, waar hier sprake van is, de officier van justitie zou moeten worden ontnomen en aan de rechter-commissaris zou moeten worden toegekend.

Daarnaast voorziet de NVvR dat de voorgestelde regeling onmiskenbaar zal leiden tot een grote toename van het aantal vorderingen die bij de rechter-commissaris zullen worden ingediend. Vertragingen in de gang van zaken binnen het kabinet van de rechter-commissaris zullen onvermijdelijk zijn bij een gelijkblijvende bezetting, met alle onwenselijke gevolgen van dien voor tal van procedures waarin de rechter-commissaris een rol heeft. De NVvR verzoekt de Minister dan ook af te zien van deze wijziging in toetsingsautoriteit in het wetsvoorstel.





De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,

Prof. dr. M.E. de Meijer
voorzitter

