

Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden

2071

Vragen van het lid **Pechtold** (D66) aan de minister van Justitie over *het ongrondwettig verklaren van de Richtlijn bewaarplicht telecomgegevens door het Duitse Constitutionele Hof* (ingezonden 12 maart 2010).

Antwoord van minister **Hirsch Ballin** (Justitie) (ontvangen 29 maart 2010).

Vraag 1

Wat is uw reactie op het ongrondwettig verklaren van de Duitse implementatiewetgeving van de dataretentie-richtlijn door het Bundesverfassungsgericht (BvG)?¹

Antwoord 1

Ik heb met veel belangstelling kennis genomen van de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht van 2 maart 2010 over de implementatie van de richtlijn 2006/24/EG (1 BvR 256/08). Het Bundesverfassungsgericht toetst de omzetting van de bepalingen van deze richtlijn, ook bekend als de richtlijn dataretentie, aan het in artikel 10 van de Duitse Grondwet verankerde recht op de vertrouwelijkheid van telecommunicatie («Telekommunikationsgeheimnis»). Inbreuken op dit recht zijn volgens het Bundesverfassungsgericht verenigbaar met de Duitse Grondwet wanneer deze een gemeenschappelijk belang («Gemeinwohlzweck») dienen en overigens aan het grondbeginsel van de proportionaliteit voldoen. Een termijn van zes maanden voor de bewaring van verkeersgegevens ten behoeve van de strafvervolging, de voorkoming van gevaren of de taken van de inlichtingendiensten is daarmee niet onverenigbaar. Naar het oordeel van het Bundesverfassungsgericht betreft dit legitieme doelen, die een inbreuk op het telecommunicatiegeheim kunnen rechtvaardigen. Bij de bewaring gaat het om een bijzonder zware inbreuk op dit grondrecht, omdat de verkeersgegevens van alle burgers worden bewaard zonder dat er een verband met toerekenbaar verwijtbaar handelen bestaat of een gevaarlijke of bijzondere situatie (210). Voor de beoordeling van de proportionaliteit is het van belang dat de gegevens niet door de staat maar door de aanbieders worden bewaard, dat het niet gaat om de inhoud van gesprekken maar om verkeersgegevens en dat op grond van heldere normen grenzen worden gesteld aan de toegang en het gebruik van de gegevens.

¹ NRC Handelsblad, 4 maart 2010: «Duits Hof bekritiseert EU bewaarplicht telecomdata, maar keurt ze niet af»
<http://weblogs.nrc.nl/rechtenbestuur/2010/03/04/duits-hof-bekritiseert-eu-bewaarplicht-telecomdata-maar-keurt-ze-niet-af/>

Voor de Grondwettelijke toelaatbaarheid van de bewaring van gegevens voor zes maanden is naar het oordeel van het Bundesverfassungsgericht vereist dat bij de vormgeving van de bewaring en het gebruik van de gegevens voldoende rekening wordt gehouden met het bijzondere gewicht van een dergelijke opslag. Bij die vormgeving dient voldaan te worden aan Grondwettelijke vereisten op het gebied van de veiligheid van de gegevens, de omvang van het gebruik van de gegevens, de transparantie en de rechtsbescherming (220). Het Bundesverfassungsgericht is van oordeel dat de Duitse wetgeving ter implementatie van de richtlijn dataretentie op deze punten tekort schiet. De Duitse wetgeving bevat geen gedetailleerde normen over de voorgeschreven veiligheidsmaatregelen. Daarbij wijst het Bundesverfassungsgericht op aspecten als gescheiden opslag, versleuteling, beveiligde toegang en protokollering. Dit kan niet aan de aanbieders worden overgelaten (222/225). Voor wat betreft de omvang en het gebruik van de gegevens meent het Bundesverfassungsgericht dat het gebruik van de gegevens ten behoeve van de vervolging van strafbare feiten een ernstig strafbaar feit veronderstelt, en ook in het concrete geval het strafbare feit van ernstige aard is en het gebruik van de gegevens voor dat doel proportioneel is. Bij de voorkoming van gevaar voor het lichaam, leven of de vrijheid van een persoon moet het om een concreet gevaar voor deze rechtsgoederen gaan. Vermoedens of algemene ervaringen zijn daarvoor niet voldoende (226/229). Het vereiste van de transparantie strekt tot een kennisgeving achteraf aan de betrokkene over het gebruik van de gegevens; het achterwege laten van een dergelijke kennisgeving kan slechts in bepaalde gevallen geschieden, na een rechterlijke beslissing. Een uitzondering op de kennisgeving in verband met de vervolging van strafbare feiten is denkbaar als de inbreuk op het telecommunicatiegeheim zijn doel verliest, als de kennisgeving een gevaar voor het leven van een persoon is of als belangen van derden hieraan in de weg staan. Deze eisen behoeven niet te gelden voor personen die zelf geen voorwerp van onderzoek vormen en van wie het telecommunicatieverkeer toevallig («als bijvangst») onderschept wordt (239/245). Voor wat betreft de rechtsbescherming dient de bevraging of overdracht van de gegevens afhankelijk te worden gesteld van een rechterlijke toetsing. Een dergelijke toetsing vereist een adequate motivering en inkadering van een verzoek om vertrekking van gegevens. Voor een goede controle is tevens van belang dat de autoriteiten niet rechtstreeks toegang hebben tot de gegevens maar dat deze door de aanbieders beschikbaar worden gesteld. Tenslotte zijn effectieve sancties nodig ingeval van schending van deze voorschriften (246/252). Het Bundesverfassungsgericht is van oordeel dat de Duitse wetgeving niet aan deze vereisten voldoet en daarmee niet verenigbaar is met het in de Grondwet vastgelegde telecommunicatiegeheim.

Vraag 2

Deelt u de mening dat in de uitspraak van het BvG het principe en de proportionaliteit van de dataretentierichtlijn op zichzelf ter discussie wordt gesteld?

Antwoord 2

Neen, die mening deel ik niet. Het Bundesverfassungsgericht oefent geen rechtsmacht uit over de toepassing van Gemeenschaps- of Unierecht en toetst dit recht niet aan de Grondrechten van de Duitse Grondwet zolang de Europese Gemeenschappen, in het bijzonder het Europese Hof van Justitie, een werkzame bescherming van de grondrechten in zijn algemeenheid waarborgen. Deze principes gelden ook voor de nationale rechtsregels waarmee de verplichtingen van een richtlijn in het Duitse recht worden omgezet (181/182). De belanghebbenden kunnen zich op de Grondwet beroepen voor zover de wetgever bij de omzetting van Unierecht vrijheid heeft bij de vormgeving van de regels dan wel voor zover er sprake van regels die op dwingende richtlijnbevestigingen berusten. Vervolgens stelt het Bundesverfassungsgericht vast dat de richtlijn de lidstaten verplicht tot het voorschrijven van de bewaring van verkeersgegevens door aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten, voor een periode van tenminste zes maanden. De toegang en het gebruik van de gegevens door de autoriteiten in de lidstaten wordt aan de lidstaten zelf gelaten. Met deze inhoud kan de richtlijn worden omgezet

zonder dat de Grondwet wordt geschonden (187). Zoals in vraag 1 aangegeven, is het Bundesverfassungsgericht overigens van oordeel dat een bewaarplicht van zes maanden, zoals die voortvloeit uit de richtlijn 2006/24/EG op zichzelf niet onverenigbaar is met het in artikel 10 van de Duitse Grondwet verankerde telecommunicatiegeheim (205 en 209). Het Bundesverfassungsgericht constateert dat de richtlijn dataretentie kan worden geïmplementeerd zonder dat de Duitse Grondwet wordt geschonden maar formuleert strikte criteria voor de nationale wetgever de over toegang tot en gebruik van de bewaarde gegevens, zodat fundamentele rechten van de Duitse Grondwet worden gerespecteerd.

Vraag 3

Hoe beoordeelt u de implicaties van deze uitspraak voor de Nederlandse situatie?

Antwoord 3

Vooropgesteld moet worden dat de uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht niet raakt aan de implementatie van de richtlijn dataretentie in Nederland. Overigens geldt dat het Duitse rechtsstelsel niet identiek is aan het Nederlandse. Dit betreft zowel de verdeling van de bevoegdheden als de inhoud van de rechtsregels. Anders dan Nederland bestaat in Duitsland onderscheid tussen de bevoegdheden van de federale wetgever en de bevoegdheden van de deelstaten, dat onderscheid is ook in deze zaak aan de orde. In de tweede plaats zijn de rechtsregels inhoudelijk verschillend. Dit houdt verband met verschillen in traditie, in maatschappelijke afwegingen bij de toedeling van bevoegdheden aan overheidsorganen en in politieke afwegingen bij de totstandkoming van rechtsregels. De uitspraak van het Bundesverfassungsgericht kan dan ook niet zonder meer worden vertaald naar de Nederlandse situatie. Met inachtneming daarvan kunnen, in het licht van de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht, wel enkele algemene observaties worden gegeven over de situatie in Nederland.

In Nederland zijn specifieke regels van kracht voor de beveiliging van de te bewaren gegevens door de aanbieders. Dit betreft het Besluit beveiliging gegevens telecommunicatie, dat gedetailleerde en uitgebreide voorschriften bevat over technische en organisatorische maatregelen ten behoeve van de beveiliging van, de toegang tot en de vernietiging van de bewaarde gegevens (Staatsblad 2009, 350). Dit omvat de beveiligingseisen ten aanzien van personeel, de fysieke beveiliging – ook van de omgeving – het beheer van communicatie- en bedieningsprocessen, de toegangsbeveiliging van geautomatiseerde informatieve systemen en de ontwikkeling, het onderhoud en de reparatie van geautomatiseerde systemen.

Voor wat betreft de omvang en het gebruik van de gegevens is de officier van justitie bevoegd in het belang van het opsporingsonderzoek een vordering te doen tot verstrekking van verkeersgegevens. Vereist is een verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten of een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd die een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren. Een uitgebreide beschrijving van de toegang tot de gegevens voor de bevoegde autoriteiten is te vinden in de memorie van toelichting en in de nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens (Kamerstukken II, 2007/08, 31 145, nr. 3, par. 3.1. en nr. 9, par. 3.1). De vordering kan slechts gegevens betreffen die in het Besluit vorderen gegevens telecommunicatie zijn aangewezen.

Verder geldt in Nederland een verplichting tot kennisgeving achteraf bij de toepassing van de bevoegdheid tot het vorderen van verkeersgegevens. De officier van justitie doet aan de betrokkene schriftelijk mededeling van de uitvoering van die bevoegdheden, zodra het belang van het onderzoek dat toelaat. De mededeling blijft achterwege indien uitreiking daarvan redelijkerwijs niet mogelijk is (art. 126bb Sv). Indien de betrokkene de verdachte is kan de mededeling achterwege blijven indien hij door middel van de processtukken van de bevoegdheidstoepassing op de hoogte komt.

De bevraging of overdracht van de gegevens is in Nederland niet afhankelijk van een voorafgaande rechterlijke toetsing. Een dergelijke overdracht is afhankelijk van een bevel van de officier van justitie, de rechtmatigheid van deze overdracht kan door de rechter worden getoetst bij de beoordeling van

een strafzaak of bij de behandeling van beklag. De gegevens worden bewaard door de aanbieders van openbare telecommunicatiediensten en -netwerken. Hierboven heb ik reeds aangegeven dat de uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht niet raakt aan de implementatie van de richtlijn dataretentie in Nederland. Overigens kan de situatie in de Duitse Bondsrepubliek op het gebied van de implementatie van de richtlijn dataretentie niet één op één worden vergeleken met de Nederlandse situatie. Naar mijn oordeel heeft deze uitspraak dan ook geen implicaties voor de situatie in Nederland.

Vraag 4

Bent u – mede in het licht van deze uitspraak – bereid te bezien of een kortere maximale bewaartermijn wenselijk is?

Antwoord 4

In het licht van deze uitspraak zie ik geen reden te bezien of een kortere bewaartermijn wenselijk is. Voor wat betreft de bewaring van internetgegevens is inmiddels een wetsvoorstel tot verkorting van de bewaartermijn van twaalf naar zes maanden bij de Tweede Kamer ingediend (Kamerstukken II 2009/10, 32 185, nr. 2). Voor wat betreft de bewaring van telefoniegegevens merk ik op dat de bewaartermijn van twaalf maanden door het Nederlandse parlement is goedgekeurd. Deze termijn vormde de uitkomst van een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen, en is ruimschoots korter dan de door de richtlijn toegestane maximale bewaartermijn van 24 maanden. Het Bundesverfassungsgericht heeft zich niet uitgelaten over een bewaartermijn van meer dan zes maanden, en als dat wel zo zou zijn geweest dan zou een dergelijke uitspraak uitsluitend betrekking kunnen hebben op de situatie in Duitsland. In de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens is vastgelegd dat binnen drie jaar na de inwerkingtreding van de wet, dus uiterlijk 1 september 2012, een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van de bewaarplicht aan de Staten-Generaal wordt gezonden (artikel 13.9 Telecommunicatiewet). De richtlijn dataretentie wordt uiterlijk in september 2010 door de Commissie geëvalueerd. De Commissie zal aan het Europees Parlement en de Raad een evaluatieverslag uitbrengen over de toepassing van deze richtlijn en de weerslag ervan op de marktdeelnemers en de consumenten, teneinde na te gaan of het nodig is de bepalingen van deze richtlijn aan te passen, in het bijzonder wat betreft de lijst van de te bewaren gegevens en de vastgestelde bewaringstermijnen. De resultaten van de evaluatie worden openbaar gemaakt.

Vraag 5

Bent u bereid de Kamer nauw te betrekken bij de besluitvorming rond een eventuele herziening van deze richtlijn?

Antwoord 5

De richtlijn dataretentie is vastgesteld door het Europees Parlement en de Raad. Als de Commissie naar aanleiding van de evaluatie van de richtlijn aanleiding ziet voorstellen te doen tot herziening van de richtlijn dan zullen die voorstellen procedureel worden behandeld op een wijze als voorzien in hoofdstuk 3 van Titel VII van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (artikel 114 VWEU). De hiervoor geldende procedure is gelijk aan die welke destijds gold voor de vaststelling van richtlijnen op basis van artikel 95 van het oude Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, zoals dat van kracht was voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. Ik ben bereid de Kamer daarbij adequaat en tijdig van informatie te voorzien.