

## Toetsing van het conceptwetsvoorstel bewaarplicht telecommunicatiegegevens aan het recht op bescherming van de privacy (art. 8 EVRM)

### 1. Inleiding

Telecomproviders waren op grond van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens (hierna: Wbt) verplicht om verkeersgegevens van al hun klanten te bewaren ten behoeve van het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige misdrijven. Op 11 maart 2015 stelde de voorzieningenrechter de Wbt buiten werking wegens strijd met art. 7 Handvest van de Grondrechten van de EU (eerbiediging van het privéleven) en art. 8 Handvest (bescherming van persoonsgegevens).<sup>1</sup> De Wbt vormde de implementatie van de Dataretentierichtlijn,<sup>2</sup> die het Hof van Justitie van de Europese Unie in een prejudiciële procedure eerder al, op 8 april 2014, per direct en met terugwerkende kracht ongeldig verklaarde wegens strijd met art. 7 en 8 Handvest.<sup>3</sup> In beide uitspraken vormde niet de bewaarplicht op zich een ontoelaatbare inmenging in het beschermde recht. Veeleer vormde het gebrek aan voldoende waarborgen bij de toegang tot de bewaarde gegevens en het gebrek aan voldoende waarborgen bij de opslag en verwerking van de gegevens een bezwaar.<sup>4</sup>

De Minister van Justitie heeft reparatiewetgeving voorbereid om de Nederlandse implementatie van de ongeldig verklaarde Dataretentierichtlijn veilig te stellen.<sup>5</sup> Kort gezegd concretiseert het wetsvoorstel het doel van de bewaarplicht, vereist het wetsvoorstel rechterlijke machtiging bij toegang door het OM tot de bewaarde gegevens en vereist het wetsvoorstel dat de bewaarde gegevens in een lidstaat van de Europese Unie worden opgeslagen en verwerkt. Daarentegen beoogt het initiatiefvoorstel-Van Tongeren<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Rb. Den Haag (vzr.) 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498.

<sup>2</sup> Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG (*PbEU* 2006, L 105/54).

<sup>3</sup> HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*) en C-594/12 (*Seitlinger e.a.*), ECLI:EU:C:2014:238, *Computerrecht* 2014/76, m.nt. R. van den Hoven van Genderen. Zie ook H. Hijmans, 'De ongeldigverklaring van de Dataretentierichtlijn: een nieuwe stap in de bescherming van de grondrechten door het Hof van Justitie', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2014, p. 245-252.

<sup>4</sup> HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*) en C-594/12 (*Seitlinger e.a.*), ECLI:EU:C:2014:238, r.o. 65 en 69; Rb. Den Haag (vzr.) 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.7-3.12.

<sup>5</sup> De Minister van Veiligheid en Justitie stuurde het wetsvoorstel in concept aan de Tweede Kamer als bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 33542, 16.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33939, 1-3.

de intrekking van de Wbt. Daar is naar mijn indruk weinig steun voor in de Kamer.<sup>7</sup> De vraag is dus of de bewaarplicht na wijziging zoals door de Minister is voorgesteld, zal voldoen aan de voorwaarden van art. 7 en 8 Handvest. Doordat art. 7 Handvest overeenkomt met art. 8 EVRM (eerbiediging van het privéleven) en doordat de art. 7 en 8 Handvest voortbouwen op art. 8 EVRM,<sup>8</sup> zal het wetsvoorstel tevens moeten voldoen aan de voorwaarden van art. 8 EVRM. De Wbt implementeert de bewaarplicht in art. 13.2a, tweede lid, Telecommunicatiewet (hierna: Tw). In dit artikel ga ik in op de vraag of de bewaarplicht in het nieuwe art. 13.2a, tweede lid, Tw aan de voorwaarden van art. 8 EVRM voldoet.

## 2. De bescherming van artikel 8 EVRM

In deze paragraaf worden de voorwaarden van art. 8 EVRM uiteengezet aan de hand van – algemene en voor het vraagstuk rond de bewaarplicht specifieke – literatuur en jurisprudentie. Nadat is ingegaan op de reikwijdte van het door art. 8 EVRM beschermde recht, wordt ingegaan op de voorwaarden die gelden voor beperkingen van het recht. Een beperking dient te zijn:

- bij wet voorzien,
- met een legitiem doel, en
- noodzakelijk in een democratische samenleving.<sup>9</sup>

### 2.1. De reikwijdte van art. 8 EVRM ten aanzien van telecommunicatiegegevens

Het artikel beschermt de eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven, de woning en correspondentie. Het betreft hier een open norm die niet limitatief is omschreven.<sup>10</sup> Het opslaan van gegevens die betrekking hebben op het privéleven van een individu valt binnen de reikwijdte van de bescherming van de bepaling.<sup>11</sup> Dit omvat ook telecommunicatiegegevens niet zijnde de inhoud van gesprekken, maar gegevens zoals:

---

<sup>7</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 33939, 5.*

<sup>8</sup> Mededeling van de Commissie houdende de Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten (*PbEU 2007, C 303/02*), ad art. 52 en *Kamerstukken II 2014/15, 33542, 16, p. 5.*

<sup>9</sup> A.J. Nieuwenhuis & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 77, 98 en 122; F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, par. 5.1.

<sup>10</sup> A.J. Nieuwenhuis & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 86 en 87; EHRM 16 december 1992, ECLI:NL:XX:1992:AD1800, r.o. 29, NJ 1993/400, m.nt. E.J. Dommering (*Niemietz vs Duitsland*).

<sup>11</sup> In EHRM 4 december 2008, 30562/04 en 30566/04, ECLI:NL:XX:2008:BH1813 (*S. en Marper*) gaat het bijvoorbeeld om vingerafdrukken, DNA-materiaal en DNA-profielen die de Britse overheid heeft afgenomen in een strafrechtelijke procedure en die na ontslag van rechtsvervolging voor onbepaalde tijd bewaard blijven. In EHRM 2 december 2008, 2872/02, ECLI:NL:XX:2008:BH4341

- tussen welke telefoonnummers een gesprek tot stand is gebracht,
- de locatie van een mobiel toestel bij een gesprek,
- de duur van een gesprek, en
- de identificerende gegevens van de abonnee.<sup>12</sup>

## 2.2. Bij wet voorzien

Inmenging door de overheid in het recht op eerbiediging van het privéleven is toegestaan voor zover bij de wet voorzien.<sup>13</sup> Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat dit betekent dat de beperking toegankelijk en voorzienbaar moet zijn voor burgers.<sup>14</sup> Het begrip wet wordt dus door het EHRM verdragsautonoom uitgelegd en omvat in beginsel alle wetgeving in materiële zin. Voorzienbaarheid brengt met zich mee dat een beperking niet te vaag<sup>15</sup> of onduidelijk<sup>16</sup> mag zijn. Het Hof van Justitie van de EU zegt het – in relatie tot de art. 7 en 8 Handvest – zo: de regeling ‘moet dus duidelijke en precieze regels betreffende de draagwijdte en de toepassing van de betrokken maatregel bevatten die minimale vereisten opleggen, zodat de personen van wie de gegevens zijn bewaard over voldoende garanties beschikken dat hun persoonsgegevens worden beschermd tegen het risico van misbruik en tegen elke onrechtmatige raadpleging en elk onrechtmatig gebruik van deze gegevens’.<sup>17</sup>

## 2.3. Met een legitiem doel

De beperking van het recht moet een legitiem doel dienen.<sup>18</sup> De in art. 8, tweede lid, EVRM genoemde legitieme doelen worden ruim uitgelegd.<sup>19</sup> Het EHRM oordeelt meestal dat aan de doelcriteria wordt voldaan zonder nauwgezette toetsing, of stapt zelfs over het

---

(*K.U. v. Finland*) gaat het om een service provider die weigert de gegevens vrij te geven van een onbekende die een advertentie plaatst ten name van een twaalfjarige op een datingsite.

<sup>12</sup> In HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*) en C-594/12 (*Seitlinger e.a.*), ECLI:EU:C:2014:238, in Rb. Den Haag (vzr.) 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, in EHRM 2 augustus 1984, 8691/79, ECLI:NL:XX:1984:AB8061 (*Malone vs Verenigd Koninkrijk*) en in EHRM 25 september 2001, 44787/98, ECLI:NL:XX:2001:AN9273 (*P.G. en J.H. vs Verenigd Koninkrijk*) gaat het in alle gevallen om deze telecommunicatiegegevens.

<sup>13</sup> A.J. Nieuwenhuis & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 123; F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, par. 5.2.1.

<sup>14</sup> EHRM 26 april 1979, 13166/87, ECLI:NL:XX:1979:AC6568 (*Sunday Times vs Verenigd Koninkrijk*).

<sup>15</sup> EHRM 25 november 1999, 25594/94 (*Hashman & Harrup vs Verenigd Koninkrijk*).

<sup>16</sup> EHRM 2 augustus 2001, 37119/97 (*N.F. vs Italië*).

<sup>17</sup> HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*) en C-594/12 (*Seitlinger e.a.*), ECLI:EU:C:2014:238, r.o. 54.

<sup>18</sup> A.J. Nieuwenhuis & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 125; F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, par. 5.3.1.

<sup>19</sup> F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, par. 5.3.2.

doelcriterium heen om te toetsen aan de derde voorwaarde: de noodzakelijkheid. In casu is relevant dat in art. 8, tweede lid, EVRM de openbare veiligheid als legitiem doel is opgenomen. De bestrijding van zware criminaliteit dient de openbare veiligheid en is daarmee een legitiem doel.<sup>20</sup>

#### 2.4. Noodzakelijk in een democratische samenleving

De beperking moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.<sup>21</sup> In de jurisprudentie van het EHRM hangt de noodzakelijkheid af van: geschiktheid, subsidiariteit en proportionaliteit. De beperkende maatregel dient geschikt te zijn om het doel te bereiken.<sup>22</sup> Subsidiariteit houdt in dat voor het doel van de beperkende maatregel niet een andere minder vergaande beperkende maatregel mogelijk is.<sup>23</sup> Een beperkende maatregel is proportioneel indien het belang dat met de maatregel wordt gediend evenredig is met de ernst van de beperking van het beschermde recht.<sup>24</sup>

Het EHRM laat een ruime 'margin of appreciation' aan de nationale wetgever, die in het kader van de noodzakelijkheid van een beperking van het recht op eerbiediging van het privéleven alle belangen dient af te wegen.<sup>25</sup> Het Hof van Justitie van de EU stelt dan ook 'dat de gegevens die [...] moeten worden bewaard [...] extra mogelijkheden bieden om ernstige gevallen van criminaliteit op te helderen'<sup>26</sup> – duidend op de geschiktheid van de bewaarplicht. Desalniettemin concludeert het Hof niet tot noodzakelijkheid, omdat het van mening is dat de bewaarplicht niet beperkt blijft tot het strikt noodzakelijke – duidend op de proportionaliteitscriterium.<sup>27</sup>

---

<sup>20</sup> EHRM 4 december 2008, 30562/04 en 30566/04, ECLI:NL:XX:2008:BH1813, r.o. 106 (*S. en Marper*).

<sup>21</sup> A.J. Nieuwenhuis & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 126-139; F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, par. 5.4.

<sup>22</sup> In EHRM 9 februari 1995, 16616/90 (*Bluf vs Nederland*) gaat het om een maatregel tot inbeslagname en onttrekking aan het verkeer van een oplage van een tijdschrift. De onttrekking aan het verkeer was overbodig geworden omdat het tijdschrift inmiddels herdrukt was. In EHRM 26 november 1991, 13585/88, ECLI:NL:XX:1991:AD1542 (*Observer & Guardian vs Verenigd Koninkrijk*) gaat het om een publicatieverbod dat het EHRM overbodig achtte omdat de te publiceren informatie inmiddels uit andere bronnen bekend was.

<sup>23</sup> EHRM 24 november 1993, 13914/88 en 15041/89, ECLI:NL:XX:1993:AD1994 (*Lentia vs Oostenrijk*).

<sup>24</sup> EHRM 26 april 1979, 23166/87, ECLI:NL:XX:1979:AC6568 (*Sunday Times vs Verenigd Koninkrijk*).

<sup>25</sup> F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, par. 2.9.

<sup>26</sup> HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*) en C-594/12 (*Seitlinger e.a.*), ECLI:EU:C:2014:238, r.o. 49.

<sup>27</sup> In Rb. Den Haag (vzr.) 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498 komt de rechter tot een andere conclusie en concludeert tot noodzakelijkheid van de Nederlandse implementatie van de bewaarplicht (in r.o. 3.6), maar komt verderop in het vonnis tot de conclusie dat de bewaarplicht zich niet tot het strikt noodzakelijke beperkt (in r.o. 3.12).

### 3. Bewaarplicht, opslag en opvraagbaarheid van telecommunicatiegegevens

#### 3.1. Welke gegevens moeten hoe lang bewaard worden?

Telecomproviders moeten voor mobiele en vaste telefonie (inclusief voicemail, doorschakelen, SMS, EMS en MMS)<sup>28</sup> het telefoonnummer van de oproeper en de opgeroepene, de namen en adressen van de betrokken abonnees en het moment van begin en einde van de verbinding 12 maanden bewaren.<sup>29</sup> Voor mobiele telefonie moeten tevens de locatieaanduiding van de gebruiker bij het begin van de verbinding en de internationaal unieke identificerende nummers van het toestel en de gebruiker bewaard worden.

Telecomproviders moeten bij internettoegang, e-mail over internet en internettelefonie de identificatie van de gebruiker en van de beoogde ontvanger, naam en adres, het IP-adres (inclusief datum en tijdstip) van de gebruiker en het IP-adres van de beoogde ontvanger en het inbellende nummer voor een inbelverbinding 6 maanden bewaren.<sup>30</sup>

In het concept wetsvoorstel vervalt de bewaarplicht voor EMS- en MMS-diensten. Ook vervalt de bewaarplicht voor e-mail over internet. Het concept wetsvoorstel breidt de bewaarplicht voor internettelefonie uit tot 12 maanden.<sup>31</sup>

#### 3.2. Met welk doel worden gegevens bewaard?

In de huidige situatie moeten de gegevens ex art. 13.2a, tweede lid, Telecommunicatiewet bewaard worden 'ten behoeve van het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige misdrijven'. Het concept wetsvoorstel maakt dit concreter en objectieert in welke gevallen sprake is van ernstige misdrijven. Gegevens moeten dan bewaard worden 'teneinde te kunnen voldoen aan een vordering op grond van art. 126n, 126u of 126zh van het Wetboek van Strafvordering'.<sup>32</sup> Het gaat dan om verdenking van:

- een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is,
- een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven (waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is) worden beraamd of gepleegd die gezien hun aard of de

---

<sup>28</sup> Enhanced Messaging Service (EMS) en Multimedia Messaging Service (MMS) bouwen voort op Short Message Service (SMS) en voegen mogelijkheden toe voor het versturen van berichten die niet tot onopgemaakte tekst beperkt blijven.

<sup>29</sup> Aanhef en onder A van de bijlage bij art. 13.2a Telecommunicatiewet.

<sup>30</sup> Aanhef en onder B van de bijlage bij art. 13.2a Telecommunicatiewet.

<sup>31</sup> Zie ook G.J. Zwenne & A.H.J. Schmidt, 'Opmerkingen bij het wetsvoorstel Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens', *Mediaforum* 2008-7/8, p. 278-285.

<sup>32</sup> Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 33542, 16, p.1.

samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, en

- aanwijzingen van een terroristisch misdrijf.

### *3.3. Welke verplichtingen zijn er ten aanzien van de opslag en verwerking van gegevens?*

Telecomproviders moeten technische en organisatorische maatregelen nemen om de gegevens te beveiligen tegen vernietiging, verlies, wijziging en niet toegelaten opslag, verwerking, toegang en openbaarmaking.<sup>33</sup> Toegang tot de gegevens is alleen toegestaan door specifiek daartoe bevoegde personen en de gegevens dienen vernietigd te worden na afloop van de bewaartermijn. Telecomproviders moeten bij een vordering door de officier van justitie de gegevens tegen kennisneming door onbevoegden beveiligen.<sup>34</sup> Het concept wetsvoorstel voegt de verplichting toe om de gegevens op te slaan en te verwerken in een lidstaat van de Europese Unie.

### *3.4. Onder welke voorwaarden kunnen gegevens worden opgevraagd?*

Art. 13.4, eerste lid, Telecommunicatiewet bakent de verplichting voor telecomproviders af om onverwijld te voldoen aan een vordering van de officier van justitie. De afbakening betreft vorderingen op grond van verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is<sup>35</sup> of een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband een misdrijf wordt beraamd of gepleegd waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is en een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert.<sup>36</sup>

Het concept wetsvoorstel voegt aanwijzingen van een terroristisch misdrijf<sup>37</sup> als grond toe. Voorts wijzigt het concept wetsvoorstel het Wetboek van Strafvordering zodanig dat ingeval historische gegevens worden opgevraagd, voorafgaande schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris nodig is.

## **4. Toetsing van de voorgestelde bewaarplicht aan art. 8 EVRM**

In deze paragraaf wordt de bewaarplicht telecommunicatiegegevens ex art. 13.2a, tweede lid, Telecommunicatiewet zoals het artikel zal luiden indien het concept wetsvoorstel wordt ingevoerd, getoetst aan art. 8 EVRM. Eerst wordt getoetst of de voorgestelde bewaarplicht

---

<sup>33</sup> Art. 13.5, tweede lid, Telecommunicatiewet. Zie ook M. van Bergen, 'Dataretentie in de polder - waar staan we nu?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2009/174, afl. 6, p. 174-175.

<sup>34</sup> Art. 13.5, eerste lid, Telecommunicatiewet.

<sup>35</sup> Art. 126n Sv.

<sup>36</sup> Art. 126u Sv.

<sup>37</sup> Art. 126zh Sv.

valt onder de reikwijdte van de bescherming van art. 8 EVRM. Daarna wordt getoetst of de voorgestelde bewaarplicht voldoet aan de voorwaarden voor toegelaten beperkingen van de bescherming van art. 8 EVRM: bij wet voorzien, legitiem doel en noodzakelijkheid in een democratische samenleving.

#### *4.1. Inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven*

De Wbt verplicht telecomproviders om telecommunicatiegegevens van personen gedurende een bepaalde tijd te bewaren. De gegevens hebben betrekking op het privéleven: met wie men contact heeft, op welke momenten, hoe lang en met welke telecomdienst. De bewaarplicht vormt daarmee een inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven.<sup>38</sup> De inmenging is zeer ruim doordat zij betrekking heeft op alle gebruikers van genoemde telecommunicatiediensten.

Het concept wetsvoorstel beoogt de omvang van de bewaarplicht te wijzigen. Voor mobiele en vaste (internet-) telefonie en voor internettoegang blijft de bewaarplicht vrijwel gelijk. Voor EMS- en MMS-diensten en e-mail over internet eindigt de bewaarplicht en daarmee eindigt voor die diensten ook de inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven.

#### *4.2. Bij wet voorzien*

De Wbt is wetgeving in formele en materiële zin en valt daardoor in beginsel binnen de verdragsautonome uitleg van het door het EHRM gehanteerde begrip wet. Het concept wetsvoorstel concretiseert het doel van de bewaarplicht. Momenteel is sprake van het voor subjectieve uitleg vatbare geformuleerde doel het ondersteunen bij 'onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige misdrijven'. In het concept wetsvoorstel dient de bewaarplicht ertoe om 'te kunnen voldoen aan een vordering op grond van artikel 126n, artikel 126u of artikel 126zh van het Wetboek van Strafvordering'. Dit verbetert de voorzienbaarheid.

#### *4.3. Met een legitiem doel*

Onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige misdrijven vormen een legitiem doel, omdat zij zijn te scharen onder de bestrijding van zware criminaliteit. In paragraaf 2.3 stelden we al vast dat zware criminaliteit de openbare veiligheid – een legitiem doel – dient. Het concept wetsvoorstel preciseert slechts het doel van de bewaarplicht en wijzigt daardoor deze conclusie niet.

---

<sup>38</sup> Rb. Den Haag (vzr.) 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.5.

#### 4.4. Noodzakelijk in een democratische samenleving

Of de bewaarplicht noodzakelijk is in een democratische samenleving, wordt beoordeeld aan de hand van drie aspecten: geschiktheid, subsidiariteit en proportionaliteit. In de jurisprudentie is reeds vastgesteld dat het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten kan worden verwezenlijkt door de bewaring van telecommunicatiegegevens.<sup>39</sup> De bewaarde gegevens bieden de mogelijkheid om ernstige misdrijven op te helderen. De bewaarplicht is daarmee geschikt voor het in de Wbt geformuleerde doel. De precisering van het doel van de bewaarplicht in het concept wetsvoorstel doet daar niet aan af. De inperking in het concept wetsvoorstel tot minder telecommunicatiediensten waarop de bewaarplicht betrekking heeft, maakt de bewaarplicht ook niet ongeschikt, maar maakt de bewaarplicht wel minder geschikt voor het doel.<sup>40</sup>

De opsporing van bepaalde vormen van criminaliteit kan nagenoeg uitsluitend met historische telecommunicatiegegevens plaatsvinden, doordat steeds meer strafbare feiten op of met behulp van het internet worden gepleegd.<sup>41</sup> Het concept wetsvoorstel brengt geen wijzigingen met zich mee die dit oordeel zouden wijzigen. De voorgestelde bewaarplicht voldoet daarmee aan de voorwaarde van subsidiariteit.

De beoordeling of het belang dat met de bewaarplicht wordt gediend proportioneel is ten opzichte van de ernst van de inperking van het recht op eerbiediging van het privéleven kent de volgende aspecten: van wie gegevens bewaard worden, welke gegevens bewaard worden, de bewaartermijn en de mogelijkheden om de gegevens (al dan niet onrechtmatig) in te zien. Vast staat dat gegevens bewaard worden van alle gebruikers van zeer breed in gebruik zijnde telecommunicatiediensten. Het betreft vrijwel alle burgers, ongeacht of zij in verband worden gebracht met ernstige misdrijven. Dit maakt de bewaarplicht een zeer zware inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven. De bewaarplicht zou echter zeer ineffectief worden indien niet de gegevens van alle gebruikers bewaard worden. Het is immers niet mogelijk om op voorhand onderscheid te maken tussen

---

<sup>39</sup> In HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*) en C-594/12 (*Seitlinger e.a.*), ECLI:EU:C:2014:238, r.o. 49 betreft het een vergelijkbare beoordeling van Richtlijn 2006/24/EG. De omvang van de bewaarplicht en de formulering van het nagestreefde doel in die richtlijn komen vrijwel letterlijk overeen met de bepalingen in de Wbt, waardoor hier dezelfde conclusie aan verbonden kan worden.

<sup>40</sup> Vergelijk ook HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*) en C-594/12 (*Seitlinger e.a.*), ECLI:EU:C:2014:238, r.o. 50.

<sup>41</sup> Rb. Den Haag (vzr.) 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.6 en Bijlage bij *Kamerstukken II 2014/15, 33542, 16, p. 9.*



verdachten en niet-verdachten, in ieder geval niet bij personen die voor het eerst een strafbaar feit plegen.<sup>42</sup> De bewaarplicht is daardoor niet disproportioneel.<sup>43</sup>

De bewaarde gegevens betreffen verkeersgegevens, niet de inhoud van de communicatie zelf. De bewaartermijn bedraagt 12 maanden voor vaste en mobiele telefonie en 6 maanden voor internettoegang, e-mail over internet en internettelefonie. Een kortere bewaartermijn zou de inmenging in het recht op eerbieding van het privéleven verminderen, maar tevens de mogelijkheden voor onderzoek in historische verkeersgegevens beperken. Uit recent onderzoek is niet helder wat de omvang van de gevolgen zouden zijn van een kortere bewaartermijn, maar gesteld wordt door de politie en het OM dat de effectiviteit van de bewaarplicht dan daalt.<sup>44</sup> Uit onderzoek voor de invoering van de bewaarplicht blijkt in het kader van de effectiviteit een minimale bewaartermijn van 12 maanden te moeten worden aangehouden.<sup>45</sup> Daarmee is de bewaartermijn niet disproportioneel. Het concept wetsvoorstel wijzigt de bewaartermijn voor internettelefonie van 6 maanden naar 12 maanden, gelijk aan de bewaartermijn voor vaste en mobiele telefonie en doet daardoor niet af aan het oordeel dat de bewaartermijn niet disproportioneel is.

Daar de bewaarplicht een zeer zware inmenging betreft, is het belangrijk de toegang tot de gegevens met waarborgen te omkleden.<sup>46</sup> De Staat stelt dat de beveiligingsmaatregelen die telecomoperators moeten nemen om onrechtmatige toegang te vermijden reeds van een hoog niveau zijn.<sup>47</sup> Ten opzichte van de huidige situatie vereist het concept wetsvoorstel bij het opvragen van historische verkeersgegevens als extra waarborg machtiging van de rechter-commissaris. Dit komt tegemoet aan de kritiek dat de toegang in de huidige situatie niet aan rechterlijke controle onderworpen is.<sup>48</sup> Voorts voegt het concept wetsvoorstel toe dat de gegevens in een lidstaat van de EU bewaard dienen te

---

<sup>42</sup> Rb. Den Haag (vzr.) 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.8.

<sup>43</sup> EHRM 4 december 2008, 30562/04 en 30566/04, ECLI:NL:XX:2008:BH1813 (*S. en Marper*) en HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*) en C-594/12 (*Seitlinger e.a.*), ECLI:EU:C:2014:238, r.o. 39 en A.C. Diesfeldt & F.C.W. de Graaf, 'Dataretentie. Een kwestie van alles of niets?', *NJB* 2015/592, afl. 12, p. 740-747.

<sup>44</sup> W.N. Ferdinandusse, D. Laheij & J.C. Hendriks, *De bewaarplicht telecomgegevens en de opsporing. Het belang van historische telecommunicatie gegevens voor de opsporing*, Den Haag: Openbaar ministerie en Nationale Politie 2015, p. 5, bijlage bij *Kamerstukken I* 2014/15, 31145, AC.

<sup>45</sup> M.C. Bannier e.a., *Wie wat bewaart die heeft wat. Onderzoek naar nut en noodzaak van een bewaarverplichting voor historische verkeersgegevens van telecommunicatieverkeer*, Rotterdam: Erasmus Universiteit, Faculteit der Rechtsgeleerdheid 2005.

<sup>46</sup> Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.8.

<sup>47</sup> Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.9. Verbeteringen zijn echter mogelijk in de implementatie van de vereiste maatregelen en het toezicht erop volgens G. Odnot e.a., *De Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens*, Den Haag: WODC 2013, p. 76-77.

<sup>48</sup> Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.11.

worden. Dit waarborgt 'dat een onafhankelijke autoriteit op basis van het Unierecht toezicht houdt op de vereisten inzake bescherming en beveiliging'.<sup>49</sup> Het concept wetsvoorstel neemt niet de kritiek weg dat toegang tot de gegevens niet is afgebakend tot slechts gevallen van ernstige misdrijven.<sup>50</sup> De toegang is afgebakend tot gevallen bedoeld in art. 126n Sv (misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk is) en art. 126u Sv (georganiseerde criminaliteit). Het concept wetsvoorstel voegt gevallen bedoeld in art. 126zh (aanwijzingen van een terroristisch misdrijf) toe. In gevallen waarin voorlopige hechtenis is toegestaan is niet altijd sprake van een ernstig misdrijf (bijvoorbeeld diefstal van een fiets). De voorgestelde bewaarplicht is met het oog op die ruime toegang naar mijn mening nog steeds disproportioneel.

## 5. Conclusie

De vraag is of art. 13.2a, tweede lid Telecommunicatiewet aan de voorwaarden van art. 8 EVRM voldoet indien het conceptwetsvoorstel wordt aangenomen. Dit artikel informeert over de uitkomst van deze toetsing. Uit de toetsing blijkt dat de voorgestelde bewaarplicht een zeer zware inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven van vrijwel alle burgers vormt, omdat de verkeersgegevens worden bewaard van vrijwel alle telecommunicatie.

De voorgestelde bewaarplicht is bij wet voorzien. Het onderzoeken, opsporen en vervolgen van ernstige misdrijven draagt bij aan de openbare veiligheid en dient daarmee een legitiem doel en de bewaarplicht is ook geschikt voor dit doel. Ook voldoet de bewaarplicht aan de voorwaarde van subsidiariteit.<sup>51</sup>

De voorgestelde vereiste machtiging door de rechter-commissaris bij het opvragen van historische verkeersgegevens en de eis dat de verkeersgegevens in een lidstaat van de EU bewaard worden komen tegemoet aan kritiek op de beveiliging van de toegang tot de gegevens. De voorgestelde bewaarplicht is naar mijn mening op één aspect nog steeds disproportioneel. Niet is uitgesloten dat de bewaarde gegevens worden opgevraagd voor niet-ernstige misdrijven.

Naar mijn mening voldoet de voorgestelde bewaarplicht ex 13.2a, tweede lid, Telecommunicatiewet zoals het artikel zal luiden indien het concept wetsvoorstel wordt

---

<sup>49</sup> HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*) en C-594/12 (*Seitlinger e.a.*), ECLI:NL:EU:C:2014:238, r.o. 69.

<sup>50</sup> Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, r.o. 3.10.

<sup>51</sup> Anders *Advies bewaarplicht telecomgegevens* (advies van 10 februari 2015, CBP z2014-00885), Den Haag: CBP 2015. Het CBP-advies stelt dat de inbreuk op art. 8 EVRM hoe dan ook te groot is bij een algemene bewaarplicht.

ingevoerd niet aan de voorwaarden van art. 8 EVRM, omdat de toegang tot de bewaarde gegevens niet tot het strikt noodzakelijke beperkt blijft. Om te voldoen aan de voorwaarden van art. 8 EVRM dient de de toegang tot de bewaarde gegevens te worden beperkt tot uitsluitend gevallen van ernstige misdrijven.