

Reactie op de internetconsultatie betreffende het ontwerp-wetsvoorstel Bewaarplicht telecommunicatiegegevens

Inleiding

1. Op 18 november 2014 is het Ministerie van Veiligheid en Justitie een consultatie gestart over het ontwerp-wetsvoorstel tot wijziging van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens. Met dit ontwerp-wetsvoorstel wordt de huidige wetgeving aangepast. Het concept-wetsvoorstel is een reactie op het arrest van 8 april 2014 van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: "HvJEU"), waarin het HvJEU richtlijn 2006/24/EG ongeldig heeft verklaard.¹
2. Het ministerie heeft betrokken partijen in de gelegenheid gesteld om in een consultatie te reageren op het concept-wetsvoorstel en de memorie van toelichting. XS4ALL internet B.V. (hierna: "XS4ALL") dankt het ministerie voor deze mogelijkheid en maakt graag gebruik van de gelegenheid om haar visie te geven op het ontwerp-wetsvoorstel.

XS4ALL

3. XS4ALL is een internet provider die staat voor het benutten van de mogelijkheden van het internet door iedereen. XS4ALL is gebouwd op principes en idealen en is bereid daarvoor op te komen. Zij hecht onder meer veel waarde aan het recht op privacy van haar klanten.
4. XS4ALL heeft altijd ernstige principiële bezwaren gehad tegen de bewaarplicht. De bewaarplicht beoogt gedetailleerde gegevens op te slaan van *alle* burgers. Daarmee wordt voorbij gegaan aan het principe dat opsporingsmiddelen slechts worden ingezet wanneer sprake is van een verdenking: gegevens van alle burgers, verdacht of niet, moeten worden opgeslagen. Gegevens over het communicatiegedrag van individuele burgers kunnen een zeer gedetailleerd beeld geven van het privéleven van die burgers, de opslag van deze gegevens vormt daarom een ernstige inbreuk op grondrechten van Nederlandse burgers, waaronder het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Op grond van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Handvest van de Grondrechten van de EU (hierna: het "Handvest") is een dergelijke inbreuk alleen geoorloofd als die noodzakelijk is in een democratische samenleving. Deze noodzaak is echter nooit aangetoond.
5. Sinds de invoering van de bewaarplicht, eerst op Europees niveau², daarna in de Nederlandse wetgeving (artikel 13.2a Telecommunicatiewet, hierna "Tw")³, protesteert

¹ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*).

² Richtlijn 2006/24/EG 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.

³ Stb. 2009, 333 en Stb. 2011, 350.



XS4ALL daarom tegen de vergaande inbreuken op de persoonlijke levenssfeer die met de uitvoering van deze bewaarplicht gepaard gaan. Als internet access provider wordt XS4ALL, tegen haar wil, medeplichtig gemaakt aan deze inbreuken, aangezien zij degene is die wordt verplicht de gegevens van haar abonnees en derden die gebruik maken van haar netwerk op te slaan teneinde opsporingsambtenaren behulpzaam te zijn bij de bestrijding van criminaliteit. Dit terwijl het HvJEU inmiddels heeft bevestigd dat een dermate vergaande, onbeperkte en algemene plicht tot opslag voor deze doeleinden niet gerechtvaardigd is.

Het arrest van het HvJEU

6. In een arrest van 8 april 2014 oordeelt het HvJEU immers dat de Europese richtlijn betreffende gegevensbewaring (hierna: de “Richtlijn bewaarplicht”) een zeer omvangrijke en bijzonder ernstige inmenging in de fundamentele rechten op eerbiediging van het privéleven en op bescherming van persoonsgegevens impliceert en als zodanig in strijd is met artikel 7 en 8 van het Handvest.⁴
7. Volgens het HvJEU beantwoordt de gegevensbewaring waartoe de Richtlijn bewaarplicht verplicht weliswaar een aan doel van algemeen belang, te weten de strijd tegen ernstige criminaliteit, maar is de omvangrijke en bijzonder ernstige inmenging in de betrokken grondrechten niet voldoende ingeperkt om te garanderen dat deze inmenging daadwerkelijk tot het strikt noodzakelijke beperkt blijft. Vanwege de volgende punten heeft de Europese wetgever met het vaststellen van de Richtlijn bewaarplicht volgens het HvJEU de door het evenredigheidsbeginsel gestelde grenzen overschreden.
 - De bewaarplicht omvat alle personen, alle elektronische communicatiemiddelen en alle verkeersgegevens, zonder dat enig onderscheid wordt gemaakt op basis van het doel (het bestrijden van ernstige criminaliteit) (rov. 56-57). Alle personen, ook personen die geen enkele aanleiding geven tot strafrechtelijke vervolging en personen wier communicatie onder het beroepsgeheim valt, worden door de bewaarplicht getroffen (rov. 58). De richtlijn beperkt op geen enkele wijze de gegevens die moeten worden bewaard, bijvoorbeeld ten aanzien van periode, geografische zone en/of een kring van bepaalde personen (rov. 59).
 - De richtlijn bevat geen enkel objectief criterium waarmee wordt verzekerd dat slechts toegang tot de gegevens kan worden verkregen ten behoeve van het onderzoeken, opsporen en vervolgen van zware criminaliteit (rov. 60)
 - Materiële en procedurele voorwaarden inzake toegang ontbreken (rov. 61). Met name is de toegang niet afhankelijk gesteld van een voorafgaande rechterlijke toetsing (rov. 62).

⁴ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*).

- De bewaartermijnen maken geen onderscheid tussen categorieën van gegevens naargelang de betrokken personen, of het nut van de gegevens (rov. 63-64).
- Waarborgen tegen misbruik van en onrechtmatige toegang tot de gegevens ontbreken (rov. 66-67).
- De richtlijn stelt niet verplicht dat de gegevens op het grondgebied van de Europese Unie worden bewaard (rov. 68).

Gevolgen voor de Nederlandse Wet Bewaarplicht

8. De uitspraak van het HvJEU heeft vanzelfsprekend onmiddellijk effect voor de nationale Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, aldus ook de Raad van State in haar advies aan uw Ministerie.⁵ Die wet is immers gebaseerd op, en is vrijwel identiek aan, de Europese richtlijn en is net als die regeling in strijd met het Handvest.
9. Uit het arrest van het HvJEU volgt duidelijk dat een bewaarplicht dusdanig moet zijn ingekaderd dat de inmenging van grondrechten beperkt blijft tot het strikt noodzakelijke. De huidige wet zal moeten worden aangepast aan alle in het arrest geformuleerde voorwaarden, zo concludeert ook de Raad van State.⁶
10. Dit betekent dat de Nederlandse Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens in ieder geval aan de volgende voorwaarden moet voldoen:
 - Er dient een verband te zijn tussen de gegevens die bewaard moeten worden en het doel dat die bewaring dient (het bestrijden van de criminaliteit en beschermen van de openbare veiligheid). Er moet daarom een onderscheid worden gemaakt tussen categorieën gegevens, elektronische communicatiemiddelen en personen van wie de gegevens moeten worden opgeslagen.
 - De toegang tot en het latere gebruik van gegevens moet op objectieve wijze begrensd worden door en strikt verband houden met het doel.
 - Het aantal personen dat de bewaarde gegevens mag raadplegen moet worden beperkt en met (procedurele) waarborgen worden omkleed. Een voorafgaande rechterlijke toets ligt daarbij voor de hand.
 - De termijn gedurende welke de gegevens worden bewaard, moet worden begrensd al naargelang het nut van de (categorieën van) gegevens voor het nagestreefde doel. Na afloop van de termijn moeten de gegevens worden vernietigd.
 - Gewaarborgd moet worden dat de bewaarde gegevens doeltreffend worden beschermd.
 - Gewaarborgd moet worden dat de betrokken gegevens niet buiten het grondgebied van de Europese Unie worden bewaard.⁷

⁵ Advies Raad van State 17 juli 2014, No.WO3.14.0161/II/Vo. Bijlage bij Kamerstuk 33542 nr. 16.

⁶ Advies Raad van State 17 juli 2014, No.WO3.14.0161/II/Vo. Bijlage bij Kamerstuk 33542 nr. 16.

⁷ Vergelijk ook Advies Raad van State 17 juli 2014, No.WO3.14.0161/II/Vo. Bijlage bij Kamerstuk 33542

Het wetsvoorstel

11. Ook de regering erkent dat de huidige wet enige aanpassing behoeft, zij het niet op alle door het HvJEU genoemde onderwerpen. De bestaande bewaarplicht wordt in het conceptwetsvoorstel slechts op enkele ondergeschikte punten gewijzigd.
12. Het wetsvoorstel stelt, samengevat, voor om de toets voorafgaande aan de toegang tot de gegevens enigszins te verzwaren, onder meer door voor het opvragen van gegevens ten behoeve van de opsporing van ernstige misdrijven rechterlijke toestemming te vereisen. Voorgesteld wordt verder om een nadere differentiatie aan te brengen in de periode dat bepaalde gegevens mogen worden geraadpleegd al naar gelang de ernst van het strafbare feit. Ten slotte wordt voorgesteld dat de gegevens op het grondgebied van de Unie moeten worden bewaard.
13. In de kern blijft de bewaarplicht in het conceptwetsvoorstel echter grotendeels gehandhaafd. Zo blijven de plicht tot het bewaren van de gegevens alsmede de bewaartermijn van de gegevens intact.⁸ Het algemene karakter van de bewaarplicht wordt gehandhaafd; het conceptwetsvoorstel maakt geen onderscheid in de kring van personen wier gegevens worden verwerkt, noch in de categorieën van gegevens die worden bewaard. Ook ontbreken er specifieke regels ter beveiliging van de gegevens ter voorkoming van misbruik of ander onrechtmatig gebruik ervan.
14. XS4ALL is dan ook van mening dat het (concept) wetsvoorstel onvoldoende tegemoet komt aan de (fundamentele) bezwaren van het HvJEU.⁹ Op elementaire onderwerpen schiet het tekort. De belangrijkste daarvan worden hieronder nader toegelicht.

Opslag ongewijzigd

15. Het conceptwetsvoorstel gaat voorbij aan het meest fundamentele en grootste bezwaar van het HvJEU: de verplichting tot langdurige opslag van de verkeersgegevens van *alle* burgers, ook van personen die niet verdacht worden van strafbare feiten, voor opsporingsdoeleinden. In de woorden van het HvJEU:

Richtlijn 2006/24 is om te beginnen algemeen van toepassing op alle personen die gebruikmaken van elektronische communicatiediensten, zonder dat de personen van wie de gegevens worden bewaard zich echter, zelfs niet indirect, in een situatie bevinden die aanleiding kan geven tot strafrechtelijke vervolging. Zij is dus zelfs van toepassing op personen voor wie er geen enkele aanwijzing

nr. 16, p. 10 en 12.

⁸ Memorie van Toelichting, p. 10-13.

⁹ Kamerstukken II 2014/14, 33 542, nr. 16

bestaat dat hun gedrag – zelfs maar indirect of van ver – een verband vertoont met zware criminaliteit.¹⁰

16. De voorgestelde wijzigingen hebben enkel betrekking op de *toegang* tot gegevens. Dit terwijl het HvJEU in zijn arrest nu juist nadrukkelijk een onderscheid maakt tussen enerzijds de *opslag* (de bewaring) en anderzijds de *toegang* (raadpleging) tot de gegevens. Het arrest gaat, aldus het HvJEU, “met name” over de (principiële) vraag of die bewaring als zodanig geoorloofd is.

De prejudiciële verwijzingen in de onderhavige zaken werpen met name de principiële vraag op of de gegevens van abonnees en geregistreerde gebruikers al dan niet mogen worden bewaard, gelet op artikel 7 van het Handvest, maar zij hebben ook betrekking op de vraag of richtlijn 2006/24 voldoet aan de uit artikel 8 van het Handvest voortvloeiende vereisten inzake de bescherming van persoonsgegevens.¹¹ [onderstreping toegevoegd]

17. Het loutere opslaan van de gegevens vormt op zichzelf al een (ernstige) beperking van het privéleven. De latere toegang is een aanvullende beperking van de grondrechten, aldus het Hof.

Hieruit volgt dat de [...] verplichting om gegevens betreffende het privéleven van een persoon en zijn communicaties, zoals die welke zijn bedoeld in artikel 5 van deze richtlijn, gedurende een bepaalde tijd te bewaren, op zich een inmenging vormt in de door artikel 7 van het Handvest gewaarborgde rechten. Bovendien vormt de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens een aanvullende inmenging in dat fundamentele recht.¹² [onderstreping toegevoegd]

18. Vanzelfsprekend is XS4ALL zich ervan bewust dat het opslaan van verkeersgegevens van abonnees in bepaalde gevallen wel toegestaan of zelfs noodzakelijk is. Het is echter de *verplichting* tot de *opslag* van de gegevens van *alle* burgers, ook van mensen die niet verdacht worden van strafbare feiten, die het HvJEU terecht zo problematisch acht. Een dergelijke algemene opslag van persoonsgegevens leidt tot een ongekende, voortdurende en doordringende controle van de communicatie en activiteiten in het dagelijks leven van iedereen.¹³ Niet alleen het recht op respect voor het privéleven en bescherming van persoonsgegevens wordt door de langdurige opslag geraakt, een dergelijke algemene en onbeperkte bewaarplicht kan ook een negatieve invloed hebben op de vrijheid van meningsuiting van internetgebruikers (artikel 11 Handvest), zo

¹⁰ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), r.o. 58.

¹¹ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), rov 30.

¹² HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), rov 34-35.

¹³ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), rov 26-28.

overweegt ook het HvJEU terecht.¹⁴ Daarnaast neemt door het louter opslaan van gegevens het risico toe dat onbevoegden – zoals cybercriminelen – toegang krijgen tot die gegevens.¹⁵

19. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen gegevens die geen en gegevens die wel een verband hebben met doel van de bewaarplicht, te weten het tegengaan van (zware) criminaliteit. De bewaring moet daarom beperkt worden tot gegevens die betrekking hebben op een bepaalde periode en/of een geografische zone en/of een kring van bepaalde personen.¹⁶
20. De algemene, ongerichte bewaarplicht blijft in het conceptwetsvoorstel ongewijzigd. De regering rechtvaardigt dit met het argument dat de bewaring van de gegevens van alle burgers noodzakelijk is, omdat niet op voorhand kan worden onderscheiden tussen verdachte en niet-verdachte burgers. Historische verkeersgegevens moeten volgens de regering beschikbaar zijn voor het geval die achteraf relevant blijken voor opsporing en vervolging.¹⁷ Dat is de “essentie” van de bewaarplicht, aldus de regering.¹⁸
21. Hiermee miskent de regering echter volledig dat het HvJEU nu juist heeft geoordeeld dat het opslaan van alle verkeersgegevens van alle elektronische communicatiemiddelen van alle burgers simpelweg te verstrekend is. Het belang bij opsporing en vervolging – hoe wezenlijk ook – weegt niet op tegen de vergaande inbreuk op de rechten van burgers die de bewaringsmaatregel met zicht meebrengt.

Wat de noodzaak van de door richtlijn 2006/24 voorgeschreven bewaring van gegevens betreft, zij vastgesteld dat de bestrijding van zware criminaliteit, met name van georganiseerde misdaad en terrorisme, weliswaar van primordiaal belang is om de openbare veiligheid te waarborgen, en dat de doeltreffendheid ervan in aanzienlijke mate kan afhangen van het gebruik van moderne onderzoekstechnieken, maar dat een dergelijke doelstelling van algemeen belang, hoe wezenlijk zij ook is, op zich niet kan rechtvaardigen dat een bewaringsmaatregel zoals die welke door richtlijn 2006/24 is ingevoerd, noodzakelijk wordt geacht voor het voeren van deze strijd.¹⁹ [onderstreping toegevoegd]

22. Het wetsvoorstel gaat bovendien voorbij aan de noodzaak van een uitzondering op de bewaarplicht voor personen van wie de communicatie onder het beroepsgeheim valt,

¹⁴ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), r.o. 28.

¹⁵ WODC, De Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, 2013, pagina 16 en 52.

¹⁶ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), r.o. 59.

¹⁷ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 31145 nr. AA (kabinetsreactie d.d. 17 november 2014), p. 8.

¹⁸ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 31145 nr. AA (kabinetsreactie d.d. 17 november 2014), p. 10, Memorie van Toelichting p. 9.

¹⁹ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), r.o. 51.

zoals advocaten en artsen.²⁰ Nu het wetsvoorstel niet voorziet in een dergelijke uitzondering, schiet het ook op dit punt tekort.

23. Onjuist is het standpunt van de regering, dat de ernst van de inbreuk die gepaard gaat met het opslaan van de gegevens van alle burgers, zou kunnen worden “gematigd” door het opnemen van passende garanties en waarborgen met betrekking tot de toegang en wijze van bewaring.²¹ Zoals hierboven aangegeven en zoals ook het HvJEU overweegt, zijn opslag en toegang twee afzonderlijk verwerkingen. De langdurige opslag van de gegevens vormt op zichzelf al een zeer ernstige inbreuk, die niet opweegt tegen het doel en ook niet kan worden weggenomen door garanties en waarborgen inzake de toegang.

Bewaartermijn

24. Opvallend is ook de beslissing van de regering om de bewaartermijnen onveranderd te laten, ondanks de duidelijke bewoordingen van het arrest van het HvJEU.

Wat in de derde plaats de termijn betreft gedurende welke de gegevens worden bewaard, bepaalt artikel 6 van richtlijn 2006/24 dat deze gedurende ten minste zes maanden moeten worden bewaard, zonder dat enig onderscheid wordt gemaakt tussen de in artikel 5 van deze richtlijn genoemde categorieën van gegevens naargelang van het nut ervan voor het nagestreefde doel of naargelang van de betrokken personen.


Bovendien varieert de bewaringstermijn van ten minste zes maanden tot ten hoogste vierentwintig maanden, zonder dat wordt gepreciseerd dat deze termijn op basis van objectieve criteria moet worden vastgesteld om te waarborgen dat hij beperkt is tot wat strikt noodzakelijk is.²²

25. Het wetsvoorstel handhaaft de bewaartermijn van zes maanden voor gegevens over het gebruik van internet, en twaalf maanden voor telefoniegegevens. Dit terwijl het HvJEU nu juist duidelijk aangeeft dat op basis van objectieve criteria per categorie gegevens duidelijk en precies omschreven moet worden voor welke periode het strikt noodzakelijk is dat die gegevens moeten worden bewaard.
26. Voor wat betreft telefoniegegevens, stelt de regering voor om de periode waarin de bewaartermijn kan worden benut aan te passen al naar gelang de ernst van het misdrijf. Wanneer sprake is van een verdenking van een ernstig misdrijf waar ten minste 8 jaar gevangenisstraf op staat, mogen gegevens tot twaalf maanden terug ingezien worden. Bij andere – minder ernstige - delicten wordt de termijn waarin de gegevens kunnen worden opgevraagd teruggebracht tot zes maanden. De regels voor toegang tot internetgegevens blijven hetzelfde, omdat daar al een kortere bewaartermijn van zes maanden geldt.

²⁰ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), r.o. 58.

²¹ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 31145 nr. AA (kabinetsreactie d.d. 17 november 2014), p. 8.

²² HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), r.o. 63-64.

- 
27. Hoewel XS4ALL het op zichzelf toejuicht dat de beschikbaarstelling (de toegang) van telefoniegegevens wordt ingeperkt, miskent de regering hier opnieuw dat niet alleen het *opvragen* van de gegevens resulteert in een inbreuk op grondrechten, maar ook de *periode van opslag*. En die blijft ongewijzigd.
28. In de memorie van toelichting wordt niet duidelijk waarom het noodzakelijk is dat de huidige – betrekkelijk willekeurige – termijnen worden gehandhaafd. Dat die bewaartermijnen strikt noodzakelijk zijn, ligt ook niet voor de hand, temeer nu het WODC onderzoek uit 2013 heeft uitgewezen dat de meerderheid van de opvragingen plaatsvindt in het begin van het opsporingsonderzoek.²³

Aanbeveling

29. Op grond van het voorgaande concludeert XS4ALL dat het ontwerpvoorstel het meest fundamentele probleem van de bewaarplicht, namelijk de algemene en ongerichte opslag van de gegevens van de volledige bevolking, niet oplost en onvoldoende tegemoet komt aan de bezwaren van het HvJEU.
30. In overeenstemming met het advies van de Raad van State is XS4ALL van mening dat de huidige wet, hangende het wetgevingsproces, buiten werking moet worden gesteld en dat daarop gebaseerde handhavingsmaatregelen moeten worden geschorst. Zolang dat niet gebeurt, wordt XS4ALL immers gedwongen de persoonlijke levenssfeer van haar abonnees langer te schenden dan noodzakelijk is. XS4ALL heeft de Minister van Veiligheid en Justitie daarom in een brief van 11 december 2014 verzocht schadebeperkende maatregelen te treffen teneinde de inbreuken op de persoonlijke levenssfeer te beperken. Voor de volledigheid is de brief aan de minister als bijlage achter deze reactie gevoegd.
31. Vanzelfsprekend is XS4ALL bereid tot een nadere toelichting en/of advisering. Onze afdeling Public Affairs is bereikbaar via 020 – 3987683.

²³ Rapport WODC 2013, De Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens. Over het bewaren en gebruiken van gegevens over telefoon- en internetverkeer ten behoeve van de opsporing. Meppel: Boom Lemma 2013.



Bijlage: Brief aan minister Opstelten van 11 december 2014.

bureau Brandeis

Apollolaan 151 1077 AR Amsterdam The Netherlands
+31 (0)20 7606 505 info@bureaubrandeis.com
bureaubrandeis.com

Aangetekend

Ministerie van Veiligheid en
Justitie
T.a.v. Minister Ivo Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Inzake: Continueren bewaarplicht

Amsterdam,
11 december 2014

Excellentie,

Namens mijn cliënte, XS4ALL Internet B.V. te Amsterdam (hierna: "XS4ALL"), vraag ik uw aandacht voor het volgende.

XS4ALL heeft altijd ernstige bezwaren gehad tegen de bewaarplicht. Sinds de invoering daarvan, eerst op Europees niveau¹, daarna in de Nederlandse wetgeving (artikel 13.2a Telecommunicatiewet, hierna "Tw")², protesteert XS4ALL tegen de vergaande inbreuken op de persoonlijke levenssfeer die met de uitvoering van de bewaarplicht gepaard gaan. Als internet access provider wordt XS4ALL, tegen haar wil, medeplichtig gemaakt aan deze inbreuken, nu zij degene is die de gegevens van haar abonnees en derden die gebruik maken van haar netwerk gedurende zes maanden moet opslaan teneinde opsporingsambtenaren behulpzaam te zijn bij de bestrijding van criminaliteit.

Gezien haar bezwaren heeft XS4ALL dan ook met instemming kennis genomen van het arrest van het Hof van Justitie EU ("HvJEU") van 8 april 2014, waarin het HvJEU, kort gezegd, heeft geoordeeld dat de Europese richtlijn die tot invoering van de bewaarplicht verplichtte, een zeer omvangrijke en bijzonder ernstige inmenging in de fundamentele rechten op eerbiediging van het privéleven en op bescherming van persoonsgegevens impliceert en om die reden in strijd is met de rechten zoals gegarandeerd in artikel 7 en 8 van het Handvest van de Grondrechten van de EU.³ Het HvJEU overwoog daartoe onder meer:

56 Met betrekking tot de vraag of de inmenging die richtlijn 2006/24 meebrengt, beperkt is tot het strikt noodzakelijke, zij opgemerkt dat artikel 3 van deze richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 5, lid 1, ervan,

¹ Richtlijn 2006/24/EG 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.

² Stb. 2009, 333 en Stb. 2011, 350.

³ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*).

voorschrijft om alle verkeersgegevens betreffende vaste en mobiele telefonie, internettoegang, e-mail over het internet en internettelefonie te bewaren. Deze richtlijn strekt zich dus uit tot alle wijdverspreide elektronischecommunicatiemiddelen, die een steeds belangrijker plaats innemen in het dagelijkse leven van de mensen. Bovendien ziet deze richtlijn ingevolge artikel 3 ervan op alle abonnees en geregistreerde gebruikers. Zij leidt dus tot inmenging in de fundamentele rechten van bijna de gehele Europese bevolking.

57 Dienaangaande zij in de eerste plaats vastgesteld dat richtlijn 2006/24 algemeen van toepassing is op alle personen, alle elektronischecommunicatiemiddelen en alle verkeersgegevens, zonder dat enig onderscheid wordt gemaakt, enige beperking wordt gesteld of enige uitzondering wordt gemaakt op basis van het doel, zware criminaliteit te bestrijden.⁴

Na de datum van het arrest heeft XS4ALL de verrichtingen van het Ministerie van Veiligheid en Justitie ten aanzien van de bewaarplicht met bijzondere interesse gevolgd, te beginnen met de opmerking van Staatssecretaris Teeven op 8 april 2014 dat het arrest goed bestudeerd moest worden alvorens er uitvoering aan zou worden gegeven.⁵ Die beslissing staat in schril contrast met zijn reactie op het arrest van het HvJEU inzake het illegale downloaden.⁶ Die uitspraak had onmiddellijke werking volgens de Staatssecretaris.⁷

De uitspraak van het HvJEU heeft vanzelfsprekend onmiddellijk effect voor de nationale Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, aldus ook de Raad van State in haar advies aan uw Ministerie. Die wet is immers gebaseerd op, en is vrijwel identiek aan, de Europese richtlijn en is net als die regeling in strijd met het Handvest.⁸

Na ruim 7 maanden studie van het arrest heeft u een (concept) wetsvoorstel ontworpen dat onvoldoende tegemoet komt aan de bezwaren van het HvJEU.⁹ Op elementaire onderwerpen schiet het tekort. Het meest in het oog springend is de beslissing om de bewaartermijn intact te laten,¹⁰ ondanks de duidelijke bewoordingen van het arrest van het HvJEU.¹¹ Bovendien maakt het concept geen onderscheid in de kring van personen wiens gegevens worden verwerkt, noch in de categorieën van gegevens die worden bewaard. Ook ontbreken er specifieke regels ter beveiliging van de gegevens ter voorkoming van misbruik of ander onrechtmatig gebruik ervan.

U heeft betrokken partijen in de gelegenheid gesteld om in een consultatie te reageren op het concept wetsvoorstel. Daarnaast heeft u besloten gedurende de consultatie en het wetgevingsproces de huidige wet onveranderd te laten. U laat daarmee gedurende een jaar of langer de situatie voortbestaan waarvan u zelf aangeeft dat deze in strijd is met het Handvest.¹² Het advies van de Raad van State om de huidige wet buitenwerking te stellen, legt u hiermee terzijde.

⁴ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), r.o. 56-57.

⁵ *Handelingen II* 2013/14, nr. 72, item 2, 8 april 2014

⁶ HvJEU 10 april 2014, zaak C-435/12 (*ACI/ Thuiskopie*).

⁷ Brief van staatssecretaris Teeven aan de Tweede Kamer d.d. 17 april 2014 over het arrest van het Hof van Justitie over auteursrecht.

⁸ Advies Raad van State 17 juli 2014, No.WO3.14.0161/II/Vo. Bijlage bij Kamerstuk 33542 nr. 16.

⁹ *Kamerstukken II* 2014/14, 33 542, nr. 16

¹⁰ Memorie van Toelichting, p. 10-13.

¹¹ HvJEU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland/ Ireland*), r.o. 63-64.

¹² Bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 31145 nr. AA (kabinetsreactie d.d. 17 november 2014) en Memorie van Toelichting, p. 10-13.

XS4ALL kan zich met deze gang van zaken niet verenigen. Zij wordt op deze manier gedwongen de persoonlijke levenssfeer van haar abonnees langer te schenden dan noodzakelijk is. Zij houdt u hiervoor ten volle aansprakelijk.

XS4ALL heeft overwogen een procedure tegen de Staat te starten om een einde te maken aan deze evidente schending van persoonlijke levenssfeer van haar abonnees en derden als gevolg van uw beslissing de huidige wet te handhaven. Zij heeft besloten dat (vooralsnog) niet te doen omdat u partijen ook in de gelegenheid hebt gesteld via een consultatie hun bezwaren tegen het wetsvoorstel te formuleren. XS4ALL zal van die gelegenheid gebruik maken.

XS4ALL verzoekt u wel hangende het wetgevingsproces zoveel mogelijk schadebeperkende maatregelen te treffen teneinde de inbreuken op de persoonlijke levenssfeer te beperken. Daaronder moet in ieder geval worden begrepen het op zo'n manier beperken van de toegang van de autoriteiten tot de gegevens dat alleen die personen toegang krijgen tot de gegevens voor wie dit strikt noodzakelijk is om ernstige criminaliteit te voorkomen, op te sporen of te vervolgen, alsmede het vereisen van toestemming van de rechter-commissaris voor het inzien van de opgeslagen gegevens.

Uw bevestiging dat u aan dit verzoek zal voldoen, ontvang ik graag uiterlijk **31 december 2014 om 14.00 uur**.

In het geval u hier niet aan voldoet zal XS4ALL alsnog de mogelijkheid onderzoeken om via een gerechtelijke procedure tegen uw beslissing om de oude wetgeving te handhaven, op te treden.

De inhoud van deze brief doet geen afbreuk aan de rechten van XS4ALL, die alle worden voorbehouden.

Teneinde er zeker van te zijn dat deze brief u in goede orde bereikt, zend ik hem zowel per e-mail als per aangetekende post.

Hoogachtend,



Chr.A. Alberdingk Thijm