

Rechtbank Den Haag

Zitting in kort geding d.d.

18 februari 2015 om 11.00 uur

Zaaknummer: 480009 KG ZA 14/1575

PLEITNOTA

inzake:

1. **STICHTING PRIVACY FIRST**
2. **NEDERLANDS JURISTEN COMITÉ VOOR DE MENSENRECHTEN (NJCM)**
3. **NEDERLANDSE VERENIGING VAN STRAFRECHTADVOCATEN (NVSA)**
4. **NEDERLANDSE VERENIGING VAN JOURNALISTEN (NVJ)**
5. **BIT B.V.**
6. **SPEAKUP B.V.**
7. **VOYS B.V.**

advocaten: mr. F.F. Blokhuis

mr. O.M.B.J. Volgenant

tegen:

DE STAAT DER NEDERLANDEN

advocaten: mr. R.J.M. van den Tweel

mr. C.M. Bitter

1. Inleiding

- 1.1 In 1984 werd een belangrijk hoofdstuk geschreven in de geschiedenis van de bescherming van privacy. In 1984 werd door het Europese Hof van de Rechten van de Mens bepaald¹ dat

¹ Malone/Verenigd Koninkrijk (EHRM, 2 augustus 1984), paragraaf 84. Het verwerken van verkeersgegevens *“is an integral element in the communications made by telephone. Consequently, release of that information to the police without the consent of the subscriber also amounts [...] to an*

verkeersgegevens, de gebelde telefoonnummers, onder de bescherming van artikel 8 EVRM vielen.

- 1.2 Dertig jaar later schreef het andere Europese Hof in het baanbrekende *Digital Rights Ireland*-arrest een belangrijke rol aan dit Malone arrest toe. Vandaag verzoeken eisers U een maatregel te nemen die in 't verlengde van deze arresten ligt. Eisers vragen U een maatregel op te leggen die ervoor zorgt dat de Nederland zich houdt aan de rechtspraak van de hoogste Europese rechter. De Nederlandse Wet Bewaarplicht Telecommunicatiegegevens ('de Wet') is onmiskenbaar in strijd met Europese regels. Zijn we als Europa één, of kan de Nederlandse Minister van Veiligheid en Justitie besluiten het Europese recht aan zijn laars te lappen. Dát is de vraag.
- 1.3 Eisers verzoeken U voor Nederland te doen wat het Hof van Justitie al voor de Europese Unie heeft gedaan. Eisers verzoeken u een einde maken aan de verplichting voor telco's en ISP's om gegevens van *iedereen*, met name ook gegevens van niet-verdachte burgers, te bewaren. Eisers verzoeken u ervoor te zorgen dat Nederland zich aan het Europese recht houdt. Het Hof van Justitie heeft een ferme streep gezet door *mass surveillance*. De Engelse term is zo gangbaar geworden dat wij deze ook zullen hanteren.
- 1.4 Het arrest van het Hof van Justitie is helder. De in 2006 ingevoerde bewaarplicht is met terugwerkende kracht ongeldig verklaard. Daarmee ging het Hof verder dan de AG, die slechts tot schorsing van de werking van de richtlijn adviseerde. Het is nu de vraag of er in de Europese Unie nieuwe regelgeving in de plaats zal komen voor die bewaarplicht. Het antwoord daarop is aan de Europese wetgever. Wat er binnen Nederland na het door U te wijzen vonnis in de plaats zal komen van de huidige Wet, dat is aan de Nederlandse wetgever. Die moet opereren binnen de bandbreedte van het Europese recht. En die bandbreedte is voor *mass surveillance* op dit moment zeer klein.
- 1.5 Het kabinet blijkt niet bereid de nationale regelgeving direct aan te passen. We zijn al bijna een jaar verder na het arrest van het Hof van Justitie, en er ligt nog niet eens een wetsvoorstel. Het kabinet lijkt de huidige situatie zolang mogelijk in stand te willen houden. Helaas komt het vaker voor dat de Nederlandse overheid geen adequate actie onderneemt wanneer uitspraken van de hoogste Europese rechter daartoe verplichten.
- 1.6 Van vele kanten is het kabinet erop gewezen dat de huidige Wet niet langer in stand kan blijven. Het advies van de Raad van State van juli 2014 is duidelijk. De Eerste Kamer heeft Minister Opstelten daar herhaaldelijk op gewezen. Wetenschappers hebben in niet mis te verstane bewoordingen gewezen op de gevolgen van de uitspraak van het Hof van Justitie. De Verenigde

interference with a right guaranteed by Article 8."

Naties, de Raad van Europa, de juridische dienst van het Europees Parlement, de Adviesraad Internationale Vraagstukken, *iedereen* is het erover eens dat ongerichte verzameling van metadata niet langer zomaar is toegestaan. Het College Bescherming Persoonsgegevens heeft eergisteren in zeer duidelijke bewoordingen geconcludeerd dat het handhaven van de bewaarplicht een té grote inbreuk op de privacy maakt. Zelfs van de ‘verbeterde’ Wet maakt het College gehakt. In een groot aantal landen om ons heen is de bewaarplicht ingetrokken of aangepast. *Niemand* deelt het standpunt van Minister Opstelten dat de Wet voorlopig gewoon in stand kan blijven.

- 1.7 Dat niet alleen eisers zich zorgen maken over de bewaarplicht, blijkt wel uit het feit dat op 16 februari meer dan 5.000 mensen hun provider verzochten om te stoppen met bewaren van hun gegevens.
- 1.8 Maar helaas, feit is dat het kabinet vooralsnog zelf weigert actie te ondernemen. Daarom is het aan de Nederlandse rechter om de situatie hier in lijn te brengen met het Europese juridische kader, zoals dat door de hoogste Europese rechter is vastgesteld.

2. Europees juridisch kader en de geschiedenis van de Daretentierichtlijn 2006

- 2.1 De ruimte om een systeem van *mass surveillance* in te richten wordt volledig bepaald door Europees recht. De huidige Wet en alle de toekomstige regels op het gebied van *mass surveillance* moeten voldoen aan:
 - a. Privacyrichtlijn 95/46/EG;
 - b. e-Privacy richtlijn 2002/58/EG;
 - c. artikelen 7 en 8 en artikel 52 lid 1 Handvest van de Grondrechten van de EU;
 - d. het arrest van het Hof van Justitie van 8 april 2014; en
 - e. artikelen 8 en 10 EVRM en de rechtspraak van het EHRM.
- 2.2 Wie de voorgeschiedenis van de Daretentierichtlijn 2006 bekijkt, begrijpt waarom het Hof van Justitie daar korte metten mee heeft gemaakt.
- 2.3 Na de terroristische aanslagen in de VS op 11 september 2001, werd, onder druk van president Bush², voorzichtig de deur geopend voor dataretentie, in artikel 15 van de e-Privacyrichtlijn die in 2002 is aangenomen. Maar dataretentie werd gekoppeld aan strikte voorwaarden. Maatregelen die inbreuk maken op de privacy dienen passend te zijn voor, en strikt evenredig met, het beoogde doel en noodzakelijk in een democratische samenleving en moeten adequate waarborgen bevatten overeenkomstig het EVRM.
- 2.4 Na de terroristische aanslagen in Madrid in 2004 en Londen in 2005 veranderde het politieke

² Zijn brief aan voorzitter Prodi staat hier <http://www.statewatch.org/news/2001/nov/06Ausalet.htm>

landschap in Europa. Onder voorzitterschap van het Verenigd Koninkrijk werd de verplichting tot dataretentie erdoorheen gedrukt. Het aanpakken van terroristen die aanslagen hadden gepleegd op de Londense metro kreeg topprioriteit. Privacy-bezwaren werden ruw terzijde geschoven. Het Europees Parlement werd inhoudelijk volledig buitenspel gezet. De totstandkoming van de Dataretentierichtlijn 2006 was een ongekend staaltje machtspolitiek van de Raad. Het resultaat was een zeer onevenwichtige Dataretentierichtlijn. Alle Lidstaten moesten aanbieders van telecommunicatie verplichten communicatiegegevens van al hun klanten voor lange tijd op te slaan.

- 2.5 Lang niet alle Europese landen bleken bereid om deze vergaande inbreuk op de privacy in te voeren. Al in 2010 verklaarde het Duitse constitutionele Hof de Duitse implementatie ongrondwettig. In Duitsland is de bewaarplicht nooit ingevoerd. Onze oosterburen lieten de privacybelangen zwaarder wegen. Men heeft daar meer historisch besef hoe onwenselijk het is te leven in een staat waarin de burgers constant bespied worden.
- 2.6 Het baanbrekende arrest van 8 april 2014 kwam wat dat betreft niet onverwacht. Het is een fraai voorbeeld van de scheiding tussen wetgevende en rechtsprekende macht in Europa. De hoogste Europese rechter trekt een scherpe grens en vernietigt gebrekkige Europese wetgeving met terugwerkende kracht. De Europese rechter heeft de onevenwichtige wetgeving van de Europese wetgever naar de prullenmand verwezen. Op Europees niveau is de balans hersteld. Nationaal zal daar echter wel uitvoering aan moeten worden gegeven.
- 2.7 En dat gebeurt ook bijna overal, behalve in Nederland. In reeds 17 landen is de bewaarplicht afgeschaft, of wordt er over geprocedeerd ([productie 41](#)). Dat de Nederlandse overheid nu blijft vasthouden aan de verboden dataretentie is zorgwekkend. Het past helaas in een trend. De laatste jaren is de Staat al vaker op de vingers getikt door de Europese rechter wegens schending van mensenrechten, maar wordt er geen adequate actie ondernomen om die schending te herstellen. Voorbeeld hiervan is het getreuzel met het invoeren van de waarborg van rechterlijke toetsing voorafgaand aan onderzoek naar journalistieke bronnen.

3. Chilling effect

- 3.1 In zeer duidelijke bewoordingen heeft het Hof in 2014 de Dataretentierichtlijn uit 2006 vernietigd. De kernoverweging is dat het opslaan van metadata op zichzelf een zeer zware inbreuk op de privacy is. Dit staat dus los van de overige aspecten omtrent proportionaliteit, toegang³, beveiliging of de locatie waar de gegevens zijn opgeslagen. De verplichting tot opslag van metadata is onrechtmatig, mede omdat dit een ernstig *chilling effect* heeft op het gedrag

³ rechtsoverweging 35: 'Bovendien vormt de toegang van de bevoegde nationale autoriteiten tot de gegevens een aanvullende inmenging in dat fundamentele recht'

van burgers. Dit *chilling effect* heeft tot gevolg dat burgers zich constant bespied wanen en zich anders gaan gedragen.

- 3.2 De 'High Commissioner for Human Rights' van de VN stelt in zijn rapport '*The right to privacy in the digital age*' van juni 2014: '*the mere possibility of communications information being captured creates an interference with privacy with a potential chilling effect on rights, including those to free expression and association.*' ([productie 25](#))
- 3.3 Een voorbeeld. Er is onderzoek gedaan op scholen in Canada waar beveiligingscamera's hingen. Ongeacht of de camera's aan stonden, of wie er toegang had tot de beelden, de kinderen gingen zich minder expressief uiten, werden veel bedachtzamer en vreesden verkeerde dingen te zeggen. Hetzelfde resultaat kwam naar voren uit een Canadees onderzoek naar online gedrag van kinderen. Dat er een *chilling effect* optreedt bij zulke jonge burgers illustreert dat *mass surveillance* niet een onschuldige en nuttige tool is voor de handhavers, maar een ingrijpend middel dat op een zeer ruime en bijzonder zware manier inmengt in de levens van de gesurveilleerden.
- 3.4 Toen bekend werd dat een webcam, zoals die op heel veel laptops standaard geïnstalleerd is, gebruikt zou kunnen worden door derden om mensen in hun eigen huis te bespieden, hebben velen uit voorzorg direct die camera afgeplakt. Mensen willen niet bespied worden.
- 3.5 En terecht is er heel veel verzet tegen het plan om al het autoverkeer in Nederland met camera's vast te leggen de politie dat vier weken te laten bewaren, omdat het handig is om van alle automobilisten te weten waar ze wanneer hebben gereden. Dat zou ook een ongerichte vastlegging zijn van privé-gegevens van alle burgers, inclusief niet-verdachte burgers.
- 3.6 Ook op journalisten heeft de wetenschap dat de overheid toegang heeft tot hun communicatiegegevens een *chilling effect*. Journalisten voelen zich minder vrij om bijvoorbeeld over inlichtingendiensten of terrorisme te schrijven. Hoe moet een journalist een afspraak maken met een klokkenluider die een misstand bij de overheid aan de kaak stelt? Bellen kan niet, onbeveiligd mailen kan niet. Hoe moet een journalist contact met een bron maken en houden zonder dat hij moet vrezen dat de overheid zijn communicatiegegevens opvraagt? Waarborgen zijn er momenteel niet.
- 3.7 Dit is allemaal geen theorie, maar dagelijkse praktijk. Toen de *Nieuwe Revu* onthulde hoe eenvoudig het voor een hacker was om toegang te krijgen tot de inbox van Staatssecretaris Jack de Vries, was het eerste wat de politie deed het opvragen van de communicatiegegevens van journalist Nick Kivits. De hacker heette in het artikel 'Jeroen' en men ging naarstig op zoek naar alle 'Jeroenen' die ooit contact hadden gelegd met deze journalist. Overigens zonder succes. Maar ook zonder enige waarborg voor journalistieke bronbescherming. Dit is overduidelijk in strijd met de standaardjurisprudentie van het EVRM over bronbescherming.

- 3.8 Journalisten doen noodgedwongen erg voorzichtig als ze met bronnen spreken. Op de afgelopen Dag van de Persvrijheid (3 mei 2014) was de noodzaak tot versleuteling van communicatie met bronnen hét thema.
- 3.9 Ook voor de advocatuur en haar vertrouwelijke communicatie met cliënten heeft dit een aantoonbaar *chilling effect*. Zoals de voormalig deken van de Amsterdamse Orde van Advocaten zei: *“Door die gegevens te combineren met andere data kunnen met behulp van geavanceerde software netwerken in kaart worden gebracht. Dat kan opsporingsinformatie opleveren. Er kan bijvoorbeeld uit blijken dat een cliënt na een misdrijf contact heeft gezocht met zijn advocaat. Cliënten zullen zich daardoor minder vrij voelen om met hun advocaat te overleggen. Dat gaat in tegen het rechtsstatelijke principe van een onbelemmerde toegang tot een advocaat.”*
- 3.10 In de praktijk zijn strafrechtadvocaten zich er heel goed van bewust dat van al hun digitale communicatie sporen worden bewaard, en dat de overheid daar zonder enige waarborg toegang toe heeft. Het aftappen van de inhoud van telefoongesprekken van advocaten met hun cliënten is wel met waarborgen omgeven, daar is een convenant voor gesloten tussen de Orde van Advocaten en het OM. Maar er is geen enkele waarborg bij het opvragen van communicatiegegevens op grond van de Wet. Justitie kan gemakkelijk achterhalen wanneer er telecommunicatiecontact is geweest tussen cliënt en advocaat, en waar beiden zich bevonden. Dat maakt dat advocaten zich heel omzichtig moeten gedragen in hun communicatie met cliënten. Ook dit belang is door het Hof van Justitie expliciet benoemd in het arrest.
- 3.11 De Orde van Advocaten heeft in een brief van 9 februari 2015 aan de vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties haar zorgen geuit over de opsporingsactiviteiten. De Nederlandse Orde van Advocaten heeft gehoord dat telefoongesprekken die advocaten voeren met hun cliënten worden afgeluisterd. Daarbij worden mailwisselingen tussen advocaten en cliënten onderschept. De Orde wijst erop dat in procedures tegen en in onderhandelingen met de Staat, advocaten door de Staat geconfronteerd werden met informatie waarvan de bron onduidelijk is. Informatie die alleen verkregen kan zijn uit communicatie tussen cliënt en advocaat. *‘Deze advocaten hebben sterke vermoedens dat die gegevens afkomstig zijn van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten,’* schrijft de Orde. Kortom, zelfs de bestaande waarborgen worden met voeten getreden.

4. De aanbieders zitten in een spagaat

- 4.1 De aanbieders zijn zolang de Wet niet buiten werking is gesteld nog steeds verplicht de metadata langdurig op te slaan. Zij maken daarvoor kosten. Tegelijkertijd worden zij meer en meer aangesproken door hun klanten dat zij hiermee moeten stoppen, omdat dit inbreuk maakt op de privacy. Inmiddels wordt de roep van de klanten om te stoppen met bewaren luider en luider. In 24 uur deden meer dan 5.000 burgers mee aan de actie stopdebewaarplicht.nu. De

aanbieders zitten daarmee in de spagaat: ofwel ze riskeren een boete van het Agentschap Telecom van maar liefst € 450.000,- per overtreding, want in strijd met de Wet handelen is een Economisch delict. Ofwel ze schenden continu de privacy van de burgers ondanks expliciete verzoeken daarmee te stoppen.

- 4.2 De overheid dwingt de aanbieders de grondrechten van hun klanten massaal te schenden. Doordat de overheid de Wet handhaaft, wordt bovendien hun contractsvrijheid en vrijheid van onderneming (artikel 17 Handvest) aangetast. De aanbieders zijn immers niet vrij om hun klanten een keuze te bieden welke gegevens zij voor welke periode zullen bewaren. Die vrijheid hebben aanbieders in Duitsland bijvoorbeeld wel.

5. Gevolgen van het arrest van het Hof van Justitie voor de Wet

- 5.1 Nu de Dataretentierichtlijn met terugwerkende kracht ongeldig is verklaard, is het volgende kader van toepassing.

- a. Artikel 6 jo. artikel 15 e-Privacy richtlijn. Artikel 15 lid 1 verklaart het Handvest van toepassing. De Wet moet dus voldoen aan de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest. Dit wordt door Minister Opstelten onderschreven in de brief van 17 november 2014 ([productie 7](#)).
- b. Het arrest verklaart ook artikel 8 EVRM en de rechtspraak van het EHRM van toepassing. Artikel 8 en 10 EVRM hebben directe werking, zodat burgers daar een beroep (kunnen) doen. Ook uit artikelen 6(1) en 6(2) van het Europees Verdrag volgt naleving van artikel 8 EVRM.⁴

- 5.2 Dat de Wet met de huidige inhoud niet langer kan worden gehandhaafd wordt breed gedragen. De Afdeling Advisering van de Raad van State heeft dit glashelder verwoord ([productie 4](#)): *‘Met de ongeldigverklaring van de dataretentierichtlijn wordt de bevoegdheid van EU-lidstaten om een bewaarplicht voor telecommunicatiegegevens te regelen opnieuw beheerst door artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn. De regeling in de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens moet voldoen aan het bepaalde in artikel 15, eerste lid, van de e-privacyrichtlijn en de daarin genoemde voorwaarden. (...)*

⁴ Overigens bepaalt ook artikel 53 Handvest dat geen van de bepalingen van het Handvest zo mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve werkingssferen worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie, de Gemeenschap of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten.

Op grond van het voorgaande is de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens ook na de ongeldigheid van de dataretentierichtlijn onderworpen aan de artikelen 7 en 8 van het Handvest. (...)

Toetsing van de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens aan het Handvest leidt tot de conclusie dat de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens net als de dataretentierichtlijn in strijd is met de artikelen 7 en 8 van het Handvest. Aan deze conclusie liggen dezelfde redenen ten grondslag als die leidden tot de ongeldigverklaring van de dataretentierichtlijn. Voor zover de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens de door het Hof gewraakte bepalingen uit de dataretentierichtlijn heeft omgezet, heeft de wet immers vrijwel dezelfde inhoud als de dataretentierichtlijn. De Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens kan als zodanig derhalve niet in stand blijven wegens strijd met het Unierecht.'

- 5.3 Deze redenering en deze conclusie worden gedeeld door de Juridische Dienst van het Europees Parlement (productie 29). En ook het CBP onderschrijft dit (productie 40). Duidelijker dan het CBP kunnen we het niet zeggen: *'Het feit dat de bewaarplicht niet wordt ingekaderd, maakt dat de inbreuk op de artikelen 7 en 8 van het Handvest te groot is, en dat de maatregel niet voldoet aan het proportionaliteitsvereiste van artikel 8 EVRM. Naar het oordeel van het CBP kan hieruit worden afgeleid dat de voorgestelde instandhouding van een algemene bewaarplicht strijdig is met de in Europa geldende grondrechten, tenzij aan dit bewaren van de gegevens vooraf beperkingen kunnen worden gesteld. (...) de conclusies van het Hof nopen tot heroverweging van het uitgangspunt van een algemene bewaarplicht voor telecommunicatiegegevens van de facto iedere Nederlander (...).'*
- 5.4 Wij vatten dat als volgt samen: een plicht telecommunicatiegegevens van iedere Nederlander te bewaren is onrechtmatig. Dus los van de in Nederland geldende regelingen voor beveiliging en toegang tot die gegevens, is het bewaren van gegevens van alle Nederlanders al onrechtmatig. Leest U de harde conclusies van het CBP of het factsheet van het EHRM⁵ er maar op na.
- 5.5 De Eerste Kamer heeft Minister Opstelten op 10 december 2014 expliciet verzocht de Wet direct aan te passen, en niet in stand te laten tot er een nieuwe wet is (productie 5): *'De regering kan er daarom niet mee volstaan om tot dat tijdstip de oude wet ongewijzigd te handhaven.'*
- 5.6 De reacties vanuit de wetenschap zijn ook bijzonder stellig. Een citaat van de gezaghebbende

⁵ CBP: "De inbreuk wordt dus reeds gevormd door het enkele feit dat de gegevens worden opgeslagen (langer dan noodzakelijk voor de bedrijfsvoering) om te voldoen aan de wettelijk vereiste bewaarplicht." EHRM, Press Unit, Factsheet - Data protection (september 2014), "General Principles. Mere storage of information about an individual's private life amounts to interference within the meaning of Article 8 (right to respect for private life) of the European Convention on Human Rights." URL: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf.

professoren Dommering en Van Eijk ([productie 36](#)): *‘Terwijl de minister aangeeft dat de huidige wetgeving zelfs in zijn interpretatie op onderdelen in strijd is met de jurisprudentie, laat hij de geldigheid van de betreffende wetsbepalingen ongemoeid. Dit is onaanvaardbaar. Verdere toepassing dient te worden gestaakt c.q. per direct binnen de randvoorwaarden van het Hof te worden gebracht.’*

- 5.7 Ook Mr. Hijmans, expert op dit gebied, onderschrijft dit ([productie 31](#)).⁶
- 5.8 Saillant is dat Minister Opstelten de conclusie van de Raad van State dat de Wet niet in stand kan blijven deelt ([productie 7](#)): *“Hieruit vloeit voort dat de nationale wetgeving moet worden aangepast voor zover deze niet in overeenstemming is met het Handvest van de grondrechten. De Nederlandse regering kan deze zienswijze onderschrijven.”*
- 5.9 Maar Minister Opstelten verbindt daar niet de consequentie aan dat de Wet niet meer gehandhaafd kan worden. We hebben hier te maken met de Minister die drie keer een *Big Brother award*⁷ won, de laatste keer mede omdat hij de bewaarplicht koste wat kost in stand wil houden.
- 5.10 Minister Opstelten is het wel met de Raad van State eens dat de huidige wet moet worden aangepast. Zo moet er een rechterlijke toetsing komen, dienen de gegevens binnen de EU te worden opgeslagen, en is de toegang tot de gegevens verder beperkt ([productie 7](#)). Maar Minister Opstelten voert deze maatregelen niet direct in. Hij rekt tijd en stelt aanpassing zolang mogelijk uit. Het getreuzel lijkt haast een weloverwogen strategie te zijn.
- 5.11 Het arrest van het Hof van Justitie dateert van 8 april 2014. Het advies van de Raad van State volgde al snel, op 17 juli 2014. Maar de wetgever kwam niet in actie. Staatssecretaris Teeven werd op 23 september 2014 naar de Eerste Kamer geroepen om uitleg te geven. Ik citeer Eerste Kamerlid Franken ([productie 33](#)): *‘Het Hof heeft alleen gezegd: het is onrechtmatig. Dat betekent*

⁶ *‘Het lijkt erop dat (...) het Hof van Justitie met zijn redengeving het instrument van gegevensbewaring – in de zin van een bewaarplicht van communicaties van alle burgers, niet gekoppeld aan enige specifieke bedreiging van de openbare veiligheid – als zodanig onaanvaardbaar acht. Naar mijn oordeel maakt het Hof van Justitie het voor de wetgever onmogelijk om aan alle eisen die het stelt te voldoen. Met name de punten 57-59 raken de essentie van het instrument van gegevensbewaring, aangezien dit juist uitdrukkelijk beoogt een bewaarplicht voor te schrijven die betrekking heeft op alle personen, alle middelen en alle gegevens, zonder onderscheid. (...) En dit is nu juist wat het Hof van Justitie onevenredig oordeelt.’* Hijmans was verbonden aan de Europese toezichthouder voor de gegevensbescherming (EDPS). Zijn onderwerpen waren onder meer de onafhankelijkheid van autoriteiten, Passenger Name Registration, dataretentie en de verhouding tussen gegevensbescherming en toegang tot informatie. Vanaf 2000 tot 2004 werkte hij bij het Hof van Justitie als lid van het kabinet van advocaat-generaal Geelhoed en daarvoor op diverse juridische afdelingen op Haagse ministeries, laatstelijk (vanaf 1995) als Raadadviseur bij de directie wetgeving van het Ministerie van Justitie.

⁷ Een jaarlijkse ‘prijs’, uitgereikt door Bits of Freedom aan de grootste privacy-schender van het afgelopen jaar.

dat de staatssecretaris vandaag nog, ik zou eerder zeggen nu nog, die onrechtmatige situatie moet beëindigen. Dan wordt de activiteit bevroren. Men mag er niet mee doorgaan. Het wordt dus niet erger. Dan kan de Raad van State vervolgens adviseren over wat de regering in het vervolg moet doen. Wat dat betreft is de staatssecretaris niet op mijn vraag ingegaan. Nu is het onrechtmatig. De vraag is of je dat zo kunt laten. Dat is heel iets ander dan: we gaan rustig slapen, over een halfjaar komt de Raad van State met een advies en daar gaan wij dan verder over denken. Nu is het onrechtmatig!

- 5.12 Het antwoord van Staatssecretaris Teeven tijdens dat debat in de Eerste Kamer luidde ([productie 33](#)): *'In antwoord op de vraag die de heer Franken aan de orde stelt, zeg ik: die keuze heeft het kabinet niet gemaakt. We denken het advies van de Raad van State zeer binnenkort binnen te krijgen. Dan praten we over een termijn van enkele dagen tot een week, en dan zal het kabinet daar een standpunt over innemen.'*
- 5.13 Dat is zeer opmerkelijk. Het advies van de Raad van State aan de het kabinet dateerde van ruim twee maanden eerder, namelijk 17 juli 2014. De stelling van Teeven dat dat advies op 23 september 2014 nog niet door het kabinet was ontvangen is ongeloofwaardig, en het is in ieder geval in tegenspraak met wat Minister Opstelten in zijn brief van 17 november 2014 schrijft ([productie 7](#), pagina 2): *'Bij brief van 17 juli 2014 heb ik de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State ontvangen.'*
- 5.14 Pas op 17 november 2014 (vier maanden na het advies van de Raad van State) informeerde Minister Opstelten de Tweede Kamer en gaf hij aan welke maatregelen het kabinet voor ogen heeft. Ondertussen is het 18 februari 2015, we zijn dus alweer drie maanden verder, en er is nog steeds niets gebeurd met de Wet. Er is nog geen wetsvoorstel in behandeling genomen. Het kabinet neemt ruim de tijd voor een niet-noodzakelijke tussenstap, namelijk een internetconsultatie. Ook dat kan worden gezien als tijdrekken. De tientallen zienswijzen die in de consultatie zijn ingediend zijn zonder uitzondering zeer kritisch. Bij eerdere internetconsultaties hebben we helaas gezien dat de Minister met dergelijke kritiek vrijwel niets doet.
- 5.15 Het kabinet heeft geen argument aangevoerd, waarom de Wet niet direct kan worden aangepast. Het kabinet kán - als zij wil – best snel maatregelen nemen. Ze kan de Wet op zeer korte termijn intrekken, of middels een AMvB bepaalde waarborgen invoeren. Nu dat welbewust wordt nagelaten is er een spoedeisend belang om per direct deze onmiskenbaar onrechtmatige Wet buiten werking te stellen.

6. De argumenten van de overheid voor handhaving overtuigen niet

1. Noodzakelijk voor de opsporing van criminaliteit?

- 6.1 Het Openbaar Ministerie heeft betoogd dat dataretentie onmisbaar is voor opsporing van ernstige misdrijven. Daar valt nogal wat tegen in te brengen.
- 6.2 Allereerst heeft het Hof van Justitie al de afweging van het belang van opsporing ten opzichte van inbreuk op de privacy gemaakt: *‘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.’*
- 6.3 Eerlijk gezegd kenden wij de betekenis het woord ‘primordiaal’ nog niet. We hebben het opgezocht. Het betekent ‘fundamenteel’ of ‘cruciaal’. Telkens wanneer het vandaag gaat over het belang van de bestrijding van criminaliteit of terrorisme, zal de reactie zijn: ja, dat belang is er. Het is niet zomaar een belang, het is een primordiaal belang. Maar het kan de ruime bewaarplicht die door de Dataretentierichtlijn werd ingevoerd niet rechtvaardigen. Aldus het Hof van Justitie.
- 6.4 Ten tweede is het maar zeer de vraag of de maatregel wel effectief en noodzakelijk is. Het WODC twijfelt openlijk aan de effectiviteit in haar onderzoek (productie 23). De Wet is per 1 september 2009 ingevoerd. Noodzaak en effectiviteit zijn ook na ruim vijf jaar dataretentie niet aangetoond. CBP-voorzitter Jacob Kohnstamm noemde het onlangs in de Tweede Kamer⁸ ‘bijna laakbaar’ dat er op dit moment geen deugdelijk bewijs is van effectiviteit. Ook in het zeer kritische advies van het CBP wordt op het ontbreken van een systematische onderbouwing gewezen (productie 40, p. 7 bovenaan)
- 6.5 Eerste Kamerlid Franken formuleerde zijn bezwaren over effectiviteit als volgt (productie 33): *“Eigenlijk zijn alle collega's het erover eens dat niet is aangetoond dat het effectief is. (...) Ook Obama heeft (...) gezegd dat alle acties naar aanleiding van 9/11 ten aanzien van grootschalige surveillance niet tot de oplossing hebben geleid dan wel tot oplossingen die ook op een andere manier gevonden hadden kunnen worden. Dat zij zo. De effectiviteit staat dus in het geheel niet vast.’*

⁸ tijdens het rondetafelgesprek met de Vaste Commissie voor Justitie op 29 januari 2015.

- 6.6 En hij wees nog op een andere reden waarom dataretentie helemaal niet werkt ter bestrijding van terrorisme (productie 32): *‘Bovendien is de maatregel niet effectief. Het is bijzonder gemakkelijk om de bewaarplicht, ook zonder extra kosten, te omzeilen. (...). De maatregel zal daarom alleen werken bij zeer, zeer domme boeven (...).’*
- 6.7 Minister Opstelten doet graag of de Wet alleen ingezet mag worden bij de opsporing van verdachten van zeer zware delicten, zoals terrorisme. Dat is een verkeerd beeld, dat we vandaag uit de wereld helpen. De huidige regeling (artikel 126n Sv) geeft een Officier van Justitie, zonder enige rechterlijke toetsing, de bevoegdheid communicatiegegevens op te vorderen als het gaat om een feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten op grond van artikel 67 lid 1 Sv. Hoofregel is dat voorlopige hechtenis mogelijk is bij misdrijven waarop naar wettelijke omschrijving 4 jaar of meer gevangenisstraf staat. Dat klinkt zwaar, maar dat is het niet. Het betekent dat zo’n vordering ook mogelijk is bij fietsendiefstal (artikel 310 Sr) en zelfs bij een poging daartoe. Ook een poging tot verduistering (artikel 321 Sr) valt hieronder, en zelfs een onjuiste belastingaangifte (artikel 69 lid 2 AWR).⁹
- 6.8 Waar het expliciet de bedoeling van de Europese wetgever was om dataretentie in te zetten als wapen in de strijd tegen terrorisme, kan Justitie in Nederland al naar bijvoorbeeld KPN, Vodafone of T-Mobile stappen om communicatiegegevens op te vorderen bij een mislukte poging tot fietsendiefstal. Zonder rechterlijke controle vooraf, zonder notificatie achteraf, zonder transparantie of verantwoording. Als de Staat hierop vandaag zou antwoorden dat de bevoegdheid tot het opvragen van bewaarde telecomgegevens in de praktijk niet wordt gebruikt bij het oplossen van fietsendiefstal of de vervolging van een verkeerd ingevulde belastingaangifte, moeten we helaas antwoorden dat we dat op geen enkele manier kunnen controleren. De bevoegdheden zijn er wel.
2. *Werpt het EHRM-arrest K.U. tegen Finland uit 2008 een totaal ander licht op deze zaak?*
- 6.9 Het Hof van Justitie is uitgebreid ingegaan op zes relevante uitspraken van het EHRM over artikel 8 EVRM en massa-opslag van persoonsgegevens, waarvan twee van de Grote Kamer.¹⁰ Het meeste recente arrest van het EHRM waar naar verwezen wordt dateert van 18 april 2013.
- 6.10 Het was zeer opmerkelijk dat het Hof van Justitie zo nadrukkelijk en zo uitgebreid naar de

⁹ En een *opsporingsambtenaar* kan (artikel 126 nc of uc) identificerende gegevens opvragen bij een misdrijf (ex artikel 126nc lid 2): naam, adres, woonplaats, postadres, geboortedatum en geslacht.

¹⁰ R.o. 35: EHRM, **Leander/Zweden**, 26 maart 1987, EHRM, **Rotaru/Roemenië** [Grote kamer], nr. 28341/95, EHRM, **Weber en Saravia/Duitsland** (dec.), nr. 54934/00, r.o. 47: EHRM, **S en Marper/Verenigd Koninkrijk** [Grote kamer], nrs. 30562/04 en 30566/04, R.o. 54: EHRM, **Liberty e.a./Verenigd Koninkrijk**, nr. 58243/00, 1 juli 2008, nogmaals EHRM Rotaru/Roemenië en EHRM S en Marper/Verenigd Koninkrijk, en r.o. 55, nogmaals EHRM S en Marper/Verenigd Koninkrijk en tenslotte **M. K./Frankrijk**, nr. 19522/09, § 35, van 18 april 2013.

rechtspraak van het Straatsburgse mensenrechtenhof verwees. Het was voor het eerst dat dit gebeurde. Ook in die zin is het arrest waarbij het Hof de Dataretentierichtlijn ongeldig heeft verklaard uiterst belangrijk voor de Europese rechtsontwikkeling.

- 6.11 Een Officier van Justitie heeft in een ingezonden stuk in het NRC van 15 januari 2015 gewezen op een arrest van het EHRM uit 2008, de zaak *K.U. tegen Finland*. Die uitspraak ging niet over massa-opslag, maar over het in het verleden tijdelijk ontbreken van een formele mogelijkheid in Fins recht om een verzoek aan een provider te doen om de identiteit te achterhalen van iemand die een advertentie op internet had gezet. Het Hof van Justitie heeft die uitspraak niet expliciet genoemd in het arrest over dataretentie. Dat lijkt ons volkomen terecht, want wie die Finse zaak leest zal zien dat die niet relevant is en zeker niet een volledig ander licht doet schijnen op de zes arresten van het EHRM waarop het Hof van Justitie zich baseert. Het EHRM noemt deze zaak niet eens in zijn eigen overzicht van relevante jurisprudentie over de bescherming van persoonsgegevens.¹¹ En ook het CBP laat die uitspraak buiten beschouwing in haar grondige analyse.
- 6.12 Het is eerlijk gezegd een potsierlijke vertoning dat de Nederlandse Staat deze luchtballon in deze procedure nu serieus heeft overgenomen. De Grote Kamer van het Hof van Justitie is op basis van een diepgaande analyse van de jurisprudentie van het EHRM tot de conclusie gekomen dat de bewaarplicht een té grote inbreuk op de privacy is. We zien Nederland al aankomen bij datzelfde Hof van Justitie in Luxemburg met de boodschap dat onze Hollandse analyse tot een tegenovergestelde conclusie leidt, omdat het Hof van Justitie een uitspraak uit 2008 over het hoofd zou hebben gezien.

7. Toelichting petitum

- 7.1 Wat eisers primair willen is dat de Staat zich aan het Europese recht houdt. Daarvoor is noodzakelijk dat de bewaarplicht buiten werking wordt gesteld, totdat zij in overeenstemming is gebracht met het Europese recht.
- 7.2 Een relevante vraag is wat voor consequenties het buiten werking stellen van de Wet heeft voor strafrechtelijke onderzoeken. Het antwoord is: voor zover wij kunnen overzien heeft dit nauwelijks consequenties.
- 7.3 Op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad zal het buiten werking stellen van de Wet voor reeds lopende strafzaken in beginsel geen gevolgen hebben. Onrechtmatige opslag van gegevens zal worden geduid als een vormverzuim dat niet heeft plaatsgevonden in het

¹¹ Factsheet Dataprotection, september 2014, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf

voorbereidend onderzoek naar dit tenlastegelegde feit.¹² En de strafrechter zal ook niet tot de sanctie van bewijsuitsluiting overgaan.¹³ Uiteindelijk is het oordeel in een concrete zaak daarover aan de strafrechter.

- 7.4 Voor toekomstige strafzaken zal toewijzing van het petitum betekenen dat er bijvoorbeeld altijd voorafgaande toetsing door een rechter noodzakelijk is, zoals ook in het wetsvoorstel is opgenomen en wordt vereist door het EHRM en het Hof van Justitie. Een aanbieder zal vervolgens aan een vordering moeten voldoen als er nog gegevens voorhanden zijn. Maar hij is niet langer verplicht om de communicatiegegevens te bewaren. Voor zover hij geen gegevens meer voorhanden heeft kán de aanbieder niet aan de vordering tot afgifte voldoen en hoeft hij dat ook niet.
- 7.5 Voor de goede orde, partijen eisen *niet* dat de reeds bewaarde gegevens vernietigd worden. Alhoewel die gegevens sinds 8 april 2014 waarschijnlijk onrechtmatig zijn opgeslagen, achten eisers het te verstrekkend om in een kort geding een voorlopige maatregel te vragen waarmee die gegevens vernietigd worden.
- 7.6 Na het vervallen van de bewaarplicht staat Justitie bepaald niet met lege handen. Het CBP heeft gewezen op het alternatief van bevrozing van telecomgegevens (productie 40, p. 7). Dat levert een specifieke bewaarplicht op die in zijn aard een geringere inbreuk maakt op de rechten van alle Nederlanders, aldus het CBP. En natuurlijk blijven andere strafvorderlijke bevoegdheden intact, zoals aftappen, afluisteren, achtervolgen etc. Bij de recente daden van terrorisme is bekend geworden dat de daders al lang in beeld waren bij de opsporingsdiensten. Dan kunnen bij uitstek zulke bevoegdheden worden ingezet. De opsporingsdiensten zouden hun mankracht beter kunnen inzetten voor ouderwets researchwerk. Dat levert misschien wel meer op dan het zoeken in een 'datazwembad', zoals de enorme hoeveelheid bewaarde verkeersgegevens wel is genoemd.

8. Conclusie

- 8.1 De Staat dient zich te houden aan het Europese recht. Het onderwerp 'bewaarplicht' is bij uitstek een Europees gereguleerd onderwerp. De Daretentierichtlijn 2006 waarvan de Wet in 2009 een één op één implementatie was, is door het Hof van Justitie met terugwerkende kracht ongeldig verklaard. Het toepasselijke Europese kader is door het arrest van het Hof van Justitie ingrijpend gewijzigd. De Wet is onmiskenbaar in strijd met dat gewijzigde Europese kader. Een Nederlandse wet die onmiskenbaar in strijd is met hogere regelgeving, kan door de rechter

¹² en dus niet voor een sanctie ex art. 359a Sv in aanmerking komt.

¹³ Een schending van artikel 8 EVRM heeft in beginsel geen gevolgen in een strafzaak, zolang de rechten van de verdachte ex artikel 6 lid 1 EVRM niet worden geschonden, aldus Hof Amsterdam 9 mei 2014, ELCI:NL:GHAMS:2014:1835 en Hof Amsterdam 27 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2028.

buiten werking worden gesteld.

- 8.2 Nu Minister Opstelten in weerwil van de adviezen en opinies van alle betrokken instanties, organisaties en geleerden blijft volhouden geen directe gevolgen te verbinden aan het arrest van 8 april 2014, is het aan de Nederlandse rechter om de Wet buiten werking te stellen.
- 8.3 Wij vragen U voor de nationale Nederlandse regelgeving te doen wat het Hof van Justitie voor de EU-regelgeving heeft gedaan, namelijk de bewaarplicht buiten werking stellen. Dat verzoeken we U namens privacy-voorvechters, namens journalisten, namens advocaten, namens mensenrechtenjuristen en namens aanbieders van telecommunicatiediensten.
- 8.4 Wij concluderen tot toewijzing van de vorderingen.

Deze zaak wordt behandeld door Boekx Advocaten
mr. F.F. Blokhuis en mr. O.M.B.J. Volgenant
Leidsegracht 9 (1017 NA) Amsterdam
T: 020 – 528 9532 | F: 020 – 528 9537
E: blokhuis@boekx.com | volgenant@boekx.com
www.boekx.com