

Preadvies
van de
Adviescommissie Strafrecht
inzake
Conceptwetsvoorstel bewaarplicht telecommunicatie (Dataretentie)

Inleiding

Het voorstel voor de Wet Bewaarplicht Telecommunicatiegegevens strekt tot implementatie van Richtlijn nr. 206/24/EG van 15 maart 2006, de zogenoemde Richtlijn Dataretentie. Deze Richtlijn heeft tot doel een harmonisatie tot stand te brengen van de nationale bepalingen van de lidstaten, waarbij aanbieders van elektronische communicatiediensten worden verplicht gegevens omtrent door hun verleende diensten te bewaren. De Richtlijn legt aan de lidstaten de verplichting op de nationale wetgeving zodanig te wijzigen, dat de in de Richtlijn genoemde categorieën gegevens worden bewaard. Deze categorieën gegevens zijn de zogenaamde verkeers- en lokatiegegevens, alsmede de gegevens die nodig zijn om de abonnee of geregistreeerde gebruiker te identificeren.

Ter uitvoering van de Richtlijn worden in het voorliggende wetsontwerp aan aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten aanvullende verplichtingen tot bewaring van gegevens opgelegd. Daartoe worden enkele bepalingen in met name de Telecommunicatiewet aangevuld of gewijzigd.

Gelet op het technische karakter van de Richtlijn, en de gedetailleerdheid van de daarin opgenomen voorschriften, komt aan de Nederlandse wetgever slechts een beperkte mate van beleidsvrijheid toe. Beleidsvrijheid bestaat voor wat betreft de termijn waarop de nationale wetgever de bewaarplicht oplegt. Voorts bestaat beleidsvrijheid voor de nationale wetgever waar het betreft de voorwaarden waaronder toegang tot de bewaarde gegevens kan worden verleend, en de voorwaarden waaronder die gegevens aan eigen of buitenlandse autoriteiten zullen worden verstrekt. Op deze punten zal in het navolgende worden ingegaan.

Bewaringstermijn

Volgens artikel 6 van de Richtlijn wordt aan de lidstaten opgelegd de verplichting om er voor zorg te dragen dat verkeersgegevens gedurende “tenminste zes maanden en ten hoogste twee jaar vanaf de datum van de communicatie” worden bewaard. Het wetsvoorstel kiest voor een bewaarperiode van 18 maanden. De keuze voor deze termijn - die zich aan de bovenkant van de in de Richtlijn opgenomen bandbreedte bevindt - is naar het oordeel van de Adviescommissie Strafrecht onvoldoende onderbouwd. De Memorie van Toelichting verwijst naar het rapport van de Erasmus Universiteit Rotterdam inzake nut en noodzaak van de bewaarverplichting voor historische verkeersgegevens van telecommunicatieverkeer (Kamerstukken 2, 23409, nr. 379). De aanbeveling van de onderzoekers van de EUR is om de bewaartermijn op één jaar vast te stellen.

De argumenten om desondanks een langere bewaartermijn voor te stellen kunnen niet overtuigen.

Onbekend is welke bewaartermijn andere lidstaten zullen kiezen. Aan die - onbekende - keuzes van andere lidstaten kan dan ook geen argument worden ontleend voor een langere - of kortere - bewaartermijn.

De stelling dat “strafrechtelijke onderzoeken niet mogen mislukken doordat de bewaartermijn is verlopen” leidt zelfs tot een geheel *onbeperkte* bewaartermijn. Daarbij moet worden opgemerkt dat geen enkel opsporingsonderzoek kan worden aangewezen, dat is mislukt doordat men in dat onderzoek niet kon beschikken over verkeersgegevens. Ook in het huidige stelsel, waarin verkeersgegevens in het algemeen slechts 3 maanden beschikbaar zijn, slagen opsporingsinstanties er prima in, om ook de meest complexe onderzoeken succesvol af te ronden. De suggestie dat de beschikbaarheid van verkeersgegevens het verschil kan uitmaken tussen succes en mislukking van opsporingsonderzoeken is dan ook minst genomen onzorgvuldig.

Dat een bewaartermijn van 18 maanden in het belang zou zijn voor de oplossing van zgn. cold cases is tenslotte niet meer dan een argument *pour besoin de la cause*: zoals de onderzoeker van de EUR al meldde, hebben “koude” zaken in alle gevallen betrekking op feiten die in een ver verleden hebben plaatsgevonden, en dus al vele jaren oud zijn. Op dat soort onderzoeken kunnen de Richtlijn Dataretentie (die een maximale bewaartermijn kent van 2 jaar) en het voorliggende wetsvoorstel niet van invloed zijn. Een bewaringstermijn van 18 maanden is in elk geval niet “beter” dan een bewaringstermijn van 6 maanden, waar het gaat om de opheldering van feiten die al vele jaren oud zijn.

Hier tegenover staat dat bij de bepaling van de bewaartermijn in het wetsvoorstel onvoldoende is meegewogen dat het ook voor de burger die ten onrechte als verdachte is aangemerkt moeilijker is om (een patroon van) verkeersgegevens te kunnen verklaren, naar mate die verkeersgegevens verder in het verleden liggen. Dat geldt voor internetverkeer nog sterker dan voor telefonie. Zo bezien draagt een langere bewaartermijn juist *niet* bij aan waarheidsvinding of het voorkomen van rechtelijke dwalingen.

Samenvattend is naar het oordeel van de Adviescommissie strafrecht de opsporingsnoodzaak van een langere bewaartermijn geenszins aangetoond. Daartegenover staan de risico's voor onschuldige burgers, die zich - op grond van algemeen menselijke beperkingen - moeilijk zullen kunnen verdedigen tegen gevolgtrekkingen die worden verbonden aan (internet)gegevensverkeer van maanden of zelfs jaren geleden. Het is vooral om deze laatste reden dat de Adviescommissie strafrecht pleit voor de kortst mogelijke bewaartermijn: 6 maanden.

De positie van professioneel verschoningsgerechtigden

Artikel 4 van de Richtlijn Dataretentie bepaalt - kort gezegd - dat de lidstaten dienen te waarborgen dat de bewaarde gegevens alleen in welbepaalde gevallen worden verstrekt aan binnenlandse- of buitenlandse autoriteiten. Voorts wordt voorgeschreven dat de lidstaten vastleggen onder welke voorwaarden toegang tot die gegevens kan worden verleend.

Volgens de Memorie van Toelichting bevatten de huidige bepalingen van het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten voldoende waarborgen waar het de toegang en de verstrekking van bewaarde gegevens betreft. De Adviescommissie Strafrecht kan dit oordeel niet delen, waar het verkeer betreft tussen een professioneel verschoningsgerechtigde en zijn of haar patiënt of cliënt.

Zo is het communis opinio dat bijvoorbeeld een advocaat geheimhouding dient te betrachten, indien hem wordt gevraagd op welke momenten en op welke wijze hij met cliënt X of Y contact heeft gehad. Reeds de *identiteit* van zijn cliënt valt welbeschouwd onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat.

In de advisering op Wetsontwerp 28 059 (vorderen gegevens telecommunicatie, vergaderjaar 2001/2002, nr. 3, pag. 19 e.v.) heeft de Nederlandse Orde er reeds op gewezen dat het vorderen van verkeersgegevens tot een verdere uitholling van het beroepsgeheim zal leiden, o.m. omdat geen regeling is getroffen voor de vernietiging van verkeersgegevens die betrekking hebben op de communicatie met advocaten. De reactie in de Memorie van Toelichting bij Wetsvoorstel 28059 op die zorg heeft een oplossing van het probleem niet naderbij gebracht. Kort gezegd

kwam die reactie erop neer dat verkeersgegevens niet "als zodanig" aan de advocaat zijn toevertrouwd en dus niet door artikel 219 Sv worden beschermd.

Voorliggend wetsvoorstel is opnieuw aanleiding om de zorg uit te spreken, dat informatie die een advocaat op grond van zijn geheimhoudingsplicht niet met anderen mag delen - wij noemden bijvoorbeeld de informatie op welk moment en op welke wijze de advocaat contact heeft gehad met welke cliënt - door een vordering gegevensverkeer onbeschermd ter beschikking van politie en justitie komt.

De conclusie kan dan ook slechts zijn dat de vormgeving van het verschoningsrecht - namelijk als uitzondering op een verplichting tot het beantwoorden van vragen die aan de verschoningsgerechtigde als getuige worden gesteld - in het huidige tijdsgewricht niet meer voldoet. De Adviescommissie Strafrecht wil dan ook naar aanleiding van het voorliggende wetsvoorstel oproepen tot een bezinning op de wijze waarop het verschoningsrecht in het (tele)communicatietijdperk effectiever kan worden vormgegeven. In elk geval stelt het teleur dat een doordenking van deze problematiek in het voorliggende wetsvoorstel achterwege is gebleven.

Rotterdam, 26 januari 2007

Adviescommissie Strafrecht
Mr. T.N.M.B. Spronken, voorzitter,
namens deze: mr. M. Bakker, secretaris