

## Directoraat-Generaal Wetgeving, Rechtspleging en Rechtsbijstand

Directie Wetgeving

Postadres: Postbus 20301, 2500 EH Den Haag

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer  
der Staten Generaal  
Postbus 20017  
2500 EA DEN HAAG

Bezoekadres

Schedeldoekshaven 100  
2511 EX Den Haag  
Telefoon (070) 3 70 79 11  
Fax (070) 3 70 75 19  
[www.justitie.nl](http://www.justitie.nl)

|             |                                                     |                           |
|-------------|-----------------------------------------------------|---------------------------|
| Onderdeel   | sector straf- en sanctierecht                       | Bij beantwoording de      |
| Datum       | 28 november 2005                                    | datum en ons kenmerk      |
| Ons kenmerk | 5388400/05/6                                        | vermelden. Wilt u slechts |
| Uw kenmerk  | 132638.32                                           | één zaak in uw brief      |
| Onderwerp   | Bewaarplicht voor telecommunicatie verkeersgegevens | behandelen.               |

Bij brief van 2 november 2005 heeft de Voorzitter van de bijzondere commissie voor de JBZ-Raad, prof. mr. J.W.M. Engels, naar aanleiding van mijn brief van 5 oktober jongstleden, een aantal punten met betrekking tot de in die brief gegeven antwoorden aan mij voorgelegd. Deze punten betreffen nut en noodzaak van een bewaarplicht, de proportionaliteit en subsidiariteit van de voorgestelde regeling en de effectiviteit daarvan. In deze brief zal ik proberen ten aanzien van die punten, waarover nog steeds onduidelijkheid bestaat of waar de bijzondere commissie zich vooralsnog niet kan vinden, de nodige helderheid te verschaffen.

Alvorens op voornoemde punten in te gaan, wil ik ten behoeve van de gedachtevorming over dit onderwerp nogmaals kort de context schetsen waarbinnen de huidige discussie over de bewaarplicht plaatsvindt. In de conclusies van de Raad van 20 september 2001 werd opgeroepen om ervoor te zorgen dat wetshandhavingsinstanties de mogelijkheid hebben om strafbare feiten te onderzoeken die het gebruik van elektronische communicatiesystemen omvatten. In de conclusies van de Raad van 9 december 2002 is vervolgens opgemerkt dat de aanzienlijke toename van de door de elektronische communicatie geboden mogelijkheden ertoe heeft geleid dat gegevens betreffende het gebruik van elektronische communicatie thans een bijzonder belangrijk hulpmiddel vormt bij het [...] onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten, in het bijzonder

terrorisme. Deze ontwikkeling en de noodzaak voor wetshandavingsinstanties om over telecommunicatiegegevens te kunnen beschikken hebben steeds weer bevestiging gevonden in de recente terreuronderzoeken naar de aanslagen in bijvoorbeeld Madrid en Londen. Daarbij is tevens het belang onderkend van Europese regelgeving die garandeert dat onder eenduidige voorwaarden verkeersgegevens in alle 25 lidstaten beschikbaar zijn voor de opsporing en bestrijding van ernstige strafbare feiten. Deze behoefte is bevestigd in de Verklaring betreffende terrorisme van 25 maart 2004, in de conclusies van de JBZ-Raad van 16 en 17 juni jongstleden, waarin het prioritaire karakter van een passend juridisch instrument terzake is neergelegd, en op de bijzondere vergadering van de JBZ-Raad die op 13 juli jongstleden, naar aanleiding van de bomaanslagen in Londen, is gehouden. Tenslotte, ook in de onderhandelingen in Brussel over de voorgestelde maatregelen komt telkenmale naar voren dat de noodzaak van een bewaarplicht brede steun heeft van de betrokken Europese ministers.

Inzake nut en noodzaak, evenals de proportionaliteit van de voorgenomen maatregelen, plaatst de commissie vraagtekens bij de stelling dat het effect van de voorgestelde regeling op het privé-leven van de burgers wordt beperkt door middel van een heldere doelbinding, door beperking van de set van gegevens die bewaard dienen te worden en door beperking van de bewaarperiode waardoor de uit de bewaarplicht voortvloeiende kosten beperkt blijven. Deze stelling zou ook niet bewezen zijn door de resultaten van het onderzoek van de Erasmus Universiteit terwijl ook anderszins de noodzaak van het bewaren van de aangegeven set van gegevens en de duur van de bewaarperiode met de daaraan verbonden kosten niet worden onderbouwd.

Naar aanleiding van het voorstel van de vier initiatiefnemende lidstaten voor een kaderbesluit inzake de bewaring van telecommunicatiegegevens heeft de Nederlandse regering aangegeven in beginsel positief te staan ten aanzien van een dergelijke bewaarplicht, waarbij wel de nodige aandacht dient te worden geschonken aan de wijze waarop deze verplichting wordt ingevuld (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 22112, nr. 331). In de brief aan de Tweede Kamer van 14 februari jongstleden (Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 23490, nr. 360) heb ik de behoefte bij de opsporingsdiensten nader toegelicht, mede op basis van concrete praktijkvoorbeelden. Naar aanleiding van de discussie in de Tweede Kamer heb ik aan de Erasmus Universiteit opdracht gegeven om, op basis van een aantal dossier van zwaarwegende

opsporingsonderzoeken, nader onderzoek te verrichten naar nut en noodzaak van een bewaarplicht. Uit het onderzoek van de Erasmus Universiteit blijkt dat er veelvuldig gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid tot het vorderen van historische verkeersgegevens. In het rapport wordt geconcludeerd dat het aanbeveling verdient om tot een eenduidige bewaarplicht van verkeersgegevens met betrekking tot telefonie- en internetverkeer te komen.

In de brief van 5 oktober jongstleden heb ik aangegeven dat de Telecomrichtlijn privacy en elektronische communicatie strekt tot het wissen of anoniem maken van verkeersgegevens door de aanbieders wanneer deze niet langer nodig zijn voor de transmissie van communicatie. Weliswaar geldt een uitzondering voor facturering en marketingdoeleinden maar in essentie bestaat er een probleem voor de opsporing, dat in de toekomst zal worden versterkt door de ontwikkelingen binnen de telecommunicatie-industrie. Het gebruik van historische verkeersgegevens ten behoeve van de criminaliteitsbestrijding zal moeilijker worden. De onderzoekers van de Erasmus Universiteit komen dan ook tot de conclusie dat het aanbeveling verdient een eenduidige bewaarplicht te scheppen voor verkeersgegevens met betrekking tot telefonie- en internetverkeer.

Op grond van de ervaringen van politie en justitie, die ook worden weerspiegeld in de uitkomsten van het onderzoek van de Erasmus Universiteit, ben ik van oordeel dat een bewaarplicht voor telecommunicatie verkeersgegevens van groot belang is voor de opsporing van strafbare feiten. In dit verband wil ik benadrukken dat de discussie over nut en noodzaak sterk afhankelijk is van de waardering van de feiten en de wijze waarop de bewijslast wordt toegedeeld. Achteraf zal het niet eenvoudig zijn aan te tonen dat een opsporingsonderzoek baat zou hebben gehad bij historische verkeersgegevens als die gegevens er niet meer zijn, laat staan er niet zijn geweest, nog daargelaten of deze omstandigheid *conditio sine qua non* had kunnen vormen voor het welslagen van dat onderzoek. Andersom is het moeilijk te bewijzen dat een onderzoek ook zou zijn geslaagd zonder het gebruik van historische verkeersgegevens, omdat die gegevens dikwijls een onderdeel vormen van de keten van handelingen die leiden tot inzicht in de wijze waarop het strafbare feit is gepleegd en de identiteit en de rol van de personen die daarbij zijn betrokken. Ik meen echter, met de onderzoekers van de Erasmus universiteit, dat een bewaarplicht nuttig en nodig is vanwege de redenen die ik in de brief van 5 oktober jongstleden heb geschetst.

Op basis van dossieronderzoek is door de onderzoekers een zogenaamde standaardset aan gegevens vastgesteld, die in nagenoeg alle onderzochte zaken zijn gevorderd. Deze set van gegevens sluit heel goed aan bij het voorstel van de Commissie, dat op hoofdlijnen gelijk is aan het onderhandelingsresultaat in de Raad over het ontwerp-kaderbesluit en dat uit gaat van een meer beperkte set van gegevens en van een kortere minimum bewaartermijn dan het oorspronkelijke, door de vier initiatiefnemende lidstaten voorgestelde, ontwerp kaderbesluit.

Ten aanzien van de proportionaliteit van de voorgestelde maatregelen dient het oordeel naar mijn mening te worden gebaseerd op een afweging van belangen, waarin naast de behoefte van de opsporing ook de privacy van de burger en de eventuele lasten voor het bedrijfsleven aan de orde zijn. Daarbij meen ik dat het 'noodzakelijkheidsvereiste' van artikel 8 EVRM niet aldus mag worden geïnterpreteerd dat er van een 'absolute' noodzaak sprake zou moeten zijn. Het gaat er om dat een beperking van het privé—leven redelijkerwijs noodzakelijk moet zijn in het belang van een van de aldaar genoemde doeleinden. Daarbij wijs ik er nogmaals op dat de noodzaak van een bewaarplicht brede steun heeft van de JBZ-ministers en dat het voor Nederland in dat krachtenveld van belang is voortdurend de Nederlandse belangen, en het draagvlak daarvoor op Europees niveau, te bewaken. Vanuit dat perspectief is het van groot belang dat er in Brussel overeenstemming wordt bereikt over een richtlijn op basis van de eerste pijler, waarbij een evenwichtige regeling tot stand komt die rekening houdt met zowel de belangen van de opsporing als met de grondrechten van de burgers en de lasten voor het bedrijfsleven.

Inmiddels heeft de Europese Data Protection Supervisor, de heer mr. P.J. Hustinx, in zijn schriftelijke opinie aangegeven op dit moment niet overtuigd te zijn van de noodzaak van de bewaarplicht, als voorgesteld in de door de Commissie voorgestelde ontwerp-richtlijn (COM (2005) 438 final). Wel wordt door hem erkend dat de omstandigheden veranderen; in dat verband maakt hij ook melding van de ontwikkeling naar de zogenaamde *flat rate* diensten, waarbij gegevens direct na de communicatie worden gewist, en de groeiende bezorgdheid over terroristische aanslagen. In het belang van de proportionaliteit dient, volgens hem, te worden voorzien in de volgende voorwaarden:

- beperking van de bewaartermijnen. De termijnen dienen de aangetoonde behoefte van de wetshandhavingsdiensten te weerspiegelen;

- beperking van de hoeveelheid te bewaren gegevens. Deze hoeveelheid dient de aangetoonde behoeften van de wetshandhavingsdiensten te weerspiegelen en gewaarborgd dient te zijn dat toegang tot de inhoudsgegevens niet mogelijk is;
- adequate veiligheidsmaatregelen; ter beperking van toegang en verder gebruik, om de veiligheid van de gegevens te garanderen en ter verzekering dat de betrokkenen de hun toekomende rechten kunnen uitoefenen.

Gelet op de belangen die in het geding zijn, en de uitwerking van de bewaarplicht naar de te bewaren gegevens en de bewaarduur, zoals door de Commissie voorgesteld, acht ik de bewaarplicht, met de Commissie, noodzakelijk en proportioneel. De door de European Data Protection Supervisor voorgestelde aanvullende voorwaarden zijn echter welkom omdat deze inhoudelijk zeer nuttig zijn voor de gedachtevorming op Europees niveau. Voor de Nederlandse situatie acht ik deze voorstellen in zijn algemeenheid heel wel aanvaardbaar en ik meen dan ook dat zowel bij de totstandkoming van de voorgestelde bewaarplicht in Brussel als bij de implementatie daarvan op nationaal niveau terdege rekening moet worden gehouden met deze voorwaarden.

Op het punt van de effectiviteit onderken ik dat er mogelijkheden bestaan tot ontwijking van de bewaarplicht. Mijns inziens behoeft die vaststelling niet in de weg te staan aan de keuze voor een bewaarplicht als zodanig. Het feit dat de criminaliteit kan voorkomen dat op de plaats van het misdrijf sporen worden achtergelaten, maakt het verrichten van technisch onderzoek door de politie niet bij voorbaat overbodig. Waar het om gaat is dat de opsporing zoveel mogelijk in staat wordt gesteld te kunnen beschikken over de middelen om sporen te kunnen achterhalen. De voorgestelde bewaarplicht biedt daartoe een belangrijk instrument omdat dit middel waardevolle informatie op kan leveren over de gedragingen van personen die betrokken zijn bij het voorbereiden of plegen van strafbare feiten. Ook in die gevallen waarin gebruik zou worden gemaakt van anonimiseringsdiensten of van versleutelde berichtgeving leveren verkeersgegevens nuttige inzichten op over het verkeer dat heeft plaatsgevonden. Bovendien is volledige onttrekking aan het oog van de opsporing minder eenvoudig dan op het eerste gezicht wellicht lijkt omdat personen die niet betrokken zijn bij het netwerk, zoals slachtoffers of familieleden van daders, doorgaans geen gebruik zullen maken van dergelijke voorzieningen.

Met betrekking tot de hoeveelheid gegevens die bewaard moeten worden wijst de commissie naar de statistieken van de Amsterdam Internet Exchange als voorbeeld van de groei die het internetverkeer doormaakt sinds de publicatie van het KPMG-rapport. Alhoewel de toename van het verkeer van de AMS-IX met een factor 2 gedurende het afgelopen half jaar wel indicatief is voor de groei van het internetverkeer deel ik de opvatting niet dat dit indicatief is voor de groei in gegevens die door aanbieders dienen te worden opgeslagen die onder de reikwijdte van de voorgestelde richtlijn vallen. De Amsterdam Internet Exchange is een plek waar Europese en Nederlandse aanbieders van internetverbindingen onderling een deel en zeker niet al hun internetverkeer uitwisselen. Het grootste deel van het Nederlandse internetverkeer wordt niet verwerkt door middel van internet exchanges (public peering) maar wordt afgehandeld via directe verbindingen tussen de Internet Service Providers (ISP's) onderling (private peering) en met hun netwerkaanbieders (transit). Ook is mogelijk dat het verkeer het netwerk van de betrokken ISP niet verlaat. Het verkeer van de AMS-IX bestaat uit pakketjes die gezamenlijk een e-mail, webpagina, film of een VoIP-gesprek vormen. De groei van het verkeer over de AMS-IX wordt niet alleen veroorzaakt door de toename in het aantal berichten, maar tevens, - of misschien zelfs wel in overwegende mate- door de toename van de omvang van de bestanden die worden uitgewisseld via het internet. Onder de richtlijn moeten drie soorten internetgegevens worden bewaard, namelijk: internettoegang, e-mail en bellen via internet (VoIP). De hoeveelheid gegevens die hierbij opgeslagen dient te worden is afhankelijk van het aantal keren dat men internettoegang verkrijgt, het aantal e-mails en het aantal VoIP gesprekken. De hoeveelheid verkeer via de AMS-IX is hiervoor niet maatgevend. Ik ben dan ook van mening dat de schattingen in het KPMG rapport op basis van het onderzoek van Stratix valide blijven.

De commissie wijst op verschillende mogelijkheden om de bewaarplicht te kunnen omzeilen. Ten aanzien van TOR en Freenet ben ik het met de commissie eens dat het bewaren van verkeersgegevens van het gebruik van deze systemen niet onder de richtlijn valt. Zoals echter al gesteld in de antwoorden op de vragen van het Kamerlid De Wit (SP) valt het bewaren van gegevens per pakket niet onder de richtlijn (Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 2321). Voor die internetgegevens waar de bewaarplicht wel van toepassing is zijn TOR en Freenet minder van belang als methode om de bewaarplicht te omzeilen. De andere methodes die de commissie noemt zijn voorbeelden van de complexe digitale wereld die ons omringt. De bedoeling van de bewaarplicht is dan ook niet om alle

communicatie van de burger te bewaren, maar om die telecommunicatiegegevens waarvan gebleken is dat ze van belang zijn voor de opsporing en waarvan de opslag proportioneel is.

Voor wat betreft de invoering van IPv6 wordt door de commissie gesteld dat dit de benodigde opslag met een factor 4 zal toenemen, doordat het IP-adres vier keer zo lang wordt. Afgezien van het feit dat invoering van IPv6 nog enige jaren op zich zal laten wachten bij het merendeel der telecommunicatieaanbieders wijs ik er op dat de verlenging van het IP-adres niet betekent dat de hoeveelheid te bewaren gegevens daarmee ook met een factor 4 zou toenemen. Het adres is een onderdeel van een reeks van gegevens die onder de voorgestelde bewaarplicht vallen. Dit betreft slechts één gegeven dat bij internetcommunicatie bewaard dient te worden in bijvoorbeeld de koptekst van een e-mail. Daarmee wordt de vergroting van dit adres met een factor 4 aanzienlijk gerelativeerd. In de praktijk zal de vergroting van het adres dan ook slechts leiden tot een beperkte groei van hoeveelheid opgeslagen gegevens.

Wat betreft de kosten merkt uw Commissie terecht op dat naast de opslag van gegevens ook de kosten van beveiliging en van het doorzoeken van de gegevens relevant zijn. Het onderzoek van KPMG heeft inderdaad alleen betrekking op de kosten die verband houden met de opslag. De andere door uw commissie genoemde kosten komen daar nog bij. Uit de impact analyse van de Europese Commissie blijkt dat de ervaringscijfers van landen die reeds een bewaarplicht hebben laten zien dat de totale kosten een bedrag van € 10 miljoen niet te boven zijn gegaan. Als bandbreedte voor de kosten van invoering in Nederland, ga ik vooralsnog dan ook uit van een bedrag tussen 5 en 10 miljoen euro. Naar een meer precieze benadering van de hoogte van de uitvoeringskosten start begin volgend jaar een onderzoek. Dit onderzoek kon niet eerder plaatsvinden, aangezien teveel variabelen (lijst van gegevens, bewaartermijnen) lange tijd nog onzeker waren. Nu daarin meer duidelijkheid is gekomen kan een dergelijk onderzoek zinvol worden uitgevoerd.

Tenslotte heeft de bijzondere commissie nadere vragen gesteld over de bewaarplicht in de Verenigde Staten. In mijn eerdere antwoord heb ik onder meer verwezen naar het aantal aanbieders in dat land. Daarmee doel ik op het absolute aantal aanbieders, waarbij ik overigens niet heb beoogd uitspraken te doen over de haalbaarheid van een bewaarplicht in dat land. Vanuit technisch oogpunt zie ik geen reden waarom een bewaarplicht in de Verenigde Staten niet haalbaar zou zijn. In mijn eerdere

brief heb ik slechts aangegeven dat op het punt van de inzet van opsporingsmethoden in de Verenigde Staten andere accenten zijn gelegd. Voor wat betreft het concurrentievoordeel van Amerikaanse of andere niet-EU aanbieders merk ik op dat een eerste analyse leert dat verplichtingen, zoals deze nu voortvloeien uit de richtlijn, zich beperken tot aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en –diensten die bepaalde specifieke diensten aanbieden aan hun klanten, namelijk: vaste en mobiele telefonie, Voice over IP, internettoegang en e-maildiensten als onderdeel van die internettoegangsdienst en bijvoorbeeld niet bedrijfs e-mail. Voorzover Amerikaanse bedrijven deze diensten aanbieden aan Europese klanten die zich in Europa bevinden, zullen zij ook in Europa fysiek of contractueel voorzieningen voor internettoegang, vaste telefonie of mobiele telefonie moeten hebben en daarmee onder de werking van de richtlijn vallen en dus geen concurrentievoordeel hebben. Waar internettelefonie vanuit de VS aan Nederlandse gebruikers worden aangeboden met gebruikmaking van Nederlandse telefoonnummers, zullen zij zich aan de Nederlandse wetgeving dienen te houden en is er derhalve geen concurrentievoordeel. Ook wanneer zij een interconnectie met het traditionele telefonienetwerk in Europa realiseren bieden zij een netwerk of dienst aan in Europa dat onder de werking van de richtlijn valt. Waar zij een VoIP-dienst aanbieden vanuit de VS zonder interconnectie binnen de EU en zonder gebruikmaking van nummers vanuit de EU zal de vraag zij in hoeverre zij nog wel actief zijn op de Europese markt. De wijze waarop dit in de praktijk uitwerkt zal mede afhankelijk zijn van de technische en bedrijfsmatige ontwikkelingen van VoIP en de wijze waarop hier binnen de EU met regelgeving mee wordt omgegaan en zal dus ook in de toekomst nadere analyse van de betrokken ministeries vergen.

Inmiddels is het Voorzitterschap nader overleg gestart met vertegenwoordigers van de Commissie en het Europees Parlement teneinde tot overeenstemming te komen over een gemeenschappelijk gedragen tekst voor de richtlijn. Voor de stand van zaken verwijs ik naar de geannoteerde agenda voor de JBZ-Raad van 1 en 2 december aanstaande, die op 15 november jongstleden aan de Tweede Kamer is gezonden. Verder merk ik nog op dat het merendeel der lidstaten in de Raad, waaronder Nederland, voorstander is van schrapping van de toepassing van de zogenaamde comitologie-procedure.

Het feit dat de commissie vooralsnog niet overtuigd is van het nut en de noodzaak van de voorgestelde maatregel vervult mij met enige teleurstelling. Ik hoop met deze brief antwoord te hebben gegeven op de



bij de leden van de bijzondere commissie levende vragen en tevens mijn standpunt rond de door de Commissie voorgestelde bewaarplicht te hebben verhelderd.

De Minister van Justitie,