

Het vraagstuk van dataretentie raakt de kern van de democratische rechtstaat en is breder dan vandaag aan de orde is. Er zijn tenminste tien wetgevende en beleidsmatige activiteiten die in onderlinge samenhang dienen te worden besproken. Het gaat om lopende of aangekondigde wetgevende activiteiten: artikel 13 Grondwet, de Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten (WIV), Computercriminaliteit III, bronbescherming in strafzaken, de WIV en bronbescherming, het vastleggen en bewaren van kentekens, voorstel tot intrekking van de dataretentieregels en het aangepaste voorstel tot aanpassing van de dataretentieregels in de context van het strafrecht dat nu voorligt. In de beleidssfeer zijn er onder meer de Europese discussie over safe harbour en nationale veiligheid, de privacy-verordening, een recent advies van de AIV en de komende advisering van de WRR over big data en veiligheid. Het is goed dat nu dit rondetafelgesprek plaats heeft, maar het kan niet meer zijn dan een eerste stap in een meer fundamentele en diepgaandere discussie. Het is noodzakelijk om deze eerst ten einde te voeren alvorens de gefragmenteerde behandeling van de genoemde wetgevingsinitiatieven op te starten of voort te zetten. Het ongedaan maken van de implementatie van de nietigverklaarde dataretentierichtlijn is natuurlijk urgent. Wij bepleiten daarnaast echter voor het instellen van een wetgevingsmoratorium om deze brede discussie te voeren.

De uitspraak van het Hof van Justitie, maar ook eerdere uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens geven duidelijk richting voor wat betreft de koers die moet worden gevaren bij het verzamelen en verwerken van persoonsgegevens, zowel in het kader van het strafrecht als bij behartiging van nationale veiligheidsbelangen. Bijzondere bevoegdheden brengen bijzondere verantwoordelijkheden met zich mee.

Proportionaliteit geldt zowel ten aanzien van het verzamelen als het verwerken van gegevens. Niet-verzamelen is uitgangspunt. Het ongericht massaal verzamelen van gegevens - wat neer komt op het vrijwel uitsluitend verzamelen van gegevens van onschuldige burgers - dient zo veel mogelijk te worden voorkomen en kan slechts in uitzonderlijk gevallen gerechtvaardigd worden waarbij toetsing op het hoogste niveau randvoorwaarde is. Het proportionaliteitsvereiste is niet een pro forma toets maar dient zowel vooraf, tijdens de toepassing als achteraf te worden uitgevoerd. Dit geldt onder meer ten aanzien lengte van de bewaartermijn als de onderliggende grondslag (zoals de ernst van de feiten. Het couperen van hondenoren is niet gelijk te stellen met terrorisme). Waarborgen dienen duidelijk, concreet en specifiek te zijn.

Het advies van de Raad van State laat over veel van deze aspecten geen twijfel. Hetzelfde spreekt uit de vele commentaren in de media (o.a. Dommering/Van Eijk, in NRC d.d. 11/4/2014 en 26/11/2014 (bijlage)), in juridische artikelen en besprekingen van de dataretentie-uitspraak van het Hof van Justitie.

De interpretatie van de minister (en naar wij aannemen van het kabinet), noch het wetsvoorstel sluiten hier in voldoende mate bij aan. 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. Eerdere gevolgen die niet verenigbaar zijn met de uitspraak dienen met terugwerkende kracht ongedaan te worden gemaakt. Dit is in de geest van de uitspraak: het hof volgde niet de Advocaat Generaal die nog had bepleit om de rechtsgevolgen in stand te laten.

Bijzondere aandacht verdient het toezicht en de verantwoording.

Voorafgaand toezicht door de onafhankelijke rechter hoort uitgangspunt te zijn, zowel ten aanzien van het verzamelen van gegevens als de verwerking ervan. Tegenspraak dient aanwezig te zijn. Bij de verwerking moet volledige transparantie, inclusief het waarborgen van authenticiteit en herleidbaarheid, voorop staan. Zoals uit de uitspraak van het Hof volgt, is het klassieke onderscheid tussen rechtmatigheids- en doelmatigheidstoetsing niet te handhaven. Doelmatigheid is een wegingsfactor bij de vraag of er sprake is van de proportionaliteit die de door de rechter wordt getoetst.

Alleen een voorafgaande rechtstatelijke inkadering biedt de mogelijkheid dat de wetgever niet opnieuw dezelfde fouten maakt (zie hierover onder meer het AIV-advies 'Het internet, een wereldwijde vrije ruimte met begrensde staatsmacht, o.a. pg's 7, 24 ev, 32, 57 ev). Want laten we wel wezen: het is in dit huis dat de nu door het Hof vernietigde regels in 2009 zijn omarmd ondanks grote kritiek die toen al werd geuit. Maar goed: beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald. Nederland laat zich internationaal voorstaan op grondrechtenbescherming,. Daar moet het voor de eigen wetgeving dan wel de consequenties uit trekken (zie het genoemde AIV advies). Het wetsontwerp dient u in deze vorm dan ook af te wijzen.

Amsterdam, 19 januari 2015