

Consternatie bij de afdeling Vermiste en Gevonden Telefoons

Opinie

Ot van Daalen*

We weten al een paar jaar dat het gebruiken van een hond als trekkracht een vorm van ernstige criminaliteit is die de langdurige opslag van gedragsgegevens van vrijwel alle Nederlanders rechtvaardigt.¹ Maar, zo leerden we van staatssecretaris Teeven tijdens het vragenuurtje op 8 april 2014, die gegevens zijn ook belangrijk om gestolen mobiele telefoons op te sporen. De uitspraak van het Hof over de Bewaarplichtrichtlijn zal waarschijnlijk tot grote onrust hebben geleid bij de afdeling Vermiste en Gevonden Telefoons van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

Ondertussen laat een meer inhoudelijke reactie van het ministerie op zich wachten. Oorspronkelijk had het ministerie acht weken bedenktijd nodig, maar inmiddels schijnt het ook het advies van de Raad van State en het College Bescherming Persoonsgegevens te willen afwachten. Dat is erg lang, want de conclusie is vrij simpel: het Hof maakt in niet mis te verstane beoordelingen duidelijk dat het ongericht opslaan van dit soort gevoelige gegevens van alle Europeanen niet mag, dus ook in Nederland niet.

De reactie van het ministerie is daarmee illustratief voor het debat over het eerste wettelijk gesanctioneerde surveillanceprogramma dat Europa kent. Want zo lang als dit debat al speelt, zo lang delven fundamentele rechten het onderspit.

Dat kwam voor het eerst aan de oppervlakte in 2001. Toen was het Europees Parlement kritisch op een voorstel in de ePrivacyrichtlijn om de bewaarplicht mogelijk te maken. *'This decision is fundamental because in this way the EP blocks European Union States' efforts underway in the Council to put their citizens under generalised and pervasive surveillance, following the Echelon model'*, liet het parlement weten.² Maar na 11 september 2001, mede op verzoek van president Bush, ging het Europees Parlement zonder goede reden om. Artikel 15 lid 1 van de ePrivacyrichtlijn bepaalt nu dat providers voor opsporingsdoeleinden gedragsgegevens mogen bewaren (maar daartoe niet verplicht zijn).

Vervolgens was, na de aanslagen in Spanje in 2004 en het Verenigd Koninkrijk in 2005, de tijd rijp om ook de *verplichting* om te bewaren te harmoniseren. Onder zware kritiek van burgerrechtenorganisaties en privacytoezichthouders dwuden lidstaten in recordtempo onder leiding van het Verenigd Koninkrijk de Bewaarplichtrichtlijn door de beleidsmolen. Ook toen werden fundamentele rechten genegeerd.

Toen was Nederland aan de beurt. Omdat de regering al langere tijd voorstander van het verplicht opslaan van gedragsgegevens was, kwam het implementatievoorstel niet als een verrassing. Op basis van een flinterdunne redenering – verpakt in

een rapport met de ronkende titel *Wie wat bewaart die heeft wat* – verdedigde de regering een opslagtermijn van één jaar. En hoewel het parlement, burgerrechtenorganisaties en wetenschappers tegengas gaven, woog politieke opportuniteit uiteindelijk zwaarder dan wetenschappelijke rationaliteit: de Nederlandse bewaarplicht was in 2009 een feit.

De verplichte evaluaties van de regelgeving in de daaropvolgende jaren waren helaas niet anders. Terwijl in Europa werd gewerkt aan een evaluatie – met als mogelijke uitkomst dat de bewaarplicht moest worden afgeschaft – kondigde Eurocommissaris Malmström bij een persconferentie aan: *'data retention is here to stay'*. En hoewel ook het WODC in zijn rapport van februari 2014 niet kon aantonen dat de bewaarplicht noodzakelijk is, ging de minister naar aanleiding van dit rapport zelfs onderzoeken of de te bewaren gegevens moesten worden *uitgebreid*.

Het verbaast dus eigenlijk niet dat, nu het Hof de Bewaarplichtrichtlijn eindelijk ongeldig heeft verklaard, het ministerie zich daaraan weinig gelegen laat liggen.

Dat is wel een groot probleem. De constitutionaliteit van wetten kan in Nederland moeilijk door de rechter worden getoetst. We zijn dus afhankelijk van kunstgrepen zoals de motie-Franken, die een grondrechtentoets door de regering bij privacy-inperkende maatregelen verplicht stelt. Tevens reactie naar aanleiding van het bewaarplichtarrest wekt de suggestie dat zo een grondrechtentoets bij de regering niet in goede handen is. Kan ze wel te goeder trouw haar eigen beleid op criteria als proportionaliteit en subsidiariteit toetsen, als de regering zo traag – en zelfs wat lichtzinnig – reageert op een oordeel van de hoogste Europese rechter? Dat is extra belangrijk omdat er *nog* een paar grootschalige surveillanceprogramma's in de koker van het ministerie zitten – zoals het langdurig opslaan van rijgegevens en het ongericht afluisteren van kabelgebonden internetverkeer.

Misschien wijst deze reactie van Teeven zelfs op een nog fundamenteeler probleem: dat de regering implementatie van een onwelgevallig arrest van de rechterlijke macht zo lang mogelijk uitstelt. Het zou toch niet? Hopelijk is het slechts een capaciteitsgebrek. Het ministerie kon immers direct concluderen dat downloaden uit illegale bron verboden was, toen het Hof hierover een uitspraak deed. Gelukkig ligt de oplossing dan voor de hand: een overplaatsing van een paar medewerkers van de afdeling Auteursrecht naar de afdeling Vermiste en Gevonden Telefoons. We zijn benieuwd hoe lang het ministerie over *dat* advies moet nadenken.

* Mr. O.L. van Daalen is advocaat te Amsterdam (Digital Defence) en onderzoeker privacy en security bij het IViR, Universiteit van Amsterdam. Hij was daarvoor directeur van digitale burgerrechtenbeweging Bits of Freedom.

¹ Zie A.M. Arnbak, *Alles onder controle?* (masterscriptie Amsterdam UvA), 2009, p.

²⁴ (<http://bit.ly/1le2oPp>), ook voor een uitgebreid overzicht van de totstandkoming van de Bewaarplichtrichtlijn en de nationale wet.

² Zie het overzicht op de site van EPIC: http://epic.org/privacy/intl/data__retention.html.