

Vergaderjaar 2018–2019

32 317

JBZ-Raad

Nr. 551

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE EN VEILIGHEID

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 1 mei 2019

Op 21 februari jongstleden heeft de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid van uw Kamer mij verzocht de Kamer een kabinetsappreciatie te doen toekomen op de Aanbeveling voor een Besluit van de Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen met het oog op een overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika over grensoverschrijdende toegang tot elektronisch bewijsmateriaal voor justitiële samenwerking in strafzaken van 5 februari 2019 en daarbij in te gaan op de samenhang met de Nederlandse inzet rondom de ontwerpverordening Europese Verstrekings- en Bewaringsbevelen voor elektronisch bewijs (*e-evidence*). Graag geef ik met bijgaande kabinetsappreciatie gevolg aan dit verzoek.

De Minister van Justitie en Veiligheid,
F.B.J. Grapperhaus

Kabinetsappreciatie onderhandeling overeenkomst EU-VS elektronisch bewijs en EU ontwerpverordening elektronisch bewijs

1. Aanleiding voor een nieuwe aanpak bij de verkrijging van elektronisch bewijs

De steeds verdergaande digitalisering van de samenleving en economie heeft invloed op de aard van de criminaliteit en van de opsporing. Steeds vaker spelen digitale aspecten een belangrijke rol. Misdrijven worden digitaal begaan (bijvoorbeeld hacken en het gebruik van ransomware), maar ook misdrijven die niet digitaal worden begaan, laten steeds vaker digitale sporen na (bijvoorbeeld door gebruik van digitale berichten-diensten, camerabeelden, zendmasten voor mobiele telefonie die worden aangestraald). Omdat bewijs steeds vaker alleen in digitale vorm beschikbaar is, is de opsporing daarop ook steeds meer gericht. Elektronisch bewijs, zoals IP-adressen, e-mails, foto's of gebruikersnamen, is vaak opgeslagen bij private aanbieders van diensten en autoriteiten voor rechtshandhaving moeten zich tot deze aanbieders richten om de gegevens te verkrijgen.

Tegenwoordig wordt veel van de informatie die nuttig is voor strafrechtelijk onderzoek opgeslagen in de cloud, op een server in een ander land of beheerd door aanbieders die gevestigd zijn in andere landen. Zelfs als alle andere elementen van een zaak zich bevinden in het land waar het onderzoek wordt uitgevoerd, kan de locatie van de data of van de aanbieder een grensoverschrijdende situatie opleveren.

In de digitale wereld spelen landsgrenzen nauwelijks een rol, terwijl de bevoegdheden van opsporingsautoriteit op landsgrenzen zijn gebaseerd en daardoor worden beperkt. Het reguleren van grensoverschrijdende toegang tot elektronisch bewijs is in dit licht een begrijpelijke en noodzakelijke beweging.

Voor het vergaren van elektronisch bewijs kunnen de nationale autoriteiten in de EU gebruik maken van bestaande justitiële samenwerkingsinstrumenten of van vrijwillige samenwerking met aanbieders. Voor het verlenen van rechtsbijstand binnen de EU, waaronder het vragen van elektronische gegevens, wordt traditioneel gebruik gemaakt van de overeenkomst inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken¹. Deze overeenkomst wordt momenteel minder vaak gebruikt dan voorheen omdat inmiddels het Europees onderzoeksbevel kan worden toegepast.² Deze procedure werkt weliswaar sneller dan die van de EU-rechtshulpovereenkomst, maar is vaak toch te traag om tijdig elektronisch bewijs te verkrijgen. De vrijwillige samenwerking met bedrijven verloopt in het algemeen sneller, maar ontbeert betrouwbaarheid, transparantie, verantwoording en rechtszekerheid. Om het hoofd te bieden aan deze problematiek heeft de Europese Commissie in april 2018 een voorstel gedaan voor een EU-verordening voor Europese verstekkings- en bewaringsbevelen voor elektronisch bewijs in strafzaken en voor een EU-richtlijn voor het aanwijzen van juridische vertegenwoordigers (van bedrijven) voor het doel van het verkrijgen van elektronisch bewijs in strafprocedures.

¹ De Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie (PB C 197 van 12.7.2000).

² Wet van 31 mei 2017 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter implementatie van de richtlijn 2014/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 3 april 2014 betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken (implementatie richtlijn Europees onderzoeksbevel) (Kamerstuk 34 611).

2. Toekomstig juridisch kader EU

De EU Verordening voor het verkrijgen van elektronisch bewijs (e-evidence) heeft als doel de autoriteiten voor rechtshandhaving in staat te stellen om sneller en gemakkelijker over elektronisch bewijs te beschikken. Autoriteiten van een lidstaat kunnen een bewaringsbevel of verstrekingsbevel uitvaardigen rechtstreeks aan aanbieders in een andere lidstaat, zonder tussenkomst van de autoriteiten van een andere betrokken lidstaat. Aanbieders moeten binnen tien dagen antwoorden en in noodsituaties binnen zes uur. Hierdoor kunnen onderzoeken naar terrorisme en andere delicten efficiënter worden uitgevoerd. Gegevens die zich in een land buiten de EU bevinden kunnen op grond van internationale rechtshulpverdragen worden gevorderd. Dergelijke vorderingen moeten worden ingediend bij de autoriteiten van het andere land. Dit is een procedure die veel tijd vergt. In de toekomst kunnen autoriteiten in de EU op grond van de (ontwerp)verordening ook gegevens vorderen bij een bedrijf dat diensten aanbiedt in de EU, als die gegevens zijn opgeslagen in een land buiten de EU. De verordening krijgt daarmee extraterritoriale werking. De verordening voorziet onder meer in een procedure voor het geval een aanbieder te maken krijgt met conflicterende verplichtingen. Dit betreft de situatie dat de aanbieder op grond van de EU-verordening gegevens zou moeten verstrekken, maar de verstrekking zou moeten weigeren op grond van het recht van het land waar de gegevens zijn opgeslagen. In dat geval moet de aanbieder de uitvaardigende autoriteit op de hoogte stellen en zijn bezwaar motiveren. Als de uitvaardigende autoriteit zijn verstrekingsbevel handhaaft dan moet deze autoriteit het oordeel vragen van de bevoegde rechter in zijn land. Deze rechter moet nagaan of een conflict bestaat, op grond van een onderzoek of het recht van het derde land van toepassing is, gebaseerd op de specifieke omstandigheden van het geval en zo ja, of het recht van het derde land, ontsluiting van de betrokken data verbiedt. Als er volgens de rechter geen rechtsconflict is dan blijft het bevel in stand. Als er wel een rechtsconflict wordt vastgesteld, dan moet de rechter op grond van een aantal criteria afwegen of de data al dan niet verstrekt moeten worden. Deze criteria zijn opgenomen in artikel 16 van de ontwerpverordening E-evidence (volgens de tekst van de algemene oriëntatie, december 2018).

3. Standpunt van Nederland over de E-evidence-verordening

Nederland heeft ten aanzien van de ontwerpverordening E-evidence het standpunt ingenomen dat meer waarborgen moeten worden opgenomen ten behoeve van de bescherming van grondrechten van burgers en ten behoeve van nationale belangen, zoals nationale veiligheid en het belang van nationale opsporingsonderzoeken. Nederland heeft daarom gepleit voor een notificatieplicht bij het uitvaardigen van een verstrekingsbevel inzake verkeersgegevens en inhoudelijke gegevens. Hierbij zou de handhavende lidstaat de bevoegdheid moeten krijgen om onder voorwaarden de verstrekking te weigeren. Bij het bereiken van de algemene oriëntatie in de JBZ-Raad in december 2018 werd dit standpunt slechts door een minderheid van lidstaten gedeeld. Er werd wel voorzien in een beperkt notificatiemechanisme: bij een bevel tot verstrekking van inhoudsgegevens moet de lidstaat die het bevel moet handhaven worden geïnformeerd door de uitvaardigende lidstaat. De lidstaten moeten elkaar dan verdergaand informeren. De genotificeerde lidstaat kan de verstrekking niet tegenhouden. Het uiteindelijke afweging is bij de autoriteiten van de uitvaardigende lidstaat gelegd.

4. De gevolgen van de CLOUD Act

In mijn brief van 5 oktober 2018 informeerde ik uw Kamer over de Amerikaanse CLOUD Act (Kamerstuk 32 317, nr. 526). Op grond van de CLOUD Act kunnen Amerikaanse autoriteiten gegevens vorderen die in een ander land zijn opgeslagen bij bedrijven die in Amerika hun hoofdvestiging hebben. De wet legt vast dat vorderingen van gegevens naar Amerikaans recht extraterritoriale werking hebben. Voordat een vordering gedaan kan worden is een bevel vereist van een Amerikaanse rechter; hierin brengt de CLOUD Act geen wijziging. Bedrijven kunnen een bevel tot verstrekking van gegevens aanvechten bij de Amerikaanse rechter. Deze rechter maakt vervolgens een belangenafweging tussen de conflicterende regels en belangen die in de wet staan. Hiernaast maakt de CLOUD Act het mogelijk dat andere landen een verdrag sluiten met de VS over de grensoverschrijdende toegang tot elektronisch bewijs. In dat verdrag kunnen voorwaarden worden opgenomen waaronder autoriteiten van dat land bij in de VS gevestigde bedrijven direct elektronisch bewijs kunnen vorderen. Momenteel is dat niet mogelijk; een overeenkomst kan de op grond van Amerikaanse regelgeving bestaande belemmeringen wegnemen. Dit geldt niet voor gegevens van Amerikaanse personen (*U.S. persons*). Hun gegevens kunnen alleen via kanalen van wederzijdse rechtshulp worden gevorderd. Het begrip «U.S. persons» omvat natuurlijke personen met de Amerikaanse nationaliteit en met permanent verblijfsrecht in de Verenigde Staten en bepaalde rechtspersonen, zoals in de VS geïncorporeerde ondernemingen³.

De Europese Commissie heeft op 5 februari 2019 een aanbeveling gepresenteerd voor een besluit van de Raad houdende machtiging tot het openen van onderhandelingen met het oog op een overeenkomst tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten van Amerika over grensoverschrijdende toegang tot elektronisch bewijsmateriaal voor justitiële samenwerking in strafzaken. De tekst van deze aanbeveling is inmiddels gewijzigd als gevolg van overleg in de Raadswerkgroep. De actuele versie kan door uw Kamer worden geraadpleegd via het gebruikelijke toegangsportaal voor de Raadsdocumenten.

5. Standpunt van Nederland over het mandaat voor de overeenkomst tussen de EU en de VS

Nederland vindt het positief dat onderhandelingen worden gestart over een verdrag tussen de EU en de VS zodat duidelijkheid wordt verkregen over de positie van bedrijven en de rechten van burgers. Verder komt samenwerking de rechtshandhaving ten goede: het openbaar ministerie kan in een strafrechtelijk onderzoek in bepaalde gevallen sneller en efficiënter over gegevens beschikken.

Nederland vraagt aandacht voor twee belangrijke punten. Ten eerste het beginsel van reciprociteit of wederkerigheid. De CLOUD Act vereist het gebruik van bestaande procedures van wederzijdse rechtshulp voor het vorderen van gegevens van Amerikaanse personen in de VS. Dit betekent dat gegevens van deze personen niet rechtstreeks bij de aanbieder van (internet)diensten kunnen worden gevorderd. De consequentie van het beginsel van wederkerigheid is dat de vordering van gegevens van «EU-personeel» door Amerikaanse autoriteiten eveneens alleen op grond van de rechtshulpverdragen kan worden gedaan. Het doel moet zijn wederzijds overeenkomstige procedures en bevoegdheden overeen te komen voor data van vergelijkbare (groepen van) personen. Het tweede punt betreft de rol van de autoriteiten van het land waar de data zijn opgeslagen, dan wel waar het (internet) bedrijf of zijn vertegen-

³ Zie CLOUD Act § 105(a).

woordiger is gevestigd. De CLOUD Act gaat ervan uit dat de Amerikaanse autoriteiten rechtstreeks bij bedrijven, die in de VS hun hoofdvesting hebben, gegevens kunnen vorderen. Dit zonder tussenkomst van de autoriteiten van een ander land. Hier ligt een analogie met de E-evidence-verordening. Nederland vindt dat er bij de vordering van verkeersgegevens of inhoudelijke gegevens door de Amerikaanse autoriteiten betrokkenheid moet zijn van het land waar de gegevens zijn opgeslagen of waar de aanbieder gevestigd is. Dit land kan dan toetsen of er gewichtige belangen zijn die zich tegen verstreking verzetten, met name rechten van burgers en nationale belangen, zoals nationale veiligheid. In dat geval zouden de autoriteiten van dat land moeten kunnen interveniëren. De rol van de overheid kan wederkerig zijn en dus ook gelden als autoriteiten uit de EU gegevens vorderen van bedrijven in de VS. Nederland richt zich hierbij op de meest ingrijpende gegevenscategorieën, te weten verkeersgegevens en inhoudelijke gegevens. Verkeersgegevens («transactional data») zijn data die samenhangen met de voorziening in een dienst die wordt aangeboden door een bedrijf, die ertoe dient contextuele of aanvullende informatie te geven over zo een dienst en die wordt gegenereerd of verwerkt door een informatiesysteem of een dienstaanbieder, zoals de bron en bestemming van een bericht, gegevens over de locatie van de gebruikte apparatuur, datum, tijd, duur, omvang, route, format, het gebruikte protocol, type van compressie (voor zover deze gegevens geen toegangsgegevens vormen). Inhoudelijke gegevens («content data») betreffen data die zijn opgeslagen in een digitaal format, zoals tekst, stem, video, afbeeldingen en geluid (voor zover deze geen abonnee-, toegangs- of verkeersgegevens zijn). De Europese Toezichthouder Gegevensbescherming (EDPS), heeft op 2 april 2019 advies uitgebracht over het onderhandelingsmandaat voor de EU-VS overeenkomst over grensoverschrijdende toegang tot elektronisch bewijs.⁴ Het Nederlandse standpunt is op het genoemde punt in lijn met het advies van de EDPS. Deze toezichthouder betoogt (in paragraaf 28 op blz. 11 van zijn advies) onder meer: «The EDPS considers that effective protection of fundamental rights in this context requires a degree of involvement of public authorities of the requested party to the envisaged agreement. He therefore recommends including as specific safeguard in the negotiating directives the obligation for EU and US competent authorities to systematically involve judicial authorities designated by the other Party as early as possible in the process of gathering electronic evidence, in order to give these authorities the possibility to effectively review compliance of the orders with fundamental rights and possibly to raise grounds for refusal, on the basis of sufficient information and within realistic deadlines».

Nederland heeft beide genoemde punten naar voren gebracht in de onderhandelingen over het mandaat op het niveau van de Raadswerkgroepen binnen de EU. De kwestie van de reciprociteit is in de tekst van het mandaat opgenomen. Het punt van de betrokkenheid van de autoriteiten van het land van het bedrijf van wie data worden gevorderd, is niet opgenomen in de tekst. Naar het zich nu laat aanzien is er geen brede steun in de Raad voor het Nederlandse standpunt in dezen. Voor de Europese Commissie is de tekst van de ontwerpverordening elektronisch bewijs het inhoudelijke uitgangspunt voor de onderhandelingen met de VS, dit geldt ook voor het punt van de rol voor de handhavende lidstaat en daarbij behorende notificatie.

⁴ Opinion 2/2019. EDPS Opinion on the negotiating mandate of an EU-US agreement on cross-border access to electronic evidence; https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-04-02_edps_opinion_on_eu_us_agreement_on_e-evidence_en.pdf.

6. Vervolgstappen in de besluitvorming

In de JBZ-Raad van december 2018 (Kamerstuk 32 317, nr. 532) werd over de E-evidence-verordening een algemene oriëntatie bereikt. Deze tekst is de inhoudelijke basis voor onderhandelingen met het Europees Parlement (EP). Het EP is nog bezig met de formulering van zijn standpunt. Ik verwacht dat het EP later dit jaar, in zijn nieuwe samenstelling, zijn amendementen zal vaststellen. Vervolgens zal in de triloog verder worden onderhandeld.

Het Roemeense voorzitterschap heeft in maart jongstleden aangekondigd dat het mandaat voor de onderhandelingen over een overeenkomst tussen de EU en de VS zal worden vastgesteld in de JBZ-Raad van 6 en 7 juni 2019. Onlangs is gebleken dat het voorzitterschap de besluitvorming wil versnellen en het mandaat, naar verwachting medio mei, aan de permanente vertegenwoordigers (in het Coreper) wil voorleggen, waarna het als A-punt door de Raad kan worden vastgesteld. Ik breng dit onder uw aandacht met het oog op uw inbreng in de Nederlandse standpuntbepaling. Mijn voornemen is om in de verschillende Raadsgeledingen het bovengeschetste standpunt in te nemen.

Na vaststelling van het mandaat zal de Commissie met de VS onderhandelen. De procedure voor de totstandkoming van een internationale overeenkomst is vastgelegd in artikel 218 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (VWEU). De Commissie zal de onderhandelingen voeren in nauw overleg met de Raad. Dit betekent onder meer dat de Commissie (als onderhandelaar) te zijner tijd het resultaat zal voorleggen aan de Raad, waarbij zij voorstellen zal doen voor Raadsbesluiten tot ondertekening en sluiting van de overeenkomst. De Raad besluit met gekwalificeerde meerderheid van stemmen. Voorafgaand aan het besluit tot sluiting is goedkeuring van het Europees Parlement vereist. Volgens artikel 218, tiende lid, VWEU wordt het Europees Parlement verder in iedere fase van de procedure onverwijld en ten volle geïnformeerd.

De Commissie treedt op als onderhandelaar namens de Unie. De Commissie heeft aanbevolen dat de tekst van de E-evidence-verordening binnen het mandaat voor de Commissie de basis zal zijn voor de onderhandelingen. Het is vooralsnog een gegeven dat deze verordening nog niet is afgerond en dat de tekst kan worden gewijzigd naar aanleiding van de amendementen van het Europees Parlement. De Commissie wil na vaststelling van het mandaat starten met de onderhandelingen met de VS en daarbij het voorbehoud maken dat er pas afspraken kunnen worden gemaakt met de VS als de verordening is afgerond, dus na de triloog met het Europees Parlement.