



Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Plaatsvervangend directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving
Dhr. mr. W.J. Pedroli
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

Leiden, 20 december 2012

Betreft: Consultatie conceptwetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet

Geachte heer Pedroli,

Bij brief d.d. 16 oktober 2012 nodigde u het Nederland Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) uit om een reactie te geven op het conceptwetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet. In het bijzonder vroeg u om de visie van het NJCM op de meerwaarde van de voorgestelde regelingsopdracht in het derde lid van artikel 13 Grondwet. Het NJCM komt bij dezen graag aan uw uitnodiging tegemoet.

Inhoud en reikwijdte

Dat het huidige artikel 13 van de Grondwet aan modernisering toe is, wordt zonder meer door het NJCM onderkend. Met het voorgestelde artikel is de wetgever bovendien een stap verder gegaan, door te streven naar een volledig techniekonafhankelijke benadering waarmee zowel huidige als toekomstige communicatiemiddelen bescherming zouden moeten genieten. Met de overstap van brief-, telefoon- en telegraafgeheim naar brief- en telecommunicatiegeheim is dit naar het oordeel van het NJCM gelukt. Temeer door de ruime interpretatie die in de memorie van toelichting (MvT) wordt toegekend aan telecommunicatie (het overbrengen van informatie op afstand, ongeacht de gebruikte overdrachtsmiddelen). Ook ziet het NJCM meerwaarde in de uitbreiding van bescherming louter in de transportfase naar bescherming tijdens tussentijdse opslag.

De wetgever heeft een afbakening aan de hand van drie criteria voorgesteld: de aanwezigheid van een communicatiemiddel, betrokkenheid van een derde en gerichtheid van de communicatie. Hoewel het begrip 'derde' wellicht nadere toelichting vraagt, wekt de betreffende afbakening op het eerste gezicht de indruk zowel logisch als werkbaar te zijn.

Op inhoud en op reikwijdte ondersteunt het NJCM de gekozen benadering bij het voorgestelde artikel 13 Grondwet. Desalniettemin stelt het NJCM kritische vragen op enkele onderdelen die hieronder uiteengezet worden.

Beperkingen: rechtelijke machtiging als hoofdregel

In het voorgestelde artikel 13 Grondwet wordt de bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim gelijkgesteld aan de bescherming die nu voor het briefgeheim geldt: beperking van het grondrecht is slechts mogelijk met een voorafgaande machtiging van de rechter. Het NJCM staat positief tegenover dit door de wetgever gekozen beschermingsniveau, waarmee de wetgever aansluiting lijkt te hebben gezocht bij de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Het verdient evenwel aanbeveling om in de MvT nader uit te werken welk toetsingskader de wetgever voor ogen heeft voor de rechter bij het geven van toestemming op inbreuken op het grondrecht. Conform jurisprudentie van het EHRM dienen inbreuken te worden getoetst aan de beginselen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De motivering van de inbreuk dient te zijn toegespitst op de concrete omstandigheden van het geval en de beschikbare relevante informatie dient hierbij te worden betrokken. Door het toetsingskader nader uit te werken wordt een ijkpunt gegeven voor de praktijk, hetgeen de waarborgfunctie van de Grondwet versterkt.

Beperkingen: afwijking van hoofdregel in het kader van de nationale veiligheid

Op bovengenoemde hoofdregel wordt in het voorgestelde artikel 13 Grondwet direct een uitzondering gecreëerd. In het kader van de nationale veiligheid is het niet de rechter maar de minister die de toestemming mag geven voor de beperking van het brief- en telecommunicatiegeheim. Hoewel deze uitzondering in lijn is met de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 (Wiv 2002), plaatst het NJCM enkele kanttekeningen hierbij.

In de MvT wordt toegelicht dat de voor de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) of de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD) verantwoordelijke Minister beter geïnformeerd is dan een rechter om de afweging te maken of beperking van het brief- en telecommunicatiegeheim gerechtvaardigd is. Ook zou deze afweging vaak politiek-bestuurlijk van aard zijn. Het NJCM betwijfelt sterk of dit het geval is. Bij de inzet van de af luisterbevoegdheid door de AIVD (artikel 25 Wiv 2002) bijvoorbeeld, gaat het om grote hoeveelheden operaties. De Minister van BZK heeft geen ambtelijke ondersteuning bij het maken van deze afweging, maar wordt direct door het hoofd van de AIVD geïnformeerd.¹ Het is de vraag in hoeverre de minister tijd heeft voor een grondige individuele afweging. Bovendien ziet de te maken afweging eerder op rechtmatigheid dan op politiek-bestuurlijke wenselijkheid. De AIVD dient overtuigend te motiveren dat een inbreuk op het brief- en telecommunicatiegeheim noodzakelijk, proportioneel en subsidiair is. De afweging of deze inbreuk gerechtvaardigd is, verdient een onafhankelijk juridisch oordeel, niet zozeer een politiek-bestuurlijk oordeel.

Het blijkt daarnaast duidelijk uit de rechtspraak van het EHRM dat het de sterke voorkeur geniet om inbreuken op het brief- en telecommunicatiegeheim slechts plaats te laten vinden na toestemming van een onafhankelijke derde. Dit geldt niet alleen in het kader van de opsporing, maar ook in het kader van het werk van inlichtingen- en veiligheidsdiensten.² Recentelijk nog benadrukte het EHRM in een zaak tegen Nederland het belang van een voorafgaande toets van een onafhankelijke derde bij de inzet van bijzondere bevoegdheden.³

In enkele andere Europese landen, bijvoorbeeld België en Duitsland, is een dergelijke onafhankelijke toets voorafgaande aan de inzet van bijzondere bevoegdheden gebruikelijk. Het blijkt wel degelijk mogelijk om voorafgaand aan deze inzet *checks en balances* te introduceren. Het verdient aanbeveling om deze mogelijkheden te verkennen, in plaats van ze bij voorbaat uit te sluiten.

¹ C. Fijnaut, *Het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten: de noodzaak van krachtiger samenspel*, p. 94, www.ctivd.nl.

² EHRM 6 september 1978 (Klass/Duitsland), §§ 21, 51 en 56; EHRM 29 juni 2006 (Weber en Saravia/ Duitsland), §§ 25 en 117; EHRM 18 mei 2010 (Kennedy/VK), §§ 56 en 57; EHRM 14 september 2010 (Sanoma/Nederland), §§ 96 - 99.

³ EHRM 22 november 2012 (Telegraaf/Nederland), § 96 ev.

Beperkingen: mogelijkheid tot mandateren in het kader van de nationale veiligheid

In de MvT wordt vervolgens uitgelegd dat de minister de bevoegdheid om toestemming te geven voor een inbreuk op artikel 13 Grondwet niet mag delegeren maar wel mag mandateren. Het NJCM staat zeer kritisch tegenover de mogelijkheid van mandaat. Dit zou betekenen dat in de praktijk toestemming kan worden gegeven door het hoofd of een medewerker van de AIVD of de MIVD. Dit gebeurt weliswaar onder de verantwoordelijkheid van de minister, maar zonder diens betrokkenheid. Deze mogelijkheid is innerlijk tegenstrijdig met wat er eerder in de MvT wordt uitgelegd: als de uitvoerende macht zelf toestemming geeft voor een inbreuk op het brief- en telecommunicatiegeheim dan ontbreekt een natuurlijke drempel tegen willekeurig gebruik en ontbreken *checks and balances* (paragraaf 3.2).

En hoewel in de MvT wordt benadrukt dat aansluiting is gezocht bij de bestaande praktijk, betekent de algemene mogelijkheid van mandaat een afwijking van het regime van de Wiv 2002. Bij de totstandkoming van de Wiv 2002 is er immers voor gekozen om niet te voorzien in een mandaatregeling bij de bijzondere bevoegdheden die inbreuk maken op onder meer het telefoon- en telegraafgeheim. Dit betekent dat voor de inzet van de af luisterbevoegdheid en de selectie van Sigint op grond van de artikelen 19 j° 25 en 27 Wiv 2002 uitsluitend de verantwoordelijke minister bevoegd is om aan de AIVD en de MIVD toestemming te geven om te tappen. De minister mag deze taak niet mandateren.

Bovendien verhoudt deze mogelijkheid zich slecht tot de jurisprudentie van het EHRM. Als het verlenen van toestemming voor de inbreuk op het brief- en telecommunicatiegeheim in de praktijk in handen komt te liggen van de AIVD en de MIVD dan kan niet meer worden gesproken van een significante waarborg tegen misbruik van bevoegdheden.

Regelingsopdracht: ontbreken van notificatieplicht

De wetgever heeft in het huidige wetsvoorstel geen expliciete notificatieplicht opgenomen. Er is enkel een algemene regelingsopdracht in het derde lid van het voorgestelde artikel 13 Grondwet. Hiermee wordt het aan de formele wetgever overgelaten om de notificatieplicht al dan niet te regelen. Blijkens de MvT is voor deze weg gekozen, omdat de formele wetgever het beste kan afwegen en kan bepalen wanneer een notificatieplicht meerwaarde heeft voor het Nederlandse systeem van rechtsbescherming.

Volgens het NJCM is de notificatieplicht zowel voor opsporingsdiensten als voor inlichtingen- en veiligheidsdiensten een extra stok achter de deur om zich strikt aan de regels te houden bij het toepassen van verregaande inbreuken op de privacy zoals de inzet van de af luisterbevoegdheid. Immers, de strekking van de notificatieplicht is het bieden van (rechts)bescherming tegen overheidsoptreden dat inbreuk maakt op grondrechten van burgers. In deze bescherming (de zogenaamde *effective remedy* zoals neergelegd in artikel 13 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)) wordt voorzien door een betrokkene achteraf mede te delen welke opsporingsbevoegdheden jegens hem/haar zijn toegepast.

De notificatieplicht wordt ook door het EHRM gezien als een belangrijke, zo niet onmisbare waarborg tegen misbruik van deze bijzondere bevoegdheden.⁴ In zowel de WIV 2002⁵ als in het Wetboek van Strafvordering⁶ is deze plicht opgenomen. Ook in artikel 12 Grondwet is de notificatieplicht expliciet opgenomen.

⁴ Zie o.a. EHRM 6 september 1978 (Klass/Duitsland), § 57; EHRM 29 juni 2006 (Weber en Saravia/Duitsland), §135, EHRM 28 juni 2007 (Association for European Integration and Human Rights en Ekimdzhiev/Bulgarije), §§90-91, 101.

⁵ Artikel 34 Wiv 2002.

⁶ Ingevolge artikel 126bb Sv dient de officier van justitie aan betrokkene schriftelijk mededeling te doen van de uitoefening van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Vc, zodra het belang van het onderzoek dat toelaat.

De MvT vermeldt dat de Staatscommissie Grondwet in 2010 de notificatieplicht niet heeft genoemd in haar advies. Dat zij deze geheel lijken te zijn vergeten, lijkt het NJCM geen reden om geen notificatieplicht in artikel 13 Grondwet op te nemen. De Commissie Franken heeft dit in 2000 wel geadviseerd.⁷

Concluderend adviseert het NJCM om de notificatieplicht wel expliciet in artikel 13 Grondwet te regelen. De Grondwet geeft op deze wijze voldoende invulling aan haar waarborgfunctie en aan de jurisprudentie van het EHRM.

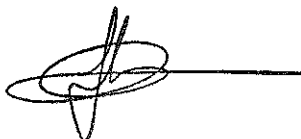
Regelingsopdracht: horizontale verhoudingen

Afsluitend geeft het NJCM graag blijk van haar instemming met de keuze van de wetgever voor een regelingsopdracht in het wetsvoorstel ten behoeve van het waarborgen van het brief- en telecommunicatiegeheim in horizontale verhoudingen. Het NJCM bevestigt dat in de huidige samenleving de bescherming van het communicatiegeheim ten opzichte van de staat niet afdoende is. Door zowel technologische ontwikkelingen als de liberalisering van de telecommunicatie-infrastructuur en traditionele communicatiemiddelen hebben veel private partijen toegang tot of bezit over de communicatie tussen burgers. Deze private partijen kunnen met de informatie die zij op deze wijze vergaren een zekere macht uitoefenen over burgers die vergelijkbaar is met overheidsmacht. Het NJCM acht het dan ook nadrukkelijk van belang dat de overheid de bescherming van het communicatiegeheim in horizontale verhoudingen tot haar aanhoudende zorg rekent. Het past in de systematiek van de Grondwet om hiertoe de opdracht te geven.

Ook op internationaal niveau wordt het belang van bescherming van het communicatiegeheim in horizontale verhoudingen benadrukt. Dit volgt onder meer uit de toenemende positieve verplichtingen voortvloeiende uit artikel 8 EVRM en verschillende EU-richtlijnen.⁸

Gelet op het bovenstaande juicht het NJCM de voorgestelde constitutionele waarborg toe. Het NJCM ziet met verwachting uit naar het vervolg van het wetgevingstraject en wenst u hierbij veel succes.

Hoogachtend,



Friederycke Haijer
Voorzitter NJCM

⁷ Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, 2000.

⁸ Zie o.a. artikel 5 van Richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 december 1997; artikel 2 onder 19 van Richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 december 1997.