

Vergaderjaar 2010–2011

32 428

Derde aanpassing van wetten in verband met de nieuwe staatsrechtelijke positie van Bonaire, Sint Eustatius en Saba als openbaar lichaam binnen Nederland (Derde Aanpassingswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba)

Nr. 10

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 30 juni 2010 en het nader rapport d.d. 10 september 2010, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 1 juni 2010, no. 10.001484, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt een Nota van wijziging bij het voorstel van wet houdende derde aanpassing van wetten in verband met de nieuwe staatsrechtelijke positie van Bonaire, Sint Eustatius en Saba als openbaar lichaam binnen Nederland (Derde Aanpassingswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba), met toelichting.

De nota van wijziging voegt twee elementen aan de Aanpassingswet toe. Ten eerste biedt de nota van wijziging een wettelijke regeling voor de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden; die regeling komt overeen met een voorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen, dat nog niet bij de Staten van de Nederlandse Antillen aanhangig is gemaakt. Voorts wordt de leeftijd waarop aanspraak ontstaat op algemene ouderdomsverzekering verhoogd van 60 naar 65 jaar.

De Raad van State maakt naar aanleiding van de nota van wijziging opmerkingen over het informeren van de betrokkenen over de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden en over de vernietiging van gegevens die bij de toepassing van zulke bevoegdheden zijn verkregen. Hij is van oordeel dat in verband daarmee de nota van wijziging deels nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 1 juni 2010, nr. 10.001484, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake de bovenvermelde nota van wijziging rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 30 juni 2010, nr. W04.10.0199/I, bied ik U hierbij aan.

De Raad geeft U in overweging de nota van wijziging niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De opmerkingen van de Raad van State worden in het navolgende besproken. Daarbij worden de volgorde en nummering van het advies van de Raad aangehouden.

1. Notificatie van de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden
Het voorstel regelt strafvorderlijke bevoegdheden die kunnen neerkomen op vergaande beperking van grondrechten. Het gaat onder meer om stelselmatige observatie, infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening, het betreden van besloten plaatsen (met uitzondering van woningen) voor onderzoek of het plaatsen van afluisterapparatuur, het opnemen van vertrouwelijke communicatie en het vorderen van persoonsgegevens bij derden. Ook wordt mogelijk gemaakt dat iemand die geen opsporingambtenaar is, pseudokoop, pseudo-dienstverlening of infiltratie verricht onder regie van een opsporingambtenaar. Deze bevoegdheden kunnen alleen worden toegepast bij verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten of bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf; bij bepaalde bevoegdheden gelden aanvullende vereisten.

Dat deze bevoegdheden worden toegepast, behoort doorgaans niet bekend te zijn bij de personen op wie het onderzoek zich richt; anders zou het onderzoek worden geschaad of zelfs onmogelijk worden gemaakt. Het is echter van belang dat burgers op enig moment weten dat hun grondrechten werden beperkt, omdat zij anders niet de mogelijkheid hebben de gegrondheid van deze grondrechtenbeperking aan de rechter voor te leggen. Dit laatste wordt gegarandeerd, zo artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) niet van toepassing is, in artikel 13 EVRM, dat een ieder het recht geeft een effectief rechtsmiddel («effective remedy») aan te wenden tegen een schending van een in het EVRM gegarandeerd grondrecht.

De regeling van bijzondere opsporingsbevoegdheden in het Europees-Nederlandse Wetboek van Strafvordering («Wet BOB») heeft model gestaan voor de nu voorgestelde regeling. Die regeling bepaalt evenwel dat de officier van justitie aan betrokkene schriftelijk mededeling doet van de uitoefening van bijzondere opsporingsbevoegdheden («notificatie») zodra het belang van het onderzoek dat toelaat.¹ Indien notificatie daadwerkelijk plaatsvindt, is de betrokkene in staat een rechtsmiddel aan te wenden tegen mogelijke schending van grondrechten.

In de nu voorgestelde regeling is daarentegen niet voorzien in notificatie. Voor de motivering van de regeling van bijzondere opsporingsbevoegdheden wordt verwezen naar de toelichting op het overeenkomstige voorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen. In die toelichting staat dat is afgezien van een notificatieplicht, omdat onderzoek – de evaluatie van de Wet BOB uit 2004 – heeft uitgewezen dat notificatie in Nederland niet of nauwelijks plaats heeft. Bovendien zou, gezien de kleinschaligheid van de eilanden, te gemakkelijk door «anderen» inzicht kunnen worden verkregen in de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden.²

¹ Artikel 126bb van het (Europees-Nederlandse) Wetboek van Strafvordering.

² Voorstel van landsverordening tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering (Bijzondere opsporingsbevoegdheden), memorie van toelichting, § 6 (Over te nemen bevoegdheden), derde alinea.

³ EHRM 28 juni 2007, 62540/00 (Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev / Bulgarije) § 95–103.

De Raad merkt allereerst op dat uit de jurisprudentie van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) op dit punt blijkt dat het achterwege blijven van notificatie een schending oplevert van artikel 13 EVRM, omdat de betrokkene door het ontbreken van informatie niet in staat is een effectief rechtsmiddel aan te wenden tegen schending van de rechten die in het EVRM worden gegarandeerd.³

Voorts dient de opmerking dat in Nederland niet of nauwelijks wordt genotificeerd, te worden genuanceerd. In het rapport «Opsporen onder

dekman­tel» van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatie­centrum uit 2010 wordt weliswaar verwezen naar de evaluatie van de Wet BOB, waaruit bleek dat de notificatieplicht weinig werd nagekomen, maar daarbij wordt ook vermeld dat het College van Procureurs-generaal in 2005, naar aanleiding van een verzoek van de Minister van Justitie, de parketten heeft verzocht de notificatieplicht te handhaven. Uit een audit in 2006 bleek dat de situatie aanzienlijk was verbeterd, maar dat het Openbaar Ministerie als geheel nog niet volledig aan de notificatieplicht voldeed. Na deze audit heeft het College maatregelen genomen die de naleving van deze plicht verder moeten verbeteren.¹

De Raad adviseert in de toelichting in te gaan op de vraag hoe kan worden verzekerd dat in de praktijk ook daadwerkelijk wordt genotificeerd en de nota van wijziging op dit punt zo nodig aan te vullen.

1. Notificatie van de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden
De Raad adviseert in te gaan op de wijze waarop kan worden verzekerd dat in de praktijk daadwerkelijk wordt genotificeerd nu in de nota van wijziging geen notificatieverplichting is opgenomen. Dienaangaande moet worden vooropgesteld dat de voorgestelde regeling inzake de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden voor de opsporingspraktijk op de BES-eilanden volledig overeenkomt met de voorstellen op dit gebied die in de Nederlandse Antillen en Aruba in procedure zijn gebracht. Ook die voorstellen bevatten geen regeling betreffende het doen van schriftelijke mededeling van de uitoefening van toegepaste bevoegdheden. Met het oog op het grote belang van een eenvormig strafprocesrecht binnen de Caribische delen van het Koninkrijk is er daarom voor gekozen een regeling, zoals die is opgenomen in artikel 126bb van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering, achterwege te laten.

Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) vereist dat een ieder recht heeft een effectief rechtsmiddel aan te wenden tegen een schending van een in het EVRM gegarandeerd grondrecht. Aangezien het inzetten van bijzondere opsporingsbevoegdheden een beperking van de grondrechten van de burger met zich kan brengen, is het van belang dat ook in dit kader de burger de mogelijkheid heeft de rechtmatigheid daarvan aan de rechter voor te leggen. Notificatie is één middel die deze mogelijkheid faciliteert indien de betrokkene niet van de bevoegdheidstoepassing op de hoogte is gekomen. Er zijn echter ook andere middelen die bijdragen aan de mogelijkheid om de rechtmatigheid van de toegepaste bevoegdheden door een rechterlijke instantie te laten toetsen. Zo kan de betrokkene een verzoek om kennisneming van de verwerkte persoonsgegevens bij het openbaar ministerie doen in de wetenschap dat de Wet bescherming persoonsgegevens BES aanspraak geeft op kennisneming van de over hem verwerkte persoonsgegevens. Ook kan de betrokkene uiteraard tijdens het strafproces op de hoogte komen van de toepassing van jegens hem uitgeoefende bevoegdheden. Op de mogelijkheid van rechterlijke toetsing in dat kader is immers de voorgestelde wettelijke regeling voornamelijk gericht. Voorts zal in overleg met het openbaar ministerie worden gezien of er nog aanleiding is om op uitvoeringsniveau, bijvoorbeeld bij wege van een richtlijn, een additionele voorziening te treffen waarmee kan worden verzekerd dat personen ten aanzien van wie een van de bijzondere opsporingsbevoegdheden is uitgeoefend, daarover worden geïnformeerd.

¹ E.W. Kruisbergen & D. de Jong, *Opsporen onder dekmantel, Regulering, uitvoering en resultaten van undercovertrajecten*, WODC 2010, Kamerstukken II 2009/10, 29 911, nr. 38, bijlage, blz. 222–223 en 256.

² Artikel 126cc, tweede lid, van het (Europees-Nederlandse) Wetboek van Strafvordering.

2. Vernietiging van gegevens na notificatie

In het Europees-Nederlandse stelsel worden gegevens over de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden twee maanden na notificatie vernietigd.² Deze regeling wordt in de nota van wijziging evenmin overgenomen, omdat de administratie van deze plicht, gezien de beperkte bezetting van het openbaar ministerie, een te grote druk op de organisatie

legt. Bovendien is deze bevoegdheid gekoppeld aan de notificatieplicht, die in de Nederlandse Antillen niet is voorzien. Voorts kan het bewaren van deze gegevens eventueel bijdragen aan de opheldering van andere strafbare feiten, zo wordt gemeld in de toelichting bij het voorstel voor de Nederlandse Antillen.¹ De nota van wijziging leidt ertoe dat het wetboek niets regelt omtrent de vernietiging van gegevens die zijn verkregen door toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden.

De Raad merkt op dat de verplichting tot het vernietigen van persoonsgegevens die niet meer bewaard hoeven te worden, een wezenlijk onderdeel vormt van de grondrechtelijke bescherming van het privéleven zoals neergelegd in artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet.² Het legaliteitsbeginsel, en in het bijzonder het vereiste van «foreseeability» zoals uitgewerkt in de jurisprudentie van het EHRM, brengen met zich dat zo veel mogelijk op wettelijk niveau zal moeten worden geregeld op welk moment en in welke gevallen vernietiging moet plaatsvinden.

Het ligt in dit verband voor de hand om aan te sluiten bij die notificatieplicht, zoals deze is geregeld in het Europese deel van Nederland. Daarbij kan voorts worden bedacht dat, voor zover het tevens gaat om justitiële en strafvorderlijke gegevens, zij afzonderlijk worden bewaard. Die zijn dus voor toekomstige onderzoeken beschikbaar.³

De Raad adviseert de nota van wijziging op dit punt aan te vullen.

2. Vernietiging van gegevens na notificatie

De Raad adviseert een regeling omtrent de vernietiging van gegevens in de voorgestelde regelgeving op te nemen.

De bewaartermijn van de persoonsgegevens die zijn verkregen bij de uitoefening van een bijzondere opsporingsbevoegdheid volgt uit artikel 10 van de Wet bescherming persoonsgegevens BES. De gegevens mogen niet langer worden bewaard in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkene te identificeren, dan noodzakelijk is voor de verwerking van de doeleinden waarvoor zij worden verzameld en vervolgens worden verwerkt. Opdat deze bepalingen nader kunnen worden gespecificeerd is aan artikel 177k een zesde en aan artikel 177z een achtste lid toegevoegd. Deze bepalingen komen erop neer dat bij algemene maatregel van bestuur voorschriften kunnen worden gegeven met het oog op de bewaring en vernietiging. Vergelijkbare delegatiegrondslagen zijn overigens inmiddels ook opgenomen in het voorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen met het oog op de invoering van een wettelijke regeling voor de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden.

Een groot aantal redactionele wijzigingen is overgenomen. Om de voorgestelde wettelijke regeling ook wat vormgeving betreft zoveel mogelijk te laten overeenstemmen met de Antilliaanse en Arubaanse ontwerpen waarvoor het vereiste van eenvormigheid geldt, zijn de aanbevelingen tot herordening van één of meer artikelen of artikelleden niet overgenomen.

De redactionele opmerking van de Raad over wat uiteindelijk artikel 5, lid 3, AOV BES is, is niet overgenomen. In het artikel 1 van het huidige Landsbesluit houdende algemene maatregelen van de 26ste juli 1960 ter uitvoering van artikel 5, derde en vierde lid van de Landsverordening Algemene Ouderdomsverzekering (P.B. 1960, no. 83) is in artikel 2, onderdeel c, opgenomen dat niet als verzekerde in de zin van de Landsverordening Algemene Ouderdomsverzekering wordt aangemerkt degene, die niet geacht kan worden blijvend binnen de Nederlandse Antillen te wonen en die verzekerd is krachtens een buitenlandse wettelijke regeling inzake geldelijke gevolgen van ouderdom, in de gevallen door de Minister van Sociale Zaken aan te wijzen. Teneinde een

¹ Voorstel van landsverordening tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering (Bijzondere opsporingsbevoegdheden), memorie van toelichting, § 6 (Over te nemen bevoegdheden), vierde alinea.

² In artikel 5 van het Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2008 over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, PbEU L 350/60, staat: «Passende termijnen worden vastgelegd voor het wissen van persoonsgegevens of een periodieke toetsing van de noodzaak van de opslag ervan. De naleving ervan wordt met procedurele maatregelen gewaarborgd.» Zie verder onder meer artikel 10 van de Wet bescherming persoonsgegevens.

³ Een en ander is geregeld in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

overeenkomstige bepaling mogelijk te maken in het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen BES is de door de Raad bedoelde subdelegatie noodzakelijk.

De Raad merkt in de laatste drie redactionele opmerkingen op dat bij een aantal onderdelen wijzigingen voorin het aan te passen onderdeel van ABES III behoren te worden opgenomen. Deze opmerkingen zijn niet overgenomen. Het voorin in de desbetreffende onderdelen opnemen van de wijzigingen komt de overzichtelijkheid niet ten goede. Derhalve is ervoor gekozen de wijzigingen aan het einde van de desbetreffende onderdelen toe te voegen.

Wijziging van de nota van wijziging na advisering Raad van State

Bij de opstelling van de nota van wijziging is er rekening mee gehouden dat het wetsvoorstel tijdig door het parlement behandeld zou kunnen worden om op de transitiedatum inwerking te kunnen treden. Ervan uitgaande dat de transitie op 10 oktober 2010 zal plaatsvinden, is het tijdspad echter inmiddels zo krap, dat het niet reëel is te verwachten dat de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel voor dat tijdstip kan worden afgerond. Voor het onderdeel van de nota van wijziging zoals voorgelegd aan de Raad van State dat betrekking had op het Wetboek van Strafvordering BES, levert een latere inwerkingtreding dan de transitiedatum overwegende bezwaren op. Dit onderwerp zal daarom bij wijze van noodscenario bij ministeriële regeling op grond van artikel 20 van de Invoeringswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba geregeld worden, die zo spoedig mogelijk daarna bij formele wet moet worden goedgekeurd. Daarom zijn de wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering BES na de advisering door de Raad van State uit de nota van wijziging gehaald.

3. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

De Raad van State geeft U in overweging goed te vinden dat de nota van wijziging niet wordt gezonden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De waarnemend Vice-President van de Raad van State,
P. van Dijk*

Ik moge U verzoeken in te stemmen met toezending van de gewijzigde nota van wijziging aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal en mij te machtigen de adviesaanvraag, de nota van wijziging, zoals aangeboden aan de Raad van State, het advies van de Raad van State en het nader rapport aan te bieden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
A.Th.B. Bijleveld-Schouten

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W04.10 0199/I met redactionele kanttekeningen die de Raad
in overweging geeft.**

- Aanwijzing 248, vierde en vijfde lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving in acht nemen.
- De regel «HOOFDSTUK 8. MINISTER VAN JUSTITIE wordt als volgt gewijzigd:» wijzigen in: In artikel I wordt na onderdeel M een nieuw onderdeel ingevoegd, luidende: Na een regel wit invoegen: Ma.
- De wijziging van artikel 1 van het Wetboek van Strafvordering BES in de nota van wijziging (onderdeel AB) integreren in de wijziging van hetzelfde artikel in het voorstel van de Aanpassingswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (ABES; Kamerstukken I 2009/10, 31 959, A, blz. 332, onderdeel A). Voorts de nieuwe begrippen alfabetisch invoegen.
- De voorgestelde wijziging van artikel 119a van het Wetboek van Strafvordering BES integreren in de wijziging van datzelfde artikel in artikel I, onderdeel Q, van de ABES.
- In artikel I, onderdeel QB (artikel 119c), «de Vierde Titel van het Derde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering BES» wijzigen in: Boek 3, Titel 4, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering BES. Voorts de verwijzing naar artikel 119b, onderdeel c, controleren, nu in de bestaande tekst wordt verwezen naar onderdeel b (vergelijk artikel 94c, onderdeel e, van het (Europees-Nederlandse) Wetboek van Strafvordering).
- In Titel XVII (algemene bepalingen bij de bijzondere opsporingsbevoegdheden) een bepaling opnemen die erin voorziet dat de bijzondere opsporingsbevoegdheden tevens van toepassing zijn in gevallen waarin er aanwijzingen zijn van een terroristisch misdrijf. Vervolgens dat criterium in de afzonderlijke artikelen schrappen, zodat de leesbaarheid kan worden verhoogd (bijvoorbeeld 177w, eerste lid, aanhef, dat dan kan worden uitgesplitst in een opsomming).
- In artikel 177l een bepaling opnemen die overeenkomt met artikel 126g, zevende lid, van het (Europees-Nederlandse) Wetboek van Strafvordering.
- In de artikelen 177s, tweede lid, 177v, tweede lid, en 177z, derde lid, de niet gedefinieerde term «de verschoningsgerechtigde» telkens vervangen door: de persoon, bedoeld in artikel 251, 252 of 253.
- Artikel 177s, zevende lid, opnemen in een afzonderlijk artikel, nu dit een zelfstandige bevoegdheid betreft die een grotere reikwijdte heeft dan de bevoegdheid, geregeld in het eerste lid.
- In artikel 177w een bepaling opnemen die overeenkomt met artikel 126ij, vierde lid, aanhef en onderdeel c, van het (Europees-Nederlandse) Wetboek van Strafvordering.
- De artikelen 561 en 562 van het Wetboek van Strafvordering BES aanpassen aan de wijziging van terminologie, waarbij de begrippen «gegevensverkeer» en «aftappen van gegevensverkeer» niet meer voorkomt.
- De voorgestelde wijziging van de Wet algemene ouderdomsverzekering BES (AOV BES) in artikel II technisch vormgeven als een – in artikel I, onderdeel T, van ABES III in te voegen – wijziging van artikel 11.21 ABES, nu hoofdstuk 15A ABES niet meer bestaat.
- De voorgestelde wijziging van – uiteindelijk – artikel 5, derde lid, van de AOV BES (in artikel II, onderdeel A, subonderdeel 1, van de nota van wijziging) achterwege laten, nu deze wijziging al is doorgevoerd in artikel 11.21, onderdeel I, subonderdeel 6, ABES, en subdelegatie zich in dit geval niet verdraagt met de aanwijzingen 24, tweede lid, en 26 Ar. Voorts het nieuwe subonderdeel 10 van artikel II, onderdeel A, van de nota van wijziging invoegen vooraan in artikel 11.21, onderdeel I, ABES, nu het betrekking heeft op het eerste lid van artikel 5 AOV BES.

- In artikel II, onderdeel C, van de nota van wijziging het nieuwe subonderdeel 11 van artikel 11.21, onderdeel K, ABES invoegen vooraan in onderdeel K, nu het betrekking heeft op het eerste en derde lid van artikel 7a AOV BES.
- In artikel II, onderdeel D, van de nota van wijziging het nieuwe subonderdeel 4 van artikel 11.21, onderdeel L, ABES invoegen vooraan in onderdeel L, nu het betrekking heeft op het eerste lid van artikel 8 AOV BES.