

Vergaderjaar 2014–2015

33 989

Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de onschendbaarheid van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 3 juli 2015

1. Algemeen

Inleiding

Met belangstelling heeft de regering kennisgenomen van de vragen en opmerkingen van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken. De regering is de leden van de verschillende fracties erkentelijk voor hun inbreng. Het is heuglijk te vernemen dat de leden van de fracties van de VVD, PvdA, SP, het CDA, D66, de SGP en de ChristenUnie de noodzaak tot modernisering van het huidige artikel steunen. De noodzaak van een modernisering wordt gezien als dringend noodzakelijk. In deze nota ga ik, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken en de Minister van Veiligheid en Justitie, in op de vragen en opmerkingen in het verslag.

De leden van de VVD-, PvdA-, SP-, SGP-, D66- en CDA-fracties hebben een aantal vragen over de uitwerking van het voorstel. De leden van de fractie van het CDA merken op dat de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer de laatste gelegenheid is om het wetsvoorstel zo nodig te amenderen. Zij vragen of het in dit licht niet zinvol is de Raad van State om advies te vragen over het wetsvoorstel zoals het nu voorligt. De Afdeling advisering van de Raad van State heeft op 24 januari 2014 geadviseerd over het wetsvoorstel.¹ Het nader rapport ter zake is aan de Tweede Kamer verzonden op 16 juli 2014. Het is daarom niet aangewezen dat de Afdeling advisering van de Raad van State opnieuw wordt gevraagd te adviseren over het voorstel. Dat zou afwijken van de bestaande wetgevingsprocedure, zonder dat daar enige reden voor is. Wel kan de Afdeling, indien dit aan de orde mocht zijn tijdens de verdere behandeling van het wetsvoorstel, worden gevraagd te adviseren over een amendement of een nota van wijziging die het voorstel ingrijpend zou wijzigen.

Leden van diverse fracties stellen voor artikel 13 met uiteenlopende elementen aan te vullen. Op de betreffende elementen zullen wij ingaan

¹ Zie Raad van State, advies No. W01.13.0179/l.

bij de specifieke vragen. In algemene zin merken wij hier op dat de Grondwet een open en sober karakter heeft en uitdrukkelijk niet voorziet in uitputtende regelingen. Daarnaast kenmerkt de Grondwet zich door een verzwaarde procedure tot wijziging.² De leden van D66 stellen dat verkeersgegevens inzicht kunnen geven in de communicatie zelf en dat door de digitalisering de mogelijkheden voor overheden om de vertrouwelijkheid van privégesprekken in privéruimten te doorbreken toenemen. Zij vragen zich af of het voorstel volledig voorziet in de bescherming van die vertrouwelijkheid. De leden van de ChristenUnie hebben vragen over de reikwijdte van de bescherming van het briefgeheim en zijn kritisch ten aanzien van het uitzonderen van de rechterlijke toetsing in het belang van de nationale veiligheid. De leden van de fractie van de SGP stellen nadere vragen ter verduidelijking van de gebruikte terminologie. Hierna wordt op alle vragen van alle leden van de diverse fracties ingegaan, waarbij gelet op een logische clustering van de vragen niet steeds de volgorde van het voorlopig verslag wordt aangehouden. Gelijktijdig met deze nota naar aanleiding van het verslag wordt een nota van wijziging uitgebracht. Het additionele artikel zal met de nota van wijziging komen te vervallen omdat de wetgeving thans in overeenstemming is met het voorgestelde brief- en telecommunicatiegeheim.

2. Inhoud en reikwijdte van het brief- en telecommunicatiegeheim

2.1 Het brief- en telecommunicatiegeheim

De leden van de fractie van de ChristenUnie zien een gelijkstelling in de bescherming van het briefgeheim en het telecommunicatiegeheim, hetgeen volgens deze leden de facto de reikwijdte van de bescherming van het briefgeheim volgens deze leden vermindert. Deze leden vragen waarom een geringere bescherming van het briefgeheim noodzakelijk is en of enkel het streven naar een eenvoudig artikel heeft geleid tot het gelijkstellen van beide. De leden van de VVD-fractie stellen vast dat met het wetsvoorstel de bescherming van de telecommunicatiemiddelen wordt opgetrokken naar het niveau van de brief, behalve wanneer inzage wordt verlangd in het belang van de nationale veiligheid. Zij vragen of de brief met het nieuwe artikel 13 nu minder of op dezelfde wijze wordt beschermd als nu het geval is. Artikel 13 wordt volgens de leden van de fractie van de PvdA voor wat betreft het beschermingsniveau techniekonafhankelijk. Deze leden vragen of het doel van de techniekonafhankelijke bescherming wel rechtvaardigt dat ook in het geval van schending van het briefgeheim niet in alle gevallen langer een rechterlijke toets nodig is. De leden van de SGP-fractie vragen waarom het briefgeheim afzonderlijk wordt genoemd, nu voor het briefgeheim en het telecommunicatiegeheim dezelfde beschermingsregimes gaan gelden. Deze leden vragen zich tevens af in hoeverre toch niet zowel maatschappelijk als wettelijk een schriftelijk stuk, bijvoorbeeld een akte of een ander officieel stuk, nog steeds meerwaarde heeft boven een elektronische vorm van communicatie. Deze leden vragen of daarin niet enige rechtvaardiging kan liggen voor een nog actievere bescherming van het briefgeheim. Ook vragen de leden van de SGP-fractie of voor de verschillende communicatiemiddelen op basis van de voorgestelde bepaling een ander wettelijk regime mogelijk is indien dit wordt gewenst. Zij vragen zich af of het mogelijk is om bij inbreuk op het briefgeheim een strengere regime te hanteren dan bijvoorbeeld voor een inbreuk op e-mail of chat (of juist andersom). In de optiek van de leden van de SP-fractie gaat de regering summier in op de reden waarom communicatie middels een brief tot op dit moment meer

² Vgl. Kamerstukken II 2014/15, 31 570, nr. 25, paragraaf 2 over functie en het karakter van de Grondwet.

wordt beschermd dan communicatie middels een telefoon. Deze leden vragen de regering hier dieper op in te gaan. Daarnaast vragen zij de regering in te gaan op de vraag waarom e-mail, die de brief grotendeels heeft vervangen volgens deze leden, niet hetzelfde beschermingsniveau verdient. Tot slot vragen de leden van de SGP in hoeverre onder de huidige grondwettelijke bepaling een mogelijkheid bestaat voor een inbreuk op het brief-, telefoon- en telegraafgeheim in verband met de nationale veiligheid zonder tussenkomst van de rechter. Deze leden vragen of met het voorstel een verruiming van de mogelijkheden om een inbreuk te maken, worden vergroot.

De uiteenlopende vragen van fractieleden van diverse partijen die alle betrekking hebben op de voorgestelde bescherming van het briefgeheim in het belang van de nationale veiligheid worden vanwege sterke onderlinge samenhang in deze paragraaf gezamenlijk beantwoord. Ten aanzien van de vragen over het gelijkstellen van de grondrechtelijke bescherming van alle communicatiemiddelen dient het volgende te worden opgemerkt. De inhoud van de communicatie vormt de essentie van het te beschermen object van artikel 13. Voor het gelijkstellen van de bescherming van de inhoud is daarnaast van groot belang dat andere communicatiemiddelen in de afgelopen decennia een belangrijke plaats in het maatschappelijk leven hebben verworven. De overheid dient zich in het licht van het te beschermen object en de gelijkwaardige betekenis van nieuwe communicatiemiddelen in de samenleving op grondwettelijk niveau te onthouden van een voorkeur voor een hogere bescherming van het ene of het andere middel. Met de gekozen benadering verkrijgt de inhoud van communicatie ongeacht het middel dat wordt gekozen, gelijke grondwettelijke bescherming. Dat komt de rechtszekerheid ten goede. In de hoofdregel wordt de beschermingswijze van de brief op grondwetsniveau gehandhaafd. Voor wat betreft de beperkingsmogelijkheden wordt de bescherming van de inhoud die via andere communicatiemiddelen dan de brief verloopt, op grondwettelijk niveau opgetrokken naar het beschermingsniveau van het huidige briefgeheim. De grondwettelijke bescherming wordt in de hoofdregel aldus verhoogd. Voor beperkingen in het belang van de nationale veiligheid wordt de grondwettelijke bescherming van het briefgeheim eveneens op één lijn gesteld met de bescherming van de overige middelen. Een afzonderlijk regime voor beperkingen in het belang van de nationale veiligheid is noodzakelijk, nu in de hoofdregel in het nieuwe artikel 13 steeds een rechterlijke machtiging wordt vereist voor alle middelen. Het gevolg is dat er op grondwettelijk niveau in het belang van de nationale veiligheid een ander competentievoorschrift komt te gelden voor beperkingen, ook voor de beperking van het briefgeheim. De grondwettelijke bescherming van het briefgeheim wordt aangepast in vergelijking met het huidige artikel 13 voor wat betreft inzage in het belang van de nationale veiligheid. De Grondwet legt echter een minimumbeschermingsniveau vast. Op wetsniveau kan de wetgever ervoor kiezen, het thans bestaande hogere beschermingsniveau van het briefgeheim in het kader van de nationale veiligheid te handhaven.

De regering streeft ernaar op grondwettelijk niveau zoveel mogelijk rechtszekerheid over de minimumbeschermingsstandaard te scheppen ter bescherming van de inhoud van communicatie, om het even met welk middel deze wordt overgebracht. Ook bij de ontwikkeling van toekomstige, thans nog onbekende communicatiemiddelen dient hierover geen twijfel te bestaan. Het op grondwettelijk niveau verschillend beschermen van diverse middelen leidt immers mogelijk tot een techniekafhankelijke benadering hetgeen in de toekomst kan leiden tot rechtsonzekerheid ten aanzien van de vraag of het nieuwe middel in het belang van de nationale veiligheid dezelfde bescherming dient toe te komen als de brief, of dat het de bescherming van de andere middelen moet verkrijgen.

Het briefgeheim wordt in het voorstel afzonderlijk genoemd van het telecommunicatiegeheim omdat de fysieke overdracht van communicatie middels de brief waarbij de communicatie zich fysiek verplaatst te onderscheiden is van de telecommunicatie. Bij telecommunicatie is van fysieke verplaatsing geen sprake. Op de vraag van de leden van de SP-fractie, waarom de brief thans een hogere bescherming geniet dan de andere middelen zij verwezen naar de wetsgeschiedenis. Het oorspronkelijke regeringsvoorstel behelsde destijds, net als het voorliggende voorstel, evenmin een tweedeling binnen het correspondentiegeheim. Het amendement-Bakker leidde er echter toe dat de rechterlijke last bij het briefgeheim alsnog in artikel 13 werd opgenomen.³ De Commissie-Franken stelde later in haar rapport Grondrechten in het digitale tijdperk dat het verschil in beperkingsgronden niet gerechtvaardigd wordt door een verschil in appreciatie van de aard of de betekenis van de verschillende communicatiemiddelen, en wees in dit verband eveneens op de wetsgeschiedenis. Voor wat betreft de bescherming van afzonderlijke middelen is hiervoor reeds gewezen op het feit dat het voorliggend wetsvoorstel de ruimte laat tot divergentie in bescherming van afzonderlijke middelen op wetsniveau.

2.2 De reikwijdte van het brief- en telecommunicatiegeheim

De leden van de fracties van de VVD, van de PvdA en de SGP merken op dat het begrip «telecommunicatie» in de zin van artikel 13 ruimer is dan het begrip «telecommunicatie» in de zin van de Telecommunicatiewet (Tw). Deze leden staan net als de regering een ruime uitleg van het begrip voor maar zij vragen zich af of dat niet tot verwarring kan leiden en vragen de regering daarop in te gaan. De leden van de fractie van de PvdA vragen of de regering voorbeelden kan noemen van telecommunicatie die niet via elektronische overdracht plaatsvindt, en of deze benadering louter bedoeld is om het artikel toekomstbestendig te maken. De leden van de SGP-fractie vragen zich tenslotte af of niet beter gekozen had kunnen worden voor een andere omschrijving, zoals «brief- en andere vormen van communicatie» om het verschil met de Tw niet onnodig op te roepen. De vrees van de leden van deze fracties voor eventuele verwarring tussen het in de Grondwet en in de andere wetten gehanteerde begrip «telecommunicatie» wordt door de regering niet gedeeld. In specifieke regelgeving zoals de Tw en Europese Richtlijnen wordt onder het begrip «telecommunicatie» enkel «elektronische» communicatie verstaan. Deze invulling van het begrip laat, gelet op het feit dat de bescherming van artikel 13 ziet op de inhoud van communicatie ongeacht het middel waarmee dit wordt getransporteerd, mogelijk te weinig ruimte voor nieuwe, nog in de verre toekomst te ontwikkelen vormen van niet-elektronische communicatie. Het begrip in het voorgestelde artikel 13 Grondwet is aldus ruimer omdat die bepaling ook toekomstige middelen die mogelijk niet elektronisch zijn maar die nu nog niet bekend zijn, beoogt te bestrijken. Met het oog op nieuwe middelen in de verdere toekomst zou een meer techniekafhankelijke benadering in de Grondwet een belemmering kunnen opwerpen voor de toepassing van artikel 13, terwijl dat gelet op het grondwettelijk beschermen van privécommunicatie die verloopt via om het even met welk middel, niet te rechtvaardigen is. Thans zijn bij de regering geen middelen bekend anders dan de brief of de elektronische vormen. Niet op voorhand valt uit te sluiten echter dat telecommunicatiemiddelen in de toekomst op nog andere wijze tot wasdom komen. Een dergelijk middel valt dan mogelijk niet binnen de huidige betekenis van «elektronische» communicatie, terwijl bescherming van artikel 13 gelet op het te beschermen object wel aangewezen is. Bovenal is het noodzakelijk te benadrukken dat artikel 13 alleen ziet op bescherming van communicatie

³ Kamerstukken II, 22 december 1976, Aanhangsel 2426.

die via middelen verloopt. De door de leden van de SGP-fractie voorgestelde formulering van «andere vormen van communicatie» zou tot verwarring kunnen leiden omdat het *live-gesprek* ook een «vorm van communicatie» is, die niet door artikel 13 wordt beschermd. Het *live-gesprek* wordt door artikel 10 Grondwet beschermd. Aan het *live-gesprek* komt immers geen communicatiemiddel te pas, waardoor het afluisteren van een gesprek een andere kwetsbaarheid kent dan het heimelijk afluisteren of inzien van inhoud van berichten van telecommunicatie. De burger kan op het gebruik van telecommunicatie of van een brief een redelijke verwachting van privacy baseren, en mag erop vertrouwen dat de overheid zich onthoudt van heimelijke kennisneming van de inhoud van de communicatie met behulp van degene die de communicatie transporteert. Die redelijke verwachting van privacy is in mindere mate of – wanneer telefoongesprekken bijvoorbeeld in de trein worden gevoerd – zelfs geheel niet aanwezig indien hetzelfde gesprek in de openbare ruimte wordt gevoerd. Deze benadering van het verschil in kwetsbaarheid geldt overigens ook onder het huidige artikel 13.

De leden van de ChristenUnie vragen of de regering nader in kan gaan op de betekenis van de term «voor overdracht en/of opslag toevertrouwd aan een derde». Deze leden vragen specifiek om een nadere beschrijving van de reikwijdte van de bescherming van de communicatie wanneer die via een particuliere mailserver loopt. De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen de regering daarnaast om duiding van het verschil in bescherming van gegevens opgeslagen in randapparatuur en gegevens die bij een derde berusten.

Uitgangspunt bij beantwoording van de vraag van deze leden over de grondrechtelijke bescherming van communicatie opgeslagen in randapparatuur en communicatie die bij een derde berust, is dat eerst de vraag dient te worden beantwoord, op welke wijze de overheid in een concreet geval kennisneemt van de inhoud van de communicatie. De bescherming van artikel 13 hangt immers mede samen met het criterium dat de inhoud van communicatie is toevertrouwd aan een derde ten behoeve van het transporteren en/of opslag daarvan. Het feit dat de inhoud van het bericht gedurende het transport en/of opslag geheel buiten de beschikkingsmacht van de verzender is, maakt extra bescherming tegen heimelijke inzage door de overheid via de transporteur noodzakelijk. Iedere aanbieder van een post- of elektronische communicatiedienst moet worden beschouwd als derde in de zin van artikel 13. Hieronder kunnen in ieder geval alle aanbieders worden gerekend in de zin van de Telecommunicatiewet en de Postwet 2009, zoals aanbieders van elektronische communicatiediensten en postvervoerbedrijven. Ook aanbieders van niet-openbare telecommunicatiediensten zoals bedrijfsnetwerken, en aanbieders van private koeriersdiensten kunnen onder de reikwijdte van artikel 13 vallen – voor zover zij communicatie transporteren en/of opslaan. Dat heeft ook tot gevolg dat de overheid zonder de door artikel 13 vereiste machtiging geen inzage mag vorderen voor het doorzoeken van bepaalde communicatie die wordt getransporteerd door aanbieders van besloten elektronische communicatiediensten, zoals bedrijfsnetwerken. De verticale werking van artikel 13 – inzage van overheidswege bij een transporteur – staat los van geldende afspraken in private verhoudingen tussen de aanbieder en de afnemer binnen het besloten netwerk. Zo kan een werkgever de communicatie onder omstandigheden inzien zonder machtiging van de rechter. De leden van de fractie van de SP vragen de regering tot slot om in te gaan op het advies van het Cbp met betrekking tot de bescherming van inhoud van communicatie die is opgeslagen op randapparatuur. Het Cbp adviseerde artikel 13 van de Grondwet in die zin aan te passen dat ook «gegevens opgeslagen in randapparatuur onder de bescherming van dit artikel vallen of dat anderszins dient te worden voorzien van een beschermingsniveau vergelijkbaar met artikel 13 van de Grondwet».

Zoals in het antwoord hiervoor op de vraag van de leden van de ChristenUnie is uiteengezet, is voor wat betreft de reikwijdte van artikel 13 Grondwet bepalend dat de overheid van de inhoud van de communicatie kennisneemt via degene die het transport en/of opslag verzorgt. De extra bescherming in artikel 13 is gebaseerd op het feit dat de verzender de inhoud van zijn bericht moet toevertrouwen aan een derde voor transport en/of opslag. Wanneer de overheid kennis neemt van de inhoud bij de transporteur is sprake van een extra kwetsbaarheid omdat het bericht buiten de beschikkingsmacht is van de verzender.

De leden van de VVD-fractie merken op dat de drie cumulatieve criteria – het gebruik van een communicatiemiddel, het toevertrouwen van de communicatie aan een derde die belast is met transport en/of opslag daarvan en de noodzaak van gerichtheid van de communicatie – voor het bepalen van de toepasselijkheid van artikel 13 niet in de Grondwet zelf zijn opgenomen, maar dat daarvoor de toelichting moet worden geraadpleegd. Dit heeft volgens deze leden tot gevolg dat veel om het artikel heen moet worden aangenomen zonder dat dat concreet is, en vragen de regering daarop in te gaan.

Het antwoord op de vragen van de leden van de fractie van de VVD luidt dat de grondwettelijke bepalingen van een hoger abstractie- of beginselniveau kennen dan wetten. Het in detail opnemen van toepassingscriteria in de wettekst van de grondwetsbepaling past daarbij niet, en is evenmin noodzakelijk. Wetgever en rechter kunnen goed met de algemene begrippen in grondrechtelijke bepalingen uit de voeten (zoals bijvoorbeeld het begrip «persoonlijke levenssfeer» in artikel 10), in het bijzonder als de grondwetgever hierbij duidelijk richting geeft. In het huidige artikel 13 zijn evenmin toepassingscriteria opgenomen. In de toelichting bij het wetsvoorstel is gelet op de toepassing bij elektronische communicatie, nader toegelicht op welke wijze de criteria – die thans ook gelden – dienen te worden toegepast.

Voor wat betreft de door de leden van de fractie van SGP voorgestelde formulering van «andere vormen van communicatie» is hiervoor reeds ingegaan op de onwenselijkheid van het opnemen van een algemeen communicatiegeheim in artikel 13 van de Grondwet. Hiermee is tevens de vraag van de leden van de D66-fractie naar het opnemen van een algemeen communicatiegeheim beantwoord.

De leden van de D66-fractie vragen zich daarnaast af of het communicatiegeheim volledig is nu met richtmicrofoons vanaf buiten de woning een gesprek dat zonder technologische hulpmiddelen niet hoorbaar is, kan worden opgevangen en er kan worden ingebroken op de smartphone van de deelnemers aan het gesprek in de woning, waarna met camera en/of microfoon het gesprek kan worden gevolgd. Deze leden vragen zich af of deze situatie valt binnen de bescherming van artikel 12 Grondwet en op welke wijze in deze situatie aan de legitimatie en mededeling vorm wordt gegeven. Voor zover dit aan de orde is vragen zij zich af waarom in het geval van het gebruik van richtmicrofoons, in tegenstelling tot bij het afluisteren van een telefoongesprek, geen bijzondere waarborg nodig is. Artikel 12 Grondwet dat het huisrecht beschermt is net als het huidige en het voorgestelde artikel 13 een uitwerking van het algemene recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer ex artikel 10 Grondwet. Het begrip «huisrecht» doelt op de constitutionele waarborg tegen inbreuk door de overheid op de huisvrede. Het grondwettelijk gewaarborgde huisrecht biedt bescherming tegen het fysiek binnentreden van een woning zonder toestemming van de bewoner. Wordt de inhoud van het (telefoon-)gesprek in een woning via een richtmicrofoon die zich buiten de woning bevindt onderschept dan geldt op grondwetsniveau de bescherming van artikel 10 Grondwet. Voor het gebruik van richtmicrofoons in de publieke ruimte heeft de wetgever echter voorzien in soortgelijke waarborgen als voor het aftappen en opnemen van communi-

catie.⁴ Voor de uitvoering van deze bevoegdheden is derhalve een machtiging van de rechter-commissaris vereist. Met het vereiste van een rechterlijke machtiging heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de bescherming die wordt vereist in artikel 13 Grondwet. Wordt dezelfde richtmicrofoon gebruikt in het belang van de nationale veiligheid, dan dient het hoofd van de dienst conform artikel 25, tweede lid, van de Wiv 2002 schriftelijke toestemming te verkrijgen van de betrokken Minister. Volgens de leden van de fractie van D66 wordt een per telefoon gevoerd gesprek in de publieke ruimte beschermd door artikel 10 Grondwet en geldt zodra een woning wordt betreden volgens deze leden bescherming van artikel 12 Grondwet. De waarborgen die gelden zijn verschillend, terwijl zij volgens deze leden op hetzelfde privégesprek van toepassing kunnen zijn. Ook kan niet altijd nauwkeurig worden bepaald waar het telefoongesprek precies wordt gevoerd, hetgeen volgens deze leden risico's met zich mee kan brengen omdat de locatie verkeerd vastgesteld zou kunnen worden. Zij vragen de regering hoe zich dit in de praktijk tot elkaar gaat verhouden.

Voor de beoordeling van de door deze leden gegeven situatieschets rijst de vraag in hoeverre de toepassing van een bijzondere opsporingsbevoegdheid het fysiek binnentreden van een woning zonder toestemming van de rechthebbende vereist. Het maakt voor de bescherming van een telefoongesprek geen verschil waar het gesprek wordt gevoerd, het gesprek wordt beschermd op grond van artikel 13 Grondwet zodra de overheid kennis wil nemen van de inhoud van het telefoongesprek via de telecommunicatie-aanbieder. Ingeval de communicatie niet via de telefoon verloopt, bijvoorbeeld omdat een richtmicrofoon wordt gebruikt om een gesprek af te kunnen luisteren in de openbare ruimte, is zoals hiervoor uiteengezet artikel 10 Grondwet van toepassing. Indien de overheid van de richtmicrofoon gebruik maakt valt het aspect van heimelijke kennisneming via de transporteur dan weg. Zoals wij hiervoor uiteen hebben gezet is voor wat betreft de waarborgen rondom het afluisteren van privécommunicatie in een woning met een richtmicrofoon die zich niet in de woning bevindt, door de wetgever echter aansluiting gezocht bij de waarborgen van artikel 13 Grondwet.

2.3 Verkeersgegevens

De leden van de SP-fractie vragen zich af of het onderscheid tussen communicatie- en transportgegevens wel te maken is. Volgens deze leden kan uit de transportgegevens veel over de inhoud van het bericht worden afgeleid. Ook is onduidelijk of door voortschrijdende techniek het onderscheid tussen de beide typen niet verder zal vervagen. Zij vragen wat de praktische consequenties zijn van eenzelfde (hoger) beschermingsniveau voor beide typen gegevens en vragen de regering nogmaals te overwegen of de keuze bij nader inzien niet moet worden heroverwogen. De leden van de fractie van de VVD begrijpen dat verkeersgegevens alleen onder artikel 13 vallen voor zover deze betrekking hebben op de inhoud van de communicatie. Zij stellen dat dit aanleiding kan zijn voor verwarring als gevolg van de huidige en nieuwe communicatiemiddelen waarop nu nog geen zicht bestaat. Zij vragen of de regering nader in kan gaan op het begrip «inhoud van communicatie» bij verkeersgegevens. Ook de leden van de PvdA-fractie merken op dat verkeersgegevens in toenemende mate meer over de inhoud van communicatie zeggen of daarmee verweven zijn. In het kader van een toekomstbestendig grondwetsartikel moet daaraan niet worden voorbijgegaan in de optiek van deze leden. Zij vragen zich af of het gezien het moeilijk te maken onderscheid, dat wellicht in de toekomst nog moeilijker te maken zal zijn, niet toch te overwegen valt alle verkeersgegevens onder de reikwijdte van

⁴ Wetsvoorstel Bijzondere opsporingsbevoegdheden, Kamerstukken II, 25 402, nr. 3, p. 79.

artikel 13 te brengen en vragen wat er zich in de praktijk tegen verzet om dat niet te doen. De leden van het CDA onderschrijven het voorstel van de regering om verkeersgegevens die de inhoud van communicatie betreffen onder het telecommunicatiegeheim te brengen. Zij onderkennen ook dat de grens niet altijd scherp te trekken en vragen op welke wijze de regering voornemens is de begrenzing nader vorm te geven en of de regering kan aangeven in hoeverre de bescherming van artikel 13 zich uitstrekt tot verkeersgegevens die betrekking hebben op de inhoud van communicatie en of de opgevoerde voorbeelden (sms en onderwerpregel bij de e-mail) een limitatieve opsomming zijn. De leden van D66 stellen dat inhoudsloze verkeersgegevens, indien bekeken op voldoende schaalgrootte of in combinatie met andere gegevens, veel kunnen vertellen over een persoon en de communicatie die plaatsvond. Zij vragen de regering wie uiteindelijk beoordeelt welke gegevens binnen het bereik van artikel 13 vallen, en vragen zich mede af of dat kan verschillen per uitvoeringsdoel. De inhoud van de communicatie is datgene wat de verzender uitsluitend aan de geadresseerde wil berichten, anders dan de voor het transport noodzakelijke gegevens die de verzender vermeldt ten behoeve van het transport van het bericht aan de geadresseerde. Bij het gebruik van communicatiemiddelen worden verkeersgegevens gegenereerd, zoals gegevens over tijdstip, plaats, duur van en betrokken nummers bij een telefoongesprek, gegevens over tijdstip, adressering en omvang van een e-mailbericht of de adressering op een brief. Deze gegevens betreffen niet de inhoud van de communicatie. Zij bevatten deels persoonsgegevens of tot personen herleidbare gegevens, zoals het adres op de brief of het gekozen telefoonnummer. Verkeersgegevens die tevens persoonsgegevens zijn, worden thans beschermd door artikel 10 Grondwet. Deze gegevens kunnen echter betrekking hebben op de inhoud van communicatie. Op grond van het wetsvoorstel worden verkeersgegevens die de inhoud van communicatie betreffen, beschermd door artikel 13 Grondwet. De onderwerpregel in de e-mail valt in deze categorie, evenals de inhoud van een sms (hoewel beide voorbeelden in technisch opzicht «verkeersgegevens» zijn). Zij betreffen de inhoud, zij vallen ermee samen en geven onmiddellijk prijs wat de inhoud behelst. In de toelichting bij het wetsvoorstel zijn zij als illustratie opgenomen, de regering heeft met het benoemen ervan niet een limitatieve opsomming nagestreefd omdat onzeker is welke ontwikkelingen zich in de toekomst zullen voordoen. De regering ziet net als de leden van de diverse fracties dat indien gegevens op voldoende schaalgrootte of in combinatie met andere gegevens worden bekeken, deze veel kunnen zeggen over een persoon en over communicatie die plaatsvond. De afweging onder welke omstandigheden een bepaalde bescherming passend is in het geval de overheid toegang wil verkrijgen tot verkeersgegevens moet primair worden overgelaten aan de wetgever en vervolgens aan de rechter. De wetgever kan bepalen wat het aangewezen beschermingsregime van verkeersgegevens is indien de overheid met het oog op de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid, toegang tot deze gegevens wil verkrijgen. Het instrumentarium van de wetgever is uitgerust om adequaat in te spelen op nieuwe ontwikkelingen.

Voor wat betreft de vraag naar de praktische implicaties van het onderbrengen van alle verkeersgegevens onder de reikwijdte van artikel 13 wensen wij het volgende op te merken. Zowel het huidige als het voorgestelde artikel 13 beschermen de inhoud van communicatie. De digitalisering zorgde ervoor dat een categorie verkeersgegevens is ontstaan die meer informatie kan omvatten dan tot het begin van deze digitalisering gebruikelijk was. Traditioneel werden met name adressering en telefoonnummers aangemerkt als verkeersgegevens. Digitalisering maakt echter nog niet dat die gegevens altijd onder de grondrechtelijke bescherming van de inhoud van communicatie moeten worden begrepen. Indien alle verkeersgegevens zonder onderscheid onder het grondwet-

telijk beschermingsregime van artikel 13 zouden komen te vallen zou dat betekenen dat de reikwijdte van artikel 13 zodanig wordt uitgebreid dat daar ook gegevens onder komen te vallen die niet de inhoud van de communicatie betreffen. Daarmee zou het karakter van het grondrechtelijke brief- en telecommunicatiegeheim substantieel worden uitgebreid waardoor vragen rijzen over de reikwijdte en de relatie tot andere grondrechten en legitieme overheidsbevoegdheden. Het zou betekenen dat er veel meer rechterlijke lasten moeten worden afgegeven, ook voor de beoordeling van toegang tot verkeersgegevens die niet de inhoud betreffen. Gelet op het rechtsbelang – bescherming van de inhoud van communicatie – dat artikel 13 beoogt te beschermen is een uitbreiding van de bescherming van artikel 13 naar alle verkeersgegevens, dus ook de gegevens die niet de inhoud betreffen, alsmede verkeersgegevens die niet persoonsgegevens betreffen, ongewenst. Hier kunnen zoals hiervoor betoogd primair de wetgever en vervolgens de rechter passend maatwerk leveren. In de toekomstige technologie kan echter nog geen inzicht worden verkregen. Om die reden is het noodzakelijk de reikwijdte van het brief- en telecommunicatiegeheim zo vorm te geven dat het recht doet aan het rechtens te beschermen belang – het beschermen van privécommunicatie die door een derde wordt getransporteerd tegen heimelijke inzage door de overheid – en dat het tegelijkertijd de nodige ruimte biedt voor toekomstige ontwikkelingen op het gebied van de communicatiemiddelen.

2.4 Toepassing van het communicatiegeheim in horizontale verhoudingen

De leden van de fractie van de SP stellen dat de regering niet alleen een onthoudingsplicht heeft, maar dat zij ook een verantwoordelijkheid heeft om te beschermen, vooral nu private diensten zijn ontstaan die de communicatie tussen personen tot stand brengen. Zij vragen de regering tevens of zij de visie deelt dat het goed zou zijn als dit niet alleen in lagere wetgeving maar ook in de Grondwet tot uitdrukking zou komen. Daarnaast vragen leden van de SP-fractie of de regering erkent dat de grootste bedreigingen van privacyvraagstukken van deze tijd juist op het terrein van grote multinationale ondernemingen liggen en vragen of de regering voorts erkent dat het daarom te gemakkelijk is om deze bescherming achterwege te laten met het argument dat het veelal om gegevens gaat die zich in het buitenland bevinden en lastig te beschermen zijn. Zij vragen de regering of zij vindt dat de kernvraag is of we iets beschermenswaardig vinden en niet enkel of dit ons voor problemen stelt. Zij vragen de regering of een inspanningsverplichting niet gerechtvaardigd is. De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen of met het schrappen van het derde lid wordt beoogd dat het nieuwe artikel 13 enkel verticale werking toekomt. Ook vragen deze leden of is overwogen om elders de horizontale werking beter tot uitdrukking te brengen en waarom nu wordt geaccepteerd dat burgers terug moeten vallen op artikel 8 EVRM, terwijl juist de codificatie van het brief- en telecommunicatiegeheim in de Grondwet «ten doel had om recht te doen aan de nieuwe sociale, technische en culturele ontwikkelingen in de informatiemaatschappij». De leden van de SGP-fractie vragen de regering tot slot wat de betekenis en reikwijdte is van horizontale bescherming voor die middelen die wel vallen onder bescherming van het voorgestelde artikel 13 Grondwet, maar die niet vallen onder het begrip telecommunicatie uit de Telecommunicatiewet.

De overheid heeft tot taak wettelijk bescherming te bieden door normstelling; daarnaast heeft de overheid tot taak te voorzien in een effectieve rechtsgang indien op die normen tussen burgers onderling een inbreuk wordt gemaakt. Dat vloeit onder meer voort uit artikel 8 EVRM. Artikel 8 EVRM verplicht de overheid steeds tot het voorzien in adequate

oplossingen wanneer het brief- en telecommunicatiegeheim in horizontale relaties in geding is. Het brief- en telecommunicatiegeheim werkt reeds in geruime mate door in horizontale verhoudingen. De wetgeving kent de nodige bepalingen die burgers beschermen tegen kennisneming van de inhoud van brieven of telecommunicatie die is toevertrouwd aan een transporteur; dit betreft zowel kennisneming door derden als kennisneming door (private) aanbieders.⁵ Ook kan de civiele rechter artikel 13 Grondwet in voorkomende gevallen betrekken in de uitleg van hetgeen maatschappelijk betamelijk wordt geacht in het kader van een aanspraak op artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). De Grondwet ziet enkel op inbreuken op het brief- en telecommunicatiegeheim in verticale relaties, zij normeert alleen het optreden van de overheid. Onze opvatting over horizontale werking sluit aan bij die van de staatscommissie Grondwet, zij formuleert de ratio als «dat men in een democratische samenleving vertrouwelijk met elkaar moet kunnen communiceren zonder de angst dat de overheid meeluistert». Gelet op de gerichtheid op verticale verhoudingen en het feit dat de borging op wettelijk niveau voldoende stevig is verankerd, delen wij de deze visie van de leden van de SP-fractie dan ook niet. De hiermee samenhangende vraag van de leden van de fractie van de ChristenUnie naar het doel van de codificatie – recht doen aan de nieuwe sociale, technische en culturele ontwikkelingen in de informatiemaatschappij – moet ook in dat licht worden beantwoord. De codificatie van deze ontwikkelingen in artikel 13 Grondwet ziet op bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim in verticale relaties. De leden van de SP-fractie en van de fractie van de ChristenUnie vragen voorts of horizontale werking elders beter tot uitdrukking kan worden gebracht. Voor zover multinationale ondernemingen gebruik maken van gegevens op Nederlands grondgebied, dienen deze ondernemingen zich te houden aan de Nederlandse regels. Voor zover inhoud van privécommunicatie zich buiten Nederlands grondgebied bevindt zijn gebruikers afhankelijk van de wetgeving en de controle op de naleving ervan door staten waar de communicatie wordt getransporteerd en/of tussentijds opgeslagen. Tot slot vragen de leden van de SGP-fractie wat de betekenis en reikwijdte is van horizontale bescherming voor middelen die wel door artikel 13 Grondwet, maar niet door het begrip telecommunicatie uit de Telecommunicatiewet worden bestreken. Thans beschermt de Telecommunicatiewet een groter aantal middelen dan het huidige artikel 13. Dit verschil wordt met de inwerkingtreding van het voorgestelde artikel 13 weggelaten. Voor zover blijkt dat de Tw in dit opzicht in de toekomst een ongewenst geringere reikwijdte zou hebben, kan de wetgever indien deze dat wenst de reikwijdte bijstellen.

3. Beperkingen

3.1 Algemeen

Ten aanzien van de notificatieplicht zijn de leden van de fractie van de SP van mening dat de regering summier ingaat op dit onderwerp. Zij vragen nogmaals in te gaan op de notificatieplicht ter voorkoming van onterechte heimelijke inzage. De leden van de fractie van D66 vragen de regering welke notificatieplichten reeds door de wetgever zijn ingevoerd en welke volgens de regering zouden moeten worden ingevoerd als gevolg van de wijziging van artikel 13. Zij vragen de regering tevens bij welke inbreuken een notificatie niet nodig is.

De regering is zich ervan bewust dat een notificatieplicht een rol kan spelen in de sfeer van de rechtsbescherming van de burger, maar ziet geen noodzaak om deze verplichting ook op grondwettelijk niveau te verankeren. In voorkomende gevallen kan het nodig zijn dat de wetgever

⁵ Zie artt. 139c en 201 WvSr en artt. 273a t/m 273e WvSr, art. 4 Postwet en art. 18.13 Tw.

de balans tussen enerzijds de mate van noodzakelijke heimelijkheid voorafgaand aan een observatie of inzage en anderzijds een effectieve bescherming van het recht op het brief- en telecommunicatiegeheim bijstelt. De afweging of en onder welke omstandigheden een notificatieplicht aangewezen is, is immers niet steeds een vast gegeven. Het bieden van maatwerk op dit punt is neergelegd bij de wetgever omdat de noodzaak tot een notificatieplicht per situatie en per uitvoeringsdoel kan verschillen. De regering volgt hiermee overigens ook het standpunt van de staatscommissie Grondwet. Op dit moment bestaan ten aanzien van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim notificatieplichten in de Wiv 2002 en in het Wetboek van Strafvordering. In artikel 34 van de Wiv 2002 is een uitvoerige regeling van de notificatieplicht opgenomen met betrekking tot een aantal – limitatief opgesomde – bijzondere bevoegdheden die door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zijn uitgeoefend jegens een persoon. Ook is voorzien in de mogelijkheid tot uitstel of afstel van de notificatie, indien het belang van de nationale veiligheid daartoe noopt. Zo kan sprake zijn van uitstel indien de persoon nog betrokken is in een actueel onderzoek van een dienst. Afstel kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien daarmee de bronnen van de dienst zouden worden onthuld. In artikel 126bb van het Wetboek van Strafvordering is de notificatieplicht geregeld met betrekking tot de inzet van bepaalde bijzondere opsporingsbevoegdheden. In het eerste lid is bepaald dat de officier van justitie, zodra het belang van het onderzoek dat toelaat, aan betrokkene schriftelijke mededeling doet van de uitoefening van deze bevoegdheden. De mededeling kan alleen achterwege blijven indien uitreiking van de mededeling redelijkerwijs niet mogelijk is. Het nieuwe artikel 13 Grondwet verplicht op dit moment noch in het Wetboek van Strafvordering noch in de Wiv 2002 tot het opnemen van nieuwe notificatieplichten.

3.2 Rechterlijke machtiging

De leden van de VVD-fractie zouden graag een verduidelijking van het tweede lid willen krijgen. Zij vragen zich af of met de voorgestelde formulering van het tweede lid van het voorgestelde artikel 13 het uitgesloten is dat de rechter in het kader van de nationale veiligheid kan worden betrokken.

Met het voorgestelde tweede lid wordt op grondwetsniveau onderkend dat in bepaalde bijzondere gevallen ook voor beperkingen op het brief- en telecommunicatiegeheim in het belang van de nationale veiligheid rechterlijke toestemming mogelijk is. De wetgever bepaalt in welke gevallen dit aangewezen is. Thans is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel tot wijziging van de Wiv 2002 aanhangig, waarbij de toepassing van bijzondere bevoegdheden jegens journalisten, welke is gericht op het achterhalen van hun bronnen, onderworpen wordt aan de toestemming van de rechter. Dat betekent dat indien de inlichtingen- en veiligheidsdiensten de telecommunicatie van een journalist willen aftappen om diens bronnen te achterhalen, daarvoor eerst toestemming van de rechter dient te worden verkregen. Met dat wetsvoorstel wordt gevolg gegeven aan de uitspraak van het EHRM van 22 november 2012 («*Telegraaf-zaak*»)⁶.

3.3 Beperkingen in het belang van de nationale veiligheid

De leden van de PvdA-fractie constateren dat met het wetsvoorstel geen rechterlijke toetsing in het geval de nationale veiligheid in het geding is zal worden ingevoerd maar dat wel sprake moet zijn van «enige andere vorm van onafhankelijk toezicht». Zij vragen zich tevens af of de

⁶ EHRM 22 november 2012, *Telegraaf media Nederland, landelijke Media B.V. en anderen tegen Nederland* (no. 39315/06).

toevoeging van het criterium «belang van de nationale veiligheid» in de voorgestelde wijziging van artikel 13 Grondwet gevolgen heeft voor de wijze waarop in de Wiv 2002 het onafhankelijk toezicht gewijzigd gaat worden en stelt in aanvulling daarop de vraag hoe de regering denkt over het groter maken van de invloed van de CTIVD in die zin dat de CTIVD voorafgaand aan een beperking van het brief- en telecommunicatiegeheim een toets moet kunnen verrichten.

De CTIVD is in de Wiv 2002 onder meer belast met het toezicht op de rechtmatige uitvoering van de Wiv 2002 en de Wet veiligheidsonderzoeken. Dat betreft toezicht achteraf. Zoals het kabinet in reactie op het rapport van de Evaluatiecommissie Wiv 2002 (commissie Dessens) heeft aangegeven blijft de CTIVD belast met rechtmatigheidstoezicht achteraf. Wel zal de CTIVD als een zelfstandige, onafhankelijke klachtinstantie worden gepositioneerd die de bevoegdheid krijgt om bindende oordelen jegens de Minister te geven. Een bindende toets van de CTIVD voorafgaand aan de uitoefening van een bijzondere bevoegdheid door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten die een beperking van het brief- en telecommunicatiegeheim oplevert wordt niet overwogen. Concluderend moet worden gesteld dat het toevoegen van het criterium «belang van de nationale veiligheid» geen consequenties heeft voor het toezicht.

De leden van de fractie van de SP stellen dat wanneer het voorgestelde artikel van toepassing wordt, volstaan kan worden met een machtiging van hen die daartoe bij wet zijn aangewezen wanneer inzage wordt verlangd in de brief in het belang van de nationale veiligheid. De regering doet deze aanpassing met het oog op een techniekonafhankelijke formulering. Met dezelfde argumentatie kan ook worden gekozen om een hoger beschermingsniveau van toepassing te verklaren op alle andere middelen. Zij vragen de regering waarom daar niet voor is gekozen, en welke voor- en nadelen kleven aan een rechterlijke toets voorafgaand aan inzage in het belang van de nationale veiligheid.

Het tweede lid van artikel 13 is nu zodanig geformuleerd dat in bepaalde bijzondere gevallen op grondwettelijk niveau wordt erkend dat voor beperkingen in het belang van de nationale veiligheid rechterlijke toestemming nodig kan zijn. Dat is op dit moment in de Wiv 2002 voorzien voor het openen van brieven en andere geadresseerde zendingen. De rechtbank Den Haag dient daarvoor toestemming te geven. Op dit moment is voorts een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig, waarbij voor de uitoefening van bijzondere bevoegdheden jegens journalisten welke gericht is op het achterhalen van hun bronnen eveneens een voorafgaande rechterlijke toestemming wordt vereist. Tot het verplicht stellen van een rechterlijke toets op grondwettelijk niveau bij *alle* inbreuken op het brief- en telecommunicatiegeheim in het belang van de nationale veiligheid op grondwetsniveau zien wij evenwel geen noodzaak. Die vloeit ook niet voort uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). De thans gekozen formulering in artikel 13 Grondwet biedt dan ook de mogelijkheid om in de gevallen waarin de nationale veiligheid in het geding is, indien nodig te differentiëren in het machtigenstelsel. De wetgever kan dan ook besluiten tot het handhaven van de rechterlijke last bij het briefgeheim in het belang van de nationale veiligheid, indien zij dat aangewezen acht. Daaraan staat de nieuwe formulering van artikel 13, tweede lid, van de Grondwet niet in de weg. Bovendien is van belang dat het EVRM niet tot een algehele stelselwijziging van het toezicht noopt. Wanneer op grondwettelijk niveau zou worden bepaald dat bij alle inbreuken op het brief- en telecommunicatiegeheim in het belang van de nationale veiligheid een rechterlijke lastgeving noodzakelijk zou zijn is een dergelijke stelselwijziging immers noodzakelijk. Daarvoor is echter na de evaluatie van de Wiv 2002 niet gekozen. In de genoemde evaluatie wordt ingegaan op de (effectiviteit van

de) verschillende modellen van preventief toezicht.⁷ De eerste houdt in dat de verantwoordelijke politieke ambtsdrager toestemming geeft, of een ambtenaar namens hem. Deze variant is te vinden in Nederland en in het Verenigd Koninkrijk. Gedachte achter het vereiste van ministeriële toestemming is dat de Minister voor de uitoefening van de inbreukmakende bevoegdheid daadwerkelijk de volle verantwoordelijkheid kan dragen. In deze variant vindt de besluitvorming voorafgaand aan de inbreuk geheel intern plaats. Een tweede variant is een voorafgaande toets door een onafhankelijke commissie. Deze is te vinden in Duitsland, België en Frankrijk. Een risico bij deze vorm van toezicht is gelegen in een meer marginale toetsing en de verwachting dat deze vooral gericht zal zijn op het toetsen van de gevolgde procedures. Ook bestaat een risico dat niet snel gehandeld kan worden omdat de commissie (of toetsende instantie) niet permanent beschikbaar is. Tot slot is de variant van preventieve toetsing door een rechter mogelijk. Het is niet zeker of de drempel die wordt opgeworpen met deze vorm van toezicht hoger of beter is dan een ander toestemmingsvereiste.⁸ Het toezicht dient volgens het EHRM in elk geval effectief en onafhankelijk te zijn, conform artikelen 8 en 13 EVRM. Daarbij beoordeelt het EHRM het systeem van waarborgen en bevoegdheden in zijn geheel – het neemt de gehele procedure inclusief de afwikkeling na de inzet van de bevoegdheid in beschouwing. Dat effectieve toezicht dient op enig moment in het proces te worden uitgeoefend door een onafhankelijke instantie. Dat effectieve toezicht hoeft niet bij een vorm van preventieve toetsing te worden geborgd, maar kan ook achteraf plaatsvinden. Naar het oordeel van de regering voldoet het stelsel aan de eisen die uit artikel 8 en 13 EVRM voortvloeien.⁹ De leden van de fractie van de SP vragen naar de reikwijdte van het begrip «nationale veiligheid» met het oog op de door hen veronderstelde mogelijke verbreding van de uitleg ervan in de toekomst. Zij vrezen dat inperking van het brief- en telecommunicatiegeheim in de toekomst in veel meer gevallen kan plaatsvinden zonder tussenkomst van de rechter. Het begrip «nationale veiligheid» is één van de doelcriteria in artikel 8, tweede lid, van het EVRM op grond waarvan het in artikel 8 EVRM gegarandeerde recht op privacy mag worden beperkt. Dit begrip heeft uitwerking gekregen in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens omtrent artikel 8 EVRM.¹⁰ De nationale veiligheid kan binnen dat kader aan de orde zijn in het geval van het schenden van staats- en militaire geheimen, het oproepen tot het gebruik van geweld, het verrichten van terroristische activiteiten en publicatie van geschriften die schade kunnen toebrengen aan het functioneren van de staatsveiligheidsdienst van een land. Bij de totstandkoming van de Wiv 2002 is uiteengezet dat het begrip nationale veiligheid zoals dat in de wet wordt gebruikt overeenkomt met het begrip uit het EVRM en dat de reikwijdte zal worden bepaald door de jurisprudentie van het EHRM ter zake. De leden van de SP-fractie wijzen daarnaast op het standpunt van de regering dat een Minister beter in staat is dan een rechter om te beoordelen of schending van het brief- en telecommunicatiegeheim gerechtvaardigd is omdat een Minister een integrale afweging kan maken. Zij vragen in dit verband of de regering in wil gaan op de mogelijkheid dat een Minister andere dan objectieve overwegingen laat meewegen in zijn besluitvorming.

⁷ Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (rapport commissie Dessens, hierna: Evaluatie Wiv 2002), Kamerstukken II, 33 820, nr. 2, p. 95 e.v.

⁸ Zo ook Evaluatie Wiv 2002, p. 98.

⁹ Zie Kabinetsreactie over het advies van commissie evaluatie Wiv 2002 (commissie Dessens) inzake bijzondere bevoegdheden in de digitale wereld, Kamerstukken II, 33 820, nr. 4.

¹⁰ Zie ook Europees Hof voor de rechten van de Mens, «*National security and European case-law*», November 2013, beschikbaar op http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/judgments_EN.asp.

In het Nederlandse stelsel is waar het gaat om de activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten er tot op heden voor gekozen om de besluitvorming inzake de uitoefening van bijzondere bevoegdheden door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten te beleggen bij de voor de dienst verantwoordelijke Minister die daaromtrent dan ook ten volle verantwoording kan afleggen aan het parlement; open waar het kan, besloten waar het moet ten overstaan van de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer. Hierop is tot op heden – als uitvloeisel van de grondwettelijke eis ter zake – een uitzondering gemaakt waar het gaat om het briefgeheim. In de besluitvorming spelen zowel rechtmatigheids- als doelmatigheidsaspecten een rol. Zo zal bezien dienen te worden of voldaan wordt aan de eisen van noodzakelijkheid, subsidia-riteit en proportionaliteit. Echter, ook doelmatigheidsaspecten kunnen een rol spelen, zeker indien er meerdere dreigingen zijn en er slechts een beperkt onderzoekscapaciteit beschikbaar is. Daar komt bij dat de taken van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten niet alleen dreigingsgerelateerd zijn, maar ook – waar het gaat om de buitenlandtaak – belangengerelateerd zijn. Het gaat dan immers om het vergaren van inlichtingen die voor het door Nederland te voeren buitenlandbeleid van belang zijn en die niet via andere – zoals diplomatieke – kanalen zijn te verkrijgen.

De regering is het met de leden van de SP-fractie eens dat de Wiv 2002 dient te voldoen aan de grondwettelijke vereisten. In de Wiv 2002 is thans overeenkomstig hetgeen in de huidige grondwettelijke bepaling is neergelegd, voorzien in rechterlijke machtiging voor het openen van brieven en andere geadresseerde zendingen. De Grondwet is derhalve bepalend.

De leden van de SP-fractie vragen de regering in te gaan op de kritiek van het NJCM dat stelt dat «de algemene mogelijkheid van mandaat een afwijking is van het regime van de Wiv 2002». Ook stelt het NJCM dat deze mandatering zich slecht verhoudt tot de jurisprudentie van het EHRM terwijl de regering in de memorie van toelichting betoogt dat dat «conform de jurisprudentie van het EHRM is». Zij verzoeken de regering in te gaan op dit verschil van inzicht.

Gelet op de formulering van het tweede lid is het aan de wetgever om te bepalen aan wie de bevoegdheid tot het maken van een inbreuk op het grondwettelijke brief- en telecommunicatiegeheim dient toe te komen en aldus ook in welke gevallen er ruimte wordt geboden om het geven van een machtiging in mandaat uit te oefenen. In reactie op de adviezen van de CTIVD en het CRM, die op basis van de toelichting vragen hadden bij de ogenschijnlijk algemene mogelijkheid tot mandaat, merken wij op dat in ieder geval niet is beoogd ruimere mogelijkheden tot mandaat toe te staan dan onder het huidige artikel 13. Voor zover er mandaat is verleend, wordt dit uitgeoefend namens, onder verantwoordelijkheid en onder aansturing van de betrokken Minister. Dat dient steeds bij wet te worden bepaald. Het kan te allen tijde ingetrokken worden, en de Minister behoudt zelf de bevoegdheid om daartoe te besluiten. Als zodanig behoudt de betrokken Minister volledige zeggenschap en verantwoordelijkheid over de wijze waarop deze bevoegdheid wordt uitgeoefend. De gemaakte uitzondering op de hoofdregel is in de optiek van de regering, anders dan de aanbeveling van het NJCM op dit punt luidt, conform de jurisprudentie van het EHRM.

De leden van de fracties van de SP en van de ChristenUnie vinden rechterlijke toetsing te allen tijde van belang, ook wanneer het belang van de nationale veiligheid aan de orde is. De leden van de fractie van de ChristenUnie vragen welke argumenten er tegen een algehele toetsing door de rechter zijn, zoals ook gebruikelijk in buurlanden. Zij vragen wat er met de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel in de Nederlandse situatie wel mogelijk is, en wat in de Duitse en Belgische situatie niet kan – en vice versa.

In antwoord op de vraag van deze leden naar de argumenten tegen algehele toetsing door de rechter verwijzen wij naar hetgeen hiervoor reeds eerder ter zake is opgemerkt. Ook is hiervoor geschetst dat in het kader van de nationale veiligheid binnen Europa verschillende toezichtsmodellen bestaan. Het is dan ook niet zo dat het in de buurlanden gebruikelijk is dat voor wat betreft de bevoegdheidsuitoefening door inlichtingen- en veiligheidsdiensten voorzien is een (voorafgaande) rechterlijke toetsing. Het beeld is juist heel divers.¹¹ In België en Duitsland zijn het in ieder geval geen rechterlijke colleges. In zowel België als Duitsland vraagt de dienst of de Minister toestemming aan een onafhankelijke commissie voordat een bevoegdheid ingezet mag worden. De samenstelling, bevoegdheden, werkwijze en ondersteuning van deze commissies zijn verschillend. In Duitsland heeft de toetsingscommissie een duidelijke band met het parlement. De G10-commissie – die vooraf toezicht uitoefent op de inzet van inlichtingenmiddelen die inbreuk maken op artikel 10 van de Duitse Grondwet (het brief- en telecommunicatiegeheim) – hangt onder een parlementair «controleorgaan» dat ook de leden benoemt. De voorzitter moet voldoen aan vereisten voor het rechterschap, dat geldt niet voor de overige leden. In zekere zin is dit een vorm van gedelegeerde parlementaire controle. In België bestaat de Bestuurlijke Commissie uit magistraten die worden benoemd door de regering. Zij houden toezicht op de inzet van bijzondere bevoegdheden van de Belgische diensten. Hetgeen in die landen niet mogelijk is en in Nederland wel en omgekeerd is de resultante van een afwegingsproces wat door de respectieve wetgevende organen is gemaakt. Met inwerking-treding van het onderhavige wetsvoorstel zal de Nederlandse overheid, wanneer zij inzage wil in de inhoud van communicatie in het belang van strafvorderlijke bevoegdheden steeds een rechterlijke last moeten verkrijgen, om het even via welk middel deze inhoud wordt getransporteerd. Wordt inzage in de inhoud verlangd in het belang van de nationale veiligheid, dan zal, althans voor wat betreft het grondwettelijke vereiste van artikel 13 toestemming moeten worden verleend door hen die door of met machtiging bij de wet zijn aangewezen moeten worden verleend. Ook hierin wordt niet langer, althans op grondwettelijk niveau, een onderscheid gemaakt tussen de middelen via welke de inhoud van de communicatie wordt overgebracht. De wetgever kan daarbij de keuze maken die zij gelet op de Nederlandse situatie passend acht.

De leden van de fractie van de ChristenUnie vinden vanuit rechtsstatelijk oogpunt dat juist een onafhankelijke rechter invulling kan geven aan het vereiste van *checks and balances* indien een grondrecht wordt beperkt van overheidswege. Zij merken daarbij op dat de Kamer van fundamenteel andere orde is dan die van de onafhankelijke rechter. Zij verzoeken de regering in te gaan op de onafhankelijkheid van de rechter en op het advies van het NJCM dat luidt dat het EHRM een sterke voorkeur heeft voor toestemming vooraf door een onafhankelijke derde. De regering heeft bij eerdere gelegenheid de afweging al gemaakt ter zake van de nationale veiligheid tussen een machtiging van de Minister en een machtiging van de rechter.¹² Wij zijn van opvatting dat de beoordeling van en verantwoordelijkheid voor de eerdergenoemde politiek-bestuurlijke aspecten in de besluitvorming en verantwoordelijkheid van de Minister(s) in dit kader onverminderd van belang zijn, en zien derhalve geen aanleiding om het wetsvoorstel op dit punt te herzien. Hoewel het EHRM een toets voorafgaand aan de inbreuk door de onafhankelijke rechter wenselijk vindt, bestaat voor de door het regering voorgestelde stelsel eveneens ruimte binnen de jurisprudentie van het EHRM. Het EHRM vereist bovendien niet dat deze waarborgen op grondwettelijk niveau

¹¹ Zie ook *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen* (2013).

¹² Kamerstukken II 1997/98, 25 443, nr. 5, p. 12–113.

worden gewaarborgd. Daarnaast is van belang dat bij de beoordeling of een en ander in overeenstemming is met het EVRM het gehele stelsel aan waarborgen dient te worden gezien. Dat stelsel zal bovendien in de nieuwe Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in diverse opzichten worden versterkt.

De leden van de fractie van de SGP vragen zich bij de uitzondering in het belang van de nationale veiligheid af of het niet meer voor de hand zou liggen om te kiezen voor een bepaling die meer aansluit op de «veiligheid van de staat»: mogelijk valt het terugdringen van inbraken onder de bescherming van nationale veiligheid, terwijl de grondwettelijke uitzondering hierop niet is gericht. Zij vragen of een nadere specificatie van deze uitzondering niet op zijn plaats is.

In antwoord op de vraag van de leden van de SGP-fractie over de definitie van het begrip «nationale veiligheid» hebben wij hiervoor aangegeven dat daartoe de definitie zoals het EHRM die hanteert volgen. In deze definitie past niet het belang bij het terugdringen van inbraken, dat (legitieme) belang wordt geacht te zijn afgedekt door het belang van de openbare orde en openbare veiligheid, die worden geoperationaliseerd middels de strafvorderlijke bevoegdheden. Indien in dit strafvorderlijke kader toegang zou worden gewenst tot de inhoud van communicatie, is daarvoor steeds voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris noodzakelijk. Een nadere specificatie van het begrip nationale veiligheid is niet nodig omdat de huidige criteria zoals die tot ontwikkeling zijn gekomen in de jurisprudentie van het EHRM voldoende handvat bieden. Het doelcriterium «nationale veiligheid» is altijd voorzien van de randvoorwaarden van proportionaliteit en subsidiariteit zoals artikel 8 EVRM en de Wiv 2002 die stellen.

4. Verhouding tot internationale regelgeving

De leden van de SP-fractie vragen de regering in te gaan op de opmerking van de Opta dat «verkeersgegevens een onlosmakelijk deel uitmaken van de door artikel 8 EVRM beschermde communicatie». Zij vragen welke gevolgen dit heeft voor de door de regering voorgestelde wijziging van artikel 13 Grondwet, waarin volgens de memorie van toelichting wel een onderscheid wordt gemaakt tussen verkeers- en communicatiegegevens. De wijze waarop verkeersgegevens worden beschermd onder artikel 8 EVRM heeft, anders dan de Autoriteit Consument en Markt (de Opta is op 1 april 2013 overgegaan in de Autoriteit Consument en Markt, hierna: ACM) stelt, geen consequenties voor de voorgestelde wijziging van artikel 13 Grondwet. Voor de bescherming onder artikel 8 EVRM maakt het niet uit onder welk onderdeel – persoonlijke levenssfeer of correspondentiegeheim – de verkeersgegevens vallen. De onderdelen van het EVRM vormen één geheel, er wordt door het EHRM tussen de onderdelen niet gedifferentieerd in rechtsbescherming. In de Nederlandse Grondwet waarin de elementen van de persoonlijke levenssfeer zijn verspreid over verschillende artikelen in de Grondwet met daaraan gekoppeld verschillende beschermingsniveaus in de vorm van competentievoorschriften, maakt dit ter zake van de classificatie van «verkeersgegevens» wel uit voor de rechtsbescherming. Gelet op het feit dat inhoud van communicatie enerzijds en verkeersgegevens die niet de inhoud van communicatie betreffen anderzijds nog steeds verschillen voor wat betreft kwetsbaarheid, is het maken van een onderscheid in bescherming op grondwetsniveau nog steeds aangewezen. Het is aan de wetgever om te bepalen onder welke voorwaarden door de overheid inzage kan worden verkregen in verkeersgegevens, indien deze dat noodzakelijk acht.

5. Verhouding tot nationale wetgeving

De leden van de VVD-fractie hebben de indruk dat er nog wetgeving moet worden gewijzigd. De leden van de SP-fractie vragen de regering om een overzicht van artikelen in wetten die (mogelijk) moeten worden aangepast naar aanleiding van deze wijziging van de Grondwet. De leden van de CDA-fractie vragen eveneens welke aanpassing van de wetgeving aan de nieuwe formulering nog noodzakelijk is en hoever de voorbereidingen daarvan gevorderd zijn. Ook de leden van de fractie van de SGP vragen of een overzicht te geven is van de wettelijke bepalingen die op dit moment in strijd zouden kunnen komen met het nieuwe voorgestelde artikel 13. In paragraaf 5 van het algemeen deel van de toelichting is gesteld dat de huidige wetgeving voor het overgrote deel, dus ook met betrekking tot de nieuwe delen die onder artikel 13 komen te vallen, reeds voorziet in de vereiste formeelwettelijke grondslag en de eis van rechterlijke machtiging voor de beperkingen. In antwoord op de vragen van de leden van de diverse fracties kunnen wij thans met zekerheid stellen dat alle wetgeving voldoet aan de eisen die het voorgestelde artikel 13 stelt. Het antwoord op de vragen hieromtrent van de VVD-, SP-, CDA- en SGP-fracties moet dan ook luiden dat er geen wetten moeten worden aangepast, en dat daartoe ook geen voorbereidingen hoeven te worden getroffen. Er bestaat aldus ook geen overzicht van de wettelijke bepalingen die nog aanpassing behoeven. Gelet op het feit dat alle bestaande en de nog in voorbereiding zijnde regelgeving en besluiten naar ons oordeel volledig in overeenstemming is met het voorgestelde artikel 13, bestaat aan het additionele artikel niet langer behoefte. Het additionele artikel wordt bij nota van wijziging geschrapt.

5.2 Strafrecht

De leden van de SGP-fractie vragen in hoeverre de eis dat rechterlijke machtiging noodzakelijk is, nog gevolgen heeft voor de mogelijkheid om snel en effectief communicatie te onderscheppen van personen die bijvoorbeeld gebruik maken van illegale kansspelen, prostituees of kinderporno. Is in alle gevallen rechterlijke machtiging gewenst om van serviceproviders te eisen dat bepaalde communicatie wordt overgedragen, betalingsgegevens worden verstrekt of bepaalde informatie over het gebruik van deze illegale producten en diensten overgedragen aan politie en justitie? Zij vragen zich af of opsporing en vervolging van deze feiten moeilijker worden als gevolg van het wetsvoorstel.

De vraag of als gevolg van de vereiste rechterlijke machtiging opsporing en vervolging van de door deze leden opgevoerde voorbeelden moeilijker worden dient ontkennend te worden beantwoord. Voor het onderscheppen en inzien van inhoud van communicatie van personen die zich bezighouden met illegale kansspelen of kinderporno toestemming is van de rechter-commissaris vereist, zoals volgt uit het Wetboek van Strafvordering. Bij dringende noodzaak kan de machtiging van de rechter-commissaris mondeling worden gegeven. De huidige praktijk noch geldende wetgeving hoeft, wanneer het nieuwe artikel 13 Grondwet in werking treedt, te worden aangepast. Het voorgestelde artikel 13 sluit aan bij de bestaande wettelijke bepalingen in het Wetboek van Strafvordering en bij de huidige rechtspraak.

Voorts vroegen deze leden of een (gedeeltelijke) privatisering van het gevangeniswezen consequenties zou hebben voor de bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim van gedetineerden. Zij vroegen hoe ver de rechtsbescherming op dit punt reikt. Vooropgesteld zij dat het recht op eerbiediging van het telecommunicatiegeheim van personen die van hun vrijheid zijn beroofd op grond van artikel 15, vierde lid, van de Grondwet verdergaand kan worden beperkt dan op grond van artikel 13 Grondwet mogelijk is. Een voorafgaande rechterlijke machtiging voor

bepanking van dat recht is noch op grondwettelijk, noch op wetsniveau vereist. Dat zal na aanvaarding en inwerkingtreding van dit wetsvoorstel niet anders zijn. De directeur van een penitentiaire inrichting kan onder de beperkende voorwaarden die in de Penitentiaire beginselenwet zijn opgenomen, post inzien en meeluisteren met telefoongesprekken. Die voorwaarden zouden bij een keuze om penitentiaire inrichtingen te privatiseren vanzelfsprekend ook gelden in die inrichtingen. Dit is op grond van de Beginselenwet verpleging ter beschikkinggestelden thans al het geval voor geprivatiseerde tbs-instellingen.

5.3 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002

De leden van de VVD-fractie vragen wat wordt bedoeld in de memorie van toelichting met de opmerking «grotendeels» – omdat volgens de toelichting het voorgestelde artikel 13, tweede lid, «grotendeels al aansluit bij dit bestaande wettelijk systeem.

Zoals hiervoor reeds door ons werd opgemerkt voldoet thans alle wetgeving naar ons oordeel aan de vereisten die voortvloeien uit het voorgestelde artikel 13.

II ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel II (nieuw artikel 13)

Het oude 13 spreekt van onschendbaarheid, het nieuwe van eerbiediging. Het lijkt alsof eerbiediging minder hard is dan het begrip onschendbaarheid, terwijl de regering beoogt geen wijziging van het karakter van de bescherming in te voeren. Bestaat het risico dat met deze aanpassing wel verandering van het karakter kan optreden, zo vragen de leden van de VVD-fractie zich af.

Het begrip «onschendbaar» betekent zoveel als «onaantastbaar». Het begrip «eerbiedigen» betekent zoveel als «respecteren». De regering heeft voor het laatste begrip gekozen omdat het aansluit op het in artikel 10 Grondwet gekozen «eerbiediging». Met deze keuze is niet beoogd het karakter van het grondrecht of de mate van rechtsbescherming van artikel 13 te wijzigen. Dit is in de toelichting eveneens op deze wijze geduid, waarmee het karakter van het begrip «eerbiediging» voldoende houvast biedt. Wij delen de door deze leden opgeworpen vrees voor een verandering van karakter als gevolg van een aanpassing dan ook niet.

Artikel III

De leden van de SGP-fractie vragen wat de meerwaarde is van de voorgestelde bepaling boven de algemene bepaling van overgangsrecht die is neergelegd in artikel 140 van de Grondwet. Zij vragen of artikel III noodzakelijk is en in hoeverre naar het oordeel van de regering alsnog het overgangsrecht van artikel 140 van de Grondwet geldt, indien de in artikel III voorgestelde termijn van maximaal 8 jaar is verstreken. Gelet op het feit dat alle bestaande en de nog in voorbereiding zijnde regelgeving en besluiten naar ons oordeel volledig in overeenstemming is met het voorgestelde artikel 13, bestaat aan het additionele artikel niet langer behoefte. Het additionele artikel wordt bij nota van wijziging geschrapt. Zoals de Afdeling advisering opmerkt, is het na de inwerkingtreding van de thans voorgestelde wijziging van artikel 13 van de Grondwet uiteindelijk aan de rechter om te bepalen of dan geldende

regelingen en besluiten in strijd zijn met het gewijzigde artikel 13 en, zo ja, in hoeverre die regelingen en besluiten niettemin blijven gehandhaafd ingevolge artikel 140 van de Grondwet.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
R.H.A. Plasterk