

Vergaderjaar 1997–1998

25 443

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

Nr. 4

VERSLAG

Vastgesteld 3 oktober 1997

De vaste commissie voor Binnenlandse Zaken¹, met het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel belast, brengt onderstaand verslag uit. Onder het voorbehoud dat de regering de daarin opgenomen vragen en opmerkingen tijdig en afdoende zal beantwoorden, acht zij de openbare behandeling genoegzaam voorbereid.

Algemeen

De leden van de fractie van de PvdA hebben met belangstelling kennis genomen van de verklaring. Zij hebben de indruk dat het nu geldende briefgeheim met het voorstel wordt ontkracht. Het lijkt hen onwenselijk om het huidige brief-, telefoon- en telegraafgeheim zo aan te passen aan de moderne elektronische mogelijkheden, dat de wettelijke bescherming over de hele linie vermindert. Vrije en ongestoorde communicatie is essentieel voor een democratie. Wanneer hierbij gebruik wordt gemaakt van de technische diensten van derden moet men garanties hebben dat er niet onbevoegd wordt «meegeluisterd». Een communicatiegeheim moet hiervoor zorgen.

Deze leden zijn het met de regering eens dat een techniek-onafhankelijke benadering van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim gewenst is. Op deze manier kan ook het gebruik van moderne technieken onder wettelijke bescherming vallen en kunnen eventuele toekomstige mogelijkheden beschermd worden. Deze leden zijn echter ook van mening dat het voorstel niet zorgt voor de gewenste techniek-onafhankelijke formulering van artikel 13 Grondwet. De voorgestelde overstap naar een grondwettelijk recht op vertrouwelijke informatie, zoals in het voorstel naar voren komend, heeft belangrijke en, naar de mening van deze leden, wellicht ongewenste gevolgen.

De leden van de PvdA-fractie denken dat het voorstel onzekerheden oproept die met name van invloed zijn op de verdere ontwikkeling van het belangrijkste moderne transportmedium: internet. E-mail is de belangrijkste toepassing van internet, en valt buiten de werking van het voorgestelde artikel 13. Niet alleen de democratie is gebaat bij onschendbare communicatie, ook de groei en ontwikkeling van het

¹ Samenstelling:

Leden: V.A.M. van der Burg (CDA), Te Veldhuis (VVD), Van der Heijden (CDA), De Cloe (PvdA), voorzitter, Janmaat (CD), Van den Berg (SGP), Scheltema-de Nie (D66), ondervoorzitter, Apostolou (PvdA), Kalsbeek-Jasperse (PvdA), Zijlstra (PvdA), Van der Hoeven (CDA), Van Heemst (PvdA), Remkes (VVD), Gabor (CDA), Koekkoek (CDA), Nijpels-Hezemans (Groep Nijpels), Oedayraj Singh Varma (GroenLinks), Hoekema (D66), H.G.J. Kamp (VVD), Essers (VVD), Dittrich (D66), De Graaf (D66), Cornielje (VVD), Rouvoet (RPF) en Rehwinkel (PvdA).
Plv. leden: Dankers (CDA), Van Hoof (VVD), Bijleveld-Schouten (CDA), Liemburg (PvdA), Poppe (SP), Schutte (GPV), Jeekel (D66), Duivesteijn (PvdA), Noorman-den Uyl (PvdA), Feenstra (PvdA), Verhagen (CDA), M.M. van der Burg (PvdA), Van der Stoep (VVD), Mateman (CDA), Mulder-van Dam (CDA), Van Wingerden (AOV), Rabbae (GroenLinks), Van Bortel (D66), Korthals (VVD), Luchtenveld (VVD), Assen (CDA), Bakker (D66), Klein Molekamp (VVD), Leerkes (U55+) en Van Oven (PvdA).

commerciële gebruik van internet dreigt te worden geremd. Het toevoegen van een beveiligingseis (versleuteling) koppelt de bescherming van het grondrecht aan de stand van de techniek. De verwarrende formulering van de reikwijdte van het grondrecht, zoals in de Memorie van Toelichting opgenomen, is hiervoor typerend. Bovendien heeft de uitsluiting van e-mail neveneffecten op de discussie over de aansprakelijkheid van de access-provider. Als het voor hem geoorloofd is om de mailboxen van zijn gebruikers te openen, is de stap klein om hem ook verantwoordelijk te maken van de inhoud die op zijn systeem staat. Hoe denkt de regering over dit neveneffect?

Deze leden denken dat de voorgestelde introductie van het begrip vertrouwelijke communicatie veel problemen oplevert. Volgens hen verdient het de voorkeur uit te gaan van de intentie, blijkend uit de adressering, van de communicatie. Als het bericht persoonlijk is gericht moet het briefgeheim gelden. Om vast te stellen wanneer er inbreuk is op geadresseerde informatie kan het nemen van een hindernis maatgevend zijn. Ook het openen van een niet dichtgeplakte envelop kan worden gezien als het nemen van zo'n hindernis. Hoe denkt de regering over zo'n basis voor het briefgeheim?

Kan de regering in haar antwoord ingaan op de publicatie van N.A.N.M. van Eijk in NJB van 19 september 1997 «(G)een recht op vertrouwelijke communicatie: fax en email vogelvrij» en andere (juridische) publicaties die over het voorstel zijn verschenen of binnenkort zullen verschijnen?

Deze leden onderschrijven het belang om artikel 13 aan te passen aan de veranderde technologische mogelijkheden. Zij vragen zich echter af of de voorgestelde snelle aanpassing de juiste is. Het lijkt hen gewenst eerst een maatschappelijke discussie of publiek debat te voeren over het onderwerp. Hierbij zal zowel het democratisch, juridisch, veiligheids- als het economische belang van onschendbare communicatie aan bod moeten komen. Participatie van onder andere wetenschappers, vertegenwoordigers van overheids-, ondernemers- en van burgerrechtenorganisaties is hierbij noodzakelijk. Hoe denkt de regering over de instelling van een staatscommissie? Wellicht is een bredere discussie over de consequenties van de informatiesamenleving voor de Grondwet (vrijheid van meningsuiting, briefgeheim, privacy) gewenst?

De leden van de CDA-fractie hebben ernstige bezwaren tegen het wetsvoorstel. Weliswaar zijn er redenen om het bestaande artikel 13 Grondwet uit te breiden tot nieuwe communicatiemiddelen, maar dat dient dan te gebeuren door de bescherming van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim door te trekken naar nieuwe communicatiemiddelen. Het regeringsvoorstel leidt evenwel tot een geringere bescherming van de bestaande middelen dan de huidige bepaling biedt. Heeft de regering overwogen om bij artikel 13 een vergelijkbare systematiek te volgen als bij artikel 7 Grondwet? Daarin zijn naast het oude middel van de drukpers (eerste lid) nieuwe media (radio en televisie, tweede lid) en andere middelen (derde lid) beschermd. Een dergelijke opzet zou leiden tot handhaving van de bescherming van bestaande middelen en daarnaast bescherming van nieuwe communicatiemiddelen. Deze opzet is even techniekonafhankelijk als die van het regeringsvoorstel.

Met dit voorstel wil de regering aan het vertrouwelijke gesprek in de beslotenheid van bv. de woning dezelfde grondwettelijke bescherming toekennen als aan het telefoongesprek. De leden van de CDA-fractie betwijfelen of het wenselijk is de bescherming van het vertrouwelijke gesprek over te brengen van artikel 10 Grondwet (persoonlijke levenssfeer) naar artikel 13. Hun is niet gebleken dat artikel 10 onvoldoende waarborg biedt.

Deze leden betwijfelen ook de noodzaak van een regelingsopdracht aan de wetgever in het voorgestelde tweede lid van artikel 13. De opdracht:

regels ter bescherming van vertrouwelijke communicatie, is veelomvattend. Deze leden achten het wenselijk dat de wetgever, al naar gelang de maatschappelijke behoefte, regels stelt ter bescherming van de vertrouwelijke communicatie tussen burgers onderling. Daarvoor is een grondwettelijke opdracht niet nodig. Als de regering er al niet in slaagt wetsvoorstellen inzake de bescherming van persoonsgegevens tijdig bij de Tweede Kamer in te dienen, lijkt het niet verstandig de wetgever een nieuwe regelingsopdracht op een aanpalend terrein te geven.

De leden van de CDA-fractie waarderen de kennisgevingsplicht in geval van beperking van het recht op vertrouwelijke communicatie. Zij achten echter de weergave van de opvatting van het EHRM dat deze verplichting uiteraard uitzondering dient te lijden wanneer het belang van de staat zich daartegen verzet, onjuist.

De leden van de VVD-fractie hebben met belangstelling kennis genomen van de inhoud van het wetsvoorstel. Zij constateren dat de regering een serieuze poging doet het communicatiegeheim als opvolger van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim in de Grondwet te verankeren. Deze leden hadden zich over dit onderwerp mede laten informeren door prof. mr. E.J. Dommering en dr. N.A.N.M. van Eijk. Dit leidde hen tot het formuleren van een aantal vragen en opmerkingen die in het vervolg van dit verslag aan de orde worden gesteld.

Schriftelijke bijdrage voor het verslag over het wetsvoorstel houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepalingen inzake de onschendbaarheid van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim (25 443).

De leden van de D66-fractie hebben met aandacht kennis genomen van voorliggend wetsvoorstel. Het voorstel tot wet is grotendeels gebaseerd op de dissertatie «Vertrouwelijke communicatie» van J.A. Hofman. De dissertatie en het wetsvoorstel hebben in vakkringen veel kritiek ontvangen. Intensieve gebruikers van elektronische communicatiemiddelen hebben met teleurstelling gereageerd op dit voorstel tot herziening van de Grondwet. Deze leden kunnen en willen daar niet aan voorbij gaan.

Met de achterliggende gedachte voor een grondwetswijziging zijn deze leden het eens. Voortschrijdende privatiseringen op post- en telecommunicatiegebied en de snelle technologische ontwikkelingen dwingen tot een aanpassing van artikel 13 van de Grondwet. De leden van de D66-fractie betwijfelen echter of de wijze waarop dit nu in dit wetsvoorstel geschiedt, tegemoet komt aan de eis die aan een verantwoordelijke bescherming moet worden gesteld. Noopt het toenemend gebruik van e-mail niet eerder tot een uitbreiding van het briefgeheim en de daarbij behorende hoge bescherming dan tot een verlaging ervan? Waar ligt als we het hebben over vertrouwelijke communicatie, het verantwoordelijke midden tussen privacy aan de ene kant en een Orwelliaanse aantasting van de persoonlijke levenssfeer aan de andere? Over de afbakening tussen dit nieuwe grondrecht op vertrouwelijke communicatie en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer hebben deze leden nog veel vragen. Opname van de notificatieplicht in dit wetsvoorstel verheugt hen.

De leden van de fractie van D66 begrijpen de beweegredenen van de regering om te zoeken naar een systematiek die onafhankelijk is van de gebruikte techniek. Toch behouden zij grote aarzeling bij het criterium van de «objectieve wilsconstructie» om na te gaan of er sprake is van vertrouwelijke communicatie. Deze leden menen dat de termen communicatie, telecommunicatie en vertrouwelijkheid niet scherp gedefinieerd zijn in dit voorstel tot grondwetswijziging. Daardoor is het fundament van het voorstel minder solide dan zij hadden gewenst. Het maakt immers vele vormen van communicatie vogelvrij.

De leden van de RPF-fractie hebben met belangstelling kennis genomen van het voorliggende voorstel. Zij vragen waarom in het voorstel het oude beschermingsniveau van het briefgeheim niet wordt gehandhaafd. Waar nu nog het briefgeheim alleen maar ongedaan kan worden gemaakt door de rechter, daar is dat na de voorgestelde grondwetswijziging mogelijk «door of met machtiging van hen die daartoe bij wet zijn aangewezen»? De leden van de RPF-fractie zijn van mening dat dit een achteruitgang is die niet alleen maar kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de ontwikkelingen in de informatiesector. Graag zien zij een nadere toelichting, en vragen waarom het oorspronkelijke beschermingsniveau van het briefgeheim niet wordt gehandhaafd zoals dat bij de grondwetsherziening van 1983 ook is gebeurd. Zij verwijzen hierbij naar een artikel van dr. N.A.N.M. van Eijk in NJB (19 september jl.).

De leden van de RPF-fractie vragen verder of de voorgestelde wijziging gevolgen heeft voor mogelijke controle op het internetverkeer. In hoeverre ontstaat hierdoor een betere wettelijke basis om bijvoorbeeld racistische of kinderpornografische uitingen op internet op te sporen en de degenen die dit op het net hebben gezet, te vervolgen?

De leden van de SGP-fractie hebben met belangstelling kennis genomen van het wetsvoorstel en de bijbehorende toelichting. Zij stellen vast dat de communicatietechnologie in de achterliggende decennia een ingrijpende ontwikkeling heeft doorgemaakt. Met de regering constateren zij dat het huidige artikel 13, tweede lid van de Grondwet niet meer aansluit bij de technische mogelijkheden van communicatie. Zij hebben daarom begrip voor het feit dat de regering in het onderhavige wetsvoorstel een techniek-onafhankelijke benadering kiest door middel van het begrip «vertrouwelijke communicatie». Deze leden zijn van mening dat alle vormen van vertrouwelijke communicatie in beginsel grondwettelijke bescherming moeten genieten.

Hoewel de leden van de SGP-fractie de essentie van het wetsvoorstel kunnen onderschrijven, hebben zij een aantal vragen, die zijn ingegeven door een artikel in het Nederlandse Juristenblad van 19 september 1997 van dr. N.A.N.M. van Eijk. Zij vragen de regering om een reactie op de stelling in bovengenoemd artikel dat gewone faxberichten en emailberichten vogelvrij worden verklaard, vanwege de keuze voor het begrip «vertrouwelijke communicatie» dat te beperkend zou zijn.

De leden van de GPV-fractie zijn niet gelukkig met het onderhavige wetsvoorstel. Zij onderschrijven de wenselijkheid te zoeken naar een formulering van de onschendbaarheid van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim welke recht doet aan de technische ontwikkelingen op het gebied van de communicatiemedia. Tegelijkertijd zijn ze er niet van overtuigd dat met de voorgestelde tekst een goede afweging is gemaakt tussen het recht op vertrouwelijke communicatie en de noodzaak van beperking van dat recht. In de memorie van toelichting wordt meermalen gesuggereerd dat aangesloten moet worden bij de feitelijke ontwikkelingen in de praktijk, terwijl de voorgestelde tekst ook andere ontwikkelingen mogelijk maakt. Op een aantal specifieke punten komen zij hierna terug.

Eerste lid

Het begrip vertrouwelijke communicatie

De verandering van de techniek-afhankelijke formulering in artikel 13 voor een formulering, waarbij de bescherming aan het begrip «vertrouwelijk» wordt gekoppeld, roept bij de leden van de fractie van de PvdA vragen op. In het huidige artikel 13 wordt in het eerste lid aan het briefgeheim een hoger beschermingsniveau toegekend dan aan het

telefoon- en telegraafgeheim (tweede lid). Alleen de rechter kan een inbreuk op het briefgeheim gelasten. Voor het telefoon- en telegraafgeheim is inbreuk al mogelijk door machtiging van hen die daartoe bij wet zijn aangewezen. De wijziging van artikel 13 in een recht op vertrouwelijke informatie gaat gepaard met een verandering in beperkingsbevoegdheden. Alle communicatiemiddelen worden gelijk gesteld en krijgen hetzelfde beschermingsniveau als nu geldt voor het telefoon- en telegraafgeheim. Op deze manier stelt de regering voor alsnog de wijziging aan te brengen die bij de laatste herziening van artikel 13 in 1983 door een amendement van het lid Bakker niet is doorgevoerd. Kan de regering aangeven welke rol deze Grondwetshistorie in het voorliggende voorstel heeft gespeeld?

Zoals de regering schrijft is het begrip «vertrouwelijke communicatie» ontleend aan het proefschrift van J.A. Hofman. Het criterium voor de vaststelling van de mate van vertrouwelijkheid is de mate van beslotenheid van de communicatievorm. Er moet sprake zijn van een «objectieve wil, gericht op het vertrouwelijk blijven van de communicatie-inhoud». Heeft de regering ook kennisgenomen van het commentaar op dit proefschrift dat onder andere in MediaForum 1996-2 is verschenen? Heeft de auteur van het proefschrift meegewerkt aan de totstandkoming van het wetsvoorstel, en is de huidige visie van de auteur daarbij betrokken? In de praktijk, zo schrijft de regering, is hiervan sprake bij versleutelde elektronische berichten, bij een zogenaamde sealfax en ook bij het bewust buiten gehoorafstand van derden voeren van gesprekken. Kan de regering overigens zeggen waar en in welke mate de sealfax wordt gebruikt? Deze leden waren tot nu toe onbekend met het fenomeen. Geen grondwettelijke bescherming bestaat voor communicatievormen waarbij versleuteling, compressie of pakketgewijze verzending van digitale gegevens ontbreken, evenals briefkaarten, gewone faxen, niet versleutelde berichten die via computernetwerken worden verstuurd, en communicatievormen die zonder, of met geringe inspanning, voor derden toegankelijk zijn. Deze leden zijn van mening dat deze opsomming meer vragen oproept dan er mee beantwoord wordt. Naar aanleiding van het voorliggende voorstel en van de antwoorden op Kamervragen van minister Dijkstal (Tweede Kamer, vergaderjaar 1996-1997, Aanhangsel 1370) mag worden geconcludeerd, dat de regering meent dat voor normaal verzonden e-mail geen grondwettelijke bescherming geldt. E-mail wordt echter pakketgewijs en gecomprimeerd verzonden. Dit bepaalt de techniek van internet. Welke conclusies moeten deze leden trekken uit deze discrepantie? Is de regering van mening dat er bij het verzenden van e-mail geen sprake is van een objectieve wil, gericht op het vertrouwelijk blijven van de communicatie-inhoud? Wat is het verschil tussen e-mail en het buiten gehoorafstand van derden voeren van een gesprek? Hierbij is naar de mening van deze leden in dezelfde mate sprake van een objectieve wilsconstructie als bij het sturen van een persoonlijk geadresseerde e-mail. In beide gevallen vindt er communicatie tussen twee personen plaats, waarbij men ervan uitgaat dat de inhoud van de boodschap niet verder gaat dan deze twee personen. Deze leden zijn van mening dat het voorstel niet de beoogde technische neutraliteit bereikt. Het voorstel roept, zoals beschreven, zelfs nieuwe onzekerheden op.

Voorts stellen de leden van de PvdA-fractie prijs op beantwoording van de volgende vragen. Kan de regering nader toelichten waarom beeldinformatie buiten het communicatiebegrip valt? Hoe zit het met een foto die per brief wordt verstuurd? Is deze niet beschermd door het briefgeheim? Wat is de status van een al dan niet versleuteld e-mailbericht waarbij ook een foto is gevoegd? Hoe ziet de regering in dit kader de ontwikkeling waarbij steeds meer convergentie optreedt tussen beeld, geluid en tekst? Beeldtelefoon en videoconferencing via de computer,

waarbij tegelijkertijd aan tekst gewerkt kan worden, zijn hiervan voorbeelden.

Vertrouwelijke communicatie is een ruim begrip. Of iets vertrouwelijk is hangt af van de kennelijke wil van de deelnemers aan de communicatie. Door te goochelen met het begrip «geobjectiveerde wil» komt de regering tot een vergaande beperking van de bescherming van vertrouwelijke communicatie. Gewone faxen en gewone elektronische post vallen volgens de regering erbuiten. Voor de leden van de CDA-fractie is niet aanvaardbaar dat de Grondwet deze communicatiemiddelen minder beschermt dan de telefoon.

Zij vinden het ook onbegrijpelijk dat beeldinformatie volgens de regering buiten het begrip communicatie valt. Internet wordt steeds meer gebruikt om beelden, al dan niet in combinatie met tekst en/of spraak, te verzenden. Deze beelden kunnen even vertrouwelijk zijn als tekst of geluid. Beelden zeggen vaak meer dan woorden en zijn dus zeker zo «informatieverschaffend».

De leden van de CDA-fractie verbazen zich voorts erover dat verkeersgegevens (bijvoorbeeld printgegevens) buiten artikel 13 Grondwet zouden vallen. In de zaak-Malone overweegt het EHRM onder het kopje «metering»: «The records of metering contain information, in particular the numbers dialled, which is an integral element in the communications made by telephone.» (2 augustus 1984, Series A, nr. 82, para 84).

Hoe kan de regering dan schrijven dat er sprake is van een fundamenteel verschillend type informatie? Genoemde leden zijn in navolging van het EHRM van oordeel dat verkeersgegevens onlosmakelijk verbonden zijn met het beschermde communicatiemiddel, bijvoorbeeld de telefoon.

De leden van de VVD-fractie stellen de volgende vragen.

Brengt het wetsvoorstel met zich mede dat voortaan alleen nog de zgn. sealfax grondwettelijk wordt beschermd? Wordt het normale en brede elektronische berichtenverkeer (zoals fax en e-mail) buiten de Grondwet geplaatst, en blijft er van het telefoongeheim niet veel meer over, omdat de communicatie over de lijn niet is versleuteld? Heeft de wijziging eveneens tot gevolg dat iemand die een telefoongesprek voert met een telefoonapparaat op de speaker (in het zakelijk verkeer een veel voorkomend verschijnsel) zijn telefoongeheim verspeelt? Is het zo dat fotootjes, die met een brief worden meegestuurd, niet meer onder het briefgeheim gaan vallen, tenzij het tegendeel wordt aangetoond, omdat bijvoorbeeld gezichtsuitdrukkingen op een foto moeten worden opgevat als vertrouwelijke communicatie?

Als deze vragen bevestigend worden beantwoord, worden dan de bestaande brief-, telefoon- en telegraafgeheimen, alsmede de doorgaans toch vertrouwelijk bedoelde nieuwe vormen van digitale berichtenverkeer, niet eerder uitgehold dan versterkt? En zou dat weer niet kunnen leiden tot een rem op het gebruik van de elektronische snelweg?

De leden van de VVD-fractie vragen of het niet zo is dat het communicatiegeheim (brief, telefoon, antwoordapparaat, fax, e-mail, voice-mail, e.d.) ertoe zou moeten dienen om de verzender van een boodschap te beschermen tegen de kennisneming van de inhoud daarvan door degene die met de verzending is belast of tegen degenen die via de transporteur toegang tot de verzonden boodschap zouden kunnen hebben. Zou het dus niet mede en vooral moeten gaan om de vertrouwelijkheid van het communicatiekanál?! Is het dan niet verstandig om onder de onschendbaarheid van artikel 13 van de Grondwet alle informatie te rangschikken die over communicatienetten zoals telefoon, kabel (draadloos of niet) wordt vervoerd en die bij ontvangst (en soms ook onderweg) eerst wordt opgeslagen of op een vaste informatiedrager wordt zichtbaar gemaakt (zoals bij de fax)?!

Het wetsvoorstel acht de geobjectiveerde wil tot vertrouwelijkheid het beslissende criterium voor onschendbaarheid. De leden van de VVD-fractie vragen de regering een reactie op de suggestie om dit criterium te vervangen, door als kenmerk te nemen of de communicatie van de (ver)zender tot één of meer identificeerbare ontvangers is gericht, d.w.z. of de informatie is geadresseerd! In dat geval ligt het privé-karakter en dus de vertrouwelijkheid/onschendbaarheid van de communicatie in de adressering van de boodschap en de communicatie. Adressering houdt nl. in dat de boodschap niet voor een ander dan het vermelde adres (individu of instelling) is bestemd, en zeker niet voor degene die de boodschap transporteert. Bij de verzending van een geadresseerd bericht kan de verzender natuurlijk vooraf voorzorgsmaatregelen nemen tegen beveiliging daarvan, zoals het bericht eerst telefonisch aankondigen. Maar het achterwege laten van zo'n voorzorgsmaatregel mag toch niet leiden tot de conclusie dat de boodschap daarmee (min of meer automatisch) ook voor anderen dan de geadresseerde toegankelijk mag zijn? Bovendien koppelt het toevoegen van een beveiligingseis de bescherming van het grondrecht aan de stand van de techniek. En dat lijkt niet verstandig, omdat die snel kan wijzigen. De wijziging van de Grondwet zou «techniek-onafhankelijk» moeten zijn.

De verschillende beschermingsniveaus van brief-, telegraaf en telefoongeheim vervallen door de introductie van het begrip «vertrouwelijke communicatie». De leden van de D66-fractie zouden liever zien dat er een «transportgeheim» geïntroduceerd zou worden, waar alle infrastructuurbeheerders en dienstenaanbieders op de elektronische snelweg zich aan zouden moeten houden. Zo'n «transportgeheim» zou meer recht doen aan de aard van bijvoorbeeld e-mail. Het is een feit dat e-mail een combinatie is van gegevensopslag en telecommunicatie. Het garanderen van de vertrouwelijkheid tijdens het transport zien deze leden graag los van de wijze waarop de overheid omgaat met de computerbestanden zelf.

De leden van de fractie van D66 vinden dat in de huidige situatie bij vertrouwelijke correspondentie twee zaken goed moeten worden onderscheiden. Als wij het woord vertrouwelijk schrijven op een dichte envelop, dan is dat woord niet bestemd voor de postbode, want die mogen de brief toch niet openen; maar dan is dat woord bestemd voor de ontvanger, c.q. de familie of medewerkers van de geadresseerde die door het predikaat vertrouwelijk de brief niet zullen openen. Moeten wij in het vervolg op al onze brieven het stempel vertrouwelijk zetten, zodat er geen misverstand over onze intentie kan bestaan?

Is een e-mail waar vertrouwelijk boven staat in de ogen van de minister voldoende verzegeld om aanspraak te kunnen maken op het grondrecht?

Elke geadresseerde fax of gekozen telefoonnummer suggereert al een mate van beslotenheid. Het achterwege laten van voorzorgsmaatregelen betekent toch niet dat de norm dat de boodschap niet voor anderen is bestemd niet geldt.

In het voorliggende voorstel wordt in feite de bewijslast omgedraaid. Nu moet de burger zelf maatregelen treffen om vertrouwelijkheid te verzekeren voordat er van erkenning van die vertrouwelijkheid door de overheid sprake kan zijn.

In de Memorie van Toelichting wordt een aantal mogelijkheden tot het versluieren van boodschappen opgesomd die volgens de leden van de D66-fractie niet in hetzelfde rijtje thuishoren. Het gebruik van compressie-technieken bijvoorbeeld heeft volgens deze leden niets te maken met het coderen van boodschappen alleen, maar met het efficiënt transporteren. In het verlengde hiervan vragen deze leden of het wijs is beelden buiten de vertrouwelijke communicatie te houden (tenzij deze bedoeld zijn voor

het liplezen). In het digitale tijdperk verzenden we toch bits en bytes in plaats van beeld, geluid en tekst?

Het normale elektronische berichtenverkeer dat breed in zwang is gekomen wordt buiten de Grondwet geplaatst en de «seal-fax» (wie verzendt dit?) valt wel onder de wet. Is de conclusie gerechtvaardigd, dat iemand die een telefoongesprek voert met het apparaat op de speaker zijn telefoongeheim verspeelt?

Het met dit wetsvoorstel te verwachten verlies aan elementaire rechtsbescherming van moderne elektronische communicatievormen zal zeker geen stimulans zijn om de elektronische snelweg op te gaan. De leden van de D66-fractie zijn van mening dat correspondentie tussen private personen juridisch beschermd moet zijn tegen inbreuken door derden, los van de gebruikte techniek. De overheid mag de burger niet belasten met beveiligingseisen om de inmenging door derden, waaronder de overheid, tegen te gaan. Juist dat zal het gebruik van zwaardere vormen van encryptie in de hand werken.

Wat verwacht de regering zelf van deze wet, waarin de burger wordt opgedragen extra moeite te doen om de vertrouwelijkheid van zijn communicatie te garanderen? Moet niet voor een enorme run op encryptie-technieken worden gevreesd? Overigens zouden deze leden minder moeite met het wetsvoorstel hebben als alle vormen van versleuteling dus ook de zwaardere RSA-technieken waren toegestaan. Is daar kans op? Wanneer wordt de Tweede Kamer hieromtrent geïnformeerd?

De leden van de GPV-fractie vinden het op zichzelf een verbetering, dat gekozen is voor één begrip «vertrouwelijke communicatie» in plaats van de twee begrippen in de huidige tekst. Zij vinden het echter een groot probleem dat uit de tekst zelf niet duidelijk is wat onder vertrouwelijke communicatie moet worden verstaan. Weliswaar wordt in de toelichting getracht daaraan inhoud en begrenzing te geven, maar deze toelichting is disputabel en kan hooguit dienen voor de wetgever als enige indicatie ter nadere uitwerking.

De huidige tekst van artikel 13, hoezeer ook verouderd, geeft mede door de gevormde jurisprudentie haar strekking en reikwijdte redelijk duidelijk aan. Voorkomen moet worden dat door het introduceren van een nieuwe term, waarvan betekenis een reikwijdte niet vaststaan, feitelijk aan de wetgever en de rechter wordt overgelaten te bepalen wat de betekenis van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim in het moderne communicatietijdperk zal zijn.

Volgens de Memorie van Toelichting moet in objectieve termen sprake zijn van een wil die gericht is op geheimhouding van de communicatie. Maar geeft dit criterium wel antwoord op de vragen van de praktijk? En waarom zou het begrip «communicatie» uitsluitend betrekking kunnen hebben op geschreven en auditieve communicatie? Gaat de praktijk niet sterk in de richting van een samengaan van geluid en beeld? Leidt de voorgestelde beperking niet tot gewrongen constructies?

Ook het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de inhoud van vertrouwelijke communicatie en verkeersgegevens lijkt de leden van de GPV-fractie tamelijk geforceerd. Erkend wordt, dat ook verkeersgegevens vertrouwelijk kunnen zijn en op grond daarvan bescherming kunnen behoeven. Maar daarvoor zou dan het algemene artikel 10 over de persoonlijke levenssfeer moeten dienen. Is het niet verwarrend twee nauw met elkaar verbonden rechten te baseren op twee verschillende grondrechten, welke overigens op hun beurt ook weer nauw met elkaar verbonden zijn?

Beperkingsclausule

Zoals gezegd komt in het voorstel de specifieke vereiste van een rechterlijke last met betrekking tot beperking van de onschendbaarheid van het briefgeheim te vervallen. In de meeste gevallen, zo schrijft de regering, is de rechter de meeste gereede instantie om toestemming te verlenen om het recht op vertrouwelijkheid te schenden. Waarom heeft de regering er dan niet voor gekozen om, zoals ook de Raad van State aanbeveelt, dit in de Grondwet vast te leggen, zo vragen de leden van de PvdA-fractie. Hierbij zou dan een uitzonderingsbepaling voor de veiligheidsdienst kunnen worden opgenomen. Deze bepaling moet voldoen aan de eisen van proportionaliteit en rechterlijke controle (achteraf).

De Raad van State wijst op de jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de Mens (EHRM) in de zaak Klass. In de uitspraak van het EHRM komt naar voren dat het wenselijk is om voorafgaand aan, tijdens en na afloop van een onderzoek de toetsing op te dragen aan een rechter. De regering stelt echter dat het in overeenstemming is met de uitspraak in de zaak Klass om aan de formele wetgever de ruimte te laten om te bepalen dat onder omstandigheden een andere instantie dan de rechter bevoegd is tot het verlenen van een machtiging. Kan de regering nader ingaan op dit verschil van interpretatie van de uitspraak van het EHRM? Deze leden wijzen in dit kader op rechtsoverweging 56 in de zaak Klass: «The Court considers that, in a field where abuse is potentially so easy in individual cases and could have such harmful consequences for democratic society as a whole, it is in principle desirable to entrust supervisory control to a judge».

De leden van de PvdA-fractie vragen ook of het juist is de «verkeersgegevens» buiten de werking van artikel 13 te houden. Voor het elektronisch versturen en ontvangen worden naast het bericht en de adressering ook inloggegevens verzonden. Bovendien wordt met e-mail bijna altijd een zogenaamd subject in de kop meegestuurd. Wat is de status van deze tekst? De regering stelt dat voor de «verkeersgegevens» de privacyregels op basis van artikel 10 Grondwet gelden. Aangezien bovengenoemde gegevens dikwijls geen deel zullen uitmaken van een persoonsregistratie is het de vraag of de daarvoor geldende beschermingsregels van toepassing zijn. Kan de regering nader toelichten in welke gevallen artikel 10 Grondwet van toepassing zal zijn, in welke gevallen artikel 13 Grondwet, en in welke gevallen de verkeersgegevens niet zijn beschermd?

De leden van de CDA-fractie zien geen noodzaak, na de discussie daarover bij de grondwetsherziening van 1983, het vereiste van een rechterlijke last bij beperking van de onschendbaarheid van het briefgeheim te laten vallen. Voorts vragen deze leden of het wetsvoorstel inzake bijzondere opsporingsmethoden (25 403) aan dit wetsvoorstel is getoetst.

Dit lid stelt dat het recht op vertrouwelijke communicatie onschendbaar is. Artikel 13 vervangt het briefgeheim. Tot nu toe kan alleen de rechter inbreuk gelasten op het briefgeheim. Dit voorstel verlaagt die bescherming, zo menen de leden van de fractie van D66. Deze leden zijn verbaasd over het verlaten van het principe dat alleen op last van de rechter inbreuk gemaakt kan worden op het grondrecht tot vertrouwelijke communicatie. Zij vinden de omschrijving «functionaris» in dit verband ook veel te algemeen. Net zo min zijn zij op voorhand overtuigd door de redenering dat de bewindspersoon de beleidsvrijheid moet hebben om een andere instantie dan de rechter de bevoegdheid te geven een machtiging tot inbreuk op het grondrecht te geven, omdat de minister ook politiek verantwoordelijk is. De leden van de D66-fractie achten juist de onafhankelijke rechterlijke macht het meest geschikt om te waken tegen inbreuk op grondrechten.

De leden van de SGP-fractie constateren dat het onderscheid in beschermingsniveau tussen het huidige eerste lid en het tweede lid van artikel 13 komt te vervallen. In plaats daarvan komt een algemene beperkingsclausule die gebaseerd moet zijn op een formele wet. Uit de toelichting valt onvoldoende af te leiden of de argumenten die destijds voor de grondwetgever golden om voor het briefgeheim een sterkere bescherming voor te schrijven nu niet meer van toepassing zijn. Deze leden vragen dan hierover dan ook duidelijkheid aan de hand van de grondwetsgeschiedenis van het betreffende artikel.

De leden van de SGP-fractie begrijpen niet goed waarom beeld-informatie buiten het bereik van artikel 13 zou vallen. In dit verband wijzen zij er op dat nieuwe in communicatietechnieken spraak en beeld steeds vaker wordt geïntegreerd.

Voorts vragen zij of het techniek-onafhankelijk maken van de grondwettelijke bescherming ook niet moet leiden tot veranderingen in artikel 7, waar gesproken wordt over drukpers, radio en televisie.

De leden van de GPV-fractie zijn niet overtuigd door de argumenten van de regering voor een in de formele wet op te nemen beperkingsclausule, waardoor eventueel ook een andere instantie dan de rechter kan worden aangewezen. Zij zijn het er niet mee eens, dat hierdoor in feite de huidige stand van zaken zal worden bestendigd. Dat zou kunnen, maar het wordt aan het oordeel van de wetgever overgelaten of en zo ja in hoeverre het gebeurt. In z'n algemeenheid kan ook niet gezegd worden, dat toezicht door een commissie op de wijze waarop een politiek verantwoordelijke bewindspersoon van zijn bevoegdheid gebruik maakt gelijkwaardig is aan toetsing vooraf door de rechter. Deze leden kunnen zich nog wel voorstellen, dat het specifieke karakter van de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten om een specifieke oplossing vragen, maar de tekst van het voorgestelde artikel biedt ook ruimte aan allerlei andere uitzonderingen op de regel.

Tweede lid

Door de privatisering van de telecommunicatie- en postsector is de vraag omtrent de horizontale werking van het grondrecht actueel. Het gaat hierbij om de vraag welke werking het grondrecht heeft in de verhoudingen tussen particulieren en particuliere instellingen. Het voorstel bepaalt hiervoor dat «de wet regels stelt ter bescherming van vertrouwelijke communicatie».

De bescherming wordt zo gedelegeerd aan lagere regelgeving. In de nieuwe telecommunicatiewet worden echter nauwelijks garanties geboden voor e-mail. De regering stelt slechts voor het Wetboek van Strafrecht op dit punt aan te passen, zo constateren de leden van de PvdA-fractie. Kan de regering aangeven hoe het elektronisch briefgeheim thans in het Wetboek van Strafrecht is geregeld, en hoe en wanneer de regering van plan is dit artikel aan te passen? Waarom is in de nieuwe Telecommunicatiewet aan dit punt geen speciale aandacht gegeven?

De gelding van het Grondrecht van artikel 13 is tot aan de privatisering van de PTT nooit problematisch geweest, omdat de PTT-ambtenaren een strafrechtelijk gesanctioneerde geheimhoudingsplicht hadden, aldus de leden van de VVD-fractie. De nieuwe Telecommunicatiewet liberaliseert de data- en telefoondiensten, maar gaat nauwelijks in op het telefoongeheim. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel wordt evenmin ingegaan op de vraag of het grondrecht direct of indirect werking heeft in private verhoudingen (de zgn. horizontale werking). De leden van de VVD-fractie vragen de regering daar alsnog een beschouwing over te geven.

De regering merkt volgens de leden van de fractie van D66 terecht op dat het verdwijnen van het post- en telecommonopolie betekent dat er een nieuwe wettelijke regel nodig is om de onschendbaarheid van vertrouwelijk telefoonverkeer te garanderen. Hoe denkt de regering dat te gaan doen? Bij de bespreking van de notitie Bevoegd Aftappen hebben deze leden al de vrees geuit voor een zekere proliferatie van aftapmogelijkheden waar juist de georganiseerde misdaad van zou kunnen profiteren. Deze leden kennen het belang dat de misdaadbestrijding stelt in opsporingsmethoden als het aftappen van telefoonverkeer. Zij vragen wel hoe het komt dat er in Nederland zoveel meer wordt getapt dan in Amerika en in Duitsland; zie het onderzoek Tappen in Nederland van het WODC. Uit dit onderzoek blijkt eveneens, dat de kosten (zie Kostentabel in bijlage 4) van dit opsporingsmiddel sterk oplopen. Zal de effectiviteit van dit middel niet sterk afnemen door de introductie van encryptie en andere versluieringstechnieken? De leden van de fractie van D66 menen dat de kosten op een zeker moment niet meer tegen de baten opwegen. Tegelijkertijd constateren zij dat in het digitale tijdperk een groeiend deel van het maatschappelijk leven tot stand komt met behulp van telecommunicatie-infrastructuren. Daarom vragen zij om een fundamentele bezinning op de bevoegdheden van de opsporingsautoriteiten waar het gaat om digitale opsporing. Bijvoorbeeld bij de omgang met verkeersgegevens die volgens deze memorie naar de aard niet onder de bescherming van artikel 13 vallen maar wel privacygevoelig zijn. Zal het vergaren, c.q. opslaan van verkeersgegevens worden opgenomen in de opvolger van de Wet Persoonsregistratie (WPR)?

Daarnaast vragen zij wat het uitsluiten van de verkeersgegevens in dit wetsvoorstel voor de internetproviders en andere dienstenaanbieders betekent. Kunnen zij weigeren deze ter hand te stellen van opsporingsautoriteiten? Kunnen abonnees van een provider eisen dat de vertrouwelijkheid van zijn eigen verkeersgegevens op grond van zijn behoefte aan privacy wordt gerespecteerd?

Deze leden vragen hoe zinvol het is om de luistervink die zich op een paar pas afstand van de beller ophoudt gelijk te stellen met degene die het digitale signaal onderschept of van een server haalt. Het recht van de burger op telefoongeheim houdt tevens de plicht van de infrastructuurbeheerder in de vertrouwelijkheid te garanderen. Dat was een plicht van het staatsbedrijf PTT. Die plicht wordt nu blijkens de Memorie van Toelichting ook opgelegd aan de nieuwkomers op de telecommarkt. Hoe gaat de regering dat doen? Vervalt nu ook voor de PTT het adagium «Wij hebben geen boodschap aan de boodschap»? En wat betekent dit wetsvoorstel voor de aansprakelijkheid van infrastructuurbeheerders en Internetproviders? Voor ongecodeerde boodschappen zal de vertrouwelijkheid niet gelden, daar hebben zij dus inzage in, zijn ze daarmee ook voor de inhoud aansprakelijk?

Kan er sprake zijn van computervredesbreuk als andere telecom- en dienstenaanbieders vertrouwelijke communicatie schenden?

Wat betreft de digitale gegevens op de pc in de woonkamer vragen de leden van de D66-fractie of de inhoud van «inbox», «outbox» en de «trash» van het mailprogramma bij huiszoeking doorzocht mag worden. Hoever mag de politie daarin gaan? In antwoord op schriftelijke vragen van de PvdA- en de D66-fractie schreef de minister van Justitie, dat slechts wanneer een internet-provider technische voorzieningen heeft getroffen om elektronische post te beveiligen, het doorbreken van deze beveiliging door derden strafbaar is op grond van computervredesbreuk. «Er wordt dan immers ingebroken op een deel van een geautomatiseerd werk dat als zodanig tegen ongeautoriseerde toegang is beveiligd.» Ziet de minister deze beveiliging als een service die de ene provider wel en de andere niet zal aanbieden? De minister stelt dat het onverlet laat dat een Internet-provider kennis neemt van in een e-mailbox opgeslagen informatie en onder bevel van de rechter-commissaris aan justitie of de

politie ter beschikking kan stellen. Gaat de regering daarbij niet voorbij aan de afspraken die providers met hun klanten maken dat hun e-mail vertrouwelijk is, juist omdat de Grondwet daar nog niet in voorziet? En wat vindt de regering van de uitspraak van de Hoge Raad van 29 maart 1994 (Delikt en Delinkwent, 94 314)? De Hoge Raad heeft bepaald dat gegevens in een zakcomputer niet dezelfde bescherming genieten als een brief, tenminste wanneer de berichten voor de bezitter zelf bestemd zijn. De Hoge Raad laat daarmee open of er een briefgeheim geldt wanneer de opgeslagen gegevens voor anderen bestemd zijn. Zulke berichten zouden onder het briefgeheim kunnen vallen.

De leden van de GPV-fractie wijzen erop, dat in dit lid geheel in het algemeen de mogelijkheid geopend wordt bij of krachtens de wet horizontale werking toe te kennen aan het grondrecht van artikel 13. Zij erkennen dat het privatiseringsproces op het gebied van het post-, telefoon- en telegraafverkeer regelingen nodig maakt om het recht op vertrouwelijke communicatie ook in horizontale verhoudingen te garanderen. Maar moet dit zo ver gaan, dat de wetgever op dit terrein een blanco volmacht krijgt? Het toekennen van horizontale werking aan klassieke grondrechten moet met grote zorgvuldigheid gebeuren. Kan het tweede lid bijvoorbeeld ook zo gelezen worden, dat bij of krachtens de wet regels gesteld worden met betrekking tot het communicatieverkeer tussen echtgenoten of tussen ouders en kinderen?

Derde lid

Het vastleggen van een notificatieplicht in dit artikel lijkt de leden van de PvdA-fractie in principe juist. De uitzonderingsbepaling «waarin het belang van de staat zulks dringend vordert» lijkt echter te ruim. Waarom is hier niet het advies van de Raad van State gevolgd? Deze leden zijn het met de Raad van State eens dat «een regeling, waarbij wordt bepaald dat na beëindiging van het afluisteren door de inlichtingen- en veiligheidsdienst actieve notificatie zonder uitzondering achterwege dient te blijven, verder gaat dan in het belang van de staat noodzakelijk is». Deze stellingname vloeit ook voort uit de uitspraak van het EHRM in de zaak Klass. Naar hun mening biedt de geadviseerde formulering van de Raad van State betere rechtszekerheid. Deze leden denken dat in gevallen waarin een onderzoek is afgerond of stopgezet zich vaak geen bezwaren zullen voordoen tegen het notificeren van betrokkenen. Met name in gevallen waarin inbreuk op het recht van vertrouwelijke communicatie achteraf ten onrechte blijkt te zijn gemaakt achten deze leden het onbillijk de schending van het recht aan te betrokkene geheim te houden. Kan de regering haar stellingname nader overwegen? Kan hierbij ook een vergelijking worden gemaakt tussen het Britse toezicht, waarop de Commissie zich baseerde in de aangehaalde uitspraak, en het voorstel voor een nieuwe wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten?

De leden van de CDA-fractie waarderen de kennisgevingsplicht bij een inbreuk op het recht op vertrouwelijke communicatie, maar zij vinden de uitzondering op deze plicht in de tweede volzin te ruim. Zij vinden het niet aanvaardbaar dat inlichtingen- en veiligheidsdiensten geheel buiten de kennisgevingsplicht vallen. Ook de uitzonderingsgrond «het belang van de staat» is, in het licht van artikel 8, tweede lid, EVRM te ruim geformuleerd. De bezwaren van deze leden zijn in het verslag inzake wetsvoorstel 25 442 nader toegelicht.

De leden van de D66-fractie vragen of dit wetsvoorstel wel strookt met artikel 8 van het EVRM. Artikel 8 is bij nauwkeurige lezing strikter dan het gehele nieuwe artikel 13 van de Grondwet. Met name het tweede lid

(artikel 8 EVRM) geeft volgens hen meer waarborgen voor een communicatiegeheim.

De leden van de GPV-fractie stemmen ermee in, dat uitzonderingen mogelijk worden op de regel, dat van beperkingen van het recht op vertrouwelijke communicatie melding wordt gemaakt aan betrokkene. Dat daarbij gedacht wordt aan activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten ligt voor de hand. Maar zijn er ook andere omstandigheden denkbaar waarin een beroep op het belang van de staat kan worden gedaan? Zo ja, waaraan kan dan worden gedacht?

Genoemde leden zien niet in waarom in deze gevallen actieve notificatie zonder beperking in de tijd achterwege moet blijven. Ook als aangenomen wordt dat het weglaten van die beperking niet in strijd is met het EVRM is dit toch geen voldoende argument om maar te kiezen voor een onbeperkte uitzondering?

De leden van de GPV-fractie zijn ook ten aanzien van dit wetsvoorstel niet gelukkig met de formulering van het doelcriterium «het belang van de staat». Zoals zij ook hebben opgemerkt in hun inbreng voor het verslag over wetsvoorstel 25 442 inzake het binnentreden in woningen zien zij het als een bezwaar dat het grondwettelijke begrip «belang van de staat» verschillende betekenissen krijgt. Voorkomen moet worden dat inbreuken op grondrechten kunnen worden gemaakt met een politiek beroep op het belang van de staat. Ook omgekeerd zou het geen goede zaak zijn als het begrip «belang van de staat» in artikel 68 Grondwet de betekenis zou gaan krijgen welke daaraan in dit wetsvoorstel wordt toegedacht.

De voorzitter van de commissie,
De Cloe

De griffier van de commissie,
Coenen