

Vergaderjaar 1996–1997

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

B

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 28 april 1997 en het nader rapport d.d. 20 juni 1997, aangeboden aan de Koningin door de minister van Binnenlandse Zaken, mede namens de minister-president, minister van Algemene Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 13 december 1996, no. 96.006247, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting, tot 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.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 13 december 1996, no. 96.006247, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State, zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies gedateerd 28 april 1997, No. W01.96.0595, bied ik u hierbij mede namens mijn ambtgenoten van Algemene Zaken en van Justitie aan.

1. In de memorie van toelichting wordt erop gewezen dat het voorstel de strekking heeft uitsluitend de inhoud van de vertrouwelijke communicatie te beschermen. Verkeersgegevens worden niet door artikel 13 beschermd. Dergelijke gegevens, zo vervolgt de toelichting, kunnen zeer privacygevoelig zijn zodat artikel 10 van de Grondwet «in de regel dan ook wel in het geding» zal zijn (het begrip «vertrouwelijke communicatie», laatste alinea). De Raad van State leidt uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) af dat de verkeersgegevens een integraal onderdeel vormen van de (in casu telefonische) communicatie. Verstrekking van dergelijke gegevens zonder toestemming vormt ook een beperking van het recht dat is neergelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (EHRM, 2 augustus 1984, Series A, no. 82 (Malone), paragraaf 84). Een dergelijke beperking is slechts mogelijk, als is voldaan aan alle vereisten van het tweede lid van artikel 8 EVRM.

De wet, bedoeld in artikel 8 EVRM moet derhalve voorzien in de verstrekking van verkeersgegevens. Voorzover verkeersgegevens kunnen worden beschouwd als persoonsgegevens als bedoeld in artikel 10, tweede lid, van de Grondwet, wordt aan dit vereiste voldaan, aangezien in laatstgenoemde bepaling is gewaarborgd dat de wet regels stelt ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het verstrekken van persoons-

gegevens. Kennelijk gaat de toelichting ervan uit dat zich gevallen voordoen waarin verkeersgegevens niet worden beschermd door artikel 10 van de Grondwet.

De Raad adviseert in de memorie van toelichting aan te geven op welke wijze in die gevallen de verkeersgegevens worden beschermd, mede in het licht van de eerdergenoemde jurisprudentie van het EHRM.

1. In de door de Raad aangehaalde uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ((EHRM, 2 augustus 1984, Series A, no. 82 (Malone)) overweegt het Hof in beginsel dat het vastleggen van verkeersgegevens, naar zijn aard, onderscheiden moet worden van de interceptie van telefonische communicatie (zie paragraaf 84). Dit betekent echter niet, zo stelt het Hof, dat dit type informatie nimmer bescherming onder artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) zou kunnen genieten. Aangezien de verkeersgegevens in casu informatie bevatten die onlosmakelijk verbonden is met de (vertrouwelijke) telefonische communicatie en dientengevolge privacygevoelige informatie betreft, te weten de opgeroepen telefoonnummers over een bepaalde periode, komt het Hof tot de conclusie dat het verstrekken van de desbetreffende informatie een inbreuk oplevert op het in artikel 8, eerste lid, van het EVRM opgenomen grondrecht. Deze internationaalrechtelijke bepaling vindt zijn nationale pendant niet alleen in artikel 13 Grondwet, (vertrouwelijke communicatie) maar ook in artikel 10 Grondwet (persoonlijke levenssfeer in het algemeen).

Indien de verstrekking van verkeersgegevens een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer oplevert, omdat sprake is van gegevens omtrent vertrouwelijke communicatie dan wel anderszins sprake is van privacygevoelige gegevens, dient daarvoor naar nationaal recht ingevolge artikel 10, eerste lid, van de Grondwet een wettelijke basis te bestaan en moet overigens voldaan zijn aan de vereisten van artikel 8, tweede lid, van het EVRM.

Gegevens waarvan de verstrekking geen inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan maken, behoeven uiteraard geen (grond)wettelijke bescherming ingevolge artikel 8 EVRM.

De memorie van toelichting is overeenkomstig het advies van de Raad op dit punt verduidelijkt.

2. Met de introductie van het begrip «vertrouwelijke communicatie» komt het traditionele onderscheid tussen het briefgeheim en andere vormen van vertrouwelijke communicatie te vervallen. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat ten gevolge van deze samenvoeging ook een algemene beperkingsclausule dient te worden opgenomen. Nu vele nieuwe vormen van communicatie minstens even belangrijk zijn geworden als het traditionele briefverkeer, is een aparte behandeling van deze communicatievorm in de Grondwet niet meer te rechtvaardigen (toelichting op het eerste lid («Beperkingsclausule»)).

Het is de Raad niet duidelijk waarom deze stelling, zo zij al juist is, moet leiden tot de voorgestelde beperkingsclausule in plaats van de clausule zoals die nu geldt voor de beperking van het briefgeheim waarbij een rechterlijke last is vereist (artikel 13, eerste lid, van de Grondwet). Het college wijst er in dit verband op dat uit de jurisprudentie van het EHRM kan worden afgeleid dat het wenselijk is om voorafgaand aan, tijdens en na afloop van een onderzoek de toetsing op te dragen aan de rechter (EHRM, 6 september 1978, Series A, no. 28 (Klass), paragraaf 56).

De toelichting stelt dat het vereiste van de rechterlijke last niet past in het geldende wettelijke systeem, zoals het Wetboek van Strafrecht (WvS). Gelet op de waarborgfunctie van de Grondwet in dezen, is deze motivering naar het oordeel van de Raad niet toereikend. Met het oog hierop adviseert het college de voorgestelde inbreukprocedure te heroverwegen dan wel de memorie van toelichting aan te vullen.

2. Het onderhavige voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet beoogt niet de beperking van het recht op vertrouwelijk communicatie aan de toestemming van de rechter te onttrekken. In de meeste gevallen is de rechter de meest gereede instantie om deze toestemming te verlenen. In de geldende wettelijke bepalingen in het Wetboek van Strafvordering terzake van de inzet

van bijzondere bevoegdheden die een beperking vormen op het huidige artikel 13 van de Grondwet is de rechter dan ook doorgaans aangewezen als de instantie die bevoegd is de desbetreffende bevoegdheid uit te oefenen dan wel bevoegd is daartoe een last af te geven. Deze stand van zaken wordt bestendig en uitgebreid in een wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing, waarover de Raad van State zeer recent advies heeft uitgebracht, waarin ook voor de inzet van nieuwe opsporingsmethoden die een inbreuk maken op het recht op vertrouwelijke communicatie, de rechter als bevoegde autoriteit wordt aangewezen. Het is desalniettemin wenselijk – en in overeenstemming met de hieronder geciteerde jurisprudentie van het EHRM – dat de Grondwet aan de formele wetgever de ruimte laat om te bepalen dat onder omstandigheden een andere instantie dan de rechter bevoegd is tot het verlenen van een machtiging. Zo vereist het specifieke karakter van de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, dat de uiteindelijke toestemming voor de inzet van bijzondere bevoegdheden door de diensten door de politiek verantwoordelijke bewindspersoon of -personen verleend wordt. De politiek verantwoordelijke bewindspersoon dient immers volledig (politiek) aanspreekbaar te zijn voor die diensten. Toestemming van de rechter past minder goed in dit stelsel en is ook niet noodzakelijk, mits tevens sprake is van een toezichtsmechanisme dat voldoende onafhankelijk is om een objectief oordeel omtrent de rechtmatigheid van de inzet van de bijzondere bevoegdheden te kunnen geven. Ook het EHRM kan zich met dit uitgangspunt verenigen. Hoewel het Hof in de zaak *Klass* (6 september 1978, Series A, no. 28, paragraaf 56) in beginsel een systeem van rechterlijke controle op de inzet van observatiemethoden positief waardeert, komt het Hof in diezelfde zaak tot de conclusie dat het ter beoordeling staande Duitse systeem terzake van de inzet van bijzondere bevoegdheden door inlichtingen- en veiligheidsdiensten, waarbij geen sprake is van rechterlijke toetsing vooraf, voldoet aan de eisen die daaraan in een democratische samenleving moeten worden gesteld.

De memorie van toelichting is met de bovenstaande argumentatie aangevuld.

3. In artikel 13, derde lid, tweede volzin, wordt voorzien in een uitzonderingsmogelijkheid op de verplichting tot het in kennis stellen van degene wiens recht op vertrouwelijke communicatie wordt beperkt. Deze uitzonderingsmogelijkheid is slechts toegestaan, indien het belang van de staat zulks dringend vordert. De Raad plaatst hierbij de volgende kanttekeningen:

a. Volgens de memorie van toelichting (onder «derde lid») ziet deze uitzondering met name op de actieve notificatie ten aanzien van beperkingen van het recht op vertrouwelijke communicatie door inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Actieve notificatie dient volgens de toelichting in deze gevallen zonder uitzondering achterwege te blijven.

De vraag rijst of deze absoluut geformuleerde algemene uitzondering op de actieve notificatieplicht zich verdraagt met de artikelen 8 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Uit deze artikelen vloeit voort dat het achterwege laten van actieve notificatie omtrent de beperking slechts dan in overeenstemming is met de in artikel 13 EVRM gestelde eis van een «effective remedy» zolang dat nodig is om te voorkomen dat de effectiviteit van het optreden wordt geschaad. De noodzaak tot het achterwege laten van actieve notificatie dient per geval te worden beoordeeld. De enkele feit dat het afluisteren en dergelijke geschiedt door een medewerker van de inlichtingen- en veiligheidsdienst dwingt, naar het de Raad voorkomt, niet tot het oordeel dat het in het belang van de staat noodzakelijk is notificatie terzake voortdurend en volledig achterwege te laten. Er kunnen zich immers gevallen voordoen waarin zonder het staatsbelang te schaden na verloop van tijd mededeling van de beperking kan worden gedaan. Dit leidt de Raad tot de conclusie 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.

*Dit standpunt vindt steun in de uitspraak van het EHRM in de zaak *Klass* (EHRM, 6 september 1978, Series A, no. 28, paragraaf 58). In deze uitspraak is*

zoals ook de memorie van toelichting vermeldt, weliswaar overwogen dat in bepaalde gevallen het achterwege blijven van notificatie in het stadium na observatie niet in strijd is met artikel 8 EVRM, gelet op het feit dat juist deze geheimhouding de effectiviteit van de maatregel waarborgt. Maar in de uitspraak is ook overwogen dat betrokkene na afloop van de inbreuk dient te worden geïnformeerd «as soon as notification can be made without jeopardising the purpose of the restriction». Ook het Hof gaat er kennelijk van uit dat in bepaalde gevallen het belang van de staatsveiligheid zich er niet meer tegen verzet dat op een bepaald moment alsnog tot actieve notificatie wordt overgegaan.

Uit het waarborgkarakter dat aan grondrechten toekomt, vloeit voort dat in artikel 13 van de Grondwet de grenzen waarbinnen de actieve notificatieplicht achterwege mag blijven niet ruimer worden getrokken dan nodig is. De Raad geeft dan ook in overweging in artikel 13, derde lid, tweede volzin, tot uitdrukking te brengen dat elke eventuele uitzondering op de notificatieplicht, met inbegrip van notificatie door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, slechts van kracht blijft zolang en voor zover het daarmee te dienen belang dit eist.

b. Het valt het college op dat het doelcriterium waaraan deze uitzondering is gebonden nogal ruim is geformuleerd. De Raad beveelt aan de woorden «het belang van de staat zulks dringend vordert» te vervangen door een formulering die zo nauw mogelijk aansluit bij de tekst van artikel 8, tweede lid, EVRM.

3a. Actieve notificatie ten aanzien van beperkingen van het recht op vertrouwelijke communicatie door inlichtingen- en veiligheidsdiensten, is naar onze mening op zichzelf geen eis die uit artikel 8 of artikel 13 van het EVRM voortvloeit (zie in dit verband ook kamerstukken II, 1994/95, 22 036, nr. 6, blz. 9). In de door de Raad aangehaalde Klass-zaak (6 september 1978, Series A, no. 28, paragraaf 58) wordt het Duitse systeem van notificatie achteraf indien dit mogelijk is zonder het doel van de desbetreffende beperking te ondergraven, als een positief element bij het oordeel van het Hof betrokken. Uit deze overwegingen kan onze inziens echter niet worden geconcludeerd dat actieve notificatie in zijn algemeenheid een uit artikel 8 jo. artikel 13 EVRM voortvloeiend vereiste zou zijn. Deze zienswijze wordt gestaafd door latere beslissingen van de Commissie (Zaken 18 601/91, D.E v. Verenigd Koninkrijk, 20 317/92, Hewitt & Harman v. Verenigd Koninkrijk en 20271\92, Redgrave v. Verenigd Koninkrijk, alle niet gepubliceerd) waaruit blijkt dat de afwezigheid van notificatie in het Britse systeem niet in strijd wordt geacht met artikel 8 EVRM. Bij de beoordeling neemt de Commissie in ogenschouw dat er andere waarborgen zijn tegen misbruik, zoals toezicht door een door de minister-president benoemde «Commissioner» en een onafhankelijk «Tribunal».

In overeenstemming met deze jurisprudentie hechten wij ten behoeve van een effectieve controle op de diensten veel waarde aan een adequaat toezichtsmechanisme.

In een voorstel voor een nieuwe wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, dat in december jl. voor advies naar de Raad van State gezonden is, wordt daarom het bestaande toezichtsmechanisme door de introductie van met name een onafhankelijke commissie van toezicht, die belast wordt met het toezicht op de rechtmatigheid van de taakuitvoering van de diensten, verbeterd.

Op grond van het bovenstaande achten wij het niet noodzakelijk artikel 13 van de Grondwet conform het advies van de Raad aan te passen.

3b. Er is niet voor gekozen om terzake van het doelcriterium waaraan de uitzonderingmogelijkheid op de notificatieplicht is gebonden, aan te sluiten bij de tekst van artikel 8, tweede lid, EVRM, omdat enerzijds behoefte bestaat aan een ruimer begrip dan alleen het belang van de veiligheid van de staat en anderzijds de overige doelcriteria genoemd in artikel 8, tweede lid, EVRM, in dit kader overbodig zijn. Het criterium «het belang van de staat» bestrijkt naast de veiligheid van de staat ook andere (gewichtige) belangen van de staat, die gelet op artikel 8 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten tevens tot het taakveld van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten behoren en ten behoeve waarvan derhalve bijzondere bevoegdheden kunnen worden ingezet.

Overigens is er gelet op het feit dat, zoals hierboven onder 3a reeds betoogd is, actieve notificatie in zijn algemeenheid niet een uit artikel 8 jo. artikel 13 EVRM voortvloeiend vereiste is, geen noodzaak om bij de tekst van artikel 8, tweede lid, van het EVRM aan te sluiten.

4. De Raad merkt op dat in afwijking van vorige wijzigingen van de Grondwet de wetsvoorstellen met betrekking tot wijziging van bepalingen van de Grondwet inzake grondrechten niet zijn medeondertekend door de Minister van Justitie. Het college adviseert de desbetreffende wetsvoorstellen te laten medeondertekenen door de Minister van Justitie.

4. Zoals reeds is opgemerkt in het nader rapport inzake het voorstel van wet, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot wijziging van artikel 129 teneinde mogelijk te maken dat leden van gedeputeerde staten en van het college van burgemeester en wethouders niet tevens lid zijn van provinciale staten onderscheidenlijk de gemeenteraad, is er geen algemene regel of gewoonte die inhoudt dat een wijziging van een bepaling van de Grondwet inzake de grondrechten mede door de Minister van Justitie dient te worden ondertekend. Op grond van de bijzondere betekenis van de voorgestelde wijziging van de onderhavige grondrechtsbepaling voor de strafvordering, is medeondertekening door de Minister van Justitie in dit geval functioneel. Het advies van de Raad is derhalve opgevolgd.

5. Voor enkele redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

5. De redactionele opmerkingen van de Raad zijn overgenomen. Voorts is van de gelegenheid gebruik gemaakt om de memorie van toelichting te actualiseren in verband met het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing en wijziging van de regeling van het horen van getuigen, dat zeer binnenkort bij de Tweede Kamer zal worden ingediend.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
W. Scholten*

Ik moge U, mede namens mijn ambtgenoten van Algemene Zaken en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Binnenlandse Zaken,
H. F. Dijkstal

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 28 april 1997, no. W01.96.0595, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

– In artikel 13, derde lid, «indien het belang van de staat zulks dringend vordert» vervangen door: voor gevallen waarin het belang van de staat zulks dringend vordert.

– In de memorie van toelichting, bij de toelichting op het eerste lid, onder «Beperkingsclausule», tweede alinea, «aan de politiek verantwoordelijke bewindspersoon» vervangen door: aan de politiek verantwoordelijke bewindspersonen.