



De minister van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties
Dhr. R.H.A. Plasterk
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

Datum
1 februari 2012

Uw kenmerk
2012-0000594389

Contactpersoon
mr. S. Terphuis

Onderwerp
Advies op wetsvoorstel tot herziening van artikel 13 Grondwet

Geachte heer Plasterk,

Bij brief van 16 oktober 2012, met kenmerk 2012-0000594389, heeft u de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) advies gevraagd over een wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 van de Grondwet. Dit advies is voorbereid door leden van de vereniging en is vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

Strekking wetsvoorstel

Het huidige artikel 13 van de Grondwet beschermt het brief-, telefoon- en telegraafgeheim. Het artikel belichaamt het recht om zonder dat derden kennis kunnen nemen van de inhoud van een bericht, gebruik te maken van de aangewezen communicatiemiddelen, aldus valt te lezen op pagina 12 van de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel. Het onderhavige wetsvoorstel voorziet in de uitbreiding van de reikwijdte van deze grondwetsbepaling naar alle mogelijke communicatiemiddelen.

Door het hanteren van de term "brief- en telecommunicatiegeheim" wordt dit grondrecht techniek-onafhankelijk geformuleerd. Als gevolg van elkaar snel opvolgende ontwikkelingen van de digitale mogelijkheden is het bijvoorbeeld mogelijk geworden om te communiceren via het plaatsen van persoonlijke bestanden in 'the cloud'. Nu het communicatiegeheim niet langer is gebonden aan specifieke communicatiemiddelen voorziet de nieuwe formulering in de bescherming van alle mogelijkheden voor communicatie, zowel de huidige als toekomstige (digitale).

Het wetsvoorstel tot herziening van artikel 13 van de Grondwet strekt aldus tot modernisering met als doel om op adequate wijze het communicatiegeheim te beschermen, waar het gaat om privécommunicatie. Waar het de vraag is of het privécommunicatie betreft, is de gerichtheid van de communicatie bepalend. Het betreft bescherming van het communicatiegeheim tegen heimelijk inzage in haar inhoud door anderen waaronder de overheid en inclusief degenen die het communicatiemiddel beheren.

De voorgestelde wijziging heeft eveneens geleid tot een herbezinning over de duur van de bescherming. Voorheen was deze beperkt tot de transportfase (totdat de brief was bezorgd). In nieuwe situaties met elektronische telecommunicatie is de duur moeilijker af te bakenen omdat transport en opslag meestal geleidelijk in elkaar overgaan en een derde vaak ook de opslag van een

bericht beheert. De bescherming van het telecommunicatiegeheim dient zich volgens de wetgever uit te strekken over de gehele periode waarin een derde het bericht beheert en toegang heeft tot de inhoud daarvan.

Advisering

De NVvR onderschrijft het nut en de noodzaak van de bescherming van grondrechten in het huidige 'digitale tijdperk'. De technologische ontwikkelingen nopen tot de herziening van de thans verouderde regelgeving, teneinde de grondrechten van burgers optimaal te kunnen beschermen. De NVvR is dan ook verheugd dat het kabinet uitvoering heeft willen geven aan de aanbeveling van de Staatscommissie Grondwet om tot de onderhavige Grondwetswijziging over te gaan.

De NVvR wenst in haar advies op twee aspecten nader in te gaan. Het betreft in de eerste plaats de mate van rechtsbescherming van burgers bij het maken van inbreuk door de overheid op het hier bedoelde grondrecht. In de tweede plaats laat de NVvR zich uit over de regelingsopdracht aan de overheid die is vervat in het voorgestelde derde lid van artikel 13 Grondwet.

Rechtsbescherming

Het voorgestelde eerste lid van artikel 13 Grondwet houdt in dat iedereen het recht heeft op eerbieding van zijn brief- en telecommunicatiegeheim. Het gaat hier om de bescherming van een grondrecht. Dat impliceert dat een hoge mate van rechtsbescherming van de burgers tegen schending daarvan is vereist. Gelet hierop is de NVvR van mening dat bij het maken van elke inbreuk op het hierbedoelde grondrecht een rechterlijke toetsing vooraf door het verlenen van een machtiging op zijn plaats is. Bij de vaststelling door de rechter of artikel 13 Grondwet in een specifieke casus van toepassing is, heeft de rechter onder meer een oordeel te vormen over de gerichtheid van de communicatie. In de praktijk houden rechters en officieren van justitie reeds rekening met de gerichtheid van de communicatie; evenwel is een duidelijke begrenzing nodig. Immers, alle communicatiekanalen kunnen zowel voor gerichte als voor ongerichte communicatie gebruikt worden.

Op pagina 21 van de memorie van toelichting wordt gesteld dat de onderhavige Grondwetswijziging in feite gezien wordt als een codificatie op het niveau van de Grondwet van een aangelegenheid die op het niveau van de wet al is geregeld, aangezien het Wetboek van Strafvordering (hierna Sv) reeds voorschrijft dat een machtiging van de rechter is vereist voor het opnemen van telecommunicatie (art. 126m, 126t en 126zg Sv). Opmerking verdient hierbij dat het verankeren van een recht in de Grondwet daaraan het karakter van een 'grondrecht' toekent. Als gevolg hiervan worden aan de grondwettelijk verankerde rechten in feite hogere eisen gesteld in termen van waarborgen en rechtsbescherming. Gelet hierop heeft de grondwettelijke delegatie meer waarde. Deze meerwaarde komt aldus tot uitdrukking bij de voorwaarden tot het beperken van dit grondrecht.

In het licht van de snelheid van de technologische ontwikkelingen is het evenwel denkbaar dat het in de toekomst voor de rechtspraak van belang is de regelgeving op dit terrein met de nodige voortvarendheid aan te passen. De complexe en langdurige herzieningsprocedure van de Grondwet kan dit in de weg staan. De NVvR werpt de vraag op of het om die reden niet wenselijker moet worden geacht de rechterlijke toetsing langs de weg van delegatie naar een wet in formele zin in plaats van in artikel 13 van de Grondwet te regelen.

In het tweede lid wordt voorts voorgesteld dat beperking van dit recht tevens mogelijk is, in het belang van de nationale veiligheid, met machtiging van één of meer bij de wet aangewezen ministers.

De voorgestelde regeling betekent naar de mening van de NVvR op dit punt een verschraling van de huidige rechtsbescherming. Het wetsvoorstel schrijft in die gevallen voor dat in plaats van een

machtiging van de rechter een machtiging van de minister is vereist. Het argument dat aan deze wijziging ten grondslag ligt is dat het gaat om belangrijke beleidsbeslissingen die verband houden met de nationale veiligheid: "De minister is in dezen beter geïnformeerd dan de rechter en kan tot een integrale afweging komen."

De NVvR adviseert negatief ten aanzien van deze wijziging. De NVvR acht het, vanuit rechtsstatelijk oogpunt bezien, noodzakelijk dat een onafhankelijke rechter de mogelijkheid krijgt om een afweging te maken of de beperking plaats dient te hebben. Vanuit het rechtsstatelijk oogpunt bezien wordt met de voorgestelde regeling het principe van checks en balances losgelaten. De mogelijkheid dat de minister deze bevoegdheid, zelfs in theorie, kan mandateren aan de ambtenaren van de AIVD creëert eveneens een onwenselijke situatie.

Kijkend naar de uitvoering, is de wijze waarop de exclusief daarvoor aangewezen kamer van de rechtbank Den Haag dergelijke zaken beoordeelt, niet gelijk te stellen met de wijze waarop de Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) toezicht uitoefent. Conform artikel 64, tweede lid, van de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (Wiv 2002) is de Commissie belast met het toezicht op de rechtmatigheid van de uitvoering van de handelingen verricht door de AIVD. Dat waarborgt op zichzelf niet dat elke concrete inbreuk op dit grondrecht tevoren door de commissie wordt getoetst, op de wijze waarop wordt getoetst bij rechterlijke machtiging. De NVvR is van mening dat onafhankelijk toezicht hiermee onvoldoende is gewaarborgd. Dit geldt zowel voor het briefgeheim als voor het telecommunicatiegeheim. De NVvR hecht eraan op te merken dat, zoals vermeld op pagina 22 van de memorie van toelichting, ook het afleggen van verantwoording aan het parlement een fundamenteel andere verantwoordelijkheid behelst dan een afweging in individuele gevallen door een onafhankelijke rechter, daar waar het gaat om een al dan niet gerechtvaardigde inbreuk op artikel 13 van de Grondwet.

Voorts is de formulering 'in het belang van de nationale veiligheid' naar de mening van de NVvR te ruim. De NVvR vraagt zich af in welke gevallen het vereiste van 'in het belang van de nationale veiligheid' als rechtvaardiging kan worden aangewend om inbreuk te maken op dit grondrecht van burgers. Dit pleit naar de mening van NVvR des te meer voor een wettelijke grondslag voor rechterlijke toetsing in plaats van een ministeriële toetsing. Volledigheidshalve verwijzen wij hierbij naar de beperkingsystematiek van het EVRM en de daarin geformuleerde doelcriteria voor het maken van inbreuk op de grondrechten.

De NVvR adviseert om van de toekenning van deze bevoegdheid aan de minister af te zien.

Regelingsopdracht

Ten aanzien van de regelingsopdracht aan de wetgever zoals vervat in het derde lid, ziet de NVvR meerwaarde ter ondersteuning van het brief- en telecommunicatiegeheim als voorwerp van aanhoudende zorg van de overheid, voor zover de overheid zich inspant voor een netneutraal internet. Verder is de NVvR van opvatting dat vastgehouden moet worden aan het feit dat de overheid in beginsel na interceptie van vertrouwelijke communicatie de betrokkene daarvan in kennis stelt. De NVvR constateert dat op pagina 26 van de memorie van toelichting in dit verband is gerefereerd aan de door de CTIVD gestelde vraag of de kosten van de tenuitvoerlegging van de notificatieplicht opwegen tegen de baten. Gelet op het belang van de onderhavige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer meent de NVvR dat de notificatieplicht alleszins gerechtvaardigd is.

De NVvR adviseert in de regelingsopdracht aan de wetgever, die is vervat in het voorgestelde derde lid van artikel 13, duidelijke doelcriteria op te nemen. Immers het moeten gerechtvaardigde belangen zijn waar het gaat om inperking en notificatie achteraf aan de burger.²

¹ Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Wijziging artikel 13 Grondwet, pagina 22.

² Rapport Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk (Commissie Franken), mei 2000, p. 157

Namens het bestuur van de NVvR,
de Wetenschappelijke Commissie

M.E. de Meijer,
voorzitter