

Vergaderjaar 2013–2014

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. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 24 januari 2014 en het nader rapport d.d. 11 juli 2014, aangeboden aan de Koning door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de minister-president, minister van Algemene Zaken en de minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 19 juni 2013, no. 13.001228, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister-President, de Minister van Algemene Zaken, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende 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, met memorie van toelichting.

Het voorstel vervangt het huidige briefgeheim en telefoon- en telegraafgeheim door een nieuw brief- en telecommunicatiegeheim. Oogmerk daarvan is om het huidige grondrecht te moderniseren en techniekonafhankelijk te maken. Dit grondrecht zal alle vormen van privé communicatie omvatten, maar alleen zolang de communicatie wordt getransporteerd (inclusief tussentijdse opslag). Het bestaande briefgeheim wordt gehandhaafd. Bij beperking van deze grondrechten in het belang van de nationale veiligheid is rechterlijke machtiging niet verplicht. Tot slot wordt voorzien in een opdracht om regels te stellen ter bescherming van het grondrecht, vooral tegen inbreuken door burgers.

Voor zover het wetsvoorstel ertoe strekt de bestaande bescherming van telefoon- en telegraafverkeer nadrukkelijk te verbreden tot alle vormen van elektronische communicatie onderschrijft de Afdeling de strekking

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

van het wetsvoorstel. Het gelijktrekken van het brief- en telecommunicatiegeheim leidt er echter toe dat de bescherming van het briefgeheim zonder toereikende motivering zal worden afgezwakt. Daarom adviseert de Afdeling het briefgeheim en het telecommunicatiegeheim in de Grondwet te blijven onderscheiden. Daarnaast meent de Afdeling dat door de introductie van het nieuwe derde lid en door de bewoordingen van de toelichting het voorstel soms de indruk wekt dat het nieuwe brief- en telecommunicatiegeheim een bredere betekenis zal hebben dan de beperkte betekenis van het bestaande briefgeheim, en ook de bescherming van het telecommunicatieverkeer in private verhoudingen gaat omvatten. Gelet op het grensoverschrijdend karakter van telecommunicatie en de territoriaal beperkte reikwijdte van de Nederlandse rechtsmacht zou een bredere bescherming van het telecommunicatieverkeer slechts kunnen worden gerealiseerd door middel van internationale afspraken en verdragsverplichtingen en niet door een bepaling in de Grondwet die niet verder reikt dan de Nederlandse rechtsmacht. De Afdeling adviseert om onduidelijkheid in deze over de reikwijdte te voorkomen en het voorstel op dit punt nader te overwegen, in het bijzonder ook de toelichting daarop, gelet op de interpretatieve en programmatische betekenis van een toelichting bij wat bedoeld is als een sober grondwetsartikel.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 19 juni 2013, no. 13.001228, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 24 januari 2014, nr. W01.13.0179/I, bied ik U hierbij, mede namens mijn ambtsgenoten de Minister-President, Minister van Algemene Zaken en de Minister van Veiligheid en Justitie, aan.

1. Strekking van het huidige briefgeheim

Het briefgeheim van artikel 13 van de Grondwet moet onderscheiden worden van de algemene bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Artikel 10, eerste lid, beschermt de persoonlijke levenssfeer in het algemeen. Daarnaast noemt de Grondwet rechten die verdergaande bescherming krijgen, zoals het briefgeheim en het telefoon- en telegraafgeheim (artikel 13). Artikel 13 geldt primair in de verhouding tussen overheid en burgers (verticale werking). Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) heeft, wat betreft de bescherming van de persoonlijke levenssfeer een andere opzet dan de Grondwet; dat leidt soms tot een ruimere bescherming, soms tot een beperktere. Daar waar het EVRM een ruimere bescherming geeft, moet die vanzelfsprekend in acht worden genomen. Hetzelfde geldt voor het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, voor zover van toepassing.

Het briefgeheim en het telefoon- en telegraafgeheim gelden vanouds alleen in de fase waarin de communicatie wordt getransporteerd (en bij tussentijdse opslag van brieven) en primair in de verhouding tussen de overheid en de burger.²

De beperking van het grondrecht tot transport (inclusief tussentijdse opslag) – vanwege de nationale jurisdictie beperkt tot de grenzen van ons land – heeft wortels in het verleden. In 1848, toen het briefgeheim werd ingevoerd, werden brieven getransporteerd door de Posterijen, een staatsbedrijf waarvan de medewerkers ambtenaar waren. Het grondrecht

² In ruime zin: sinds 1983 geldt het grondrecht ook voor bij voorbeeld de directeur van een gevangenis, zolang de brief niet bij de gevangene is bezorgd (Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, blz. 44). De directeur van een gevangenis valt onder de overheid.

richtte zich in de eerste plaats tot de ambtenaren van de Posterijen en in het verlengde daarvan tot andere overheidsdiensten, zoals politie en justitie, die over de schouder van de postbode wilden meekijken. Het briefgeheim was daarmee een zuiver verticaal grondrecht, een grondrecht dat uitsluitend betrekking had op de relatie tussen de overheid en de burger als drager van het grondrecht. Dat veranderde niet toen, in 1983, ook het telefoon- en telegraafgeheim in de Grondwet werden geregeld: telefoon en telegraaf vielen, evenals de posterijen, onder het staatsbedrijf der PTT. Ook andere instanties die verantwoordelijk waren voor het postvervoer en die onder het grondrecht werden gebracht, zoals de directies van gevangenissen, behoorden tot de overheid.³

Met de verzelfstandiging en beursgang van de PTT, de opsplitsing in een post- en een telecombedrijf en de geleidelijke invoering van concurrentie in de post en telefonie heeft de wetgever beoogd via wetgeving, zoals de Postwet, de Telecommunicatiewet en het Wetboek van Strafrecht⁴, en – voor zover de postmarkt nog niet geheel vrij was gegeven – via concessievoorwaarden, burgers een gelijkwaardige bescherming te bieden tegen de nieuwe transporteurs.

2. Het voorgestelde briefgeheim

Het huidige artikel 13 verklaart in het eerste lid het briefgeheim onschendbaar en bepaalt vervolgens dat dit recht alleen kan worden beperkt in de gevallen, bij de wet bepaald, op last van de rechter. In het tweede lid wordt het telefoon- en telegraafgeheim onschendbaar verklaard, met ruimere mogelijkheden om dat grondrecht te beperken. In het voorstel komen de twee bestaande grondrechten samen in een nieuw, meeromvattend grondrecht, het brief- en telecommunicatiegeheim, dat in één lid wordt behandeld.

Volgens de toelichting wordt in het voorstel het briefgeheim afzonderlijk vermeld, naast het telecommunicatiegeheim, omdat bij de brief geen sprake is van een elektronische toepassing.⁵ De Afdeling merkt op dat het woord «brief» weliswaar vermeld blijft, maar dat het voorstel uitgaat van één begrip «brief- en telecommunicatiegeheim». In het tweede lid (beperkingsmogelijkheden) wordt geen onderscheid gemaakt tussen het briefgeheim en het telecommunicatiegeheim, maar wordt – in het enkelvoud – gesproken over «dit recht». Ook bij de regelingsopdracht in het derde lid wordt niet gedifferentieerd. Praktisch gesproken is daarmee sprake van één grondrecht.

Het gelijktrekken van het briefgeheim en het telecommunicatiegeheim betekent voor het briefgeheim evenwel een achteruitgang in rechtsbescherming. Op dit moment is beperking alleen mogelijk (in de gevallen in de wet bepaald) op last van de rechter, maar in het voorstel is beperking, indien die plaatsvindt in het belang van de nationale veiligheid, mogelijk «door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen». Het beschermingsniveau van de brief wordt in dat geval gelijkgetrokken met dat van andere telecommunicatiemiddelen. Volgens de toelichting is een onderscheid in beschermingsniveau niet langer gerechtvaardigd, nu de grens tussen brief, telefoon, telegraaf en nieuwe communicatiemiddelen vervaagt. Bovendien past dat onderscheid

³ Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 7, blz. 38, *Naar een nieuwe Grondwet* deel Ia, blz. 206.

⁴ Strafbbaar is vanouds hij die opzettelijk brieven of andere stukken, aan een post- of telegraafkantoor bezorgd of in een postbus gestoken, aan hun bestemming onttrekt, opent of beschadigt (artikel 201 van het Wetboek van Strafrecht).

⁵ Toelichting, § 2.1.2 (Het brief- en telecommunicatiegeheim).

niet bij het doel van het wetsvoorstel: het techniekonafhankelijk maken van artikel 13.⁶

De Afdeling merkt op dat, bij het techniekonafhankelijk maken van artikel 13, het briefgeheim bewust wordt uitgezonderd, omdat daarbij geen sprake is van een elektronische toepassing. Daaraan kan dus geen argument worden ontleend om het beschermingsniveau gelijk te schakelen.

De Afdeling benadrukt dat de eis van rechterlijke toestemming sinds 1848 in de Grondwet staat. In de toelichting wordt niet gesteld dat dit op praktische problemen stuit. De inhoudelijke motivering voor deze vermindering van bescherming acht de Afdeling niet toereikend. Nu van een noodzaak om het beschermingsniveau van de brief te verlagen niet is gebleken, acht de Afdeling het van belang dat niveau te handhaven mede gelet op het onderscheiden karakter van het briefverkeer en van telecommunicatieverkeer, zoals dit voortvloeit uit de historie en de technologische ontwikkelingen (zie hieronder).

De Afdeling geeft dan ook in overweging het briefgeheim als afzonderlijk grondrecht te behouden, met de bestaande beperkingsmogelijkheden, naast een nieuw telecommunicatiegeheim, dat in de plaats zou kunnen komen van het telefoon- en telegraafgeheim. Zij adviseert het voorstel in die zin bij te stellen.

1. Strekking van het huidige briefgeheim

2. Het voorgestelde briefgeheim

In het voorstel wordt de bescherming van alle middelen gelijkgetrokken; er wordt niet langer een onderscheid in beschermingsniveau gemaakt tussen de brief enerzijds en de andere communicatiemiddelen anderzijds. Een belangrijke doelstelling van het wetsvoorstel is het techniekonafhankelijk maken van artikel 13. Het bepleiten van een uitzonderingspositie voor één middel, de brief, vinden wij in dat licht niet overtuigend. Het argument van traditie is gelet op de convergentie van communicatiemiddelen onvoldoende. De Afdeling advisering van de Raad van State stelt in haar advies dat aan het afzonderlijk benoemen van de middelen (brief en telecommunicatie) geen argument kan worden ontleend om het beschermingsniveau gelijk te schakelen. Omgekeerd staat het separaat benoemen van de communicatiemiddelen niet in de weg aan het gelijktrekken van het beschermingsniveau voor alle middelen. Hetgeen beschermd dient te worden is de inhoud van het bericht. Het maakt daarbij mede gelet op de convergentie van communicatiemiddelen niet uit met welk middel de inhoud van de communicatie wordt verstuurd. Het verschillend beschermen op basis van het middel leidt tot een techniekonafhankelijke benadering in de mate van bescherming. Gelet op het feit dat de inhoud de essentie is van het te beschermen object van artikel 13 en het gegeven dat de andere communicatiemiddelen een belangrijke plaats in het maatschappelijk leven hebben verworven, dient de overheid zich te onthouden van een voorkeur voor een hogere bescherming van het ene of het andere middel. Met de gekozen benadering wordt bovendien voorkomen dat later over nu nog onbekende middelen op grondwettelijk niveau moet worden beslist welke mate van bescherming zij zullen genieten. Voor het overige merken wij op dat voor zover een onderscheid in het verleden wel werd gerechtvaardigd op grond van de mate van geslotenheid (envelop) of openheid (telefoonkabel of telegraaf) van het middel, dit onderscheid gelet op de convergentie van middelen niet langer maatgevend kan zijn voor het beschermingsniveau. Het gesloten karakter is niet meer voorbehouden aan de brief; beslotenheid kan

⁶ Toelichting, § 3.1 (Algemeen).

bijvoorbeeld ook in elektronische middelen worden aangebracht. Het advies van de Afdeling is niet overgenomen. De memorie van toelichting is met het voorgaande aangevuld.

3. Nut en noodzaak van artikel 13, derde lid

Het karakter en de betekenis van telecommunicatie zijn in de afgelopen decennia, behalve door privatisering en marktwerking, ook gekenmerkt door ontwikkelingen als digitalisering, internationalisering,⁷ technische convergentie,⁸ maatschappelijke convergentie⁹ en proliferatie.¹⁰ Die ontwikkelingen brengen met zich mee dat het veel moeilijker is geworden om de vertrouwelijkheid van informatie en communicatie te garanderen. De Nederlandse wetgeving, die de vertrouwelijke communicatie beschermt, is in het buitenland niet van toepassing; de Nederlandse overheid heeft in het buitenland geen rechtsmacht en geen feitelijke mogelijkheden om Nederlandse regels te handhaven. De aldaar geldende regels geven, zeker buiten de Europese Unie, vaak minder bescherming dan de regels die in Nederland gelden.¹¹

Communicatiestromen en de opslag van gegevens onttrekken zich voor een substantieel deel aan de controle van de gebruikers en van de Nederlandse overheid. De bescherming is voor een deel afhankelijk van staten waar de communicatie fysiek doorheen reist of wordt opgeslagen – staten die niet gebonden hoeven te zijn aan de Europese en nationale waarborgen die in Nederland gelden.¹² Ook in de binnenlandse verhoudingen is het vertrouwelijk karakter van telecommunicatie niet altijd goed te handhaven. De techniek is juist gericht op het makkelijk en snel verspreiden van (persoons)gegevens. Gegevens over de interesses van de gebruiker worden bij veel, ook serieuze, sites doorgegeven aan enkele tientallen bedrijven, die die gegevens opslaan en kunnen gebruiken voor op de persoon toegespitste marketing.¹³

Uit de toelichting kan worden afgeleid dat het eerste en tweede lid primair bescherming beogen te bieden tegen de Nederlandse overheid met betrekking tot het transport (inclusief de opslag in verband met het transport), van berichten. De Afdeling onderschrijft het oogmerk om de reikwijdte van de voorgestelde bepalingen te beperken tot de essentie van

⁷ Het dataverkeer legt steeds groter afstanden af en onttrekt zich aan landsgrenzen en nationale jurisdicties. In feite heeft het begrip «plaats» een groot deel van zijn betekenis verloren.

⁸ Communicatie-infrastructuur en randapparatuur zijn niet meer gebonden aan één vorm van communicatie of informatievoorziening. Internet, e-mail, radio en televisie lopen zowel over kabels als door de lucht, telefoon is mogelijk via internet (skype), en al deze toepassingen kunnen worden gebruikt op een vaste computer, laptop of tablet.

⁹ De grenzen vervagen – en vervloeien steeds meer – tussen vertrouwelijke communicatie, openbare meningsuiting en vergaring van informatie, en tussen gelijktijdige en volgtijdelijke communicatie (telefoon en brief). De gebruiker is zich steeds minder bewust van de verschillen.

¹⁰ De opslag en uitwisseling van informatie en communicatie is explosief gegroeid. Het moment nadert dat vrijwel alle informatie op vrijwel elke plaats toegankelijk en ontsloten is.

¹¹ Zie bij voorbeeld de brief van J. Kohnstamm, de voorzitter van de Article 29 Working Party, een onafhankelijk adviesorgaan van de Europese Unie inzake gegevensbescherming en privacy, van 13 augustus 2013 aan de Europese Commissie, kenmerk Ref. Ares(2013)2872799. Voorts Kamerstukken II 2012/13, 30 977, nr. 61 (tussenstand overleg EU-Verenigde Staten).

¹² De privacybescherming in de Verenigde Staten (Fourth Amendment) geldt alleen voor Amerikaanse burgers. De Amerikaanse wetgeving maakt voor buitenlanders aanzienlijk verdergaande beperkingen op de vertrouwelijkheid mogelijk dan voor Amerikanen. J.V.J. van Hoboken, A.M. Arnbak & N.A.N.M. van Eijk, *Cloud diensten in hoger onderwijs en onderzoek en de USA Patriot Act*, Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam, september 2012, blz. 11–12.

¹³ De toestemmingsplicht is door Nederland geïmplementeerd in artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet.

het bestaande grondrecht. Een grondrecht dat breder het hele communicatieverloop zou trachten te bestrijken -niet alleen ten opzichte van de Nederlandse overheid maar ook ten opzichte van derden- zou een reikwijdte hebben waarvan ernstig betwijfeld moet worden of de gepretendeerde bescherming gewaarborgd zou kunnen worden. De burger zou dan een verwachting van de bescherming van zijn grondrecht krijgen die niet overeenkomt met de werkelijkheid.

Vanuit die optiek schept het voorgestelde derde lid van artikel 13, in het bijzonder ook de toelichting daarop, echter onduidelijkheid omtrent de reikwijdte. Dit nieuwe lid luidt: «De wet stelt regels ter bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim.» Blijkens de toelichting heeft dit tot strekking de bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim in private verhoudingen tot aanhoudende zorg van de overheid te verklaren, ook met het oog op de mogelijke ontwikkeling van nu nog onbekende communicatiemiddelen- en technieken.¹⁴ Dit zou er op kunnen wijzen dat artikel 13 van de Grondwet niet langer wordt beperkt tot primair de verhouding tussen burgers en overheid, maar via het derde lid ook zal doorwerken in de verhouding tussen burgers onderling. Dit laatste impliceert een actieve overheid die dit grondrecht dient te waarborgen.

Indien, zoals de regering stelt, het nieuwe brief- en telecommunicatiegeheim niet meer beoogt dan de traditionele bescherming tegen inbreuken door de Nederlandse overheid in de fase van transport (inclusief tussentijdse opslag), dan is dit derde lid overbodig. Immers, het eerste en tweede lid bieden een volledige bescherming die ook geen uitwerking of aanvulling behoeft; zij kunnen alleen in de gevallen bij de wet bepaald worden beperkt. Alleen daarom schept de huidige formulering van het derde lid al verwarring. Bovendien staat, bij de door de regering beoogde reikwijdte van het eerste en tweede lid, de toevoeging van een regelingsopdracht zoals verwoord in het derde lid op gespannen voet met de bij de grondwetsherziening van 1983 gekozen systematiek en het uitgangspunt van een sobere grondwet dat door de regering blijkens de toelichting wordt onderschreven. Tot dusver is daaraan bij het bestaande artikel 13 ook geen behoefte gebleken.

Deze overwegingen worden versterkt door de vaststelling dat, zo daadwerkelijk een regelingsopdracht zou zijn beoogd met als strekking om de bescherming van de vertrouwelijkheid van het brief- en telecommunicatieverkeer in private verhoudingen tot aanhoudende zorg van de overheid te verklaren – zoals sommige passages in de toelichting lijken te bedoelen¹⁵ – dit een bepaling van geheel andere bewoording zou vergen en wellicht op een andere plaats in de Grondwet. De conclusie in de toelichting dat een brede regelingsopdracht op dit moment niet zou nopen tot nieuwe wetgeving,¹⁶ zou dan ook bijzonder optimistisch zijn en een ernstige onderschatting betekenen van de problemen waarin men dreigt te komen, gegeven het karakter van het moderne telecommunicatieverkeer.

In dit licht adviseert de Afdeling om het derde lid te schrappen en de toelichting dienovereenkomstig aan te passen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling nog het volgende op.

¹⁴ Toelichting, § 2.4 (Horizontale werking); § 4.1 (Horizontale werking).

¹⁵ Toelichting, § 2.4 (Horizontale werking); § 4.1 (Horizontale werking).

¹⁶ Toelichting, § 4.1 (Horizontale werking), laatste volzin.

3. Nut en noodzaak van artikel 13, derde lid

Doel van het derde lid is om duurzame aandacht van de overheid voor de bescherming van de inhoud van communicatie op grondwettelijk niveau te verankeren, vanwege de betekenis van elektronische communicatie-technologie in het dagelijks leven van burgers. Van opname van het derde lid is echter afgezien omdat een dergelijke regelingsopdracht niet noodzakelijk is, gelet op de bepalingen die reeds zijn opgenomen in de Postwet en de Telecommunicatiewet (mede op basis van de Privacy-richtlijn) om de toepassing van het communicatiegeheim in horizontale verhoudingen te borgen. De omstandigheid dat bij internetverkeer gegevens ook buiten Nederlands grondgebied kunnen worden getransporteerd doet er niet aan af dat een ieder die binnen de Nederlandse rechtsmacht opereert het communicatiegeheim dient te respecteren. Dit uitgangspunt is voor horizontale verhoudingen vastgelegd in artikel 11.2.a Telecommunicatiewet (Tw). Ook dient de overheid op grond van de jurisprudentie inzake artikel 8 EVRM in adequate oplossingen te voorzien wanneer het communicatiegeheim in horizontale relaties aan de orde is. Ook zonder grondwettelijke regelingsopdracht kan het communicatiegeheim in horizontale relaties voldoende worden geborgd.

Tot slot dient te worden voorkomen dat rechtsonzekerheid ontstaat over de reikwijdte van artikel 13. Communicatiestromen en de opslag van gegevens onttrekken zich voor een deel aan de controle van de gebruikers en de Nederlandse overheid vanwege het feit dat de gegevensstromen zich ook buiten het Nederlandse grondgebied verplaatsen. Voor bescherming in die gevallen zijn gebruikers in het buitenland afhankelijk van de wetgeving en controle op de naleving daarvan door staten waar de communicatie doorheen reist.

De essentie van artikel 13 Grondwet, te weten bescherming tegen heimelijke kennisneming door de overheid van de inhoud van communicatie, om het even met welk middel, blijft zonder het nu geschrapte derde lid onverminderd behouden. Het advies van de Afdeling om het derde lid uit de wettekst te schrappen is overgenomen en de memorie van toelichting is op dit punt aangepast.

4. Beperking van het grondrecht in het belang van de nationale veiligheid

a. Aanwijzen van het bevoegde orgaan; mandaat

Ingevolge het voorgestelde tweede lid van artikel 13 is beperking van het brief- en telecommunicatiegeheim mogelijk in het belang van de nationale veiligheid «door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen». In de consultatieversie van het wetsvoorstel was gekozen voor de formulering «met machtiging van een of meer ministers». In de nu voorliggende versie is gekozen voor de genoemde formulering, omdat – zo stelt de toelichting – er onduidelijkheid ontstond over de mogelijkheden om de bevoegdheid tot het verlenen van een machtiging te mandateren, en omdat het onder de oorspronkelijk voorgestelde formulering niet mogelijk zou zijn te eisen dat de rechter de machtiging geeft, terwijl die optie wel gewenst is.¹⁷

De Afdeling gaat er vanuit dat in de bijzondere wet(ten), in aansluiting op de formulering in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002, steeds uitdrukkelijk zal worden bepaald dat de minister hiertoe zelf besluit,

¹⁷ Toelichting, § 3.3 (Beperkingen in het belang van de nationale veiligheid), eerste alinea.

met uitsluiting van mandaat.¹⁸ De Afdeling adviseert hierop in de toelichting nader in te gaan.

b. Toezicht op beperkingen van het telecommunicatiegeheim

In de toelichting wordt ingegaan op de vraag of artikel 8 van het EVRM de eis stelt dat voor beperkingen van het telecommunicatiegeheim in het belang van de nationale veiligheid een rechterlijke machtiging vereist is. In de toelichting wordt volstaan met verwijzing naar het Klass-arrest van het EHRM uit 1978.¹⁹ De Afdeling adviseert in de toelichting ook aandacht te besteden aan relevante jurisprudentie van recente datum, met name aan de arresten Popescu t. Roemenië,²⁰ lordachi t. Moldavië,²¹ Kennedy t. het Verenigd Koninkrijk,²² Uzun t. Duitsland²³ en Valentino Acatrinei t. Roemenië.²⁴

4. Beperking van het grondrecht in het belang van nationale veiligheid

a. Aanwijzen van het bevoegde orgaan; mandaat

b. Toezicht op beperkingen van het telecommunicatiegeheim

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseerde in de toelichting op te nemen dat in de bijzondere wetten, in aansluiting op de Wiv 2002, uitdrukkelijk wordt bepaald dat de minister de bevoegdheid tot het geven van een machtiging op het maken van een inbreuk op het brief- en telecommunicatiegeheim steeds zelf dient uit te oefenen, met uitsluiting van mandaat. Uitgangspunt is echter dat de grondwetgever zich niet uitlaat over mandaat, en dus ook niet over de uitsluiting van mandaat. Het mandaat wordt op wetsniveau bepaald en vastgelegd. In de memorie van toelichting is daarnaast aandacht besteed aan meer recente jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in relatie tot het toezicht op beperkingen van het telecommunicatiegeheim.

5. Verkeersgegevens

Bij telecommunicatie ontstaan gegevens die niet zien op de inhoud, maar op:

- de gebruiker, zoals naam, (IP-)adres, telefoonnummers of mailadres, en*
- de overdracht of opslag van de communicatie, zoals gegevens over tijdstip, plaats en duur van een telefoongesprek en gegevens over tijdstip, adressering en omvang van een e-mailbericht.*

Deze gegevens staan bekend als verkeersgegevens. Vanouds worden verkeersgegevens niet beschermd door artikel 13 van de Grondwet. Dat was altijd al zo bij het briefgeheim: dat beschermd wel de inhoud van de gesloten envelop, maar niet de informatie op de buitenzijde (adres en afzender). Hetzelfde geldt voor het telefoongeheim, dat wel de inhoud van het gesprek beschermt, maar niet de gegevens over het gesprek (wie belt wanneer met wie, hoe lang en met welk nummer). Verkeersgegevens worden wel beschermd door artikel 10, eerste lid, van de Grondwet, dat

¹⁸ Artikel 25, tweede lid, van de Wiv 2002, Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, blz. 27. Zie ook het advies van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten van 20 december 2012, blz. 3.

¹⁹ § 3.2 (Rechterlijke machtiging) van de toelichting.

²⁰ EHRM, Dumitru Popescu t. Roemenië, arrest van 26 april 2007, nr. 71525/01, § 70–77.

²¹ EHRM, lordachi t. Moldavië, arrest van 10 februari 2009, nr. 25198/02, § 40.

²² EHRM, Kennedy t. het Verenigd Koninkrijk, arrest van 18 mei 2010, nr. 26839/05, § 25–98 en 155–170.

²³ EHRM, Uzun t. Duitsland, arrest van 2 september 2010, nr. 35623/05, § 72.

²⁴ EHRM, Valentino Acatrinei t. Roemenië, arrest van 25 juni 2013, nr. 18540/04, § 58.

de persoonlijke levenssfeer in het algemeen regelt; dat artikel biedt echter veel ruimere mogelijkheden om het grondrecht te beperken. In de toelichting wordt, mede aan de hand van onderzoek dat door Smits en Koops²⁵ in opdracht van de regering is verricht, geconstateerd dat de grens tussen inhoud en verkeersgegevens niet altijd scherp valt te trekken. Grensgevallen zijn bijvoorbeeld surfgegevens en het gebruik van bepaalde informatienummers of poortnummers waaruit de strekking van communicatie kan worden afgeleid, maar niet de (letterlijke) inhoud van die communicatie. In de toelichting wordt de keus gemaakt om verkeersgegevens die de inhoud van communicatie betreffen onder het telecommunicatiegeheim te brengen. Daarvan worden twee gevallen genoemd: de onderwerpsregel van een mailbericht en de gehele inhoud van een sms-bericht. De wetgever en de rechter zullen de grens nader moeten bepalen, aldus de toelichting.²⁶

De Afdeling merkt op dat het aantal verkeersgegevens in de loop van de jaren aanzienlijk is toegenomen – ook op dit punt is sprake van proliferatie – en dat verkeersgegevens de mogelijkheid bieden indringend kennis te nemen van iemands persoonlijke levenssfeer, met name als de overheid daarnaast nog de beschikking heeft over gegevens uit andere bronnen: door het combineren van deze gegevens via technieken als datamining en profiling kunnen soms vergaande conclusies worden getrokken. Door het grotere aantal persoonsgegevens dat door de moderne ICT wordt gegenereerd en de rekenkracht van computers is het eenvoudiger dan vroeger om netwerken tussen mensen zichtbaar te maken. In de evaluatie van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, die aanhangigmaking van het voorliggende voorstel is verschenen, wordt geconstateerd dat «tegenwoordig meer dan voorheen wordt aangenomen dat het opvragen van verkeersgegevens (direct of indirect) inzicht kan geven in de persoonlijke levenssfeer van burgers. Dat is bijvoorbeeld denkbaar als van een gebruiker veel en verschillende soorten telecommunicatiegerelateerde gegevens worden opgevraagd over een langere periode. Daardoor zou een breder beeld kunnen worden verkregen van bepaalde communicatie- en/of gedragspatronen van een persoon, waardoor een verdergaande inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer.» De evaluatiecommissie bepleit striktere voorwaarden bij de uitoefening van dergelijke bevoegdheden.²⁷

De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan.

5. Verkeersgegevens

In de toelichting bij het Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 wordt geconstateerd dat de grens tussen inhoud en verkeersgegevens niet altijd scherp te trekken is. Grensgevallen zijn bijvoorbeeld surfgegevens en het gebruik van poortnummers waaruit wel de strekking, maar niet de letterlijke inhoud van de communicatie kan worden afgeleid. In de toelichting is de keuze gemaakt om, anders dan thans het geval is, verkeersgegevens die de inhoud van communicatie betreffen onder het telecommunicatiegeheim te brengen. De wetgever en de rechter zullen deze begrenzing nader vorm moeten geven. De Afdeling advisering van de Raad van State verzocht in haar advies in te gaan op hetgeen de Commissie Dessens in 2013 constateerde in haar evaluatie van de Wiv

²⁵ J.M. Smits, *Technische kwalificatie van verkeersgegevens ten behoeve van herziening artikel 13 Nederlandse Grondwet*, Utrecht 2013. Bert-Jan Koops, *Juridische kwalificatie van verkeersgegevens in het licht van artikel 13 Grondwet*, Universiteit van Tilburg, 2013.

²⁶ Toelichting, § 2.3 (Verkeersgegevens).

²⁷ Commissie-Dessens, *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002*, 2013, blz. 83–84.

2002, namelijk dat «tegenwoordig meer dan voorheen wordt aangenomen dat het opvragen van verkeersgegevens inzicht kan geven in de persoonlijke levenssfeer van burgers. Dat is bijvoorbeeld denkbaar als van een gebruiker veel en verschillende soorten telecommunicatiegerelateerde gegevens worden opgevraagd over een langere periode. Daardoor zou een breder beeld kunnen worden verkregen van bepaalde communicatie- en/of gedragspatronen van een persoon waardoor een verdergaande inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer». In de kabinetsreactie op het rapport van de Commissie Dessens (Kamerstukken II 2013/14, 33 820, nr. 2, blz. 2) is deze ontwikkeling onderkend. In dezelfde kabinetsreactie is aangekondigd dat bij de voorgenomen herziening van de Wiv 2002 zal worden voorzien in een wettelijke regeling van metadata-analyse, waarbij met de in de kabinetsreactie neergelegde uitgangspunten rekening zal worden gehouden.

6. Overgangsrecht

a. De Afdeling merkt op dat het overgangsrecht onnauwkeurig is geformuleerd. Het artikel luidt:

Bestaande wettelijke beperkingen van het in artikel 13, eerste lid, neergelegde recht die in overeenstemming zijn met artikel 13 naar de tekst van 1983 zijn toegestaan voor ten hoogste vier jaren of tot een bij of krachtens de wet te bepalen eerder tijdstip.

De bepaling gaat er kennelijk van uit dat de bestaande wettelijke beperkingen van het nieuwe artikel 13 uiterlijk na vier jaar niet meer zijn toegestaan, maar het is niet duidelijk of de woorden «zijn toegestaan voor ten hoogste vier jaren of ...» betekenen dat die beperkingen uiterlijk na vier jaren van rechtswege vervallen. Bovendien is uit de wettekst niet duidelijk in hoeverre bestaande wettelijke beperkingen, voor zover zij in overeenstemming zijn met de nieuwe grondwetsbepaling, van kracht blijven. Voorts blijkt uit het voorgestelde artikel niet om welke wettelijke bepalingen het gaat. Weliswaar geeft de toelichting daarvan een overzicht, maar de rechtsgeldigheid van een wettelijk voorschrift kan niet worden bepaald in een toelichting.²⁸

De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt aan te passen.

b. De overgangsregeling gaat er vanuit dat de noodzakelijke aanpassing van wetgeving aan de nieuwe tekst van artikel 13 in ten hoogste vier jaar tot stand zal komen, maar er moet rekening mee worden gehouden dat dat niet het geval zal zijn. Het valt niet uit te sluiten dat artikel 140 van de Grondwet – het artikel dat een algemene regeling geeft voor grondwettelijk overgangsrecht – op dat moment van betekenis wordt. Artikel 140 van de Grondwet voorziet erin dat wetten en regelingen die in strijd zijn met een verandering in de Grondwet gehandhaafd blijven totdat daarvoor overeenkomstig de Grondwet een voorziening is getroffen. Het staat echter niet vast of artikel 140 van de Grondwet van toepassing is op rechtstreeks werkende bepalingen in de Grondwet, wat in dat verband onder «rechtstreeks werkende bepalingen» moet worden verstaan en of het voorgestelde artikel 13 onder dat begrip moet worden gerekend. Bovendien is verdedigbaar dat een bijzondere regeling van overgangsrecht, zoals in dit geval additioneel artikel VI, ook na het verstrijken van de overgangperiode in de weg staat aan toepassing van artikel 140 van de Grondwet op grond van de regel «lex specialis derogat legi generali» (de

²⁸ Vergelijk aanwijzing 173 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

bijzondere wet gaat voor de algemene). Het definitieve oordeel daarover is echter aan de rechter.²⁹

De Afdeling adviseert op het voorgaande in de toelichting in te gaan.

6. Overgangsrecht

De bepaling die ziet op het overgangsrecht in het wetsvoorstel is op advies van de Afdeling gewijzigd. De memorie van toelichting is naar aanleiding van de wijziging van de overgangsbepaling aangepast.

7. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

7. Redactionele opmerkingen

De opmerkingen van redactionele aard zijn overgenomen.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele recente ontwikkelingen en verduidelijkingen in de toelichting op te nemen.

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

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U, mede namens mijn ambtsgenoten de Minister-President, Minister van Algemene Zaken en de Minister van Veiligheid 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 en Koninkrijksrelaties,
R.H.A. Plasterk

²⁹ Zie onder meer Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nrs. 1–5, blz. 52; 1976/77, 14 213, nr. 3, blz. 10. HR 4 maart 1986, NJ 1986, 612, HR 27 mei 1986, NJ 1987, 298. Kamerstukken I 1987/88, 19427, nr. 135b, blz. 10–11. Kamerstukken II 1987/88, 20 200 V en VII, nr. 26. Handelingen II 12 november 1987, blz. 1052–1070. H.R.B.M. Kummeling, «Het grondwettelijk overgangsrecht en de rechtstreekse werking van grondrechten», *Nederlands Juristenblad* 1987, blz. 349–352. L.F.M. Verheij, «De grondwetsbestendigheid van de paspoortkwestie», *NJCM-Bulletin* 1988, blz. 205–213. L. Danse, «Grondwettelijk overgangsrecht in discussie», in *Gegeven de Grondwet, CZW-bundel*, Kluwer, Deventer, 1988, blz. 241–254. E.M.H. Hirsch Ballin, «Samenhang, werking en waarborgen van de grondrechten inzake de onschendbaarheid van de woning en het post- en telecommunicatiegeheim», in *Staatsrechtconferentie 1987*, Zwolle 1988, blz. 87–95. M.T. Oosterhagen, «Artikel 140» in: P.W.C. Akkermans & A.K. Koekoek, *De Grondwet, een artikelsgewijs commentaar*, 2e druk Zwolle 1992, blz. 1210–1219.

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W01.13.0179/I

- In het opschrift «brief-, telefoon en telegraafgeheim» wijzigen in: brief-, telefoon- en telegraafgeheim.
- In § 2.2.2, eerste alinea, van de toelichting de onjuiste bewering dat het huidige artikel 13 ziet op «brieven welke aan de post of aan andere openbare instellingen van vervoer zijn toevertrouwd» corrigeren (vergelijk § 2.2.1, waarin feitelijk juist wordt geconstateerd dat deze woorden in 1983 uit de Grondwet zijn geschrapt.