

Aan:
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Plaatsvervangend Directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving
Dhr. mr. W.J. Pedroli
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

Uw ref. : 2012-0000594504
Onze ref. : SPF-20121229
Datum : 29 december 2012
Betreft : Commentaar Privacy First op concept-wetsvoorstel tot wijziging van art. 13 Grondwet

Geachte heer Pedroli,

Op 16 oktober jl. verzocht u Stichting Privacy First om een reactie te geven op het concept-wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet. Privacy First is u erkentelijk voor uw verzoek en voorziet u hierbij graag van kritisch commentaar. Daarbij zij allereerst opgemerkt dat Privacy First de wens van dit kabinet om het huidige, archaïsche artikel 13 Grondwet te moderniseren volledig onderschrijft. Privacy First betreurt het echter dat het kabinet niet de kans heeft gegrepen om ook andere ‘grondrechten in het digitale tijdperk’ te vernieuwen en te versterken.

Positieve aspecten

In de optiek van Privacy First vormen het eerste en derde lid van het huidige concept-wetsvoorstel ter herziening van artikel 13 Grondwet krachtige ankerpunten voor een toekomstbestendig recht op vertrouwelijke communicatie. Het eerste lid moderniseert terecht het oude brief-, telefoon- en telegraafgeheim tot een techniekonafhankelijk (of techniekneutraal) brief- en telecommunicatiegeheim. Het derde lid vormt een juiste waarborg voor de horizontale uitwerking hiervan. Privacy First onderschrijft bovendien de ruime interpretatie die in de concept-memorie van toelichting (MvT) aan diverse relevante begrippen gegeven wordt. Het tweede lid van het concept-wetsvoorstel bevat echter een systematische disbalans die onze maatschappij in minder democratische tijden uit het rechtsstatelijke lood zou kunnen doen slaan. Het is dan ook met name dit tweede lid waarop de kritiek van Privacy First zich richt. Andere punten van kritiek betreffen de notificatieplicht en verkeersgegevens alsmede het ontbreken van een rechtsvergelijkende paragraaf in de MvT.

Rechterlijke machtiging en nationale veiligheid

Terecht stelt de MvT dat “in het licht van artikel 13 (...) de bescherming van de burger tegen inbreuken van de overheid voorop [staat], met name in het licht van

optreden van politie en inlichtingendiensten. (...) Het stellen van de eis van een rechterlijke machtiging in de Grondwet geeft een sterke en duidelijke rechtsstatelijke waarborg.”¹ Het is dan ook onbegrijpelijk dat in het tweede lid van het concept-wetsvoorstel het domein van de nationale veiligheid van rechterlijk toezicht wordt uitgezonderd. Daar waar de machtsconcentratie het hoogst is, dienen immers de juridische *checks & balances* het krachtigst te zijn om (toekomstig) machtsmisbruik te voorkomen. In het licht van de Europese geschiedenis is de uitzondering in lid 2 zelfs volstrekt onverantwoord: ook in onze contreien is een democratische rechtsstaat helaas geen statisch gegeven. Daarnaast geeft e.e.a. een gevaarlijk signaal aan het buitenland. De uitzondering in lid 2 acht Privacy First bovendien onverstandig met het oog op mogelijke technologische ontwikkelingen in de (verre) toekomst.² Hetzelfde geldt in verband met de (verdere) oprekking van het begrip “nationale veiligheid”. Ook in de toekomst dient de Nederlandse bevolking tegen willekeurige inbreuken op het communicatiegeheim beschermd te zijn; de huidige formulering van lid 2 biedt hiertoe geen enkele garantie.

Het toevoegen van een extra ‘rechterlijke laag’ zou het huidige stelsel van intern en extern toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (en daarmee de democratische rechtsstaat) versterken. Het systeem van rechterlijk toezicht in een land als Canada kan in dit opzicht een bron van inspiratie vormen. Een dergelijke rechterlijke *check* zou tevens in lijn zijn met de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens:

*“The Court has indicated, when reviewing legislation governing secret surveillance in the light of Article 8 [ECHR], 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.”*³

In het licht hiervan is de huidige formulering van lid 2 niet opportuun. Privacy First adviseert dan ook om dit lid als volgt te herzien:

“Beperking van dit recht is mogelijk in de gevallen bij de wet bepaald met machtiging van de rechter ~~of, in het belang van de nationale veiligheid, met machtiging van één of meer bij de wet aangewezen ministers.~~”
[doorstreping Privacy First]

Als eventueel alternatief voor de invoering van rechterlijk toezicht in het veiligheidsdomein adviseert Privacy First om de bestaande Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (CTIVD) te *upgraden* tot een krachtiger onafhankelijk toezichtsorgaan *à la* het Belgische of Duitse model, met algehele, verplichte toetsing *vooraf* i.p.v. steekproefsgewijs toezicht *achteraf*.

¹ MvT, pp. 18, 20.

² Vergelijk MvT, p. 11, 1^e alinea.

³ EHRM 22 nov. 2012, *Telegraaf vs. Nederland* (Appl.no. 39315/06), r.o. 98. Vergelijk tevens *ibid.*, r.o. 98-102.

Notificatieplicht

Een tweede punt van kritiek betreft het ontbreken van expliciete grondwettelijke vermelding van een notificatieplicht bij inbreuken op het brief- en telecommunicatiegeheim. Een notificatieplicht versterkt immers de rechtsbescherming voor burgers en draagt bij aan correcte naleving van de wet door de overheid, ook in het veiligheidsdomein. Evenals rechterlijke machtiging biedt dit de beste garanties tegen misbruik op korte én lange termijn.

Verkeersgegevens

In de optiek van Privacy First dienen ook verkeersgegevens onder de reikwijdte van artikel 13 Grondwet te vallen. Deze gegevens zien immers vaak mede op de *inhoud* van communicatie; dit blijkt zelfs met zoveel woorden uit de MvT zelf, waar terecht SMS en de onderwerp-regel van email als voorbeelden worden genoemd.⁴ Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor zoekopdrachten in zoekmachines. Daarnaast kan uit verkeersgegevens *in combinatie met andere* (al dan niet *real-time* verzamelde) gegevens alsnog de inhoud van communicatie tussen individuen en/of bedrijven worden afgeleid. Een krachtig regime van artikel 13 Grondwet in combinatie met rechterlijk toezicht is dus ook hier geboden.

Rechtsvergelijking

Tenslotte mist Privacy First in de huidige MvT een rechtsvergelijkende paragraaf waarin het huidige artikel 13 Grondwet vergeleken wordt met grondwettelijke *best practices* uit landen met hetzij een *civil law*, hetzij een *common law* traditie. Met een nieuw artikel 13 Grondwet als internationale *state-of-the-art* zou Nederland zich bovendien positief kunnen onderscheiden en haar vroegere positie als mensenrechtelijk gidsland enigszins kunnen heroveren.

Privacy First hoopt u met dit advies van dienst te zijn. Desgevraagd zijn wij graag tot een nadere toelichting op bovenstaande punten bereid.

Hoogachtend,

Stichting Privacy First

mr. Vincent A. Böhre
director of operations

⁴ MvT, p. 18.