

# Het derde voorstel tot een 'technisch neutrale' wijziging van artikel 13 Gw

Egbert Dommering\*

De Commissie-Thomassen had tot opdracht een Grondwetsvoorstel in Jip en Janneke-taal te maken en ook de grondrechten die over informatietechnologie gaan (de artikelen 7-13 Gw) te moderniseren. De Commissie bracht in 2011 een verdeeld advies uit. Daarvan is nu een voorstel tot wijziging van artikel 13 (brief- en telefoongeheim) overgebleven. Een voorontwerp zal vermoedelijk dit jaar gevolgd worden door een definitief voorstel aan de Tweede Kamer. Dit artikel onderwerpt het voorontwerp en het voorstel van de Commissie aan een kritische analyse.

## 1 Een zich alsmaar niet wijzigende Grondwet

In 2011 schreef ik naar aanleiding van het advies van de Commissie-Thomassen over aanpassingen van de Grondwet (Gw) aan de tijd:<sup>1</sup>

'Wordt het nog wat met de Nederlandse Grondwet? Grondwetscommissies komen en gaan (de Commissie-Franken in 2000, nu de Commissie-Thomassen), de Grondwet blijft onveranderd.<sup>2</sup> De Commissies willen allemaal de uit de jaren tachtig van de vorige eeuw daterende formulering van de grondrechten in de artikelen 7-13 Gw (vrijheid van meningsuiting, dataprotectie en communicatiegeheim) *up to date* maken. Ze worstelen allemaal met het conflict tussen de explosieve ontwikkeling van de Informatie- en Communicatie Technologie en een eerbiedwaardig college van heilige koeien uit het Nederlandse staatsrecht, niet de meest innovatieve tak van sport aan de Rechtenfaculteiten.<sup>3</sup> Ze willen allemaal toetsingsrecht en dat willen velen in de Tweede Kamer ook, maar de 'gedoogmeerderheid' in tweede lezing waarschijnlijk niet.<sup>4</sup>

Inmiddels is die gedoogmeerderheid van de regering vervangen door de 'gunmeerderheid' van VVD en PvdA in de Tweede Kamer en een minderheidspositie in de Eerste Kamer.

Van het advies van de Commissie-Thomassen is alleen artikel 13 Gw overgebleven. De Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken hebben daarover een voorontwerp gepubliceerd dat afwijkt van de door de Commissie voorgestelde tekst. Het is niet zeker dat het gepubliceerde voorontwerp

ook de tekst wordt die naar de Raad van State en de Tweede Kamer zal gaan.

Ik plaats de huidige tekst, de door de Commissie-Thomassen voorgestelde tekst en de in het voorontwerp gepubliceerde tekst hieronder in kaders.

### Kader 1 (huidige tekst art. 13 Gw):

Lid 1: Het briefgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.  
Lid 2: Het telefoon- en telegraafgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.'

### Kader 2 (Commissie-Thomassen):

Lid 1: Ieder heeft recht op vertrouwelijke communicatie.  
Lid 2: Beperking van dit recht is alleen mogelijk  
a in gevallen bij de wet bepaald, met machtiging van de rechter of  
b in belang van de nationale veiligheid door of met machtiging van hen die daartoe bij wet zijn aangewezen.'

### Kader 3 (voorontwerp):

Lid 1: Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn brief- en telecommunicatiegeheim.  
Lid 2: Beperking van dit recht is mogelijk in de gevallen bij wet bepaald met machtiging van de rechter of, in het belang van de nationale veiligheid, met machtiging van een of meer bij de wet aangewezen ministers.  
Lid 3: De wet stelt regels ter bescherming van het brief- en telecommunicatiegeheim.'

\* Prof.dr. E.J. Dommering is emeritus hoogleraar Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1 E.J. Dommering, 'Een nieuw voorstel tot aanpassing van de Grondwet', *Computerrecht* 2011-2, p. 52-55.

2 Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk, beter bekend als de Commissie-Franken, Den Haag 2000, besproken door F. Kuitenbrouwer en ondergetekende in *Computerrecht* 2000-4. Het in dit artikel besproken advies van de Commissie-Thomassen is het *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag 2010, beter bekend als de Commissie-Thomassen. Behalve in het hierna aangehaalde *NJB*-artikel van Peeters & Boogaard is het rapport besproken door Bert-Jaap Koops in het *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 2011.

3 J.A. Peeters & G. Boogaard, 'Staatscommissie Thomassen: te voorzichtig', *NJB* 2010- 44/45, p. 2803: 'De Commissie bestond uit nagenoeg alleen maar juristen en dan ook voor een groot gedeelte uit typische staatsrechtgeleerden. Juristen zijn over het algemeen tot een zekere behoudzucht geneigd, maar dat geldt nog veel meer voor staatsrechtjuristen'.

De problemen rondom de wijziging van de grondrechten die betrekking hebben op communicatie in de door informatie- en communicatietechnologie gedreven samenleving valt mijns inziens uiteen in twee groepen:

- 1 Het Nederlands grondwettelijke probleem.
- 2 Het technische probleem.

In het navolgende behandel ik die twee problemen afzonderlijk. Dan rond ik af met een bespreking van het voorstel.

## De problemen rondom de wijziging van de grondrechten die betrekking hebben op communicatie in de door informatie- en communicatietechnologie gedreven samenleving valt mijns inziens uiteen in twee groepen

### 2 Het grondwettelijke probleem: de Nederlandse Grondwet is een instrument dat zich tot de wetgever richt en is bovendien a *dead instrument*

De Nederlandse Grondwet is een wet die vooral instructienormen voor de wetgever bevat.

<sup>5</sup> Bij de grondrechten houdt dat in dat in de Grondwet niet zozeer een positieve omschrijving van de inhoud van het recht te vinden is, maar enkel tot de wetgever gerichte instructies hoe de werking van de grondrechten mag worden beperkt. Je kunt dat goed zien bij artikel 13. In alle voorgestelde teksten wordt de inhoud van het geheim niet omschreven, maar is het grootste deel van de tekst gewijd aan de vraag wanneer het zonder rechterlijke tussenkomst mag worden beperkt.

## Het toetsingsverbod uit artikel 120 heeft in de weg gestaan aan een dynamische uitleg van de Grondwet waarbij de bewoordingen worden aangepast aan de eisen van de tijd

Daarnaast heeft het toetsingsverbod (de rechter mag de wet in formele zin niet toetsen aan de Grondwet) uit artikel 120 in de weg gestaan aan een dynamische uitleg van de Grondwet waarbij de bewoordingen worden aangepast aan de eisen van de tijd. Daardoor staat de Nederlandse Grondwet letterlijk stil. Daardoor bestaat in Nederland niet dat wat in Duitsland (waar een Constitutioneel Hof wetten en verdragen aan de Duitse Grondwet toetst) *Verfassungspatriotismus*<sup>6</sup> wordt genoemd: de gedachte dat de grondwet een bezit is van de burgers die voor de daarin neergelegde belangen en fundamentele rechten opkomen bij de nationale rechter. In tegenstelling tot grondwetten die door rechters worden toegepast en die ook wel *living instruments* worden genoemd, is de Nederlandse Grondwet dus een *dead instrument*. Meer eufemistisch spreekt men in Nederland van een 'sobere grondwetcultuur'.<sup>7</sup> Je ziet dit terug bij de elkaar opvolgende discussies over de aanpassing van de inhoud van de grondrechten en het toetsingsrecht. Deze worden steeds in het voordeel van de *dead instrument*-benadering (geen rechterlijke toetsing) beslecht. Deze groep heeft het wel over 'constitutioneel gewoonterecht', maar dat heeft betrekking op de vraag of de staatsorganen zich wel aan hun constitutionele taken houden. Bijvoorbeeld of de Eerste Kamer

En de behoudzucht wordt al vroeg aangekweekt, zie J.J. Sillen, universitair docent staats- en bestuursrecht aan de RU, en lid van de Jonge Nederlandse Juristen Vereniging, 'Tegen het toetsingsrecht', *NJB* 2010-43, p. 2742-2748.

- 4 De 'Verklaringswet Halsema', Wet van 25 februari 2009, *Stb.* 120, tweede lezing, *Kamerstukken II* 2009-10, 32 334, nr. 1-3; par. 3.2 van het rapport-Franken (de meerderheid min één); paragraaf 5.3 van het rapport-Thomassen (unaniem).
- 5 C.A.J.M. Kortmann 'Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?', in: M.P.J. van Haften (red.), *De Grondwet herzien 25 jaar later 1983-2008*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken 2008, p. 28.
- 6 De term komt oorspronkelijk van de Duitse politicoloog D. Sternberger, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main: Insel 1990, p. 17-31, maar heeft in de Duitse literatuur school gemaakt, o.a. bij Habermas.
- 7 Zie T. Barkhuysen e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker of verdwijnpunt?*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2009, hoofdstuk 2, een studie in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, ten behoeve van de Commissie-Thomassen.

niet 'te politiek' wordt.<sup>8</sup> Maar ook op dat vlak is geen animo te bespeuren om te kijken naar het constitutionele kiesstelsel. In de media- en personendemocratie van steeds wisselende meerderheden functioneert het stelsel van evenredige vertegenwoordiging en de getrapte verkiezing van de Eerste Kamer niet meer. De Nederlandse staatsrechtsgeleerden verslikken zich echter in hun koffie als je zegt dat we naar een ander stelsel toe zouden moeten. Hoor eens even: Nederland is een open democratie en daar hoort ons kiesstelsel bij. En die getrapte verkiezing van de Eerste Kamer is het stabiliserend evenwicht. Foei, de Eerste Kamer, *Chambre de Réflexion*, gedraagt zich stout. Over de aanpassing van de Grondwet schrijf je theoretische beschouwingen met titels liefst voorzien van vraagtekens.<sup>9</sup>

Het bovenstaande leidt ertoe dat bij een onderwerp als dit een zekere metaalmoetheid is opgetreden. Je ziet het aan de wat matte of uitblijvende reacties op het voorontwerp.

## De Grondwet omhelst in artikel 94 het monistische stelsel en draagt de Nederlandse rechter op om nationale wetten buiten toepassing te laten als zij strijdig zijn met eenieder verbindende bepalingen van verdragen

Een derde aspect van het eerste probleem is dat de Grondwet in artikel 94 het monistische stelsel omhelst en de Nederlandse rechter opdraagt om nationale wetten buiten toepassing te laten als zij strijdig zijn met eenieder verbindende bepalingen van verdragen. Als het gaat om een verdrag dat door een internationale rechter als een *living instrument* wordt uitgelegd, zoals het EVRM, heeft dat dus een verouderingseffect op onze Grondwet. Daarnaast bevordert het nationale luiheid, omdat het Europese recht en de Europese rechter het karwei wel zullen opknappen of al hebben opgeknapt. En dus worden de voorstellen van de Commissie-Thomassen om een materiële beperkingsclausule en rechterlijke toetsing in de Grondwet op te nemen niet overgenomen en opgeborgen in een op dit punt reeds rijk gevulde bureaulade. Wij voeren dus een discussie over grondwetsbepalingen waarvan we weten dat de rechter ze straks toch weer aan het Europese recht zal moeten toetsen.

Het laatste aspect (maar dat hangt samen met de vorige) is dat de 'zinkingskosten' van een grondwetswijziging (twee lezingen, tweederde meerderheid) zo hoog zijn dat de politiek niet staat te trappelen om een grondwetswijziging op de agenda te zetten. Daar komt in de huidige politieke constellatie bij dat het vinden van politieke meerderheden steeds moeilijker wordt, laat staan een constitutionele meerderheid.

'Binnentreden in een woning', zoals het nog zo deftig in artikel 12 staat, is een elektronische handeling geworden met behulp van fijne registratieapparatuur, die buiten de woning kan worden opgesteld, maar daarover gaat artikel 12 niet

### 3 Het technische probleem

De Grondwet heeft de privésfeer van de burger keurig in stukjes opgeknapt. Artikel 10 opent met een algemene regel (bescherming van de persoonlijke levenssfeer), maar handelt uiteindelijk over persoonsgegevens; artikel 11 beschermt de integriteit van het lichaam, artikel 12 bevat het klassieke huisrecht en artikel 13 gaat dus over de brief en de telefoon. In de wereld van de 19e en het begin van de 20e eeuw beschreef deze systematiek nog een werkelijkheid die op deze manier uiteen te leggen was. Maar dat is in de tweede helft van de 20e en in de 21e eeuw allang niet meer het geval.

Het huis is doorzichtig geworden door elektronische apparatuur. 'Binnentreden in een woning', zoals het nog zo deftig in artikel 12 staat, is een elektronische handeling geworden met behulp van fijne registratieapparatuur, die buiten de woning kan worden opgesteld, maar daarover gaat artikel 12 niet; dat gaat nog over een huis met fysieke muren. Op straat en in winkelcentra word je in de privésfeer continu door bewakingscamera's gevolgd. Tussen de middag ga je inkopen doen bij Albert Heijn, waar al je aankopen via de bonuskaart worden opgeslagen. In een kledingzaak koop je een blouse waarin een RFID-chip (*Radio Frequency Identification*) is verstopt, waarmee het product gemakkelijk is te traceren, zodat de winkel niet alleen de voorraad op peil kan houden, maar ook de aankoopbewegingen van de klant nauw-

8 Zie de polemiek tussen E.C.M. Jurgens in *NRC Handelsblad* van 14 maart 2013 en P.P.Th. Bovend'Eert in de *Volkskrant* van 22 maart 2013.

9 C.A.J.M. Kortmann 'Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?', in: M.P.J. van Haften (red.) *De Grondwet herzien 25 jaar later 1983-2008*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken 2008, p. 28 en T. Barkhuysen e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd: anker of verdwijnpunt?*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2009, hoofdstuk 2, een studie in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, ten behoeve van de Commissie-Thomassen.

keurig kan blijven volgen. De ingeschakelde *smartphones* en *apps* geven continu je plaats door aan de naast bij gelegen antennes, en die locatiegegevens worden verwerkt tot gerichte gelokaliseerde reclameboodschappen en diensten. De OV-chipkaart van het openbaar vervoer registreert tijd en route van je reis naar je werk. Navigators van privé-auto's lokaliseren voortdurend plaats en tijd van de auto, de parkeer-*app* registreert waar de auto staat geparkeerd. *Cookies* op websites registreren voortdurend je internetgedrag. Zoekmachines op het web onthouden je voorkeuren. Alle gegevens in je *smartphone* en op je PC worden opgeslagen op centrale servers in de *cloud*. Fotoboeken met privéfoto's worden centraal opgeslagen en zijn met makkelijke *passwords* te raadplegen. Alle inloggegevens van je internetbezoeken en alle gegevens van je communicatie via je mobiele telefoon worden opgeslagen door je internetprovider en je telefoonmaatschappij, die daartoe wettelijk verplicht zijn en worden, omdat je in Nederland woont, twee jaar lang opgeslagen. In andere landen in de EU is die termijn korter. En zo kan ik nog wel even doorgaan.

Daarnaast is het moeilijk om privécommunicatie af te grenzen van openbare communicatie, omdat op de sociale media allerlei vormen van communicatie zijn ontstaan die tussen openbare en privécommunicatie liggen. We hoeven maar te denken aan de uitnodiging aan de 'vrienden' om een verjaardagsfeestje te komen vieren in Haren (*Project X*), die leidt tot een massale gebeurtenis. De autoriteiten gaan daardoor het verkeer op Facebook permanent monitoren, zonder dat nu precies duidelijk is of ze aan het 'afluisteren' zijn of openbare mededelingen aan het registreren. Als je een gratis e-mailaccount bij Hotmail hebt, is je communicatie in zekere zin ook openbaar, omdat via adressen en trefwoordenonderzoek voorkeuren kunnen worden bijgehouden, waardoor aan verzonden en ontvangen e-mail reclameboodschappen kunnen worden toegevoegd, uit de opbrengsten waarvan deze 'gratis' e-maildienst betaald kan worden. En de bij websitebezoek over je voorkeuren verzamelde gegevens zijn goed voor een continue stroom *spam*-berichten op je e-mail die steeds sluwder zijn gecodeerd om *spam*-filters te omzeilen. Tegenwoordig ontvang ik bijvoorbeeld veel Chinese berichten.

Alle communicatiepatronen lopen dus door elkaar heen en vinden voor een deel tegelijkertijd plaats. Er wordt moeiteloos geschakeld tussen geheel individuele patronen en (deels) publieke patronen, het moment van commu-

nicatie wordt steeds individueel gekozen en bijna alle communicatiehandelingen worden geregistreerd en opgeslagen. Dat geldt ook voor veel fysieke verplaatsingen en bewegingen. Maar ook je lichaam is doorzichtig geworden, zodat de 'onaantastbaarheid' van artikel 11 Grondwet een virtueel begrip is geworden, maar het lichaam grondwettelijk nog steeds gaat over fysieke inbreuk. *Body scans* en *eye scans* bij grenscontroles trekken zich van die onaantastbaarheid niets aan.

De conclusie is dus dat de opslag en verwerking van persoonsgegevens niet meer los kan worden gezien van de artikelen 11, 12 en 13. Zouden die artikelen niet dezelfde rechtenbelangen moeten gaan beschermen volgens dezelfde systematiek? Anders gezegd: je kunt het probleem van het *up to date* maken van artikel 13 niet los zien van de daarmee samenhangende artikelen 10 tot en met 12.

**De Commissie-Thomassen had gehoopt de 'technische neutraliteit' te bereiken door in haar voorstel helemaal geen techniek meer te verwoorden. Alle 'vertrouwelijke communicatie' moest beschermd worden**

#### 4 Het voorstel: het beschermingsobject

*Het beschermingsobject: transport*

De Commissie-Thomassen had gehoopt de 'technische neutraliteit' te bereiken door in haar voorstel helemaal geen techniek meer te verwoorden. Alle 'vertrouwelijke communicatie' moest beschermd worden. Zij volgde daarin de Commissie-Franken.<sup>10</sup> Deze benadering heeft destijds om twee redenen veel kritiek opgeroepen. De eerste reden was dat daar dan ook het gesprek in de kroeg en op straat onder viel. De tweede, fundamentele, reden is dat 'vertrouwelijk' een vloeiend begrip is, zodat de rechtszekerheid van de beschermingsnorm onvast is. Bovendien werd het begrip 'vertrouwelijk' gekoppeld aan de mate van beveiliging van de boodschap. Dat is de zogenoemde 'ansichtkaartdiscussie'. Iedereen kan de Ansichtkaart lezen en daarom valt die niet onder het briefgeheim, was het uitgangspunt. Dat uitgangspunt werd doorgetrokken naar mobiele communicatie die door iedereen

<sup>10</sup>Zie de vindplaats in noot 2.

kan worden opgevangen. Maar het is niet zo dat iemand die zonder beveiliging een bericht verstuurt (de briefkaart, het niet versleutelde mobiele bericht) geen *privacy expectancy* zou hebben. Hier worden feit en norm door elkaar gehaald. Ook het wegnemen van een goed uit een huis met een slecht slot op de deur blijft diefstal. De ontwerpers van de bepaling uit het voorontwerp zien dat ook in en beogen met hun omschrijving het rechtsgoed dat oorspronkelijk werd beschermd intact te laten. Dat rechtsgoed is de afscherming van een aan een post- of telecommunicatienetwerk toevertrouwde boodschap. De bepaling in het voorontwerp behelst een absolute norm: wat ik ook in een brief schrijf, hoe ik die ook dichtplak, hoe ik ook telefoneer (afgeschermd, of in het openbaar, of op het net), degene die de transportdienst aanbiedt, moet het privé-karakter (het geheim) van de boodschap respecteren. Hij mag berichten alleen sorteren, transporteren en geadresseerd bezorgen. Zelfs het adres op de enveloppe mag alleen voor dat doel worden gelezen, want overigens is het geheim en mag niet aan derden worden verteld, waar, wanneer en aan wie de geadresseerde brief is bezorgd. Men noemt dit ook wel de 'kanaalbescherming'. Blijkens de toelichting op het wetsvoorstel is een dergelijke bescherming ook bedoeld.

De ontwerpers beogen dit te bereiken door de bescherming van brief- en telefoongeheim samen te trekken. Afgezien van het gebruik van de verouderde term 'telecommunicatie-geheim' (tegenwoordig spreken we van 'elektronische communicatie') is het bezwaar dat het beschermingsniveau van het briefgeheim, dat in de huidige Grondwet hoger is dan dat van het telefoon- en telegraafgeheim, wordt verlaagd. Dit is één van de kritiekpunten in de consultatieronde geweest.<sup>11</sup> De vraag is hoe zwaar we daaraan moeten tillen, omdat er ook een verbetering is, die zwaarder weegt dan het kritiekpunt (zie hierna in paragraaf 6 bij *beperkingen*). Een tweede punt van kritiek<sup>12</sup> is dat de memorie van toelichting van het voorontwerp het heeft over het toevertrouwen van het bericht aan een 'derde', zonder dat duidelijk is wie daar allemaal onder vallen. Zijn dat de aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten en netwerken in de zin van de Telecommunicatiewet of van openbare postdiensten in de zin van de Postwet? Er is veel voor te zeggen om een beperking aan te brengen. De geheimhouding in besloten netwerken (bijvoorbeeld bedrijfsnetwerken) berust mijns inziens op in de arbeidsovereenkomst

verankerde privacyreglementen. En als ik mijn buurman vraag een brief voor mij te posten, impliceert het vertrouwen dat ik in hem investeer dat hij die brief niet zal openen. Dat volgt niet uit het briefgeheim.

#### *Openbare en besloten communicatie*

In het tijdperk van sociale media is, zo zagen we hiervoor, de grens tussen openbare en privécommunicatie vloeiend. Bovendien wordt ieder gebruik van een openbare dienst geregistreerd door middel van onthouden gegevens en *cookies*. Het ontwerp maakt de ferme keuze de bepaling te doen zien op alle geadresseerde communicatie. Dat betekent dat communicatie in een kring van geadresseerden en individueel traceerbare communicatie met een openbaar aangeboden dienst eronder valt. Dit zal ongetwijfeld wel afbakingsvraagstukken blijven opleveren, waarin de rechter zal moeten beslissen (bijvoorbeeld bij de aan miljoenen geadresseerde *spam*-boodschap), maar het beginsel is op zichzelf duidelijk. Het alternatieve criterium van de beoogde vertrouwelijkheid van de zender is bij voorbaat onzeker.

**Het ontwerp maakt de ferme keuze de bepaling te doen zien op alle geadresseerde communicatie. Dat betekent dat communicatie in een kring van geadresseerden en individueel traceerbare communicatie met een openbaar aangeboden dienst eronder valt**

#### *Transport en opslag*

In de nieuwe communicatietechnologie is het steeds moeilijker om transport- en opslagfuncties te scheiden. Bij het oude briefgeheim redeneerde men dat het briefgeheim ophield zodra de transporteur de brief had 'bezorgd' (de brief 'op de mat' viel er dus niet onder). Dat vond de wetgever een bezwaar in verband met de correspondentie van in instituten verkerende personen (gevangenen, bejaarden, gehospitaliseerde patiënten), vandaar dat het briefgeheim ook na bezorging aan de brief blijft 'kleven'.<sup>13</sup> In de Richtlijn E-Commerce worden opslagfuncties onderscheiden die aan het transport kunnen worden toegerekend, zoals *caching* (tijdelijk opslaan) en *hosting* (een opgevraagde webpagina beschikbaar houden voor de klant

11 O.a. van de belangenorganisatie *Privacy First*.

12 O.a. prof. B.J. Koops in zijn voordracht van 23 november 2013 voor de Vereniging voor Media- en Communicatierecht.

13 Voor een gedetailleerde analyse van geschiedenis en betekenis van het briefgeheim, zie W. Steenbrugge, *Publieke dimensies van privé-communicatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2009, p. 251 e.v.

14 Geïmplementeerd in art. 6:196c BW.

om hem bij opnieuw opvragen sneller te kunnen produceren).<sup>14</sup> De *cloud* kan tot *hosting* worden gerekend. De memorie van toelichting stelt dat de van een klant opgeslagen gegevens in de *cloud*, de in de zoekmachine onthouden zoekvraag en de op de server van de *Internet Service Provider* aangehouden e-mail onder het geheim vallen. Dat impliceert dat het ontwerp kiest voor een ruim elektronisch briefgeheim. Problematisch kan dit echter worden wanneer de *cloud*-dienst en de communicatiedienst door verschillende partijen worden aangeboden. Dit punt zal in de definitieve memorie van toelichting nog moeten worden verduidelijkt.

#### *Inhoud en verkeersgegevens*

Van oudsher ging men ervan uit dat het geheim betrekking had op de inhoud van de boodschap. Het EHRM is daaronder geleidelijk aan ook de zogenaamde verkeersgegevens (de dragers van de informatie die nodig is om de inhoudelijke boodschap te bezorgen, bijvoorbeeld het adres) gaan begrijpen.<sup>15</sup> Dat onderscheid is steeds moeilijker te maken, bijvoorbeeld omdat bij e-mail adressering en inhoud door elkaar lopen. Bovendien zijn bij de huidige fijnmazige registratietechniek de verkeersgegevens (waar, wanneer en met wie is er gecommuniceerd?) vaak belangrijker dan de inhoud van de boodschap zelf. De Commissie-Franken plaatste de verkeersgegevens buiten de bescherming, en verwees ze als 'persoonsgegevens' naar het regime van artikel 10. Ondanks stevige kritiek destijds houden de Commissie-Thomassen en het voorontwerp daaraan vast. In alle commentaren op het voorontwerp wordt de kritiek herhaald. Ik sluit mij daar graag bij aan. De inhoud van de boodschap en de door de plek van communicatie, de adressering en het transport gegenereerde persoonsgegevens zijn niet te scheiden en moeten onder één rechtsregime worden gebracht. En de plek om dat te regelen moet artikel 13 Gw zijn.

**De inhoud van de boodschap en de door de plek van communicatie, de adressering en het transport gegenereerde persoonsgegevens zijn niet te scheiden en moeten onder één rechtsregime worden gebracht. En de plek om dat te regelen moet artikel 13 Gw zijn**

#### **5 Het voorstel: tot wie richten zich de regels? Horizontale werking**

In het voorgaande kwam al even ter sprake wie de derden zijn aan wie volgens de memorie van toelichting de boodschap wordt toevertrouwd. Vroeger was er maar één adresaat van de norm: het staatsbedrijf der Posterijen, Telefonie en Telegrafie. Het veld is nu veel gecompliceerder geworden, omdat bij een geadresseerde communicatiedienst heel veel (internationale) particuliere partijen zijn betrokken. De voorgestelde Grondwetsbepaling had de wetgever op dit punt wel een specifiekere opdracht mogen geven om te waarborgen dat het geheim ook in private verhoudingen wordt beschermd. Artikel 8 EVRM wordt door het EHRM consequent zo uitgelegd dat de verdragsstaat de positieve verplichting heeft de bescherming van de rechten onder artikel 8 (en dat is volgens het Hof ook de basis van het communicatiegeheim) veilig te stellen.<sup>16</sup>

**Binnenlandse Zaken wil bestuurlijke ruimte voor de onderzoeksbevoegdheden van de AIVD. In de geldende grondwetsbepaling is beperking van het briefgeheim ook in het geval van de nationale veiligheid slechts mogelijk met rechterlijke machtiging**

#### **6 De beperkingen**

Op het punt van de beperkingen ligt er van oudsher een spanningsveld tussen het Ministerie van Binnenlandse Zaken en het Ministerie van Justitie. Binnenlandse Zaken wil bestuurlijke ruimte voor de onderzoeksbevoegdheden van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (beter bekend als de AIVD). In de geldende grondwetsbepaling is beperking van het briefgeheim ook in het geval van de nationale veiligheid slechts mogelijk met rechterlijke machtiging. Dat hebben we paradoxaal genoeg nog te danken aan Marcus Bakker, het toenmalige Tweede Kamerlid voor de Communistische Partij Nederland.<sup>17</sup> Al in het voorstel van de Commissie-Thomassen werd de drempel verlaagd doordat de wetgever 'in het belang van de nationale veiligheid', ook als het om brieven ging, andere instanties buiten de rechterlijke macht daarmee mocht belasten. Anderzijds vond er een *upgrading* plaats van

<sup>15</sup> EHRM 3 april 2007 (*Copland vs VK*), *NJ* 2007, 50 m.nt. E. J. Dommering en in die noot onder 2 aangehaalde eerdere jurisprudentie.

<sup>16</sup> Zie W. Steenbrugge, *Publieke dimensies van privé-communicatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2009, hoofdstuk 3.

<sup>17</sup> Zie W. Steenbrugge, *Publieke dimensies van privé-communicatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2009, p. 249.

de bescherming van het telecommunicatiegeheim, doordat buiten de gevallen van nationale veiligheid steeds een rechterlijke machtiging nodig is om het telecommunicatiegeheim te beperken. Dat is in de huidige tekst niet zo. De onevenwichtigheid in de huidige tekst (bij een brief altijd rechterlijke machtiging en bij telecommunicatie niet altijd, overgelaten aan de discretie van de wetgever) werd dus gladgestreken. Het voorontwerp neemt dit over. Al met al lijkt dit winst. Het bedrijven van staatsgevaarlijke activiteiten per brief behoort tenslotte tot de vorige eeuw.

In het voorstel van de Commissie-Thomassen werden de mogelijkheden om andere instanties aan te wijzen in het 'belang van de nationale veiligheid' geheel overgelaten aan de wetgever. In het voorontwerp krijgt de wetgever uitdrukkelijk de bevoegdheid 'één of meer ministers' daarmee te belasten. Weliswaar wordt het gewicht van de instantie dus door de Grondwet naar het niveau van de minister gebracht (zo staat het trouwens al in de huidige Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, de WIV), maar niet wordt de rechtsbeschermende beperking dat het in elk geval *twee* ministers moeten zijn, opgenomen. Meer ministers betekent immers interdepartementale *checks and balances*, en dus verlaging van de kans dat bij Binnenlandse Zaken een stempelpraktijk ontstaat (of wordt bestendigd). Twee ministers zou mijns inziens een minimumeis moeten zijn.

De Grondwetgever moet hier opereren binnen de randvoorwaarden die inmiddels door het EHRM zijn gesteld op grond van de artikelen 8 en 13 EVRM. De eerste hebben betrekking op de wettelijke grondslag en proportionaliteitseisen die aan beperkingen op het communicatiegeheim moeten worden gesteld. De tweede hebben betrekking op de vraag of tegen een beperking wel een 'effectief rechtsmiddel' openstaat.

Ten aanzien van de eerste categorie heeft het EHRM hoge eisen gesteld aan de toegankelijkheid en de voorzienbaarheid van de wettelijke grondslag.<sup>18</sup> Inmiddels heeft het Hof in de *Telegraaf/AIVD*-zaak definitief uitgemaakt dat de Nederlandse Staat af luister- en huiszoekingsmaatregelen jegens journalisten niet mag toepassen zonder voorafgaand rechterlijk verlof.<sup>19</sup> De Nederlandse regering heeft zich bij deze uitspraak neergelegd en een aanpassing van de WIV aangekondigd.<sup>20</sup> Hoe de regering dit gaat oplossen op grondwettelijk niveau is op het moment van het schrijven van dit artikel nog niet duidelijk. Ik sluit niet uit dat teruggevallen wordt op de neutrale

formulering van de Commissie-Thomassen ('hen die bij de wet zijn aangewezen') en een passage in de memorie van toelichting, die onder verwijzing naar de uitspraak van het Hof op WIV-niveau bij de pers voorafgaand rechterlijk toezicht voorschrijft.

Het Hof heeft ten aanzien van de proportionaliteit in het algemeen de eis gesteld dat de maatregelen in tijd moeten zijn beperkt en dat de betrokkenen binnen redelijke tijd op de hoogte moeten worden gesteld dat zij zijn afgeluisterd (de zogenaamde notificatieplicht). De voorgestelde tekst en de toelichting geven hierover geen uitsluitel, maar uit de toelichting blijkt dat het geheel aan de wetgever wordt overgelaten. De memorie van toelichting: 'Deze kan naar onze mening het beste bepalen in welke gevallen de notificatieplicht een meerwaarde heeft voor het Nederlandse systeem van rechtsbescherming.' Hier wreekt zich dat onze grondwet een machtigenwet is en geen materiële toetsingsnormen bevat (zie hiervoor onder 2). Straatsburg mag het weer opknappen.

### Als ik het slagveld van de Nederlandse wetgeving, geproduceerd door instabiele politieke coalities, in de laatste decennia overzie, is een 'effectief rechtsmiddel' wel de laatste kwalificatie waar ik bij de Nederlandse wetgever aan denk

Het toezicht op de bevoegdheidsuitoefening door de minister is in de WIV in handen gelegd van de Commissie van Toezicht. Deze oordeelt achteraf en haar advies is niet bindend. In het geval van de pers is dat in ieder geval onvoldoende, zoals het EHRM inmiddels heeft vastgesteld. Maar is het in het algemeen een 'effectief rechtsmiddel'? Ik vind van niet.<sup>21</sup> De toelichting op de voorgestelde bepaling stelt dat het niet nodig is om op dit punt op grondwettelijk niveau een waarborg op te nemen. De effectiviteit zou, aldus de toelichting, voldoende zijn gewaarborgd door de eis dat de wetgever dit moet regelen. Als ik het slagveld van de Nederlandse wetgeving, geproduceerd door instabiele politieke coalities, in de laatste decennia overzie, is een 'effectief rechtsmiddel' wel de laatste kwalificatie waar ik bij de Nederlandse wetgever aan denk.

18 EHRM 3 april 2007 (*Copland vs VK*), *NJ* 2007, 50 m.nt E. J. Dommering sub 5.

19 EHRM 12 november 2012, appl. 39315, binnenkort te verschijnen in de *NJ*; voor de nationale voorgeschiedenis van deze zaak: HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451 m.nt E.J. Dommering; HR 25 maart 2008, *NJ* 2009, 452, m.nt. E.J. Dommering; HR 7 juli 2009, *NJ* 2009, 528, m.nt. Y. Buruma; zie ook E.J. Dommering, 'Nieuws en geheime informatie(bronnen): De Telegraaf tegen de AIVD', *AA* 2009, p. 818-826 (AA20090818).

20 Brief aan de Tweede Kamer van 7 december 2012 (*Kamerstukken II*, 2012/13, 30 977, nr. 49).

21 Zie mijn noot onder HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451, sub 3.

Het algemene gebrek van onze Grondwet dat deze geen materiële normen voor beperkingen op grondrechten bevat, blijft onverminderd bestaan, zodat op dit punt het EHRM toch het laatste woord zal blijven behouden

### 7 Conclusie

Op het punt van de omschrijving van het object van bescherming maakt het ontwerp enige stappen voorwaarts. De kunstmatige scheiding tussen inhoud van en verkeersgegevens bij het geheime bericht, die naar de

huidige stand van de techniek al niet meer vol te houden is, is echter nog een punt van zorg. De eis dat er in het algemeen voorafgaand rechterlijk toezicht moet zijn in geval er beperkingen worden opgelegd, is winst. Het algemene gebrek van onze Grondwet dat deze geen materiële normen voor beperkingen op grondrechten bevat, blijft echter onverminderd bestaan, zodat op dit punt het EHRM toch het laatste woord zal blijven behouden. Op het punt van de nationale veiligheid (controle op de AIVD) gaan we er met dit ontwerp niet op vooruit. Het wordt eigenlijk geheel aan de wetgever overgelaten, zonder dat minimumrandvoorwaarden worden gesteld. Ook wordt het huidige, in mijn ogen niet effectieve, systeem van rechtsbescherming tegen beslissingen van de Minister(s) de AIVD te laten afluisteren in stand gelaten.