

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**

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **ALGEMEEN**

In de afgelopen decennia hebben de technische ontwikkelingen op het gebied van de communicatiemediën onder andere tot gevolg gehad dat de schriftelijke en mondelinge verschijningsvormen van communicatie sterk naar elkaar zijn toegesloten. Dit geldt niet alleen voor post en telecommunicatie (e-mail, sealfax), voor verschillende typen van telecommunicatie onderling (telefoon, fax, data-communicatie), maar ook voor directe communicatie (gesprekken van mond tot mond) enerzijds en telecommunicatie anderzijds. Men denke bij dit laatste bijvoorbeeld aan de mogelijkheid van videoconferencing en interactieve Videotex.

Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat deze ontwikkelingen op korte termijn tot stilstand zullen komen. Hoewel het telegraafgeheim in de praktijk ruim geïnterpreteerd wordt, is het duidelijk dat het huidige tweede lid van artikel 13 tekstueel niet correspondeert met de verschillende technische mogelijkheden van communicatie die er onder worden gebracht.

Een technische benadering van de bescherming van vertrouwelijke communicatie zal echter immer het gevaar van snelle veroudering met zich brengen. Bovendien is de vraag of de communicatie nu wel of niet met gebruik van technische hulpmiddelen geschiedt, niet bepalend voor de vraag naar de vertrouwelijkheid – en beschermwaardigheid – van de communicatie. Een techniek-onafhankelijke benadering van vertrouwelijke communicatie in de Grondwet, zoals thans wordt voorgesteld, heeft in de eerste plaats het voordeel dat de grondwettelijke bescherming van vertrouwelijke communicatie niet onderworpen is aan de inherente beperkingen van de stand van de techniek ten tijde van de indiening van het wijzigingsvoorstel. Voorts heeft deze benaderingswijze tot gevolg dat alle vormen van vertrouwelijke communicatie in beginsel grondwettelijke bescherming genieten; ook directe vormen van communicatie waarbij geen gebruik wordt gemaakt van technische transportmiddelen. Het is passend om thans ook aan het vertrouwelijke gesprek gevoerd in de beslotenheid van bijvoorbeeld de woning, de grondwettelijke bescherming toe te kennen die reeds aan het telefoongesprek is toegekend.

Dit wetsvoorstel strekt er voorts toe dat in het tweede lid van artikel 13 van de Grondwet een opdracht aan de wetgever wordt opgenomen, opdat deze er in voorziet dat ook in de verhoudingen tussen burgers onderling het recht van een ieder op onschendbaarheid van vertrouwelijke communicatie gewaarborgd wordt. Het feit dat de post- en telecommunicatiemarkt geen overheidsmonopolie meer is en tal van particuliere instellingen zich op die markt kunnen en zullen begeven, maakt een dergelijke opdracht in een gemoderniseerde bepaling inzake de bescherming van vertrouwelijke communicatie onmisbaar.

Tenslotte beoogt dit wetsvoorstel een extra waarborg in artikel 13 van de Grondwet op te nemen voor diegenen wier recht op vertrouwelijke communicatie van overheidswege beperkt is, in de vorm van een wettelijke verplichting in beginsel betrokkene na afloop van een onderzoek naar zijn vertrouwelijke communicatie daarvan op de hoogte te stellen. Mede op grond van jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft de overtuiging post gevat dat daar waar dit de effectiviteit van de beperkende maatregel op zich niet doorkruist, een optimale wettelijke bescherming van het recht op vertrouwelijke communicatie gediend is met een dergelijke notificatieplicht. Deze verplichting dient, ook volgens het Europese Hof, uiteraard uitzondering te lijden wanneer het belang van de staat zich daartegen verzet.

## **EERSTE LID**

### **Het begrip «vertrouwelijke communicatie»**

Het begrip «vertrouwelijke communicatie» is ontleend aan de dissertatie van J. A. Hofman, «Vertrouwelijke communicatie», VU Amsterdam, 1995. Het criterium waarmee de vertrouwelijkheid van de communicatie kan worden vastgesteld is de mate van beslotenheid van de communicatievorm. Bepalend is dan niet het subjectieve oogmerk van de betrokkene. Bij een besloten communicatievorm zijn zodanige beveiligingsmaatregelen van toepassing, dat men moet concluderen tot het bestaan van een geobjectiveerde wil gericht op het vertrouwelijk blijven van de communicatieinhoud (zie Hofman, p. 47–49).

Bij het verzenden van gegevensdragers in gesloten verpakkingen, het verzenden van beveiligde computerberichten over het datanetwerk en het verzenden van gesloten faxen (sealfax) is in objectieve termen sprake van een wil die gericht is op geheimhouding van de communicatie. Dit is tevens het geval wanneer men buiten gehoorafstand van derden een telefoongesprek voert via openbare telecommunicatienetten, in beginsel met inbegrip van alle niet kabelgebonden delen daarvan. Anderzijds zijn vormen van telecommunicatie waarbij beveiligingsvoorzieningen als versleuteling, het gebruik van compressietechnieken of het pakketgewijs verzenden van digitale gegevens ontbreken, evenals briefkaarten, gewone faxen en niet-versleutelde computerberichten die via computernetwerken worden getransporteerd, communicatievormen die zonder of met een geringe inspanning voor derden toegankelijk zijn. Dit heeft tot gevolg dat bij gebruik van die communicatie-middelen niet op geheimhouding mag worden gerekend en bij een geobjectiveerde wilsconstructie men tot de conclusie moet komen dat de wil van de communicerenden niet op geheimhouding gericht is. Hetgeen overigens nog niet betekent dat de communicatieinhoud die door middel van deze communicatievormen is overgebracht geen strafrechtelijke bescherming behoeft. Zo is in artikel 441 van het Wetboek van Strafrecht bijvoorbeeld het openbaren van door middel van een radio-elektrische ontvang-inrichting opgevangen berichten onder bepaalde voorwaarden strafbaar gesteld. Hoewel in dit geval de primaire doorbreking van de vertrouwelijkheid van de

communicatieinhoud, te weten het ontvangen, op zich niet onder de grondwettelijke bescherming van artikel 13 Grondwet valt, kan de openbaring van hetgeen is opgevangen nog wel strijdig zijn met eens ieders recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

Bij directe vormen van mondelinge communicatie is de objectieve wil tot geheimhouding van de communicatie betrekkelijk eenvoudig af te leiden van de mate van (technische) beveiliging van de gebruikte communicatievorm. Indien een gesprek in een besloten ruimte of buiten gehoorsafstand van derden onder vier ogen wordt gevoerd, is in beginsel sprake van een objectief op geheimhouding gerichte wil. Het is uiteraard de verantwoordelijkheid van de communicerende partijen zich er van te vergewissen dat hun communicatieinhoud niet op wat voor wijze dan ook door derden kan worden opgevangen. Zo mag een deelnemer aan een gesprek dat in een café, op een normaal volume, wordt gevoerd, er van uitgaan dat het niet uitgesloten is dat de hem omringende aanwezigen kennis kunnen nemen van hetgeen door hem en zijn wederpartij(en) gezegd wordt. Indien echter door middel van technische apparatuur heimelijk gesprekken worden afgeluisterd dient men er te allen tijde van uit te gaan dat de wil van de communicerende partijen op geheimhouding gericht was, ook indien het gesprek bijvoorbeeld in een café of andere openbare ruimte heeft plaatsgevonden. Betrokkenen konden en behoeften immers geen rekening te houden met het feit dat hun gesprek op deze wijze afgeluisterd zou (kunnen) worden. Het feit dat het heimelijk afluisteren door middel van technische apparatuur door een derde partij reeds uitgaat van de premisse dat tussen partijen wellicht sprake zal zijn van vertrouwelijke communicatie, in combinatie met het gegeven dat communicerende partijen geen rekening hebben kunnen houden met het feit dat zij op desbetreffende wijze afgeluisterd werden, rechtvaardigt de hierboven omschreven objectieve wilsconstructie.

Onder het begrip communicatie dient in dit kader uitsluitend geschreven (schrift, tekens, protocollen, enz.) en auditieve (geluid) communicatie te worden verstaan. Beeldinformatie valt in beginsel niet onder het communicatiebegrip. Wel kan dit type informatie onder omstandigheden onder de bescherming van artikel 10 van de Grondwet (recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) vallen. Hoewel uit beeldinformatie wel interactie tussen personen met een bepaalde inhoud of betekenis kan worden afgeleid, zijn beelden toch minder informatiever-schaffend dan geschreven of gesproken communicatievormen. De bovenstaande hoofdregel lijdt slechts in de volgende gevallen uitzon-dering: indien beelden worden opgenomen en eventueel bewaard, met het oogmerk deze tot geschreven of auditieve communicatie te herleiden – bijvoorbeeld door middel van liplezen – dan wel wanneer reeds zonder dit oogmerk gemaakte beelden daadwerkelijk herleid worden tot vertrouwelijke communicatie. In beide gevallen is tevens sprake van een inbreuk op het recht op vertrouwelijke communicatie. Het opnemen of bewaren van beelden, zonder de opzet om daaruit een geschreven of gesproken communicatieinhoud te destilleren, is op zich geen beperking van het recht van vertrouwelijke communicatie.

Tenslotte is in dit verband van belang er op te wijzen dat het onder-havige voorstel evenals het huidige artikel 13 van de Grondwet, de strekking heeft uitsluitend de inhoud van de vertrouwelijke communicatie te beschermen. Verkeersgegevens – daarbij gaat het om gegevens als het feit dat getelefoneerd wordt, met wie en waar – verschillen fundamenteel van het type informatie dat verkregen wordt bij de interceptie van de inhoud van vertrouwelijke communicatie en vallen op grond van hun aard reeds niet onder dit begrip.

In een uitspraak van 2 augustus 1984 (Series A, no.82 (Malone)) komt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens inzake de rechtmatigheid van een telefoontap, tot de conclusie dat onder omstandigheden ook het verstrekken van verkeersgegevens een inbreuk oplevert op het in artikel 8, eerste lid, van het EVRM opgenomen grondrecht. Deze internationaal-rechtelijke bepaling vindt zijn nationale pendant niet alleen in artikel 13 Grondwet, (vertrouwelijke communicatie) maar ook in artikel 10 Grondwet (persoonlijke levenssfeer in het algemeen).

Het enkele feit dat verkeersgegevens informatie verschaffen omtrent het communicatieproces, is onvoldoende rechtvaardiging om aan dit type gegevens hetzelfde niveau van grondwettelijke bescherming te geven als aan de communicatieinhoud zelf. Indien derhalve 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 privacy-gevoelige 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.

### **Beperkingsclausule**

Met de introductie van het algemene begrip «vertrouwelijke communicatie» als onderwerp van grondwettelijke bescherming, komt het traditionele onderscheid tussen het briefgeheim en andere vormen van telecommunicatie te vervallen. Ten gevolge van deze samenvoeging dient in het eerste lid ook een algemene beperkingsclausule opgenomen te worden. Zodoende komt het specifieke vereiste van een rechterlijke last met betrekking tot beperkingen op de onschendbaarheid van het briefgeheim te vervallen. 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 overigens niet meer te rechtvaardigen.

Iedere beperking van het recht op vertrouwelijke communicatie zal in het vervolg bij formele wet bepaald moeten zijn. Delegatie is uitgesloten. De formele wet zal tevens de functionarissen moeten aanwijzen die zelf de onschendbaarheid van het recht op vertrouwelijke communicatie mogen doorbreken, dan wel bevoegd zijn anderen daartoe te machtigen. Het staat de formele wetgever uiteraard vrij te bepalen of die functionaris in de gegeven situatie al of niet de rechter dient te zijn.

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 bestendigd 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.

## **TWEEDE LID**

Het is thans niet meer de exclusieve overheidstaak op het gebied van de organisatie van het post-, telefoon- en telegraafverkeer, die tot de grondwettelijke bescherming van de in artikel 13 van de Grondwet genoemde communicatie noopt. Veeleer noopt daartoe de bijzondere rol die de overheid dient te vervullen bij de bescherming van het recht van een ieder om vertrouwelijk te kunnen communiceren, zonder dat onbevoegden – zowel publieke als private instituties of personen – daarvan kennis kunnen nemen, ook nu de burger zijn (vertrouwelijke) communicatie in handen legt van privaatrechtelijke vervoerders, netwerkbeheerders, enz. Deze ontwikkeling van overheidsmonopolie naar een tot op zekere hoogte geliberaliseerde markt op het gebied van post en telecommunicatie heeft als logisch gevolg dat de onderhavige grondwetsbepaling naast het klassieke grondrecht, die een staatsvrije privésfeer op het gebied van vertrouwelijke communicatie garandeert, een opdracht aan de wetgever dient te bevatten er in te voorzien dat ook in de horizontale verhoudingen het recht op vertrouwelijke communicatie gegarandeerd wordt. Gelet op de redactie van het tweede lid, is de wetgever bevoegd de regelgeving inzake dit onderwerp te delegeren.

De bescherming van vertrouwelijke communicatie in de verhoudingen tussen burgers onderling is reeds in grote mate in o.a. de post- en telecommunicatieregelgeving, en het materiële strafrecht geconcretiseerd. Ook de grondrechtelijke leemten ten aanzien van bepaalde vormen van vertrouwelijke communicatie, zijn in de meeste gevallen reeds door formele wetgeving afgedekt. Zie bijvoorbeeld de artikelen 139a en 139b van het Wetboek van Strafrecht. Deze bepalingen zien op iedere opzettelijke inbreuk, door middel van een technisch hulpmiddel, op vertrouwelijke communicatie in de vorm van een gesprek, ongeacht of sprake is van een «live» gesprek of dat gebruik wordt gemaakt van de telecommunicatieinfrastructuur.

Enige aanpassing en stroomlijning van de bestaande wetgeving zal evenwel wenselijk zijn. Wij wijzen in dit verband bijvoorbeeld op de mogelijkheid om de bestaande strafbepaling inzake de schending van het briefgeheim (artikel 201 van het Wetboek van Strafrecht) uit te breiden tot elektronische post, opdat vergelijkbare strafbare gedragingen op uniforme wijze geregeld worden. De strafbaarstelling van de schending van het elektronische briefgeheim is thans deels geregeld in artikel 139c, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht en deels in artikel 350a, eerste lid, van dat Wetboek.

Tenslotte noopt de voorgestelde techniek-onafhankelijke formulering van het grondrecht in combinatie met de opdracht aan de wetgever ingevolge het tweede lid, de wetgever in de toekomst tot een alerte houding op het gebied van de ontwikkelingen terzake van communicatietechnologie.

### DERDE LID

Het verdient aanbeveling om in artikel 13 van de Grondwet een waarborg op te nemen inhoudende dat betrokkene na een (heimelijk) onderzoek naar zijn vertrouwelijke communicatie daarvan in kennis wordt gesteld. Hiermee wordt bereikt dat betrokkene van de maatregel op de hoogte wordt gesteld, teneinde te zijner tijd van zijn mogelijkheden van rechtsbescherming gebruik te kunnen maken. Uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens inzake artikel 8 jo. artikel 13 van het EVRM<sup>1</sup> – in dit verband zijn met name van belang de uitspraken van het Europese Hof in de zaken *Klass e.a.*, *Malone*, *Leander* en *Kruslin* en *Huvig*<sup>2</sup> – blijkt dat een dergelijk notificatievereiste, hoewel het niet zonder meer voortvloeit uit de genoemde bepalingen, zeer positief gewaardeerd wordt en onder omstandigheden een geëigende invulling is van de eis die uit artikel 13 van het EVRM voortvloeit, te weten dat een ieder die meent dat ten aanzien van hem artikel 8 van het EVRM is geschonden, recht heeft op een daadwerkelijke rechtsmiddel voor een nationale instantie.

Met het Hof zijn wij van mening dat de bedoelde kennisgeving echter niet dan wel pas na enige tijd kan plaatsvinden, indien dringende redenen verband houdende met het belang van de staat zich verzetten tegen (eerdere) kennisgeving (zie *Klass*, par. 68 en *Leander*, par. 78). Actieve notificatie door inlichtingen- en veiligheidsdiensten met betrekking tot door hen toegepaste inlichtingenmiddelen, zoals bijvoorbeeld de toepassing van telefoontaps, zal achterwege moeten blijven. Deze diensten kunnen immers hun wettelijke taak uitsluitend binnen een zekere mate van geheimhouding effectief uitvoeren. Geheimhouding van onder andere de werkwijze in een concreet geval is cruciaal voor een minimale mate van geheimhouding, waarbij de lange-termijndoelinden die tot de desbetreffende maatregel hebben geleid, niet in gevaar worden gebracht (zie ook kamerstukken II, 1994/95, 22 036, nr. 6, blz.11). Dit impliceert dat actieve notificatie ten aanzien van beperkingen van het recht op vertrouwelijke communicatie door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zonder uitzondering achterwege zal dienen te blijven.

Voor de strafvordering is geen uitzondering op de actieve notificatieplicht nodig. In 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 binnenkort bij de Tweede Kamer zal worden ingediend, is met zoveel woorden bepaald dat van het opnemen van vertrouwelijke communicatie aan de betrokkene mededeling wordt gedaan, zodra het belang van het onderzoek dat toelaat. De in artikel 13, derde lid, voorgestelde notificatieplicht staat toe dat het moment waarop betrokkene in

<sup>1</sup> Artikel 8 EVRM luidt:

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.  
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economische welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Artikel 13 EVRM luidt:

Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.

<sup>2</sup> *Klass*-zaak, arrest van 6 september 1978 (Series A, nr. 28); *Malone*-zaak, arrest van 2 augustus 1984 (Series A, nr. 82); *Leander*-zaak, arrest van 26 maart 1987 (Series A, nr. 116); *Kruslin* en *Huvig*, arrest van 24 april 1990 (Series A, nr. 176).

kennis wordt gesteld van de beperking van zijn recht op vertrouwelijke communicatie, wordt uitgesteld tot het tijdstip waarop het belang met het oog waarop de beperking wordt gemaakt dat toelaat.

De Minister-President,  
Minister van Algemene Zaken,  
W. Kok

De Minister van Binnenlandse Zaken,  
H. F. Dijkstal

De Minister van Justitie,  
W. Sorgdrager