

Vergaderjaar 1994–1995

22 036

Verwijdering en vernietiging van dossiers van de Binnenlandse Veiligheidsdienst

Nr. 6

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 18 april 1995

Hierbij bied ik u aan, mede namens mijn ambtgenoten van Algemene Zaken, van Defensie, en van Justitie, een nota met **een analyse van de reikwijdte en consequenties van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 16 juni 1994 over inzage van BVD-dossiers**. Deze analyse was u toegezegd door de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken bij brief van 27 juni 1994 (Kamerstukken II 1993/94, 22 036, nr. 4).

De Minister van Binnenlandse Zaken,
H. F. Dijkstal

Analyse van de reikwijdte en consequenties van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dd. 16 juni 1994 over inzage BVD-dossiers

1. Aanleiding

Bij brief van 27 juni 1994 (Kamerstukken II 1993/94, 22 036, nr. 4) heeft de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken aan de Tweede Kamer meegedeeld, dat er een studie zou plaatsvinden naar de precieze reikwijdte en consequenties van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 16 juni 1994 over inzage in bij de Binnenlandse Veiligheidsdienst geregistreerde persoonsgegevens. Dit onder meer in verband met de omstandigheid dat deze uitspraken ingrijpende consequenties lijken te hebben voor de artikelen 8 en 9 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (hierna: Wet IVD), waarin de taak van deze diensten wordt omschreven, en voor artikel 16 van die wet en de daarop gebaseerde Privacyregelingen¹, waarin expliciet het recht op kennisneming door betrokkene van de bij de inlichtingen- en veiligheidsdiensten geregistreerde persoonsgegevens is uitgesloten, evenals het recht te weten of de inlichtingen- en veiligheidsdiensten al dan niet over zulke persoonsgegevens beschikken.

Daarbij merkte de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken op dat een aantal overwegingen van de Afdeling bestuursrechtspraak nadere bestudering verdiende, omdat naar het haar voorkwam, dat het Europese verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) en de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Europese Hof) meer ruimte laat dan op het eerste gezicht de uitspraken van de Afdeling – waarin naar die jurisprudentie wordt verwezen – toestaan.

Het resultaat van deze nadere studie bied ik u hierbij aan, mede namens mijn ambtgenoten van Algemene Zaken, van Defensie en van Justitie.

Eerst zal globaal de inhoud van de te onderzoeken uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak worden weergegeven (par. 2). Daarna volgt een puntsgewijze samenvatting van de meest relevante jurisprudentie van het Europese Hof op het punt van inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de privacybescherming; daarbij zullen tevens relevante uitspraken van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens betrokken worden (par. 3). De analyse van de Europese jurisprudentie die aan de puntsgewijze samenvatting ten grondslag ligt, is opgenomen in de bijlage bij dit stuk.²

Vervolgens zullen de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak beschouwd worden in het licht van de Europese jurisprudentie (par. 4). Ten slotte zal uiteen gezet worden, welke conclusies het kabinet trekt uit de voorafgaande analyse (par. 5).

Alvorens in te gaan op de uitspraken inzake Van Baggum en Valkenier en de gevolgen die daaraan moeten worden verbonden, hechten wij er aan om op het volgende te wijzen. De uitspraken inzake Van Baggum en Valkenier hebben betrekking op de algemene activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Diezelfde diensten vervullen ook nog een specifieke taak ten aanzien van de vervulling van vertrouwensfuncties, te weten het verrichten van het daarvoor benodigde veiligheidsonderzoek. Het veiligheidsonderzoek, dat ook in artikel 8 en 9 van de Wet IVD als een van de taken van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten wordt genoemd, is in andere wettelijke regelingen nader uitgewerkt. Juist omdat er niet één allesomvattende regeling bestaat, heeft het kabinet besloten een Wet veiligheidsonderzoeken voor te bereiden, die onlangs bij de Tweede Kamer is ingediend.

¹ Ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

² Privacyregeling BVD d.d. 21 juni 1988, Privacyregeling MID d.d. 8 juni 1988, beide Stcrt. 1988, 126.

Uit het onderstaande zal blijken dat artikel 16 Wet IVD in de uitspraken inzake Van Baggum en Valkenier buiten toepassing is gelaten, o.a. omdat de taakomschrijving van de BVD ten aanzien van «secret surveillance» in algemene zin, niet voldoende specifiek is. Bij veiligheidsonderzoeken ligt dit, doordat er ook andere wettelijke regelingen bestaan die bovendien op niet al te lange termijn zullen worden vervangen door de Wet veiligheids- onderzoeken, anders. Zonder daarover nu in detail te willen treden – een zaak waarin deze vraag speelt is thans bij de Afdeling bestuursrechtspraak aanhangig – zouden wij willen stellen dat voor zover het veiligheids- onderzoeken betreft geen strijdigheid met artikel 8 EVRM bestaat. Voor zover in het onderstaande uitspraken worden gedaan over de strijdigheid van de Wet IVD met artikel 8 en 13 EVRM, heeft dit dan ook alleen betrekking op «secret surveillance» in algemene zin. De vraag of de in de laatste paragraaf van deze notitie voorgestelde maatregelen tot de «secret surveillance» zouden moeten worden beperkt of zich – bij voorbeeld ter wille van de eenvoud van de regelgeving – zouden moeten uitstrekken tot het geheel van activiteiten door inlichtingen- en veiligheidsdiensten, zal pas bij de voorstellen tot wijziging van de regelgeving worden gezien.

De uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak hebben betrekking op inzage in de bij de BVD berustende persoonsgegevens. Vanzelfsprekend zijn – zoals uit de hier eerder gebezigde formuleringen ook blijkt – deze uitspraken ook relevant voor de Militaire Inlichtingendienst (MID) en de daarop van toepassing zijnde wettelijke regelingen. Het onderstaande is, o.a. vanwege de leesbaarheid, toegespitst op de BVD. Het gestelde zal in hoofdlijnen mutatis mutandis ook voor de MID opgaan. Op specifieke punten kunnen er echter verschillen bestaan. Op die verschillen wordt hier in het algemeen niet ingegaan; deze zullen vanzelf aan de orde komen bij de voorbereiding van de wijziging van de Wet IVD.

2. Globale inhoud van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Het gaat hier om de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 16 juni 1994, nrs. R01.91.1588, inzake Van Baggum, en R01.91.0306, inzake Valkenier. De uitspraak in de zaak Van Baggum bevat de meest uitgebreide motivering; de uitspraak in de zaak Valkenier verwijst naar die in de zaak Van Baggum.

Beide uitspraken hebben betrekking op artikel 8 en artikel 13 EVRM. Artikel 8 EVRM bevat het recht op eerbiediging van de privacy; artikel 13 bepaalt dat een ieder wiens rechten en vrijheden die in het EVRM zijn gegarandeerd, worden geschonden, recht heeft op «effective remedy» voor een nationale autoriteit.¹

Puntsgewijs samengevat is de redenering van de Afdeling bestuursrechtspraak als volgt:

- het opslaan van informatie over het privé-leven van een persoon door een politie- of veiligheidsdienst is een inmenging in de uitoefening van het recht op privacy (art. 8 EVRM);
- hetzelfde geldt voor geheime onderzoeksactiviteiten door zo'n dienst met het doel zodanige inlichtingen te verzamelen en op te slaan;
- een dergelijke inmenging kan gerechtvaardigd worden, mits:
 - bij de wet voorzien en
 - noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van bepaalde belangen;
- «bij de wet voorzien» betekent:

¹ Zie voor de tekst van artikel 8 en artikel 13 EVRM de bijlage, p. 1.

– een voldoende nauwkeurig geformuleerde wettelijke regeling, opdat de burger in staat is zijn gedrag daarop af te stemmen en opdat de burger in staat is om redelijkerwijs te voorzien welke gevolgen uit een bepaalde handelwijze kunnen voortvloeien;

- artikel 8 van de Wet IVD voldoet niet aan die eis, want wel is geregeld ten aanzien van welke (categorieën van) personen het verzamelen van inlichtingen is toegestaan, maar niet onder welke omstandigheden dat mag plaatsvinden en evenmin welke middelen daarbij mogen worden gebruikt;

- voorts zijn de controlemogelijkheden van de Nationale ombudsman en de Commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten geen «daadwerkelijk rechtsmiddel» in de zin van art. 13 EVRM:

- de Nationale ombudsman niet, omdat de klachtmogelijkheid bij de Nationale ombudsman niet in de Wet IVD is geregeld en hij bovendien geen bindende beslissingen kan geven;

- de Commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten niet, omdat die niet in de wet is geregeld en er geen regeling getroffen is om de onderzochte persoon op enig tijdstip op de hoogte te brengen van het feit dat hij onderwerp van onderzoek is geweest van een inlichtingen- of veiligheidsdienst;

- artikel 16 Wet IVD is – vanwege het feit dat het verzamelen, registreren en verstrekken van persoonsgegevens afhankelijk wordt gemaakt van een taakomschrijving van de BVD die niet spoort met artikel 8 EVRM – dus in strijd met artikel 8, en overigens ook met artikel 13 van het EVRM en moet dus in casu buiten toepassing blijven;

- om schending van het EVRM te voorkomen, moet de weigering om informatie te verschaffen niet aan artikel 16 Wet IVD getoetst worden, maar wel aan de WOB;

- maar ook hier gelden de artikelen 8 en 13 EVRM;

- dit betekent dat wel voor betrokkene geheim mag worden gehouden dat er een onderzoek zal worden ingesteld of gaande is;

- maar na afloop dient betrokkene wel op de hoogte te worden gebracht, indien de doeleinden waartoe het onderzoek is ingesteld, dat toelaten;

- dus had verweerder, in casu de minister van Binnenlandse Zaken, niet mogen volstaan met een motivering van de weigering die slechts een in algemene bewoordingen gestelde verwijzing naar de veiligheid van de staat bevat;

- bovendien geldt:

- in het geval-Van Baggum dat moet worden aangenomen dat hij object van onderzoek is geweest wegens zijn activiteiten in de beweging «Stop Dodewaard» van nota bene 15 jaar geleden;

- in het geval-Valkenier dat de minister van Binnenlandse Zaken erkend heeft dat het onderzoek onnodig was;

- dus moeten beide weigeringen worden vernietigd, maar aan de minister van Binnenlandse Zaken wordt gelegenheid gegeven een nieuwe beslissing te nemen¹.

¹ Hetgeen in beide zaken ook is gebeurd bij twee beschikkingen d.d. 9 augustus 1994.

3. De eisen die in de Europese jurisprudentie aan activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten worden gesteld

Hieronder wordt puntsgewijs weergegeven welke eisen naar ons oordeel uit de Europese jurisprudentie voortvloeien voor de activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Deze weergave bevat de conclusies van de analyse van die jurisprudentie; de analyse zelf is – omwille van de leesbaarheid – in de bijlage bij dit stuk opgenomen.

In het onderstaande worden de hoofdpunten uit de Europese jurisprudentie weergegeven. De punten a tot en met m hebben betrekking op artikel 8 EVRM, de punten n tot en met q op artikel 13 EVRM.

Artikel 8 EVRM

- a. Het bestaan van inlichtingen- en veiligheidsdiensten wordt door het Hof geaccepteerd.
- b. Bepaalde activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten, zoals «secret surveillance» van correspondentie, post en telecommunicatie, en het verzamelen, opslaan en gebruik maken van gegevens die iemands persoonlijke levenssfeer betreffen, vormen een inmenging in iemands persoonlijke levenssfeer.
- c. Een dergelijke inmenging is onder strikte voorwaarden noodzakelijk te achten in een democratische samenleving in het belang van de nationale veiligheid, en/of het voorkomen van wanordelijkheden of misdaad. Er moet sprake zijn van een «pressing social need» en de inmenging moet evenredig zijn aan het doel van de nationale veiligheid. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van de inmenging speelt niet alleen de aard van het nagestreefde doel, maar ook de aard van de aan de orde zijnde inmenging een rol.
- d. Voor de vaststelling van de voorwaarden waaronder een dergelijke inmenging door inlichtingen- en veiligheidsdiensten is gerechtvaardigd, moet aan de nationale wetgever een zekere discretie worden gelaten.
- e. Een inmenging als bedoeld onder b dient ingevolge artikel 8, tweede lid EVRM «in accordance with the law» te zijn. Het begrip «law» in dit verband betekent niet noodzakelijkerwijs een wet in formele zin.
- f. Niet voldoende is dat de inmenging in overeenstemming is met een nationaal-wettelijke regeling. De wettelijke regeling moet toegankelijk zijn voor betrokkene («accessibility») en de consequenties van de regeling moeten voor de burger voorzienbaar zijn («foreseeability»).
- g. De eis van toegankelijkheid van de wettelijke regeling houdt niet in dat de betrokken regeling in alle gevallen behoeft te zijn gepubliceerd. Indien een regeling niet is gepubliceerd, maar wel bekend is bij betrokkenen, is aan de eis van toegankelijkheid voldaan. Ook kan publicatie van bepaalde administratieve uitvoeringsvoorschriften volgens de Europese jurisprudentie achterwege blijven, zonder dat daardoor niet meer aan de eis van toegankelijkheid is voldaan.
- h. De eis van voorzienbaarheid is in het geval van «security checks» in sectoren waar de veiligheid van de Staat een rol speelt, minder vergaand dan in andere gevallen. De eis houdt dan ook niet in dat een individu precies moet kunnen voorzien welke maatregelen door inlichtingen- en veiligheidsdiensten jegens hem kunnen worden getroffen. De wettelijke regeling dient wel een adequate indicatie te geven van de omstandig-

heden waarin en de voorwaarden waaronder inlichtingen- en veiligheidsdiensten bevoegd zijn over te gaan tot de onder b bedoelde inmenging in de persoonlijke levenssfeer. De vereiste mate van precisie van de wettelijke regeling kan van geval tot geval verschillen. Een omschrijving van het begrip «nationale veiligheid» – of vergelijkbaar «veiligheid van de Staat» – in de wettelijke regelingen is niet noodzakelijk.

i. Voor de beoordeling of aan de eis van voorzienbaarheid wordt voldaan, kan ook rekening worden gehouden met instructies en «administrative practices», die niet de status van een wettelijke regeling hebben, indien althans het betrokken individu zich voldoende bewust is van de inhoud van die instructies en administratieve praktijken.

j. Bij inmenging in de persoonlijke levenssfeer door inlichtingen- en veiligheidsdiensten dienen, vanwege het feit dat die inmenging veelal plaatsvindt zonder dat betrokkene daarvan op de hoogte is, adequate en effectieve garanties tegen misbruik te bestaan.

k. Welke adequate en effectieve garanties vereist zijn hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de aard, de reikwijdte en de duur van mogelijke maatregelen, de vereiste gronden voor het uitvoeren van die maatregelen, de bevoegde autoriteiten voor het toestemming geven voor, het uitvoeren van en het toezicht houden op die maatregelen en de aard van de «remedy» die door het nationale recht wordt geboden.

l. Ten aanzien van adequate en effectieve garanties tegen misbruik maakt het Hof onderscheid tussen drie stadia van «secret surveillance»:

1. het stadium voorafgaand aan de «secret surveillance», terwijl wel al de opdracht tot de maatregel(en) is gegeven;
2. het stadium tijdens de «secret surveillance»;
3. het stadium nadat de «secret surveillance» is beëindigd.

De aard van de «secret surveillance» dicteert dat gedurende de eerste twee stadia de betrokkene hiervan niet op de hoogte wordt gesteld. Wel zijn juist daarom procedurele waarborgen ter bescherming van het betrokken individu van bijzonder belang.

m. Voor het derde onder l genoemde stadium is het volgende relevant. Ten aanzien van het Duitse systeem van notificatie (achteraf op initiatief overheid in kennis stellen van feit dat «secret surveillance» is toegepast), dat onder omstandigheden in het derde onder l genoemde stadium toepassing vond, merkt het Hof het volgende op. Opeenvolgende notificatie aan ieder individu die door een van de maatregelen geraakt kan zijn, kan het lange-termijndoel dat oorspronkelijk noodzaakte tot de «secret surveillance», ondergraven. Bovendien zou daardoor de werkwijze en de identiteit van de agenten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten bekend kunnen worden. Het niet onmiddellijk na afloop van de «secret surveillance» informeren van betrokkene is op zichzelf niet onverenigbaar met artikel 8 EVRM. Het Hof neemt voorts in ogenschouw dat het Duitse Federale Constitutionele Hof heeft uitgemaakt dat betrokkenen na afloop op de hoogte moeten worden gesteld van de «secret surveillance» indien dit mogelijk is zonder het doel van die maatregel te ondergraven.

Uit recente uitspraken van de Commissie blijkt dat de afwezigheid van notificatie in het Britse systeem niet in strijd wordt geacht met artikel 8. Bij de beoordeling neemt de Commissie in ogenschouw dat er andere «safeguards» zijn tegen misbruik, zoals toezicht door een door de minister-president benoemde «Commissioner» en een onafhankelijk «Tribunal» (dat echter geen bindende beslissingen kan geven).

Meer algemene uitspraken over de noodzakelijke adequate en effectieve garanties tegen misbruik in de derde onder l genoemde fase zijn door het Hof niet gedaan.

Artikel 13 EVRM

n. Uit artikel 13 EVRM vloeit voort dat een ieder die meent dat ten aanzien van hem artikel 8 EVRM is geschonden, recht heeft op een «effective remedy» voor een nationale autoriteit. Die autoriteit behoeft geen rechterlijke autoriteit te zijn. De bevoegdheden van een dergelijke autoriteit en de procedurele waarborgen zijn beslissend voor de vraag of er sprake is van een «effective remedy».

o. De afwezigheid van een systeem van notificatie levert op zichzelf geen schending van artikel 13 op.

p. Ten aanzien van maatregelen van «secret surveillance» is de «effectiveness» van «remedies» noodzakelijkerwijs beperkt.

Ten aanzien van het Duitse systeem van klachtmogelijkheden bij een G 10-commissie¹ in het geval van «secret surveillance» heeft het Hof opgemerkt dat een «more effective remedy» dan de G 10-commissie bij «secret surveillance» moeilijk voorstelbaar is.

q. Bij de beoordeling van de vraag of een «effective remedy» beschikbaar is, moet het geheel van mogelijkheden voor betrokkene in ogenschouw worden genomen. De beoordeling geschiedt van geval tot geval. Zowel het Zweedse als het Duitse systeem hebben wat dit betreft de toets der kritiek kunnen doorstaan, terwijl beide systemen slechts in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid kennen om een rechterlijke instantie te adïëren. Het Britse systeem, dat die mogelijkheid in het geheel niet kent, is door de Commissie gewogen en niet te licht bevonden.

In de Europese jurisprudentie die specifiek op activiteiten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten betrekking heeft, wordt niet geëist dat de middelen die worden ingezet bij die activiteiten, nauwkeurig in de wettelijke regeling zijn omschreven. Uit de uitspraak inzake Leander en latere uitspraken van de Commissie blijkt zelfs dat de eis van voorzienbaarheid bij «security checks» in sectoren die de nationale veiligheid raken, niet hetzelfde kan inhouden als in veel andere gevallen. Dit betekent dat de burger niet precies hoeft te kunnen voorzien welke «checks» ten aanzien van hem zullen worden gemaakt. Wel dient de wet voldoende duidelijk te zijn ten aanzien van de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder de autoriteiten bevoegd zijn tot de aan de orde zijnde geheime maatregelen. Het Hof stelt niet de eis dat de middelen ook nauwkeurig zijn omschreven.

In de jurisprudentie van het Hof over inbreuken op artikel 8 EVRM door andere onderdelen van de overheid – bij voorbeeld door de politie – komt wel expliciet de eis naar voren dat de middelen die worden gehanteerd nauwkeurig zijn omschreven. Uit het bovenstaande blijkt al dat het Hof deze eis in het geval van inlichtingen- en veiligheidsdiensten soepeler zal hanteren. Welke mate van precisie bij de omschrijving van middelen die inlichtingen- en veiligheidsdiensten mogen gebruiken, door het Hof zou worden geëist, is niet duidelijk.

Uit deze puntsgewijze opsomming van conclusies die uit de Europese jurisprudentie naar voren komen, blijkt dat het Europese Hof veelal een casuïstische benadering hanteert. Hoewel er vanzelfsprekend algemene lijnen in de jurisprudentie vallen te ontdekken, is op basis van die jurisprudentie niet op voorhand vast te stellen welke concrete eisen aan het nationale recht worden gesteld. Het te veel generaliseren van de casuïstische aanpak van het EHRM, is iets waarvoor men steeds beducht moet zijn. Tegen deze achtergrond dient de kritiek van het kabinet op de uitspraken inzake Van Baggum en Valkenier te worden gezien. Daarover handelt de volgende paragraaf.

¹ Zie bijlage, paragraaf 5, onder D.

4. De uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, in het licht van de hierboven beschreven jurisprudentie

In hoeverre sluiten de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak aan bij de hierboven beschreven lijn in de Europese jurisprudentie (in extenso weergegeven in de bijlage)? De toenmalige minister van Binnenlandse Zaken heeft in haar brief van 27 juni jl. al laten doorschemeren dat de uitspraken naar haar oordeel op ten minste één punt minder ruimte laten dan de jurisprudentie van het Europese Hof, nl. waar het gaat om de controle door de Nationale ombudsman.

Om meteen met dit punt te beginnen: ook naar onze opvatting is in het licht van de hierboven onder punten n en q weergegeven opvattingen van het Hof (zie Leander-zaak, par. 84) de optelsom van de klachtmogelijkheden bij de regering, bij de Nationale ombudsman en bij de Commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten – welke twee laatstgenoemde mogelijkheden elkaar overigens, anders dan de Afdeling meent, niet uitsluiten – te beschouwen als «effective remedy» in de zin van artikel 13 EVRM. Daarbij is van belang dat evenals de Zweedse ombudsman, de Nederlandse Nationale ombudsman geen juridisch bindende beslissingen kan geven, maar dat beider oordelen groot gezag hebben en in de praktijk plegen te worden gevolgd. Bovendien oefent de Tweede Kamer controle uit op de nakoming door het kabinet/een minister van de aanbevelingen die door de Nationale Ombudsman zijn gedaan.

Bij de beoordeling of sprake is van voldoende «safeguards» c.q. een «effective remedy» is onzes inziens niet van belang dat de klachtmogelijkheden bij de Commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten en bij de Nationale ombudsman niet in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zelf zijn geregeld. Van belang is het geheel van de bestaande (klacht)mogelijkheden (vgl. vorige paragraaf, punt q), ongeacht in welke wettelijke regeling zij zijn neergelegd.

De Wet Nationale ombudsman is bovendien voldoende «wet» in de zin van artikel 8, tweede lid, EVRM. Het Reglement van Orde van de Tweede Kamer, waarin de Commissie geregeld is, moge dan, zoals de Afdeling opmerkt, geen wettelijke regeling in eigenlijke zin zijn, de klachtmogelijkheid bij de Commissie is in het kader van de eis van «foreseeability» wel een «administrative practice» waarvan belanghebbende burgers voldoende op de hoogte kunnen zijn (vgl. vorige paragraaf, punt i).

Daarnaast zijn kanttekeningen te plaatsen bij de uitspraken van de Afdeling, waar zij alleen ziet naar de Wet IVD voor haar conclusie dat die niet duidelijk maakt onder welke omstandigheden de BVD inlichtingen mag verzamelen en welke middelen daartoe mogen worden gebezigd. Ook hier moet het geheel van Nederlandse regelgeving in ogenschouw worden genomen. Niet alleen artikel 16 van de Wet IVD én de daarop gebaseerde Privacy-regeling geven al een aanwijzing van de middelen waarvan de BVD zich mag bedienen, maar ook de regeling voor het af luisteren van (telefoon)gesprekken met behulp van een technisch hulpmiddel in de artikelen 139a tot en met 139c van het Wetboek van Strafrecht. Deze bepalingen zijn weliswaar geformuleerd als strafuitsluitingsgronden maar zijn tevens op te vatten als bevoegdheidsomschrijvingen. Zij vereisen voor het af luisteren van gesprekken met behulp van een technisch hulpmiddel door de BVD – de Militaire Inlichtingendienst is hiertoe niet gerechtigd – een bijzondere last van de Minister-President, de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken gezamenlijk, en voor het af luisteren van de telefoon moet naast de drie genoemde bewindspersonen, ook de Minister van Verkeer en Waterstaat toestemming geven. Uit deze zware regeling voor de afgifte van een last kan worden afgeleid dat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden, willen deze middelen kunnen worden ingezet. Voor de

omstandigheden waaronder inlichtingen mogen worden verzameld is voorts het jaarverslag van de BVD van belang, dat inzicht verschaft in die omstandigheden door de omschrijving van de «doelgroepen» van de BVD en – als zijnde een «administrative practice» – bij het antwoord op de vraag naar de «foreseeability» moet worden betrokken.

Met andere woorden: als het om «foreseeability» gaat, kan de burger naar onze opvatting uit het totaal van de gepubliceerde wettelijke regelingen opmaken dat personen die doeleinden nastreven of activiteiten ontplooiën van zodanige aard, dat het ernstige vermoeden rijst dat zij een gevaar kunnen vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde of voor de veiligheid van de staat, onderwerp van onderzoek kunnen worden van een inlichtingen- of veiligheidsdienst. Wij zien dit duidelijk als niet alleen een regeling van de (categorieën van) personen die onderwerp kunnen zijn van onderzoek, maar ook van de voorwaarden waaronder dat onderzoek mag plaatsvinden. En voor een deel van de daarbij gebezigde middelen kan de burger uit de gepubliceerde regelingen te weten komen, dát de inlichtingen- en veiligheidsdiensten gegevens verzamelen, wat daarmee gebeurt (de Privacyregeling) en voorts onder welke voorwaarden de bijzondere bevoegdheden van de BVD (alleen de BVD) op het stuk van het af luisteren mogen worden uitgeoefend. Overigens is het de vraag of artikel 8 EVRM in de interpretatie van het Hof zou eisen dat de door inlichtingen- en veiligheidsdiensten gehanteerde middelen preciezer worden omschreven dan thans in Nederland het geval is.

Ten slotte gaat de Afdeling met haar eis dat er een regeling moet zijn getroffen om de onderzochte persoon op enig tijdstip op de hoogte te brengen van het feit dat hij onderwerp van onderzoek is geweest, naar onze opvatting verder dan de hierboven puntsgewijs weergegeven jurisprudentie. Notificatie achteraf is op zichzelf geen eis die uit artikel 8 of artikel 13 EVRM voortvloeit. In de Klass-zaak wordt door het Hof alleen aangegeven dat het Duitse systeem van notificatie, dat alleen toegepast wordt na afloop van de «secret surveillance» en bovendien alleen als de lange-termijndoelen van die «secret surveillance» daardoor niet in gevaar komen, in de omstandigheden van het geval geen strijd oplevert met artikel 13 EVRM. Het Hof beoordeelt dat Duitse systeem dus positief. Dat het daarmee ook een vereiste zou zijn wil aan artikel 8 en artikel 13 EVRM zijn voldaan, is een conclusie die ons inziens niet door de Europese jurisprudentie wordt gesteld. Deze zienswijze wordt bevestigd door de recente uitspraak van de Commissie in de zaak Redgrave vs. Verenigd Koninkrijk.

In de tweede plaats stelt de Afdeling dat «notificatie» achteraf moet plaatsvinden, indien de doeleinden waartoe het onderzoek is ingesteld dat toelaten. Wij menen evenwel dat – als men al uit de Europese jurisprudentie de eis van notificatie zou willen afleiden – die notificatie niet kan plaatsvinden zodra de doeleinden van het onderzoek dat toelaten, maar zodra de doeleinden die oorspronkelijk tot het onderzoek leidden, niet meer in gevaar komen. Dit, op het eerste gezicht subtiele, verschil, kan voor de vraag wanneer notificatie geboden zou zijn, veel uitmaken. Het gaat immers niet alleen om de vraag of aan de doeleinden van het onderzoek in concreto schade kan worden toegebracht door de notificatie, maar (ook) om de vraag of die doeleinden – los van het aan de orde zijnde onderzoek – in algemene zin kunnen worden geschaad.

5. Kabinetsstandpunt

Uit het bovenstaande moge blijken dat het kabinet op verschillende punten een ander oordeel heeft dan de Afdeling bestuursrechtspraak over de eisen die de Europese jurisprudentie aan de openbaarheid en toegankelijkheid van documenten van inlichtingen- en veiligheidsdiensten stelt. Niettemin is het kabinet bereid door middel van verschillende maatregelen de door de Afdeling bestuursrechtspraak geconstateerde strijdigheid van artikel 8 en 16 van de Wet IVD met het EVRM voor wat betreft de geheime observatie op te heffen. Het kabinet gaat daarom zoeken naar formuleringen voor de Wet IVD, waarin:

- de middelen die worden ingezet, – in globale termen – nader worden omschreven;
- bepaald wordt dat de inzet van nieuwe middelen en de invulling van bepaalde operationele middelen vooraf met de Commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten wordt besproken;
- een regeling getroffen wordt voor het thans bij de BVD bestaande interne toetsingskader met betrekking tot de subsidiariteit en de proportionaliteit van de inzet van middelen in een concreet geval;
- de omstandigheden waaronder deze middelen ingezet kunnen worden, nog meer verduidelijkt worden. Overwogen wordt het jaarverslag van de BVD, waarin de BVD nu al zonder wettelijke verplichting zicht biedt op haar aandachtsvelden, daartoe wettelijk te regelen.

Met deze maatregelen hoopt het kabinet tegemoet te komen aan de eisen die de Afdeling bestuursrechtspraak heeft gesteld. Op andere punten wordt door het kabinet een iets andere inschatting gemaakt en zijn de voorgenomen maatregelen dan ook van een andere strekking dan de Afdeling bestuursrechtspraak heeft bedoeld in haar uitspraken inzake Van Baggum en Valkenier.

In de ogen van het kabinet vordert het EVRM niet en is het overigens ook niet wenselijk – zie hieronder – dat de rechter in alle gevallen de mogelijkheid heeft op de weigering van inzage in dossiers van inlichtingen- en veiligheidsdiensten een inhoudelijke controle uit te oefenen. Via een andere weg kunnen voldoende «safeguards» worden ingebouwd. Over de mogelijke oplossingen treedt het kabinet graag met de Tweede Kamer in overleg.

Een mogelijkheid is om in de Wet IVD te verwijzen naar de klachtmogelijkheid bij de Nationale ombudsman. Een alternatieve oplossing zou zijn om de klachtmogelijkheid over te hevelen van de Nationale ombudsman naar een aparte instantie, al dan niet deel uitmakend van het parlement. Het kabinet brengt in dit verband in herinnering – zoals ook de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken in haar brief van 27 juni jl. deed – dat tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor de Wet IVD de oorspronkelijk daarin voorziene klachtenmogelijkheid bij een commissie, bestaande uit twee leden van de Raad van State en een lid van de Hoge Raad, bij amendement is vervallen. In plaats van een dergelijke constructie kan ook gedacht worden aan een inspectie, onder (gedeeltelijke) ministeriële verantwoordelijkheid werkzaam, die met het oog op de kwaliteitsbewaking niet alleen bij de klachtbehandeling zou kunnen worden ingeschakeld maar ook een algemene toezichthoudende taak op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zou kunnen vervullen.

De hier genoemde mogelijkheden verdienen nadere bestudering. Met de Tweede Kamer zal in overleg worden getreden over de vraag of de controlemogelijkheid via de Commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in de wet moet worden vastgelegd – de instelling en bewerktuiging van een commissie is immers een zaak van de kamer.

Daarnaast wordt overwogen in de Wet IVD een specifieke, nieuwe openbaarheidsregeling op te nemen. Gedacht wordt aan een regeling

waarbij men na verloop van een bepaalde – vaste – periode na het einde van de geheime observatie een verzoek kan doen om inzage, dat wordt getoetst aan de criteria van de Wob. Ondergrenzen blijven daarbij – en daarvoor biedt de Europese jurisprudentie ook ruimte¹ – :

- de bescherming van de bronnen waarvan een inlichtingendienst gebruik maakt;
- de geheimhouding van de modus operandi van een dienst;
- de geheimhouding van het actuele kennisniveau van een dienst.

Deze drie ondergrenzen zijn onzes inziens te beschouwen als een Nederlandse vertaling van het zogenaamde «jeopardize»-criterium van het Europese Hof (te weten dat de lange-termijndoelinden die oorspronkelijk tot het onderzoek leidden, niet in gevaar komen – zie de slotalinea van de vorige paragraaf).

Voordat de vaste termijn na beëindiging van het onderzoek door een inlichtingen- en veiligheidsdienst is verstreken, zal een verzoek om informatie moeten worden afgewezen met een beroep op de staatsveiligheid en zal derhalve geen inzage kunnen worden verleend in de dossiers. Na afloop van die vaste termijn kan die inzage echter alleen achterwege blijven indien en voor zover de bovengenoemde ondergrenzen zich daartegen verzetten of andere weigeringsgronden uit de Wob dan de veiligheid van de Staat aan inwilliging van het verzoek in de weg staan.

In haar brief van 27 juni 1994 merkte de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken het volgende op: voor zover de uitkomsten van het beraad over de precieze reikwijdte en consequenties van de uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak, ertoe zouden leiden dat nadere regelgeving nodig is, gaan de gedachten in eerste instantie uit naar ministeriële regelingen op basis van artikel 19 Wet IVD, over de werkwijze van de diensten. Nu de studie naar de consequenties van de uitspraken van de Afdeling is afgerond, zijn wij van opvatting dat het merendeel van de bovengenoemde punten niet in een ministeriële regeling kan worden geregeld. Dit kan in ieder geval niet, voor zover van de Wob wordt afgeweken, en ook moeilijk ten aanzien van de specificering van de inzet van middelen. Omdat een ministeriële regeling in ieder geval niet alle punten kan regelen die wij hierboven hebben uiteengezet, is het beter om meteen met een wetswijziging te beginnen, waarvan het de bedoeling is dat die ten spoedigste tot stand komt.

Intussen worden lopende en toekomstige informatieverzoeken – de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken schreef dat reeds in haar brief van 27 juni jl. – van geval tot geval op hun merites beoordeeld. De hierboven genoemde drie ondergrenzen dienen ook hier steeds in acht te worden genomen.

¹ Zie Klass, par. 58.