

**25 533**

## **Regels inzake de telecommunicatie (Telecommunicatiewet)**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 25 september 1998

Ondergetekende is de leden van de vaste commissie voor Verkeer en Waterstaat erkentelijk voor de door hen in het verslag van de vaste commissie voor Verkeer en Waterstaat van 25 september 1998 gestelde vragen en gemaakte opmerkingen. In het onderstaande zal achtereenvolgens op de door de leden van de commissie gemaakte opmerkingen en vragen over artikel 18.2, tweede en derde lid, van het wetsvoorstel worden ingegaan en zal een reactie op de brief van de Registratiekamer aan de commissie van 17 september 1998, no. 98.A.495.05, worden gegeven. Ondergetekende spreekt de hoop uit dat deze nota kan bijdragen aan een spoedige afronding van het wetsvoorstel.

De leden van de commissie verklaarden zich niet overtuigd door het antwoord van de regering inzake artikel 18.2, tweede en derde lid, van het wetsvoorstel. Zij waren van mening dat dit artikel, zoal niet in strijd met de letter van de Grondwet, toch in elk geval in strijd is met de geest daarvan. Zij meenden dat dit artikel uit het wetsvoorstel zou dienen te verdwijnen. In elk geval, zo menen de leden van de commissie, zou buitenwerkingstelling van een of meer bepalingen van de wet niet bij ministeriële regeling, maar bij algemene maatregel van bestuur met een voorhangprocedure dienen plaats te vinden. Zij vragen daarom of de regering bereid is de invoering van de desbetreffende bepalingen uit te stellen totdat het artikel in deze zin is gewijzigd.

De regering is zich er terdege van bewust dat artikel 18.2, tweede en derde lid, strekt tot het verlenen van een bevoegdheid aan de Minister van Verkeer en Waterstaat die in het bestaande constitutionele systeem en de bestaande wetgevingspraktijk zeker geen vanzelfsprekendheid is. Het is naar het oordeel van de regering dan ook volstrekt gerechtvaardigd dat de Kamer de behoefte heeft aan deze bepalingen een diepgaande discussie te wijden. De opmerkingen van de commissie zijn voor de regering aanleiding geweest zich andermaal bezinnen op de vraag naar de verenigbaarheid van deze bepalingen met de Grondwet.

De regering komt vooralsnog opnieuw tot de conclusie dat de voorgestelde delegatie van regelgevende bevoegdheid past in het samenstel van onderwerpen waarop de Grondwet delegatie in algemene zin toelaat. De onderwerpen waarop de Grondwet en het Statuut voor het Koninkrijk der

Nederlanden geen delegatie toelaten – zij zijn genoemd in de memorie van antwoord (kamerstukken I 1997/98, 25 533, nr. 309b, bladzijde 3) – komen naar de mening van de regering in de telecommunicatie-regelgeving niet aan de orde. Zou dat wel het geval zijn, dan gelden de desbetreffende grenzen aan de delegatiemogelijkheden onverkort en worden zij door de voorgestelde bepalingen niet aangetast.

De regering heeft zich ook opnieuw bezonnen op het voorgestelde niveau van delegatie en de voorwaarden waaronder aan de bevoegdheid uitvoering kan worden gegeven. Ook in dit opzicht komt de regering vooralsnog opnieuw tot de conclusie dat de keuze voor de ministeriële regeling niet ongerechtvaardigd is. Artikel 18.2, tweede lid, dient er immers toe om in uitzonderingsgevallen tijdig uitvoering te kunnen geven aan op Nederland rustende verplichtingen van in de regel communautaire aard, waarbij afwegingen van beleidsmatige aard niet meer aan de orde zijn. Bij de formulering van artikel 18.2, tweede lid, is, juist met het oog op die beperking, aansluiting gezocht aan elders in de wetgeving gehanteerde terminologie, zoals de artikelen 1:7 en 1:8 van de Algemene wet bestuursrecht. De richtlijnen die de organen van de Europese Unie op het terrein van de telecommunicatie hebben vastgesteld, bieden de lid-staten weinig of geen beleidsmatige ruimte meer. Dat zal in de nabije toekomst niet anders zijn. Juist dit laatste aspect brengt met zich dat een keuze voor het niveau van de ministeriële regeling aangewezen kan zijn. In de nadere memorie van antwoord heeft de regering aangegeven dat die keuze in overeenstemming is met de Aanwijzingen 26 en 339 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (kamerstukken I 1997/98, 25 533, nr. 309d, bladzijden 31 en 32). Zou hier gekozen zijn voor het niveau van de algemene maatregel van bestuur, dan zou het inderdaad zo zijn dat een met meer waarborgen omklede procedure gevolgd moet worden. De regering is, met de leden van de commissie, van oordeel dat behandeling in de ministerraad en advisering door de Raad van State – al of niet in combinatie met een van de bekende varianten van de voorhangprocedure – meer waarborgen biedt dan de enkele vaststelling van een regeling door een minister. Zou het in de telecommunicatiesector gaan om de implementatie van richtlijnen die een ruime beleidsmarge bieden, dan zou de regering die weg ook zeker bewandelen. Zij heeft daarom zeker begrip voor de wens van de commissie om die weg te volgen. De consequentie van die keuze is echter dat het door de regering met artikel 18.2, tweede en derde lid, beoogde doel niet optimaal wordt bereikt. Het is de regering er om te doen om bij de implementatie van EG-richtlijnen in zo veel mogelijk gevallen tijdig de vereiste maatregelen te kunnen nemen. In beginsel moet dat doel steeds via de normale wetgevingsprocedures bereikt kunnen worden. Indien er voldoende tijd is, zal de regering die weg zeker volgen. Voor uitzonderingsgevallen acht de regering het wenselijk dat er een mogelijkheid bestaat om bij ministeriële regeling regels te kunnen stellen. (Te denken valt daarbij aan richtlijnen met zeer korte implementatietermijnen die op het gebied van de telecommunicatie geen onbekend verschijnsel zijn.) Langs die weg kan tijdige implementatie voor die uitzonderingsgevallen op de meest doelmatige en snelle wijze worden bereikt. Het volgen van de procedure voor vaststelling van een algemene maatregel van bestuur doet die tijdswinst voor een belangrijk deel teniet, zelfs wanneer daarbij in aanmerking genomen wordt dat bij de Raad van State om een spoedige advisering kan worden verzocht. Wanneer daarbij ook nog een voorhangprocedure moet worden gevolgd neemt die winst verder af, al is de mate waarin dat gebeurt afhankelijk van de lengte van de termijn die in de procedure wordt opgenomen. De regering heeft daarom grote moeite met de consequentie die voortvloeit uit de voorkeur van de leden van de commissie.

Ten aanzien van de afwijkingsmogelijkheid die de voorgestelde bevoegdheid biedt wil de regering opmerken dat die een essentieel onderdeel van het voorstel vormt. EG-richtlijnen dwingen immers bijna

steeds tot wijziging van de geldende regelgeving, en dit proces vergt soms meer tijd dan die richtlijnen toelaten. Het is daarom dat de regering de mogelijkheid heeft voorgesteld om bij ministeriële regeling in uitzonderingsgevallen van de Telecommunicatiewet of van een op die wet te baseren algemene maatregel van bestuur te kunnen afwijken. Ook bij nadere afweging is de regering van oordeel dat de voorgestelde afwijkmogelijkheid in overeenstemming is met hetgeen staatsrechtelijk verantwoord is. De regering wees er in de nadere memorie van antwoord op dat de voorgestelde afwijkmogelijkheid binnen de categorieën valt waarop Aanwijzing 34 van de Aanwijzingen voor de regelgeving het oog heeft (kamerstukken I 1997/98, 25 533, nr. 309d, bladzijde 35). Verder meent de regering dat de procedures van artikel 18.2, derde lid, voldoende waarborgen dat eenmaal geldende afwijkingen binnen een betrekkelijk kort tijdsbestek in normale regelgeving kunnen worden omgezet. De regering wijst er nog eens met nadruk op dat de voorgestelde voorziening specifiek bedoeld is voor de telecommunicatiesector. Het is ook de Kamer bekend dat zich juist in deze sector snelle ontwikkelingen in de Europese regelgeving voordoen. De regering acht het dringend noodzakelijk dat de Europese en nationale regelgeving in deze sector niet nodeloos lang uiteen blijven lopen.

Alles afwegende is de regering ook thans nog van oordeel dat artikel 18.2, tweede en derde lid, van het wetsvoorstel een weliswaar bijzonder, maar niet onverantwoord samenstel van bevoegdheden en verplichtingen bevat. De regering meent, ook na de rechtvaardiging van de bepalingen opnieuw te hebben overwogen, dat zij een toets aan de Grondwet kan doorstaan.

Regering en Staten-Generaal oordelen echter in gemeen overleg over de verenigbaarheid van wetsvoorstellen met de Grondwet. Dat overleg zou de regering graag voortzetten bij de openbare behandeling van het wetsvoorstel.

Ten aanzien van de brief van de Registratiekamer aan de commissie van 17 september 1998, no. 98.A.495.05, wil de regering het volgende opmerken. De regering constateert dat de Registratiekamer van mening is dat de nadere memorie van het antwoord de betekenis van enige bepalingen op onderdelen heeft verhelderd. De regering spreekt de hoop uit dat de onderstaande reactie er aan mag bijdragen dat ook op de nog overgebleven onderdelen verheldering en aanvullende toelichting kan worden gegeven en dat de aangevoerde bezwaren worden weggenomen. In het onderstaande wordt puntsgewijs ingegaan op de brief van de Registratiekamer.

De Registratiekamer is van opvatting dat artikel 3.10, vierde lid, verder gaat dan het regelen van de medewerking die telecommunicatie-aanbieders aan de toepassing van de strafvorderlijke bevoegdheden dienen te geven. Alleen al het gegeven dat artikel 3.10, vierde lid, onder c, de verplichtingen ingevolge artikel 13.4 kan uitbreiden zou hier volgens de Registratiekamer een aanwijzing voor vormen. Artikel 125f Wetboek van strafvordering geeft de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen over telecommunicatieverkeer waaraan een verdachte deelneemt. De Registratiekamer is van opvatting dat dit niet noodzakelijkerwijs met zich mee brengt dat de politie of inlichtingendiensten zelf apparatuur mogen inzetten om de gewenste inlichtingen te verkrijgen, dan wel om deze zelf te verzamelen als het te lang duurt.

Wat betreft artikel 3.10, vierde lid, van het wetsvoorstel zij het volgende vermeld. Het is inderdaad zo, zoals de Registratiekamer stelt, dat artikel 3.10, vierde lid, niet de medewerking van de telecommunicatie-aanbieders regelt. Artikel 3.10 regelt het afwijkend gebruik van de frequentieruimte.

Indien afwijkend gebruik van de frequentieruimte nodig is in het belang van de opsporing, dan dient dat in de Telecommunicatiewet geregeld te worden. Dat is in de memorie van antwoord onder woorden gebracht, met de woorden «andere consequenties voor het telecommunicatieverkeer» (kamerstukken I 1997/98, 25 533, nr. 309b, bladzijde 40). De veronderstelling van de Registratiekamer dat artikel 3.10, vierde lid, onder c, de verplichtingen ingevolge artikel 13.4 kan uitbreiden, is onjuist. Artikel 3.10, vierde lid, onder c, bepaalt dat indien de medewerking waartoe de aanbieder op grond van artikel 13.4 verplicht is, onvoldoende effectief is voor de opsporing («onvoldoende het belang van de opsporing dient»), een andere weg mag worden gevolgd, namelijk een afwijkend gebruik van de frequentieruimte, doordat met behulp van actieve scan-apparatuur de gegevens worden vergaard die voor de toepassing van strafvordelijke bevoegdheden zijn vereist. In de toelichting op de tweede nota van wijziging (kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 8) is dit toegelicht. De regeling van artikel 13.4 kan onvoldoende effectief zijn in spoedeisende gevallen, zoals in geval van een gijzeling, bommelding of kaping, of ander gevallen waarin de gegevens binnen enkele uren bekend moeten zijn. Ook is de regeling minder effectief wanneer de gebruiker van telecommunicatie zijn diensten van meerdere aanbieders betreft.

De toepassing van artikel 3.10, vierde lid, leidt dus eerder tot een vermindering van het beroep op medewerking, waartoe de aanbieders op grond van artikel 13.4 zijn verplicht, dan tot een uitbreiding van verplichtingen.

Anders dan de Registratiekamer kennelijk meent, dient artikel 3.10, vierde lid, er niet toe om met behulp van actieve-scan apparatuur de verkeersgegevens, bedoeld in artikel 125f Wetboek van Strafvordering te vergaren. Het artikel dient er uitsluitend toe de gegevens, bedoeld in artikel 13.4, eerste lid, te vergaren. Dit is met zoveel woorden bepaald in onderdeel c van artikel 3.10, vierde lid. Het valt dan ook niet in te zien dat, zoals de Registratiekamer oordeelt, de regering in gebreke blijft waar het gaat om de legitimatie voor het inzetten van actieve scanapparatuur.

Naar het oordeel van de Registratiekamer wordt er geen enkele wettelijke garantie gegeven, dat de inzet van actieve scan-apparatuur geen inbreuk maakt op vertrouwelijke communicatie van niet verdachte personen. De inzet van actieve scan-apparatuur is gericht op het vergaren van de gegevens, bedoeld in artikel 13,4, eerste lid. De inzet van actieve scanapparatuur is dus niet gericht, zoals de Registratiekamer lijkt te veronderstellen, op het aftappen van vertrouwelijke communicatie. Het betreft gegevens van personen ten aanzien van wie het voornemen bestaat een strafvordelijke bevoegdheid toe te passen. Dat wil zeggen de bevoegdheid tot aftappen (artikel 125g Wetboek van Strafvordering) of de bevoegdheid verkeersgegevens te vorderen (artikel 125f Wetboek van Strafvordering). Dit is met zoveel woorden bepaald in artikel 13.4, eerste lid. Hierin is reeds een wettelijke garantie gelegen dat hierbij geen, althans zo min mogelijk, sprake is van het vergaren van gegevens van niet verdachte personen. Ten overvloede wijst de regering er op dat de rechter uiteindelijk toezicht kan houden op de uitoefening van de bevoegdheden in het kader van de strafvordering.

De regering is dan ook van mening dat het wetsvoorstel maar liefst vier garanties bevat, namelijk in de artikelen 13.4, eerste lid, en 3.10, vierde lid. De Registratiekamer meent dat de discussie over artikel 3,10, vierde lid, zonnodig dient plaats te vinden in het kader van het wetsvoorstel bijzondere opsporingsbevoegdheden of het wetsvoorstel Inlichtingen- en veiligheidsdiensten.

De regering meent, zoals hiervoor uiteengezet, dat de Telecommunicatiewet de juiste plaats is voor de regeling van artikel 3,10, vierde lid, en dat er voldoende wettelijke garanties aanwezig zijn dat met de scan-apparatuur niet de vertrouwelijke communicatie van

niet-verdachte personen wordt afgetapt. Er is dan ook geen reden de discussie over dit artikel te verplaatsen naar de behandeling van andere wetsvoorstellen. Evenmin is er reden de bepaling bij de eerstkomende gelegenheid te schrappen, zoals de Registratiekamer adviseert.

De Registratiekamer merkt vervolgens op dat voor wat betreft de aftapbaarheid van vooruitbetaald mobiel telefoonverkeer er minder ingrijpende alternatieven voorhanden zijn dan de algehele registratie van kaarthouders, of de algemene bewaarverplichting van gegevens omtrent alle telecommunicatieverkeer.

De mogelijkheden voor de aftapbaarheid van vooruitbetaald mobiel telefoonverkeer zijn door de regering, in samenwerking met de aanbieders, uitvoerig onderzocht.

Mede naar aanleiding van het advies van de Registratiekamer aan de minister van Verkeer en Waterstaat, d.d. 12 december 1997, nr. 97.A.961.01, is door de regering besloten geen registratieplicht voor kaarthouders in te voeren en uit te wijken naar alternatieven. In samenwerking met het bedrijfsleven is vervolgens de methode van bestandsanalyse ontwikkeld. Deze methode betreft een door de aanbieder van telecommunicatie uit te voeren analyse op de gegevensbestanden die in zijn netwerk beschikbaar zijn ten behoeve van de eigen bedrijfsvoering. Om deze methode toe te kunnen passen is in artikel 13.4, tweede lid, bepaald dat er voor bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gegevens in deze bestanden een bewaartermijn geldt van 3 maanden. De analyse kan slechts worden uitgevoerd op basis van de door de politie aangeleverde informatie over verdachte personen. Deze methode biedt een zeer grote garantie dat alleen gegevens over verdachte personen bekend worden. De regeling van artikel 3.10, vierde lid, als hiervoor besproken, vormt het sluitstuk op de regeling van de bestandsanalyse. Zijn er alternatieven die ook werkbaar zijn, minder belastend voor het bedrijfsleven zijn en die bovendien nog meer waarborgen voor de privacy van niet-verdachte personen bevatten, dan dienen die vanzelfsprekend serieus overwogen te worden.

De Registratiekamer wijst daarnaast op het standpunt van het kabinet ingenomen in de nota wetgeving voor de elektronische snelweg (kamerstukken II, 1997/98, 25 880, nrs. 1–2), dat datamining door opsporingsinstanties een uitdrukkelijke strafvorderlijke bevoegdheid vereist. Ook is de Registratiekamer van opvatting dat er thans geen strafvorderlijke bevoegdheid bestaat tot het verrichten van analyses op bestanden die gegevens bevatten omtrent het telecommunicatieverkeer van een op voorhand onbepaalde groep van personen.

De Registratiekamer geeft in overweging de woorden «in ieder geval» in de tweede volzin van het eerste lid van Artikel 13.4 te schrappen.

Terecht wijst de Registratiekamer op het kabinetsstandpunt inzake wetgeving op de elektronische snelweg. Dit standpunt is ook bij het wetsvoorstel Telecommunicatiewet richtinggevend, zij het dat dit wetsvoorstel dateert van voor het kabinetsstandpunt. De regeling van artikel 13.4, eerste lid, waarop de Registratiekamer hier duidt, kan niet als een vorm van datamining worden aangemerkt. De bestandsanalyse als hiervoor besproken, geregeld in artikel 13.4, tweede lid, kan wel gezien worden als een vorm van datamining. De analyse wordt echter niet uitgevoerd door de opsporingsinstanties, maar door de aanbieder zelf, zij het op verzoek van de opsporingsinstanties. In de toelichting op de tweede nota van wijziging is onderkend dat een dergelijke medewerkingsverplichting ingrijpend is, echter veel minder ingrijpend dan de tot dan toe voorgenomen registratie- en identificatieplicht van koper van een vooruitbepaalde (prepaid) kaart.

De regering zou, aldus de Registratiekamer, niet voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste van artikel 8 EVRM. In de toelichting op de

tweede nota van wijziging is echter uiteengezet dat de nu voorgestelde regeling noodzakelijk is, omdat niet kan worden toegestaan dat de verdachte gebruiker van telecommunicatie die vooruit betaalt zich kan onttrekken aan een belangrijke opsporingsbevoegdheid als de telefoontap.

De Registratiekamer geeft in overweging de woorden «in ieder geval» te schrappen, in artikel 13.4, eerste lid, tweede volzin. De tweede volzin is aan de bepalingen toegevoegd bij het amendement Kamp (Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 8. Deze volzin en dus ook de woorden «in ieder geval» waren in het oorspronkelijke regeringsvoorstel niet opgenomen. Het schrappen van deze woorden, dan wel van de gehele tweede volzin, zou naar de huidige stand van de techniek geen problemen opleveren. Voorzien wordt bij de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in het derde lid, de gegevens, bedoeld in artikel 13.4, eerste lid, limitatief op te sommen. Wellicht dat daarmee de bezwaren van de Registratiekamer worden ondervangen. De aanbeveling van de Registratiekamer om de woorden «in ieder geval» te schrappen leidt er immers ook toe dat er een limitatieve opsomming ontstaat.

De Registratiekamer stelt tenslotte dat de bevoegdheden tot het verrichten van strafvorderlijk onderzoek aan telecommunicatie bij wet begrensd zijn en slechts openbare telecommunicatienetwerken betreffen en dat ook ten aanzien van deze bevoegdheid van de Minister van Verkeer en Waterstaat geldt dat een deugdelijke bevoegdheidsgrondslag wordt gemist. De Registratiekamer handhaaft haar advies tot schrapping van artikel 13.7.

Het is inderdaad zo dat in de artikelen 125f en 125g van het Wetboek van Strafvordering geen basis kan worden gevonden voor het aftappen van niet-openbare netwerken of diensten. De situatie kan zich echter voordoen dat bijvoorbeeld een verdachte van een ernstig misdrijf gebruik maakt van een niet-openbaar netwerk en daarmee wel naar «buiten» belt, dat wil zeggen communiceert via het openbare netwerk. In dat geval voorziet artikel 125g van het Wetboek van Strafvordering in de bevoegdheid van de rechter-commissaris te bepalen dat telecommunicatie via een openbaar telecommunicatienetwerk wordt afgetapt. Om te voorkomen dat alle van het niet-openbare netwerk uitgaande communicatie moet worden afgetapt om zodoende communicatie van de verdachte te onderscheppen, is het van belang dat de aanbieder van het niet-openbare netwerk informatie verschaft over het gebruik van het netwerk door de verdachte. Op basis van artikel 13.7 van het wetsvoorstel zou in een dergelijke situatie bij beschikking kunnen worden bepaald dat artikel 13.2 van het wetsvoorstel van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de aanbieder van het niet-openbare netwerk, zodat deze aanbieder kan worden verplicht medewerking te verlenen aan de uitvoering van het bepaalde in artikel 125g van het Wetboek van Strafvordering.

Verwezen wordt verder naar het op 17 juni 1997 ingediende wetsvoorstel bijzondere opsporingsbevoegdheden (kamerstukken II 1996/97, 25 403, nrs. 1–2) en het wetsvoorstel voor de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten (kamerstukken II 1997/98, 25 877, nrs. 1–3). Deze wetsvoorstellen regelen voor het openbaar ministerie en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten de bevoegdheden tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie, hetgeen het aftappen van niet-openbare telecommunicatie mede omvat, naast de bestaande bevoegdheden tot het opnemen van openbare telecommunicatie.

Het Wetboek van Strafvordering, zoals dat komt te luiden na inwerking-treding van het wetsvoorstel bijzondere opsporingsbevoegdheden, en de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten kennen dan de mogelijkheid tot het opnemen van andere vormen van vertrouwelijke

communicatie, waaronder communicatie via niet-openbare netwerken en diensten. In het licht van deze wetgeving is artikel 13.7 van het wetsvoorstel derhalve eveneens van belang.

De Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat,  
J. M. de Vries