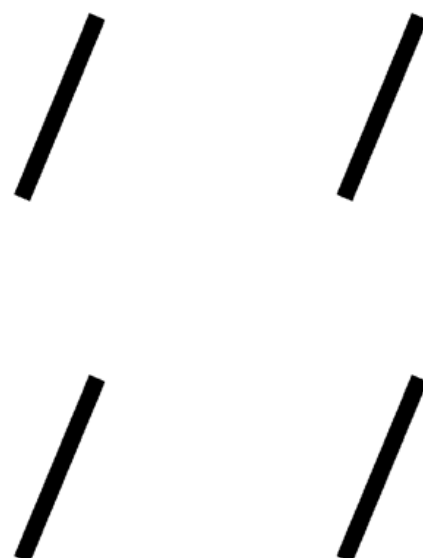




STANDPUNT

**Actieve kennisgevingsplicht
inzake specifieke methoden
voor het verzamelen van
gegevens door de inlichtingen-
en veiligheidsdiensten (DOC
55-1763)**



28/05/2021



OVB

INLEIDING

De Commissie Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers heeft de Orde van Vlaamse balies (hierna "OVB") verzocht om een advies voor te bereiden inzake het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, met het oog op het invoeren van een actieve kennisgevingsplicht met betrekking tot bepaalde specifieke methoden voor het verzamelen van gegevens (DOC 55-1763/001).

Dit wetsvoorstel beoogt een nieuwe actieve kennisgevingsprocedure in te voeren, waarin de vereiste waarborgen worden opgenomen.

De OVB betreurt dat het zo lang heeft geduurd maar is tevreden met het wetsvoorstel, gezien het standpunt dat zij in het verleden op herhaaldelijke wijze heeft verdedigd.

ACHTERGROND

Reeds bij het wetsontwerp van 2007 en het wetsvoorstel van 2008 was de OVB een tegenstander van een wettelijke regeling voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten die hen meer bevoegdheden moest toekennen¹.

Die uitbreiding van hun bevoegdheden moest de inlichtingendiensten meer slagkracht geven. De OVB vreesde echter dat deze gepaard zou gaan met een aantasting van de fundamentele rechten en vrijheden van de burgers, in het bijzonder het recht op privacy en het recht op een eerlijk proces.

Ondanks onze bezwaren werd de BIM-wet toch gestemd en goedgekeurd.

De OVB stelde in reactie hierop een annulatieberoep in bij het Grondwettelijk Hof (hierna "Hof"), samen met de vzw Liga voor Mensenrechten.

Op 22 september 2011 deed het Hof uitspraak in een lijvig arrest over het vernietigingsberoep².

Het Hof heeft meer bepaald de vernietiging uitgesproken van artikel 2 §3 BIM-wet wegens schending van de Grondwet. Dit artikel had betrekking op de passieve notificatieplicht die erin bestond de persoon die het voorwerp had uitgemaakt van een specifieke of uitzonderlijke methode hiervan op de hoogte te brengen. Meer specifiek bepaalde dit artikel dat iedere natuurlijke persoon op zijn verzoek geïnformeerd werd over het feit dat hij het voorwerp heeft uitgemaakt van een specifieke of uitzonderlijke methode, op voorwaarde dat een periode van meer dan vijf jaar is verstreken sinds het einde van de methode, en dat over de aanvrager sindsdien geen nieuwe gegevens werden verzameld.

Bovendien heeft het Hof met betrekking tot deze bepaling aanvaard dat de kennisgeving niet van toepassing was op gewone methoden en vond het verantwoord dat een zekere termijn moest verlopen tussen het einde van de maatregel en de kennisgeving. Het Hof sprak zich wel uit ten gunste van een ambtshalve kennisgeving zodra de BIM-commissie dit mogelijk acht, waardoor een persoon er dus niet zelf moet om verzoeken.

Daarnaast heeft het Hof geoordeeld dat de kennisgeving zowel ten aanzien van natuurlijke personen als rechtspersonen moest worden toegepast.

Een optreden van de wetgever was dus nodig met het oog op het aanpassen van deze bepaling.

De bestreden bepaling werd vernietigd, waardoor het in de Belgische wetgeving ontbrak aan enige kennisgevingsplicht, actief of passief.

¹ Wetsvoorstel betreffende de methoden voor het verzamelen van gegevens door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, ParlSt. Senaat, 2008-09, nr. 4-1053/1, memorie van toelichting, 1.

² Grondwettelijk Hof, Arrest nr. 145/2011 van 22 september 2011.

In 2016 legde de regering een nieuw wetsontwerp voor, dat heeft geleid tot de wet van 30 maart 2017 tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en van artikel 259bis van het Strafwetboek³.

Het doel daarvan was, volgens de samenvatting, de “organieke wet te verbeteren en te verduidelijken door de ondervonden operationele problemen te ondervangen”. Daaronder werd aanvankelijk echter niet de eerder vernietigde notificatieplicht begrepen.

De OVB had naar aanleiding van dit wetsontwerp een advies neergeschreven waarin zij voornamelijk de actieve notificatieplicht verdedigde.

De BIM-commissie zelf pleitte ook niet alleen voor een actieve notificatieplicht, ze stelde bovendien voor daarin een concrete, controlerende rol te spelen en ontwikkelde zelfs een voorbeeld van een mogelijk procedureverloop.

Gezien de aard van die opmerkingen en aangezien de wetgever niet volledig tegemoet kwam aan de eisen die het Hof had gesteld in zijn arrest van 2011, werd na aanneming van de wet bij het Grondwettelijk Hof opnieuw een beroep tot vernietiging ingediend door de vzw “Liga voor Mensenrechten”.

Opnieuw oordeelde het Hof in 2019 dat de voorziene notificatieregeling de toetsing aan de grondwettelijk voorziene waarborgen niet kon doorstaan⁴.

Opnieuw werd de bepaling vernietigd, en stelde het Hof de uitdrukkelijke eis dat in een “mechanisme van actieve kennisgeving” werd voorzien, zodra die het doel van de beperking niet meer in gedrang kon brengen.

De OVB stelt vast dat tien later na het eerste arrest er in ons land nog altijd geen kennisgevingsprocedure bestaat de toepassing van bepaalde verregaande inlichtingenmethoden.

HUIDIG WETSVOORSTEL

Beter laat dan nooit streeft huidig wetsvoorstel een actieve kennisgevingsplicht na die evenwel beperkt blijft tot bepaalde uitzonderlijke methoden voor het verzamelen van gegevens, namelijk (1) het doorzoeken van niet voor het publiek toegankelijke plaatsen, al dan niet met behulp van technische middelen en van de inhoud van al dan niet vergrendelde voorwerpen die zich daar bevinden, alsook het meenemen van die voorwerpen en het terugplaatsen ervan (artikel 18/12), (2) het openmaken en kennisnemen van al dan niet aan een postoperator toevertrouwde post (artikel 18/14) en (3) het onderscheppen, kennisnemen en registreren van communicaties (artikel 18/17).

De OVB kan niet anders dan hiermee tevreden zijn, onder het voorbehoud dat hierna uiteengezet wordt, en bij deze gelegenheid haar standpunt herhalen.

De Orde begrijpt dat de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in staat moeten worden gesteld om hun opdrachten op snelle en doeltreffende wijze uit te voeren. Zij wijst er evenwel op dat een BIM, vanwege haar aard zelf, een bijzonder ingrijpende maatregel is en dat, niettegenstaande de noodwendigheden van de diensten, blijvende aandacht vereist is voor de grondrechten van alle betrokkenen.

Die fundamentele rechten indachtig, betreurde de Orde dat de eerdere wetsontwerpen slechts in een passieve notificatieplicht voorzagen in de vorm van een ‘kennisgeving op verzoek’ van diegene die vermoedt dat hij het voorwerp heeft uitgemaakt van een BIM.

Volgens het huidige art. 2, §3 BIM-wet, verschaft het diensthoofd immers enkel informatie “op verzoek van iedere persoon met een persoonlijk en wettig belang die onder de Belgische rechtsmacht valt”.

³ Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en van artikel 259bis van het Strafwetboek, 20 september 2016.

⁴ Grondwettelijk Hof, Arrest nr. 41/2019 van 14 maart 2019.

Zelfs wanneer er geen enkel veiligheidsgevaar meer bestaat, wordt de betrokkene wiens grondrechten per definitie ernstig zijn aangetast door de toepassing van een BIM, momenteel daarvan pas ten vroegste tien jaar (!) na het beëindigen van de BIM op de hoogte gesteld en bovendien alleen wanneer hij daar zelf om verzoekt en een persoonlijk en wettig belang aantoont.

De Orde vreesde toen dat een dergelijke passieve kennisgeving, op verzoek van de betrokkene, contradictoir was met het wezen van de BIM zelf: omdat de methoden per definitie in het geheim worden toegepast, zou de betrokkene nauwelijks elementen kunnen aandragen die zijn persoonlijk en wettig belang kunnen staven.

De kritische opmerking van de Raad van State aangaande art. 43/4 BIM-wet, kon hier worden hernomen. De Raad stelde vast dat een persoon die klacht indient, "zijn grieven moet vermelden en een persoonlijk en rechtmatig belang moet kunnen aantonen", maar noemde het terecht "weinig waarschijnlijk dat een persoon die niet zeker is dat hij het voorwerp heeft uitgemaakt van een bewakingsmaatregel aan die voorwaarden voldoet"⁵.

De meest aangewezen oplossing voor dat probleem bestond toen al in het opleggen van een actieve notificatieplicht voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten om, uit eigen beweging, voortdurend of periodiek te onderzoeken of een mededeling mogelijk was.

In de eerste plaats omdat een passieve kennisgeving 'op verzoek', zoals gezegd, onverzoenbaar is met het geheim karakter van de methoden, maar in de tweede plaats ook omdat het Hof uitdrukkelijk een actieve notificatieplicht eist⁶.

In dat opzicht voldoet art. 2, §3 BIM-wet in zijn huidige vorm niet aan de eisen die het Hof gesteld heeft, zodat het hier besproken wetsvoorstel welkom is.

RECHSTVERGELIJKENDE VOORBEELDEN

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van 2016⁷ verwees naar verschillende Europese partnerdiensten, waaruit moest blijken dat in verschillende andere landen evenmin een actieve notificatieplicht bestond.

Zo werd uitgebreid het Nederlands voorbeeld hernomen om te proberen te bewijzen dat er weinig passieve notificaties plaatsvonden.

Niet alleen werd door de OVB al aangehaald dat die notificatieplicht (die na 10 jaar moest gebeuren in Nederland) nog geen 10 jaar bestond en dus niet kritisch geëvalueerd kon worden maar bovendien werd sinds 2017 een actieve notificatieplicht ingevoerd in de Nederlandse wetgeving.

Naast Nederland had de OVB in haar advies ook Duitsland als voorbeeld genomen omdat de Duitse geheime dienst al jarenlang succesvol met een actieve notificatieplicht werkt.

Die twee voorbeelden worden in huidig wetsvoorstel hervat en aangevuld met andere Europese voorbeelden⁸.

⁵ Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en van artikel 259bis van het Strafwetboek, Parl.St. Kamer 2015-16, nr. 54-2030/001, advies Raad van State nr. 59 509/4 van 27 juni 2016, 132.

⁶ Grondwettelijk Hof, Arrest nr. 145/2011 van 22 september 2011.

⁷ Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdienst en van artikel 259bis van het Strafwetboek, 20 september 2016.

⁸ "In six Member States, individuals are notified or information is provided at the end of surveillance, based on the anticipation that the threat to national security will exist throughout the surveillance (Bulgaria, Croatia, Denmark, Germany, the Netherlands, and Romania)", Fundamental Rights Agency, 2016, Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU. Mapping Member States' legal frameworks. P.63.

Het is duidelijk dat uit de adviezen van gezaghebbende binnenlandse instanties blijkt dat het essentieel is dat ons land voorziet in een actieve kennisgevingsplicht voor de inlichtingendiensten voor wat betreft het inzetten van bepaalde, verregaande, speciale en uitzonderlijke methoden.

BEPERKING TOT BEPAALDE SPECIFIEKE EN UITZONDERLIJKE METHODEN

De OVB volgt de keuze van het Hof om de kennisgevingsplicht te beperken tot bepaalde specifieke en uitzonderlijke methoden.

Haar positie volgens welke *“de wetgever wenste een juist evenwicht te vinden tussen de bescherming van de fundamentele belangen van de Staat en de bescherming van de fundamentele rechten van de mens en bijgevolg een striktere methode wilde invoeren ten aanzien van de specifieke en uitzonderlijke methoden in zoverre zij in grotere mate afbreuk doen aan die fundamentele rechten. De uitsluiting van de gewone methoden van het toepassingsgebied van de bestreden bepaling is daarom redelijk verantwoord”* werd door de OVB te allen tijde ondersteund en huidig wetsvoorstel gaat in dezelfde richting, waarover we ons verheugen.

BESLUIT

De OVB pleit sinds 2008 voor een meer actief omschreven notificatieplicht.

De burger actief informeren over de draagwijdte van ab initio in het geheim getroffen maatregelen, kan helpen om al te sterke verhalen over de activiteiten van de geheime diensten in het juiste perspectief te plaatsen.

De burger moet bij een onrechtmatige inperking ook steeds de kans hebben daartegen protest of beroep aan te tekenen. Transparantie is daarom een belangrijk element: alleen wie weet dat zijn rechten worden geschonden, kan daartegen rechtsbescherming zoeken.

De OVB steunt het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 30 november 1998 houdende regeling van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, met het oog op het invoeren van een actieve kennisgevingsplicht met betrekking tot bepaalde specifieke methoden voor het verzamelen van gegevens, ook al betreft zij dat de diverse adviezen van de OVB niet eerder in aanmerking kwamen, zodat meerdere procedures voor het Grondwettelijk Hof onvermijdelijk werden.