

Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie

Lodewijk Asscher

Voorwoord

Dit rapport is het resultaat van een korte termijn-onderzoek in het kader van het ITeR programma. Het Nationaal Programma Informatietechnologie en Recht (ITeR) is een stimuleringsprogramma dat onderzoek naar actuele juridische vraagstukken op het gebied van de informatietechnologie stimuleert en financiert. Het Programma is een samenwerkingsverband tussen de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) en de ministeries van Economische Zaken, Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Justitie, Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en Verkeer en Waterstaat. Het onderzoek is beperkt tot een literatuurstudie. Als gevolg van het korte tijdsbestek was het niet mogelijk diep in te gaan op theoretische achtergronden van de problematiek. Mede om die reden is afgezien van rechtsvergelijking, hoewel het onderwerp zich daar zeker voor leent.

De verschillende onderdelen van het onderzoek werden in diverse stadia voorgelegd aan en besproken met een begeleidingscommissie uit het Instituut voor Informatierecht. Deze commissie bestond uit prof. mr. E.J. Dommering, dr. N.A.N.M. van Eijk, mr. A.W. Hins, prof. mr. J.J.C. Kabel, prof. mr. J.M. de Meij en dr. A.J. Nieuwenhuis. Projectleider was prof. mr. G.A.I. Schuijt. Op deze wijze kon gebruikt gemaakt worden van de in het instituut aanwezige expertise op de onderscheiden deelgebieden van de communicatievrijheid. Hoewel de begeleidingscommissie een belangrijke inhoudelijke inbreng heeft gehad bij het totstandkomen van dit rapport, spreekt het vanzelf dat de verantwoordelijkheid voor de tekst uitsluitend bij de auteur berust.

Lodewijk Asscher

Oktober

1999

Inhoud

Voorwoord	iii
1. Communicatie in de informatiemaatschappij	1
1.1 Inleiding	1
1.2 Aanleiding	2
1.2.1 Informatiemaatschappij	2
1.2.2 Convergentie en divergentie	2
1.2.3 Veranderingen op de markt	6
1.2.4 De overheid in de informatiesamenleving	7
1.3 Communicatievrijheid	9
1.3.1 Terminologie	9
1.3.2 Grondslag	10
1.3.3 Beperkingen	16
1.4 Vraagstelling	17
1.5 Plan van aanpak	17
2. Communicatievrijheid en artikel 7 Grondwet	19
2.1 Inleiding	19
2.2 Theoretische achtergrond	19
2.2.1 De vrijheid tot openbare communicatie	19
2.3 Vrijheid tot openbare communicatie in de Grondwet	21
2.3.1 Oorsprong van artikel 7 Grondwet	21
2.3.2 De formulering van de vrijheid	23
2.4 Object van de vrijheid	26
2.4.1 Toegang	30
2.4.2 Techniek	39
2.4.3 Informatiebeleid	45
2.5 Horizontale werking	48
2.6 Beperkingen	48
2.7 Tussenconclusie	50
3. Communicatievrijheid en artikel 13 Grondwet	53
3.1 Inleiding	53

3.2	Theoretische achtergrond	53
3.2.1	Het communicatiegeheim: privacy of communicatievrijheid?	54
3.2.2	Concept van het communicatiegeheim	58
3.3	Het communicatiegeheim in de Grondwet	64
3.3.1	Oorsprong van artikel 13 Grondwet	64
3.3.2	Object van artikel 13 Grondwet	70
3.3.3	Tegen wie kan het geheim worden ingeroepen?	76
3.3.4	Horizontale werking	79
3.3.5	Beperkingen	80
3.4	Verhouding tot andere bepalingen in de Grondwet	86
3.5	Tussenconclusie	87
4.	De Grondwet en de internationale rechtsorde	91
4.1	Inleiding	91
4.2	Communicatievrijheid in het internationale recht.	92
4.2.1	IVBPR en EVRM	92
4.2.2	EG en communicatievrijheid	99
4.3	Plaats van de Grondwet	101
4.3.1	Artikel 93 Grondwet	102
4.3.2	Moderne Formulering	102
4.3.3	Hoger beschermingsniveau	103
4.3.4	Neerslag van lokale normen en waarden	104
4.3.5	Het toetsingsverbod	105
4.4	Tussenconclusie	107
5.	Een nieuwe communicatieparagraaf	109
5.1	Inleiding	109
5.2	IJkpunten	110
5.2.1	Bereik	110
5.2.2	Toegang	113
5.2.3	Zorgplicht	114
5.2.4	Horizontale werking	115
5.2.5	Beperkingen	116
5.2.6	Samenvatting	118
5.3	Inleiding drie scenario's	118
5.4	Scenario A	118
5.4.1	Tekst	119
5.4.2	Toelichting	119
5.5	Scenario B	123
5.5.1	Tekst	123
5.5.2	Toelichting	124
5.6	Scenario C: een nieuwe communicatieparagraaf	127
5.6.1	Tekst	127

5.6.2	Toelichting	128
5.7	Evaluatie	130
Literatuur		135

1. Communicatie in de informatiemaatschappij

1.1 Inleiding

In dit onderzoek wordt nagegaan of ten gevolge van de komst van de informatiemaatschappij, en in het bijzonder ten gevolge van de informatietechnologische convergentie van pers, omroep en telecommunicatie het huidige grondwettelijke regime van de communicatievrijheid wijziging behoeft. Meer specifiek gaat het om de vraag of het noodzakelijk is over te gaan van een technologiegebonden vrijheidsregime naar een niet technologiegebonden vrijheidsregime en wat daarvan de consequenties zijn.

Bovendien omvat de communicatievrijheid, zoals deze term in dit rapport wordt gebruikt, zowel de openbare als de niet-openbare communicatie en is de vraag aan de orde wat daarvan de gevolgen zijn voor een mogelijke nieuwe communicatieparagraaf in de Grondwet.

Het wetenschappelijk belang van het onderzoek is erin gelegen dat het de kern raakt van de relatie tussen informatietechnologie en recht. Het maatschappelijk belang van de te beantwoorden vragen ligt in de behoefte ook in de informatiesamenleving de burgers blijvend te beschermen tegen ongewenste inmenging in de openbare én de niet-openbare communicatie.

1.2 Aanleiding

1.2.1 Informatiemaatschappij

De technologische vooruitgang op het gebied van communicatie en informatie heeft de samenleving ingrijpend veranderd. Het spreekt vanzelf dat dit ook gevolgen heeft voor regulering door de overheid. De industriële samenleving van het einde van de 19^e eeuw heeft zich in de loop van de 20^e eeuw ontwikkeld tot wat thans de informatiemaatschappij genoemd wordt. Deze paragraaf beschrijft de factoren die hebben geleid tot de informatiemaatschappij en die ontwikkeling nog in versterkte mate voortzetten. Voorts wordt een beeld geschetst van de reactie van de overheid op die ontwikkeling, voor zover hier relevant.

1.2.2 Convergentie en divergentie

Een van de factoren die bijdragen aan de zich ontwikkelende informatiemaatschappij is convergentie. Convergentie betekent letterlijk samensmelting. Het Groenboek Convergentie, dat in 1997 door de Europese Commissie werd uitgebracht, geeft twee betekenissen aan het begrip convergentie:

- het verschijnsel dat verschillende typen infrastructuur in wezen gelijksoortige typen diensten kunnen overdragen, of
- het verschijnsel dat de functies van gebruikersapparaten als telefoon, televisietoestel en computer elkaar gaan overlappen.¹

Het Groenboek maakt dus onderscheid tussen puur technische convergentie en de convergentie van diensten, die door middel van die infrastructuur en apparatuur geleverd worden. Technische convergentie is bijvoorbeeld de ontwikkeling van voorheen afzonderlijke infrastructuur voor bijvoorbeeld omroep en telefonie naar infrastructuur voor zowel omroep als telefonie (en andere diensten). Tegelijkertijd wordt de afzonderlijke gebruikersapparatuur voor omroep, telefonie en andere diensten vervangen door één multimedia *personal computer*.

¹ Groenboek over de convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie en de implicaties daarvan voor de regelgeving, COM(97) 623 def., 3 december 1997, p. 1; Zie ook Dommering e.a. 1999, p. 9-10; Andere definities geven Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering 1990, p. 58; Dommering en Van Eijk 1993, p. 5.

Convergentie staat tegenover divergentie. Dat laatste is een proces van ontvlechting, waarbij juist ont koppeling tussen verschillende technieken of functies plaatsvindt. Een voorbeeld van dat verschijnsel is het aanleggen door telecommunicatieaanbieders van aparte netwerken voor datadiensten.²

Technische convergentie

De stormachtige technologische ontwikkelingen die ons naar de informatiemaatschappij stuwen, veroorzaken convergentie. Conceptueel zijn de voornaamste van deze ontwikkelingen te herleiden tot het huwelijk tussen informatietechnologie en communicatietechnologie.³

De communicatietechnologie heeft zich in de 19^e eeuw ontwikkeld vanaf de uitvindingen van Morse (Morsetelegraaf, 1838) en Marconi (vonkzender, 1895) tot de geautomatiseerde schakelcentrales die in Nederland hun intrede deden vanaf de jaren 1920.⁴ De belangrijkste communicatiemiddelen waren vóór WO II telegraaf en vooral telefoon en radio. Later in de 20^{ste} eeuw kwamen daar televisie en telefax bij. Al deze diensten werden geleverd via min of meer functiegerichte netten die qua capaciteit en architectuur geschikt waren gemaakt voor een specifieke dienst of dienstengroep.⁵

Ondertussen heeft de informatica zich ontwikkeld van de eerste supercomputers tot de wijde verbreiding van *personal computers* en computerapplicaties nu. Dit heeft te maken met de exponentieel toegenomen rekenkracht en snelheid van de moderne computertechnologie. Door de introductie van de pc is nu in zeer veel huishoudens de computer gewoon geworden.

De kiem van de fusie tussen deze twee technologieën ligt in de VS en gaat terug tot de jaren '50 toen voor het eerst computers door middel van telecommunicatienetten met elkaar verbonden werden.⁶ Ondertussen is het

² Dommering e.a. 1999, p. 38.

³ Staat zonder land 1998, p. 17-22; De Jong/Michiels/Nijhof e.a. 1997, p. 3-8; Groenboek convergentie 1997, p. viii-ix; *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2, p. 26-27; Dommering e.a. 1999, p. 40-41; Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering 1990, p. 35-37.

⁴ Voor een uitgebreid historisch overzicht verwijs ik naar Dommering e.a. 1999, p. 35-43, en Standage 1998, p. 41-104.

⁵ Dommering e.a. 1999, p. 35-43; De Jong/Michiels/Nijhof e.a. 1997, p. 14-16.

⁶ Koers, *Handelingen NJV 1998-I*, p. 8-10.

gebruik van computertechnologie gemeengoed geworden in eindapparaten, tijdens transmissie en in schakelstations.⁷

Digitalisering, het omzetten van alle informatie in 'nullen en enen', is wellicht de belangrijkste technische ontwikkeling. Daardoor kan immers alle informatie op dezelfde manier verpakt, verstuurd en ontvangen worden. De dragers van informatie (boek, krant, plaat) convergeren tot elektronische gegevensverzamelingen (cd-rom). Ook verbeterde compressietechnieken, standaardisatie van conversietechnieken en verbeterde transmissiecapaciteit dragen bij aan technische convergentie. Inmiddels komt het van begin tot eind gedigitaliseerde net in zicht.⁸

Convergentie van functies en diensten

Het gevolg van die technische convergentie is het verdwijnen van de vaste relatie tussen dienst en net. Immers, als gevolg van convergentieprocessen is het niet meer zo dat een bepaalde dienst aan een bepaald net gebonden is. Het nieuwe netwerk, dat een koppeling is van tot voor kort afzonderlijke netwerken, wordt daarom ook wel dienstenneutraal genoemd. Het ontstaan van dat nieuwe net heeft een aantal gevolgen voor de verhouding tussen de diensten, die via het net worden aangeboden.

Het is nu mogelijk dat bestaande diensten op nieuwe wijze worden bezorgd of verpakt. Als gevolg van digitalisering zijn bovendien aanzienlijke kwaliteitsverbeteringen mogelijk. Voorbeelden zijn digitale radio/tv en digitaal mobiel telefoneren.⁹ Aan bestaande diensten kunnen functies worden toegevoegd. Een voorbeeld is het interactief maken van een reeds bestaande dienst zoals televisie door de introductie van diensten als *WEBTV*. Een ander voorbeeld is de ontwikkeling van de foliopers, via kabelkrant tot de interactieve krantensite. Zo kan convergentie oude media consultatief en interactief maken.¹⁰

Echter, ook geheel nieuwe diensten (kunnen) worden ontwikkeld. Voorbeelden zijn het WWW, *Video On Demand* en mobiel datatransport.¹¹

Het ontstaan van deze nieuwe of vernieuwde diensten die allen worden verspreid via één dienstenneutraal net heeft een aantal gevolgen. Ten eerste is het steeds moeilijker een dienst in te delen in één van de traditionele categorieën omroep, telecommunicatie of pers, aangezien steeds meer diensten aspecten bevatten van meer dan één categorie. Ten tweede is, juist

⁷ De Jong/Michiels/Nijhof e.a. 1997, p. 4-5 en 247-248.

⁸ Dommering e.a. 1999, p. 40.

⁹ Groenboek convergentie 1997, p. 12.

¹⁰ Public policy issues 1996, p. 85.

¹¹ Groenboek convergentie 1997, p. 12-13.

doordat een net niet meer per se wordt gebruikt voor één dienst, het steeds moeilijker de regulering van een bepaald soort dienst te koppelen aan het net waarover de informatie getransporteerd wordt. Dit heeft natuurlijk direct te maken met het convergeren van de verschillende netten. Er is een ont koppeling ontstaan tussen net en dienst, ook op functioneel niveau.¹²

Ook in de sociale perceptie vindt er een verandering plaats. De neiging alles in te delen in oude technische mediumcategorieën maakt langzaam plaats voor modern 'netwerkdelen'.

Het voorgaande leidt tot een nieuw geïntegreerd netwerk met een aantal specifieke kenmerken. Ten eerste is er sprake van toenemende standaardisatie. Dat wil zeggen dat door het beter op elkaar aansluiten van verschillende protocollen en door het maken van afspraken over methoden van opslag en transport, netten met elkaar kunnen worden verbonden die voorheen gescheiden waren.

Ten tweede is er sprake van ontvlechting (divergentie) van dienst en dienstbesturing. Dat wil zeggen dat de besturing van het informatietransport wordt overgelaten aan speciale programmatuur om het verkeer te sturen, de zogenaamde *routingsoftware*. Op deze manier ontstaat een zogenaamd intelligent netwerk waarover de dienst op verschillende manieren geleverd kan worden. In de praktijk komt het er op neer dat de leverancier van de dienst en de leverancier van de besturing niet langer dezelfde hoeven te zijn.¹³ Gevolg is dat het net wordt gekozen dat het meest geschikt is voor de dienst. Dommering omschrijft dat als volgt: 'De dienstaanbieder reageert direct op de vraag van de consument en koopt de benodigde infrastructurele voorzieningen in'.¹⁴

Juridische convergentie

Als gevolg van de hierboven omschreven ontwikkelingen wordt netwerkgebonden regulering steeds hachelijker. Dit roept onder andere de vraag op naar de houdbaarheid van techniekafhankelijke normen. Het is de vraag hoe effectief techniekafhankelijke normering is bij zulke sterk wijzigende omstandigheden in de informatie- en communicatietechnologie. De Europese Commissie heeft uit de reacties op het Groenboek opgemaakt dat het tijd wordt voor een nieuw geïntegreerd beleid voor netwerkdiensten, telediensten en informatiediensten.¹⁵ Bovendien pleit zij

¹² Dommering e.a. 1999, p. 9-11.

¹³ Dommering e.a. 1999, p. 12 en p. 86-90.

¹⁴ Dommering e.a. 1999, p. 41-42.

¹⁵ Dommering e.a. 1999, p. 9-10; Convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie en de implicaties daarvan voor de regelgeving.

voor gelijke behandeling van alle netwerkinfrastructuur en bijbehorende diensten, ongeacht de aard van de getransporteerde diensten.¹⁶

Is dat ook wenselijk met betrekking tot de Grondwet? In de informatiemaatschappij vervagen voorts de grenzen tussen de traditionele communicatiemiddelen als pers, omroep en telecommunicatie. Dat roept de vraag op of bij formulering van de grondrechten nog langer onderscheid tussen die media gemaakt kan worden.

Een en ander betekent dat de technische convergentie en de convergentie van functies en diensten wellicht ook een juridische convergentie tot gevolg kunnen en moeten hebben.

1.2.3 Veranderingen op de markt

De hierboven omschreven processen hebben een belangrijke invloed op de ontwikkelingen op de markt. Tegelijkertijd vinden ook andere marktprocessen plaats met consequenties voor de communicatie.

Convergentie kan leiden tot horizontale integratie en (*media*) *cross ownership*.¹⁷ Er bestaat een trend van wederzijdse fusies en participaties tussen telecommunicatie-, kabel- en mediabedrijven zodat integrale communicatielijnen, van infrastructuur via transportdienst tot informatiedienst, in handen komen van één partij.

Ook vindt ontvlechting plaats van bijvoorbeeld aanbieders van lokale telefonie en aanbieders van internationale telefonie. Tegelijkertijd is uitgeven en distribueren veel eenvoudiger geworden zodat ondernemingen en grote organisaties dat zelf kunnen doen. In sommige gevallen verschuift door het afnemen van schaarste in distributiefactoren de controle over de inhoud van redactie naar consument. Dit kan leiden tot het afnemen van machtsposities op de markt, bijvoorbeeld die van uitgevers.¹⁸ Tegelijkertijd kunnen nieuwe machtsposities ontstaan bijvoorbeeld in de markt voor software die toegang biedt tot het Internet, de *browsers*.

Resultaten van de openbare raadpleging over het groenboek [COM(97)623], COM (1999), 108 *final*.

¹⁶ Resultaten van de openbare raadpleging COM(199)108, 1999.

¹⁷ Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering 1990, p. 58.

¹⁸ Dommering e.a. 1999, p. 8-9, stellen de vraag aan de orde wie er bij gebrek aan redactioneel filter verantwoordelijk is voor de informatie op een bepaald net. Deze vraag gaat het bestek van dit onderzoek te buiten.

Naast convergentieprocessen spelen op de markt ook liberaliseringsprocessen een rol. In de telecommunicatiesector verschuiven de verhoudingen van een situatie met één monopolistische aanbieder tot een situatie met meer aanbieders. Ook de markt voor mediadiensten is geliberaliseerd. De liberalisering van de postmarkt komt er aan.¹⁹

1.2.4 De overheid in de informatiesamenleving

De genoemde ontwikkelingen hebben de Nederlandse overheid geprikkeld een aantal documenten samen te stellen die ingaan op haar rol in de informatiemaatschappij. Begin 1998 kwam zij met de Nota Wetgeving voor de Elektronische Snelweg (Nota WES).²⁰ Deze Nota gebruikt de begrippen informatiesamenleving en elektronische snelweg naast elkaar. Het samenspel van maatschappelijke en economische ontwikkelingen zal volgens de regering leiden tot de informatiemaatschappij, terwijl 'elektronische snelweg' meer een metafoor is voor de technische ontwikkelingen die de informatierevolutie ondersteunen.²¹ Het lijkt de regering onvermijdelijk dat de rol van de overheid in de informatiesamenleving een andere is dan die in de industriële samenleving.²²

De regering voorziet drie scenario's waarlangs de rol van de overheid zich zou kunnen ontwikkelen in de informatiemaatschappij. In het eerste scenario treedt de overheid sturend op, hetgeen wil zeggen dat zij bewust bepaalde ontwikkelingen wil stimuleren of afremmen. In het tweede scenario treedt de overheid eerder ordenend op. Zij heeft tot taak voorwaarden te creëren en bijvoorbeeld goed toezicht te organiseren maar onthoudt zich van directe bemoeienis. In het derde scenario, over 'de onmachtige overheid', raakt de overheid de greep op de macht kwijt en kan slechts machteloos toezien vanaf de zijlijn. In de Nota kiest de regering voor het model van de ordenende overheid, waarbij de overheid vooral voorwaardenschepend optreedt zonder zich inhoudelijk actief met beleid

¹⁹ Vergelijk Richtlijn 97/67/EG van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst alsmede (SEC(97) 2289) (the 'Notice'), The Commission's Notice on the application of the competition rules to the postal sector and on the assessment of certain state measures relating to postal services.

²⁰ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2.

²¹ NB. met 'elektronische snelweg' wordt dus nadrukkelijk niet alleen het Internet bedoeld, *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2, p. 23; Zie over de problematiek rond de metafoor 'elektronische snelweg' ook Koers, *Handelingen NJV 1998*, p. 38-39; *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2, p. 26.

²² *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2, p. 53-57.

te bemoeien. Dat betekent dat de regering pleit voor terughoudendheid bij overheidsop treden. De voorkeur wordt gegeven aan 'zelfregulering, bestuursoplossingen en open rechtsnormen'.²³

Daarnaast vindt de overheid het belangrijk te komen tot techniekonafhankelijke rechtsnormen, met name in deze tijd van 'technologische turbulentie'.²⁴ Naar aanleiding daarvan wordt opgemerkt dat de technologische veranderingen elkaar zo snel opvolgen dat voor de houdbaarheid van regelgeving techniekonafhankelijke formulering gewenst is.

Gaat het echter om de grondrechten, dan wordt gesteld, dat overheidsop treden in ieder geval aan de orde is indien fundamentele normen en waarden van de democratische rechtsstaat in het geding zijn. 'Men kan daarbij vooral denken aan bescherming van klassieke grondrechten van burgers en aan de preventie en opsporing van ernstige inbreuken op de rechtsorde en de staatsveiligheid'.²⁵ Kortom, de regering ziet hier wel een duidelijke taak. In dat licht kan ook de instelling van de 'Commissie grondrechten in het digitale tijdperk' worden gezien.²⁶ Die commissie is gevraagd te adviseren over een aanpassing van de Grondwet aan de informatiesamenleving.

Met betrekking tot het grondrecht van de communicatievrijheid heb ik hierboven al de vraag gesteld of de traditionele onderscheidingen tussen pers, omroep en telecommunicatie nog langer te handhaven zijn. Ook het onderscheid tussen openbare en niet openbare communicatie kan niet langer worden gemaakt door bepaalde communicatiemiddelen aan te wijzen als zijnde openbaar en niet-openbaar. De vraag is wat daarvan de consequentie is voor een grondwettelijke communicatieparagraaf.

Grondrechten geven de burgers in eerste instantie bescherming tegen overheidsinmenging. De gesignaleerde ontwikkelingen op de markt leiden echter ook tot de vraag of de grondwet moet voorzien in bescherming

²³ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2, p. 10-13, met bestuursoplossingen wordt volgens de Nota bedoeld op: een voorbeeld als functiegebruiker van de elektronische snelweg, voorlichting en convenanten.

²⁴ 'De ontwikkeling van de techniek, het maatschappelijk gebruik ervan, en de sociale en juridische problemen die er door worden opgeroepen, zijn in hoge mate onvoorspelbaar en kennen een hoge omloopsnelheid', en daarom verdient het de voorkeur techniekonafhankelijke wetgeving na te streven, aldus *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2, p. 4, 12.

²⁵ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2, p. 13.

²⁶ Besluit van 23 februari 1999, *Stb.* 1999, 101.

jegens anderen dan de overheid. De liberalisering van de informatiemarkt heeft ertoe geleid dat de overheid niet langer exclusief het informatietransport verzorgt. Grondrechten als het brief-, telefoon- en telegraafgeheim boden bescherming tegen de overheidsinstelling PTT. Dat was overzichtelijk. Nu er meerdere private aanbieders zijn van deze transportdiensten bestaat de behoefte aan dezelfde bescherming en dient de vraag zich aan in hoeverre de overheid die bescherming moet garanderen.

Ook kan men de vraag stellen of er een taak voor de overheid is, als de communicatievrijheid van de burgers in gevaar komt doordat de economische macht op de communicatiemarkt geconcentreerd is bij enkele sterke partijen. In hoeverre is het nog mogelijk zelf als deelnemer in de markt te stappen als de markt door machtsconcentraties is afgesloten? Hierbij gaat het dus steeds om de taak van de overheid de bescherming van grondrechten te garanderen in andere dan verticale verhoudingen. Als de overheid hier een ordenende taak heeft, rijst de vraag of en in hoeverre economische en niet-economische doeleinden met elkaar in conflict kunnen komen. De vrijheid van mededinging kan dan in botsing komen met maatregelen die beogen de markt te ordenen uit oogpunt van verscheidenheid van de informatievoorziening en meningsuiting.²⁷

1.3 Communicatievrijheid

1.3.1 Terminologie

Als omschrijving van het hier te behandelen grondrechtencluster is gekozen voor de term communicatievrijheid. Het onderzoek gaat over de bescherming van het gehele communicatieproces. Het communicatieproces omvat niet allen het uiten, maar ook het doorgeven en ontvangen van informatie.²⁸ Met het communicatieproces wordt evenmin uitsluitend op de zogenaamde ‘openbare’ communicatie gedoeld.²⁹ Onder communicatievrijheid wordt ook verstaan het recht om zelf te bepalen of en wanneer men gaat communiceren en zo ja, of men met één of enkele bepaalde personen wenst te communiceren of met – in massacommunicatietermen – een onbepaald publiek.

²⁷ Zie over de verhouding tussen vrije mededinging en grondrechten beknopt Dommering 1998a, p. 120.

²⁸ Nieuwenhuis 1997, p. 3.

²⁹ Schuijt 1987, p. 33, gebruikt de term communicatievrijheid uitsluitend voor openbare communicatie.

1.3.2 Grondslag³⁰

De bescherming van communicatie is historisch een reactie op overheidsbemoeyenis. Men denke daarbij zowel aan censuur als aan het lezen van aan vervoersinstellingen toevertrouwde post door de staat. De bescherming is dan ook vooral opgebouwd als afweerrecht tegen de staat. Daarmee is echter nog niet gegeven op welke gronden de communicatie beschermenswaardig geacht werd en wordt. Waarom is overheidsbemoeyenis onwenselijk? Wat is de rechtvaardiging van de vrijheid?

In de literatuur is vooral veel te vinden over de rechtvaardiging van de vrijheid van meningsuiting. Binnen de talloze verschillende rechtvaardigingen over de grondslagen van de vrijheid van meningsuiting kan een globaal onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten rechtvaardigingen.³¹

Vrijheid van meningsuiting

De eerste grondslag die genoemd wordt, is de bescherming in de staatsvrije sfeer van de individuele expressie en zelfontplooiing van een ieder. Vrijheid is volgens Locke gebaseerd op de zelfstandigheid van het individu.³² Dit recht op vrije individuele expressie kan overigens zowel leiden tot een afweerrecht tegen de overheid als een zorgplicht voor de overheid om te zorgen dat de vrijheid benut kan worden.³³

Deze 'zelfstandigheidsrechtvaardiging' vindt ook steun in de moderne natuurrechtsleer waarin mensen op grond van de menselijke waardigheid bepaalde rechten toegeschreven krijgen.³⁴ De keuzevrijheid van het individu is nauw verbonden met het bestaan van een vrije privé-sfeer waarin het individu kan doen en laten wat hij wil.³⁵ Vrijheid van het individu betekent nog niet noodzakelijkerwijs dat ieder overheidsingrijpen

³⁰ In het kader van dit korte termijn onderzoek is een uitputtend onderzoek naar de grondslagen niet mogelijk. Deze paragraaf kent daarom een schetsmatig karakter. Overigens verwijs ik naar de zeer uitgebreide literatuur op dit gebied, zie met name Nieuwenhuis 1991 en Nieuwenhuis 1997 maar ook Tammes 1949, Boukema 1966, Peters 1981 en De Meij 1996, om over de buitenlandse literatuur nog maar niet te spreken.

³¹ Vergelijk Peters 1981, p. 13; Nieuwenhuis 1997, p. 36-37.

³² Nieuwenhuis 1991, p. 16.

³³ Pronk en Schuijt 1992; Alkema 1992, p. 11; Dworkin spreekt in dit verband over het recht dat voortvloeit uit *human dignity*, het grondrecht als onderdeel van een menswaardig bestaan.

³⁴ Nieuwenhuis 1997, p. 11.

³⁵ Nieuwenhuis 1997, p. 14.

een beperking oplevert. Vrijheid op basis van onafhankelijkheid impliceert dat ieder individu op basis van gelijkheid aan andere individuen het recht heeft zich te uiten. Het betekent niet dat de vrijheid iedere andere waarde automatisch overheerst.³⁶

Een tweede grondslag van de vrijheid van meningsuiting die genoemd wordt, is het publieke belang dat gediend is bij het ongehinderd plaatsvinden van de discussie. Een vroege variant van die motivering voor vrijheid komt van Milton, die stelt dat de waarheid van het Protestantse geloof duidelijk wordt bij een *free encounter* van meningen.³⁷ In wezen is deze rechtvaardiging een voorbeeld van optimistisch verlichtingsdenken; als er maar vrijheid is, komt de waarheid vanzelf boven.³⁸

Later kreeg deze grondslag van de vrijheid een meer politieke component. De vrije uitwisseling werd opgevat als een kenmerk van en voorwaarde voor de democratische samenleving. Daarbij is de belangrijkste aanname weer dat de vrije discussie of het vrije debat de beste manier is om tot waarheidsvinding te komen. Niet wat de meerderheid vindt is waar, maar wat door open debat met zoveel mogelijk deelnemers tot stand komt. Democratie geeft iedereen het recht om aan dat debat deel te nemen. Voor de democratie is het essentieel dat ideeën en opinies getoetst kunnen worden aan andere denkbeelden. Peters brengt de politieke vrijheid van meningsuiting in verband met het kiesrecht en het recht van vergadering.³⁹ De vrijheid voorkomt dat de meerderheid een mening oplegt aan een minderheid. Politieke kritiek kan leiden tot verbetering van misstanden en bovendien worden er minder fouten gemaakt als veel mensen deelnemen aan het politieke debat.⁴⁰

Van de tweede grondslag bestaan overigens verschillende varianten. De collectieve doeltheorieën, de waarheidsvinding en het democratisch zelfbestuur vormen gedifferentieerde onderdelen van de tweede grondslag. Deze rechtvaardigingen hebben met elkaar gemeen dat ze gericht zijn op een min of meer algemeen belang, dit in tegenstelling tot het individuele belang als grondslag.

³⁶ Dworkin noemt dit het onderscheid tussen *liberty as license* en *liberty as independence*; de laatste vorm van vrijheid leidt tot de vrijheid van meningsuiting, Dworkin 1997, p. 262-263.

³⁷ Geciteerd bij Nieuwenhuis 1991, p. 13.

³⁸ Nieuwenhuis 1991, p. 19-20.

³⁹ Peters 1981, p. 3.

⁴⁰ Aldus Mirabeau en Jefferson, Nieuwenhuis 1991, p. 28-30. Nieuwenhuis noemt ook nog de 'veiligheidskleprechtvaardiging', uitingsvrijheid voorkomt onrust en zorgt zo voor een stabiele maatschappij, Nieuwenhuis 1997, p. 19; Bulk 1998, p. 224-225.

Het ideaaltypische model waarin beide rechtvaardigingen een plaats hebben, is dat van de *free market place of ideas*. Het model wordt gekenmerkt door het zelfbeschikkingsrecht van het individu te beslissen over zijn uitingen, waarna de uitingen op een vrije markt verspreid worden. Daarbij is het van essentieel belang dat er vrije toegang bestaat tot de markt. De *marketplace* bevat zowel economische als ideële componenten. Dat wil zeggen dat de markt volledig vrij moet zijn van inmenging met de inhoud van uitingen, maar ook van inmenging met de economische vrijheid uitingen aan de man te brengen. De voortdurende vrije mededinging tussen ideeën zal dan leiden tot kwaliteit en waarheid.⁴¹

Samenvattend wordt de rechtvaardiging van de vrijheid van meningsuiting in de literatuur meestal gevonden in zowel de individuele zelfexpressie in de staatsvrije sfeer als in het publieke belang van de vrije uitwisseling van ideeën.

Briefgeheim

Geldt dezelfde grondslag voor een tweede belangrijk onderdeel van de communicatievrijheid, zoals hierboven geformuleerd, de bescherming van het traditionele briefgeheim?⁴² Het briefgeheim, alsmede het moderne telefoon- en telegraafgeheim worden thans meestal beschouwd als onderdeel van het recht op privacy.⁴³ Het recht op privacy kent hier een overlapping met het recht op communicatievrijheid. Waar de communicatievrijheid uitgaat van het communicatieproces en van daaruit verschillende aspecten beschermt, kijkt het recht op privacy naar de persoonlijke levenssfeer. Dat betekent dat communicatieve handelingen die zijn toe te rekenen aan de persoonlijke levenssfeer ook door het privacyrecht beschermd worden. Hetzelfde geldt voor informatie die tijdens het communicatieproces geproduceerd wordt en is terug te voeren tot de persoonlijke levenssfeer.

Dit onderzoek gaat uit van de communicatievrijheid en besteedt aan het recht op privacy slechts zijdelings aandacht. Op die manier wordt voorkomen dat de communicatievrijheid wordt opgerekt om dingen te beschermen die met communicatie niet te maken hebben, zoals de lichamelijke integriteit. Het recht op privacy kan immers op 'zeer uiteenlopende gebieden naar voren komen', hetgeen niet bevorderlijk is

⁴¹ Nieuwenhuis 1991, p. 31-33.

⁴² Beide vrijheden werden vroeger als één geheel gezien, communicatiegeheim gold als aspect van de vrijheid van meningsuiting, Ruiz 1997, p. 67-68.

⁴³ Privacy is het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Op de verhouding tot 13 Grondwet ga ik nader in in hoofdstuk 3.

voor de duidelijkheid omtrent beperkingsmogelijkheden.⁴⁴ Bovendien wordt hiermee voorkomen dat een inhoudelijke toets wordt aangelegd, waarbij communicatie pas beschermd is indien de inhoud te maken heeft met, of terug te voeren is tot de persoonlijke levenssfeer. Het briefgeheim is niet beperkt tot een brief met allerlei persoonlijke ontboezemingen, maar ook het versturen van een krantenknipsel per brief valt onder dit geheim.

Wat is de rechtvaardiging van de bescherming van het briefgeheim naast de meer algemene bescherming van de persoonlijke levenssfeer? Het briefgeheim heeft wel degelijk een met die van de vrijheid van meningsuiting vergelijkbare grondslag, die de nauwe en directe samenhang tussen beide grondrechten duidelijk maakt. Peters maakt dezelfde vergelijking als hij de 'staatsvrije sfeer' als grondslag voor de vrijheid van meningsuiting in verband brengt met het briefgeheim en huisrecht, grondrechten die tot het privacyrecht gerekend worden.⁴⁵

Net als de vrijheid van meningsuiting, is de behoefte aan bescherming van het briefgeheim ontstaan in reactie op overheidsbemoeienis. Dezelfde rechtvaardigingsgronden kunnen hier als grondslag dienen. Een eerste rechtvaardiging is het individuele belang om onafhankelijk te bepalen wat wel en niet geopenbaard wordt.⁴⁶ Gurtwirth heeft het over 'intermenselijke communicatie als onderdeel van de privacy.'⁴⁷ Hofman noemt de 'basisbehoefte van de mens: vertrouwelijk met zijn medemensen te kunnen communiceren.'⁴⁸ Het gaat kortom om de autonome beschikking over de eigen communicatie

De tweede rechtvaardiging is dat het briefgeheim ook het openbaar debat dient. Privacy is hier niet bescherming tegen openbaarheid maar een voorwaarde tot het deelnemen daaraan. De echte vrijheid om de *free marketplace of ideas* te betreden bestaat niet als de communicatieve handelingen niet beschermd worden.

Zo blijkt ook bij bestudering van de geschiedenis van het briefgeheim dat het openen van brieven vooral werd toegepast om te voorkomen dat politieke tegenstanders via dat kanaal contacten met elkaar onderhielden. Door het communicatiekanaal te perverteren wordt het vrije publieke

44 *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 40-41.

45 Peters 1981, p. 3.

46 Buiten de communicatieve sfeer vindt dit algemene privacyrecht ook bescherming in bijvoorbeeld het *droit de publication* in het auteursrecht.

47 Gutwirth 1998, p. 24.

48 Hofman 1995, p. 1-2.

politieke debat bedreigd en zo ook de democratie. Om dezelfde reden wordt door totalitaire regimes de telefoon van dissidenten afgeluisterd.

Het briefgeheim behoort dus zowel tot het recht op privacy als tot de communicatievrijheid. De rechtvaardiging van het geheim bestaat uit (tenminste)twee onderdelen. Ten eerste de staatsvrije sfeer waarin ieder individu zich gevrijwaard weet van ongewenste kennisname van zijn communicatie. Ten tweede als 'pendant van het censuurverbod'⁴⁹; vrije participatie aan het publieke debat is pas mogelijk wanneer deelnemers zelf kunnen beslissen wie wanneer van hun communicatie kennis neemt.

Communicatievrijheid

De communicatievrijheid beschermt beide klassieke grondrechten, de vrijheid van meningsuiting en het briefgeheim, als essentiële onderdelen van het communicatieproces. De conclusie moet zijn dat de grondslag van de ruimere communicatievrijheid eveneens tweeledig is. Ten eerste beschermt de communicatievrijheid de autonomie van het individu over een bijzonder belangrijk aspect van het leven, communicatie. Ten tweede is het belang van ongehinderde communicatie voor het publieke debat – en als zodanig voor de democratie – een afdoende rechtvaardiging. De nieuwe *free market place of ideas* is echter niet meer een *printed marketplace*⁵⁰ maar veeleer een *electronic* of een *networked marketplace*.

Bij de bescherming van het grondrecht moet rekening gehouden worden met de veranderde markt. Waar de klassieke bedreigingen vooral censuur en meelesen door de overheid waren – en dus de grondrechten een reactie daarop – kan het zijn dat thans andere aspecten van het communicatieproces bedreigd worden en dat anderen dan de overheid een ongehinderd communicatieproces verstoren.

Wat houdt communicatievrijheid in?

Wat houdt samenvattend de communicatievrijheid in? Het recht ongehinderd te kunnen communiceren omvat een breed scala aan rechten. Ten eerste is de uiting zelf een belangrijk aspect van de vrijheid. Dit onderdeel hangt nauw samen met de vrijheid een idee of gedachte te koesteren. Vervolgens gaat het om de vrijheid een uiting te openbaren en te verspreiden, opdat anderen van de uiting kunnen kennis nemen. Dat betreft de ontvangstkant van het communicatieproces.

⁴⁹ Dommering e.a. 1999, p. 603.

⁵⁰ Nieuwenhuis 1991, p. 33.

Met het openbaren wordt de uiting vrijgegeven aan een ieder die ervan wil kennis nemen, maar soms is de uiting slechts voor één bepaald persoon bestemd. Dan is het niet bedoeling dat anderen dan die bepaalde persoon van de informatie kennismaken. Gaat het om communicatie op enige afstand, dan moet men de uiting kunnen toevertrouwen aan een transporteur ter aflevering bij die ander. Dat moet men kunnen doen in het besef dat de transporteur respecteert dat de boodschap alleen voor de geadresseerde bestemd is en voor niemand anders, ook niet voor de transporteur.

De communicatievrijheid beschermt niet alleen tegen bemoeienis van de overheid met de inhoud van communicatie, maar ook tegen het opwerpen van drempels of toegangsblokkades, waardoor de feitelijke mogelijkheid van deel nemen aan communicatie verhinderd wordt. Het recht zich te uiten is dus rechtstreeks verbonden met het recht om toegang te krijgen tot communicatiemiddelen waarmee men zich tot een eventueel – al dan niet bepaald – publiek kan wenden. Dit recht op toegang strekt zich uit van toegang tot informatie tot toegang tot de relevante markt, hetgeen ook voortvloeit uit het *free marketplace*-ideaal.

Al deze aspecten van de communicatievrijheid betekenen voor de overheid van oudsher een onthoudingsplicht: geen inmenging in het communicatieproces, en dus ook géén inmenging in de communicatiemarkt. Soms is het echter nodig dat de overheid ordenend optreedt teneinde de verwezenlijking van een ongehinderd communicatieproces – en dus de communicatievrijheid – te bevorderen. Daarbij kan de overheid economische doelen – een beter functionerende communicatiemarkt – of niet-economische doelen nastreven. Men spreekt van een zorgplicht van de overheid. Die zorg kan zich uitstrekken tot de toegang tot de markt (bijvoorbeeld verdeling van omroep frequenties), toegang tot de communicatiemiddelen (universele dienstverlening), maar kan ook gericht zijn op andere aspecten van de communicatievrijheid (toegang tot informatie, openbare bibliotheken) en zelfs op de inhoud van de uiting. Men denke hierbij aan subsidies aan kunstinstellingen en de regeling van de publieke omroep. De communicatievrijheid is geëvolueerd van een zuiver onthoudings-, of afweerrecht naar een grondrecht, dat ook tal van aspecten vertoont van een sociaal grondrecht.

Tenslotte houdt de communicatievrijheid ook in dat medeburgers het vrije communicatieproces niet verstoren. In die zin dienen medeburgers zich daarvan te onthouden. Maar ook hier ligt er een plicht voor de overheid te zorgen dat de communicatievrijheid ook in horizontale verhoudingen verwezenlijkt wordt.

Samenvattend omvat de communicatievrijheid een aantal belangrijke rechten. Het begin van de vrijheid ligt bij de gewetensvrijheid, of de vrijheid gedachten te koesteren – *die Gedanken sind frei*. Dan is er het recht te beslissen over openbaarheid van communicatie. Vervolgens leidt het model van de *free marketplace* tot rechten op vrije toegang, zowel economisch als ideëel. Een met het recht op toegang tot informatie nauw verweven recht is het recht op ontvangst, ook wel de ontvangstvrijheid genoemd. Tenslotte leidt communicatievrijheid tot een zorgtaak voor de overheid, bij voorbeeld met betrekking tot een vrij communicatieproces, publieke dienst en horizontale werking.

Het is niet aanstonds duidelijk of al deze aspecten van de communicatievrijheid ook in de Grondwet dienen te worden vastgelegd. In dit theoretische kader wordt slechts aangegeven welke rechten gezien vanuit de communicatievrijheid bescherming verdienen. De vraag hoe de overheid die rechten in concreto zou moeten garanderen, komt later aan de orde. Wel zal dit theoretische model dienstig kunnen zijn bij de beoordeling van de huidige grondwetsbepalingen inzake de vrijheid van meningsuiting en het brief-, telefoon- en telegraafgeheim.

1.3.3 Beperkingen

Vrijheid is niet absoluut omdat belangen van anderen in gevaar kunnen worden gebracht bij de uitoefening daarvan. Dat betekent dat ook grondrechten zekere beperkingen kennen. De reikwijdte en rechtvaardiging van die beperkingen hangt samen met de rechtvaardiging van het grondrecht. Hier wordt slechts kort een aantal mogelijke beperkingsgronden aangestipt.

De beperkingsgronden – overigens op zich ook vaak onderwerp van discussie – zijn onder te verdelen in drie categorieën. De meest algemene en erkende rechtvaardiging voor beperking is het voorkomen van schade. Deze beperkingsgrond is al door Mill onderkend.⁵¹ Een tweede grondslag voor beperking is het voorkomen van aanstoot, hoewel dat ook te interpreteren is als een vorm van schade. Tenslotte is de moraal een algemene beperkingsgrond, zij het dat het afwegen van de vrijheid tegen de nadelige invloed daarvan op de moraal moeilijk is.⁵² Meer algemeen geldt een aantal algemene belangen als rechtvaardigingsgrond voor het beperken van de communicatievrijheid. Deze algemene belangen zijn in te delen bij

⁵¹ Zie Nieuwenhuis 1997, p. 50-51.

⁵² Nieuwenhuis 1997, p. 39-56.

het voorkomen van schade, bijvoorbeeld door aanstoot en het beschermen van de moraal. Een catalogus van beperkingsgronden is bijvoorbeeld te vinden in artikel 10 lid 2 EVRM: nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, het voorkomen van de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen en het waarborgen van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht. Artikel 8 EVRM voegt daar nog aan toe: het economisch welzijn van het land.

1.4 Vraagstelling

In paragraaf 1.2 zijn de belangrijkste ontwikkelingen beschreven die leiden tot de informatiemaatschappij. Duidelijk is dat communicatieprocessen een steeds belangrijker rol vervullen in die maatschappij en dat door technische veranderingen ons huidige stelsel van regulering van media onder de loep moet worden genomen. Een van de meest dringende vragen die gesteld kunnen worden, is hoe de vrijheid ongehinderd te communiceren beschermd zal worden in de informatiemaatschappij. In paragraaf 1.3. is een korte schets gegeven van de achtergrond en rechtvaardiging van de communicatievrijheid.

In dit onderzoek wordt getracht een antwoord te geven op de beschermingsvraag door eerst te kijken naar de huidige bescherming en de knelpunten daarin. Een en ander leidt tot de volgende vraagstelling:

- a. Welke knelpunten bestaan er in de grondwettelijke bescherming van de vrijheid ongehinderd te communiceren, met name als gevolg van de overgang naar een informatiemaatschappij in het algemeen en het proces van convergentie van diverse communicatiemiddelen, - technieken, en -functies in het bijzonder?
- b. Nopen die knelpunten tot wijzigingen in de Grondwet?
- c. Zoja, hoe zouden die wijzigingen er dan uit moeten zien?

1.5 Plan van aanpak

Het onderzoek heeft de volgende opbouw. In dit eerste hoofdstuk zijn de aanleiding tot het onderzoek en de problematiek beschreven. Vervolgens is kort de achtergrond van de in deze studie onderzochte grondrechten besproken. In het tweede hoofdstuk wordt de vrijheid van openbare communicatie onder de loep genomen. Daarbij wordt gekeken naar

eventuele knelpunten in de bescherming die in de huidige Grondwet wordt geboden. Het gaat dan om de bescherming door artikel 7 Grondwet.

In het derde hoofdstuk wordt de vrijheid van de niet-openbare communicatie aan de orde gesteld. Ook hier volgt een inventarisatie van knelpunten in het huidige grondwettelijke regime, in casu artikel 13.

Vervolgens wordt in het vierde hoofdstuk de plaats van de Grondwet in de internationale rechtsorde beschreven aan de hand van de vraag of die internationale rechtsorde eigen grondwettelijke regeling overbodig maakt of in de weg staat.

Aan de hand van de conclusies uit deze hoofdstukken wordt in hoofdstuk 5 de vraag beantwoord of een wijziging van de Grondwet noodzakelijk is en zo ja, hoe die wijziging er uit zou kunnen zien. Dat geschiedt aan de hand van drie scenario's die ieder een andere manier weergeven waarop de Grondwet aangepast zou kunnen worden.

2. Communicatievrijheid en artikel 7 Grondwet

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een belangrijk aspect van de communicatievrijheid besproken, de vrijheid om ongehinderd openbaar te kunnen communiceren. Een analyse wordt gemaakt van de bescherming door de Nederlandse Grondwet in artikel 7. Daarbij wordt aandacht besteed aan de specifieke gevolgen van informatietechnologische ontwikkelingen voor artikel 7. De knelpunten in de bescherming door artikel 7 worden geïnventariseerd. De niet-openbare communicatie komt aan de orde in hoofdstuk 3.

2.2 Theoretische achtergrond

2.2.1 De vrijheid tot openbare communicatie

Artikel 7 wordt geanalyseerd vanuit vijf invalshoeken. De eerste is die van de in het eerste hoofdstuk besproken grondslagen van de communicatievrijheid en de vrijheid van meningsuiting. De tweede invalshoek is de vraag welke van de rechten die in het vorige hoofdstuk in de vrijheid tot openbare communicatie werden onderscheiden door artikel 7 beschermd worden. In de derde plaats zal ruim aandacht besteed worden aan het techniekgebonden karakter van artikel 7. In de vierde plaats zal nagegaan worden of en in hoeverre artikel 7 voorziet in horizontale werking en de laatste invalshoek betreft de formulering van de beperkingen aan de vrijheid. De toets bestaat vooral uit een inventarisatie van de kritiek die artikel 7 in de literatuur heeft opgeroepen.

In het vorige hoofdstuk is aangegeven dat de communicatievrijheid een groot aantal rechten bevat. De vrijheid tot openbare communicatie bevat eveneens een aantal verschillende aspecten.

Het eerste aspect van de vrijheid betreft de uiting zelf. Daarbij gaat het om een openbaringsrecht. Naar ik hier vooralsnog aanneem impliceert dat een openbaarmaking naar een onbepaald publiek. Dit aspect wordt meestal gezien als een onthoudingsplicht aan de overheid om zich te onthouden van bemoeienis met de inhoud van de uiting of de publicatie van de uiting. Toch is aan dit aspect van de vrijheid ook een zorgplicht te onderscheiden, bijvoorbeeld tot het stimuleren van (bepaalde) nieuwe uitingen of door verlening van subsidies ten behoeve van verscheidenheid.

Het tweede aspect van de vrijheid betreft de toegang tot informatie. Ook hier moet de overheid zich onthouden van inmenging, nu met toegang tot informatie of ontvangst van informatie. Tegelijkertijd zou een zorgplicht denkbaar zijn waarbij de overheid er zorg voor draagt dat informatie elektronisch beschikbaar wordt gemaakt of dat informatie beter ontsloten wordt met behulp van bibliotheken.

Dan is als derde aspect aan de openbare communicatievrijheid het recht op vrije toegang tot communicatiemiddelen te onderscheiden. Daarmee houden nauw verband het recht op vrije toegang tot (schaarse) hulpbronnen bij de communicatie en het recht op toegang tot de communicatiemarkt. Ook hier geldt dat de overheid zich heeft te onthouden van het opwerpen van belemmeringen die de ongehinderde toegang kunnen verstoren en dat de overheid in sommige gevallen de zorgplicht heeft toegang te bevorderen.

Een laatste aspect van de openbare communicatievrijheid is de werking tegen anderen dan de overheid. Hier gaat het dus om de plicht van een ieder zich te onthouden van belemmering van andermans vrijheid. Tegelijkertijd is dit een aspect dat bij de zorgfunctie hoort, het garanderen van horizontale werking door de overheid.

Een ander belangrijk aspect van de hier besproken grondrechten en een essentiële vraag in het kader van informatietechnologische convergentie is die naar de rol van de techniek bij het beschermen van het grondrecht. In de analyse van 7 Grondwet zal dus eerst worden nagegaan wat in het artikel kan worden teruggevonden van het zojuist beschreven schema. Daarna wordt gekeken in hoeverre het artikel techniekafhankelijk is.

Tenslotte behoren bij de openbare communicatievrijheid ook zekere beperkingen. Aan die beperkingen liggen verschillende motieven ten grondslag. Bij de analyse van de beperkingen op artikel 7 wordt bezien in hoeverre hier knelpunten optreden.

2.3 Vrijheid tot openbare communicatie in de Grondwet

2.3.1 Oorsprong van artikel 7 Grondwet

Wat is de oorsprong van het huidige artikel 7 Grondwet? De voorloper van artikel 7 is te vinden bij de introductie van de drukpersvrijheid in de Nederlandse Grondwet in 1815.⁵³ In de Grondwet uit 1814 ontbrak een artikel hierover omdat die vrijheid vanzelfsprekend werd geacht.

In artikel 227 werd de drukpersvrijheid als volgt geformuleerd:

Artikel 227 Grondwet (1815)

‘Het is aan elk geoorloofd om zijn gedachten en gevoelens door de drukpers, als zijnde een doelmatig middel tot uitbreiding van kennis en voortgang van verlichting, te openbaren, zonder eenig voorafgaand verlof daartoe nodig te hebben, blijvende nogtans elk voor hetgeen hij schrijft, drukt, uitgeeft of verspreidt, verantwoordelijk aan de maatschappij of bijzondere personen, voor zoo verre deze regten mogen zijn beleedigd’⁵⁴

In de toelichting wordt de nadruk gelegd op het verband tussen de drukpersvrijheid en het functioneren van het bestuur, hetgeen thans het belang voor de democratische rechtsstaat genoemd zou worden. De mogelijkheid het bestuur op fouten te wijzen werd beschouwd als een essentieel onderdeel van de democratische rechtsstaat.⁵⁵ Anderen beschouwden de drukpersvrijheid veeleer als een natuurrechtelijk ‘volstrekt aangeboren regt van den mensch’.⁵⁶ Bij de Grondwetswijziging van 1848 werd het artikel vervangen door een nieuw, aanmerkelijk ingekort artikel:

⁵³ Zie ook Van der Pot/Donner/Prakke 1995, p. 239-259; De Meij 1996, p. 15-41.

⁵⁴ Geciteerd in: De Meij 1996, p. 21.

⁵⁵ De Meij 1996, p. 22.

⁵⁶ C.A. den Tex, geciteerd in: Janssens 1998, p. 103.

‘Niemand heeft voorafgaand verlov nodig, om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.’

Met deze wijziging werd niet beoogd inhoudelijk verandering aan te brengen in het grondrecht, maar slechts een vereenvoudiging in de redactie. Aan het weglaten van een omschrijving van het recht en de negatieve formulering van het recht mocht geen waarde worden gehecht.⁵⁷ De tekst vormt thans nog het eerste lid van artikel 7 en is dus al ruim 150 jaar ongewijzigd.⁵⁸

Tot 1983 beschermde artikel 7 van de Grondwet dus uitsluitend de drukpers. Wat onder ‘drukpers’ verstaan werd, komt later in dit hoofdstuk aan bod. De omroepvrijheid en de vrijheid om door middel van andere middelen te communiceren bleven tot 1983 onbeschermd. Daardoor kon het gebeuren dat vóór de Tweede Wereldoorlog censuur bestond voor de radio en tot ver na de oorlog voor de film.

Ook in de eerste voorstellen voor een nieuwe Grondwet kwam de omroep niet aan bod. De Proeve voor een nieuwe Grondwet van 1966 werd door de regering op dat punt te beperkt geacht.⁵⁹ In het wetsvoorstel dat tot de wijziging van 1983 leidde werd artikel 7 uitgebreid met drie extra leden en kregen omroep en andere middelen een plaats in de Grondwet.⁶⁰ Besloten werd het eerste lid te handhaven in de oude vorm. De belangrijkste reden hiervoor was dat de regering de in de jurisprudentie gevormde verspreidingsvrijheid wilde behouden. Aan een afzonderlijke formulering van het verspreidingsrecht bestond geen behoefte. Een grondwettelijke vaststelling daarvan zou mogelijk afbreuk doen aan de bescherming van de drukpersvrijheid. Daarnaast werd aangevoerd dat de verspreidingsjurisprudentie niet in een grondwettekst te vatten was.⁶¹

In het tweede lid werd een verbod op censuur opgenomen voor wat betreft de inhoud van radio- en televisie-uitzendingen en kreeg de regeling van de omroep een grondwettelijke opdracht. In het derde lid werd de bescherming van de openbaarmaking van gedachten en gevoelens door andere middelen dan drukpers en omroep geregeld. Een vierde lid werd

⁵⁷ De Meij 1996, p. 22-23.

⁵⁸ Op de komma na ‘nodig’ na.

⁵⁹ De Meij 1996, p. 36.

⁶⁰ De Meij 1996, Hoofdstuk I.

⁶¹ Kortmann 1983, p. 83.

noodzakelijk geacht om handelsreclame van bescherming uit te sluiten.⁶² Uiteindelijk werd in 1983 de huidige tekst opgenomen:

Artikel 7 Grondwet (1983)

1. Niemand heeft voorafgaand verlov nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlov nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan 16 jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame

2.3.2 De formulering van de vrijheid

Formele structuur

Artikel 7 Grondwet wordt gekenmerkt door een formele structuur. Het artikel regelt vooral de bevoegdheden om het grondrecht te beperken: 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. De vrijheid zelf is beperkt tot een censuurverbod: 'Niemand heeft voorafgaand verlov nodig'. Er is geen omschrijving van het recht en het artikel geeft dus ook niet aan welke aspecten van die vrijheid beschermd zijn en in welke mate.

De negatieve omschrijving van de vrijheid – 'niemand' in plaats van 'een ieder' –

werd reeds lang vóór de wijziging van 1983 als een bezwaar onderkend. Zo voerde Boukema aan dat een positieve in plaats van negatieve omschrijving van het grondrecht de wetgever er beter van zou doordringen, dat hij bij het wet geven rekening moet houden met de strekking van het recht.⁶³ Ook na 1983 heeft een aantal schrijvers zich uitgesproken voor een positieve omschrijving van de uitingsvrijheid in de Grondwet.⁶⁴

De formele structuur van het artikel vormt een knelpunt voor wat betreft de reikwijdte en grenzen van de vrijheid tot openbare communicatie. Aangezien slechts bepaald is dat het de (formele) wetgever moet zijn die beperkingen aan de vrijheid stelt – zoals blijkt uit de formule 'behoudens ... de wet' – geeft het geen inhoudelijke criteria aan de wetgever voor het

⁶² De Meij 1996, p. 39-41.

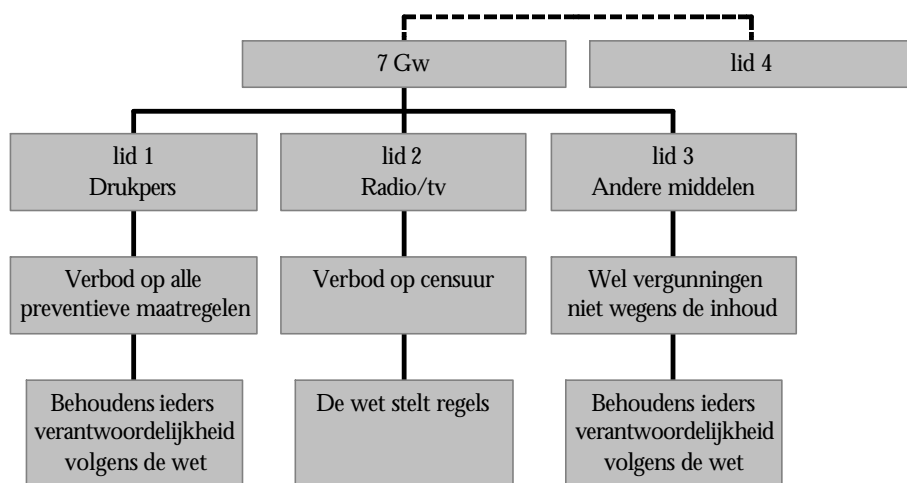
⁶³ Boukema 1969, p. 140.

⁶⁴ De Meij 1995, p 112-113; Dommering 1998a, p. 120-121.

formuleren van deze beperkingen, zoals het opnemen van uitingsdelicten in het Wetboek van Strafrecht. Evenmin geeft het artikel de rechter houvast bij de beoordeling van bijvoorbeeld de onrechtmatigheid van perspublicaties.⁶⁵

Hoe zit artikel 7 in elkaar? Het vrijheidsrecht is in de verschillende leden op verschillende wijze en met verschillende kracht geformuleerd en de beperkingsmogelijkheden lopen sterk uiteen. Schematisch ziet artikel 7 er als volgt uit: het eerste lid bevat een algemeen vergunningenverbod, het tweede lid bevat een verbod op censuur alsmede een opdracht voor de wetgever, het derde lid bevat een gedeeltelijk vergunningenverbod, terwijl het vierde lid censuur op bepaalde informatie juist toestaat. Met censuur wordt hier bedoeld het verhinderen of bemoeilijken van bepaalde uitingen in verband met de inhoud daarvan.

In onderstaand figuur is schematisch aangegeven hoe artikel 7 is opgebouwd:



De gedifferentieerde bescherming maakt het in de praktijk zeer belangrijk in welke categorie een communicatiemiddel thuishoort. Immers, daarvan hangt af wat voor bescherming het communicatiemiddel krijgt. Dit vormt een knelpunt aangezien het onderscheid steeds moeilijker te maken is. De formulering van de vrijheid is dus techniekafhankelijk. Gaat het om drukpers, dan is de vrijheid omschreven als een algemeen vergunningenverbod. Bij radio en televisie bestaat de vrijheid uit het

⁶⁵ De Meij 1995, p. 123.

verbod voorafgaand toezicht op de inhoud van uitzendingen te plegen terwijl in het geval van andere communicatiemiddelen de vrijheid inhoudt dat weliswaar vergunningen toegestaan zijn, maar nooit wegens de inhoud. Tammes wees reeds in 1949 op de veranderende technische omstandigheden die er voor zorgden dat de uitingsvrijheid zich steeds meer begaf op gebieden die met geen mogelijkheid onder het toenmalige artikel te brengen waren. Juist omdat de uitingsvrijheid zo in belang was toegenomen had zij ook uitgesproken moeten zijn in het grondwetsartikel op een manier die recht doet aan het belang van de vrijheid. 'De vorm van het huidige artikel 7 kan de belangrijke functie ervan niet vervullen', aldus Tammes.⁶⁶ Ook na de wijzigingen in 1983 geldt deze kritiek van Tammes nog onverkort.

Ook het feit dat geen bepaling is opgenomen met betrekking tot het mediabeleid wordt als knelpunt gezien.

Een ander punt van kritiek op de formulering van 7 Grondwet is de manier waarop de beperkingen zijn geformuleerd. Het artikel noemt geen beperkingsgronden en geeft geen voorschriften voor de toetsing van die beperkingen. Het volstaat met aan te geven welke beperkingen welke wetgever mag toepassen. Door het absolute vergunningenverbod van lid 1 en de ruime vrijheid voor repressieve beperkingen aan de andere kant ontstaat er een alles of niets-situatie, dat wil zeggen dat geen enkele preventieve beperking wordt toegestaan, terwijl repressieve beperkingen, mits door de formele wetgever, niet worden beoordeeld. Artikel 7 lid 1 maakt aldus een radicaal onderscheid tussen preventieve en repressieve beperkingen. Het eerste is uit den boze, het tweede is, mits geregeld bij formele wet, geheel vrij. Deze formule is gevolgd in 7 lid 3.

Deze oplossing past niet meer bij de huidige situatie. Zo past veel moderne wetgeving niet langer in het schema preventief-repressief. Te denken valt aan moderne bestuurswetgeving op gebied van milieu en hinder die er voor kan zorgen dat beperkingen ontstaan. Ook bepaalde programmavoorschriften voor de omroep of bepaalde reclamevoorschriften passen niet meer goed in het schema.⁶⁷

⁶⁶ Tammes 1949, p. 178-179; In die zin eveneens Van den Bergh 1940, p. 67-72.

⁶⁷ De Meij 1995, p. 115.

2.4 Object van de vrijheid

Artikel 7 houdt een aantal aspecten van de communicatievrijheid buiten het gebied van bescherming.

Voor wie?

Het staat buiten kijf dat iedere burger beschermd wordt door artikel 7.⁶⁸In lid 3 wijst het artikel personen jonger dan zestien jaar aan als een aparte categorie rechtssubjecten. Het betreft hier voor deze categorie een beperking van de ontvangstvrijheid die overigens elders in het artikel niet genoemd wordt. Voor degenen die een vertoning voor dat publiek wensen te geven, is het een beperking van de vrijheid te openbaren. Zij kunnen immers aan een voorafgaand verlot vanwege de inhoud worden onderworpen.

Het artikel beschermt de vrijheid van openbaren. Daarmee lijkt te worden bedoeld het openbaren van een uiting aan een onbepaald publiek. Hins heeft er op gewezen dat in sommige gevallen wel degelijk ook bescherming nodig is voor uitingen aan één of enkele bepaalde personen. Een belediging via een brief begaan dient immers beoordeeld te worden binnen het toetsingskader van de communicatievrijheid, zoals het EHRM deed in *Grigoriades*.⁶⁹

Welk communicatiegedrag

Artikel 7 lid 1 en lid 3 beschermen het openbaren van gedachten en gevoelens. Door alleen te spreken van openbaren vallen andere aspecten erbuiten. De Hoge Raad heeft weliswaar het verspreiden als een connex recht onder lid 1 gebracht, maar de zogenaamde verspreidingsjurisprudentie wordt vaak als een gekunsteld bouwwerk gezien met een verminderde bescherming voor het verspreiden (en daarmee voor het ontvangen).

⁶⁸ Het is de vraag in hoeverre de staat zich ook zelf op het grondrecht kan beroepen. De HR lijkt in *Rost van Tonningen* de bescherming onverkort aan de regering toe te kennen, HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 734; met kritische noot Brunner; eveneens zeer kritisch commentaar van A.W. Hins in *Mediaforum* 1993-4, p. 37. Vooralsnog lijkt deze uitspraak echter eerder een incident te zijn. Anderzijds rechtvaardigt de veranderende rol van de overheid, waarbij zij steeds meer partij is, de vraag of zij thans in sommige gevallen niet toch als drager van grondrechten kan worden beschouwd. Zie in die zin de noot van EJD bij EHRM 23 april 1992 (*Castells*), *NJ* 1994, 102.

⁶⁹ Hins 1995, p. 30-31; EHRM 25 november 1997 (*Grigoriades*), *Reports of judgments and decisions*, 1997-VII.

Welke informatie?

Artikel 7 beschermt gedachten en gevoelens, wat sluit dat uit? De regering heeft aangegeven dat de omschrijving in het eerste lid, dat gedachten en gevoelens beschermd zijn, niet betekent dat daarmee inlichtingen van feitelijke aard uitgesloten zouden zijn. Het is echter niet duidelijk in hoeverre ook informatie van feitelijke aard beschermd wordt.

Tammes noemde al een aantal bezwaren tegen de uitdrukking 'gedachten en gevoelens'. Hij stelde voor deze omschrijving alsook de uitdrukking 'openbaren' te schrappen en te vervangen door het neutralere 'zich uiten' 'Het bezwaar dat daardoor ook indifferente uitingen, als aankondigingen e.d., onder de bescherming van artikel 7 zouden kunnen worden gebracht, telt minder dan het gevaar dat zuivere berichten, die geen gedachten en gevoelens zijn, niet beschermd worden', aldus Tammes⁷⁰. Dit bezwaar is in 1983 niet ondervangen.

Bestaat er een onderscheid tussen feit en mening? De jurisprudentie was niet geheel eenduidig maar er werd wel degelijk onderscheid gemaakt tussen feiten en meningen.⁷¹ In 1983 liet de regering dit onderscheid vallen. Toch werd voor sommige informatie nog een uitzondering gemaakt, namelijk die op etiketten van waren en farmaceutische producten.⁷² De regering gaf in haar toelichting aan dat het denkbaar is dat het geven van inlichtingen zozeer buiten de sfeer van het artikel gelegen is, dat toepassing ervan oneigenlijk zou aandoen.⁷³ Dergelijke voorschriften staan vaak in gedelegeerde regelgeving. De Meij wijst er op dat dit duidelijk maakt dat een absoluut delegatieverbod niet past in een modern artikel dat alle vormen van informatieverschaffing bevat.⁷⁴ Eventuele afbakeningsproblemen zouden volgens de regering wel worden opgelost door een vierde lid op te nemen dat handelsreclame van bescherming uitsloot.⁷⁵ In meer recente jurisprudentie, vergelijk de 'RIVA'⁷⁶ en 'Wenskaarten'⁷⁷- uitspraken, is een verschil waar te nemen tussen de benadering van de ARRvS en de HR. De HR bepaalde dat de verkoop van

⁷⁰ Tammes 1949, p. 171.

⁷¹ De Meij 1995, p. 115-116; Boon 1993, p. 31-33.

⁷² Dit leidt weer tot veel onduidelijkheid bij het beantwoorden van de vraag welke productinformatie nu door artikel 7 beschermd wordt, Vroom-Cramer 1998, p. 44-45.

⁷³ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 7, p. 26.

⁷⁴ De Meij 1995, p. 116.

⁷⁵ Algehele Grondwetsherziening 1979, dl 1a, p. 94; De Meij 1996, p. 106-110; Bulk 1998, p. 37-39.

⁷⁶ ARRvS 24 juni 1991, AB 1992, 26.

⁷⁷ HR 23 juni 1992, *NJB* 1992, 31 *Bijlage*, p. 362.

wenskaarten niet onder de bescherming van artikel 7 zou vallen, terwijl de AR het uithangbord RIVA onder artikel 7 lid 1 bracht.⁷⁸

De onduidelijkheid is dus in 1983 niet weggenomen, integendeel de onduidelijkheid is toegenomen en zal nog verder toenemen als gevolg van technische convergentie, met name door digitalisering van alle informatie. Het wordt steeds moeilijker, zoniet onmogelijk om onderscheid tussen verschillende soorten informatie op grond van de inhoud te blijven maken. Bijvoorbeeld kan in dit verband de vraag gesteld worden of software onder de bescherming van 'gedachten en gevoelens' valt.⁷⁹

Handelsreclame

Artikel 7 lid 4 bracht in 1983 een bijzondere beperking aan voor een bepaalde categorie uitingen. Handelsreclame is uitgesloten van de bescherming van 7 lid 1-3.

De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame

Uit de jurisprudentie van vóór de Grondwetswijziging 1983 valt niet op te maken of handelsreclame toen wel door artikel 7 beschermd werd.⁸⁰ Voor het invoeren van het vierde lid werd vooral gepleit met een beroep op de noodzaak van bescherming van landschap, milieu en volksgezondheid. Zonder 7 lid 4 zou het voor de lagere wetgever onmogelijk zijn de zo broodnodige beperkende maatregelen te nemen ter bescherming van genoemde belangen. Daarnaast werd lid 4 nodig geacht om in sommige gevallen handelsreclame aan een vorm van voorafgaand toezicht te onderwerpen, zoals bijvoorbeeld geneesmiddelenreclame.⁸¹

Lid 4 sluit alleen *handelsreclame* uit van bescherming. Dat betekent dat onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten reclame. De bepaling geldt alleen voor reclame met commerciële doeleinden. De uitzondering geldt niet voor ideële reclame, aangezien daarmee de uitingsvrijheid in de kern geraakt zou worden. Het onderscheid tussen commerciële en ideële reclame moest volgens de regering maar in de praktijk gemaakt worden. Een dergelijk onderscheid valt echter in de

⁷⁸ De Meij 1996, p. 109.

⁷⁹ Hierover Hins 1995, p. 31-32, vgl. ook Fed. App.Ct 9th circuit 6 mei 1999, *Mediaforum* 1999-10, p. m.nt. Asscher.

⁸⁰ Kortmann 1987, p. 88-89; De Meij 1996, p. 229-231.

⁸¹ De Meij 1996, p. 231-235.

praktijk nauwelijks te maken.⁸² Dit bezwaar werd ook al door de Raad van State en een aantal kamerfracties aangestipt maar de regering volhardde in de noodzaak van het vierde lid.⁸³ Is reclame voor een boek en cd en andere 'artikel 7-producten' ideële reclame of handelsreclame?⁸⁴

Uit de jurisprudentie van na 1983 valt op te maken dat de rechtspraak over lid 4 tot nogal verschillende resultaten heeft geleid. Enerzijds lijken de uitspraken van de ARRVs over beperking van handelsreclame ten behoeve van ruimtelijke ordening en welstand rechtstreeks voort te komen uit een extensieve interpretatie van 7 lid 1, anderzijds toetst de Hoge Raad in sommige gevallen direct aan artikel 10 EVRM. Dat artikel beschermt immers wel *information of a commercial nature*, althans in bepaald opzicht.⁸⁵ Dit brengt sommige schrijvers er toe te pleiten voor afschaffen van het vierde lid. Aan de andere kant is in de literatuur eveneens aangevoerd dat handelsreclame wel degelijk een aparte behandeling rechtvaardigt. Inhoudelijke toetsing is vaak onvermijdelijk als het om reclame gaat en repressieve beperkingen door lagere wetgevers zijn een noodzaak met het oog op het openbaar belang. Omdat dus de regulering van de handelsreclame op zoveel punten inbreuk maakt op de formulering van het grondrecht, kan het beter uitgesloten blijven volgens die schrijvers. Dit geldt zeker nu de regering duidelijk heeft gemaakt dat ook feitelijke informatie onder het regime van artikel 7 valt. Bescherming in de Grondwet zou ook niet nodig zijn omdat reclame reeds door 10 EVRM beschermd wordt.⁸⁶

Dit laatste argument kan echter ook omgedraaid worden. Het is niet fraai een bepaald soort informatie van de communicatievrijheid uit te sluiten, die wel beschermd wordt door een internationaal verdrag waarbij Nederland is aangesloten.⁸⁷

Ook in het kader van de informatiemaatschappij lijkt het onwenselijk om reclame geheel van grondwettelijke bescherming uit te sluiten. Denk alleen al aan de vele hybride mededelingen op het Internet;⁸⁸ in hoeverre is een bepaalde link naar bijvoorbeeld een *online* boekhandel reclame en in hoeverre niet? Als de overheid zich daarmee gaat bemoeien, betekent dat

⁸² Dommering 1998b, p. 3; Vroom-Cramer 1998, p. 47; Kabel 1981, p. 31 e.v.

⁸³ Algehele Grondwetsherziening 1979, dl.1a, p. 94, 200; zie ook Van der Pot/Donner/Prakke 1995, p. 266.

⁸⁴ Zie over dit vraagstuk De Meij 1996, p. 235-238.

⁸⁵ Dommering 1998b, p. 16-17.

⁸⁶ De Meij 1995, p. 122-123.

⁸⁷ Zie hierover H4.

⁸⁸ Dommering 1998b, p. 19.

dan automatisch dat ook de rest van de inhoud enigszins getoetst wordt? Een goed voorbeeld vormt de *website* van *CNN*, waar tekst, geluid en beeld gecombineerd worden met een inhoud die én nieuws én reclame bevat.

Andere afbakeningen

De redactie van het grondwetsartikel leidt ook tot andere afbakeningsproblemen. Wat is drukpers in lid 1? Wat is 'radio en televisie' in lid 2, wat zijn derhalve 'andere middelen' in lid 3 en wat wordt bedoeld in dat lid met 'vertoning'. Deze afbakeningsproblemen zullen verderop besproken worden bij het techniekgebonden karakter van artikel 7.

2.4.1 Toegang

Zoals aangegeven in de inleiding omvat de communicatievrijheid ook een aantal toegangsrechten. Deze toegangsrechten zijn, alhoewel hier en daar overlappingen mogelijk zijn, als volgt te onderscheiden:

- Toegang tot informatie
- Toegang tot (schaarse) hulpbronnen.
- Toegang tot communicatiemiddelen
- Toegang tot de communicatiemarkt

In hoeverre zijn deze toegangsrechten neergelegd in 7 Grondwet? Artikel 7 geeft geen houvast omtrent toegangsrechten. Er zijn geen directe bepalingen gewijd aan toegang, hooguit bestaat de mogelijkheid om bepaalde rechten onder de bestaande structuur te schuiven.

Toegang tot informatie

Voor het totstandkomen van communicatie is toegang tot informatie noodzakelijk. Dit ten eerste omdat voor communicatie informatie de grondstof vormt. Zonder toegang tot die informatie wordt de communicatievrijheid beperkt. Ten tweede is toegang tot informatie in die zin noodzakelijk dat van communicatie pas sprake is als de geuite informatie daadwerkelijk door een publiek kan worden ontvangen.⁸⁹ Anders gezegd, van communicatie zou geen sprake zijn als het publiek geen toegang heeft tot het informatieaanbod.

Het recht op informatie heeft tot veel discussie geleid omdat sommigen daarin een directe aanspraak op overheidsinformatie zagen.⁹⁰ Een plicht van de overheid of anderen om informatie mee te delen is niet in artikel 7

⁸⁹ De Meij 1996, p. 130.

⁹⁰ Algehele Grondwetsherziening 1979, dl 1a, p. 66.

opgenomen. Wel werd met de Wet Openbaarheid van Bestuur een gedeeltelijk toegangsrecht gerealiseerd, dat zijn grondwettelijke basis vond in artikel 110 van de Grondwet.⁹¹ Deze informatieplicht werd daarmee beschouwd als een zaak van goed bestuur, maar de relatie met de communicatievrijheid werd niet gelegd., hoewel ook hier geldt dat informatie die bij de overheid berust wel degelijk grondstof voor de communicatie vormt. Thans wordt gesproken over een mogelijk nieuw grondrecht dat de toegang tot (elektronische) (overheids-) informatie moet garanderen.⁹² Als de Grondwet in artikel 7 al niet spreekt over toegang tot informatie die bij de overheid berust, dan al helemaal niet over toegang tot informatie die bij anderen berust.

Een ander aspect is de toegang tot informatie uit algemeen toegankelijke bronnen: bibliotheek, kiosk, naar het algemeen publiek uitgezonden programma's. Dit wordt wel de ontvangstvrijheid genoemd. In de Duitse grondwet is het recht op toegang tot informatie geformuleerd als het recht zich ongehinderd uit algemeen toegankelijke bronnen *zu unterrichten*.

Het onderscheid tussen een recht op actieve en een recht op passieve toegang tot informatie wordt soms gelezen in het apart opnemen van garen en ontvangen, zoals in artikel 19 van het Bupo-Verdrag. Aan het ontbreken van een expliciete vermelding van het 'garen' in artikel 10 EVRM wordt echter weinig betekenis toegekend. Het lijkt er op dat de ontvangstvrijheid zijn actieve en meer passieve aspecten kent. De toegang tot informatie in deze zin omvat zowel het meer passief kennis nemen van het informatieaanbod door naar de radio te luisteren en een krant of boek te lezen, als het actieve ophalen van informatie door naar de kiosk of bibliotheek te gaan, als het nog actiever nieuwsgaren dat een journalist doet.

Over dit alles zwijgt de Grondwet. Een voorstel artikel 7 aan te vullen met de 'vrijheid om inlichtingen te garen, te ontvangen en door te geven' haalde het niet. De regering was bevreesd dat een dergelijke bepaling ook een recht op informatie zou verlenen als hierboven bedoeld in de zin van openbaarheid van bestuur en dat die aanspraak te absoluut zou zijn. Dat is dan ook de reden dat die informatieplicht naar het hoofdstuk bestuur werd

⁹¹ Deze Wet van 31 oktober 1991, *Stb.* 703 strekt tot uitvoering van de opdracht uit artikel 110 Grondwet: 'De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen.' Zie ook De Meij 1996, p. 136-143.

⁹² Besluit van 23 februari 1999, houdende instelling van de 'commissie Grondrechten in het digitale tijdperk', *Stb.* 1999, 101.

over gebracht.⁹³ De regering gaf wel aan dat in de sommige gevallen het garen en ontvangen onder het openbaren van gedachten en gevoelens valt en dat daarom een aanvulling met die rechten niet nodig was.⁹⁴

Voor zover in de jurisprudentie de ontvangstvrijheid is erkend, zoals bij de antenneverboden, gebeurde dat met een beroep op artikel 10 EVRM, niet artikel 7 omdat daarin dat recht dus niet wordt genoemd.⁹⁵

Bij het garingsrecht heeft de discussie zich sterk toegespitst op de uiterst actieve kant van de ontvangstvrijheid, de vrijheid van nieuwsgaring en de daarmee samenhangende vraag naar de bijzondere positie van de pers daarin. Immers, de pers kan zijn werk niet goed doen zonder toegang tot informatie. Zonder goed functionerende pers worden de burgers niet goed geïnformeerd. Rechtvaardigt de bijzondere positie van de pers een sterkere aanspraak op toegang tot informatie dan geldt voor gewone burgers? Een voorbeeld van een dergelijke sterkere bescherming is te lezen in het journalistieke brongenheim – inmiddels in beginsel erkend door het EHRM en de HR. Niet erkend is vooralsnog de claim zich beschermd te weten tegen inbeslagneming van journalistiek materiaal.⁹⁶ Artikel 7 geeft geen enkel houvast in deze, dus de erkenning van het recht kon slechts plaats vinden door toetsing aan 10 EVRM.⁹⁷

Toegang tot schaarse hulpbronnen

Informatie kan dus worden gezien als een schaarse bron als grondstof voor communicatie. Bij het recht op toegang tot schaarse hulpbronnen gaat het echter om het recht gebruik te maken van hulpbronnen die communicatie als zodanig mogelijk maken los van de inhoud.

Bij toegang tot schaarse hulpbronnen kan bijvoorbeeld gedacht worden aan toegang tot het spectrum. Om gebruik te maken van bepaalde communicatiemiddelen en om omroep- en mobiele telefoon- en andere diensten aan te kunnen bieden is toegang tot het spectrum noodzakelijk.

⁹³ In hoofdstuk 1 is reeds besproken dat een van de grondslagen voor de communicatievrijheid gelegen is in de bevordering van het publieke debat waardoor politici gecontroleerd en hun fouten verbeterd kunnen worden. Dezelfde grondslag dient ook als rechtvaardiging van de verplichting tot openbaarheid van bestuur.

⁹⁴ Kortmann 1987, p. 85. De Meij 1996, p. 130-135.

⁹⁵ ARRvS 10 oktober 1978, AAe 1979, p. 477; Kistenkas 1989, p. 71-75.

⁹⁶ Zie onder andere HR 19 februari 1991, NJ 1992, 50, m.nt. C; Zie over een valse aanvraag voor een rijbewijs door een journalist: HR 27 juni 1995, Mediaforum 1995-9, p. B115-B116; Over inbeslagneming journalistiek materiaal; Rb. Amsterdam 2 januari 1996, Mediaforum 1996-2, p. B30-B32 Salverda en Rb. Amsterdam 2 januari 1996, Mediaforum 1996-2, p. B32-B35, daarover De Roos 1996, p. 24-27.

⁹⁷ HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 m.nt. EJD.

Een historische voorbeeld is de papierschaarste kort na de Tweede Wereldoorlog, toen de overheid zich genoodzaakt zag de distributie van krantenpapier te regelen.⁹⁸ Ook toegang tot nummers voor telecommunicatiediensten kan binnen de categorie van schaarse hulpbronnen geplaatst worden.⁹⁹ Immers, in veel gevallen kan een communicatiedienst pas worden aangeboden met behulp van een adresseringssysteem. Daartoe is het noodzakelijk dat een aanbieder toegang krijgt tot nummers. Dommering noemt ook de toegang tot de fysieke omgeving, zoals goten, daken en de geostationaire baan om de aarde, waar de communicatiesatellieten worden geplaatst.

In geval van schaarste – als de vraag dus het aanbod van dergelijke hulpbronnen overtreft – is het aan de overheid om de verdeling van hulpbronnen te regelen. De verdelingsregels zijn nu vooral te vinden in de Mediawet en de Telecommunicatiewet. Artikel 7 bevat geen aanwijzingen hoe die verdeling te reguleren. Dus verzet artikel 7 Grondwet verzet zich ook niet tegen de huidige verdeling van schaarse hulpbronnen. Het derde lid laat een vergunningstelsel toe en het tweede lid geeft complete vrijheid de omroep te reguleren. Alleen de toegang tot schaarse hulpbronnen voor het communiceren door de drukpers zou niet zo vergaand gereguleerd kunnen worden. Een systeem voor de verdeling van drukpersen, papier en drukinkt tussen een commerciële en een ‘publieke pers’ en waarbij gebruiksvoorwaarden gesteld, zoals bij de publieke omroep het geval is, zou in strijd zijn met artikel 7 lid 1.¹⁰⁰

Als het gaat om de verdeling van het spectrum wordt thans een verschil gemaakt tussen telecommunicatie en omroep. Aan telecommunicatieoperators worden frequenties toegekend op technische en economische gronden (geen boodschap aan de boodschap), aan de publieke worden frequenties toegewezen op grond van een kwaliteitsoordeel. Bij commerciële omroepen en draadomroepinrichtingen (kabelnetten) verschuiven de toegangscriteria echter van de kwaliteitseisen naar de bij telecommunicatie behorende ONP-regels (*open network provision*).¹⁰¹ Het bestaande onderscheid in de regulering van de toegang op grond van

⁹⁸ Schneider 1979, p. 329-332.

⁹⁹ Dommering e.a. 1999, p. 12-19.

¹⁰⁰ De korte periode na WO II dat de drukpersen van de gezuiverde persorganen ter beschikking gesteld werden van de voormalige ondergrondse pers, kan gezien worden als illustratie van het probleem, maar de maatregelen van destijds vielen onder het naoorlogse noodrecht.

¹⁰¹ Dommering e.a. 1999, p. 8.

gebruikersgroep – gaat het om telecommunicatie of om omroep – komt door convergentie verder onder druk te staan.¹⁰²

Het schaarse argument is zeker in het geval van de omroepregulering aangegrepen om toegang tot het spectrum en bovendien de inhoud van het omroepaanbod te reguleren.¹⁰³ Door bepaalde gebruiksvoorwaarden te koppelen aan de verdeling kan de overheid dus de communicatievrijheid beperken. Om die reden is het een knelpunt dat de Grondwet geen criteria bevat aan de hand waarvan de toegang tot schaarse hulpbronnen geregeld dient te worden. Dommering onderkent dit probleem en stelt voor een materiële norm met betrekking tot de aard van de overheidsinterventie op te nemen.¹⁰⁴

Bestaat er ook verspreidingsvrijheid met betrekking tot omroepmiddelen? Zou er met andere woorden een garantie bestaan dat iedereen van bepaalde omroepmiddelen een gebruik van enige betekenis kan maken? Aan deze vraag is geen aandacht besteed bij de totstandkoming van het tweede lid want men veronderstelde dat er schaarste zou zijn. Hoewel de omroep niet geniet van de hierboven beschreven bescherming van het eerste lid valt uit de restfrequentie-jurisprudentie wellicht a contrario een enigszins vergelijkbaar recht te construeren. Hoewel een vergunningensysteem werd geaccepteerd door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, mag het beleid niet dusdanig beperkend werken dat een middel feitelijk ongebruikt blijft.¹⁰⁵

Na de oorlog werd vaak gewezen op de schaarste als noodzaak de verdeling van overheidswege te reguleren. Schaarste op de spectrummarkt is echter nog niet hetzelfde als schaarste op de omroepmarkt. Traditioneel is de schaarste op de spectrummarkt ook benut om een schaarste in gebruiksrechten te creëren. Aan de andere kant merkte Tammes reeds op dat op het moment dat er evenveel radiozenders in de lucht zouden zijn als dagbladen op de markt, de radio ook veel vrijer zou kunnen zijn.¹⁰⁶ Een onderscheid moet worden gemaakt tussen verdeling van het spectrum en toegang tot de omroepmarkt.

¹⁰² Van der Klis 1997, p. 102-103.

¹⁰³ Verberne diss. Nog niet gepubliceerd.

¹⁰⁴ Dommering 1998a, p. 119.

¹⁰⁵ CvBB 22 maart 1995, *Mediaforum* 1995-4, p. B57-B64, m.nt. Mortelmans; Hins 1995, p. 42.

¹⁰⁶ De Meij 1996, p. 174-175.

Toegang tot communicatiemiddelen

Anders dan de schaarse hulpbronnen die communicatie mogelijk maken, brengen communicatiemiddelen de communicatie tot stand: krant, tijdschrift, omroepzender en omroepontvanger, telefoontoestel, telefoonnet, fax en een personal computer aangesloten op het Internet. Maar ook satelliet, kabel, ISDN, ADSL en XDSL zijn communicatiemiddelen. Toegang tot deze communicatiemiddelen is nauwelijks te onderscheiden van toegang tot verspreidingsmiddelen. Vaak zijn het communicatiemiddel en het verspreidingsmiddel ook één, denk bijvoorbeeld aan een geluidswagen. Om die reden worden beide aspecten hier samen behandeld.

Artikel 7 bevat geen bepaling over de toegang tot communicatiemiddelen. In de jurisprudentie is met betrekking tot 7 lid 1 wel een recht op toegang tot verspreidingsmiddelen geconstrueerd. Zo is in de jurisprudentie uitgemaakt dat 7 lid 1 ook het recht beschermt drukpersproducten te verspreiden. Dit vormt een toegangsrecht tot de communicatiemiddelen en markt. Het verspreidingsrecht bestrijkt niet zozeer de inhoudelijke, als wel de ruimtelijke sfeer.¹⁰⁷ De Hoge Raad heeft een aan het openbaringsrecht connexe verspreidingsvrijheid geconstrueerd. De werkingssfeer van het artikel werd voor het eerst uitgebreid in het arrest van de HR inzake de 'Haagse Ventverordening', waarin de verspreidingsvrijheid onder artikel 7 werd gebracht.¹⁰⁸ Het artikel verbiedt niet alleen censuur, aldus de Hoge Raad, maar richt zich ook tegen een algemeen verbod of een vergunningsvereiste ten aanzien van de verspreiding van drukwerken. Verspreiding zou horen bij het recht te openbaren.¹⁰⁹ In 1950 heeft de Raad in zijn 'Tilburg-arrest' aangegeven dat het begrip 'openbaren' niet meer omvatte dan het zich in druk uiten. Daarnaast bestond een verspreidingsrecht dat ondergeschikt was aan het recht van vrijheid van meningsuiting maar onmisbaar ter vervulling van dat recht. Het verspreidingsrecht mag wél door lagere wetgevers worden beperkt, zij het niet op grond van de inhoud en, zo bleek uit latere jurisprudentie, niet zodanig dat daarmee een zelfstandig verspreidingsmiddel geheel verdwijnt of onmogelijk gemaakt wordt.¹¹⁰ In het 'Nuth-arrest' wordt nader gepreciseerd dat beperkingen wel zijn toegestaan zolang die er niet toe leiden dat er van het zelfstandige verspreidingsmiddel geen gebruik van enige betekenis meer overblijft.¹¹¹ In de 'plakverbod-jurisprudentie' lijkt de

¹⁰⁷ Kistenkas 1989, p. 13.

¹⁰⁸ HR 7 november 1892, *W.* 6259, zie De Meij 1996, p. 24-25.

¹⁰⁹ De Meij 1996, p. 24; Boon 1993, p. 16-18.

¹¹⁰ HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137; daarover Kistenkas 1989, p. 30-34; Boon 1993, p. 28-31; De Meij 1996, p. 111-118.

¹¹¹ HR 17 maart 1953, *NJ* 1953, 389; Kistenkas 1989, p. 34-36.

Hoge Raad dan de betekenis van de Nuth-formule af te zwakken. Het leek erop alsof iemand die niet rechtmatig kon beschikken over onroerend goed ook geen gebruik kon maken van het zelfstandig verspreidingsmiddel plakken. Echter, in het 'Zevenaar-arrest' gaf de Raad aan dat met een gebruik van enige betekenis meer bedoeld werd dan slechts de theoretische mogelijkheid van gebruik. Er zal dus een feitelijke mogelijkheid moeten bestaan tot enig gebruik.¹¹²

Bij een aantal verspreidingsmiddelen heeft de Hoge Raad opgemerkt dat het middel geschikt of zelfs bij uitstek geschikt is om de in artikel 7 Grondwet gewaarborgde vrijheid te garanderen. Boekverhuurders zijn geschikt om die vrijheid te garanderen, boekverkopers zijn zelfs bij uitstek geschikt daartoe. Deze bijzondere verspreidingsmiddelen alsmede het drukkerijbedrijf lijken sterker beschermd te worden dan andere.¹¹³ De Meij geeft aan dat er sprake is van een institutionele benadering door De Hoge Raad bij de beoordeling van deze verspreidingsmiddelen. De Raad spreekt over de dienende taak van die middelen, die onverlet moet worden gelaten.¹¹⁴

Hoewel de verspreidingsdogmatiek door sommige schrijvers is toegejuicht als een ingenieuze en inventieve vondst van de Hoge Raad is er ook wel een aantal bezwaren tegenin gebracht. De verspreidingsjurisprudentie is gebaseerd op artikel 7 lid 1 Grondwet en alle andere media vinden in artikel 7 lid 3 bescherming en het is onzeker of de verspreidingsvrijheid ook geldt voor die andere middelen dan de drukpers. De regering vond het niet wenselijk de verspreidingsvrijheid op te nemen. Wel gaf zij daarbij aan dat dat er niet toe zou mogen leiden dat door de op zich toegestane beperkingen er geen gebruik van betekenis overblijft voor een bepaald middel van openbaarmaking. Vervolgens drukt de regering de Kamer op het hart dat hiermee de bescherming van de uitingsvrijheid niet minder wordt dan voorheen.¹¹⁵ Een voorbeeld van de uitwerking hiervan kan gelezen worden in 'Geluidswagens Oegstgeest', waarin de ARRvS een beleid m.b.t. geluidswagens, waarbij er nauwelijks nog sprake was van een gebruik van enige betekenis van het communicatiemiddel, in strijd achtte

¹¹² HR 28 juni 1983, *NJ* 1984, 64; Kistenkas 1989, p. 51-57; Kistenkas merkt op dat bij een dergelijke feitelijke toets ook de ontvangerkant betrokken kan worden. Zonder rekening te houden met de feitelijke mogelijkheden van ontvangst is immers niet vast te stellen of er een kwalitatief gebruik van enige betekenis overblijft; Zie ook de Meij 1996, p. 123-126.

¹¹³ HR 29 november 1960, *NJ* 1961, 206; HR 22 maart 1960, *NJ* 1960, 274; De Meij 1996, p. 117.

¹¹⁴ De Meij 1996, p. 251.

¹¹⁵ *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 55b, p. 39; Hierover Hins 1995, p. 41-42.

met 7 lid 3 Grondwet.¹¹⁶ Ondertussen is de grens tussen het eerste en derde lid onduidelijk en dat wordt door de komst van nieuwe communicatietechnieken wellicht nog problematischer.¹¹⁷ De vraag is of er voor een dergelijk onderscheid een ratio is.¹¹⁸ Daarnaast blijft het de vraag waarom een zo belangrijk aspect van de communicatievrijheid buiten de Grondwet zelf geregeld is.

In het tweede lid wordt de wetgever een blanco volmacht aangereikt om de omroep naar eigen goeddunken te reguleren, 'de wet stelt regels ...' Over een eventuele zorgplicht van de overheid toegang tot bepaalde communicatiemiddelen te garanderen zwijgt artikel 7 lid 2. De vorm waarin de huidige publieke informatievoorziening is gegoten, is niet ontleend aan een constitutionele norm.

In de boven genoemde antenneverbod-zaak speelde naast een belemmering van toegang tot informatie ook een belemmering van toegang tot communicatiemiddelen, in casu het plaatsen van een grote antenne.¹¹⁹ Zoals gezegd kon het antenneverbod alleen vernietigd worden met een beroep op artikel 10 EVRM, aangezien artikel 7 lid 2 Grondwet noch over toegang tot (omroep)informatie noch over toegang tot (omroep)communicatiemiddelen rept.

Inmiddels heeft de Hoge Raad in de Antelecom-uitspraak aangegeven dat het toegangsrecht zich ook uitstrekt tot het telefoonnet aangezien dat in toenemende mate gebruikt wordt voor het verspreiden van gedachten en gevoelens.¹²⁰ Het was wederom gegrond op artikel 10 EVRM, niet op artikel 7 Grondwet dat ook hier over zwijgt.

Als het gaat om 'vormen van telecommunicatie die niet kunnen worden beschouwd als radio en televisie' begint verspreiding steeds meer te lijken op de verspreiding van drukpersartikelen. Door digitalisering, vergroting van transportcapaciteit, efficiënter gebruik van transportmiddelen en de introductie van intelligente netwerken neemt de technische schaarste af. Door de liberalisering op de markt zijn er tegelijkertijd veel meer aanbieders van telecommunicatiediensten dan voorheen.¹²¹ In de nieuwe Telecommunicatiewet is een groot aantal bepalingen te vinden die de

¹¹⁶ ARRvS 14 november 1985, *AB* 1986, 458; zie Hins 1995, p. 41, 42 en De Meij 1996, p. 213-214.

¹¹⁷ Kistenkas 1989, p. 70.

¹¹⁸ Kistenkas 1989, p. 70.

¹¹⁹ Zie noot 95.

¹²⁰ HR 26 februari 1999, *Mediaforum* 1999-5, nr. 26 m.nt. Hins.

¹²¹ Hins 1995, p. 40.

toegang tot die voorheen schaarse communicatiemiddelen regelen. Daarbij gaat het zowel om toegang tot schaarse hulpbronnen, zie bijvoorbeeld hst. 3 en 7 Tw, als om toegang tot de markt, zie bijvoorbeeld hst. 9 Tw.¹²² Hoewel het EHRM de toegang tot (tele)communicatiemiddelen expliciet onder de uitingsvrijheid van 10 EVRM heeft gebracht biedt 7 lid 3 wat dat betreft geen aanwijzingen.¹²³ Hins vraagt zich terecht af wanneer deze middelen zoveel op de traditionele verspreidingsmiddelen zijn gaan lijken dat ze op dezelfde manier beschermd zullen worden als drukpersproducten.¹²⁴

Concluderend is vast te stellen dat de ‘osmotische relatie’ tussen openbaren en verspreiden een problematische is.¹²⁵ In plaats van vast te houden aan het moeizame onderscheid tussen openbaren en verspreiden, zou volgens Hins beter aandacht kunnen worden besteed aan het motief achter een bepaald verbod. Maatregelen die tot doel hebben een bepaalde inhoud te verbieden zouden dan anders kunnen worden behandeld dan maatregelen die een ander doel op het oog hebben. Inhoudelijke beperkingen zouden dan, net als in de VS aan een strengere toets moeten voldoen dan andere. Dat zou moeten gelden voor alle drie de leden van artikel 7. Een vergunningstelsel is altijd verdacht tenzij buiten kijf staat dat er geen inhoudelijke bemoeienis aan te pas komt.¹²⁶ In ieder geval is de verspreidingsvrijheid die destijds aanleiding was om 7 lid 1 in zijn oude vorm te handhaven niet vrij van kritiek en worden de overige toegangsrechten thans niet beschermd.

Toegang tot de markt

Een laatste toegangsrecht dat genoemd wordt is het recht op toegang tot de communicatiemarkt. Toegang tot de markt kan hier worden gezien als het recht op een behoorlijk georganiseerde, transparante markt. Het betekent niet dat iedereen onbelemmerd toegang tot de markt moet kunnen krijgen. Het betekent wel dat de kansen gelijk zijn. Hier is de band tussen communicatievrijheid en economische vrijheid nauw. In het geval van de drukpers heeft het absolute vergunningenverbod van 7 lid 1 er in de praktijk toe geleid dat er een vrije marktmodel geldt. De Meij onderscheidt tussen regelingen die de inhoud en het redactionele proces beperken en regelingen die hulphandelingen beperken, zoals de bedrijfsvoering en de methode van drukken.¹²⁷ De laatste categorie regelingen, zoals bijvoorbeeld

¹²² Wet van 19 oktober 1998, *Stb.* 1998, 610.

¹²³ EHRM 22 mei 1990, *NJ* 1991, 740 m.nt. EAA.

¹²⁴ Hins 1995, p. 40.

¹²⁵ Kistenkas 1989, p. 25.

¹²⁶ Hins 1995, p. 43-44.

¹²⁷ De Meij 1996, p. 95-97; zie ook Nieuwenhuis 1991, p. 164-166.

een persfusiecontroleregeling onder bepaalde voorwaarden, zou de toets aan artikel 7 Grondwet volgens hem vermoedelijk wel kunnen doorstaan.

Ook op zich zelf neutrale vestigingsvergunningen aan drukkerijen werden door de Hoge Raad in strijd met artikel 7 geacht waardoor het drukpersbedrijf aan geen beperkingen is onderworpen dan die van de markt en die van iedere ondernemer.

De toegang tot de omroepmarkt wordt door 7 lid 2 open gelaten. De algehele regelingsbevoegdheid lijkt te suggereren dat de wetgever alle gelegenheid heeft de toegang tot de markt te organiseren. Die vrijheid was overigens betrekkelijk omdat het EG-recht zijn beperkingen daaraan bleek te stellen. Immers de regulering van de omroepmarkt mocht niet leiden tot een inbreuk op het vrije verkeer van diensten binnen Europa met als gevolg dat Nederland niet kon verhinderen dat buitenlandse commerciële omroepen hier door kabelnetten werden doorgegeven. Bij de regulering van toegang tot de communicatiemarkt speelt ook artikel 86 (ex artikel 90) EG verdrag een rol. Voorwaarde is dat de motieenvoor overheidssteun aan bepaalde omroepinstellingen helder worden omschreven en kunnen worden getoetst aan proportionaliteit, legitimiteit en subsidiariteit.¹²⁸ Bovendien zou dan ook moeten worden gemotiveerd waarom de overheid juist de toegang tot deze omroepmiddelen reguleert en niet die tot sommige andere communicatiemiddelen. Ook in 7 lid 3 is geen verwijzing opgenomen naar een toegangsrecht tot de communicatiemarkt.

2.4.2 Techniek

Een van de bezwaren tegen 7 Grondwet is de techniekafhankelijkheid van de verschillende leden. In deze paragraaf worden enkele voorbeelden van die techniekafhankelijkheid aangehaald.

Artikel 7 lid 1

Niemand heeft voorafgaand verlov nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

Drukkers

Doordat in artikel 7 duidelijk is gekozen voor bescherming op grond van het communicatiemiddel en niet de communicatie zelf dreigt de bescherming beperkt te worden tot het destijds opgenomen

¹²⁸ Ogus 1994, p. 124 e.v.

communicatiemiddel. Wat moet worden verstaan onder ‘drukkers’ zoals gebruikt in artikel 7? Deze vraag was vóór 1983 doorslaggevend voor de vraag of een communicatiemiddel überhaupt kon rekenen op grondwettelijke bescherming. Van den Bergh riep toen al uit: ‘Het geluid wordt gezien, schrift wordt gehoord. Alle grenzen zijn uitgewist. Maar de Grondwet, die de ontwikkeling der techniek niet voorzien kon, onderscheidt.’¹²⁹ Sinds de wijziging bepaalt het antwoord op die vraag vooral de mate van bescherming. Het gaat in het huidige artikel alleen over communicatiemiddelen en niet over communicatie zelf, hetgeen het artikel kwetsbaar maakt.¹³⁰

De Hoge Raad spreekt van het zich bedienen van de drukkers ‘of enig andere sedertdien ontwikkelde, met de drukkers in eigenlijke zin op één lijn te stellen vermenigvuldigingstechniek’. Boukema voegt daar aan toe dat de wettekst weliswaar zo moet worden uitgelegd dat aansluiting wordt gezocht bij de huidige situatie maar dat de tekst daar dan ook wel de mogelijkheid voor moet bieden. Dat is door het woord drukkers te gebruiken volgens hem helaas niet mogelijk.¹³¹

In 1967 heeft de Hoge Raad bepaald dat het er om gaat of een opschrift met gedrukte of geschreven stukken op één lijn gesteld kan worden. Niet de vermenigvuldigingstechniek is bepalend, maar het resultaat daarvan: een blijvende tekst of afbeelding.¹³² Het is de vraag in hoeverre die jurisprudentie nog geldig is na 1983. Twijfelgevallen kunnen sindsdien immers onder lid 3 geschoven worden.

Technieken als stencilen, fotograferen en fotokopiëren zijn volgens De Meij in ieder geval te beschouwen als drukkers.¹³³ Ook is bepleit dat de databank beschouwd moet worden als een modern drukkersmedium.¹³⁴ Het lijkt zo te zijn dat de wetgever niet meer aan drukkers denkt zodra er elektronica aan de vermenigvuldiging te pas komt. Teletekst en Kabelkrant schaart hij onder omroep. Deze manier van rubriceren is echter niet vol te houden want bij het vervaardigen van zelfs de meest klassieke drukkersproducten wordt tegenwoordig gebruik gemaakt van telecommunicatie- en radiotechnieken.¹³⁵ Ook de vraag of en zo ja wanneer

¹²⁹ Van den Bergh 1940, p. 72.

¹³⁰ Dommering 1998a, p. 4-5.

¹³¹ Boukema 1969, p. 138.

¹³² HR 23 mei 1961, *NJ* 1961, 427; besproken in Kistenkas 1989, p. 14.

¹³³ De Meij 1996, p. 102.

¹³⁴ Sprey 1988, p. 72-73.

¹³⁵ Kalkman 1995, p. 7.

een *personal computer* een drukpers is, zal niet leiden tot veel duidelijkheid.¹³⁶

De nadruk wordt gelegd op de ontvangstapparatuur zodat het aansluiten van een printer op een computer de bescherming van het eerste lid oplevert.¹³⁷ Nu als gevolg van informatietechnologische veranderingen netwerken maar ook ontvangstapparaten in toenemende mate multifunctioneel worden lijkt de onderscheidende kracht van dit criterium te zijn verdwenen. Er is dan ook voorgesteld als alternatief criterium te gebruiken of informatie er zich toe leent uitgeprint te worden. Daarmee zouden plaatjes en tekst wel, en geluid en bewegend beeld niet onder het eerste lid vallen.¹³⁸ Hiermee wordt echter opnieuw een technisch criterium binnengehaald met de nodige risico's. Een van de voornaamste risico's is dat ten gevolge van informatietechnologische convergentie pas na ontvangst kan worden vastgesteld wat de inhoudelijke aard van informatie is. Dat betekent dat de bescherming uiteindelijk toch weer afhankelijk is van het ontvangstapparaat.

Daarnaast zouden ook bij dit criterium nog veel afbakeningsproblemen blijven bestaan. Op het Internet wordt namelijk informatie die geschikt is af te drukken en informatie die zich daar niet toe leent veelal door elkaar verstrekt. Moderne kranten maken geluid en bewegend beeld tot onderdeel van hun website.

Radio en televisie

De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending.

Zoals hierboven beschreven kwam er in 1983 een tweede lid bij artikel 7 dat bescherming bood aan radio en televisie.¹³⁹ Ook de afgrenzing van dit tweede lid blijkt techniekafhankelijk te zijn. Reeds bij de totstandkoming van het tweede lid dekten de begrippen 'radio en televisie' niet meer alles wat op het beoogde gebied speelde.¹⁴⁰

¹³⁶ Dommering 1998a, p. 6-7; Een overzicht van drukpersachtige producten en de onmogelijkheid een technisch onderscheid te blijven maken wordt ook gegeven in Vernieuwend Persbeleid 1997, p. 123-137.

¹³⁷ Dit doet enigszins denken aan het voorstel over artikel 13 Grondwet dat bescherming van faxcommunicatie alleen toekende bij de 'Sealfax', Van Eijk 1997, p. 1555.

¹³⁸ Hins 1995, p. 37.

¹³⁹ De Meij 1996, p. 39-41.

¹⁴⁰ Van der Pot/Donner/Prakke 1995, p. 262.

Aangenomen wordt dat met 'radio en televisie' toch vooral omroep bedoeld werd. In hoeverre vallen echter de vele nieuwe diensten die sinds de jaren '90 met een televisietoestel kunnen worden ontvangen onder het tweede lid? Denk alleen al aan *Video On Demand* en *Web TV*. Het is niet duidelijk of dit onder 'radio en televisie' valt, aangezien de opstellers van de Grondwet verwijzen naar de omroepwetgeving – hetgeen op zichzelf al merkwaardig is voor de afbakening van een grondrecht – terwijl de opstellers van de Mediawet verwijzen naar de Grondwet.¹⁴¹ Naar aanleiding van de opkomst van teletekst en videotekst werd bekend gemaakt dat bepalend was met welk apparaat de informatie wordt ontvangen. Zodra de ontvanger gebruik maakt van een radio- of televisietoestel dan gaat het om een radio- of televisieprogramma. Bij ontvangst door middel van een telefoontoestel – of in een casus van de jaren '90, een personal computer – is er dus geen sprake van zo'n programma.¹⁴²

Zo is de praktische betekenis van lid 2 voor een groot deel afhankelijk van de techniekbepaalde vraag: wat is radio en televisie? De vraag geeft wederom voldoende aanleiding voor scholastiek maar een duidelijk antwoord lijkt er niet te zijn. Weliswaar geeft de Mediawet aan wanneer er sprake is van een programma, dat geeft nog geen definitief uitsluitsel omtrent de reikwijdte van lid 2. Was de betekenis van 'programma' altijd een logische opeenvolging van items, thans is de definitie van programma onduidelijk.¹⁴³

Als theoretische onderbouwing van de verschillen tussen omroep- en andere media sloot de regering aan bij het model dat onderscheid maakt naar verkeerspatronen dat begin jaren '80 opgang deed. Volgens die theorie is omroep op te vatten als tele-allocutie waarbij gelijktijdige uitzending van programma's aan het publiek plaatsvindt. Dit is echter niet (meer) de realiteit daar men met behulp van videorecorders en *video on demand* zelf kan uitmaken wanneer een programma geconsumeerd wordt. Deze theorie lijkt dan ook alleen maar verwarring op te leveren.¹⁴⁴ Vreemd genoeg ondergraaft de wetgever de verkeerspatronen-theorie door teletekst te beschouwen als televisie.¹⁴⁵ Vooralsnog lijkt het erop dat de wetgever alles

¹⁴¹ De Meij 1996, p. 167-189.

¹⁴² Hins 1995, p. 32-33.

¹⁴³ De Telecommunicatiewet verwijst in 1.1.q naar artikel 1 lid 1 sub f van de Mediawet. Daar wordt gesproken over een programma dat wordt uitgezonden naar het algemene publiek. In 19.7 Tw wordt dat begrip echter gewijzigd. Vgl. noot 147.

¹⁴⁴ De Meij 1996, p. 188.

¹⁴⁵ De Meij 1995, p. 119-120.

wat beweegt of geluid maakt, beschouwt als radio of televisie.¹⁴⁶ Recent heeft de wetgever zijn opvatting opnieuw gewijzigd. Sinds de invoering van de Telecommunicatiewet – waarmee ook de Mediawet gewijzigd werd – luidt de definitie van programma: ‘een elektronisch product- met beeld- of geluidsinhoud, dat bedoeld is om te worden uitgezonden en bestemd is voor ontvangst door het algemene publiek of een deel daarvan, met uitzondering van datadiensten, diensten die uitsluitend op individueel verzoek beschikbaar zijn, en andere interactieve diensten’.¹⁴⁷

Andere middelen

Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan 16 jaar regelen ter bescherming van de goede zeden

Het derde lid van artikel 7 beschermt een divers aantal overgeschoten communicatiemiddelen voor wat betreft de inhoud. Qua beschermingsniveau bevindt het derde lid zich tussen het eerste en tweede lid in. Enerzijds mag wel een vergunningstelsel in het leven worden geroepen (i.t.t. artikel 7 lid 1) anderzijds mag het daarbij dan niet gaan om voorwaarden betreffende de inhoud (i.t.t. artikel 7 lid 2). Doordat het qua inhoud afhankelijk is van de reikwijdte van het eerste en tweede lid, is het daarmee ook zelf techniekafhankelijk.

De categorieën uitingen die in het derde lid bij elkaar zijn gezet zijn zo verschillend dat ze niet allen over dezelfde kam geschoren hadden mogen worden. De Meij spreekt van ‘de vergaarbak van het derde lid’ en noemt vier categorieën die hier zijn opgenomen:

- Verkoop en verhuur van informatiedragers die niet vallen onder het eerste lid
- Vormen van telecommunicatie die geen radio of televisie zijn
- Vertoningen
- Individuele openbare uitingen¹⁴⁸

Beploitten sommigen vóór de wijziging van 1983 een ruime interpretatie van het begrip drukpers, bij de wijziging maakte de regering duidelijk vast te houden aan een enge interpretatie aangezien eventuele nieuwe

¹⁴⁶ Kalkman 1995, p. 8.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 533, nr. 3, p. 56; Dommering e.a. 1999, p. 287-289.

¹⁴⁸ De Meij 1996, p. 211-214.

elektronische informatiedragers bescherming zouden vinden onder het derde lid.¹⁴⁹

De categorie informatiedragers – bijvoorbeeld grammofoonplaat, cd-rom, floppydisk – zou eigenlijk in lid 1 thuishoren want het technisch relevante onderscheid is niet meer vol te houden. Niet valt in te zien waarom de boekverkoper meer beschermd dient te worden dan de cd-rom verkoper.¹⁵⁰ Er is geen reden (meer) om het verkopen van boeken en tijdschriften te onderscheiden van het verkopen van videobanden.¹⁵¹

Hins doet de suggestie alle *informatiedragers* onder het eerste lid van artikel 7 te brengen. Hins noemt het onderscheid tussen de verschillende soorten informatiedragers gekunsteld en geeft als voorbeeld de encyclopedie op cd-rom. Er is thans geen reden meer de ene vaste informatiedrager wel, en de andere niet onder het eerste lid te brengen.¹⁵² Door vast te houden aan de bescherming van één communicatietechniek wordt de betekenis van artikel 7 steeds verder uitgehold.

De afbakeningsproblemen tussen vormen van telecommunicatie die onder lid 3 vallen en die als radio en televisie onder lid 2 vallen, zijn hiervoor al behandeld.

Vertoningen voor jeugdigen

Een van de ‘andere middelen’ van lid 3 is een vertoning. Vertoningen zijn toneel-, opera- en dansvoorstellingen, het vertonen van films en video e.d. Hier lijkt een zekere techniekafhankelijkheid te bestaan. Een vertoning lijkt te zijn een visuele gebeurtenis. Als dat zo is, dan zouden sekslijnen geen vertoning zijn. Wél echter een ‘ander middel’. Wanneer is informatie op het Internet een vertoning? Als toeschouwers persoonlijk aanwezig zijn, zoals bij vertoning van een videoband?¹⁵³ De vraag of iets vertoning is of niet is niet van belang als het om personen van 16 jaar en ouder gaat, want als iets geen vertoning is blijft het wel een ‘ander middel’ in de zin van artikel 7 lid 3 en geldt dus hetzelfde vrijheidsregiem.

Voor de bescherming van de jeugdigen – voor welk doel een vertoning aan beperkingen kan worden onderworpen – is het wél van belang wat een vertoning is en wat niet. Het is technisch moeilijk de vertoning te blijven onderscheiden van ander communicatiegedrag en daarmee is het moeilijk

¹⁴⁹ Algehele Grondwetsherziening, dl 1a, p. 33; 66.

¹⁵⁰ De Meij 1996, p. 212; De Meij 1995, p. 120-121; Hins 1995, p. 35-37.

¹⁵¹ Kalkman 1995, p. 7; Bulk 1998, p. 39.

¹⁵² Hins 1995, p. 36-37.

¹⁵³ Hins 1995, p. 39.

de categorie uitingen die mogen worden beperkt ter bescherming van jeugdigen vast te stellen. Kortom, ook deze zogenaamde *Jugendschutz*-bepaling kent gebreken als gevolg van convergentie. Vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar genieten nog minder bescherming dan radio en televisie. Delegatie en voorafgaand toezicht op de inhoud zijn allebei toegestaan.¹⁵⁴ Daar aan valt nog toe te voegen dat niet in alle landen het beschermen van de jeugd als vanzelfsprekend als taak aan de overheid wordt opgedragen. *Parental guidance* kan dan met hetzelfde doel worden gebruikt.

Voor de door De Meij genoemde categorie individuele uitingen – de straatmuzikant, de redenaar – geldt hetzelfde als wat hierboven is gezegd. Voor zover het geen vertoning is, valt het als ‘ander middel’ toch onder de bescherming van het derde lid, maar kan de vraag of zij een vertoning geven van belang zijn als het gaat om de bescherming van de jeugdigen.

2.4.3 Informatiebeleid

Behoudens een opdracht tot wettelijke regeling van de omroep, bevat artikel 7 enkel een onthoudingsplicht van de overheid. Zelfs die onthoudingsplicht is door de blanco regeling met betrekking tot de beperkingen mager gesteld. Wat bevat artikel 7 over een zorgplicht van de overheid? De overheid heeft zich in Nederland traditioneel de zorg aangetrokken voor de (openbare) informatievoorziening via bepaalde media. Uitingen van kunst en cultuur werden bevorderd, de overheid achtte zich geroepen een regeling te treffen voor de omroep en later – na de oorlog – strekte de zorg zich ook uit tot de pers. Had de overheid hiervoor een grondwettelijke opdracht dan wel gaf de grondwet enige richting aan dit beleid? De behoefte aan duidelijkheid op dit gebied doet zich gevoelen daar een ordening uit oogpunt van zorg in conflict kan komen met de traditionele onthoudingsplicht.

Persbeleid

Een van de gebieden waar een mogelijk conflict ligt tussen zorg en onthouding is het persbeleid. Enerzijds mag de overheid nauwelijks regels stellen aan deze sector, gezien de sterkte bescherming van de drukpersvrijheid in artikel 7 lid 1, anderzijds beschouwt zij het bestaan van een onafhankelijke, pluriforme pers als van wezensbelang.

Nieuwenhuis maakt een onderscheid tussen de verhouding van de onthoudingsplicht tot steun aan persorganen en de verhouding van de

¹⁵⁴ Hins 1995, p. 38.

onthoudingsplicht tot fusiecontroleregels.¹⁵⁵ Perssteun heeft het karakter van een noodvoorziening door steunverlening aan kranten met financiële problemen. Het is niet geheel duidelijk hoeveel ruimte bestaat voor een gericht persbeleid van de overheid.¹⁵⁶ Het is duidelijk dat een gerichte steun aan persorganen die de overheid welgevallig zijn, in strijd is met de onthoudingsplicht die voortvloeit uit de communicatievrijheid, maar artikel 7 Grondwet sluit het niet uit.¹⁵⁷ Het gaat daarom bij het steunbeleid ten aanzien van de pers meer om de manier waarop die geregeld is. Is het de overheid zelf óf een instantie op afstand die beoordeelt of en welke persorganen voor steun in aanmerking komen en op grond van welke criteria? Mogen daarbij de bijdrage tot de politieke meningsvorming, kwaliteitseisen of het nut van het persorgaan meewegen?¹⁵⁸ Volgens Nieuwenhuis mag pluriformiteit bijvoorbeeld wel doelstelling van het beleid zijn, maar mag de overheid die niet *direct* bevorderen door inhoudelijke beoordeling van persorganen. De beleidsvrijheid is volgens hem beperkt tot het bevorderen van pluraliteit. Bij de pers moet pluriformiteit het gevolg zijn van pluraliteit.¹⁵⁹ De instelling van het Bedrijfsfonds voor de Pers en de criteria voor steunverlening die het fonds dient te hanteren zijn geregeld in de Mediawet. Weliswaar lijkt de wetgever zich hierbij te houden aan de door Nieuwenhuis beschreven voorwaarden, maar dit persbeleid vindt geen enkele normering in de Grondwet.

Wat hier over steun aan persorganen is gezegd, geldt *mutatis mutandis* ook voor overheidssteun aan andere uitingsvormen zoals literatuur, toneel, muziek, andere kunstuitingen en de openbare bibliotheken.

Bij een mogelijke fusiecontroleregeling met betrekking tot persorganen heeft het strenge vergunningenverbod op grond van artikel 7 lid 1 van de Grondwet steeds een belemmering gevormd voor de regering. Hoewel in de literatuur de meningen over de grondwettelijke toelaatbaarheid van een persfusiecontroleregeling verdeeld zijn, heeft de regering gesteld dat bij twijfel uitgegaan moest worden van de ongrondwettelijkheid van een dergelijke regeling.¹⁶⁰ In de op 1 januari 1998 in werking getreden Mededingingswet daarentegen is een fusiecontrole opgenomen, waaraan ook persuitgeverijen onderworpen zijn. De wetgever had weinig moeite de vraag of die regeling al dan niet in strijd is met het vergunningenverbod

¹⁵⁵ Nieuwenhuis 1991, p. 157.

¹⁵⁶ Nieuwenhuis 1991, p. 155-164.

¹⁵⁷ Hoewel artikel 1 jo. 7 Grondwet het waarschijnlijk wel uitsluiten.

¹⁵⁸ Nieuwenhuis 1991, p. 157-158.

¹⁵⁹ Nieuwenhuis 1991, p. 158-159.

¹⁶⁰ *Kamerstukken II 1989/90*, 20 984, nr. 6, p. 5.

negatief te beantwoorden. Het feit dat de controle louter economische criteria bevat gaf daarbij de doorslag.

Voor zover artikel 7 lid 1 dus een norm stelde voor het persbeleid, in casu een fusiecontroleregeling, is zij volstrekt inadequaaf gebleken. Enerzijds bood het geen ruimte voor een door de Tweede Kamer gewenste regeling, anderzijds verklaart het niet waarom de ene regeling niet (bijvoorbeeld het voorstel van het Bedrijfsfonds voor de Pers van 1988) en de andere regeling (de Mededingingswet) wél toelaatbaar is.

Omroepbeleid

Het tweede lid van artikel 7 schept een ruime regelingsbevoegdheid voor de wetgever met betrekking tot de omroep.¹⁶¹ In de Mediawet staan minutieuze voorschriften met betrekking tot de toegang, de inhoud van de programma's en andere aspecten van de organisaties die tot de omroep zijn toegelaten.

Het tweede lid laat open of het vooral ziet op de regeling van de publieke omroep of evenzeer op een regeling van de private of commerciële omroep. En wat houdt de regelingsbevoegdheid in met betrekking tot bijvoorbeeld uitgebreide programmavoorschriften? Is die bevoegdheid ten aanzien van de publieke omroep anders dan ten aanzien van de private of commerciële omroep?¹⁶² Het tweede lid biedt daarvoor geen aanknopingspunten.¹⁶³ Dit is bijvoorbeeld problematisch als de commerciële omroep beperkingen krijgt opgelegd met het oog op het beschermen van de publieke omroep. Een ander voorbeeld is het aanleggen van kwaliteitscriteria voor de toedeling van frequenties aan commerciële omroep. Lid 2 bevat überhaupt geen enkel houvast met betrekking tot verdeling van het spectrum. Het laat open of dat geschiedt op basis van een *first come, first serve*-methode, op basis van een kwaliteitsbeoordeling dan wel op basis van een veiling.

Concluderend kan worden vastgesteld dat artikel 7 niet aan het huidige mediabeleid in de weg staat, omdat het daaromtrent niets te bieden heeft. Er is zelfs geen begin van een rechtvaardiging of grondslag te vinden voor dat beleid.

¹⁶¹ Dommering 1998a, p. 8; Kalkman 1995, p. 13-16.

¹⁶² De Meij 1996, p. 184-186; p. 189-197; p. 205.

¹⁶³ De Meij 1995, p. 118; Van Eijk 1992, p. 185-208.

2.5 Horizontale werking

Een van de invalshoeken bij de benadering van de communicatievrijheid in dit onderzoek is de werking tussen burgers, de horizontale werking. Artikel 7 Grondwet bevat geen bepaling met betrekking tot horizontale werking. De rechter neemt in de praktijk zelden directe horizontale werking aan. Hij baseert zich bij de beoordeling van een conflict waarbij iemands communicatievrijheid in het geding komt op burgerlijk recht, strafrecht of bestuursrecht, niet op de grondrechten zelf. Die grondrechten komen pas aan de orde bij de inkleuring van open juridische begrippen zoals goede trouw en maatschappelijke zorgvuldigheid. Dan weegt de rechter een door een grondrecht ingekleurd belang tegen een ander belang. Daarbij kan ook een beroep worden gedaan op de ongeschreven vrijheden¹⁶⁴

2.6 Beperkingen

Het onderscheid tussen algemene en bijzondere beperkingen werd door de grondwetgever in 1983 verworpen. Dit betekent dat in beginsel alle beperkingen moeten voldoen aan de vereisten, gesteld in artikel 7 Grondwet. Anderzijds zijn de algemene beperkingen toch weer via een omweg binnengehaald.¹⁶⁵

Artikel 7 lid 1

Behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet
--

Deze beperkingsformule betekent dat uitsluitend de formele wetgever beperkingen op de drukpersvrijheid mag instellen.¹⁶⁶ Het absolute verbod op preventieve beperkingen – ‘niemand heeft voorafgaand verlof nodig’ wordt door deze formule niet geraakt, het gaat dus alleen om repressieve beperkingen. Hierboven werd echter al aangegeven dat dit onderscheid niet altijd gemakkelijk te maken is. Alle regelingen die de publicatievrijheid beperken moeten in een formele wet zijn vastgelegd. De belangrijkste categorie beperkingen is te vinden in het Wetboek van Strafrecht, bijvoorbeeld artikel 137c (discriminerende belediging), artikel 147

¹⁶⁴ Boukema 1966, p. 143.

¹⁶⁵ Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 1995, p. 225-226; De Meij 1996, p. 50-53.

¹⁶⁶ Dat is de formule althans gaan betekenen na het Tilburgse drukpersarrest, zie De Meij 1996, p. 144.

(smalende godslastering) en artikel 261 (smaad).¹⁶⁷ Andere voorbeelden dan die in het Wetboek van Strafrecht zijn artikel 6.162 BW (Onrechtmatige daad) en artikel 21 Auteurswet (portretrecht).¹⁶⁸ Een knelpunt is het gebrek aan een toetsingskader. Het artikel stelt geen grenzen aan de repressieve beperkingen.¹⁶⁹

Artikel 7 lid 2

Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending.

Waar het eerste lid preventieve beperkingen uitsluit, kent het tweede lid een verbod op voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending. Over de betekenis van die clause vermeldt de Memorie van Toelichting dat voorwaarden voorafgaand aan de uitzending wel zijn toegestaan zolang het toezicht maar achteraf plaatsvindt. Gedoeld wordt daarmee op de programmavoorschriften voor de publieke omroep. Ook in de Mediawet is aangegeven dat het toezicht van het Commissariaat op de uitzendingen niet vóóraf plaats vindt (artikel 134 lid 2 Mediawet).¹⁷⁰ Met deze grondwettelijke bepaling is nog niet helemaal duidelijk hoe repressief dat toezicht is. Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer is uitvoerig ingegaan op de vraag of de regering tijdens een uitzending zogenaamd 'de knop kon omdraaien'. De regering noemde dit een hachelijk grensgeval, maar achtte het denkbaar in een vorm waarin preventieve censuur buiten de deur blijft.¹⁷¹ Ook hier blijkt dus dat het niet gemakkelijk is aan het onderscheid tussen preventief en repressief altijd vast te houden. De regering liet er althans hier onduidelijkheid over bestaan.

Een andere vraag die de formulering van 7 lid 2 oproept is in hoeverre het lagere wetgevers is toegestaan beperkingen te stellen met betrekking tot de inhoud. De programmavoorschriften plegen in het Mediabesluit nader te worden uitgewerkt, evenals de bepalingen met betrekking tot sponsoring en slukreclame. Weliswaar is de laatste categorie door artikel 7 lid 4 uitgesloten van de grondwettelijke bescherming, dat neemt niet weg dat deze bepalingen een belemmering vormen voor omroeporganisaties ten aanzien van de inhoud van de programma's. Dat klemt te meer als het gaat om producten die wél onder de bescherming van de grondwet vallen, zoals

¹⁶⁷ Voor een inventarisatie voor wat daar genoemd wordt de 'uitingsdelicten', zie De Roos, Schuijt & Wissink 1996, p. 119-151.

¹⁶⁸ De Meij 1996, p. 144-146.

¹⁶⁹ De Meij 1996, p. 155.

¹⁷⁰ De Meij 1996, p. 180.

¹⁷¹ De Meij 1996, p. 179.

boeken en platen. DIT laat voorts de vraag open of en in hoeverre gemeenten en provincies beperkingen mogen stellen aan respectievelijk lokale en regionale omroep.

Artikel 7 lid 3

... heeft niemand voorafgaand verlot nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet

Het verschil met de beperkingsclausule van 7 lid 1 is de passage 'wegens de inhoud daarvan'. Dit betekent dat een vergunningsvereiste wel is toegestaan zolang dat niet ziet op de inhoud van de uiting. De vraag wanneer een beperking ziet op de inhoud kan leiden tot afbakingsproblemen. Ook in 7 lid 3 is echter geen mogelijkheid tot belangenafweging opgenomen. Voor de betekenis van de laatste woorden 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet', geldt wat hierboven bij artikel 7 lid 1 daarover is gezegd. Daar moet hier aan toegevoegd worden dat artikel 7 lid 3 bijvoorbeeld voor het Internet geldt. Het gebrek aan toetsingskader klemt des te meer nu sprake is van internationalisering van informatie. Waar hier discriminerende belediging op het Internet een uitingsdelict is, is dat niet in alle andere landen waar dezelfde boodschap kan worden ontvangen. De Verenigde Staten zijn wat dit betreft eerder geneigd dergelijke uitingen onder het *first amendment* te beschermen. Anderzijds is de Nederlandse strafwet weer liberaler dan het Amerikaanse strafrecht als het om pornografie gaat.¹⁷² Zonder toetsingskader is er geen enkele garantie dat de Nederlandse overheid zich niet door andere landen laat verleiden tot een lager beschermingsniveau. Wat dat betreft is het niet erg geruststellend dat de regering in de Nota WES heeft aangekondigd wel te voelen voor 'internationale eenmaking van wetgeving die is gebaseerd op culturele verschillen, zoals uitingsdelicten.'¹⁷³

2.7 Tussenconclusie

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat artikel 7 niet bepaald vrij van kritiek is gebleven. Hoewel niet alle kritiek verband houdt met de informatietechnologische ontwikkelingen, staat vast dat die ontwikkelingen de noodzaak van een wijziging verder hebben vergroot.

¹⁷² Nieuwenhuis 1995, p. 99 e. v. en Bellekom 1995, p. 119 e.v.

¹⁷³ *Kamerstukken II 1998/99*, 25 880, nr. 5, p. 6.

Een van de knelpunten is gelegen in de redactie van artikel 7 Grondwet. De negatieve formulering van het recht, en het gebruik van ‘gedachten en gevoelens’ kunnen tot negatieve gevolgen leiden voor de beschermingsomvang van de bepaling. De formele structuur van het artikel is niet toereikend (meer) en leidt tot een gebrekkig toetsingsapparaat. Voor zover de vrijheid is omschreven is dat te beperkt.

De uitzondering van bescherming voor reclame is niet gerechtvaardigd.¹⁷⁴ Door de verspreidingsleer leer consequent op handelsreclame toe te passen zou artikel 7 lid 4 wellicht niet nodig zijn, zo suggereert Dommering.¹⁷⁵

De techniekafhankelijkheid van het artikel verhoudt zich slecht met de recente IT-ontwikkelingen. De techniek van het gebruikte communicatiemiddel of de gebruikte informatiedrager bepaalt thans het beschermingsniveau.

Het is onduidelijk in hoeverre artikel 7 toegangsrechten beschermt. De verschillen wat dat betreft tussen de leden onderling geven weinig helderheid. Het is wellicht verstandig toch de toegangsaspecten van de communicatievrijheid ook in de Grondwet vast te leggen. Het ontbreken van een recht op toegang tot informatie, van een criterium voor de verdeling van schaarse hulpbronnen en van een recht op toegang tot communicatiemiddelen, het zijn allemaal punten die nu of in de toekomst een knelpunt kunnen opleveren bij de bescherming van de openbare communicatievrijheid.

Het is onduidelijk in hoeverre de verspreidingsleer, die zich in de loop der jaren heeft ontwikkeld, ook geldt voor andere communicatiemiddelen dan de drukpers. Het artikel is ten onrechte zeer zendergericht. Daardoor vallen andere fasen van het communicatieproces buiten de boot. Het recht op ontvangst vormt een wezenlijk onderdeel van de communicatievrijheid. Dit geldt te meer nu de nadruk binnen het communicatieproces steeds meer komt te liggen op ontvangergestuurde communicatie.

Daarnaast is het onduidelijk hoe de vrijheid van artikel 7 zich verhoudt tot marktregulering door de overheid. De verhouding tussen vrije mededinging en zorgplichten van de overheid is thans niet geregeld. De toegang tot de communicatiemarkt is ook een punt dat ontbreekt in de huidige opzet van artikel 7.

¹⁷⁴ De Meij 1996, p. 230-231.

¹⁷⁵ Kortmann 1987, p. 88-89; Dommering 1998b, p. 3.

Artikel 7 bevat geen aanwijzingen over een te voeren mediabeleid. In plaats van slechts een afweerfunctie zou artikel 7 Grondwet wellicht een beter omschreven prestatienorm moeten bevatten. Die norm zou dan kunnen worden neergelegd in een instructienorm, een norm met een ruime beleidsmarge voor de wetgevende organen.¹⁷⁶ Het bijzondere beleid ten opzichte van bepaalde communicatiemediën moet in het licht van de voortschrijdende convergentie tussen de verschillende media opnieuw gerechtvaardigd worden. Artikel 7 lid 2 biedt geen criteria om tot een afbakening tussen publieke en commerciële omroep te komen, hetgeen kan leiden tot ongerechtvaardigde beperkingen van de communicatievrijheid.¹⁷⁷

Ten onrechte is het artikel vrijwel uitsluitend tegen de overheid gericht. Een bepaling over de horizontale verhoudingen ontbreekt.

Het systeem van beperkingen van met name 7 lid 1 Grondwet is niet op de huidige wetgevingsvormen toegesneden. Door alles af te laten hangen van het onderscheid tussen repressief en preventief wordt de feitelijke betekenis van het artikel verkleind. Weliswaar wordt aan drukpersuitingen een zeer sterke bescherming toegekend, door geen inhoudelijke eisen te stellen aan repressieve beperkingen, lijkt dit toch onvoldoende. Voor de omroep en andere middelen zijn de beperkingsmogelijkheden te ruim.

Resumerend valt vast te stellen dat de opzet van artikel 7 wel in de praktijk van de 19^e eeuw past maar niet meer bevredigend is aan de vooravond van de 21^e eeuw.

¹⁷⁶ Kamerstukken II, 197.

¹⁷⁷ De Meij 1996, p. 205.

3. Communicatievrijheid en artikel 13 Grondwet

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt een analyse gegeven van het briefgeheim, dat hierna wordt aangeduid als het communicatiegeheim zodat ook het modernere telefoon- en telegraafgeheim eronder begrepen kunnen worden. Daarbij wordt uitgebreid gekeken naar artikel 13 Grondwet. Aandacht wordt besteed aan de specifieke gevolgen van informatietechnologische ontwikkelingen voor artikel 13.

Na bespreking van de conceptuele achtergrond van het communicatiegeheim volgt een korte wetsgeschiedenis van artikel 13 Grondwet. Vervolgens wordt het artikel nader ontleed. De zelfde exercitie wordt uitgevoerd op het voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet (hierna voorstel 25 443 Grondwet).¹⁷⁸ Hoewel dat voorstel inmiddels is ingetrokken, is bespreking zinvol omdat in de behandeling in de Staten-Generaal een duidelijk beeld naar voren komt van de reactie op technologische ontwikkelingen en van de visie op het grondrecht.

3.2 Theoretische achtergrond

Hugo de Groot noemde onderschepping van brieven een inbreuk op een natuurrecht, dat elk mens toekomt om met afwezige vrienden vertrouwelijk te spreken. Wat is naar huidige opvattingen de achtergrond van dit recht?¹⁷⁹

¹⁷⁸ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 443.

¹⁷⁹ In een brief aan de Staten van Zeeland, Geciteerd door Duijnste 1891, p. 15. Zie ook van Velden 1859 p. 79, 80.

3.2.1 Het communicatiegeheim: privacy of communicatievrijheid?

De conceptuele achtergrond van het communicatiegeheim wordt verschillend geïnterpreteerd. Veelal wordt het grondrecht gezien als een onderdeel van het privacyrecht.¹⁸⁰ Over de exacte verhouding tot het algemene privacyrecht (in de Nederlandse Grondwet beschermd door artikel 10 Grondwet) bestaat echter onduidelijkheid die te maken heeft met het privacybegrip zelf.

Tegelijkertijd wordt erkend dat het communicatiegeheim verwant is aan de vrijheid tot openbare communicatie. Wat is nu de rechtvaardiging voor een apart recht op het communicatiegeheim naast de twee genoemde grondrechten? Om die vraag te beantwoorden zal eerst iets nader worden ingegaan op het privacybegrip en op de verhouding tussen privacy en communicatievrijheid.

Privacy als afschermingsrecht of als participatierecht

Er bestaan uiteenlopende visies op het recht op privacy. Een voorbeeld is het onderscheid dat Ruiz maakt tussen *civil privacy* en een *political privacy*.¹⁸¹ Hoewel er een overlapping bestaat tussen beide benaderingen hebben ze andere implicaties voor het communicatiegeheim.

In de context van de *civil privacy* behelst privacy die aspecten van het persoonlijke leven die het individu weghoudt uit de openbaarheid en afschermt tegen de maatschappij. In die visie is alles wat wel algemeen kenbaar is omtrent een persoon een onderdeel van een gemeenschappelijke ruimte van een samenleving.¹⁸² Volgens deze benadering van privacy is het een recht van het individu dat zich richt *tegen* de samenleving die juist gebaat is bij meer openbaarheid. Dat leidt tot de bescherming van een *reasonable expectation of privacy* – een verwachting die maatschappelijk redelijk wordt geacht. Het privacyrecht is dan vooral een afschermingsrecht. Het schijnbaar verdachte karakter van privacy als antisociaal recht heeft tot gevolg dat de beperkingen ruim zijn geformuleerd en nauwelijks met formele eisen omkleed.

In de context van *political privacy* daarentegen behelst de privacy alles wat niet behoort tot de sfeer van de staat. Dit gaat uit van het moderne onderscheid tussen de publieke en private rechtssfeer. In het eerste geval gaat het om een privacyrecht tegen en ten opzichte van de gehele

¹⁸⁰ Zo bijvoorbeeld Kortmann 1997, p. 412.

¹⁸¹ Ruiz 1997, p. 32-36.

¹⁸² Ruiz 1997, p. 28-29.

samenleving, in het tweede geval gaat het om het recht tegenover de politieke macht. In beide gevallen moet de bescherming van het recht door de staat worden geboden.¹⁸³ In deze visie op privacy daarentegen wordt het recht van wezenlijk belang geacht voor participatie aan het maatschappelijk leven en wordt het dan ook geplaatst bij het recht op ontwikkeling. Daarmee wordt het bestaan van privacy een voorwaarde voor het bestaan van de democratische rechtsstaat waarin burgers kunnen deelnemen aan het publieke debat.

Het gehanteerde privacybegrip heeft consequenties voor de plaats van het communicatiegeheim. De formulering en toepassing van beperkingen, de formele waarborgen waarmee het communicatiegeheim is omkleed en de uitsluiting van in strijd met dat geheim verkregen bewijsmateriaal zullen in een participatie scenario een meer zelfstandige plaats krijgen dan in een afscherming scenario.

Het is moeilijk een algemeen beeld te geven van de wijze waarop het recht op privacy in Nederland geïnterpreteerd wordt. Aspecten van beide interpretaties komen in het Nederlandse stelsel naar voren.

Ondertussen is het communicatiegeheim in vrijwel alle Europese landen wel op de een of andere wijze zelfstandig vastgelegd. Een historische verklaring daarvoor is dat het communicatiegeheim al veel ouder is dan het privacyrecht en dat de meeste Grondwetten zelfs (nog) geen algemene privacybepaling hebben.¹⁸⁴ Toch wil men ook in moderne Grondwetten niet volstaan met een algemene privacybepaling. Wellicht blijft het communicatiegeheim juist afzonderlijk neergelegd in de verschillende Grondwetten vanwege de onwennigheid met het privacybegrip en onduidelijkheid over de reikwijdte van het recht op privacy. Men is er klaarblijkelijk niet van overtuigd dat een algemeen privacyrecht afdoende bescherming biedt aan het communicatiegeheim.¹⁸⁵

Waar Ruiz' benadering lijkt te leiden tot de conclusie dat de communicatievrijheid en inderdaad alle andere vrijheden tot het recht op privacy behoren, kiest Dommering een andere benadering. Deze plaatst het communicatiegeheim binnen het privacyrecht in een schema van drie kringen.

183 Ruiz 1997, p. 31-32.

184 Ruiz 1997, p. 57-62.

185 Ruiz 1997, p. 56.

Alle aspecten van privacy hebben gemeen dat het gaat om bescherming van de privé-sfeer. In de eerste plaats gaat het om de bescherming van de *fysieke* privé-sfeer die inmiddels is opgerekt zodat het werkvertrek en het hinderlijk volgen of fotograferen er ook onder vallen. Dit aspect van privacy noemt men ook wel *relationele privacy*.¹⁸⁶

Ten tweede gaat het om communicatieve handelingen buiten de fysieke privé-sfeer. Hierbij gaat het om een aanspraak op integriteit van het gebruikte communicatiekanaal. Ook hier wordt het communicatiegeheim dus een aparte rol toebedacht in het privacyrecht, waarbij het onderscheid bestaat in de communicatieve handelingen. Nadat vastgesteld is welk een belangrijk recht de vrijheid ongehinderd te communiceren is, spreekt het vanzelf dat het aantasten van de integriteit een communicatiekanaal waardoor het individu in de mogelijkheid zich te uiten beknot wordt, wordt gezien als een ernstige inbreuk op de privacy van die persoon.

Tenslotte bestaat er een aanspraak op bescherming tegen ongeoorloofde kennisname van gegevens die tot de persoon zijn te herleiden, de zogenaamde persoonsgegevens. Dit noemt men *informatieele privacy*. Daarbij is de aard en intimiteit van die gegevens bepalend voor de ernst van de inbreuk.¹⁸⁷

Hoewel het communiceren in de privé-sfeer zowel beschermd wordt door privacy als de communicatievrijheid gebeurt dat vanuit een andere invalshoek. De communicatievrijheid beschermt het ongehinderde communicatieproces. Het communicatieproces is niet meer ongehinderd als iemand niet zelf kan bepalen over de openbaarheid van zijn uitingen, binnenshuis of buitenshuis. Dit geldt eveneens wanneer iemand geen vertrouwen meer kan hebben in de integriteit van een communicatiekanaal als telefoon of post. Privacy beschermt juist de persoonlijke levenssfeer en beschouwt het doordringen tot de privé-sfeer als probleem. Bij een benadering vanuit het privacyrecht vervalt een grond voor een apart beschermd communicatiegeheim. Met de interpretatie dat vertrouwelijkheid van de persoonlijke levenssfeer zich uitstrekt tot het gebruik van communicatiemiddelen vervalt de noodzaak die vertrouwelijkheid apart te beschermen. Natuurlijk wordt het privé communiceren ook beschermd door het privacyrecht van artikel 10 Grondwet, maar is dat voldoende?

¹⁸⁶ Een vergelijkbaar onderscheid werd overigens ook al gehanteerd bij de grondwetswijziging van 1983, zie bijvoorbeeld Deel 1b, p. 349-351; Dommering e.a. 1999, p. 602.

¹⁸⁷ Dommering e.a. 1999, p. 601-607.

Een aparte bescherming van het communicatiegeheim wordt hier gemotiveerd vanuit de communicatievrijheid. Het gaat hier om de integriteit van het communicatiekanaal. Voor een ongehinderd communicatieproces is het van groot belang dat het transport van informatie beschermd wordt. Voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is dat slechts een uitwerking van de uitdijende privé-sfeer.¹⁸⁸

Communicatiegeheim en openbare communicatievrijheid

Wanneer privacy wordt gezien als participatierecht en als voorwaarde voor autonomie van de persoon, dan wordt de rol van het communicatiegeheim bij de bescherming van de communicatievrijheid duidelijk. 'De vrije onbelemmerde wisseling der gedachten door de openbare middelen, die voor het vervoer daarvan bestemd zijn, is een recht, dat met de vrijheid van het individu nauw samenhangt.'¹⁸⁹ Zonder bescherming van de privé-communicatie komt dus ook de communicatievrijheid, en dus de vrije deelname aan het publieke debat, in gevaar.¹⁹⁰ Duijnsteede formuleerde het aldus: 'Is de wisseling der gedachten voor de ontwikkeling van een volk onmisbaar, dan moet ook gezorgd worden, dat ze ongestoord kan plaats grijpen en moeten de inbreuken daarop streng gestraft worden.'¹⁹¹

Deze interpretatie strookt met vroege opinies over wat toen vooral vrijheid van meningsuiting heette, waarin het briefgeheim werd beschouwd als een welhaast vanzelfsprekende voortvloeisel van die uitingvrijheid.¹⁹² Met dit al is echter nog niet verklaard waarom de communicatieve handelingen een aparte, zelfstandige bescherming verdienen.

Het transport

Van verschillende kanten wordt gewezen op de specifieke betekenis van de transportfunctie als achtergrond van het grondrecht.¹⁹³ Tijdens het transport van privé-communicatie ontstaat immers een extra kwetsbaarheid voor de burger daar hij zijn informatie aan een vervoerder zal moeten toevertrouwen.

Het communicatiegeheim is op te vatten als een bescherming in verband met de bijzondere aard van het informatietransport. Informatietransporteurs worden belast met extra voorschriften omtrent

¹⁸⁸ Hofman 1995, p. 5-9, 459-464; Dommering e.a. 1999, p. 603-605.

¹⁸⁹ Duijnsteede 1891, p. 2.

¹⁹⁰ Ruiz 1997, p. 342.

¹⁹¹ Duijnsteede 1891, p. 5.

¹⁹² Ruiz 1997, p. 64-67.

¹⁹³ Dommering 1997, p. 143; Nieuwenhuis 1998, p. 428.

hun vracht omdat de waarde van die vracht aanmerkelijk vermindert bij de mogelijkheid van kennisname. Informatie is een bijzonder goed waarvan de waarde mede wordt bepaald door het aantal mensen dat er kennis van heeft genomen. Bovendien is informatie een goed dat is terug te voeren op personen en daarmee raakt aan de persoonlijke integriteit.

Er zijn nog andere redenen om het transport te beschermen. Immers er zijn nog andere aspecten aan het transport verbonden. Ten eerste zijn er gegevens die ontstaan door het transport of erbij worden gebruikt, zoals de zogenaamde verkeersgegevens over iemands communicatiegedrag, maar ook locatiegegevens als naam-, adres- en woonplaats. De bescherming van deze gegevens vloeit enerzijds voort uit een privacybelang, anderzijds kan de bescherming ook voortvloeien uit de vrijheid tot openbare communicatie. Het gebruik van deze gegevens voor bijvoorbeeld andere doeleinden dan alleen het opmaken en versturen van de rekening, kan een belemmering vormen voor de communicatievrijheid. Men zou geneigd zijn het telefoneren achterwege te laten als men moet vrezen dat de overheid registreert hoe vaak en met wie er gebeld wordt.

Ten tweede is het belangrijk dat de transporteur niet discrimineert op grond van de inhoud van de voor transport aangeboden informatie. Hij behoort geen boodschap aan de boodschap te hebben. Ook dit is in het belang van de vrijheid om te communiceren.

Het transportgeheim garandeert dat *informatie veilig aan een transporteur kan worden toevertrouwd* zonder dat de communicatievrijheid in gevaar komt. Het richt zich zowel tegen transporteurs van informatie als tegen anderen die van die informatie kennis willen nemen zoals de overheid of derden. Niet de informatie zelf wordt dus beschermd maar de vertrouwelijkheid van het communicatiekanaal.¹⁹⁴

Deze terminologie past in het in de communicatiewetenschap veelal gehanteerde communicatiemodel dat uitgaat van zender, kanaal en ontvanger.¹⁹⁵

3.2.2 Concept van het communicatiegeheim

Object van het communicatiegeheim

Na het waarom van het communicatiegeheim, moet de vraag gesteld worden naar het object ervan, dus wat wordt beschermd? Dat object hangt

¹⁹⁴ Zie ook Dommering 1997, p. 143; Dommering 1998a, p. 117.

¹⁹⁵ Van Cuilenburg, Scholten en Noomen 1991, hoofdstuk 1.

sterk samen met het gekozen criterium voor welke informatie onder het geheim valt. Over dit onderwerp lopen de meningen sterk uiteen.

Onder de voorgestelde criteria bevinden zich: ‘*Open channels versus closed channels*’¹⁹⁶, mediaspecifiek onderscheid¹⁹⁷, ‘vertrouwelijke communicatie’ als objectieve wil tot vertrouwelijkheid blijkend uit een vorm van beveiliging¹⁹⁸ en adressering.¹⁹⁹

De onwenselijkheid de communicatiemiddelen, die onder het geheim vallen, per geval aan te wijzen, komt verderop aan de orde bij de bespreking van het huidige grondwetsartikel. Het criterium dat er sprake moet zijn van vertrouwelijke communicatie komt aan de orde bij de bespreking van grondwetsherzieningsvoorstel 25 443. De suggestie van Ruiz om onderscheid te maken tussen open en gesloten kanalen, komt voort uit een technisch onderscheid. Immers zij wijst bepaalde infrastructuur aan als open of gesloten en dat is naar de stand der techniek thans niet meer vol te houden.

Het onderscheid tussen geadresseerde en niet-geadresseerde informatie is een beter criterium voor de afbakening van de gelding van het transportgeheim.²⁰⁰ De adressering van informatie geeft op objectieve wijze de intentie van de verzender weer dat die informatie voor een of meer bepaalde adressanten is bedoeld en niet voor anderen zoals de transporteur. Het adresseren van informatie impliceert dat er een informatie-uitwisseling plaatsvindt tussen een of meer partijen in gelijke positie.²⁰¹

Tegen dit criterium bestaat een aantal bezwaren. Zo wordt technisch gezien steeds meer informatie niet alleen aan één of slechts enkele geadresseerden verstuurd, maar ook aan een hele grote, vrijwel onbepaalde groep. Hetzelfde radioprogramma kan in sommige gevallen worden beluisterd met een gewone ontvangerinrichting – ongeadresseerd – worden ontvangen en tegelijkertijd via het Internet worden opgehaald en daarmee wordt hetzelfde programma geadresseerd verzonden en ontvangen.

Ook is het een legitieme vraag of er nog sprake is van behoefte aan is aan een communicatiegeheim als een bericht naar een miljoen adressen wordt

¹⁹⁶ Ruiz 1997, p. 143, 144; 155-158.

¹⁹⁷ Artikel 13 Grondwet.

¹⁹⁸ Voorstel 25 443 Grondwet; Hofman 1995, p. 5-8.

¹⁹⁹ Dommering 1998a, p. 121.

²⁰⁰ Mooier is het Vlaamse ‘bestemming’, Gutwirth 1998, p. 24.

²⁰¹ Bordewijk/ Van kaam 1982, p. 30; Dommering 1997, p. 144.

gestuurd.²⁰² Het eerste bezwaar, dat technische gesproken vrijwel alle communicatie geadresseerd is, gaat niet op. Adressering is hier een *functioneel* en niet een technisch criterium.²⁰³ Het andere bezwaar gaat evenmin op, want niet valt in te zien waarom de behoefte aan briefgeheim zou afnemen bij een groter aantal brieven. Zo valt ook de verzending van een tijdschrift onder het briefgeheim: gegevens over de abonnee, gekoppeld aan de inhoud van de informatie, is niet alleen een inbreuk op de privacy, maar dient beschermd te zijn tegen onbevoegde kennisname door de overheid en anderen.

Daarnaast is betoogd dat adressering slechts afhankelijk is van de afzender, terwijl beslotenheid afhangt van zowel de afzender als de ontvanger. Adressering is afhankelijk van de afzender, wanneer het om een versleuteld bericht gaat. Van de ontvanger is het afhankelijk, wanneer hij gebruik maakt van een wachtwoord.²⁰⁴ Het is echter de vraag of het niet aan de afzender moet worden voorbehouden te bepalen of een bericht geadresseerd wordt en onder het communicatiegeheim valt. Immers de afzender is degene die de informatie aan de vervoerder toevertrouwt. De suggestie dat het communicatiegeheim afhangt van de beslotenheid, die zowel door de afzender als door de ontvanger kan worden bepaald, is niet gelukkig, omdat telkens moet worden teruggevallen op een beveiligingsniveau. Beveiliging is afhankelijk van een techniek en daarmee wordt een technische standaard in het grondrecht ingevoerd. Vooralsnog wordt binnen het hier geschetste concept het adrescriterium aangehouden.²⁰⁵

Vervolgens moet nader gekeken worden naar het transportbegrip. Zoals eerder aangegeven moet het gaan om het transport van geadresseerde informatie. Nu een belangrijke voorwaarde voor een geschikt concept is gelegen in de onafhankelijkheid van de stand der techniek, moet ook het transportconcept die toets kunnen doorstaan. Het gevaar is echter groot dat verwarring ontstaat tussen de te hanteren *juridische* definitie van transport en de *technische* realiteit. Bij communicatie over het Internet vindt een voortdurende afwisseling plaats tussen technisch transport en opslag van pakketjes informatie. Bij elektronische post of *email* is het bovendien zo dat informatie voor kortere of langere tijd ligt opgeslagen bij

²⁰² In die zin Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 219-220; Het door hun voorgestane beslotenheids criterium vinden zij ook wetsconsistent, hetgeen niet per se een overtuigende argumentatie behoeft te zijn voor de introductie van een nieuw criterium in de Grondwet.

²⁰³ Zie Dommering 1998a, p. 119.

²⁰⁴ Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 219-222.

²⁰⁵ Zo ook Dommering e.a. 1999, p. 605.

de mailservers alvorens de geadresseerde van de inhoud kennisneemt. Deze ontwikkeling past in de meer algemene verschuiving naar meer interactiviteit in de informatievoorziening. Voor een werkbaar transportgeheim moet een nadere juridische definitie van transport worden gekozen. Bekeken zal dus moeten worden waar de transportdienst begint en eindigt. Met deze benadering wordt bereikt dat niet wordt gekeken naar het object van transport, de informatie, maar naar het transport zelf. Dat leidt tot bescherming van het (transport)kanaal in plaats van de inhoud van de informatie zelf.

Wat moet onder de bescherming van het kanaal worden begrepen? Dat het onderscheppen van de informatie, de boodschap zelf, is uitgesloten spreekt voor zich. Maar hoe zit het met de informatie die ontstaat als gevolg van de communicatie zoals tijdstip en duur van het transport. En wat is de status van adresgegevens die noodzakelijk zijn om tot transport te komen? Deze gegevens, die ook wel verkeersgegevens worden genoemd en in feite alle direct op het transport terug te voeren informatie omvatten dienen net als het kanaal zelf beschermd te zijn. Dit geldt des te meer nu tegenwoordig door koppeling van bestanden met verkeersgegevens bijzonder veel informatie over de communicatie en de deelnemers daaraan kan worden verzameld. In het geval van DCS-1800 techniek leidt dat er bijvoorbeeld toe dat de plaats en tijd van communicatie zeer precies bekend worden. Steeds duidelijker wordt dat zonder een geheim van gegevens betreffende de communicatie het communicatiegeheim in gevaar is.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft bepaald dat de verkeersgegevens een onlosmakelijk onderdeel vormen van telefoongesprekken en dus beschermd worden door artikel 8 EVRM.²⁰⁶

Van waar tot waar geldt de bescherming?

Er van uitgaand dat het kanaal beschermd dient te worden, dient de nadruk te liggen op de *briefwisseling*, niet op de brief.²⁰⁷ Dit betekent dat met de zich na de plof omdraaiende postbode de postdienst is beëindigd, dat na het verbreken van de verbinding door de antwoordapparaat-inspreker de transportdienst klaar is. Daarentegen eindigt bij de vertraagde transporten à la *voicemail* (stempost) en *e-mail* (elektronische post) de dienst pas wanneer de geadresseerde de informatie opgehaald heeft. Hier is een vergelijking te trekken met de pakketpost. De dienst is gereed op het moment dat het pakje thuis bezorgd is. Als de geadresseerde echter niet thuis is, wordt een

²⁰⁶ EHRM 2 augustus 1984, *Series A*, no. 82; Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 110.

²⁰⁷ Duijnste 1891, p. 31-35; Onschendbaarheid alleen voor zolang de brief aan de post is toevertrouwd, Van Meerten 1976, p. 23.

bericht in zijn brievenbus gedaan dat hij zijn pakket op een bepaald tijdstip op een bepaald postkantoor kan komen ophalen. Dan eindigt de transportdienst pas als het pakketje wordt opgehaald.

Dit betekent dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de achtergelaten boodschap op een antwoordapparaat en tussen de ingesproken boodschap die de geadresseerde uit zijn voicemail kan halen. Het verschil zit hierin dat in het eerste geval de transporteur zijn dienst beëindigd heeft, terwijl hij in het tweede geval de informatie nog niet heeft afgeleverd en de dienst pas eindigt als de geadresseerde de voor hem bestemde boodschap heeft afgehaald.²⁰⁸ Dit heeft niet tot gevolg dat berichten op antwoordapparaten of op de harde schijf vogelvrij worden verklaard. Voor dergelijke reeds afgeleverde informatie geldt altijd nog de bescherming van het gemene privacyrecht.

Tegen wie biedt het communicatiegeheim bescherming?

Traditioneel biedt het communicatiegeheim een afweer tegen de meelezende overheid. De eerste normgeadresseerde is de drager van publiek gezag of staatsmacht. Nu transporteur en overheid niet meer dezelfde zijn lijkt het echter evident dat het communicatiegeheim ook rechtstreeks tegen de vervoerders geldt.

Wie is te beschouwen als transporteur?

De informatietransporteur is iemand die zich bezig houdt met het verplaatsen van informatie. De informatie wordt hem ten vervoer aangeboden. Het moet gaan om een 'instelling van vervoer', dat wil zeggen dat een incidentele vervoersdienst iemand nog niet een informatietransporteur in de zin van het grondrecht maakt. De werkster die de brief van de deurmat naar de huiskamer brengt is geen transporteur in deze zin (maar is wel op andere grond gehouden de privacy van haar baas te respecteren). Is in bepaalde grote organisaties, zoals ziekenhuizen, grote ondernemingen, waar sprake is van een interne informatiebezorging – postkamer, emailserver – het transportgeheim van toepassing? Dat hangt af van de vraag of er sprake is van een daadwerkelijke instelling van vervoer, d.w.z. of de transportdienst institutioneel (dus niet incidenteel) wordt aangeboden.

Eigenschap van het vervoeren is dat de vervoerder het goed onder zich neemt, m.a.w. de informatie komt in de macht van de transporteur. Wel heeft veel modern informatietransport de eigenschap dat slechts een kopie werkelijk verplaatst wordt en dat het origineel bij de afzender blijft

²⁰⁸ Email die zich nog op de server bevindt valt dan nog onder het communicatiegeheim.

liggen.²⁰⁹ Geadresseerde is degene aan wie het goed, de informatie, moet worden afgeleverd.

De vervoersovereenkomst van informatie is een dienst met een sterke resultaatsverbintenis. Men moet er op kunnen vertrouwen dat de informatie de geadresseerde bereikt. Wat is de aansprakelijkheid van de vervoerder voor het niet aankomen van de informatie? Aansprakelijkheid kan worden gevestigd vanaf het moment dat de informatie binnen zijn macht is gebracht. De omvang van de aansprakelijkheid hangt af van de inhoud van de overeenkomst.

De overeenkomst duurt vanaf het moment dat de informatie in de macht van vervoerder is gekomen tot het moment dat hij aan al zijn verplichtingen heeft voldaan zoals het vernietigen van bepaalde verkeersgegevens.

Derden?

De vraag of het geheim ook jegens anderen dan de bovengenoemden geldt houdt verband met de gekozen reikwijdte. Er vanuit gaand dat het geheim de communicatie beschermt tot de informatie bij de juiste geadresseerde is afgeleverd, dan kan daaruit wellicht een werking jegens huis- en kantoorgenoten worden afgeleid. Is de bescherming van het artikel vooral gericht op het transport, dan betekent dat dat de werking alleen geldt tijdens het transport. Dat zou betekenen dat met het einde van de transportdienst ook het einde van het geheim gegeven is.

Die benadering laat overigens onverlet dat er wel degelijk derdenwerking behoort te zijn tijdens het transport. Niet alleen moet de transporteur maatregelen treffen om te voorkomen dat derden zomaar kennis kunnen nemen van de vervoerde informatie. Het transportgeheim moet ook gelden jegens anderen dan de overheid die via de transporteur of ten tijde van het transport toegang (trachten te) krijgen tot de communicatie.

Beperkingen

In een aantal gevallen kan het noodzakelijk zijn een inbreuk op het communicatiegeheim te maken.

Ten eerste zal het soms nodig zijn voor informatietransporteurs om een inbreuk te maken, bijvoorbeeld als het gaat om de verkeersgegevens, die nodig zijn om de rekening op te maken en te versturen. Ook uit oogpunt van kwaliteitsbewaking zal de transporteur soms bij een technische

²⁰⁹ Van Duuren 1989, p. 4-5.

controle een inbreuk moeten maken. Wel dienen de grenzen van deze beperking scherp in het oog te worden gehouden. De beperking mag niet verder gaan dan strikt noodzakelijk. Bovendien moet eerst worden gezocht naar minder vergaande methoden om de kwaliteit te bewaken.

Daarnaast kan de overheid soms een gerechtvaardigd belang hebben om inbreuk te maken op het communicatiegeheim. Het kan dan gaan om belangen van openbare orde, strafvordering en nationale veiligheid. Daarbij zal de overheid vaak afhankelijk zijn van de medewerking van de informatietransporteurs.

Teneinde de bescherming van het communicatiegeheim niet uit te hollen moet worden aangegeven wie in welke gevallen inbreuk op het communicatiegeheim mag maken. Juist gezien het feit dat men zich er veelal niet bewust van zal zijn dat op het communicatiegeheim inbreuk wordt gemaakt is het van belang een goede controle op de uitoefening van beperkingsbevoegdheden in het leven te roepen. Een mogelijk middel daartoe is de burger een rechtsmiddel toe te kennen in combinatie met een notificatieplicht van de overheid.

De beperkingen moeten voldoen aan de eisen die zijn gesteld in het internationale recht, met name in de jurisprudentie van het Europese Hof en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Het gaat dan vooral om artikel 8 EVRM en in sommige gevallen ook om artikel 10 EVRM.

3.3 Het communicatiegeheim in de Grondwet

3.3.1 Oorsprong van artikel 13 Grondwet

Briefgeheim

Lang voor er sprake was van brievenpost werd er door onze voorouders reeds gebruik gemaakt van hulpmiddelen bij de communicatie (zoals rook- en trommelsignalen). Ongetwijfeld bestond toen reeds een behoefte aan bescherming tegen onbevoegde kennisneming van de aldus verstuurde informatie. Daartoe ontwikkelde men geheime codes (geheimtaal) die de informatie ontoegankelijk maakten voor onbevoegden. Opvallend is dat geheimtaal als beveiliging voor het 'gewone' berichtenverkeer lange tijd te gecompliceerd was, maar nu, door verbeterde versleutelingsmogelijkheden, binnen ieders bereik komt.

Alle vormen van transport van informatie hebben echter gemeen dat zij, ongeacht de beveiliging, uiteindelijk niet bestand zijn tegen de drang van mensen kennis te nemen van berichten die niet voor hen bedoeld zijn. Deze onvolkomenheid in het informatietransport heeft er toe geleid dat men het geheim is gaan beschermen door het ontwikkelen van rechtsnormen.

Reeds in het Romeinse recht wordt het briefgeheim beschermd en dat gebeurde ook in het later in Europa geldende canonieke recht. De behoefte aan juridische bescherming van dit geheim groeide met de grote toename van het briefverkeer door de verbreiding van de schrijf- en leeskunst. Bovendien werd in vrijwel alle landen het postvervoer door de staat gemonopoliseerd waardoor ook bescherming tegen de meelezende overheid noodzakelijk werd.²¹⁰

In verschillende landen werd het briefverkeer door de heersende macht (al dan niet heimelijk) gecensureerd. Met name in Frankrijk werd correspondentie stelselmatig onderzocht door ambtenaren van het beruchte *cabinet noir*. In Nederland was geen sprake van systematische onderschepping van het briefverkeer, dit uit angst voor schade aan de Nederlandse handelsbetrekkingen.²¹¹

In alle beschaafde landen kreeg tenslotte de idee de overhand dat het geheim der correspondentie beschermd diende te worden. De staatsmonopolies werden zelfs (ten dele) gerechtvaardigd met de stelling dat de staat het beste in staat zou zijn dat geheim te waarborgen.²¹²

In Frankrijk beschouwde men het briefgeheim als uitvloeisel van de -vrijheid van meningsuiting. Zo was in artikel 11 van de *Schets voor de Verklaring van de Rechten van de Mens* het briefgeheim direct onder het recht op vrijheid van meningsuiting en godsdienst geplaatst.²¹³ In de latere definitieve versie werd het briefgeheim niet eens opgenomen omdat het voor de opstellers vanzelf sprak dat het briefgeheim onder de vrijheid van meningsuiting viel en als zodanig voldoende beschermd werd.²¹⁴ Hier is dus

²¹⁰ Van den Velden 1859, noemt de brief in zijn voorrede een 'geschreven gesprek' en roept uit hoezeer de briefwisseling een maatschappelijke invloed heeft verworven; zie ook Baart de la Faille 1884, p. 41-45; Duijnste 1891, p. 1-22; Van Meerten 1976, p. 23; Hofman 1995, p. 106-108.

²¹¹ Duijnste 1891, p. 8-10; Van Meerten 1976, p. 23.

²¹² Van Meerten 1976, p. 24.

²¹³ Ruiz 1997, p. 64.

²¹⁴ Ruiz 1997, p. 67.

geen sprake van een bijzonder aspect van de privacy, maar van een positief geformuleerd communicatierecht. Aan de andere kant moet bedacht worden dat de *Déclaration* werd opgesteld vóór de introductie van algemene privacyrechten in Europese Grondwetten.

In 1848 is het briefgeheim in de Nederlandse Grondwet opgenomen:

Artikel 154 Grondwet (1848)

Het geheim der aan de post of andere openbare instelling van vervoer toevertrouwde brieven is onschendbaar, behalve op last des regters, in de gevallen in de wet omschreven.

De opname van dit belangrijke grondrecht was echter niet het gevolg van een breed maatschappelijk verlangen, maar vooral van de inspanningen van Thorbecke. 'Thorbecke hechtte veel waarde aan zulk een voorschrift en zonder twijfel was het vooral zijn invloed, welke daaraan eene plaats in de Grondwet van 1848 verzekerde'.²¹⁵

De oude formulering van het briefgeheim bleef van kracht tot de Grondwetswijziging van 1983. Het nieuwe artikel 13 lid 1 luidde:

Artikel 13 lid 1 Grondwet (1983)

Het briefgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.

Het schrappen van het vereiste '*aan de post of andere openbare instelling van vervoer toevertrouwde*' heeft veel verwarring veroorzaakt omtrent de grenzen van het briefgeheim. Zoals hierboven uiteengezet is de rechtvaardiging van een apart artikel ter bescherming van het transport van informatie gelegen in het eigen karakter van dat transport. Door het weglaten van dit 'transportelement' in 1983 lijkt het nu alsof artikel 13 Grondwet ook bescherming biedt aan de informatie voor en na het transport. Dat gebied wordt echter reeds beschermd door andere grondrechten zoals het recht op eerbiediging van het privé-leven. Door nu het briefgeheim onschendbaar te verklaren zonder het geheim zelf te definiëren, worden automatisch grensproblemen in het leven geroepen.

Geschiedenis van het telefoon- en telegraafgeheim

Het medium telefonie is sinds de invoering in Nederland in steeds toenemende mate gebruikt voor privé-communicatie. Al in de jaren

²¹⁵ Buijs II 1887, p. 411, geciteerd bij Van Dorst 1982, p. 280.

zeventig (van deze eeuw) werd in Nederland als gevolg van automatisering een grote mate van beslotenheid van het telefoonverkeer bereikt.²¹⁶ Uit de parlementaire geschiedenis van de Grondwetswijziging blijkt ook dat het telefoongeheim met name is opgenomen vanwege het privé karakter van de telefonische conversatie.²¹⁷

Met de doorbraak van de telefoon naar de gewone huishoudens ontstond een nieuw communicatiemiddel dat zijn weerga niet kende. Plotseling werd telecommunicatie voor grote groepen mensen eenvoudig toegankelijk. Zoals zo vaak met nieuwe media gebeurt, werd de telefoondienst door de overheid gemonopoliseerd. Dit gebeurde om redenen van efficiënte verdeling en beveiliging.

Hierdoor kwam een ander vast thema naar voren: de censuur. Het '*cabinet noir*' uit de 18^{de} eeuw werd op grote schaal vervangen door meeluisterende BVD'ers (op zoek naar Sovjetspionnen). Ook in dit geval ontstond de notie dat enige bescherming tegen afluisteren gewenst was.²¹⁸

Al voor er sprake was van een Grondwettelijke bescherming van het telefoongeheim werden in het wetboek van strafrecht enige bepalingen opgenomen die het afluisteren van telefoongesprekken strafbaar stelden.²¹⁹ Hoofddregel was een voor een ieder geldend verbod om een via de openbare telefoon gevoerd gesprek opzettelijk met een technisch hulpmiddel af te luisteren of op te nemen.

Er bleek echter naast de negatieve verbodsbepaling ook behoefte te bestaan aan een positieve formulering van het telefoongeheim. In de Proeve 1966 werd voorgesteld om naast het briefgeheim ook een telefoongeheim op te nemen.²²⁰ Een van de argumenten daarvoor was dat 'geen inbreuk gedoogd kan worden op het privé karakter van mededelingen die verzonden zijn via andere door de overheid verzorgde communicatiemiddelen dan de brief, welke in het maatschappelijk verkeer een belangrijke plaats hebben verworven'.²²¹

Over de inhoud en omvang van deze aanvulling kon men het echter moeilijk eens worden. Wel werd algemeen erkend dat de behoefte aan

²¹⁶ Van Meerten 1976, p. 24; Van Dorst 1982, p. 284.

²¹⁷ *Handelingen II 1975/76*, 13 872.

²¹⁸ Van Meerten 1976, p. 24-25.

²¹⁹ Wet van 7 april 1971, *Stb.* 1971, 180.

²²⁰ Proeve 1966, p. 68-69.

²²¹ Van Dorst 1982, p. 281.

bescherming van (met name) het telefoonverkeer moest leiden tot een aanvulling op de bepaling over het briefgeheim.

Nog voor de invoering van de telefonie was er in Nederland al telecommunicatie mogelijk door middel van telegrafie. In de Proeve was geen telegraafgeheim opgenomen, in het tweede rapport van de Staatscommissie werd het echter zelfstandig opgenomen. Hoewel telegrafie door extensieve interpretatie toch wel onder het brief- en telefoongeheim gebracht kon worden, werd het zekerheidshalve toch opgenomen.²²² In het *regeringsvoorstel van 1970* was het telegraafgeheim uit het voorstel geschrapt. De regering verwierp het telegraafgeheim omdat het privacy-element hier minder groot zou zijn, aangezien telegrammen alleen open aangeboden konden worden. De betreffende ambtenaar nam dus noodgedwongen kennis van de inhoud van het telegram. De grens van het telegraafgeheim werd problematisch geacht nu het geheim voor de overheid onschendbaar zou zijn, maar zij anderzijds gedwongen zou zijn van de inhoud kennis te nemen.²²³

In 1976 is de regering echter van mening veranderd, en wordt het telegraafgeheim weer opgenomen. De bovengenoemde bezwaren acht zij dan niet meer relevant. Door het ontstaan van uitgebreide telexnetwerken vindt de communicatie veelal automatisch plaats, en is er dus geen sprake meer van tussenkomst van een ambtenaar. Bovendien acht de regering ook bij het aanbieden van open telegrammen het telegraafgeheim niet zonder betekenis. Dan verplicht het telegraafgeheim de ambtenaar die van de inhoud van het telegram kennis genomen heeft, die kennis geheim te houden.²²⁴

Voorgesteld werd de beperkingsclausule voor de drie communicatiemiddelen gelijk te trekken waarbij de rechterlijke last uit het artikel zou verdwijnen. Zo zou de BVD efficiënter te werk kunnen gaan. Dit werd verhinderd doordat een amendement van Marcus Bakker (CPN) werd aangenomen waarin de oude bescherming van het briefgeheim gehandhaafd werd. Er ontstond een tweedeling waarbij het eerste lid het briefgeheim bevatte met ongewijzigde beperkingsclausule, terwijl het tweede lid het telefoon- en telegraafgeheim bevatte met een ruimere beperkingsclausule.

²²² Hofman 1995, p. 112-114.

²²³ Hofman 1995, p. 115.

²²⁴ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 2, p. 44-46; Van Dorst 1982, p. 282-285.

Artikel 13 lid 2 Grondwet (1983)

Het telefoon- en telegraafgeheim is onschendbaar, behalve, in gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

‘Vertrouwelijke communicatie’

Door de ontwikkelingen der techniek is de reikwijdte van artikel 13 Grondwet na 1983 al snel weer ontoereikend geworden. Met name het gebruik van email en fax heeft een grote vlucht genomen. Dit noopte de regering ertoe in 1997 een voorstel in te dienen tot wijziging van artikel 13 Grondwet.

De nieuwe term ‘vertrouwelijke communicatie’ wordt in de Memorie van Toelichting gepresenteerd als techniekonafhankelijke norm. Bovendien wilde de regering duidelijkheid verschaffen over de werking tussen burgers van het grondrecht en zorgen voor de introductie van een notificatieplicht.²²⁵ Het leek er echter wel op dat het evenwicht tussen bescherming en opsporing enigszins door het voorstel gewijzigd zou worden.

Uit de toelichting blijkt dat het nieuwe begrip afkomstig is uit het proefschrift van Hofman met dezelfde titel, een proefschrift dat stevige kritiek had ontmoet, met name op het conceptuele vlak.²²⁶ Het voorstel zoals dat werd ingediend bij de Tweede Kamer luidde als volgt:²²⁷

Voorstel 25 443 Grondwet (1)

- 1.Het recht op vertrouwelijke communicatie is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij wet zijn aangewezen;
- 2.De wet stelt nadere regels ter bescherming van vertrouwelijke communicatie;
- 3.Degene wiens recht op vertrouwelijke communicatie wordt beperkt, moet daarvan in kennis worden gesteld. Bij de wet kunnen uitzonderingen worden vastgesteld voor de gevallen waarin het belang van de staat zulks dringend vordert.

Dit voorstel werd in de Kamer kritisch ontvangen en gaf aanleiding tot veel vragen. In de literatuur werd door Van Eijk en Dommering scherpe kritiek geuit op het voorstel en de toelichting daarop.²²⁸ Na een reeks van

²²⁵ Kamerstukken II 1997/98, 25 443, nr. 3, p. 1-2.

²²⁶ Dommering, 1996b, p. 27.

²²⁷ Kamerstukken II 1997/98, 25 443, nr. 1-2.

²²⁸ Kamerstukken II 1997/98, 25 443, nr. 4; Van Eijk 1997, p. 1554-1555; Dommering 1997, p. 142-147.

wijzigingen en amendementen werd het voorstel uiteindelijk in de volgende vorm aan de Eerste Kamer gezonden:²²⁹

Voorstel 25 443 Grondwet (2)

1. Het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het geheim van daarmee vergelijkbare communicatietechnieken zijn onschendbaar. Het geheim van de gegevens met betrekking tot communicatie als bedoeld in de eerste volzin is eveneens onschendbaar.
2. De geheimen, bedoeld in het eerste lid, kunnen worden beperkt in de gevallen bij de wet bepaald. Beperking van de geheimen, bedoeld in de eerste volzin van het eerste lid, kan slechts plaatsvinden op last van de rechter, of, indien de beperking in het belang van de nationale veiligheid plaatsvindt, met machtiging van een bij de wet aangewezen minister. Beperking van het geheim, bedoeld in de tweede volzin van het eerste lid, kan slechts plaatsvinden door of met machtiging van hen, die daartoe bij wet zijn aangewezen.
3. De wet stelt regels ter bescherming van de geheimen, bedoeld in het eerste lid.
4. Degene van wie een geheim als bedoeld in het eerste lid, eerste volzin, is beperkt, wordt van die beperking zo spoedig mogelijk in kennis gesteld. Indien de beperking in het belang van de nationale veiligheid of het belang van de strafvordering heeft plaatsgevonden, kan volgens bij de wet te stellen regels de kennisgeving worden uitgesteld. In de bij de wet te bepalen gevallen kan de kennisgeving achterwege worden gelaten, indien het belang van de nationale veiligheid zich tegen kennisgeving blijvend verzet.

Echter ook dit danig vertimmerde voorstel ontmoette ernstige kritiek in de Eerste Kamer. Daarbij was ook harde kritiek over de haastigheid en slordigheid waarmee met de problematiek van artikel 13 was omgesprongen. Nieuwenhuis wijdde een kritische bespreking aan het gewijzigde voorstel.²³⁰ Thans heeft de minister besloten dat een commissie wordt ingesteld om te adviseren over de gezamenlijke problematiek rond artikel 7 en 13 Grondwet.²³¹ Inmiddels is het voorstel ingetrokken.²³²

3.3.2 Object van artikel 13 Grondwet

Het briefgeheim

Artikel 13 lid 1 beschermt simpelweg het geheim van communicatie door brieven. Doordat in artikel 13 is gekozen voor bescherming op grond van het communicatiemiddel en niet de communicatie of het transport zelf, dreigt de omvang van de bescherming beperkt te worden tot het destijds

²²⁹ *Kamerstukken I 1997/98*, 25 443, nr. 232.

²³⁰ *Kamerstukken I 1997/98*, 25 443, nr. 40; Nieuwenhuis 1998, p. 425-437.

²³¹ Besluit van 23 februari 1999, *Stb.* 1999, 101, opvallend is dat de commissie wordt aangespoord haar advies af te stemmen op bestaande wetgeving en wetgevingsvoorstellen zoals het omstreden wetsvoorstel Inlichtingen en Veiligheidsdiensten.

²³² *Kamerstukken I 1998/99*, 25 443, nr. 40d.

opgenomen communicatiemiddel. Wat moet worden verstaan onder 'brief' zoals gebruikt in artikel 13? Deze vraag was vóór 1983 doorslaggevend voor de vraag of een communicatiemiddel überhaupt kon rekenen op Grondwettelijke bescherming van het communicatiegeheim. Sinds de wijziging bepaalt het antwoord op die vraag de mate van bescherming.²³³

Wat valt onder het begrip brief? Doorgaans worden brieven opgevat als communicatie in ruime zin. Ook niet-persoonlijke brieven zoals circulaires en dergelijke worden als brief beschouwd, zolang uit de manier van verzenden blijkt dat de bedoeling is van de afzender. Bij de wijziging van '83 heeft de regering het aldus verwoord: 'Bij het briefgeheim gaat het om een communicatie die plaatsvindt in gesloten enveloppen, althans in een verpakking welke het oogmerk van de afzender tot uitdrukking brengt, dat derden -waaronder de PTT- van de inhoud van de brief geen kennis nemen.'²³⁴

Ook het transport van moderne dragers (computerschijven, geluids- en videobanden e.d.) wordt door artikel 13 lid 1 beschermd, tenminste zolang de nadruk op het transport van *informatie* blijft liggen. Door het oprekken van het briefbegrip vervaagt het onderscheid tussen het transport van brieven en dat van pakketten. Soms is niet met zekerheid vast te stellen of iets een brief is, en dus onder het briefgeheim valt, zonder het te openen. In beginsel dienen de autoriteiten er echter van uit te gaan dat er sprake is van een Grondwettelijk beschermd stuk. In de literatuur leven verschillende opvattingen over de omvang van het begrip 'brief'. Zo vindt Meuwissen dat artikel 13 slechts een enumeratieve opsomming geeft van transportmedia, hetgeen betekent dat alle andere vervoer onder het briefgeheim zou moeten vallen, dus ook pakketpost.²³⁵

Een mogelijk belangrijke uitspraak voor de omvang van het briefgeheim in het informatietijdperk is gedaan door de Hoge Raad in 1994. De Raad heeft bepaald dat gegevens die in een zakcomputer zijn opgeslagen, niet zijn aan te merken als brief wanneer het niet gaat om *mededelingen, gericht tot een of meer anderen dan de gebruiker*.²³⁶ Een belangwekkend arrest, nu de Hoge Raad de toepasselijkheid van artikel 13 lid 1 Grondwet niet heeft laten afhangen van de beveiliging van de mededeling, niet van de manier waarop de informatie wordt vastgelegd, maar uitsluitend van de vraag of de mededelingen tot iemand gericht waren, met andere woorden of er sprake

²³³ Dommering 1998a, p. 118.

²³⁴ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 2, p. 44-46; Hofman 1995, p. 132-137.

²³⁵ Meuwissen 1984, p. 178-179.

²³⁶ HR 29 maart 1994, *Delikt en Delinkwent* 94.314, *NJB-katern* 1994, p. 370; Hofman 1995, p. 137.

was van *adressering van mededelingen*. Dit lijkt te duiden op het verlaten van de techniekafhankelijke standaard die gold voor het vaststellen of er sprake was van het briefgeheim.

Wellicht betekent dit dat de HR in de toekomst aandacht zal besteden aan het adresseringscriterium bij de beoordeling van de toepasselijkheid van 13 Grondwet op nieuwe transportmedia.

Telefoon- en telegraafgeheim

In beginsel beschermen het telefoon- en telegraafgeheim alle communicatie gevoerd door middel van telefonie of telegrafie. Daar op dat geheim soms door de vervoerder inbreuk moet worden gemaakt om technische redenen, heeft het geheim ook de strekking dat informatie niet verder verspreid wordt. Zo verplicht het artikel diegenen die, bijvoorbeeld om technische redenen, wel kennis van die informatie hebben genomen, die informatie niet verder te verspreiden. Zo is het soms noodzakelijk dat werknemers van telecommunicatiebedrijven 'inluisteren' teneinde de kwaliteit van de verbinding te bewaken, zij zijn dan verplicht de aldus opgedane kennis niet verder te verspreiden.

De regering vatte de omvang van de bescherming die het tweede lid moest bieden beperkt op. Zo zou dit geheim alleen gelden als degene die telefoneert er zijnerzijds het 'nodige' aan heeft gedaan om zijn gesprek geheim te houden. De regering geeft geen nadere uitwerking van wat moet worden verstaan onder 'het nodige'. Is aan dit criterium voldaan indien de intentie van degene die communiceert op objectieve wijze is vast te stellen of wordt van de dienstengebruiker een daadwerkelijke beveiliging verwacht? Als het louter gaat om het vaststellen van een intentie, is dan een persoonlijke adressering voldoende?

Dit vereiste van het 'nodige' betekende volgens de regering dat het draadloos telefoneren niet automatisch onder het telefoongeheim valt. Die gesprekken kunnen, aldus de regering, door een ieder met een daartoe geschikte ontvangstinrichting worden opgevangen.²³⁷ Zo wordt de beschermingsomvang afhankelijk gesteld van de technische beveiliging. Het object van het telefoon- en telegraafgeheim is beperkt door het vereiste van 'het nodige' zo uit te leggen dat aan dat vereiste pas voldaan is bij een bepaalde technische beveiliging.

De betekenis van het telegraafgeheim strekte er vooral toe dat de overheidsfunctionarissen die noodgedwongen kennis namen van de te

²³⁷ Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 44-45.

telegraferen informatie, die informatie niet verder mochten verspreiden. Bovendien mag de overheid op grond van 13 lid 2 Grondwet niet zo maar tappen van telegrafie.²³⁸

Over de verkeersgegevens wordt in artikel 13 Grondwet niet gerept. Enige bescherming wordt wellicht geboden door de Wet Persoonsregistraties (WPR), zij het dat verkeersgegevens veelal niet in een dergelijke registratie zullen zijn opgenomen.²³⁹

Object van het geheim in voorstel 25 443 Grondwet

Welke informatie zou worden beschermd door het voorgestelde grondrecht op 'vertrouwelijke communicatie'? Uit het proefschrift van Hofman blijkt dat het moet gaan om besloten communicatievormen. Van besloten communicatie zou sprake zijn bij een bepaalde mate van beveiliging. Omgekeerd betekent dit dat als het eenvoudig is kennis te nemen van de communicatie het communicatiegeheim niet geldt. Zo ontstaat verwarring tussen het privé karakter van een geadresseerde boodschap en het risico dat derden van de boodschap kunnen kennisnemen. In het voorstel wordt zowel communicatie waarvan derden kennis kunnen nemen voor of na het transport als communicatie die tijdens het transport niet technisch beschermd is buiten het communicatiegeheim geplaatst.²⁴⁰ Hier wordt een analogie zichtbaar met de argumentatie tegen een telegraafgeheim – het feit dat er geen sterke technische bescherming is, leidt volgens die redenering tot het uitsluiten van bescherming. Dit betekende een uitsluiting van bescherming voor onversleutelde email en 'gewone' faxen, hetgeen leidde tot vernietigende kritiek.²⁴¹ De twee voornaamste bezwaren tegen deze benadering zijn de koppeling aan de stand der techniek, en de verwarring tussen norm en feit. Koppeling aan de stand der techniek doordat bescherming afhangt van de feitelijke technische beschermingsmogelijkheden, verwarring tussen norm en feit doordat de beschermenswaardigheid verward wordt met het risico van inbreuk.²⁴²

Daarnaast vermeldde de Memorie van Toelichting dat vertrouwelijke communicatie uitsluitend kon bestaan uit geschreven en auditieve communicatie. Beeldinformatie is immers minder informatieverschaffend

²³⁸ Hofman 1995, p. 119.

²³⁹ Dommering 1997, p. 145.

²⁴⁰ Dommering 1997, p. 142-143.

²⁴¹ Van Eijk 1997; Dommering 1997; NJCM-Bulletin 1998, p. 229-236; Nieuwenhuis 1998.

²⁴² Dommering 1997, p. 144.

dan eerdergenoemde soorten informatie (!).²⁴³ Hoewel de regering dit standpunt later iets afzwakte is ook bij verdere behandeling de status van beeldmateriaal niet geheel opgehelderd. Een onderscheid tussen typen inhoud van communicatie lijkt weinig zinvol en niet in overeenstemming met de technische realiteit van convergerende informatiestromen. Bovendien dreigt wederom het gevaar dat kennisname noodzakelijk zou zijn om antwoord te kunnen geven op de vraag of de informatie beschermd is.

Na de beroering over het ontbreken van bescherming van nieuwe communicatiemiddelen, wijzigde de regering uiteindelijk haar standpunt zodat alles wat vervoerd wordt over het telefoonnet geacht moet worden beschermd te zijn door het telefoongeheim. Dit betekent dat het telefoongeheim werd uitgebreid tot alle vormen van informatie die over het telefoonnet worden vervoerd. Al het transport dat over het openbaar telefoonnet gaat, is beschermd door artikel 13, zelfs als het niet gaat om vertrouwelijke communicatie. Dit is volgens de regering noodzakelijk omdat slechts door kennisname van de informatie is vast te stellen of er sprake was van vertrouwelijke communicatie.²⁴⁴

In het gewijzigde voorstel was daarmee sprake van een gedifferentieerde aanpak. Zolang informatie zich bevond op het openbare telefoonnet of in een dichtgeplakte enveloppe gold in ieder geval bescherming. Voor bescherming daarbuiten blijft beslotenheid vereist. Die zou echter al in voldoende mate aangetoond zijn bij het gebruik van een wachtwoord door de emailgeadresseerde. Faxen zouden na hun aankomst echter niet meer onder het geheim der vertrouwelijke communicatie vallen, of ze moesten in een enveloppe gedaan worden. Bij directe gesprekken zou de beslotenheid kunnen blijken uit het zich afzonderen van de gesprekspartners of het op fluistertoon voeren van het gesprek.²⁴⁵ Nadat de Tweede Kamer het begrip 'vertrouwelijke communicatie' ongeschikt achtte werd gekozen voor een aanbouwbenadering. Dit houdt in dat in de laatste versie van voorstel 25 443 Grondwet het object van het oude artikel 13 gehandhaafd blijft, aangevuld met het 'geheim van daarmee vergelijkbare communicatietechnieken'

Nieuwenhuis geeft aan hoe weinig de aanbouwoplossing heeft geholpen. Een verdere verwarring ontstaat immers bij het oplossen van de vraag wat

²⁴³ Van Eijk 1997, p. 1555; Dommering 1997, p. 142; Nieuwenhuis 1998, p. 428; *Kamerstukken II 1996/97*, 25 443, nr. 3, p. 2; *Handelingen II* 43-3452.

²⁴⁴ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 443, nr. 5, p.3; Nieuwenhuis 1998, p. 426.

²⁴⁵ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 443, nr. 5, p. 7; Nieuwenhuis 1998, p. 428.

‘een vergelijkbare techniek’ is. Juist het vergelijken van nieuwe media met oude media is een slechte gewoonte gebleken.²⁴⁶ Onduidelijk blijft eveneens waarom informatie buiten de transportfase (email die bijvoorbeeld al op de computer van de geadresseerde is aanbeland) nog onder het communicatiegeheim moet vallen. Het voorbeeld van een dagboek op het Internet dat ook onder het communicatiegeheim zou gaan vallen toont aan dat dit er slechts toe zou leiden dat privacy en briefgeheim verder dooreenvloeien zonder dat het een sterkere bescherming oplevert dan het geval zou zijn op grond van artikel 10 Grondwet.²⁴⁷

In de eerste versie van het wetsvoorstel was geen aandacht besteed aan de verkeersgegevens. Deze gegevens vielen volgens de Memorie van Toelichting buiten het begrip ‘vertrouwelijke communicatie’.²⁴⁸ Ze zouden soms wel als persoonsgegevens onder de bescherming van artikel 10 Grondwet vallen. Dit ondanks een aanwijzing van de Raad van State dat uit Europese jurisprudentie blijkt dat de verkeersgegevens een integraal deel van het communicatiegeheim vormen.²⁴⁹ Ook dit onderdeel van het voorstel ontmoette veel kritiek.²⁵⁰ Later werd het object van voorstel 25 443 Grondwet wel uitgebreid met de verkeersgegevens. De gegevens werden zelfs onschendbaar verklaard.

Samenvattend kan gesteld worden dat het briefgeheim onder artikel 13 Grondwet geldt voor transport van vaste informatiedragers over land, zee en lucht. Het telefoongeheim en telegraafgeheim gelden daarentegen voor elektronisch vervoer over het telefoonnet en telegraafnet van informatie met de ‘nodige’ beveiliging. Het object van voorstel 25 443 Grondwet (1) is gewijzigd tot alle ‘besloten communicatie’, waarbij het transport geen criterium meer is. In de Nota naar aanleiding van het Verslag aangaande voorstel 25 443 Grondwet (1) geldt een mengvorm van besloten communicatie en informatietransport over bepaalde netten.²⁵¹ In voorstel 25 443 Grondwet (2) is het oude 13 Grondwet overgenomen met aanvulling van ‘vergelijkbare communicatietechnieken’. De precieze omvang van het object van dat laatste recht is niet helder.

²⁴⁶ Nieuwenhuis 1998, p. 426; Over de onzalige vergelijking van email en briefkaart: *Aanhangsel Handelingen II* 1996/97, nr. 1370; daarover Asscher 1997, p. 103.

²⁴⁷ Voorbeeld afkomstig van Nieuwenhuis 1998, p. 429.

²⁴⁸ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 443, nr. 3, p. 3.

²⁴⁹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 443, B, p.1; EHRM 2 augustus 1884 (*Malone*), *NJ* 1988, 534; Hofman 1995, p. 70-71; Nieuwenhuis 1998, p. 429.; Hofman 1995, p. 70.

²⁵⁰ Dommering 1997, p. 145.

²⁵¹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 443, nr. 5, p. 1-5.

3.3.3 Tegen wie kan het geheim worden ingeroepen?

Artikel 13 Grondwet

Traditioneel is artikel 13 Grondwet vooral gericht tegen de overheid. Het is daarmee een klassiek 19^e-eeuws onthoudingsrecht dat de overheid afhoudt van inmenging met de communicatie van burgers.

Zoals bleek bij de bespreking van de wetsgeschiedenis zijn de transporteurs in 1983 uit het artikel verdwenen. Het is dan ook een vraag van horizontale werking of het communicatiegeheim ook op de transporteurs van toepassing is.

Bij de Grondwetsherziening is dan uiteindelijk geen horizontale werking opgenomen voor artikel 13 Grondwet, zij is evenmin uitgesloten.²⁵² Wel treft men een aantal bepalingen in lagere wetgeving waardoor er ook sprake is van een zekere bescherming van het brief-, telefoon en telegraafgeheim in horizontale verhoudingen. Daarbij dient te worden aangetekend dat dergelijke bepalingen niet dezelfde sterke garantie geven als een Grondwettelijke bepaling.

Nadat op advies van de commissie Swarttouw begin jaren tachtig werd besloten om de PTT te privatiseren werd de vraag gesteld hoe het dan zou zijn gesteld met het brief- en later ook het telefoon- en telegraafgeheim.²⁵³

In de Memorie van Toelichting op de Postwet van 1988 werd daarover gesteld dat: 'de grondrechten immers primair tegen de overheid kunnen worden ingeroepen en deze zal zich in de nieuwe situatie niet meer met het vervoer van brieven belasten'.²⁵⁴ Er is dan ook in artikel 5 derde lid onder *d* een bepaling opgenomen die de minister opdraagt bij het vaststellen van de daar bedoelde algemene richtlijnen ook uitgangspunten en maatstaven op te nemen ten aanzien van de geheimhouding met betrekking tot postzendingen. Daarnaast wordt in het derde lid onder *e* de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers van de vervoerdiensten veiliggesteld.²⁵⁵

In de Memorie van Toelichting op de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (WTV)²⁵⁶ gaf de regering aan dat deze

²⁵² Kortmann 1997, p. 401, twijfelt aan horizontale werking van artikel 13.

²⁵³ Van der Pot/ Donner/Prakke e.a. 1995, p. 304.

²⁵⁴ Wet van 26 oktober 1988, *Stb.* 522; Zie ook Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 1995, p. 305-306.

²⁵⁵ *Kamerstukken II* 1987/88, 20 371, nr. 3, p. 23; Naar aanleiding van de Richtlijn tot liberalisering van de postmarkt verscheen later wetsvoorstel 26 363.

²⁵⁶ *Kamerstukken II* 1987/88, 20 369, nr. 3, p. 26.

grondrechten op twee manieren wettelijk beschermd blijven. Ten eerste werd het Wetboek van Strafrecht zo aangepast dat de werknemers van de concessiehouder ook na het verlies van hun ambtelijke status onder deze strafbepalingen bleven vallen. In de tweede plaats werd de minister opgedragen algemene richtlijnen te stellen waarin hij ook de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gebruikers moest zien vast te leggen.

Hierop zijn twee punten van kritiek. Enerzijds is een bepaling in het Wetboek van Strafrecht nog onvoldoende om de precieze implicatie van de privatisering op te vangen. Met deze toelichting blijft onduidelijkheid bestaan of er nu wel of niet sprake is van horizontale werking van artikel 13. Daarnaast is een vaag geformuleerde opdracht aan een minister ook nauwelijks te beschouwen als een geruststellende bescherming van een zo belangrijk grondrecht.

Thans is echter de nieuwe Telecommunicatiewet in het Staatsblad verschenen. Hoofdstuk 13 van die wet regelt het bevoegd aftappen. In artikel 18.13 Tw is de constitutionele waarborg van artikel 13 vertaald. Opvallend is daarbij dat de tekst van het gewijzigde voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet is aangehouden. Het artikel geeft aan dat de bescherming van het brief-, telefoon-, en telegraafgeheim en het geheim van daarmee vergelijkbare communicatietechnieken in acht moet worden genomen.²⁵⁷ Dit biedt een merkwaardige situatie nu die bepaling waarschijnlijk niet in die vorm in de Grondwet terechtkomt waardoor allerhande interpretatieproblemen zullen ontstaan.

Veel eerder was het brief-, telefoon- en telegraafgeheim al neergelegd in het Wetboek van Strafrecht. Zo beschermen de artt. 371 e.v. WvSr het brief-, telegraaf- en telefoongeheim tegen schendingen door het personeel van de vervoersinstelling. De strekking van deze bepalingen, die in hun vroegste vorm aan het Grondwettelijke briefgeheim voorafgingen, dat het publiek moet kunnen vertrouwen op de goede werking van de transportdienst.²⁵⁸

²⁵⁷ Artikel 18.13: 1. Onverminderd het overigens bij of krachtens deze wet bepaalde worden de bij of krachtens deze wet te nemen maatregelen en regels genomen met inachtneming van het belang van de bescherming van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer alsmede de bescherming van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het geheim van daarmee vergelijkbare communicatietechnieken. 2. Onverminderd het overigens bij of krachtens deze wet bepaalde is het eerste lid van overeenkomstige toepassing op de bedrijfsvoering door aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en openbare telecommunicatiediensten.

²⁵⁸ Baart de la Faille 1884, p. 43; Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 202.

Daarnaast beschermt artikel 139c WvSr tegen onbevoegd afluisteren door derden. Hier is de bescherming niet meer beperkt tot het Grondwettelijke telefoon- en telegraafgeheim doch is gekozen voor een bescherming van alle telecommunicatie. Ieder aftappen of opnemen van gegevens die via een telecommunicatie-infrastructuur of een telecommunicatie-inrichting die wordt aangewend voor dienstverlening aan het publiek kan worden bestraft met een jaar cel.²⁵⁹ Uitzonderingen zijn gemaakt in geval het gaat om een eigen aansluiting (denk aan de werkgever die controle uitoefent op het gebruik van zijn aansluiting), als de gegevens zonder extra inspanning worden ontvangen op een radio-elektrische ontvangstinrichting, in verband met technische controle of, in het belang van justitie of nationale veiligheid.

Ook de gegevens die worden ontvangen zonder extra inspanning zijn dus beschermd. Artikel 441 WvSr. bepaalt dat doorgeven van informatie die vermoedelijk voor een ander bestemd was kan worden bestraft met ten hoogste 3 maanden.²⁶⁰

Gesteld kan worden dat de wetgever onvoldoende duidelijk heeft gemaakt of horizontale werking van het transportgeheim beoogd is. Wel lijkt het in artikel 13 beschermde grondrecht bij uitstek geschikt om de burger behalve tegen inbreuk van de overheid ook tegen inbreuk door medeburgers te beschermen.²⁶¹

Bij het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, artikel 10 Grondwet, is in de Grondwet de opdracht neergelegd om te waarborgen dat dit recht ook in horizontale verhoudingen geldt. Een dergelijke opdracht zou ook in artikel 13 niet misstaan.

Voorstel 25 443

Een van de over het algemeen wel positief gewaardeerde punten in voorstel 25 443 Grondwet is de introductie van een algemene wetgevingsopdracht om de bescherming van het communicatiegeheim ook in private verhoudingen te garanderen. Nu de transporteurs niet meer kunnen worden gerekend tot de overheid ligt dat ook in de rede. Over het algemeen wordt aangenomen dat de overheid naast de onthoudingsplicht die bij het communicatiegeheim hoort ook de positieve verplichting heeft het recht van een ieder om vertrouwelijk te kunnen communiceren bescherming te bieden.²⁶² Het is echter de vraag hoever die gelding zich

²⁵⁹ In de termen van de Telecommunicatiewet zou het gaan om openbaar telecommunicatienet en openbare telecommunicatiedienst, artikel 19.11 Tw.

²⁶⁰ Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 205.

²⁶¹ Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 1995, p. 305; Ruiz 1997, p. 302.

²⁶² Nieuwenhuis 1998, p. 430-431.

precies zou moeten uitstrekken. Zou het verstandig zijn de werking uit te breiden tot buiten het gebied van het transport? Leidt dat niet tot verdere verwarring met het gemene privacyrecht?

Het communicatiegeheim moet gelden tegen een ieder die een transportdienst van informatie aanbiedt en tegen derden die tijdens dat transport het communicatiegeheim schenden. Dat houdt in dat na het beëindigen van de dienst, bescherming weer gewoon op het algemene privacyrecht of de onrechtmatige daad gebaseerd zal moeten zijn.²⁶³

Hoewel een aantal aspecten van de bescherming tussen burgers reeds is uitgewerkt in wetgeving zijn er ook nog leemtes.

3.3.4 Horizontale werking

In Hoofdstuk 1 werd aangegeven dat één van de redenen voor een eventuele wijziging van artikel 13 gelegen is in de liberalisering van de informatietransportdiensten. Dat proces roept immers de vraag op of artikel 13 ook werking heeft tegen anderen dan de overheid, met name tegen particuliere transporteurs.

Artikel 18.13 Tw biedt, zoals hierboven beschreven, bescherming in horizontale verhoudingen. Het artikel schrijft transporteurs duidelijk voor het communicatiegeheim te respecteren zij het dat tegelijkertijd in hoofdstuk 13 van de Tw de plicht wordt opgelegd de netwerken aftapbaar te maken. Hierboven werd er reeds aan gerefereerd hoe curieus het is dat 18.13 de terminologie gebruikt van het ingetrokken voorstel 25 443. Met betrekking tot het briefgeheim is de doorwerking in de regelingen op grond van de Postwet te vinden. Hieruit blijkt echter niet of artikel 13 bescherming biedt tegen particuliere koeriers die kennis nemen van de aan hun toevertrouwde brieven. Artikel 13 bevat zelf geen bepalingen met betrekking tot de garantie van het grondrecht jegens andere vervoerders dan de overheid hetgeen in toenemende mate als knelpunt wordt gezien.

Naast de dringende kwestie van de werking jegens transporteurs zijn er ook nog vraagtekens met betrekking tot de werking jegens derden. Nieuwenhuis noemt het openen van de post van de burens als voorbeeld.²⁶⁴ Hier geven de bij de beperkingen besproken strafrechtelijke bepalingen enig uitsluitsel. Helemaal duidelijk is de situatie echter niet. Het communicatiegeheim wordt in de praktijk dus ook in horizontale

²⁶³ Zie anders: Nieuwenhuis 1998, p. 430.

²⁶⁴ Nieuwenhuis 1998, p. 430-431.

verhoudingen in zekere mate gegarandeerd door lagere regelgeving. De status van opgeslagen informatie die nog niet bij de geadresseerde is gearriveerd is ondertussen niet geheel duidelijk. Het Voorstel tot de Wet Computercriminaliteit II geeft ook die informatie in de meeste gevallen een zekere bescherming.

In de arbeidsrechtelijke jurisprudentie wordt zelden een beroep gedaan op het communicatiegeheim. Klaarblijkelijk wordt eerder een beroep gedaan op het privacyrecht dat wordt beschermd door artikel 10 Grondwet dan op het communicatiegeheim in artikel 13 Grondwet. Wel is email al eens analoog onder de bescherming van artikel 13 Grondwet gebracht. Daaraan deed niet af dat de email werd verzonden vanuit de aansluiting van de werkgever.²⁶⁵

In voorstel 25 443 was in het tweede lid een opdracht aan de wetgever opgenomen de bescherming van vertrouwelijke communicatie nader te regelen. Dit element bleef ook in de latere versies van het voorstel behouden. In de Memorie van Toelichting werd opgemerkt dat het een belangrijke taak van de overheid is om ook in private verhoudingen het recht om vertrouwelijk te communiceren te garanderen.²⁶⁶ Wel werd in de Tweede Kamer opgemerkt dat de opdracht wel erg onbepaald was, en daarmee eigenlijk een 'blanco volmacht'.²⁶⁷ Een dergelijke opdracht ontbreekt in het huidige artikel 13 Grondwet hetgeen als een knelpunt kan worden beschouwd.

3.3.5 Beperkingen

Algemeen

Artikel 13 Grondwet maakt een onderscheid tussen de beperkingsmogelijkheden op het briefgeheim enerzijds, en het telefoon- en telegraafgeheim anderzijds. Het briefgeheim mag worden beperkt in gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter. Voor een beperking van het telefoon- en telegraafgeheim is zo'n rechterlijke last niet noodzakelijk. Deze tweedeling is tamelijk ongelukkig omdat het beschermingsniveau nu afhangt van de interpretatie van de communicatiemiddelen brief enerzijds, en telefoon en telegraaf anderzijds. Dit betekent dat de fax onder het telefoongeheim valt terwijl de per post verstuurd diskette onder het

²⁶⁵ Ktg. Utrecht 20 januari 1998, *JAR* 1998/64 en Rb. Utrecht 16 september 1998, *NJ-kort* 1998, nr. 83, aangehaald bij Verhulp 1999, p. 172-173.

²⁶⁶ *Kamerstukken II*, 25 443, nr. 3, p. 5.

²⁶⁷ Aldus kamerlid Schutte, geciteerd bij: Nieuwenhuis 1998, p. 430.

briefgeheim valt.²⁶⁸ Verdere informatietechnologische ontwikkelingen maken dit onderscheid in beschermingsniveau nog meer arbitrair.

De beperkingen dienen ook te voldoen aan de eisen daaraan gesteld in (de jurisprudentie op) artikel 8 EVRM.²⁶⁹ In dat kader is het een interessante vraag of Lidstaten verplicht zijn beperkingen op het communicatiegeheim aan hun inwoners bekend te maken, de zogenaamde notificatieplicht. De beperkingsclausule in artikel 8 lid 2 bevat de bekende structuur van de artt. 8-11 EVRM. Beperkingen moeten bij de wet voorzien zijn en een legitieme doelstelling hebben: De nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Daarnaast moet een beperking in een democratische rechtsstaat noodzakelijk en gerechtvaardigd zijn. Bij een beperking van het communicatiegeheim betekent dat dat er controleerbaarheid moet zijn zodat de burger een rechtsgang heeft. Een voorwaarde daartoe is notificatie aan de betrokkene omtrent de beperking.²⁷⁰ Weliswaar kan in sommige gevallen een uitzondering op deze notificatieplicht toegestaan zijn, dan nog moeten er voldoende waarborgen zijn om de beperking gecontroleerd te laten verlopen.²⁷¹

In artikel 13 Grondwet is zo'n notificatieplicht niet opgenomen. Het zal voor de burger in veel gevallen onmogelijk zijn om de rechtmatigheid van de inbreuk op zijn communicatiegeheim aan de orde te stellen omdat hij niet op de hoogte is van de inbreuk.

Deelgebieden

De uitwerking van de beperkingsclausules in artikel 13 Grondwet is te vinden in een aantal wettelijke bepalingen. De belangrijkste categorieën waarin een wettelijke beperking is opgenomen zijn het straf(proces)recht, de nationale veiligheid en de specifieke uitvoeringswetten op gebied van post en telecommunicatie.

²⁶⁸ Dommering 1997, p. 144.

²⁶⁹ EHRM 6 september 1978 (*Klass*), *NJCM-Bulletin* 1979, p. 327.

²⁷⁰ Hofman 1995, p. 79; Schokkenbroek 1996, p. 189, 190; Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 111.

²⁷¹ EHRM 6 september 1978 (*Klass*), *NJCM-Bulletin* 1979, p. 327; Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 111.

Strafprocesrecht

In het Wetboek van Strafvordering zijn drie beperkingsregimes opgenomen op het communicatiegeheim. Het gaat om het openen en in beslag nemen van post, het onderzoek van gegevens in een geautomatiseerd werk en het onderzoek van telecommunicatie.²⁷²

De mogelijkheid om post te onderzoeken is opgenomen in artikel 114 lid 2 WvSv: de rechter-commissaris is bevoegd te bepalen dat van de inhoud van in beslag genomen gesloten pakketten, brieven, stukken en andere berichten, welke aan de post, de telegrafie of een andere instelling van vervoer waren toevertrouwd, zal worden kennis genomen voor zover zij klaarblijkelijk voor de verdachte bestemd of van hem afkomstig zijn. Op grond van artikel 100 WvSv kan de officier of hulpofficier ook een vordering doen tot in beslagname van toekomstig postverkeer. Daarbij kan hij inlichtingen vorderen omtrent het verkeer en volgens sommigen ook omtrent de inhoud van niet gesloten stukken.²⁷³ Overigens mag de officier de in beslag genomen post pas openen met toestemming van de rechter commissaris, ex artikel 101 lid 2 WvSv.

Ook buiten de transportfase geniet post een bijzondere bescherming, zo bepaalt artikel 113 WvSv. dat 'de huiszoeking zich niet uitstrekt tot eventuele geschriften die niet het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend, tenzij krachtens uitdrukkelijk verlot der rechtbank'.

De bevoegdheid tot onderzoek van gegevens opgeslagen in een geautomatiseerd werk is opgenomen in de artt. 125*i-n* WvSv. Ex artikel 125*i* kan de rechter commissaris toegang vorderen tot gegevens in een geautomatiseerd werk. Bovendien kan op grond van 125*j* onderzoek worden gedaan naar gegevens die zijn opgeslagen in een elders aanwezige computer. Als daarbij echter een brief wordt aangetroffen, geldt de restrictie van 113 lid 1, aldus 125*j* lid 3. De precieze betekenis van deze afdeling voor bijvoorbeeld emailverkeer is tamelijk onduidelijk. De minister heeft betoogd dat op grond van artikel 125*i* de identiteit van emailgebruikers kan worden opgevraagd maar de juistheid van die bewering staat niet vast. Ook de mogelijkheid om toekomstige gegevens te vorderen is hier en daar betwist.²⁷⁴ In artikel 125*m* lid 3 is een

²⁷² Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 176 noemen dit de 'bevoegdheden inzake het communicatieproces en bevoegdheden inzake communicatievormen'.

²⁷³ Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 180.

²⁷⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, aanhangsel 1370; Asscher 1997, p. 103; Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 182-183.

notificatieplicht opgenomen zodat de betrokkene een klacht kan indienen.²⁷⁵

Artikel 125g WvSv verleent de rechter commissaris de bevoegdheid het gegevensverkeer over een openbaar net af te tappen. In 125f wordt hem de bevoegdheid gegeven gegevens op te vragen. Overigens is er geen beroep of bezwaar tegen het aftappen, de meest voorkomende manier om het aan te vechten is dan ook de rechtmatigheid van het bewijs in twijfel trekken.²⁷⁶

In de nieuwe Wet computercriminaliteit II zal de bescherming worden uitgebreid tot opgeslagen email. Daarnaast wordt echter een bevel geïntroduceerd tot afgifte van de sleutels van geëncrypteerde teksten.²⁷⁷

Samenvattend kan gesteld worden dat de precieze reikwijdte van de beperkingen als opgenomen in het WvSv aan duidelijkheid te wensen over laten.²⁷⁸

Veiligheid

Naast het opsporingsbelang neemt het nationale veiligheidsbelang een belangrijke plaats in bij de gronden om het communicatiegeheim te beperken. De veiligheidsdiensten vinden een wettelijke regeling in de Wet op de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten (WIV).²⁷⁹ De bevoegdheidsgrondslag van de diensten om kennis te nemen van vertrouwelijke communicatie bevindt zich echter in het Wetboek van Strafrecht, artt. 139a-c WvSr. bij de strafuitsluitingsgronden. De veiligheidsdiensten hebben niet de bevoegdheid inbreuk te maken op het briefgeheim.²⁸⁰

In 1998 is een voorstel ingediend tot een nieuwe Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdienst waarin ook rekening wordt gehouden met de opkomst van nieuwe opsporingsmiddelen. In dat voorstel zijn de bevoegdheden van de AIVD (Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst, de opvolger van de BVD) en MID (Militaire Inlichtingen Dienst) met betrekking tot vertrouwelijke communicatie wel neergelegd. Opvallend is dat in het voorstel de bevoegdheid tot het openen van brieven wordt gecreëerd waar dat voorheen niet het geval was. Zo'n regeling kon volgens de Toelichting

²⁷⁵ Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 183.

²⁷⁶ In artikel 125m lid 3 is een soort notificatieplicht opgenomen zodat de betrokkene een klacht kan indienen.

²⁷⁷ Schuijt 1998, p. 70-74; *Kamerstukken II 1998/99*, 26 671, nrs. 1-3.

²⁷⁸ Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 194-196.

²⁷⁹ Wet van 3 december 1987, *Stb.* 635.

²⁸⁰ Hofman 1995, p. 169-172.

niet achterwege blijven omdat de diensten wel reeds via artikel 139c WvSr. kennis konden nemen van email (!).²⁸¹ Naast de bevoegdheid tot aftappen en onderzoeken van geautomatiseerde werken mogen de diensten ook verkeersgegevens opvragen alsmede verzamelingen van persoonsgegevens aanleggen.²⁸² Voor de zekerheid is vast de bevoegdheid opgenomen gebruik te maken van nieuwe methoden die nu nog niet bekend zijn.²⁸³ Het wetsvoorstel ontmoette redelijk zware kritiek hetgeen nauwelijks verbazing wekt als je ziet hoezeer het leunt op het voorgestelde nieuwe artikel 13 Grondwet en is dan ook (nog) niet aangenomen.²⁸⁴

Wetgeving op het gebied van post en telecommunicatie

De voornaamste uitvoeringswetgeving is neergelegd in de Postwet, de Telecommunicatiewet en de Mediawet.

281 *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 3, p. 36-37.*

282 *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 1-2, artt. 23-28, p. 9-13.*

283 *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 1-2, artikel 30 lid 1, p. 13-14.*

284 *Kamerstukken II 1997/98, 25 877, nr. 5, p. 16-20.*

In de Telecommunicatiewet is een verplichting neergelegd het net aftapbaar te maken.²⁸⁵ Opvallend is in dit verband dat in het voorstel tot een richtlijn betreffende *electronic commerce* de Europese commissie in artikel 15 de aansprakelijkheid voor *access providers* geheel uitsluit. Die *intermediaries* die zich bezig houden met *mere conduit* kunnen niet aansprakelijk worden gesteld voor de inhoud van het door hun verspreide. Lidstaten wordt het in dat kader verboden dergelijke providers te verplichten te monitoren. In dat licht is het twijfelachtig of dat deel van de Telecommunicatiewet gehandhaafd zal kunnen blijven.²⁸⁶

Tenslotte moeten de beperkingen ook voldoen aan de eisen daaraan gesteld in (de jurisprudentie op) artikel 8 EVRM. In dat kader is het een interessante vraag of Lidstaten verplicht zijn beperkingen op het communicatiegeheim aan hun inwoners bekend te maken, de zogenaamde notificatieplicht. In artikel 13 Grondwet is zo'n notificatieplicht niet opgenomen.

Beperkingen in voorstel 25 443 Grondwet

In de eerste versie van voorstel 25 443 Grondwet zou de rechterlijke last verdwijnen die vereist is bij beperkingen op het briefgeheim. Daarvoor werd hetzelfde argument aangevoerd als bij de wijziging in 1983, het werk van de BVD. Dit ondanks het feit dat de Raad van State in zijn advies had aangedrongen op een sterkere bescherming. Volgens de regering vormde het afschaffen van de rechterlijke last echter geen verzwakking en was de rechter bovendien vaak niet de meest geschikte persoon om te beoordelen over de wenselijkheid van een beperking.²⁸⁷

Het verdwijnen van de rechterlijke last zou echter wel degelijk een verslechtering betekenen.²⁸⁸ In het voorstel dat naar de Eerste kamer gestuurd is, was de rechterlijke last dan ook terug. De rechterlijke last werd geëist bij beperkingen op het geheim van alle communicatiemiddelen, zij het dat bij een beperking 'in het belang van de nationale veiligheid' de machtiging van de bij wet aangewezen minister volstaat. De rechterlijke

²⁸⁵ De telecommunicatiedienstaanbieder en de telecommunicatienetaanbieder dragen enerzijds zorg voor de uitvoering van de privacy regelgeving, 11.3 Tw., anderzijds dienen zij organisatorische en technische maatregelen te treffen om het net aftapbaar te maken, 13.1 Tw; zie ook Dommering e.a. 1999, p.647-663.

²⁸⁶ Door Van Eijk 1997, p. 1554, om die reden omschreven als 'voor de tweede maal eenzelfde kunstje'; anders: P.M.E. Bernini, 'De kunstjes van Van Eijk', *NJB* 1997-39, p. 1809-1810.

²⁸⁷ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 443, nr. 5, p. 14; Nieuwenhuis 1998, p. 431-432.

²⁸⁸ Hofman 1995, p. 121.

last kan zo alleen achterwege blijven met het oog op de taakuitoefening van de inlichtingen- en veiligheidsdienst.²⁸⁹ De beperkingsbevoegdheid kan niet worden verleend aan anderen dan minister en rechter.

Een beperking van het geheim der verkeersgegevens kan plaatsvinden door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

In het eerste voorstel kon de notificatieplicht beperkt worden ‘in gevallen waarin het belang van de staat zulks dringend vordert’. Later werd dit aangescherpt. Bij beperkingen in het belang van de strafvordering of de nationale veiligheid kan notificatie worden uitgesteld. Daarmee hoeft het uitstel zelf dus niet in het belang van nationale veiligheid of strafvordering te zijn.²⁹⁰ Uitstel wordt afstel als het belang van de nationale veiligheid zich blijvend tegen notificatie verzet.

De beperking op de notificatieplicht in het eerste voorstel van de regering ontmoette ook veel weerstand. De omschrijving ‘voor gevallen waarin het belang van de staat zulks dringend vordert’ werd te ruim geacht.²⁹¹ Opvallend is dat in het voorstel waarin de verkeersgegevens toch onschendbaar waren verklaard, voor die gegevens geen notificatieplicht is opgenomen.²⁹²

3.4 Verhouding tot andere bepalingen in de Grondwet

Artikel 7 Grondwet

In paragraaf 3.2 is aangegeven wat de verhouding is tussen de vrijheid tot openbare communicatie en het communicatiegeheim. Op het niveau van de grondslag blijkt er een duidelijk verband te bestaan tussen beide grondrechten. De neerslag in de Grondwet geeft daar echter niet duidelijk blijk van. Zo is niet geheel duidelijk hoe de twee betreffende Grondwetsartikelen zich nu tot elkaar verhouden. Is de inhoud van een brief of telefoongesprek ook beschermd door artikel 7 Grondwet? Daarover verschillen de meningen. Sommigen betogen dat artikel 7 alleen is bedoeld voor openbaringen naar een onbepaald publiek. Anderen menen

²⁸⁹ Nieuwenhuis 1998, p. 432-433.

²⁹⁰ Nieuwenhuis 1998, p. 433.

²⁹¹ Nieuwenhuis 1998, p. 432-433; *Kamerstukken II 1996/97*, 25 443, B, p. 4; Overigens was de regering gewaarschuwd: ‘Veelal heeft men getracht deze maatregelen in naam van het staatsbelang te verdedigen; maar men moet erkennen, dat het een voorwendsel zoude worden tot eene menigte misbruiken.’ Van den Velden 1859, p. 140-141.

²⁹² *Kamerstukken II 1997/98*, 25 443, nr. 10, p. 4; Nieuwenhuis 1998, p. 434.

dat 7 alle uitingen beschermt, dus ook de inhoud van geadresseerde communicatie.²⁹³ Met het aanwijzen van bepaalde media die specifiek beschermd zijn in artikel 13 is dit probleem nog niet opgelost. Immers, de telefoon wordt ook gebruikt om gedachten en gevoelens te openbaren.²⁹⁴ Een van de vragen die dit oproept is of het ook in een eventuele gewijzigde Grondwet wenselijk is artikel 13 weer bij de privacyrechten te plaatsen of dat het beter is de artikelen 7 en 13 Grondwet te laten convergeren tot een nieuwe communicatieparagraaf

Artikel 10 Grondwet

Hierboven is vastgesteld dat verkeersgegevens deel uitmaken van het object van het communicatiegeheim. Wat is dan nu de verhouding tussen de artikelen 13 en 10 Grondwet? Voor het tot stand brengen van communicatie wordt steeds meer gebruik gemaakt van databanken waarin persoonsgegevens zijn gekoppeld aan adresgegevens. Daardoor treedt een 'vermenging op van individuele communicatieve handelingen en het waarnemen en opslaan van persoonsgegevens', aldus Dommering.²⁹⁵ Dit betekent dat in sommige gevallen informatie tegelijkertijd beschermd wordt als uitvloeisel van het communicatiegeheim en als persoonsgegevens op grond van artikel 10 Grondwet. In de parlementaire behandeling van voorstel 25 443 is wel voorgesteld de bescherming van verkeersgegevens maar aan artikel 10 lid 2 Grondwet en de daaruit voortgekomen Wet Bescherming Persoonsgegevens (WPR) over te laten. Nieuwenhuis en Dommering hebben laten zien dat die benadering belangrijke lacunes laat bestaan. De juiste verhouding tussen artikel 13 Grondwet en artikel 10 Grondwet lijkt mij in dit geval uit te gaan van de aanvullende werking van 10 lid 2 Grondwet. Zolang het gaat om gegevens die als verkeersgegevens bij een communicatieproces zijn aan te geven, vallen ze onder de beoogde bescherming van artikel 13 Grondwet. Gaat het om gegevens die wel zijn terug te voeren op een persoon, maar los staan van diens privé-communicatie, dan wordt de bescherming overgelaten aan 10 lid 2.

3.5 Tussenconclusie

Het communicatiegeheim vormt een hybride grondrecht dat elementen bevat van het recht op privacy als participatierecht en dat een voorwaarde vormt voor het recht op uitingsvrijheid. Een afzonderlijke bepaling betreffende het communicatiegeheim is noodzakelijk vanwege bijzondere

²⁹³ In die zin Hins 1995, p. 30-31.

²⁹⁴ HR 26 februari 1999, *Mediaforum* 1999-5, nr. 26 m.nt. Hins.

²⁹⁵ Dommering e.a. 1999, p. 606-607.

aspecten van het informatietransport. Daarbij moet een duidelijke afgrenzing worden gevonden tussen privacy en communicatiegeheim en tussen openbare communicatie en niet-openbare communicatie.

Hoewel het communicatiegeheim in wezen een negatief recht is heeft de overheid de positieve verplichting er voor te zorgen dat het recht ook doorwerkt in de verhoudingen tussen burgers. Een bepaling over horizontale werking kan in die behoefte voorzien.

De bepaling van artikel 13 Grondwet betreffende het brief- en telefoongeheim biedt onvoldoende bescherming aan nieuwe communicatiekanalen die zich een belangrijke plaats in het maatschappelijke leven hebben verworven. Met name email en fax zijn thans vormen van informatietransport met een groot maatschappelijk belang.

De techniekafhankelijke formulering van het artikel speelt een beperkende rol. Door slechts een drietal communicatiemiddelen aan te wijzen en te beschermen ontstaat een welhaast willekeurig onderscheid tussen communicatiemiddelen. Het onderscheid tussen de beperkingsregimes van 13 lid 1 en 13 lid 2 is niet meer geschikt in een situatie waar als gevolg van informatietechnologische convergentie het onderscheid tussen schriftelijke en andere communicatie niet goed meer gemaakt kan worden. (Zie voor dit aspect ook de tussenconclusie van het vorige hoofdstuk, over de uitingsvrijheid.) Het ontbreken van bescherming voor de verkeersgegevens is ook niet meer vol te houden in een samenleving waar juist bij het tot stand brengen en afrekenen van communicatie een groot gebruik gemaakt wordt van databanken met dergelijke gegevens en waar dergelijke gegevens ook voor lange tijd bewaard blijven nadat de communicatie heeft plaatsgehad.

De beperkingsclausule kent een arbitrair onderscheid tussen briefvervoer en telefoon- en telegraaftransport. Ten onrechte ontbreekt in het huidige beperkingsregime een notificatieplicht.

Bij de discussie in Kamers en in de literatuur over het voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet kwam een opmerkelijk gebrek aan eenstemmigheid over de achtergrond van het communicatiegeheim naar voren. Dit bleek ook reeds uit de reacties op het proefschrift van Hofman. Het voorstel bood eerst een alternatief voor het oude artikel waarin noch de rechtvaardiging van een apart artikel naast het privacyrecht, noch de zo verlangde techniekonafhankelijkheid uit de verf kwamen. De beveiligingseis dat communicatie besloten moet zijn om 'vertrouwelijk' te

mogen heten, betekende een koppeling aan de stand der techniek die onwenselijk is.

In de gewijzigde vorm die naar de Eerste Kamer werd gestuurd, was gekozen voor een ongelukkige aanbouwbepaling die ten gunstigste een tijdelijk karakter zou kunnen hebben. Uit het wedervaren van het voorstel blijkt hoe belangrijk het is een onderbouwd standpunt in te nemen over de plaats van het communicatiegeheim ten opzichte van de andere grondrechten.

Bovendien bleek met name in de eerste versie van het Voorstel de afweging tussen opsporingsbelang en bescherming van het grondrecht wat onevenwichtig te zijn uitgevallen.

4. De Grondwet en de internationale rechtsorde

4.1 Inleiding

In de vorige twee hoofdstukken is een groot aantal knelpunten gesignaleerd in de artikelen 7 en 13 van de Grondwet. Alvorens de vraag aan de orde te stellen of naar aanleiding van die knelpunten de Grondwet gewijzigd moet worden en zo ja, in welke zin, moet eerst worden onderzocht of daartoe wel de noodzaak bestaan in het licht van de internationale verdragen die immers óók die grondrechten beschermen. Anders gezegd luidt de vraag wat de plaats van de Grondwet eigenlijk is in de informatiemaatschappij, in een tijd waarbij het internationale recht juist ook op het gebied van de grondrechten een steeds voornamere rol speelt.

Eerst wordt beschreven welke bescherming het internationale recht aan de communicatievrijheid biedt en hoe die bescherming verschilt van die in de Grondwet. Tevens wordt de rol die het EG-verdrag speelt bij de bescherming van de communicatievrijheid behandeld. Tenslotte wordt de vraag gesteld of er nog steeds behoefte is aan eigen grondwettelijke bepalingen en worden de argumenten voor een aparte bescherming in de nationale Grondwet besproken. Uiteraard rechtvaardigt dit onderwerp een veel uitgebreider behandeling dan in het kader van dit onderzoek mogelijk is. Hier wordt slechts een summiere schets gegeven van deze problematiek.

4.2 Communicatievrijheid in het internationale recht.

4.2.1 IVBPR en EVRM

Het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten²⁹⁶ beschermt in artikel 19 de communicatievrijheid. 19 lid 1 beschermt de vrijheid een mening te koesteren, lid 2 beschermt de vrijheid van meningsuiting, hetgeen mede omvat de vrijheid inlichtingen te garen, te ontvangen en door te geven. In lid 3 staat de beperkingsclausule. Het communicatiegeheim wordt beschermd in artikel 17 IVBPR.²⁹⁷

Belangrijker dan het IVBPR is voor Nederland het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)²⁹⁸ aangezien het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) voor Nederland bindende uitspraken kan doen over de naleving van het verdrag. Deze bepalingen in beide verdragen hebben op grond van artikel 93 Grondwet directe werking in Nederland. Om die reden kan er ook voor de Nederlandse rechter een beroep gedaan op worden gedaan en gebeurt dat ook.

De belangrijkste bepalingen voor de communicatievrijheid zijn de artikelen 10 en 8 EVRM. De bescherming van de uitingsvrijheid is neergelegd in 10 EVRM.

²⁹⁶ Internationaal verdrag inzake de burgerrechten en politieke rechten, 19 december 1966, *Trb.* 1978, 177.

²⁹⁷ Artikel 17 IVBPR: 1. Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer en goede naam. 2. Een ieder heeft recht op bescherming door de wet tegen zodanige inmenging of aantasting; Artikel 19 IVBPR: 1. Een ieder heeft het recht om zonder inmenging een mening te koesteren. 2. Een ieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting; dit recht omvat mede de vrijheid inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook te garen, te ontvangen en door te geven, ongeacht grenzen, hetzij mondeling, hetzij in geschreven of gedrukte vorm, in de vorm van kunst, of met behulp van andere media naar zijn keuze. 3. Aan de uitoefening van de in het tweede lid van dit artikel genoemde rechten zijn bijzondere plichten en verantwoordelijkheden verbonden. Deze kan derhalve aan bepaalde beperkingen worden gebonden, doch alleen beperkingen die bij de wet worden voorzien en nodig zijn: a. in het belang van de rechten of de goede naam van anderen; b. in het belang van de nationale veiligheid of ter bescherming van de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden.

²⁹⁸ Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, 4 november 1950, *Trb.* 1951, 154.

Artikel 10 EVRM

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen. Dit artikel belet niet, dat Staten radio-, omroep-, bioscoop-, of televisieondernemingen kunnen onderwerpen aan een systeem van vergunningen.

2. daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij wet worden voorzien, en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van 's lands veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

Een eerste opvallend verschil met artikel 7 Grondwet is dat 10 EVRM de vrijheid gedachten te koesteren noemt. Het eerste lid omvat alle fasen van het openbare communicatieproces die hierboven besproken zijn in paragraaf. Een volgend verschil met 7 Grondwet is ook dat 10 EVRM nadrukkelijk de ontvangstvrijheid beschermd. In dit kader moet ook de erkenning van het journalistieke brongeheim door het Hof genoemd worden, in het Goodwin-arrest.²⁹⁹ Uit het verschil met 19 IVBPR waarin ook de vrijheid te garen genoemd wordt, mag volgens de meeste schrijvers niet de conclusie worden getrokken dat de garingsvrijheid niet beschermd is in het EVRM.³⁰⁰

Artikel 10 maakt geen onderscheid tussen de diverse communicatiemiddelen. Ook artikel 10 EVRM wijst een aantal media aan waarbij vergunningstelsels zijn toegestaan. Nergens blijkt echter uit dat die voor andere media niet zouden zijn toegestaan. Hooguit kan men er uit afleiden dat voor andere media de eisen strenger zijn. Zo werd in *Groppera* uitgemaakt dat weliswaar een vergunningsvereiste voor omroep in overeenstemming was met artikel 10 EVRM, maar dat de uitwerking daarvan nog altijd moest voldoen aan de toets van artikel 10 lid 2.³⁰¹

Omroep valt ten volle onder de bescherming van artikel 10, zo blijkt uit een aantal arresten van het EHRM. In *Autronic* gaf het Hof aan dat iedere inmenging met de ontvangst of doorgifte van omroepuitzendingen ook een beperking van 10 EVRM vormt, aangezien zo'n *interference* onherroepelijk

²⁹⁹ EHRM 27 maart 1996 (*Goodwin*), NJ 1996, 577.

³⁰⁰ De Meij 1996.

³⁰¹ De Meij 1996, p. 195; EHRM 28 maart 1990 (*Groppera*), NJ 1991, 739. M.nt. EAA; Lawson/Schermers 1997, p. 361-365.

de vrijheid informatie te ontvangen en te garen beperkt.³⁰² In *Lentia* gaf het Hof nogmaals aan dat vergunningen wel zijn toegestaan maar dat de vergunningsvoorwaarden de toets van 10 lid 2 moeten kunnen doorstaan. De technische vooruitgang had er volgens het Hof voor gezorgd dat spectrumschaarste niet meer afdoende rechtvaardiging was voor een monopolieconstructie. Hieruit valt volgens de Meij af te leiden dat de overheid verplicht is ruimte te geven voor nieuwe initiatieven als de technologie verandert. Ook lijkt het Hof in *Lentia* te accepteren dat de doelcriteria van artikel 10 lid 2 EVRM niet altijd even goed zijn toegesneden op omroep en dat soms beperkingen aan de omroepvrijheid dus naar de strekking van die criteria getoetst moet worden aan artikel 10.³⁰³ Het EVRM biedt dus meer bescherming aan de omroep dan artikel 7 lid 2 dat slechts voorafgaand toezicht op de inhoud verbiedt. Ook zou uit *Lentia* kunnen worden afgeleid dat de overheid een taak heeft op te zorgen voor onafhankelijke en geschakeerde openbare informatievoorziening – zij het dat daarbij bepaalde grenzen in acht moeten worden genomen.³⁰⁴

In de nationale rechtspraak worden vergunningsvereisten die raken aan die toegang aan het EVRM getoetst. De bekende antenneverboden werden in navolging van *Lentia* door de Nederlandse rechter op die wijze aan het verdrag getoetst.³⁰⁵

Artikel 10 EVRM beschermt ook handelsreclame, zo blijkt uit *Markt Intern*, want ‘*Information of a commercial nature cannot be excluded from the scope of art. 10*’. Wel is in geval van reclame de discretionaire bevoegdheid van de Lidstaten groter.³⁰⁶ Artikel 10 EVRM beschermt reclame-uitingen wel maar het lijkt een minder vergaande bescherming, afhankelijk van de betekenis van de reclame-uiting voor de primaire doelen van het grondrecht.³⁰⁷ Hier is een duidelijk verschil met artikel 7 lid 4 Grondwet dat reclame geheel van bescherming uitsluit. Juist doordat artikel 7 geen afweging mogelijk maakt, moest handelsreclame worden uitgesloten.

³⁰² De Meij 1996, p. 195-196; EHRM 22 mei 1990, *NJ* 1991, 740 m.nt. EAA.

³⁰³ De Meij 1996, p. 196; EHRM 24 november 1993, *NJ* 1994, 559, m.nt. EJD; zie ook HR 15 november 1996 (*Multivision*), *NJ* 1997, 482 m.nt. Schuijt.

³⁰⁴ Vergelijk met name paragraaf 36-38 in EHRM 24 november 1993 (*Lentia*), *NJ* 1994, 559.

³⁰⁵ Zie bijvoorbeeld ARRvS 10 oktober 1978 (*Antenneverbod Leerdam*) m.nt. Crijns, *Aae* 1979-8, p. 477-485.

³⁰⁶ EHRM 20 november 1989 (*Markt Intern*), *NJ* 1990, 728 m.n. EAA; De Meij 1996, p. 241-242, heeft het over een minder sterke bescherming, afhankelijk van de betekenis van de reclame-uiting voor de uitingsvrijheid; Dommering 1998b.

³⁰⁷ De Meij 1996, p. 242.

Om vast te stellen of er sprake is van een inbreuk en om vervolgens vast te stellen of die toelaatbaar is beoordeelt het EHRM een concreet geval van eventuele inbreuk volgens een stappenplan:

1. Wordt de uitingsvrijheid beperkt?
2. Is die beperking '*prescribed by law*'?
 - Is er een basis in het nationale recht?
 - Is dat recht voldoende toegankelijk en kenbaar?
 - Is de norm voldoende precies geformuleerd zodat de beperking voorzienbaar was?
3. Dient de inbreuk een *legitimate aim* uit 10 lid 2 EVRM?
4. Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving?
 - Is er een *pressing social need*?
 - Is de beperking proportioneel?

In *Sunday Times* bepaalde het Hof dat ook ongeschreven recht kan voldoen aan het vereiste *prescribed by law*.³⁰⁸ Het verschil met de beperkingsclausule van artikel 7 lid 1 Grondwet is duidelijk. In plaats van strenge formele eisen aan de beperking – niet preventief, uitsluitend wet in formele zin – wordt een verfijnd toetsingskader ontwikkeld waarmee beperkingen beoordeeld kunnen worden.

Een ander verschil tussen EVRM en Grondwet is dat geen rigide onderscheid tussen preventieve en repressieve beperkingen wordt gemaakt in het EVRM. Artikel 10 EVRM biedt een minder verregaande bescherming tegen preventieve beperkingen dan artikel 7 lid 1. Artikel 10 lid 2 spreekt immers van 'formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties'. Anderzijds is door het verfijnde toetsingsinstrumentarium van artikel 10 EVRM de schade gering.³⁰⁹ Het EHRM heeft aangegeven dat preventieve beperkingen moeten voldoen aan de strengste eisen om in overeenstemming met artikel 10 gevonden te worden.³¹⁰ Zo biedt met name de voorwaarde dat een beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving een beter afwegingsmechanisme dan artikel 7 lid 1 Grondwet, zie ook de tussenconclusie van hoofdstuk 2.

Artikel 7 lid 3 geeft door het expliciete verbod op voorafgaand verlov vanwege de inhoud op sommige punten meer bescherming dan het EVRM, anderzijds is de betere toetsingsmogelijkheid van het EVRM er de oorzaak

³⁰⁸ EHRM 26 april 1979 (*Sunday Times*), NJ 1980, 146 m.n. EAA.

³⁰⁹ De Meij 1996, p. 100-101.

³¹⁰ De Meij 1996, p. 101.

van dat in sommige gevallen het EVRM meer bescherming biedt.³¹¹ De bioscoop is beter beschermd in 7 lid 3 dan door 10 EVRM want preventieve filmkeuring is niet toegestaan. Op andere punten is de regeling van 10 EVRM beter voor de 'andere middelen'.³¹²

Het communicatiegeheim wordt beschermd in artikel 8 EVRM:

Artikel 8 EVRM

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, 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 economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Met dit artikel beschermt het EVRM in één klap alle aspecten van privacy die zijn beschreven in paragraaf 3.2. In de Nederlandse Grondwet is de algemene bescherming van de persoonlijke levenssfeer gescheiden van de bescherming van het communicatiegeheim.

De briefwisseling wordt beschermd door het woord 'correspondentie'. Het louter bestaan van wetgeving die autoriteiten de bevoegdheid geeft de briefwisseling te onderscheppen is reeds een inbreuk op het recht op respect voor de correspondentie.³¹³

Het belemmeren van toegang tot inkomende en uitgaande post vormt een inbreuk op artikel 8 EVRM, zo blijkt eveneens uit de jurisprudentie van het Hof. Dat is een duidelijk verschil met artikel 13 Grondwet dat hierover niet duidelijk is. Daarmee is nog niet een *recht* op communicatiemiddelen gegeven.

Het blokkeren van toegang tot het telefoonverkeer moet volgens de Nederlandse Hoge Raad ook worden beoordeeld in het licht van artikel 10 EVRM aangezien het communicatiemiddel telefonie ook belangrijk is voor het verspreiden van denkbeelden en inlichtingen. Dit is mede belangrijk omdat artikel 8 EVRM de beperkingsgrond 'economisch welzijn van het land' kent en 10 EVRM niet. De overlapping tussen de artikelen 10 en 8 EVRM komt voort uit het feit dat artikel 10 EVRM ook 'vertrouwelijke

³¹¹ De Meij 1996, p. 228.

³¹² De Meij 1996, p. 228.

³¹³ Hofman 1995, p. 66.

communicatie' kan beschermen, die is immers ook van belang voor de vrijheid van meningsuiting.³¹⁴ Doordat artikel 7 en artikel 13 Grondwet ieder een eigen rijtje communicatiemiddelen beschermen is deze flexibiliteit in de Nederlandse Grondwet afwezig.

De begrenzing van het communicatiegeheim is niet geheel duidelijk hetgeen wellicht te maken heeft met het feit dat algemene privacy en communicatiegeheim in één artikel zijn opgenomen. De bescherming van correspondentie houdt namelijk volgens de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens op als de geadresseerde bereikt is, het Hof daarentegen rekent ook reeds geopende brieven nog tot 'correspondentie', zo blijkt uit *Niemitz*.³¹⁵ In dat arrest werd ook bepaald dat zakelijke correspondentie eveneens onder de bescherming van artikel 8 viel.

In *Klass* bepaalde het EHRM dat ook telefoonverkeer onder de bescherming van artikel 8 viel. Het Hof kiest daarbij niet voor een extensieve interpretatie van het begrip correspondentie maar kiest voor een combinatie van privé-leven en correspondentie.³¹⁶ In *Malone* gaf het Hof aan dat ook *metering records* en in het bijzonder het gekozen telefoonnummer integraal deel uitmaken van de beschermde communicatie.³¹⁷ Dit vormt een belangrijk verschil met het huidige artikel 13 Grondwet dat verkeersgegevens niet noemt. Hofman meent dat *Malone* alle gegevens die aanwijzingen over het communicatieproces kunnen opleveren onder de bescherming van artikel 8 brengt.³¹⁸

Over andere communicatiemiddelen bestaan nog geen expliciete uitspraken maar Hofman leest in *Mersch e.a./Luxemburg* een uitbreiding tot alle vormen van communicatie.³¹⁹ Volgens deze laatste heeft de bescherming van artikel 8 EHRM zich gaandeweg uitgestrekt van schriftelijke correspondentie, via telefoonverkeer en radiografische communicatie, tot de vertrouwelijke communicatie als geheel.³²⁰

Door de verbinding met privé leven lijkt het Hof inderdaad de deur open te zetten naar andere moderne vormen van telecommunicatie, waarmee de

³¹⁴ HR 26 februari 1999, *Mediaforum* 1999-5, nr. 26 m.nt. Hins.

³¹⁵ Aldus Hofman 1995, p. 67-69.

³¹⁶ Hofman 1995, p. 70-72; EHRM 6 september 1978 (*Klass*); Lawson/Schermers 1997, p. 66-67.

³¹⁷ EHRM 2 augustus 1984 (*Malone*), *NJ* 1988, 534; Hofman 1995, p. 70-71; Nieuwenhuis 1998, p. 429.

³¹⁸ Hofman 1995, p. 70-71.

³¹⁹ Hofman 1995, p. 71-72.

³²⁰ Hofman 1995, p. 72.

strekking van de bescherming door het artikel ruimer wordt dan die van artikel 13 Grondwet.³²¹

Artikel 8 lid 2 EVRM bevat een soortgelijke getrapte beperkingsclausule als artikel 10 lid 2 EVRM. Het eerste vereiste, dat een beperking een wettelijke basis dient te hebben, komt naar voren in de arresten *Kruslin* en *Huvig*. Dit vereiste gaat echter verder dan de aanwezigheid van een wettelijke norm of een norm in vaste rechtspraak. De wettelijke basis dient ook te voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen, de *rule of law*. Dergelijke kwaliteitseisen houden onder andere in de mogelijkheid van controle door een onafhankelijke rechter, bepalingen met betrekking tot de duur van het af luisteren en regels met betrekking tot de delicten waarbij mag worden afgeluisterd.³²² Ook in *Klass* was reeds gebleken dat er waarborgen moeten zijn tegen misbruik van de beperkingen.³²³ Het beperkingssysteem van artikel 13 Grondwet is minder verfijnd en minder vergaand dan dat van artikel 8 EVRM. Uit de behandeling van voorstel 25 443 bleek dat er verschil van mening mogelijk is over de interpretatie van *Klass*, *Malone* en *Kruslin en Huvig*. Regering en Raad van State verschilden van mening over de verplichtingen die uit deze arresten voortvloeiden met betrekking tot notificatie en rechterlijke controle.³²⁴

Een van de belangrijke voorwaarden die het EHRM stelt aan interceptie is dat er een effectief rechtsmiddel bestaat. Zelfs indien men afgetapt is op andermans telefoonlijn dient een rechtsmiddel open te staan.³²⁵ Bij geheime interceptie zijn de waarborgen tegen misbruik nog belangrijker dan bij maatregelen waarvan de afgeluisterde op de hoogte is. Om de toegang tot rechterlijke controle open te houden is een systeem van notificatie wenselijk, zij het dat het onder omstandigheden beperkt mag worden.³²⁶ Het individu heeft recht op 'adequate bescherming tegen arbitraire interceptie'.³²⁷

³²¹ Hofman 1995, p. 103.

³²² EHRM 24 april 1990 (*Kruslin en Huvig*), NJ 1991, 523; Lawson en Schermers 1997, p. 373-375.

³²³ Hofman 1995, p. 75.

³²⁴ Nieuwenhuis 1998, p. 435, zie ook hoofdstuk 3.

³²⁵ EHRM 24 augustus 1998 (*Lambert v. France*), *Reports of judgments and decisions* 1998-V.

³²⁶ Nieuwenhuis 1998, p. 433.

³²⁷ EHRM 2 augustus 1984 (*Malone*), NJ 1988, 534; Hofman 1995, p. 75-77.

Over de verhouding tussen artikel 8 en artikel 10 heeft de Hoge Raad in *Antelecom* aangegeven dat er geen sprake is van een *lex specialis* verhouding tussen beide artikelen.³²⁸

4.2.2 EG en communicatievrijheid

Naast de vraag naar de plaats van de Grondwet ten opzichte van het EVRM moet de vraag gesteld worden wat de verhouding is tussen een nationale Grondwet en het EG-verdrag. Beleid en regelgeving in Nederland moeten in overeenstemming zijn met het EG-verdrag. Bepalingen uit dat verdrag en uit verordeningen, richtlijnen en besluiten kunnen rechtstreeks werken. In dat geval kan er in Nederland, krachtens artikel 93 Grondwet, op die bepalingen een beroep worden gedaan. Het EG-verdrag raakt op twee niveaus aan de communicatievrijheid. Ten eerste door de incorporatie van het EVRM dat de hierboven beschreven bescherming biedt, ten tweede door de vrijheden die het EG-verdrag beoogt te beschermen.

De verhouding tussen EVRM en EG-verdrag is tamelijk complex. Het Hof van Justitie van de EG (HvJEG) verzekert 'de eerbiediging van de fundamentele rechten van de mens welke besloten liggen in de algemene beginselen van gemeenschapsrecht'.³²⁹ Ook is in de artikelen 6 en 7 van het Verdrag van Amsterdam vastgelegd dat de verdragsstaten hebben besloten de democratie te bevorderen uitgaande van de grondrechten die worden erkend in de lidstaten, in het EVRM en het Europees sociaal handvest, met name de vrijheid, de gelijkheid en de sociale rechtvaardigheid.³³⁰ Burkens beschrijft de gecompliceerde verhouding tussen het EHRM en HvJEG. Hij stelt voor het EVRM in het communautair recht te integreren.³³¹ Tussen de interpretatie van het EVRM door het EHRM en het HvJEG kunnen tegenstellingen ontstaan die de bescherming van de communicatievrijheid raken. In de zaak *Grogan*, over de toelaatbaarheid van een verbod op het verspreiden van informatie over abortusklinieken sprak het HvJEG zich niet uit over de toelaatbaarheid van dat verbod onder 10 EVRM. AG van Gerven meende dat de beperking onder 10 EVRM toelaatbaar zou zijn terwijl het EHRM in de vergelijkbare zaak *Open Door* het tegenovergestelde besloot.³³² In *Hoechst* interpreteert het HvJEG artikel 8 EVRM en komt tot de conclusie dat de bescherming van dit artikel zich niet uitstrekt tot bedrijfsruimten. Dit staat in schril contrast tot de

³²⁸ HR 26 februari 1999, *Mediaforum* 1999-5, nr. 26 m.nt. Hins.

³²⁹ Burkens/Kummeling 1993, p.35-36.

³³⁰ Lawson 1999, p. 6.

³³¹ Van der Pot/ Donner/ Prakke 1995, p. 214-216; Burkens/Kummeling 1993, p. 93-96.

³³² C-159/90 (*Grogan*), Jur. 1991, p. I-4721; EHRM 29 oktober 1992 (*Open door & Dublin well women – Ierland*), A-246-A; Lawson 1999, p. 16.

hierboven besproken zaak *Niemitz*.³³³ Zal het HvJEG zich aanpassen aan de jurisprudentie van het EHRM? Daarover bestaat geen zekerheid en de onafhankelijke interpretaties kunnen in de tussentijd voor verwarring en onzekerheid over de daadwerkelijke bescherming van de communicatievrijheid aanleiding geven. Lang spitste de discussie zich toe op de vraag of de EG zou moeten toetreden tot het EVRM. Dat zou meteen duidelijk maken dat de jurisprudentie van het EHRM onverkort zou gelden. Die discussie is voorlopig beëindigd door het HvJEG in Advies 2/94. Daarin werd uitgemaakt dat de Europese Gemeenschap niet bevoegd is toe te treden tot het EVRM.³³⁴ Ondertussen kan de EG ook zelfstandig proberen bepaalde grondrechten te beschermen in de Unie. Dergelijke initiatieven kunnen ook invloed hebben op de bescherming van de communicatievrijheid in de Lidstaten, een voorbeeld is de privacyrichtlijn uit 1995.³³⁵ Ook de informatiemaatschappij mag zich verheugen in grote Europese belangstelling.³³⁶

Het tweede raakvlak met de communicatievrijheid ligt als gezegd op het punt van de door het EG-verdrag beschermde economische vrijheden. Daarbij kunnen economische doeleinden in conflict komen met sociale doeleinden. De zorgplicht van de overheid om te zorgen voor pluriformiteit kan in bepaalde gevallen leiden tot een belemmering van het vrij verkeer van goederen of diensten. Het Europese Hof van Justitie heeft bepaald dat artikel 28 (ex artikel 30) EG niet in de weg staat aan beperkingen op het vrije verkeer ten behoeve van perspluriformiteit mits zo'n beperking evenredig is aan de instandhouding van de pluriformiteit en er geen minder vergaande maatregelen mogelijk zijn.³³⁷

Het EG-verdrag verbiedt beperkingen op de dienstenvrijheid in artikel 49 (ex artikel 59) tenzij die beperkingen niet-discriminerend zijn en noodzakelijk zijn ter bescherming van het met die maatregelen beoogde algemene belang, volgens de *rule of reason*.³³⁸ Daarnaast zijn er regels met betrekking tot mededinging, machtsposities en overheidssteun. Met het toenemend grensoverschrijdend karakter van communicatieprocessen is het vanzelfsprekend dat communicatiediensten steeds vaker vallen onder het

333 C-227/88 (*Hoehchst*), *Jur.* 1989, p. 2924; Lawson 1999, p. 16-17.

334 Zie over de vraag of de EG kan worden gebonden aan het EVRM zonder ratificatie, Lawson 1999, p. 183-185.

335 Richtlijn 95/46/EG, *PbEG* 1995 L 281/31; Hofman 1995, p. 98-99; Dommering e.a. 1999, p. 606, 607; maar ook de ISDN-richtlijn, Richtlijn 97/66/EG, *PbEG* 1998 L 24/1.

336 Zie <http://www.ispo.cec.be/>

337 HvJEG 26 juni 1997 (*Familiapress*), *NJ* 1998, 703.

338 Kalkman 1995, p. 18-19; Lauwaars/Timmermans 1994, p. 202-205.

regime van het vrij verkeer van diensten en informatiedragers steeds vaker onder het vrij verkeer van goederen. Deze regels gelden onverkort voor alle communicatiemiddelen, dus ook omroep, en hebben geleid tot belangrijke jurisprudentie. Met name op het gebied van de omroep heeft de jurisprudentie van het HvJEG grote invloed gehad op de communicatievrijheid. Toegangsbeperkingen en doorgiftebeperkingen werden in strijd met de dienstenvrijheid geacht in de zaken *Kabelregeling* en *Goudse Kabel*. Hierdoor ontstond meer ruimte voor commerciële omroepen.³³⁹

Daarnaast is er secundair Gemeenschapsrecht dat zich expliciet richt op communicatie. Te denken is aan de Televisierichtlijn. Bovendien heeft de EG een cruciale rol gespeeld bij de liberalisering van de telecommunicatie.³⁴⁰

Tenslotte zal in de toekomst steeds meer rekening moeten worden gehouden met de regels betreffende vrije mededinging en staatssteun als het gaat om de zorgtaak van de overheid. Het gevaar bestaat dat de overheid bij het steunen van bepaalde media te ver gaat en in conflict komt met het EG-verdrag. Het belang van de publieke omroep is wel op Europees niveau erkend, laatstelijk in het Verdrag van Amsterdam, dit mag echter niet leiden tot concurrentievervalsing ten opzichte van commerciële omroepen.³⁴¹ Dit betekent dat met name bij bespreking van eventueel in de Grondwet op te nemen bepalingen over inhouds- en toegangsbeleid terdege rekening moet worden gehouden met het Europese recht op dat gebied.

4.3 Plaats van de Grondwet

In de vorige paragraaf werd een kort overzicht gegeven van de bescherming van de communicatievrijheid in het internationale recht en van de verschillen met de Nederlandse Grondwet. In het algemeen kan daarover gesteld worden dat de artikel 8 en 10 van het EVRM een ruimere bescherming bieden dan de Grondwet en ook in een modernere formulering. Op sommige punten echter biedt de Grondwet een sterkere

³³⁹ HvJEG 26 april 1988 (*Kabelregeling/EG*), NJ 1988, 982; HvJEG 25 juli 1991 (*Goudse Kabel*), Aae 1992-1, p. 41-52 m.nt. Mortelmans; De Meij 1996, p. 199-205; zie ook Van den Beukel 1995, p. 134-140.; Van Eijk 1992, p. 170.

³⁴⁰ Zie het overzicht van relevante richtlijnen in Dommering e.a. 1999, p. 839-843; zie ook Dommering e.a. 1999, hoofdstuk 3, p. 123 e.v.

³⁴¹ Protocol bij het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997, 97/C340/01, betreffende het Publieke Omroepstelsel in de Lidstaten; Verdeelde frequenties veranderde omroep 1992, p. 147-15; Van der Pot/ Donner/ Prakke 1995, p. 216.

bescherming. Thans komt de vraag aan de orde of er nog plaats is voor eigen grondwettelijke bepalingen met betrekking tot de communicatievrijheid, gezien de internationale verdragen.

4.3.1 Artikel 93 Grondwet

De vraag naar het nut van eigen grondrechten wordt vooral ingegeven door artikel 93 van de Grondwet. Daarin kiest de grondwetgever voor een monistisch antwoord op de vraag in hoeverre een regelstellend verdrag de burgers van een land bindt. Grofweg zijn twee benaderingen te onderscheiden. De dualistische leer, die er van uit gaat dat een verdrag pas jegens burgers geldt als het is neergelegd in nationaal recht (ook wel de zogenaamde transformatieleer genoemd). De monistische leer beschouwt een verdrag als een rechtsregeling voor een grotere gemeenschap dan een nationale regeling. In Nederland werd gekozen voor de monistische benadering.³⁴² Artikel 93 en 94 Grondwet zorgen er voor dat sommige bepalingen uit internationale verdragen waarbij Nederland partij is directe werking hebben in de Nederlandse rechtsorde. Bepalingen die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden hebben directe werking jegens burgers en kunnen nationale wetgeving buiten toepassing stellen.³⁴³

Wat betekent dit voor de zelfstandige betekenis van de Grondwet naast de internationale verdragen. Gesteld zou kunnen worden dat met artikel 93 het nut van een nationale Grondwet met betrekking tot de grondrechten zou kunnen vervallen. Pleitbezorgers van de monistische benadering van het verdrag zagen daarin een voorloper van een eventueel ooit te vormen mondiaal recht. Met het afnemen van het belang van tijd en plaats en met de verregaande internationalisering die de informatiemaatschappij met zich meebrengt, lijkt dit argument weer aan actualiteit te winnen. Artikel 93 Grondwet zorgt er voor dat een aantal grondrechten uit de internationale verdragen direct in de Nederlandse rechtssfeer werken en dat dus ook toetsing van de formele wet aan die grondrechten mogelijk is. Dit biedt, zolang er geen toetsingsrecht bestaat in Nederland een aanvulling op de bepalingen in de eigen Grondwet. Toch is er een aantal argumenten dat pleit vóór een eigen grondwettelijke formulering van de grondrechten.

4.3.2 Moderne Formulering

Voor een afzonderlijke bescherming door de Grondwet naast de verdragen pleit de mogelijkheid tot het toepassen van modernere formuleringen die

³⁴² Van der Pot/ Donner/ Prakke 1995, p. 514-515.

³⁴³ Van der Pot/ Donner/ Prakke 1995, p. 216; Kortmann 1997, p. 120.

daardoor beter op de feitelijke situatie zijn toegesneden. Een tekstuele aanpassing van een zo omvangrijk verdrag als het EVRM heeft nogal wat voeten in de aarde en vergt dan ook veel tijd en inspanning met een betrekkelijk onzekere uitkomst. Dit geldt te meer nu het aantal deelnemende landen de laatste jaren is toegenomen. Hoewel een wijziging van de Grondwet met veel waarborgen is omkleed en daardoor ook niet een-twee-drie kan plaatsvinden, is het wel mogelijk te komen tot redelijk adequate formulering.

Daarmee kan dan rechtszekerheid en zodoende ook rechtsbescherming verbeterd worden. Overigens heeft de Grondwetgever tot nu toe weinig blijk gegeven van veel moderne formuleringsdrang: '[...] dergelijke ontwikkelingen onttrokken zich echter veelal aan de juridische blik, omdat zij niet tot Grondwettelijke jurisprudentie leidden. Zo bleef de blik op de communicatievrijheid gefixeerd op de problematiek van de verspreiding van drukwerk, juridisch zeker interessant, maar maatschappelijk gesproken een van toch slechts marginale betekenis', zo schampert Burkens.³⁴⁴ Het feit dat de jurisprudentie vooral beperkt bleef tot verspreiding heeft te maken met het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet, waarover hieronder meer. De casus van de communicatievrijheid leert wel dat bij een benadering die te zeer techniekafhankelijk is moderne formulering maar zeer tijdelijk adequaat blijft.

4.3.3 Hoger beschermingsniveau

Belangrijker is dat in verschillende verdragen uitdrukkelijk is vastgelegd dat verdragsbepalingen niet mogen worden uitgelegd als beperkingen op de nationaal reeds gewaarborgde grondrechten.³⁴⁵ Dit betekent dat de mensenrechtenverdragen in sommige gevallen de neerslag zijn van een consensus over het beschermingsniveau dat iedere verdragspartij tenminste moet bieden maar dat dat geen beperking inhoudt voor eventuele lokale sterkere bescherming. Staten mogen best meer bescherming bieden via hun eigen Grondwet, aldus artikel 60 EVRM.

In sommige opzichten kunnen internationale grondrechten namelijk zwakker zijn dan nationale: een aantal bepalingen van het EVRM en het IVBPR maakt beperkingen van de in de eerste leden ruimhartig gegeven grondrechten mogelijk, mits deze 'bij de wet zijn voorzien' en 'in een democratische samenleving noodzakelijk zijn' in het belang van bijvoorbeeld 'het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de

³⁴⁴ Burkens 1989, p. 16.

³⁴⁵ Van der Pot/ Donner/ Prakke 1995, p. 219.

bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen’.

Het begrip wet is zoals hierboven beschreven door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in *Sunday Times* uitgelegd als wet in materiële zin, dus mede omvattende lagere regelingen dan de wet in formele zin.³⁴⁶ Zelfs hoeft de beperking niet met zoveel woorden in deze regeling te zijn neergelegd: aan de eis van de verdragen is reeds voldaan indien de beperking is neergelegd in een beschikking van een uitvoerende autoriteit, mits deze tot het nemen van die beschikking rechtens bevoegd was.³⁴⁷ Daarnaast kunnen de beperkingscriteria *the prevention of public disorder* en *rights of others* ruim worden uitgelegd.

Aan de andere kant wordt steeds wel grote waarde gehecht aan het criterium ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ waardoor de proportionaliteit van beperkingen getoetst kan worden.³⁴⁸ Toch biedt soms de Nederlandse Grondwet meer bescherming doordat alleen beperking bij formele wet tot de mogelijkheden behoort.³⁴⁹

De Meij geeft voor de bescherming van de uitingsvrijheid een vergelijking tussen het beschermingsniveau door het EVRM en door de Grondwet. Uit die vergelijking blijkt dat op sommige punten de Grondwet, en op veel punten het verdrag meer bescherming biedt.³⁵⁰

4.3.4 Neerslag van lokale normen en waarden

De Grondwet kan ook betekenis hebben als neerslag van lokale rechtsbehoeften: ‘Doordat de grondrechtelijke bepalingen in de Grondwet uit de eigen historie zijn voortgekomen en op de eigen verhoudingen en hier te lande bestaande problemen zijn ingesteld, zijn zij meestal preciezer en onvoorwaardelijker geformuleerd’, aldus van der Pot/Donner/Prakke.³⁵¹

³⁴⁶ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.nt. EAA.

³⁴⁷ Van der Pot/ Donner/ Prakke 1995, p. 218-219.

³⁴⁸ Reeds vanaf EHRM 6 december 1976 (*Handyside*), NJ 1978, 236; en EHRM 26 april 1979 (*Sunday Times*), NJ 1980, 146 m.nt. EAA.

³⁴⁹ Van der Pot/ Donner/ Prakke 1995, p. 219.

³⁵⁰ De Meij 1996, p. 148-155, 228 noemt als voorbeelden van een hoger beschermingsniveau in de Grondwet het absolute verbod op preventieve beperkingen van drukpersproducten en het verbod op preventieve filmkeuringen.

³⁵¹ Van der Pot/ Donner/ Prakke 1995, p 219.

Een van de mogelijke functies van de Grondwet naast de internationale verdragen is dat met de Grondwet beter kan worden ingespeeld op de plaatselijke situatie en de daarbijbehorende wetgevingsbehoefte in Nederland. Door de mogelijkheid verschillende niveaus te kiezen (mits die voldoen aan de eisen van het EVRM), kan een Grondwet zo een adequater toegesneden tekst opleveren dan een verdrag. Ook Burkens vindt dat 'de omstandigheid, dat internationaal recht en nationaal recht elkaar gedeeltelijk overlappen, de Grondwettelijke grondrechten geenszins overbodig maakt. Deze grondrechten bieden een veelal specifiekere, meer op de concrete nationale behoeften toegespitste bescherming dan de internationale grondrechten.'³⁵²

Het is echter de vraag of dit argument van de grotere lokale betrokkenheid niet aan waarde inboet in de informatiesamenleving. Los van eventuele overwegingen omtrent bescherming van taal en eigen cultuur(gebied) is het de vraag of er in de internationale informatiemaatschappij een noodzaak bestaat tot een dergelijke gedifferentieerde aanpak. Aan de andere kant is het wel zo dat de normen wat betreft bijvoorbeeld de toelaatbaarheid van pornografie of blasfemie nog altijd enorm uiteen lopen tussen de verschillende staten van de Europese Raad. Dat zou er voor pleiten toch vooral wel de nationale Grondwetten te gebruiken voor een betere weergave van nationaal levende rechtsgevoelens. In dit kader kan nogmaals gewezen worden op het bijzondere voornemen – zoals geformuleerd in de nota WES – te komen tot een 'internationale eenmaking van wetgeving die is gebaseerd op culturele verschillen, zoals uitingsdelicten.'³⁵³

Een vergelijking kan wellicht worden getrokken met de situatie zoals die geldt in de VS. Daar bestaat een federale constitutie, die een in het gehele land geldend niveau van bescherming garandeert. Daarnaast is er echter een groot aantal statelijke constituties waarin een hoger beschermingsniveau wordt geboden of waarin grondrechten zijn neergelegd die in de federale constitutie geen bescherming hebben gevonden.

4.3.5 Het toetsingsverbod

Het ontbreken van een toetsingsrecht in de Grondwet en de strenge toetsing waarin met name het EVRM voorziet, is een argument tegen een eigen grondwettelijke formulering van de grondrechten. Dat is juist en het is dan ook niet verwonderlijk dat waar er gesproken wordt over een

³⁵² Burkens 1989, p. 19.

³⁵³ *Kamerstukken II 1998/99*, 25 880, nr. 5, p. 6.

nieuwe eigen grondwettelijke formulering, vaak ook het toetsingsrecht aan de orde wordt gesteld.

De kritiek op en discussie over het toetsingsverbod in Nederland is sinds de invoering in 1848 nooit verstomd.³⁵⁴ In het kader van dit onderzoek wordt volstaan met een korte opmerking. Van belang is vooral het feit dat sommige voorstellen betreffende een nieuwe communicatieparagraaf impliciet opheffing van het toetsingsverbod veronderstellen.

Ook in de Proeve werd onderkend dat het opnemen van grondrechten in de grondwet naast het EVRM nog wel degelijk nut heeft. In de grondwet opgenomen grondrechten hebben voor de burgers een bijzondere waarborg. Daaraan werd echter toegevoegd dat het ongerijmd zou zijn de burgers dan daaromtrent een beroep op de rechter te onthouden.³⁵⁵ Voorgesteld werd dus het toetsingsverbod te vervangen door een beperkt toetsingsverbod waarbij de grondrechten wel getoetst zouden kunnen worden. De staatscommissie Cals-Donner nam dit voorstel over doch in de uiteindelijke tekst kwam het huidige artikel 120 te staan:³⁵⁶ 'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.'³⁵⁷

In zijn preadvies voor de NJV pleit Koopmans voor een beperkt toetsingsrecht. Daarbij geeft hij aan dat er allang een klimaat is waarin de rechter de wet niet meer als zijn hoogste autoriteit beschouwt, maar toetst aan hoger recht. In die situatie zou het zonde zijn als alleen getoetst werd aan internationaal recht terwijl de eigen Grondwet blijft uitgesloten.³⁵⁸ Barendrecht geeft in zijn preadvies aan dat in ieder geval voor de klassieke grondrechten, waaronder ook de communicatievrijheid valt, het toetsingsverbod zou moeten worden opgeheven.³⁵⁹

Van der Pot/Donner/Prakke achten het toetsingsverbod wel aanvaardbaar als uitzondering op een ongeschreven regel. Immers, zo betogen zij, grondrechten staan niet tegenover de samenleving maar er middenin en iemand zal toch de hoogste macht moeten uitoefenen. Dommering bepleit daarentegen in zijn voorstel tot een nieuwe communicatieparagraaf wel de mogelijkheid van toetsing. In zijn voorstel zijn dan ook materiële normen

354 Kortmann 1997, p. 336-341.

355 Handelingen NJV 1992, p. 47.

356 Van der Pot/ Donner/ Prakke 1995, p. 160.

357 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, zoals deze laatstelijk is gewijzigd bij de wetten van 10 juli 1995, *Stb.* 401, 402, 403 en 404.

358 Handelingen NJV 1992, p. 47-84.

359 Handelingen NJV 1992, p. 150-151.

en specifieke beperkingsclausules opgenomen hetgeen rechterlijke toetsing veronderstelt.³⁶⁰

De conclusie zou kunnen luiden, dat de huidige formulering van de communicatievrijheid in artikel 7 en artikel 13, zelfs zónder artikel 120 van de Grondwet, de rechter weinig houvast voor een toetsing aan de Grondwet zou bieden. Toetsing wordt pas relevant als de toetsingscriteria mede worden gegeven.

4.4 Tussenconclusie

Samenvattend kan gesteld worden dat de Nederlandse Grondwet soms meer bescherming biedt dan het EVRM, met name waar een exclusieve competentie wordt toegekend aan de formele wetgever (artikel 7 lid 1). Voor het overige biedt echter het EVRM een ruimere bescherming. Hoewel het EHRM in *Lentia* impliciet toegaf dat de bescherming voor omroep minder op de omroep is toegesneden dan voor andere media kan artikel 10 EVRM als techniekonafhankelijk worden omschreven. Hetzelfde kan gezegd worden van artikel 8 EVRM dat in beginsel alle communicatiemiddelen lijkt te beschermen. Uit de jurisprudentie van het EHRM kan verder worden opgemaakt dat aan de beperkingen op het communicatiegeheim duidelijke kwaliteitseisen gesteld worden.

Opvallend is het verschil in opbouw tussen artikel 8 en 10 EVRM en artikel 7 en 13 Grondwet. Het EVRM omschrijft de vrijheid, voorziet die van een duidelijk gestructureerd beperkingssysteem met plaats voor afweging en is niet of althans minder techniekafhankelijk. De belangrijke rol van de EG met betrekking tot de bescherming van de communicatievrijheid speelt op twee niveaus; in de verhouding tot het EVRM en door het eigen beleid van de EG.

De plaats van de Grondwet naast deze internationale verdragen ligt vooral in drie componenten. Er moet sprake zijn van moderne(re) formulering, een hoger beschermingsniveau en een neerslag van lokale normen. Daarbij dient onder ogen te worden gezien dat bij eventuele invoering van materiële criteria en beperkingsclausules het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet opnieuw ter discussie gesteld zal moeten worden.

Nadat is vastgesteld wat de zelfstandige plaats van de Grondwet inhoudt, kan een conclusie worden getrokken over wenselijkheid van wijziging. In

³⁶⁰ Dommering 1998a, p. 120.

de hoofdstukken 2 en 3 is een groot aantal knelpunten aangegeven in de bescherming van de communicatievrijheid door de artikelen 7 en 13 Grondwet. De belangrijkste problemen zijn de techniekafhankelijke formulering, de door convergentie willekeurige onderverdeling in media, de onpraktisch geformuleerde beperkingsclausules, het gebrek aan toetsingsmogelijkheden en de onduidelijkheid over punten als toegang, zorg en derdenwerking.

De conclusie in deze fase van het onderzoek luidt dan ook dat de Grondwet rijp is voor wijziging. Om in de informatiemaatschappij een goede bescherming van de communicatievrijheid te realiseren zal een aanpassing noodzakelijk zijn. Zoals gebleken is de regering de zelfde mening toegedaan. Niet alleen werd een wijziging nodig geacht in de Nota WES en werd door de regering een wijzigingsvoorstel ingediend met betrekking tot artikel 13,³⁶¹ ook werd een commissie ingesteld die gevraagd is te adviseren over de grondrechten in het digitale tijdperk.³⁶²

De moeilijkste vragen zijn echter nog onbeantwoord. Welke onderdelen van de communicatievrijheid zoals die zijn onderscheiden in Hoofdstuk I moeten ook daadwerkelijk in de Grondwet komen? Blijft het huidige beperkingssysteem gehandhaafd?

³⁶¹ Inmiddels ingetrokken, *Kamerstukken I* 1998/99, 25 443, nr. 40b.

³⁶² Besluit van 23 februari 1999, *Stb.* 1999, 101; Zie ook Hins/Nieuwenhuis 1999, p. 163-165; Asscher 1999, p. 41.

5. Een nieuwe communicatieparagraaf

5.1 Inleiding

De conclusie van hoofdstuk 4 luidde dat een wijziging van de artikelen 7 en 13 Grondwet ook nuttig kan zijn naast de bestaande internationale bescherming van de communicatievrijheid. In dit hoofdstuk wordt aangegeven hoe zo'n wijziging ingericht zou kunnen worden. Eerst wordt een aantal ijkpunten opgesomd, waarmee een nieuwe formulering van de communicatievrijheid kan worden beoordeeld. Die ijkpunten zijn ontleend aan de verschillende aspecten van die vrijheid en aan de in hoofdstuk 1 uiteengezette grondslagen. Aan de hand van die ijkpunten zijn in de voorgaande hoofdstukken de knelpunten in de huidige formulering gesignaleerd. Thans dienen die ijkpunten om telkens de keuze te formuleren met betrekking tot wat men in een nieuw grondwetsartikel opgenomen wil zien.

In plaats van een keuze te maken, worden in dit hoofdstuk drie scenario's voor een mogelijke wijziging van de grondwetsartikelen gegeven. Dat is gedaan om te laten zien dat er meerdere mogelijkheden zijn met telkens vóór- en nadelen. Daarnaast zijn de scenario's bedoeld om de discussie verder te stimuleren en om de gevolgen van verschillende keuzes te demonstreren.

Eerst dienen echter twee andere opties te worden besproken. Ten eerste bestaat de mogelijkheid om geheel af te zien van een wijziging. Onder het motto 'zo slecht gaat het nu toch niet', wordt dan de verdere bescherming aan de creativiteit van de rechter en aan het EVRM overgelaten.³⁶³ Echter, de talrijke knelpunten in de huidige bescherming die in de hoofdstukken 2

³⁶³ Vgl. Kortmann 1999, p. 236.

en 3 zijn gesignaleerd, zijn van dien aard dat wijziging wel degelijk gewenst is.

Een tweede optie zou zijn het simpelweg overschrijven van de artikelen 8 en 10 van het EVRM. Ook die benadering lijkt niet de juiste aangezien daarmee de punten waarop de Grondwet wél een sterke bescherming biedt, verloren gaan. Bovendien zou het gevaar dreigen, dat de Europese interpretatie van de grondrechten het nationaal niveau negatief kan beïnvloeden. Met een steeds groter aantal landen dat zich aansluit bij het EVRM, moet daarmee rekening worden gehouden. Daarnaast pleiten tegen het simpel overnemen van de verdragsteksten de drie argumenten, die in hoofdstuk 4 zijn genoemd, t.w. een modernere formulering, de neerslag van lokale normen en waarden en het bieden van een hoger beschermingsniveau. Daar kan aan worden toegevoegd dat de interpretatie van het EVRM een dynamisch proces is, waarbij het EHRM vaak ook te rade gaat bij nationale constituties. Het zou geen goede zaak zijn als dat proces van Nederlandse kant zou worden stil gelegd.

5.2 IJkpunten

Hieronder volgen kort de ijkpunten voor de scenario's voor een mogelijke nieuwe communicatieparagraaf. Deze vijf ijkpunten zijn gevonden aan de hand van de onderscheiden aspecten van de communicatievrijheid, zoals in hoofdstuk 1 beschreven. Het zijn het bereik, de toegang, de zorgplicht, de horizontale werking en de beperkingen. Dat worden straks ook de ijkpunten, waarlangs de drie scenario's kunnen worden beoordeeld.

5.2.1 Bereik

Ten aanzien van het bereik van het grondrecht dienen de volgende punten in ogenschouw te worden genomen.

De formulering

Het eerste niveau waarop we met vrijheid geconfronteerd worden, is dat van de formulering van het recht zelf. De communicatievrijheid kan op talloze manieren verwoord en verder vorm gegeven worden. De formulering van de vrijheid is vooral zo belangrijk omdat zij gevolgen heeft voor de reikwijdte, de interpretatie, de beperkingen en het begrip van de vrijheid. Er zijn dan ook veel varianten mogelijk. Het gaat om een keuze als die tussen een negatieve of een positieve omschrijving, of die tussen een alomvattende 'term' of een catalogus van de verschillende onderdelen van de vrijheid en om de vraag tot wie het recht gericht is.

Object

Wat wordt beschermd als onderdeel van de vrijheid? Gebleken is dat de term 'gedachten en gevoelens' in artikel 7 Grondwet problemen oproept bij de interpretatie van het bereik van de bepaling. Tegenover deze beperkte term staat de mogelijke introductie van het begrip informatie als het object van het grondrecht. Een ander knelpunt vormt het huidige artikel 7 lid 4 Grondwet, waarmee een hele categorie uitingen van de bescherming van artikel 7 wordt uitgesloten. Met het uitzonderen van handelsreclame wordt het bereik sterk ingeperkt. In het huidige artikel 13 Grondwet wordt het object van het recht bepaald doordat bepaalde communicatiemedia voor bescherming worden aangewezen. Dit bleek een knelpunt omdat daarmee niet flexibel kon worden gereageerd op nieuwe communicatiemiddelen.

In hoofdstuk 3 is gebleken hoe verwarrend een slecht omschreven afbakening tussen bijvoorbeeld het gemene privacyrecht en artikel 13 Grondwet kan werken. Het is dan ook van belang dat in een nieuwe communicatieparagraaf duidelijke keuzen worden gemaakt over de verhouding tussen de diverse rechten, en dat die keuzen afdoende worden geëxpliciteerd. Een van de mogelijkheden daartoe zou kunnen liggen in het samengaan van de artikelen 7 en 13 in een nieuw communicatiegrondrecht, vanwege de samenhang van het communicatiegeheim met de communicatievrijheid.

Ook ten aanzien van de afbakening tussen de artikelen 10 en 13 moet een keuze worden gemaakt. Hierbij speelt de vraag naar de grondslag van artikel 13 een rol. Vindt men dat artikel 13 een *specialis* is van het gemene privacyrecht dan heeft dat gevolgen voor de formulering en afbakening van artikel 13. Gaat men echter uit van het meer hybride karakter van artikel 13 dan komt het er op aan in de Grondwet duidelijk te maken waarin artikel 13 zich onderscheidt van artikel 10.

Fasen in het communicatieproces

Welke fasen in het communicatieproces moeten worden opgenomen in de grondwettelijke norm? In Hoofdstuk 1 is aangegeven dat het communicatieproces zich afspeelt tussen personen en zich uitstrekt van het koesteren van een mening of gedachte, tot het toegang verkrijgen tot een communicatiemiddel.

De vraag welke fasen van het proces ook daadwerkelijk bescherming door de Grondwet verdienen is sterk afhankelijk van de gekozen benaderingswijze. Moet de zendergerichte benadering van de huidige

formulering worden verlaten of moet er aan worden vastgehouden teneinde de huidige bescherming van de traditionele ‘zenderuitingsvrijheid’ te sauveren. Als men wél de onderscheiden fasen van het communicatieproces wil benoemen, en bijvoorbeeld de vrijheid gedachten te koesteren opneemt, waar ligt dan de grens met bijvoorbeeld de gewetensvrijheid en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Een voordeel van een bepaling met een ruim bereik is dat meer fasen van het communicatieproces onder de bescherming gebracht kunnen worden. Nadeel zou kunnen zijn dat de kracht van de bepaling afneemt.

Techniek

Direct verbonden met de problematiek rond een nieuwe formulering, is de vraag wat te doen met de plaats van techniek in de nieuwe communicatieparagraaf. De roep om techniekonafhankelijkheid wordt in alle gewesten gehoord en gevreesd. Veel van de in hoofdstuk 2 en 3 gevonden knelpunten waren direct of indirect terug te voeren op techniekafhankelijkheid. Als bezwaar kwam steeds naar voren dat bij alle technische veranderingen de bescherming mee verandert, als men die afhankelijk van die techniek maakt. Is het mogelijk het grondrecht geheel techniekonafhankelijk te formuleren? En zoja, is een dergelijke oplossing te prefereren boven de huidige? De keuze voor techniekonafhankelijke formulering impliceert een keuze tegen regulering per sector. Kiest men voor sectorale regulering dan stuit men immers op het probleem dat de grenzen door de voortschrijdende techniek vervagen. Hierbij kan nog worden aangetekend dat de door de regering ingestelde commissie ‘Digitale grondrechten’ uitdrukkelijk de opdracht heeft meegekregen zo mogelijk te zoeken naar niet techniekafhankelijke normen.³⁶⁴ De voordelen van techniekonafhankelijkheid zijn evident, zijn er ook nadelen? De vraag is wat er in de plaats komt van een dergelijke norm. Soms is het middel erger dan de kwaal, zoals in het eerder genoemde voorbeeld van ‘vertrouwelijke communicatie’, de beoogde opvolger van het briefgeheim. Is er in zo’n geval al sprake van techniekonafhankelijkheid, dan gaat de bescherming over de hele linie omlaag.

Overigens is het niet zo dat uitsluitend gekozen kan worden voor al dan niet geheel techniekafhankelijke grondrechten. Ook denkbaar is een gemengde formulering van techniekafhankelijke en techniekonafhankelijke normen. Dit is een vorm die in de praktijk wel voorkomt, zoals bijvoorbeeld in artikel 10 EVRM.

³⁶⁴ De minister verzoekt: ‘... dat de grondrechten zoveel mogelijk techniekonafhankelijk worden geformuleerd’, *Stb.* 1999, 101.

5.2.2 Toegang

Zoals bleek in paragraaf 2.3.4. vormen toegangsrechten een belangrijk onderdeel van de communicatievrijheid. Daarbij is een onderscheid gemaakt tussen verschillende niveaus van toegangsrechten, te weten:

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. Toegang tot informatie;2. Toegang tot (schaarse) hulpbronnen;3. Toegang tot communicatiemiddelen;4. Toegang tot de communicatiemarkt. |
|---|

Daarnaast valt een onderscheid te maken met betrekking tot de rol van de overheid in toegangsvragen. Eén kant van de toegangsrechten is de onthouding van overheidsbemoeienis met toegang te garanderen, anderzijds spreekt men van een zorgplicht voor de overheid toegang tot bepaalde informatie of tot bepaalde communicatiemiddelen te bevorderen. Dit hoort bij de meer sociale kant van het grondrecht en komt hierna aan de orde bij de zorgplicht als ijkpunt.

Het huidige artikel 7 geeft onvoldoende duidelijkheid over toegang. De vraag is of bepalingen met betrekking tot toegangsrechten moeten worden opgenomen in een nieuwe formulering. Voor een dergelijke beslissing pleit de veranderende rol van de overheid waarbij het accent steeds meer is komen te liggen op beïnvloeding van de markttoetreding en steun aan marktpartijen in plaats van het klassieke censureren. Ook de verregaande liberalisering van grote delen van de informatiemarkt noopt tot nieuwe aandacht voor toegangsvragen. Het gaat dan om de vraag in hoeverre in die nieuwe situatie vrije toegang tot de markt en tot de schaarse hulpbronnen gegarandeerd moet worden.

Het recht informatie ongehinderd te ontvangen komt ook naar voren als beschermenswaardige fase van het communicatieproces, zoals hierboven beschreven. Het opnemen van een recht van ontvangst past in het verlaten van de zendergerichte benadering van de communicatievrijheid. Bij het formuleren van een toegangsrecht tot informatie moet het vooral ook gaan om een vrijheid van toegang tot reeds geopenbaarde informatie.

Kernpunt bij de introductie van toegangsrechten in een nieuwe communicatieparagraaf is voorts de status van die rechten ten opzichte van de klassieke zendervrijheid. Geldt bijvoorbeeld dezelfde beperkingsclausulering als die met betrekking tot het klassieke vrijheidsrecht? Een tweede kernpunt is de verhouding van toegangsrechten tot economische vrijheden. In hoeverre kan de overheid op niet-

economische gronden de toegang tot de markt beïnvloeden? Een derde punt raakt aan de techniek. Kan onderscheid worden gemaakt in toegangsrechten al naar gelang de gebruikte techniek? Thans is in de jurisprudentie de toegangsvrijheid tot de drukpersmarkt sterk beschermd terwijl de vrije toegang tot de omroepmarkt beperkt is.

Bij het garanderen van toegang tot de communicatiemarkt komt het raakvlak met de mededingingsvrijheid duidelijk naar voren. Het gebrek aan evenwicht tussen de mededingingsvrijheid en het overheidsbeleid met betrekking tot regulering van de informatiemarkt is thans nog aan het grondwettelijk oog onttrokken daar er nergens gerept wordt over toegang tot de communicatiemarkt. In een nieuwe communicatieparagraaf kan ervoor gekozen worden, met het oog op toegang tot de *free marketplace of ideas*, een transparante en non-discriminatoire communicatiemarkt voorop te stellen.³⁶⁵

5.2.3 Zorgplicht

Inhoud

In hoofdstuk 2 is opgemerkt dat een aantal grondrechten, waaronder de communicatievrijheid, in de loop van de 20^{ste} eeuw steeds meer een zorgplichtkarakter ofwel een sociaal karakter hebben gekregen. In de tekst van artikel 7 en 13 Grondwet is van die functie thans niets terug te vinden. Er is geen grondwettelijke grondslag voor de inhoud van het mediabeleid, dat de overheid voert.³⁶⁶ Het afweerrecht is deels wel geformuleerd, het sociale karakter van het grondrecht niet. De regering wilde bij de wijziging van 1983 wachten tot het onderwerp 'voldoende was uitgekristalliseerd'.³⁶⁷ Is het onderwerp thans voldoende uitgekristalliseerd om op te nemen in de nieuwe communicatieparagraaf? Als men daarvoor kiest, rijzen weer nieuwe vragen. Wil men de zorgplicht met een positieve opdracht normeren of wil men het handelen van de overheid in een beperkingsclausule aan banden leggen? Immers elk overheidsbeleid met betrekking tot de media kan ook beleid met betrekking tot de inhoud meebrengen en dus loert hier het gevaar van de sluipende introductie van verregaande overheidsinvloed op 'wenselijke uitingen'.³⁶⁸ De ene keuze leidt tot een inhoudelijke opdracht aan de overheid om bijvoorbeeld de pluriformiteit van de media en/of de informatievoorziening te bevorderen.

³⁶⁵ Zie hoofdstuk 1, Nieuwenhuis 1991, p 28-30, communicatievrijheid komt pas tot bloei bij een in alle opzichten vrije markt voor ideeën.

³⁶⁶ Of het zou artikel 22 lid 3 Grondwet. moeten zijn.

³⁶⁷ *Kamerstukken II*, 13 872, nr. 7, p. 28; De Meij 1996, p. 251-252; Vlemminx 1998, p. 169.

³⁶⁸ Zie ook Asscher 1999, p. 41.

De andere tot de eis dat het beleid van de overheid in dit opzicht bijvoorbeeld proportioneel en subsidiair moet zijn en gericht op tevoren nauwkeurig omschreven doelen.

Een zorgplicht betreft niet alleen de pluriformiteit van de media, maar ook de toegang en wel in de onderscheiden aspecten daarvan. In de eerste plaats is er de toegang tot informatie, waartoe zich de zorgplicht uitstrekt. Die zorgplicht kan zich bijvoorbeeld uiten in de stimulering van het ontsluiten van informatie door bijvoorbeeld openbare bibliotheken. Dan is er de toegang tot de schaarse hulpbronnen. Voor zover er op dit punt een zorgplicht is, uit deze zich vooral in het organiseren van de communicatiemarkt. De toegang tot de communicatiemiddelen kan bevorderd worden door bijvoorbeeld stimulering van het gebruik van het internet of het instellen van universele dienstverlening. Wil men in de Grondwet iets van de zorgplicht van de overheid neerleggen dan staat men voor de vraag welke van al deze aspecten ervan expliciet moeten worden opgenomen dan wel dat het beter is ze samen te vatten in één algemene opdracht.

Een ander aspect aan het introduceren van een zorgplicht is dat er een conflict ontstaat tussen de zorgplichten waarbij sociale doeleinden tegenover de vrije mededinging komen te staan. Hier is het niet per se zo dat de markt faalt cultuurgoederen te produceren, zij slaagt er alleen niet in de door de overheid gewenste goederen te produceren. Anderzijds kan het ingrijpen in de markt teneinde meer competitie te krijgen ook een positief gevolg hebben op de pluriformiteit. Er zal in ieder geval een uitspraak moeten worden gedaan over de interne verhouding tussen de vrijheid van mededinging en het recht op pluriforme informatie c.q. toegang.

5.2.4 Horizontale werking

Dat sommige grondrechten kunnen doorwerken in horizontale verhoudingen, is reeds lange tijd erkend. In hoeverre is het echter nodig hiervoor een opdracht of norm in de Grondwet zelf neer te leggen? Indien men ertoe besluit om een bepaling dienaangaande op te nemen, staat men voor de vraag in welke vorm de bepaling wordt gegoten. Immers de mogelijkheden variëren van het opnemen van directe horizontale werking tot een opdracht aan de wetgever zorg te dragen voor de bescherming van de vrijheid in horizontale verhoudingen.

5.2.5 Beperkingen

Na de formulering van de vrijheid komt de cruciale vraag naar de formulering van de beperkingsclausule aan de orde. Welk beperkingssysteem wordt gekozen? Zijn er doelcriteria? Komt er een noodzakelijkheidstoets als in artikel 8 en 10 EVRM? En wat zijn de implicaties van invoering van een dergelijke toets voor het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet?

Bij het vaststellen van de beperkingsclausule moet het EVRM-niveau als minimum gelden, maar zijn nog steeds allerlei varianten denkbaar. Een van de knelpunten van zowel artikel 7 als artikel 13 Grondwet is dat de mogelijkheid de vrijheid te beperken verschilt naar gelang de gebruikte techniek. Dit kan weliswaar met een techniekonafhankelijke formulering worden ondervangen, maar de vraag blijft staan of er voor één beschermingsniveau moet worden gekozen, dan wel voor meerdere. Als men kiest voor slechts één beperkingsclausule kan het beschermingsniveau over de hele linie omhoog, maar ook omlaag gaan. Een van de bezwaren tegen het voorgestelde nieuwe artikel 13 Grondwet was, dat het gehele beschermingsniveau terecht zou komen op het lagere niveau van het telefoongeheim. Is het evenwel reëel het hoge beschermingsniveau van de drukpersvrijheid en het briefgeheim te willen toepassen op alle communicatiemiddelen? Het gaat hier om de formele aspecten van de beperkingsregimes van de huidige artikelen 7 en 13 Grondwet. Is het wenselijk vast te houden aan de eis dat een beperking in sommige gevallen uitsluitend is toegestaan bij wet c.q. op last van de rechter? Kiest men toch voor meerdere niveaus van bescherming, wat wordt dan het onderscheidend criterium, zonder terug te vallen op een technische afbakening? Een van de mogelijkheden is dan wellicht een onderscheid tussen beperkingen die zijn gericht op de inhoud en beperkingen die niet zijn gericht op de inhoud.³⁶⁹

Een belangrijk onderdeel van de beperkingsclausule in artikel 7 Grondwet is het censuurverbod. Bij een herziening moet worden gekeken of en hoe dat censuurverbod in een nieuwe Grondwet behouden kan blijven.

Een belangrijk punt bij het vaststellen van de beperkingsclausules voor een nieuwe communicatieparagraaf is de mogelijkheid materiële beperkingsgronden vast te stellen. Indien van een beperking geëist wordt dat zij noodzakelijk is in een democratische samenleving veronderstelt dat een toetsingsmogelijkheid. Een keuze voor een dergelijk systeem betekent

³⁶⁹ Die suggestie is o.a. gedaan in Hins 1995, p. 42-44.

dan ook dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet ter discussie moet worden gesteld.³⁷⁰ Ook zonder het afschaffen van het toetsingsverbod kan de introductie van materiële beperkingsgronden overigens nut hebben. Immers, de toetsing kan ook plaatsvinden door de wetgever en levert hem dan een extra motiveringsplicht op.

Een typisch Nederlands aspect aan artikel 7 Grondwet is het algemene vergunningverbod voor drukpersuitingen, een zeer sterke bescherming.³⁷¹ Als men die bescherming wil handhaven, roept dat de vraag op of zij ook moet gaan gelden voor andere communicatiemiddelen. Wil men deze bescherming beperkt houden tot de drukpers, dan impliceert dat wederom de noodzaak van een technisch onderscheid. Men bedenke daarbij dat, als gekozen wordt voor één regime van beperkingen en als daarbij zowel het vereiste van een wet in formele zin gehandhaafd blijft, als het absolute vergunningverbod, lagere overheden niet meer zouden kunnen optreden tegen bijvoorbeeld landschapvervuilende reclame. Hiermee is tegelijkertijd aan de orde gesteld wat een nieuwe communicatieparagraaf kan betekenen voor de gemeentelijke autonomie.

Bij openbare communicatievrijheid zal de burger in het algemeen merken dat hij in zijn vrijheid wordt beperkt en daardoor zal hij bij de rechter over die schending kunnen klagen. Gaat het echter om het communicatiegeheim dan weet het rechtssubject vaak niets af van de tegen hem gebruikte beperking. Dit roept de vraag op of ook de plicht tot het mogelijk maken van het instellen van een rechtsmiddel in de nieuwe communicatieparagraaf moet worden opgenomen. Kortom, het gaat om de vraag of en in welke gevallen de notificatieplicht moet gelden.

³⁷⁰ Zie Dommering 1999, p. 120.

³⁷¹ Zie Dommering 1999, p. 114.

5.2.6 Samenvatting

Bereik	Positieve formule
	Ruim object
	Informatiebegrip
	Fasen van het communicatieproces
	Techniekonafhankelijk
Toegang	Informatie
	Middelen
	Markt
Zorgplicht	Inhoud
	Toegang
Horizontale werking	Direct of anders
Beperkingen	Materieel
	Formele eisen
	Censuurverbod
	Vergunningenverbod
	Doelcriteria
	Noodzakelijk in democratische samenleving
	Notificatieplicht

5.3 Inleiding drie scenario's

Hieronder volgen drie scenario's voor een nieuwe formulering van de communicatievrijheid in de Grondwet. Bij elk scenario worden aan de hand van de in de vorige paragraaf beschreven ijkpunten de voor- en nadelen tegenover elkaar gezet. Het spreekt vanzelf dat er door allerlei combinaties van de ijkpunten nog veel meer dan drie scenario's te maken zijn.

5.4 Scenario A

Als men uitgaat van een terughoudende overheid die het primaat van de bescherming bij het EVRM laat c.q. legt, kan gekozen worden voor een benadering die de huidige artikelen enigszins intact laat maar wel de ergste knelpunten tracht weg te nemen. Deze benadering ligt dicht bij de 'Hollandse traditie', door dicht bij de huidige tekst te blijven. Een voorbeeld van die benadering lijkt te liggen in het voorstel dat uiteindelijk door de Tweede kamer werd aangenomen met betrekking tot wijziging van artikel 13 Grondwet. In dat voorstel werd het oude systeem van artikel 13

Grondwet gehandhaafd, met dien verstande dat een aantal verbeteringen werd aangebracht.³⁷² Bovendien, zo blijkt ook uit de Nota Wetgeving voor de Elektronische Snelweg, streeft de overheid naar een terughoudende rol. Meer organiseren en ordenen dan sturen.³⁷³ In dat streven past het om zoveel mogelijk over te laten aan het EVRM en op nationaal niveau slechts de essentialia te regelen.

5.4.1 Tekst

Artikel 7 *nieuw*

1. Niemand heeft voorafgaand verlov nodig om gedachten en gevoelens te openbaren.
2. Beperkingen die zien op de inhoud van de uiting kunnen slechts bij wet opgelegd worden, indien zij noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.
3. Beperkingen die niet zien op de inhoud van de uiting kunnen slechts bij of krachtens algemeen verbindend voorschrift opgelegd worden, indien zij noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.
4. Voorafgaand toezicht op de inhoud is uitgesloten

Artikel 13 *nieuw*

1. Het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het geheim van andere communicatietechnieken zijn onschendbaar, behalve, indien noodzakelijk in een democratische samenleving, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter of, in het geval de nationale veiligheid dat eist, door of met machtiging van hen die daartoe bij wet zijn aangewezen.
2. Het geheim van de gegevens met betrekking tot communicatie als bedoeld in de eerste volzin is eveneens onschendbaar, behalve, indien noodzakelijk in een democratische samenleving, in de gevallen bij de wet omschreven, door of met machtiging van hen, die daartoe bij wet zijn aangewezen.
3. Degene van wie het geheim als bedoeld in het eerste lid is geschonden, wordt van die schending zo spoedig mogelijk in kennis gesteld. Indien het belang van de nationale veiligheid of het belang van de strafvordering dat vergt, kan volgens bij de wet te stellen regels de kennisgeving worden uitgesteld. In de bij de wet te bepalen gevallen kan de kennisgeving achterwege worden gelaten, indien het belang van de nationale veiligheid zich tegen kennisgeving blijvend verzet.

5.4.2 Toelichting

Bereik

In dit eerste scenario zijn de huidige formuleringen zoveel mogelijk intact gelaten. Daarom is de negatieve formulering gehandhaafd. Het artikel blijft vooral tegen de overheid gericht en beschermt ook alleen tegen de overheid. Het object van artikel 7 Grondwet is nog steeds omschreven als

³⁷² Zie *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 443; daarover H3.

³⁷³ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nrs. 1-2, p. 10-13; zie ook par. 1.2.4.

‘gedachten en gevoelens’. De term ‘gedachten en gevoelens’ moet, overeenkomstig jurisprudentie en wetsgeschiedenis, begrepen worden als een ruime omschrijving van mogelijke uitingen. Bij artikel 13 is het object uitgebreid met het geheim van ‘andere communicatietechnieken’. Daarnaast is het object van artikel 13 uitgebreid met verkeersgegevens. Verschil met het huidige artikel is echter dat de aangewezen media niet meer limitatief zijn opgesomd. Artikel 7 is nog steeds zendergericht. De techniekafhankelijkheid is in artikel 7 verlaten, maar niet geheel in artikel 13.

De belangrijkste wijziging ten opzichte van het huidige artikel 7 is het weglaten van de begrippen drukpers, radio en televisie en ‘andere middelen’. Het is niet meer te rechtvaardigen om een principieel onderscheid tussen een drukpersproduct en een product van een ander communicatiemiddel te maken. Met het schrappen van deze begrippen zijn ook de interne afbakeningsproblemen van de baan en is het artikel techniekonafhankelijk gemaakt. Daar staat tegenover dat ook de zeer sterke bescherming van de drukpersvrijheid is komen te vervallen. Het verdwijnen van ‘radio en televisie’ heeft tot gevolg, dat de uitzonderingspositie van de omroep is verdwenen. Omroepvoorschriften moeten op grond van dit scenario ook strikt voldoen aan de beperkingseisen die zijn gesteld in lid 2 en lid 3.

De belangrijkste wijziging van artikel 13 wat betreft het bereik ligt in de uitbreiding van het object met ‘andere communicatietechnieken’ en verkeersgegevens. De wijziging van artikel 13 komt deels overeen met het door de Tweede Kamer aangenomen voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet. Wel is gekozen voor ‘andere’ communicatietechnieken, terwijl het voorstel spreekt van ‘vergelijkbare’ technieken. Door te kiezen voor ‘andere’ is duidelijk dat het artikel niet meer enumeratief moet worden gelezen.

Nadeel van deze formulering is dat de kritiek erop, die o.m. geuit werd tijdens de behandeling in de Eerste Kamer, gedeeltelijk van kracht blijft. Die kritiek betrof met name de vraag wat ‘vergelijkbare communicatietechnieken’ zijn.³⁷⁴ Voordeel van dit scenario is dat de formulering en de opbouw van het huidige artikel intact blijven. De Europese jurisprudentie biedt aanleiding tot de uitbreiding van het artikel met verkeersgegevens. Dat schept duidelijkheid tegenover de wetgever bij het verder formuleren van bijvoorbeeld beperkingen in het Wetboek van

³⁷⁴ Het werd dan ook ingetrokken, *Kamerstukken I 1997/98*, 25 443, nr. 40d en Nieuwenhuis 1998, p. 427.

Strafvordering.³⁷⁵ Men zou deze wijziging van artikel 13 kunnen karakteriseren als een reparatievoorstel. Nadeel van deze geringe aanpassing is dat de afbakening met andere grondrechten nog altijd moet blijken uit de aangewezen media.³⁷⁶

Het vierde lid van artikel 7 is verwijderd, hetgeen het bereik van de bepaling sterk vergroot. Uit de conclusies van hoofdstuk 2 valt op te maken dat het vierde lid als knelpunt is aan te merken en dat het voor de mogelijkheid het landschap te beschermen tegen overvloed aan reclame niet per se noodzakelijk is. Voor het overige kunnen reclame-uitingen onderworpen worden aan beperkingen volgens een nieuwe formulering van de beperkingsclausule.

Toegang

Toegangsrechten zijn in scenario A niet opgenomen. Dit scenario blijft wat dat betreft redelijk in de buurt van het huidige regime. Bepaalde toegangsrechten moeten dus impliciet aanwezig worden geacht. Dankzij de bepaling 'bij of krachtens Algemeen Verbindend Voorschrift' blijft de mogelijkheid bestaan voor lokale overheden om in bepaalde gevallen een beperkende verordening op te stellen.

Zorgplicht

Net zo min als in het huidige artikel 7 of 13 Grondwet zijn bepalingen opgenomen over de zorgplicht van de overheid met betrekking tot inhoud of de toegang. In dit scenario ligt de nadruk op het afweerkarakter van de grondrechten.

Horizontale werking

In scenario A is geen bepaling opgenomen met betrekking tot de werking jegens derden.

Beperkingen

In scenario A is gekozen voor een andere beperkingsystematiek dan in het huidige artikel 7 en 13 Grondwet. Niet het gebruikte medium bepaalt of een beperking toegestaan is maar gekozen is voor een onderscheid tussen beperkingen gericht op de inhoud, en beperkingen die dat niet zijn. Indien een beperking gericht is tegen de inhoud van een uiting, moet aan zwaardere eisen worden voldaan. Een dergelijke beperking mag alleen bij

³⁷⁵ EHRM 2 augustus 1984, *Series A*, no. 82; Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 110.

³⁷⁶ N.B. dit artikel is van kracht voor wat betreft het telecommunicatiegeheim, vgl. 18.13 Tw, H3. Niet met betrekking tot het postgeheim want dat zou in strijd zijn met de Grondwet. Het artikel wijkt af met betrekking tot lid 2 en 3 van het voorstel.

formele wet worden opgelegd en dan uitsluitend in het geval dat dat noodzakelijk is in een democratische samenleving. Censuur is in ieder geval uitgesloten. In artikel 13 is onderscheid gemaakt tussen de bescherming van de inhoud van communicatie en de bescherming van informatie met betrekking tot die communicatie.

De toetsingsmogelijkheid die in dit scenario wordt geïntroduceerd, lijkt veel op die van artikel 8 en 10 EVRM. Gekozen is voor de formulering ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’. Een dergelijke toetsingsmogelijkheid is ook opgenomen in artikel 13, dit in tegenstelling tot het door de Tweede Kamer aangenomen voorstel waarop het enigszins gebaseerd is. Wat ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ betekent, wordt in belangrijke mate ingevuld door de rechter. Daarbij zal de betekenis die het EHRM in verschillende uitspraken hieraan heeft gegeven, tot richtsnoer moeten dienen.

Doelcriteria zijn niet opgenomen in artikel 7, wél in artikel 13. De doelcriteria in artikel 10 EVRM zijn dermate ruim gebleken dat het niet is voorgekomen dat een klacht over schending van artikel 10 reeds werd toegewezen bij gebreke van een *legitimate aim*. Daarmee lijkt het belang van expliciete doelcriteria gering. In artikel 13 is wél een doelcriterium opgenomen, omdat alleen bij beperkingen ten behoeve van de nationale veiligheid, een uitzondering op de algemene beperkingsclausule gerechtvaardigd is.

Voorts is een kennisgevingsplicht in artikel 13 opgenomen. Dat stelt de burger in staat de schending van zijn communicatiegeheim zelf aan een rechter voor te leggen, waarmee hij een effectief rechtsmiddel in handen heeft gekregen. Wel is een exceptie opgenomen van deze kennisgevingsplicht, te weten uitstel van de notificatie als dat nodig is voor de nationale veiligheid of in het belang van de strafvordering en afstel slechts in het belang van de nationale veiligheid. Daardoor kan een beperking in het kader van de nationale veiligheid voorgoed voor de burger verborgen blijven. De uitzondering op de notificatieplicht ziet enerzijds op het opsporen en vervolgen van misdadigers en anderzijds op een effectief kunnen opereren van de nationale veiligheidsdienst. De behoefte daaraan is – ook tijdens het kamerdebat – meermalen uitgesproken.

Het algemene censuurverbod betekent dat de bepaling over jongeren dan zestien jaar in dit scenario ook uit de Grondwet verdwijnt en dat daarmee de mogelijkheid tot censuur van vertoningen voor deze jongeren wordt afgeschaft. De noodzaak tot deze vorm van censuur is uit het voorgaande ook niet echt gebleken. Het knelpunt van deze bepaling in het huidige

artikel 7 betrof het begrip ‘vertoning’, dat niet duidelijk is. Afbakeningsproblemen zijn hiermee dus verdwenen. Daar staat tegenover dat een mogelijkheid om de jeugd op die manier te beschermen wordt weggenomen.

In scenario A blijven belangrijke onderdelen van het huidige artikel 7 en 13 bewaard. Structuur en formulering blijven vergelijkbaar en ook de jurisprudentie die is gevormd met betrekking tot bijvoorbeeld de verspreidingsleer kan behouden blijven.

5.5 Scenario B³⁷⁷

In hoofdstuk 4 is opgemerkt dat de rechtvaardiging voor een zelfstandige plaats van de Grondwet op het punt van de communicatievrijheid ten opzichte van de internationale verdragen vooral bestaat uit drie onderdelen. De Grondwet kan een neerslag zijn van lokale waarden, kan een modernere invalshoek hebben dan de internationale verdragen en kan een hoger beschermingsniveau bieden. Deze drie factoren kunnen leiden tot een meerwaarde van een nationale Grondwet naast de internationale mensenrechtenverdragen. Dit noopt tot een wat andere benadering van een nieuwe communicatieparagraaf dan in scenario A. Het leidt tot de conclusie dat de Nederlandse Grondwet een duidelijke meerwaarde moet vertegenwoordigen ten opzichte van het EVRM. In dat geval zou de wijziging wellicht ambitieuzer kunnen zijn. Daarom wordt in dit scenario gekozen voor een nieuwe formulering van het vrijheidsbegrip en een nieuwe beperkingssystematiek die overeenstemmen met het Nederlandse vrijheidsideaal en die meer bescherming bieden dan artikel 10 respectievelijk 8 EVRM.

5.5.1 Tekst

Artikel 7 *nieuw*

1. Een ieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat mede de vrijheid een mening te koesteren en informatie te garen, te ontvangen, op te slaan, toegankelijk te maken en door te geven zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.
2. Voorafgaand verlot vanwege de inhoud is uitgesloten.

³⁷⁷ De discussies gevoerd in het kader van de VMC -studiecommissie ‘Digitale Grondrechten’ hebben mede tot inspiratie gediend bij het opstellen van deze variant. Dit rapport is gepubliceerd in *Mediaforum* 1999-11/12.

3. Een beperking op het recht op vrijheid van meningsuiting is toegestaan bij of krachtens de wet, indien zij in een democratische samenleving noodzakelijk is ten behoeve van een in het algemeen verbindend voorschrift uitdrukkelijk omschreven doel. Een beperking gericht tegen de inhoud van inlichtingen of denkbeelden is bovendien slechts toegestaan, wanneer er een dwingende maatschappelijke noodzaak is, en kan uitsluitend bij wet worden opgelegd. Een bemoeienis met de vrijheid van meningsuiting die geen beperking van dat recht vormt, is slechts toegestaan indien dat noodzakelijk is in een democratische samenleving.
4. De overheid ziet er op toe dat dit recht ook in private rechtsverhoudingen is gegarandeerd.

Artikel 13 *nieuw*

1. Een ieder heeft recht op respect voor aan een informatietransporteur toevertrouwde geadresseerde informatie alsmede voor de informatie die bij het vervoer ontstaat, wordt aangewend, wordt opgeslagen of overblijft.
2. Dit recht kan bij wet beperkt worden in de gevallen, bij de wet voorzien, indien en voor zover dat noodzakelijk is in een democratische samenleving, op last van de rechter.
3. Na een beperking wordt de beperkte daarvan onverwijld in kennis gesteld, tenzij en voor zover het belang van de nationale veiligheid of de strafvordering zich daar tegen verzet.
4. De overheid ziet er op toe dat dit recht ook in private rechtsverhoudingen is gegarandeerd

5.5.2 Toelichting

Bereik

Dit verder strekkend scenario B bevat voor artikel 7 een uitgebreider omschrijving van het grondrecht. Het biedt een positieve formulering, waarin de verschillende fasen van het communicatieproces zijn opgenomen. Aangesloten is bij artikel 10 EVRM. De beperkingsclausule komt overeen met die van scenario A met dat verschil er een extra motiveringsplicht is toegevoegd – het doel moet worden omschreven – alsmede een bepaling die ziet op andere overheidsinmenging die niet als een beperking van de vrijheid kan worden beschouwd.

Ook artikel 13 is positief geformuleerd, en is gedeeltelijk geïnspireerd door artikel 8 EVRM. Bovendien is gekozen voor het transportgeheim, waarbij de verkeersgegevens dezelfde bescherming krijgen als de inhoud van de communicatie. Vereist is dat de informatie is toevertrouwd aan een instelling van vervoer.

Een van de bezwaren tegen het huidige artikel 7 is dat er nergens staat wat het recht inhoudt. Het artikel heeft eigenlijk geen positieve betekenis, het verbiedt hoogstens de overheid bepaalde handelingen te verrichten. In dit scenario is daarvan afgestapt en wordt begonnen met het recht positief te formuleren. Zowel artikel 7 als artikel 13 begint ook met ‘een ieder heeft

het recht'. In artikel 7 is bovendien afgestapt van de fixatie op de zender. Ook andere fasen van het communicatieproces worden expliciet genoemd.

Ook de oude omschrijving van het recht op communicatiegeheim is aan kritiek onderhevig. Het huidige briefgeheim lijkt geen *recht* maar een waarschuwing gericht tegen de overheid. In dit scenario is voor artikel 13 gekozen voor een functioneel criterium voor het bereik ervan. Dat wil zeggen dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen bijvoorbeeld briefgeheim en telefoongeheim, dus naar de techniek. Nee, bescherming hangt af van de vraag of het gaat om geadresseerde informatie. In hoofdstuk 3 is opgemerkt dat de belangrijkste elementen van het communicatiegeheim bestaan in het toevertrouwen aan een transporteur en de adressering. In deze variant van artikel 13 deze elementen terug.

In dit scenario wordt dus ook afgezien van de introductie van het begrip 'vertrouwelijke communicatie'. Gevaar voor verwarring was een van de bezwaren tegen een dergelijk criterium, zoals in hoofdstuk 3 uitvoerig is beschreven. Let wel, door zo nadrukkelijk te kiezen voor de elementen transport en adressering is de bescherming van communicatie waaraan geen transporteur te pas komt, zoals het vertrouwelijke gesprek, buiten het bereik van de bepaling geplaatst. Voor die communicatie dient echter artikel 10 Grondwet soelaas te bieden.

In dit scenario wordt ook het informatiebegrip geïntroduceerd. Ook al wordt dat in sommige andere landen anders gehanteerd dan hier, het geeft zuiverder het object van de vrijheid weer dan het gebruik van de term mededelingen, gedachten en gevoelens. Net als in scenario A worden de verschillende media in artikel 7 niet meer expliciet genoemd. In scenario B is artikel 13 ook niet meer techniekafhankelijk doordat het briefgeheim is verwijderd. Beoogd is de techniekonafhankelijke essentie van het grondrecht weer te geven. Weliswaar is dat adresseringscriterium in sommige gevallen ook techniekafhankelijk maar in dit scenario wordt dat criterium slechts functioneel gehanteerd. Artikel 7 en 13 Grondwet zijn in dit scenario als aparte artikelen opgenomen maar integratie is op zichzelf denkbaar. De afbakening ten opzichte van andere grondrechten ligt in dit scenario besloten in de formulering van de grondrechten.

Toegang

In scenario B is een aantal toegangsrechten opgenomen. Zo zijn het recht op ontvangst en op garing opgenomen in het eerste lid. Geen concrete norm is opgenomen met betrekking tot toegang tot de communicatiemarkt of communicatiemiddelen. Anderzijds is met het opnemen van verspreiding in het scenario wel de toegang tot communicatiemiddelen in

zekere mate gegarandeerd. Immers, de verspreidingsjurisprudentie heeft met name betrekking op toegang tot communicatiemiddelen. Scenario B bevat geen constitutionele opdracht voor een verdelingsbeleid door de overheid van schaarse hulpbronnen. In dit scenario wordt niet gestreefd naar de allesomvattende communicatieparagraaf. De economische ordening is eveneens buiten beschouwing gelaten. Overheidsbeleid en ordeningsmaatregelen die een bemoeienis met de communicatievrijheid inhouden zijn wel gebonden aan de beperkingsclausule van lid 3.

Zorgplicht

Scenario B bevat geen aanwijzingen over het door de overheid te voeren informatiebeleid of stimuleringsbeleid ten aanzien van toegang. Het enige dat in dit scenario daarover wordt bepaald, is dat de overheid bij de uitvoering van haar informatiebeleid gebonden is aan de eis van noodzakelijkheid in een democratische samenleving. Mocht het informatiebeleid zodanig ingrijpen in de communicatievrijheid dat van een beperking kan worden gesproken, dan gelden de beperkingsclausules onverkort.

Horizontale werking

In beide artikelen is een plicht aan de overheid opgenomen de werking ervan in private rechtsverhoudingen te garanderen. In beide artikelen wordt een zorgplicht voor de overheid opgenomen om zo horizontale werking te garanderen. Daarmee wordt ingespeeld op de verregaande privatisering en de veranderende rol van de overheid in de informatiemaatschappij. Wel gaat het om een vorm van horizontale werking die nadere invulling door de wetgever behoeft. De figuur van een opdracht aan de wetgever om de horizontale werking te bewerkstelligen komt ook voor bij andere grondrechten, zoals artikel 10 Grondwet, het recht op privacy.

Beperkingen

In scenario B is het beperkingsstelsel net zo opgebouwd als in scenario A. Een wijziging ten opzichte van scenario A is de verdergaande motiveringsplicht in artikel 7 lid 3. Door de verplichting bij een beperking het doel expliciet te omschrijven wordt de wetgever ervan doordrongen dat een beperking van de communicatievrijheid slechts na zorgvuldige belangenafweging mag plaats hebben. Voorts is toegevoegd een bepaling over inmengingen die geen beperking vormen. Een goed voorbeeld van een dergelijke inmenging is een subsidieregeling voor bepaalde kunstvormen. In scenario B heeft de overheid weliswaar de inhoudelijke vrijheid om dergelijke beleid te voeren, maar dient zij daarbij wel rekening te houden met de noodzaak in een democratische samenleving die voor het beleid

moet bestaan. De gemeentelijke autonomie is in dit scenario wat verder beperkt dan in scenario A. Door de formule ‘bij of krachtens de wet’, mag de gemeente alleen op grond van delegatie (bijvoorbeeld door de gemeentewet) beperkingen instellen.

5.6 Scenario C: een nieuwe communicatieparagraaf³⁷⁸

Een benadering die het gehele communicatieproces in één grondwettelijke norm wil neerleggen, vergt een nog rigoureuzere aanpak dan in de voorgaande scenario's. Een poging het artikel geïntegreerd te benaderen, met het oog op de grondslag die het artikel zou kunnen bieden aan de verhouding tussen privacy en communicatie, tussen zorg en onthouding, tussen mededinging en communicatievrijheid, komt neer op een grondige verbouwing van het huidige grondwettelijke regime voor de communicatievrijheid.

5.6.1 Tekst

1. Een ieder heeft het recht, zonder overheidsinmenging, informatie in welke vorm dan ook uit openbaar toegankelijke bronnen te zoeken, informatie te produceren, op te slaan, openbaar te maken en informatie van anderen te ontvangen.
2. Een ieder heeft het recht, zonder overheidsinmenging, door of aan hem geadresseerde informatie in welke vorm dan ook op te slaan, te produceren, door te geven of te ontvangen.
3. Vorenbedoelde rechten omvatten mede de oprichting en instandhouding van communicatiemiddelen. Het recht tot oprichting en instandhouding van communicatiemiddelen kan bij wet worden beperkt in het belang van een technische ordening, verband houdende met de aard van het communicatiemiddel, of een behoorlijke mededinging, voor zover dat noodzakelijk is in een democratische samenleving en deze beperking niet betrekking heeft op de inhoud van de informatie.
4. Vorenbedoelde informatie omvat mede de persoonsgegevens die bij het communicatieproces worden gebruikt, opgeslagen of geproduceerd.
5. De rechten, bedoeld in de eerste twee leden, kunnen bij of krachtens de wet worden beperkt, voor zover dat noodzakelijk is in een democratische samenleving, in het belang van de nationale veiligheid, de openbare orde, het voorkomen of opsporen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid en de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen en de behoorlijke rechtspleging.
6. De wet stelt regels ter bescherming van voormelde rechten in het maatschappelijk verkeer.

³⁷⁸ Dit scenario is gedeeltelijk ontleend aan het discussievoorstel van Dommering in Dommering 1998a, p. 121. Van zijn voorstel is afgeweken op een aantal punten maar de structuur is overgenomen.

7. De overheid treft bij wet maatregelen ter bescherming van de pluriformiteit van het informatie- aanbod en de toegang tot de communicatiemiddelen, voor zover dat in een democratische samenleving noodzakelijk is en rekening houdend met de behoorlijke mededinging. De overheid kan ten aanzien van door haar ondersteund informatie- aanbod bij wet taakstellende eisen stellen, voor zover dat niet ziet op de inhoud van de informatie.

5.6.2 Toelichting

Bereik

In dit meest verstrekkende scenario wordt begonnen met een geheel nieuwe omschrijving van de communicatievrijheid. In deze geïntegreerde communicatieparagraaf heeft ook het communicatiegeheim een plek. Het begrip informatie staat voorop. Er is complete convergentie tussen de artikelen 7 en 13, de vrijheid tot openbare communicatie en het communicatiegeheim. Door het informatiebegrip centraal te stellen, kunnen beide grondrechten als onderdeel van één geheel gepresenteerd worden.

Het grondrecht is positief geformuleerd. De verschillende fasen van het communicatieproces zijn parallel opgenomen. Het communicatiegeheim is ontdaan van de traditionele begrippen 'geheim' en 'onschendbaar' en teruggebracht tot de kern van het grondrecht, het adresseren van informatie. In tegenstelling tot scenario B is in scenario C het transport geen vereiste voor de geldigheid van het tweede lid. Dat betekent dat ook communicatie waaraan geen transporteur te pas komt onder de bescherming van het tweede lid kan vallen.

Het bereik van de bepaling strekt zich uit van het garen en koesteren tot het doorgeven en uiten van informatie. In lid 2 is afzonderlijk de bescherming van het communicatiegeheim geregeld.

Het bereik is bovendien opgeschroefd zodat het ook verkeersgegevens en andere de communicatie rakende gegevens bevat (zoals locatiegegevens). Deze gegevens kunnen ook betrekking hebben op geadresseerde informatie waaraan geen transporteur te pas komt.

Toegang

In scenario C zijn de aan het begin van dit hoofdstuk genoemde toegangsrechten opgenomen. Een recht op toegang tot informatie uit openbare bronnen is te vinden in lid 1. Daar staat tevens het recht op ontvangst van informatie. Toegang tot communicatiemiddelen staat in lid 7 voor wat betreft de zorgplicht van de overheid om die toegang te stimuleren. Gaat het om toegang tot hulpbronnen bij de communicatie dan kan die worden afgeleid uit het recht tot oprichting en instandhouding van

communicatiemiddelen. Hiermee is ook een recht op toegang tot de communicatiemarkt gegarandeerd. Dat laatste zou illusoir zijn als daaraan geen recht tot toegang tot hulpbronnen gelieerd zou zijn.

De begrenzing van dat laatste toegangsrecht is tweeledig. Enerzijds vormt de technische ordening een legitieme reden om dit recht te beperken. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan bepaalde voorschriften om storing in de ether (interferentie) te voorkomen. Ten tweede kan het toegangsrecht worden begrensd in het belang van de behoorlijke mededinging. Met die bepaling kan worden voorkomen dat, met een beroep op de vrije toegang tot natuurlijke hulpbronnen feitelijke monopolies ontstaan op de communicatiemarkt. Daarmee is tegelijkertijd een vrije toegang tot de communicatiemarkt gewaarborgd, alhoewel dat recht niet expliciet is opgenomen. De verwijzing naar de technische ordening is tevens de enige verwijzing naar de techniek in dit scenario. Op die manier kan de techniek toch een rol spelen bij de inkleuring van het grondrecht. Het maakt de bepaling dynamisch omdat het de wetgever in de gelegenheid stelt in te spelen op technische ontwikkelingen, zonder dat het beschermingsniveau van de vrijheid wordt verminderd.

Zorgplicht

In dit scenario is wel een norm opgenomen voor het informatiebeleid. Daarbij is echter gekozen voor een duidelijke afbakening ten opzichte van de economische vrijheden. Sociale grondrechten komen al gauw in botsing met die economische vrijheden en daarom is de afweging die daartussen gemaakt dient te worden in lid 7 gecodificeerd. Gevolg van de gekozen formulering van de zorgplicht met betrekking tot pluriformiteit is wel dat de regeling van het huidige omroepbestel moet voldoen aan de noodzakelijkheidstoets en een behoorlijke mededinging niet in de weg mag staan. Ook de zorgplicht met betrekking tot toegang in zijn verschillende aspecten, is in dit scenario nadrukkelijk opgenomen. Men zou kunnen betogen dat, nu het eerste lid de formulering van artikel 10 EVRM zo sterk benadert, ook de jurisprudentie op dat artikel in dit scenario inbegrepen is. In dat geval zouden het derde en zevende lid enigszins overbodig worden, immers de daar omschreven rechten zijn reeds min of meer erkend in de jurisprudentie van het EHRM. Echter, met name met het oog op de verhouding tussen het verdrag en de nationale constitutie (zoals beschreven in hoofdstuk 4) is er voor gekozen het derde en zevende lid wel als zodanig op te nemen in scenario C.

Horizontale werking

Ook in scenario C is een opdracht opgenomen met betrekking tot horizontale werking. De wetgever zal bij het uitvoeren van die opdracht

wel rekening hebben te houden met de begrenzings aan de toegangsrechten.

Beperkingen

Dit scenario volgt het systeem van beperkingen van het EVRM. Daarbij moet opgemerkt worden, dat het begrip 'wet' in artikel 10 EVRM een materieel wetsbegrip inhoudt en in onze grondwet een formeel wetsbegrip. De consequentie hiervan is dat in dit scenario de term 'bij of krachtens de wet' gebruikt is teneinde gemeentelijke maatregelen ten behoeve van de openbare orde niet geheel uit te sluiten. Dit hoeft geen bezwaar te zijn omdat elke beperking, van welke aard dan ook en voor welk doel dan ook, moet voldoen aan het vereiste van een noodzaak in een democratische samenleving. Nadeel van dit scenario is in dit opzicht, dat het in sterke mate vertrouwt op een rechterlijke toetsing ten deze en dat daarmee een stuk extra waarborg uit de Grondwet verdwijnt.

Ook het censuurverbod, voor velen het grootste goed van artikel 7 Grondwet, is niet opgenomen, evenmin als dat in artikel 10 EVRM het geval is. Eventuele censuur zal de noodzakelijkheidstoets weliswaar niet gauw doorstaan, maar dat kan weer wél het geval zijn als het om een bepaald soort informatie gaat. Men denke aan productinformatie en geneesmiddelenreclame. Voorbeelden die het huidige artikel 7 lid 4 leken noodzakelijk te maken. Dit scenario voor de communicatieparagraaf is in dat opzicht flexibeler.

Ook zijn in dit scenario doelcriteria opgenomen, die overigens gelijk zijn voor lid 1 en lid 2. In dit scenario is weinig aandacht besteed aan het rechtsmiddel voor de beperkte. In de systematiek van het voorstel is een notificatieplicht niet goed inpasbaar, hetgeen kan worden gezien als een nadeel. Anderzijds zou met bovenstaande redenering wellicht kunnen worden betoogd dat gezien de jurisprudentie op 8 EVRM, en de formulering van scenario C, een notificatieplicht impliciet aanwezig kan worden geacht.

5.7 Evaluatie

Bij een evaluatie van de verschillende scenario's gaat het vooral om de vraag aan welke doelstellingen het meest gewicht wordt toegekend. In de afweging tussen traditie en vernieuwing, tussen continuïteit en verandering, moet een tussenweg gevonden worden. Het is in ieder geval belangrijk om die elementen van de huidige Grondwet aan te passen die tussen Nederland en de internationale rechtsvorming staan. In het dialectische proces tussen

EVRM en nationale grondwetten mag Nederland geen struikelblok vormen.

Bovendien moet onderkend worden dat in het huidige tijdperk andere grondrechtenbehoeften leven dan voorheen. Om die reden moet de mogelijkheid tot introductie van bepalingen over toegang tot informatie en tot middelen serieus worden overwogen, om die reden is het wellicht tijd voor een voorschrift over horizontale werking. Die nieuwe tijd maakt ook de introductie van het informatiebegrip misschien noodzakelijk.

Als het gaat over de formulering van de vrijheid van artikel 7 zijn de verschillen tussen de scenario's ook aanzienlijk. De formulering die in A is gekozen, vormt een kleine maar ingrijpende wijziging. Scenario B en C daarentegen introduceren geheel nieuwe begrippen. Van die twee lijkt B nog enigszins op de huidige Grondwet waardoor de begrijpelijkheid groot blijft. In C is een poging gedaan in één geheel nieuwe formulering de essentie van beide grondrechten te vatten.

Voor de aanpassing van de formulering van artikel 13 geeft elk scenario een andere mogelijkheid. In het eerste scenario blijft de kern van artikel 13 bestaan uit het aanwijzen van communicatiemedia waarvoor het geheim geldt. Weliswaar is de toevoeging 'andere technieken' een aanmerkelijke verruiming ten opzichte van het huidige artikel 13 Grondwet, toch blijft de toepasselijkheid van artikel 13 daarmee enigszins afhankelijk van de ontwikkeling van de techniek. In scenario B is uitgegaan van een transportgeheim. Gecombineerd met het functionele criterium van de adressering krijgt het communicatiegeheim in scenario B daarmee een sterke bescherming. Wel is het bereik beperkt tot aan een transporteur toevertrouwde informatie hetgeen ertoe leidt dat geadresseerde informatie waar geen vervoerder aan te pas komt, buiten de boot valt. In scenario C is het onderscheid tussen uitingsvrijheid en communicatiegeheim teruggebracht tot het adresseringscriterium. Daarbij is het transportelement dus niet meer essentieel.

Alleen scenario C besteedt ruim aandacht aan toegangsproblematiek. Daarbij worden de grenzen duidelijk afgebakend. Zo wordt onder andere de mogelijkheid uitgesloten om met een beroep op technische schaarste omroepbeleid te bedrijven als van dergelijke schaarste in werkelijkheid geen sprake is. Ook de toegang tot informatie uit openbare bronnen komt alleen in scenario C expliciet naar voren. In scenario B is wel in de formulering van de vrijheid een aantal toegangsrechten inbegrepen. De toegang tot informatie en tot communicatiemiddelen kunnen onder dit scenario gebracht worden. De verspreidingsjurisprudentie gaat in scenario

C verloren. In scenario B, maar vooral in A blijft die jurisprudentie van groot belang. Inmengingen die niet zien op de inhoud worden in scenario B anders behandeld dan inhoudelijke beperkingen dus daar zal de verspreidingsjurisprudentie wellicht nog een rol spelen. Toegang tot de markt is een lastig punt gebleken aangezien een vrije markttoegang weliswaar van belang is voor de communicatievrijheid maar daarmee ook soms in conflict kan komen, bijvoorbeeld als het gaat om het uitoefenen van de zorgplicht.

Ook bij de zorgplicht hangt het af van de waardering van de verschillende ijkpunten of een bepaling wordt opgenomen. Scenario C bevat een zorgplicht die begrensd wordt door een aantal externe aspecten. In scenario A en B is een dergelijke plicht niet opgenomen. Met name in scenario A is immers gestreefd naar het handhaven van het afweerkarakter van het grondrecht.

Zowel scenario B als C bevat een opdracht aan de wetgever de werking van de grondrechten in horizontale verhoudingen te garanderen. Hiermee wordt recht gedaan aan de veranderde rol van de overheid enerzijds en de mogelijkheid van extreme machtsposities op de communicatiemarkt anderzijds. Nadeel van een dergelijke norm is dat een inhoudelijke garantie niet is vastgelegd, zodat de wetgever nog vrij veel ruimte heeft bij de inrichting van de horizontale verplichting.

De beperkingsclausulering van de oude Grondwet voldoet niet meer en moet worden vervangen door een structuur met een toetsingsmechanisme. De voornaamste karakteristieken van het Nederlandse regime van de communicatievrijheid die wellicht behouden moeten worden zijn het censuurverbod, het algemene vergunningenverbod voor drukpersuitingen en de formele vereisten aan de beperkingen. De vraag of en zo ja hoe deze aspecten kunnen worden behouden, is een ingewikkelde gebleken. In scenario A is gekozen voor het behouden van het censuurverbod en het algemene vergunningenverbod. Scenario B laat enigszins in het midden hoe het dilemma moet worden opgelost. Nadeel van dat scenario is dat lokale overheden bepaalde voorschriften niet meer kunnen uitvaardigen met betrekking tot bijvoorbeeld welstand en milieu. Scenario C noemt het vergunningenverbod niet en laat ook het censuurverbod buiten de bepaling.

De formele eisen die thans gesteld worden in met name artikel 7 lid 1 en artikel 13 lid 1, worden in de verschillende scenario's verschillend behandeld. Juist bij de behandeling van de mogelijke nieuwe beperkingsclausules is de verhouding tot het EVRM een ingewikkelde. Bij

het overnemen van de toetsingsmogelijkheid werden in scenario C ook de doelcriteria overgenomen, in scenario B werd een hoger beschermingsniveau gekozen voor beperkingen die zien op de inhoud. In scenario A is getracht de bescherming van het huidige regime te vertalen naar een nieuwe norm.

In een poging de consequenties van verschillende keuzen schematisch weer te geven, wordt hieronder aangegeven hoe de verschillende scenario's zich ten opzichte van elkaar verhouden. Aangegeven is welke ijkpunten in welk scenario het meeste door werken. In dit schema zijn links de ijkpunten opgenomen die een rol spelen bij de inrichting van een nieuwe communicatieparagraaf. In de tweede kolom wordt aangegeven welke mogelijke uitwerking die ijkpunten kunnen krijgen in een nieuwe communicatieparagraaf. De letters langs de x-as van het schema staan voor de scenario's A, B en C (respectievelijk 3^e, 4^e en 5^e kolom). Als een scenario een element uit de 2^e kolom bevat volgt 'ja' als kwalificatie. Bevat een scenario het element uit kolom 2 niet dan volgt 'nee'. Bevat een scenario het element gedeeltelijk, dan staat er 'ja/nee'.

		A	B	C
Bereik	Positieve formulering	Nee	Ja	Ja
	Ruim object	Nee	Ja/nee	Ja
	Informatiebegrip	Nee	Ja	Ja
	Fasen communicatieproces	Ja/nee	Ja	Ja
	Techniekonafhankelijk	Ja/nee	Ja	Ja
Toegang	Informatie	Nee	Ja	Ja
	Middelen	Nee	Ja/Nee	Ja
	Markt	Nee	Nee	Ja
Zorgplicht	Inhoud	Nee	Ja	Ja
	Toegang	Nee	Ja/nee	Ja
Horizontale werking	Opdracht	Nee	Ja	Ja
Beperkingen	Materieel	Ja	Ja	Ja
	Formele vereisten	Ja	Ja	Nee
	Censuurverbod	Ja	Ja	Nee
	Vergunningenverbod	Ja	Ja/Nee	Nee
	Doelcriteria	Nee	Nee	Ja
	Noodzakelijkheid	Ja	Ja	Ja
	Notificatieplicht	Ja	Ja	Nee

Het schema demonstreert de verschillende uitwerkingen van de drie scenario's. Het is echter niet zo dat scenario C, met de meeste keren 'Ja', ook automatisch het beste scenario zou zijn. Ten eerste is ook hiervoor al

aangegeven dat bijvoorbeeld het opnemen van een zorgplicht ook veel nieuwe problemen schept. Ten tweede schiet scenario C tekort ten opzichte van de bescherming van het vergunningenverbod, de formele vereisten aan de beperkingen en de notificatieplicht. Daarnaast kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de introductie van het pluriformiteitsbegrip in de Grondwet. Neemt men aspecten als continuïteit met de huidige Grondwet en behoud van jurisprudentie in ogenschouw dan kan een van de andere scenario's de voorkeur krijgen. Scenario B lijkt in sommige opzichten veel op de bescherming die het EVRM biedt, maar is toch duidelijk anders gesteld. Niet wordt de traditie geheel verlaten, immers de twee aparte artikelen voor openbare communicatievrijheid en communicatiegeheim blijven behouden. Bovendien is nog altijd de structuur van de oude artikelen te herkennen en is bovendien gepoogd die punten waar de oude Grondwet meer bescherming biedt dan het EVRM te behouden voor de nieuwe communicatieparagraaf. Alle drie de scenario's gaan uit van materiële beperkingsgronden en zetten daarmee het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet onder druk.

Literatuur

Alkema 1995

E.A.A. Alkema, *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Handelingen NJV; jrg. 125 dl. 1995-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering 1990

J.C. Arnbak, J.J. van Cuilenburg en E.J. Dommering, *Verbinding en ontvlechting in de communicatie. Een studie naar toekomstig overheidsbeleid voor de openbare elektronische informatievoorziening*, Amsterdam: Cramwinckel 1990.

Asscher 1997

L.F. Asscher, 'E-mail een ansichtkaart?', *Mediaforum* 1997, nr. 7/8, p. 103.

Asscher 1999

L.F. Asscher, 'Een zorg voor de nieuwe Grondwetscommissie', *Mediaforum* 1999, 2, p. 41.

Baart de la Faille 1884

C. Baart de la Faille, *Strafbare schending van geheimen*, Groningen: Huber 1884.

Bellekom 1995

Th.L. Bellekom, 'Racismebestrijding en vrijheid van meningsuiting in Nederland: wetgeving en jurisprudentie', in: G.A.I. Schuijt en D. Voorhoof (red.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent: Academia press, 1995.

Van den Bergh 1940

G. van den Bergh, 'De artikelen 7 en 9 van de Grondwet in het licht van de moderne techniek', *NJB* 1940, p. 67-72.

Van den Beukel 1995

J. van den Beukel, *Toegang tot de televisiemarkt. Overheidsbeperkingen van de toetreding van programma-aanbieders in Nederland, Groot-Brittannië en Duitsland in het licht van het EG-recht*, Deventer: Kluwer 1995.

Van den Beukel 1997

J. van den Beukel, 'Achterin de Telecommunicatiewet', *Mediaforum* 1997-11/12, p. 161.

Biesheuvel 1981

M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten', *NJCM-bulletin*, 6-3/4 (1981), p. 147-162.

Biesheuvel 1986

M.B.W. Biesheuvel en J.L.M. Elders, *Burgerlijk recht en grondrechten: Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging van Burgerlijk Recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1986.

Boukema 1966

P.J. Boukema, *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland*, Amsterdam: Polak en van Gennep 1966.

Boukema 1989

P.J. Boukema, 'Massamedia en grondrechten', in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a. (red.), *Massamedia en staatsrecht. De staatsrechtelijke grondslagen van het mediarecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 11-28.

Bulk 1998

M. Bulk, *Rectificatie en utingsvrijheid. Een onderzoek naar de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitingen*, Deventer: Kluwer 1998.

Burkens 1971

M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971.

Burkens/Kummeling 1993

M.C. Burkens en H.R.B.M. Kummeling (red.), *EG en grondrechten. Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink in samenwerking met het Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht NISER 1993.

Corstens 1995

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 1995.

Van Cuilenburg/Scholten/Noomen 1991

J.J. van Cuilenburg, O. Scholten en G.W. Noomen, *Communicatiewetenschap*, Muiderberg: Coutinho 1991.

Dommering 1988

E.J. Dommering, 'Gaat de PTT volgens nieuwe wetten werken?', *Informatierecht/AMI* februari 1988, p. 3-9.

Dommering 1990

E.J. Dommering, 'Groppera en Autronic. Maken de Zwitsers gatenkaas van de Nederlandse Mediawet?' in: P.B. Hugenholtz & Jonge Balie Congrescommissie (red.), *Recht in de kijker. Het recht en de media*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, 55-70.

Dommering 1992

E.J. Dommering, 'Het verplichte vrije omroepbestel van Nederland', *Nederlands Juristenblad* 1982, p. 149-161.

Dommering 1996a

E.J. Dommering, 'Internet: een juridische plaatsbepaling van een nieuw communicatieproces', *Computerrecht* 1996/6, p. 210-221 .

Dommering 1996b

E.J. Dommering, 'Vertrouwelijke communicatie', *Mediaforum* 1996-2, p. 27.

Dommering 1997a.

E.J. Dommering, 'De Nederlandse kabel: Rolwisseling of rolconflict?', *Computerrecht* 1997/3, p. 95-101.

Dommering 1997b

E.J. Dommering, 'Geen telefoongeheim op de elektronische snelweg', *Mediaforum* 1997-10, p. 142-147.

Dommering 1998a

E.J. Dommering, *De Grondwet in de informatiemaatschappij*, in: M.C. Burkens e.a. (red.), *Gelet op de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1998, p. 110-123.

Dommering 1998b

E.J. Dommering, *De reclame en de Nederlandse Grondwet*, Rapport voor de Stuurgroep Reclame, 10 november 1998, niet gepubliceerd.

Dommering e.a. 1999

E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.A.M. Nijhof e.a., *Handboek telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, Den Haag: SDU Uitgevers 1999.

Van Dorst 1982

A.J.A. van Dorst, 'Het Postgeheim', in A.K. Koekkoek/W. Konijnenbelt/F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten, commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 279-289.

Duijnstee 1891

J. A.Th. Duijnstee, *Schending van het brieven- en telegrammengeheim door post- en telegraafbeambten*, 's Gravenhage: 1891.

Dumortier 1994

J. Dumortier, 'Regulering van cryptografie. Moet men ook het broodmes verbieden?', *Computerrecht* 1994/4 p. 150-156.

Dworkin 1997

R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge (MA): Harvard University Press 1997.

Van Eijk 1992

N.A.N.M. van Eijk, *Omroepvrijheid en overheidsbemoeienis. Een vergelijkende studie naar de Nederlandse, Franse en Europese regels met betrekking tot toegangscriteria en programmavoorschriften voor de omroep*, Amsterdam: Cramwinckel 1992.

Van Eijk 1997

N.A.N.M. van Eijk, '(G)een recht op vertrouwelijke communicatie: fax en email vogelvrij', *NJB* 1997, afl. 33, p. 1554-1555.

Greebe 1944

Greebe, *Transportrecht. De algemene vervoercondities en de verdere voorwaarden waarop het goederen-vervoer langs den weg geschiedt*, 's Gravenhage: A. Jongbloed 1944.

Gutwirth 1998

S. Gutwirth, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Werkdocument 64, Den Haag: Rathenau Instituut 1998.

Hins 1991

A.W. Hins, *Ontvangstvrijheid en buitenlandse omroep*, Deventer : Kluwer, 1991.

Hins 1995

A.W. Hins, *Gedachten en gevoelens over de elektronische snelweg*, in: J.W. Kalkman, A.W. Hins en E.C.M. Jurgens, *Communicatie- en informatievrijheid in het digitale tijdperk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 27-57.

Hofman 1988

J.A. Hofman, 'Nieuwe uitdagingen voor het briefgeheim', *TvO* nr. 18, 13 oktober 1988, p. 382-387.

Hofman 1995

J.A. Hofman, *Vertrouwelijke communicatie. Een rechtsvergelijkende studie over de geheimhouding van communicatie in grondrechtelijk perspectief naar internationaal, Nederlands en Duits recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Holvast 1986

J. Holvast, *Op weg naar een risicoloze maatschappij? De vrijheid van de mens in het informatie-tijdperk*, diss. Leiden, Den Haag: Academic service 1986.

Van Hoogstraten 1992

P. van Hoogstraten (red.), *ISDN en Privacy*, Amsterdam: Cramwinckel, 1992.

Janssens 1998

A.L.J.M. Janssens, *Strafbare belediging*, Amsterdam: Thela Thesis, 1998.

Jurgens 1995

E.C.M. Jurgens, 'Biedt onze staatsrechtbeoefening een grondslag voor het bepalen van het publieke domein bij de informatievoorziening?', in: J.W. Kalkman, A.W. Hins en E.C.M. Jurgens, *Communicatie- en informatievrijheid in het digitale tijdperk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 59-79.

Kabel 1981

J.J.C. Kabel, *Uitingsvrijheid en absolute beperkingen op handelsreclame*, Deventer: Kluwer 1981.

Kalkman 1995

J.W. Kalkman, 'Conquest of paradise'. Multimediale ontwikkelingen en perspectieven', in: J.W. Kalkman, A.W. Hins en E.C.M. Jurgens, *Communicatie- en informatievrijheid in het digitale tijdperk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-25.

Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999

Rik Kaspersen, André Hofman en Joop Verbeek, 'Vertrouwelijkheid van email', in *Iter-reeks*, dl. 13, p. 83-230.

Kemme 1997

G.J. Kemme, 'Overheid en communicatie; convergentie van bemoeizucht en onthouding', in: R. van den Hoven van Genderen, A.T. Ottow & C. Stuurman (red.), *Convergentie in telecom- en mediasector. Recht op informatie in elke vorm*, Alphen aan den Rijn/Diegem: Samson BedrijfsInformatie, 1997, p. 13-25.

Kistenkas 1989

F.H. Kistenkas, *Vrije straatcommunicatie. De rol van de locale overheid bij de regulering van de uitingsvrijheid in rechtsvergelijkend perspectief*, Arnhem/Deventer: Gouda Quint BV/Kluwer, 1989.

Koekkoek 1982

A.K. Koekkoek (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet* (Jeukens Bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982.

Koers 1998

A.W. Koers. *Internet in kort bestek: van technisch tot sociaal systeem*', Handelingen NJV; jrg. 128 dl. 1998-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Korthals Altes 1992

W.F. Korthals Altes (red.), *Information law towards the 21st century*, Deventer/ Boston: Kluwer law and taxation publishers 1992.

Kortmann 1987

C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987.

Kortmann 1997

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 1997.

Kortmann 1999

C.A.J.M. Kortmann, 'Een beetje wel, maar verder niet', *Aae* 1999-4, p. 236-238.

Kuitenbrouwer 1992

F. Kuitenbrouwer, *Het recht om met rust gelaten te worden. Over privacy*, Amsterdam: Balans 1991.

Lawson/Schermers 1997

R.A. Lawson en H.G. Schermers, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: Ars Aequi Libri e.a. 1997.

Lawson 1999

R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen. Bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties*, Deventer: Kluwer 1999.

Van Meerten 1976

M.B. van Meerten, 'Het brief-, telegraaf- en telefoongheim', *Intermediair* 23 juli 1976, p. 23-27.

De Meij 1985

J.M. de Meij, 'De nieuwe media en artikel 7 van de Grondwet', *Auteursrecht/AMR* 1985, p. 99-104.

De Meij 1995

J.M. de Meij, *De beperkte waarde van artikel 7 Grondwet* in: J.B.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als onderwerp van aanhoudende zorg* (Burkens bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 111-125.

De Meij 1996

J.M. de Meij, *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in Grondwettelijk perspectief*. Amsterdam: Cramwinckel, 1996.

Meuwissen 1984

D.H.M. Meuwissen, *Grondrechten*, Utrecht: Spectrum, 1984, p. 178-179.

Myjer 1989

E. Myjer, 'Over de tap', *NJCM-Bulletin* 14-5-1989, p. 526-551.

Nieuwenhuis 1991

A.J. Nieuwenhuis, *Persvrijheid en persbeleid. Een onderzoek naar de verhouding tussen het recht op persvrijheid en overheidsmaatregelen tegen persconcentratie*, Amsterdam: Cramwinckel, 1991.

Nieuwenhuis 1995

A.J. Nieuwenhuis, *De ruimte voor racistische uitlatingen in de Verenigde Staten en Groot-Brittannië*, in: G.A.I. Schuijt en D. Voorhoof (red.), *Vrijheid van meningsuiting, racisme en revisionisme*, Gent: Academia press, 1995.

Nieuwenhuis 1997

A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de uitingvrijheid. Een rechtsvergelijkende analyse van de regelgeving ten aanzien van pornografie en racistische uitlatingen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1997.

Nieuwenhuis 1998

A.J. Nieuwenhuis, 'Vertrouwde en virtuele bescherming', *NJCM-Bulletin* 4, 1998, p. 423-437.

Ogus 1994

A.I. Ogus, *Regulation: Legal form and economic theory*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

Peters 1981

J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting. Vergelijkende aspecten Nederland-Amerika*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1981.

Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 1995

L. Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen, *Van der Pot-Donner. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.

Proeve 1966

Ministerie van Binnenlandse Zaken, *Proeve van een nieuwe grondwet*, 's-Gravenhage : Staatsuitgeverij, 1966.

Pronk/Schuijt 1992

T. Pronk en G.A.I. Schuijt (red.), *Hoe vrij is kunst? Onderdrukking, censuur en andere beperkingen aan de vrijheid van expressie*, Amsterdam: Cramwinckel, 1992.

De Roos 1996

Th. A. de Roos, 'De zaken Salverda en De Vries: principiële uitspraken over informatie-heling', *Mediaforum* 1996-2, p. 24-25.

De Roos, Schuijt & Wissink 1996

Theo de Roos, Gerard Schuijt en Louisa Wissink, *Smaad laster, discriminatie en porno op het Internet*, in: ITeR-publicaties 3, Alphen aan den Rijn/ Diegem: Samson bedrijfsinformatie, 1996.

Ruiz 1997

B.R. Ruiz, *Privacy in telecommunications. A European and an American approach*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997.

Schneider 1979

M. Schneider en J. Hemels, *De Nederlandse krant 1618-1978. Van 'nieuwstydninghe' tot dagblad*, Baarn: Het wereldvenster, 1979.

Schokkenbroek 1996

J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Een onderzoek naar de toetsing aan de beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in de Europese en in de Nederlandse rechtspraak*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996.

Schuijt 1987

G.A.I. Schuijt, *Werkers van het woord. Media en arbeidsverhoudingen in de journalistiek*, Deventer: Kluwer, 1987.

Schuijt 1993

G.A.I. Schuijt, *Publieke omroep, hoezo publiek?*, Deventer : Kluwer, 1993.

De Sola Pool 1983

De Sola Pool, *Technologies of freedom*, Cambridge (MA): Harvard University Press, 1983.

Sprey 1988

J. Sprey, 'De databank en artikel 7 Grondwet', *Informatierecht/AMI* 1988, p. 71-74.

Standage 1998

Tom Standage, *The Victorian Internet: the remarkable story of the telegraph and the nineteenth century's online pioneers*, New York: Walker and company, 1998.

Tammes 1949

A.J.P. Tammes, *Is het gewenst wijziging te brengen in de bestaande bepalingen in Grondwet en wet betreffende de vrijheid van meningsuiting door middel van drukpers, toneel film en radio, enzo ja, in welke zin*. Preadvies NJV, Handel. NJV 1949, dl. 1 Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1949.

Velaers 1991

J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu Uitgevers, 1991.

Verberne diss.

M.L. Verberne, *Verdeling van het spectrum*, nog niet gepubl.

Verdeelde frequenties veranderde omroep 1992

Advies van de commissie toewijzing etherfrequenties, *Verdeelde frequenties veranderde omroep*, Rijswijk: Ministerie van welzijn volksgezondheid en cultuur, 1992.

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J.Tjeenk Willink, 1992.

Verhulp 1999

E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, in: *Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht*, nr. 28, Deventer: Kluwer, 1999.

Vernieuwend Persbeleid 1997

Vernieuwend persbeleid. Hoe persverscheidenheid als beleidsdoelstelling nieuwe inhoud kan worden gegeven. Een beleidsessay van het Bedrijfsfonds voor de Pers over toegang tot een vrije en pluriforme pers, Bedrijfsfonds voor de Pers, Amsterdam: Cramwinckel 1997.

Vlemminx 1998

F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998.

Vroom-Cramer

B.M. Vroom-Cramer, *Productinformatie over levensmiddelen. Etiketteringsvraagstukken naar Europees en Nederlands recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1998.