

1. Convergentie en communicatiegrondrechten

1.1 Inleiding

In dit proefschrift wordt de constitutionele bescherming van communicatiegrondrechten in de informatiemaatschappij onderzocht. Zowel de vrijheid van meningsuiting als het communicatiegeheim – kort gezegd de communicatiegrondrechten – vormen onderwerp van deze studie.

Met openbare communicatievrijheid, of vrijheid van meningsuiting, wordt het geheel van garen, ontvangen, doorgeven en uiten van informatie voor een onbepaald publiek bedoeld. Met niet-openbare communicatie ofwel communicatiegeheim doelen we op het recht in het geheim te communiceren met een bepaald publiek. Hieronder wordt nader ingegaan op de precieze inhoud van de te behandelen communicatiegrondrechten.

Deze studie richt zich op de interactie tussen de communicatietechnologie en de manier waarop de communicatiegrondrechten zijn neergelegd in het constitutionele recht. Vraag daarbij is in hoeverre de grondrechten in hun huidige vorm voldoen in een tijd van technologische turbulentie en in hoeverre behoefte bestaat aan een aanpassing in het kader van de informatiesamenleving.

Deze vraag is als zodanig niet nieuw. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de nota Wetgeving voor de Elektronische Snelweg en het rapport van de Commissie Franken inzake 'grondrechten in het digitale tijdperk' over dit onderwerp.¹ Ook in de literatuur wordt aan dit onderwerp al geruime tijd aandacht besteed.² Hier wordt getracht een systematische analyse te geven waarbij de beide grondrechten in een samenhangend verband worden onderzocht. Daarnaast worden de diverse initiatieven die de laatste jaren in Nederland zijn ontplooid om de Grondwet 'technology proof' te maken, behandeld.

De communicatiegrondrechten staan niet op zichzelf. De bescherming van de uitingsvrijheid en het communicatiegeheim heeft raakvlakken met de andere grondrechten in de Grondwet,

¹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nrs. 1-2 (Nota WES); Rapport Franken 2000.

² Zie bijvoorbeeld Hofman 1995; Dommering 1998; Asscher 1999; Dommering e.a. 2000; De Meij 2000.

wordt beïnvloed door de rechtssfeer van het Europese recht, alsmede door de internationale verdragen en wordt nader uitgewerkt in het overige "lagere" nationale recht.

Een van de gevolgen van de technologische ontwikkelingen is de internationalisering van informatiestromen. Geruime tijd wordt al gewaarschuwd voor de moeizame handhaafbaarheid van nationale wetten en regels. Aandacht wordt dan ook besteed aan de bescherming van communicatiegrondrechten in internationaal (met name Europees) verband. Een rechtsvergelijking wordt gemaakt met het Amerikaanse recht teneinde de Europese en Nederlandse rechtsontwikkeling in een ander perspectief te kunnen plaatsen.

1.2 Probleemstelling

1. In hoeverre is de huidige Grondwet geschikt de vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim te beschermen?
2. In hoeverre is het mogelijk de communicatiegrondrechten zo te formuleren dat de beschermingsomvang en effectiviteit niet worden aangetast door elkaar snel opvolgende technologische ontwikkelingen?

1.3 Plan van aanpak

In dit hoofdstuk (H I) wordt naast de probleemstelling een aantal begripsbepalingen geïntroduceerd en wordt het onderwerp van studie afgebakend. Dan komt (H II) de vrijheid van meningsuiting in het Nederlandse recht aan bod. Geschiedenis van artikel 7 Grondwet, een analyse van de rol van de techniek en een bespreking van de voorstellen van de Commissie Franken en van het kabinetsstandpunt volgen. Hetzelfde geschiedt vervolgens met betrekking het communicatiegeheim (H III) en artikel 13 Grondwet.

In het volgende deel wordt het Europese kader geschetst. Eerst komt het EVRM (H IV, V en VI) aan bod. Het EVRM vormt een belangrijke bescherming van de grondrechten in Europa, en speelt een voorname rol in het Nederlands recht. De jurisprudentie van het EHRM over de vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim is van grote betekenis. In deze studie wordt echter niet dan zijdelings aandacht besteed aan de doorwerking van het EVRM in het Nederlandse recht, of de interpretatie van het EVRM door de Nederlandse rechter.³ Wij volstaan met een behandeling van de relevante jurisprudentie van het EHRM.

³ Zie bijvoorbeeld voor de betekenis van artikel 10 EVRM in de Nederlandse rechtsorde De Meij e.a. 2000 en voor wat betreft artikel 8 EVRM Nieuwenhuis 2001.

Vervolgens bespreken we het EG-recht (H VII). Dit rechtsgebied is op verschillende manieren van belang voor het onderwerp van deze studie. Ten eerste bestaat er veel EG-regelgeving die van invloed is op de vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim. Richtlijnen over privacy en over televisieomroep raken rechtstreeks aan de te behandelen materie. Ten tweede heeft de EG ook een zelfstandige verantwoordelijkheid voor de bescherming van de grondrechten. Dit blijkt uit het EG-Verdrag maar ook bijvoorbeeld uit het Handvest voor de Grondrechten, dat in 2000 in Nice werd gepresenteerd. Het EG-recht kan in sommige gevallen als extra bescherming fungeren voor de communicatiegrondrechten, in sommige gevallen echter ook als beperking.

Het Amerikaanse deel begint met een toelichting op de gekozen rechtsvergelijking, methodiek en summiere inleiding tot het Amerikaanse staatsrecht (H VIII). De uitgebreide Amerikaanse jurisprudentie over de uitingsvrijheid en over nieuwe media vormt een van de argumenten voor de keuze van dit rechtsstelsel. Eerst komt de vrijheid van meningsuiting zoals beschermd door het First Amendment aan de orde (H IX), gevolgd door een bespreking van het communicatiegeheim en het Fourth Amendment (H X).

In het slotdeel van de studie komt eerst een analyse van de verschillen en overeenkomsten tussen Nederland, Europa en de Verenigde Staten aan bod gevolgd door conclusies en aanbevelingen (H XI).

1.4 Begripsbepaling

Welke grondrechten worden bedoeld met 'communicatiegrondrechten' in deze studie? Hieronder worden kort de grondslagen en de achtergrond van de te behandelen grondrechten besproken. De uitwerking in wet, verdrag en jurisprudentie komt in latere hoofdstukken aan de orde.

Met communicatiegrondrechten worden in deze studie die grondrechten bedoeld die de vrijheid van de burger beschermen om zowel in het openbaar als privé te communiceren. De term wordt zowel gebruikt als aanduiding van de grondwetsartikelen waarin vrijheid van meningsuiting en communicatiegeheim zijn vervat als voor de inhoud van die grondrechten.⁴ Beide grondrechten staan onder druk van de ontwikkelingen in de informatietechnologie. Er is een aantal redenen om deze grondrechten in samenhang te behandelen. Ten eerste liggen communicatiegeheim en

⁴ Dat betekent dat de term zowel gebezigd wordt bij de beschrijving van bestaande grondwettelijke normering van grondrechten die communicatie beschermen als bij de beschrijving van toekomstige (gewenste) grondwettelijke grondrechten met betrekking tot communicatie.

uitingsvrijheid in elkaars verlengde. Het recht in het openbaar te communiceren wordt beperkt als het recht om privé te communiceren niet gewaarborgd is. Ik kom hier op terug in paragraaf 1.4.2.⁵ Ten tweede is het als gevolg van convergentie in sommige gevallen moeilijk vast te stellen of het gaat om openbare of privé communicatie. Ten derde is er met betrekking tot de bescherming van beide grondrechten geadviseerd tot wijziging door de commissie Franken, waardoor het zinvol is ze in samenhang te bespreken. Tenslotte sluit behandeling van beide grondrechten samen aan bij eerder onderzoek.

De bescherming van communicatie is historisch een reactie op overheidsbemoeienis. Men denke daarbij zowel aan censuur als aan het lezen van aan vervoersinstellingen toevertrouwde post door de overheid. 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 overheidsbemoeienis 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 verschillende rechtvaardigingen over de grondslagen van de vrijheid van meningsuiting kan een globaal onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten rechtvaardigingen.⁶

1.4.1 De grondslagen van de vrijheid van meningsuiting

De eerste grondslag die genoemd wordt, is de bescherming van de individuele expressie en zelfontplooiing van een ieder. Vrijheid is volgens Locke gebaseerd op de zelfstandigheid van het individu.⁷ Een recht op vrije individuele expressie leidt tot een afweerrecht tegen de overheid. Overigens is dezelfde grondslag ook denkbaar als argument voor een zorgplicht voor de overheid om te zorgen dat de vrijheid benut kan worden.⁸

Deze 'zelfstandigheidsrechtvaardiging' vindt ook steun in de moderne naturrechtsleer waarin mensen op grond van de menselijke waardigheid bepaalde rechten toegeschreven krijgen.⁹ De keuzevrijheid van het individu is nauw verbonden met het bestaan van een vrije privé-sfeer waarin het individu kan doen en

⁵ In dit proefschrift wordt zowel 'ik' als 'wij' gebruikt om de auteur aan te duiden.

⁶ Vgl. Peters 1981, p. 13; Nieuwenhuis 1997, p. 36-37.

⁷ Vgl. Nieuwenhuis 1991, p. 16.

⁸ 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.

⁹ Nieuwenhuis 1997, p. 11.

laten wat hij wil.¹⁰ 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.¹¹

Een tweede grondslag van de vrijheid van meningsuiting die genoemd wordt, is het publieke belang dat gediend is bij het ongehinderd plaatsvinden van 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.¹² In wezen is deze rechtvaardiging een voorbeeld van optimistisch verlichtingsdenken; als er maar vrijheid is, komt de waarheid vanzelf boven.¹³

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.¹⁴ 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.¹⁵

Van de tweede grondslag bestaan overigens verschillende varianten. De collectieve doeltheorieën, de waarheidsvinding en het democratisch zelfbestuur vormen alle gedifferentieerde onderdelen van de tweede grondslag. Deze rechtvaardigingen hebben met elkaar gemeen dat ze gericht zijn op een algemeen belang, dit in tegenstelling tot het individuele belang als grondslag.¹⁶

¹⁰ Nieuwenhuis 1997, p. 14.

¹¹ 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.

¹² Geciteerd bij Nieuwenhuis 1991, p. 13.

¹³ Nieuwenhuis 1991, p. 19-20.

¹⁴ Peters 1981, p. 3.

¹⁵ Aldus Mirabeau en Jefferson, Nieuwenhuis 1991, p. 28-30. Nieuwenhuis noemt ook nog de 'veiligheidsklep rechtvaardiging': uitingsvrijheid voorkomt onrust en zorgt zo voor een stabiele maatschappij, Nieuwenhuis 1997, p. 19; Bulk 1998, p. 224-225.

¹⁶ Vgl. De Meij e.a. 2000, p. 28-45. Daar wordt een heldere samenvatting gegeven van de mogelijke grondslagen voor de uitingsvrijheid en de doorwerking daarvan in reikwijdte en beperkingen.

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.¹⁷ 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. Dit laat onverlet dat er nog veel meer grondslagen voor de uitingsvrijheid genoemd worden in de literatuur over dit onderwerp.¹⁸

Wat vormt nu de inhoud van het recht op vrijheid van meningsuiting? Het eerste aspect van de vrijheid betreft de uiting zelf. Daarbij gaat het om het recht vrij te uiten. Dit aspect wordt meestal gezien als een plicht aan de overheid zich te onthouden van bemoeienis met de inhoud van de uiting of de publicatie van de uiting.

Een ander 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. Er wordt in dit verband ook wel over de ontvangstvrijheid gesproken. Een zorgplicht is denkbaar waarbij de overheid er zorg voor draagt dat informatie elektronisch beschikbaar wordt gemaakt of dat informatie beter ontsloten wordt met behulp van bibliotheken. Daarnaast omvat de openbare communicatievrijheid het recht op vrije toegang tot communicatiemiddelen. 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 volgend 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

¹⁷ Nieuwenhuis 1991, p. 31-33.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld Schauer 1982, p. 3-73.

overheid. Daarnaast wordt het tot de zorgplicht van de overheid gerekend voor een pluriforme informatievoorziening zorg te dragen.

Het recht op vrijheid van meningsuiting is niet onbegrensd. Onder omstandigheden moet dit recht beperkt kunnen worden, bijvoorbeeld bij een botsing met andere grondrechten. Juist de manier waarop de mogelijkheid het grondrecht te beperken is geconstrueerd, blijkt in de praktijk van groot belang voor de daadwerkelijke betekenis van dit recht.

In hoeverre gelden nu voor het communicatiegeheim vergelijkbare grondslagen als voor de uitingsvrijheid?

1.4.2 Communicatievrijheid en privacy: het communicatiegeheim

Hugo de Groot noemde onderschepping van brieven een inbreuk op een natuurrecht dat elk mens toekomt om met afwezige vrienden vertrouwelijk te spreken.¹⁹ Wat is naar huidige opvattingen de achtergrond van dit recht? Geldt dezelfde grondslag als voor de vrijheid van meningsuiting?²⁰ Het briefgeheim, alsmede het moderne telefoon- en telegraafgeheim worden thans meestal beschouwd als onderdeel van het recht op privacy. Het recht op privacy kent hier een overlapping met het ruimere 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 behoren tot 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 concentreert zich op de communicatiegrondrechten en besteedt aan het recht op privacy slechts zijdelings aandacht. Hieronder wordt de verhouding van het communicatiegeheim tot het privacyrecht en tot het recht op uitingsvrijheid geschetst.

Wat is de rechtvaardiging van de bescherming van het briefgeheim naast de meer algemene bescherming van de persoonlijke levenssfeer? De grondslag van het briefgeheim valt in zekere zin te vergelijken met die van de vrijheid van meningsuiting, hetgeen tevens de nauwe samenhang tussen beide grondrechten duidelijk maakt. Peters doelt daar ook op als hij de 'staatsvrije sfeer' als grondslag voor de vrijheid van meningsuiting in verband brengt met

¹⁹ In een brief aan de Staten van Zeeland, Geciteerd door Duijnsteet 1891, p. 15. Zie ook Van Velden 1859, p. 79, 80.

²⁰ Beide vrijheden werden vroeger als één geheel gezien, communicatiegeheim gold als aspect van de vrijheid van meningsuiting, Ruiz 1997, p. 67-68.

het briefgeheim en het huisrecht, grondrechten die tot het privacyrecht gerekend worden.²¹

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.²² Gutwirth heeft het over 'intermenselijke communicatie als onderdeel van de privacy.'²³ Hofman noemt de 'basisbehoefte van de mens: vertrouwelijk met zijn medemensen te kunnen communiceren.'²⁴ Het gaat kort gezegd 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. Door het communicatiekanaal te perverteren wordt het vrije publieke politieke debat bedreigd en zo ook de democratie.

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. Nieuwenhuis noemt dit een bescherming tegen ongewenste waarnemingen.²⁵ Ten tweede als 'pendant van het censuurverbod': vrije participatie aan het publieke debat is pas mogelijk wanneer deelnemers zelf kunnen beslissen wie wanneer van hun communicatie kennis neemt.²⁶

²¹ Peters 1981, p. 3.

²² Buiten de communicatieve sfeer vindt dit algemene privacyrecht ook bescherming in bijvoorbeeld het *droit de publication* in het auteursrecht.

²³ Gutwirth 1998, p. 24.

²⁴ Hofman 1995, p. 1-2.

²⁵ Nieuwenhuis 2001, H. 3.

²⁶ Dommering e.a. 1999, p. 603.

De verhouding tot het recht op privacy is complex. Er bestaan vele uiteenlopende visies op het recht op privacy. Het recht op privacy kan immers op 'zeer uiteenlopende gebieden naar voren komen'.²⁷ Daarbij kan worden gesteld dat er geen objectief juiste omschrijving bestaat van begrip en inhoud van het recht op privacy.²⁸

Zo maakt Ruiz een onderscheid tussen civil privacy en political privacy.²⁹ 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. Alles wat wel algemeen kenbaar is omtrent een persoon is dan onderdeel van een gemeenschappelijke ruimte van een samenleving.³⁰ 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. In de context van political privacy daarentegen wordt het bestaan van privacy een voorwaarde voor het bestaan van de democratische rechtsstaat waarin burgers kunnen deelnemen aan het publieke debat.³¹

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 participatiescenario een meer zelfstandige plaats krijgen dan in een afscherming scenario. Dommering kiest een andere benadering dan Ruiz. Hij plaatst het communicatiegeheim binnen het privacyrecht in een schema van drie kringen. De relationele privacy beschermt de fysieke privé-sfeer. De privacy werkt ook buiten die fysieke privé-sfeer en is onderverdeeld in de informationele privacy en het communicatiegeheim. De informationele privacy behelst dan de verzameling, verwerking en opslag van persoonsgegevens, terwijl het communicatiegeheim de communicatieve handelingen beschermt *buiten* de fysieke privé-sfeer.³² Nieuwenhuis geeft het communicatiegeheim een plaats binnen het privacyrecht door te wijzen op de eigenschap van het recht op privacy om te

²⁷ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 40-41.

²⁸ Voor een recent overzicht van de theorievorming rond het recht op privacy zie Nieuwenhuis 2001.

²⁹ Ruiz 1997, p. 32-36.

³⁰ Ruiz 1997, p. 28-29.

³¹ Ruiz 1997, p. 31-32.

³² Dommering e.a. 1999, p. 602-607.

beschermen tegen waarneming, in dit geval tegen waarneming van privé communicatie.³³

Hoewel het communiceren in de privé-sfeer zowel beschermd wordt door privacy als door het communicatiegeheim, gebeurt dat vanuit een andere invalshoek. De ruimere 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. Met de interpretatie dat vertrouwelijkheid van de persoonlijke levenssfeer zich uitstrekt tot het gebruik van communicatiemiddelen vervalt de noodzaak die vertrouwelijkheid apart te beschermen. Een aparte bescherming van het communicatiegeheim zou kunnen worden gemotiveerd vanuit de betekenis van het geheim voor de uitingsvrijheid. Het gaat in die visie 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.³⁴

Indien men uitgaat van een ruim bereik van de vrijheid van meningsuiting dan beschermt dit recht zowel het communicatiegeheim als de uitingsvrijheid. Dit kan ook worden omschreven als enerzijds een recht je te verzetten tegen waarneming en onderzoek en anderzijds de vrijheid bepaalde (communicatieve) handelingen te verrichten.³⁵

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 duidelijker. '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.'³⁶ Zonder bescherming van de privé-communicatie komt ook de uitingsvrijheid, en dus de vrije deelname aan het publieke debat, in gevaar.³⁷ Duijnstee 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.'³⁸ Deze interpretatie strookt met vroege opinies over de

³³ Nieuwenhuis 2001, p. 48.

³⁴ Hofman 1995, p. 5-9, 459-464; Dommering e.a. 1999, p. 603-605.

³⁵ Nieuwenhuis 2001, p. 48.

³⁶ Duijnstee 1891, p. 2.

³⁷ Ruiz 1997, p. 342.

³⁸ Duijnstee 1891, p. 5.

vrijheid van meningsuiting, waarin het briefgeheim werd beschouwd als een welhaast vanzelfsprekend voortvloeisel van de uitingsvrijheid.³⁹

Transportgeheim of vertrouwelijke communicatie

Met dit al is echter nog niet verklaard waarom de communicatieve handelingen een aparte, zelfstandige bescherming verdienen. Van verschillende kanten wordt gewezen op de specifieke betekenis van de transportfunctie als achtergrond van het grondrecht.⁴⁰ 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 dan op te vatten als een bescherming in verband met de bijzondere aard van het informatietransport. Informatietransporteurs worden belast met extra voorschriften omtrent 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.

Een andere visie op het communicatiegeheim komt in dit onderzoek eveneens uitgebreid aan de orde. In zijn dissertatie uit 1995 introduceerde Hofman het idee van een recht op vertrouwelijke communicatie als techniekonafhankelijke opvolger van het briefgeheim.⁴¹ Van vertrouwelijke communicatie is sprake bij een objectieve wil tot vertrouwelijkheid en een daaraan gekoppelde redelijke verwachting van vertrouwelijkheid. Hofman beredeneert het recht op vertrouwelijke communicatie vanuit een bepaalde privacyopvatting. De nadruk ligt in zijn theorie niet op de rol van de transporteur of op het communicatiekanaal maar veeleer op de bescherming van de (persoonlijke) inhoud van communicatie. Dit impliceert tevens dat het niet meer zinvol is communicatie buiten de privé-sfeer wel, en communicatieve handelingen binnen de privé-sfeer niet binnen het recht op vertrouwelijke communicatie bescherming te bieden.

Zowel bij het transportgeheim als bij het recht op vertrouwelijke communicatie is de afgrenzing van het recht belangrijk. Met andere woorden, wanneer is dit grondrecht van toepassing en wanneer geldt het vangnet van de 'gemene privacy'? Onder de voorgestelde criteria bevinden zich: 'Open channels versus closed channels',⁴²

³⁹ Ruiz 1997, p. 64-67.

⁴⁰ Dommering 1997, p 143; Nieuwenhuis 1998, p. 428.

⁴¹ Hofman 1995.

⁴² Ruiz 1997, p. 143, 144; 155-158.

mediaspecifiek onderscheid,⁴³ 'vertrouwelijke communicatie' als objectieve wil tot vertrouwelijkheid blijkend uit een vorm van beveiliging⁴⁴ en adressering.⁴⁵

Ruiz suggereert om onderscheid te maken tussen open en gesloten kanalen, hetgeen neer komt op een technisch onderscheid. Immers, zij wijst bepaalde infrastructures aan als open of gesloten hetgeen naar de stand der techniek thans moeilijk vol te houden is. Een onderscheid tussen geadresseerde en niet-geadresseerde informatie is wellicht een beter criterium voor de afbakening van de gelding van het transportgeheim.⁴⁶ 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.⁴⁷

Tegen dit criterium zijn ook bezwaren te opperen. Zo wordt technisch gezien steeds meer informatie niet alleen aan één of slechts enkele geadresseerden verstuurd, maar ook aan een heel grote, vrijwel onbepaalde groep. Hetzelfde radioprogramma kan in sommige gevallen worden beluisterd en met een gewone ontvanginrichting – ongeadresseerd – worden ontvangen en tegelijkertijd via het Internet worden opgehaald en daarmee wordt hetzelfde programma geadresseerd verzonden en ontvangen. In dat tweede geval zou mijns inziens het communicatiegeheim ook van toepassing moeten zijn. Ook is het een legitieme vraag wat de betekenis is van het communicatiegeheim bij een bericht naar een miljoen adressen. Toch hoeft het niet altijd zo te zijn dat de behoefte aan briefgeheim zou afnemen bij een groter aantal brieven.

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.⁴⁸ Deze terminologie past in het in de communicatiewetenschap veelal gehanteerde communicatiemodel dat uitgaat van zender, kanaal en ontvanger.⁴⁹

⁴³ Artikel 13 Grondwet.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 443, nrs. 1-3; Hofman 1995, p. 5-8.

⁴⁵ Dommering 1998, p. 121.

⁴⁶ Mooier is het Vlaamse 'bestemming', Gutwirth 1998, p. 24.

⁴⁷ Bordewijk/ Van Kaam 1982, p. 30; Dommering 1997, p. 144.

⁴⁸ Zie ook Dommering 1997, p. 143; Dommering 1998, p. 117.

⁴⁹ Van Cuilenburg, Scholten en Noomen 1991, hoofdstuk 1.

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.⁵⁰ 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. Voorlopig wordt binnen het hier geschetste concept het adrescriterium aangehouden.⁵¹

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 email is het bovendien zo dat informatie voor kortere of langere tijd ligt opgeslagen bij de mailserver 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.

Ook op het communicatiegeheim als transportgeheim is kritiek geleverd. Hofman waarschuwt dat deze interpretatie zal leiden tot een te beperkte beschermingsomvang of tot een kunstmatige oprekking van het transportgeheim. Hofman noemt als nadeel dat het livegesprek buiten de boot zou vallen.⁵² Hierna zullen we bij de bespreking van de diverse aspecten van het communicatiegeheim

⁵⁰ Kaspersen/Hofman/Verbeek 1999, p. 219-222.

⁵¹ Zo ook Dommering e.a. 1999, p. 605.

⁵² In *NRC Handelsblad* 21 oktober 1997.

telkens zowel de benadering van het transportgeheim als de benadering van Hofman betrekken.

Over de omvang van het object van het grondrecht bestaat ook veel discussie die samenhangt met het verschil tussen transportgeheim en vertrouwelijke communicatie. Gaat het alleen om de bescherming van de inhoud van de communicatie of moet het gehele informatietransport beschermd worden tegen kennisname? Met deze vraag hangt de status van de verkeersgegevens nauw samen. Volgens een aantal auteurs horen de verkeersgegevens beschermd te worden onder het communicatiegeheim.⁵³ Dit wordt echter door anderen bestreden.⁵⁴ Tegenwoordig is telecommunicatie niet meer denkbaar zonder dat gebruik wordt gemaakt van databanken waarin persoonsgegevens worden gekoppeld met elektronische adresgegevens om de juiste routing en bestemming van een boodschap tot stand te brengen.⁵⁵ Er treedt een vermenging op van individuele communicatieve handelingen en het waarnemen en vastleggen van persoonsgegevens. Hierdoor raakt het informationele privacyrecht in sterkere mate dan nu het geval is verweven met het communicatiegeheim.⁵⁶ Terwijl artikel 10 Grondwet ziet op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, ziet het transportgeheim op de betrouwbaarheid van het communicatiekanaal. Geheimhouding van verkeersgegevens dient deze betrouwbaarheid. Het gaat er dan ook niet zo zeer om dat verkeersgegevens veel over personen kunnen zeggen, belangrijker is dat het vertrouwen dat de burger stelt in het communicatiekanaal kan worden aangetast, wanneer verkeersgegevens worden verwerkt voor doelen die niet noodzakelijkerwijs voortvloeien uit het leveren van de dienst. Wanneer de burger er rekening mee moet houden dat wordt bijgehouden met wie hij wanneer en hoe lang communiceert en vervolgens deze informatie buiten het kader van de dienst voor allerlei doeleinden wordt verwerkt, zal hij niet meer vrij kunnen communiceren.

Er van uitgaand dat het kanaal beschermd dient te worden, dient de nadruk te liggen op de *briefwisseling*, niet op de brief.⁵⁷ 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 en

⁵³ Vgl. bijvoorbeeld Ollila 2001, p. 209: ‘The protection of confidential communications includes the content and other elements of the communications, e.g. the existence and the participants of the communication.’

⁵⁴ De Commissie Franken en het kabinet willen de verkeersgegevens buiten artikel 13 Grondwet houden, zie para. **Error! Reference source not found.**

⁵⁵ Zie Prins 1998, p. 213-281.

⁵⁶ Zie Dommering 1998, p. 110-138.

⁵⁷ Duijnste 1891, p. 31-35; Onschendbaarheid alleen voor zolang de brief aan de post is toevertrouwd, Van Meerten 1976, p. 23.

email 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 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. Eigenschap van het vervoeren is dat de vervoerder het goed onder zich neemt, met andere woorden 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 liggen.⁵⁸ Geadresseerde is degene aan wie het goed, de informatie, moet worden afgeleverd. De informatie-vervoersovereenkomst 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.

In een aantal gevallen kan het noodzakelijk zijn inbreuk op het communicatiegeheim te maken. Ten eerste zal het voor informatietransporteurs soms nodig zijn om daarop 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 controle inbreuk op het communicatiegeheim 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. 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 of 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 vanwege 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.

Het is niet uitgesloten dat de leer van het transportgeheim met die van de vertrouwelijke communicatie verzoend kan worden. In dat geval zou het transportgeheim het engere communicatiegeheim vertegenwoordigen, en het recht op vertrouwelijke communicatie

⁵⁸ Van Duuren 1989, p. 4-5.

het communicatiegeheim in brede zin. In dit onderzoek worden beide benaderingen gebruikt bij de analyse van de bescherming van het communicatiegeheim.

1.4.3 Informatiesamenleving

Het denken over de rol van de techniek in de bescherming van de communicatiegrondrechten is niet iets nieuws. Van den Bergh schreef al in 1940: ‘.. het geluid wordt gezien, schrift wordt gehoord. Alle grenzen zijn uitgewist. Maar de Grondwet, die de ontwikkeling der techniek niet voorzien kon, onderscheidt. De grondwetgever kon niet weten dat deze onderscheiding zinledig zou worden.’⁵⁹ In haar advies aan de grondwetgever houdt de Commissie Franken eveneens expliciet rekening met het verdwijnen van technische verschillen tussen communicatietechnieken.⁶⁰ Hieronder volgt een korte schets van de ontwikkeling naar een informatiemaatschappij.

De technologische vooruitgang op het gebied van communicatie en informatie heeft de samenleving ingrijpend veranderd. Dit heeft gevolgen 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.⁶¹ Deze paragraaf beschrijft de factoren die hebben geleid tot de informatiemaatschappij en die de ontwikkeling nog in versterkte mate voortzetten. Voorts wordt een beeld geschetst van de reactie van de overheid op die ontwikkeling, voor zover hier relevant.

Een van de factoren die bijdragen aan de zich ontwikkelende informatiemaatschappij is convergentie. Convergentie betekent letterlijk ‘samenkomst in een punt’. Convergentie staat tegenover divergentie. Dat laatste is een proces van ontvlechting, waarbij juist ontkoppeling tussen verschillende technieken of functies plaatsvindt. Een voorbeeld van dat verschijnsel is het aanleggen door telecommunicatieaanbieders van aparte netwerken voor datadiensten.⁶² De VOC-studie gaf in 1990 reeds aan hoe processen van verbinding en ontvlechting samenhangen met vrijheid.⁶³ Het Groenboek Convergentie, dat in 1997 door de Europese commissie

⁵⁹ Convergentie is niet een uniek verschijnsel van de informatiesamenleving: G. van den Bergh, ‘De artikelen 7 en 9 van de Grondwet in het licht van de moderne techniek’, *NJB* 1940, p. 67-72.

⁶⁰ Rapport Franken 2000, p. 72-73.

⁶¹ Het begrip maakte zijn officiële Europese debuut in het rapport Bangemann ‘Europe’s way to the information society. An action plan.’ COM/94/347

⁶² Dommering e.a. 1999, p. 38.

⁶³ Arnbak, van Cuilenburg en Dommering 1990, H. 5.

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.⁶⁴

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*. Als vervolg op het Groenboek heeft de Europese Commissie een heel pakket maatregelen aangekondigd die als aanknopingspunt 'electronic communications' hebben. In een kaderrichtlijn wordt een definitie van elektronische communicatienetwerken en -diensten gegeven, die zorgt voor gedeeltelijke juridische convergentie tussen de verschillende elektronische media.⁶⁵

Technische convergentie

De stormachtige technologische ontwikkelingen die ons naar de informatiemaatschappij stuwden, veroorzaken convergentie. Conceptueel zijn de belangrijkste daarvan te herleiden tot het huwelijk tussen informatietechnologie en communicatietechnologie.⁶⁶

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 1920.⁶⁷ De belangrijkste communicatiemiddelen waren vóór WO II telegraaf en vooral telefoon en radio. Later in de 20^{ste} eeuw kwamen daar

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische -communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn) van 4 februari 2002 (nog niet verschenen in het *Publicatieblad*; zie ook Dommering 2001, p. 4-10.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Voor een uitgebreid historisch overzicht verwijst ik naar Dommering e.a. 1999, p. 35-43, en Standage 1998, p. 41-104.

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.⁶⁸

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.⁶⁹ Ondertussen is het gebruik van computertechnologie gemeengoed geworden in eindapparaten, tijdens transmissie en in schakelstations.⁷⁰

Digitalisering, het omzetten van alle informatie in 'nullen en enen', was een van de belangrijkste technische ontwikkelingen. 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.⁷¹

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.⁷² Aan bestaande

⁶⁸ Dommering e.a. 1999, p. 35-43; De Jong/Michiels/Nijhof e.a. 1997, p. 14-16.

⁶⁹ Koers, *Handelingen NJV* 1998-I, p. 8-10.

⁷⁰ De Jong/Michiels/Nijhof e.a. 1997, p. 4-5 en 247-248.

⁷¹ Dommering e.a. 1999, p. 40.

⁷² Groenboek convergentie 1997, p. 12.

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.

Echter, ook geheel nieuwe diensten (kunnen) worden ontwikkeld. Voorbeelden zijn het WWW, *Video On Demand* en mobiel datatransport.⁷³

Het ontstaan van deze nieuwe of vernieuwde diensten die alle 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 het, juist doordat een net niet meer per se wordt gebruikt voor één dienst, 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 ontkoppeling ontstaan tussen net en dienst, ook op functioneel niveau.⁷⁴

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.⁷⁵ 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'.⁷⁶

Veranderingen op de markt

⁷³ Groenboek convergentie 1997, p. 12-13.

⁷⁴ Dommering e.a. 1999, p. 9-11.

⁷⁵ Dommering e.a. 1999, p. 12 en p. 86-90.

⁷⁶ Dommering e.a. 1999, p. 41-42.

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*.⁷⁷ 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.⁷⁸ Tegelijkertijd kunnen nieuwe machtsposities ontstaan bijvoorbeeld in de markt voor software die toegang biedt tot het Internet, de *browsers*.

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.⁷⁹ De economische veranderingen door de komst van de netwerkeconomie zijn veel te complex om in deze studie te behandelen. Ook de belangrijke interactie tussen mededinging en communicatievrijheid blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.

Internationale gevolgen van convergentie

Globalisering, internationalisering; al jaren is een ontwikkeling gaande in de richting van een *global village*. Zonder over die ontwikkeling een waardeoordeel te geven kan worden gesteld dat

⁷⁷ Arnbak, Van Cuilenburg en Dommering 1990, p. 58.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.

nationale samenlevingen een steeds verdergaande internationale samenleving vormen. De hierboven beschreven technische ontwikkelingen geven aan die trend nog een extra impuls. Immers, door de horizontalisering van netwerken en de grenzenloosheid van datastromen kan een ieder grenzen oversteken die tot voor kort onoverbrugbaar leken. 'Bij elektronische betrekkingen hebben fysieke afstanden en staatkundige grenzen daarom veel minder betekenis dan bij «gewone» betrekkingen. Dat speelt in het bijzonder bij Internet. De plaats waar een burger of instelling zich fysiek bevindt, hoeft niet de plaats te zijn waar deze activiteiten ontplooit. De gevolgen van die activiteiten beperken zich al helemaal niet tot de plaats waar de betrokkene zich bevindt.⁸⁰

Dit heeft ingrijpende gevolgen voor de nationale rechtssystemen. Het gaat dan zowel om de vraag onder welke jurisdictie grensoverschrijdende communicatie valt als om de vraag hoe het nationale recht gehandhaafd kan worden in een dergelijke internationale omgeving.⁸¹ Een daarvan is het conflict tussen de verschillende normen op het gebied van beperkingen van de communicatievrijheid. Nu de vraag welke beperkingen op de uitingvrijheid gerechtvaardigd zijn sterk cultureel bepaald wordt, zijn dergelijke normen moeilijk 'over de grens' te handhaven.⁸² Dit heeft gevolgen voor de verhouding tussen nationale en internationale vastleggingen van de communicatievrijheid. Een van de mogelijke oplossingen is het internationaal harmoniseren van materiele normen, maar: 'Daarbij dient men zich echter te realiseren dat internationale harmonisatie soms aanpassing van Nederlandse materiële normen vergt aan de internationale consensus. Het kabinet wijst zo'n aanpassing niet op voorhand af.⁸³

1.4.4 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.⁸⁴ Bovendien pleit zij voor gelijke

⁸⁰ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2 (Nota WES), p. 6.

⁸¹ vgl. Overheden over internationalisering 2000, p. 44-45.

⁸² Vgl. Commissie Franken 2000, p. 27.

⁸³ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2 (Nota WES), p. 112.

⁸⁴ Dommering e.a. 1999, p. 9-10; Convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie en de implicaties daarvan voor de regelgeving. Resultaten van de openbare raadpleging over het groenboek [COM(97)623], COM (1999), 108 *final*.

behandeling van alle netwerkinfrastructuur en bijbehorende diensten, ongeacht de aard van de getransporteerde diensten.⁸⁵

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. Dat betekent dat de verschillende convergerende media door de Grondwet op de zelfde wijze behandeld zouden moeten worden.

1.4.5 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).⁸⁶ 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.⁸⁷ Het lijkt de regering onvermijdelijk dat de rol van de overheid in de informatiesamenleving een andere is dan die in de industriële samenleving.⁸⁸

Drie scenario's worden geschetst 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, '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

⁸⁵ Resultaten van de openbare raadpleging COM(199)108, 1999.

⁸⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 880, nrs. 1-2, p. 53-57.

voorwaardenscheppend optreedt zonder zich inhoudelijk actief met beleid te bemoeien. Dat betekent dat de regering pleit voor terughoudendheid bij overheidsop treden. De voorkeur wordt gegeven aan 'zelfregulering, bestuursoplossingen en open rechtsnormen'.⁸⁹

Daarnaast vindt de overheid het belangrijk te komen tot techniekonafhankelijke rechtsnormen, met name in deze tijd van technologische turbulentie.⁹⁰ 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'.⁹¹ 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.⁹² Die commissie bracht in mei 2000 advies uit over een aanpassing van de Grondwet aan de informatiesamenleving. Naar aanleiding van dat advies kwam het kabinet met een standpunt over grondrechten in het digitale tijdperk.

⁸⁹ *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.

⁹⁰ '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.

⁹¹ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 880, nrs. 1-2, p. 13.

⁹² Besluit van 23 februari 1999, *Stb.* 1999, 101.

1.5 Begrenzing van het onderzoek

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 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. 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. Nieuwe vragen over de verantwoordelijkheid van netwerk aanbieders en internet diensten aanbieders voor de inhoud van de door hun vervoerde informatie dienen zich aan. Dit onderwerp blijft in deze studie verder buiten beschouwing. Wel zal in de bespreking van de diverse wijzigingsvoorstellen hier en daar aandacht worden besteed aan de vraag of in die voorstellen een plek is ingeruimd voor horizontale werking. Hierboven noemde ik reeds kort de zorgplicht van de overheid om de vervulling van de communicatievrijheid te garanderen. Deze kan bestaan uit het vastleggen van een vorm van horizontale werking als het gaat om de vrijheid van meningsuiting of om het communicatiegeheim. Maar men kan ook denken aan de zorgplicht om de pluriformiteit van het informatieaanbod te garanderen. De verschillende soorten zorgplichten en de diverse aspecten daarvan komen in deze studie slechts zijdelings aan bod, als er een duidelijk verband met de technologische ontwikkeling kan worden gelegd, of als zij bij de beperkingen een rol spelen.

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.⁹³ Zoals ik reeds aangaf maakt deze vraag geen onderwerp uit van deze studie.

⁹³ Zie over de verhouding tussen vrije mededinging en grondrechten beknopt Dommering 1998, p. 120; zie ook Van den Beukel en Nieuwenhuis 2000, p. 116-124.

De informatierevolutie heeft veel meer veranderingen te weeg gebracht dan slechts die in de bescherming van de grondrechten. Algemeen wordt aangenomen dat de positie van traditionele tussenpersonen in communicatieprocessen als drukkers en uitgevers zal veranderen en wellicht vervangen zal worden door andere *middle men*. Daaruit vloeien dan ook weer nieuwe vragen voort naar de aansprakelijkheid van tussenpersonen voor de inhoud van informatie en dergelijke. Deze aspecten blijven in deze studie buiten beschouwing. Bij de recente wijzigingsvoorstellen en het kabinetsstandpunt gaat het niet uitsluitend om veranderingen in het kader van het digitale tijdperk. Zo is de positie van handelsreclame ten opzichte van de vrijheid van meningsuiting ook zonder digitale component al geruime tijd een onderwerp van discussie. In het navolgende ga ik niet uitgebreid in op het leerstuk van de 'commercial speech'.