

Een nieuw voorstel tot aanpassing van de Grondwet

32

Wordt het nog wat met de Nederlandse Grondwet? Grondwetscommissies komen en gaan (de Commissie-Franken in 2000, nu de Commissie-Thomassen), de Grondwet blijft onveranderd.² De Commissies willen allemaal de uit de jaren tachtig van de vorige eeuw daterende formulering van de grondrechten in art. 7-13 Gw (vrijheid van meningsuiting, dataprotectie en communicatiegeheim) up-to-date maken. Ze worstelen allemaal met het conflict tussen de explosieve ontwikkeling van de Informatie en Communicatie Technologie en een eerbiedwaardig college van heilige koeien uit het Nederlandse staatsrecht, niet de meest innovatieve tak van sport aan de Rechtenfaculteiten.³ Ze willen allemaal toetsingsrecht en dat willen velen in de Tweede Kamer ook, maar de 'gedoogmeerderheid' in tweede lezing waarschijnlijk niet.⁴ Hierna volgt een beschouwing over het rapport van de jongste Grondwetscommissie, de Commissie-Thomassen, die met een wat minimalistische opdracht startte (de Gw 'bij de tijd' te houden), aanvankelijk alleen om de Gw in gewoon Nederlands te vertalen ('Jip en Janneke taal'). Het is wat meer geworden, maar de urgentie iets te doen spat niet van dit rapport af. Bovendien is de Commissie op essentiële onderdelen verdeeld omdat staatsrechtelijke heilige koeien niet van vernieuwing houden.⁵ Ik begin met wat algemene vragen en bespreek dan de voorstellen voor

nieuwe communicatie artikelen (kader). Het gaat niet om een uitputtende beschouwing van het rapport.

Algemene vragen

De internationale rechtsorde (Europa)

De Europese Unie bestaat in de nieuwe Grondwet nog steeds niet. Een voorstel van het lid Overkleef om in navolging van Frankrijk en Duitsland een afzonderlijke bepaling in de Gw op te nemen waarin de EU een afzonderlijke plaats krijgt, om de 'normativiteit' van de Gw te vergroten, blijft alleen staan: 'Een grondwettelijke verankering van de Europese rechtsorde in de Grondwet maakt deze (de EU) constitutionele realiteit zichtbaar, maar biedt tevens aanknopingspunt om de democratische legitimatie van de Unie op nationaal niveau te versterken' (bijlage 1d, p. 154 van het rapport). De Commissiemeerderheid vindt het opnemen van een bepaling dat de regering 'de ontwikkeling van de internationale en Europese rechtsorde' bevordert, voldoende.⁶ Maar in die bepaling wordt nu juist het belangrijke punt van de democratische legitimatie van die rechtsorde (en dan vooral die ons het meest na is) gemist. Aan een dergelijke bepaling is bepaald behoefte, zeker nu er slecht gefundeerde aanvallen op de Europese rechtsorde worden gedaan vanuit de afdeling Encyclopedie van de Rechtenfaculteit in Leiden, omdat de internationale (Europese) rechtsorde niet voldoende democratisch gelegitimeerd zou zijn. Die aanvallen leidden zelfs tot een onbekookte Kamermotie.⁷

De Commissie vindt wel dat art. 94 Gw dat voorrang toekent aan 'ieder verbindende bepalingen' van de internationale rechtsorde boven daarmee strijdige bepalingen van nationaal recht gehandhaafd moet worden, al vindt ze de bewoordingen onvoldoende 'Jip en Janneke'. Vervanging van 'ieder verbindend' door 'rechtstreeks werkend' zou de Gw toegankelijker maken. Het zij zo; in ieder geval is de verfijnde begripsanalyse die de Commissie (p. 131) aan deze voorgestelde verandering ten grondslag legt slechts voor een geschoolde jurist te volgen. Het voorstel om ook rechterlijke toetsing aan ongeschreven internationaal gewoonterecht mogelijk te maken, blijft steken in een krappe meerderheid (nog weer

1. Egbert Dommering is hoogleraar Theorie van het Informatierecht aan de UvA en oud-redacteur van dit tijdschrift.
2. Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk, beter bekend als de Commissie Franken, Den Haag 2000 (Besproken door F. Kuitensbrouwer en ondergetekende in *Computerrecht* 2000-4), het in dit artikel besproken Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag 2010, beter bekend als de Commissie Thomassen. Behalve in het hierna aangehaalde NJB-artikel van Peeters & Boogaard, is het rapport besproken door Bert-Jaap Koops in het *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, jaargang 2011.
3. Jit Peters en Geerten Boogaard, 'Staatscommissie Thomassen: te voorzichtig', *NJB* 2010-Afl. 44/45, 2802-2808, p. 2803: 'De Commissie bestond uit nagenoeg alleen maar juristen en dan ook voor een groot gedeelte uit typische staatsrechtgeleerden. Juristen zijn over het algemeen tot een zekere behoudzucht geneigd, maar dat geldt nog veel meer voor staatsrechtjuristen'. En de behoudzucht wordt al vroeg aangekweekt, zie J.J. Sillen, universitair docent staats- en bestuursrecht aan de RUN, en lid van de 'Jonge Nederlandse Juristen Vereniging, 'Tegen het toetsingsrecht'', *NJB* 2010-43, p. 2742-2748.
4. De 'Verklaringswet Halsema', wet van 25 februari 2009, *Stb.* 120, tweede lezing, Kamerstukken II 2009/10, 32334, nrs. 1-3. Paragraaf 3.2. van het Rapport Franken (de meerderheid min één), Paragraaf 5.3. van het rapport Thomassen (unaniem).
5. Peters & Bogaard, t.a.p. noot 2, p. 2803: 'Bovendien is de commissie hopeloos verdeeld. De typische staatsrechtjuristen (...) zijn het meest voorzichtig. Zij zijn voor een sobere Grondwet. Je zou hen de 'sobe- ren' kunnen noemen. De [andere] leden zijn wat ambitieuzer ten opzichte van het karakter van de Grondwet. Je zou hen de 'verfraaiers' kunnen noemen. Maar de verbeelding is ook met deze groep niet aan de haal gegaan. Het lid Overkleef-Verburg komt nogal eens met eigen minderheidsstandpunten die niet gedeeld worden door andere leden.'

6. Al formuleert de meerderheid van de Commissie 'denkrichtingen' om de democratische legitimatie te verhogen (par. 12.4.4 van het rapport).
7. Thierry Baudet, 'De gespannen verhouding tussen mensenrechten en rechtsstaat', in: Sadik Harchaoui & Juliët Jonkers (red), *Leve de rechtsstaat*, Den Haag: Boom/Lemma 2010, p. 65-79 en parallelle discussies in de pers (zie m.n. het verslag van een openbaar debat over dit onderwerp op 14 december 2010 aan de Leidse Universiteit, NRC Handelsblad 15 december 2010). Zie over de Kamermotie van 30 november 2010 (*Kamerstukken II* 2020/11, 32 500 VI, nr. 29), waarin de regering wordt opgeroepen zich met de rechtspraak van het EHRM te gaan bemoeien *NJCM Bulletin* blog, www.njcm.nl en Redactioneel en Dissenting Opinion in *NJCM Bulletin* jrg. 35 [2010], p. 971-981.

onder te verdelen in een sub-meerderheid die wel toetsing aan ongeschreven dwingend internationaal recht voorstaat, maar niet aan ander ongeschreven internationaal recht).

De Commissie is dus unaniem voor het laten vallen van het toetsingsverbod. Dat is in ieder geval winst. Het probleem van het toetsingsverbod, hangt mijns inziens onverbrekkelijk samen met de positieve herformulering van de grondrechten. Dat heeft alleen zin als deze rechten door burgers rechtstreeks kunnen worden ingeroepen bij de rechter, die er toch al mee te maken heeft omdat hij de 'rechtstreeks werkende' verdragsbepalingen van het EVRM moet toepassen. Maar het zal dus afhangen van het lot van de wet Halsema. De prognose is niet positief, en er staan al weer jonge staatsrechtgeleerden klaar om zich tegen toetsing te verzetten.⁸

Beperking van grondrechten en horizontale werking

De Commissie kiest niet voor een beperkingsclausule per grondrecht (het systeem van het EVRM), maar is wel voor het opnemen van een algemene beperkingsclausule, zonder de ruime beleidsvrijheid die de wetgever in de huidige systematiek van de Grondwet heeft, los te laten. Wel moeten er 'enkele inhoudelijke voorwaarden' in de GW worden vastgelegd. De voorgestelde bepaling luidt dat grondrechten niet verder beperkt mogen worden dan het doel van de beperking vereist en 'de kern' van het grondrecht niet mogen aantasten. Blijkens de toelichting (p. 55) is daarmee bedoeld de 'proportionaliteit' van de beperking en de eis dat een beperking niet verder gaat dan noodzakelijk is voor het bereiken van het doel van de beperking. Dit lijkt mij niet hetzelfde als de proportionaliteitseis die op grond van het EVRM ('necessary in a democratic society') en het EU Charter (art. 52: 'are necessary and genuinely meet objectives of general interest') moet worden gesteld. Laatstgenoemde clausules stellen immers voorop dat eerst moet worden onderzocht of de *beperking zelf* noodzakelijk is, dat wil zeggen gerechtvaardigd is (zijn er alternatieven, is de reden van beperking voldoende klemmend). Het voorgestelde grondwetsartikel (en de toelichting) gaat alleen over de modaliteiten van een gegeven beperking, niet over de rechtvaardiging van het *opleggen* van de beperking. Ten opzichte van de Commissie-Franken is er met deze algemene bepaling een klein stapje vooruit gezet. Deze Commissie nam weliswaar een beperking per bepaling op, maar geen inhoudelijke 'beperking van de beperking'.

Het rapport zwijgt over de problematiek van de horizontale werking van grondrechten. Dat is merkwaardig, omdat het belang van de horizontale werking van informatiegondrechten sterk toeneemt, zoals de Commissie-

Franken al in 2000 constateerde.⁹ Vond de Commissie het geen probleem of stond het niet op de agenda?

Ook over de positieve verplichtingen van de overheid de uitoefening van grondrechten op haar grondgebied te verzekeren, vinden we niet veel in het rapport terug, behalve de wat cryptische formulering in het nieuwe voorgestelde lid 4 van art. 7 dat de overheid de pluriformiteit van de media 'eerbiedigt'. Misschien is dat een reactie op het iets te voortvarende voorstel van de Commissie-Franken bij wet 'publieke mediadiensten' te regelen, maar dan is het 'eerbiedigen' misschien toch weer te weinig. Ik kom er hierna op terug.

De inhoud van de communicatie grondrechten, privacy en openbaarheid (voor de voorgestelde teksten, zie kader)

Meerderheidsvoorstellen

Artikel 7 Grondwet

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten en meningen te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. Het ontvangen van informatie is vrij, behoudens beperkingen bij de wet gesteld.
3. De overheid eerbiedigt de pluriformiteit van de media.

Artikel 10 Grondwet

Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

Nieuw Artikel X

1. Ieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.
2. Persoonsgegevens worden alleen verwerkt voor welbepaalde doeleinden,
 - a. hetzij met toestemming van de betrokkene,
 - b. hetzij op grond van bij de wet te stellen regels.
3. Ieder heeft recht op inzage in de over hem verzamelde gegevens, op kennisneming van de verwerking van die gegevens, en op de verbetering van die gegevens, behoudens bij de wet gestelde beperkingen.

Artikel 13 Grondwet

1. Ieder heeft recht op vertrouwelijke communicatie.
2. Beperking van dit recht is alleen mogelijk
 - a. in gevallen bij de wet bepaald, met machtiging van de rechter of
 - b. in het belang van de nationale veiligheid door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

Het hiervoor besproken algemene beperkingsartikel stelt dat een beperking niet de kern van het grondrecht mag

8. Zie noot 2.

9. Franken, a.w. noot 1, p. 33.

aantasten. Formuleren de voorgestelde artikelen de kern? Naar mijn mening maar zeer ten dele. Zijn zij techniek onafhankelijk? Op het eerste gezicht lijkt dat zo te zijn, omdat er geen enkele verwijzing naar techniek meer in voorkomt. Zijn ze daarmee niet *te* techniek onafhankelijk geworden?

Art. 7 Gw: vrijheid van meningsuiting

Het eerste lid zegt dat ieder vrij is zijn gedachten en gevoelens te openbaren, het tweede lid dat ieder vrij is 'informatie' te ontvangen. De Commissie zegt bij de redactie zoveel mogelijk te hebben willen aansluiten bij de huidige tekst van art. 7 Gw. Waarom? Art. 7 Gw vormt in de oude tekst met de zogenaamde 'verspreidingsjurisprudentie' een eerbiedwaardige heilige koe van het staatsrecht. Maar het blijft in de formulering afwijken van art. 10 EVRM dat in de afgelopen jaren belangrijker voor de rechtsontwikkeling in Nederland is geweest dan de 'verspreidingsjurisprudentie' van de HR en de bestuursrechter over papierplakken en rijden met geluidswagens in de openbare ruimte. Het wijkt ook af van art. 11 van het EU Charter. Die afwijking van de internationale teksten is op twee punten essentieel. Volgens de tekst is niet beschermd de (absolute) vrijheid een mening te koesteren ('to hold') en onduidelijk is of 'openbaar maken' ook omvat het actieve 'doorgeven' ('to impart'). De vrijheid een mening te koesteren stelt een grens aan de toenemende wens van de overheid voor bereidingsdelicten (zoals het behoren tot een terroristische organisatie, hetgeen kan worden afgeleid uit het bezitten van bepaalde geschriften) in te voeren. 'Openbaar maken' kan 'verspreiden' omvatten, maar 'doorgeven' of 'verspreiden' (Commissie-Franken) is duidelijker. De garingsvrijheid (het recht om informatie uit openbare bronnen te vergaren) dat in de Europese verdragen ontbreekt en voorts juist in een nationale grondwet niet zou misstaan (neem bijvoorbeeld de Duitse grondwet), heeft het ('weer' zou ik zeggen) niet gehaald. De Commissie-Franken nam het ook niet in de definitie op, maar stelde daartegenover een zeer ruimhartig recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie, waarover we bij de commissie-Thomassen heel weinig terugvinden.

De Commissie heeft het artikel ontdaan van de verouderde techniek (drukpers en omroep), maar bracht daarmee buiten beeld dat een belangrijk element van de (doorgeef- of verspreidings)vrijheid is de toegang van aanbieders en gebruikers tot vaste of mobiele communicatienetwerken. Ik heb er ruim tien jaar geleden al eens op aangedrongen dat toegang tot (markten van) communicatienetwerken een integrerend onderdeel van de vrijheid om in het openbaar of het geheim te communiceren behoort te zijn.¹⁰ Maar dat was zo ver weg van het oude art. 7 Gw en de 'verspreidingsjurisprudentie', dat dit in

het college van heilige koeien slechts een zacht afkeurend geloei teweeg heeft gebracht. We blijven nu zitten met het dubbelzinnige 'niemand heeft voorafgaand verlof nodig', dat herinnert aan het censuurverbod (nooit weg natuurlijk), maar toch te vaag is om een duidelijke normatieve beperking te geven voor overheidsinterventie voor de inrichting van communicatiemarkten en toegang tot communicatienetwerken. Te weinig techniek dus.

De Commissie heeft het artikel wel ontdaan van de minderjarigenbescherming en de ingewikkelde uitzondering voor de reclame. Daarmee zijn twee zeer oude koeien terecht naar de slachtbank gevoerd. De Commissie krijgt daarvoor (zeker vergeleken bij de buitengewoon omslachtige regeling die de Commissie-Franken voorstelde) een schoonheidsprijs.

In de voorgestelde bepaling staat geen opdracht of bevoegdheid van de overheid meer om een wettelijke regeling voor een bepaald medium (de omroep) te maken. De omroep is dus verder een subsidiekwestie. De Commissie komt hier zonder enig klaroengeschal radicaal uit de hoek. Als gezegd, waarschijnlijk een reactie op de Commissie-Franken die met haar regulering van 'publieke mediadiensten' geheel de andere kant op was geschoten. Maar wat moeten we dan met die cryptische bepaling: de overheid eerbiedigt de pluriformiteit van 'de media'? De toelichting van de Commissie maakt het niet veel duidelijker: 'Wel meent zij dat het wenselijk is dat de Grondwet uitdrukking geeft aan de betekenis die de pluriformiteit van de media kan hebben'. De Staatscommissie gebruikt daarvoor de term 'eerbiedigen'. Maar toegegeven: art. 11 lid 2 van het EU Charter is niet veel beter: 'The freedom and pluralism of the media shall be respected'.

Art. 10: Privacy en dataprotectie

De Commissie opteert voor een splitsing van het recht op bescherming van persoonlijke levenssfeer en een recht op dataprotectie. Het volgt daarin het EU Charter dat in art. 7 en 8 eenzelfde tweedeling hanteert. Dogmatisch is er op die splitsing nog wel wat af te dingen, maar dit stokpaard laat ik even op stal staan.¹¹ Het sluit aan bij de internationale aanpak en het is dus een praktisch voorstel. Het lid Overkleef vindt dat in het grondwetsartikel duidelijk moet vastliggen dat de verwerking van gegevens altijd op een wettelijke grondslag dient te berusten en dat het geen zin heeft het doelbindingsbeginsel in de grondwetstekst vast te leggen, omdat er ook andere, even belangrijke, beperkingen aan de verwerking kunnen worden gesteld. Dat de bepaling, zoals Overkleef wil, uitdrukkelijk de wettelijke grondslag als algemene grond noemt, lijkt mij juist. Maar het is niet genoeg. Hier wrekt

10. E.J. Dommering, 'De Grondwet in de informatiemaatschappij, Bestaan er techniek onafhankelijke informatiegrondrechten?', in: M.C. Burkens c.s. (red), Deventer: Kluwer 1988, p. 110-124.

11. E.J. Dommering, 'Recht op persoonsgegevens als zelfbeschikkingsrecht', in: Corien Prins e.a. (red.), '16 miljoen BN'ers? Bescherming van persoonsgegevens in het DigitaleTijdsperk.', Leiden, NJCM-Boekerij (47) 2010, p. 83-99.

zich mijns inziens dat de voorgestelde algemene tekst over beperkingen geen harde proportionaliteitseis stelt aan het opleggen van de beperking zelf. Ik zou een dergelijke proportionaliteitseis op dit punt graag in de tekst zelf hebben gezien: geen verwerking die niet noodzakelijk is. Dat staat ook niet in het voorstel Overkleeft.

Art. 13: communicatiegeheim

De Commissie ontdoet de bepaling van techniek door het algemene recht op vertrouwelijke communicatie voorop te stellen en niet meer over onschendbare brief- en telefoongegevens te spreken. Het 'zonder voorafgaand verlof' bij de drukpers zit bij het College van heilige koeien dieper dan onschendbare brief- en telefoongegevens. Ik als jong koetje was aan die onschendbaarheid even gehecht geraakt als aan het censuurverbod, omdat daarin de communicatie over een niet openbaar communicatienetwerk beschermd is: een kanaalbescherming ongeacht de bedoeling van degene die communiceert.¹² En dan omvat het als vanzelf ook de bescherming van de verkeersgegevens, die destijds op grond van een onjuiste interpretatie van het arrest Malone van het EHRM door de Commissie-Franken buiten de deur werd gehouden, zoals het arrest Copland inmiddels heeft geleerd.¹³ De Commissie-Thomasen sluit de verkeersgegevens eveneens van de bescherming uit. De Commissie meent dat die bescherming in voldoende mate wordt geboden door de artikelen met betrekking tot privacybescherming en dataprotectie. Dat argument lijkt mij niet erg overtuigend: de doelstellingen van die bescherming en de modaliteiten daarvan zijn te verschillend. Een democratische netwerksamenleving heeft groot belang bij een onvoorwaardelijke bescherming van niet openbare communicatiekanalen (zowel wat de inhoud als de verkeersgegevens betreft) en verlangt strikte wettelijke voorwaarden op de geoorloofde inbreuk daarop. Dit sluit ook aan op de Europese ontwikkeling en

de rechtspraak van het EHRM die zware eisen aan deze bescherming stelt.

Het eenzame voorstel van het lid Overkleeft voor een nieuw art. 13 scoort over de hele linie aanzienlijk beter: het behoudt de onschendbaarheid van het communicatiegeheim en betreft de verkeersgegevens bij de bescherming. Het recht op vrijwaring voor heimelijke opnamen wordt daarin beperkt tot 'gesprekken', waar het volgens mij zou moeten gaan over alle heimelijke registratie van communicatiehandelingen. Maar als geheel lijkt dit voorstel mij toch een beter oriëntatiepunt voor een grondwetswijziging dan het meerderheidsvoorstel.

Toegang tot overheidsdocumenten

De Commissie-Franken kwam met vergaande voorstellen voor de toegang tot bij de overheid berustende informatie. Voor een dergelijk voorstel in afgezwakte vorm zijn in 2010 nog maar drie leden van de Commissie te vinden. Van een land dat als een van de eersten een Wet Openbaarheid Bestuur invoerde, zijn we in de achterhoede terecht gekomen.¹⁴

Conclusie

De meerderheid in de Commissie was voor een sobere grondwet. Het rapport is in ieder geval ook sober geworden. Op belangrijke onderdelen is het te sober. De communicatiegrondrechten zijn ontdaan van alle techniek, maar bieden daardoor onvoldoende bescherming voor toegang tot communicatienetwerken en het vertrouwelijk gebruik van daarvoor bedoelde netwerken. Op het gebied van de privacybescherming wordt voortgang geboekt, maar niet voldoende. Openbaarheid van overheidsinformatie ontbreekt nagenoeg geheel. De algemene beperkingsclausule is winst, maar toch weer niet genoeg. Maar: samen met de minderheidsopinies is er met dit rapport toch nog voortgang te boeken. Als de wetgever tenminste wil en dat is de vraag.

12. Ik verwijs naar mijn bespreking in *Computerrecht* 2000.

13. EHRM 3 april 2007, appl. 62617/00, (Copland/VK) NJ 2007, 617, m.nt. EJD.

14. Peters & Boogaard, a.w. noot 2, p. 2805.