

Preadvisie inzake een nieuwe tekst voor de artikelen 7 en 13 van de Grondwet

Inleiding

In 1997 diende het eerste paarse kabinet een voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet in. De Tweede Kamer aanvaardde het voorstel na een aantal wijzigingen, maar de Eerste Kamer weigerde het vervolgens in maart 1998 in behandeling te nemen. Daarop trok het kabinet Kok II het voorstel in en stelde een commissie in die niet alleen over een wijziging van artikel 13, maar ook over een mogelijke aanpassing van de artikelen 7 en 10 Grondwet zal gaan adviseren (Besluit van 23 februari 1999, Stb. 1999, 101). In het kader van het debat hierover besloot het VMC-bestuur eerder dit jaar een ad-hoc studietoelichting in het leven te roepen met de opdracht een rapport op te stellen dat tevens als basis zou dienen voor de discussie op de najaarsvergadering.

Deze studietoelichting, bestaande uit prof. mr E.C.M. Jurgens (voorzitter), mr L.F. Asscher (secretaris), mr A.W. Hins, prof. mr P.B. Hugenholtz, mr W.F. Korthals Altes, mr F. Kuitenbrouwer en mr drs A.J. Nieuwenhuis, heeft als uitvloeisel daarvan afgelopen zomer voorstellen voor nieuwe teksten van de artikelen 7 en 13 Grondwet geformuleerd. Het resultaat van de werkzaamheden is met de bijbehorende toelichting hierachter opgenomen. Voor een groot deel kan wat deze inleiding betreft naar de toelichtingen bij de beide artikelen worden verwezen. Daarom wordt hierbij uitsluitend een aantal algemene opmerkingen gemaakt.

De commissie had oorspronkelijk het plan ook artikel 10 Grondwet (het algemene privacy-artikel) in haar voorstellen op te nemen. Zij heeft dat niet gedaan, omdat zij zich wilde beperken tot de bepalingen die uitsluitend op de communicatie betrekking hebben en die tot de kern van het door de VMC bestreken rechtsterrein behoren. Uit het voorstel voor artikel 13 en de bijbehorende toelichting zal blijken dat er niettemin elementen zijn waarin deze bepaling en artikel 10 elkaar overlappen.

De commissie heeft voorts overwogen de overeenkomstige bepalingen van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) over te nemen. Ook daarvan heeft zij afgezien. Naar haar oordeel zou het opnemen van bijvoorbeeld de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde beperkingsgronden ertoe kunnen leiden dat deze een ongewenst prominente rol gaan spelen. Daarnaast heeft de commissie geen afstand willen doen van de verworvenheden van onze grondwetsbepalingen, voor zover deze een sterkere bescherming bieden dan de overeenkomstige voorzieningen van het EVRM. Het resultaat is dan ook een mengsel van deze verworvenheden met de voordelen van het EVRM.

Ten derde heeft de commissie besloten de beide artikelen als klassieke grondrechten te formuleren, dat wil zeggen als rechten die burgers tegenover de overheid kunnen invoeren. Over de eventuele horizontale werking van deze grondrechten doet de commissie geen uitspraken. Een belangrijke reden hiervoor is dat het leerstuk van de horizontale werking ook buiten de sfeer van de vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim een rol kan spelen. Daarbij heeft de commissie overwogen dat de grondwetgever zich tot op heden nergens in de Grondwet over eventuele horizontale werking van grondrechten uitdrukkelijk heeft uitgelaten. Wel stelt zij voor aan het eind van artikel 13 een bepaling op te nemen die de overheid verplicht maatregelen te nemen om het in dat artikel geregelde communicatiegeheim te beschermen. De commissie realiseert zich daarbij dat het niet altijd uitsluitend de overheid is die de bescherming van de grondrechten bedreigt, zeker in een tijd waarin voorheen als overheidstaken beschouwde werkzaamheden in toenemende mate door particuliere organisaties worden verricht. Dat speelt in dit verband naar het oordeel van de commissie wel bij artikel 13, maar niet bij artikel 7.

De commissie heeft ten slotte getracht de beide artikelen vanwege hun onderlinge samenhang inhoudelijk en systematisch zoveel mogelijk op elkaar te laten aansluiten. Voorts heeft zij geprobeerd zodanige formuleringen te vinden dat deze de tand des tijds kunnen doorstaan. Zij heeft dan ook afstand

willen nemen van de huidige of inmiddels voorbijgegangene stand van de techniek en gestreefd naar teksten die tot ver in de volgende eeuw meekunnen.

VOORSTEL ARTIKEL 7 GRONDWET

1. Ieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat mede de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid informatie te geven, te ontvangen, op te slaan, toegankelijk te maken en door te geven, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.
2. Beperkingen van de vrijheid van meningsuiting die de inhoud betreffen, kunnen alleen bij de wet worden vastgesteld. Zij gaan niet verder dan noodzakelijk is in een democratische samenleving. Censuur is uitgesloten.
3. Andere beperkingen van de vrijheid van meningsuiting kunnen bij of krachtens de wet worden vastgesteld, wanneer zij noodzakelijk zijn in een democratische samenleving ten behoeve van een met de wet beoogd doel.

MEMORIE VAN TOELICHTING VOORSTEL ARTIKEL 7 GRONDWET

Redenen voor wijziging

Technologische ontwikkelingen leiden tot het ontstaan van een informatiemaatschappij. Daarin nemen het doorgeven en ontvangen van inlichtingen en denkbeelden in het leven van velen en in de samenleving als geheel een steeds grotere plaats in. Tegelijkertijd brengen de technologische ontwikkelingen en de convergentie tussen de verschillende media de gebreken van artikel 7 van de Grondwet in alle duidelijkheid aan het licht. Het medium is in artikel 7 immers beslissend voor het beschermingsniveau. Bij een dergelijk onderscheid zijn in theorie al de nodige vragen te stellen; in de praktijk doen zich ook steeds meer bezwaren gevoelen. De krant is op internet te raadplegen; pay per view kan een vorm van videoverhuur op afstand zijn, pc en televisietoestel kunnen één en hetzelfde beeldscherm hebben, etc. Techniekafhankelijke formuleringen knarsen en kraken; het idee dat er evenmin reden voor een principieel onderscheid is, wint aan kracht. De belangrijkste aanleiding voor de voorgestelde wijziging is daarmee genoemd. Echter, artikel 7 Grondwet kent nog andere gebreken, die tegelijkertijd te verhelpen zijn. De meeste zijn bekend zodat wij met een kort overzicht kunnen volstaan.

In de eerste plaats is de formulering 'openbaren van gedachten en gevoelens' in het eerste en het derde lid in een aantal opzichten nogal schraal. De term 'gedachten en gevoelens' suggereert ten onrechte dat feitelijke inlichtingen bescherming moeten ontberen. De term 'openbaren' veronachtzaamt het ontvangen; juist voor de meningsvorming van de ontvanger is er veelal weinig verschil in betekenis tussen inlichtingen en meningen. Een volgend bezwaar van de term 'openbaren' is dat een niet onaanzienlijk deel van de op artikel 7 lid 1 Grondwet gebaseerde bescherming niet in de formulering zelf is terug te vinden. Wij doelen hier uiteraard op het aan het recht te openbaren connexe verspreidingsrecht, dat in de jurisprudentie is erkend. Wij achten het belangrijk dat recht in de Grondwet zelf vast te leggen. In 1983 is de formulering van het eerste lid niet veranderd, mede om de uitgebalanceerde geachte verspreidingsjurisprudentie niet in gevaar te brengen. Wij menen dat dit bezwaar zich niet zodanig hoeft te laten gelden dat van een wijziging moet worden afgezien. Deze toelichting komt daar nog op terug. De term 'openbaren' miskent eveneens dat het doorgeven van informatie ook een rol speelt bij de meningsvorming en de informatievoorziening, indien het doorgeven niet 'in het openbaar' geschiedt; er is geen reden deze doorgifte buiten de reikwijdte van het grondrecht te doen vallen.

In de tweede plaats is de in het tweede lid vastgelegde bescherming van de omroepvrijheid eigenlijk bedroevend van aard. Kijken we naar de formulering van dat recht dan krijgt de wetgever vrijwel 'carte blanche' bij het 'vormgeven' van de omroepvrijheid, bij de inrichting van het omroepbestel. De onthoudingsplicht bestaat uit niet meer dan een censuurverbod in enge zin. De Hoge Raad heeft dat weliswaar niet op de allerzuinigste wijze uitgelegd, maar lid 2 blijft een grondrechtelijk monstrum. Meer in het algemeen en zeker zo belangrijk is - in de derde plaats - dat de in artikel 7 Grondwet vastgelegde beperkingsclausulering sterk formeel van aard is. De Grondwet bepaalt dat de wetgever het tot het stellen

van beperkingen bevoegde orgaan is en geeft daarbij aan of delegatie is toegestaan. Wij willen er geen misverstand over laten bestaan dat dergelijke competentievoorschriften van eminent belang kunnen zijn, maar wat ontbreekt is een meer inhoudelijke toets zoals die bijvoorbeeld in het tweede lid van artikel 10 EVRM is te vinden.

In de laatste plaats kent het vierde lid een moeilijk te verdedigen uitzondering voor handelsreclame. Er kunnen wellicht argumenten zijn om bepaalde beperkingen op reclame eerder toe te laten, dat hoeft ons inziens niet tot het volledig onthouden van bescherming te leiden. Reclameuitingen kunnen allerlei denkbeelden bevatten, bijvoorbeeld over de ideale 'leefstijl'. Het is in de praktijk dan ook moeilijk steeds een duidelijk onderscheid te maken tussen reclame en andersoortige informatie. Een geforceerde uitsluiting zou evenmin stroken met artikel 10 EVRM.

Verhouding met artikel 10 EVRM

De constatering dat artikel 10 EVRM een deel van de genoemde gebreken mist, zou tot de conclusie kunnen leiden dat de Nederlandse Grondwetgever niets anders hoeft te doen dan een vertaling van artikel 10 EVRM in de Grondwet op te nemen. Een tweetal, ieder op zich afdoende, redenen verzet zich tegen deze gevolgtrekking.

Artikel 7 van de Nederlandse Grondwet biedt in een aantal opzichten meer bescherming dan artikel 10 EVRM. Het vereiste in het eerste en derde lid dat inhoudelijke beperkingen slechts bij wet in formele zin gesteld mogen worden, zij daarvan een voorbeeld. Deze bescherming zou bij het 'overschrijven' van artikel 10 EVRM teloor gaan. Deze vorm van plagiaat zou bovendien miskennen dat artikel 10 EVRM en de uitleg ervan als een Europees minimum moeten worden beschouwd; en het is niet uitgesloten dat dit in de loop van enkele decennia opgehoogde minimum onder druk komt te staan door de recente grote uitbreiding van het aantal staten partij bij het verdrag. Zelfs als een dergelijke vrees ongegrond blijkt te zijn, is Nederland het aan zijn stand en veelgeroemde traditie verplicht de uitingsvrijheid boven-minimaal en zelfs boven-modaal te beschermen.

Het voorgestelde artikel tracht daarom de sterke punten van artikel 10 EVRM en het huidige artikel 7 Grondwet te combineren. Deze bedoeling kleurt ook de opzet van het vervolg van deze toelichting. Het voorstelde artikel wordt op veel punten vergeleken met het huidige artikel 7 Grondwet aan de ene kant en met artikel 10 EVRM aan de andere kant.

Het eerste lid: de reikwijdte

Het eerste lid van het voorgestelde artikel geeft de reikwijdte van het grondrecht weer. De bewoordingen en de techniekonafhankelijke formulering zijn in belangrijke mate overgenomen uit artikel 10 EVRM. Een overeenkomst is ook dat eerst een recht met een bepaalde reikwijdte wordt vastgelegd; vervolgens wordt - niet in hetzelfde lid - aangegeven welke beperkingen daarop mogelijk zijn. Dat verdient de voorkeur boven de gewrongen constructie van het huidige eerste en derde lid van artikel 7 Grondwet: de zinsnede 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' lijkt daarin geheel ten onrechte terug te slaan op het censuurverbod.

De formulering 'ieder heeft het recht op' is de Grondwet vertrouwd; we vinden haar ook in artikel 5, 6 en 11 Grondwet. De keuze voor de term 'vrijheid van meningsuiting' was minder eenvoudig. Het belangrijkste voordeel is dat het een bij de bevolking ingeburgerd begrip is; de strijd ervoor kent een rijke geschiedenis. Daar staat tegenover dat de nadruk op het uiten van meningen wat beperkt aandoet. Dat bezwaar is echter voldoende ondervangen door de uitwerking in de rest van het eerste lid. De daarin gebruikte term 'informatie' dekt uiteraard zowel meningen als inlichtingen.

De bekoring van andere termen, evenmin perfect, is daarom weerstaan. Zo lijkt in een informatiesamenleving de term 'vrijheid van informatie' voor de hand te liggen. Naar onze mening heeft deze term echter een ruimer bereik: het in artikel 13 Grondwet vastgelegde communicatiegeheim valt er ook onder. Daarnaast is verwarring mogelijk met het Angel-Saksische begrip 'Freedom of Information', dat veeleer ziet op openbaarheid van overheidsinformatie. In het Duitse taalgebied bestaat de term 'Informationsfreiheit'; die juist weer de ontvangstvrijheid aanduidt. De term 'uitingsvrijheid' is eveneens te licht bevonden. Enerzijds is ze te beperkt, omdat de ontvangstvrijheid buiten de boot lijkt te vallen; anderzijds schijnt ze te ruim, omdat onder 'het zich uiten' allerlei niet-communicatieve activiteiten kunnen vallen.

Gaan we over naar de uitwerking in de tweede volzin van het voorgestelde eerste lid. De niet limitatief bedoelde opsomming begint met de vrijheid een mening te koesteren. De overheid maakt in de eerste plaats inbreuk op deze vrijheid wanneer zij verbiedt bepaalde meningen te 'hebben'. In dat opzicht is er een zekere samenloop met de vrijheid van geweten. Een belangrijke reden om het grondrecht van vrijheid van geweten bij de grondwetswijziging van 1983 niet op te nemen was het willen voorkomen van de suggestie dat een ieder steeds een beroep op dit grondrecht zou toekomen wanneer hij gewetensbezwaren tegen het geldend recht zou hebben of dat een ieder het recht zou hebben volgens zijn geweten te handelen. Dit bezwaar doet zich ons inziens bij de term 'te koesteren' niet voor. In de tweede plaats maakt de overheid inbreuk op deze vrijheid wanneer zij de burger dwingt zijn mening te uiten. Het belang van dit recht kan ook in een informatiesamenleving niet voldoende benadrukt worden. De vrijheid van een persoon zelf te bepalen of hij zijn mening uit, is direct met de kern van zijn persoon verbonden. (Van der Hoeven, praeadvies NJV 1969, 72). De mogelijke overlap met het recht op bescherming van de privacy is naar onze mening geen bezwaar om het recht een mening te koesteren in artikel 7 op te nemen.

Het apart noemen van de vrijheid informatie te ontvangen doet recht aan het belang van de ontvanger op een ongestoorde meningsvorming en informatievoorziening. De vrijheid ziet zowel op de ontvangst uit openbaar toegankelijke bronnen als op de ontvangst van persoonlijk gerichte informatie. De vrijheid te garen ziet in beginsel op verzamelen van inlichtingen met het doel deze door te geven, bijvoorbeeld door journalisten. Deze komt dan ook een verschoningsrecht toe. Zo begrepen staat er tegen over deze twee vrijheidsrechten niet een plicht van overheid of burger om inlichtingen te verstrekken.

Dan volgen de vrijheid informatie op te slaan en toegankelijk te maken. Deze vrijheden zijn als zodanig niet expliciet in artikel 10 EVRM vastgelegd. Ze zijn hier opgenomen om onomstotelijk duidelijk te maken dat het inrichten en openstellen van een databank, het beschikbaar stellen van een zoekmachine op internet, en het aanbrengen van hyperlinks ook onder de door artikel 7 Grondwet beschermde activiteiten vallen.

Doorgeven ten slotte is een ruim begrip. Het kan geschieden met behulp van allerlei verschillende media. Het dekt ook hetgeen de jurisprudentie bij het huidige artikel 7 als het verspreiden aanduidt. Er is uitdrukkelijk voor gekozen om de term verspreiden niet in de Grondwet op te nemen. In de eerste plaats is deze zodanig aan het papieren medium verbonden dat ten onrechte twijfel zou kunnen ontstaan of de term ook andere wijzen van doorgeven bestrijkt. In de tweede plaats gaat het nieuwe artikel 7 niet meer uit van het gekunstelde en moeilijk toepasbare onderscheid tussen openbaren en verspreiden, maar van het onderscheid tussen beperkingen die zien op de inhoud en andere beperkingen. Bij de toelichting op het tweede lid komt dat nog terug. Uit het bovenstaande blijkt al dat het vrijheidsrecht niet alleen in het geding is, wanneer de overheid zich met de inhoud van informatie bemoeit, maar ook als de overheid het gebruik van bepaalde communicatiemiddelen door zender of ontvanger (ver)hindert of inperkt. In het verlengde daarvan zijn ook activiteiten als het oprichten van een krant, het drijven van een boekhandel, en het oprichten van een zender beschermd. Dat leidt tot de conclusie dat het artikel niet een apart 'recht op toegang' hoeft te geven.

Resumerend: het eerste lid geeft een techniekonafhankelijk vrijheidsrecht met een ruime reikwijdte. Ten overvloede zij gezegd dat de term informatie ook handelsreclame dekt.

De beperkingsclausulering: uitgangspunten

De beperkingsclausulering in het tweede en derde lid tracht een op artikel 10 EVRM geïnspireerde noodzakelijkheidstoets te combineren met de belangrijkste elementen van de huidige bescherming: het censuurverbod en het verbod voor anderen dan de formele wetgever inhoudelijke beperkingen te stellen. Tegelijkertijd biedt de clausulering ruimte ook andere onderdelen van de verspreidingsjurisprudentie in hun waarde te laten.

Het tweede lid ziet op beperkingen die de inhoud van informatie betreffen; het derde lid ziet op andere beperkingen. De verspreidingsjurisprudentie heeft ons daartoe geïnspireerd. De Hoge Raad heeft in het Tilburg-arrest een onderscheid aangebracht tussen de bescherming van het recht te openbaren, dat is vastgelegd in artikel 7 Grondwet en de bescherming van het daaraan ondergeschikte, maar tot het met dat recht beoogde doel onmisbare verspreidingsrecht, dat als zodanig niet in artikel 7 Grondwet is vastgelegd. Dat onderscheid biedt lagere regelgevers als de gemeenteraad de mogelijkheid binnen bepaalde grenzen beperkingen in de ruimtelijke sfeer, beperkingen van het connexe verspreidingsrecht,

te stellen; een beperking van het met de geesteswereld verbonden openbaren is daarentegen slechts voorbehouden aan de formele wetgever, zo legt de Hoge Raad de zinsnede 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' uit.

De Hoge Raad heeft nooit precies duidelijk gemaakt waar de overgang tussen openbaren en verspreiden ligt. Lijkt het soms om één handeling te gaan die tegelijkertijd in verschillende sferen plaatsvindt, andere arresten duiden eerder op een opeenvolging, waarbij het openbaren aan het verspreiden voorafgaat. Deze moeilijkheid de twee genoemde activiteiten te omschrijven komt naar onze mening voort uit het feit dat het niet zozeer om twee te (onder)scheiden handelingen van de burger gaat, maar om twee te onderscheiden vormen van ingrijpen door de overheid. Daarom houdt het tweede lid zich bezig met beperkingen gericht tegen de inhoud. Het algemeen gewaardeerde uitgangspunt dat alleen de wetgever in formele zin inhoudelijke beperkingen mag stellen, ligt erin vast. In het derde lid komt tot uitdrukking dat bijvoorbeeld het gemeentebestuur de bevoegdheid houdt beperkingen te stellen die zien op de verkeersveiligheid en het stadsschoon.

Zoals gezegd is de beperkingsclausule van het huidige artikel met zijn competentievoorschriften, te karig. Artikel 10 EVRM biedt in dat opzicht een betere bescherming, het kent de zogeheten noodzakelijkheidstoets. Het voorgestelde tweede en derde nemen deze toets over: alle beperkingen dienen noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving.

Het tweede lid

Bovenstaande overwegingen leiden vrijwel zonder mankeren tot de eerste volzin van het tweede lid. Beperkingen die de inhoud van informatie betreffen, mogen alleen bij wet worden vastgesteld. Dergelijke inhoudelijke beperkingen zijn bovendien veelal ingrijpend van aard en daarom minder snel noodzakelijk. De implicatie daarvan is dat inhoudelijke beperkingen niet alleen een strenger formeel vereiste (de formele wet) kennen maar de in het tweede lid opgenomen noodzakelijkheidstoets meestal ook dwingende redenen voor de beperking eist.

De laatste zin van het tweede lid geeft een absoluut verbod van censuur. Het sluit bepaald ingrijpen van de overheid volledig uit. De verplichting informatie aan de overheid voor te leggen alvorens deze te mogen ontvangen, op te slaan, toegankelijk te maken of door te geven - om over het koesteren maar geheel te zwijgen - is niet aanvaardbaar. Dat impliceert dat niet alleen een stelsel waarbij de overheid vooraf haar goedkeuring moet hechten aan de inhoud van de betreffende inlichtingen of denkbeelden ontoelaatbaar is, maar ook een stelsel waarbij de overheid om andere redenen vooraf 'inzage' eist. Wij geven een voorbeeld. Stel dat de gemeente borden voor het aanplakken van verkiezingspropaganda neerzet, dan mag daaraan niet het vereiste gekoppeld worden vooraf inzage te geven van op te hangen affiches om vast te stellen of het inderdaad verkiezingspropaganda betreft. Dat strookt met de redenering van de Hoge Raad in het kabelregelings-arrest (HR 11-12-1987, NJ 90, 73). Meer in het algemeen bestaat er een verbod een orgaan een zodanige discretionaire bevoegdheid te geven dat het de inhoud bij het 'geven van verlof' mee kan laten spelen. Het voorgestelde censuurverbod komt naar zijn aard overeen met het censuurverbod in het derde lid van het huidige artikel 7 Grondwet, terwijl de bescherming van het eerste lid volledig behouden blijft waar het gaat om het in dat lid vastgelegde openbaringsrecht (de inhoud).

Het huidige artikel 7 Grondwet opent in lid 3 de mogelijkheid van censuur voor vertoningen aan jeugdigen, meer in het bijzonder voor de filmkeuring. Het hier voorgestelde censuurverbod kent niet deze uitzondering. Naar onze mening is deze nodig noch wenselijk. Er is geen reden 'de vertoning' een uitzonderingspositie te verlenen, mede gezien het feit dat verschillende media dezelfde informatie kunnen leveren. Het verheugt ons dan ook uit de krant te vernemen dat de ministerraad besloten heeft voorstellen te doen om de filmkeuring in de huidige vorm af te schaffen. Dat wil niet zeggen dat we de jeugdige daarom aan de heidene willen overleveren. Bepalingen als artikel 240a Sr. dat onder meer het aanbieden van bepaalde afbeeldingen aan jeugdigen verbiedt, of artikel 53 Mediawet dat het uitzenden van bepaalde programma's op een relatief vroeg tijdstip verbiedt, komen niet in strijd met het voorgestelde censuurverbod. Onder vigeur van het voorgestelde artikel zijn in bepaalde opzichten vergelijkbare bepalingen toelaatbaar die het verhuren van bepaalde video's aan jeugdigen, en het vertonen van bepaalde films aan jeugdigen strafbaar stellen. Het is grondrechtelijk gezien geen bezwaar indien een dergelijk verbod tot een vorm van zelfregulering en keuring door de branche zelf leidt. Bij internet-sites is een vergelijkbare strafbepaling minder goed denkbaar omdat de aanbieder niet weet wie zijn informatie

afneemt. Bij specifiek op jeugdigen gerichte sites kan dat naar onze mening wel het geval zijn, en is een vergelijkbare bepaling niet uitgesloten. Daarnaast is het bij wet verplicht stellen om bijvoorbeeld obscene materiaal van een waarschuwing vergezeld te doen gaan, evenmin in strijd met het voorgestelde artikel.

Het derde lid

De eerste volzin met de term 'bij of krachtens de wet' geeft aan dat de wetgever in formele zin lagere wetgevers de bevoegdheid mag verlenen andersoortige dan inhoudelijke beperkingen te stellen. De opname van een specifieke bepaling in de Gemeentewet zal er zorg voor moeten dragen dat de gemeenteraad de bestaande autonome bevoegdheid tot beperking van het 'verspreidingsrecht' behoudt. Een specifieke bepaling is geboden, nu het niet meer gaat om de beperking van het connexe recht, maar om een in de Grondwet zelf vastgelegd grondrecht (vgl. de noodzaak tot opname van artikel 174a Gemeentewet).

Voor deze niet-inhoudelijke beperkingen geldt eveneens de noodzakelijkheidstoets. Deze vereist proportionaliteit en dat laat de rechter voldoende ruimte om een aantal nog niet genoemde elementen van de verspreidingsjurisprudentie recht te doen. Een algemeen verbod een zelfstandig verspreidingsmiddel te gebruiken, waardoor het onmogelijk wordt bepaalde groepen te bereiken, zal net als een algemeen vergunningenstelsel voor een zelfstandig verspreidingsmiddel, in beginsel stranden op de noodzakelijkheidstoets. De democratische samenleving doet het immers al tientallen jaren zonder dergelijke beperkingen. De term 'gebruik van enige betekenis' (o.a. HR 28-06-1983, NJ 84, 64, Zevenaar) kan zonder veel problemen getransplanteerd worden naar een proportionaliteitstoets. Dat zelfde geldt voor de term 'middelen die bij uitstek geschikt zijn' (HR 22-03-1960, NJ 60, 274, Pocketbooks). Het voorstel heeft in vergelijking met de huidige situatie het voordeel dat de burger die door het gemeentebestuur opgelegde niet-inhoudelijke beperkingen wil aanvechten zich op de tekst van de Grondwet zelf kan baseren, en niet in het kastje met connexen hoeft te tasten.

De in artikel 10 EVRM opgenomen opsomming van een aantal toegestane beperkingsgronden is achterwege gelaten. Dat is in geen enkel opzicht te beschouwen als een keuze voor een verruiming van de beperkingsmogelijkheden. Een dergelijke enumeratie kan naar onze mening juist averechts werken, zeker wanneer de aangegeven doeleinden ruim worden uitgelegd. De lijst suggereert dan ten onrechte dat er nogal wat beperkingen 'nodig' zijn of kunnen zijn. Het is wel van belang dat het doel dat de formele wetgever beoogt duidelijk is, wanneer hij een bevoegdheid verleent. Daarom is de zinsnede 'ten behoeve van een met de wet beoogd doel' opgenomen. Wij achten het in het verlengde daarvan wenselijk dat bijvoorbeeld de eerder genoemde in de Gemeentewet op te nemen bepaling niet alleen een bevoegdheid verleent, maar ook het doel omschrijft (verkeersbelangen, etc.); deze bepaling dient voorts ook aan de raad de verplichting op te leggen bijvoorbeeld bij het toekennen aan het college van B&W van de bevoegdheid vergunningen te verlenen voor door het grondrecht beschermde activiteiten, uitdrukkelijk het doel te omschrijven. Dat vergroot de mogelijkheid van rechterlijke controle op de uitvoerende macht, niet in de laatste plaats bij het beantwoorden van de vraag of er geen 'inhoudelijke motieven' hebben meegespeeld. Deze overwegingen zijn met name van belang ten aanzien van beperkingen die onder het regime van het derde lid vallen. Daarom is de zinsnede 'ten behoeve van een met de wet beoogd doel' niet in het tweede lid opgenomen. Het ontbreken daarvan wil uiteraard niet zeggen dat er sprake is van een lichtere toets.

Beperkingen en andere bemoeienis van de overheid

Tot dusverre is de beperkingssystematiek uiteengezet, met voorbijgaan aan de vraag welke gedragingen van de overheid als beperking zijn te kenmerken. Daarover nu een enkel woord.

Sommige overheidsgedragingen hebben onmiskenbaar het karakter van een beperking. Men denke aan censuur, aan een verbod aan te zetten tot rassendiscriminatie, aan een verbod zonder vergunning etherfrequenties te gebruiken, een verbod zonder vergunning internet-diensten aan te bieden, aan een verbod in bepaalde straten affiches aan te plakken, aan een vergunningenstelsel voor boekhandels, aan een verbod meer dan een bepaald percentage zendtijd aan reclameboodschappen te besteden, en aan een verbod anoniem te publiceren.

Deze opsomming kent zowel beperkingen gericht tegen de inhoud als andersoortige beperkingen. Het onderscheid daartussen zal veelal uit de beperkende regeling zelf blijken; het is daarnaast niet uitgesloten dat de wijze van toepassing van een regeling beslissend is. Bijvoorbeeld: de

toepassing van de Mededingingswet op concentraties in de mediasector, is in elk geval een beperking. Zou de toepassing leiden tot een combinatie van voorafgaand verlot en beoordeling van de inhoud is zij als censuur te kenmerken en steeds ongeoorloofd.

Andere overheidsgedragingen hebben op het eerste gezicht weinig of niet met het vrijheidsrecht uit te staan. Nu is er veelal toch een link te leggen met de uitingenvrijheid: de maximumsnelheid geldt ook voor de krantenexpediteur en de bioscooponderneming moet ook belasting afdragen. Hier is naar onze mening plaats voor de zogeheten 'redelijke uitleg' van het grondrecht. Om met een geluidswagen rond te rijden is een rijbewijs nodig, een drukkerij mag niet van kinderarbeid gebruik maken, etc. Het gaat aan het karakter van het grondrecht voorbij om al die normen als beperkingen aan te duiden. Men moet daar echter voorzichtig mee zijn. Een algemeen vergunningstelsel voor de detailhandel, toegepast op de verkoop van boeken, is wel als beperking van het grondrecht te beschouwen.

In deze paragraaf is een enkel woord over regelingen aangaande standaardmededelingen in de bedrijfs sfeer als productinformatie op zijn plaats. Om een aantal samenhangende redenen beschouwen wij de regeling daarvan niet als beperking van de vrijheid van meningsuiting. Dergelijke regelingen beperken in de eerste plaats het aanbieden van producten en diensten. Het gaat dan ook - in de tweede plaats - om informatie die direct verband houdt met de hoedanigheid van product of dienst. In de derde plaats is het duidelijk of moet het duidelijk zijn dat de verplicht aanwezige informatie van de overheid afkomstig is, en niet de mening van de aanbieder van product of dienst weergeeft. (vgl. Barendt, Freedom of Speech 1985, p. 65-66 en 311-312).

Deze redenering leidt ertoe niet van een beperking van de vrijheid van meningsuiting te spreken. Daarmee is onder meer duidelijk dat niet de formele wetgever bij voortdurend alle voorschriften voor bijvoorbeeld de bijsluiters van medicijnen dient vast te stellen. Dat betekent overigens niet dat bestuursorganen nu een vrijbrief krijgen. Zo zijn de in de Awb vastgelegde normen ten aanzien van behoorlijk bestuur, als het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb) gewoon van toepassing. Bovendien is een beperkte uitleg van de term 'productinformatie' geboden. Deze term dekt bijvoorbeeld niet de verplichting op de bijsluiter van bepaalde anticonceptiva te vermelden of het gebruik ervan strookt met bepaalde godsdienstige opvattingen. Een regeling ten aanzien van productinformatie over de inhoud van informatieproducten (boeken, video's etc.) valt eveneens wel degelijk onder het regime van het tweede lid. Met andere woorden: de verplichting aan te geven dat een informatieproduct obscene elementen bevat, kan slechts bij wet in formele zin worden opgelegd. De aard van de inbreuk is derhalve beslissend voor de mate van bescherming. Wij zijn ons ervan bewust dat de aard van regelingen ten aanzien van productinformatie niet onmiddellijk uit de tekst van de Grondwet blijkt. Ter verdediging zij gezegd dat de huidige uitleg van het grondrecht evenmin de schoonheidsprijs verdient. Eerst moet de term 'gedachten en gevoelens' sterk opgerekt worden om daar feitelijke inlichtingen onder te laten vallen; vervolgens blijken sommige feitelijke inlichtingen als productinformatie weer volledig buitengesloten.

Een grondrechtelijk probleem dat evenmin eenvoudig is te kraken, vormt de bemoeienis van de overheid die bedoeld is om voorwaarden te scheppen voor de uitoefening van het grondrecht. Een in ruime kring erkende, op het grondrecht gebaseerde, zorgplicht van de overheid ligt veelal ten grondslag aan dergelijke maatregelen. Bij de grondwetsherziening van 1983 achtte de regering deze zorgplicht, en de aard van mogelijk eruit voortvloeiende maatregelen, niet zodanig uitgekristalliseerd dat zij een bepaling in de Grondwet zelf wilde opnemen (TK 1976-1977, 13872, 7, p.28). Wij zijn ook nu nog van mening dat een grondwetsbepaling in dezen slechts zeer algemeen geformuleerd zou kunnen zijn en om die reden vooral tot onduidelijkheid en verwarring aanleiding zou kunnen geven.

Daarmee is de zaak echter niet afgedaan. De vraag is of de beperkingsclausulering ook aanwijzingen geeft voor het beoordelen van dergelijke voorwaarden scheppende maatregelen. Het antwoord op deze vraag valt in een aantal delen uiteen. In de eerste plaats dienen voorwaarden scheppende maatregelen, voorzover deze ook beperkingen met zich mee brengen, te dien aanzien uitdrukkelijk aan de clausulering te voldoen. Een andere benadering zou onherroepelijk tot uitholling van de onthoudingsplicht leiden. Zo mag een fusieregeling voor de media mede bedoeld zijn om de pluriformiteit te handhaven, een combinatie van voorafgaand verlot en beoordeling van de inhoud van de betrokken media is nog steeds ontoelaatbaar.

Andere voorwaarden scheppende maatregelen brengen op zichzelf niet dergelijke beperkingen in enge zin mee. Wij denken bijvoorbeeld aan het subsidiëren van literaire tijdschriften en het bestaan van een Bedrijfsfonds voor de pers. Dat wil niet zeggen dat de overheid hier de vrije hand heeft. Zo mag het

Bedrijfsfonds niet de bijdrage aan de pluriformiteit van een bepaald blad beoordelen, laat staan rekening houden met de al dan niet oppositionele koers ervan. Bij subsidies in de culturele sfeer telt soms wel het al dan niet vernieuwende karakter; toch mag de overheid zich ook op dit terrein niet door politieke voorkeuren laten leiden. Strikte en simpele normen laten zich niet steeds onmiddellijk uit het grondrecht afleiden. In het algemeen kan men zeggen dat het grondrechtelijk vrijheidsrecht de overheid terughoudendheid gebiedt. Voorwaarden scheppende maatregelen dienen daarom op zijn minst aan het vereiste van proportionaliteit en subsidiariteit te voldoen. Daarnaast zij gewezen op artikel 1 van de Grondwet: gelijke gevallen worden gelijk behandeld en discriminatie is verboden. Het recht op vrijheid van meningsuiting voedt die gelijkheidsnorm: de overheid mag geen onderscheid maken, dat zich niet verdraagt met de vrijheid van meningsuiting.

De instandhouding van de publieke omroep vormt een combinatie van een beperking en een voorwaarden scheppende maatregel. Het beslag dat de publieke omroep op de etherfrequenties legt, is voor private omroepen die ook van deze frequenties gebruik zouden willen maken te kenschetsen als een beperking. De consequentie is dat deze maatregel noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving. Het subsidiëren van de publieke omroep die aan allerlei programmavoorschriften moet voldoen, is te begrijpen als een voorwaarden scheppende maatregel. Hiervoor gelden de boven geschetste uitgangspunten. Uiteraard kunnen deze twee wijzen van beoordeling niet geheel los van elkaar gezien worden. De noodzakelijkheidstoets ten aanzien van de beperking staat niet los van de verdere inrichting, de vraag naar de proportionaliteit en subsidiariteit staat niet los van de grootte van het beslag. Wanneer de wetgever een groot beslag rechtvaardigt door erop te wijzen dat de publieke omroep een 'pluriform totaal-pakket' moet kunnen bieden, zijn pluriformiteitseisen aan andere aanbieders in elk geval minder snel als 'noodzakelijk' te kwalificeren.

Tot besluit

Het voorgestelde artikel behoort niet tot de allereenvoudigste grondrechtsbepalingen in de Grondwet. Om die reden laten wij één enkele traan. Doorslaggevend is dat het voorgestelde artikel slaagt in twee belangrijke opdrachten. In de eerste plaats geeft het een techniek-onafhankelijke bescherming; dat leidt tot een vergroting van de bescherming voor de 'niet-papieren' informatie. In de tweede plaats combineert het voorgestelde artikel in veel opzichten de huidige door artikel 7 Grondwet geboden bescherming met de bescherming geboden door artikel 10 EVRM. Dat laatste leidt tot een grotere bescherming voor alle informatie.

VOORSTEL ARTIKEL 13 GRONDWET

1. Ieder heeft het recht op eerbiediging van het communicatiegeheim. Dit recht omvat in ieder geval de vrijheid in vertrouwelijkheid gesprekken te voeren en te corresponderen, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.
2. Dit recht kan alleen worden beperkt in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.
3. In afwijking van het tweede lid kunnen de vrijheid maatregelen te nemen ter bescherming van de vertrouwelijkheid en het recht op vertrouwelijkheid van de transportgegevens worden beperkt in de gevallen bij de wet bepaald door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.
4. Beperkingen op grond van het tweede en derde lid gaan niet verder dan noodzakelijk is in een democratische samenleving ten behoeve van een bij de wet uitdrukkelijk omschreven doel.
5. Degene wiens recht op eerbiediging van het communicatiegeheim is beperkt, wordt hiervan in kennis gesteld, behalve voorzover een uitzondering daarop noodzakelijk is in een democratische samenleving in de gevallen bij de wet bepaald.
6. De wet stelt regels ter bescherming van het communicatiegeheim.

MEMORIE VAN TOELICHTING VOORSTEL ARTIKEL 13 GRONDWET

Redenen voor wijziging

Voor zover de redenen voor wijziging van artikel 13 Grondwet overeenkomen met de hierboven beschreven redenen voor wijziging van artikel 7 Grondwet, wordt volstaan met een summiere toelichting. Ook voor artikel 13 Grondwet heeft de komst van de informatiemaatschappij grote gevolgen. Het beschermen van privé-communicatie neemt een zeer belangrijke plaats in, nu het gebruik van verschillende communicatietechnieken enorm is toegenomen en tegelijkertijd de mogelijkheden voor de overheid om van communicatie kennis te nemen sterk zijn uitgebreid. Het grote belang van veilige communicatie, waarbij de burgers kunnen vertrouwen op de integriteit van het door hun gebruikte transportkanaal, staat buiten kijf. Het afkalven van de bescherming van privé-communicatie zou de verdere ontwikkeling van de nieuwe media ondermijnen. Immers, als men het vertrouwen verliest in de nieuwe communicatiemiddelen, zal men ze ook minder snel gaan gebruiken. Zo is het beschermen van privé-communicatie ook van direct belang voor de communicatievrijheid.

Over de specifieke redenen artikel 13 Grondwet te wijzigen kunnen wij kort zijn. Zij zijn, niet alleen in de literatuur, maar ook in het inmiddels ingetrokken voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet (Kamerstukken II 1997/98, 25 443) uitgebreid aan de orde geweest. Volstaan wordt met een beknopte bloemlezing van argumenten. In de eerste plaats valt de techniekafhankelijke formulering van het grondrecht uit de toon in een informatiemaatschappij waarin de diverse media convergeren. In het huidige artikel 13 wordt het briefgeheim sterker beschermd dan het telefoon- en telegraafgeheim. Door het beschermingsniveau te laten afhangen van het gebruikte communicatiemiddel doet de grondwetgever geen recht aan deze convergentie.

In de tweede plaats vallen, althans naar de letter van het grondwetsartikel, allerlei nieuwe communicatiemiddelen buiten de bescherming van het huidige artikel 13 Grondwet. Belangrijke nieuwe media zoals e-mail en fax moeten het thans zonder uitdrukkelijke grondwettelijke bescherming stellen. Weliswaar is het wellicht mogelijk door middel van een extensieve interpretatie ook de nieuwe middelen onder de reikwijdte van het huidige artikel 13 te brengen (vgl. 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.), toch verdient het aanbeveling om de nieuwe media een duidelijke plaats in het grondwetsartikel te geven. Ook ontbreekt in de huidige bepaling bescherming voor aspecten van de privé-communicatie die niet de inhoud van de (vertrouwelijke) communicatie betreffen, maar met de privé-communicatie zozeer verbonden zijn dat zij onder de werkingssfeer van het grondrecht gebracht dienen te worden. Wij noemen hier in de eerste plaats de verkeersgegevens en in de tweede plaats het recht maatregelen te nemen ter bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie.

In de derde plaats ontbreekt in de beperkingsclausules van het huidige artikel 13 Grondwet een inhoudelijke toets zoals die in artikel 8 EVRM is vastgelegd. Dit betekent dat naar huidig recht met name in het tweede lid van artikel 13 de wetgever wel erg veel ruimte krijgt om het grondrecht naar eigen goeddunken te beperken. Hier komt nog bij dat degene wiens brief-, telefoon- of telegraafgeheim wordt geschonden daarvan op grond van artikel 13 niet op de hoogte hoeft te worden gesteld. Er bestaat dus geen grondwettelijke garantie dat hij de legitimiteit van de beperking aan een rechter kan voorleggen. Inmiddels blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM dat een dergelijke kennisgeving wel van belang is voor de daadwerkelijke bescherming van het grondrecht (EHRM 2 augustus 1984 (Malone), NJ 1988, 534).

Verhouding met artikel 10 Grondwet

Hoewel privé-communicatie ook beschermd wordt door het gemene privacyrecht, zoals vastgelegd door artikel 10 Grondwet, achten wij het gerechtvaardigd het communicatiegeheim in een aparte grondwetsbepaling op te nemen. Daarvoor pleit ten eerste de hierboven genoemde specifieke betekenis die het grondrecht heeft voor de communicatievrijheid. Een tweede argument is dat de bescherming van de privé-communicatie zo belangrijk is dat een verdergaande bescherming gerechtvaardigd is dan die van het huidige artikel 10 Grondwet.

Verhouding met artikel 8 EVRM

Voor de verhouding met artikel 8 EVRM geldt grosso modo dezelfde redenering als wij hierboven hanteerden met betrekking tot de verhouding tussen 7 Grondwet en 10 EVRM. De meerwaarde van het huidige artikel 13 Grondwet ten opzichte van de verdragsbepaling is met name gelegen in de verplichting tot het verkrijgen van een rechterlijke last voordat tot kennisneming van de communicatie mag worden overgegaan. Het voorgestelde artikel tracht de sterke punten van artikel 8 EVRM en artikel 13 Grondwet te combineren en aan te vullen met elementen die zijn ingegeven door de komst van de informatiemaatschappij.

De structuur en bewoordingen van het voorgestelde artikel sluiten zoveel mogelijk aan bij het voorstel voor een nieuw artikel 7 Grondwet.

Het eerste lid: de reikwijdte

Het eerste lid van het voorgestelde artikel geeft de reikwijdte van het grondrecht weer. Gezocht is naar een techniekonafhankelijke term voor het hier te beschermen grondrecht. De formulering 'ieder heeft het recht op' is de Grondwet vertrouwd; we vinden haar ook in de artikelen 5, 6 en 11 Grondwet. De keuze voor de term 'communicatiegeheim' was minder eenvoudig. De term 'vertrouwelijke communicatie' achten wij niet (meer) geschikt, mede gezien de geschiedenis van voorstel 25 443 (waarover E.J. Dommering, 'Geen telefoongeheim op de elektronische snelweg', Mediaforum 1997, p. 142-147; N.A.N.M. van Eijk, '(G)een recht op vertrouwelijke communicatie: fax en email vogelvrij' NJB 1997, p. 1554-1555; A.J. Nieuwenhuis, 'Vertrouwde en virtuele bescherming', NJCM-Bulletin, 1998, p. 423-437). Tijdens de behandeling van dat voorstel in de Staten Generaal bleek grote twijfel te bestaan over de techniekonafhankelijkheid van het beoogde artikel. Immers, voorstel 25 443 vergde blijkens de Memorie van Toelichting een minimum aan beveiliging alvorens gesproken kon worden van 'vertrouwelijke communicatie'. Ook de term 'transportgeheim' is door de Commissie afgewezen, omdat zij een beperking van de reikwijdte van het grondwetsartikel tot het transport van informatie te beperkt achtte. De term communicatiegeheim sluit gedeeltelijk aan bij het huidige artikel 13, door het handhaven van het woord geheim. De formule van de onschendbaarheid is echter verlaten; het voorgestelde artikel sluit daardoor beter aan bij 8 EVRM. Een overeenkomst met artikel 8 EVRM is voorts dat eerst een recht met een bepaalde reikwijdte wordt vastgelegd, waarna - niet in hetzelfde lid - de daarop toegestane beperkingen worden geformuleerd.

De tweede volzin van het voorgestelde eerste lid, die blijkens de woorden 'in ieder geval' niet limitatief bedoeld is, noemt allereerst het recht in vertrouwelijkheid een gesprek te voeren. De Commissie heeft na rijp beraad besloten ook dit recht, dat zich uitstrekt tot de communicatie zonder gebruikmaking van de media, onder de bescherming van artikel 13 te brengen. Daartoe heeft de Commissie onder meer overwogen dat de technologische ontwikkelingen die tot versterking van het communicatiegeheim nopen, ook het in vertrouwelijkheid gevoerde gesprek bedreigen. Men denke hierbij aan de toegenomen mogelijkheden om door richtmicrofoons dergelijke gesprekken af te luisteren. Een en ander laat overigens onverlet dat het vertrouwelijke gesprek, evenals andere vormen van privé-communicatie, de bescherming blijft genieten van artikel 10 Grondwet. Deze mogelijke overlap met het recht op bescherming van de privacy is naar onze mening niet bezwaarlijk.

Met het opnemen van het begrip 'corresponderen' is aangegeven dat artikel 13 zich ook in zijn nieuwe gedaante tot de klassieke communicatiemiddelen blijft uitstrekken. De term 'corresponderen' sluit aan bij de correspondence in de Franstalige versie van artikel 8 EVRM en omvat aldus de in de jurisprudentie van het EHRM onder dat begrip gebrachte communicatiemiddelen, waaronder de telefonie (EHRM 6 september 1978, Klass, NJCM-Bulletin 1979, p. 327; EHRM 24 april 1990 (Kruslin en Huvig), NJ 1991, 523).

De term 'corresponderen' heeft betrekking op geadresseerd informatietransport in brede zin. Dat wil zeggen dat iedere vorm van communicatie waarbij een transporteur wordt gebruikt beschermd wordt tegen inbreuken op het communicatiegeheim, zolang er sprake is van de wil tot vertrouwelijkheid. Wij hanteren hierbij evenals de regering in voorstel 25 443 het criterium van de objectieve wil tot vertrouwelijkheid, maar geven daaraan een essentieel andere invulling. Waar de objectieve wil in voorstel 25 443 moest blijken uit een technische beveiligingsmaatregel, achten wij de aanwezigheid van een adressering reeds voldoende voor het vaststellen van de objectieve wil. Daarmee valt het versturen van

email – ook wanneer geen gebruik wordt gemaakt van wachtwoorden of versleuteling – onder het in het voorgestelde artikel 13 beschermde communicatiegeheim. Daarbij is adressering een functioneel criterium, dat wil zeggen dat daadwerkelijk sprake moet zijn van een bewuste keuze van de afzender om met een of enkele bepaalde personen te communiceren. In het geval van het vertrouwelijk gevoerde gesprek kan de geobjectiveerde wil tot vertrouwelijkheid blijken uit een veelheid van omstandigheden. Zo moet bij een tussen twee personen in een afgesloten ruimte gevoerd gesprek de geobjectiveerde wil tot vertrouwelijkheid geacht worden ipso facto aanwezig te zijn. Maar ook uit 'adressering' in de vorm van fluisteren kan de wil tot vertrouwelijkheid in voldoende mate blijken.

Tenslotte moge duidelijk zijn dat het hier voorgestelde artikel 13 Grondwet geen onderscheid maakt tussen 'beeldinformatie' enerzijds, en 'tekst- en geluids informatie' anderzijds'. Een dergelijk onderscheid kwam wel voor in de toelichting op voorstel 25 443, maar stuitte op scherpe kritiek in de Kamer en de rechtswetenschappelijke literatuur.

De beperkingsclausulering: uitgangspunten

De beperkingsclausulering in het tweede, derde en vierde lid tracht een op artikel 8 EVRM geïnspireerde noodzakelijkheidstoets te combineren met de belangrijkste elementen van de huidige bescherming: de rechterlijke last en competentievoorschriften met betrekking tot de personen die tot het aanbrengen van beperkingen bevoegd zijn.

Zoals gesteld is de beperkingsclausule van het huidige artikel 13 Grondwet te karig. Artikel 8 EVRM biedt in dat opzicht een betere bescherming door toepassing van de noodzakelijkheids- of proportionaliteitstoets. Het voorgestelde vierde lid neemt deze toets over: alle beperkingen dienen noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving. De formulering sluit voorts gedeeltelijk aan bij het huidige 13 lid 1 Grondwet in die zin dat de verplichting van een rechterlijke last wordt overgenomen van het huidige wetsartikel.

Het tweede lid

Bovenstaande overwegingen leiden tot de eerste volzin van het tweede lid. Het huidige artikel 13 Grondwet opent in het tweede lid de mogelijkheid zonder rechterlijke last het telefoon- en telegraafgeheim te beperken. Het hier voorgestelde tweede lid kent deze uitzondering niet; alle communicatiemiddelen worden in gelijke mate beschermd. Naar onze mening is het nodig noch wenselijk voor bepaalde media de verplichting van een rechterlijke last achterwege te laten. De Commissie is er evenmin van overtuigd dat een dergelijke uitzondering noodzakelijk zou zijn op grond van het belang van de nationale veiligheid. Mede met het oog hierop was in voorstel 25 443 het vereiste van de rechterlijke last geheel uit artikel 13 verdwenen. De Commissie vermag echter niet inzien waarom een rechter een verzoek van een veiligheidsdienst niet marginaal zou kunnen toetsen. Denkbaar is wel dat voor dergelijke gevallen een speciale rechterlijke instantie wordt aangewezen. De beperkingsclausule laat toe dat de wetgever die gevallen als zodanig aanwijst en daarbij de exclusieve competentie bij een bijzonder rechter vestigt. De in het vijfde lid opgenomen kennisgevingsplicht houdt ook rekening met de speciale positie van de veiligheidsdiensten in die zin dat de wetgever ervoor kan kiezen in de wet vast te leggen dat bij beperkingen ten behoeve van een dergelijke dienst de kennisgeving, al dan niet tijdelijk, achterwege kan worden gelaten. Het door de regering destijds gehanteerde argument dat de rechter niet de geschikte instantie zou zijn beperkingen op grond van de nationale veiligheid te toetsen omdat alsdan een noodzaak bestaat van 'volle politieke aansprakelijkheid', overtuigt ons evenmin. Die verantwoordelijkheid blijft ook na rechterlijke toetsing onverkort bestaan.

De in artikel 8 EVRM opgenomen opsomming van legitieme beperkingsgronden is achterwege gelaten om de redenen die hiervoor in de toelichting bij het voorgestelde artikel 7 Grondwet zijn uiteengezet.

Het derde lid

Het derde lid bevat een enigszins 'mildere' beperkingsclausulering voor twee aspecten van het communicatiegeheim die de Commissie niet tot het kernrecht rekent. De Commissie stelt voorop dat zowel de vertrouwelijkheid van de transportgegevens als het recht (technische) maatregelen te nemen ter bescherming van de vertrouwelijkheid onder de bescherming van het eerste lid vallen, zoals (wellicht ten overvloede) moge blijken uit de woorden 'in afwijking van'. De Commissie meent echter dat voor deze

aspecten van het communicatiegeheim met een minder hoog beschermingsniveau kan worden volstaan omdat zij niet in rechtstreeks verband staan tot de inhoud van de communicatie. Ook in zoverre sluit het voorgestelde artikel aan bij het nieuwe artikel 7 Grondwet. Tot de transportgegevens behoren niet alleen gegevens die direct terug te voeren zijn op personen (persoonsgegevens), maar ook gegevens met betrekking tot bijvoorbeeld de tijdsduur en de locatie van de communicatie.

De vrijheid maatregelen te nemen ter bescherming van het communicatiegeheim is eveneens minder sterk beschermd dan de communicatievormen die door het eerste lid worden bestreken. Hoewel dit recht ook in artikel 7 Grondwet geplaatst had kunnen worden, menen wij dat het vooral van belang is als onderdeel van het bredere communicatiegeheim. Gedoeld wordt onder meer op technische beschermingsmaatregelen als steganografie en cryptografie. Gevolg van het opnemen van deze vrijheid in het grondwetsartikel is dat de wetgever bij het eventueel opleggen van restricties aan het gebruik van versleutelingstechnieken rekening dient te houden met het grondrecht. De wetgever zal goed moeten motiveren waarom zo'n beperking noodzakelijk is in een democratische rechtsstaat en met welk doel de beperking wordt ingesteld. Het moge duidelijk zijn dat bij een legitieme beperking op het recht beschermingsmaatregelen te treffen alsnog en afzonderlijk een rechterlijke last dient te worden verkregen, voordat kennis mag worden genomen van de communicatie.

De opsomming in het derde lid is limitatief; alle andere vormen van communicatie die onder het communicatiegeheim vallen zijn dus onderworpen aan de sterkere bescherming waarbij een beperking moet voldoen aan de eisen van het tweede en het vierde lid.

Het vierde lid

Het vierde lid introduceert de eisen van proportionaliteit en doelomschrijving voor de beperkingen uit hoofde van het tweede en derde lid. Het vierde lid is daarnaast bedoeld om buiten iedere twijfel te stellen dat deze eisen gelden voor alle beperkingen op het communicatiegeheim. Voor het overige verwijzen we hier naar de hierboven gegeven toelichting op de invoering van de noodzakelijkheidstoets in het voorgestelde artikel 7 Grondwet.

Het vijfde lid

In het voorgestelde vijfde lid wordt in aansluiting op voorstel 25 443 de notificatie- of kennisgevingsplicht ingevoerd. Mede op grond van de jurisprudentie van het EHRM (vgl. EHRM 2 augustus 1984, NJ 1988, 534 (Malone) m. nt. P. van Dijk) menen wij dat een dergelijke plicht van belang is voor een optimale bescherming van het communicatiegeheim. Geen nadere omschrijving wordt gegeven van de gevallen of de voorwaarden waaronder een dergelijke kennisgeving achterwege kan worden gelaten. Wel is bepaald dat een regeling met betrekking tot afstel of uitstel van de kennisgeving bij wet in formele zin moet worden vastgelegd. Voorts geldt dat een uitzondering op de kennisgevingsplicht alleen is toegestaan indien en voor zover zij noodzakelijk is in een democratische samenleving. Hiermee is gewaarborgd dat kennisgeving slechts achterwege zal blijven voorzover en zolang de noodzaak van uitstel blijft bestaan. Alleen in uitzonderlijke gevallen zal het voorgoed achterwege laten van de kennisgeving noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.

Het zesde lid

Nu de burger het vervoer van informatie voor een groot deel in handen legt van private partijen, heeft de overheid een bijzondere taak het communicatiegeheim ook in horizontale verhoudingen te beschermen. Als in voorstel 25 443 is gekozen voor een opdracht aan de wetgever. Weliswaar is het communicatiegeheim reeds in grote mate in post- en telecommunicatiewetgeving en het Wetboek van Strafrecht geconcretiseerd, het voorgestelde lid 6 stimuleert de wetgever de bescherming te stroomlijnen en te actualiseren.
