



## Vertrouwde en virtuele bescherming

Aernout J. Nieuwenhuis

*Het voorstel tot wijziging van het in art.13 Grondwet vastgelegde brief-, telegraaf- en telefoongeheim leidde tot de nodige beroering; e-mail en faxverkeer leken in eerste instantie buiten de te beschermen 'vertrouwelijke communicatie' te vallen. De onzekerheid over dit nieuwe begrip bracht de Tweede Kamer tot een ingrijpend amendement; de Eerste Kamer weigerde de uiterst ingewikkelde materie in ijlt tempo te behandelen. Daarmee is een grondwetswijziging voorlopig uitgesteld, maar de problematiek verre van opgelost. Het onderstaande artikel zet de belangrijkste vragen op een rij aan de hand van het voorstel, de kritiek en de aanpassingen.*

### 1.inleiding

De Grondwet van 1848 kende voor het eerst bescherming toe aan het geheim 'der aan de post of een andere instelling van vervoer toevertrouwde brieven'; voor een beperking was een rechterlijke last nodig. De invoering was te danken aan Thorbecke;<sup>1</sup> het briefgeheim behoorde naar zijn mening net zo onschendbaar te zijn als iemands woning. De weinig zwaarbevochten bepaling zorgde niet voor veel jurisprudentie, de uitwerking geschiedde in wetten.<sup>2</sup>

Toen communicatie door middel van telegraaf en telefoon naast de briefwisseling "een belangrijke plaats in het maatschappelijk verkeer"<sup>3</sup> verworven had, kreeg het telegraaf- en telefoongeheim een plaats in de Grondwet van 1983. De regering stelde in eerste instantie één bepaling voor het brief-, telegraaf-, en het telefoongeheim voor: een inbreuk zou gemaakt mogen worden in de gevallen door de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen. De Tweede Kamer was zeer argwanend, omdat het voorstel de briefwisseling minder bescherming bood dan de bepaling uit 1848. De regering zag zich genoodzaakt het door de CPN'er Bakker voorgestelde amendement over te nemen, dat voor het briefgeheim het vereiste van een rechterlijke last handhaafde. Zo kreeg het huidige artikel 13 Grondwet twee leden: één voor het briefgeheim, en één voor het telegraaf- en telefoongeheim.

De memorie van toelichting omschreef de door het eerste lid beschermde communicatie als: "communicatie die plaatsvindt in gesloten enveloppes, althans in een verpakking welke het oogmerk van de afzender tot uitdrukking brengt, dat derden - waaronder de PTT - van de inhoud van de brief

---

<sup>1</sup> J.T. Buys, *De Grondwet II*, Arnhem 1887, p. 411.

<sup>2</sup> P.W.C. Akkermans & A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Zwolle 1992, p. 288.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II 1975-76*, 13 872, MvT, p. 44.

geen kennis nemen.”<sup>4</sup> Volgens de literatuur is het briefgeheim van toepassing op persoonlijke communicatie; ruim opgevat valt daar ook de toezending van circulaire's aan de leden van een vereniging of klantenkring onder.<sup>5</sup> Een inhoudelijk criterium zal overigens tot problemen leiden; in dat geval zou pas na kennisneming van de inhoud vastgesteld kunnen worden of kennisneming van de inhoud inbreuk maakt op het grondrecht.<sup>6</sup>

Bij de telegraaf en de telefoon zit er niet een zelfde soort verpakking om het getransporteerde bericht. Het opgeven van telegrammen leidt ertoe, dat een postambtenaar kennis draagt van de inhoud; soms wordt er wegens technische controle ingeluisterd op telefoongesprekken. Dat wordt niet door het grondrecht uitgesloten. Wel impliceert het grondrecht dat de zo verkregen informatie niet mag worden doorgegeven.

Vorig jaar kwam de regering met een voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet. Daarvoor had zij een aantal redenen. In de eerste plaats noopten de technologische ontwikkelingen tot een heroverweging van de reikwijdte. Een techniek-onafhankelijke benadering, grondwettelijke bescherming van ‘vertrouwelijke communicatie’, zou ook voor de toekomst goede diensten kunnen bewijzen.<sup>7</sup> In de tweede plaats moest uit de Grondwet blijken hoe belangrijk het is om de onschendbaarheid van vertrouwelijke communicatie ook tussen burgers onderling te waarborgen, juist omdat de post- en telecommunicatiemarkt geen overheidsmonopolie meer is; tevens valt te wijzen op de privatisering van de voormalige PTT. In de derde plaats wilde de regering het beginsel in de Grondwet opnemen, dat een burger wiens vertrouwelijke communicatie voorwerp van onderzoek heeft uitgemaakt, daarvan na afloop in kennis wordt gesteld. Het voorstel dat de regering bij de Tweede Kamer indiende, voorzag in drie leden:

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

Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer rezen talrijke vragen. Het voorstel dat nu bij de Eerste Kamer ligt, is dan ook op zeer veel punten aangepast en kent inmiddels vier leden:

1. Het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en het geheim van daarmee vergelijkbare communicatietechnieken zijn onschendbaar. Het geheim van de gegevens met

---

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 1975-76*, 13 872, MvT, p. 44. Artikel 1 Postwet geeft overigens een daarvan afwijkende omschrijving van brieven: schriftelijke mededelingen, al dan niet verpakt, met uitzondering van door gebruik van vermenigvuldigingstechnieken geheel met elkaar overeenstemmende exemplaren.

<sup>5</sup> Pot-Donner-Prakke, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle 1995, p. 305.

<sup>6</sup> Akkermans & Koekkoek 1992, p. 290.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II 1996-97*, 25 443, 3, p. 1.

betrekking tot communicatie als bedoeld in de eerste volzin is eveneens onschendbaar.

2. De geheimen, bedoeld in het eerste lid, kunnen worden beperkt in de gevallen bij de wet bepaald. Beperking van de geheimen, bedoeld in de eerste volzin van het eerste lid, kan slechts plaatsvinden op last van de rechter, of, indien de beperking in het belang van de nationale veiligheid plaatsvindt, met machtiging van een bij de wet aangewezen minister. Beperking van het geheim, bedoeld in de tweede volzin van het eerste lid, kan slechts plaatsvinden door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

3. De wet stelt regels ter bescherming van de geheimen, bedoeld in het eerste lid.

4. Degene van wie een geheim als bedoeld in het eerste lid, eerste volzin, is beperkt, wordt van die beperking zo spoedig mogelijk in kennis gesteld. Indien de beperking in het belang van de nationale veiligheid of het belang van de strafvordering heeft plaatsgevonden, kan volgens bij de wet te stellen regels de kennisgeving worden uitgesteld. In de bij de wet te bepalen gevallen kan de kennisgeving achterwege worden gelaten, indien het belang van de nationale veiligheid zich tegen kennisgeving blijvend verzet.

Achter de verschillen tussen het oorspronkelijke en het gewijzigde voorstel schuilen belangrijke problemen. Dit artikel geeft een overzicht. Wat dient de reikwijdte van het grondrecht te zijn, vallen vertrouwelijke gesprekken daar ook onder, hoe zit het met de zogeheten verkeersgegevens? Behoeft de horizontale werking grondwettelijke regeling? Wat moeten de beperkingsmogelijkheden zijn, en welke rol is weggelegd voor een notificatieplicht? En een laatste belangrijke vraag: wat is eigenlijk de verhouding met artikel 7 Grondwet?

## **2.vertrouwelijke communicatie en het geheim van de techniek**

De regering ontleende het begrip vertrouwelijke communicatie aan de dissertatie van Hofman.<sup>8</sup> Hij tracht een techniek-onafhankelijk criterium te ontwikkelen, uitgaande van de geobjectiveerde wil van degenen die communiceren. Dat criterium wordt gevonden in de mate van beslotenheid van de communicatievorm:<sup>9</sup> een brief is wel vertrouwelijke communicatie, een briefkaart niet. Voor andere, tot nu toe niet bestreken, wijzen van communiceren betekende dat volgens de regering dat het verzenden van versleutelde computerbestanden en het gebruik van de 'sealfax', die de binnenkomende fax-berichten van een 'enveloppe' voorziet, wél als beschermenswaardige vertrouwelijke communicatie is te beschouwen, maar het verzenden van niet versleutelde computerberichten en gewone faxen niet.<sup>10</sup> Deze communicatie is namelijk zonder of met een geringe inspanning toegankelijk voor derden en dat betekent dat de wil van de communicerenden blijkbaar niet op geheimhouding is gericht.

---

<sup>8</sup> *Kamerstukken II 1996-97, 25 443, 3, p. 2.*

<sup>9</sup> J.A. Hofman, *Vertrouwelijke Communicatie*, Amsterdam 1995, p. 45.

<sup>10</sup> Zie ook al het antwoord op Kamervragen, Aanhangsel *Handelingen II 1996/97*, nr 1370; daarover L. Asscher, *Mediaforum* 1997, p. 103.

De voorgestelde wijziging wekte met het zo uitgelegde begrip 'vertrouwelijke communicatie', aanzienlijke verontwaardiging.<sup>11</sup> E-mail en de gewone fax, die in het maatschappelijk leven in een aantal opzichten de functie van briefwisseling en/of telefonisch contact hebben overgenomen, zouden buiten de boot vallen. De eenvoudige e-mail gebruiker zou zijn berichten moeten gaan versleutelen om deze tegen inmenging door de overheid en vervoerders te beschermen. De beloofde bescherming leek bij gebruik van moderne middelen een dooie mus.

De meeste pijlen richtten zich op het criterium van de beslotenheid van de communicatievorm, en op de toepassing daarvan. Dat criterium leunt zeer sterk op het verschil tussen brief en briefkaart; in dat opzicht sluit het onderscheid ook aan bij de grondwetsgeschiedenis. Een eerste vraag is wel waarom een enveloppe als zodanig niet genoeg is en zij ook nog dichtgeplakt moet zijn. Een groter probleem is al de toepasbaarheid van het criterium op de telefoon. Uit het opbellen van iemand blijkt kennelijk de geobjectiveerde wil dat het gesprek in principe niet voor derden bedoeld is, ook al zit er geen verpakking om. Uit het feit dat het telegraafgeheim gelding heeft, terwijl de postbeambte van de inhoud kennisneemt, volgt bovendien dat het gemak waarmee door de vervoerder kan worden kennisgenomen van de inhoud niet zonder meer beslissend hoeft te zijn voor het toekennen van grondrechtelijke bescherming.

Het belangrijkste bezwaar is echter dat de gemiddelde e-mail gebruiker, net als de gemiddelde briefschrijver, ervan uitgaat dat zijn woorden slechts gelezen worden door degene aan wie hij zijn post richt. De toepassing van het voorgestelde criterium leidde derhalve tot een resultaat, dat in strijd is met hetgeen de gemiddelde e-mail gebruiker redelijkerwijs verwacht, met hetgeen moeilijk anders te omschrijven is dan als zijn 'geobjectiveerde wil'.<sup>12</sup> Dat paradoxale resultaat was een gevolg van de door de regering gekozen benadering. Het uitgangspunt daarvan was niet dat de overheid 'er buiten moet blijven' tenzij het duidelijk is dat de communicatie niet vertrouwelijk is, maar eerder dat de overheid kennis mag nemen tenzij de burger zich extra moeite getroost. In zeker opzicht is hier een vergelijking met het huisrecht mogelijk. Kent artikel 12 Grondwet op dit moment de formulering 'binnentreden tegen de wil van de bewoner', een wijzigingsvoorstel scherpt dat naar mijn mening terecht aan tot 'zonder toestemming'.<sup>13</sup>

De regering heeft haar standpunt blijkens de nota naar aanleiding van het verslag enigszins aangepast. Zij vulde de redenering dat de vertrouwelijkheid blijkt uit de hindernis die een derde moet nemen om van de informatie kennis te nemen aan. Artikel 13 biedt volgens haar tevens bescherming aan enkele communicatiemediën, ook al is niet al het transport dat via die media loopt vertrouwelijke communicatie. Deze bescherming geldt in de eerste plaats het openbare telefoonnet,<sup>14</sup> omdat vertrouwelijke communicatie over het telefoonnet slechts beschermd kan worden door alle verkeer daarover te beschermen. In de tweede plaats beschermt artikel 13 alle enveloppes die zijn dichtgeplakt en aan de post worden toevertrouwd, ook als er een pamflet in zit

---

<sup>11</sup> N.A.N.M. van Eijk, (G)een recht op vertrouwelijke communicatie, *NJB* 1997, p. 1554-1555; E.J.Dommering, Geen telefoongeheim op de elektronische snelweg, *Mediaforum* 1997, p. 142-147; NJCM-commentaar op het voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet, *NJCM-Bulletin* 1998, p. 229-236; zie ook Redactioneel, *NJCM-Bulletin* 1997, 961-963.

<sup>12</sup> Hofman laat zelf ook ruimte voor een verband tussen maatschappelijke conventie en geobjectiveerde wil, Hofman 1995, p. 4.

<sup>13</sup> *Kamerstukken II* 1996-97, 25 442. De Algemene wet op het binnentreden kent deze formulering reeds.

<sup>14</sup> Een uitzondering geldt analoge mobiele telefoonnetten.

dat niet vertrouwelijk hoeft te blijven. In deze gevallen geldt volgens de regering toch het briefgeheim, omdat de postbezorger eerst kennis zou moeten nemen van de inhoud om vast te stellen of sprake is van vertrouwelijke communicatie.<sup>15</sup>

Deze twee-sporen benadering leidde tot de volgende resultaten. Faxberichten zijn tijdens het transport over het telefoonnet beschermd. De regering had naar eigen zeggen slechts bedoeld aan te geven dat de gewone fax na binnenkomst op het faxtoestel van de ontvanger een andere bescherming krijgt dan de 'sealfax'. De gewone fax is in principe te lezen door iedereen die toegang tot de betreffende ruimte heeft, en de zender zal daar rekening mee moeten houden.

E-mail die gericht is aan één of enkele geadresseerden zou in vrijwel alle gevallen beschermd worden: tijdens de fase van transport over het telefoonnet, en tijdens de opslag bij de provider, omdat de gebruiker er bijna altijd slechts door middel van een password bij kan komen; iemand anders zal dus een hindernis moeten nemen. Versleutelen maakt het feitelijk hacken moeilijker, maar zorgt op dat moment niet voor een grotere juridische bescherming. Een e-mail bericht zou alleen dan niet beschermd zijn wanneer de verzender zelf door handelingen te kennen geeft geen aanspraak op bescherming te willen maken, bijvoorbeeld door openbaarmaking ervan.

De nieuwe inzichten van de regering kwamen te laat; de Tweede Kamer meende dat het begrip 'vertrouwelijke communicatie' inmiddels te zeer betwist was en te veel onzekerheden bood<sup>16</sup>, en nam uiteindelijk een amendement aan, dat dit begrip uit het voorstel verwijderde. Het brief-, telegraaf- en telefoongeheim worden nu weer expliciet genoemd en daarnaast wordt bescherming geboden aan 'het geheim van daarmee vergelijkbare communicatietechnieken'.<sup>17</sup> De bedoeling van het amendement is dat de beproefde bescherming in de huidige vorm wordt gehandhaafd, en tegelijkertijd een opening wordt geboden voor de bescherming van nieuwe communicatiemiddelen.

Het is mijns inziens zeer de vraag of deze wending naar een meer techniek-afhankelijke "open aanbouw bepaling"<sup>18</sup> de nodige helderheid heeft geschapen. Ik stel een paar vragen. In welke gevallen bestaat er 'een geheim van een communicatietechniek'? Bij de beantwoording van deze vraag was tijdens de Kamerbehandeling veelal niet te ontkomen aan - u raadt het al - de term 'vertrouwelijke communicatie'.<sup>19</sup> Wat is een vergelijkbare techniek? Stel dat alleen het briefgeheim en het geheim van vergelijkbare technieken zou zijn vastgelegd, zou daarmee dan het telefoongeheim beschermd zijn? Is het versturen van een briefkaart een geheel andere techniek dan het versturen van een brief? Zou met andere woorden, zonder de expliciete bevestiging tijdens de Kamerbehandeling, de gekozen formulering onmiddellijk zekerheid hebben geboden voor e-mail? De in de Handelingen te vinden aanwijzingen voor een juiste interpretatie van het begrip 'vergelijkbare communicatietechniek' zijn diffuus. Als voorbeelden van andere beschermde technieken zijn genoemd: computernetwerken, beeldinformatie, en e-mail, ook als daar geen telefoon aan te pas

---

<sup>15</sup> De begrippen 'vertrouwelijke communicatie' en 'vertrouwelijke informatie' worden hier door elkaar gebruikt; dat komt de duidelijkheid niet ten goede.

<sup>16</sup> Vgl. Te Veldhuis, *Handelingen II*, 41-3337, 14-1-1998.

<sup>17</sup> Een eerdere versie van het voorgestelde amendement sprak zelfs nog van 'het geheim van andere communicatie', *Kamerstukken II* 1997-98, 25 443, 10. Vgl. ook het amendement Koekkoek, dat sprak van 'andere vormen van vertrouwelijke communicatie', *Kamerstukken II* 1997-98, 25 443, 7.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 1997-98, 25 443, 13.

<sup>19</sup> Zie o.a. Koekkoek, *Handelingen II* 41-3340, 14-1-1998.

komt.<sup>20</sup> Wat is nu eigenlijk een techniek, vraagt men zich vertwijfeld af. Het feit dat het amendement naar zijn aard geen uitgebreide toelichting bevat maakt de uitleg van de reikwijdte een heikele zaak.

### 3. andere vragen ten aanzien van de reikwijdte

De regering hechtte er belang aan het vertrouwelijke gesprek dezelfde bescherming te bieden als andere vormen van vertrouwelijke communicatie, zeker gezien de technologische ontwikkelingen die deze vertrouwelijkheid kunnen bedreigen.<sup>21</sup> Weliswaar vallen vertrouwelijke gesprekken nu onder artikel 10 Grondwet, maar de bescherming van artikel 13 is op een aantal punten groter. Het voorstel om het vertrouwelijke gesprek binnen de reikwijdte te halen kreeg gemengde reacties. Ziet men het brief-, telegraaf- en telefoongeheim vooral als een transportgeheim, dat geldt tegen inmenging door de transporteur en tegen inmenging door de overheid tijdens het transport, dan ligt deze 'annexatie' niet voor de hand. Wil men daarentegen de vertrouwelijkheid van de communicatie beschermen, dan is de uitbreiding zeker te verdedigen.<sup>22</sup> Het voorstel in geamendeerde vorm gebruikt echter de term 'communicatietechnieken' en de uitleg daarvan doet gesprekken zonder 'hulpmiddel' buiten de boot vallen.

Een volgend vraagstuk ten aanzien van de reikwijdte is de positie van beeldmateriaal. De regering sloot dat in eerste instantie buiten de omschrijving van communicatie. In de nota naar aanleiding van het verslag kwam de regering op de daardoor opgeroepen vragen terug. Bedoeld was te zeggen dat "een beeld niet vaak voor directe communicatie wordt gebruikt". Een foto, tekening of afbeelding in een gesloten envelop valt echter wel onder het briefgeheim. Voor via e-mail verzonden plaatjes zou gelden dat zij in elk geval tijdens het transport over het telefoonnet onder de reikwijdte van artikel 13 vallen.<sup>23</sup> De behandeling in de Tweede Kamer heeft de status van beeldinformatie niet volledig opgehelderd. Een van de indieners van het eerder genoemde amendement antwoordde op de vraag of een foto die per e-mail wordt verstuurd binnen de reikwijdte valt: "ik denk dat wij die zullen moeten rangschikken onder het begrip "techniek". Dat moet overigens verder uitgewerkt worden ingevolge lid 3".<sup>24</sup> Met voorbijgaan aan het onzorgvuldige gebruik van de term 'techniek', verdient het toch de voorkeur dat de grondwetgever - en niet de wetgever - de principiële vraag naar de reikwijdte van het grondrecht beantwoordt. De benadering die aan beeldmateriaal in het algemeen nauwelijks of geen communicatieve functie toekent, komt mij overigens merkwaardig voor. Foto's, bouwtekeningen, een onafzienbare rij van beelden trekt langs het geestesoog. Waarom krijgt dergelijk beeldmateriaal een ondergeschoven positie?

---

<sup>20</sup> *Handelingen II* 43-3466, 20-1-1998.

<sup>21</sup> *Kamerstukken II* 1997-98, 25 443, 5, p. 7.

<sup>22</sup> De vrees voor uitholling lijkt niet terecht. Het argument dat men een 'gewoon' gesprek eerder door moet kunnen vertellen, snijdt geen hout. Het telefoongeheim als zodanig beschermt helemaal niet tegen het doorvertellen van de inhoud door de rechtmatige ontvanger.

<sup>23</sup> Vgl. ook *Handelingen II* 41-3357, 14-1-1998.

<sup>24</sup> *Handelingen II* 43-3452, 20-1-1998.

Een specifiek probleem ten aanzien van de reikwijdte is de vraag in hoeverre informatiedragers buiten de transportfase worden beschermd. Is het grondrecht louter een transportgeheim, dan is bescherming buiten de transportfase mogelijkwijs moeilijk te rechtvaardigen. De regering onderscheidde echter naast de transportfase de aanmaak- en verzendfase, de ontvangstfase, de mogelijke tussentijdse opslag tijdens het transport, en de opslag bij de verzender of de ontvanger. Het antwoord op de vraag of er sprake is van bescherming door artikel 13 is volgens de regering afhankelijk van het communicatiemiddel en in bepaalde gevallen ook van de fase waarin men zich bevindt.<sup>25</sup> Een dichtgeplakte brief is voor het posten en na ontvangst nog steeds beschermd. Datzelfde moet gaan gelden voor berichten in de inbox, de outbox en de prullenmand van een mailprogramma voorzover de computer of het mailprogramma met een wachtwoord beveiligd is. In dergelijke gevallen zou bij een huiszoeking een aparte rechterlijke last nodig zijn om achter de vertrouwelijke berichten te komen. Wanneer een bericht op de computer van de verzender staat en het bericht niet door een wachtwoord of anderszins is beveiligd, zou de bescherming vervallen, net als bij een brief die - uit de envelop - onbeschermd op tafel ligt.

Het is zeer onzeker of de regering met deze uiteenzetting alle mogelijke probleemgevallen heeft afgehandeld. Stel dat ik beveiligde tekstbestanden heb, die ik nooit zal versturen, of waarvan ik nog niet weet of ik ze openbaar wil maken of aan iemand persoonlijk toe wil sturen, wat is daar dan de status van? Moet ik mijn dagboek opslaan in mijn mailprogramma om voor deze 'vertrouwelijke communicatie met mijzelf' gereede bescherming te krijgen? Stel dat ik beveiligde bestanden heb, maar daarin alleen teksten staan die ik van voor ieder toegankelijke internetpagina's heb geplukt, wat dan? Meer in het algemeen: wat is de verhouding tussen het recht op bescherming van bepaalde communicatie, dat verder reikt dan alleen de transportfase, en het recht op bescherming van informatie, die een persoon onder zich heeft? Deze buitengewoon ingewikkelde materie is op grondrechtelijk niveau vooralsnog niet helemaal uit de verf gekomen.

Een andere vraag ten aanzien van de reikwijdte is die naar de status van de verkeersgegevens, gegevens over de gevoerde communicatie.<sup>26</sup> Bij telefoongesprekken gaat het om dag, tijdstip en duur van gevoerde gesprekken, en de nummers of namen van de deelnemers. Bij het zogeheten 'metering', het registreren van de verkeersgegevens, blijft de inhoud van de berichten buiten schot. De memorie van toelichting gaf aan dat verkeersgegevens buiten het begrip 'vertrouwelijke communicatie' vallen en dus buiten het voorgestelde artikel 13. Voorzover het om privacygevoelige gegevens gaat, zou wel artikel 10 Grondwet van toepassing zijn, aldus de regering. De Raad van State zette enkele vraagtekens bij deze redenering. Hij betoogde dat het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) in de Malone-uitspraak deze gegevens als een integraal onderdeel heeft beschouwd van de (in casu) telefonische communicatie.<sup>27</sup> De regering liet zich daardoor niet overtuigen. Volgens haar heeft het EHRM toch een zeker onderscheid gemaakt, en betekent de bescherming geboden door artikel 8 EVRM niet per se dat artikel 13 Grondwet van toepassing moet zijn. Artikel 8 EVRM is immers ruimer en beschermt ook de persoonlijke levenssfeer. De uitspraak van het EHRM was volgens de regering voor tweeërlei uitleg vatbaar.

De regering is teruggefloten door de Tweede Kamer. Bij amendement zijn de verkeersgegevens binnen de voorgestelde reikwijdte van artikel 13 gehaald: "het geheim van de gegevens met betrekking tot door het artikel beschermde communicatie" is op zijn beurt ook

---

<sup>25</sup> *Kamerstukken 1997-98*, 25 443, 5, p. 2.

<sup>26</sup> *Zie Kamerstukken II 1997-98*, 25 443, 5, p. 10, noot 2.

<sup>27</sup> *Kamerstukken II 1996-97*, 25 443, B, p. 1; EHRM 2-8-1984, Malone, NJ 1988, 534. Ook volgens Hofman vormen deze gegevens een integraal onderdeel van de beschermde communicatie, Hofman, 1995, p. 70.

onschendbaar. Dat geldt bijvoorbeeld voor de gegevens omtrent de surfbewegingen van de internetgebruiker. Het geheim van de verkeersgegevens kreeg wel een andere beperkingsclausulering. Ik kom daar nog op terug.

#### 4. horizontale werking

In verschillende situaties is het van belang te weten wat de horizontale werking van het briefgeheim en andere daarmee vergelijkbare geheimen is. In de eerste plaats kan de transporteur een particulier zijn. Het ligt voor de hand deze dezelfde verplichtingen op te leggen als de overheid-transporteur. Dat dient naar mijn mening ook zo te zijn als het gaat om de verdere distributie na het 'eigenlijke' transport. Men denke aan particuliere ziekenhuizen, die zorg dragen voor de distributie van de binnengekomen post. Een volgende vorm van horizontale werking is die ten aanzien van derden die qualitate qua niets met het transport van doen hebben. Een burger neemt de hoorn van de haak en kan wegens een technisch manco meeluisteren met een door derden gevoerd telefoongesprek, of een burger haalt de post uit de brievenbus van de burens en maakt deze open. Een aantal van de hier genoemde aspecten van de grondrechtelijke bescherming is nu reeds door de wetgever uitgewerkt. Het aftappen van telefoonlijnen door derden is bijvoorbeeld strafrechtelijk gesanctioneerd.<sup>28</sup>

Het voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet geeft de wetgever een algemene opdracht regels te stellen ter bescherming van de in het eerste lid bedoelde geheimen. Deze opdracht mag vrij onbepaald zijn,<sup>29</sup> er bestaat een grote mate van consensus over de stelling dat de overheid op het gebied van de 'vertrouwelijke communicatie' niet alleen een onthoudingsplicht heeft, maar ook een rol dient te vervullen bij de bescherming van het recht van ieder om vertrouwelijk te communiceren, zonder dat onbevoegden - zowel publieke als particuliere instituties of personen - daarvan kennis kunnen nemen. Zeker nu de burger te maken heeft met particuliere vervoerders en netwerkbeheerders,<sup>30</sup> is er enige aanvulling in de regelgeving nodig, bijvoorbeeld ten aanzien van elektronische post. In dit verband valt overigens ook te wijzen op de recente EG-richtlijn die ziet op de bescherming van de privacy in de telecommunicatiesector.<sup>31</sup> Ook deze richtlijn noodzaakt tot wetgeving op dit gebied.

Tijdens de behandeling van het voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet zegde de regering toe met een voorstel te komen om het kennisnemen van de inhoud van e-mail, ook door de provider van mailboxen waarin de e-mail opgevangen wordt, strafbaar te stellen, en de internetprovider te verbieden de vertrouwelijke communicatie van anderen ter beschikking van het openbaar ministerie te stellen tenzij hij daartoe verplicht is.<sup>32</sup> Deze wetgeving staat deels reeds op

---

<sup>28</sup> Daarnaast kunnen in bepaalde gevallen regels van burgermansfatsoen uitkomst bieden, bijvoorbeeld bij een per abuis verkeerd verzonden fax, Rb.'s-Gravenhage 23-12-1997, *KG* 1998, 42.

<sup>29</sup> Het kamerlid Schutte sprak over een 'blanco volmacht', *Handelingen II* 41-3342, 14-1-1998.

<sup>30</sup> *Kamerstukken II* 1996-97, 25 443, 3, p. 5.

<sup>31</sup> Directive 97/66/EC of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunication sector, *OJL* 24, 30-1-1998.

<sup>32</sup> *Kamerstukken* 1997-98, 25 443, 5, p. 20.



stapel. Het voorstel van wet computercriminaliteit II beschouwt het zonder toestemming inzien van beveiligde e-mail als computervredesbreuk. Ook de inzage door de provider zonder toestemming van de gebruiker wordt strafbaar gesteld. Een wachtwoord is voldoende om van beveiligde e-mail te spreken.<sup>33</sup> Tegenover deze redelijk voortvarende aanpak staat het betrekkelijke stilzwijgen van het wetsvoorstel telecommunicatiewet. Dit kent wel de nodige bepalingen omtrent de bescherming van de privacy ten aanzien van de verkeersgegevens, maar een uitwerking van het telefoongeheim in eigenlijke zin ten opzichte van de (particuliere) transporteur ontbreekt.<sup>34</sup> Dat steekt schraal af tegen de nodige verplichtingen voor de exploitant om de overheid in de gelegenheid te stellen af te tappen.<sup>35</sup>

## 5. beperkingsclausule

Het voorstel van de regering maakte inbreuk op de vertrouwelijke communicatie mogelijk in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen; het vereiste van een rechterlijke last voor een inbreuk op het briefgeheim kwam te vervallen. De Raad van State vroeg zich af waarom niet gekozen was voor de meest strikte eis. Naar zijn mening is het op grond van de rechtspraak van het EHRM wenselijk de toetsing van een onderzoek van vertrouwelijke informatie ook daaraan voorafgaand steeds op te dragen aan de rechter.<sup>36</sup> De regering ging daar niet in mee. In de eerste plaats verwierp zij de stelling dat de bescherming van het briefgeheim zou afnemen; de huidige wetgeving maakt immers geen beperking van het briefgeheim mogelijk zonder rechterlijke last.<sup>37</sup> Die opvatting lijkt mij gebrekkig en miskent de betekenis van de Grondwet. Na de invoering van de voorgestelde grondwetswijziging zou het de wetgever namelijk wel toegestaan zijn die mogelijkheid te scheppen.

In de tweede plaats is de rechter niet altijd de juiste instantie om toestemming te verlenen voor tappen, aldus de regering.<sup>38</sup> De Grondwet moet daarom de formele wetgever de mogelijkheid laten die bevoegdheid aan een andere instantie te verlenen. Het specifieke karakter van de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten vereist dat de bevoegde bewindspersoon de uiteindelijke toestemming dient te geven: "De politiek verantwoordelijke minister dient immers

---

<sup>33</sup> Zie Staatscourant 15-1-1998. Het voorstel is in zijn geheel te vinden op <http://www.minjust.nl>.

<sup>34</sup> *Kamerstukken II 1996-97, 25533.*

<sup>35</sup> E.J. Dommering, NRC 13-1-1998.

<sup>36</sup> *Kamerstukken II 1996-97, 25443, B, p. 2.*

<sup>37</sup> *Kamerstukken II 1997-98, 25443, 5, p. 14.*

<sup>38</sup> De in artikel 125g Sv. vastgelegde eis van een rechterlijke last voor het aftappen tijdens het gerechtelijk vooronderzoek is overigens geen onoverkomelijke drempel. Er wordt, voorzover bekend in Nederland gemiddeld per telefoonaansluiting vele malen meer getapt dan in de Verenigde Staten of Duitsland. Een verklaring daarvoor is overigens niet simpelweg te geven. De politie in de Verenigde Staten infiltreert weer vaker, mogelijk juist omdat de tapwetgeving restrictiever is, Z. Reyne e.a. *Tappen in Nederland*, WODC Den Haag 1996, 51. Vgl. ook *Kamerstukken II 1997-98, 25443, 5, p. 18.*

volledig (politiek) aanspreekbaar te zijn voor die diensten".<sup>39</sup> De regering wees erop dat het EHRM zich onder omstandigheden kan verenigen met een systeem zonder rechterlijk toetsing, namelijk als er sprake is van een ander toezichtsmechanisme dat voldoende onafhankelijk is om een objectief oordeel te kunnen vellen omtrent de rechtmatigheid. Het EHRM accepteerde in het verleden het Duitse stelsel van controle. Dat had onder meer de volgende kenmerken. Een commissie bestaande uit vijf leden van de Bondsdag, waaronder leden van de oppositie, oefende zelf bestuurlijk en politiek toezicht uit, evenals een door deze commissie op haar beurt benoemde onafhankelijke commissie. Het Hof achtte de bevoegdheden van deze organen voldoende om een effectief toezicht op de veiligheidsdiensten mogelijk te maken.<sup>40</sup>

De regering gaat ervan uit dat het stelsel, waarin het ontwerp Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten zal voorzien, ook aan de Europese norm zal voldoen. Er komt immers een commissie van toezicht, die de rechtmatigheid van de uitoefening van de bevoegdheden controleert en klachten behandelt. Deze commissie rapporteert haar bevindingen aan de commissie voor de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer, die de minister ter verantwoording kan roepen. De regering baseert haar positieve oordeel over deze constructie mede op het oordeel van de Europese Commissie voor de rechten van de mens over het Britse stelsel, dat de burger een soortgelijke, maar minder sterke bescherming zou bieden.<sup>41</sup>

De hierboven uiteengezette argumentatie van de regering is niet op alle punten even overtuigend. In de eerste plaats is de politieke 'aanspreekbaarheid' ten aanzien van de activiteiten van de inlichtingen- en veiligheidsdienst wegens de eisen die de geheimhouding stelt in de praktijk niet zo overweldigend. In de tweede plaats sluiten het vereiste van rechterlijke toetsing en toestemming door de minister elkaar niet zonder meer uit.<sup>42</sup> In de derde plaats is het EHRM weliswaar akkoord gegaan met de Duitse regeling, maar de regering gaat nog verder en beweert dat rechterlijke toetsing in bepaalde gevallen eigenlijk niet wenselijk is.<sup>43</sup>

Het voorstel tot wijziging van de Grondwet is bij nota van wijziging wel enigszins aangescherpt. Als hoofdregel werd in het voorstel vastgelegd dat beperking kan plaatsvinden op last van de rechter; indien de beperking plaatsvindt 'in het belang van de nationale veiligheid' kan zij slechts plaatsvinden met machtiging van een bij wet aangewezen minister. Het is de wetgever dus niet toegestaan de bevoegdheid aan een ander orgaan dan rechter of minister te verlenen. De regering verving bij deze wijziging tevens de betrekkelijk vage voorwaarde 'indien het belang van de

---

<sup>39</sup> *Kamerstukken* 1996-97, 25 443, 3, p. 5; vgl. *Kamerstukken* 1997-98, 25 443, 5, p. 13.

<sup>40</sup> EHRM 6-9-1978, *Klass*, *NJCM-Bulletin* 1979, 327; vgl. in dezen ook EHRM 26-3-1987, *Leander*, *NJCM-Bulletin* 1988, 148. Voor het ontbreken van een notificatieplicht, zie volgende paragraaf.

<sup>41</sup> Zaken 18601/91, *D.E. v. Verenigd Koninkrijk*; 20317/92, *Hewitt & Harman v. Verenigd Koninkrijk*; 20271/92, *Redgrave v. Verenigd Koninkrijk*. Het oordeel van de regering is te nuanceren; de leden van de Nederlandse commissie zullen gemakkelijker door de regering ontslagen kunnen worden dan die van de Britse; vgl. ook *Handelingen II* 41-3347, 14-1-1998.

<sup>42</sup> Men denke aan het systeem dat gehanteerd wordt ten aanzien van uitlevering.

<sup>43</sup> In een recent arrest maakt het EHRM in elk geval duidelijk dat de afwezigheid van voorafgaande rechterlijke toetsing - in casu voor het binnentreden van een woning - bij het Hof tot verhoogde waakzaamheid leidt, EHRM 16-12-1998, *Camenzind t. Zwitserland*, [www.dhdirhr.coe.fr](http://www.dhdirhr.coe.fr).

staat zulks dringend vordert' door de voorwaarde 'in het belang van de nationale veiligheid'. De Raad van State had reeds op een dergelijke verandering aangedrongen.<sup>44</sup> Het doelcriterium 'de nationale veiligheid' geeft aan dat het afwijken van de hoofdregel slechts kan geschieden met het oog op de taakuitoefening van de inlichtingen- en veiligheidsdienst.<sup>45</sup>

Voor de verkeersgegevens is een minder strikte beperkingsclausule in het voorstel opgenomen. Beperking is mogelijk door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen. Dat betekent bijvoorbeeld dat art. 125f Sv. niet gewijzigd hoeft te worden en de officier van justitie onder omstandigheden dergelijke gegevens kan blijven vorderen.

## 6. notificatieplicht

Indien een burger weet heeft van een beperking van zijn grondrechten en deze onrechtmatig acht, dan staat veelal de gang naar de rechter open. Het aftappen van vertrouwelijke communicatie geschiedt in beginsel echter buiten medeweten van de burger. Het oordeel van het EHRM dat in dergelijke gevallen een redelijk vermoeden voldoende is, om aanspraak te kunnen maken op rechtsbescherming, kan in bepaalde gevallen bijdragen aan een oplossing. Ook een systeem van notificatie achteraf kan de rechtsbescherming ten goede komen. Het EHRM heeft echter ook erkend dat het belang van de staat zich kan verzetten tegen kennisgeving.<sup>46</sup> Het oorspronkelijke voorstel van de regering voorzag op grond daarvan in de mogelijkheid om bij wet uitzonderingen te stellen, voor gevallen waarin het belang van de staat zulks dringend vordert.<sup>47</sup>

Het regeringsvoorstel sprak van een plicht tot kennisgeving behoudens uitzonderingen. Bij amendement werd ook hier een wijziging aangebracht. De hoofdregel in het voorstel is nu dat de kennisgeving zo spoedig mogelijk plaatsvindt. De kennisgeving kan echter volgens bij de wet te stellen regels worden uitgesteld, indien de beperking in het belang van de nationale veiligheid of het belang van de strafvordering heeft plaatsgevonden. Daarnaast kan de kennisgeving in bij de wet te bepalen gevallen achterwege worden gelaten indien het belang van de nationale veiligheid zich tegen kennisgeving blijvend verzet. Hierover een enkele opmerking. In de eerste plaats is het vreemd dat niet vereist is dat het uitstel van de kennisgeving zelf ook in het belang van de strafvordering dan wel de nationale veiligheid is. Dat is mogelijk wel bedoeld, maar staat er niet. In de tweede plaats wekt het noemen van twee doelcriteria in een voorwaardelijke bijzin de suggestie dat er nog meer belangen zijn, die tot een beperking mogen leiden; de regering beaamde dat 'de openbare orde' ook een doelcriterium zou kunnen zijn.<sup>48</sup> Dat brengt wel de vraag met zich

---

<sup>44</sup> *Kamerstukken II 1996-97, 25443, B, p. 4.* De nationale veiligheid is overigens wel weer ruimer dan 'de handhaving van de uit- of inwendige veiligheid van de staat', ten behoeve van de handhaving waarvan op grond van artikel 103 Grondwet een uitzonderingstoestand kan worden uitgeroepen, *Kamerstukken II 1997-1998, 25 443, 6, p. 2.*

<sup>45</sup> *Kamerstukken 1997-98, 25 443, 5, p. 12.*

<sup>46</sup> EHRM 6-9-1978, Klass, *NJCM-Bulletin 1979, 327*; de Duitse Grondwet voorziet expliciet in de mogelijkheid onder omstandigheden niet te notificeren.

<sup>47</sup> De voorgestelde wijziging van het grondwettelijk huisrecht regelt de notificatieplicht overigens op dezelfde manier, *Kamerstukken 1996-97, 25442.*

<sup>48</sup> *Handelingen II 43-3456, 20-1-1998.*

mee wat in een dergelijk geval 'zo spoedig mogelijk' betekent. Meer in het algemeen: hoe vaak zal eigenlijk de hoofdregel gevolgd worden dat er direct na het tappen een kennisgeving komt?

De regering heeft er met nadruk op gewezen dat ook het belang van geheimhouding van de methode van werken van de BVD onder het belang van de nationale veiligheid kan vallen.<sup>49</sup> Dat impliceert dat een kennisgeving ook dan - tijdelijk - achterwege kan blijven, indien de afgeluisterde burger zelf op geen enkele wijze een gevaar voor de nationale veiligheid blijkt te vormen. De regering heeft de mogelijkheid willen openhouden om in een wet een algemene uitzondering vast te leggen. Zij wilde vermijden dat er per individueel geval een afweging gemaakt moet worden.<sup>50</sup> Daarmee ging ze voorbij aan het advies van de Raad van State die een algemene uitzondering niet gewenst achtte.<sup>51</sup> Een afweging in individuele gevallen geeft namelijk een betere mogelijkheid de beperking op het grondrecht zo restrictief mogelijk toe te passen.

De voorgestelde notificatieplicht zal overigens niet gaan gelden voor het maken van inbreuk op het geheim van de verkeersgegevens. Op dit punt zijn de indieners van het amendement gezwichd voor de druk van de regering. Deze achtte het werken met een dergelijk procedurevoorschrift ten aanzien van het registreren van verkeersgegevens ondoenlijk.<sup>52</sup> De consequentie is uiteraard wel dat de mogelijkheid voor de burger om een beperking van het grondrecht op dit punt aan de rechter voor te leggen, onder druk komt te staan.

## **7.verhouding met de vrijheid van meningsuiting**

De belangrijkste reden voor een wijziging van artikel 13 is het voortschrijden der techniek. De ontwikkeling van nieuwe communicatiemiddelen noopt eveneens tot een onderzoek naar artikel 7 Grondwet en zijn structuur. De technologische ontwikkeling knaagt immers stevig aan het in artikel 7 gemaakte onderscheid tussen drukpers, omroep en overige communicatiemiddelen. Een ander vergelijkbaar probleem is de vraag welke bescherming de Grondwet moet bieden gegeven de bescherming geboden door het EVRM. Een eerste antwoord zou kunnen zijn dat de nationale bescherming de nadruk moet leggen op het vereiste van beperkingen bij formele wet en bepaalde strikt geformuleerde onthoudingsplichten, omdat de noodzakelijkheidstoets met haar belangenafweging al in het Europese grondrecht aanwezig is.

Wat echter met name intrigeert, is de verhouding tussen de reikwijdte van artikel 13 en die van artikel 7 Grondwet. Een eerste mogelijkheid is dat de twee grondrechten samen in principe alle communicatie zouden moeten beschermen. Er zou dan met andere woorden bij communicatie altijd sprake zijn van openbaarmaking of vertrouwelijkheid. Indien het de bedoeling van de grondwetgever is om alle communicatie grondrechtelijk te beschermen, hoe zit het dan met de bescherming van de briefkaart? Valt deze buiten de bescherming van artikel 7 omdat het geen openbaarmaking is, en valt deze - althans in de redenering van de regering - tevens buiten de bescherming van artikel 13 omdat het geen vertrouwelijke communicatie is?

---

<sup>49</sup> *Handelingen II* 43-3474, 20-1-1998.

<sup>50</sup> *Handelingen II* 43-3475, 20-1-1998.

<sup>51</sup> *Kamerstukken II* 1996-97, 25 443, B, p. 4.

<sup>52</sup> *Kamerstukken II* 1997-98, 25 443, 10, p. 4.

Indien er bij communicatie altijd sprake is van openbaarmaking of vertrouwelijkheid waar loopt dan de grens: is een aan tientallen of honderden 'persoonlijk' geadresseerd bericht nog als vertrouwelijke communicatie aan te merken? Of moet een omschrijving die uitgaat van 'individuele adressering'<sup>53</sup> nader gepreciseerd worden door de toevoeging dat de geadresseerden naar aard en omvang een beperkte groep vormen?<sup>54</sup> Het voorbeeld van het toesturen van een bericht aan duizenden individuen geeft al aan dat er positief-rechtelijk gezien niet sprake hoeft te zijn van een elkaar uitsluitende vormen van bescherming. Het transport kan immers door artikel 13 beschermd worden, ook al is het verzenden aan zovelen tegelijkertijd als wijze van openbaarmaking te beschouwen, die binnen de reikwijdte van artikel 7 valt.

Een tweede mogelijkheid om de betreffende grondrechten te onderscheiden ziet op het verschil in te beschermen belangen. Wanneer de overheid het op welke wijze dan ook 'verbreiden' van meningen of informatie met een bepaalde inhoud tegengaat, zou steeds de uitingsvrijheid van toepassing moeten zijn; artikel 13 zou zich daarentegen slechts richten tegen inbreuken op de vertrouwelijkheid. Een dergelijk onderscheid sluit in bepaalde opzichten aan bij de verhouding tussen artikel 8 EVRM dat de correspondentie beschermt, en artikel 10 EVRM dat ziet op de uitingsvrijheid. Artikel 10 EVRM kan immers ook van toepassing zijn bij een veroordeling naar aanleiding van het versturen van één brief met een beledigende inhoud.<sup>55</sup> Daar staat tegenover dat het EHRM het door de gevangenisautoriteiten tegenhouden van brieven met onder meer opmerkingen over het gevangenisregime heeft getoetst aan artikel 8 EVRM, ook al was art.10 EVRM tevens in het geding.<sup>56</sup> Artikel 8 EVRM beschermt namelijk ook het recht op het voeren van een briefwisseling, en niet alleen het recht op vertrouwelijkheid, van die briefwisseling.

Uit het voorafgaande blijkt dat beide genoemde belangen zich tegelijkertijd kunnen laten gelden. Indien de overheid telefoongesprekken van ambtenaren aftapt om zodoende het lekken naar de pers tegen te gaan, is dat bijvoorbeeld het geval. Indien de overheid nagaat wie bepaalde, voor iedereen toegankelijke, internetpagina's raadpleegt, geldt mogelijkerwijs hetzelfde. Door deze inmenging komt aan de ene kant het 'verbreiden' van bepaalde informatie onder druk te staan, terwijl mijn surfgegevens onder de reikwijdte van het recht op vertrouwelijke communicatie horen te vallen.

Ik pleit in dit bestek overigens niet voor één bepaalde opvatting over de ideale verhouding tussen artikel 7 en artikel 13 Grondwet; het wekt alleen bevreemding dat genoemde problematiek niet of nauwelijks ter sprake is gekomen bij de behandeling van het voorstel tot wijziging van artikel 13. Voorts valt er nog op andere punten te wijzen die beide grondrechten raken. Wat is bijvoorbeeld de status van een tekst op het mailprogramma van mijn pc waarvan ik nog niet weet of het een e-mail naar één persoon wordt of een tekst voor een voor iedereen toegankelijke internetpagina? De ondergeschoven positie van beeldcommunicatie binnen de reikwijdte van artikel 13 is ook al aangestipt. Kent artikel 7 een soortgelijk communicatiebegrip of hebben beide grondrechten in dit opzicht niets met elkaar te maken?

---

<sup>53</sup> Bijv. Dommering 1997, 144. In deze zin ook de PvdA en de VVD-fractie in het verslag van de Kamercommissie, *Kamerstukken II* 1997-98, 25 443, 4.

<sup>54</sup> Zie hierover A.W. Hins, *Gedachten en gevoelens over de elektronische snelweg*, in: *Communicatie- en informatievrijheid in het digitale tijdperk*, Zwolle 1995, 27-58, 27/28; hij beschrijft enkele grensgevallen; een vergelijking met de term 'openbaarmaking' in het auteursrecht ligt hier uiteraard voor de hand.

<sup>55</sup> EHRM 25-11-1997, Georgiades, *NJB* 1998, 314.

<sup>56</sup> EHRM 25-3-1983, A61, Silver.

Op grond van het voorgaande is het niet verrassend dat is aangedrongen op een integrale benadering van de grondwettelijke bescherming van informatie.<sup>57</sup> De regering wilde het in het verleden toegezegde onderzoek naar een eventuele wijziging van artikel 7 echter los zien van het onderhavige voorstel tot wijziging van artikel 13. Een wezenlijk verschil is volgens de regering het feit het recht van vrije meningsuiting volgens vaste jurisprudentie is opgebouwd uit een recht te openbaren en een recht te verspreiden. Bij sommige verspreidingsmiddelen heeft de overheid behoefte aan uitgebreide mogelijkheden tot regulering; een dergelijk onderscheid tussen communicatiemiddelen is bij artikel 13 niet nodig, aldus de regering. Dat moge tot op zekere hoogte te verdedigen zijn, daarmee zijn de hierboven gestelde vragen echter allesbehalve beantwoord. Het is toe te juichen dat de Tweede Kamer een motie heeft aangenomen die aandringt op nader onderzoek naar de constitutionele aspecten van de elektronische snelweg.<sup>58</sup>

## 8. besluit

De voorgestelde grondwetswijziging komt niet in aanmerking voor een schoonheidsprijs. Het oorspronkelijke regeringsvoorstel toonde de nodige kenmerken van haastwerk. Dat geldt zeker zo sterk voor de tekst van het amendement. Het feit dat een goede toelichting bij het amendement ontbreekt, vergroot de problemen. De Eerste Kamer heeft er wat dat betreft terecht van afgezien het voorstel overhaast te behandelen.<sup>59</sup> Veel vragen hebben nog te weinig aandacht gekregen. Ik wijs hier nogmaals op de verhouding tussen de bescherming van opgeslagen informatie en de bescherming van communicatie, en op de verhouding tussen artikel 7 en artikel 13 Grondwet.

Het resultaat van de ontwikkelingsgang van het voorstel is in bepaalde opzichten overigens wel een verbetering. In de eerste plaats krijgt persoonlijk geadresseerde e-mail in het algemeen grondwettelijk bescherming. In de tweede plaats is het een verbetering dat niet is openlaten, wie anders dan de rechter een last kan geven tot een beperking van het grondrecht. Het vervangen van de onbestemde term 'het belang van de staat' door de term 'het belang van de nationale veiligheid' verdient ook instemming.

Het uitstel van behandeling in de Eerste Kamer betekent dat e-mail, in elk geval buiten het transport over het openbare telefoonnet, nog geruime tijd grondwettelijke bescherming zal moeten ontberen. Daar staat tegenover dat ook de voorgestelde wijziging niet tot een duurzame grondwetsbepaling zal leiden; de problemen zijn immers allesbehalve opgelost. Het uitstel biedt de regering een herkansing, om bijvoorbeeld alsnog met een deugdelijk techniek-onafhankelijk criterium te komen. Daarbij verdient het idee om 'het individueel geadresseerd zijn' als uitgangspunt te nemen op zijn minst serieuze aandacht.

De regering wekt de indruk op veel punten te streven naar een grondrechtelijk minimum. Dat streven wordt waarschijnlijk gevoed door de wens de al dan niet georganiseerde misdaad zo effectief mogelijk te bestrijden en staatsondermijnende activiteiten tegen te gaan. Met dat streven

---

<sup>57</sup> Van Eijk 1997, p. 1555.

<sup>58</sup> *Kamerstukken II* 1997-98, 25 443, 15.

<sup>59</sup> De wet zou uiterlijk 18 maart in het Staatsblad geplaatst moeten worden. Deze datum is bepaald door de vereiste ontbinding van de Tweede Kamer tussen eerste en tweede lezing, die op haar beurt weer samenhangt met de datum van de verkiezingen.

in het achterhoofd dreigen de grondrechten echter hinderlijke normen in plaats van belangrijke rechtsstatelijke uitgangspunten te worden. Om dat te voorkomen is permanent oplettendheid geboden. Dat mag een extra reden zijn wetgeving en wetswijzigingen die zien op vertrouwelijke communicatie kritisch te blijven volgen.