



De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie
Bespreking van het rapport van de *Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*
Computerrecht 2000-4, p. 177-185

Door **prof. mr. E.J. Dommering**

Voorgeschiedenis

Eind mei van dit jaar heeft een Commissie met de titel ‘Grondrechten in het digitale tijdperk’ een rapport met een stevige studiebijlage^[1] gepresenteerd die voorstellen bevat tot aanpassing van de bestaande grondrechten of invoering van nieuwe grondrechten ‘met het oog op de ontwikkelingen op het terrein van de informatie – en communicatietechnologie’, zoals het instellingsbesluit van 23 februari 1999 het formuleert. De Commissie stond onder voorzitterschap van de Leidse hoogleraar in de Encyclopedie tot de Rechtswetenschap en informaticarecht, Prof. Mr. H. Franken, telde negen leden met een diverse achtergrond lopend van het staatsrecht tot de stimulering van culturele producties en de politie,^[2] en werd gesecondeerd door twee ambtelijke secretarissen en vier ambtelijke adjunct-secretarissen tezamen verbonden aan vier verschillende departementen.^[3] Zij werd ingesteld nadat er in de Tweede en Eerste Kamer een principieel verschil van mening was ontstaan met de regering over het wetsontwerp tot wijziging van artikel 13 Gw, omdat daarbij door de regering onvoldoende zekerheid kon worden geboden dat e-mail voortaan onder het briefgeheim zou vallen.^[4] De Eerste Kamer drong aan op het instellen van een studiec commissie en dat is dan deze Commissie geworden.

Het rapport bedraagt inclusief bijlagen 340 pagina’s, de studiebijlage 255 pagina’s. Het rapport heeft een zilverkeurig kaft met zilverkleurige nullen en enen als achtergrond witte titelletters op het omslag, moeilijk leesbare paginanummers van witte nummers op een zilverkleurig fond op een ongebruikelijke plaats aan de zijkant van de pagina’s, moeilijk leesbare wetteksten van witte letters in een zilverkleurig kader en onleesbare noten van zilveren 6 puntslettertjes op een witte pagina. Voor deze vermoedelijk door de vereniging van opticiens gesponsorde vormgeving is blijkens het colofon (zilveren 8 puntsletter op wit) een zekere studio Tennekes te Amsterdam verantwoordelijk, zoals ik met behulp van een vergrootglas heb kunnen vaststellen. De blauwe studiebijlage kent deze inconvenien ten niet.

Beperkingen opgelegd aan de Commissie

De Commissie kreeg als tijdspad opgelegd 1 mei 2000, hetgeen, zeker voor een zo grote

commissie en de moeilijkheidsgraad van het onderwerp veel te kort is. Dat zij er toch in geslaagd is om binnen dit tijdspad een rapport af te leveren dat het gehele probleemveld analyseert verdient veel lof. Datzelfde geldt voor de onder voorzitterschap van Prof. A. Koekkoek^[5] tot standgekomen studiebijlage waarin binnen een nog kortere periode een rechtsvergelijkend onderzoek is uitgevoerd naar de constituties, de relevante wetgeving en rechtspraak in Zweden, België, Frankrijk, Duitsland, de Verenigde Staten en Canada. De studiebijlage zal een blijvende waarde behouden als bronnenstudie, juist ook omdat zij verder gaat dan de grondwetsteksten.

Een tweede beperking was gelegen in de door de minister van Binnenlandse Zaken geformuleerde randvoorwaarde ‘zoveel mogelijk rekening te houden met bestaande wetgeving, bij de Staten Generaal ingediende wetsvoorstellen, aangekondigde wetsvoorstellen en naar de Staten Generaal gezonden beleidsnotities die raakvlak hebben met de taakopdracht van de Commissie’. Veelvuldig verwijst de Commissie ter ondersteuning van een argument dat juist kritische beoordeling of weerlegging van node had naar bestaande wetgeving.

Een derde beperking was gelegen in de interdepartementale verankering van de Commissie waarvan de sporen in het rapport waarneembaar zijn. De discussie over het door de regering voorgestelde artikel 13 Gw was met de Staten Generaal vrij hoog opgelopen waarbij de regering vanuit de Kamer wetenschappelijke publicaties kreeg tegengeworpen. Hoewel de Commissie op verschillende plaatsen open in discussie gaat met de wetenschap, treffen wij in het deel van het rapport dat over artikel 13 Gw handelt een toelichting aan die er op lijkt dat het betrokken departement alsnog ‘zijn gelijk wil halen’. Op pagina 160 van het rapport is dan plotseling sprake van ‘enkele scribenten’ die een destijds van de regering afwijkend standpunt vertolkten. Als geheel klinkt in dit deel van het rapport een zacht tandengeknars door. Het door de Commissie voorgestelde artikel 13 wijkt niet substantieel af van het door de Kamers verworpen voorstel, terwijl de analyse in de toelichting de onbevangenheid mist die nodig is om een eerder voorstel nog eens kritisch te bekijken. Daarbij worden latere publicaties van ‘enkele scribenten’ gemist of onvolledig behandeld, laat staan weerlegd.^[6]

Beperkingen die de Commissie zich heeft opgelegd

De Commissie behandelt in paragraaf 3.2 een aantal kenmerken van de grondwet die zij sober, open, codificerend, moeilijk veranderbaar en niet door de rechter te toetsen noemt. Alleen op het punt van de rechterlijke toetsing die de Nederlandse Grondwet in artikel 120 verbiedt kiest de Commissie in de grootst mogelijke meerderheid partij voor de opheffing van dit verbod. Het is immers door dit toetsingsverbod dat de Grondwet zich in het Nederlandse staatsbestel onvoldoende heeft ontwikkeld tot een open systeem van fundamentele normen, zoals bijvoorbeeld de Amerikaanse Constitutie die door de Amerikaanse hoogste rechter steeds aan de eisen van de tijd is uitgelegd en zoals bijvoorbeeld het EVRM dat door het EHRM telkens in het licht van de nieuwe maatschappelijke en technische ontwikkelingen wordt toegepast. Het is zelfs de vraag of wij een discussie over de noodzaak van ‘technologie neutrale’ grondrechten zouden hebben gehad als zich een constitutionele rechtspraak zou hebben kunnen vormen. Nu is die functie in de rechtspraktijk overgenomen door het EVRM, omdat in het Nederlandse monistische stelsel de Nederlandse rechter verplicht is directwerkend verdragsrecht toe te passen. Daardoor is de ‘verspreidingsjurisprudentie’ die de Nederlandse rechter onder artikel 7 Gw heeft gevormd (waarover hierna) goeddeels door artikel 10 EVRM ingehaald.

Juist nu de Commissie voor rechterlijke toetsing kiest is het merkwaardig dat zij zich overigens terughoudend opstelt en zich verschuilt achter de ‘soberheid’ en relatieve ‘onveranderbaarheid’

van de Grondwet. Zo wijst de Commissie de opneming in de Gw af van het criterium uit het EVRM dat beperkingen van grondrechten slechts zijn toegestaan voor zover die beperkingen ‘noodzakelijk zijn in een democratische samenleving’, omdat daarvan een verkeerde ‘uitstraling’ op de andere niet gewijzigde grondrechten zou uitgaan (p. 55-56). De opvatting van de Commissie dat dat onduidelijkheid zou geven naar andere niet gewijzigde grondrechten en naar de relatie tot de Europese norm is niet erg overtuigend, omdat het eerste is te ondervangen door een algemeen artikel met betrekking tot beperkingen op te nemen en de tweede opvatting miskent dat de verdragsstaten de vrijheid hebben (in wisselende graden van beleidsvrijheid al naar gelang de ‘margin of appreciation’ die het Hof hanteert) zelf de inhoud van deze norm te bepalen. Dat het een nietszeggende norm zou zijn, zoals de voorzitter van de Commissie in de Staatscourant mededeelt,^[7] mag de heersende opvatting in ambtelijk Den Haag zijn, maar is geen juiste weergave van de jurisprudentie van het Hof. De studiec commissie van de Vereniging voor Media en Communicatierecht stelt in haar advies van eind vorig jaar het opnemen van een materiële norm voor (kader 3).

De Commissie heeft zich nog een andere beperking opgelegd door af te zien van het opnemen van beperkingsdoelinden, zoals die wel, en op goede gronden in het EVRM zijn opgenomen.^[8] Tijdens de door de Commissie georganiseerde workshop was de meerderheid van de daar aanwezige deskundigen van oordeel dat overneming van de doelcriteria van het EVRM verreweg de beste oplossing was (rapport, p.102). Ook het in kader 4 opgenomen voorstel beval dit aan.^[9] Onder verwijzing naar een niet gepubliceerde internetdiscussie met niet nader genoemde deskundigen worden deze ‘rubber paragraphs’ afgewezen. Vreemd genoeg maakt de Commissie dan de keuze dat de wetgever niet aan het noodzakelijkheidscriterium, maar –waar het de verspreiding betreft- aan enige geselecteerde doelcriteria, te weten: de openbare orde, de volksgezondheid en de veiligheid.

De Gw artikelen: algemene afbakeningsvraagstukken

Inleiding

De Commissie heeft een aantal grondrechten onderzocht, waarbij de artikelen 7 Gw (vrijheid van meningsuiting), 10 (privacy) en 13 Gw (het brief en telefoongeheim) het piéce de résistance vormen. Daarnaast heeft zij aanbevelingen gedaan over een nieuw openbaarheidsartikel en ook enige andere grondrechtartikelen op tijdsbestendigheid getoetst. Ik zal niet alle beschouwingen van de Commissie bespreken, maar mij concentreren op de artikelen 7 en 13 (mede in relatie tot 10). Wat de Commissie schrijft over openbaarheid kan slechts met instemming worden begroet, maar leidt niet tot een substantiële verandering van de Gw.

Openbare en niet openbare communicatie door middel van communicatiemiddelen

De Commissie staat in paragraaf 3.5.2 uitvoerig stil bij de convergentie van de (tele)communicatiemiddelen, kortgezegd hier op neerkomende, dat de telecommunicatiemiddelen steeds meer een multifunctioneel gebruik kennen waardoor openbare en privé vormen van communicatie, beeld, geluid en data door elkaar lopen. Het EHRM heeft in de (niet door de Commissie besproken) Autronic en Groppera-arresten de toegang tot de elektronische communicatiemiddelen expliciet onder de bescherming van artikel 10 lid 1 EVRM gebracht en de ongeclausuleerde verwijzing naar een vergunningstelsel in het eerste lid aan een nauwkeurige noodzakelijkheidstest onderworpen.^[10] In het wel door de Commissie besproken Antelecomarrest van de Hoge Raad^[11] heeft de Raad de toegang tot de telecommunicatie-infrastructuur voor telefoondiensten aan artikel 10 EVRM getoetst met het argument dat de verschillende soorten communicatie niet meer zijn te onderscheiden. Men zou dus verwachten

dat de Commissie de convergentie (toch wel bij uitstek het vraagstuk van het 'digitale tijdperk') aangrijpt door een aantal algemene toegangsnormen te ontwikkelen. Er is wel gesuggereerd dat de toegang tot de communicatiemiddelen begrepen zou kunnen worden in het 'verspreidingsrecht'^[12], maar ik ben met de studiec commissie van de VMC van oordeel dat het verspreidingsrecht dat aan het begin van de 20e eeuw door de HR is ontwikkeld tot het papieren tijdperk behoort: het gaat primair over uitdelen van pamfletten en opplakken van teksten.^[13] Ik heb zelf een voorstel geformuleerd (zie kader 4) dat ook door de Commissie wordt besproken. Het gaat mij dan niet zozeer om het feit dat de Commissie dat voorstel niet heeft overgenomen (het was niet als een voorstel van wetgeving als een model voor de discussie bedoeld), als wel om de mistige (to put it mildly) argumentatie die de Commissie hanteert. Ik citeer enkele vlagen uit deze mistbank in het rapport (p. 66 en 67):

'Het moge juist zijn dat het verdeelvraagstuk dat uit de technische schaarste van communicatiemiddelen voortvloeit zich zowel voordoet bij openbare als niet-openbare communicatie, maar dat ziet er aan voorbij dat het verdeelvraagstuk in grondwettelijk perspectief alleen relevant is in relatie tot de vrijheid van meningsuiting (...). Technische schaarste bij besloten communicatie is in grondwettelijk opzicht niet relevant. Frequentieschaarste bij bijvoorbeeld telecommunicatie geeft weliswaar een verdeelvraagstuk, maar bij dat vraagstuk speelt het telefoongeheim geen rol.'

Dat was evenwel niet de vraag. Communicatiemiddelen kunnen voor alle mogelijke vormen worden gebruikt 'in deze turbulente tijden' (rapport, p. 153). Toegang tot die middelen is een essentiële voorwaarde voor de openbare communicatie en de communicatie tussen de burgers onderling en daarom achtte de HR artikel 10 EVRM op die toegangsvraag van toepassing. Die toegang kan maar in een beperkt aantal gevallen worden beperkt, namelijk wanneer er technische schaarste te verdelen valt zoals bij frequenties of wanneer economisch dominante machtsposities moeten worden gereguleerd en mijns inziens moet een constitutie in de 21e eeuw daarover een uitspraak doen (zie het derde lid van de tekst in kader 4). De relatie tussen de economische orde en de orde van de grondrechten wordt steeds pregnanter, zoals Mortelmans onlangs aan de orde stelde.^[14]

De Commissie had in dit opzicht lering kunnen trekken uit de door de studiegroep aangereikte buitenlandse wetteksten. De Franse wet 'relative à la liberté de la communication' bepaalt in artikel 1: 'L'établissement et l'emploi des installations de télécommunications sont libres'^[15]. De voorzitter van de Commissie verklaarde in de Staatscourant dat de commissie de grondwetsartikelen wilde laten aanvangen met een 'klarenstoot'.^[16] Mij dunkt dat die Franse tekst zo'n stoot is. In plaats daarvan: een nevelige stilte. Hierna zal ik laten zien dat het ook tot merkwaardige inconsistenties in het voorgestelde artikel 7 leidt.

Een voorbeeld dat illustreert dat dit tot wonderlijke resultaten leidt vormt de opmerking van de Commissie dat het actief storen van vertrouwelijke communicatie een inbreuk op dat recht vormt. Zij meent terecht dat de bevoegdheid die de minister van Verkeer & Waterstaat in artikel 3.10 Telecommunicatiewet krijgt om delen van een GSM net plat te leggen exorbitant is en aan rechterlijke controle moet worden onderworpen, omdat het om een inbreuk op de vertrouwelijke communicatie gaat (rapport, p. 168). Waarom zou dat niet ook gelden voor netten waarmee (semi) openbare communicatie wordt bedreven? Bij een meer integrale aanpak had die vraag toch ook bij openbare media gesteld moeten worden?

Privacy en andere privacyrechten (communicatiegeheim, persoonsgegevens, lichaam, huis)

In onze grondwet worden de verschillende aspecten van privacy onderscheiden: de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 Gw), de integriteit van het lichaam (artikel 11 Gw), het huisrecht (artikel

12 Gw), het communicatiegeheim (artikel 13 Gw). De Commissie ziet alleen aanleiding voor artikel 13 Gw een wijzigingsvoorstel te doen. Dit voorstel heeft tot gevolg dat de communicatie die in de persoonlijke levenssfeer plaatsvindt uit het recht op de persoonlijke levenssfeer wordt gelicht en tezamen met het telefoongeheim als een afzonderlijk grondrecht wordt behandeld. Deze ongebruikelijke manoeuvre die geen recht doet aan het historisch gegroeide en de vergelijkbare beschermingen in de bestudeerde buitenlandse constituties, waar de Commissie overigens zo gevoelig voor is, leidt tot allerlei complicaties bij de afbakening van artikel 10 en artikel 13. Want wanneer is iets een vertrouwelijke communicatie? Waarom zou bij computerbestandonderzoek op afstand, het volgen van het inloggedrag op internet, het filmen van gedrag in de privé-sfeer, om maar een paar voorbeelden te noemen, een ander beperkingsregime moeten gelden dat bij het afluisteren van gesprekken in de woning? Ik mis in het rapport een visie op de onderlinge samenhang tussen deze artikelen in het licht van 'deze turbulente tijden'. De woning is een glazen huis geworden waar zich allerlei op afstand toegankelijke elektronische informatiebestanden bevinden en waarvan de muren door nieuwe informatietechnieken transparant zijn geworden. Het communicatiegeheim dat ziet op getransporteerde gegevens gaat moeiteloos over in het opslaan van gegevens (de e-mailbox, de voice mail) in de privé-sfeer of in de sfeer van derden. De integriteit van het lichaam heeft in toenemende mate betrekking op persoonsgegevens (DNA, biometrie). Naar mijn mening vergeet dat een integrale aanpak van de grondrechten die de privé-sfeer beschermen. Ook op dit punt geen klarenstoten.

Horizontale werking

Bij alle artikelen wordt ingegaan op de werking van de grondrechten tussen burgers, in deze geprivatiseerde samenleving een steeds belangrijker onderwerp. De Commissie behandelt dit onderwerp bij de analyse terecht, maar doet er verder weinig mee. Zo missen wij een gedegen verantwoording hoe de inhoud van de grondrechten in geprivatiseerde verhoudingen kan worden gewaarborgd. Ik geef een paar voorbeelden. Iedereen roept dat het Internet geschikt is voor zelfregulering. Dat heeft voor – en nadelen. Inmiddels is er een Internet Content Rating Society (ICRA) opgericht die met behulp van steeds verfijndere filtertechnieken ratings voor zwarte lijsten voor inhoud opzet (niet sex naakt, wel medisch naakt, maar ook met betrekking tot onderwerpen die met de goede zeden niets te maken hebben). De ICRA wordt ondersteund door de Europese Commissie. Deze filtertechnieken gekoppeld aan geselecteerde zwarte lijst onderwerpen kunnen worden toegepast bij browsers of door servers van dienstenaanbieders (bibliotheken, internetcafés), die alleen nog maar 'rated pages' doorgeven zonder dat de gebruiker er enige weet van heeft. In het Verenigd Koninkrijk is een Internet Watch Foundation (IWF) werkzaam die met succes haar invloed aanwendt om webpagina's van servers te doen verwijderen zonder dat de gebruiker daar iets tegen kan doen. De IWF heeft ook voor de Europese Commissie een rapport opgesteld.^[17] Het gaat dus om door de overheid toegelaten en zelfs gestimuleerde geprivatiseerde censuur. Voor het briefgeheim geldt hetzelfde. E –mail verkeer binnen organisaties wordt op grote schaal gemonitord. De telecommunicatiebranche is op grote schaal geprivatiseerd. Hoe brief – en telefoongeheim van de gebruikers binnen deze verhoudingen nog zijn gewaarborgd is vrijwel geheel overgelaten aan de contractsvrijheid.

Het is een van de alarmerende ontwikkelingen van de elektronische informatiemaatschappij waar een Commissie Digitale Grondrechten een constitutioneel antwoord op had moeten formuleren. De Commissie neemt daarover wel een standpunt in bij artikel 13, maar bij artikel 7 Gw op een onduidelijke manier. Blijkens pagina 105 van het rapport is zij zich wel bewust geweest van de nieuwe manipulatiemogelijkheden door het inbouwen van filters, maar dit inzicht wordt niet aangewend voor een grondwettelijke opdracht aan de wetgever censuur in private verhoudingen tegen te gaan. Het voorgestelde vierde lid van artikel 7 gaat eigenlijk alleen over meer

overheidscontrole.

De afzonderlijke artikelen en de voorstellen van de Commissie (voor de oude en nieuwe tekst zie kaders 1 en 2)

Artikel 7

De Commissie adviseert terecht af te stappen van de eigenaardige media gebonden structuur van artikel 7 en het artikel te laten openen met een positieve niet technische formulering van het grondrecht. Ook wordt de uitsluiting van de grondwettelijke bescherming van de reclame terecht opgeheven. Bij nadere beluistering van deze klarenstoot missen wij toch die noten, die de melodie van het VMC- voorstel zo veel welluidender maken (kader 3). Zo ontbreekt de (nieuws)garingsvrijheid omdat het veld te onoverzichtelijk zou zijn voor een regeling op grondwettelijk niveau (p. 98 van het rapport). Hoeveel fraaier is artikel 5 van de Duitse grondwet die zich bij het studiemateriaal van de Commissie bevond: 'Jeder hat das recht sein Meinung in Wort, Schrift und Bild zu äusseren und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten.'

Artikel 7 eerste lid bezigt de termen 'openbaren' en 'verspreiden' waarmee beoogd wil zijn de verspreidingsjurisprudentie van de HR te sauveren. Deze jurisprudentie, hiervoor reeds kort aangeduid, is een onderscheid gaan maken tussen het 'openbaren' van een mening en het daarvan afgeleide (in het jargon: connexe) recht van 'verspreiden'. Het eerste kon alleen door de formele wetgever worden beperkt (drukkersdelicten), het tweede ook door lagere regelgevers (plakverboden). Daarmee konden de gemeenten bij verordening optreden tegen plakken en pamfletten uitdelen, zolang een zelfstandig verspreidingsmiddel maar niet geheel gefrustreerd werd. Er moest binnen de gemeente dus altijd een muurtje om te plakken overblijven. Deze jurisprudentie was gebaseerd op artikel 7 Gw lid 1 en dus typisch drukkpersjurisprudentie. Het leerstuk van het verspreidingsmiddel met zelfstandige betekenis werd bovendien ingehaald door de algemene noodzakelijkheidstoets van artikel 10 lid 2.^[18] Bij verspreiding van elektronische signalen speelde het geen rol. De gemeentelijke antenneverboden werden getoetst aan artikel 10 lid 2 EVRM. De Commissie licht nu beide begrippen uit de drukkperscontext) en gebruikt ze als algemeen aanknopingspunt voor de systematiek van de beperkingen in de voorgestelde leden twee en drie. Maar die begrippen passen niet in een elektronische omgeving, net zo min als openbaarmaken en verveelvoudigen uit het auteursrecht.^[19] De Commissie heeft met dit probleem geworsteld, daartoe haar toevlucht nemend tot een teder gekoesterd voorbeeld uit het staatsrecht: de geluidswagen. De geluidswagen komt als middel van verspreiding van gedachten bij mijn weten alleen nog in derde wereld landen voor. In onze digitale delta hoor ik het gegalm tegen de gevels sporadisch, eenmaal in de maand als de chemocar rondtoert dat iedereen zijn chemisch afval op de hoek van de straat moet komen inleveren. Welnu, de geluidswagen is een samenvaal van openbaarmaking (het getoeter door de microfoon) en verspreiding (hij rijdt). Maar het gaat niet alleen om staatsrechtelijke folklore want de Commissie zet het internet op een lijn met de geluidswagen. Het loont de moeite de Commissie hier zelf aan het woord te laten naar aanleiding van de kritiek van de VMC-Commissie dat het onderscheid gekunsteld is (rapport, p. 96):

'De Commissie realiseert zich dat het onderscheid tussen openbaarmaken en verspreiden niet altijd even scherp is en dat er vaak geen sprake is van twee activiteiten, maar van een samenvaal van twee momenten. Zo kan van een dergelijke samenvaal sprake zijn bij een medium als internet. In de 'off line' world kan gedacht worden aan een rijdende geluidswagen door de stad.'

Het draait nu om het tweede lid. Daar staat dat de openbaarmaking alleen kan worden beperkt 'bij wet' en geen voorafgaand verlot mag inhouden. 'Verspreiden' en 'ontvangen' daarentegen mogen krachtens de wet (dus bijvoorbeeld bij verordening mits de gedelegeerde wetgevende bevoegdheid steunt op een formele wet) worden beperkt in het belang van de openbare orde mits die beperking maar niet betrekking heeft op de inhoud van de denkbeelden. En er mag wel de eis van een voorafgaand verlot voor verspreiden en ontvangen worden opgenomen. Bij openbare orde denkt de Commissie (rapport, p. 110) aan het oude 'openbare orde' begrip van de verspreidingsjurisprudentie: 'de beveiliging van het verkeer, het voorkomen van wanordelijkheden, het handhaven van de nachtelijke rust in de nachtelijke uren en de bescherming van het stadsaanzicht en het landschapsschoon.' Met die passage over de geluidswagen nog in het geheugen vragen wij ons af wat dit voor het internet betekent. Het rapport zegt er op pagina 110 dit over:

'Zoals hiervoor reeds ter sprake kwam, kan bij een samenval van het openbaren en verspreiden van informatie onder meer worden gedacht aan het rijden van een geluidswagen of het plaatsen van een home page op het internet. Op grond van bovenstaand voorstel bestaat zowel voor de formele wetgever als de lagere wetgever geen bevoegdheid de meningsuiting via internet aan een voorafgaand verlot te verbinden. Het belang van de openbare orde heeft immers betrekking op de fysieke ruimte, terwijl bovendien voorafgaand verlot niet op de inhoud van de uiting betrekking kan hebben'.

Wat betekent dit nu precies? Ik heb geprobeerd de consequenties te doordenken:

- Wat zegt artikel 7 in lid 2 nu precies over oprichting van elektronische communicatiemiddelen? Voor de drukpers gold in het oude artikel 7 Gw dat het verbod van voorafgaande verlot bij openbaren inhield dat er geen vergunningen mochten worden verlangd voor het oprichten van ondernemingen met betrekking tot 'drukkersproducten' (drukkerijen, uitgeverijen, leesbibliotheken). Door de samenval van openbaarmaken en verspreiden bij elektronische middelen is het verspreidingsregime mede van toepassing en kan er een voorafgaand verlot worden geëist. De inhoudelijke beperkingsgrond heeft echter betrekking op de fysieke openbare orde, waardoor de vraag rijst of door de voorgestelde regels de gehele telecommunicatiewetgeving niet in de lucht is komen te hangen. En wat is de consequentie als het openbare orde begrip toch wordt opgerekt?
- Wat betekent het artikel 7 lid 2 voor de drukpers? Is een journalist een openbaarder of een verspreider? Ik weet het niet: het onderscheid tussen openbaren en verspreiden was immers gekunsteld. Dus wel een mogelijkheid het beroep van journalist aan een vergunning te binden? Naar mijn mening is dit inderdaad de gedachtengang van de Commissie (rapport, p. 92-93). Daarmee worden de verworvenheden van drukpersjurisprudentie die een vergunningstelsel voor het drukpersbedrijf en beroep ongedaan gemaakt: voortaan geldt dat alle verspreidingsmiddelen (bedrijven, beroepen) aan een vergunning kunnen worden onderworpen.
- Is er een scherpe scheiding tussen fysieke openbare orde en elektronische communicatie mogelijk? De voetbaloorlogen tussen reischoppers worden gevoed met GSM spraak- en databerichten tussen de deelnemers en de 'leiders'. Het SMS berichten verkeer via mobiele toestellen neemt een enorme vlucht. Straks komt daar het 'wappen' (mobiel internetten) bij. Al dit verkeer heeft een (semi) openbaar karakter waarbij informatie vanuit centrale openbare punten ('hooligan' webpagina's) wordt opgehaald of aldaar wordt achtergelaten en via grote groepen wordt verspreid. Het gebruik kan enorme consequenties hebben voor de fysieke openbare orde, dus waarom zouden plaatselijke overheden niet vergunningstelsels voor het gebruik kunnen invoeren om het gebruik op

bepaalde tijden en plaatsen te beperken? Uit pagina 93 van het rapport leid ik af dat de Commissie hier zonder veel omhaal kiest voor meer overheidsmacht.

Er is nog wel meer over deze bepalingen te zeggen, maar thans wordt het tijd de aandacht op het vierde lid te richten. Daar staat dat bij de wet regels kunnen worden gesteld over ‘publieke mediadiensten’ en dat daarbij algemene regels kunnen worden gesteld aan de algemene aard van de informatie die door deze diensten aan het publiek worden verspreid. In de toelichting (p. 113) lezen wij dat met ‘publieke mediadiensten’ wordt bedoeld op voor het publiek toegankelijke diensten, dus op alle openbare media. Laten wij de Commissie andermaal aan het woord:

‘Bij regels omtrent pluriformiteit kan bijvoorbeeld worden gedacht aan invoering van een vergunningstelsel voor een bepaald soort mediadienst, waarbij vooraf in algemene zin wordt getoetst op eisen met betrekking tot de pluriformiteit van informatie die door middel van de publieke mediadiensten naar buiten wordt gebracht. In de huidige Mediawet is momenteel reeds voor publieke omroepinstellingen een zodanig stelsel neergelegd. Ook het stellen bij algemene maatregel van bestuur van voorschriften over de pluriformiteit van de informatie die via publieke mediadiensten naar buiten wordt gebracht, behoort tot de mogelijkheden.’

De lezer denkt eerst: Er staat niet wat er staat. Maar het staat er wel. De centrale overheid assumeert hier de bevoegdheid om voor *alle* media, of die nu subsidie ontvangen of niet, regels met betrekking tot de algemene inhoud te stellen, inclusief vergunningstelsels. Er hebben stormen gewoed in de perswereld over de ongrondwettigheid van publiekrechtelijke regelingen en persfusiecontrole regelingen^[20]. De regels met betrekking tot de omroep worden steeds meer beperkt tot de publieke omroep (dus alleen de door de overheid gesubsidieerde omroep). Hoe kan het dat deze Commissie met dit voorstel komt? De Commissie heeft klaarblijkelijk niet ingezien dat de vergunningsregel voor de omroep de uitzondering op de hoofdregel is dat voorafgaand verlot niet is toegestaan. Die uitzondering is men meer en meer gaan zien als een vergunning die betrekking heeft op de schaarste aan technische middelen en waarvan de uitoefening door de overheid aan strenge mededingingsnormen moet worden getoetst.

Artikel 10 en 13

Het privacy artikel uit de Gw ondergaat geen ingrijpende wijziging. Het gaat mij hier vooral om de verhouding tussen artikel 10 en 13. Ik zal daarom met artikel 13 beginnen en vanuit dat perspectief aangeven wat de verandering inhoudt.^[21]

De Commissie heeft klaarblijkelijk gedacht dat artikel 13, net als artikel 7, moest beginnen met een niet technische formulering van de inhoud van het recht en dat is geworden: ‘Iedereen heeft het recht om vertrouwelijk te communiceren’. Zoals ik hierna, kort zal uiteenzetten gaat mijn voorkeur uit naar een andere klarenstoot, bijvoorbeeld artikel 10 van de Duitse grondwet: ‘Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich’. Van mij zou het mogen zijn: Het briefgeheim en het telecommunicatiegeheim zijn onschendbaar. Dat pakt de papieren en alle vormen van elektronische overdracht en reserveert de eigen aard van het oude briefgeheim. Mijn bezwaren tegen de voorstellen van de Commissie laten zich als volgt samenvatten:

- Het telecommunicatiegeheim wordt ten onrechte op een lijn gesteld met het ‘live gesprek’, waarmee bedoeld wordt op het gesprek dat zonder technische hulpmiddelen wordt gevoerd (de Commissie – rapport p. 153- spreekt ook wel van ‘directe’ en ‘indirecte’ communicatie; ik vind de termen verwarrend, maar laat dat voor wat het is). Het post – en telecommunicatiegeheim gaan over geadresseerde gegevens die de zorg van derden worden toevertrouwd om deze op een aangegeven adres te bezorgen. Het

geheim beoogt te verzekeren dat de geheimhouding van het begin tot het einde van de transportdienst is gegarandeerd en heeft op zichzelf niets met de aard van de geadresseerde communicatie te maken: het is het *geobjectiveerd geheim* van de transporteur, hetgeen iets anders is dan de *geobjectiveerde wil tot geheimhouding* van de verzender, zoals de Commissie schijnt te denken. Daarom dat dit geheim als zodanig beschermd moet worden in de nationale constituties. De tekst van artikel 5 van de ISDN richtlijn is een treffende illustratie van dit principe: 'De lidstaten garanderen het vertrouwelijke karakter van oproepen via het openbare telecommunicatie netwerk en openbare telecommunicatiediensten'. Het gaat dus om het vertrouwelijke karakter van het *netwerk* en *de dienst*. De netwerk en dienstenaanbieder moeten de maatregelen nemen om de privacy veilig te stellen. Bij het 'live gesprek' zijn dat de gespreksdeelnemers zelf. Je kunt zelfs volhouden dat de voorgestelde bepaling een ontoereikende implementatie van artikel 5 van de ISDN richtlijn is.

- Het op een lijn stellen van het telecommunicatiegeheim met het gesprek in de privé-sfeer leidt tot allerlei afbakeningsvraagstukken. Ik verwijs naar hetgeen ik hiervoor opmerkte.
- Het criterium dat de Commissie voor 'vertrouwelijke communicatie' bezigt leidt tot rechtsonzekerheid, omdat de Commissie daarvoor uitgaat van een aan feiten en omstandigheden gekoppeld verwachtingspatroon van de deelnemers aan de communicatie, de zogenaamde 'reasonable expectation of privacy' (rapport, p. 163). Daarbij noemt de Commissie drie verschillende criteria, te weten de aard van het kanaal (beloten), adressering, de aard van de communicatie (gesloten envelop, encryptie, opschiften als 'vertrouwelijk'). De Commissie vermeldt niet welke omstandigheden voor het 'live gesprek' bepalend zijn voor de vertrouwelijkheid. In verband met dit verwachtingspatroon komt ook weer de geijkte briefkaart te voorschijn die niet onder het briefgeheim zou vallen. Dat is onjuist, omdat voor het lezen van de briefkaart door postsorteerder of besteller al een hindernis moet worden genomen die buiten de normale verrichting van de vertrouwelijke dienst valt: hij of zij heeft immers alleen het adres te lezen.^[22] Ik zie ook niet in waarom de briefkaarten zonder rechterlijke last naar het Openbaar Ministerie zouden mogen worden doorgezonden.
- Een controverse die is gebleven zijn de zogenaamde 'verkeersgegevens', dat zijn de gegevens die tijdens het transport worden gegenereerd of locatiegegevens (waar bevindt zich het GSM toestel). De Commissie plaatst deze, anders dan het EHRM buiten de bescherming van het communicatiegeheim (rapport, p. 159). De Commissie stelt dat deze gegevens beschermd worden door artikel 10 Gw. Daarover twee opmerkingen. Het is maar zeer de vraag of verkeersgegevens altijd kunnen worden aangemerkt als persoonsgegevens in de zin van artikel Gw.^[23] Het zijn immers vaak alleen gegevens over data en tijdstippen van gegevensuitwisseling tussen twee randapparaten of locatiegegevens van een mobiel randapparaat. De tweede opmerking betreft het feit dat het beschermingsniveau van het communicatiegeheim en de op artikel 10 gebaseerde regelingen niet hetzelfde is. Dit is een plaats in het rapport waar niet verder wordt gediscussieerd, maar verwezen wordt naar de soepele praktijk die zich heeft gevormd onder bestaande wetgeving (waar de Commissie blijkens haar opdracht immers aan gebonden was) waarbij de opsporingsautoriteiten gemakkelijk aan deze gegevens kunnen komen.

Een verbetering is het feit dat de Commissie voorstelt om, in navolging van de Duitse grondwet, de notificatieplicht in het tweede lid op te nemen. Voorts wordt de eis van de rechterlijke last nu in het algemeen gesteld. De notificatieplicht houdt in dat iemand die wordt afgeluisterd daar zo spoedig mogelijk van in kennis moet worden gesteld. Toch neemt het voorgestelde derde lid een uitzonderingsbevoegdheid op ten behoeve van de nationale veiligheid (lees: de Binnenlandse Veiligheid Dienst), waarmee zij verder gaat dan de Duitse grondwet die de uitoefening van de

uitzonderingsbevoegdheid onder politieke controle plaatst en ook verder gaat dan het EHRM die ten minste deze controle verlangt.^[24] De Commissie neemt hier het door de regering tijdens de behandeling van de grondwetswijziging verdedigde, in de literatuur bestreden standpunt, zonder enige motivering over (rapport, p. 157). Er staat gewoon: ‘Deze uitzondering is conform de eerder genoemde jurisprudentie van het EHRM.’

De notificatieplicht wordt in de opzet van de Commissie ook uitgebreid tot het afluisteren in de privé-sfeer. Dat is zeker een verbetering. Zoals ik hiervoor heb uiteengezet is deze verhoogde rechtsbescherming mijns inziens uit te breiden tot alle ingrijpende inbreuken in de privé-sfeer waarbij het individu in verband met een opsporingsonderzoek of een onderzoek verbandhoudende met de nationale veiligheid in zijn of haar doen en laten wordt bespied. De Zweedse grondwet neemt dat als afzonderlijke categorie onder het privacyrecht op. Naar mijn mening zou artikel 10 op dit punt moeten worden aangepast.

Conclusie

Ik heb het rapport niet in extenso beproven en daarom onvoldoende recht kunnen doen aan de interessante beschouwingen over privacy en openbaarheid die het ook bevat. Ik heb mij moeten concentreren op de belangrijke artikelen 7 en 13 (in relatie tot 10). Ook op dit punt is het rapport, tezamen met de studiebijlage, het lezen zeer waard hoewel ik de keuzen die de Commissie heeft gemaakt en de conclusies waartoe zij is gekomen met kracht bestrijd. Het rapport laat zien hoe ingewikkeld het probleem is en hoe moeilijk het is om technologie-onafhankelijke normen te ontwikkelen. Het rapport bevat ook veel waaruit blijkt dat de Commissie zich duidelijk bewust is geweest van de gevaren en mogelijkheden van de nieuwe informatietechnologie. Niettemin is de relatie tussen beschouwingen over dit onderwerp en voorgestelde wetteksten niet altijd duidelijk aanwezig en soms tegengesteld, in die zin dat de tekst niet aansluit op de beschouwingen.

Een belangrijke verbetering is dat de inhoud van de verschillende grondrechten nu in de grondwet is opgenomen. Onjuist acht ik dat het telefoongeheim en de communicatie in de privé-sfeer (‘het gesprek’) grondrechtelijk op een lijn worden gesteld. Het gaat om grondrechten die verschillende aspecten van de privacy beschermen: in het eerste geval de vertrouwelijkheid van de telecommunicatiedienst, in het tweede geval de vertrouwelijkheid van de privé-communicatie. Onjuist vind ik ook dat de Commissie de oprichting en exploitatie van de (multifunctionele) communicatiemiddelen niet in een afzonderlijke regel heeft willen vastleggen, temeer daar dit door de regeling van de verspreidings- en ontvangstvrijheid in artikel 7 lid 2 tot ingewikkelde interpretatievragen leidt. Onjuist vind ik in dit verband ook dat de Commissie een fundamentele discussie over de verhouding tussen de orde van de informatiegrondrechten en de economische orde uit de weg is gegaan. Zeer verwarrend vind ik de overplanting van de openbaarmaking en verspreidingscriteria uit de drukpersjurisprudentie naar een algemeen kader. Als denkexercitie vind ik het interessant omdat het aantoont dat ‘technologieneutraal’ ook niet alles is, maar de resultaten leiden tot grote rechtsonzekerheid. Het voorgestelde vierde lid van artikel 7 vind ik absoluut onaanvaardbaar, niet zozeer omdat de ‘status aparte’ van de omroep wordt opgeheven als wel omdat daarmee de weg wordt bereid naar de oprichting van een alles omvattend omroepbestel voor alle media. Dit voorstel wordt overigens in de toelichting geplaveid met goede bedoelingen, maar het leidt niettemin in de voorgestelde tekst tot een draconisch eindresultaat.

De controverse over het object van het telecommunicatiegeheim (vallen ook de

verkeersgegevens er onder?) en de beperking ten behoeve van de nationale veiligheidsdiensten is gebleven. De Commissie brengt de discussie hierover ook niet veel verder. De Commissie mist een kans om een integrale beschermingslaag om de privé-sfeer heen te leggen om deze tegen alle mogelijke vormen van (elektronische of optische) inbreuk te beschermen. In het rapport mis ik ook een integrale aanpak van de problematiek van de horizontalisering van de gezagsverhoudingen: wel bij artikel 13 maar niet bij artikel 7.

Het rapport is een interessante en geconcentreerde bijdrage aan het debat, maar het verschaft de regering niet het instrumentarium een probleemloos voorstel aan de Tweede Kamer te doen. Als de regering deze voorstellen ongewijzigd overneemt heeft zij er ten opzichte van het vorige ontwerp alleen maar een aantal problemen bij gekregen. Dat de Commissie, na de parlementaire discussie die tot haar instelling heeft geleid, het risico heeft genomen om een voorzienbaar controversieel voorstel te doen begrijp ik overigens niet.