



De Grondwet in de Informatiemaatschappij

Bestaan er techniek-onafhankelijke informatiegrondrechten?

verschenen in: *Grondwet in beeld*, 1998

door **Prof. mr. E.J. Dommering** ^[1]

I. De grondwet en de communicatieprocessen in de samenleving

De Staat is een entiteit die een rol speelt in de sociale, politieke en culturele gemeenschap van de burgers en de markt waarop burgers handelen. Vanuit het perspectief van de communicatie gaat het daarbij om openbare en om privé communicatie. Bij openbare communicatie denken wij aan die van de burgers onderling, de burgers ten opzichte van de staat en de staat ten opzichte van de burgers. In de categorie van de sociale (enz.) communicatie zijn dat bijvoorbeeld het vrije openbare debat en de openbaarheid van bestuur. De openbare communicatie op de markt ziet op reclame, maar ook (en in de informatiesamenleving vooral!) op de verhandeling van informatie. De privécommunicatie gaat over het gesprek in huis, op straat, over de telefoon of per brief. Hier onderscheidt de sociale gemeenschap zich niet van de markt: de intimiteit van een persoonlijke relatie of de vertrouwelijk van de handelstransacties zijn in de rechtstatelijke markteconomie een even groot goed.

De Grondwet bevat over deze communicatieprocessen regels, maar niet over alle processen in gelijke mate. Met name de rol van de staat ten opzichte van de communicatieprocessen op de markt is het minst uitgewerkt.

De eerste groep regels die wij in de Grondwet aantreffen, ziet op de niet door (staats)macht gehinderde vrije communicatie van de burgers. Dat gaat dus over de klassieke grondrechten en de onthoudingsplicht van de overheid^[2]. Ik reken tot de 'informatie-grondrechten' de artikelen 7 (de drukpers, etc., of meer abstract: openbare communicatie) en 13 (het briefgeheim, etc., of meer abstract: informatie-transport). Verenigen, vergaderen en betogen (8 en 9 Gw.) gaat gepaard met veel (luide) communicatie, maar dat is een afgeleide van het hoofddoel: het samenkomen en organiseren van groepen mensen. Van de drie ligt het betogen nog het dichtst bij artikel 7, omdat betogen niet alleen bestaat uit samenkomen, maar ook kan worden opgevat als een openbare, symbolische communicatiehandeling. In het dichotomische, juridische denken, waarin uit de verschillende kenmerken van handelingen telkens gekozen moet worden om de handeling onder het ene of het andere rechtsbegrip te brengen, heeft die overloop tussen communicatie en handelen, tussen artikel 7 of artikel 9, voor de gebruikelijke scholastiek gezorgd. Ik roep de 'flower power' jurisprudentie uit de jaren zestig in herinnering waarbij werd uitgemaakt dat het meevoeren van een spandoek met de leuze 'JOHNSON MOORDENAAR' (met de latere verfijnde toevoeging uit de koker van de filosoof Delfgaauw: 'Volgens de normen van de processen van Neurenberg') door de HR onder de vrijheid van betoging - buiten de drukpersvrijheid- werd gebracht.^[3] Het recht van privacy, neergelegd in artikel 10, vormt in dit rijtje een merkwaardige categorie. Het beschermt het privéleven en dat omvat ook de communicatieve aspecten ervan. Daarom valt communicatie in de privésfeer (het al of niet met behulp van technische hulpmiddelen afluisteren of opnemen van een gesprek tussen twee personen in een kamer, op straat of bij een telefoontoestel) onder privacy. De inbreukmakende

handeling bestaat bij privacy bijna steeds uit het vastleggen en overbrengen van informatie over de persoon. De stiekem genomen foto maakt pas werkelijk inbreuk op de privésfeer als hij wordt gepubliceerd. Privacy omvat echter meer. De zoëven besproken aspecten vatten wij samen onder de noemer *relationele privacy*: het ongeautoriseerd 'ophalen' en naar buiten brengen van informatie uit de privésfeer. Een steeds belangrijker aspect van de privacy noemen wij de *informatieele privacy*. Dat gaat over het opslaan en systematisch toegankelijk maken van informatie die tot personen herleidbaar is. Dat zijn de databanken. De 20e eeuw is de eeuw van de massamedia. De 21e zal die zijn van de databanken. De Grondwet bevat op dit gebied geen materiële normen. Artikel 10 lid 2 stelt slechts veilig dat de wet regels geeft ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.

De tweede groep regels heeft betrekking op de communicatie die de overheid zelf bedrijft of die de overheid wil bevorderen. Voor de eerste categorie bevat de Gw een aantal belangrijke openbaarheidsregels. Artikel 66 stelt dat de zittingen van de Staten Generaal openbaar zijn, artikel 88 verplicht de wetgever de bekendmaking van wetten te regelen, artikel 110 vermaant de overheid bij de besluitvorming openbaarheid te betrachten, artikel 121 verzekert de openbaarheid van de zittingen en de vonnissen van de rechterlijke macht. Artikel 110 vormt de basis voor de Wet Openbaarheid van Bestuur waarmee de toegankelijkheid van de informatie die bij de overheid berust wordt geregeld.

De pendant van de openbaarheidsregels die het doen en laten van de staatsorganen raken, is die welke gaat over het kiezen van het bestuur. Artikel 53 lid 2 bepaalt dat de verkiezing van de leden van de vertegenwoordigende colleges bij geheime stemming plaatsvindt. Communicaties van de burger met de staat kunnen dus ook een geheim karakter hebben.

Een derde groep regels ziet op wat wij tegenwoordig sociale grondrechten noemen. Hiertoe zouden wij, als het gaat om de informatiemaatschappij, kunnen rekenen artikel 22 lid 3: de overheid schept voorwaarden voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en voor vrije tijdsbesteding. Dat is wel heel veel in een artikel, maar 'cultuurbeleid' vindt hier zijn grondwettelijke basis en cultuurbeleid gaat over overheidsinterventies die beogen de productie en verspreiding van bepaalde informatie te stimuleren.

Over de Staat en de markt, vinden wij weinig in de Grondwet. Gaat het over de communicatie van de burgers op de markt dan zal die over het algemeen onder het telefoon - en briefgeheim vallen. De openbare communicatie (reclame) kan geen aanspraak maken op grondwettelijke bescherming. Artikel 7 lid 4 Gw plaatst de handelsreclame buiten de bescherming van de Gw. Als het over de communicatie van de Staat met de markt gaat, bevat de Gw geen waarborgnormen. Ik denk dan aan het commerciële (her)gebruik dat wordt gemaakt van de door de overheid verzamelde informatie. De door de Commissie Cohen aangesneden problematiek (wat mag de rol van de overheid op de markt zijn) is niet in een grondwettelijke norm vastgelegd.¹⁴ Het ontbreken van deze regels zal wel een gevolg zijn van het feit dat onze grondwet geen uitspraken doet over fundamentele economische rechten (zoals vrijheid van dienstverlening) en de rol van de overheid in het algemeen in een markteconomie.

Al deze thema's zijn de moeite van een nadere analyse waard. Ik moet mij in deze bijdrage echter beperken. Ik zal mij daarom richten op de eerste groep regels, in het bijzonder de artikelen 7 en 13, hoewel artikel 10 daarbij ook in beeld komt, omdat de gegevens uit databanken zich als spaghettislierten om onze communicatieprocessen slingeren. Ik bedoel daarmee dat communicatieprocessen steeds meer privacy gevoelige gegevens genereren of met behulp van die gegevens worden gestuurd.

Voor de keuze is ook een feestelijke reden: de artikelen 7 en 13 beginnen hun geschiedenis in 1848. In deze bijdrage wil ik aan de hand van de casus van artikel 7 Gw en artikel 13 Gw laten zien hoe moeilijk het is om geschikte grondwettelijke waarborgnormen voor de openbare en geheime communicatieprocessen in onze informatiesamenleving, die steeds meer gebruik maakt van elektronische informatie, te formuleren. Artikel 7 is een historische casus, artikel 13 een recente. Wij zullen zien dat het een terugkerende worsteling met de begrippen

communicatievrijheid en communicatiemiddel is. Maar ook met een weinig doordachte visie wat de rol van de overheid in dit gebied moet zijn. En daarin zullen wij ook een samenhang met andere thema's ontdekken: wat moet de rol van de overheid zijn in de (informatie)markt? Aangezien artikel 7 Gw in de honderdvijftig jaar van haar bestaan tot een uitgewerkte jurisprudentie heeft geleid die goed illustreert wat ik hier betoog, zal ik over dit artikel iets uitvoeriger zijn.

Tot slot zal ik enige discussie voorstellen lanceren voor een aanpassing van de tekst van artikel 7 en 13, die in een nieuw artikel opgaan.

II. Artikel 7 Gw: de drukpers en niets dan de drukpers

Van 1789 naar 1848^[5]

In Nederland werd op 31 januari 1795 een 'Verklaring voor de Rechten van de Mens en van de Burger' opgesteld door de 'Provisionele Representanten van het Volk van Holland'. In de periode daarvoor had een soortgelijke omslag in het politieke denken plaatsgehad als elders in Europa.^[4] Dit zou later de Bataafse Republiek worden die formeel een einde maakte aan De Republiek der Zeven Verenigde Provinciën en het stadhouderschap van Willem V, die op 18 januari in een vissersboot een goed heenkomen had gezocht naar Engeland. De legers van de jonge Franse Republiek waren in de zuidelijke provincies voor de grote rivieren tot staan gebracht. De Revolutie kwam met de wapenen.. Maar ook met de geest, want de Verklaring, die door een Commissie onder voorzitterschap van de jurist *Peter Paulus*, de Nederlandse Mirabeau, was opgesteld, was een revolutionair document.^[7] Onder 4 van deze Verklaring lezen wij (als sluitrede van de stellingen die de menselijke vrijheid inponeren): 'Dat het een ieder dus geoorloofd is zijn gedachten en gevoelens aan anderen te openbaren, hetzij door de drukpers of op enige andere wijze'.

In de Grondwet van 1848 komt de huidige versie (bedoeld te zijn: een redactioneel gestroomlijnde versie van de tekst van de Grondwet van 1815^[8]) van art. 7 lid 1 Gw te staan: 'Niemand heeft voorafgaand verloop nodig om door de drukpers gedachten en gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet.'

De tekst van artikel 7 lid 1 staat er na 150 jaar nog net zo.

Ontwikkeling van de drukpersvrijheid in Nederland

Artikel 7 van de Grondwet is een kale tekst die zich concentreert op de drukpers. Ten opzichte van de tekst van Peter Paulus is het een achteruitgang. In de 'Verklaring' van 1795 wordt immers het vrijheidsrecht van de burger voorop gesteld en de drukpers als een van de middelen genoemd om die vrijheid gestalte te geven. De structuur van het in 1983 opgestelde artikel (de huidige versie van artikel 7) is hetzelfde. Het eerste lid is gelijklopend aan het oude artikel over de drukpers, het tweede lid gaat over de omroep (dus ook het communicatiemiddel), het derde gaat over 'het openbaren van gedachten en gevoelens door andere middelen'. Door de ruime formulering van het derde lid zou men daarin de bescherming van de meningsuiting zelf kunnen lezen.^[9] De structuur van het artikel is echter gericht op de communicatiemiddelen, en niet op de communicatie zelf. Die had men dan voorop moeten stellen. Het artikel heeft in de Nederlandse jurisprudentie, zo is mijn stelling, daarom alleen een rol gespeeld bij het ontwikkelen van *drukpersvrijheid*, niet bij *Persvrijheid*, niet bij de ontwikkeling van de inhoud van de *individuele meningsvrijheid*. Ook andere beschermingsaspecten laat het ongemoeid. Dat het de drukpers klip en klaar beschermt, heeft overigens grote voordelen gehad. De rechtspraak heeft daarin heldere

lijnen kunnen trekken. Die zet ik hier kort neer.

Geen vergunningen die de kern van het recht raken; vrije marktoegang

Vestigingsvergunningen voor bedrijven die drukpersen exploiteren, of drukpersproducten verspreiden werden door de HR in strijd geacht met het verbod dat niemand voorafgaand verlot nodig heeft door de drukpers zijn gedachten en gevoelens te openbaren. Het betrof in alle gevallen vestigingsregelingen die om sociaal-economische overwegingen waren opgesteld, en die bepaalde kwaliteitseisen aan de toetreding tot de markt stelden. Het ging om uitgeverijen (dus indirect ook over kranten), leesbibliotheken, boekhandels en grafische bedrijven. De kans dat de overheid via zo'n op zichzelf neutrale vergunning invloed zou kunnen uitoefenen op de inhoud van het gedrukte, was voor de rechter al voldoende reden een vergunningstelsel in strijd met de Gw te achten.^[10] Ook de rechter hanteert het verbod van voorafgaand toezicht strikt, wanneer hem wordt gevraagd om preventief (voor de publikatie) op te treden, onthoudt hij zich over het algemeen van een oordeel.^[11] Anders is dat gesteld bij vergunningen die de kern van het recht niet raken. Een hinderwetvergunning tegen de overlast die een drukkerij kan veroorzaken, werd niet in strijd met art. 7 Gw geacht.^[12]

Het gevolg van deze uitspraken was inmiddels wel dat de HR daarmee ook impliciet, maar wel principieel het vrije marktmodel voor de drukpers (en dus ook de Pers) poneerde. Er is een absoluut gegarandeerde vrije markttoetreding, en de uitoefening van het bedrijf dat zich op het maken van drukpersproducten toelegt, is aan geen andere beperkingen onderworpen dan de economische wetmatigheden van de markt en de maatschappelijke verantwoordelijkheden van iedere ondernemer. Dat schept dan wel het probleem dat de overheid een grondwettelijke drempel op haar weg vindt bij het ontwikkelen van marktordenende maatregelen, zoals bijvoorbeeld een persfusiecontrole.^[13]

Bescherming van verspreiding van drukpersproducten

Als startpunt van deze jurisprudentie wordt over het algemeen genoemd het arrest van de Hoge Raad over de Haagse Ventverordening van 1892.^[14] De Haagse verordening verbood het verspreiden van pamfletten zonder vergunning van de burgemeester. De Hoge Raad leidde uit het 'openbaren door de drukpers' af dat het mede een recht omvat om de geschriften onder het publiek te verspreiden, en hij achtte daarom de eis in de verordening dat daarvoor voorafgaand verlot van de burgemeester nodig was, ongrondwettig. In een later arrest heeft de Hoge Raad deze beslissing verfijnd. Het ging om een Tilburgse verordening waarin verboden werd om zinneprikkende geschriften in het openbaar aan te bieden en te verspreiden. Dat was dus een beperking van het verspreidingsrecht op inhoudelijke gronden. De Hoge Raad leidt het verspreidingsrecht niet langer meer af uit het 'openbaren door de drukpers' dat slechts ziet op de inhoud. Dit recht mag alleen worden beperkt door de parlementaire wetgever. Het verspreidingsrecht wordt nu een afgeleid recht dat wel door de lagere wetgevers, zoals gemeente of provincie, mag worden beperkt, maar alleen om redenen van openbare orde die niet zien op de inhoud van het geschrift.^[15]

Bescherming van 'drukpersinformatie' en niet van 'symbolic speech'

In de jurisprudentie wordt het begrip drukpers ruim uitgelegd, maar het moet wel gaan om uitingen en producten die met de drukpers op een lijn zijn te plaatsen, vrij vertaald: letters en gedrukte plaatjes. En doet er niet toe of die op papier worden verspreid, of op vreemde plaatsen worden opgeplakt op een zelfstandig verspreidingsmiddel, zoals de pacifistische strijdkreet: 'Nederland Ontwapent' in neonletters op een fabrieksschoorsteen.^[16] Maar bij de Grondwetsherziening van 1983 werden elektronische geluids- en beeldragers buiten het begrip

geplaatst.^[17]

We zien dat art. 7 Gw niet alleen problemen oproept omdat het de vrijheid zelf niet beschermt, maar ook omdat het technologie-afhankelijk is geformuleerd. Wat is precies een "drukkers"? Valt de software (object en/of broncode) van een computer eronder? Is een PC een drukkpers, of is hij dat alleen als hij letters en plaatjes produceert? Valt de elektronische productie, verspreidings- en opslagfase van een krant eronder? Valt een diskette met alleen tekst er onder? Het leidt daardoor ook tot de hiervoor bij de vrijheid van betoging al gesignaleerde scholastiek die alleen staatsrechtgeleerden nog kan bekoren.^[18]

Persvrijheid en bescherming openbaar debat buiten het grondwetsartikel om ingevuld

De Pers wordt door artikel 7 slechts, met de hierboven aangegeven beperkingen, beschermd omdat er een drukkpers aan te pas komt, niet omdat de Pers een bijzondere maatschappelijke functie wordt toegedacht bij het inhoud geven aan de vrijheid van meningsuiting. De maatschappelijke betekenis van de Pers heeft in zoverre erkenning gevonden dat bij persdelicten het beroep op het algemeen belang dat bij het doen van de gewraakte uitlating was gediend, als strafuitsluitingsgrond in de wet wordt genoemd.^[19] De doctrine over een bijzondere bescherming van de Pers is verdeeld.^[20]

Het Nederlandse recht betreffende de functie van de pers en de aan te leggen juridische maatstaven voor een al of niet geoorloofde perspublicatie heeft zich daardoor geheel binnen het onrechtmatige daadsrechtsrecht (men zou kunnen zeggen de Nederlandse 'common law') ontwikkeld. Het ging om de onrechtmatigheidscriteria, afgeleid uit de algemene onrechtmatige daadsdoctrine, vast te stellen die in de relatie tussen persorgaan en een individu moesten gelden.^[21] Daarin moet een onderscheid worden gemaakt tussen smaad (opzettelijke belediging) waarbij het verweer van een beroep op het algemeen belang (dus een belang van de Pers) met zoveel woorden, net zoals in het strafrecht, in de wet vastlag (het voormalige art. 1412 BW) en algemene zorgvuldigheidscriteria.^[22]

Is het omdat art. 7 Gw geen enkele beschermingsnorm op dit punt bevat, dat de functie van de Pers pas relatief laat in de rechtspraak van de Hoge Raad met zoveel woorden wordt genoemd? Feit is dat de rol van de Pers pas in een uitspraak van 1983 naar voren komt.^[23] In 1995 gaf de Hoge Raad een aansluiting van zijn op de onrechtmatige daad gebaseerde jurisprudentie met die van het EHRM onder artikel 10 EVRM: je zou dit een fusie kunnen noemen tussen de jurisprudentie van de belangenafweging en de jurisprudentie dat een beperking van de vrijheid van meningsuiting alleen geoorloofd is, als zij noodzakelijk is in een democratische samenleving.^[24]

Omroep en nieuwe media: artikel 7 Gw speelt geen rol van betekenis

Wij hebben gezien dat de specifiek op de drukkpers toegespitste norm in de Nederlandse rechtspraak een rol heeft gespeeld, maar op een beperkt gebied: het verbod van voorafgaand toezicht op de drukkpers garandeert een vrijwel onbelemmerde markttoegang en geeft een afgeleide bescherming van de verspreiding van drukkpersuitingen en wat daarmee op een lijn valt te stellen. Bij de ontwikkeling van de inhoud van de uitingsvrijheid zelf is het de grote afwezige. Bij nieuwere media valt ook de bescherming van het communicatiemiddel overboord. Het tweede lid dat in 1983 werd toegevoegd gaat over omroep, maar bevat een zwakkere norm ten aanzien van het voorafgaand toezicht door deze geheel te betrekken op de inhoud. Als zodanig heeft het nog wel een rol gespeeld.^[25] Maar de gehele regulering van de omroep laat de Grondwet aan de wetgever over. De grondwettelijke norm is een blanco volmacht aan de wetgever om met dit medium te handelen zoals het hem goedgeeft. En met de nieuwere media waar het derde lid over handelt is dat nog meer het geval, temeer daar bij de convergentie tussen de drukkpers en de elektronische communicatietechniek (Internet, PC's) een vreemde spanning ontstaat tussen de

beperkte werking van het eerste lid en het zeer ruim geformuleerde derde lid.^[26] Wat de ratio is van het overheidsoptreden bij de toegang tot de markt en de verdere controle op de uitingen blijft duister.

III. Artikel 13: het brief- en telefoongeheim

Artikel 13 van de huidige grondwet verklaart dat het briefgeheim (lid 1) en het telegraaf- en telefoongeheim (lid 2) onschendbaar zijn. Het tweede lid dateert van de wijziging van 1983, daarvoor kenden wij alleen het briefgeheim dat vanaf 1848 (toen het in de Gw kwam) onveranderlijk luidde: "Het geheim der aan de post of andere openbare instelling van vervoer toevertrouwde brieven is onschendbaar, behalve op last de rechters, in de gevallen in de wet omschreven." Dat is een mooi artikel dat we nog aan Thorbecke te danken hebben, want in het Parlement was er niet veel animo voor de bescherming van het briefgeheim op constitutioneel niveau.^[27] Pogingen om het briefgeheim uit te breiden tot de telegraaf en de telefoon hadden geen succes. Pas in 1983 werden de telegraaf (waaronder de toen in opkomst zijnde telex werd begrepen) en de telefoon toegevoegd, en viel ook de beperking tot het "aan het vervoer toevertrouwde" weg, waardoor het geheim tegenover en binnen iedere overheidsinstelling kon worden ingeroepen. Het brief- en telefoongeheim beschermen de verzender van een boodschap tegen de kennisneming van de inhoud daarvan door degene die met de verzending is belast, of tegen degenen die via de transporteur toegang tot de verzonden boodschap zouden kunnen hebben. Het gaat daarbij niet om de inhoud van de boodschap. Deze kan strikt geheim zijn (een bedrijfsgeheim, een liefdesverklaring), maar ook juist bestemd zijn om openbaar te worden gemaakt (een artikel, een ingezonden brief). Het gaat om de vertrouwelijkheid van het communicatiekanaal: het brief- en postgeheim zijn in hun essentie klassieke onthoudingsrechten, die op de beheerders van netten en aanbieders van informatietransportdiensten de plicht leggen zich te onthouden van een inmenging in de verzonden boodschap.

Vergelijking van artikel 7 lid 1 en artikel 13 leert dat de grondwetgever in beide gevallen aanknoopt bij het communicatiemiddel: de drukpers, de brief, de telefoon. Waar de grondwetgever bij artikel 7 daaraan is blijven vasthouden (en daardoor in de problemen is gekomen), heeft hij in 1997 getracht zich bij artikel 13 daarvan los te maken. In 1997 werd een voorstel tot wijziging van dit artikel gelanceerd waarin in het algemeen 'vertrouwelijke communicatie' werd beschermd.^[28] De Memorie van Toelichting stelt dat de huidige tekst van artikel 13 niet meer correspondeert met de nieuwe ontwikkelingen van de communicatiemiddelen: "Dit geldt niet alleen voor post en telecommunicatie (e-mail, sealfax), voor verschillende typen van telecommunicatie onderling (telefoon, fax, datacommunicatie), maar ook voor directe communicatie (gesprekken van mond tot mond) enerzijds en telecommunicatie anderzijds. Men denke bij dit laatste bijvoorbeeld aan de mogelijkheid van videoconferencing en interactieve Videotex."

Deze aanpak heeft veel kritiek opgeroepen, niet alleen omdat de overheid met de definitie van het begrip 'vertrouwelijke communicatie' in de problemen kwam, maar ook omdat de verhouding met het algemene privacy-artikel (artikel 10) zoek was: in eens viel ook het gesprek op straat onder het artikel. Maar ook bleek het begrip 'vertrouwelijkheid' weer een technische afhankelijkheid in het leven te roepen, omdat bij iedere voortschr_ding van de techniek de mogelijkheid om inbreuk te maken op die vertrouwelijkheid toeneemt.^[29] De Tweede Kamer kwam in reactie daarop met door de regering overgenomen voorstellen die de bescherming weer koppelden aan het communicatiemiddel (telefoon en daarmee op een lijn te stellen transportmiddelen) en losmaakten van het begrip 'vertrouwelijk'. De Eerste Kamer wilde het voorstel echter niet meer voor de verkiezingen in stemming brengen, omdat het de voorstellen

overhaast achtte.

IV. Vergelijking tussen de oude en de nieuwe casus.

Bij artikel 7 Gw houdt de grondwetgever (en in zijn voetspoor de rechter) te lang vast aan een gevestigde communicatietechniek, zodat allerlei nieuwe communicatietechnieken niet een gelijkwaardige bescherming konden verwerven. Bij artikel 13 Gw onderkende de grondwetgever dat er een leemte dreigde te ontstaan omdat er na de brief, de telegraaf en de telefoon individuele nieuwe communicatietechnieken zich aandienen (zoals e-mail) die hij ook wilde beschermen. Daarvoor koos hij de strategie van Paulus door een algemene regel te formuleren: alle vertrouwelijke communicatie is beschermd. Ook die strategie faalde. Wat is de oplossing van dit dilemma?^[30] Mijn antwoord daarop zou zijn dat we moeten beginnen met de verschillende niveaus van analyse te onderscheiden en dat de beide casus ons leren dat de grondwetgever dat tot dusver niet voldoende heeft gedaan.

Het meest abstracte (en techniek-onafhankelijke) niveau is het onderscheid tussen twee informatiegrondrechten: een dat ziet op de openbare (tot een in beginsel onbeperkte groep gerichte) communicatie en de niet-openbare (tot een geadresseerde groep gerichte) communicatie. In deze sfeer horen thuis het censuurverbod, het verbod openbaarmaking in de meest ruime zin te belemmeren en het verbod kennis te nemen van informatie die niet voor jou bestemd is, maar ook om informatie uit openbaar toegankelijke bronnen te garen. Bij de informatie die gecommuniceerd wordt gaat het om de meest ruime definitie: ieder teken dat volgens een overeengekomen conventie betekenis overbrengt op welke drager dan ook. Dus ook diskettes en e-mail die in een computergeheugen wordt opgeslagen. Ook naar de inhoud valt alle informatie er onder: dus ook commerciële informatie. Wij nemen met dit laatste dus afstand van jurisprudentie en de discussie bij de laatste grondwetswijziging die uitgaat van een technisch gedefinieerd communicatiemiddel (de drukpers, de telefoon). Op dit niveau omschrijven wij de inhoud van de vrijheid *ongeacht* het gebruik van een communicatiemiddel. Het onderscheid tussen openbaar en niet-openbaar wordt gevonden aan de hand van een *functioneel* (tot wie richt zich de communicatie) en niet aan de hand van een *technisch* criterium (is de informatie wel voldoende technisch beveiligd). De convergentie van de verschillende communicatietechnologieën (waarvan Internet een voorbeeld is) proberen wij te vangen in een beschermingsnorm. Deze benadering herstelt ook het Bataafse vrijheidsrecht in ere, zodat het ook een rol kan spelen bij de invulling van de persvrijheid.

Het tweede niveau van analyse ziet op de communicatiemiddelen. De analyse op dit niveau is ingewikkelder, omdat zij zowel ziet op de techniek als op de rol die de overheid bij markttoegang en marktordening behoort te hebben. Communicatiemiddelen zijn immers de essentiële productiemiddelen die niet zonder grote investeringen en ondernemingsrisico's kunnen worden ingezet, maar waarbij ook technische schaarste kan optreden. Om met de techniek te beginnen: bij het gebruik van telecommunicatiemiddelen kan er een rol zijn weggelegd voor de overheid, omdat het aantal toetreders beperkt moet worden. Zo wordt zowel op grond van het recht van de Raad van Europa (EVRM) als dat van de EU aanvaard dat de overheid een rol heeft bij de toewijzing van frequenties uit het elektromagnetische spectrum.^[31] De aard van de overheidsinterventie zou in een materiële norm moeten worden neergelegd die de mogelijkheden en beperkingen aangeeft. Ik noem mogelijke kandidaten: 'noodzakelijk in een democratische samenleving' en 'behoorlijke mededinging'. De aard van de techniek dient ook op dit niveau niet te worden vastgelegd. Verdeelvraagstukken rijzen immers niet alleen bij frequenties, maar ook bij andere hulpbronnen, zoals nummers, kabelgoten, opstelplaatsen, enz. Te denken valt echter ook aan de hinderwetgevingen van de drukkers en de schouwburgers. Hier past dus een endossering aan de wetgever, die ook de vrijheid moet hebben om binnen de grondwettelijke

norm voor het verdeelmechanisme (kwaliteitstoetsing of economische criteria) te kiezen. Let wel: bij het vastleggen van de mogelijkheid om technische schaarste bij communicatiemiddelen te verdelen kijken wij niet naar de aard van het gebruik: het verdeelvraagstuk doet zich immers zowel bij openbare als niet openbare communicatie voor: er is frequentieschaarste bij telefonie, maar ook bij omroep.

De tweede fase in de analyse op dit niveau betreft de marktordening. Wij raken hier dus aan een van de andere van de onder I aangeduide thema's. De overheid moet instrumenten in handen hebben om onwenselijke machtsposities op de media- en telecommunicatiemarkt tegen te gaan. De Gw moet dus ook een norm bevatten die het mogelijk maakt voor de wetgever om economisch ordenend op te treden bij persfusie en multimedia concentraties.

Het derde niveau van analyse betreft de mogelijkheden van beperkingen op de *inhoud* van openbare of niet-openbare communicaties in verband met algemene belangen. Hier denk ik aan de drukpersdelicten, bescherming van goede zeden, opsporing van strafbare feiten en rechten van derden. Ik opteer hier voor een grondwettelijke beperkingsclausule vergelijkbaar met die we in het EVRM vinden. Het opnemen van een norm als "noodzakelijk in een democratische samenleving" introduceert ook het proportionaliteitscriterium waaraan de modaliteiten van een beperking kunnen worden getoetst.

Een vierde niveau van analyse betreft de informatiele privacy. Beheerders van communicatiemiddelen, of dit nu telecommunicatie-ondernemingen zijn die alleen gesprekken vervoeren, kabelondernemingen die op basis van *pay per view* films ter beschikking stellen, of service providers op Internet die op aanvraag informatie van welke aard ook, al dan niet tegen betaling, afleveren, verzamelen voortdurend tot persoon herleidbare gegevens in verband met het transport of de afgeleverde informatie. Dat zijn de spaghettislierten die zich rond het communicatieproces slingeren, die ik in I bedoelde. Communicatieprocessen zullen met het naar elkaar toegroeien van digitale technieken steeds meer geadresseerd plaatsvinden, en dat zal niet kunnen zonder de inzet van krachtige databanken met tot de persoon herleidbare gegevens. Naar mijn mening heeft het zin dit aspect van de informatiele privacy in de communicatieparagraaf te regelen.

De overheid dient tenslotte te verzekeren dat degene die de communicatiemiddelen controleren de vrijheden die op de eerdere niveau's van analyse zijn geformuleerd, zullen respecteren. Dus ook vrijheid van openbare en niet openbare communicatie via de communicatiemiddelen in handen van particulieren (en dat loopt van een telecommunicatie-onderneming tot een plaatselijke schouwburg).

Het laatste niveau van analyse raakt een ander thema dat ik hiervoor noemde: waar wil de overheid bevorderen dat er bepaalde informatie wordt geproduceerd? De communicatieparagraaf zou dus kunnen aangeven dat de wetgever gemachtigd is om de productie en aanbieding van informatie te stimuleren en te financieren volgens door de wetgever te stellen voorwaarden. Dit zou de grondwettelijke basis voor een publieke omroep kunnen zijn, maar beperkt zich daartoe niet. Er is hier een nauwe samenhang met het thema van de relatie van de overheid tot de markt. Ook hier bepleit ik dus de opname van een materiële norm, inhoudende dat dit soort maatregelen niet de vrije mededinging mogen verstoren. Dat raakt dus ook het thema overheid en markt. En het verankert de Gw in het Unieverdrag.

V. Een door de rechter te toetsen nieuwe communicatieparagraaf

In het voorgaande liet ik al enige malen de term nieuwe 'communicatieparagraaf' vallen. De contouren daarvoor heb ik onder IV geschetst. Ik bepleit een ingrijpende verbouwing van de artikelen 7, 10 en 13. Het zal de lezer niet zijn ontgaan dat ik daarbij zowel aansluiting zoek bij het EVRM en het EU Verdrag. Dat is zinvol omdat de Gw in samenhang en wisselwerking met

deze verdragen moet functioneren. Op mijn verlanglijstje staat ook dat de rechter in Nederland de mogelijkheid krijgt wetten aan de Gw te toetsen. Ik bepleit immers de opname van materiële normen en specifieke beperkingsclausules en dat vooronderstelt de mogelijkheid van rechterlijke toetsing. Dat is niet nieuw, maar een verlangen dat reeds breed werd ondersteund door de Nederlands Juristen Vereniging in 1992.^[32]

VI. Een tekst om de discussie te stimuleren

Hoe zou zo'n verbouwde tekst er uit kunnen zien? Ik ben geen wetgever, zodat de hierna opgeschreven tekst slechts bedoeld is om de discussie over dit onderwerp te stimuleren.

1. *Een ieder heeft het recht, zonder overheidsinmenging, informatie in welke vorm ook uit openbaar toegankelijke bronnen te zoeken, informatie waarover hij beschikt openbaar te maken en informatie van anderen te ontvangen.*
2. *Een ieder heeft het recht, zonder overheidsinmenging, informatie in welke vorm ook, die hij/ zij bestemd heeft voor een bepaalde persoon of groep van personen of voor hem/ haar bestemd is, door te geven of te ontvangen.*
3. *Vorenbedoelde rechten omvatten mede de oprichting en instandhouding van communicatiemiddelen en de vrije toegang tot die communicatiemiddelen. Het recht tot oprichting en instandhouding van communicatiemiddelen kan bij wet worden beperkt in het belang van een technisch ordening, verbandhoudende met de aard van het communicatiemiddel of medium, of een behoorlijke mededinging, voorzover dat noodzakelijk is een democratische samenleving en deze beperking niet betrekking heeft op de inhoud van de informatie.*
4. *Vorenbedoelde rechten omvatten mede de persoonsgegevens die bij het communicatieproces worden gebruikt, opgeslagen of geproduceerd.*
5. *De opslag, doorgifte, openbaarmaking of ontvangst van de in de vorige leden bedoelde informatie kan bij wet worden beperkt en slechts voorzover dat noodzakelijk is in een democratische samenleving, in het belang van de nationale veiligheid, de openbare orde, het voorkomen of opsporen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid en de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen en de behoorlijke rechtspleging.*
6. *De overheid ziet er op toe dat voormelde rechten ook in private rechtsverhoudingen zijn gegarandeerd.*
7. *De overheid treft bij wet maatregelen ter bescherming van de pluriformiteit van het informatie-aanbod, voorzover dat in een democratische samenleving noodzakelijk is en het de behoorlijke mededinging niet verstoort. De overheid kan ten aanzien van door haar ondersteund informatie-aanbod bij wet taakstellende eisen aan het aanbod stellen, voorzover dat niet ziet op de inhoud van de informatie.*