

In het wetsvoorstel om de huidige grondwettelijke bescherming van het brief, telefoon- en telegraafgeheim (artikel 13 Grondwet) te vervangen door een recht op 'vertrouwelijke communicatie' worden de fax en het email-bericht worden niet beschermd. Van vertrouwelijke communicatie is volgens het voorstel uitsluitend sprake wanneer het gaat om het verzenden van gegevensdragers in versloten verpakking, het verzenden van beveiligde computerberichten over een datanetwerk of het verzenden van gesloten faxen (sealfax). Buiten de boot vallen 'gewone' faxen, niet-versleutelde computerberichten die via computernetwerken worden getransporteerd en communicatievormen die zonder of met een geringe inspanning voor derden toegankelijk zijn. Dit betekent dat 'gewone' emailberichten en faxen, die als moderne communicatiemiddelen de brief in toenemende mate vervangen, geen aanspraak kunnen maken op de bescherming zoals die nu bestaat voor brieven.

**(G)EEN RECHT OP VERTROUWELIJKE COMMUNICATIE:
FAX EN EMAIL VOGELVRIJ**

Nico van Eijk

Het bestaande brief-, telefoon en telegraafgeheim moet plaats maken voor een nieuw recht op 'vertrouwelijke' communicatie. Dit staat te lezen in een voorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet, luidende: 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 wet zijn aangewezen; 2) De wet stelt nadere regels ter bescherming van vertrouwelijke communicatie; 3) Degene wiens recht op vertrouwelijke communicatie wordt beperkt, moet daarvan in kennis worden gesteld. Bij de wet kunnen uitzonderingen worden vastgesteld voor de gevallen waarin het belang van de staat zulks dringend vordert.

In de memorie van toelichting wordt omstandig uit de doeken gedaan dat de wijziging een vooruitgang is, beter aansluit bij de technologische ontwikkelingen, etc. De wetgever wil doen geloven dat de aanpassing de nieuwe informatiesamenleving en de verdere ontwikkeling van de 'elektronische snelweg' dient. Niets is echter minder waar. Nieuwe communicatievormen die in toenemende mate de klassieke brief (maar ook het telefoongesprek) vervangen, zoals de fax en het emailbericht, worden vogelvrij verklaard.

Wanneer het voorstel nader wordt bekeken, valt in de eerste plaats op dat de wetgever voor de tweede maal eenzelfde kunstje toepast. Het briefgeheim dat nu in artikel 13, eerste lid GW is geregeld kent een hoger beschermingsniveau dan het telefoon- en telegraafgeheim (artikel 13, tweede lid GW). Alleen de rechter kan een inbreuk op het briefgeheim gelasten. Bij de telefoon en de telegraaf is inbreuk al mogelijk door of met machtiging van hen die daartoe bij wet zijn aangewezen. Dit is in beginsel een veel ruimere beperkingsbevoegdheid.

Het voorstel gooit alle communicatiemiddelen op een grote hoop en kiest voor een generieke invoering van het lagere beschermingsniveau van artikel 13, tweede lid GW. In het kader van de

grondwetsherziening van 1983 werd hetzelfde gepoogd (het brief-, telefoon en telegraafgeheim zouden gezamenlijk onder een lichter beschermingsregime gebracht worden). Marcus Bakker (CPN) was echter alert en diende een amendement in waardoor het briefgeheim zijn oorspronkelijke sterkere bescherming behield. Het is betreurenswaardig dat in de memorie van toelichting - maar ook in het advies van de Raad van State - aan deze grondwetshistorie voorbij wordt gegaan. Daarentegen worden er wel argumenten ontleend aan de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten (EHRM) van de Mens om te rechtvaardigen dat ook anderen dan de rechter tot een inbreuk op het briefgeheim bevoegd zouden mogen zijn. Het doet vreemd aan om te moeten constateren dat de Nederlandse wetgever mensenrechtenjurisprudentie aanvoert om bestaande fundamentele vrijheden in te perken.

Het nieuwe begrip 'vertrouwelijke communicatie', dat is ontleend aan het proefschrift van J.A. Hofmanⁱⁱ, blijkt bovendien buitengewoon beperkend te zijn. De vertrouwelijkheid van de communicatie wordt - aldus de memorie van toelichting - vastgesteld aan de hand van de mate van beslotenheid van de communicatievorm. Bij een besloten communicatievorm zijn zodanige beveiligingsmaatregelen van toepassing, dat men moet concluderen tot het bestaan van een geobjectiveerde wil gericht op het vertrouwelijk blijven van de communicatie-inhoud. Van een dergelijke wil is onder meer sprake wanneer het gaat om het verzenden van gegevensdragers in versloten verpakking, het verzenden van beveiligde computerberichten over het datanetwerk of het verzenden van gesloten faxen (sealfax)ⁱⁱⁱ. Buiten de boot vallen 'gewone' faxen, niet-versleutelde computerberichten die via computernetwerken worden getransporteerd (lees: email^{iv}) en communicatievormen die zonder of met een geringe inspanning voor derden toegankelijk zijn. Het briefkaarten-argument, dat minister Dijkstal (als minister van justitie a.i.) al eerder uit de kast haalde, zou hier opgeld doen: het kan toch niet worden voorkomen dat briefkaarten door de postbode worden gelezen?^v

De memorie van toelichting maakt er vervolgens een ratjetoe van door te stellen dat voor een beroep op vertrouwelijkheid het moet gaan om vormen van communicatie waarbij beveiligingsvoorzieningen als versleuteling, het gebruik van compressietechnieken of het pakketgewijs verzenden van digitale gegevens worden gebruikt. Kennelijk is het technisch besef bij de auteurs van dit soort teksten niet groot: emailberichten worden gecomprimeerd en in pakketvorm verzonden. Beide aspecten hebben echter niets van doen met 'een geobjectiveerde wil gericht op het vertrouwelijk blijven van de communicatie-inhoud', maar vloeien primair voort uit de toegepaste wijze van verzending en transport.

Niet alleen valt veel communicatie op grond van de vertrouwelijkheidstoets buiten de boot, ook het begrip 'communicatie' wordt restrictief benaderd. Communicatie omvat uitsluitend geschreven (schrift, tekens, protocollen, enz.) en auditieve (geluid) communicatie. Beeldinformatie valt buiten het bereik van het voorgestelde artikel 13 Grondwet! De motivering is ronduit verbazingwekkend: 'hoewel uit beeldinformatie wel interactie tussen personen met een bepaalde inhoud of betekenis kan worden afgeleid, zijn beelden toch minder informatieverschaffend dan geschreven of gesproken communicatievormen'. Bij mij doemt direct de vraag op waar deze nieuwe verrijking van de communicatiewetenschap haar basis vindt, maar helaas wordt in de memorie van toelichting geen bron vermeld.

Slechts via een achterdeur komt aan beeldinformatie enige bescherming toe, namelijk wanneer het gaat om beelden die worden opgenomen en eventueel bewaard 'met het oogmerk deze tot geschreven of auditieve communicatie te herleiden - bijvoorbeeld door middel van liplezen - dan wel wanneer reeds zonder dit oogmerk gemaakte beelden daadwerkelijk herleid worden tot vertrouwelijke communicatie'. Ontbreekt het oogmerk - onduidelijk is waaruit dit moet worden opgemaakt - dan kan voor beeld in tegenstelling tot geluid geen beroep worden gedaan op bescherming ex artikel 13 Grondwet.

De gekozen benadering ten aanzien van beeldinformatie gaat overigens geheel voorbij aan het feit dat er in toenemende mate sprake is van convergentie: spraak en beeld integreren tot een informatiebron (bijvoorbeeld de beeldtelefoon).

De memorie van toelichting noemt techniek-onafhankelijkheid als een belangrijk argument voor de wijziging van artikel 13 Grondwet. Niet langer beperkt de bescherming van het artikel zich tot de brief, de telefoon of de telegraaf als 'technische' verschijningsvormen. De wijze waarop onderscheid wordt gemaakt tussen geluid en beeld, geeft echter te denken. Als het 'techniek-onafhankelijk' maken van de bescherming van de Grondwet zo'n belangrijke rol speelt, had bijvoorbeeld ook artikel 7 (Vrijheid van meningsuiting) in de beschouwingen moeten worden betrokken. Termen als 'drukkers', 'radio' en 'televisie' zijn immers ook technologie-afhankelijk en zouden tevens moeten verdwijnen. Waarom de voorstellen zich beperken tot artikel 13 Grondwet wordt evenwel niet verklaard.^{vi}

Al met al had de wetgever er beter aan gedaan eerst een bredere discussie te starten over een

mogelijke herziening van de fundamentele vrijheden binnen het informatierecht in plaats van nu een halfbakken voorstel te doen over 'vertrouwelijke communicatie' dat fundamentele vrijheden beperkt in plaats van versterkt. De uitsluiting van fax en email getuigt van weinig realiteitsbesef.

Dr. N.A.N.M. van Eijk is verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam.

Noten:

i. TK 1996-1997, 25.443, nrs 1-3. De wijziging werd eerder al summier aangekondigd in een brief aan de Kamer over komende Grondwetwijzigingen (TK 1996-1997, 21.427, nr. 164).

ii. J.A. Hofman, 'Vertrouwelijke communicatie', 1995. Zie de kritische recensies van dit proefschrift: E.J. Dommering, 'Vertrouwelijke communicatie' in: 'Mediaforum', 1996-2, p. 26/27, en B. Hulsman & P. Ippel, 'Onder ons' in: I&I, 95/3, p. 42-47.

iii. Deze apparaten die een faxbericht onmiddellijk in een gesloten enveloppe deponeren schijnen daadwerkelijk te bestaan. De afzet en het aantal producenten is echter zeer gering.

iv. Juist het element van 'versleuteling' ontbreekt bij 'gewone' email. Het volstaat niet te stellen dat de email slechts via een password toegankelijk is voor de gebruiker en daarmee versleuteld/beveiligd zou zijn. Het password is de sleutel tot de 'brievenbus' en heeft geen betrekking op in de bus liggende ('niet-versleutelde') berichten. Ook Hofman spreekt in zijn proefschrift (p. 48) van 'een beveiligd computerbestand, dat bijvoorbeeld per elektronische post wordt verzonden of in een *mail box* ligt opgeslagen. Kort samengevat: Geen beveiliging/versleuteling, dus geen vertrouwelijke communicatie en dus ook geen bescherming ex artikel 13 GW nieuw.

v. Aangangsel TK 1996-1997, nr. 1370. Zie hierover: Lodewijk Asscher, in: Mediaforum, 1997/7/8, p. 103.

vi. Ik veronderstel dat hieraan voornamelijk opportunistische redenen ten grondslag hebben gelegen. Het nieuwe artikel 13 moet - zo valt direct en indirect uit de toelichting af te lezen - bovenal een grondslag bieden om aan justitie en veiligheidsdiensten meer ruimte te geven. In zijn brief aan de Kamer (TK 1996-1997, 21.427, 164) stelt minister Dijkstal onder meer: 'Bovendien wordt onderzoek in het belang van de staat op onnodige wijze belemmerd door het vereiste van een rechterlijke last'.