

S A M E N V A T T I N G

COMMISSIE
grondrechten
IN HET DIGITALE TIJDPERK

S

Samenvatting

1 Inleiding

Bij koninklijk besluit van 23 februari 1999 is de Commissie “Grondrechten in het digitale tijdperk” ingesteld.¹ De aanleiding tot de instelling van de Commissie was gelegen in de behandeling van het wetsvoorstel, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepalingen inzake de onschendbaarheid van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim. In de Eerste Kamer werd tegen dit wetsvoorstel het bezwaar ingebracht dat er geen gelegenheid was geweest voor publiek debat over het voorstel en er niet een staatscommissie was ingesteld die (mede) dit wetsvoorstel had kunnen voorbereiden. Met het oog op deze bezwaren heeft het kabinet vervolgens aangekondigd een commissie te belasten met de opdracht een advies uit te brengen inzake de gevolgen van nieuwe informatie- en communicatietechnologie voor de grondrechten.

Het instellingsbesluit draagt de Commissie op de regering met het oog op de ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie te adviseren over:

¹ Zie Staatsblad 1999, 101. De Commissie had de volgende samenstelling: Prof. mr. H. Franken (voorzitter), prof. dr. J.C. Arnbak, prof. mr. M.A.P. Bovens, mr. J.P.H. Donner, mw. mr. A.M. Gerritsma, prof. mr. H.R.B.M. Kummeling, mw. prof. mr. J.E.J. Prins, prof. mr. H.J. de Ru, prof. mr. dr. I.Th.M. Snellen en mr. P. Vogelzang. Het secretariaat van de Commissie bestond uit: mr. J.J. Stam (eerste secretaris), mr. H. Hijmans (tweede secretaris), mw. mr. E. Bernini, mr. J.P. de Jong, mw. mr. S. Koopmans en mw. drs. E.B. Pronk (adjunct-secretarissen).

- a de aanpassing van de grondrechten, zoals opgenomen in hoofdstuk 1 van de Grondwet;
- b de wenselijkheid van de vaststelling van nieuwe grondrechten.

Hoewel deze taakomschrijving niet tot bepaalde grondrechten is beperkt, zou het onderzoek van de Commissie zich volgens de nota van toelichting bij het instellingsbesluit kunnen toespitsen op een aantal specifieke grondrechten. Voor zover het de bestaande grondrechten betreft, worden in de nota van toelichting de artikelen 7, 10 en 13 van de Grondwet genoemd. Het gaat in die artikelen om de vrijheid van meningsuiting, het recht op privacy en het brief-, telefoon- en telegraafgeheim. Voor zover het nieuwe grondrechten betreft, zou volgens de nota van toelichting vooral moeten worden gedacht aan een grondrecht met betrekking tot de toegankelijkheid van (elektronische) (overheids)informatie.

Ter voorbereiding van haar advies heeft de Commissie vele organisaties geconsulteerd en heeft zij een workshop gehouden waaraan personen uit de wetenschap, het bedrijfsleven, de overheid en de internetbranche hebben deelgenomen. Ook heeft zij een eigen website ontwikkeld waarop men een reactie op bepaalde vraagpunten kon geven. Verder heeft de Commissie rechtsvergelijkend onderzoek laten verrichten door de Katholieke Universiteit Brabant.

2 Probleemverkenning

Er zijn grote maatschappelijke en economische veranderingen waarneembaar. Die veranderingen hangen mede samen met de toegenomen mogelijkheden op het gebied van informatie- en communicatietechnologie. Internet is de meest tot de verbeelding sprekende verschijningsvorm van die ontwikkelingen. Samengevat worden die veranderingen meestal geduid als de ontwikkeling naar een informatiesamenleving.

Het is van belang dat het recht ook in deze informatiesamenleving een adequaat niveau blijft hebben voor burgers, bedrijfsleven en overheid. De kansen die de informatiesamenleving aan de burgers en het bedrijfsleven biedt, kan alleen dan ten volle worden benut. Voor de overheid geldt onder meer dat zij voldoende instrumenten moet hebben om ook crimineel gebruik van de mogelijkheden op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie te kunnen bestrijden.

De ontwikkelingen in de samenleving als gevolg van de toegenomen mogelijkheden van toepassing van informatie- en communicatietechnologie leiden niet tot een abrupte breuk met het verleden. Veeleer is sprake van een vloeiende, maar wel steeds

sneller lopende ontwikkeling in de richting van een digitaal tijdperk. In die ontwikkeling staat een viertal samenhangende technische verschijnselen centraal: digitalisering, miniaturisering, mobilisering en convergentie van technieken en diensten.

Mede uit deze technische verschijnselen is een zestal kenmerken van het digitale tijdperk af te leiden die met name ook voor het recht van belang zijn. Die kenmerken zijn:

- 1 dematerialisering: het economische gewicht van fysieke, tastbare producten neemt af ten faveure van niet tastbare producten, zoals software-programma's;
- 2 internationalisering: territoriale grenzen van nationale staten boeten aan betekenis in, waardoor de handhaving van nationale normen steeds moeilijker wordt en er een steeds grotere afhankelijkheid van internationale normering en handhaving ontstaat;
- 3 turbulentie: met de snelle verandering van technologie treden ook snelle veranderingen in maatschappelijke en economische toepassingen op, die gevolgen hebben voor de vorm en mate waarin de overheid regulerend kan optreden;
- 4 horizontalisering: overheden, maar ook grote bedrijven raken in een informatiesamenleving veel van hun automatische macht kwijt, waardoor de samenleving niet meer goed van bovenaf is te beheersen;
- 5 transparantie: door het achterlaten van digitale sporen zijn handelingen van mensen en van organisaties meer zichtbaar geworden en in onderling verband te plaatsen;
- 6 kwetsbaarheid: de toegenomen afhankelijkheid van de technologie geeft nieuwe risico's, zoals onder meer het millenniumprobleem laat zien.

De gevolgen die het digitale tijdperk en zijn kenmerken voor de samenleving hebben, zijn divers. Zij worden overigens verschillend gewaardeerd. Sommigen gaan uit van een beperkte invloed van het digitale tijdperk op de samenleving en daarmee ook op het recht, anderen gaan uit van een veel fundamenteelere invloed. Voor sommige deskundigen is elektronische communicatie een handige aanvulling op papieren communicatie, maar ook niet meer dan dat. Zij menen ook dat een burger voor zijn meningsvorming nog steeds afhankelijk is van de krant en van de omroep. Internet-toepassingen zijn daarop slechts een handige aanvulling. Anderen gaan ervan uit dat de nieuwe elektronische middelen geleidelijk aan de plaats overnemen van traditionele middelen. Er ontstaat in die optiek een afhankelijkheid van elektronica en van elektronische communicatie.

Naarmate de afhankelijkheid van elektronische middelen groter wordt, wordt toegang tot die middelen een belangrijkere voorwaarde voor het functioneren in de samenleving. Monopolievorming kan die

toegang beperken. Gedacht kan worden aan “cross ownerships” in de mediasector of monopolies op het gebied van computersoftware. Beperking van de toegang ontstaat ook door de afhankelijkheid van “portals” en van zoekmachines die gericht bepaalde “sites” doorgeven.

Een ander gevolg van het digitale tijdperk is dat criminele organisaties onevenredig van de toegenomen technologische mogelijkheden kunnen profiteren. Het demateriële en internationale karakter van elektronische communicatie maken rechtshandhaving voor nationale overheden zeer moeilijk. De toegenomen technologische mogelijkheden bieden voor de opsporing van strafbare feiten en voor inlichtingen- en veiligheidsdiensten ook kansen. Daar staat de behoefte van de burger tegenover om tegen bevoegdheden van overheidsinstellingen te worden beschermd waarmee te gemakkelijk een inbreuk op grondrechten kan worden gemaakt.

Ook is waarneembaar dat de privacy en de maatschappelijke waardering daarvan veranderen. Volstrekte anonimiteit is in het digitale tijdperk niet meer goed denkbaar. Tegelijkertijd doet zich het verschijnsel voor dat mensen veel minder belang lijken te hechten aan de bescherming van hun privacy dan tot nog toe werd aangenomen. Bij vele mensen bestaat de bereidheid het koopgedrag of het digitale handelen te laten registreren als daaraan een voordeel valt te behalen. Anderzijds bestaat er bij sommigen ook de zorg dat alles wat men doet, transparant is.

Deze en andere gevolgen van het digitale tijdperk doen zich voor in een tijd waarin van een terugtred van de overheid sprake is. Veel wordt overgelaten aan marktpartijen. Die terughoudende opstelling vindt haar weerslag ook in de kabinetsnota “Wetgeving voor de elektronische snelweg”. Daarin wordt een voorkeur uitgesproken voor internationale oplossingen, voor zelfregulering en voor open normen die aan de rechter ter toetsing kunnen worden voorgelegd. Die nota stelt echter ook dat overheidsoptreden in ieder geval wel aan de orde is, indien fundamentele normen en waarden van de democratische rechtsstaat in het geding zijn. Met betrekking tot de elektronische snelweg kan volgens die nota vooral worden gedacht aan klassieke grondrechten en aan de preventie en opsporing van ernstige inbreuken op de rechtsorde en de staatsveiligheid.

3 De functie van de grondrechten in het digitale tijdperk

Op basis van de probleemverkenning die de Commissie heeft verricht, heeft zij vervolgens aandacht besteed aan de functie van de grondrechten in het digitale tijdperk. In dat verband heeft de Commissie eerst aan een aantal kenmerken van de Nederlandse Grondwet de volgende conclusies verbonden.

De Nederlandse Grondwet heeft een sober karakter. Bij dat karakter past dat een informatierecht alleen dan als een grondrecht in de Grondwet behoort te worden opgenomen, als dit recht waarlijk essentieel is voor het persoonlijk en maatschappelijk functioneren van de burgers. Het sobere karakter van de Nederlandse Grondwet brengt ook mee dat, indien een recht als grondrecht wordt opgenomen, daarvan alleen de essentialia moeten worden vastgelegd. Een ander kenmerk is het open systeem van de Grondwet. Dit kenmerk impliceert dat niet alle grondrechten in de Grondwet behoeven te worden opgenomen.

De Nederlandse Grondwet kenmerkt zich voorts door haar codificerende karakter. Alle grondwetten van Nederland zijn tot stand gekomen, nadat bepaalde ontwikkelingen waren uitgekristalliseerd. Het ligt tegen die achtergrond voor de hand aanpassingen van de Grondwet in principe te beperken tot aanpassingen die het gevolg zijn van ontwikkelingen die reeds in bestaande wetten of andere besluiten met voldoende maatschappelijk draagvlak verankerd zijn. In het licht daarvan meent de Commissie dat de Grondwet in beginsel slechts dan aangepast dient te worden, indien daaraan dringende behoefte bestaat en het om zaken gaat die voldoende constitutionele rijpheid te vertonen.

Een kenmerk van de Nederlandse Grondwet waar de Commissie ook bij stil heeft gestaan, is het verbod van rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet. De grootst mogelijke meerderheid van de leden van de Commissie² meent dat het wenselijk zou zijn het toetsingsverbod op te heffen, voor zover het toetsing aan de grondrechten betreft die naar hun aard directe werking hebben. Deze meerderheid vindt dat een eventueel techniek-onafhankelijke formulering van grondrechten de behoefte aan rechterlijke toetsing alleen maar doet toenemen. Immers, in dat geval zal de rechter meer dan anders geroepen kunnen zijn een bij de actuele stand der techniek passende uitleg van deze grondrechten te geven.

De Commissie heeft vervolgens een aantal aspecten belicht die specifiek verband houden met grondrechten. Dat heeft tot de volgende conclusies geleid.

Het belang van horizontale werking van de informatiegrondrechten is sterk toegenomen. Tal van bedrijven en organisaties die in de multimedia-sector werkzaam zijn, kunnen macht over burgers uitoefenen op een manier die in zijn effecten vergelijkbaar is met de uitoefening van overheidsgezag. De Commissie verbindt hieraan de conclusie dat bezien zal moeten worden in hoeverre het mogelijk en wenselijk is aan de grondwettelijke verankering van de horizontale werking van deze rechten uitbreiding te geven.

² Alle leden, met uitzondering van het lid Donner.

Op vragen over de eventuele toepasselijkheid van de bestaande informatiegondrechten op nieuwe informatie- en communicatietechnieken, kan extensieve teleologische grondwetsinterpretatie slechts zeer ten dele een antwoord geven. Zo kan ook met behulp van die interpretatiemethode geen duidelijk antwoord worden gegeven op de vraag onder welke leden van de artikelen 7 en 13 van de Grondwet uitingen op internet, respectievelijk het verzenden van e-mail vallen.

De Commissie meent dat bij het formuleren van voorstellen tot aanpassing van de bestaande of invoering van nieuwe informatiegondrechten, van de bestaande beperkings-systematiek moet worden uitgegaan. Het introduceren van nieuwe elementen in deze systematiek kan immers onbedoelde repercussies hebben voor de uitleg van de grondrechten die ongewijzigd blijven.

De Commissie heeft vervolgens gekeken naar de functie van nationale grondrechten in internationaal perspectief. Zij heeft geconstateerd dat de informatiegondrechten in de Nederlandse Grondwet ten dele meer bescherming bieden dan vergelijkbare rechten in internationale verdragen. Zo bevat onze Grondwet wel een censuurverbod, doch het EVRM niet. De meerwaarde van de Nederlandse grondrechten kan nog toenemen door bij het formuleren van aanpassingsvoorstellen in de beperkingsclausules een op de Nederlandse situatie toegespitste selectie van doelcriteria uit de internationale regelingen op te nemen.

Tegen de achtergrond van de technologische en maatschappelijke turbulentie die het digitale tijdperk kenmerkt, heeft de Commissie voorts aandacht besteed aan de vraag welke functie de grondrechten in het digitale tijdperk behoren te hebben.

De Commissie meent dat de grondrechten een baken moeten zijn voor de wetgever, het bestuur en de rechter en meer in het algemeen voor de samenleving. Om als baken goed te kunnen functioneren verdient het de voorkeur voor grondrechten een techniek-onafhankelijke formulering te kiezen. Daarbij dienen de rechtsbelangen die achter de thans in de desbetreffende grondrechten genoemde technieken liggen, centraal te staan. Bij artikel 7 van de Grondwet is dat rechtsbelang de vrijheid van meningsuiting, bij artikel 13 de bescherming van besloten, vertrouwelijke communicatie. In dit verband heeft de Commissie ook overwogen dat een eventuele overgang naar een techniek-onafhankelijke formulering moeilijk als een sprong in het duister kan worden gezien. De formulering van informatiegondrechten in internationale mensenrechtenverdragen en in grondwetten van andere landen is immers ook techniek-onafhankelijk.

Om de Grondwet een goed baken te kunnen laten zijn, meent de Commissie dat het wenselijk is ook nader te onderzoeken of er rechtsbelangen zijn die in de informatiesamenleving inmiddels van zodanig gewicht voor de ontplooiing van elk individu zijn dat zij het verdienen als grondrecht in de Grondwet te worden opgenomen. Het resultaat van dat onderzoek komt hierna nog aan de orde.

Eerder is op het verschijnsel “convergentie” in de informatie-samenleving gewezen. Het gaat hier in de eerste plaats om het verschijnsel dat verschillende typen infrastructuur in wezen gelijksoortige typen diensten kunnen overdragen. In de tweede plaats gaat het om het verschijnsel dat de functies van gebruiks-apparaten als telefoon, televisietoestel en computer elkaar gaan overlappen. De vraag rijst of uit deze convergentie van techniek en diensten een betekenisvolle convergentie voortvloeit van de elementen waaruit grondrechten inzake openbare en besloten communicatie (zouden kunnen) bestaan. De Commissie beantwoordt die vraag ontkennend. Zij is bij haar onderzoek naar de noodzaak en wenselijkheid van aanpassing van de informatie-grondrechten verder dan ook ervan uitgegaan dat deze grondrechten een afzonderlijke regeling blijven vergen.

Met het oog op de functie van de grondrechten in het digitale tijdperk tot slot de gevolgen van dematerialisering en deterritorialisering. Beide verschijnselen leiden tot een geringere handhaafbaarheid van regels. Dit mag echter geen argument zijn om minder belang aan nationale grondrechten te hechten, laat staan deze af te schaffen. Wel kan hierin een argument worden gevonden om naast de zorg voor de nationale grondrechten, in toenemende mate aandacht te besteden aan de mogelijkheden om op Europees of zelfs mondiaal niveau tot verdergaande verankering van grondrechten te komen. Van volledige vervanging van de nationale grondrechten door Europese of mondiale grondrechten zal overigens geen sprake mogen zijn, omdat dit ten koste zou gaan van het “acquis” dat op nationaal niveau bestaat. De geringere handhaafbaarheid van regels in de informatiesamenleving kan ook een reden zijn om normen tamelijk algemeen te houden. Algemeen geformuleerde, open normen kunnen gemakkelijker mee-evolueren met de mogelijkheden op het vlak van de handhaafbaarheid. In dat opzicht hebben grondrechten in het algemeen een voordeel: zij hebben doorgaans reeds een relatief open formulering.

Tegen de achtergrond van deze conclusies heeft de Commissie vervolgens naar een aantal specifieke problemen met betrekking tot de bestaande informatiegrondrechten gekeken en doet zij met het oog op die problemen voorstellen tot aanpassing van die grondrechten.

4 Artikel 7 van de Grondwet

Huidig artikel 7

- 1 Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
- 2 De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.
- 3 Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
- 4 De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

De Commissie constateert allereerst dat artikel 7 wat de gehanteerde begrippen aangaat obsoleet en niet goed meer hanteerbaar is. Voor nieuwe uitingsmiddelen valt uit dit artikel niet altijd af te leiden onder welke categorie zij vallen. Zo brengt het multimediale karakter van internet mee dat uitingen via dat medium niet altijd goed onder één van de leden van artikel 7 zijn te brengen. Indien een uiting op internet een combinatie van tekst, bewegende beelden en geluid bevat, is niet duidelijk welk beschermingsniveau van artikel 7 geldt.

De Commissie meent voorts dat de argumentatie die de regering bij de grondwetsherziening van 1983 heeft gegeven voor het verschil in bescherming tussen het eerste en derde lid, niet langer valide is. Voor het openbaren van gedachten en gevoelens door middel van de drukpers kan in het geheel géén stelsel van voorafgaand verlof worden ingevoerd. Voor het openbaren met behulp van andere middelen is wél een stelsel van voorafgaand verlof mogelijk, mits de daarbij gehanteerde criteria geen betrekking hebben op de inhoud van de uiting. Het valt echter niet goed uit te leggen dat voor het boekdrukkersbedrijf of voor de uitoefening van het beroep van journalist in het geheel geen vergunningvereiste kan worden gesteld, terwijl dit bijvoorbeeld wel mogelijk is voor een bedrijf dat videofilms of cd-rom's maakt.

Uit de toelichting met betrekking tot het huidige artikel 7 van de Grondwet kan worden afgeleid dat het verschil in bescherming met name is gebaseerd op het feit dat bij andere middelen dan de drukpers het openbaren en verspreiden kunnen samenvallen. In dat geval zouden problemen met betrekking tot de openbare orde kunnen spelen die een verdergaande regulering door de overheid

zouden vergen. De Commissie is van oordeel dat de mogelijkheid gehandhaafd dient te blijven dat bij het samenvallen van openbaren en verspreiden een stelsel van voorafgaand verlof wordt gehanteerd, waarbij uitsluitend kan worden getoetst aan het belang van de openbare orde. Zij ziet echter geen reden voor verschillende regelingen voor het openbaren van uitingen door middel van de drukpers en het openbaren door middel van andere middelen.

Wat betreft de formulering van het grondrecht is de Commissie allereerst voorstander van een positief geformuleerd vrijheidsrecht, derhalve van de formulering “Ieder heeft het recht” in plaats van “Niemand heeft voorafgaand verlof nodig”. In de formulering van het grondrecht dient ook het begrip “vrijheid van meningsuiting” voor te komen, omdat dit in het spraakgebruik zo sterk is ingeburgerd.

De Commissie is voorts van oordeel dat de term “gedachten en gevoelens” ten onrechte suggereert dat feitelijke inlichtingen bescherming ontberen. De Commissie geeft de voorkeur aan de van artikel 10 EVRM afgeleide begrippen “denkbeelden of andere informatie”. Deze begrippen omvatten alle soorten informatie, derhalve ook handelsreclame en productinformatie. Een overgrote meerderheid van de leden van de Commissie³ ziet geen reden handelsreclame nog langer van de werking van artikel 7 uit te sluiten. De bestaande beperkingen in de zogenaamde landschapsverordeningen maken deze uitsluiting niet noodzakelijk. De uitsluiting van handelsreclame kent bovendien het bezwaar dat zij teveel ruimte schept voor het stellen van beperkingen: de bestaande mogelijkheid van voorafgaand toezicht op de inhoud van handelsreclame acht deze meerderheid niet noodzakelijk en onwenselijk. Zij hecht in dit verband verder belang aan het feit dat handelsreclame ook op de elektronische snelweg een steeds grotere rol speelt.

Bij de grondwetsherziening van 1983 is expliciet afgezien van de opneming van het verspreidingsrecht in artikel 7 van de Grondwet. Aan de opneming van een dergelijk recht in de Grondwet bestond naar het oordeel van de regering geen behoefte. De vastlegging daarvan zou mogelijk afbreuk doen aan de bescherming van de drukpersvrijheid, terwijl de verspreidingsjurisprudentie naar het oordeel van de regering niet in de grondwettekst was te vatten. Gezien het belang van de verspreidingsvrijheid voor de vrijheid van meningsuiting, acht de Commissie het echter onwenselijk dat dit recht niet expliciet in de Grondwet is vermeld. Zij is dan ook van oordeel dat dit recht alsnog in artikel 7 moet worden opgenomen.

3 Alle leden, met uitzondering van de leden Donner en Gerritsma.

De Commissie is, gezien het belang van een vrije informatiestroom in de informatiesamenleving, eveneens van oordeel dat de ontvangstvrijheid in de Grondwet moet worden opgenomen. De mogelijkheid om zich goed te kunnen laten informeren kan naar het oordeel van de Commissie als een basisvoorwaarde voor een democratische samenleving worden gezien. Een ander argument voor een dergelijke opneming is dat de uitingsvrijheid en ontvangstvrijheid in principe onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Zonder ontvangst van denkbeelden of andere informatie, kan in wezen geen sprake zijn van communicatie of meningsuiting. De Commissie is geen voorstander van opneming in artikel 7 van de garingsvrijheid. Gezien de variëteit van de activiteiten waarin de garingsvrijheid zich kan uiten, valt niet goed te overzien welke beperkingsmogelijkheden in algemene zin dan nodig zouden zijn. Tegen die achtergrond zou moeilijk kunnen worden vastgehouden aan het uitgangspunt dat beperkingen terug te voeren moeten zijn op een wet in formele zin.

Verder acht de Commissie het mogelijk en zinvol om in artikel 7 van de Grondwet doelcriteria op te nemen. Zij denkt daarbij in de eerste plaats aan de beperkingsbevoegdheid van de lagere wetgever ten aanzien van de verspreidings- en ontvangstvrijheid. Het is naar het oordeel van de Commissie wenselijk en in overeenstemming met de huidige verspreidingsjurisprudentie de beperking van deze vrijheden te koppelen aan het doelcriterium dat de beperkingen in het belang van de openbare orde plaatsvinden. Eenzelfde doelcriterium dient te worden gehanteerd voor een introductie bij formele wet van een verlofstelsel voor het recht om te verspreiden en te ontvangen. Tot slot gaat het om de mogelijkheid om krachtens de wet ten aanzien van de inhoud van handelsreclame en productvoorschriften beperkingen te stellen. Ook deze beperkingsbevoegdheid kan naar het oordeel van de Commissie aan specifieke doelcriteria worden verbonden, te weten de bescherming van de gezondheid of het belang van de veiligheid.

Uit principieel oogpunt acht de Commissie het wenselijk dat het grondwettelijk verbod van preventief toezicht met betrekking tot de inhoud voor alle soorten uitingen geldt en derhalve eveneens voor openbare vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan 16 jaar. Daarnaast is zij van oordeel dat beperkingen met betrekking tot de inhoud van de vertoningen bij formele wet gesteld moeten worden. De Commissie ziet geen aanleiding om voor de *inhoud* van openbare vertoningen van films of toneelstukken de mogelijkheid van een voorafgaand verlof of een regeling bij algemene maatregel van bestuur open te laten, terwijl dit bijvoorbeeld niet geldt voor videofilms die in de privé-sfeer worden gedraaid, films die speciaal voor de televisie zijn gemaakt of cd-rom's.

Algemeen aanvaard is dat de vrijheid van meningsuiting een zorgverplichting voor de overheid meebrengt om de pluriformiteit in de meningsuiting te bevorderen. De Commissie meent dat deze zorgverplichting expliciet in artikel 7 van de Grondwet opgenomen zou moeten worden. Een verscheidenheid in de informatiestroom is volgens de Commissie onmisbaar voor een democratische samenleving. De ontwikkeling tot een informatiesamenleving versterkt de behoefte daaraan. Concentraties in de mediasector (“cross-ownerships”) kunnen de pluriformiteit van het pluriform informatieaanbod bedreigen. Een andere bedreiging kan voortvloeien uit het feit dat communicatiekanalen, zoals internet en in algemene zin de kabel- en telefoonnetwerken, zich steeds meer in handen van de particuliere sector in plaats van de overheid bevinden. Door het beheersen van de toegang tot communicatiekanalen kan bijvoorbeeld worden bewerkstelligd dat bepaalde “websites” worden genegeerd en niet doorgegeven door de meest gangbare “browsers”. Voorkomen moet worden dat de beheerder van deze kanalen zonder meer de toegang tot communicatiekanalen aan bepaalde instanties of personen kan weigeren.

Tegen de achtergrond van deze overwegingen stelt de Commissie het volgende nieuwe artikel 7 van de Grondwet voor:

Nieuw artikel 7

- 1 Ieder heeft het recht vrij zijn mening te uiten. Dit recht omvat de vrijheid om denkbeelden of andere informatie te openbaren, te verspreiden of te ontvangen.
- 2 Bij de wet kan dit recht worden beperkt. Een beperking van de vrijheid om te openbaren kan geen voorafgaand verlof inhouden. Een beperking van de vrijheid om te verspreiden of te ontvangen kan tevens krachtens de wet plaatsvinden en een voorafgaand verlof inhouden, mits deze beperking wordt gesteld in het belang van de openbare orde en zij geen betrekking heeft op de inhoud van de denkbeelden of andere informatie.
- 3 Indien de beperking betrekking heeft op de inhoud van handelsreclame of productinformatie, kan dit recht ter bescherming van de gezondheid of in het belang van de veiligheid tevens krachtens de wet worden beperkt.
- 4 Bevordering van voldoende pluriformiteit van het informatieaanbod is voorwerp van zorg van de overheid. De wet kan daartoe regels stellen over publieke mediadiensten en de algemene aard van de informatie die door middel van deze diensten wordt geopenbaard of verspreid.

Essentieel voor het nieuwe artikel is dat het artikel geheel technisch-onafhankelijk is geformuleerd. Dit betekent dat voor het uiten van een mening via bijvoorbeeld internet, omroep of films eenzelfde

grondwettelijk regime geldt als voor het uiten van een mening via bijvoorbeeld een boek of een krant. Het voorgaande neemt niet weg dat op het niveau van de “gewone” wetgever, bijvoorbeeld voor de uiting via de omroep, een andere regeling kan gelden dan voor de uiting op schrift.

Hoofddregel bij bovenstaand voorstel is dat de beperkingen ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting alleen bij formele wet gesteld kunnen worden. Een andere hoofddregel is dat in beginsel geen voorafgaand verlot is toegestaan om je mening te uiten. Op deze hoofddregels zijn in het tweede en derde lid uitzonderingen in de zin van extra beperkingsbevoegdheden opgenomen. Voorop staat echter dat deze extra beperkingsbevoegdheden niet bestaan ten aanzien van het recht om denkbelden of andere informatie te openbaren. Mits het openbaren niet gepaard gaat met het verspreiden van gedachten of andere informatie, kan het recht om te openbaren derhalve volgens de hoofddregel alleen worden beperkt bij formele wet en is een voorafgaand verlot niet toegestaan. Het verbod van een voorafgaand verlot ziet zowel op inhoud van de uiting als op aspecten die geen betrekking hebben op de inhoud van de uiting. Het gevolg van een en ander is dat de bescherming die het huidige artikel 7 van de Grondwet aan het openbaren door middel van de drukpers geeft, in het nieuwe artikel ook voor het openbaren met behulp van andere middelen geldt. Het verbod van voorafgaand verlot is daarbij ook van toepassing op handelsreclame en productinformatie.

De extra beperkingsbevoegdheden in het belang van de openbare orde bestaan ten aanzien van het recht om denkbelden of andere informatie te verspreiden of te ontvangen. Aangezien de uitoefening van deze rechten de fysieke publieke ruimte kunnen raken, is het wenselijk dat lagere regelgevers de bevoegdheid hebben om deze te beperken en aan een voorafgaand verlot te verbinden. Zowel voor de formele wetgever als de lagere wetgever bestaat geen bevoegdheid om 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 een voorafgaand verlot niet op de inhoud van de uiting betrekking kan hebben.

Gelet op de gedetailleerdheid van de regelgeving over handelsreclame en productinformatie en het uitvoeringstechnische karakter ervan, bepaalt het derde lid van het nieuwe artikel 7 dat voor de inhoud daarvan ook krachtens de wet regels kunnen worden gesteld. Voor deze delegatiemogelijkheid geldt echter wel dat de beperkingen alleen mogen worden gesteld ter bescherming van de gezondheid of in het belang van de veiligheid.

Het vierde lid van het nieuwe artikel 7 bevat allereerst een zorgplicht van de overheid met betrekking tot de pluriformiteit van het informatieaanbod. Zolang de pluriformiteit in voldoende mate door de markt wordt bewerkstelligd, is er vanuit louter grondrechtelijke optiek geen aanleiding voor de overheid om op te treden. Pas als wordt geconstateerd dat de pluriformiteit in het gedrang komt, ligt er in grondrechtelijk opzicht een taak voor de overheid. Voor dat geval geeft het vierde lid ook de mogelijkheid om regels te stellen over publieke mediadiensten en de algemene aard van de informatie die door middel van deze diensten wordt geopenbaard of verspreid. Onder het begrip “publieke mediadiensten” vallen in ieder geval de publieke omroep, dagbladen, tijdschriften, internet, commerciële omroep, omroep via het internet en bibliotheken. Het criterium “de algemene aard van de informatie” heeft als consequentie dat er geen maatregelen kunnen worden getroffen ten aanzien van individuele uitingen.

5 Artikel 10 van de Grondwet

Huidig artikel 10

- 1 Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.
- 2 De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.
- 3 De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.

De Commissie meent dat de door haar gesignaleerde ontwikkelingen in het digitale tijdperk geen aanleiding geven het eerste lid van artikel 10 te veranderen. Juist de techniek-onafhankelijk redactie van dit lid brengt mee dat deze bepaling nog langere tijd meekan. De suggestie om het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer te vervangen door een recht op anonimiteit wijst zij af. Voor zover onder het recht op anonimiteit zou moeten worden verstaan dat een ieder het recht heeft zelf te beslissen welke persoonsgegevens hij onder welke omstandigheden wil prijsgeven, meent de Commissie dat een dergelijk recht onhaalbaar is. Immers, in zeer vele en zeer uiteenlopende situaties in het dagelijkse leven moeten persoonsgegevens worden prijsgegeven. Zonder het prijsgeven van deze persoonsgegevens kan men niet functioneren. Absolute anonimiteit is dan ook een illusie, deze bestaat noch in de fysieke, noch in de digitale wereld. Een recht op anonimiteit zou bovendien een zeer grote reikwijdte hebben,

aanmerkelijk groter dan de reikwijdte van het huidige artikel 10, eerste lid. De beperkingsmogelijkheid zou dan een navenant grote reikwijdte dienen te krijgen. De Commissie meent dat dit - “veel geven en veel terugnemen” - zo veel mogelijk dient te worden vermeden. De Commissie acht dit alternatief dan ook niet goed bruikbaar.

De Commissie ziet in de ontwikkelingen in het digitale tijdperk evenmin aanleiding het recht op privacybescherming te veranderen in een recht op informationele zelfbeschikking. De bezwaren tegen een recht op anonimiteit, gaan ook op tegen een recht op informationele zelfbeschikking. De reikwijdte van het recht op informationele zelfbeschikking is bovendien beperkt tot situaties waarbij persoonsgegevens in het geding zijn. Artikel 10, eerste lid, van de Grondwet heeft echter een ruimere strekking. Het beschermt immers ook de relationele en de ruimtelijke privacy.

Met betrekking tot het tweede en derde lid heeft de Commissie allereerst stil gestaan bij drie onderwerpen die thans in het bijzonder de aandacht trekken: de wens om anoniem te kunnen surfen op internet, de mogelijkheid met “datamining”-technieken profielen van groepen mensen te formuleren op basis waarvan vervolgens commerciële of bestuurlijke beslissingen worden genomen, en tenslotte “spamming” en aanverwante verschijnselen.

Het is evident dat iemand die op internet surft, vele digitale sporen nalaat die door hen die daarvoor belangstelling hebben, kunnen worden achterhaald en gebruikt. De Commissie is van oordeel dat dit verschijnsel geen aanleiding geeft hiervoor in artikel 10, tweede of derde lid, van de Grondwet expliciete waarborgen op te nemen. De Wet bescherming persoonsgegevens zal voorzien in waarborgen voor gegevensverwerking in zowel de fysieke als de digitale wereld, derhalve ook voor de verwerking van gegevens die door internetgebruik zijn gegenereerd. Een aantal algemene waarborgen zullen, zoals hierna zal blijken, ook op grondwettelijk niveau dienen te worden verankerd. Het zou niet bij het sobere karakter van de Grondwet passen, indien in aanvulling daarop ook specifieke waarborgen voor internetgebruik in de Grondwet zouden worden opgenomen.

De Commissie meent dat tegen het maken van groepsprofielen door middel van “datamining” uit privacy-oogpunt in beginsel geen bezwaar bestaat. De persoonlijke levenssfeer komt pas in het geding wanneer een groepsprofiel wordt toegepast of verbonden met gegevens die zijn terug te voeren op een individuele natuurlijke persoon. Zij meent dat een regelingsopdracht, zoals zij die zal formuleren voor artikel 10, derde lid, van de Grondwet in dit op-

zicht voorlopig volstaat. De Commissie wijst verder nog op artikel 1 van de Grondwet, waarin het gelijkheidsbeginsel is vastgelegd, en de Algemene wet gelijke behandeling. Dit grondrecht en deze uitvoeringswetgeving voorzien in voldoende waarborgen om negatieve effecten van in- en uitsluiting door gebruik van groepsprofielen te redresseren.

Ongevraagde e-mails, ongevraagde telefonische oproepen en verschijnselen als “spamming” of “spoofing” worden in toenemende mate ervaren als hinderlijke inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. De Commissie is van oordeel dat deze verschijnselen niet van een zodanige aard zijn dat naar aanleiding daarvan op constitutioneel niveau maatregelen noodzakelijk zijn. Zij wijst daarbij op het feit dat tegen de negatieve effecten van deze verschijnselen reeds voorzieningen in de “gewone” wetgeving zijn getroffen of binnenkort zullen worden getroffen.

De Commissie ziet in het licht van de ontwikkelingen in het digitale tijdperk aanleiding het tweede en derde lid van artikel 10 wel op andere punten aan te passen. Deze ontwikkelingen zijn voor de Europese wetgever aanleiding geweest de zogenaamde algemene privacyrichtlijn (95/46/EG) vast te stellen. Deze richtlijn heeft niet alleen betrekking op het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens, maar bestrijkt het gehele proces van verwerking van persoonsgegevens, dat wil zeggen vanaf het moment van ontstaan tot aan het moment van eventuele vernietiging. Ter uitvoering daarvan wordt in Nederland thans de Wet bescherming persoonsgegevens tot stand gebracht. Ook in die wet staat de verwerking van persoonsgegevens centraal. De Commissie meent dat deze ontwikkeling ook zou moeten worden vertaald in het tweede lid van artikel 10.

Verder meent de Commissie dat de aanspraken in het derde lid uitbreiding verdienen. Een aanspraak op kennisneming van de doeleinden van verwerking is een recht dat zeker zo belangrijk is als de aanspraak op kennisgeving van het gebruik dat van gegevens wordt gemaakt. Immers, verenigbaarheid van het gebruik van gegevens met het doel waarvoor de gegevens zijn verwerkt, is een van de fundamenteën van het privacyrecht. Daarnaast kan een aanspraak op kennisneming van de herkomst van verwerkte gegevens een goede aanvulling bieden op de aanspraak op kennisneming van gegevens zelf. Ook de aanspraak op verbetering van gegevens lijkt beperkt. Immers, ook het recht op verwijdering van verwerkte gegevens en, onder omstandigheden, het recht van verzet tegen sommige specifieke vormen van verwerking worden thans als belangrijke rechten in de algemene privacyrichtlijn erkend en verdienen naar het oordeel van de Commissie ook verankering in de Grondwet.

Tegen de achtergrond van deze overwegingen stelt de Commissie het volgende nieuwe artikel 10 van de Grondwet voor:

Nieuw artikel 10

- 1 Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Dit recht kan bij of krachtens de wet worden beperkt.
- 2 De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met de verwerking van persoonsgegevens.
- 3 De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van de over hen verwerkte gegevens, van de herkomst van die gegevens, van de doeleinden waarvoor zodanige gegevens worden verwerkt, alsmede inzake de aanspraken op verbetering en verwijdering van zodanige gegevens en het verzet tegen de verwerking van die gegevens.

De regelingsopdracht van het tweede lid spreekt nu niet meer van het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens, maar van het verwerken van persoonsgegevens. De regelingsopdracht in het derde lid is uitgebreid tot de aanspraken op kennisneming van de herkomst van verwerkte gegevens, van de doeleinden waarvoor zodanige gegevens worden verwerkt, alsmede de aanspraken inzake verwijdering van zodanige gegevens en het verzet tegen de verwerking van die gegevens.

6 Artikel 13 van de Grondwet

Huidig artikel 13

- 1 Het briefgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.
- 2 Het telefoon- en telegraafgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

De Commissie meent dat het huidige artikel 13 van de Grondwet niet meer aan de eisen voldoet die door de moderne samenleving aan een grondwettelijke bescherming van het communicatiegeheim kunnen worden gesteld. De opsomming van de beschermde transportmiddelen - brief, telefoon en telegraaf - doet anachronistisch aan. De voortschrijdende ontwikkelingen op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie hebben geleid tot de ontwikkeling en inburgering van nieuwe transporttechnieken en communicatievormen die niet onder het huidige grondwetsartikel zijn begrepen. Daarbij doet zich het probleem voor dat nieuwe vormen van communicatie als e-mail en fax zowel kenmerken van de brief vertonen (geschrift) als kenmerken van de telefoon en telegraaf (telecommunicatie). De keuze om bij de ene

dan wel de andere communicatievorm aan te sluiten is evenwel van overwegend belang, omdat dit onderscheid in het huidige artikel 13 een verschil in beperkingsgronden meebrengt.

De Commissie onderschrijft het algemene gevoel, zoals ook in haar opdracht tot uitdrukking komt, dat een techniek-onafhankelijke formulering van het onderhavige grondrecht in deze turbulente tijden de voorkeur verdient. Een dergelijke aanpak impliceert dat wordt geabstraheerd van bestaande en eventuele toekomstige communicatiemiddelen en -technieken. Getracht moet worden in plaats daarvan een gemeenschappelijke noemer te formuleren voor het achter artikel 13 liggende rechtsbelang. De desbetreffende formulering zou de formele wetgever de ruimte moeten laten om door interpretatie van de constitutie in lijn met de stand van de techniek en de daaraan gerelateerde heersende opvattingen in het maatschappelijk verkeer, de reikwijdte van het grondrecht te bepalen.

Bij een techniek-onafhankelijke formulering van het grondrecht is de vraag relevant of dit moet worden beperkt tot indirecte communicatie, waarbij van transportkanalen gebruik wordt gemaakt, dan wel dat daaronder mede moet worden verstaan het “geheim” van directe communicatie. De beperking van dit grondrecht tot indirecte communicatiemiddelen is terug te voeren op argumenten die inmiddels aan validiteit hebben ingeboet. De verhoogde kwetsbaarheid van indirecte communicatie ten opzichte van de overheid als gevolg van het overheidsmonopolie op het gebied van informatie-transport is met het verdwijnen van dit monopolie sterk afgenomen. Gelet op de steeds meer verfijnde toepassingen van technische af luisterapparatuur, zoals richtmicrofoons, en het toegenomen gebruik daarvan ten behoeve van opsporing e.d., dient verder te worden onderkend dat de kwetsbaarheid van directe communicatie is toegenomen. Tegen deze achtergrond ligt het naar de mening van de Commissie in de rede om ook directe vormen van communicatie in het vervolg de specifieke bescherming van artikel 13 van de Grondwet te verlenen. Een techniek-onafhankelijke formulering die in het licht van voorgaande overwegingen het rechtsbelang achter artikel 13 het best weergeeft, is het recht om vertrouwelijk te communiceren.

De vraag die vervolgens beantwoording behoeft, is wat de reikwijdte van een dergelijk grondrecht is. Beperkt de bescherming zich tot het transport en eindigt deze derhalve op het moment dat een brief in de brievenbus valt, een fax uit de machine rolt of een e-mail bericht in de mailbox is opgenomen? Of wordt de inhoud van de boodschap over de gehele linie beschermd, derhalve vanaf het moment dat de afzender als het ware de envelop dichtplakt tot het moment dat de geadresseerde in de gelegenheid is geweest

daarvan kennis te nemen, althans tot het moment dat de geadresseerde redelijkerwijs mocht verwachten dat niemand anders daarvan kennis zou nemen? De Commissie meent dat de laatste zienswijze het best past bij het primaire belang dat het grondrecht beoogt te beschermen, te weten het belang om in een democratische samenleving vertrouwelijk met elkaar te kunnen communiceren.

In lijn met de jurisprudentie van het Europese Hof inzake de artikelen 8 en 13 EVRM neemt de Commissie als uitgangspunt dat de beperkingsbevoegdheid die artikel 13 van de Grondwet geeft, niet kan worden aangewend dan na verkrijging van een rechterlijke last. Dit vereiste belichaamt een belangrijke waarborg voor de burger. Het vereiste van een rechterlijke last zou slechts uitzondering kunnen lijden wanneer de beperking in het belang van de nationale veiligheid plaatsvindt. Deze uitzondering is conform de jurisprudentie van het Europese Hof.

De Commissie meent voorts dat de overheid na interceptie van vertrouwelijke communicatie betrokkene in beginsel daarvan op de hoogte moeten brengen. Een dergelijke verplichting valt af te leiden uit jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Ook in de literatuur wordt een verplichting tot kennisgeving meer en meer beschouwd als een noodzakelijke voorwaarde voor een gerechtvaardigde beperking van het communicatiegrondrecht. Wel kan - de jurisprudentie van het Europese Hof erkent dit - de noodzaak bestaan van uitstel c.q. afstel van de kennisgeving, wanneer bepaalde belangen (strafvordering, nationale veiligheid) daartoe nopen. Die belangen vormen vervolgens indirect de doelcriteria op grond waarvan (tijdelijk) heimelijke beperkingen van het grondrecht zijn toegestaan.

De Commissie onderschrijft de behoefte aan een sterkere doorwerking van het communicatiegrondrecht in de privaatrechtelijke verhoudingen, mede in het licht van de privatisering van de informatietransportdiensten en de liberalisering van de informatietransportmarkt. Binnen het kader van de huidige grondwets-systematiek, zo meent de Commissie, dient een dergelijke doorwerking te worden bewerkstelligd door middel van een expliciete opdracht in artikel 13 aan de wetgever.

Tot slot heeft de Commissie zich afgevraagd of ook verkeersgegevens onder de bescherming van artikel 13 van de Grondwet moeten worden gebracht. Onder verkeersgegevens worden gewoonlijk verstaan: gegevens die betrekking hebben op telecommunicatie die plaatsvindt of plaatsgevonden heeft. Het gaat - anders gezegd - om een vraag als: wie belt met wie, wanneer en

waar? Verkeersgegevens worden thans niet door artikel 13 beschermd, wel door artikel 10. Een relevante ontwikkeling met betrekking tot verkeersgegevens is de toename van het gebruik van deze gegevens ten behoeve van de opsporing. Verkeersgegevens kunnen een goed inzicht bieden in sociale en economische relaties tussen personen. Hetzelfde geldt echter, soms a fortiori, voor andere (gevoelige) persoonsgegevens. Digitalisering leidt niet uitsluitend tot traceerbare digitale sporen in de vorm van verkeersgegevens. Denk aan de (mogelijke) toepassingen van biometrie, gedigitaliseerde foto's en beelden en de relevantie van dergelijke gegevens voor justitie. De Commissie wijst er verder op dat persoonsgegevens over iemands medische gesteldheid niet door artikel 11 van de Grondwet (recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam) worden beschermd, maar eveneens door artikel 10. Deze argumenten brengen de Commissie tot de conclusie dat er onvoldoende rechtvaardiging bestaat om verkeersgegevens onder de specifieke bescherming van artikel 13 te brengen.

Tegen de achtergrond van deze overwegingen stelt de Commissie het volgende nieuwe artikel 13 van de Grondwet voor:

Nieuw artikel 13

- 1 Ieder heeft het recht vertrouwelijk te communiceren.
- 2 Dit recht kan bij de wet worden beperkt, 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.
- 3 Degene van wie dit recht wordt beperkt, wordt van die beperking zo spoedig mogelijk in kennis gesteld. In bij de wet te bepalen gevallen kan in het belang van de strafvordering of in het belang van de nationale veiligheid de kennisgeving worden uitgesteld. Indien het belang van de nationale veiligheid zich blijvend tegen de kennisgeving verzet, kan, in bij de wet te bepalen gevallen, de kennisgeving achterwege worden gelaten.
- 4 De wet stelt regels ter bescherming van de vertrouwelijkheid van communicatie

Deze bepaling omvat alle vormen van communicatie, ongeacht het object van de communicatie (schrift, beeld, spraak). Zij omvat ook het “live”-gesprek. Naast de vertrouwelijkheid van de communicatie wordt tevens de vertrouwelijke communicatie op zich beschermd. Dit betekent dat zowel interceptie van vertrouwelijke communicatie als het storen dan wel verhinderen van vertrouwelijke communicatie (vernietigen van brieven, platleggen van GSM-netwerk in een bepaald gebied) van overheidswege als een beperking van het grondrecht moet worden opgevat.

De vraag wanneer een verwachting van vertrouwelijkheid als redelijk mag worden gekwalificeerd, dient te worden beantwoord met behulp van een functioneel vertrouwelijkheids criterium, te weten op basis van feiten en omstandigheden waaruit voor een ander objectief kan worden afgeleid dat de subjectieve wil van de verzender op vertrouwelijkheid is gericht. Daarbij moet - niet limitatief - worden gedacht aan de aard van het kanaal (besloten), adressering en de aard van de communicatie (gesloten envelop, encryptie, opschriften als “vertrouwelijk” of andere uiterlijke kenmerken die op vertrouwelijkheid duiden).

In sommige gevallen, zoals bij telefonie en e-mail, kan enkel de aard van het gebruikte kanaal reeds als beslissend worden beschouwd voor het antwoord op de vraag of van vertrouwelijke communicatie sprake is. In andere gevallen zal eerst een combinatie van bovengenoemde factoren tot de conclusie kunnen leiden dat van vertrouwelijke communicatie kan worden gesproken. Zo zal niet iedere geadresseerde communicatie als vertrouwelijke communicatie kunnen worden aangemerkt. Omdat van communicatie door middel van bijvoorbeeld ansichtkaarten te gemakkelijk ook door anderen dan de geadresseerde kennis kan worden genomen, zou het te ver voeren ook dit als vertrouwelijke communicatie te beschouwen.

De reikwijdte van de grondrechtelijke bescherming is niet per definitie beperkt tot de transportfase. Als uitgangspunt voor de duur van de bescherming geldt dat de inhoud van de boodschap gedurende het gehele communicatieproces wordt beschermd, voor zolang de verzender naar objectieve maatstaven een redelijke verwachting van vertrouwelijkheid mag hebben. Dit betekent dat, afhankelijk van het communicatiemiddel dat wordt gebruikt, de beschermingsduur kan variëren. Voor brieven geldt dan bijvoorbeeld dat grondrechtelijke bescherming bestaat vanaf het moment dat de afzender de envelop dichtplakt tot het moment dat de geadresseerde in de gelegenheid is geweest daarvan kennis te nemen. Voor een fax geldt dat de bescherming eindigt op het moment dat een open document uit het faxapparaat komt. De grondwettelijke bescherming van e-mail duurt voort zo lang als het bericht zich ongelezen in de mail-box van de ontvanger bevindt.

7 Recht op toegang tot overheidsinformatie

De Commissie heeft zich, overeenkomstig haar taakopdracht, ook gebogen over de vraag of het met het oog op de ontwikkelingen op het terrein van informatie- en communicatietechnologie wenselijk is een grondrecht met betrekking tot de toegankelijkheid van (elektronische) (overheids)informatie in te voeren.

De Commissie realiseert zich dat door de tendens tot privatisering en horizontalisering voor de burgers cruciale informatie zich steeds meer in handen van particuliere organisaties bevindt. Zij erkent dan ook het belang dat burgers op de hoogte worden gesteld van de informatie die hen regardeert. De Commissie acht echter de tijd niet rijp om in de Grondwet een grondrecht met betrekking tot informatie van andere instellingen dan overheidsinstellingen op te nemen. Zij heeft zich dan ook verder uitsluitend gericht op eventuele invoering van een nieuw grondrecht met betrekking tot bij de overheid berustende informatie.

De Grondwet bevat thans reeds in artikel 110 een bepaling over de openbaarheid van bestuur. Dat artikel bepaalt dat de overheid bij de uitvoering van haar taak openbaarheid betracht volgens regels bij de wet te stellen. Bij dit artikel gaat het niet primair om een vrijheidsrecht van de burgers, maar om een gebod voor de overheid om bij de uitvoering van haar taak in beginsel openbaarheid te betrachten. Deze openbaarheid regardeert overigens niet alleen de overheidsinformatie, maar de gehele taakuitoefening van de overheid.

De zich in snel tempo ontwikkelende informatiesamenleving brengen veranderingen met zich die het functioneren van de democratische rechtsstaat beïnvloeden. Digitale informatieverstrekking van overheidswege kan de traditionele vormen van democratische controle versterken en tot revitalisering van het democratisch proces leiden. Een snelle en eenvoudige verstrekking van informatie beslecht de van oudsher bestaande barrières voor meer directe vormen van controle vanwege de individuele burger. Voorts biedt de toepassing van elektronische informatievoorziening mogelijkheden om op effectievere wijze invulling te geven aan het legaliteitsbeginsel, in het bijzonder aan eisen van kenbaarheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

Het toegenomen belang van informatiediensten- en producten heeft verder geleid tot een grotere afhankelijkheid van de burger van informatie(kanalen) en makelaars. Uitsluiting van de toegang tot informatie kan tot bestending van sociaal-economische deprivatie leiden en nieuwe vormen van maatschappelijke marginalisering tot gevolg hebben. In dit verband is het eerder genoemde aspect van toegankelijkheid van informatie cruciaal. Rechtens toegang hebben tot bij de overheid berustende informatie garandeert nog niet dat ook steeds een effectieve toegang is gewaarborgd. Het gemak waarmee men zich ook in fysiek, financieel en intellectueel opzicht toegang kan verschaffen is in veel gevallen van doorslaggevend belang.

In het licht van deze ontwikkelingen meent de grootst mogelijke meerderheid van de leden van de Commissie⁴ dat niet meer met de

4 Alle leden, met uitzondering van het lid Donner.

in artikel 110 van de Grondwet gegarandeerde openbaarheid van bestuur kan worden volstaan. Reeds in de redactie van deze bepaling ligt besloten dat zij niet primair een vrijheidsrecht voor de burger beoogt te constitueren, doch vooral een “kwestie van overheidshygiëne” betreft. Het belang van de kwaliteit van het openbaar bestuur bij betrachting van meer transparantie volgens door de wetgever te stellen regels staat voorop. Deze meerderheid pleit daarom voor invoering van een subjectief recht voor de burger op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Ook beveelt deze meerderheid aan een aparte zorgplicht voor de wetgever in het leven te roepen ter zake van de toegankelijkheid van deze informatie.

Tegen de achtergrond van deze overwegingen stelt deze meerderheid het volgende nieuwe grondwetsartikel voor:

Nieuw artikel

- 1 Ieder heeft recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Dit recht kan bij of krachtens de wet worden beperkt.
- 2 De overheid draagt zorg voor de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie.

Het begrip “bij de overheid berustende informatie” in dit artikel betreft alle soorten informatie die fysiek bij de overheid aanwezig is, derhalve niet uitsluitend informatie over een bestuurlijke aangelegenheid. Het gaat voorts niet alleen om informatie die is ontstaan bij of opgesteld door de overheid, maar ook om informatie bij de overheid die door andere personen of instanties is opgesteld. Wel moet er sprake zijn van informatie die als zodanig specifiek voor het desbetreffende overheidsorgaan is bestemd en ressorteert onder de verantwoordelijkheid van het overheidsorgaan.

Het eerste lid is geformuleerd als een subjectief recht van de burger. Daartegenover staat de plicht van de overheid om de informatie die in concreto wordt gevraagd ook daadwerkelijk te verstrekken. Wel zal eerst toegang tot de informatie verleend behoeven te worden, nadat een daartoe strekkend verzoek is ingediend en de overheid positief op dit verzoek heeft beslist. De overheid zal immers ten aanzien van informatie die niet actief openbaar is gemaakt, te allen tijde moeten kunnen beoordelen of het informatie betreft waartoe wellicht geen toegang kan worden verleend.

Het recht op toegang impliceert niet dat een ieder ook gelijkelijk toegang tot alle informatie heeft. Met name als het gaat om persoonsgegevens, is plausibel dat onder omstandigheden uitsluitend

degene wiens gegevens het betreft, toegang tot die informatie behoort te hebben. De beperking van de toegang voor anderen is mogelijk op grond van het laatste deel van het eerste lid.

De verplichting tot het toegankelijk maken van bij de overheid berustende informatie ziet vooral op informatie die cruciaal is voor het functioneren van de burgers. Hierbij denkt de Commissie met name aan de zogenaamde basisinformatie van de democratische rechtstaat. Daartoe behoren in ieder geval regelgeving, rechterlijke uitspraken en bij vertegenwoordigende organen berustende stukken. De term “toegankelijk” houdt in dat de informatie die in juridische zin openbaar is, ook daadwerkelijk kan worden geraadpleegd. Het gaat hier om aspecten als kenbaarheid en vindbaarheid, beschikbaarheid, hanteerbaarheid, betaalbaarheid, betrouwbaarheid en duidelijkheid van de informatie.

Het nieuwe artikel dient niet ter vervanging van het bestaande artikel 110 van de Grondwet, maar moet als een aanvulling op dat artikel worden gezien. Artikel 110 van de Grondwet betreft immers in algemene zin de verplichting voor overheidsorganen belast met wetgeving of bestuur om openbaarheid te betrachten. Bovenstaand voorstel heeft betrekking op één aspect daarvan: de toegang tot en de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie. Bovendien is het overheidsbegrip in het voorstel ruimer dan in artikel 110 van de Grondwet: ook bijvoorbeeld de rechterlijke macht, de Nationale ombudsman en de Algemene Rekenkamer vallen onder de werking van het nieuwe artikel.

Overige grondrechten

De Commissie heeft niet alleen aandacht besteed aan de zogenaamde informatiegrondrechten. Zij heeft ook een aantal andere grondrechten in ogenschouw genomen die mogelijk door de ontwikkelingen in het digitale tijdperk worden beïnvloed: het petitierecht, het recht tot vereniging, het recht tot vergadering en betoging, het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam, het huisrecht, het scheppen van voorwaarden voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en de vrijheid van onderwijs (de artikelen 5, 8, 9, 11, 12, 22 en 23 van de Grondwet).

De Commissie heeft allereerst stil gestaan bij het recht op petitie. Dit recht is thans in artikel 5 van de Grondwet als volgt geformuleerd: Ieder heeft het recht verzoeken schriftelijk bij het bevoegd gezag in te dienen. Van oudsher is met de eis dat een petitie schriftelijk wordt ingediend, beoogd tot uitdrukking te brengen dat de desbetreffende handeling op papier dient te staan. In het digitale tijdperk kan aan het begrip “schriftelijk” echter ook een andere betekenis worden toegekend. Die andere betekenis is:

weergave door middel van schrifttekens. In die betekenis is irrelevant wat de drager van de schrifttekens is. Dat kan papier zijn, maar ook een elektronisch te lezen stuk.

Indien artikel 5 van de Grondwet ongewijzigd blijft, valt niet uit te sluiten dat op enig moment het begrip “schriftelijk” in dat artikel zo ruim wordt uitgelegd dat ook een petitie via elektronische weg als “schriftelijk” wordt aangemerkt. Thans bestaat echter nog onzekerheid over de vraag of een dergelijke uitleg is toegestaan. Om buiten twijfel te stellen dat verzoekschriften ook op elektronische wijze kunnen worden ingediend, zou men kunnen overwegen artikel 5 aan te passen. De Commissie heeft in dit verband ook gezien of het nog wel plausibel is dat artikel 5 een vormvoorschrift bevat. Zij meent die vraag ontkennend te moeten beantwoorden. Eén van de belangrijkste vormen van een petitie is de klacht. Recent is in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een regeling van het klachtrecht opgenomen. Die regeling heeft betrekking op zowel mondelinge als schriftelijke klachten. Tegen de achtergrond daarvan kan zeer wel worden verdedigd dat het grondrecht waarop dit klachtrecht is gebaseerd, ook bescherming aan petitie in mondelinge vorm zou moeten geven.

De Commissie meent overigens dat aanpassing van artikel 5 duidelijk minder dringend is dan aanpassing van met name de artikelen 7 en 13 van de Grondwet. Aan de andere kant kan de Commissie zich voorstellen dat, indien de regering besluit tot aanpassing van andere grondwetsartikelen aan het digitale tijdperk over te gaan, zij deze gelegenheid aangrijpt toch ook artikel 5 aan te passen. Zij heeft daarbij mede in aanmerking genomen dat artikel 5 dan zo kan worden aangepast dat dit artikel, in overeenstemming met de taakopdracht van de Commissie, een techniek-onafhankelijk karakter krijgt. Tegen de achtergrond van deze overwegingen stelt de Commissie voor om, indien besloten wordt andere grondrechten aan het digitale tijdperk aan te passen, ook artikel 5 van de Grondwet aan te passen en wel door in de tekst van dat artikel het woord “schriftelijk” te schrappen.

De Commissie heeft ook aandacht besteed aan het recht tot vereniging en het recht tot vergadering en betoging, zoals neergelegd in artikel 8, onderscheidenlijk 9 van de Grondwet. Anders dan bijvoorbeeld de artikelen 7 en 13 van de Grondwet hebben de artikelen 8 en 9 een techniek-onafhankelijke formulering. Mede in dat licht gezien meent de Commissie dat ook elektronische vormen van vereniging, vergadering en betoging onder deze artikelen vallen.

De Commissie heeft zich vervolgens de vraag gesteld hoe fenomenen als telechirurgie zich verhouden tot artikel 11 van de Grondwet, waarin de onaantastbaarheid van het menselijk

lichaam is vastgelegd. Bij telechirurgie kan de situatie zich voordoen dat de patiënt zich in Nederland bevindt, doch de chirurg in een ander land. Geldt in zo'n geval het Nederlandse grondrechtelijke recht of het grondrechtelijk recht van dat andere land? De Commissie meent dat in een situatie als deze het grondrechtelijke recht geldt van het land waar degene verblijft die aanspraak op het grondrecht heeft, i.c. Nederland. Voor aanpassing van artikel 11 ziet zij geen reden.

In artikel 12 van de Grondwet is het huisrecht vastgelegd: het biedt bescherming in gevallen dat de overheid tegen de wil van de bewoner een woning wil betreden. Tegen de achtergrond van de toegenomen mogelijkheden om met behulp van moderne technieken communicatie binnen een woning af te luisteren en op te nemen, zou de vraag kunnen rijzen of het huisrecht aanpassing behoeft om tegen dergelijke activiteiten bescherming te bieden. Hierbij moet niet alleen worden gedacht aan het plaatsen van een microfoon in een woning, maar ook aan het gebruik van richtmicrofoons waarmee gesprekken in een woning kunnen worden afgeluisterd zonder de woning binnen te behoeven treden.

Naar huidig recht wordt het af luisteren en opnemen van gesprekken in een woning op grondwettelijk niveau in principe uitsluitend beschermd door artikel 10. Alleen indien daartoe ook in de woning wordt binnengetreden om microfoons te plaatsen, geeft artikel 12 aanvullende bescherming. Geschiedt het af luisteren en opnemen van het gesprek met behulp van een richtmicrofoon, dan is artikel 12 niet aan de orde. Dit leidt tot de ongerijmdheid dat het van de gebruikte methode afhangt welke grondrechtelijke bescherming een gesprek in een woning geniet.

Eerder heeft de Commissie een nieuwe tekst voor artikel 13 van de Grondwet voorgesteld die mede bescherming geeft aan het vertrouwelijke mondelinge gesprek. Het gesprek in een woning is naar zijn aard vertrouwelijk, zodat dit altijd de bescherming van het nieuwe artikel 13 zal genieten. Dit nieuwe artikel geeft meer bescherming aan het vertrouwelijke gesprek in een woning dan thans artikel 10 al dan niet in combinatie met artikel 12 biedt. Aanpassing van artikel 12 is op dit punt dan ook niet opportuun.

De Commissie meent dat de overheid thans reeds een zorgplicht heeft ten aanzien van de toegang tot informatiekanalen (postbezorging, het drukken van kranten, netwerken voor vaste en mobiele telefonie, omroep en internet). Deze zorgplicht is impliciet verankerd in artikel 22, derde lid, van de Grondwet. Daarin is onder meer vastgelegd dat de overheid voorwaarden schept voor maatschappelijke en culturele ontplooiing.

De vraag of deze zorgplicht een meer expliciet karakter verdient, beantwoordt de Commissie ontkennend. Tegen de achtergrond van het sobere karakter van de Grondwet zou op zijn minst de vraag rijzen wat deze zorgplicht zo bijzonder maakt dat zij een expliciete verankering in de Grondwet vergt, waar een expliciete zorgplicht thans ontbreekt ten aanzien van voorzieningen als voedsel, water, gas, elektra en openbaar vervoer, die minstens even belangrijk voor de burgers zijn.

Tot slot heeft de Commissie stilgestaan bij een ontwikkeling in de informatiesamenleving die de vraag oproept of ook artikel 23 van de Grondwet (vrijheid van onderwijs) wellicht aanpassing behoeft. Het betreft de opkomst van het teleleren: het leren op afstand, soms in een geheel op zichzelf staande virtuele leeromgeving, zonder contact met docenten of medecursisten.

Bij teleleren laten elementen van de onderwijsvrijheid zich als volgt vertalen. Het construeren van een elektronische leeromgeving kan worden gezien als uitoefening van de vrijheid een school te stichten. De vrijheid om leermiddelen te kiezen uit zich bij teleleren in de vrijheid om “on-line” bepaalde lesprogramma’s en leermethoden aan te bieden. De vrijheid om onderwijsgegenden aan te stellen is alleen relevant in semi-virtuele leeromgevingen, waarin een cursist “on line” ook met een docent communiceert. In een volledig virtuele leeromgeving ontbreekt immers een docent. De vrijheid van inrichting is bij teleleren de vrijheid om de bij de elektronische leeromgeving behorende organisatie en het beheer en bestuur daarvan naar eigen inzicht vorm te geven.

De drager van deze vrijheden kan zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon zijn. De vraag bij teleleren is of deze drager ook een in het buitenland gevestigde (rechts)persoon kan zijn. De Commissie meent deze vraag bevestigend te kunnen beantwoorden, voor zover de uitoefening van de vrijheid van onderwijs door de desbetreffende persoon naar woord en inhoud mede op Nederland is gericht en om die reden mag worden aangenomen dat de Nederlandse overheid rechtsmacht kan uitoefenen ten aanzien van de wijze waarop deze vrijheden worden uitgeoefend.

De in artikel 23 opgenomen zorgplicht van de overheid ten aanzien van het onderwijs laat zoveel ruimte dat zij de overheid noch ertoe dwingt om vormen van teleleren te bevorderen, noch haar belet dat wel te doen. Voorts is relevant dat de bekostigingsvoorwaarden die voor het bijzonder onderwijs gelden, de eis van rechtspersoonlijkheid bevatten. Het gaat om rechtspersoonlijkheid naar Nederlands recht, zodat buitenlandse instellingen die op Nederland gericht teleonderwijs geven, niet voor bekostiging in aanmerking komen.

Tegen de achtergrond van deze beschouwing ziet de Commissie geen aanleiding tot aanpassing van artikel 23 van de Grondwet aan de ontwikkelingen in de informatiesamenleving.

Uitgave

Commissie Grondrechten
in het digitale tijdperk
p/a Postbus 20011
2500 EA Den Haag
www.minbzk.nl/gdt

Productiebegeleiding

Directie Voorlichting en Communicatie
Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Vormgeving

Studio Tennekes,
Amsterdam

Druk

Phoenix & den Oudsten
Rotterdam

Exemplaren

Exemplaren van dit rapport zijn verkrijgbaar
bij servicevoorlichting van het ministerie van
Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
telefoon (070) 426 60 38

Mei 2000

20092