

Grondrechten in het digitale tijdperk: driemaal is scheepsrecht?

PROF.MR. L.F.M. VERHEY*

* Prof.mr. L.F.M. Verhey is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Maastricht.

1 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, hoofdstuk 8 (p. 67-91).

2 Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, Den Haag 2000. Zie voor het kabinetsstandpunt:

Kamerstukken II 2000/01, 27460, nr. 1. Voor een bespreking S. Nouwt, P. Blok, B.-J. Koops, M. Schellekens, E. Schreuders en M. de Vries, 'Grondrechten in het digitale tijdperk, Een reactie van het rapport', *NJB* 2000, p. 1321 e.v. Veel kritiek op het rapport kwam er uit Amsterdamse hoek: L. Asscher, 'Trojaans hobbelpaard. Een analyse van het rapport van de commissie Grondrechten in het digitale tijdperk', *Mediaforum* 2000, p. 228 e.v., E.J. Dommering, 'De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie', *Computerrecht* 2000, p. 182-183, J.M. de Meij, 'Grondrechten in het digitale tijdperk', *NJCM-Bulletin* 2001, p. 274 e.v.

3 Aan het rapport lag mede een rechtsvergelijkend onderzoek ten grondslag: A.K. Koekkoek, P.J.J. Zoontjens, F.M.C. Vlemminx, G. Leenknecht, J. Nouwt, E.J. Koops, H. van Schooten en R.J. Bos, *Bescherming van grondrechten in het digitale tijdperk: een rechtsvergelijkend onderzoek naar informatie- en communicatievrijheid en privacy in Zweden, Duitsland,*

1. Inleiding

Op 11 november 2010 heeft de Staatscommissie Grondwet haar rapport aan de verantwoordelijke bewindslieden aangeboden. Een onderdeel van het rapport bevat voorstellen tot actualisering van de grondwettelijke grondrechten in verband met de ontwikkeling van de informatietechnologie.¹ Het betreft voorstellen tot wijziging van art. 7 (de vrijheid van meningsuiting), art. 10 (de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) en art. 13 (het brief-, telefoon- en telegraafgeheim) Gw. De onderhavige bijdrage beoogt deze voorstellen te analyseren en van commentaar te voorzien.

Het onderwerp 'grondrechten in het digitale tijdperk' staat al lange tijd op de agenda. Eerdere pogingen om de Grondwet aan te passen aan de ontwikkeling van de informatietechnologie mislukten. De commissie beschikte voor dit thema derhalve over veel materiaal. In het bijzonder kan worden gewezen op het in 2000 uitgebrachte advies van de Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk', ook wel de commissie Franken genoemd.^{2,3} Het werk van deze commissie was destijds tevergeefs. In 2004 werd na zeer kritische advisering door de Raad van State besloten om af te zien van indiening van de op het rapport van de commissie Franken gebaseerde concept-wetsvoorstellen.⁴ Kennelijk achtte de regering in 2008 de tijd rijp voor een nieuwe poging. Zonder zichtbare aanleiding verscheen het thema in de opdracht van de Staatscommissie Grondwet.⁵

De Staatscommissie heeft in het overvloedige materiaal 'een belangrijke basis gevonden voor haar discussies'.⁶ Dat heeft niet geleid tot kopiëring van eerdere voorstellen. Integendeel, de commissie neemt eigen standpunten in over de problematiek en komt op grond daarvan tot nieuwe voorstellen. Dat is een verstandige benadering. Gezien de scherpe kritiek op de eerdere voorstellen en gegeven het feit dat de technologie sinds 2004 zich verder heeft ontwikkeld, was er voldoende aanleiding tot een hernieuwde gedachtevorming en een hernieuwde weging van de

verschillende mogelijkheden. In het algemeen heeft dat geleid tot goede, compact geformuleerde voorstellen. De hierna geplaatste kanttekeningen dienen dan ook in dat licht te worden gezien.

2. Enkele algemene beschouwingen

2.1 Algemene beginselen

Om de afzonderlijke voorstellen tot wijziging van de art. 7, 10 en 13 Gw. in de juiste context te kunnen plaatsen is van belang eerst iets te zeggen over het rapport als geheel.⁷ Het rapport bevat een veelheid van onderwerpen. Sommige daarvan zijn van direct belang voor de hierna te bespreken voorstellen. Dat betreft allereerst het voorstel van de commissie om een algemene 'grondslagenbepaling' aan de Grondwet toe te voegen. Daarin zou onder meer moeten worden bepaald dat de overheid de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen eerbiedigt en waarborgt.⁸ In de opvatting van de commissie dient deze bepaling als interpretatiekader voor de overige grondwettelijke bepalingen en wettelijke voorschriften.⁹

Of dit een gelukkig voorstel is, laat ik hier in het midden.¹⁰ Volstaan kan hier worden met de constatering dat de nieuwe art. 7, 10 en 13 moeten worden gezien in het licht van de voorgestelde 'grondslagenbepaling'. Toevoeging van een dergelijke bepaling aan de Grondwet zou betekenen dat de uitleg van de art. 7, 10 en 13 nadrukkelijker dan voorheen zou worden bepaald door de achterliggende algemene beginselen. Vanzelfsprekend krijgt dit nog extra gewicht indien het toetsingsverbod van art. 120 Gw. conform het initiatiefvoorstel Halsema¹¹ gedeeltelijk zou worden opgeheven. De rechter zou in dat geval de nodige extra armslag krijgen om algemene, deels door de commissie geherformuleerde grondrechten als het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, het recht op bescherming van persoonsgegevens en het recht op vertrouwelijke communicatie in de rechtspraak verder te ontwikkelen.

Van belang is verder het voorstel van de commissie om een algemene aanvullende beperkingsclausule in de Grondwet op te nemen. Deze zou moeten inhouden dat beperkingen van grondrechten niet verder gaan dan het doel van de beperking vereist en voorts dat de kern van grondrechten niet wordt aangetast. Het gaat hier om algemeen aanvaarde principes die gelden bij het beperken van grondrechten en die reeds veelvuldig in de Europese en nationale rechtspraak worden toegepast bij de uitleg van internationale grondrechtenbepalingen. Aanvulling van de Grondwet met deze bepaling acht de commissie nodig omdat de Grondwet, anders dan de meeste internationale verdragen, weinig precies is over de grenzen die

Frankrijk, België, de Verenigde Staten en Canada: eindrapport, Den Haag: WODC 2000. Zie daarna R. Leenes, B.-J. Koops e.a. (red.), *Constitutional rights and new Technologies: a comparative study*, Den Haag: T.M.C Asser Press 2008.

⁴ De concept-wetsvoorstellen, de adviezen van de Raad van State en de nadere rapporten zijn opgenomen in *De grondwetsherziening 2006*, Deel 39 Documentatiereeks Naar een nieuwe grondwet, 's-Gravenhage:

arti- kelen

Sdu Uitgevers 2006, p. 431-536. Een eerdere poging om art. 13 te wijzigen in de negentiger jaren van de vorige eeuw mislukte eveneens. Zie *Kamerstukken II 2000/01*, 27 460, nr. 1, p. 2 met verwijzing naar relevante Kamerstukken.

⁵ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 570, nr. 8. Zie eerder het nader rapport dd. 18 juli 2008, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 570, nr. 3, p. 35-36.

⁶ *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 69.

⁷ Zie voor een eerste bespreking J.A. Peters, G. Bogaard, 'Staatscommissie Thomassen: te voorzichtig', *NJB 2010*, p. 2802 e.v.

⁸ Een sterk vergelijkbare bepaling werd eerder voorgesteld

door Kortmann. Zie C.A.J.M. Kortmann, Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?, in: *De Grondwet herzien, 25 jaar later, 1993-2008*, Den Haag : ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008, p. 7 e.v., m.n. p. 20.

9 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 38.

10 Zie voor enkele korte kritische kanttekeningen L. Verhey, 'De staatscommissie Grondwet: een doodgeboren kind?', *NJB 2010*, p. 2809.

11 Wet van 25 februari 2009, *Stb. 2009*, 120. Inmiddels in tweede lezing ingediend: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 334, nrs. 1-3. De Staatscommissie toont zich een voorstander van dit wetsvoorstel (rapport p. 43 e.v.).

12 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 55-56. Hierover ook de Raad van State: *Kamerstukken II 2007/08*, 31 570, nr. 3, p. 26-27.

13 Onjuist is het eerder door de regering ingenomen standpunt (*Kamerstukken II 2000/01*, 27 460, nr. 1, p. 6) dat de materiële eisen die aan een beperking moeten worden gesteld, reeds in de huidige grondwetstekst moet worden ingelezen. Hierover H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse grondwet niet zou misstaan', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 233 e.v., m.n. p. 248, L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkings-systeem: handhaving of herbezinning?', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 216 e.v., m.n. p. 229.

14 De term 'algemeen persoonlijkheidsrecht' in de context van art. 8 EVRM ontleen ik aan een eerdere publicatie. Zie 'Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^{ste}*

de wetgever bij het beperken van de grondwettelijke grondrechten in acht moet nemen. De door de commissie voorgestelde bepaling beoogt de wetgever en de rechter op dit punt meer houvast te bieden. Ook hier is weer een verband met de eerder genoemde 'grondslagenbepaling'. Bij de interpretatie van de beperkingsclausule kan de door de commissie voorgestelde algemene bepaling mede als leidraad dienen.¹²

Met de commissie meen ik dat toevoeging van een aanvullende beperkingsclausule gewenst is. Zonder een dergelijke clausule is onvoldoende duidelijk waaraan de wetgever zich bij het beperken van grondrechten heeft te houden.¹³ De in de Grondwet vast te leggen principes zullen niet in de laatste plaats een rol kunnen spelen bij de toepassing van de art. 7, 10 en 13 Gw. Daar waar deze rechten als gevolg van de voorstellen van de commissie techniekonafhankelijker en dus ook abstracter zullen worden geformuleerd, zal de toepassing van de beperkingssystematiek en de daaraan inherente beginselen ook nauwer luisteren. De Straatsburgse jurisprudentie inzake art. 8 EVRM illustreert dat. Bij de begrenzing van het onder art. 8 EVRM ontwikkelde algemene persoonlijkheidsrecht¹⁴ spelen het proportionaliteitsbeginsel en het kernrechtprincipe in de rechtspraak van het EHRM een belangrijke rol.¹⁵

De kernrechtgedachte zoals verwoord in het voorstel van de Commissie is thans al van belang bij de invulling van het huidige art. 7, eerste lid, Gw. Volgens vaste rechtspraak¹⁶ geldt in dat kader het openbaringsrecht als kern van de drukpersvrijheid en het verspreidingsrecht als 'perifeer' recht. De betekenis van dat onderscheid is dat het verspreidingsrecht, anders dan het openbaringsrecht, niet valt onder de strenge legaliteits eis van art. 7, eerste lid. Daarmee zijn in beginsel ook beperkingen op grond van lagere regelgeving mogelijk. De commissie beoogt deze situatie in stand te laten. Als de voorstellen van de commissie worden overgenomen impliceert dit dat het openbaringsrecht in strikt grondwettelijke zin niet meer als 'kern' van het grondrecht zal kunnen gelden. Volgens de commissie immers zal in de Grondwet moeten worden vastgelegd dat de kern van het grondrecht niet mag worden aangetast daar waar art. 7, eerste lid, Gw., zij het onder strikte voorwaarden, wel beperkingen op het openbaringsrecht toelaat.

2.2 De uitvoering van de opdracht

De commissie is blijkens haar rapport op veel punten verdeeld. Bij het thema 'grondrechten in het digitale tijdperk' is de verdeeldheid ondanks uitvoerige minderheidsstandpunten van één commissielid over de art. 10 en 13, relatief beperkt gebleven. Dat komt het gezag en de overtuigingskracht van dit gedeelte van het rapport ten goede.

Wellicht heeft de onderlinge verdeeldheid wel een substantiële rol gespeeld bij de onderbouwing van de voorstellen. Deze is soms erg summier. Dat geldt ook voor de voorstellen tot wijziging van de art. 7, 10 en 13 Gw. Vaak blijft in het midden waarom de commissie tot bepaalde keuzes en formuleringen is gekomen. Op sommige punten is ook onduidelijk hoe haar opvattingen zich verhouden tot de eerder gesneuvelde conceptvoorstellen. Dat is relevant omdat onder meer de Raad van State en de Eerste Kamer zich in het verleden kritisch hierover hebben uitgelaten en de commissie in bepaalde opzichten niettemin aansluit bij de eerder gedane voorstellen. Al met al dienen de voorstellen van de commissie voor zover zij door de regering worden overgenomen, te worden voorzien van een grondigere motivering.

De opdracht van de commissie was om te adviseren over ‘de grondrechten in het digitale tijdperk’¹⁷. Een nadere toelichting op de opdracht ontbrak. De regering heeft alleen aangegeven dat het ‘daarbij de art. 7, 10 en 13 van de Grondwet kan betreffen’¹⁸. Hoewel de ontwikkeling van de informatietechnologie ook raakt aan andere grondrechten – de commissie noemt onder meer het kiesrecht, de vrijheid van vergadering en betoging, de lichamelijke integriteit en het huisrecht – heeft de commissie terecht besloten haar advisering te beperken tot de art. 7, 10 en 13. Hier doen zich de meeste problemen voor. Bovendien lijkt deze taakopvatting het beste aan te sluiten bij de door de regering geformuleerde behoefte.

Een minderheid van de commissie betreurt de beperking van de taakopdracht en pleit voor een nieuw grondrecht op toegang tot overheidsdocumenten.¹⁹ De commissie Franken kwam met een vergelijkbaar voorstel²⁰ dat, zo is inmiddels gebleken, goed aansluit bij art. 42 van het EU-Handvest voor de grondrechten.²¹ Hoewel het belang van openbaarheid van bestuur buiten kijf staat, is het standpunt van de meerderheid begrijpelijk. Moeilijk kan worden staande gehouden dat in het huidige stelsel – met de reeds bestaande instructienorm van art. 110 Gw.,²² en de daarop gebaseerde wetgeving – zich zodanige knelpunten voordoen dat een grondwetswijziging hier noodzakelijk is. Wel had het voor de hand gelegen indien het op zichzelf interessante en helder geformuleerde voorstel van de minderheid, uitvoeriger door de meerderheid zou zijn weerlegd. Ook hier schiet de motivering van het rapport tekort.²³

verjaardag van prof. mr. E. A. Alkema, Deventer: Kluwer 2009, p. 517 e.v., m.n. p. 521. Een ruime uitleg van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is overigens ook aan de orde in het kader van art. 10 Gw. Zie verder R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht. Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, diss. Utrecht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, en H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid*, diss. Maastricht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.

¹⁵ Zie voor een globaal overzicht van de Straatsburgse rechtspraak Jacobs, White, and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2010, p. 325 e.v en 363 e.v.

¹⁶ HR 28 november 1950, NJ 1951, 137 (APV Tilburg).

¹⁷ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 570, nr. 8. Zie ook *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 13.

¹⁸ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 570, nr. 3, p. 35.

¹⁹ *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 69 en 90-91.

²⁰ *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, p. 190 e.v.

²¹ Dit artikel luidt: Iedere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat heeft recht op toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.

²² Dit artikel luidt: De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen.

²³ Zeer kritisch hierover J. Peters en G. Boogaard 2010, p. 2804-2805.

3. Artikel 7 Grondwet

3.1 Tekst voorstel commissie

De commissie stelt voor art. 7 Gw. als volgt te herformuleren:

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten en meningen te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. Het ontvangen van informatie is vrij, behoudens beperkingen bij de wet gesteld.
3. De overheid eerbiedigt de pluriformiteit van de media.

In het navolgende ga ik in op de hoofdlijnen van de bepaling en beperk ik mij voor het overige tot enkele korte opmerkingen over twee specifieke thema's: de positie van handelsreclame-uitingen en de pluriformiteit van de media.

3.2 Een sobere bepaling

Wat onmiddellijk opvalt is dat deze tekst aanzienlijk korter is dan het huidige art. 7 Gw. In het algemeen hebben de voorstellen van de commissie de aantrekkelijke eigenschap dat zij kort en bondig zijn geformuleerd. Dat sluit ook goed aan bij het streven naar een sobere en open Grondwet.²⁴

De commissie beoogt met haar voorstel zo dicht mogelijk te blijven bij de huidige tekst van art. 7 Gw. Het verbod om uitingen te verbinden aan de eis van voorafgaand verlof wordt gehandhaafd. Voorts spreekt de tekst evenals het thans geldende art. 7, eerste lid, over 'openbaren'. Ook de formulering van de beperkingsclausule van het eerste lid is ongewijzigd. De commissie acht het ten slotte niet nodig om de verspreidingsjurisprudentie in de Grondwet te codificeren. Ook in dat opzicht beoogt de commissie het geldende recht ongewijzigd te laten.

De belangrijkste vernieuwing is dat in art. 7 niet meer de middelen worden genoemd waarmee meningen worden geuit. Afzonderlijke regeling van openbaring door middel van de 'drukkers' (huidige eerste lid), 'radio en televisie' (huidige tweede lid), 'vertoningen' (huidige derde lid)²⁵ en 'andere middelen' (eveneens huidige derde lid) blijft achterwege. Alle vormen van openbaring van 'gedachten en meningen'²⁶ worden beschermd door het nieuw geformuleerde eerste lid. Daarnaast wordt de bescherming van art. 7 uitgebreid door een nieuw tweede lid waarin de ontvangstvrijheid is vastgelegd. Een belangrijke verruiming is ten slotte dat de thans bestaande uitzondering voor handelsreclame van art. 7, vierde lid, wordt geschrapt.

Met deze bepaling zou de grondwettelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting aanzienlijk worden versterkt. De open,

²⁴ *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 22-23.

²⁵ Een minderheid van de commissie is in lijn met het huidige art. 7, derde lid, voorstander van een verruimde uitzonderingsbepaling voor de bescherming van minderjarigen die evenwel niet beperkt blijft tot 'vertoningen'. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 74. Het daartoe strekkende betoog maakt echter niet duidelijk waarom niet volstaan kan worden met de beperkingsmogelijkheid van het voorgestelde art. 7, eerste en tweede lid.

²⁶ De terminologie 'gedachten en meningen' (in plaats van het in het huidige artikel gehanteerde 'gedachten en gevoelens') acht ik minder gelukkig omdat het overlappende categorieën betreft. Het verdient de voorkeur om overeenkomstig art. 10 EVRM te spreken over 'inlichtingen of denkbeelden'. Hetzelfde geldt voor het voorgestelde art. 7, tweede lid, waarin volgens het voorstel van de Commissie alleen gesproken wordt over het ontvangen van 'informatie'.

techniekafhankelijke formulering zou voorts ruimte bieden om in te spelen op nieuwe ontwikkelingen, terwijl tegelijkertijd de traditionele verworvenheden van het thans geldende art. 7 behouden zouden blijven. Een groot voordeel is ten slotte dat met de beoogde handhaving van het verspreidingsrecht in zijn huidige vorm tegemoet wordt gekomen aan fundamentele kritiek die is geuit op het eerdere regeringsvoorstel. De Raad van State toonde in zijn advies destijds overtuigend aan dat de verspreidingsjurisprudentie te genuanceerd en te veelomvattend is om in een enkele grondwetsbepaling te verankeren.²⁷

Gegeven de voorgeschiedenis zal een belangrijk discussiepunt blijven of de door de commissie voorgestelde bepaling met zijn techniekafhankelijke formulering voldoende rechtszekerheid en een voldoende genuanceerde bescherming zal bieden. Gesteld zou kunnen worden dat door de middelen waarmee de uiting kan worden gedaan in art. 7 onvermeld te laten, onvoldoende duidelijk is waartoe de bescherming van het artikel zich zal uitstrekken. Voorts zou gewezen kunnen worden op het risico dat door voor alle uitingsvormen hetzelfde regime toe te passen, bepaalde uitingsvormen te veel en andere uitingsvormen te weinig bescherming zullen genieten.²⁸

Laatstgenoemde bezwaren acht ik niet onoverkomelijk. Met een redelijke uitleg van het grondrecht²⁹ en een genuanceerde en een op het concrete geval gerichte toepassing van de beperkingsclausules zal naar verwachting met het oog op de praktijk aanvaardbare oplossingen kunnen worden bereikt. Van wezenlijk belang in dat opzicht is dat voor het verspreidingsrecht met de beoogde handhaving van de verspreidingsjurisprudentie ruimere beperkingen mogelijk blijven dan zijn voorzien in art. 7, eerste lid. In de afweging tussen de wenselijkheid van een techniekafhankelijke formulering enerzijds en de noodzaak van voldoende rechtszekerheid anderzijds heeft de commissie al met al een goed verdedigbaar evenwicht bereikt.

3.3 Handelsreclame en pluriformiteit van de media

Het voorgaande lijkt wellicht uitzondering in twee specifieke gevallen: de positie van handelsreclame-uitingen en de pluriformiteit van de media.

Bij beide thema's die in het rapport van de Staatscommissie aan bod komen, plaats ik hierna kort enkele kanttekeningen.

Over handelsreclame-uitingen toont de commissie zich verdeeld.³⁰ De meerderheid wenst te volstaan met het enkel schrappen van het huidige art. 7, vierde lid, Gw. Daardoor komt handelsreclame onder de bescherming van het eerste lid te vallen. Dit is naar het oordeel van de meerderheid in overeenstemming met art. 10 EVRM waarin evenmin een onderscheid tussen commerciële en ideële uitingen wordt gemaakt. Bovendien

27 Advies Raad van State p. 10-12. Zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 464-466.

28 Zie advies Raad van State p. 3 e.v., Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 457 e.v.

29 Zie over de grondwettelijke beperkingssystematiek en de ter uitvoering daarvan door de rechter toegepaste technieken B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg (Burkens-bundel)*, Zwolle 1995, p. 1 e.v. en Verhey 2003, p. 216 e.v.

30 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 75-77.

- 31 Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, p. 99-101, 107 en 111-112. Zie in dezelfde lijn het kabinetsstandpunt, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 12-13 en ook het latere concept-wetsvoorstel. Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 433, 448-449. Vergelijk eerder reeds C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 89.
- 32 EHRM 28 juni 2001, NJ 2002, 181 (VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland), par. 71. Zie verder Jacobs, White and Ovey 2010, p. 447-448.
- 33 Hoewel de voorzitter van de commissie tijdens de presentatie van het rapport in Den Haag op 11 november j.l. iets anders suggereerde. Op een vraag naar de betekenis van deze bepaling antwoordde zij dat de overheid op grond van deze bepaling geacht wordt de pluriformiteit van de media actief te beschermen.
- 34 Hoewel toegegeven moet worden dat de door de commissie voorgestelde opzet aansluit bij art. 11 EU Handvest voor de grondrechten. Dat argument acht ik echter niet van overwegende betekenis.
- 35 Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, p. 105-107 en 112-114. Zie in dezelfde lijn het kabinetsstandpunt, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 13-14 en ook het latere concept-wetsvoorstel. Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 433, 449-450. In beginsel stemde ook de Raad van State in met een dergelijke bepaling. Zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 467.

wijzen deze leden erop dat bedoeld onderscheid in de praktijk niet altijd te maken valt en het daarom de voorkeur verdient alle uitingen onder hetzelfde regime te brengen. Daartegenover staat een minderheid van de commissie die enerzijds instemt met het schrappen van de absolute uitzondering van het huidige art. 7, vierde lid, maar anderzijds een aparte bepaling voor handelsreclame voorstelt met een ruimere beperkingsclausule. Zij wijzen ter onderbouwing van hun voorstel op het bijzondere karakter van handelsreclame dat verdergaande en andersoortige beperkingen zou vergen. De commissie Franken heeft destijds een vergelijkbaar voorstel gedaan.³¹

Beide standpunten acht ik verdedigbaar. Met de meerderheid kan men stellen dat de praktijk met een redelijke uitleg van het grondrecht zich wel zal redden. Een gevolg hiervan is echter, zoals de meerderheid van de commissie ook erkent, dat bij gebreke van een delegatiemogelijkheid in art. 7, eerste lid, alle beperkingen van handelsreclame-uitingen in de formele wet zelf zullen moeten worden geregeld. Hoewel de meerderheid van de commissie hier niet al te zwaar aan tilt, is de vraag of regeling op uitsluitend het niveau van de formele wet wenselijk en uitvoerbaar is. Het gaat veelal om gedetailleerde voorschriften die voortvloeien uit het EU-recht in het kader van de bevordering van eerlijke concurrentie, volksgezondheid en consumentenbescherming. Een ruimere beperkingsmogelijkheid lijkt hier de voorkeur te hebben. Een ruimere beperkingsmogelijkheid is ook in overeenstemming met art. 10 EVRM. Het EHRM laat de staten een ruimere 'margin of appreciation' als het gaat om commerciële uitingen.³²

Een thema dat de Staatscommissie wél voorstelt te regelen is de pluriformiteit van de media. De commissie is echter verdeeld over de vraag of en zo ja in hoeverre, de overheid een rol daarbij zou moeten spelen. Dat heeft geleid tot een merkwaardig compromis. Voorgesteld wordt om aan art. 7 een vierde lid toe te voegen waarin wordt bepaald dat de overheid de pluriformiteit van de media 'eerbiedigt'. Met deze terminologie wordt, gezien ook de in het rapport gegeven motivering, uitsluitend een verplichting tot overheidsonthouding bedoeld.³³ Een dergelijke bepaling is naast het voorgestelde eerste en tweede lid overbodig.³⁴ Gezien het streven van de commissie om te komen tot een sobere Grondwet, zou deze bepaling in deze vorm geschrapt dienen te worden.

Wellicht wel toegevoegde waarde heeft een grondwettelijke verplichting voor de overheid om de pluriformiteit van de media actief te bevorderen. De commissie Franken heeft daar eerder voor gepleit.³⁵ Getwist kan worden over de noodzaak van een dergelijke bepaling. Gezien het grote belang van de pluriformiteit van de media moet het echter wenselijk worden geacht dit belang en de taak van de overheid op dit terrein op een

betekenisvolle wijze in de Grondwet tot uitdrukking te brengen. Dat de overheid hier een taak heeft lijkt de commissie overigens niet te betwisten. Voor overheidsoptreden bestaat, zo betoogt de commissie treffend, 'niet alleen een economisch georiënteerde noodzaak – het voorkomen van monopolievorming – maar kan ook een argument van culturele en zelfs staatkundige aard bestaan: veelvormigheid van media- en uitingsvormen kan een vitale uitwisseling van opvattingen, ideeën en standpunten bevorderen en daarmee een bijdrage leveren aan een 'levendige democratie'.³⁶ Het ligt voor de hand om deze lijn door te trekken en een juridische basis voor deze in een democratische rechtsstaat essentiële overheidstaak in de Grondwet te creëren.

4. Artikel 10 Grondwet

4.1 Tekst voorstel commissie

De commissie stelt voor het huidige art. 10, eerste lid, Gw. waarin een subjectief recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is neergelegd, ongewijzigd te laten. Dat is terecht. Er is geen aanleiding de tekst van art. 10, eerste lid, aan te passen.

Wel nieuw is het voorstel om de bepalingen omtrent de bescherming van persoonsgegevens (thans art. 10, tweede en derde lid) te herformuleren en onder te brengen in een afzonderlijke bepaling. Daartoe stelt de commissie het volgende nieuwe artikel voor:

1. Ieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.
2. Persoonsgegevens worden alleen verwerkt voor welbepaalde doeleinden,
 - a. hetzij met toestemming van de betrokkene,
 - b. hetzij op grond van bij de wet te stellen regels.
3. Ieder heeft recht op inzage in de over hem verzamelde gegevens, op kennisneming van de verwerking van die gegevens, en op de verbetering van die gegevens, behoudens bij de wet gestelde beperkingen.

In het navolgende ga ik in op achtereenvolgens de loskoppeling van het recht op bescherming van persoonsgegevens en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op de vormgeving en uitwerking van het recht op bescherming van persoonsgegevens.

³⁶ *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 79. Op dezelfde bladzijde ontkracht de commissie dit betoog overigens weer door ter onderbouwing van het door haar geformuleerde vierde lid aangaande de veronderstelde overheidstaak op dit terrein te wijzen op 'het gebrek aan een aangetoonde noodzaak voor een dergelijk optreden'.

4.2 Loskoppeling van privacy en bescherming van persoonsgegevens

De commissie stelt unaniem (!) voor de huidige bepalingen inzake de bescherming van persoonsgegevens los te koppelen van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en om te vormen tot een zelfstandig grondrecht.³⁷ Daarvoor voert de commissie drie redenen aan:

- Door een aparte grondwetsbepaling te wijden aan de bescherming van persoonsgegevens komt duidelijker tot uitdrukking dat deze bescherming niet alleen gerelateerd is aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer maar ook aan andere grondrechten. De commissie noemt de vrije meningsuiting (met name de persvrijheid) en het discriminatieverbod.
- In het Europese recht (zowel binnen de Raad van Europa als binnen de EU) is een zelfstandig recht op bescherming van persoonsgegevens tot ontwikkeling gekomen. Dat is met name zichtbaar gemaakt in het EU-Handvest voor de grondrechten waarin aparte artikelen aan de persoonlijke levenssfeer (art. 7) en de bescherming van persoonsgegevens (art. 8) zijn gewijd.
- Een afzonderlijke grondwetsbepaling geeft uitdrukking aan het toegenomen belang van de verwerking van persoonsgegevens en de noodzaak van een behoorlijke bescherming in dat verband.

Het beeld dat de commissie schetst is ietwat overtrokken. Niet ontkend kan worden dat er een nauwe³⁸ relatie is tussen het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de verwerking van persoonsgegevens. Dit blijkt ook uit de Straatsburgse rechtspraak waarin het EHRM in verband met het recht op privéleven ex art. 8 EVRM burgers onder omstandigheden beschermt tegen onrechtmatige verwerking van hun persoonsgegevens.³⁹ Ook de belangrijke, door de commissie genoemde EU-richtlijn 95/46 plaatst de bescherming van persoonsgegevens nadrukkelijk in de sleutel van art. 8 EVRM.⁴⁰

Elders in het rapport hanteert de commissie een andere argumentatie.⁴¹ Deze houdt in dat de bescherming van persoonsgegevens – evenals de specifieke privacyrechten van de art. 11, 12 en 13 Gw. – slechts een deelaspect is van het generieke recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Het ligt vanuit dat perspectief voor de hand om dat deelaspect, net als geschied is met het recht op lichamelijke integriteit, het huisrecht en het brief-, telefoon- en telegraafgeheim, onder te brengen in een afzonderlijke bepaling. Ook het argument dat met een aparte bepaling het belang van de bescherming van persoonsgegevens sterker tot uiting

³⁷ *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 81-82. In de literatuur werd hiervoor eerder gepleit door P.H. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Den Haag: BJU 2002, p. 65 e.v. Hij meent dat de uitwerking van het huidige art. 10, tweede en derde lid, Grondwet meer samenhangt met de beginselen van behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces dan met het recht op privacy.

³⁸ Nauwer dan met andere grondrechten. Dat neemt niet weg dat – en in zoverre is de argumentatie van de commissie wel juist – dat de bescherming van persoonsgegevens ook raakt aan andere rechten en belangen.

³⁹ Voor een recent overzicht H.R. Kranenburg en L.F.M. Verhey, *Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief*, Mastermonografieën Staats- en bestuursrecht, Kluwer Deventer 2011, p. 17 e.v. Zie voorts Jacobs, White and Ovey 2010, p. 374-377.

⁴⁰ Zie overweging 2 en 10 van Richtlijn 95/46, *PbEG* 1995, L 281/31.

⁴¹ *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 80.

komt, snijdt hout. Al met al verdient de voorgestelde loskoppeling van beide rechten steun.

4.3 Een subjectief recht?

Belangrijker dan de vraag naar het al dan niet opnemen van een afzonderlijke bepaling is de wijze waarop het recht op bescherming van persoonsgegevens⁴² moet worden vormgegeven.⁴³ Het voorstel van de commissie lijkt te zijn geïnspireerd door art. 8 EU-Handvest.⁴⁴ Met de formulering van het eerste lid lijkt op het eerste gezicht een subjectief recht te zijn beoogd. Een beperkingsclausule ontbreekt echter. Wel verwijst de commissie naar de door de commissie voorgestelde algemene aanvullende beperkingsclausule. Deze clausule vormt, in de woorden van de commissie, 'een waarborg ter bescherming van het recht op bescherming van persoonsgegevens'.⁴⁵ Het tweede en derde lid zijn klaarblijkelijk bedoeld als een nadere invulling van het generieke recht van het eerste lid. Met betrekking tot de individuele aanspraken van het derde lid is wel een bijzondere beperkingsclausule opgenomen.

Het is begrijpelijk en op zichzelf zinvol dat de commissie heeft willen aansluiten bij de formulering van art. 8 EU-Handvest. De wenselijkheid om aan te sluiten bij de Europese rechtsontwikkeling kan echter geen doorslaggevend argument zijn om het grondrecht in de Grondwet op eenzelfde wijze te regelen. De grondwettelijke context is specifiek en anders van aard dan die van het EU-Handvest. Daarom zal los van het EU-Handvest moeten worden beoordeeld of de inhoud van de door de commissie voorgestelde grondwetsbepaling adequaat is. Zo bezien zijn er over de bepaling de nodige vragen te stellen. Een en ander zal wellicht moeten leiden tot een verduidelijking van de formulering van bepaalde onderdelen van het artikel.

Allereerst is de vraag wat precies beoogd wordt met het algemene recht zoals voorgesteld in het eerste lid. De commissie rept over 'een zelfstandig recht op bescherming van persoonsgegevens',⁴⁶ maar geeft niet expliciet aan of het hier om een subjectief recht gaat of dat de bepaling daarnaast of in plaats daarvan de overheid een zorgverplichting oplegt.⁴⁷ Gezien de formulering lijkt in elk geval het eerste te zijn bedoeld. Hoe dan ook dient hier een duidelijke en deugdelijk gemotiveerde keuze te worden gemaakt.⁴⁸ Dit geldt te meer nu de bescherming van persoonsgegevens thans in de Grondwet alleen de vorm heeft van een regelingsopdracht. Toekenning van een separaat subjectief recht naast het algemene recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zou een substantiële versterking van het grondrecht betekenen die een nadere onderbouwing behoeft.

42 Voor recente (en soms zeer kritische) analyses zij verwezen naar C. Prins e.a. (red.), *16 Miljoen BN'ers? Bescherming van Persoonsgegevens in het Digitale Tijdperk*, Stichting NJCM-Boekerij Leiden 2010.

43 Een lid van de commissie heeft een afwijkende tekst voorgesteld. Merkwaaarderwijs zijn verschillende versies van deze tekst in het rapport opgenomen. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 84 en 148.

44 Deze bepaling luidt:

Eenieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.

Deze gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht op toegang tot de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.

Een onafhankelijke autoriteit ziet toe op de naleving daarvan.

45 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010 p. 84. Deze verwijzing is echter niet opgenomen in de toelichting op het eerste lid, maar op het tweede lid.

46 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010 p. 83.

47 Het laatste wordt verondersteld door Overkleef-Verburg in haar minderheidsopvatting (p. 144), maar is in de hoofdtekst van het rapport niet terug te vinden. Wel stelt de commissie elders in het rapport (p. 49) dat 'het in de rede ligt dat nieuwe artikel (bedoeld wordt het nieuwe artikel over de bescherming van persoonsgegevens, LV), toe te voegen aan de catalogus van grondwetsbepalingen waaraan de rechter zou kunnen toetsen indien de verklaringswet zou worden aangenomen'. Ook om deze reden lijkt de commissie met het artikel de invoering van een subjectief recht te beogen.

48 In deze zin ook de Raad van State in zijn advisering in 2002. Zie Naar een nieuwe grondwet, deel 39, p. 459-460.

Indien de veronderstelling dat het eerste lid een subjectief recht behelst juist is, is de vraag of dat recht alleen gericht is op bescherming tegen de overheid of dat het recht ook tegen particulieren kan worden ingeroepen. Volgens de heersende rechtsopvatting betekenen klassieke grondrechten immers primair een onthoudingsplicht voor de overheid. In het specifieke geval van het recht op bescherming van persoonsgegevens is dit wellicht een te beperkte opvatting. De Wet bescherming persoonsgegevens die mede ter uitvoering van de huidige regelingsopdracht van art. 10, tweede en derde lid, Gw. tot stand is gekomen, creëert individuele rechten in zowel de publieke als de private sector. Wellicht is de beoogde horizontale werking ook de reden dat de commissie in het eerste lid heeft afgezien van een op de legaliteitseis geënte beperkingsclausule. Ook op dit punt dient meer duidelijkheid te worden verschaft.

Voorts is er de vraag naar de inhoud van het recht zelf. Welke aanspraken kan een individu precies ontleen aan 'het recht op bescherming van persoonsgegevens'? Het doelbindingsprincipe en het inzage- en correctierecht zoals voorgesteld in respectievelijk het tweede en het derde lid dienen – mede gelet op de reeds bestaande regels van de Wet bescherming persoonsgegevens – te worden gezien als belangrijke uitwerkingen van dat recht. Maar het recht op bescherming van persoonsgegevens omvat meer. In haar minderheidsstandpunt verwijst Overkleef-Verburg onder meer op het beginsel van dataminimalisatie en het transparantiebeginsel.⁴⁹ Nader toegelicht zou moeten worden tot hoever het in het eerste lid voorgestelde recht zich precies uitstrekt.

Ten slotte zijn er vragen te stellen bij de uitwerking van het recht op bescherming van persoonsgegevens in het voorgestelde tweede en derde lid. Het derde lid kan worden beschouwd als een voortzetting van het huidige art. 10, derde lid, Gw. Het belangrijkste verschil is echter dat het in het voorstel van de commissie gaat om een subjectief recht. Dat is te beschouwen als een verbetering en sluit ook goed aan bij de geldende wetgeving. Daarin zijn de betreffende aanspraken reeds als subjectieve rechten geformuleerd. Ook het tweede lid is goed verdedigbaar. Het legt het in het gegevensbeschermingsrecht essentiële doelbindingsbeginsel vast. Gezien de formulering waarin uitdrukkelijk verwezen wordt naar de toestemming van de betrokkene als een van de twee mogelijke rechtsgrondslagen voor een rechtmatige gegevensverwerking,⁵⁰ lijkt deze bepaling zich ook uit te strekken tot horizontale rechtsverhoudingen. Indien deze interpretatie juist is en met de formulering derhalve horizontale werking wordt beoogd, wijkt zij af van het algemene grondwettelijke stramien. Bij de bestaande grondwettelijke grondrechten komt de mogelijke horizontale werking niet in de formulering tot uitdrukking.⁵¹ Opvallend is verder dat het wel in art. 8 EU-Handvest opgenomen beginsel van eerlijke

49 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 145.

50 Vergelijk art. 8 Wbp jo. art. 7 Richtlijn 95/46.

51 Daarvoor is het onduidelijke en vaak bekritiseerde standpunt van de grondwetgever van 1983 nog steeds relevant. Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 15-16. Hierover onder meer L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 34 e.v.

gegevensverwerking ('fair processing') in het voorgestelde tweede lid ontbreekt⁵². Vastlegging daarvan had voor de hand gelegen omdat dat beginsel geldt als een van de grondslagen van het gegevensbeschermingsrecht. De in het tweede en derde lid opgenomen beginselen kunnen aan beperkingen worden onderworpen. Dit is conform het geldende gegevensbeschermingsrecht⁵³. Een belangrijk verschil tussen beide leden is dat in het derde lid een beperkingsclausule is opgenomen en in het tweede lid niet.⁵⁴ Beperkingen van het doelbindingsprincipe dienen derhalve alleen te voldoen aan de eisen van de door de commissie voorgestelde aanvullende beperkingsclausule. Op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens kan onder bepaalde voorwaarden reeds van het doelbindingsprincipe worden afgeweken. Art. 9 Wbp maakt het onder omstandigheden mogelijk om persoonsgegevens voor een ander doel te verwerken voor zover dat doel 'niet onverenigbaar' is met de doeleinden waarvoor de gegevens oorspronkelijk zijn verkregen. Daarnaast bevat art. 43 Wbp een algemene beperkingsclausule die in zeer uitzonderlijke situaties mag worden toegepast.⁵⁵ Deze wetgeving is in abstracto met de voorstellen van de commissie in overeenstemming. De beperkingsclausule zoals voorgesteld door de commissie kan echter wel leiden tot een scherpere rechterlijke toetsing van de toepassing van de wet in concreto.

5. Artikel 13 Grondwet

5.1 Tekst voorstel commissie

De commissie stelt voor art. 13 Gw. als volgt te herformuleren:

1. Ieder heeft recht op vertrouwelijke communicatie.
2. Beperking van dit recht is alleen mogelijk
 - a. in gevallen bij de wet bepaald, met machtiging van de rechter of
 - b. in het belang van de nationale veiligheid door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

In het navolgende ga ik vooral in op het concept 'vertrouwelijke communicatie' en beperk ik mij voor het overige tot enkele korte opmerkingen over de uitwerking van het grondrecht in het voorstel van de commissie.

5.2 Vertrouwelijke communicatie

Gegeven de technologische ontwikkelingen is wijziging van art. 13 Gw. het meest urgent. Art. 13 is sterk verouderd. De thans daarin genoemde communicatiemiddelen hebben – met uitzondering van de telefoon – sterk aan betekenis inboet. Communicatie vindt tegenwoordig vaak

⁵² Vergelijk art. 6 Wbp jo. art. 6, eerste lid, onder a, Richtlijn 95/46.

⁵³ Vergelijk art. 43 Wbp jo. art. 13 Richtlijn 95/46.

⁵⁴ De zinsnede in het tweede lid, onder b 'hetzij op grond van bij de wet te stellen regels' is geen beperkingsclausule maar een onderdeel van de grondrechtelijke waarborg. Zij eist dat de verwerking van persoonsgegevens buiten toestemming van de betrokkene een wettelijke grondslag dient te hebben.

⁵⁵ Over deze bepalingen H.R. Kranenburg en L.F.M. Verhey 2011, p. 92-97, 139-142.

langs andere wegen plaats. Bovendien wijst de commissie er terecht op dat de overheid door de ontwikkeling van de techniek meer middelen en mogelijkheden heeft gekregen om communicatie af te luisteren en af te tappen.⁵⁶ Aanpassing van art. 13 Gw. aan de moderne techniek dient daarom noodzakelijk te worden geacht.

In het voorstel van de commissie voor een nieuw art. 13 staat het begrip ‘vertrouwelijke communicatie’ centraal.⁵⁷ Daarin volgt de commissie de eerdere voorstellen van de commissie Franken⁵⁸ en van vroegere regeringen⁵⁹. Dat is op zichzelf niet opmerkelijk. Aan de eerdere voorstellen lagen gedegen studies en adviezen ten grondslag. Wel opvallend is dat de commissie in haar motivering de zware kritiek die op die voorstellen is geuit, onbesproken laat. Om een herhaling van zetten te voorkomen had het voor de hand gelegen indien de commissie op deze kritiek expliciet was ingegaan en terzake tot een zichtbare afweging was gekomen.

De belangrijkste kritiek op het concept ‘vertrouwelijke communicatie’ destijds was dat het te weinig rechtszekerheid biedt. Daardoor zou onvoldoende duidelijk zijn welke situaties door het grondrecht worden beschermd. Bovendien zou de onbepaaldheid van het begrip ‘vertrouwelijke communicatie’ ertoe kunnen leiden dat bepaalde vormen van communicatie te veel en andere vormen te weinig bescherming krijgen. De Raad van State pleitte daarom voor ‘een beperktere opzet van art. 13, die niet abstracteert van de middelen waarmee vertrouwelijk wordt gecommuniceerd’.⁶⁰ De Raad wees er in dat verband op dat in de situaties die als gevolg van een scherpere afbakening buiten de reikwijdte van art. 13 zouden vallen, het vangnet van art. 10 Gw. beschikbaar zou blijven.

Voor beide standpunten kunnen op zichzelf valide argumenten worden aangevoerd. Niettemin biedt het commissievoorstel belangrijke voordelen. Het voorgestelde artikel is door zijn techniekonafhankelijke formulering toekomstbestendig terwijl tegelijkertijd voor alle vormen van vertrouwelijke communicatie eenzelfde hoog beschermingsniveau wordt bereikt. Die bescherming bestaat er met name in dat voor een beperking behoudens uitzonderingen een machtiging van de rechter is vereist. Voor deze extra bescherming, die ontbreekt in het vangnet van art. 10 Gw., bestaat voldoende reden omdat inbreuken op de in een democratische rechtsstaat essentieel te achten vertrouwelijke communicatie, potentieel buitengewoon ingrijpend zijn. In het huidige art. 13 bestaan in dat opzicht ongeachtvaardigde verschillen in rechtsbescherming tussen het briefgeheim en andere communicatiemiddelen.⁶¹ Die verschillen worden in het voorstel van de commissie weggewerkt.

Niet ontkend kan worden dat het concept ‘vertrouwelijke communicatie’ in bepaalde gevallen verschillende interpretaties toelaat en derhalve een zekere mate van rechtsonzekerheid met zich brengt. De vraag is echter

56 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 85.

57 Een lid van de commissie heeft een afwijkende tekst voorgesteld. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 149 e.v.

58 *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, p. 161 e.v.

59 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 443, nrs. 1-3. Dit voorstel was onder meer gebaseerd op J.A. Hofman, *Vertrouwelijke communicatie*, diss. VU Amsterdam, Zwolle: Tjeenk Willink 1995. Zie voorts het concept-wetsvoorstel naar aanleiding van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 499 e.v.

60 Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 526. Aldaar is ook een uitvoeriger uitleg te vinden van de geuite kritiek.

61 Zo ook de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk. Zie *Rapport*, p. 150.

hoe zwaar dat argument uiteindelijk moet wegen. Een zekere interpretatiemarge is bij de grondrechten niet ongebruikelijk en ook niet onwerkbaar. De voorgestelde bepaling loopt in dat opzicht parallel met art. 8 EVRM. In de rechtspraak over het daarin neergelegde recht op respect voor een ieders correspondentie ('correspondence') is de verwachting van hetgeen in het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs als vertrouwelijk heeft te gelden ('reasonable expectation of privacy') een van de relevante criteria.⁶² Dit criterium komt materieel in belangrijke mate overeen met 'de objectieve wil tot vertrouwelijkheid' dat volgens de commissie de belangrijkste maatstaf zou zijn om te bepalen of sprake is van 'vertrouwelijke communicatie' in de zin van het nieuwe art. 13 Gw. Niet zonder betekenis is verder dat ook bij het huidige art. 13 'de objectieve wil tot vertrouwelijkheid' reeds een rol speelt. Bij het briefgeheim gaat het, aldus de regering bij de grondwetsherziening van 1983, om een communicatie in gesloten enveloppen, 'althans in een verpakking welke het oogmerk van de afzender tot uitdrukking brengt, dat derden – waaronder de PTT van de inhoud van de brief geen kennis nemen'.⁶³ In dat licht bezien is het voorstel van de Staatscommissie een voortzetting van die gedachte en derhalve consistent met het huidige art. 13 Gw.

Uitgaande van die gedachte zal in veel gevallen de interpretatie van het concept 'vertrouwelijke communicatie' geen problemen geven. Of communicatie via een specifiek middel onder de bescherming van het nieuwe artikel valt hangt volgens de commissie af van 'de aard van het communicatiemiddel en van de maatschappelijke standaarden over de vraag of een bepaald communicatiemiddel naar zijn aard als vertrouwelijk kan worden beschouwd'.⁶⁴ Toepassing van dat criterium zal ertoe leiden dat communicatie via een brief, telefoon en e-mail als vertrouwelijk heeft te gelden.⁶⁵ Moeilijker zijn de grenzen te trekken bij het live-gesprek. Indien het af luisteren of opnemen van een dergelijk gesprek geschiedt via een technisch hulpmiddel zal doorgaans sprake zijn van een inbreuk op het grondrecht. Burgers mogen op grond van hun recht op vertrouwelijke communicatie er van uitgaan dat zij van af luisteren of opnemen via een technisch hulpmiddel gevrijwaard blijven.⁶⁶ In andere gevallen zal de mate van bescherming afhangen van de bijzondere omstandigheden zoals de plaats waar het betreffende gesprek zich afspeelt.

5.3 Verdere uitwerking

Evenals bij de art. 7 en 10 is de commissie bij de herziening van art. 13 streng geweest. Haar voorstel is sober en is beperkt tot wat beschouwd kan worden als het minimum. De in eerdere voorstellen opgenomen notificatieverplichting⁶⁷ ontbreekt. Dat neemt niet weg dat het voorstel op een aantal punten aanmerkelijk meer bescherming biedt dan het huidige art.

62 Aldus terecht de regering. Zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 518. Bij wijze van voorbeeld zij gewezen op EHRM 25 juni 1997, *NJ* 1998, 506 (Halford) waarin de telefoon van klager werd afgeluisterd door haar werkgever. In casu oordeelde het EHRM dat sprake is van 'a reasonable expectation of privacy' omdat het hier ging om een telefoon die ter beschikking was gesteld voor privé-doeleinden.

63 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 44. Zie ook A.J.A van Dorst, 'Het postgeheim (art. 1.12)', in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt, F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet (Jeukens-bundel)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 288 die stelt dat van belang is dat de afzender door de wijze van verpakking 'op onmiskenbare wijze zijn bedoeling tot uitdrukking heeft gebracht dat de inhoud van het verzonden stuk geheim blijft'.

64 *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 86.

65 Van belang daarbij is dat de bescherming van het grondrecht zich alleen uitstrekt tot de communicatiefase. Daarmee wordt bedoeld dat de bescherming ingaat vanaf het moment dat de afzender zijn bericht verstuurt tot het moment dat het bericht de ontvanger bereikt. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 86. Eerder in dezelfde zin de regering in 2004; zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 509-510.

66 Aldus destijds de regering. Zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 507-508. Kritisch hierover de Raad van State: Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 525.

67 Zie bijv. *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, p. 162 en 167.

68 Art. 24-27 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002.

69 Vergelijk Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, p. 164.

70 In lijn hiermee art. 23 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. Dit artikel eist een last van de rechtbank 's-Gravenhage.

71 Art. 6, tweede lid en 7, tweede lid, Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002.

72 Aldus de Raad van State destijds. Zie Naar een nieuwe grondwet deel 39, p. 529.

73 Uit de rechtspraak van het EHRM heeft de regering eerder afgeleid dat onder het begrip 'nationale veiligheid' in ieder geval vallen: het schenden van staatsgeheimen en militaire geheimen, de verspreiding van opruiende geschriften onder militairen, het oproepen tot en het goedkeuren van geweld, het verrichten van neo-nazistische activiteiten, het verrichten van terroristische activiteiten en de publicatie van (geheime informatie) in geschriften die schade kunnen toebrengen aan het functioneren van de staatsveiligheidsdienst van een land. Zie *Kamerstukken II 1999/00, 25 877, nr. 9, p. 14*. Hoewel 'nationale veiligheid' een breed concept blijft (zie Jacobs, White and Ovey 2010, p. 317-318) en de vraag is of onder 'nationale veiligheid' niet nog meer belangen kunnen worden gebracht dan de zojuist genoemde, lijkt het begrip 'nationale veiligheid' een redelijk concrete invulling te hebben gekregen, schijnbaar concreter dan het begrip 'openbare orde' dat elders in de Grondwet (art. 8) wordt gehanteerd.

74 Zie hiervoor par. 2.1.

75 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 89. Anders het lid Overkleef-Verburg in haar minderheidsstandpunt, p. 153.

13. De reikwijdte van het grondrecht is uitgebreid tot alle vormen van vertrouwelijke communicatie. Ook de door de commissie voorgestelde beperkingsclausule van het tweede lid versterkt de bescherming van de burger. Daar waar het huidige art. 13 slechts een rechterlijke machtiging vereist bij een beperking van het briefgeheim, geldt de eis van een rechterlijke machtiging in het voorstel van de commissie in beginsel voor alle vormen van vertrouwelijke communicatie.

Het voorstel van de commissie maakt het in één geval mogelijk om van de eis van een rechterlijke machtiging af te wijken. Een beperking van het recht op vrije communicatie kan in het belang van de nationale veiligheid geoorloofd zijn 'door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen' (tweede lid, onder b). De formulering van deze uitzonderingsmogelijkheid sluit aan bij het huidige art. 13, tweede lid, Gw., zij het dat zij beperkt blijft tot maatregelen in het belang van de nationale veiligheid. Waarom deze uitzondering noodzakelijk is, wordt niet toegelicht. Dat de machtigingsregeling overeenkomt met de huidige wetgeving⁶⁸ en bovendien de uitzondering door het EHRM toelaatbaar wordt geacht⁶⁹, kunnen geen doorslaggevende argumenten zijn om de uitzondering te handhaven. Voor de communicatie per brief betekent het voorstel ook een achteruitgang; thans eist art. 13 voor een beperking van het briefgeheim in alle gevallen een rechterlijke machtiging.⁷⁰

Nieuw is het begrip 'nationale veiligheid'. In de huidige Grondwet komt het begrip niet voor. Het kan wel worden aangetroffen in art. 8 EVRM en ook in de wettelijke taakomschrijving van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten.⁷¹ Eerder is kritiek geuit op overname van dit begrip in de Grondwet. Het zou buiten de context van het EVRM onvoldoende passend en duidelijk zijn als normatief kader voor de beperking van het grondrecht van art. 13.⁷² Nog daargelaten of deze kritiek juist is⁷³ komt deze thans in een ander licht te staan. Het doelcriterium 'nationale veiligheid' dient immers in het voorstel van de commissie te worden toegepast in samenhang met de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets van de door de commissie voorgestelde aanvullende beperkingsclausule.⁷⁴ Daarmee wordt een betere aansluiting bij art. 8 EVRM bereikt dan in het regeringsvoorstel van 2004.

De commissie heeft terecht afgezien van een aparte regeling voor de bescherming van verkeersgegevens.⁷⁵ Verkeersgegevens zijn de verbindingsgegevens over de communicatie, zoals gegevens over wie er met wie contact heeft gehad, op welk tijdstip en op welke wijze. Verkeersgegevens geven aldus inzicht in communicatiepatronen. Hoewel er een verband bestaat tussen de bescherming van verkeersgegevens en het regelingsobject van art. 13 en verkeersgegevens gevoelige informatie kunnen bevatten, gaat het om een andersoortige problematiek. Art. 13 beoogt de inhoud van

hetgeen vertrouwelijk gecommuniceerd wordt te beschermen en niet de verbodingsgegevens die op de communicatie betrekking hebben. Voor zover verkeersgegevens persoonsgegevens zijn, vallen zij wel onder de bescherming van art. 10 Gw. Uiteraard kan ook het door de commissie voorgestelde recht op bescherming van persoonsgegevens hier relevant zijn.

6. Conclusie

De voorstellen van de Staatscommissie Grondwet tot wijziging van art. 7, 10 en 13 Gw. verdienen serieuze overweging. Het zijn sobere en goed geformuleerde voorstellen. De commissie heeft daarbij doorgaans een goed evenwicht weten te bereiken tussen de behoefte aan een techniekonafhankelijke formulering van de genoemde artikelen en het belang van voldoende rechtszekerheid. De voorstellen dienen in beginsel dan ook te worden overgenomen. Enkele minder belangrijke punten dienen nog nadere overweging. In het bijzonder kan worden gewezen op de wenselijkheid van een specifieke bepaling voor handelsreclame en een zorgplicht ter bevordering van de pluriformiteit van de media. Andere voorstellen moeten nog van een uitvoerigere onderbouwing worden voorzien, met name de voorstellen betreffende het recht op bescherming van persoonsgegevens.

In de komende besluitvorming dient een belangrijke rol te spelen dat de Grondwet inmiddels mijlenver achterloopt op de technologische ontwikkelingen. Dat geldt met name voor art. 13 en in iets mindere mate voor art. 7. Niets doen is redelijkerwijs geen optie meer. De grondwetgever moet tot actie overgaan. Voor het thema 'grondrechten in het digitale tijdperk' dient na twee mislukte pogingen dan ook te gelden: driemaal is scheepsrecht. De voorstellen van de Staatscommissie Grondwet vormen een voldoende basis om in dit langslappende dossier eindelijk tot concrete resultaten te komen.