

Vergaderjaar 2000–2001

27 460

Grondrechten in het digitale tijdperk

Nr. 1

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 16 oktober 2000

Hierbij doe ik u, mede namens de Minister van Justitie en de Minister voor Grote Steden- en Integratiebeleid, toekomen het standpunt van het kabinet op het advies van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk». Bedoelde Commissie was gevraagd de regering met het oog op de ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatie-technologie te adviseren over de aanpassing van grondrechten, zoals opgenomen in hoofdstuk 1 van de Grondwet, en over de vaststelling van nieuwe grondrechten. Het streven van het kabinet is om de eerste lezing van de uit het standpunt voortvloeiende grondrechtswijzigingen nog gedurende deze kabinetsperiode af te ronden. Enige voortvarendheid op dit punt is derhalve geboden.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
K. G. de Vries

Kabinetsstandpunt over het rapport van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk»

1. Algemeen

1.1. Inleiding

Op 24 mei 2000 heeft de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk»¹ haar advies over dit onderwerp aan de regering aangeboden. De Commissie was gevraagd de regering met het oog op de ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie te adviseren over de aanpassing van de grondrechten, zoals opgenomen in hoofdstuk 1 van de Grondwet, en over de wenselijkheid van de vaststelling van nieuwe grondrechten. Met deze nota informeert het kabinet u over zijn standpunt op het advies van de Commissie.

1.2. Achtergrond

De revolutionaire ontwikkelingen van de informatie- en communicatietechnologie gaven aanleiding de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk» in te stellen. Bedoelde ontwikkelingen hebben ingrijpende gevolgen voor de Nederlandse samenleving en economie. Voor overheid, burger en bedrijfsleven biedt de informatiemaatschappij veel nieuwe kansen. Gebleken is dat de burgers en het bedrijfsleven deze kansen ook willen grijpen. Concreet komt dit onder meer tot uitdrukking door het aantal aansluitingen op internet dat nog steeds fors toeneemt. Het kabinet hecht er aan dat Nederland goed voorbereid is op de kennis- en informatiemaatschappij. De ontwikkeling van een toereikend juridisch kader is daarbij van groot belang. Ook op de elektronische snelweg dienen fundamentele normen en waarden immers adequaat beschermd te worden.

De concrete aanzet tot de instelling van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk» is gegeven bij de behandeling van de eerste lezing van het voorstel tot wijziging van artikel 13 van de Grondwet (brief-, telefoon- en telegraafgeheim).² De Eerste Kamer had in het voorlopig verslag over dit wetsvoorstel overwegende bezwaren tegen het – door de Tweede Kamer bijna volledig geamendeerde – wetsvoorstel naar voren gebracht. Punten van kritiek waren onder meer het ontbreken van de gelegenheid tot publiek debat over het wetsvoorstel en de amendementen van de Tweede Kamer en het ontbreken van een staatscommissie die (mede) dit wetsvoorstel had kunnen voorbereiden.³ Bij de behandeling van hetzelfde wetsvoorstel in de Tweede Kamer was eerder een motie van het lid Van Zijl aangenomen waarin de regering werd verzocht een nota uit te brengen over de constitutionele aspecten van de elektronische snelweg en daarbij aan te geven of eventueel nieuwe wijzigingen van de Grondwet noodzakelijk zijn. Voorts kan gewezen worden op het feit dat in de kabinetsnota «Wetgeving voor de elektronische snelweg» is aangekondigd dat artikel 7 van de Grondwet (vrijheid van meningsuiting) zal worden aangepast, waaraan voorafgaand een nader onderbouwend onderzoek zal plaatsvinden.⁴ Ten slotte verdient opmerking dat in het regeerakkoord van het huidige kabinet is vastgelegd dat maatschappelijke discussie en politieke besluitvorming nodig zijn over de toepassingen van internet, de toegankelijkheid voor alle burgers van de elektronische snelweg en over daarmee samenhangende grondrechten.⁵ Hiermee werd specifiek bedoeld op de vrijheid van meningsuiting, het recht op privacy en het communicatiegeheim.

¹ Ingesteld bij koninklijk besluit van 23 februari 1999 (Stb. 1999, 101).

² 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, Kamerstukken II, 1996/97, 25 443, nrs. 1–2.

³ Kamerstukken I, 1998/99, 25 443, nr. 40, blz. 1–2.

⁴ Kamerstukken II, 1997/98, 25 880, nrs. 1–2, blz. 93 en 201.

⁵ Kamerstukken II, 1997/98, 26 024, nr. 10, blz. 64.

1.3. Algemene beschouwing van het advies

De Commissie doet in haar advies voorstellen tot wijziging van de artikelen 7 (vrijheid van meningsuiting), 10 (recht op privacy) en 13 (brief-, telefoon- en telegraafgeheim) van de Grondwet. Het meest essentieel van deze voorstellen is dat de artikelen 7 en 13 van de Grondwet techniek-onafhankelijk van opzet zijn, zodat bedoelde artikelen in beginsel toepassing vinden bij elke meningsuiting respectievelijk elke besloten communicatie, ongeacht de techniek die hierbij wordt gehanteerd. Omdat artikel 10 van de Grondwet al techniek-onafhankelijk is geformuleerd, en hierdoor voldoende toegesneden is op de informatiesamenleving, zijn de voorstellen tot wijziging van dit artikel minder revolutionair van aard, maar desalniettemin wel relevant. Een ander – vernieuwend – onderdeel van het advies betreft het voorstel om in de Grondwet een nieuw grondrecht op te nemen met betrekking tot de toegang tot, respectievelijk de toegankelijkheid van, bij de overheid berustende informatie. Daarnaast adviseert de Commissie artikel 5 van de Grondwet om te vormen tot een techniek-onafhankelijk petititierecht. Alhoewel dit buiten de taakopdracht viel, geeft de grootst mogelijke meerderheid van de Commissie ten slotte in overweging het verbod van rechterlijke toetsing, zoals neergelegd in artikel 120 van de Grondwet, voor zover het direct werkende grondrechten betreft op te heffen.

Het kabinet kan zich grotendeels in de voorstellen van de Commissie vinden en neemt deze dan ook hoofdzakelijk over. Principieel is het kabinet van oordeel dat het voor de mate van bescherming van grondrechten in beginsel niet uit moet maken van welke technologie men zich bedient. Of men zijn mening nu uit via de krant, internet, televisie of gewoon op straat, het grondrecht op vrije meningsuiting moet in beginsel dezelfde mantel bieden. Zo is het voor de bescherming van vertrouwelijke communicatie naar de mening van het kabinet evenmin relevant of men zich hiervoor van een telefoon, e-mail, fax, brief, een ander communicatiemiddel dan wel geen communicatiemiddel bedient. Het kabinet is dan ook voorstander van zoveel mogelijk techniek-onafhankelijke grondrechten, mits uiteraard de rechtszekerheid – in de zin dat duidelijk is welke bescherming het grondrecht aan de burger biedt – hierdoor niet in gevaar komt. Het voorgaande is in de lijn van het uitgangspunt dat «on-line» en «off-line» in beginsel dezelfde normen moeten gelden.¹

In algemene zin merkt het kabinet over de voorstellen van de Commissie op dat zij evenwichtig van aard en goed doordacht zijn. Zij bieden voldoende rechtszekerheid en een afgewogen kader waarmee betrokkenen – wetgever, rechter, bestuur en burger – goed uit de voeten kunnen. Het techniek-onafhankelijke karakter van de voorstellen brengt bovendien mee, dat de artikelen niet steeds gewijzigd behoeven te worden in verband met de opkomst van nieuwe technologieën. Anders gezegd, de voorstellen zullen naar verwachting de tand des tijds gedurende lange tijd kunnen doorstaan.

1.4. Opbouw van het kabinetstandpunt

De indeling van deze nota, die zoveel mogelijk overeenstemt met de volgorde van het advies van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk», is als volgt. Onderstaand zal in hoofdstuk 2 eerst kort worden stilgestaan bij het karakter van de Grondwet en van grondrechten. Daarna zal het kabinet in de hoofdstukken 3 tot en met 5 op basis van het advies zijn voorstellen voor achtereenvolgens een nieuw artikel 7, 10 en 13 van de Grondwet presenteren, gevolgd in hoofdstuk 6 door een ontwerp voor een nieuw artikel met betrekking tot de toegang tot en de toegankelijkheid van overheidsinformatie en in hoofdstuk 7 door een voorstel voor een

¹ Vgl. Kamerstukken II, 1997/1998, 25 880, nrs. 1–2, blz. 1.

gewijzigd artikel 5 van de Grondwet. Hierbij zal worden aangegeven in hoeverre de voorstellen van de Commissie zijn gevolgd, dan wel in hoeverre hiervan is afgeweken. In de hoofdstukken 4 en 5 zal het kabinet tevens ingaan op het advies van 28 juli 2000 van de Commissie Strafvorderlijke Gegevensvergaring in de informatiemaatschappij (naar haar voorzitter hierna te noemen: Commissie-Mevis)¹ op het rapport van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk». Bedoeld advies is als bijlage 1 bij deze nota opgenomen.² In hoofdstuk 8 zal worden ingegaan op het voorstel van de Commissie om het rechterlijk toetsingsverbod te schrappen. De nota wordt ten slotte in hoofdstuk 9 afgesloten met een samenvatting van het kabinetsstandpunt.

De voorstellen van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk» voor de artikelen 5, 7, 10 en 13 van de Grondwet en het voorstel voor een nieuw grondrecht met betrekking tot bij de overheid berustende informatie zijn als bijlage 2² bij de nota opgenomen, terwijl bijlage 3² de (huidige) tekst van relevante artikelen in Grondwet, Europees verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) bevat.

2. Karakter Grondwet en grondrechten

2.1. Inleiding

In haar advies geeft de Commissie een beschouwing over het karakter en de functie van grondrechten in het digitale tijdperk, mede in internationaal perspectief. Hieraan voorafgaand gaat zij nader in op enkele kenmerken van de Grondwet. Het kabinet onderschrijft in algemene zin de beschouwingen van de Commissie op dit punt en de conclusies die zij op basis van haar beschouwingen trekt. Onderstaand volstaat het kabinet met het benadrukken van een aantal aspecten uit deze beschouwingen en conclusies. In aanvulling hierop stelt het kabinet voorop dat als uitgangspunt voor een grondrechtwijziging dient te gelden dat de bescherming die de huidige artikelen bieden niet wordt aangetast.

2.2. De Grondwet: vijf kenmerken

Als belangrijke kenmerken van de Grondwet noemt de Commissie dat zij sober, open, beperkt veranderbaar en codificerend van aard is. Daarnaast bestempelt zij het verbod van rechterlijke toetsing tot een belangrijke eigenschap van de Grondwet. Voor een nadere beschouwing over deze aspecten zij verwezen naar de beschrijving van de Commissie op dit punt.³ Het aspect van soberheid – de Grondwet dient alleen de essentialia van ons staatsbestel te bevatten – brengt de Commissie tot twee belangrijke conclusies die door het kabinet worden ondersteund. Eerste conclusie is dat alleen die grondrechten moeten worden opgenomen die werkelijk essentieel zijn voor het persoonlijke en maatschappelijk functioneren van de burgers. De tweede conclusie is dat van een grondrecht alleen de essentialia in de Grondwet opgenomen moeten worden.

Een techniek-onafhankelijke formulering van grondrechten heeft een nauwe relatie met het derde aspect, de geringe veranderbaarheid. Techniek-afhankelijke grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting door middel van de drukpers, kunnen immers tot problemen aanleiding geven over de werking hiervan ten opzichte van nieuwe technieken, die door de geringe veranderbaarheid van de Grondwet niet snel te verhelpen zijn. De vierde door de Commissie genoemde eigenschap van de Grondwet, het codificerende karakter, leidt de Commissie tot de slotsom dat de Grondwet slechts dan aangepast dient te worden, indien daaraan

¹ Ingesteld bij besluit van 2 maart 2000 (Stcrt. 2000, nr. 55).

² Ter inzage gelegd bij de afdeling Parlementaire Documentatie.

³ Zie hoofdstuk 3.2 van het advies.

dringende behoefte bestaat. Aanpassingen van de Grondwet dienen dan ook niet modifierend van aard te zijn, maar voort te vloeien uit ontwikkelingen die reeds in bestaande regelgeving of andere besluiten met voldoende maatschappelijk draagvlak zijn bevestigd, dan wel in andere zin breed door de maatschappij worden gedragen. Het punt van het codificerende karakter van de Grondwet is in de lijn van de opvatting van achtereenvolgende kabinetten.

2.3. *Het karakter van grondrechten*

Naast enkele algemene kenmerken van grondrechten, worden in het advies van de Commissie enkele specifieke aspecten van grondrechten in het bijzonder belicht. Een eerste aspect betreft de horizontale werking van grondrechten. Grondrechten regaderen primair de verhouding tussen overheid en burger. De Commissie wijst er in haar advies terecht op dat het belang van de horizontale werking van grondrechten, de doorwerking van grondrechten in de relaties tussen burgers onderling, sterk is toegenomen. De directe overheidsbemoeyenis neemt op een groot aantal terreinen van het maatschappelijk leven af. Voor wat betreft de zogenaamde informatiegrondrechten kan hierbij vooral worden gedacht aan de privatisering van het voormalige Staatsbedrijf der PTT en de liberalisering van de telecommunicatiemarkt.¹ Los hiervan kan geconstateerd worden dat de toegang tot informatie en informatiekanaal steeds belangrijker wordt. Dit betreft een terrein dat vooral beheerst wordt door particuliere bedrijven die hier een zekere macht kunnen uitoefenen die te vergelijken is met overheidsmacht. Een ander punt is dat door de technologische ontwikkelingen de mogelijkheden om inbreuk te plegen op iemands privé-leven worden vergroot, hetgeen uiteraard ook geldt voor particulieren onderling.

Bij de ontwikkeling van het huidige grondrechtenhoofdstuk heeft de regering in algemene zin de horizontale werking van grondrechten aanvaard, zij het op genuanceerde wijze.² Uitgangspunt hierbij was dat de mate van doorwerking van de grondrechten kan verschillen per grondrecht of onderdeel hiervan. De regering nam hier zelf geen standpunt over in, maar liet de beoordeling over de mate van doorwerking in principe over aan de wetgever en de rechter. Wel is bij de grondwetsherziening van 1983 een expliciete opdracht aan de wetgever opgenomen om bepaalde aspecten van het gebruik van persoonsgegevens voor de verhouding tussen burgers onderling te regelen (artikel 10, tweede en derde lid, van de Grondwet). De mate van bescherming die de gewone wet moet bieden is hier overigens overgelaten aan de gewone wetgever. Een principiële heroverweging van de benadering van de horizontale werking is naar de mening van het kabinet thans niet aan de orde. In de ogen van zowel de Commissie als het kabinet bestaat er echter wel behoefte aan een sterkere doorwerking van artikel 13 van de Grondwet (vertrouwelijke communicatie) in de verhoudingen tussen burgers onderling. In paragraaf 5.9. zal hier nader op worden teruggekomen.

Een ander aspect van grondrechten betreft de beperkingssystematiek hiervan. De huidige systematiek bestaat in de eerste plaats hieruit dat een beperking moet berusten op een wet in formele zin, waarbij in bepaalde gevallen delegatie aan een lagere regelgever mogelijk is. Bij enkele grondrechten zijn er daarnaast doelcriteria opgenomen: de beperking op het desbetreffende grondrecht is alleen toegestaan indien deze plaatsvindt met het oog op één of meer genoemde (beleids)doelen. Een laatste kenmerk is dat de beperkingsbevoegdheid procedurele voorschriften kan omvatten. Zo vereist het huidige artikel 13, eerste lid, een rechterlijke last voor een inbreuk op het briefgeheim.

¹ Vgl. paragraaf 5.9.

² Kamerstukken II, 1975/76, 13 872, nr. 3, blz. 15–16.

In navolging van de Commissie ziet het kabinet geen aanleiding om de huidige beperkingssystematiek los te laten. Zoals de Commissie terecht constateert kan het introduceren van nieuwe elementen in deze systematiek onbedoelde repercussies hebben voor de uitleg van de grondrechten die ongewijzigd blijven. Het kabinet is dan ook geen voorstander van het opnemen in de Grondwet van een zogenaamde noodzakelijkheidstoets, zoals van enkele zijden is bepleit, mede in reactie op het rapport.¹ Ook echter afgezien van het punt van de uitstraling naar andere grondrechten, voelt het kabinet weinig voor de expliciete opneming in de Grondwet van een noodzakelijkheidstoets. Voor beperkingen op grondrechten geldt onder meer dat zij moeten voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.² Een ander punt is dat in geen enkele beperkingsbevoegdheid de bevoegdheid mag worden gelezen het betreffende grondrecht illusoir te maken.³ Het vereiste dat een beperking noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving kan eveneens onder deze algemene beginselen voor grondrechtenbeperking geschaard worden, zij het dat deze reeds expliciet opgenomen is in enkele artikelen van het EVRM. Uit de karakter van het grondrecht vloeit immers reeds per definitie voort, dat beperkingen hierop noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving. Ook nu reeds zal de wetgever moeten motiveren waarom een beperking op een grondrecht nodig is in onze samenleving. Opneming van dit vereiste in de Grondwet voegt dan in feite weinig toe. Verschil met het EVRM is dat deze voor meerdere landen geldt, waarbij onderling een groot verschil kan bestaan in de mate waarin grondrechtenbeperkingen geaccepteerd worden. Overigens laat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens de lidstaten wel een beoordelingsmarge bij de beoordeling of een beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving.⁴ Een ander punt is dat het EVRM voor alle grondrechtenbeperkingen een regeling bij lagere materiële regelgeving of zelfs beleid volstaat. Volgens de Grondwet moet een beperking zijn opgenomen in een wet in formele zin, dan wel in ieder geval hierop terug te voeren zijn. Er bestaat dan minder aanleiding voor de opneming van een zodanige toets.

2.4. Meerwaarde nationale grondrechten in internationaal perspectief

Naast onze nationale Grondwet zijn er allerlei internationale regelingen waarin grondrechten zijn opgenomen. Gewezen kan worden op het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Recente ontwikkeling is de opstelling in EU-verband van een zogenaamd grondrechtenhandvest voor de Europese Unie. Het streven is dat dit handvest eind 2000 gereed is. Belangrijke vraag is wat de meerwaarde is van onze nationale grondrechten naast deze internationale regelingen.

De Commissie constateert dat de grondrechten in de Grondwet enerzijds meer bescherming bieden dan de grondrechten in internationale regelingen. Zo eist de Grondwet voor een grondrechtbeperking een basis in een formele wet, terwijl in het EVRM en IVBPR een wet in materiële zin volstaat. Een ander verschil is dat onze Grondwet een absoluut verbod van preventieve censuur kent, terwijl het EVRM de mogelijkheid van een preventieve censuur openlaat. Anderzijds biedt het EVRM weer meer bescherming, omdat hierin per grondrecht doelcriteria zijn opgenomen met het oog waarop beperkingen mogen plaatsvinden. Een ander punt is, dat de rechter wetten niet aan de Grondwet mag toetsen, maar wel aan de grondrechten in het EVRM of het IVBPR. Hierdoor spelen deze grondrechten in vergelijking met onze nationale grondrechten in de rechtspraak thans een grotere rol.

¹ Zie Studiecommissie VMC, «Preadvies inzake een nieuwe tekst voor de artikelen 7 en 13 van de Grondwet», in Mediaforum, 1999, nr. 11/12, blz. I – VIII, L. Asscher, Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie (ITeR-reeks deel 26), 1999, blz. 113–115, E.J. Dommering, «De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie.», in: Computerrecht, 2000, nr. 4, blz. 179 – 180.

² De eis van proportionaliteit houdt in dat de beperking in redelijke verhouding dient te staan tot het doel dat hiermee wordt beoogd, terwijl het vereiste van subsidiariteit betekent dat een grondrecht slechts beperkt mag worden indien er geen andere toereikende middelen beschikbaar zijn.

³ Kamerstukken II, 13 872, 1976/77, nr. 7, blz. 33.

⁴ Zie onder meer EHRM 7 december 1976, Series A.24 (Handyside).

Met de Commissie is het kabinet van oordeel dat er voldoende redenen zijn om aan het bestaan van nationale grondrechten te blijven hechten. Niettegenstaande de toenemende internationalisering en europeanisering, blijft Nederland een aparte natie vormen, waarin aan eigen normen en waarden een grote waarde wordt gehecht. Juist in de huidige multiculturele samenleving waarin van een gezamenlijke achtergrond en geschiedenis geen sprake is, zijn in een nationale grondwet gewaarborgde grondrechten van groot belang. Zij vormen het morele acquis van onze samenleving. Zoals de Commissie opmerkt, kan het niveau van grondrechtenbescherming in internationale regelingen niet meer zijn dan de grootste gemene deler van de verschillende niveaus die de betrokken staten willen hanteren. Onze nationale grondrechten geven het peil aan dat onze eigen samenleving heeft bereikt in termen van onder meer cultuur en rechtvaardigheid.

3. Artikel 7 van de Grondwet

Nieuw artikel 7 (voorstel kabinet)

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 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 in het informatie-aanbod is voorwerp van zorg van de overheid. In afwijking van het tweede lid kunnen daartoe bij de wet regels worden gesteld over omroep. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een individueel programma.

3.1. Techniek-onafhankelijkheid

Met bovenstaand voorstel heeft het kabinet het voorstel van de Commissie voor een nieuw artikel 7 van de Grondwet grotendeels overgenomen. In het verlengde van de Commissie is het kabinet van oordeel dat er geen valide argumenten bestaan om een meningsuiting die via de drukpers of een vergelijkbare vermenigvuldigingstechniek openbaar wordt gemaakt, een andere grondrechtelijke bescherming te geven dan meningsuitingen via bijvoorbeeld de nieuwe media, zoals in het huidige uit 1983 stammende artikel 7 het geval is. Naar hiervóór ter sprake kwam, is het kabinet van mening dat de voor openbaring gekozen techniek niet bepalend kan zijn voor de mate van grondrechtelijke bescherming. Ook het kabinet is derhalve voorstander van een techniek-onafhankelijk grondrecht op vrije meningsuiting. Een meningsuiting via een krant of een boek, heeft hiermee dezelfde grondrechtelijke bescherming als een meningsuiting via Internet of een video. Deze techniek-onafhankelijkheid komt tot uiting in het eerste lid, waarin in algemene zin aan een ieder het recht op vrije meningsuiting wordt toegekend, ongeacht de wijze waarop deze meningsuiting plaatsvindt.

3.2. Denkbeelden en andere informatie beschermd

Het kabinet hecht er voorts belang aan dat elk type informatie onder het bereik van het grondrecht wordt gebracht. Door de hantering van de uit artikel 10 EVRM afgeleide termen «denkbeelden en andere informatie» wordt zonder meer duidelijk dat naast informatie die naar haar aard (gedeeltelijk) een mening betreft, ook informatie die louter bestaat uit feitelijkheden onder de bescherming van het grondrecht valt. De huidige term «gedachten en gevoelens» wekt de indruk dat zuiver feitelijke informatie bescherming mist, al blijkt uit de parlementaire geschiedenis van het huidige artikel 7 dat feitelijke informatie ook onder dit artikel valt.¹ Een andere belangrijke consequentie van het gebruik van de van het EVRM afgeleide termen is dat – nu het voorstel geen aparte uitzondering hiervoor bevat – handelsreclame eveneens onder de bescherming van het artikel wordt gebracht. In het huidige vierde lid van artikel 7 Grondwet wordt handelsreclame expliciet van bescherming uitgesloten. Gevolg van de gewijzigde terminologie is tevens dat zogenaamde productinformatie, de informatie met betrekking tot onder meer de samenstelling van producten op bijvoorbeeld verpakkingen, onder de reikwijdte van het artikel valt. Blijkens de parlementaire geschiedenis op het huidige artikel 7, strekt de reikwijdte van het artikel zich thans niet tot dergelijke informatie uit.² Ook op deze punten volgt het kabinet de lijn van de Commissie. Op de uitbreiding van de reikwijdte van het artikel tot handelsreclame, zal in paragraaf 3.8. nog worden teruggekomen.

3.3. Openbarings-, verspreidings- en ontvangstvrijheid

In navolging van de Commissie kiest het kabinet er voor om de bescherming die het huidige artikel 7 biedt aan het openbaren van informatie, uit te breiden tot het – door de jurisprudentie reeds onder artikel 7 gebrachte – verspreiden van informatie en het – door internationale verdragen reeds beschermde – ontvangen van informatie. Hiermee wordt het gehele communicatieproces van zender tot ontvanger expliciet onder de bescherming van de vrijheid van meningsuiting gebracht. Naar de letter van het huidige artikel 7 wordt thans alleen de openbaringsvrijheid beschermd. In de jurisprudentie is het verspreidingsrecht echter onder de bescherming van artikel 7 gebracht³, terwijl blijkens de parlementaire geschiedenis onder omstandigheden eveneens de ontvangstvrijheid onder artikel 7 valt, namelijk in die gevallen dat er sprake is van een nauwe samenhang tussen het openbaringsrecht en de ontvangstvrijheid.⁴

Conform de huidige uitleg van het begrip «openbaren» dient hier in het voorstel onder te worden verstaan het openbaren in engere zin, hetgeen onder meer tot uitdrukking komt door het intypen van een document op een personal computer, het drukken van een krant of een boek of het vervaardigen van cd's. Het begrip «verspreiden» betreft een overkoepelende term voor het onder het publiek bekend maken van de informatie of, met andere woorden, het openbaar maken van een uiting, of dit nu één stuk betreft dan wel verscheidene stukken. Zoals de Commissie terecht constateert, zal het openbaren en het verspreiden van informatie in veel gevallen samenvallen. Op deze situatie zal onderstaand nog worden teruggekomen. Onder de ontvangstvrijheid ten slotte wordt door het kabinet verstaan het recht van een ieder om, zonder inmenging van de overheid, passief denkbeelden of andere informatie te ontvangen van welke aard ook, die door anderen actief verspreid worden. Het woord «passief» betekent overigens niet dat geen enkele handeling aan de ontvangstvrijheid ten grondslag kan liggen. Zo wordt in de jurisprudentie het plaatsen van een antenne op een dak om informatie te ontvangen als een onderdeel van de ontvangstvrijheid beschouwd.

¹ Kamerstukken II, 1976/77, 13 872, nr. 7, blz. 26.

² Kamerstukken II, 1976/77, 13 872, nr. 7, blz. 26.

³ Zie o.m. HR 8 november 1892, W 6259, HR 28 november 1950, NJ 1951, nrs. 137 – 138.

⁴ Kamerstukken II, 1976/77, 13 872, nr. 3, blz. 33.

Als kritiek op het onder de bescherming van artikel 7 brengen van het verspreidingsrecht is wel geuit dat dit door de Hoge Raad ontwikkelde recht tot het «papieren tijdperk» hoort.¹ Hierbij wordt naar het oordeel van het kabinet echter miskend dat er ook in het begin van de 21ste eeuw nog een zogenaamde «off-line-wereld» bestaat, waarbij het openbaren en het verspreiden van informatie twee aparte handelingen betreft die qua bescherming niet in alle opzichten over één kam geschoren kunnen worden. Een ander punt van kritiek is dat het openbaren van informatie zonder het verspreiden van de informatie eigenlijk «niets is».² Dit laatste wordt ook door het kabinet onderkend – de verspreiding van informatie is door de jurisprudentie niet voor niets als een «onmisbaar maar aan het openbaringsrecht ondergeschikt recht»³ beschouwd – , maar vormt uiteraard geen reden om beide handelingen in grondrechtelijk perspectief als één handeling te beschouwen. Belangrijke reden om in een nieuw artikel 7 een onderscheid te (blijven) maken tussen het openbaren en verspreiden van informatie is dat alleen op deze wijze handhaving van het huidige beschermingsniveau ten aanzien van het openbaren van informatie mogelijk is. Aangezien het verspreiden van informatie de openbare fysieke ruimte kan raken, zijn hiervoor meer beperkingsmogelijkheden nodig dan voor het openbaren van informatie. Te denken valt hierbij aan een gemeentelijk vergunningensysteem voor het aanbrengen van teksten aan de openbare weg. Het kabinet acht het uiterst onwenselijk om, louter om het onderscheid te laten vervallen, ook het openbaren van informatie aan deze verdergaande beperkingsmogelijkheden bloot te stellen. Dit zou ook in strijd zijn met het uitgangspunt van het kabinet dat het bestaande niveau van bescherming van de grondrechten niet aangetast mag worden. De Commissie heeft er dan ook op juiste gronden voor gekozen om in haar voorstel dit onderscheid te blijven maken.

3.4. Handhaving bestaande beschermingsniveau voor openbaringsvrijheid

In de ogen van zowel de Commissie als het kabinet kan ook in de toekomst de openbaringsvrijheid alleen bij formele wet worden beperkt en is een voorafgaand verlof nimmer toegestaan, ook niet bij formele wet. Het voorgaande is neergelegd in de eerste twee volzinnen van het tweede lid van het voorstel. De inhoud en strekking van de eerste volzin, «Bij de wet kan dit recht worden beperkt.», is gelijk aan de zinssnede «behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet» in het eerste lid van het huidige artikel 7. Hiermee wordt het bestaande beschermingsregime ten aanzien van het openbaren van informatie door middel van de drukpers in stand gehouden en uitgebreid naar andere media zoals internet. De essentie van het vereiste van een formele wet voor beperkingen op openbaringshandelingen is dat alleen de formele wetgever bepaalde uitingen strafbaar kan stellen of anderszins verbieden. Belangrijk gevolg hiervan is onder meer dat gemeenteraden geen bevoegdheid hebben om bepaalde uitingen strafbaar te stellen en hierdoor niet per gemeente de omvang van de openbaringsvrijheid kunnen vaststellen. Het voorgaande is slechts anders voor handelsreclame en productinformatie, waarvoor in het derde lid een afwijkend regime is opgenomen.

Kern van het verbod van voorafgaand verlof is dat geen preventieve beperkingen van overheidswege zijn toegestaan met betrekking tot het openbaringsrecht. Dit houdt in de eerste plaats een censuurverbod in: voorafgaand toezicht van overheidswege met betrekking tot de inhoud van een uiting is verboden. Ook preventieve beperkingen van andere aard zijn echter ongeoorloofd. Zo zijn geen vergunningensystemen toegestaan voor bijvoorbeeld de uitoefening van het beroep van journalist of fotograaf, voor drukkerijen, voor cd-productiebedrijven, etc. Uiteraard is een vergunningensysteem dat noch tot doel, noch tot effect heeft om de vrij-

¹ Vgl. E.J. Dommering, «De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie», in: *Computerrecht*, 2000, nr. 4, blz. 182 – 183, VMC, Preadvies inzake een nieuwe tekst voor de artikelen 7 en 13 Grondwet, *Mediaforum*, 1999, 11–12, blz. III.

² L.F. Asscher, «Trojaans hobbelpaard. Een analyse van het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk» in: *Mediaforum*, 2000, 7/8, blz. 230.

³ Vgl. HR 28 november 1950, NJ 1951, 137 en 138.

heid van meningsuiting te beperken niet onverenigbaar met artikel 7. De Commissie noemt hier als voorbeeld de milieuvergunning op grond van de Wet milieubeheer voor drukkerijen. Belangrijke consequentie van het verbod van een voorafgaand verlof is dat beperkingen ten aanzien van de inhoud van meningsuitingen alleen achteraf gehandhaafd kunnen worden.

3.5. Verdergaande beperkingsmogelijkheden voor verspreidings- en ontvangstvrijheid

Met de Commissie huldigt het kabinet het standpunt dat ook de verspreidings- respectievelijk de ontvangstvrijheid in beginsel eveneens alleen beperkt kunnen worden bij formele wet en dat geen voorafgaand verlof is toegestaan. Omdat de uitoefening van deze vrijheden de openbare fysieke ruimte kan raken, is het echter wenselijk dat de onderhavige rechten ook krachtens de wet kunnen worden beperkt of aan een voorafgaand verlof worden verbonden. Dit is in de lijn met de bevoegdheid die de lagere regelgevers op grond van de huidige verspreidingsjurisprudentie en de jurisprudentie met betrekking tot onder meer ontsierende antennes momenteel hebben om de verspreidings- en de ontvangstvrijheid te reguleren. Deze verdergaande beperkingsmogelijkheden zijn naar het oordeel van zowel de Commissie als het kabinet alleen toegestaan, indien zij in «het belang van de openbare orde» zijn en geen betrekking hebben op de inhoud van de denkbeelden of andere informatie. Zij zijn neergelegd in de derde volzin van het tweede lid van het voorstel.

Bij het criterium «het belang van de openbare orde» wordt door Commissie en kabinet met name gedacht aan de beveiliging van het verkeer, het voorkomen van wanordelijkheden, het handhaven van de rust in de nachtelijke uren en de bescherming van het stadsaanzicht of het landschapsschoon. Kritiek op dit algemene doelcriterium is wel dat «het belang van de openbare orde» in de jurisprudentie zodanig is opgerekt, dat hantering van dit criterium in feite weinig toevoegt aan het vereiste dat de maatregel bij of krachtens de wet dient plaats te vinden.¹ Het kabinet geeft echter de voorkeur aan de hantering van dit algemene doelcriterium, boven een opsomming in de Grondwet van de hiervoor weergegeven concrete doelcriteria, dan wel het geheel achterwege laten van een doelcriterium. Een opsomming van deze concrete doelcriteria is naar het oordeel van het kabinet weinig fraai en bovendien niet in overeenstemming met het beginselachtige karakter van de Grondwet. Tevens heeft het kabinet overwogen dat er gezien het uiteenlopende karakter van de concrete doeleinden in het belang waarvan de verspreidings- en ontvangstvrijheid beperkt zouden mogen worden, geen alternatief voor «het belang van de openbare orde» voorhanden is dat als gezamenlijke noemer kan dienen. De achterliggende concrete doeleinden zullen echter worden vermeld in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel, zodat hiermee het begrip openbare orde voor zover dat betrekking heeft op onderhavige beperkingsbevoegdheid nader wordt ingekleurd.

Benadrukt dient ten slotte te worden dat de bevoegdheid van de lagere regelgever op dit punt geen overheidsbemoeyenis met de inhoud van de informatie kan inhouden. Hetzelfde geldt voor een eventueel vergunningenstelsel opgenomen in de formele wet. Volgens de «hoofdreutel» kunnen beperkingen met betrekking tot de inhoud van de informatie uitsluitend bij formele wet worden gesteld en alleen achteraf worden gehandhaafd. Om dit zeker te stellen, is dit verbod van overheidsbemoeyenis met de inhoud voor zover het om lagere regelgeving en preventieve beperkingen gaat uitdrukkelijk in het voorstel opgenomen. Met bovenstaande regeling blijft er naar het oordeel van het kabinet

¹ Zie onder meer F.H. Kistenkas, *Vrije straatcommunicatie*, 1989, blz. 77.

voldoende speelruimte voor provinciale en gemeentelijke regelgeving met betrekking tot onder meer vergunningenstelsels voor de plaatsing van reclame- en/of informatieborden en het anderszins verspreiden van informatie enerzijds en het plaatsen van antennes of andere ontvangstmiddelen anderzijds. Voor deze regelgeving zal uiteraard wel in een formele wet een specifieke delegatiebevoegdheid opgenomen moeten worden. Dit is een afwijking van de huidige situatie. Een regeling in de Gemeentewet lijkt hier het meest voor de hand te liggen.

3.6. Samenvallen van het openbaren en het verspreiden van informatie

Hiervóór kwam ter sprake dat voor het openbaren van informatie een ander grondrechtelijk regime geldt dan voor het verspreiden van informatie. Tevens kwam aan de orde dat het openbaren en het verspreiden van informatie kunnen samenvallen. Te denken valt hierbij aan het houden van een toespraak op de openbare weg. Van belang is vast te stellen welk regime in dat geval van toepassing is: het regime voor het openbaren van informatie, dan wel het regime voor het verspreiden van informatie. Het kabinet wijst er op dat ook een samenvaal van openbaren en verspreiden de fysieke openbare orde kan raken. Het ligt dan ook in de lijn hiervan dat in dat geval het regime voor het verspreiden van informatie geldt. Blijkens de toelichting op haar voorstel voor een nieuw artikel 7 heeft de Commissie ook hiervoor gekozen.

3.7. Geen expliciete bescherming van garingsvrijheid

Conform het advies van de Commissie, is het kabinet er geen voorstander van om in een nieuw artikel 7 eveneens bescherming te verlenen aan het garen van informatie. Het kabinet verstaat onder het begrip «garingsvrijheid» hierbij het recht van een ieder om, zonder inmenging van de overheid, actief denkbeelden of andere informatie in te winnen over zaken, van welke aard ook, waarover hij, op welke grond dan ook, meer informatie wenst te hebben. Van belang is dat de garingsvrijheid niet alleen ziet op de nieuwsgaring door journalisten, maar dat dit begrip ruimer is. Vooral in het woord «actief» is het onderscheid gelegen met de ontvangstvrijheid, maar het onderscheid zal niet altijd even scherp te trekken zijn. Er is veeleer van een glijdende overgang sprake. Duidelijk is bovendien dat de garingsvrijheid geen recht op informatie inhoudt.¹ Uiteraard ligt tussen de garingsvrijheid en een mogelijke plicht van de overheid om informatie te verstrekken, wel een nauwe relatie.

Aan het standpunt van het kabinet op dit onderdeel liggen geen principiële argumenten ten grondslag. Het beginsel van vrije nieuwsgaring is immers een grondbegrip dat in brede zin door de Nederlandse overheid wordt geaccepteerd en tevens uitgedragen, hetgeen onder meer tot uiting komt door het creëren van faciliteiten voor de pers. Een voorbeeld hiervan is de landelijke politieperskaart die in overleg tussen journalistenorganisaties en de overheid tot stand is gebracht.

Zoals de Commissie echter terecht constateert, brengt het feit dat de activiteiten die ten dienste van de garingsvrijheid worden ontwikkeld in beginsel onbegrensd zijn mee dat er voldoende mogelijkheden moeten bestaan om deze vrijheid aan noodzakelijk geachte beperkingen te onderwerpen. Aangezien door het brede scala aan mogelijke activiteiten waarin het garen van informatie zich kan uiten niet valt te overzien welke beperkingen in de praktijk nodig zijn, is het onmogelijk om hiervoor bij formele wet een regeling te treffen. Een relatie kan hier gelegd worden met het recht op bewegingsvrijheid, dat eveneens om die reden niet in de Grondwet is opgenomen.² Het voorgaande ligt anders bij de ontvangstvrijheid, omdat het ontvangen als een passieve handeling beschouwd kan worden.³

¹ Vgl. J.M. de Meij c.s., *Uitingsvrijheid*, 2000, blz. 136–138.

² Zie hierover Kamerstukken II, 1978/79, 15 474, nrs. 1–4.

³ Er is derhalve niet van een inconsequentie sprake door wel bescherming te verlenen aan de ontvangstvrijheid, maar niet aan de garingsvrijheid, zoals F. Kuitenbrouwer in het NRC van 27 juni 2000 betoogt.

Een ander belangrijk punt is dat de bestaande situatie niet als onbevredigend wordt ervaren. Een expliciete opneming van de garingsvrijheid in de Grondwet bergt het risico in zich dat de wetgever wordt genoodzaakt om een regeling te treffen waarin feitelijk meer beperkingen aan de nieuwsgaring worden gesteld dan momenteel in de praktijk worden gehanteerd. In dat geval zullen immers alle beperkingsmogelijkheden expliciet geregeld moeten worden. Niet goed valt echter te voorzien tot wat voor wettelijke regeling een grondwettelijk recht op garingsvrijheid zal nopen. Ten slotte is relevant dat in geval van opneming in de Grondwet van een grondrecht op toegang tot bij de overheid berustende informatie, minder behoefte zal bestaan aan een garingsvrijheid ten opzichte van de overheid.

3.8. Handelsreclame onder vrijheid van meningsuiting

In navolging van een overgrote meerderheid van de Commissie en pleitbezorgers van diverse zijden,¹ meent het kabinet dat handelsreclame onder de bescherming van artikel 7 moet worden gebracht. Bedoelde meerderheid heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat het huidige artikel 7 te veel ruimte biedt voor het stellen van beperkingen aan de inhoud van handelsreclame. Meer principiële is het kabinet van oordeel dat – net als voor andere uitingen – voor handelsreclame het uitgangspunt moet gelden dat men zich in beginsel moet kunnen uiten in de bewoordingen en op de wijze die men zelf goedgevindt. De Commissie wijst er in het verlengde van het voorgaande terecht op dat handelsreclame in de moderne samenleving een belangrijke vorm van informatie is en dat het dan weinig gelukkig is dat handelsreclame wel onder artikel 10 EVRM, maar niet onder artikel 7 van de Grondwet valt.

3.9. Apart regime voor handelsreclame en productinformatie

Hiervoor kwam ter sprake dat het kabinet van oordeel is dat artikel 7 elk type informatie dient te omvatten, zo ook handelsreclame en productinformatie. Dit betekent niet dat de bescherming voor alle soorten uitingen gelijk hoeft te zijn. Onafhankelijk van het middel dat wordt gehanteerd, bestaat er naar het oordeel van het kabinet, mede gelet op de huidige regelgeving op dit punt, aanleiding om voor handelsreclame en productinformatie een verdergaande beperkingsmogelijkheid in het leven te roepen dan uit het tweede lid voortvloeit. Van belang in dit verband is dat de huidige regelgeving met betrekking tot reclame en productinformatie niet past binnen het tweede lid van het voorstel, dat immers voor beperkingen met betrekking tot de inhoud van de informatie een wet in formele zin vereist. Te wijzen valt ten aanzien van handelsreclame onder meer op de regelgeving met betrekking tot reclame voor alcoholhoudende dranken, geneesmiddelen en tabak, waarin de bevoegdheid wordt gecreëerd om bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen met betrekking tot onder meer de inhoud van deze reclame. Ten aanzien van productinformatie kan onder meer gewezen worden op de Warenwetgeving, waarin eveneens regeling van de inhoud van productinformatie wordt overgelaten aan regeling bij algemene maatregel van bestuur.

Naar de opinie van het kabinet bestaan er gelet op het gedetailleerde karakter ervan goede gronden om de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels met betrekking tot reclame en productinformatie te stellen te handhaven. Een ander punt dat hiermee samenhangt is de mogelijkheid van snelle veranderingen, hetgeen in bepaalde gevallen op grond van EG-regelgeving als gevolg van korte implementatietermijnen geboden kan zijn. Voor handelsreclame en productinformatie is in het derde lid van bovenstaand voorstel dan ook een verdergaande beperkingsmogelijkheid opgenomen, die hieruit bestaat dat ter bescher-

¹ O.a. Stuurgroep Reclame, VNO-NCW, zie het rapport van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk», blz. 271–272, Studietoetscommissie VMC, «Preadvies inzake een nieuwe tekst voor de artikelen 7 en 13 van de Grondwet», in: Mediaforum 1999, nr. 11/12, blz. II, L.F. Asscher, Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie (ITeR-reeks deel 26), 1999, blz. 117–132.

ming van de gezondheid of in het belang van de veiligheid tevens krachtens de wet regelgeving over handelsreclame kan worden gemaakt. Het verschil in bescherming is overigens in de lijn van uitspraken van de Straatsburgse instanties over de bescherming van handelsreclame door artikel 10 EVRM. Hierin wordt uitdrukkelijk het standpunt ingenomen dat de bescherming van artikel 10 EVRM voor zogenaamde «commercial speech» minder ver gaat dan de bescherming van dit artikel voor de uiting van «political ideas in the broadest sense, with which the values underpinning the concept of freedom of expression in the convention chiefly are concerned».¹ In het voorstel van de Commissie heeft de specifieke beperkingsbevoegdheid ten aanzien van handelsreclame en productinformatie alleen betrekking op de *inhoud* van deze vormen van informatie. Naar het oordeel van het kabinet is het echter eveneens gewenst om andere aspecten dan de inhoud van handelsreclame en productinformatie over te laten aan de lagere regelgever. Met het oog op de veiligheid en volksgezondheid kan het bijvoorbeeld ook wenselijk zijn bij algemene maatregel van bestuur regels te stellen over de plaatsen waar bepaalde reclame opgehangen mag worden. Daarnaast valt te denken aan artikel 2 van het Reclamebesluit geneesmiddelen waarin het alleen aan personen die bevoegd zijn tot de uitoefening van de «artsenijbereidkunst» is toegestaan om reclame voor geneesmiddelen te maken, dan wel opdracht daartoe te verstrekken.

3.10. Zorgverplichting van de overheid voor een pluriform informatieaanbod

De Commissie meent dat het voor de individuele ontplooiing van de burger en zijn maatschappelijk en persoonlijk functioneren van essentieel belang is dat hij beschikt over een pluriform informatieaanbod. Ook is een verscheidenheid in de informatiestroom volgens de Commissie onmisbaar voor het goed functioneren van een democratische samenleving. Door een pluriform informatieaanbod wordt de burger in staat gesteld zijn mening te vormen en van de participatiegrondrechten, zoals het kiesrecht, het recht van vereniging en het recht van vergadering en betoging, gebruik te maken. In haar advies wijst de Commissie er op dat algemeen aanvaard is dat de vrijheid van meningsuiting zorgverplichtingen voor de overheid meebrengt om de pluriformiteit in de meningsuiting te bevorderen. Het kabinet onderschrijft de analyse van de Commissie op dit punt en is met de Commissie van oordeel dat de zorgverplichting van de overheid voor een pluriform informatieaanbod zo essentieel is voor de huidige informatiesamenleving, dat zij in de Grondwet geëxpliciteerd dient te worden. Een pluriform informatieaanbod vormt de spil waarop een open en democratische samenleving draait. Voorkomen moet worden dat de vrije meningsuiting door de afwezigheid van een pluriforme informatievoorziening feitelijk wordt uitgehold. Indien de markt op dit punt tekortschiet, dient de overheid hier actief en voorwaardenscheppend op te treden, opdat de mogelijkheden om van de uitingsvrijheid gebruik te maken worden vergroot. De zorgverplichting werkt hierbij naar twee kanten: enerzijds worden burgers in staat gesteld om hun mening te uiten, terwijl anderzijds burgers de beschikking hebben over pluriforme informatie.

In het huidige beleid van de overheid ziet men de actieve opstelling van de overheid op dit terrein onder meer terug in de financiering van de publieke omroep, de steunverlening aan persorganen door middel van het Bedrijfsfonds voor de Pers, het bieden van garanties voor een divers programma-aanbod op de kabel, het bevorderen van een evenwichtig aanbod van commerciële radio in de ether en het tegengaan van concentraties in de mediasector. De zorgverplichting is in het vierde lid van het voorstel neergelegd. Zij vormt een aanvulling op de onthoudings-

¹ Zie hierover J.M. de Meij c.s., *Uitingsvrijheid*, 2000, blz. 244–246.

verplichting die in de eerste drie leden van het voorgestelde artikel is neergelegd. De term informatie-aanbod is algemeen en bevat uiteraard zowel denkbeelden als overige informatie.

3.11. Geen algemene beperkingsbevoegdheid ten aanzien van publieke mediadiensten met het oog op de pluriformiteit

In afwijking van het voorstel van de Commissie, is het kabinet er geen voorstander van om in een nieuw artikel 7 van de Grondwet te bepalen dat bij de wet ter bevordering van voldoende pluriformiteit in de informatie algemene regels gesteld kunnen worden over zogenaamde «publieke mediadiensten». Bij dit laatste begrip moet blijkens het advies onder meer gedacht worden aan zowel publieke als commerciële omroep, de uitgifte van dagbladen of tijdschriften en de openbare communicatie via het internet. Met de term «publiek» wordt aangegeven dat de mediadiensten voor het publiek toegankelijk moeten zijn. De Commissie meent dat het wenselijk is om het totstandbrengen van een pluriform informatie-aanbod niet volledig over te laten aan de markt, maar om de formele wetgever de bevoegdheid te geven om hier met het oog op de pluriformiteit regulerend ten aanzien van publieke mediadiensten op te treden. Als mogelijke maatregelen denkt zij hierbij onder meer aan de invoering van een vergunningstelsel voor een bepaald soort publieke mediadienst, waarbij vooraf in algemene zin wordt getoetst op pluriformiteitseisen, of het stellen van pluriformiteitseisen bij algemene maatregel van bestuur aan de informatie die via publieke mediadiensten naar buiten wordt gebracht.

Het kabinet is van oordeel dat de door de Commissie voorgestelde bevoegdheid tot regulering in potentie de bescherming die de eerste drie leden van het voorstel voor een nieuw artikel 7 van de Grondwet biedt te zeer teniet doet. De wetgever zou immers bevoegd zijn om met het oog op de pluriformiteit vergunningstelsel in het leven te roepen voor bijvoorbeeld uitgeverijen, bibliotheken en openbare communicatie via internet. Daarnaast zou de mogelijkheid bestaan om bij lagere regelgeving met het oog op de pluriformiteit inhoudelijke vereisten aan het informatie-aanbod te stellen, terwijl op grond van het tweede lid alleen bij formele wet eisen met betrekking tot de inhoud van de informatie gesteld kunnen worden. De noodzakelijkheid van deze mogelijkheden is naar de mening van het kabinet geenszins aangetoond. In de literatuur is eveneens kritiek geuit op dit onderdeel van het advies van de Commissie.¹ Uiteraard kan de overheid ter uitvoering van de zorgverplichting in het vierde lid, eerste volzin, van het voorstel wel het middel van wetgeving hanteren. Deze wetgeving zal echter moeten voldoen aan de in het voorstel gestelde eisen.

3.12. Apart regime voor omroep

Omroepprogramma's zijn voor de burgers belangrijke middelen om zich in politiek, sociaal, cultureel en economisch opzicht te kunnen bewegen en ontplooiën. Door de indringendheid van de radio en vooral televisie en het grote bereik bepalen zij ook in de informatiesamenleving nog in belangrijke mate het gezicht van de hedendaagse maatschappij. Voor de publieke omroep geldt hierbij dat zij een gevarieerd, kwalitatief hoogwaardig en toegankelijk programma-aanbod dient te verzorgen voor een breed publiek op het gebied van informatie, cultuur, educatie en verstrooiing.² Anders gezegd, de publieke omroep dient zorg te dragen voor een pluriform informatieaanbod. Hierdoor is de publieke omroep van wezenlijke betekenis voor het goed functioneren van onze democratische samenleving. Betrokkenheid van de overheid, onder meer in de vorm van een concessiestelsel, publieke financiering en voorschriften ten aanzien

¹ L.F. Asscher, «Trojaans hobbelpaard. Een analyse van het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk» in: Mediaforum, 2000, nr. 7/8, blz. 230–231, E.J. Dommering, «De nieuwe Nederlandse Constitutie en de informatietechnologie.», in: Computerrecht, 2000, nr. 4, blz. 183.

² Zie artikel 13c van de Mediawet.

van het programma-aanbod, is steeds als een logische consequentie hiervan gezien. Daarnaast is de afgelopen jaren ook de commerciële omroep een onmiskenbare bijdrage aan de pluriformiteit van het informatie-aanbod gaan leveren. In het bijzonder waar het de toewijzing van frequenties betreft, kunnen daarbij mediapolitieke randvoorwaarden een rol spelen.

Inmiddels kan geconstateerd worden dat ook nieuwe media als internet steeds verder doordringen in onze maatschappij. Het aantal aansluitingen en de tijd gedurende welke personen per dag «on-line» zijn nemen toe. Te verwachten is dat de traditionele omroep op den duur in belangrijke mate concurrentie om de aandacht van de burger zal krijgen van aanbod via internet en andere nieuwe media die nog in ontwikkeling zijn of nog ontwikkeld zullen worden. Het voorgaande neemt niet weg dat het vooralsnog wenselijk is om de huidige mogelijkheden van de overheid om omroep te reguleren, te handhaven.

Naast de maatschappelijke functie, de indringendheid van het medium en het grote bereik hiervan, is de betrokkenheid van de overheid bij de omroep van oudsher mede gelegitimeerd door de schaarste aan distributiekkanalen voor radio- en televisieprogramma's. Bij uitzending van programma's via de satelliet en kabel speelt het probleem van schaarste minder dan bij de ether. Aangezien de commerciële televisie in Nederland via deze kanalen wordt uitgezonden, is hier minder sprake van schaarste. Dit ligt anders bij analoge en digitale radio via de ether en bij digitale aardse televisie. Bij deze kanalen is nog steeds sprake van schaarste en handhaafbare jurisdictie. Niettegenstaande de technologische ontwikkelingen, valt niet te verwachten dat deze schaarste op korte termijn verdwenen zal zijn. Daar waar sprake is van schaarste bestaat de noodzaak om een verdeling toe te passen. Zo wordt bij de frequentieverdeling voor aardse commerciële radio op grond van de Telecommunicatiewet een vergunningstelsel gehanteerd, waarbij echter de in het kader van de Mediawet gestelde inhoudelijke eisen in acht dienen te worden genomen. In het zogenaamde zero-basebeleid¹ is gekozen voor de clausulering van een nieuwszender en zijn in de vier grote steden frequenties gereserveerd voor minderhedenzenders. Tevens is een frequentiepakket geclausuleerd voor niet-landelijke omroep met regionale programmering. Dit betekent dat een vergunningstelsel wordt gehanteerd, waarbij vóóraf op de inhoud van de programmering wordt getoetst.

In de lijn van het huidige kabinetsbeleid, wenst het kabinet uiteraard ook het recent ingevoerde concessiestelsel voor publieke omroep, zoals neergelegd in de Mediawet, met het oog op de pluriformiteit te handhaven. In de woorden van artikel 7 van de Grondwet, houdt bedoeld stelsel een voorafgaand verlov in, waarin, om in aanmerking te komen voor een erkenning als publieke omroepvereniging, vòòraf in algemene zin wordt getoetst of de inhoud van het programma voldoet aan de daaraan bij of krachtens de wet gestelde eisen.² Daarnaast is het kabinet van mening dat overeenkomstig het huidige mediabeleid bij de verdeling van schaarse distributiekkanalen, mediapolitieke randvoorwaarden een rol moeten kunnen blijven spelen. Deze voorwaarden, die in het bijzonder op de inhoud zien, zijn niet in overeenstemming met het tweede lid van het voorstel voor een nieuw artikel 7.

Gelet op het voorgaande is het naar het oordeel van het kabinet wenselijk om – in navolging van het huidige tweede lid van artikel 7 – in een nieuw artikel 7 ten aanzien van omroep de bevoegdheid te creëren om verdergaande beperkingen aan de vrijheid van meningsuiting te stellen dan overigens uit artikel 7 voortvloeit. In afwijking van het huidige tweede lid, dient de beperkingsbevoegdheid naar het oordeel van het kabinet in een

¹ Kamerstukken II, 1999/2000, 24 095, nr. 43.

² Artikel 36 van de Mediawet.

nieuw artikel 7 echter in die zin geclausuleerd te worden, dat deze alleen gehanteerd kan worden ter bevordering van de pluriformiteit. Hiermee is niet langer sprake van een zogenaamde «carte blanche» voor de wetgever om maatregelen ten aanzien van omroep te treffen. Het concessiestelsel en de huidige wijze van frequentieverdeling passen binnen dit regime. Zeer wel denkbaar is overigens dat op den duur als gevolg van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen de betekenis van omroep wijziging zal ondergaan. De noodzaak van betrokkenheid van overheidswege kan dan geringer worden.

Overige maatregelen die de vrijheid van meningsuiting beperken, maar niet ten doel hebben de pluriformiteit te bevorderen, zullen moeten voldoen aan de strengere eisen van het nieuwe tweede en derde lid. Dit betekent bijvoorbeeld dat beperkingen met betrekking tot de inhoud van televisieprogramma's met het oog op de bescherming van jeugdigen in een formele wet moeten worden opgenomen. Een andere afwijking ten opzichte van het huidige artikel 7 bestaat hieruit, dat volgens het kabinet in het huidige tijdsbestek niet langer gesproken kan worden van «radio en televisie», omdat dat te zeer techniek gerelateerde begrippen zijn. Daarom is gekozen voor de term «omroep» als functie. Hierdoor wordt ook op dit onderdeel een techniek-onafhankelijke formulering van het grondrecht bereikt. Bij het functionele begrip «omroep» denkt het kabinet aan hetgeen daaronder thans in de Mediawet wordt verstaan: een elektronische mediadienst die betrekking heeft op het verzorgen en uitzenden van programma's.¹ Het gaat hier om elektronische producten met beeld- of geluidsinhoud, die bedoeld zijn te worden uitgezonden en bestemd zijn voor ontvangst door het algemene publiek of een deel daarvan. Data-diensten, diensten die uitsluitend op individueel verzoek beschikbaar zijn en andere interactieve diensten vallen niet onder het begrip «programma» in de Mediawet.² Dergelijke diensten, met inbegrip van programma's via internet, zullen dan ook niet worden onderworpen aan een vergunningenstelsel.

De term «omroep» omvat zowel de commerciële als de publieke omroep. De specifieke beperkingsbevoegdheid – in het bijzonder de mogelijkheid van een vergunningenstelsel – heeft derhalve zowel op publieke omroep als op commerciële omroep betrekking. Voor een rechtvaardige verdeling van schaarse distributiekkanalen blijft betrokkenheid van de overheid bij commerciële omroep vooralsnog gewenst en noodzakelijk.

Tenslotte is nog een punt van verschil dat het huidige tweede lid de wetgever de *verplichting* oplegt om regels te stellen met betrekking tot radio en televisie. Het voorgestelde vierde lid roept een *bevoegdheid* in het leven om regels vast te stellen. Dat impliceert dat in geval van voornemens voor nieuwe regels die een voorafgaand verlov inhouden, steeds zorgvuldig zal moeten worden afgewogen of het beoogde resultaat niet ook door een minder ingrijpende vorm van overheidsregulering kan worden bereikt.

3.13. Bescherming van jeugdigen tegen schadelijke inhoud

De afgelopen jaren is in het verlengde van de opmars van nieuwe media als video's, cd-rom's en internet, een toename te zien van voor jeugdigen schadelijk beeldmateriaal. In 1997 heeft het kabinet een beleidsvisie ontwikkeld voor de bescherming van jeugdigen op dit terrein.³ Het gekozen beleid bevat zowel een preventieve als een repressieve aanpak. Voor wat betreft de preventie is er uitdrukkelijk voor gekozen om de taak hiervoor in handen van de mediaproductanten te leggen. Zelfregulering wordt dan ook als de meest effectieve aanpak beschouwd om jeugdigen op dit punt te beschermen. Leeftijdsclassificatie van mediaproducten is

¹ Artikel 1, onderdeel c, van de Mediawet.

² Artikel 1, onderdeel f, van de Mediawet.

³ Kamerstukken II, 1996/97, 25 266, nr. 1.

hierbij een belangrijk preventiemiddel. De overheid heeft hier slechts een stimulerende rol. Het voorgaande is in overeenstemming met de Aanbeveling van de Raad van De Europese Unie van 24 september 1998 betreffende de bescherming van minderjarigen en de menselijke waardigheid op het terrein van audiovisuele en informatiediensten.¹ Oogmerk van de aanbeveling is om op dit gebied zelfregulering te bevorderen en derhalve terughoudendheid te betrachten met regelgeving. De belangrijke rol voor zelfregulering wordt overigens breed gesteund in de Nederlandse samenleving.

Naast de preventieve aanpak hecht het kabinet belang aan een strafrechtelijk sluitstuk. Ter uitvoering van bedoeld beleid is inmiddels een wetsvoorstel² bij de Eerste Kamer aangehangig dat er onder meer toe strekt de huidige Wet op de filmvertoningen in te trekken en artikel 240a van het Wetboek van Strafrecht met betrekking tot voor jongeren schadelijk beeldmateriaal aan te scherpen. Daarnaast wordt voorgesteld in de Mediawet een zelfreguleringsstelsel voor leeftijdsclassificatie op te nemen, voor zover dat betrekking heeft op televisieprogramma's.³ Het opzetten van zelfreguleringsstelsels voor andere mediaproducten wordt aan de desbetreffende branches zelf overgelaten.

In het huidige derde lid van artikel 7 is voorzien in de mogelijkheid dat de wetgever ter bescherming van de goede zeden regels stelt voor het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar. De wetgever kan op grond hiervan een preventief toezicht introduceren, dan wel het stellen van voorschriften met betrekking tot de inhoud van de vertoningen overlaten aan regeling bij algemene maatregel van bestuur. Met de hiervoor genoemde Wet op de filmvertoningen is van deze bevoegdheid gebruik gemaakt. Met de Commissie is het kabinet van oordeel dat het verbod op preventief toezicht van overheidswege met betrekking tot de inhoud algemeen dient te zijn en dus ook dient te gelden voor openbare vertoningen toegankelijk voor personen voor jonger dan 16 jaar. Een preventief toezicht voor openbare vertoningen past naar het oordeel van het kabinet niet langer in de geest van artikel 7 van de Grondwet. Het afschaffen van de mogelijkheid van een preventief toezicht van overheidswege is in de lijn met het uitgangspunt dat de preventie tegen schadelijk beeldmateriaal primair een zaak is van de media-producenten, en niet van de overheid. Een ander punt is dat – net als bij andere uitingen – ook voor openbare vertoningen moet gelden dat voorschriften van overheidswege ten aanzien van de inhoud bij formele wet gesteld moeten worden. Het kabinet ziet geen enkele aanleiding om voor openbare vertoningen een uitzondering op dit beginsel te maken.

Bij de behandeling in de Tweede Kamer van het genoemde wetsvoorstel dat beoogt jeugdigen een betere bescherming tegen voor hen schadelijke audiovisuele producten te bieden, is toegezegd om een nader onderzoek te verrichten naar de mogelijkheden voor een wettelijk kader voor de zelfregulering van de gehele audiovisuele sector⁴. Het kabinet heeft aangegeven voor zo'n kader op dit moment geen noodzaak te zien. Mocht evenwel bij de evaluatie van het nieuwe stelsel in 2002 blijken dat de positie en het draagvlak van de zelfreguleringsorganisatie versterking behoeven, dan valt te denken aan een breder concept van wettelijk ingekaderde zelfregulering. Preventief toezicht kan daar echter geen onderdeel van zijn. Het kabinet tekent daarbij aan dat zijn voorstel voor een nieuw artikel 7 van de Grondwet toezicht achteraf door of vanwege de overheid, bestuursrechtelijk of strafrechtelijk vormgegeven, niet uitsluit, mits dit in een formele wet wordt geregeld. Het kabinet meent wel dat dit als een ultimum remedium moet worden gezien. Immers elk serieus stelsel van zelfregulering zal zelf voorzien in een adequate klachtenbehandeling gepaard met passende sancties.

¹ Aanbeveling van de Raad van De Europese Unie van 24 september 1998 betreffende ontwikkeling van de concurrentiepositie van de Europese industrie van audiovisuele en informatiediensten door de bevordering van nationale kaders teneinde een vergelijkbaar en doeltreffend niveau van bescherming van minderjarigen en de menselijke waardigheid te bereiken (PbEG L 270/48).

² Kamerstukken II, 1999/2000, 26 841, nr. 278.

³ Als gevolg van richtlijn 97/36 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 30 juni 1997 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten is de wetgever gehouden een regeling hiervoor bij wet te treffen.

⁴ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 481, nr. 13.

Opgemerkt wordt voorts dat genoemd wetsvoorstel tot wijziging van de Mediawet en het Wetboek van Strafrecht in een vangnetregeling voorziet voor het geval het systeem van zelfregulering niet functioneert. De vangnetregeling houdt in dat bij algemene maatregel van bestuur regels gesteld kunnen worden over het uitzenden van programma-onderdelen via televisie die schadelijk kunnen zijn voor jeugdigen. Deze maatregel zal zo spoedig mogelijk vervangen moeten worden door een wet.¹ Zoals de Commissie terecht constateert, is deze regeling niet in overeenstemming met het voorstel voor een nieuw artikel 7. Consequentie van de vangnetregeling is immers dat bij algemene maatregel van bestuur regels gesteld kunnen worden ten aanzien van de inhoud van omroepprogramma's, die echter niet dienen ter bevordering van de pluriformiteit,² maar voor de bescherming van jeugdigen. Volgens de hoofdregel van het voorstel dienen dergelijke voorschriften bij formele wet gesteld te worden. Het kabinet kiest er uitdrukkelijk voor om zijn voorstel voor een nieuw artikel 53 van de Mediawet op dit moment te handhaven, evenals het voorstel voor een nieuw artikel 7. Het kabinet beschouwt de vangnetregeling thans als belangrijke steun bij de overgang naar een systeem van zelfregulering. Bij de evaluatie van de wet over twee jaar zal bezien worden hoe sterk het stelsel in de praktijk is. Dit is ook het moment om te bezien, en dat dan ook tegen de achtergrond van de voorgenomen wijziging van artikel 7, of en in welke zin artikel 53 van de Mediawet gewijzigd dient te worden. Wellicht ten overvloede wordt in dit verband nog opgemerkt dat de vangnetregeling wel in overeenstemming is met het huidige artikel 7 van de Grondwet. Het tweede lid van dit artikel, dat een opdracht tot wettelijke regeling van radio en televisie bevat, biedt immers de mogelijkheid om krachtens formele wet bij algemene maatregel van bestuur inhoudelijke voorschriften te stellen van welke aard ook, waarbij uiteraard voldaan moet zijn aan de doelcriteria van artikel 10, tweede lid, EVRM.

3.14. De horizontale werking van de vrijheid van meningsuiting

Het kabinet onderkent dat de zogenaamde «free flow of information» via met name internet ook nadelen mee kan brengen. Zo worden bijvoorbeeld de mogelijkheden om anoniem racistische uitingen te doen of kinderporno te verspreiden door internet vergroot. Anderzijds kan geconstateerd worden dat er op diverse fronten initiatieven worden ontplooid om bepaalde informatie van internet te weren, onder meer ter bescherming van jongeren tegen pornografische en gewelddadige web-sites, voor de afwijking van racistische sites dan wel voor het blokkeren van bijvoorbeeld tabaksreclame. In dit verband kan onder meer gewezen worden op de ontwikkeling van specifieke filterprogramma's en het instellen van (internationale) meldpunten. Vastgesteld kan worden dat zowel het gebruik van filterprogramma's, als de oprichting van meldpunten in opmars zijn.

Alhoewel de Commissie op dit punt geen uitdrukkelijk standpunt inneemt, heeft zij er niet voor gekozen om in artikel 7 een opdracht aan de wetgever op te nemen om de bescherming van de vrijheid van meningsuiting tussen burgers onderling, in de horizontale verhoudingen dus, te waarborgen. Het kabinet acht het evenmin nodig om een dergelijke wetgevingsoopdracht in de Grondwet op te nemen. Het ziet geen aanleiding om voor de vrijheid van meningsuiting af te wijken van het bij de grondwetsherziening van 1983 gekozen uitgangspunt dat de mate van doorwerking van grondrechten in principe wordt overgelaten aan de gewone wetgever en de rechter. Voor wat betreft het hanteren van particuliere filters op internet, kan in de eerste plaats opgemerkt worden dat het aan de vrijheid van burgers overgelaten kan worden of zij al dan niet kiezen voor een (provider met een) filterprogramma waarmee de toegang tot bepaalde web-sites geblokkeerd wordt. Indien sprake is van een machtspositie aan

¹ Zie de leden 6 en 7 van het voorgestelde artikel 53 van de Mediawet.

² Vergelijk het vierde lid, tweede volzin, van het voorstel voor een nieuw artikel 7.

de zijde van de aanbieders van informatie, kan de overheid hiertegen indien nodig op grond van de mededingingsregelgeving optreden.

Een ander punt is dat geconstateerd kan worden dat in de jurisprudentie het belang van de vrijheid van meningsuiting in horizontale verhoudingen reeds wordt afgewogen tegen andere belangen, zoals het recht op privacy, bijvoorbeeld in het kader van een onrechtmatige-daadsactie. Voor zover er sprake is van uitingen die in het Wetboek van Strafrecht strafbaar zijn gesteld, kan van overheidswege achteraf worden opgetreden tegen bijvoorbeeld racistische of beledigende uitingen. Ten slotte wordt opgemerkt dat in het kader van de zorgverplichting voor pluriformiteit op grond van het vierde lid van het voorstel voor een nieuw artikel 7 de overheid gehouden kan zijn om de verscheidenheid van de informatie te waarborgen. Dit heeft uiteraard ook zijn doorwerking in de horizontale verhoudingen. Consequentie van het overheidsoptreden op dit punt kan immers zijn dat de burger van derden meer pluriforme informatie tot zijn beschikking krijgt.

4. Artikel 10 van de Grondwet

Nieuw artikel 10 (voorstel van het kabinet)

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.

4.1. Recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

Het kabinet kan zich zonder meer vinden in de door de Commissie voorgestelde wijzigingen ten aanzien van artikel 10 van de Grondwet, zodat bovenstaand voorstel gelijklopend is aan het voorstel van de Commissie. Het betreft hier voornamelijk wijzigingen in het tweede en derde lid van artikel 10, met een kleine redactionele wijziging in het eerste lid die niet materieel van aard is. Met de Commissie is het kabinet van oordeel dat de ontwikkelingen in het digitale tijdperk geen aanleiding geven het eerste lid van het in 1983 geïntroduceerde artikel 10 van de Grondwet te wijzigen. De Commissie constateert terecht dat de techniek-onafhankelijke redactie van dit lid juist meebrengt dat deze bepaling nog langere tijd meekan. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer blijft in het voorstel dan ook gehandhaafd. Het kabinet hecht veel belang aan het brede karakter van het recht, waardoor privacy in de ruime zin des woords onder het bereik van het recht valt. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer omvat in beginsel immers alle aspecten van privacy, zowel de relationele en de ruimtelijke, als de informatiele privacy. Met name in een informatiesamenleving, waarin de mogelijkheden om door middel van technologische middelen inbreuk te maken op de persoonlijke levenssfeer steeds toenemen, is deze ruime werking van eminent belang.

4.2. Recht op anonimiteit

De Commissie is nagegaan of als alternatief voor bescherming van het recht op privacy een recht op anonimiteit of een recht op informatiele

zelfbeschikking zou moeten worden opgenomen in de Grondwet. Het kabinet onderkent het belang van mogelijkheden tot anonimisering in de zin van niet kenbaar laten zijn van de identiteit van de persoon.¹ In verband met communicatie, passieve en actieve omgang met informatie en economische handelingen on-line is een zekere mate van mogelijkheid tot anonimiteit gewenst. Het on-line verkeer leidt niet alleen tot de behoefte aan de mogelijkheid tot anonieme deelname aan dit verkeer, maar tevens tot een behoefte aan mogelijkheden tot identiteitsvaststelling. Deze laatste behoefte wordt ingegeven door de wettelijke grenzen aan verkeer die ook in de digitale wereld opgeld doen. Deze brengen zeker de noodzaak van een aanspreekpunt mee. Het uitgangspunt in het verkeer tussen overheid en burger en burgers onderling is in het digitale verkeer daarom niet anders dan op andere terreinen van maatschappelijk verkeer. Met de Commissie is het kabinet bovendien van mening dat absolute anonimiteit on-line feitelijk nauwelijks mogelijk is.² Zonder het prijsgeven van enige persoonsgegevens kan men ook in de digitale wereld niet functioneren. Voorzover anonimiteit een uitgangspunt is in onze samenleving, biedt het voorgestelde artikel 10 voldoende bescherming. Gezien de stand van zaken acht het kabinet het niet noodzakelijk de bescherming van privacy in de Grondwet middels het voorgestelde artikel 10 te vervangen door, dan wel aan te vullen met een artikel waarin het recht op anonimiteit wordt beschermd. Deze opvatting is in overeenstemming met het standpunt van de Commissie op dit punt.

4.3. *Recht op informatiele zelfbeschikking*

Daarnaast is gesuggereerd dat er een recht op informatiele zelfbeschikking in de Grondwet zou moeten worden opgenomen. Recht op informatiele zelfbeschikking zou dan betekenen recht op zeggenschap van de betrokkene over de hem betreffende gegevens.

Het kabinet is zich ervan bewust dat gegevensverwerking aan het recht op privacy raakt. De Wet bescherming persoonsgegevens, die waarschijnlijk in het voorjaar van 2001 in werking zal treden, is de belichaming van de opvatting van de overheid over de wijze waarop met persoonsgegevens dient te worden omgegaan.³ Zoals de Commissie opmerkt zal deze wet voorzien in een aantal waarborgen voor de verwerking van gegevens. Het uitgangspunt van minimalistische gegevensverwerking krijgt vorm middels de in de wet geformuleerde eis dat de gegevensverwerking zorgvuldig, doelgebonden en gerechtvaardigd moet zijn. De toegang van de betrokken persoon tot de verwerkte gegevens en zijn mogelijkheden tot beïnvloeding van de inhoud van de hem betreffende gegevens zijn tevens geregeld.

Het kabinet houdt in beginsel echter vast aan haar eerder in de memorie van toelichting bij de Wet bescherming persoonsgegevens geformuleerde standpunt dat deze wet een regeling is die de balans tussen het belang van bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het belang van de Nederlandse rechtsorde bij het vastleggen van persoonsgegevens, stuurt⁴: het uitgangspunt dat er een balans moet worden gevonden tussen de genoemde belangen sluit uit dat bij voorbaat vaststaat welke kant die balans op moet slaan. Daarnaast sluit het aangegeven uitgangspunt aan bij de huidige opvatting betreffende de omgang met persoonsgegevens in Nederlandse regelgeving.⁵

Los van de vraag of een recht op informatiele zelfbeschikking in Europees verband unilateraal geregeld zou kunnen worden, blijft het kabinet daarom van mening dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat er op dit moment grond is voor het opnemen van een recht op informatiele zelfbeschikking in onze Grondwet. Voor zover de omgang met persoonsgegevens aan het recht op privacy raakt, wordt het afdoende beschermd door artikel 10. De benadering van het kabinet komt in deze overeen met het standpunt van de Commissie.

¹ Vgl. Kamerstukken II, 1997/98, 25 880, nrs. 1–2.

² Zie ook J.E.J. Prins, «What's in a name? De juridische status van een recht op anonimiteit», in: *Privacy & Informatie*, 2000, nr. 4, blz. 153–157; E. Schreuders, «Vogelvrij en vrij als een vogel; Over een informatiemaatschappij, privacy en intelligent meebewegen.», in: *Ars Aequi*, 1999, nr. 1, blz. 34–36.

³ Stb. 2000, 302; Kamerstukken II, 1999–2000, 26 643 en 26 387, nr. 8, blz. 3.

⁴ Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 3, blz. 9, en bevestigd in de nota «Contract met de Toekomst», Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 8, blz. 27.

⁵ Zie Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 3, blz. 9.

Er dient echter opgemerkt te worden dat het kabinet de recentelijk op gang gekomen gedachtevorming betreffende de mogelijkheden tot regievoering door de burger over zijn eigen gegevens, op de voet volgt. Het kabinet wil benadrukken dat het dergelijke ontwikkelingen niet in principe afwijst. Dit is reeds eerder is gebleken uit de nota «Contract met de Toekomst»¹ en nog eens aangehaald in het kabinetsstandpunt met betrekking tot het advies van de Raad voor het openbaar bestuur «ICT en het recht om anoniem te zijn».²

4.4. Wijziging regelingsopdrachten

Het huidige tweede en derde lid van artikel 10 bevatten opdrachten aan de wetgever om regels te stellen op het terrein van persoonsgegevens. In navolging van de Commissie meent het kabinet dat het raadzaam is om de regelingsopdracht van het tweede lid te verruimen tot het gehele proces van gegevensverwerking, van het ontstaan van de persoonsgegevens tot aan de vernietiging toe. De regelingsopdracht in het huidige tweede lid is thans beperkt tot het stellen van regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met «het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens». In het voorstel wordt dit begrip vervangen door de ruimere term «de verwerking van persoonsgegevens». De term is ontleend aan de algemene privacyrichtlijn uit 1995³ en tevens opgenomen in de Wet bescherming persoonsgegevens⁴ die ter implementatie van deze richtlijn strekt. Elke bewerking of geheel van bewerkingen van persoonsgegevens valt onder bedoeld begrip. Zo vallen onder meer het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, verstrekken, samenbrengen en het uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens eronder.⁵ Alhoewel aanpassing van de regelingsopdracht niet onvermijdelijk is, is deze in die zin geraden dat de moderne informatie- en communicatietechnologie veel mogelijkheden biedt om persoonsregistraties voor andere doeleinden te gebruiken dan waarvoor ze zijn bedoeld. Zo kunnen bestaanden met persoonsgegevens met de huidige technologie op eenvoudige wijze aan elkaar gekoppeld worden. De Commissie wijst in haar advies eveneens op deze ontwikkelingen.

Het huidige derde lid van artikel 10 geeft de wetgever de expliciete opdracht om regels te stellen over de aanspraken van personen op kennisneming en verbetering van over hen vastgelegde persoonsgegevens. Het recht op kennisneming omvat de vastgelegde gegevens zelf, alsmede het gebruik dat van de gegevens wordt gemaakt. Met de Commissie is het kabinet de mening toegedaan dat de regelingsopdracht in het derde lid eveneens te beperkt is. De Commissie stelt terecht dat aanspraken op kennisneming van de doeleinden van verwerking zeker zo belangrijk zijn als de in het huidige derde lid genoemde aanspraken. Een basisprincipe van het privacyrecht is immers juist dat persoonsgegevens worden verwerkt overeenkomstig het doel waarvoor zij worden gehouden. Ook de aanspraak op kennisneming van de herkomst van verwerkte gegevens wordt naar de mening van zowel de Commissie als het kabinet in het derde lid gemist. Met de opneming van deze aanspraak in het derde lid, wordt de aanspraak op kennisneming van de gegevens zelf gecomplementeerd. Op voorstel van de Commissie is in het voorstel voor een nieuw artikel 10 ten slotte de aanspraak op verbetering aangevuld met het recht op verwijdering van verwerkte gegevens en het recht op verzet tegen de verwerking van die gegevens. De Commissie wijst er terecht op dat in de algemene privacyrichtlijn en de uitvoeringswetgeving genoemde aanspraken als belangrijke rechten worden erkend.

Ten slotte merkt het kabinet op dat de wijzigingen van de onderhavige regelingsopdrachten de Commissie-Mevis weinig aanleiding voor opmerkingen geven. Wel gaat deze Commissie er van uit dat in de regelgeving

¹ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 8, blz. 27.

² Kamerstukken II, 1999/2000, 26 643, nr. 8, blz. 7.

³ Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PbEG L 281).

⁴ Stb. 2000, 302.

⁵ Zie artikel 1, onder b, van de Wet bescherming persoonsgegevens.

die uit de regelingsopdracht voortvloeit met de eisen van een adequate strafvordering rekening wordt gehouden, zoals reeds blijkt uit de nieuwe Wet bescherming persoonsgegevens.

5. Artikel 13 van de Grondwet

Nieuw artikel 13 (voorstel kabinet)

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.

5.1. Het recht vertrouwelijk te communiceren

Bovenstaand voorstel van het kabinet voor een nieuw artikel 13 van de Grondwet is naar de letter geheel in overeenstemming met het voorstel van de Commissie voor genoemd artikel. In navolging van de Commissie is het kabinet er voorstander van om het huidige artikel 13 betreffende de onschendbaarheid van het briefgeheim, respectievelijk het telefoon- en telegraafgeheim, te vervangen door een techniek-onafhankelijk geformuleerd grondrecht om vertrouwelijk te communiceren. Het voorgaande betekent dat naast de in het huidige artikel 13 genoemde middelen van vertrouwelijke communicatie, ook andere vormen van vertrouwelijke communicatie via middelen als fax en e-mail, alsmede het «live-gesprek» onder de bescherming van het artikel vallen. Van belang is echter dat de precieze reikwijdte die de Commissie en het kabinet aan het artikel geven niet geheel gelijk is. Hierop zal in de volgende paragrafen worden teruggekomen.

Alhoewel de tekst op dit punt niet geheel gelijklopend is, komt het concept van het grondrecht, het recht om vertrouwelijk te communiceren, overeen met het in 1997 ingediende regeringsvoorstel tot wijziging van artikel 13. In laatstbedoeld voorstel werd het recht op vertrouwelijke communicatie onschendbaar gesteld.¹ Het voorstel is in de Tweede Kamer bijna volledig geamendeerd, tevens op het concept van vertrouwelijke communicatie. Tussen de regering en de Tweede Kamer bestond overeenstemming over het feit dat de reikwijdte van artikel 13 uitgebreid moest worden naar nieuwe vormen van communicatie zoals e-mail en fax. Verschil van opvatting ontstond echter over de in het regeringsvoorstel gekozen aanpak. De kritiek van de Tweede Kamer kwam er kort gezegd op neer dat de reikwijdte van het begrip «vertrouwelijke communicatie» te onbepaald was. Bij de Tweede Kamer bestond de voorkeur om het brief-, telefoon- en telegraafgeheim uitdrukkelijk in artikel 13 te blijven vermelden en de bescherming hiervan uit te breiden tot «het geheim van daarmee vergelijkbare communicatietechnieken».² Achteraf bezien kan worden geconstateerd dat er onduidelijkheid ontstond in de discussie als gevolg van de ogenschijnlijk verschillende uitleg die tijdens de behandeling van het wetsvoorstel van de zijde van het toenmalige kabinet aan het begrip «vertrouwelijke communicatie» is gegeven, waardoor de reikwijdte van dit begrip niet op voorhand geheel duidelijk was. Alles overwegende

¹ De volledige tekst van het voorstel was als volgt:

Artikel 13

1. Het recht op vertrouwelijke communicatie is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

2. De wet stelt regels ter bescherming van vertrouwelijke communicatie.

3. Degene wiens recht op vertrouwelijke communicatie wordt beperkt, wordt van die beperking in kennis gesteld. Bij de wet kunnen uitzondering worden gesteld op de eerste volzin, voor gevallen waarin het belang van de staat zulks dringend vordert.

Zie Kamerstukken II, 1996/97, 25 443, nrs. 1-2.

² Kamerstukken II, 1997/98, 25 443, nr. 232.

hoopt het kabinet dat met een eenduidige en heldere uitleg van dit begrip in de memorie van toelichting bij het te zijner tijd in te dienen wetsvoorstel aan de bezwaren van de Tweede Kamer op dit punt tegemoet kan worden gekomen. Het is naar de mening van het kabinet bovendien de vraag of met de opneming van een in de Grondwet op te nemen artikel 13, zoals dat door de Tweede Kamer was geamendeerd, zoveel meer duidelijkheid wordt gebracht. De begrippen brief, telefoon en telegraaf zijn voldoende duidelijk. Echter, het begrip «het geheim van daarmee vergelijkbare technieken» behoeft nadere afbakening net zo goed als «vertrouwelijke communicatie» dat behoeft. Geconstateerd kan bovendien worden dat ook voor andere grondrechten geldt dat de reikwijdte hiervan niet aan de hand van de letter van het desbetreffende artikel zonder meer helder is. Te denken valt hier aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 van de Grondwet) respectievelijk het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (artikel 11 van de Grondwet). Dit zijn dan ook de redenen dat het kabinet de voorkeur heeft gegeven aan het, ook terminologisch gezien, harmoniserende concept van vertrouwelijke communicatie boven de door de Tweede Kamer gekozen constructie van een aanbouwbepaling.

Het kabinet heeft nog overwogen of aan de toenmalige bezwaren van de Tweede Kamer tegemoet kan worden gekomen door de reikwijdte van het recht om vertrouwelijk te communiceren nader in de tekst van het voorstel af te bakenen. Een mogelijkheid die gezien is, is de aanvulling van het eerste lid met de volgende precisering: Dit recht beschermt een ieder tegen kennisneming van vertrouwelijke communicatie die door een vervoerder van post of een aanbieder van telecommunicatie wordt doorgeleid of, indien niet van een dergelijke doorgeleiding sprake is, tegen kennisneming met behulp van een technisch hulpmiddel. Het belangrijkste bezwaar tegen het opnemen van een dergelijke tekst in een grondwetsbepaling is dat er enigszins tijdgebonden begrippen gehanteerd worden die mogelijk binnen afzienbare termijn weer achterhaald kunnen zijn. Dit is naar de mening van het kabinet niet in overeenstemming met de geringe veranderbaarheid die inherent is aan het karakter van de Grondwet.

5.2. Geobjectiveerde subjectieve wil tot vertrouwelijkheid

Het kabinet geeft in beginsel dezelfde invulling aan het recht om vertrouwelijk te communiceren als de Commissie. Dit recht op vertrouwelijke communicatie veronderstelt in de visie van de Commissie en het kabinet dat er een rechtsobject is dat op grond van zijn wil tot geheimhouding een wijze van communiceren verkiest die hem een redelijke verwachting van vertrouwelijkheid biedt. Hiervan is sprake als op basis van feiten en omstandigheden door een ander objectief vastgesteld kan worden dat de subjectieve wil van de verzender op vertrouwelijkheid is gericht. Vooral de aard van het gekozen kanaal (gesloten brief, telefonie, e-mail), de (wijze van) adressering en de aard van de communicatie kunnen hier als richtsnoer dienen. Bij dit laatste gaat het bijvoorbeeld om het gebruik van een gesloten envelop. Soms zullen alle genoemde elementen een rol spelen bij de beoordeling of er sprake is van een redelijke verwachting van vertrouwelijkheid, terwijl in andere gevallen slechts één element tot de conclusie kan leiden dat de communicatie als vertrouwelijk kan worden aangemerkt. Zo kan communicatie via de telefoon zonder meer als vertrouwelijk worden aangemerkt, terwijl niet elke geadresseerde communicatievorm zonder meer als vertrouwelijk kan worden bestempeld. Bij dit laatste valt te denken aan een geadresseerde ansichtkaart, die niet onder de bescherming van het voorstel valt.

Met de Commissie is het kabinet van oordeel dat de ratio van de bescherming die artikel 13 biedt aan verandering onderhevig is. Zoals de Commissie terecht opmerkt belichaamt artikel 13 van de Grondwet van oudsher het recht om op vertrouwelijke wijze gebruik te maken van bestaande communicatiekanalen. Het primaire uitgangspunt is daarbij dat de bescherming van de vertrouwelijkheid van communicatie in een democratische samenleving een zwaarwegend belang vertegenwoordigt. Dit leidt de Commissie tot het oordeel dat alle communicatie die zich objectief leent voor geheimhouding, in een democratische samenleving bijzondere grondwettelijke waarborgen verdient ten opzichte van de gemene privacybescherming van artikel 10 van de Grondwet. Dit hangt samen met de toename van de mogelijke communicatiemiddelen als gevolg van ICT, maar ook met het feit dat die middelen niet meer in staatshanden zijn. Ook directe communicatie, zoals het «live-gesprek», behoeft in de ogen van zowel de Commissie als het kabinet grondwettelijke bescherming, een en ander wel onder de voorwaarde dat vaststaat dat de beoogde vertrouwelijkheid van het gesprek kan worden vastgesteld.

Het kabinet deelt het oordeel van de commissie dat vertrouwelijke communicatie waaraan de overheid zelf deelneemt niet beschermd is. Dit geldt ook indien een overheidsambtenaar optreedt als infiltrant of anderszins als «under cover» en in dat kader aan een gesprek deelneemt. Wanneer twee personen vertrouwelijk communiceren lopen beiden nu eenmaal het risico dat de ander de vertrouwelijkheid schendt. Het recht van artikel 13 beschermt slechts tegen kennismaking door een derde. Onder omstandigheden kan in deze situatie artikel 10 van de Grondwet bescherming bieden.

5.3. Het «live-gesprek»

Zoals hiervoor ter sprake kwam zijn zowel de Commissie als het kabinet van mening dat ook het «live-gesprek» onder de bescherming van artikel 13 gebracht moet worden. De Commissie baseert deze uitbreiding van de reikwijdte op de erkenning dat de kwetsbaarheid van directe communicatie is toegenomen, onder andere vanwege de steeds meer verfijnde toepassingen van technische af luisterapparatuur zoals richtmicrofoons. Juist die kwetsbaarheid van communicatie vormde in het verleden en nu nog steeds een belangrijk argument voor een aparte, verdergaande, grondwettelijke bescherming van de privacy van diegene die zich van communicatiemiddelen bedient. Het kabinet is het eens met deze motivering, maar constateert tegelijkertijd dat de onbepaaldheid van de reikwijdte van het begrip vertrouwelijke communicatie met name een probleem vormt bij het mondeling gesprek. Moeilijk is vast te stellen wanneer een gesprek vertrouwelijk is (denk aan een gesprek in een café of in een trein) en wanneer sprake is van een inbreuk op die vertrouwelijkheid. Naar het oordeel van het kabinet mag het niet zo zijn dat het eenvoudig af luisteren van een gesprek al als inbreuk op het grondrecht moet worden gekwalificeerd, waarvoor ingevolge het tweede lid van artikel 13 steeds een rechterlijke last nodig zou zijn. Dit zou ook tot niet-handhaafbare uitvoeringswetgeving leiden. Gelet op het voorgaande meent het kabinet dat de bescherming van het «live-gesprek» alleen onder de reikwijdte van het artikel valt, voor zover de inbreuk daarop plaatsvindt met behulp van een technisch hulpmiddel.

5.4. Duur van de bescherming

De Commissie kiest als uitgangspunt dat de bescherming van de inhoud van de boodschap geldt gedurende het gehele communicatieproces voor zo lang de burger naar objectieve maatstaven een redelijke verwachting van vertrouwelijkheid mag hebben. Deze – ruime – beschermingsduur

beantwoordt, aldus de Commissie, aan het primaire belang dat het grondrecht beoogt te beschermen, te weten het belang om in een democratische samenleving vertrouwelijk met elkaar te kunnen communiceren. Onderhavige interpretatie van de Commissie betekent dat afhankelijk van het communicatiemiddel dat gebruikt wordt, 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 bij deze interpretatie dat de bescherming eindigt op het moment dat een open document uit het faxapparaat komt. De grondwettelijke bescherming van e-mail duurt in de lezing van de Commissie voort, zo lang als het bericht zich ongelezen in de mailbox van de ontvanger bevindt.

Uit de parlementaire geschiedenis op het huidige artikel 13 wordt niet duidelijk of dit artikel alleen de transportfase beschermt. De gewone wetgever heeft wel deze invulling aan het huidige artikel 13 gegeven. Zo gaat onder meer de kabinetsnota «Wetgeving voor de elektronische snelweg»¹ uit van bescherming van de transportfase, evenals het wetsvoorstel computercriminaliteit II.² De Commissie stelt – samengevat – voor de bescherming van vertrouwelijke communicatie te laten voortduren tot het moment waarop de geadresseerde kennis heeft genomen van het bericht.

Het kabinet heeft waardering voor de keuze van de Commissie voor een zo ruime beschermingsduur aan de hand van genoemd criterium, maar heeft bedenkingen ten aanzien van de consequenties daarvan. Ook de Commissie-Mevis wijst op de ongewenste gevolgen van dit criterium. In dit verband merkt het kabinet het volgende op:

- Het criterium leidt tot wetgeving die niet goed handhaafbaar is. Het is in veel gevallen namelijk niet goed mogelijk om vast te stellen wanneer de geadresseerde kennis heeft genomen van het bericht. In geval van een voice-mail en een antwoordapparaat is bijvoorbeeld niet altijd zichtbaar wanneer de geadresseerde kennis van de boodschap heeft genomen. Bij e-mail biedt het huidige dominante e-mailprogramma die mogelijkheid wel, maar zulks is niet inherent aan het gebruik van e-mail. Bovendien kan een dergelijke functie worden uitgeschakeld, dan wel kunnen berichten als ongelezen worden gemarkeerd terwijl ze wel gelezen zijn. De Commissie-Mevis merkt in dit verband voorts op dat opgeslagen informatie niet altijd als communicatie is te herkennen.
- Het voorstel van de Commissie leidt ertoe dat de ambtenaren die op grond van een inzage-, onderzoek- of inbeslagnemingsbevoegdheid in bijvoorbeeld het Wetboek van Strafvordering of de Algemene wet bestuursrecht bevoegd zijn voorwerpen te onderzoeken, zoals een telefoonbeantwoorder of computer, een afzonderlijke bevoegdheid moeten toepassen en een rechterlijke last nodig hebben, wanneer zij daarbij stuiten op berichten waarvan de geadresseerde mogelijk geen kennis heeft genomen. Dit is moeilijk uitvoerbaar en handhaafbaar. De Commissie-Mevis wijst er in dit kader op dat deze opvatting van de Commissie ook niet strookt met de uitleg die de Hoge Raad geeft aan de reikwijdte van de inbeslagnemingsbevoegdheid.³
- Berichten die ontvangen zijn in een woning, dienen naar het oordeel van het kabinet onder de bescherming van het huisrecht te vallen. In een woning bevinden zich vele vertrouwelijke zaken. Er is geen reden berichten afkomstig van vertrouwelijke communicatie daarenboven in de Grondwet een bijzondere bescherming te geven op grond van het communicatierecht. Het voorstel van de Commissie zou daar wel toe leiden, voor zover het gaat om berichten afkomstig van vertrouwelijke communicatie waarvan nog geen kennis is genomen. Met de

¹ Kamerstukken II, 1997/98, 25 880, nrs. 1–2.

² Kamerstukken II, 1998/99, 26 671, nrs. 1–2.

³ HR 2 maart 1999, NJ 1999, nr. 576. In de opvatting van de Hoge Raad omvat de inbeslagnemingsbevoegdheid ook het in beslag nemen van voorwerpen waarop gegevens bevattende de inhoud van vertrouwelijke communicatie is vastgelegd, zoals de bandjes van een opgenomen telefoongesprek.

- Commissie-Mevis is het kabinet van mening dat deze dubbele waarborgen niet goed werkbaar zijn.
- Het kabinet voegt daar nog een praktische bedenking aan toe. De Nederlandse wetgeving biedt – onder meer in het Wetboek van Strafvordering en de Algemene wet bestuursrecht – reeds bescherming aan berichten die de transportfase hebben doorlopen, maar waarvan de geadresseerde geen kennis heeft genomen. Het voorstel van de Commissie leidt ertoe dat bevoegdheden herzien moeten worden en dat moet worden voorzien in afzonderlijke bevoegdheden tot inzage, doorzoeking c.q. inbeslagneming van ongelezen berichten. Ten slotte moet worden voorzien in nieuwe bevoegdheden betreffende het onderzoek van gevonden of door derden aangeboden voorwerpen waarop zich ongelezen berichten kunnen bevinden.

Gelet op het voorgaande is kabinet van oordeel dat de duur van de bescherming bij indirecte communicatie beperkt dient te zijn tot de transportfase. Tot een vergelijkbare conclusie komt de Commissie-Mevis. Het kabinet meent dat de bijzondere bescherming van artikel 13 betrekking dient te hebben op gegevens, voor zover en zolang deze zich buiten de macht van de afzender of de geadresseerde bevinden, ongeacht of de geadresseerde er nu wel of geen kennis van heeft genomen en ongeacht of het om opgeslagen of stromende gegevens gaat. Zijn de gegevens uit de sfeer van het transport – dat wil zeggen: niet meer beschikbaar bij de transporteur – dan verdienen ze geen bijzondere bescherming meer. In de praktijk komt deze oplossing er op neer, zo verwacht het kabinet, dat het vergaren van gegevens bij de transporteur onder de werking van artikel 13 zal vallen, en het vergaren van gegevens bij de afzender of de geadresseerde niet. Dit lijkt een werkbare afbakening op te leveren. In laatstbedoelde gevallen kan artikel 10 of artikel 12 van de Grondwet van toepassing zijn.

5.5. Verstoren van communicatie

Anders dan de Commissie meent het kabinet dat de reikwijdte van artikel 13 in zijn geheel beperkt dient te zijn tot de *inhoud* van vertrouwelijke communicatie. In de toelichting op haar voorstel stelt de Commissie dat naast de vertrouwelijkheid van de communicatie tevens de vertrouwelijke communicatie op zich wordt beschermd. Dit betekent dat zowel interceptie van vertrouwelijke communicatie als het storen dan wel verhinderen van vertrouwelijke communicatie (vernietigen van brieven, storen van een GSM-netwerk in een bepaald gebied) van overheidswege als een beperking van het grondrecht moet worden opgevat. De Commissie voegt daaraan toe dat het recht vertrouwelijk te communiceren niet zo ver gaat dat een plicht voor de overheid ontstaat er voor te zorgen dat de burger te alle tijden over voldoende middelen tot communicatie beschikt. Naar het oordeel van het kabinet is de beschikbaarheid van communicatiemiddelen, waaraan het verstoren van die middelen afbreuk doet, een andersoortig belang. Het systeem van de Telecommunicatiewet waarborgt een betrouwbare telecommunicatie-infrastructuur en biedt bescherming tegen het verstoren van telecommunicatie. Voor zover de Telecommunicatiewet verstoring van de communicatie mogelijk maakt, is dit met adequate waarborgen omgeven; zie in dit verband artikel 3.10 van de Telecommunicatiewet. Een afwijkend gebruik van de frequentieruimte, bijvoorbeeld door de inzet van IMSI-catcher, vergt – afhankelijk van het doel – de instemming van de minister van Verkeer en Waterstaat in overeenstemming met de minister van Justitie of de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties dan wel in bepaalde andere gevallen de officier van justitie. Ten overvloede merkt het kabinet nog op dat de Commissie niet geheel consequent is op dit punt, aangezien zogenaamde verkeersgegevens, die evenmin op de inhoud van de communicatie betrekking hebben,

in haar ogen (en overigens ook die van het kabinet, zie hierna) niet onder de bescherming van artikel 13 vallen, maar onder de bescherming van artikel 10.

5.6. Verkeersgegevens

Met de Commissie is het kabinet van mening dat zogenaamde verkeersgegevens niet onder de bescherming van artikel 13 van de Grondwet moeten worden gebracht. Deze mening wordt tevens gedeeld door de Commissie-Mevis in haar advies op het rapport van de Commissie. Onder verkeersgegevens wordt hierbij verstaan de gegevens die betrekking hebben op telecommunicatie die plaatsvindt of plaatsgevonden heeft. Het gaat hier met name om de data en tijdstippen waarop de telecommunicatie plaatsvindt. Dergelijke gegevens vallen reeds binnen de werkingssfeer van artikel 10 van de Grondwet. Een belangrijk verschil tussen de bescherming geboden door artikel 10 enerzijds en artikel 13 anderzijds is, dat artikel 10 beperkingen op het beschermd recht toelaat bij of krachtens de wet. Artikel 13 daarentegen vereist voor een beperking een last van een rechter. In de ogen van de Commissie en het kabinet bestaat er onvoldoende rechtvaardiging om verkeersgegevens onder de specifieke bescherming van artikel 13 te brengen. Deze conclusie hangt samen met het feit dat verkeersgegevens weliswaar in de informatiesamenleving veel over personen kunnen zeggen, maar dat datzelfde geldt voor veel meer gevoelige gegevens, die ook niet onder de werking van artikel 13 vallen. Er zijn geen goede argumenten aan te voeren om een onderscheid aan te brengen in het grondwettelijke beschermingsniveau tussen categorieën persoonsgegevens op grond van het feit dat zij al dan niet gerelateerd zijn aan een inhoud die zelfstandig grondwettelijke bescherming geniet. De Commissie licht nog toe dat persoonsgegevens omtrent iemands medische gesteldheid – ook erfelijke gegevens – niet door het recht op onaanastbaarheid van het menselijk lichaam (artikel 11 van de Grondwet) worden beschermd, doch eveneens door artikel 10 van de Grondwet. Voor zover kennisneming van verkeersgegevens samenvalt met kennisneming van gegevens over de inhoud, is er overigens tevens sprake van inhoudsgegevens. In dat geval vallen zij onder het zwaardere regime van artikel 13. Met de Commissie-Mevis is het kabinet voorts van mening dat het brengen onder de bescherming van artikel 13 van verkeersgegevens niet strookt met de huidige strafvorderlijke wetgeving zoals de onlangs in werking getreden Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden. De Commissie-Mevis wijst er in dit verband op dat indien hiervoor een rechterlijke last verplicht wordt gesteld, dit zal leiden tot een onwerkbare situatie.

5.7. Rechterlijke last

Het voorstel van het kabinet voor een nieuw artikel 13 bevat een verruiming van het aantal beschermde vormen van vertrouwelijke communicatie en brengt deze tegelijkertijd onder het hoogste niveau van bescherming die nu voor het briefgeheim geldt, namelijk beperking slechts bij voorafgaande last van de rechter. Indien de beperking in het belang van de nationale veiligheid plaatsvindt, volstaat een machtiging van een bij de wet aangewezen minister. Het telefoon- en telegraafgeheim kan op grond van het huidige artikel 13 worden beperkt op last van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen. De Commissie motiveert de keuze voor een rechterlijke last voor alle vormen van vertrouwelijke communicatie door te verwijzen naar de (wets)geschiedenis. Zij stelt dat het verschil in beperkingsgronden niet wordt gerechtvaardigd door een verschil in appreciatie van de aard of de betekenis van de communicatiemiddelen post enerzijds, en telefoon en telegraaf anderzijds. Het verschil valt uitsluitend te verklaren uit de omstandigheid dat het parlement het niet juist

achtte afstand te doen van het sinds oudsher geldende vereiste van de rechterlijke last voor het briefgeheim. Dit zou als een achteruitgang van het beschermingsniveau kunnen worden uitgelegd, en daarvoor wenste men geen politieke verantwoordelijkheid te nemen. Die discussie heeft zich in 1976 en opnieuw in 1998 voorgedaan.

In haar advies geeft de Commissie-Mevis de regering in overweging om het vereiste van een rechterlijke last op het niveau van de Grondwet te laten vervallen. Zij vraagt zich af of in een techniek-onafhankelijke formulering van artikel 13 van de Grondwet een dergelijke procedurevoorschrift in de strafvorderlijke praktijk niet een te star voorschrift zal blijken te zijn, nu communicatietechnieken evolueren en de aard van de inbreuken die daarop mogelijk zijn, kunnen verschillen al naar gelang de gehanteerde techniek. De Commissie-Mevis doet deze voorstellen tegen de achtergrond van het voorstel van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk». Van belang in dit verband is dat het kabinet de werkingssfeer van artikel 13 concreter en beperkter uitlegt dan de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk». Zoals in paragraaf 5.3. ter sprake kwam, meent het kabinet dat het «live-gesprek» alleen onder de bescherming van artikel 13 valt, voor zover de inbreuk plaatsvindt met een technisch hulpmiddel. Een ander essentieel verschil met het voorstel van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk» is dat naar het oordeel van het kabinet de extra bescherming van artikel 13 alleen gerechtvaardigd is tijdens de zogenaamde transportfase. Verwezen zij op dit punt naar paragraaf 5.4. Gelet op deze meer concrete en beperktere reikwijdte van artikel 13, vormt het vereiste van een rechterlijke last naar het oordeel van het kabinet niet een te star voorschrift.

Afgezien van de voorgeschiedenis van onderhavig voorstel voor een nieuw artikel 13, is het kabinet van oordeel dat er voldoende argumenten zijn om een extra waarborg in de vorm van een rechterlijke last te vereisen voor een inbreuk op het grondrecht op vertrouwelijke communicatie die niet in het belang van de nationale veiligheid plaatsvindt. Door de kwetsbaarheid van communicatie, vormt een inbreuk op vertrouwelijke communicatie in de ogen van het kabinet een ernstige schending van de privacy van betrokkenen, die uitstijgt boven een inbreuk op de «normale» privacy. Er is immers sprake van een handeling die geheel buiten medeweten van betrokkenen plaatsvindt. In dat geval is een extra waarborg gerechtvaardigd. Een ander punt is dat er geen goede argumenten bestaan om aan een inbreuk op het briefgeheim zwaardere waarborgen te stellen dan aan andere vormen van vertrouwelijke communicatie. Van belang is tenslotte dat het vereiste van een rechterlijke last in overeenstemming is met de gewone (strafrechtelijke) wetgeving op dit punt. Het voorstel brengt op dit punt derhalve geen verandering teweeg, maar het betreft een codificatie op grondwetsniveau van hetgeen op het niveau van de gewone wetgever reeds is geregeld.

Het kabinet merkt in dit verband nog op dat er wel aandacht moet zijn voor de gevolgen van de keuze voor dit hoge beschermingsniveau, nu het recht in artikel 13, eerste lid, techniekonafhankelijk is geformuleerd en dus niet vooraf vaststaat welke communicatievormen in de toekomst onder het artikel komen te vallen. In dit verband legt het kabinet een verband met de nadere precisering van het recht om vertrouwelijk te communiceren in de memorie van toelichting op het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13. De rechterlijke last is slechts een geschikt instrument bij een niet te onbepaald recht.

5.8. Notificatieplicht

Het derde lid van het kabinetsvoorstel voor een nieuw artikel 13 bevat

overeenkomstig het commissievoorstel een zogenaamde notificatieplicht waarmee verzekerd wordt dat betrokkene achteraf van een beperking op zijn grondrecht op vertrouwelijke communicatie in kennis wordt gesteld. Naar zijn strekking is onderhavige notificatieplicht gelijk aan de notificatieplicht zoals opgenomen in het door de Tweede Kamer geamendeerde en inmiddels ingetrokken voorstel voor een nieuw artikel 13.¹ Hoofddregel is dat iemand zo spoedig mogelijk van een beperking van het recht op vertrouwelijke communicatie in kennis wordt gesteld. In het belang van de strafvordering of de nationale veiligheid kan de kennisgeving in bij de wet te bepalen gevallen worden uitgesteld. Uitsluitend in het belang van de nationale veiligheid is het mogelijk in bij de wet geregelde gevallen in zijn geheel van kennisgeving af te zien. De Commissie-Mevis stemt in met het voorgestelde derde lid van artikel 13, echter onder de aantekening dat het belang van de strafvordering onder omstandigheden noodzaakt tot uitstel van notificatie gedurende betrekkelijk lange tijd. Met de Commissie-Mevis meent het kabinet dat notificatie alleen gewenst is in gevallen waarin de betrokkene niet reeds uit andere hoofde weet of kan weten dat er inzage heeft plaatsgevonden in zijn vertrouwelijke communicatie. In dit verband merkt het kabinet op dat notificatie voorts geheel achterwege kan blijven, indien de betrokkene redelijkerwijs niet achterhaald kan worden.² Onderhavige verplichting is afgeleid uit de jurisprudentie voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat onder omstandigheden een dergelijke verplichting een geëigende invulling is van het in artikel 13 EVRM opgenomen recht dat een ieder wiens rechten op grond van het EVRM zijn geschonden, recht heeft op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie. Deze jurisprudentie laat uitzonderingen toe in het belang van de strafvordering en de nationale veiligheid.³

5.9. Horizontale werking

Conform het voorstel van de Commissie bevat het vierde lid van het kabinetsvoorstel voor een nieuw artikel 13 een opdracht aan de wetgever om de vertrouwelijkheid van de communicatie ook in horizontale verhoudingen te waarborgen. Geconstateerd kan worden dat het brief-, telefoon- en telegraafverkeer tot iets meer dan een decennium geleden nog volledig in handen was van het Staatsbedrijf der PTT. De monopoliepositie van de overheid was in het verleden aanleiding het brief-, telefoon- en telegraafgeheim grondwettelijke te verankeren. Inmiddels zijn deze informatie-transportdiensten volledig in particuliere handen. Met de Commissie is het kabinet mede op grond hiervan van oordeel dat er behoefte bestaat aan een sterkere doorwerking van het communicatiegrondrecht in de verhoudingen tussen burgers onderling.

De wetgevingsopdracht geeft niet aan hoe ver die bescherming moet gaan, noch geeft zij aan welke elementen geregeld moeten worden. Dit is overeenstemming met de overige opdrachten aan de wetgever in hoofdstuk 1 van de Grondwet.⁴ Zoals de Commissie opmerkt moet de toegevoegde waarde van een dergelijke bepaling worden gezocht in het feit dat de Grondwet met deze bepaling de bescherming van de vertrouwelijkheid van communicatie tussen burgers onderling in beginsel tot een zorg van de wetgever maakt. Verdergaande verplichtingen of clausuleringen zijn in dit verband niet goed denkbaar. Overigens heeft de wetgever reeds voorzien in enige bescherming van communicatie tussen burgers onderling, zoals ook de Commissie aangeeft. Hoofdstuk 11 en artikel 18.13 van de Telecommunicatiewet zien op de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer bij communicatie middels openbare telecommunicatiediensten. In dit verband kan voorts onder meer worden gewezen op de artikelen 139a e.v. van het Wetboek van Strafrecht, waarin onder meer het aftappen van telefoongesprekken strafbaar wordt gesteld.

¹ Kamerstukken I, 1997/98, 25 443, nr. 232.

² Vergelijk in dit verband artikel 126bb, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering en artikel 33 a, vierde lid, van het wetsvoorstel inlichtingen- en veiligheidsdiensten, Kamerstukken II, 1999/2000, 25 877, nr. 9.

³ EHRM 6 september 1978, Series A.28 (Klass); EHRM 2 augustus 1984, Series A.82 (Malone); EHRM 26 maart 1987, Series A.116 (Leander); EHRM 24 april 1990, Series A.176 (Kruslin en Huvig).

⁴ Vgl. artikel 10, tweede lid, artikel 18, tweede lid, artikel 19, tweede lid en artikel 20, tweede lid van de Grondwet.

Daarnaast zijn in dit verband relevant de artikelen 371–375 van het Wetboek van Strafrecht waarin onder meer een groot aantal strafbepalingen is opgenomen voor ambtenaren of personen werkzaam bij instellingen van vervoer van post of bij aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en -diensten.

6. Nieuw grondrecht met betrekking tot bij de overheid berustende informatie

Nieuw artikel (voorstel kabinet)

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.

6.1. Algemeen

In navolging van de grootst mogelijke meerderheid van de Commissie meent het kabinet dat het gewenst is aan de in de Grondwet opgenomen grondrechtencatalogus een subjectief (grond)recht voor iedere burger op toegang tot bij de overheid berustende informatie toe te voegen. Daarnaast is het kabinet met deze meerderheid van oordeel dat het aanbeveling verdient om in de Grondwet een specifieke zorgverplichting voor de overheid in het leven te roepen ten aanzien van de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie. Transparantie van de overheid behoort tot de basisprincipes van de democratische rechtstaat. Dit beginsel behoort naar het oordeel van het kabinet daarom thuis in de Grondwet. De beginselen van toegang en toegankelijkheid werken hierbij naar twee kanten. Inzicht in bij de overheid berustende informatie is enerzijds van cruciaal belang voor het persoonlijk en maatschappelijk functioneren van burgers in diverse opzichten. De burger is hierdoor onder meer in staat om met dezelfde informatie als de overheid deel te nemen aan het democratisch debat. Anderzijds biedt transparantie mogelijkheden tot controle van de overheid, hetgeen uiteindelijk bijdraagt tot een in alle facetten beter werkende overheid. Artikel 110 van de Grondwet, dat een instructienorm voor de overheid bevat om openbaarheid te betrachten, doch geen subjectief recht van de burger op openbaarheid, is naar het oordeel van het kabinet te beperkt. Van belang is dat de Grondwet een subjectief recht voor burgers bevat op bij de overheid berustende informatie enerzijds, en een zorgverplichting voor de toegankelijkheid van deze informatie anderzijds. Een dergelijke grondrecht is ook opgenomen in de grondwetten van België, Spanje, Portugal en Zweden. Vanuit het principe dat van een grondrecht alleen de essentialia in de Grondwet vermeld behoeven te worden, is het voorstel beknopt gehouden en wordt een nadere uitwerking van het grondrecht aan de gewone wetgever overgelaten.

Het voorgestelde recht en de voorgestelde zorgverplichting dienen niet ter vervanging van artikel 110, maar zij moeten als een aanvulling op bedoeld artikel worden gezien, zij het dat deze aanvulling naar het oordeel van het kabinet in hoofdstuk 1 van de Grondwet opgenomen moet worden. Het betreft immers een klassiek respectievelijk sociaal grondrecht. Artikel 110 bevat in algemene zin de verplichting voor overheidsorganen, belast met wetgeving of bestuur, om openbaarheid te betrachten. Onderhavig voorstel heeft betrekking op een belangrijk aspect daarvan, te weten de toegang tot en de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie voor de burger. Artikel 110 omvat daarnaast bijvoorbeeld de openbaarheid van vergaderingen. Ten aanzien van de Staten-Generaal is dit aspect overigens eveneens expliciet geregeld in artikel 66, eerste lid, van

de Grondwet. Het kabinet ziet geen aanleiding om artikel 110 te wijzigen in verband met onderhavige voorstel.

Geconstateerd kan enerzijds worden dat er al in diverse wetgeving een regeling is getroffen over de openbaarheid van bij de overheid berustende informatie, dan wel de toegang hiertoe. De bekendste hiervan is wel de Wet openbaarheid van bestuur (hierna te noemen Wob). Als andere voorbeelden hiervan kunnen genoemd worden de Archiefwet, de Algemene wet bestuursrecht, de Wet op de Raad van State, de Wet Nationale ombudsman, de Wet politieregisters, de Bekendmakingswet, de Kadasterwet, de Wet bescherming persoonsgegevens en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens. Anderzijds is duidelijk waarneembaar dat sinds meerdere jaren de toegankelijkheid van overheidsinformatie een prominente plaats inneemt in het overheidsbeleid. De afgelopen jaren is dan ook veel gedaan om tot een meer toegankelijke overheid te komen.¹ Beleidsdoel van het huidige kabinet is onder meer om de zogenaamde basisinformatie van de democratische rechtstaat² veel beter toegankelijk te maken zodat deze zelfstandig, gratis en in onderlinge samenhang elektronisch raadpleegbaar en herbruikbaar wordt.³ Meer dan de helft van alle overheidsorganen heeft inmiddels een eigen web-site waarop informatie en soms ook diensten worden aangeboden. Via de algemene toegangspoort www.overheid.nl kan op eenvoudige wijze een verbinding worden gemaakt met deze websites. Met behulp van dit loket kan tevens inzage worden verkregen tot alle Kamerstukken en alle wet- en regelgeving uit Staatsblad, Staatscourant en Tractatenblad, zoals die vanaf 1995 zijn verschenen. Begin 2001 komt er een wettenbank met geconsolideerde wetteksten op internet. Van belang in dit verband is dat iedere burger in Nederland toegang tot internet kan krijgen in de openbare bibliotheek.

Gelet op het voorgaande kan naar het oordeel van het kabinet ten aanzien van bovenstaand voorstel dan ook worden gesproken van «constitutio-nale rijpheid». Er is sprake van een codificatie van een in regelgeving en beleid neergelegd fundamenteel rechtsbeginsel, die tegelijkertijd een prikkel vormt om verdergaande initiatieven te ontplooiën met als doel een transparantere overheid. De opnemng van bovenstaand voorstel in de Grondwet, betekent in de ogen van het kabinet tevens een stimulans om het beginsel van transparantie ook in Europees verband uit te dragen.

6.2. Openbaarheid en toegang

In het eerste lid is uitdrukkelijk gekozen voor «een recht op toegang» in plaats van «een recht op openbaarheid». De reden hiervan is dat de term «openbaarheid» in artikel 110 van de Grondwet en in de Wet openbaarheid van bestuur ziet op openbaarheid voor iedereen.⁴ Het begrip «toegang» is breder dan het begrip «openbaarheid», omdat hieronder niet alleen wordt verstaan toegang tot informatie die (passief) openbaar is voor iedereen, maar ook toegang tot informatie die slechts beschikbaar is voor bepaalde persoon of bepaalde groepen. Bij dit laatste valt vooral te denken aan persoonsgegevens die, zoals hierna aan de orde zal komen, eveneens onder de ruime werking van het artikel vallen.

Uitgangspunt van het recht in het eerste lid is gelet op het voorgaande dat er tot alle bij de overheid berustende informatie in beginsel toegang bestaat. Een ieder kan derhalve in principe op het recht op toegang aanspraak maken. Dit recht kan bijvoorbeeld met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten aanzien van persoonsgegevens bij of krachtens de wet in die zin worden beperkt, dat alleen bepaalde personen toegang tot de informatie hebben. In dat geval is wel sprake van toegang tot de informatie, maar is van geen openbaarheid sprake, omdat

¹ Zie o.m. Kamerstukken II, 1998/99, 26 387, nr. 1 (Actieprogramma elektronische overheid, een efficiëntere en effectievere overheid op de elektronische snelweg) en Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 4 (Uitvoerings-rapportage Actieprogramma elektronische overheid 1999).

² Zie Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 7, blz. 4–5 en paragraaf 6.5.

³ Vgl. Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 7.

⁴ Vgl. ABR 25 april 2000, 199900528/1.

er slechts voor bepaalde personen toegang tot de informatie bestaat. Bestaat er voor iedereen toegang tot bepaalde informatie, dan is er tevens van openbaarheid sprake. Is er sprake van een absolute beperking van de toegang tot bij de overheid berustende informatie, dan betekent dit ten slotte per definitie dat deze informatie evenmin openbaar is.

6.3. Van informatiestelsel naar gemengd stelsel

Aan de Wob ligt het zogenaamde informatiestelsel ten grondslag. Dit stelsel houdt – anders dan het zogenaamde documentenstelsel – in dat de burger in beginsel het recht heeft op informatie over een door hem aangegeven en nader gespecificeerd onderwerp. Het bestuursorgaan zoekt vervolgens alle op die aangelegenheid betrekking hebbende stukken. De achtergrond daarvan is dat het bestuursorgaan het beste op de hoogte is van de documenten die op de bestuurlijke aangelegenheid betrekking hebben. Het informatiestelsel heeft tot doel te waarborgen dat de burger zo volledig mogelijk over de door hem aangegeven bestuurlijke aangelegenheid wordt geïnformeerd. Om die laatste reden is niet gekozen voor een documentstelsel zonder meer, want bij een documentstelsel zou de burger belangrijke documenten die hij niet kent kunnen missen. De nieuwe informatie- en communicatietechnologie biedt nieuwe mogelijkheden om de burger inzicht te bieden in het bestaan van documenten. Daarom kan het informatiestelsel worden genuanceerd in die zin dat burgers aan de hand van op te stellen registers ook informatie over documenten of andere gegevensdragers kunnen opvragen, zonder daarbij te hoeven aangeven om welke aangelegenheid het hem gaat. Dat tezamen leidt tot een zogenaamd gemengd stelsel. Dit gemengde stelsel is de basis voor onderhavig voorstel.

Er bestaat op grond van de Wob geen recht op inzage in de schriftelijke documenten of andere gegevensdragers zelf, maar bij de verstrekking moet rekening worden gehouden met de voorkeur van de verzoeker en het belang van een vlotte voortgang van de werkzaamheden.¹ Verzoeker heeft in het stelsel van de Wob dus niet zonder meer aanspraak op inzage of afschrift van de volledige tekst van overheidsdocumenten, maar het bestuursorgaan kan ook kiezen voor andere vormen van informatieverstrekking als een samenvatting of een uittreksel van de inhoud van een document dan wel inlichtingen hierover. Dit is ook het uitgangspunt voor het voorgestelde artikel: het eerste lid geeft toegang tot informatie, waarbij bijvoorbeeld een kopie van een document, elektronisch bestand of geluidsband kan worden overhandigd, maar waarbij ook bijvoorbeeld door inzage in de originele gegevensdrager of door het verstrekken van inlichtingen aan de verplichting kan worden voldaan. Benadrukt wordt, dat de informatie vastgelegd moet zijn op een gegevensdrager. Een verruiming ten opzichte van de Wob vloeit uiteraard hieruit voort, dat in het voorstel het onderwerp niet is beperkt tot die van bestuurlijke aard, zoals in de Wob het geval is. Geconstateerd mag echter worden dat in de jurisprudentie aan het begrip «bestuurlijke aard» een zeer ruime uitleg is gegeven.²

6.4. Subjectief recht van de burger

Vooropgesteld dient te worden dat het rechtskarakter van beide leden van het voorstel van geheel andere aard is. Het eerste lid van het voorstel bevat een subjectief recht van de burger op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Het gaat hier om een rechtens afdwingbaar recht dat op de overheid de verplichting legt om de informatie waarom wordt gevraagd ook feitelijk te verstrekken. De Commissie constateert terecht dat de overheid ten aanzien van de informatie die niet actief openbaar wordt gemaakt, te allen tijde zal moeten kunnen beoordelen of het infor-

¹ Zie artikel 7 Wob.

² Zie recentelijk ABRS 25 april 2000, AB 2000, nr. 210.

matie betreft waartoe wellicht geen toegang kan worden verleend. Het eerste lid roept dan ook geen rechtstreeks recht op toegang tot informatie in het leven, maar gaat uit van het indienen van een verzoek, gevolgd door een beslissing van het overheidsorgaan. Uiteraard is het recht op toegang tot informatie niet absoluut. Conform de systematiek van grondrechtenbeperking bepaalt het eerste lid dat bij of krachtens de wet beperkingen kunnen worden gesteld aan het recht op toegang. Dit betekent dat er aanvullende dan wel nieuwe wetgeving tot stand gebracht zal moeten worden waarin uitzonderingen en beperkingen op het beginsel van toegang worden opgenomen. Het voorgaande is in de lijn van het standpunt van de Commissie op dit punt.

6.5. Zorgverplichting voor de overheid

Het tweede lid van het voorstel betreft een zorgverplichting van de overheid oftewel een sociaal grondrecht. Het legt op de overheid de verplichting op om op eigen initiatief bij de overheid berustende informatie toegankelijk te maken. Het nakomen van deze verplichting is – in tegenstelling tot het eerste lid – niet rechtens afdwingbaar voor de rechter. De overheid is vrij de wijze te kiezen waarop aan de verplichting wordt voldaan. Het begrip «toegankelijkheid» houdt in dat de informatie die in juridische zin openbaar is, ook feitelijk nageslagen kan worden door de burger. Te denken valt hier aan hoedanigheden als kenbaarheid en vindbaarheid, beschikbaarheid, hanteerbaarheid, betaalbaarheid, betrouwbaarheid en duidelijkheid van de informatie.¹

Met de Commissie is het kabinet van oordeel dat onderhavige verplichting vooral ziet op informatie die cruciaal is voor het functioneren van de burgers, waarbij zowel de Commissie als het kabinet vooral denken aan de zogenaamde basisinformatie van de democratische rechtsstaat.² Hiermee wordt bedoeld op informatie die de spelregels bevat voor zowel het maatschappelijk functioneren van de Nederlandse samenleving als voor het democratisch besluitvormingsproces. Onder het begrip worden begrepen algemeen verbindende voorschriften, rechterlijke uitspraken en bij vertegenwoordigende lichamen berustende stukken. In navolging van de Commissie kiest het kabinet er niet voor om deze basisinformatie uitdrukkelijk in het tweede lid op te nemen. Het kan immers als vanzelfsprekend worden beschouwd dat deze informatie onder de zorgverplichting valt.

Met de Commissie is het kabinet van oordeel dat als een geëigende invulling van de zorgverplichting de beschikbaarstelling van een bestand van geconsolideerde wetteksten kan worden genoemd. Andere wijzen van invulling zijn bijvoorbeeld het verstrekken van een folder waarin op begrijpelijke wijze uitleg wordt gegeven over nieuwe regelgeving, bijvoorbeeld op het terrein van de sociale zekerheid, of het op internet toegankelijk maken van rechterlijke uitspraken. Naast de hiervoor genoemde stukken, kan er voor de overheid ook aanleiding zijn om andere informatie toegankelijk te maken, bijvoorbeeld informatie over in voorbereiding zijnde beleid of in voorbereiding zijnde regelgeving of informatie met betrekking tot bepaalde onderzoeksrapporten.

Ten slotte wenst het kabinet in dit verband stil te staan bij het punt van de kenbaarheid dat hiervóór als belangrijk aspect van toegankelijkheid is genoemd, maar dat naar zijn uitwerking tevens relevant is voor het subjectieve recht zoals opgenomen in het eerste lid. Van belang voor dit subjectieve recht is dat een burger weet welke informatie beschikbaar is. Zonder kenbaarheid zal het immers bijzonder moeilijk voor burgers zijn om gericht om informatie te kunnen vragen. Als de overheid overzichten beschikbaar zou stellen van bij haar aanwezige documenten, dan wel databases, dan kunnen burgers niet alleen preciezer aangeven welke

¹ Vgl. Kamerstukken II, 1997/98, 20 644, nr. 30, blz. 3.

² Zie voor het begrip «Basisinformatie van de democratische rechtsstaat»: Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 7, blz. 4 en 5.

informatie ze willen verkrijgen, maar ook kunnen ze eenvoudig zoeken in de veelheid aan informatie die de overheid actief beschikbaar stelt. Moderne informatie- en communicatietechnologie kan daar in belangrijke mate bij helpen. In de Verenigde Staten zijn de onderdelen van de Federale overheid wettelijk verplicht om zo veel mogelijk informatie op hun website te zetten, voorzien van een goede index. Niet alleen is hierdoor het aantal verzoeken op grond van de openbaarheidswetgeving aldaar aanzienlijk gedaald, tevens is het gebruik van de websites enorm gestegen. Als eerste stap op weg naar een grotere kenbaarheid heeft het kabinet inmiddels aangekondigd dat het alle overheidssectoren uit zal nodigen om te inventariseren welke bestanden beschikbaar zijn en zo'n overzicht actief beschikbaar te stellen.¹

6.6. De overheid

De Wob ziet uitsluitend op nader omschreven bestuursorganen.² Het begrip «bestuursorgaan» is gelijk aan hetzelfde begrip in artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht. Het voorgaande betekent dat onder meer de rechterlijke macht, het parlement, de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman uitgezonderd zijn van de werking van de wet. Voor de meeste van deze organen, zoals de rechterlijke macht, de Raad van State en de Nationale ombudsman, gelden specifieke openbaarheidsregels, die overigens qua openbaarheidsregime over het algemeen beperkter zijn dan de Wob.

Het door het kabinet voorgestelde artikel heeft wat betreft de adressanten van het artikel een ruimere werking dan de Wob. Onder het begrip «overheid» in het voorstel vallen alle organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld en andere personen of colleges met enig openbaar gezag bekleed. Met andere woorden: de gehele overheid valt onder het artikel, inclusief de rechterlijke macht, het parlement, de Raad van State, alle zelfstandige bestuursorganen, etc. Voor zover zij met openbaar gezag bekleed zijn, vallen ook privaatrechtelijke organisaties onder de werking van het artikel. Een bekend voorbeeld van een zodanige organisatie is het APK-keuringstation.

In het licht van de doelstellingen van het voorgestelde artikel, te weten de ontplooiing van de burger in diverse opzichten en een goed en democratisch functionerende overheid, is het in de ogen van het kabinet ook logisch dat het artikel betrekking heeft op de gehele overheid. Het gaat niet aan om bepaalde overheidsorganen principieel van de werking van het artikel uit te zonderen. Voor elk overheidsorgaan geldt immers in beginsel dat transparantie en openheid tot een betere ontplooiing van de burger kan leiden en tot het beter draaien van het desbetreffende overheidsorgaan zelf. Dit neemt niet weg dat de mogelijkheid bestaat om voor de verschillende overheidsinstanties een uiteenlopend toegangsregime in het leven te roepen. Het voorgaande is in de lijn met de zienswijze van de Commissie op dit punt. Ook zij kiest voor een ruime uitleg van het begrip «overheid».

Opmerking verdient tenslotte dat het voorgestelde artikel geen wijziging beoogt te brengen in de eenheid van de Kroon en de onschendbaarheid van de Koning daarbinnen.

6.7. Bij de overheid berustende informatie

Het in het voorstel opgenomen begrip «bij de overheid berustende informatie» is algemeen en bevat alle soorten informatie die bij de overheid aanwezig is. Zowel schriftelijke als in elektronische vorm opgeslagen informatie valt onder de reikwijdte van het artikel. Het kabinet gaat op dit punt niet zo ver als de Commissie, die mondeling gemaakte afspraken zonder meer onder de werking van het artikel brengt. Het lijkt in strijd met

¹ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 7.

² Artikel 1a van de Wob bepaalt dat deze wet van toepassing is op: 1. ministers; 2. bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie; 3. bestuursorganen die onder de verantwoordelijkheid van de onder a en b genoemde organen werkzaam zijn; 4. andere bestuursorganen voor zover niet bij algemene maatregel van bestuur uitgezonderd dan wel bestuursorganen belast met onderwijs en onderzoek op het beleidsterrein van het Ministerie van OCW, voor zover deze bij algemene maatregel van bestuur zijn aangewezen.

de geest van het voorstel en onwerkbaar, zo meent het kabinet, om informatie die niet is «opgeslagen» op een gegevensdrager onder de werking van het grondrecht te brengen. Mondeling gemaakte afspraken vallen gelet op het voorgaande alleen onder het voorstel van het kabinet, indien zij op papier, dan wel op een andere gegevensdrager zoals een geluidsband zijn vastgelegd. De werking van het voorstel is hiermee op dit punt gelijk aan de Wob, die uitgaat van de openbaarheid van informatie, neergelegd in een document. Onder document wordt hierbij verstaan een schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat. Dit betekent dat alle mogelijke gegevensdragers, waaronder digitale informatie, onder de werking van de Wob vallen.¹

Het gaat hier – eveneens in de lijn van de Wob – niet alleen om informatie die ontstaan is bij of opgesteld door de overheid zelf, maar ook om informatie die door andere personen of instanties is opgesteld en die bij de overheid berust. Dit is de reden dat in het voorstel is gekozen voor de term «bij de overheid berustende informatie» in plaats van de term «overheidsinformatie». Voor informatie afkomstig van derden is wel vereist dat de opsteller of een derde de bedoeling heeft gehad de informatie specifiek aan het overheidsorgaan ter beschikking te stellen én dat de informatie ressorteert onder de verantwoordelijkheid van het overheidsorgaan. Deze uitleg sluit aan bij de jurisprudentie over de Wob met betrekking tot de vraag of een document «berust» bij een bestuursorgaan.² Het voorgaande betekent dat onder meer informatie die willekeurig bij de overheid terecht komt of persoonlijke stukken van personen werkzaam bij de overheid niet onder het voorstel vallen.

Voorts is relevant dat onder «bij de overheid berustende informatie» zowel zakelijke gegevens als persoonsgegevens zijn te begrijpen. Zoals de Commissie terecht opmerkt, ontstaat er zo een zekere overlap met artikel 10, tweede en derde lid, van de Grondwet, voor zover het om het object van het recht gaat, maar is hier zeker geen sprake van een doublure. Het tweede en derde lid van artikel 10 van de Grondwet bevatten immers geen subjectief recht op toegang tot persoonsgegevens, doch «slechts» regeringsopdrachten. De regeringsopdrachten zijn anderzijds ruimer dan bovenstaand voorstel. Zo zien zij niet alleen op persoonsgegevens bij de overheid, maar (ook) op de verwerking van persoonsgegevens in horizontale verhoudingen, en hebben zij bovendien (ook) betrekking op andere aspecten dan toegang tot persoonsgegevens, te weten verbetering, verzet etc.³

Tot de bij de overheid berustende informatie behoort uiteraard ook informatie die afkomstig is van één van de instellingen van de Europese Unie. Verwacht mag worden dat het aandeel van dit soort informatie in de totale stroom van bij de overheid aanwezige informatie nog zal toenemen. Beperkingen op de toegang tot deze informatie kunnen niet alleen voortvloeien uit nationale regelgeving, maar ook uit Europese regelgeving.

Een ander punt is dat het gaat om informatie die in principe reeds «bestaat» bij de overheid en die op eenvoudige wijze en zonder grote inspanning kan worden vergaard. Zoals de Commissie opmerkt, gaat het in het eerste lid in beginsel niet om informatie die eerst zal ontstaan na een bewerking door de overheid. Dit neemt echter niet weg dat in het kader van het eerste lid van de overheid gevraagd kan worden gegevens te verzamelen, dan wel een simpele bewerking uit te voeren. Dit is in de lijn van de Wob-jurisprudentie op dit punt. Het voorstel introduceert dan ook wat dit aspect betreft ten opzichte van de Wob geen nieuwe elementen. Het kabinet gaat er vanuit dat de gewone wetgever, en vervolgens de overheid en de rechter in de praktijk van alledag, hun weg zelf

¹ Zie ook het Evaluatieverslag Wet openbaarheid van Bestuur 1997, blz. 11.

² Zie ook het Evaluatieverslag Wet Openbaarheid van Bestuur 1997, blz. 12.

³ Vergelijk paragraaf 4.4.

wel zullen vinden, ook als het gaat om informatie in elektronische gegevensbestanden.

Uit het tweede lid, dat immers een zorgtaak bij de overheid legt, kan een zorgverplichting worden afgeleid om actief informatie te «maken». Hier­vóór zijn als voorbeelden onder meer genoemd het vervaardigen van geconsolideerde wetteksten, het beschikbaar stellen van overzichten van bij de overheid aanwezige documenten en het maken van voorlichtings­brochures. Basis hiervoor is echter de informatie die reeds in enigerlei vorm beschikbaar is bij de overheid. Uiteraard ziet de zorgverplichting voor toegankelijkheid per definitie niet op de informatie waar op grond van uitvoeringsregelgeving geen toegang toe bestaat.

6.8. Verhouding tot Auteurswet en Databankenwet

In het voorjaar van dit jaar heeft het kabinet zijn reactie naar de Tweede Kamer gezonden op het advies van de commissie auteursrecht over een rapport van een ambtelijke werkgroep over de verhouding tussen de Databankenwet, de Auteurswet en de Wet openbaarheid van bestuur.¹ Zoals in deze reactie is aangegeven, geldt de verplichting op grond van artikel 3 van de Wob ook voor informatie waarop de overheid of derden auteursrechten of databankrechten hebben gevestigd. Een verstrekking op grond van de Wob doet echter geen afbreuk aan op de informatie rustende rechten. Een verstrekking van informatie op grond van artikel 3 van de Wob laat derhalve een eventuele auteursrechtelijke (en databankenrechtelijke) bescherming in beginsel onverlet. Anders gezegd: informatie vallend onder de Wob waarop auteursrechten of databankenrechten rusten is in principe openbaar, maar openbaarmaking of verveelvoudiging is afhankelijk van de expliciete toestemming van de houder van het auteursrecht en/of databankenrecht. Wel is het mogelijk de inhoud van de informatie samen te vatten en te verspreiden. Ook is openbaarmaking en verveelvoudiging toegestaan wanneer de Auteurswet of de Databankenwet te dien aanzien een beperking kent. Het auteursrecht en databankenrecht staan bovendien niet in de weg aan een verdere kennisneming van de inhoud door anderen dan degenen aan wie informatie is verstrekt.

Het kabinet is voornemens om de Auteurswet aan te vullen met de bepaling dat de feitelijke handeling van verstrekking van informatie op grond van de Wob geen inbreuk op het auteursrecht vormt. In de Wob zal voorts in die zin verduidelijkt worden, dat uitdrukkelijk wordt bepaald dat de informatieverstrekking op grond van deze wet geen afbreuk doet aan het auteursrecht van derden.² Dit zou in het kader van de wetgeving die op grond van onderhavig voorstel tot stand moet komen, uitgebreid kunnen worden tot het in algemene zin verstrekken van informatie door de overheid naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek van een burger. Bezien zal moeten worden of dit in overeenstemming is met internationale regelgeving.

6.9. Gebruik van bij de overheid berustende informatie

Naar het oordeel van het kabinet is het van groot belang dat er niet alleen toegang tot overheidsinformatie bestaat, maar dat deze ook door burgers en bedrijfsleven kan worden hergebruikt. Recentelijk nog heeft het kabinet dit belang onderstreept.³ Het kabinet meent dat de maatschappelijke waarde van informatie wordt vergroot naargelang meer personen deze informatie gebruiken. Het gaat hier niet alleen om de zogenaamde basisinformatie van de democratische rechtstaat, maar ook om informatie die op grond van de Wob of andere openbaarheidsregelgeving openbaar is. Voor burgers bestaan er geen juridische belemmeringen om de basisinformatie van de democratische rechtstaat al dan niet voor commerciële

¹ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 7.

² Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 7, blz. 21.

³ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 7.

doeleinden te hergebruiken. Wel bestaan er praktische belemmeringen, bijvoorbeeld doordat de toegankelijkheid van deze informatie nog niet altijd optimaal is. Bij andere informatie van de overheid kunnen bijvoorbeeld auteurs- en databankrechten een dam opwerpen voor het gebruik hiervan. Een andere beperking kan voortvloeien uit de (nog niet in werking getreden) Wet bescherming persoonsgegevens. Het kabinet heeft reeds toegezegd dat nader onderzoek zal worden gestart naar de wenselijkheid en de haalbaarheid van een publiekrechtelijke regeling voor het gebruik van overheidsinformatie.¹

Niettegenstaande het belang dat het kabinet toekent aan het gebruik van overheidsinformatie door derden, is het naar zijn oordeel gezien de huidige stand van zaken op dit terrein onwenselijk om in de Grondwet een subjectief recht van de burger met betrekking tot het gebruik van bij de overheid berustende informatie op te nemen. Het kabinet meent dat onderhavige materie nog niet voldoende is uitgekristalliseerd. Ten aanzien van een dergelijk recht kan dan ook moeilijk van constitutionele rijpheid worden gesproken.

6.10. Uitvoering

De Commissie wijst er in haar advies op dat wetgeving tot stand gebracht zal moeten worden waarin uitzonderingen en beperkingen op het beginsel van toegang opgenomen worden. Het kabinet meent dat de opname van het nieuwe grondrecht in de Grondwet de huidige wetgeving op het punt van openbaarheid en toegang tot bij de overheid berustende informatie in beginsel gehandhaafd kan blijven. In de eerste plaats hecht het kabinet er aan te benadrukken dat bij de introductie van het nieuwe artikel het bestaande stelsel van de Wob, inclusief uitzonderingsgronden en beperkingen, ten aanzien van «informatie over een bestuurlijke aangelegenheid» behouden zal kunnen blijven. Bezien zal wel worden of, onder handhaving van dit stelsel, het wenselijk is de reikwijdte van deze wet uit te breiden met documenten waarop de Wob thans niet van toepassing is.

Ten aanzien van bij de overheid berustende persoonsgegevens is voorts relevant dat met name de Wet bescherming persoonsgegevens reeds een toereikende algemene regeling ten aanzien van de toegang tot deze gegevens bevat. Daarnaast kan gewezen worden op de Algemene wet bestuursrecht, de Archiefwet, de Provinciewet, de Gemeentewet, de Wet op de Raad van State, de Wet Nationale ombudsman, de Bekendmakingswet, de Wet op de politieregisters, de Kadasterwet, de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens, de Wet op het Centraal Bureau en de Centrale Commissie voor de Statistiek en de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. De in deze regelgeving opgenomen openbaarheids- en toegangsregimes kunnen eveneens in stand blijven. Het kabinet gaat er hierbij vanuit dat indien in regelgeving expliciet is geregeld tot welke informatie van een bepaald overheidsorgaan toegang bestaat, hieruit mag worden afgeleid dat tot informatie die niet is genoemd geen toegang bestaat. Als voorbeeld valt hier te noemen de artikelen 25a en 25b van de Wet op de Raad van State waarin een regeling is opgenomen over de openbaarmaking van de adviezen van de Raad. Nu de wetgever hiervoor expliciet een regeling heeft getroffen, mag er vanuit worden gegaan dat de wetgever bedoeld heeft dat overige bij de Raad van State berustende informatie niet openbaar is. Een ander voorbeeld is de regeling in de artikelen 14 tot en met 19 van de Wet op de politieregisters. In deze regeling is gedetailleerd uitgewerkt onder welke voorwaarden en aan wie informatie uit de politieregisters mag worden verstrekt. Voor zover informatie niet is genoemd of niet aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan, bestaat er geen toegang tot deze informatie.

¹ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 7, blz. 21

Voorts staat het kabinet stil bij de bij het parlement berustende informatie. Het vaststellen van beperkingen op de toegang tot deze informatie dient naar het oordeel van het kabinet overgelaten te worden aan het parlement (Reglement van Orde). Aangezien het voorgestelde artikel voor een beperking op de toegang eist dat deze bij of krachtens de wet wordt vastgesteld, dient er wel een formeel-wettelijke grondslag gecreëerd te worden voor een zodanige regeling.

In dit kader is voorts nog relevant om op te merken dat het voorstel niets zegt over het in rekening brengen van kosten bij de ontvanger van de informatie die op basis van het eerste lid om toegang tot deze informatie heeft verzocht, bijvoorbeeld omdat het verzamelen van de gevraagde informatie veel tijd vergt of omdat van veel stukken kopieën gemaakt moeten worden. Het is aan de gewone wetgever om hierover al dan niet een regeling te treffen. Het in rekening brengen van een vergoeding voor gemaakte kosten kan als een beperking van het toegangsrecht worden gezien, die volgens het voorstel bij of krachtens de wet vastgesteld dient te worden. Vanuit het oogpunt van toegankelijkheid, heeft het uiteraard de voorkeur dat alleen de kosten van de verstrekking van informatie in rekening worden gebracht. Een ander belangrijk punt betreft de aansprakelijkheid voor de juistheid van de informatie die door de overheid wordt verstrekt. Het kabinet heeft reeds nader onderzoek op dit punt aangekondigd.¹ Ten slotte zal nader onderzocht worden hoe contractuele bedingen tussen overheid en derden die voortvloeien uit onder meer de Auteurswet en de Databankenwet en inhouden dat de overheid niet gerechtigd is tot verdere verspreiding van publicaties, zich verhouden tot het recht op toegang.

6.11. Uitvoeringslasten van overheidsorganen

Verwacht werd dat met de inwerkingtreding van de Wob bestuursorganen overspoeld zouden worden met verzoeken om informatie. Werd in de eerste jaren van de Wob nog geconstateerd dat dit allemaal wel meeviel, de laatste jaren is waarneembaar dat vooral journalisten in toenemende mate een beroep op deze wet doen. Met bovenstaand voorstel zullen in beginsel de uitvoeringslasten van overheidsinstanties waarvoor thans een openbaarheidsregeling bestaat niet wijzigen. Een verhoging van de uitvoeringslasten valt alleen te verwachten indien de uitvoeringswetgeving op dit punt gewijzigd zal worden. Zoals hiervoor ter sprake kwam, is niet beoogd om met de introductie van het nieuwe artikel de bestaande openbaarheids- en toegangsregimes te veranderen. Overigens zullen ook maatschappelijke ontwikkelingen, waaronder de toegenomen mondigheid van de burger, van invloed kunnen zijn op de uitvoeringslasten van de overheid op dit terrein.

6.12 Toegang tot informatie die bij andere instellingen dan de overheid berust

De roep om een transparantere samenleving is algemeen. Zij richt zich dan ook niet alleen tot de overheid, maar ook tot het bedrijfsleven. De Commissie wijst in haar advies terecht op het feit dat door de tendens tot privatisering en liberalisering voor de burger cruciale informatie zich steeds vaker in handen bevindt van particuliere organisatie in plaats van overheidsorganisaties. Hierbij constateert zij dat particuliere bedrijven en organisaties, al dan niet op grond van specifieke (Europese) regelgeving, er in toenemende mate toe overgaan om interne informatie naar buiten te brengen. Pressie van de zijde van onder meer de media, consumenten- en werknemersorganisaties kan hier katalyserend werken. De Commissie is van oordeel dat de tijd niet rijp is om in de Grondwet een recht op toegang tot informatie van andere instellingen dan overheidsinstellingen

¹ Kamerstukken II, 1999/2000, 26 387, nr. 7, blz. 21.

op te nemen. Een dergelijk recht zou veeleer modifierend van aard zijn, dan een codificatie betreffen van bestaande regelgeving en bestaand beleid. In reactie hierop merkt het kabinet in de eerste plaats op dat in geval van verzelfstandiging en privatisering onder omstandigheden bedoelde organisaties onverkort onder de reikwijdte van onderhavig voorstel vallen, namelijk indien en voor zover deze organisaties met openbaar gezag zijn belast. Verwezen zij op dit punt naar paragraaf 6.6. Voor zover een organisatie niet onder de werkingssfeer van onderhavig voorstel valt, meent het kabinet dat, afgezien van het door de Commissie aan de orde gestelde punt van een gebrek aan constitutionele rijpheid, een dergelijk recht een vreemd element zou vormen in de huidige grondrechtencatalogus, die immers primair betrekking heeft op de relatie overheid – burger.

7. Artikel 5 van de Grondwet

Artikel 5 (voorstel kabinet)

Ieder heeft het recht verzoeken bij het bevoegd gezag in te dienen.

Met bovenstaand voorstel neemt het kabinet het voorstel van de Commissie voor een techniek-onafhankelijk artikel 5 van de Grondwet over. Het voorstel strekt er toe dat naast de schriftelijk ingediende petitie, eveneens elektronische en mondelinge verzoekschriften grondwettelijke bescherming genieten. Vanuit het oogpunt van de toegankelijkheid van de overheid acht het kabinet het wenselijk dat elk verzoekschrift, in welke vorm ook ingediend, onder de reikwijdte van artikel 5 valt. Het huidige artikel 5 stelt als vereiste dat de verzoeken *schriftelijk* bij het bevoegde gezag moeten worden ingediend. De Commissie merkt op dat van oudsher hiermee is beoogd tot uitdrukking te brengen dat de petitie op papier dient te staan, maar dat niet uit te sluiten valt dat op enig moment het begrip «schriftelijk» zo wordt uitgelegd dat ook een petitie via elektronische weg hieronder kan worden begrepen. In het digitale tijdperk kan aan het begrip «schriftelijk» immers ook de betekenis worden toegekend van «weergave door middel van schrifttekens». Dit zou betekenen dat ook elektronische verzoeken onder het bereik van het huidige artikel 5 vallen. Op dit moment bestaat hier echter geen duidelijkheid over. In dit verband wijst de Commissie er op dat de Commissie voor de Verzoekschriften van de Tweede Kamer volgens haar reglement alleen schriftelijke verzoeken accepteert. Met bovenstaand voorstel voor een nieuw artikel 5 wordt zeker gesteld dat ook elektronisch ingediende verzoekschriften onder de werkingssfeer van artikel 5 vallen, waarmee de rechtszekerheid wordt gediend. Het voorstel is tevens in de lijn van het uitgangspunt van het kabinet dat de juridische normen uit de fysieke wereld toepasbaar moeten zijn in de elektronische omgeving.

Met de Commissie is het kabinet van oordeel dat de argumenten die in het verleden naar voren zijn gebracht tegen een mondelinge petitie niet langer steekhoudend zijn. Het schriftelijkheidsvereiste zou in de Grondwet zijn opgenomen uit angst voor de druk die aanbieder in persoon zou kunnen opleveren voor de ontvanger.¹ Andere betekenissen die zijn genoemd zijn de bescherming van de overheid tegen een stroom van mondelinge verzoeken en besparing van tijd omdat geen proces-verbaal van de mondelinge petitie behoeft te worden opgemaakt.² Van belang in dit verband is dat vorige jaar in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een regeling van het klachtrecht is opgenomen, die zowel op schriftelijke als mondelinge klachten betrekking heeft.³ Hiermee wordt in de Awb ook aan mondelinge verzoeken een juridische status toegekend. Artikel 9:2 van die wet verplicht het bestuursorgaan zorg te dragen voor een behoorlijke behandeling van mondelinge en schriftelijke klachten. Dit pleit er voor dat

¹ Zie J.T. Buijs, *De Grondwet II*, 1884, blz. 81.

² C. Riezebos, *Recht van petitie (diss.)*, 1992, blz. 106.

³ Wet van 12 mei 1999, houdende aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling over de behandeling van klachten door bestuursorganen (Stb. 214).

het grondrecht waarop het klachtrecht is gebaseerd eveneens bescherming geeft aan mondeling ingediende verzoeken. Het kabinet is zich ervan bewust dat het grondwettelijke begrip «verzoek» meer omvat dan alleen klachten. Voorts is het begrip «bevoegd gezag» ruimer dan «bestuursorgaan» in de zin van de Awb. Het omvat tevens bijvoorbeeld de beide Kamers der Staten-Generaal en de rechterlijke macht. Het kabinet is van mening dat deze uitbreiding van het petitierecht voor de praktijk slechts beperkte gevolgen zal hebben. In dit verband merkt het kabinet nog op dat artikel 5 geen verplichting voor de behandeling van een ingediende petitie bevat.

Ten slotte merkt het kabinet op dat de uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 5 tot elektronische verzoeken naar zijn mening niet de verplichting voor overheidsinstanties meebrengt om daadwerkelijk een e-mailaccount beschikbaar te hebben waarnaar burgers hun elektronische verzoekschriften kunnen zenden. Vanuit het oogpunt van optimale dienstverlening aan de burger acht het kabinet de elektronische bereikbaarheid van overheidsinstanties uiteraard wel van groot belang.

8. Constitutionele toetsing

8.1. Inleiding

De grootst mogelijke meerderheid van de Commissie acht het wenselijk dat het verbod van toetsing aan de Grondwet van wetten in formele zin wordt opgeheven voorzover het gaat om toetsing aan grondrechten die naar hun aard directe werking hebben. Deze leden menen dat een techniek-onafhankelijke formulering van de informatiegrondrechten de behoefte aan rechterlijke toetsing doet toenemen. Bij een zodanige wijze van formulering zal de rechter namelijk meer dan anders geroepen kunnen zijn een bij de actuele stand van de techniek passende uitleg van deze grondrechten te geven.

De discussie over de vraag of al dan niet een vorm van constitutionele toetsing door de rechter dient te worden ingevoerd, heeft zowel voor als na de grondwetsherziening van 1983 intensief plaatsgevonden en heeft tot dusver steeds als uitkomst gehad dat het bestaande toetsingsverbod dient te worden gehandhaafd. Het kabinet is zich er echter van bewust dat het hier om een kwestie gaat die samenhangt met de vraag van de betekenis en de wijze van formulering van grondrechten in het digitale tijdperk en vindt het standpunt van de Commissie dan ook een aanleiding om het al dan niet openstellen van de mogelijkheid van constitutionele toetsing voor te leggen aan de Tweede Kamer. Het kabinet wil echter met nadruk erop wijzen dat naar zijn oordeel de waarde van de inhoudelijke aanbevelingen die de Commissie doet niet staat of valt met het al dan niet openstellen van de mogelijkheid van toetsing van wetten aan de grondwettelijke grondrechten. De vraag van de constitutionele toetsing is zeker van invloed op de in het rapport van de Commissie behandelde problematiek, maar heeft daarnaast nog veel andere aspecten die voor een belangrijk deel losstaan van de discussie over de grondrechten in het digitale tijdperk. Bovendien heeft het openstellen van de mogelijkheid van constitutionele toetsing ingrijpende consequenties voor alle grondrechten die onder deze mogelijkheid zouden gaan vallen, niet alleen voor de grondrechten die specifiek door de Commissie zijn besproken. Om die reden ziet het kabinet in dit kader af van een concreet voorstel op dit punt. In het hiernavolgende zal eerst de achtergrond van de discussie rond constitutionele toetsing worden geschetst. Daarbij zal allereerst worden ingegaan op de bestaande situatie en op de overwegingen die bij de voorbereiding van de algehele grondwetsherziening van 1983 ten grondslag hebben gelegen aan het in stand houden van het toetsingsverbod. Daarna

zal beknopt worden ingegaan op de discussie die sinds 1983 over constitutionele toetsing is gevoerd. Tenslotte zullen de overwegingen worden genoemd die thans – mede in het licht van het rapport van de Commissie – ertoe zouden kunnen leiden dat het toetsingsverbod wordt heroverwogen.

8.2. Grondwetsherziening 1983: toetsingsverbod blijft gehandhaafd

Artikel 120 van de Grondwet luidt: «De rechter treedt niet in de grondwettigheid van wetten en verdragen.» Bij de algehele grondwetsherziening van 1983 kwam dit artikel in de plaats van de bestaande bepalingen: «De wetten zijn onschendbaar» (in de Grondwet opgenomen sinds 1848) en «De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van overeenkomsten» (opgenomen sinds 1953). Bij de grondwetsherziening van 1953 werd de grondwettelijke verplichting ingevoerd voor de rechter om wettelijke voorschriften – waaronder bepalingen in wetten in formele zin en de Grondwet – buiten toepassing te laten, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (thans artikel 94 Grondwet). In 1954 ratificeerde Nederland het EVRM en aanvaardde daarbij tevens de bevoegdheid van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens om bindende uitspraken te doen over de naleving van het EVRM. In 1960 erkende Nederland het individuele klachtrecht op grond van het EVRM. Intussen had Nederland in 1958 ook het EEG-verdrag geratificeerd, waardoor de Nederlandse wetgeving deel is gaan uitmaken van de Europese rechtsorde. Dit betekent dat de Europese regelgeving prevaleert boven nationale regelgeving en dat het Hof van Justitie van de EG bindende uitspraken kan doen over de uitleg van het gemeenschapsrecht.

De opstellers van de Proeve van een nieuwe grondwet (1966) achtten het «ongerijmd» als de burgers voor het meerdere dat de grondwettelijke grondrechten bieden de rechterlijke bescherming zou worden onthouden die wel is verbonden aan verdragsgrondrechten.¹ In de Proeve werd daarom voorgesteld het toetsingsverbod ten aanzien van de daarin opgenomen grondrechten – dit betrof alleen klassieke grondrechten – op te heffen.

De meerderheid van de in 1967 ingestelde Staatscommissie-Cals/Donner² was voorstander van opheffing van het toetsingsverbod voorzover het toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten betrof. Een minderheid van de Staatscommissie was van mening dat het oordeel over de vraag of de wetgever op de juiste wijze rekening heeft gehouden met de vrijheden van de burger in belangrijke mate een politiek element bevat, zodat voor het geven van een zodanig oordeel regering en Staten-Generaal in onderlinge samenwerking de meest aangewezen organen zijn. Deze leden van de Staatscommissie waren bovendien van mening dat het toetsingsrecht de rechter in politieke strijdvragen kan betrekken en dat daardoor het benoemingsbeleid ten aanzien van de rechterlijke macht onder partijpolitieke druk zal komen te staan. Met betrekking tot het argument vóór rechterlijke toetsing aan de Grondwet, dat een zodanige toetsing ook mogelijk is waar het gaat om internationale verdragen, oordeelde de minderheid van de Staatscommissie dat internationale overeenkomsten gewoonlijk bestemd zijn om te werken binnen verschillende, soms zeer uiteenlopende rechtsstelsels, de bepalingen daarom meestal zeer ruim zijn geredigeerd en talrijke ruim geformuleerde uitzonderingen kennen; toetsing daaraan heeft volgens deze leden dan ook een ander karakter dan toetsing aan grondwettelijke grondrechten, die zijn bestemd om binnen de nationale rechtsorde een duidelijke functie te vervullen en een karakteristiek element van die rechtsorde vormen.

De Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid, uitgebracht door het kabinet-Den Uyl in 1974, wees afschaffing van het toetsingsverbod af en

¹ Proeve van een nieuwe grondwet, 1966, blz. 55.

² Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, 1969, blz. 34–41.

onderschreef de redenen die hiervoor door de minderheid van de Staatscommissie-Cals/Donner waren genoemd.¹ In het wetsvoorstel tot verandering in de Grondwet van de bepalingen inzake grondrechten, dat in 1976 werd ingediend, werd deze afwijzing gehandhaafd, omdat de hiervoor aangehaalde bezwaren van rechterlijke toetsing groter werden geacht dan de mogelijke voordelen. Daarenboven wees de memorie van toelichting erop dat in het wetgevingsproces zelf voldoende schakels aanwezig zijn die kunnen dienen tot bescherming van de burger tegen ongrondwettigheid, namelijk de ambtelijke voorbereiding en de controle van de bewindslieden op een wetsvoorstel, de advisering door de Raad van State, de behandeling door het parlement en de inbreng van maatschappelijke zijde.²

8.3. *Discussie na 1983*

Het denken over de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet kreeg aan het eind van de jaren tachtig een krachtige impuls, met name door het Harmonisatiewet-arrest van de Hoge Raad d.d. 14 april 1989. In de regeringsverklaring van november 1989 kondigde het toen aantredende derde kabinet-Lubbers een voorstel aan tot invoering van het rechterlijk toetsingsrecht van wetten aan de Grondwet. Vervolgens formuleerde ook de commissie-Deetman een vraagpunt over het toetsingsrecht. De commissie stelde de behandeling van dit vraagpunt uit totdat het kabinet een voorstel zou doen. Eind 1991 had het kabinet in een nota zijn voorlopig standpunt neergelegd, waarbij werd gekozen voor een opheffing van het toetsingsverbod ten aanzien van direct werkende grondrechten in de Grondwet. Daarbij zou elke rechter de vraag naar de verenigbaarheid van een formele wet met een direct werkende grondwetsbepaling moeten toetsen en bij wege van prejudiciële vraag dienen voor te leggen aan de Hoge Raad, indien hij overweegt de vraag of er sprake is van strijdigheid bevestigend te beantwoorden. Dit voorlopig standpunt werd aan de Raad van State voor advies vorgelegd, nadat advies was ingewonnen van de Hoge Raad en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, alsmede van vijf externe adviseurs (mr J. van der Hoeven, prof. mr M.C.B. Burkens, prof. mr C. Flinterman, mw. mr A.M. Goudsmit en prof. mr C.A.J.M. Kortmann). Het toenmalige kabinet heeft zich vervolgens beraden over de vraag of zijn voorlopig standpunt zou moeten worden heroverwogen in het licht van alle ingewonnen adviezen. Dit beraad heeft uiteindelijk niet kunnen leiden tot een definitief kabinetsstandpunt.³ Ook geen van de daaropvolgende kabinetten heeft een voorstel tot afschaffing van het toetsingsverbod ingediend.⁴

8.4. *Aanleiding tot heroverweging*

De grondrechtelijke stand van zaken in het jaar 2000 is – zowel nationaal als internationaal – niet meer dezelfde als die in de jaren zeventig van de vorige eeuw, toen de grondwetsherziening van 1983 werd voorbereid. Door de mogelijkheid van toetsing aan de internationale mensenrechtenbepalingen hebben deze bepalingen sterk aan inhoud en betekenis gewonnen. Zowel de reikwijdte van de hierin gewaarborgde rechten als de mogelijke beperkingen op deze rechten hebben door middel van de interpretatie door de rechter aanmerkelijke verduidelijking en concretisering ondergaan. Vergeleken hierbij is de ontwikkeling van de grondrechten in de Nederlandse Grondwet sinds 1983 een geheel andere geweest. Een van de kenmerken van de grondrechtencatalogus uit de Grondwet van 1983 is, dat deze een omvangrijk programma aan de wetgever oplegt. In de jaren na 1983 zijn veel nieuwe wetten of wijzigingen van bestaande wetten tot stand gekomen, die een uitwerking van de in hoofdstuk 1 van de Grondwet neergelegde grondrechten behelsden. Enkele voorbeelden hiervan zijn de Algemene wet gelijke behandeling en

¹ Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid, Documentatiereeks «Naar een nieuwe grondwet?» deel 12, blz. 33–35.

² Kamerstukken II, 1975/1976, 13 872, nr. 3, blz. 13–14.

³ Brief van de minister van Justitie d.d. 29 april 1994, kamerstukken II 1993/94, 21 427, nr. 104.

⁴ Zie laatstelijk de antwoorden van minister Peper (Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) d.d. 24 december 1998 op vragen van respectievelijk de leden Rehwinkel en Te Veldhuis (Aanhangsel Handelingen II 1998/99, 532) en het lid Van Wijmen (Aanhangsel Handelingen II 1998/99, 533).

de Wet openbare manifestaties. In die zin kan men zeggen dat de verduidelijking en concretisering, die bij de internationale verdragsbepalingen grotendeels door de (internationale) rechter zijn verwezenlijkt, in Nederland voor een belangrijk deel door de wetgever zijn bewerkstelligd. Daarbij dient nog te worden opgemerkt dat de regelingsopdracht in de grondwettelijke grondrechten altijd via de wetgever in formele zin loopt. Het is met andere woorden de formele wetgever die de kaders van de interpretatie bepaalt. Ten aanzien van artikel 7 Grondwet (de vrijheid van drukpers) kan echter worden geconcludeerd dat de rechter altijd een belangrijke rol heeft gespeeld. Dit heeft grotendeels te maken met het feit dat regelingen van mede-overheden in bepaalde gevallen (bijvoorbeeld bij plakverboden) de grondwettelijke drukpersvrijheid kunnen raken. Deze regelingen kunnen wél door de rechter aan de Grondwet worden getoetst, hetgeen in het kader van de drukpersvrijheid dan ook met regelmaat gebeurt. Hierdoor heeft de interpretatie van artikel 7 een duidelijk stramen gekregen, waarop in concrete gevallen op een consistente manier kan worden voortgebouwd.

De kwestie doet zich nu voor of de bestaande situatie in het digitale tijdperk niet zou dienen te worden heroverwogen. Het kabinet wil deze kwestie in twee delen bespreken. Allereerst wil het ingaan op de vraag, of er een versterkte *noodzaak tot interpretatie* zal ontstaan door een meer beginselmatige en techniek-onafhankelijke formulering van grondrechten. Vervolgens wil het kabinet dan enkele overwegingen wijden aan het vraagpunt, of de beantwoording van deze eerste vraag het denkbaar zou kunnen maken dat de *rechter* wetten zou moeten kunnen toetsen aan direct werkende grondrechten in de Grondwet.

Grondrechten, zoals vastgelegd in de Grondwet en in internationale verdragen, hebben naar hun aard een sterk beginselmatig karakter. Zij zijn de uitdrukking van fundamentele, in de rechtsovertuiging levende, beginselen die te maken hebben met de bescherming en de ontplooiing van de burger. Het fundamentele karakter van deze beginselen heeft zowel zijn weerslag gekregen in het gewicht van de rechtsdocumenten waarin deze beginselen zijn gepositieerd als in de algemene formulering van deze gepositieerde beginselen.

Een algemene formulering, waaruit de inhoud van het te beschermen rechtsgoed blijkt, heeft het voordeel dat voor iedere burger duidelijk kenbaar is welke noties worden beschermd. Onvermijdelijk is echter dat deze noties nader zullen moeten worden afgebakend en gepreciseerd. Bijvoorbeeld: wanneer kan men spreken van een betoging, en houdt dit bijvoorbeeld ook een recht van tegenbetoging in? Of: omvat het recht van onderwijs ook een recht om onderwijs te ontvangen? Dit zijn enkele tamelijk willekeurige voorbeelden, die onderstrepen dat elke positivering van een grondrecht noodzakelijkerwijs een algemeen en beginselmatig karakter heeft en derhalve ipso facto zal moeten leiden tot interpretatie.

Het feit dat deze grondrechten een tijdgebonden karakter hebben, heeft de behoefte tot interpretatie niet doen afnemen. Een voorbeeld vormt het Nederland ontwapent-arrest¹, waarin de Hoge Raad onder het openbaren van gedachten of gevoelens door de drukpers in de zin van artikel 7 Grondwet óók het zichtbaar aanbrengen van verlichte neonletters begreep. Op een gegeven moment vinden de interpretatiemogelijkheden echter hun grenzen en moet worden geconcludeerd dat een bepaalde interpretatie niet meer in een redelijk verband staat tot de omschrijving van de norm.

Het probleem van de al dan niet techniek-afhankelijkheid van de betrokken grondrechten zit waarschijnlijk minder in het juridische dan in het technisch/maatschappelijke aspect. De technische ontwikkelingen gaan

¹ HR 24 januari 1967, NJ 1967, 270.

gedurende de laatste decennia dermate snel, dat nu bijvoorbeeld nage-
noeg onmogelijk meer kan worden voorzien welke toepassingen van
(tele)communicatie over enkele jaren op de markt zullen zijn, welke
toepassingen aan de thans bestaande zullen zijn toegevoegd en welke van
de nu in zwang zijnde toepassingen misschien dan weer geheel en al
zullen zijn verdwenen. In die zin kan inderdaad worden gesteld dat de
noodzaak van interpretatie van grondrechten toeneemt, doordat *ten tijde
van het opstellen van de normen* niet voorzienbaar is hoe de feitelijke
situatie in een later stadium zal zijn en hoe deze – nog niet voorzienbare –
feitelijke situatie in grondrechtelijk opzicht zal moeten worden gewaar-
deerd. Dit wordt immers pas duidelijk wanneer de technische mogelijk-
heden ten volle zijn ontwikkeld, in de praktijk worden toegepast en de
maatschappelijke effecten ervan zich hebben gemanifesteerd.

Dit brengt het kabinet bij de tweede van de hierboven gestelde vragen.
Zou een situatie aangewezen kunnen zijn waarin de uiteindelijke interpre-
tatie ook altijd door de rechter zal moeten kunnen plaatsvinden of is hand-
having van de huidige situatie, waarin aan de formele wetgever bij uitslui-
ting het belangrijkste deel van de interpretatie van grondwettelijke
grondrechten is opgedragen, voldoende om aan de geconstateerde
groeïende noodzaak tot interpretatie te kunnen voldoen?

In het antwoord op de eerste gestelde vraag is naar voren gekomen dat
het probleem vooral hierin bestaat, dat een situatie ten tijde van het
opstellen van de normen niet kan worden voorzien. Ook de totstandkoming
van een wet in formele zin vereist veel voorbereiding en een parle-
mentaire behandeling. Een interpretatie die berust bij de wetgever in
formele zin gaat daarom bij de hier aan de orde zijnde problematiek aan
hetzelfde euvel mank als een techniek-afhankelijke formulering van een
grondwettelijk grondrecht: ze kan snel verouderd zijn.

In de nota «Wetgeving voor de elektronische snelweg» is ook reeds op dit
probleem gewezen. In deze nota wordt geconstateerd dat de wetgever
met een lastig dilemma wordt geconfronteerd, doordat de grote technolo-
gische turbulentie en de grote diversiteit aan toepassingen en maatschap-
pelijke omstandigheden vraagt om regelgeving die flexibel is en niet voor
elke nieuwe techniek of toepassing behoeft te worden aangepast. Het
proces van zowel formele wetgeving als grondwetgeving duurt echter
dermate lang dat techniekspecifieke regels soms al verouderd zijn
wanneer ze in werking treden.¹

Dit houdt in dat een geconcretiseerde wettelijke norm zelden of nooit een
passend antwoord zal kunnen bieden op alle situaties die zich in het maat-
schappelijk verkeer als gevolg van technologische ontwikkelingen mani-
festeren. Een wettelijke norm zal dus noodgedwongen een bepaald
abstract karakter moeten behouden om eventuele toekomstige ontwikke-
lingen te kunnen bestrijken. Dit maakt de noodzaak van rechterlijke inter-
pretatie groter. Hiermee behoeft overigens naar de mening van het
kabinet niet te worden gevreesd voor een verdere jurisdisering van de
verhouding tussen burger en bestuur. Er is immers op dit punt al sprake
van een verhouding die in juridische termen – namelijk door middel van
grondwettelijk gewaarborgde rechten en internationale verdragsbepa-
lingen – is vervat. Rechterlijke toetsing door de rechter aan grondwette-
lijke grondrechten leidt met andere woorden niet tot de jurisdisering van
een verhouding die naar haar aard overwegend andere dan juridische
aspecten heeft. Dit laatste zou uiteraard wel het geval zijn bij een
toetsingsmogelijkheid van formele wetten aan alle grondwetsbepalingen
– dus niet alleen grondrechten –, maar dit is door de Commissie niet
bepleit.

¹ Nota «Wetgeving voor de elektronische snelweg», Kamerstukken II 1997/1998, 25 880, nrs. 1–2, blz. 171.

In het minderheidsstandpunt binnen de Commissie is erop gewezen dat een openbaar debat met een beslissing van de regering en de vertegenwoordigende organen meer waarborgen biedt dan een rechterlijke beslissing. Daartegenover kan echter worden gesteld dat de Grondwet wordt gegeven door dezelfde organen – regering en Staten-Generaal – die ook de wetgeving in formele zin tot stand brengen. Dat betekent dat dezelfde organen zowel de Grondwet interpreteren als de verenigbaarheid van wetgeving met de Grondwet vaststellen. Dit impliceert een vergaande bevoegdheid voor de wetgevende organen. Aan die bevoegdheid kunnen grenzen worden gesteld door een onafhankelijke derde, te weten de rechter, op die machtsuitoefening te laten toezien.

Een ander belangrijk punt is, dat vanwege de wél plaatsvindende rechterlijke interpretatie van internationale mensenrechten een steeds groter verschil in ontwikkeling is ontstaan tussen deze internationale mensenrechten en de in de Grondwet vastgelegde grondrechten. Waar eerstgenoemde rechten zich in hun interpretatie bij voortdurende actualiseren, op maat worden gesneden en daardoor in de rechtspraak een vitale rol spelen, is dit bij de grondrechten in de Grondwet – met uitzondering van vooral artikel 7 Grondwet – niet het geval. Hierdoor dreigt het gevaar dat de Grondwet en de daarin gewaarborgde grondrechten steeds meer aan betekenis gaan verliezen, hetgeen ook de waarde van de Grondwet als geheel niet ten goede komt. Het risico bestaat namelijk dat de bepalingen in de Grondwet – vergeleken met de verdragsrechten – vooral als «soft law» of als symboolwetgeving worden gezien, hetgeen niet in overeenstemming is met de waarde die een nationale grondwet in het rechtsbewustzijn van een democratische rechtsstaat behoort te hebben. Enerzijds is het thans wel zo dat de grondwettelijke grondrechten een – soms belangrijke – rol in het publieke debat spelen, anderzijds ontbreekt daaraan het «harde» aspect van de afdwingbaarheid in rechte. Het invoeren van de mogelijkheid van toetsing van bepalingen uit wetten in formele zin aan direct werkende grondrechten in de Grondwet zal op deze grondrechten een vitaliserende werking kunnen hebben en de waarde van de Grondwet als geheel ten goede kunnen komen.

In het minderheidsstandpunt binnen de Commissie is, als argument hier tegen, erop gewezen dat de toetsing aan rechten in verdragen niet te vergelijken valt met de toetsing aan grondrechten in de Grondwet, aangezien de beperkingssystematiek in de Grondwet minder ruimte laat aan de nationale wetgever dan de beperkingssystematiek in de verdragen. Hierboven, in paragraaf 2.4, is reeds gewezen op de meerwaarde van nationale grondrechten in internationaal perspectief. Daarbij is opgemerkt dat enerzijds de Grondwet in bepaalde opzichten meer bescherming biedt (bijvoorbeeld: de basis voor beperking moet in een formele wet zijn gelegen, verbod van preventieve censuur), maar dat anderzijds de internationale grondrechten meer betekenis hebben, bijvoorbeeld door de formulering van doelcriteria op grond waarvan beperkingen mogen plaatsvinden. Het kabinet kan de mening, dat de beperkingssystematiek in de Grondwet minder ruimte aan de nationale wetgever laat dan de beperkingssystematiek in de verdragen, daarom slechts voor een deel onderschrijven.

8.5. Conclusie

De problematiek van constitutionele toetsing van grondrechten door de rechter is gecompliceerd en heeft aspecten die verder reiken dan de problematiek van de grondrechten in het digitale tijdperk. Deze aspecten hebben mede betrekking op de vraag, hoe een zodanige rechterlijke toetsing het best zou kunnen worden vormgegeven. Een beantwoording van vragen als deze zou minder op haar plaats zijn in een standpunt over het

rapport van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk». Het kabinet zal daarom in een nota aan de beide kamers der Staten-Generaal het vraagstuk van de constitutionele toetsing als zelfstandig onderwerp aan de orde stellen, waarbij tevens zal worden ingegaan op de verschillende modaliteiten van toetsing.

9. Samenvatting

9.1. Inleiding

In navolging van de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk» is het kabinet voorstander van techniek-onafhankelijke grondrechten. Het kabinet meent dat het voor de mate van bescherming van grondrechten in beginsel niet uit moet maken van welke techniek men zich bedient. In onderhavige nota doet het kabinet dan ook voorstellen tot wijziging van hoofdstuk 1 van de Grondwet. Deze voorstellen vloeien grotendeels voort uit de ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie, maar hebben daarnaast ook diverse andere achtergronden. Voorts is het kabinet van mening dat het wenselijk is om een grondrecht met betrekking tot de toegang tot respectievelijk de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie in de Grondwet op te nemen.

9.2. Artikel 7 van de Grondwet (vrijheid van meningsuiting)

Het kabinet stelt in de eerste plaats voor artikel 7 met betrekking tot de vrijheid van meningsuiting ingrijpend te herzien. Het voorstel behelst primair een vervanging van het huidige techniek-afhankelijke grondrecht op vrije meningsuiting door een techniek-onafhankelijk grondrecht. Daarnaast bevat het voorstel voor een nieuw artikel 7 de volgende onderdelen:

- De verspreidings- respectievelijk de ontvangstvrijheid worden in het voorstel eveneens onder de reikwijdte van artikel 7 gebracht. Hiermee wordt het gehele communicatieproces van zender tot ontvanger grondwettelijk beschermd.
- De bescherming van de vrijheid van meningsuiting wordt in het voorstel gebracht onder het (hoogste) niveau van bescherming die nu voor het openbaren van uitingen via de drukpers geldt. Dit betekent dat beperkingen op dit recht in principe alleen bij formele wet gesteld kunnen worden en dat geen voorafgaand verloop van overheidszijde is toegestaan.
- Beperkingen op de verspreidings- en ontvangstvrijheid kunnen in het voorstel echter ook krachtens de wet worden gesteld en een voorafgaand verloop inhouden indien het belang van de openbare orde dit vergt. Van belang is dat deze beperkingen geen betrekking op de inhoud van de uiting kunnen hebben.
- Als beschermde uitingen worden «denkbeelden en andere informatie» aangemerkt. Hierdoor wordt ook in de tekst van het artikel tot uitdrukking gebracht dat feitelijke informatie onder het bereik van dit artikel valt.
- De bescherming van artikel 7 wordt uitgebreid tot handelsreclame. Gelet op de behoefte aan gedetailleerde regelgeving op dit punt, bevat het voorstel wel een verdergaande beperkingsbevoegdheid ten aanzien van uitingen door middel van reclame dan voor overige uitingen.
- Artikel 7 wordt aangevuld met een zorgverplichting voor de overheid voor pluriformiteit in het informatie-aanbod.
- Gehandhaafd wordt een extra beperkingsbevoegdheid ten aanzien van omroep. Deze extra bevoegdheid is in het voorstel echter in die zin geclausuleerd, dat zij alleen gehanteerd mag worden in het belang van de pluriformiteit.

9.3. Artikel 10 van de Grondwet (recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer)

Het kabinet meent dat de ontwikkelingen in het digitale tijdperk geen aanleiding geven het huidige – techniek-onafhankelijke – artikel 10, eerste lid, van de Grondwet met betrekking tot het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer te wijzigen. Wel is het naar het oordeel van het kabinet raadzaam om de regelingsopdrachten in het tweede en derde lid van dit artikel op de volgende wijze te verruimen:

- De regelingsopdracht in het tweede lid – die thans beperkt is tot het stellen van regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met «het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens» – wordt uitgebreid naar de gehele keten van gegevensverwerking.
- De opdracht in het derde lid tot regeling van onder meer de aanspraken van personen op kennisneming van handelingen met betrekking tot hun persoonsgegevens bevat in het voorstel onder meer ook de aanspraak op kennisneming van de doeleinden van de verwerking en van de herkomst van de verwerkte gegevens.

9.4. Artikel 13 van de Grondwet (recht op vertrouwelijke communicatie)

Een ander – ingrijpend – voorstel van het kabinet is het voorstel voor een nieuw artikel 13 van de Grondwet, het huidige brief-, telefoon- en telegraafgeheim. Het kabinet stelt voor om dit techniek-afhankelijke grondrecht te vervangen door een techniek-onafhankelijk grondrecht om vertrouwelijk te communiceren. Dit recht heeft in het voorstel de volgende reikwijdte:

- Het recht veronderstelt dat er een rechtssubject is dat op grond van zijn wil tot geheimhouding een wijze van communiceren verkiest die hem een redelijke verwachting van vertrouwelijkheid biedt. Hiervan is sprake als op basis van feiten en omstandigheden door een ander objectief vastgesteld kan worden dat de subjectieve wil van de verzender op vertrouwelijkheid is gericht.
- Het mondeling gesprek valt onder het artikel, voor zover de inbreuk daarop plaatsvindt met behulp van een technisch hulpmiddel.
- Bij indirecte vormen van vertrouwelijke communicatie is de duur van de bescherming beperkt tot de transportfase.
- Het verstoren van communicatie valt niet onder de reikwijdte van het artikel, aangezien onderhavig recht naar het oordeel van het kabinet alleen de inhoud van de communicatie dient te beschermen.
- Verkeersgegevens vallen om deze reden evenmin onder de bescherming van het recht vertrouwelijk te communiceren.
- De bescherming wordt getild naar het (hoogste) niveau van bescherming die onder het huidige artikel 13 voor het briefgeheim geldt. Dit betekent dat voor een inbreuk op het recht om vertrouwelijk te communiceren in principe een rechterlijke last is vereist. Dit is alleen anders indien de inbreuk plaatsvindt in het belang van de nationale veiligheid. In dat geval volstaat een machtiging van een bij de wet aangewezen minister.
- Aan het recht vertrouwelijk te communiceren is een notificatieplicht gekoppeld waarmee verzekerd wordt dat betrokkene achteraf van een beperking op onderhavig recht in kennis wordt gesteld. Hoofregel is dat iemand achteraf zo spoedig mogelijk van een beperking van het recht vertrouwelijk te communiceren in kennis wordt gesteld. In het belang van de strafvordering of de nationale veiligheid kan de kennisgeving in bij de wet te bepalen gevallen worden uitgesteld. Uitsluitend in het belang van de nationale veiligheid is het mogelijk in bij de wet geregelde gevallen in zijn geheel van kennisgeving af te zien.
- Een laatste onderdeel betreft de opneming van een opdracht aan de

wetgever om de vertrouwelijkheid van de communicatie ook in horizontale verhoudingen te waarborgen.

9.5. Nieuw grondrecht met betrekking tot bij de overheid berustende informatie

Het kabinet meent dat het wenselijk is om aan de grondrechtencatalogus een subjectief recht voor iedere burger op toegang tot bij de overheid berustende informatie toe te voegen en om een specifieke zorgverplichting voor de overheid in het leven te roepen ten aanzien van de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie. Transparantie van de overheid behoort tot de basisprincipes van de democratische rechtstaat en behoort naar het oordeel van het kabinet om die reden thuis in de Grondwet. Hoofdelementen van het voorstel op dit punt zijn:

- Het voorstel dient als aanvulling op het huidige artikel 110 van de Grondwet en strekt niet tot vervanging van dit artikel.
- Het begrip «toegang» bevat niet alleen de toegang tot informatie die openbaar is voor iedereen, maar ook de toegang tot informatie die slechts beschikbaar is voor bepaalde personen of bepaalde groepen.
- De gehele overheid, dus inclusief onder meer de rechterlijke macht en de Raad van State, valt onder de reikwijdte van het artikel.
- Niet alleen informatie afkomstig van de overheid valt onder de werking van het artikel, maar ook informatie die door andere personen en instanties is opgesteld en die bij de overheid berust.
- Het voorstel heeft zowel op zakelijke als op persoonsgegevens betrekking.
- Bij of krachtens de wet kunnen beperkingen worden gesteld aan het recht op toegang.
- De zorgverplichting voor de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie ziet vooral op informatie die cruciaal is voor het functioneren van de burgers. Hierbij wordt vooral gedacht aan de zogenaamde basisinformatie van de democratische rechtstaat.

9.6. Artikel 5 van de Grondwet (petitierecht)

Vanuit het oogpunt van toegankelijkheid van de overheid acht het kabinet het voorts gewenst dat het petitierecht techniek-onafhankelijk geformuleerd wordt. Hiermee wordt bereikt dat niet alleen de schriftelijk ingediende petitie, maar tevens elektronische en mondelinge verzoekschriften grondwettelijke bescherming genieten.

9.7. Constitutionele toetsing

Ten slotte wordt ingegaan op de overwegingen die er in 1983 toe hebben geleid het constitutioneel toetsingsverbod te handhaven, op de discussie die sindsdien over dit onderwerp heeft plaatsgevonden en op beweegredenen die er toe zouden kunnen leiden het toetsingsverbod te heroverwegen. Het kabinet zal in een nota aan de beide kamers der Staten-Generaal het vraagstuk van constitutionele toetsing als zelfstandig onderwerp aan de orde stellen, waarbij tevens zal worden ingegaan op de verschillende modaliteiten van de toetsing.