

Communicatierechten in de Grondwet

Mr. A.H.J. Schmidt en drs. G.C.Th. Wierda *

Op 26 november 1999 presenteerde de Vereniging voor Media- en Communicatierecht een nieuwe tekst voor de artikelen 7 en 13 van de Grondwet.¹ Schuijt beveelt de nieuwe tekst van de VMC onomwonden aan de commissie Franken (die de houdbaarheid voor het digitale tijdperk van enkele formuleringen in de Grondwet beoordeelt) aan.² Wij zijn evenwel van oordeel dat aan het VMC-voorstel een ernstig bezwaar kleeft: het gebruik van de eenheidsterm ‘communicatiegeheim’ op een wijze die weinig aanknopingspunten biedt voor de uitwerking van gedifferentieerde beschermingsregimes. Daarom brengen we een alternatief in het debat.³

Inleiding

Al geruime tijd wordt nagedacht over de houdbaarheid van oud recht in nieuwe tijden. En de vraag wordt gesteld in hoeverre de Nederlandse wet moet worden aangepast om bij de digitale tijd te blijven.⁴ Wanneer het om ICT-ontwikkelingen gaat wordt die vraag in verband gebracht met de mate waarin de wet onafhankelijk van de techniek kan worden geformuleerd. Maar dat is – bij de bespreking van enkele grondrechten – een benadering van het probleem vanuit een verkeerd perspectief: het gaat niet om de normering van zich wijzigende techniek. Het gaat om de normering van gedrag van natuurlijke personen en rechtspersonen, ook onder ten gevolge van nieuwe technologieën gewijzigde omstandigheden. Het is de kunst, om communicatiehandelingen zodanig te omschrijven, dat de gebruikte formuleringen ook bij andere communicatietechnieken voldoende aanknopingspunten blijven verschaffen voor het normeren daarvan. Het gaat niet alleen om vragen zoals moet het *briefgeheim* ook voor *e-mail* gelden? En het gaat dus ook niet alleen om vragen zoals moet de term *e-mail* worden opgenomen in het grondwettelijke geformuleerde briefgeheim. Het gaat erom te bezien welke categorieën van communicatiehandelingen kunnen worden beschreven op een objectiverende wijze, zonder dat wordt gerefereerd aan specifieke technieken.

Zo'n indeling hebben we ons inziens gevonden: we beschrijven de indeling in de volgende paragraaf op analytische gronden in zes basistypen. Vervolgens zal worden onderzocht hoe de concepten die in de Grondwet worden gebruikt voor communicatiehandelingen passen in de analytische typologie. Daarna zullen we een omgekeerde benadering volgen en per basistype inventariseren welke grondwettelijke concepten daarbij horen. Aan de hand van die inventarisatie volgt voor de verschillende basistypen van communicatiehandelingen een benaming met een korte beschouwing aan de functionaliteit van die benaming. Daarna zijn we toe aan voorstellen voor herformulering van de artikelen 7, 9 en 13 van de Grondwet.

De gevolgde werkwijze leidt tot het voorstel voor een grondwetswijziging die de pretentie heeft de betreffende artikelen techniekonafhankelijk te maken en tegelijkertijd de relaties met de ontwikkelde communicatierechten en –jurisprudentie in tact te laten. Dit voorstel zullen we met dat van de VMC vergelijken. We sluiten af met de een korte bespreking van de vraagstukken die enkele grensgevallen oproepen.

Een kleine typologie van communicatiehandelingen

Het telefoneren, sturen van brieven, uitzenden van en luisteren naar radioprogramma's, et cetera, zijn alle vormen van communicatie. Op het gebied van de communicatie heeft zich gedurende de afgelopen decennia een ware revolutie voltrokken. Het bekendste voorbeeld daarvan is Internet, maar Internet is slechts één vorm waarin de verandering zich manifesteert. Al voor de Tweede Wereldoorlog zijn onderzoekers begonnen met pogingen om het verschijnsel communicatie op een wetenschappelijke leest te schoeien. Dit heeft geleid tot een verhelderende blik op communicatie als verschijnsel. Daarbij zijn grenzen aan het licht gebracht ten aanzien

* Mr. A.H.J. Schmidt is universitair hoofddocent Recht en Informatica aan de Universiteit Leiden; drs. G.C.Th. Wierda is hoofd van de afdeling Digitale Technologie van het Nederlands Forensisch Instituut (voorheen het Gerechtelijk Laboratorium).

¹ Studiecommissie VMC, Preadvies inzake een nieuwe tekst voor de artikelen 7 en 13 van de Grondwet, *Mediaforum*, 1999-10/12, p. I-VIII.

² Gerard Schuijt, Art. 7 Grondwet in de 21ste eeuw, *Mediaforum*, 1999-10/12, p. 303.

³ Ons voorstel bouwt voort op het advies van 14 juni 1999 van de werkgroep grondrechten van de Internet Society Nederland (ISOC.nl) aan de commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk (commissie Franken), te vinden via <http://www.isoc.nl/>

⁴ Zie bijvoorbeeld: Van den Berg, Hijmans en Schmidt (red.) *Regelgeving voor de Elektronische Snelweg*, ITeR-reeks deel 9, Alphen aan den Rijn/Diegem: Samsom, 1997, de kabinetsnota *Wetgeving voor de Elektronische Snelweg*, TK 1997-1998, 25880, nr. 1-2 en M. De Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie, over de beperkte houdbaarheid van technologiespecifieke regelgeving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever, 1998.

van de onderliggende rationale semantische structuren, die enigszins in lijn zijn met bevindingen uit de moderne analytische filosofie (bijvoorbeeld de latere Wittgenstein). Menselijke communicatie omvat meer dan alleen geschreven of gesproken taal; niet alles laat zich eenvoudig digitaliseren en formaliseren. Er blijft steeds een tekort bij de technisch-wetenschappelijke analyse van communicatie, tenminste vergeleken met de menselijke kant van de zaak, die onder andere actueel is bij de formulering van wetten.

Niettemin kan men uit de technisch-wetenschappelijke ontwikkelingen mogelijk wat leren dat toepasbaar is in het juridische veld. Het recht heeft immers – net als de technisch-wetenschappelijke disciplines – een coderend karakter. Die codering is uiteindelijk gericht op menselijk handelen. De feitelijke ongreepbaarheid van het menselijke handelen moet “in rechte” eveneens worden teruggebracht tot een coderend en gecodeerd raamwerk. Daarmee is het recht een ver familielid van de informatica. Er werd al eerder met vrucht gebruik gemaakt van deze verwantschap.⁵

Voor de analyse van communicatie zoals wij die willen inbrengen in de discussie rond de grondrechten maken we opnieuw gebruik van deze familieverwantschap. We gaan dan allereerst uit van het opdelen vanuit informaticagezichtspunt van complexe, samengestelde vormen van communicatie in de afzonderlijke onderdelen, zogenaamde communicatiehandelingen.

Een communicatiehandeling zou men een ‘atomaire eenheid’ kunnen noemen, waarbij er per handeling één zender is, een al dan niet bij de zender bekend aantal ontvangers en de inhoud van de handeling, de gegevens die door de zender worden verstuurd en — al dan niet potentieel — door de ontvanger worden ontvangen.⁶

Communicatiehandelingen kan men opdelen langs de dimensies tijd en ruimte.⁷ Wat betreft het tijdsaspect zijn er twee vormen van een communicatiehandeling, gezien vanuit het perspectief van de aanwezigheid van zender en ontvanger⁸:

- ❑ Gelijktijdig/synchroon
- ❑ Volgordelijk/asynchroon

Voor gelijktijdige communicatie dienen zowel zender als ontvanger gelijktijdig aan het communicatieproces deel te nemen. Er moet als het ware een verbinding tussen zender en ontvanger zijn. Deze vorm van communicatie heet in de informatica dan ook *connection oriented* (via een connectie). Een voorbeeld is een telefoongesprek.

Voor volgordelijke communicatie staat het de ontvanger vrij de inhoud tot zich te nemen op een zelf gekozen tijdstip, uiteraard later dan het tijdstip van verzending. Er is transport tussen zender en ontvanger — anders is er geen communicatie — maar de ontvanger hoeft niet de inhoud tot zich te nemen op het moment dat het bericht verzonden wordt. Er is geen open connectie tussen zender en ontvanger nodig om te communiceren. Deze vorm heet in de informatica dan ook *connectionless* (zonder connectie). Voorbeelden zijn het sturen van een brief, een fax of een e-mail bericht. Bij volgordelijk transport is er dan ook formeel sprake van tijdelijke opslag. In de informatica wordt ook gesproken van een *store and forward* (opslag en transport) mechanisme.

Wat betreft het — virtuele, want de geografische weg, die het bericht volgt, doet er immers steeds minder toe — ruimte-aspect gaat het om de vraag van de status en het aantal van de ontvangers. Alleen de status van de ontvangende zijde is van belang omdat we in ons model uitgaan van basiscommunicatiehandelingen en zo’n basishandeling wordt per definitie door één zender verricht.⁹ Bij de status van de ontvanger(s) maken we onderscheid in:

Eén ontvanger

- ❑ Meerdere (bekende) ontvangers
- ❑ Potentieel meerdere (onbekende) ontvangers

⁵ Vanuit juridisch perspectief: A.H.J. Schmidt, Spaghettiwetgeving in wetsontwerp 24 776, *Delikt en Delinkwent*, 1986. Vanuit informaticagezichtspunt: Roel Wieringa, *Virtuele objecten, de onzichtbare wereld van de informaticus*, Inaugurele Rede, UT, 1998.

⁶ De communicatiehandeling kan beschouwd worden als een neutrale en technische benaming van uiting of openbaring.

⁷ Deze indeling is eerder gebruikt in: Gerben Wierda, *Over de toekomst van de wetenschappelijke informatievoorziening*, AWT-achtergrondstudie nr. 5, juni 1995, ISBN 90 346 3195 8. Digitaal beschikbaar via <http://www.awt.nl/>. In de informatica zouden we eerder spreken van een *topologie*, maar voor dit artikel volstaat het begrip ruimte zolang dat niet al te letterlijk wordt opgevat omdat de (netwerk)topologieën niet eenvoudig zijn terug te voeren naar fysieke ruimte. We zitten tenslotte tegenwoordig vooral in een *virtuele* ruimte.

⁸ Zowel zender als ontvanger worden geacht een natuurlijk of een rechtspersoon te zijn.

⁹ Ook als u de telefoon open heeft staan en met twee mensen tegelijk via deze telefoonlijn een boodschap naar de andere kant stuurt, dan beschouwen wij dat derhalve als twee separate basishandelingen die gelijktijdig worden verricht.

Van één ontvanger is in principe sprake wanneer de inhoud van de communicatiehandeling bedoeld is voor één enkele ontvanger, die bij de zender bekend is. Voorbeelden zijn zowel het telefoongesprek als de brief of de fax. In de informatica heet deze vorm van communicatie *point to point*.

Bij meerdere ontvangers is de boodschap bedoeld voor meer dan één ontvanger die allen bij de zender bekend zijn, omdat er in principe sprake is van een feitelijke adressering aan alle ontvangers. De adressen van de ontvangers zijn derhalve bij de verzender bekend. We spreken dan van verspreiding. In de informatica heet deze vorm van communicatie *multicast*. Een voorbeeld is een tijdschrift dat aan abonnees wordt verstuurd of een mailing (distributielijst).¹⁰

In het geval van potentieel meerdere ontvangers is er sprake van een potentieel onbeperkte hoeveelheid ontvangers. In tegenstelling tot de vorige categorie zijn de ontvangers nu niet bekend bij de verzender. In de informatica heet deze vorm van communicatie *broadcast*. Voorbeelden zijn radio- of TV-uitzendingen of een tijdschrift in de vrije verkoop.

Met deze twee dimensies maken we een tabel met langs de ene as het tijdspaspect en langs de andere as het ruimte- of topologie-aspect. In die tabel kunnen *alle* mogelijke communicatiehandelingen worden ondergebracht, ook communicatie door middel van het Internet.¹¹ Men kan immers niet met minder dan één of meer dan veel ontvangers communiceren. Men kan ook niet anders dan gelijktijdig of ongelijktijdig communiceren. Uitgaande van een individuele zender kunnen de zes basistypen dan ook met behulp van techniek-onafhankelijke begrippen uitputtend worden aangeduid (zie tabel 1).

	Connection oriented	Connectionless
Point to Point	Basistype 1 Telefoon IRC (private channel)	Basistype 2 Brief, Telegraaf E-mail
Multicast	Basistype 3 Telefonische ver- IRC ('chatten') gadering	Basistype 4 Verenigingsblad, E-mail mailing list abonnement
Broadcast	Basistype 5 Radio, TV WEBCast	Basistype 6 Boek, tijdschrift, krant Video on demand in vrije verkoop

Tabel 1: De zes categorieën voor communicatiehandelingen

Hierbij dient één potentiële bron van onduidelijkheid te worden besproken: de rol van tussenpersonen in het communicatieproces. De indeling van tabel 1 gaat uit van *communicatiehandelingen*. Daarmee wordt bedoeld dat het gaat om handelingen tussen natuurlijke personen of rechtspersonen; om handelingen tussen rechtssubjecten die de berichten kunnen begrijpen en die de verantwoordelijkheid voor de berichten kunnen dragen. Deze communicatiehandelingen verlopen steeds vaker via intermediaire processen die door dienstverleners c.q. tussenpersonen worden verzorgd. En in veel discussies over communicatie in de digitale tijd wordt erg veel aandacht besteed aan de beschrijving, beoordeling en regulering van de positie van deze tussenpersonen. Omdat de dienstverlening op het gebied van communicatieprocessen en –netwerken evenwel in een indrukwekkende en revolutionaire ontwikkeling verkeert, moet de rol van communicatiedienstverlener nog uitkristalliseren, voordat deze in aanmerking komt voor regulering. Bovendien geldt dat de communicatiedienstverlener geen rol heeft in de communicatiehandeling: hij is niet verantwoordelijk voor het opstellen noch voor het begrijpen van een bericht dat wordt uitgewisseld. Een goede indicatie voor de conceptuele scheiding tussen enerzijds communicatie en anderzijds communicatiedienstverlening geeft het OSI-

¹⁰ Het kan natuurlijk zijn dat de zender alleen een bericht stuurt naar een enkel adres (het adres van de *mailing list*) en dat door de software van de *mailing list* het bericht wordt verspreid naar alle abonnees. En het kan tevens zo zijn dat die lijst van abonnees niet toegankelijk is voor de oorspronkelijke zender van het bericht. Is er dan wel sprake van *multicast* volgens de hierboven gegeven definitie? Het antwoord daarop is bevestigend. De verantwoordelijke voor de verspreiding is echter niet de oorspronkelijke zender, maar degene die verantwoordelijk is voor de *mailing list*. Indien de *mailing list* 'gemodereerd' wordt (de verspreider past redactionele controle toe), dan is de oorspronkelijke verzending van een bericht gelijk te stellen aan een ingezonden brief naar een krant. Wordt de *mailing list* niet gemodereerd, dan is de situatie gelijk aan een kabelexploitant die de inkomende signalen blind doorgeeft.

¹¹ Aanwijzingen voor de correctheid van de indeling komen ook uit experimenten. Zo bleek dat de video on demand in het beroemde Time-Warner experiment vooral ten koste ging van de videotheek en niet van het TV-kijken. Er was eerder sprake van een nieuw transportmechanisme dan van een echt nieuwe dienst, want deze bestond feitelijk al in de vorm van de videotheek.

model voor communicatieprocessen.¹² Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen zender en ontvanger, die op communicatieniveau berichten verzenden en lezen. De communicatiedienstverlening wordt op onderliggende niveaus beschreven. Voor Internet kan men dan het applicatieniveau, het netwerkniveau, het transportniveau en het fysieke niveau onderscheiden. Op geen van die niveaus hoeft, om de communicatiedienstverlening goed te laten verlopen, van de inhoud van het bericht kennis te worden genomen. Wel is het natuurlijk *de facto* mogelijk dat dienstverleners van de inhoud van berichten kennis nemen. Daarmee zijn zij in potentie van belang voor de overheid om toegang te krijgen tot de inhoud van door grondrechten beschermde informatie. Bij de uitwerking van de mogelijkheden van de overheid om inbreuk te maken op een grondrecht zal deze vraag aandacht verdienen. In de discussie over grondrechten zoeken wij aansluiting bij het specifieke communicatieniveau. Hierbij kan het verschijnsel diensttunneling (het gebruik van een dienst als transportmechanisme voor een andere dienst¹³) voor complicaties zorgen. Diensttunneling maakt het onmogelijk om communicatiehandelingen langer te onderscheiden op basis van het gebruikte transportmechanisme, omdat door de gelaagdheid van het dienstenaanbod geen uniek transportmechanisme aanwijsbaar is. Een reden temeer om de analyse in functionele basistypen te hanteren.

Een mogelijk bezwaar tegen de typologie als weergegeven in Tabel 1 is het verschijnsel “veel-op-veel” communicatie. Als oplossing kiezen wij voor het opdelen van “veel-op-veel” in de separate “een-op-veel” communicatiehandelingen. Wanneer dit praktisch niet mogelijk is, dan is vaak een entiteit op hoger niveau aanwijsbaar die de verantwoordelijkheid draagt. Een voorbeeld is een vergadering. De communicatie binnen een vergadering verloopt via “veel-op-veel.” Echter, de handeling “veel-op-veel” is ook in dit geval terug te brengen tot de individuele uitingen van de deelnemers. Mocht voor de rechtshandhavers een duidelijke reductie tot separate “een-op-veel” handelingen niet mogelijk zijn, bijvoorbeeld omdat de informatie daartoe ontbreekt, dan wordt het hogere niveau het analyseniveau en worden de individuele deelnemers door middel van associatie medeverantwoordelijk gehouden voor de berichtgeving als geheel. Dit gebeurt bijvoorbeeld bij de verantwoordelijkheid van betogingsdeelnemers voor racistische uitlatingen tijdens een betoging terwijl niet bewezen is dat zij als individu deze uitlatingen hebben gedaan.

Grondwettelijke communicatieconcepten en basistypen

Kunnen de zes basistypen uit Tabel 1¹⁴ in verband gebracht worden met formuleringen in de Grondwet ten aanzien van de informatierechten? We inventariseren de relevante formuleringen uit art. 6 Gw (*het belijden van godsdienst of levensovertuiging; buiten gebouwen en besloten plaatsen; ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden*), uit art. 7 Gw (*het openbaren van gedachten of gevoelens; de drukpers; radio, televisie, radio- en televisie-uitzendingen; andere dan in de voorafgaande leden genoemde middelen; het geven van vertoningen; handelsreclame*), uit art. 8 Gw (*vereniging*), uit art. 9 Gw (*vergadering en betoging*) en uit art. 13 Gw (*brief-, telefoon-, telegraafgeheim*). We gaan na welke de relatie is van deze begrippen met de zes basistypen.

¹² Zie ook: A.S. Tanenbaum, *Computernetwerken – tweede herziene uitgave*, Schoonhoven: Academic Service 1997.

¹³ Diensttunneling is het verschijnsel dat de ene communicatiedienst als transportmechanisme wordt gebruikt voor een andere dienst. Het is daarbij normaal gesproken niet nodig om technisch binnen dezelfde categorie te blijven. Daarvoor zijn diverse eenvoudige voorbeelden voorhanden: het Internet-verkeer (op het laagste niveau basistype 2) dat via een modem en de telefoon (basistype 1) tot stand komt; de kerktelefoon (basistype 3) die via basistype 1 wordt verwezenlijkt; een fax (basistype 2) via de GSM (basistype 1) vindt gedeeltelijk plaats via de ether in basistype 5; het Internet is een grote verzameling van stapelingen van zogenaamde protocollen (transportvormen) uit de diverse categorieën; een e-mail is basistype 2. Het onderliggende transport (SMTP/POP) is basistype 1. Het daar-onderliggende protocol (TCP) is tevens basistype 1 terwijl het daaronderliggende protocol (IP, de grondslag van Internet) basistype 2 is. Een web-pagina (basistype 6) wordt getrans-porteerd met meervoudig HTTP (basistype 1, voor elke gebruiker een verbinding) en ver-volgens weer via TCP verder naar beneden. Alle diensten die via het Internet plaats vinden zijn transporttechnisch uiteindelijk allemaal gebaseerd op het zo snel mogelijk uitvoeren van basistype 2, inclusief het diametraal ertegenover gelegen *webcast* (basistype 5).

¹⁴ Andere, enigszins verwante categorisering worden gegeven in het BIT rapport van 1983 (allocutie, consultatie, registratie en conversatie; overgenomen in het VAR rapport van 1990) en door Patijn 1996 (aan de hand van de 2 dimensies open-besloten en opslag-vervoer) NJCM-Bulletin 21-5 p. 796-805. In door J. A. Hofman, *Vertrouwelijke Communicatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeen Willink 1995, J.M. de Meij, *Uitingsvrijheid: de vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel uitgever, 1996), A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de uitingsvrijheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, L. Asscher, *Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie*, ITeR-reeks No. 26, Deventer: Kluwer 1999 en de Studiecommissie VMC, *Preadvies inzake een nieuwe tekst voor de artikelen 7 en 13 van de Grondwet*, Mediaforum 1999-11/12, VMC rapport p. I - VIII) worden meer impliciete categorieën gehanteerd.

Bij art. 6 Gw gaat het om het oudste Nederlandse grondrecht, dat, via de term ‘belijden’, tevens een communicatierecht betreft omdat sprake kan zijn van een uiting van gedachten of gevoelens. De bescherming betreft in de formulering van het artikel de inhoud van de boodschap. De zes hierboven weergegeven basistypen zijn onafhankelijk van de inhoud gedefinieerd. Dat houdt in dat in beginsel elk basistype in aanmerking komt om te worden gebruikt voor het belijden van godsdienst of levensovertuiging. Men kan immers zijn geloof belijden in een tweegesprek, per brief, in een dienst, in een gemeente, in een radioprogramma en in een boek. De meest kenmerkende vorm van het belijden van een geloof of levensovertuiging is in vereniging: in een gemeente of in een groep. In dat licht zijn de basistypen 3 en 4 de primaire communicatievormen van belijden. In lid 2 van art. 6 is vermeld, dat de wet regels kan stellen ten aanzien van het belijden, wanneer dit plaats vindt buiten gebouwen en besloten plaatsen. De Wet openbare manifestaties formuleert deze regels, die ook voor vergaderingen en betogingen gelden. Buiten gebouwen en besloten plaatsen gaat het om de basistypen 5 en 6 van het communicatieschema. Het onderscheiden tussen ‘binnen’ en ‘buiten’ is onder meer van belang voor de reikwijdte van de beperkingen op het grondrecht. De bescherming binnen gebouwen heeft betrekking op de vertrouwelijkheid van de communicatie, waarbij de grondwet geen verschil maakt tussen individueel belijden of belijden in gemeenschap met anderen.

In art 7 Gw staat de uitingsvrijheid geformuleerd als het openbaren van gedachten of gevoelens. Hiermee is de kern van de beschermde communicatiehandeling benoemd. Het gaat in de eerste plaats om het ongecensureerd *uiten* van gedachten of gevoelens. Of dit al dan niet in het openbaar geschiedt is irrelevant.¹⁵ Voorts gaat het om het *verspreiden* (onder de aandacht van het publiek brengen).¹⁶ Het verspreidingsrecht is niet expliciet in de Grondwet verwoord, maar door de rechtspraak ontwikkeld. Vanuit de categorisering in basistypen van communicatiehandelingen is de verspreiding opgenomen als dimensie: de verschillende typologieën (één naar één; één naar meer; één naar potentieel allen) geven een onderscheid aan naar de structuur van de verspreiding. Bij elk van de zes basistypen van communicatiehandelingen uit tabel 1 gaat het om het openbaren van gedachten of gevoelens en wordt dat openbaren als uiten en verspreiden beschermd.

De uitingsvrijheid is in art. 7 Gw geformuleerd als het verbod op censuur van uitingen via de drukpers. De techniek die voor het openbaren wordt gebruikt speelt dus expliciet een rol. Naar algemeen spraakgebruik¹⁷ refereert de term drukpers aan uitgeef-achtige processen. Dan gaat het bij de drukpersvrijheid vooral om de basistypen 4 en 6. Het is duidelijk dat er ook andere communicatiehulpmiddelen dan de drukpers kunnen worden gebezigd bij de communicatiehandelingen van de categorieën 4 en 6. Voor deze handelingen geldt een in verschillende mate beschermd verspreidingsrecht en is nadere regulering van beperkingen via vergunningen mogelijk. Andere hulpmiddelen dan de drukpers genieten derhalve minder bescherming. In die zin is de rekkelijkheid waarmee het begrip drukpers wordt gelezen door de rechtspraak van belang voor de reikwijdte van de bescherming van de uitingsvrijheid.

Het tweede lid van art 7 Gw beschermt de uiting van gedachten en gevoelens via radio- en televisie-uitzendingen. Dit soort uitingen hoort thuis in basistype 5 omdat er synchroniteit wordt voorondersteld, terwijl in beginsel iedereen kan luisteren of kijken. Ook hier geldt dat er voor communicatie van categorie 5 anno 2000 andere hulpmiddelen kunnen worden gebruikt dan radio en televisie.

Het derde lid van art. 7 Gw spreekt van andere dan in de voorafgaande leden genoemde middelen. De Raad van State heeft er bij de behandeling van de grondwetswijziging van 1983 op aangedrongen om in de memorie van toelichting aanknopingspunten te geven voor een restrictieve uitleg van de drukpersvrijheid. De regering heeft die handvatten gegeven:¹⁸ we nemen er twee in beschouwing:

Uitingen die niet vallen onder het eerste lid. De wetgever¹⁹ beoogt de communicatiehandelingen²⁰ die van andere hulpmiddelen gebruik maken dan de drukpers te beschermen.

¹⁵ Over dit punt wordt wel anders gedacht. Wij zijn het eens met Nieuwenhuis (1997) en Asscher (1999) die voor de bescherming van uitingsvrijheid niet de eis stellen van openbaarheid van de uiting (in de zin van: in beginsel toegankelijk voor eenieder).

¹⁶ HR 7 november 1892, W 6259.

¹⁷ Door de rechtspraak wordt het algemeen spraakgebruik niet altijd gevolgd. In dat licht achten we het aannemelijk dat de rechtspraak desgevraagd de drukpersvrijheid van Internetkranten zal erkennen, ook zonder aanpassing van de Grondwet (zie ook HR 23 mei 1961, NJ 1961, 427 – de zaak Scientology-Spaik onderscheut deze verwachting, al moet de kanttekening van Asscher (1999 p. 40) dat ook kan worden gekozen voor de bescherming van art. 7 lid 3 in gedachten worden gehouden).

¹⁸ De Meij (1996, p. 103).

¹⁹ Volgens de Meij (1996) moet gedacht worden aan communicatiehandelingen waarbij voor het kennis nemen van de boodschap bijzondere apparatuur nodig is, wij menen, naar wij menen met de wetgever, dat ook het gebruik van gewone communicatiehulpmiddelen onder de bescherming valt.

²⁰ Afgezien van radio- en televisie-uitzendingen.

Uitingen die niet kunnen worden beschouwd als radio of televisie in de zin van het tweede lid. De kamerbehandeling leverde als voorbeeld op: *video on demand*. Bij dit voorbeeld wordt ons inziens een categoriefout gemaakt: bij video on demand gaat het om basistype 6 en bij radio en televisie om basistype 5. Een beter voorbeeld is ons inziens de *webcast* (bijvoorbeeld middels de *webcam server*). De Mediawet²¹ heeft daar (nog?) weinig over te zeggen. Volgens de indeling in basistypen van communicatiehandelingen blijkt dat uitingen op verschillende manieren en met verschillende gevolgen ‘niet kunnen worden beschouwd als radio of televisie’.

Bij het geven van vertoningen (art. 7 lid 3 Gw) wordt gedacht aan synchrone communicatie voor een beperkt publiek. Er is sprake van categorie 3. De uitzonderingspositie van handelsreclame in lid 4 van art. 7 Gw wordt gerelateerd aan de inhoud van de communicatie. Elke categorie communicatiehandeling kan worden gebruikt om handelsreclame te uiten en te verspreiden.

In art. 8 Gw wordt het recht op vereniging erkend. De wet kan dat recht beperken in het belang van de openbare orde. Een wezenskenmerk van een vereniging is de communicatie tussen de leden, in vergaderingen, maar ook in geschriften. Vanuit het gezichtspunt van de uitingenvrijheid biedt het recht op vereniging de vervulling van een noodzakelijke voorwaarde voor het ongecensureerd uiten van gedachten en gevoelens als lid van een gemeenschap met een eigen identiteit. Het mogen inrichten en in stand houden van groepen is een vereiste om in en met leden van groepen te kunnen communiceren. Voor het inrichten en in stand houden van een vereniging is op zijn minst asynchrone communicatie binnen een groep nodig. Het gaat dan vooral om communicatiehandelingen uit basistype 4.²²

Het recht op vergadering en betoging (art. 9 lid 1 Gw) heeft dezelfde structuur als de godsdienstvrijheid. Het gaat (meestal, men kan in zijn eentje betogen) om communicatie in groepen. De communicatie vereist synchroniteit en is gericht tot de groep zelf (vergadering, basistype 3) of tot het publiek (betoging, basistype 5)²³.

Tenslotte bezien we art. 13 Gw, dat het brief-, het telefoon- en het telegraafgeheim regelt. Het biedt de burger bescherming tegen het kennismaken door de overheid van de inhoud van communicatiehandelingen waarbij de brief, de telefoon of de telegraaf als hulpmiddel worden gebruikt. Het behoeft nauwelijks toelichting dat de traditionele communicatiehulpmiddelen ‘brief’ en ‘telegraaf’ in basistype 2 vallen, terwijl het traditionele hulpmiddel ‘telefoon’ in basistype 1 thuis hoort. Het is hoe dan ook onduidelijk geworden welke bescherming art. 13 Gw *de facto* nog biedt. Daarvoor zijn in ieder geval twee oorzaken: (i) de communicatiedienstverlening (ook die met behulp van brief, telefoon en telegraaf) wordt geprivatiseerd; (ii) de inmiddels traditionele communicatiehulpmiddelen brief, telefoon en telegraaf worden in snel tempo vervangen door ICT-hulpmiddelen en ICT-diensten.

Hiermee is de inventarisering van relevante concepten uit de grondwettelijke formulering van de informatiegrondrechten, in het licht van de eerder onderscheiden basistypen van communicatiehandelingen, voltooid. We vatten samen in tabel 2.

Basistype 1 - Andere middelen (art. 7 lid 3) - Telefoongeheim (art. 13)	Basistype 2 - Andere middelen (art. 7 lid 3) - Briefgeheim, telegraafgeheim (art. 13)
Basistype 3 - Andere middelen (art. 7 lid 3) - Geven van vertoningen (art. 7 lid 3) - Vergadering (art. 9)	Basistype 4 - Andere middelen, geen drukpers (art. 7 lid 3) - Vereniging (art. 8; binnen vereniging) - Drukpers (art. 7 lid 1)
Basistype 5 - Andere middelen dan radio of TV (art. 7 lid 3); webcast - Radio, TV (art. 7 lid 2) - Buiten gebouwen en besloten plaatsen (art. 9 lid 2) - Betoging, voorkomen wanordelijkheden (art. 6, 9)	Basistype 6 - Andere m. dan drukpers (art. 7 lid 3): video on demand - De drukpers (art. 7 lid 1) - Buiten gebouwen en besloten plaatsen (art. 9 lid 2)

²¹ Dit is op deze plaats vooral een prikkelende uitspraak; later komt de betekenis van de indeling in basistypen van communicatiehandelingen voor het denken over omroep-achtige regulering van webcams aan de orde. Zo is het onduidelijk in hoeverre de webcast (in het kader van het recente omroepfenomeen ‘Big Brother’) van Veronica, voor zover die niet via de ether is uitgezonden, gedekt wordt door de Mediawet.

²² Wat niet wegneemt dat men *als* vereniging, of *namens* een vereniging weer elke basistype van communiceren tot zijn beschikking heeft.

²³ Een betoging (mits door een groep) kan worden gezien als een combinatie van een tijdelijke vereniging en het omroepen door die vereniging. In sommige gevallen is recentelijk geprobeerd om deelname aan een betoging te beschouwen als deelname aan een (criminele) organisatie, maar daar is door de rechter een stokje voor gestoken.

Tabel 2: De grondwettelijke concepten en de zes basistypen

De benaming van de basistypen

Welke begrippen komen naar Nederlands spraakgebruik nu het meest in aanmerking om de basistypen van communicatiehandelingen te omschrijven? We doen het volgende voorstel:

	Gelijktijdig	Volgordelijk
Eén zender, één ontvanger	Converseren (basistype 1)	Corresponderen (basistype 2)
Eén zender, meerdere (bekende) ontvangers	Vergaderen (basistype 3)	Verenigen (basistype 4)
Eén zender, potentieel vele ontvangers	Omroepen (basistype 5)	Uitgeven (basistype 6)

Tabel 3: De benoeming van zes basistypen communicatiehandelingen

Deze benoeming heeft enerzijds een preciserende werking. Zo verstaan wij onder ‘converseren’ al die communicatievormen die gelijktijdig van aard zijn en die van een enkele zender naar een enkele ontvanger gaan terwijl er in het spraakgebruik²⁴ ‘een gesprek voeren’ onder wordt verstaan. Als ‘corresponderen’ beschouwen wij al die communicatievormen die volgordelijk van aard zijn en die van een enkele zender naar een enkele ontvanger gaan terwijl het spraakgebruik eronder verstaat ‘een briefwisseling voeren.’ Wij verstaan vervolgens onder ‘vergaderen’ al die communicatievormen die gelijktijdig van aard zijn en die van een enkele zender naar meerdere ontvangers gaan terwijl het spraakgebruik duidt op ‘bijkomen.’ Onder ‘verenigen’ vatten wij al die communicatievormen die volgordelijk van aard zijn en die van een enkele zender naar meerdere ontvangers gaan terwijl het spraakgebruik er doorgaans onder verstaat ‘tot een geheel verbinden’. Wij definiëren voorts ‘omroepen’ als al die communicatievormen die gelijktijdig van aard zijn en die van een enkele zender naar potentieel iedere ontvanger gaan terwijl het spraakgebruik er doorgaans onder verstaat ‘in het openbaar op straat bekendmaken door een omroeper’ en ‘door de radio en/of de televisie bekendmaken’. Tenslotte benoemen wij als ‘uitgeven’ al die communicatievormen die volgordelijk van aard zijn en die van een enkele zender naar potentieel iedere ontvanger gaan terwijl het spraakgebruik deze term hanteert voor het ‘laten drukken en in de handel brengen.’

Anderzijds heeft de benoeming van de basistypen een expansieve, betekenisverruimende werking²⁵: onder ‘converseren’ vatten wij ook het *chatten* (het interactief uitwisselen van getypte berichten via Internet) via een privé-kanaal, terwijl het algemeen spraakgebruik daar nog niet aan toe is. Onder ‘corresponderen’ verstaan we ook de e-mail (die niet synoniem is met ‘een briefwisseling voeren’).²⁶ Wij verstaan onder ‘vergaderen’ ook de communicatie (het *chatten*) in *chatrooms* (die zeker niet synoniem is met ‘bijkomen’). Onder ‘verenigen’ dienen in onze opvatting ook de communicatie via list servers en news groups (die niet synoniem zijn met ‘tot een geheel verbinden’) te worden opgenomen. Tenslotte begrijpen wij onder ‘omroepen’ ook het via een website verzenden van een webcast die met een web-browser wordt bekeken (dat is niet synoniem is met ‘in het openbaar op straat bekendmaken door een omroeper’ of ‘door de radio en/of de televisie bekendmaken’) en onder ‘uitgeven’ brengen wij ook het publiceren op webpagina’s (hetgeen niet synoniem is met ‘laten drukken en in de handel brengen’).

De functionaliteit van de benaming

Met name de laatste alinea maakt duidelijk dat de nieuwe ‘hulpmiddelen’ die via Internet beschikbaar komen met behulp van de categorisering kunnen worden benoemd op een wijze die deze hulpmiddelen binnen bereik brengt van een grondwettelijke formulering, en daarmee binnen het bereik van een grondrecht. Het gaat dan om functionele relaties zoals tussen privé-*chatten*, via conversatie, met telefoongeheim; van *e-mail*, via correspondentie met het brief- c.q. telegraafgeheim; van *chatrooms* via vergaderen met het recht van vergadering; van *discussielijsten* via verenigen met het recht van vereniging; van *webcast* via omroep met het recht van betoging en tenslotte van *home pages* via uitgeven met de persvrijheid.

²⁴ Althans volgens Van Dale, *Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, 1995.

²⁵ Loth (in: P.B. Cliteur e.a (red.) *Sociale Cohesie en het Recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 293 ev.) spreekt in dit verband over *open texture*.

²⁶ Voor e-mail begint het begrip corresponderen overigens al ingang te vinden. Ook vergaderen en verenigen worden in de Internet-gemeenschap al sporadisch voor de elektronische, virtuele variant gebruikt.

Herformuleringen van de artikelen 7, 9 en 13 van de Grondwet

Hiervoor gaven we een nadere uitwerking van een idee dat tijdens het opstellen van een advies aan de commissie Franken²⁷ in een werkgroep van het Nederlandse *chapter* van de Internet Society (ISOC.nl) opkwam. In dat advies werd de instructie aan de commissie om bestaande wetgeving en wetgevingsvoornemens te respecteren serieus genomen. De gedachte is als volgt: er bestaan traditionele grondrechten die zijn geformuleerd in de grondwet en waarmee jurisprudentie en rechtsdogmatiek zijn verbonden. Dat gehele conceptuele bouwwerk kan in stand worden gelaten, wanneer de grondrechten die met de basistypen kunnen worden verbonden, worden hernoemd op een wijze die een functionele categorisering van communicatiehandelingen geeft. Naar onze mening kan zo op de beste wijze de verantwoording van de informatiegrondrechten in het digitale tijdperk plaatsvinden (1) terwijl de bestaande juridische structuren worden gerespecteerd (2) en de toepasselijkheid van de grondrechten niet zal worden aangetast door het gebruik van nieuwe technieken (3).

Om deze stelling te onderzoeken geven we een beschrijving (met korte toelichting) van de benodigde grondwetswijzigingen. Alleen de artikelen 7, 9 en 13 behoeven aanpassing. Via substitutie:

Art. 7 Gw

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

Toelichting: Drukkersvrijheid heeft, via de term ‘uitgeven’, een functionele betekenis gekregen. Dat houdt in dat de vergaande bescherming van de drukkervrijheid ook toepasselijk wordt op het uitgeven (basistype 6) waarbij andere hulpmiddelen dan de drukpers worden gebruikt (bijvoorbeeld: elektronische vormen van uitgeven). Het wordt zo mogelijk om rationeel, via de rechtspraak, verder te differentiëren zonder het concept ‘drukkers’ onnodig op te rekken en andere ‘hulpmiddelen’ expliciet in de Grondwet te noemen.

Voor omroepen geldt een ander beschermingsregiem. Hoe dan ook moet onder ogen worden gezien dat het omroep-begrip zoals dat in de Mediawet en in de Telecommunicatiewet wordt gehanteerd (denk ook aan het begrip ‘omroepzender-netwerken’) sterk afwijkt van het begrip omroep dat wij introduceerden als basistype van een communicatiehandeling. Onze stelling is, dat de laatste formulering in de Grondwet deint te worden opgenomen. Dat houdt immers de weg open voor toegespitste wettelijke regulering van verschillende omroepvormen en voor het, noodzakelijk geworden, fundamenteel herzien van de Mediawet. Mediaregulering kan en moet niet worden opgelost in de Grondwet, maar de voorgestelde formulering staat (anders dan het omroepbegrip in de Mediawet) geen van de mogelijke reguleringsopties in de weg. Op deze wijze worden rechtspolitieke keuzen voor de wetgever open gelaten.

De ‘andere middelen’ van lid drie worden vervangen door een limitatieve opsomming van de resterende basistypen van communicatiehandelingen: conversatie, correspondentie, vergadering en vereniging. Zij krijgen de bescherming van art. 7 lid 3.

De substitutie van ‘vertoning’ door ‘het openbaren van gedachten of gevoelens in vergadering’ is omslachtig. Dat kan worden voorkomen door de term ‘vertoning’ in een definitiebepaling (of gezaghebbende toelichting) op te nemen. Hetzelfde is natuurlijk nodig voor de begrippen ‘uitgeven’, ‘omroepen’ en communiceren die worden vervangen door ‘conversatie’, ‘correspondentie’, ‘vergadering’ en ‘vereniging’.

²⁷ De commissie die zich over de grondrechten in het digitale tijdperk heeft gebogen.

Art. 9 Gw

Thans	Voorgesteld
1. Het recht tot vergadering en betoging wordt erkend, behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet.	1. Het recht tot vergadering wordt erkend, behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet. 2. Het recht tot betoging wordt erkend, behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet.
2. De wet kan regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden	3. De wet kan regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden

Toelichting: Vergadering en betoging behoren tot verschillende basistypen en zullen zich daardoor misschien op verschillende wijzen ontwikkelen. Daarom is het niet aan te bevelen om de beide gerelateerde informatierechten in één zin onder te brengen op een wijze die een zekere homogeniteit vooronderstelt. Op die grond is art. 9 Gw lid 1 in het voorstel opgesplitst in twee leden.

Art. 13 Gw

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

Toelichting: de substitutie in art 13 Gw van de communicatiehulpmiddelen ‘brief’, ‘telegraaf’ en ‘telefoon’ door de communicatievormen correspondentie en conversatie heeft opnieuw het gevolg dat de ontwikkelde beschermingsregimes op rationele, functionele gronden al dan niet van toepassing kunnen worden verklaard op nieuwe hulpmiddelen – ook die, welke we nu nog niet kennen. Dit komt ons voor als een belangrijk argument voor de redactie van een grondwetswijziging die gebruik maakt van de functionele omschrijving van basistypen van communicatiehandelingen als door ons wordt voorgesteld.²⁸

Discussie: het VMC rapport

Hiermee is een nieuwe benadering van grondrechten voor het digitale tijdperk in discussie gebracht. De benadering wijkt af van andere voorstellen, en met name van de voorstellen van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (VMC).

Zowel het VMC-rapport als onze benadering bevatten concrete wijzigingsvoostellen. Het belangrijkste verschil in algehele benadering is dat het VMC-rapport vooral uitgaat van de wenselijkheid van inhoudelijke herformulering van bestaande grondrechten. Daarbij ontstaat het algemene recht ‘op eerbiediging van het communicatiegeheim.’ De formulering van art 13 wordt zo in het VMC-voorstel niet alleen onafhankelijk van de techniek, maar ook zeer algemeen gehouden. Wij concentreerden ons evenwel op de vraag of het mogelijk is de bestaande grondwettelijke formuleringen zodanig te herformuleren dat ze, met behoud van detail, bestand zullen zijn tegen toekomstige veranderingen van communicatiehulpmiddelen. Een artikelsgewijze vergelijking geeft het volgende beeld te zien.

²⁸ Het gebruik van de genoemde functionele basisconcepten maakt de verbinding tussen oude en nieuwe formuleringen expliciet en laat deze zo veel mogelijk in stand. Met één belangrijke kanttekening: telefoongeheim en telegraafgeheim worden in de huidige grondwet in één adem genoemd, terwijl telefonie als conversatie geldt, en telegrafie als correspondentie. Hierdoor zouden telefonie en telegrafie ‘ongemerkt’ onder verschillende geheimhoudingsregimes kunnen komen te vallen door onze substitutie. Helaas valt hier verder weinig over te zeggen op basis van, bijvoorbeeld, bestaande jurisprudentie omdat die ten aanzien van het telegraafgeheim geheel ontbreekt.

Art. 7 Gw

Het VMC-rapport heeft art. 7 in haar voorstel vereenvoudigd, enerzijds door een eenvormig recht op vrijheid van meningsuiting in te voeren en anderzijds door de mogelijkheden dat recht te beperken in tweeën te beschrijven: beperkingen die de inhoud betreffen en andere beperkingen.

Voorstel Schmidt/Wierda	Voorstel VMC
1. Niemand heeft voorafgaand verlot nodig om, door het uitgeven, gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.	1. Ieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat mede het recht om een mening te koesteren en de vrijheid informatie te geven, te ontvangen, op te slaan, toegankelijk te maken en door te geven, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht de grenzen.
2. De wet stelt regels omtrent het omroepen. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een omroepuitzending.	2. Beperkingen van de vrijheid van meningsuiting die de inhoud betreffen kunnen alleen bij de wet worden vastgesteld. Zij gaan niet verder dan noodzakelijk is in een democratische samenleving.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens in conversatie, correspondentie, vergadering of vereniging heeft niemand voorafgaand verlot nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het openbaren van gedachten of gevoelens in vergaderingen, toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.	3. Andere beperkingen van de vrijheid van meningsuiting kunnen bij of krachtens de wet worden vastgesteld, wanneer zij noodzakelijk zijn in een democratische samenleving ten behoeve van een met de wet beoogd doel.
4. De voorgaande leden zijn niet toepasselijk voor het regelen van handelsreclame.	

De VMC ziet, in haar haast om de uitingsvrijheid zo volledig mogelijk te beschermen, bewust over het hoofd dat verbeterde communicatiemogelijkheden een meer gedifferentieerd regime kunnen rechtvaardigen. Een dergelijk gedifferentieerd regime wordt mogelijk gemaakt door lid 3 oud (en door lid 3 van ons voorstel). De VMC wil kennelijk van de gelegenheid gebruik maken om ‘andere gebreken’ van art. 7 te verhelpen. Zo is men ongelukkig met ‘gedachten of gevoelens’ welke volgens de VMC suggereren dat ‘feitelijke inlichtingen’ bescherming moeten ontberen. De VMC begeeft zich hiermee, wat ons betreft onnodig, op filosofisch glad ijs. Datzelfde geldt voor de argumentatie dat het begrip ‘openbaren’ het ontvangen veronachtzaamt. Men zou dit beter kunnen omkeren: Als het niet ontvangen kan worden, is er in het geheel geen sprake van openbaren. Wat ons betreft is de keuze van de VMC voor het beperktere ‘uiten’ in plaats van het meer functionele ‘openbaren’ dan ook een stap in de verkeerde richting.

Tevens achten wij het niet noodzakelijk om het ‘doorgeven’ op te nemen in art. 7. De VMC beargumenteert dit door te stellen dat het gebruik van het begrip ‘openbaren’ miskent dat het doorgeven in niet-openbare omstandigheden voor vrijheid van meningsuiting noodzakelijk is. Naar onze mening wordt deze bescherming beter geregeld via lid 3 (onze versie) in combinatie met art 8 en 9 Gw.

De VMC-zinsnede ‘zonder grenzen’ wordt door de VMC niet bevredigend toegelicht. De huidige ontwikkelingen rond rechtsmacht op het Internet, waarbij diverse jurisdicties als het ware met elkaar worden kortgesloten, verdient op zijn minst een zorgvuldiger behandeling. Het is curieus wanneer de Nederlandse Grondwet het recht zou bevatten dat men mag doorgeven zonder aandacht voor wettelijke grenzen in andere landen. Zou dat dan ook omgekeerd moeten gelden? Het lijkt ons verstandig om de rechtsmacht en jurisdictie-discussies buiten de Grondwet te houden.²⁹

Het door de VMC opnemen in lid 1 van het ‘koesteren van een mening’ achten wij misplaatst in art 7 Gw. Als men dit al wil beschermen (en daar kan aanleiding voor zijn als men bijvoorbeeld grondwettelijk wil beschermen tegen hersenspoelen) dan ligt het meer voor de hand om art 11 Gw (zo nodig voor alle duidelijkheid) uit te breiden met de zinsnede ‘en geest’. Ook de bescherming tegen een eventuele uitingsdwang kan steunen op art 11.

We hebben het bestaande lid over de handelsreclame ongewijzigd overgenomen. Het biedt in combinatie met de door ons voorgestelde formulering aanknopingspunten voor het reguleren van SPAM en UCE.³⁰ In het voorstel van de VMC is daarvoor minder ruimte.

²⁹ Over de mogelijkheden om wereldwijd diversiteit in jurisdicties te behouden, zie b.v. G.C.Th. Wierda, Een slot op de deur. Randvoorwaarden voor rechtshandhaving op het Internet, *Computerrecht* 1996/6. Zie ook: C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet: Aansprakelijkheid van Internetproviders en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 2000.

³⁰ UCE staat voor unsolicited commercial e-mail, elektronische junk-mail die een steeds groter probleem op het internet wordt omdat het versturen ervan zo goed als gratis is. SPAM is een oudere benaming voor elektronische junk-mail in het algemeen (niet alleen commercieel).

Art. 13 Gw

Voorstel Schmidt/Wierda	Voorstel VMC
1. Het correspondentiegeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.	1. Ieder heeft recht op eerbiediging van het communicatiegeheim. Dit recht omvat in ieder geval de vrijheid in vertrouwelijkheid gesprekken te voeren en te corresponderen, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.
2. Het conversatiegeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.	2. Dit recht kan alleen worden beperkt in gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.
	3. In afwijking van het tweede lid kunnen de vrijheid maatregelen te nemen ter bescherming van de vertrouwelijkheid en het recht op vertrouwelijkheid van de transportgegevens in de gevallen bij de wet bepaald door of met machtiging van hen die daartoe bij wet zijn aangewezen.
	4. Beperkingen op grond van het tweede en derde lid gaan niet verder dan noodzakelijk is in een democratische samenleving ten behoeve van een bij de wet uitdrukkelijk omschreven doel.
	5. Degene wiens recht op eerbiediging van het communicatiegeheim is beperkt, wordt hiervan in kennis gesteld, behalve voor zover een uitzondering daarop noodzakelijk is in een democratische samenleving in de gevallen bij de wet bepaald.
	6. De wet stelt regels ter bescherming van het communicatiegeheim.

De door de VMC gekozen, overkoepelende term *communicatiegeheim* is verwarrend. Communicatie is niet alleen converseren en corresponderen, ook de andere vier basistypen vallen eronder. Het gebruik van de term communicatiegeheim is dus niet handig, tenzij wordt beoogd ook voor de andere basistypen van communicatiehandelingen een grondrechtelijk beschermd recht op geheimhouding in te voeren. Bij omroepen ligt dat bijvoorbeeld niet erg voor de hand. Evident is, dat de door ons voorgestelde indeling veel betere aanknopingspunten voor gedifferentieerde regiemts ten aanzien van geheimhouding ondersteunt dan de door de VMC voorgestelde parapluterm, die zorgt voor een onwenselijke verarming van het vocabulaire. Zo bleek bij de discussie naar aanleiding van het VMC-rapport dat een gesprek onder het algemene communicatiegeheim moet worden gebracht. Dat gaat een stuk eenvoudiger en natuurlijker met behulp van het begrip converseren dan met het begrip communiceren.

Afsluiting: grensgevallen

Zoals elke poging om de wereld op te delen in overzichtelijke categorieën lijdt ook onze indeling aan het bestaan van grensgevallen. De grensgevallen tussen 'één op één' enerzijds en 'één op meer' anderzijds zijn juridisch gezien niet nieuw. Wanneer men zijn brieven aan familie en vrienden kopieert en in veelvoud verstuurt, is er sprake van vergelijkbare communicatie als wanneer men binnen deze groep kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken zou gaan distribueren. Een vergelijkbare grensovergang zit er tussen openbare en niet-openbare vergaderingen. De ervaringen van justitie met het al dan niet openbaar zijn van neo-nazi vergaderingen illustreert het bestaan van deze grens ook goed.

Nieuw zijn de grensgevallen tussen gelijktijdig (*connection oriented*) en volgordelijk (*connectionless*). De digitale technologie is zo snel dat er geen merkbaar onderscheid is tussen een zeer snel uitgevoerd volgordelijk transport en een gelijktijdig transport. Sterker nog, vrijwel het hele Internet, inclusief de gelijktijdige diensten worden uitgevoerd via volgordelijk transport. Bij een telefoongesprek dat via het Internet wordt gevoerd wordt het gedigitaliseerde geluid van beide zijden in stukken gehakt via pakketjes verstuurd en aan de ontvangende kant gereassembleerd tot een continue stroom van digitale gegevens en vervolgens omgevormd naar (analoog) geluid.

Ook het verschil tussen omroepen en uitgeven is aan het vervagen. Een web-site van een krant die continu wordt aangepast aan de actualiteit is van een statische uitgave veranderd in een trage omroep. Het overzicht van de beurs dat elke dag wordt afgedrukt in de krant is duidelijk een uitgave, de uitzending van de gegevens op het moment dat ze beschikbaar zijn is duidelijk omroepen, maar tussen deze twee uitersten zit een glijdende schaal.

De huidige wetgeving, zoals bijvoorbeeld de Telecommunicatiewet op basis waarvan ook het tappen van Internetverkeer is geregeld, draagt nog steeds zichtbaar de historie in zich. Een en ander leidt dan ook tot verwarring die vanuit het basismodel goed verklaarbaar is, zoals de vraag ten aanzien van de juridische status van *e-mail* verkeer. Valt het nu onder lid 1 (briefverkeer) of lid 2 (telefoon- en telegraafverkeer) van het huidige art. 13 Gw? Bij het tappen van Internet wordt dus als het ware het grondwettelijke onderscheid tussen ‘brief’ en ‘telefoon’ op dit moment weer ongedaan gemaakt doordat zowel de ‘brief-dienst’ als de ‘telefoon-dienst’ onderdeel uitmaken van de zelfde gegevensstroom. Dit is mede gevolg van het feit dat de Telecommunicatiewet is ontstaan uit de telefoon-achtergrond, waar van oudsher alleen van *connection oriented* diensten sprake is.³¹

Deze door de techniek veroorzaakte vervaging tussen de categorieën aan de linkerzijde en de rechterzijde van tabel 1 en 3 leidt in de toekomst mogelijk tot een goed verdedigbare vereenvoudiging van het begrippenstelsel voor communicatievormen in het grondwettelijke huis. Het valt in ieder geval te verwachten dat het vervagen van het onderscheid leidt tot de vraag naar het waarom van de verschillen die tussen de categorieën in de Grondwet te vinden zijn. Vanwaar bijvoorbeeld het huidige verschil tussen omroepen en uitgeven in de Grondwet? Het uitgeven kent momenteel een sterkere bescherming dan het omroepen. In een overzicht:

<i>Uitgeven</i>	<i>Omroepen</i>
Geen voorafgaande controle op inhoud	Geen voorafgaande controle op inhoud
Geen voorafgaande toestemming voor handeling nodig	Mogelijk voorafgaande toestemming voor handeling nodig
Alleen beperkingen via de wet	Beperking via regelgeving

Vanuit het historisch perspectief én vanuit het al dan niet schaars zijn van de middelen is dit verschil verklaarbaar. Bij een toenemend aanbod van verspreidingsmiddelen (satelliet, digital broadcasting, webcasting) vallen de gronden voor het verschil echter vermoedelijk weg³². Dat leidt tot een toekomstperspectief waarin omroepen even sterk wordt beschermd als uitgeven:

Voorstel Schmidt/Wierda	Toekomstperspectief
1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om, door het uitgeven, gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.	1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om, door het uitgeven of omroepen, gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent het omroepen. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een omroepuitzending.	
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens in conversatie, correspondentie, vergadering of vereniging heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het openbaren van gedachten of gevoelens in vergaderingen, toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.	2. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens in conversatie, correspondentie, vergadering of vereniging heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het openbaren van gedachten of gevoelens in vergaderingen, toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
4. De voorgaande leden zijn niet toepasselijk voor het regelen van handelsreclame.	3. De voorgaande leden zijn niet toepasselijk voor het regelen van handelsreclame.

We kunnen zo afsluiten met de aantekening dat we het niet oneens zijn met *alle* beschouwingen van de VMC. Deze spreekt over het huidige art 7 lid 2 Gw als een ‘grondrechtelijk monstrum.’ De VMC heeft daarin op termijn vermoedelijk gelijk. Maar op het moment van schrijven is er nog behoefte aan aparte regulering van de omroep.

Naschrift: Het rapport van de commissie Franken

Het voorafgaande werd in april 2000 afgesloten. Inmiddels is het rapport van de commissie Franken verschenen. De redactie heeft ons toegestaan daaraan een kort naschrift te wijden. Het rapport is een gedegen werkstuk geworden waarin enkele onderdelen van het aan dit artikel voorafgaande ISOC-advies kunnen worden

³¹ Het onderscheid tussen stromende en vaste gegevens is op den duur ook niet meer houdbaar. Onderscheid op basis van het al dan niet stromen van gegevens in het wetboek van Strafvordering is in feite achterhaald. Het daadwerkelijke onderscheid is eerder dat de verdachte al dan niet weet dat de gegevens door de overheid worden ingezien op het moment dat ze worden ingezien.

³² Deze stelling vergt een uitgebreider behandeling dan wij hier kunnen geven.

herkend³³. De commissie Franken kiest terecht voor een techniek-onafhankelijke grondwet. Nu is 'techniek-onafhankelijk' een controversieel begrip. Wat de een techniek noemt, noemt de ander techniek-onafhankelijk. Daarom verdient ons inziens een positieve keuze voor 'handeling-gerelateerd' de voorkeur boven de negatieve keuze 'techniekonafhankelijk'.

De commissie kiest er (met ons) voor om de topologie (*point to point* t/m *broadcast*) als onderscheidende categorie te hanteren. Daarentegen onderscheidt de commissie niet naar het tijdsaspect (*connection oriented* vs. *connectionless*)³⁴. Hoewel het om een onderscheid met juridische consequenties gaat (bij *connectionless* is er sprake van opslag door derden, bij *connection oriented* niet), komen wij hierboven bij de bespreking van grensgevallen eveneens tot de conclusie dat in de toekomst het onderscheid tussen synchroon en asynchroon mogelijk niet meer hoeft te worden gehandhaafd. Toch is de verdeling langs beide assen thans te verkiezen, vanwege de betere aansluiting op de bestaande situatie³⁵ alsmede vanwege het gebrek aan constitutionele rijpheid³⁶ van het hierboven geschetste toekomstperspectief.³⁷

De commissie acht het onnodig om de vrijheid van het 'koesteren' van een mening grondwettelijk te beschermen in artikel 7. Voor zover inbreuken op een dergelijke 'freedom of thought' grondwettelijke bescherming behoeven, dient eerst te worden gekeken naar het soort inbreuken waartegen beschermd dient te worden. Men kan daarbij denken aan toenemende mogelijkheden tot beïnvloeding middels desinformatie en propaganda. Hierboven is door ons voorgesteld om deze bescherming te ontleen aan en zonedig uit te werken in art. 11.

Dat de commissie de keuze van de VMC voor het begrip 'vertrouwelijke communicatie' bij de formulering van art. 13 overneemt is niet zonder bezwaar. Het door de commissie aangehaalde regeringsstandpunt spreekt van "zodanige beveiligingsmaatregelen [...] dat men moet concluderen tot het bestaan van een geobjectiveerde wil gericht op het vertrouwelijk blijven van de communicatie-inhoud". Hiermee wordt het bestaan van een geobjectiveerde wil gericht op vertrouwelijkheid afgeleid uit het nemen van beveiligingsmaatregelen. Maar rond beveiligingsmaatregelen woedt ook een heel andersoortige discussie.³⁸ Met nadruk meldt de commissie dan ook dat iedere schijn dat het recht op vertrouwelijke communicatie afhankelijk zou zijn van de toepassing van encryptie vermeden dient te worden.³⁹ Het systeem Schmidt/Wierda biedt hier deels een uitweg: het bestempelt op grond van enkelvoudige adressering een communicatiehandeling immers tot conversatie of correspondentie. Daarmee is de bescherming verzekerd en is de beveiligingsconstructie als objectiveerbare voorwaarde voor bescherming overbodig.

Ingewikkelder ligt het bij communicatie in vergadering en vereniging. Het vooronderstelde relevante vertrouwelijkheidsbegrip geldt niet binnen de groep, wel daarbuiten. De huidige grondwet zwijgt over de bescherming van deze vertrouwelijkheid, het voorstel van de commissie Franken zet door het gebruik van de paraplu-term 'vertrouwelijke communicatie' de deur op een kier. Thans zijn de dominante wijzen waarop in de digitale wereld deze 'collectieve vertrouwelijkheid' objectief kan worden aangegeven de toepassing van encryptie en de toepassing van labellingsystemen. De maatschappelijke discussies hierover zijn nog lang niet afgerond. Wat zorgen baart is dat het gebruik van de term 'vertrouwelijke communicatie' het onderscheid lijkt te bemoeilijken tussen de vertrouwelijkheid van conversatie en correspondentie en de vertrouwelijkheid van communicatie in vereniging en vergadering.

Leiden, april/juli 2000

³³ Zoals naast de hierna genoemde techniek-onafhankelijke opdeling bijvoorbeeld de aandacht voor de marktordening en pluriformiteit.

³⁴ Grondrechten in het Digitale Tijdperk, pagina 149-150

³⁵ Grondrechten in het Digitale Tijdperk, pagina 73, conclusie 5

³⁶ Grondrechten in het Digitale Tijdperk, pagina 72, conclusie 2

³⁷ Men zou in zake art 13 kunnen argumenteren dat asynchrone communicatie kwetsbaarder voor onderschepping is dan synchrone vanwege het 'store and forward' (opslag) karakter, en daardoor een eigen beschermingsregime verdient.

³⁸ Zie bijvoorbeeld Bert-Jaap Koops, *The Crypto Controversy – a key conflict in the information society*, Den Haag: Kluwer Law International 1997.

³⁹ Grondrechten in het Digitale Tijdperk, pagina 161