

Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?

*Modernisering van grondrechten in de Grondwet in
het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*



M.M. Julicher

Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?

Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest

© 2020 Manon Julicher

ISBN: 978-94-6375-840-6

Afbeelding omslag: 'Mercury passing before the sun' van Giacomo

Balla Omslag ontwerp: Loes Julicher

Binnenwerk: Klaartje Hoeberechts, vanklaartje.nl

Drukwerk: Ridderprint BV

Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?

Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM
en het EU-Grondrechtenhandvest

Fundamental rights in the Netherlands: fit for the future?

Modernization of the fundamental rights in the Dutch Constitution in light of
the ECHR and the EU Charter of Fundamental Rights
(with a summary in English)

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Utrecht
op gezag van de rector magnificus, prof.dr. H.R.B.M. Kummeling,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen op
woensdag 15 april 2020 des ochtends te 10.30 uur

door

Manon Margit Julicher

geboren op 8 juni 1992
te Rotterdam

Promotoren:

Prof. mr. J.H. Gerards

Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Voorwoord

Tijdens het schrijven van dit proefschrift heb ik veel geleerd. Over de wereld van het recht, maar ook over mijzelf. Daar wil ik een aantal mensen voor bedanken.

Allereerst Philip Langbroek, die mij als kersverse junior-docent betrok bij zijn Europese onderzoeksproject 'CFR in action'. Hij was het die met het wilde plan kwam om een artikelenproefschrift te schrijven en hiervoor ook de ruimte creëerde. Dat zijn plan uiteindelijk goed zou uitpakken kon hij toen nog niet weten.

Daarnaast natuurlijk mijn promotoren, Janneke Gerards en Rob Widdershoven. Zij hebben mij, ieder op hun eigen wijze, op de best mogelijke manier begeleid. Bij Janneke kon ik altijd terecht voor wijze raad en inhoudelijk advies. Haar kennis over grondrechten is enorm en ik ben blij dat ik daar af en toe in mocht delen. Rob verrijkte onze besprekingen met zijn creatieve geest en had de gave zijn formuleringen precies zo te kiezen dat de puzzelstukjes bij mij op hun plek vielen. Beiden gaven mij het vertrouwen dat ik nodig had. Janneke en Rob, ik waardeer jullie inzet en hulp enorm.

Monica Claes, Barbara Oomen, Tom Barkhuysen, Roel de Lange en Jerfi Uzman waren bereid mijn proefschrift te lezen en in de beoordelingscommissie plaats te nemen. Ik dank hen voor hun waardevolle commentaar.

Mijn collega's van de Afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie wil ik bedanken voor de gezelligheid tijdens gezamenlijke lunches, borrels en uitjes, en de talloze inhoudelijke sparsessies. In het bijzonder noem ik Wouter Ernst, Stefan Philipsen, Wouter Zorg, Jeroen Kiewiet, Jacobien van Dorp, Imelda Tappeiner, Wytze van der Woude en Leonie Huijbers. Van hen heb ik wijze lessen geleerd.

De meeste tijd aan mijn proefschrift heb ik besteed in de nabijheid van mijn kamergenoten Melanie van Zanten, Tong Xu en Thijs van Duffelen. Met hen heb ik veel gelachen, maar ook af en toe mijn leed kunnen delen. Daar heb ik veel aan gehad. Dat Melanie ook wil optreden als paranimf doet mij deugd. Dat geldt eveneens voor mijn oude vriend Roland 'Eulie' van Twist. Beiden wil ik bedanken voor hun hulp en vriendschap.

Ik kan niet afsluiten zonder mijn familie en vriendin te bedanken. Papa, mama, Aniek en Loes, bedankt voor jullie onvoorwaardelijke steun en toewijding. Zonder jullie had ik dit niet afgekregen. Loes wil ik daarnaast bijzonder bedanken voor haar hulp bij het ontwerpen van de omslag van dit boek. En lieve Lianne, bedankt voor je geduld met mij.

Inhoudsopgave

Voorwoord	v
Lijst van afkortingen	xi
Hoofdstuk 1	
Inleiding	1
1.1 Introductie	1
1.2 De juridisch-normatieve functie van de Grondwet	2
1.3 De Grondwet naast het EVRM en het Handvest	5
1.4 De Grondwet en het toetsingsverbod	7
1.5 Modernisering van grondrechten in de Grondwet	8
1.6 Onderzoeksvraag en onderzoeksopzet	10
1.7 Onderzoeksaanpak	15
Hoofdstuk 2	
Protection of the EU Charter for Private Legal Entities and Public Authorities? The Personal Scope of Fundamental Rights within Europe Compared	19
2.1 Introduction	19
2.2 Background and objectives of the ECHR and EU legal systems	23
2.3 Personal scope of the Charter	24
2.3.1 Charter: text	24
2.3.2 Charter: CJEU application	25
2.3.2.1 Private legal entities	25
2.3.2.2 Public authorities	28
2.4 Personal scope of the ECHR	30
2.4.1 ECHR: text	30
2.4.2 ECHR: ECtHR application	30
2.4.2.1 Private legal entities	30
2.4.2.2 Public authorities	32
2.5 The personal scope of the Charter and the ECHR analysed and compared	33
2.6 Personal scope of fundamental rights provisions on the national level	35
2.6.1 Introduction	35
2.6.2 The Netherlands	36
2.6.2.1 Dutch Constitution	36
2.6.2.2 Dutch application of the ECHR	37
2.6.2.3 Dutch application of the Charter	38
2.6.3 Portugal	39
2.6.3.1 Portuguese Constitution	39
2.6.3.2 Portuguese application of the ECHR	41
2.6.3.3 Portuguese application of the Charter	41

2.6.4	Spain	43
2.6.4.1	Spanish Constitution	43
2.6.4.2	Spanish application of the ECHR	44
2.6.4.3	Spanish application of the Charter	45
2.6.5	Poland	46
2.6.5.1	Polish Constitution	46
2.6.5.2	Polish application of the ECHR	47
2.6.5.3	Polish application of the Charter	48
2.6.6	National application v CJEU and ECtHR application	49
2.7	Conclusion	51

Hoofdstuk 3

Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en... de Grondwet!		
Een verrijking voor de individuele rechtsbescherming in Nederland?		53
3.1	Inleiding	53
3.2	Formulering en plaats van het wetsvoorstel	55
3.3	Het toetsingsverbod en het recht op een eerlijk proces in de Grondwet	56
3.4	Reikwijdte	57
3.4.1	Reikwijdte ratione materiae	57
3.4.2	Reikwijdte ratione personae	62
3.5	Materiële waarborgen	65
3.6	Legitimatie tot rechtsvorming	70
3.7	Conclusie	72

Hoofdstuk 4

Hoe behoorlijk is de Grondwet?		73
4.1	Inleiding	73
4.2	Bestuur en de juridisch-normatieve functie van de Grondwet	74
4.3	Lacunes in de normering van bestuur buiten de Grondwet	76
4.4	Codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet	80
4.5	Codificatie in de Grondwet: hoe?	81
4.5.1	Inleiding	81
4.5.2	Algemeen of specifiek?	82
4.5.3	Afdwingbaar recht of niet-afdwingbare taakopdracht?	84
4.5.4	Voorzet voor een bepaling	85
4.6	Conclusie	87

Hoofdstuk 5

Red het censuurverbod: schaf het af!		89
5.1	Inleiding	89
5.2	Artikel 7 Grondwet en preventieve beperkingen	91
5.2.1	Algemeen	91
5.2.2	Preventieve beperkingen	92
5.3	Betekenisverlies verbod van voorafgaand verlof	95

5.4	Filterpraktijken en spreekverboden	97
5.5	Artikel 10 EVRM en preventieve beperkingen	103
5.5.1	Beperkingen: algemeen	103
5.5.2	Beperkingen: preventief	104
5.5.3	EVRM: filterpraktijken en spreekverboden	106
5.6	EVRM: inspiratie voor de Grondwet?	109
5.7	Op naar een nieuwe bepaling?	112

Hoofdstuk 6

	De wijziging van het communicatiegeheim in de Grondwet: een gemiste kans?	117
6.1	Inleiding	117
6.2	Verklaringswet tot wijziging van artikel 13 Grondwet	121
6.2.1	Achtergrond	121
6.2.2	Formulering, doel en belang verklaringswet	121
6.3	Reikwijdte	122
6.3.1	Inleiding	122
6.3.2	Artikel 13 Grondwet	122
6.3.2.1	Algemeen	122
6.3.2.2	Live-communicatie	123
6.3.2.3	Openbare communicatie	124
6.3.2.4	Opgeslagen gegevens	124
6.3.2.5	Verkeersgegevens	124
6.3.3	Europese regelingen (8 EVRM en 7 Handvest)	125
6.3.3.1	Algemeen	125
6.3.3.2	Live-communicatie	127
6.3.3.3	Openbare communicatie	127
6.3.3.4	Opgeslagen gegevens	128
6.3.3.5	Verkeersgegevens	128
6.3.4	Toegevoegde waarde van het nieuwe artikel 13 Grondwet?	130
6.4	Beperkingsmogelijkheden	132
6.4.1	Inleiding	132
6.4.2	Artikel 13 Grondwet	132
6.4.2.1	Algemeen	132
6.4.2.2	Procedureel: toezichtinstantie	133
6.4.2.3	Procedureel: notificatieplicht	134
6.4.2.4	Materieel: begrip nationale veiligheid	134
6.4.2.5	Materieel: toetsingscriteria (proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid)	135
6.4.3	Europese regelingen (8 EVRM en 7 Handvest)	135
6.4.3.1	Algemeen	135
6.4.3.2	Procedureel: toezichtinstantie	137
6.4.3.3	Procedureel: notificatieplicht	139
6.4.3.4	Materieel: nationale veiligheid	140
6.4.3.5	Materieel: toetsingscriteria (proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid)	141

6.4.4 Toegevoegde waarde van het nieuwe artikel 13 Grondwet?	142
6.5 Conclusie	145
Hoofdstuk 7	
Concluderende slotbeschouwing	147
7.1 Inleiding	147
7.2 Thematische weergave van bevindingen	149
7.2.1 Multi-actoralisering	149
7.2.2 Proceduralisering	151
7.2.3 Digitalisering	153
7.3 Overkoepelende conclusies	157
7.4 Slotwoord	161
Samenvatting	163
Summary	173
Lijst van aangehaalde literatuur	183
Lijst van aangehaalde jurisprudentie	201
Curriculum vitae	209

Lijst van afkortingen

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
abbb	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
ABRvS/Afdeling	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
Administrative Jurisdiction Division	Administrative Jurisdiction Division of the Council of State
A-G/ AG	Advocaat-Generaal
AGRvS	Afdeling Geschillen van bestuur van de Raad van State
APV	Algemene Plaatselijke Verordening
ARRvS	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Charter	Charter of Fundamental Rights of the European Union
Chw	Crisis- en herstelwet
CJEU	Court of Justice of the European Union
Court of Justice	European Court of Justice
CRvB	Centrale Raad van Beroep
ECLI	European Case Law Identifier
ECHR	European Convention on Human Rights
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
ECtHR	European Court of Human Rights
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GEU/Gerecht	Gerecht van de Europese Unie
General Court	General Court of the Court of Justice of the European Union
Gst.	Gemeentestem
Handvest	Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie
Hof	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
Hof van Justitie/HvJ/HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad
ITeR	Informatietechnologie en Recht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht

JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
jo.	juncto
JV	Justitiële Verkenningen
m.nt.	met noot
MvT	memorie van toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJCM	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
NJB	Nederlands Juristenblad
NSA	Naczelny Sad Administracyjny
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTM	Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten
ontv.	ontvankelijkheidsbeslissing
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
REALaw	Review of European Administrative law
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvorming
SEW	SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Stb.	Staatsblad
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T&C	Tekst & Commentaar
TFEU	Treaty on the Functioning of the EU
TMA	Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht
TvCR	Tijdschrift voor Constitutioneel recht
Twbmt	Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding
UDHR	Universal Declaration of Human Rights
ULR	Utrecht Law Review
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
Vz.	Voorzieningenrechter
WvSv	Wetboek van Strafvordering
Wiv 2002	Wet op de inlichtingen-en veiligheidsdiensten 2002
Wiv 2017	Wet op de inlichtingen-en veiligheidsdiensten 2017

1 Inleiding

1.1 INTRODUCTIE

‘Wie kan een voorbeeld geven van een grondrecht?’ Op een zonnige lenteochtend in april geef ik samen met een collega een gastles op een middelbare school in Apeldoorn. De leerlingen doen actief mee en noemen meteen de vrijheid van meningsuiting. Met actuele voorbeelden weten zij de betekenis van dit recht te omschrijven. De ‘minder Marokkanen-uitspraak’ van Geert Wilders,¹ YouTube-filmpjes van zogenaamde ‘haatimams’² en de verspreiding van nepnieuws op het internet komen langs.³ De enthousiaste houding van de leerlingen verandert als we de formulering van de vrijheid van meningsuiting in de Grondwet erbij pakken. Artikel 7, eerste lid, bepaalt: *niemand heeft voorafgaand verlot nodig om door de drukpers gedachten en gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet*. Glazige blikken en gapende monden vallen ons ten deel. Gaat het hier echt om hetzelfde recht als waar we het net over hadden? De leerlingen kunnen de termen uit het artikel niet rijmen met de voorbeelden die zij even daarvoor nog gaven om de vrije meningsuiting te beschrijven. Want wat wordt bedoeld met ‘voorafgaand verlot’ en ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’? En hoe vertellen deze termen ons welke beperkingen van de uitingsvrijheid wel en niet zijn toegestaan?

Het is gemakkelijk de reacties van de leerlingen toe te schrijven aan puberale desinteresse of het beperkte democratische kennisniveau van de hedendaagse scholier.⁴ Dat is echter niet terecht. Leg een willekeurige Nederlander artikel 7 Grondwet voor en de kans op een vergelijkbare lege blik is groot. Het probleem is niet alleen dat de bepaling ouderwets is geformuleerd en daardoor moeilijk te begrijpen is. Een minstens zo groot probleem is dat de praktische bescherming die uit de bepaling volgt niet voorzienbaar is en dat het artikel onvoldoende is toegesneden op recente ontwikkelingen, zoals

-
- 1 Rb. Den Haag, 9 december 2016, ECLI: NL:RBDHA:2016:15014. De Rechtbank veroordeelde Geert Wilders voor groepsbelediging en aanzetten tot discriminatie, maar legde geen straf op. Deze zaak wordt thans in hoger beroep behandeld.
 - 2 Zie hierover bijvoorbeeld de rechtszaak tegen imam Fawaz Jneid (ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763) en de Kamerbrief van de minister van Justitie en Veiligheid over de inzet van digitale gebiedsverboden (*Kamerstukken II*, 2017/18, 29614, nr. 76, p. 11).
 - 3 Zie over de spanning tussen maatregelen die nepnieuws tegengaan en het recht op vrijheid van meningsuiting bijvoorbeeld Hins 2018.
 - 4 Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 249-250 en de verwijzingen aldaar naar Munniksma, e.a. 2018, en Nieuwelink 2016. Uit deze onderzoeken blijkt dat vooral laagopgeleide scholieren beperkte burgerschapscompetenties hebben. Zie ook Thijs e.a. 2019.

digitalisering. Zo is niet duidelijk welke bescherming artikel 7 Grondwet biedt ten aanzien van de verspreiding van nepnieuws of haatzaaiende uitingen op het internet. Hetzelfde geldt voor de vraag hoe moet worden omgegaan met regelgeving die sociale mediaplatformen dwingt om voorafgaand te filteren om auteursrechtelijk beschermd materiaal te beschermen.⁵

De onduidelijkheid omtrent de grondwettelijke bescherming van de vrijheid van meningsuiting staat niet op zichzelf. Ook andere grondrechten in de Grondwet hebben te maken met achterhaalde formuleringen en een gebrek aan praktische hanteerbaarheid.⁶ Daarnaast zijn verschillende belangrijke grondrechten helemaal niet opgenomen in het grondrechtenhoofdstuk van de Grondwet. Het recht op een eerlijk proces bijvoorbeeld, dat sinds jaar en dag een vooraanstaande plaats heeft in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden (EVRM) en dat ook is opgenomen in het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest), is in de Grondwet nog niet gecodificeerd.⁷ Ook andere rechten die wel in deze grondrechtendocumenten zijn opgenomen, ontbreken in de Grondwet.⁸

Het feit dat de huidige grondrechtenbescherming in de Grondwet door menig burger niet begrepen wordt en onvolledig is, raakt aan de wezenlijke bestaansreden van de Grondwet. De Grondwet is primair een juridisch middel om de vrijheid van de burger te garanderen en om de legitimiteit van de overheid te verzekeren. Een krachtige en duidelijke grondwettelijke bescherming van grondrechten, die antwoorden biedt bij actuele vraagstukken, is daarvoor van groot belang. Door recente maatschappelijke en juridische ontwikkelingen kunnen de huidige grondrechtenformuleringen van de Grondwet deze rol niet meer vervullen.⁹ Dat is kwalijk, want juist deze ontwikkelingen maken het belang van een actuele grondrechtenbescherming groter dan ooit. Het is daarom zaak de grondrechtencatalogus in de Grondwet te actualiseren. In dit proefschrift wordt deze stelling beargumenteerd en worden enkele concrete voorstellen voor modernisering gedaan.

1.2 DE JURIDISCH-NORMATIEVE FUNCTIE VAN DE GRONDWET

Om de hierboven geponeerde stelling te onderbouwen is het allereerst nodig om nader in te gaan op de functie die de Grondwet heeft voor het Nederlandse constitutionele systeem en voor de Nederlandse samenleving. Nederland is een democratische

5 Zie voor dergelijke regelgeving bijvoorbeeld art. 17 van Richtlijn (EU) 2019/790 inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt.

6 Zie bijvoorbeeld art. 13 Grondwet, dat nog specifiek het recht op brief, – telefoon, – en telegraafgeheim beschermt, maar zwijgt over moderne internetcommunicatiemiddelen als email en Whatsapp.

7 Inmiddels is wel een verklaringwet tot grondwetwijziging aangenomen om hier verandering in te brengen, zie *Stb* 2018, 88. Deze wet wacht nu op behandeling in tweede lezing.

8 Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het recht op leven (art. 2 EVRM en art. 2 Handvest), het verbod van foltering (art. 3 EVRM en art. 4 Handvest) en het recht op bescherming van persoonsgegevens (art. 8 Handvest). Vgl. ook Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 64 e.v.

9 Vgl. Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 24 e.v.; Gerards 2013a, p. 17-18; Gerards 2016, p. 218-220; Barkhuysen e.a., 2009, p. 81 e.v.

rechtsstaat,¹⁰ waarin de vrijheid en waardigheid van het individu centraal staan.¹¹ De overheid moet de rechtsstatelijke waarden eerbiedigen en beschermen. Zij mag de vrijheid van het individu alleen inperken als hiervoor een legitimatie in het recht aanwezig is.¹² Dit wordt wel aangeduid met het vereiste van juridische legitimiteit voor de uitoefening van overheidsgezag.¹³ In de democratische rechtsstaat heeft het recht tevens een rol in het begrenzen van de uitoefening van overheidsbevoegdheden. Elke inperking van de individuele vrijheid geldt als een uitzondering die een rechtvaardiging behoeft.¹⁴ Het recht moet overheidsoptreden dan ook niet alleen *legitimeren*, maar dient dit ook te *normeren* en te *limiteren*.

Met dergelijke legitimering, normering en limitering verschaft het recht een waarborg tegen machtsmisbruik en willekeur van de overheid, hetgeen zorgt voor bescherming van de individuele burger. Dat levert vertrouwen van burgers in de overheid op.¹⁵ Dat vertrouwen is noodzakelijk voor de aanvaarding en de effectiviteit van overheidsoptreden dat in een democratische rechtsstaat essentieel is.¹⁶ In tijden waarin maatschappelijke, internationale en technologische processen ingrijpende gevolgen hebben en die processen grote complexiteit en onzekerheid meebrengen, is dat geen overbodige luxe. Ontwikkelingen zoals digitalisering, globalisering en polarisering vragen om daadkrachtig optreden van de overheid dat binnen rechtsstatelijke grenzen blijft en dat kan rekenen op draagvlak en vertrouwen bij de bevolking.¹⁷ Rechtsnormen die overheidsoptreden legitimeren en begrenzen zijn daarom van groot belang. Zij verdienen een zware bescherming en dienen goed kenbaar te zijn, zodat mensen op de hoogte zijn van de essentiële regels die de Nederlandse rechtsstaat constitueren.¹⁸ Op die manier weten burgers welke gedragingen zij van de overheid kunnen verwachten, en is voor politici, rechters, ambtenaren, bestuurders en andere ambtsdragers helder binnen welke marges zij moeten blijven.¹⁹

In het voorgaande is meteen een belangrijk argument gelegen om de legitimering, normering en limitering van overheidsmacht neer te leggen in de Grondwet. In dat kader wordt wel gesproken van de juridisch-normatieve functie van de Grondwet. De Grondwet wordt dan begrepen als een staatkundige basisregeling die overheidsorganen in het leven roept, daar bevoegdheden aan toekent en de uitoefening van deze

10 Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 21, 31 en 37; Kabinetsreactie Rapport staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 2; Notitie Herziening Grondwet 2014, p. 2 en 3; Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 28 e.v.; Kortmann 2016, p. 50 e.v.

11 Kortmann 2016, p. 77; Burkens e.a. 2012, p. 17.

12 Kortman 2016, p. 50-52; Burkens e.a. p. 17 en 19; Heringa e.a. 2015, p. 16-21.

13 Vertaling van het Engelse 'legal legitimacy'. Zie hierover Fallon in zijn artikel over de legitimiteit van constituties (Fallon 2005).

14 Kortman 2016, p. 50; Burkens e.a., p. 17; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 21-22.

15 Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 22 en 26; Aanbevelingen Nationale Conventie 2006, p. 10-12; Van Sasse van Ysselt 2018, p. 210.

16 Kortmann 2016, p. 22-23; Voermans 2019, p. 340. Zie ook Fallon 2005, p. 1849 die stelt dat juridische legitimiteit (legitimering en begrenzing van overheidsbevoegdheden in het recht) bijdragen aan de aanvaarding (sociologische legitimiteit) van die overheidsbevoegdheden.

17 Jaarverslag Raad Van State 2018, p. 12; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 24-26; Zie ook Voermans 2013.

18 Storme 2009, p. 51; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 25-26, 29, 33.

19 Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 29 en 33.

bevoegdheden begrenst, zowel in de relatie tussen overheidsorganen onderling als in de verhouding tussen overheid en burger.²⁰ De juridisch-normatieve functie wordt gezien als de belangrijkste functie van de Grondwet.²¹

De Grondwet is bij uitstek geschikt om deze juridisch-normatieve functie uit te oefenen. Dat heeft verschillende redenen. De zware wijzigingsprocedure voor de Grondwet²² maakt de normen die erin zijn neergelegd bijzonder duurzaam: ze kunnen alleen worden gewijzigd wanneer daarvoor een groot en langdurig maatschappelijk en politiek draagvlak bestaat.²³ Dat maakt het document zeer geschikt voor het codificeren van constitutionele basisnormen die toekomstbestendig zijn en die overheidsoptreden legitimeren, normeren en limiteren op een manier die niet onderhevig is aan de waa van de dag. Bovendien heeft de Grondwet vanwege haar fundamentele karakter een hoge status in de normenhiërarchie; lagere rechtsnormen en overheidsbesluiten moeten steeds conform de Grondwet worden vastgesteld.²⁴ Deze hoge status heeft de Grondwet overigens niet alleen in de wereld van juristen, maar ook in de samenleving als geheel. Zo blijkt uit opinieonderzoek van TNS NIPO uit 2008 dat burgers de Grondwet erg belangrijk vinden en verwachten dat deze de Nederlandse samenleving goed beschermt.²⁵ Uit onderzoek van Barkhuysen e.a. uit 2009 blijkt dat hetzelfde geldt voor de zogenaamde ‘eerstelijns’-gebruikers van de Grondwet: parlementariërs, ambtenaren en rechters.²⁶ Hier komt nog bij dat de Grondwet een relatief eenvoudige en overzichtelijke vindplaats biedt van de basisnormen die de structuur van de Nederlandse democratische rechtsstaat bepalen.²⁷ Dat maakt dat de Grondwet, in ieder geval in potentie, een grote mate van kenbaarheid heeft.²⁸ Voor het doel van dit proefschrift is

20 Advies Raad van State staatscommissie Grondwet 2008, p. 6; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 23; Kabinetsreactie Rapport Staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 2 en 3; Notitie Herziening Grondwet 2014, p. 3; Peters 2003, p. 8; Nap 2009, p. 3; Oomen 2009, p. 56, 63, 73; Barkhuysen e.a. 2009, p. 21; Van Sasse van Ysselt 2018, p. 59; Kortmann 2016, p. 23 e.v.; Griffioen 2010, p. 374. In sommige bijdragen en parlementaire stukken wordt deze functie ook wel onderscheiden in een institutioneel-organisatorische functie (verankeren en limiteren overheidsbevoegdheden) en een waarborgfunctie (waarborgen vastleggen van de burger tegen de overheid), zie bijv. Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 23; Kabinetsreactie Rapport Staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 3; Barkhuysen e.a. 2009, p. 21; Oomen 2009, p. 64.

21 Advies Raad van State staatscommissie Grondwet 2008, p. 6; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 23 Kabinetsreactie Rapport Staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 2-3; Notitie Herziening Grondwet 2014, p. 3; Advies Raad van State Rijksinitiatiefvoorstel 2019, p. 3; Oomen 2009, p. 75; Nap 2009, p. 3. De Grondwet is dan ook wel omschreven als ankerpunt of ruggengraat van de Nederlandse democratische rechtsstaat (Zie Notitie Herziening Grondwet 2014, p. 2-3).

22 Zie art. 137 Grondwet.

23 Advies Raad van State Rijksinitiatiefvoorstel 2019, p. 3.

24 Notitie Herziening Grondwet 2014, p. 3; Kortmann 2016, p. 24-25; Storme 2009, p. 50; Cooter 2000 p. 1; Klink 1998.

25 Oomen & Lielieveldt 2008; Oomen 2009, p. 71-72.

26 Barkhuysen e.a., 2009, p. 74.

27 Advies Raad van State staatscommissie Grondwet 2008, p. 7; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 26, 28-29 en 38; Advies Raad van State Rijksinitiatiefvoorstel 2019, p. 3.

28 Kenbaarheid betreft hier zowel de beschikbaarheid en vindbaarheid van normen als de mate waarin mensen deze normen daadwerkelijk tot zich nemen en begrijpen. Deze terminologie is overgenomen uit het rapport van de staatscommissie Grondwet. De staatscommissie duidt echter alleen de eerste twee aspecten met kenbaarheid en gebruikt als overkoepelende term voor alle aspecten de term ‘toegankelijkheid’ (Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 28-29).

van belang dat deze kenbaarheid in de praktijk vooral wordt gerealiseerd waar het gaat om de (klassieke) grondrechten die zijn geformuleerd in Hoofdstuk 1 van de Grondwet. In tegenstelling tot de andere onderdelen van de Grondwet zijn zowel burgers als professionals hiervan goed op de hoogte.²⁹ Dat is gunstig, want grondrechten spelen een belangrijke rol bij de uitoefening van de juridisch-normatieve functie.³⁰ Zij stellen grenzen aan overheidsoptreden, maar kunnen dit optreden ook legitimeren.³¹

1.3 DE GRONDWET NAAST HET EVRM EN HET HANDVEST

Het voorgaande heeft duidelijk gemaakt dat de juridisch-normatieve functie van de Grondwet inhoudt dat in de Grondwet de belangrijkste waarborgen worden vastgelegd om overheidsoptreden te legitimeren, normeren en limiteren en dat op een goed kenbare manier te doen. Tegelijkertijd is welbekend dat deze functie in Nederland niet alleen wordt uitgeoefend door de Grondwet, maar dat er ook andere belangrijke constitutionele kenbronnen zijn. Als het gaat om grondrechten zijn dat voor Nederland in het bijzonder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest). Nederlandse burgers kunnen zich voor de rechter meestal direct op deze Europese bescherming beroepen. Dat blijkt in praktijk ook vaak te gebeuren. Sterker nog: het EVRM en het Handvest zijn vooral bij de eerstelijnsgebruikers bekender en worden vaker ingeroepen dan de Grondwet.³² Daarmee hebben deze verdragen een belangrijke juridische en normatieve functie verkregen en zij maken hierdoor een wezenlijk onderdeel uit van het Nederlandse constitutionele stelsel.³³

Toch is het belangrijk dat grondrechten ook – of juist – in onze eigen Grondwet goed worden beschermd en dat de Grondwet ook los van het EVRM en het Handvest het optreden van de overheid legitimeert en limiteert. Dat is waardevol in het licht van de hiervoor besproken potentieel krachtige juridisch-normatieve functie van de Grondwet. Het EVRM en het Handvest bieden namelijk wel belangrijke bescherming, maar het gaat daarbij ook om een ‘one-size-fits-all-minimumbescherming’ die niet specifiek is toegespitst op het Nederlandse systeem. Het niveau van deze grondrechtenbescherming

29 Barkhuysen e.a., 2009, p. 74; Oomen & Lelieveldt; Oomen 2009, p. 68-71.

30 Grondrechten zijn de meest fundamentele rechten die mensen nodig achten om een menswaardig bestaan te kunnen hebben. Zij worden ook wel gekenmerkt als manifestaties van kernwaarden als menselijke waardigheid, autonomie, vrijheid, gelijkheid, integriteit, democratie en rechtvaardigheid. Zie Gerards 2019c, p. 13-19; Kortmann 2016, p. 365. Memorie van toelichting grondwetsherziening 1983, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nrs. 1-5, p. 10.

31 Het recht op vrijheid van meningsuiting, bijvoorbeeld, waarborgt situaties waarbinnen burgers vrij van overheidsbemoeienis hun gedachten en gevoelens kunnen uiten, maar stelt ook voorwaarden waaronder de overheid de vrije meningsuiting kan beperken. Met deze beperkingsvoorwaarden wordt overheidsoptreden gelegitimeerd. Vgl. art. 7 Grondwet en art. 10 EVRM.

32 Gerards 2012a, p. 48-49; Gerards 2013b, p. 29; Gerards 2016, p. 220, Barkhuysen e.a. 2009, p. 78.

33 Gerards & Claes 2012, p. 613-677, sectie 1.2; Gerards & Claes *SEW* 2012, p. 271; Gerards 2016, p. 220.

gaat in regel niet verder dan de grootste gemene deler die de verschillende aangesloten staten willen hanteren.³⁴ Bovendien kan dit niveau naar beneden worden bijgesteld.³⁵

Een verklaring voor de keuze voor een minimumniveau van bescherming in de Europese verdragen is dat al te vooruitstrevende bescherming het risico op niet-naleving te groot maakt. Dat kan de legitimiteit van de Europese hoven, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie), in gevaar brengen.³⁶ Een andere verklaring voor de minimumbescherming is dat wordt aangenomen dat nationale staten een eigen verantwoordelijkheid hebben om op nationaal niveau de grondrechten te beschermen (het beginsel van primariteit)³⁷ en dat zij bovendien beter dan de Europese instanties in staat zijn om te bepalen wat daarvoor nodig is (het 'better placed-argument').³⁸ Op nationaal niveau kunnen bijvoorbeeld een ruimere reikwijdte van grondrechten, specifieke beperkingseisen of opdrachten tot nadere uitwerking in lagere regelgeving wenselijk zijn.³⁹ Het internationale systeem is daarom bewust terughoudend ingericht en het is vooral bedoeld als vangnet voor gevallen waarin het nationale beschermingsniveau tekortschiet (het beginsel van subsidiariteit).⁴⁰ Deze redenering komt niet alleen tot uitdrukking in de *margin of appreciation*-doctrine van het EHRM,⁴¹ op basis waarvan dit Hof kan besluiten om aan nationale staten beoordelingsruimte te laten bij de toepassing van EVRM-rechten. Zij ligt ook ten grondslag aan de artikelen 53 EVRM en 53 Handvest, waarin wordt bepaald dat staten minimaal evenveel bescherming moeten bieden als het EVRM respectievelijk het Handvest, maar hierin ook verder mogen gaan.⁴² Voor de bescherming die door het Handvest wordt geboden komt daar nog bij dat dit instrument in het leven is geroepen om *de Europese Unie* bij haar handelen en nalaten aan grondrechten te binden.⁴³ Voor nationale autoriteiten gelden de grondrechten uit het Handvest dan ook alleen als zij handelen binnen het toepassingsgebied van het EU-recht.⁴⁴ Als hun handelen alleen door het nationale recht wordt genormeerd, is het Handvest niet van toepassing en kan hierop geen beroep worden gedaan. In die gevallen moet overheidshandelen met behulp van andere grondrechten worden gelegitimeerd, genormeerd en gelimiteerd.

34 Memorie van toelichting grondwetsherziening 1983, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nrs. 1-5, p. 12; Rapport commissie GDT 2000, p. 58-59; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 24-25; Gerards 2012b, p. 31 en 33.

35 In dit kader is het relevant om te noemen dat het EHRM recentelijk heeft besloten een restrictievere lijn te gaan volgen ten aanzien van het toepassen van het ne bis in idem beginsel (EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11 (*A en B t. Noorwegen*)). In de *Menci Luca*-zaak heeft het Hof van Justitie besloten hierin mee te gaan en deze strengere lijn ook toe te passen bij de toepassing van art. 50 Handvest (HvJ 20 maart 2018, C-524-15, ECLI:EU:C:2018:197 (*Menci Luca*)).

36 Barkhuysen 2013, p. 2243.

37 Christoffersen 2009, p. 359 e.v.

38 Gerards 2011, p. 185;

39 Gerards 2012b, p. 31.

40 Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 58; Barkhuysen 2013, p. 2243; Gerards 2012a, p. 25-26; De Werd 2019.

41 Zie over de margin of appreciation-doctrine bijvoorbeeld Hutchinson 1999; Arai-Takahashi 2002; Brems 1996.

42 Ten aanzien van het Handvest geldt wel dat de verdergaande bescherming niet op gespannen voet mag komen te staan met de voorrang, eenheid en effectieve werking van het EU-recht, zie HvJ 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*), r.o. 60.

43 Zie bijvoorbeeld de preambule van het Handvest.

44 Zie art. 51 lid 1 Handvest en HvJ 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Akerberg Fransson*).

Het beschermen van grondrechten in de Nederlandse Grondwet is dus niet alleen wenselijk om te kunnen aansluiten bij lokale behoeften, maar is ook nodig om het systeem van internationale grondrechtenbescherming goed te laten functioneren. Daarbij is mede relevant het gegeven dat het EVRM en het Handvest 'living instruments' zijn, die input moeten krijgen van de nationale constitutionele ordes om actuele bescherming te kunnen blijven bieden.⁴⁵ Voor het EU-Grondrechtenhandvest geldt bovendien nog dat dit instrument puur nationaal overheidshandelen niet normeert. Een op maat gemaakte, nationale grondrechtenbescherming is dus vereist om een aanvullende en tevens kritische dimensie toe te voegen aan de bescherming op Europees niveau.⁴⁶

1.4 DE GRONDWET EN HET TOETSINGSVERBOD

Uit het voorgaande volgt dat nationale regeling van constitutionele onderwerpen en grondrechten noodzakelijk is en dat zij een belangrijk complement vormt op de grondrechtenbescherming zoals die voortvloeit uit de Europese verdragen. Hierboven is bovendien beredeneerd dat normering, legitimering en begrenzing van overheidsmacht het beste *in de Grondwet* kunnen plaatsvinden, gelet op de kenbaarheid en de bijzondere status van de Grondwet in de Nederlandse rechtsorde. Codificatie op dat niveau verdient dan ook de voorkeur boven regeling in lagere wet- en regelgeving. Alleen, hoe zit het dan met het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet? Het lijkt op het eerste gezicht weinig zinvol om de machtsuitoefening van de overheid te regelen in de Grondwet als de rechter wetten in formele zin daaraan niet mag toetsen. In het publieke debat wordt daarom ook nog wel eens de indruk gewekt dat artikel 120 van de Grondwet een 'doods instrument' maakt.⁴⁷ Het toetsingsverbod staat echter minder in de weg aan een toereikende legitimering, normering en limitering van overheidsbevoegdheden dan vaak wordt aangenomen. Allereerst wordt *de rechter* misschien wel beperkt door artikel 120 Grondwet, maar dit geldt niet voor *de wetgever*. De Grondwet fungeert als vol toetsingskader voor het parlement en de regering als zij nieuwe wetten tot stand brengen.⁴⁸ In dat kader is ook van belang dat de Afdeling Advisering van de Raad van State de verenigbaarheid van wetsvoorstellen met de Grondwet beoordeelt in haar juridische toets van wetsvoorstellen.⁴⁹ Bij de totstandkoming van wetgeving vervult de Grondwet dus een belangrijke normerende functie. Deze functie komt eveneens tot uitdrukking in het feit dat de rechter in zijn oordeel kan aangeven dat wetten in

45 Vgl. EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 31.

46 Op nationaal niveau wordt aan deze oproep echter lang niet altijd gehoor gegeven. Sterker nog, de terughoudende grondrechtenstandaard op Europees niveau heeft nu zelfs weleens 'backsliding' van het grondrechtenbeschermingsniveau in nationale staten tot gevolg. Zie voor 'backsliding' door het EU-recht Coppel & O'Neill 1992 en voor backsliding door het EVRM Guzman & Linos 2014. Ten aanzien van Nederland blijkt grondrechtenbacksliding bijvoorbeeld uit de post-*Berrehab*-uitspraak, waarin de Hoge Raad een voor de burger gunstige uitleg van artikel 8 EVRM teruggedraaide, nadat het EHRM een minder vergaande uitleg van dit artikel gaf. Zie HR 10 november 1989 (*post-Berrehab*), NJ 1990/628, m.nt. E.A. Alkema en EHRM 21 juni 1988, 10730/84, NJ 1988/746 (*Berrehab t. Nederland*). Zie ook Gerards 2010a, p. 242.

47 Alberdingk Thijm 2018; Dirkzwager 2018.

48 Zie Aanwijzing 2.15 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, waaruit volgt dat tijdens de parlementaire behandeling aandacht moet worden besteed aan de verenigbaarheid met de Grondwet.

49 Zie voor het toetsingskader van de Raad van State <https://www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader/uitgebreide-0/> (laatst geraadpleegd 16 december 2019).

strijd zijn met de Grondwet, zolang hij wetten om die reden maar niet buiten toepassing laat.⁵⁰ Een laatste argument waarom het toetsingsverbod grondwettelijke bescherming van grondrechten niet van haar waarde berooft, is dat dit verbod slechts een deel van het overheidshandelen raakt, namelijk alleen het deel dat formele wetgeving betreft. De rechter kan zich wel uitlaten over lagere regelgeving, bestuursbesluiten en feitelijke overheidshandelingen. Juist dit soort regelgeving is in volume sterk toegenomen doordat de formele wetgever zich steeds meer bedient van open normen en kaderwetgeving, die moeten worden uitgewerkt in regelgeving op lager niveau.⁵¹ Het feitelijke belang van het toetsingsverbod wordt daardoor steeds kleiner, waarmee de waarde van het argument dat artikel 120 Grondwet de Grondwet irrelevant zou maken, steeds verder afneemt.⁵²

1.5 MODERNISERING VAN GRONDRECHTEN IN DE GRONDWET

Het voorgaande rechtvaardigt de conclusie dat het belangrijk is dat de Grondwet, in ieder geval in theorie, een sterke juridisch-normatieve kracht uitoefent door overheidsmacht in de Grondwet te legitimeren, te normeren en te limiteren. Zowel de beschikbaarheid van grondrechtenbescherming in de Europese verdragen als het toetsingsverbod van de Grondwet doen aan dit belang niet af.⁵³

Zoals eerder aangegeven weet de Grondwet deze waarde in praktijk echter steeds minder waar te maken. Dat wordt onder andere veroorzaakt door de grondrechtenbepalingen in de Grondwet zelf. Deze zijn naar hun formulering bezien niet toegesneden op de actualiteit. Zo ontbreken bij veel bepalingen duidelijke materiële normen voor rechterlijke toetsing, worden technische concepten gehanteerd die niet meer bruikbaar zijn, en wordt ten aanzien van bepaalde ontwikkelingen en grondrechten zelfs volledig gezwegen.⁵⁴ Dat maakt dat, ook al zou de rechter kunnen toetsen aan de Grondwet, hem nog te weinig handvatten worden geboden om antwoorden te bieden aan de uitdagingen van deze tijd.⁵⁵ Het is dan ook niet verrassend dat in nationale zaken waarin grondrechten spelen eerder een beroep wordt gedaan op de grondrechten uit het EVRM of het Handvest dan op de grondrechten uit de Grondwet,⁵⁶ en dat ook de rechter een voorkeur heeft voor toetsing aan deze internationale grondrechtendocumenten.⁵⁷ Ook al bieden het EVRM en het Handvest slechts minimumbescherming, en ook al zijn deze verdragen niet altijd van toepassing, hun bepalingen zijn altijd nog beter toegesneden op de hierboven beschreven juridische en maatschappelijke veranderingen dan de

50 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (*Harmonisatiewetarrest*).

51 Jaarverslag Raad Van State 2018, p. 20 e.v.

52 Toch wordt de Grondwet maar zelden toegepast in zaken waarin het toetsingsverbod geen sta-in-de-weg is, zie Barkhuysen e.a. 2009, p. 78; Gerards 2012a, p. 49; Gerards 2013b, p. 29; Gerards 2016, p. 220.

53 Hoewel afschaffing van het toetsingsverbod de normeringskracht van de Grondwet ongetwijfeld kan versterken, zie ook Barkhuysen 2009, p. 107.

54 Gerards 2016, p. 218 e.v.; Gerards 2013a, p. 17-18; Gerards 2013b, p. 30; Barkhuysen e.a., 2009, p. 79.

55 Gerards 2016, p. 218.

56 Barkhuysen 2009, p. 108-109, p. 110; Gerards 2016, p. 220.

57 Idem. Zie ook Voermans 2019, p. 266. Hij heeft onderzocht dat in geschillen die aan de rechter worden voorgelegd art. 10 EVRM minstens 10 keer zo vaak wordt ingeroepen als art. 7 Grondwet.

bepalingen uit de Grondwet.⁵⁸ De Europese grondrechten zijn namelijk duidelijk en praktisch hanteerbaar en bovendien grondig uitgewerkt in rechtspraak.⁵⁹

Zowel in de politiek als in de literatuur is meerdere malen gewezen op deze beperkingen van de juridisch-normatieve functie van de Grondwet.⁶⁰ Gelet daarop zijn verschillende voorstellen gedaan om de Grondwet en haar grondrechtencatalogus te herzien; meest recent gebeurde dat in het rapport dat de Staatscommissie Grondwet in 2010 presenteerde.⁶¹ Hoewel ook in deze eerdere voorstellen al werd geconstateerd dat de grondwettelijke grondrechten uit de pas liepen met enkele maatschappelijke en (vooral) digitale ontwikkelingen,⁶² werd de Grondwet daarin als 'staatkundig basisreglement' wel geacht te voldoen.⁶³ Een zekere gedateerdheid zou immers inherent zijn aan het rigide karakter van de Grondwet, dat samenhangt met het feit dat het document zo moeilijk te wijzigen is.⁶⁴ Bovendien zouden veel van de constitutionele normen en waarden die nodig zijn om goed te kunnen samenleven toch al geaccepteerd zijn en worden nageleefd, ook zonder precieze codificatie in de Grondwet.⁶⁵ Misschien mede als gevolg van het hierdoor ontbreken van een zeker gevoel van urgentie hebben de eerdere voorstellen tot wijziging van de Grondwet tot weinig geleid.⁶⁶

Dat mag echter geen reden zijn om nieuwe pogingen tot actualisering van de Grondwet te staken, integendeel. Het probleem is namelijk dat de Grondwet steeds minder de 'juridisch-normatieve knopenontwarrar' is die zij ooit was,⁶⁷ terwijl er juist nu en in de toekomst grote vraag zal zijn naar duidelijke en krachtige normen die sturing (kunnen blijven) bieden waar het gaat om het oplossen van prangende maatschappelijke kwesties.⁶⁸ Het gaat dan bijvoorbeeld om de opkomst van nieuwe technologieën,

58 Gerards 2016, p. 220.

59 Dat laatste geldt meer ten aanzien van het EVRM dan ten aanzien van het relatief jonge Handvest, maar de laatste jaren is ten aanzien van het Handvest een ontwikkeling gaande. Zie Gerards 2016, p. 220; Gerards & Claes SEW 2012, p. 272.

60 Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 14; Advies Raad van State staatscommissie Grondwet 2008, p. 7; Aanbevelingen Nationale Conventie 2006, p. 42; Rapport commissie GDT 2000; Barkhuysen 2009, p. 21 (en de aldaar aangehaalde literatuur); Oomen 2009, p. 56 e.v.; Couwenberg 2003.

61 Rapport staatscommissie Grondwet 2010. Maar zie bijvoorbeeld ook Rapport commissie GDT 2000, Aanbevelingen Nationale Conventie 2006, p. 42 e.v en de dissertatie van Asscher (Asscher 2002).

62 Zo adviseerde de commissie GDT al in 2000 over de aanpassing van enkele grondrechten in het licht van de ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie. Zie later ook Rapport staatscommissie Grondwet 2010.

63 Zie bijvoorbeeld Aanbevelingen Nationale Conventie 2006, p. 14 en Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 13.

64 Griffioen 2010, p. 373.

65 Kortmann 2008, p. 15.

66 Wat betreft de voorstellen van de GDT, bijvoorbeeld, is na kritische advisering van de Raad van State besloten de concept-grondwetwijzigingsvoorstellen die waren gebaseerd op de deze commissievoorstellen niet meer in te dienen (Zie Advies Raad van State 24 januari 2002, bijgevoegd bij brief van de Minister aan de Koningin d.d. 29 oktober 2004, kenmerk 0000018194 en De grondwetsherziening 2006). Ook het rapport van de Staatscommissie Grondwet heeft weinig teweeg kunnen brengen (zie Kabinetsreactie Rapport Staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20). Alleen voorstellen om het recht op een eerlijk proces op te nemen in de Grondwet en het recht op communicatiegeheim te wijzigen zijn deels door de regering overgenomen. Deze voorstellen bevinden zich nu weliswaar in een gevorderd stadium van de grondwetwijzigingsprocedure (aangenomen in eerste lezing), maar aan deze voorstellen kleven wel gebreken. Daarop wordt in de hoofdstukken 3 en 6 van dit proefschrift ingegaan.

67 Griffioen 2010, p. 374.

68 Voermans 2013.

ingrijpende demografische veranderingen, grote klimaatopgaven, instabiliteit in de internationale verhoudingen,⁶⁹ en een toenemende polarisatie.⁷⁰ Mede als gevolg van deze ontwikkelingen worden van oudsher gemeenschappelijke normen en waarden niet meer als vaststaand aangenomen. Rechten en vrijheden die aan de basis liggen van de democratische rechtsstaat kunnen daardoor onder druk komen te staan.⁷¹ De actualisering van de Grondwet en het moderniseren van het grondrechtenhoofdstuk zijn in het licht hiervan eens te meer noodzakelijk. Zoals aan het begin van deze inleiding al aan de orde is gekomen, zorgt het legitimeren, normeren en limiteren van overheidsmacht immers voor waarborging van individuele rechten en vrijheden, en daardoor voor vertrouwen in de overheid en voor aanvaarding van de uitoefening van overheidsbevoegdheden. Uitgelegd is daarbij ook dat het van groot belang is dat dit gebeurt in een belangrijk, moeilijk te wijzigen en goed kenbaar document als de Grondwet.⁷²

Om haar functies blijvend te kunnen dienen, moet de Grondwet beter aansluiten bij maatschappelijke en technologische tendensen, en de juridische ontwikkelingen die daarvan het gevolg zijn. Waar het gaat om de grondrechten, is het bijvoorbeeld essentieel dat in de tekst van de Grondwet een antwoord wordt geboden op juridische ontwikkelingen als de (materiële en personele) proliferatie van grondrechten,⁷³ horizontale werking van grondrechten,⁷⁴ de digitalisering, internationalisering en proceduralisering van recht⁷⁵ en het afleiden van positieve verplichtingen uit grondrechten.⁷⁶ In dit proefschrift staan drie van deze ontwikkelingen centraal, en wordt onderzocht of en hoe de Grondwet moet worden gewijzigd om ten aanzien van deze ontwikkelingen de juridisch-normatieve functie te blijven garanderen.

1.6 ONDERZOEKSVRAAG EN ONDERZOEKSOPZET

Onderzoeksvraag

Tegen de achtergrond zoals hiervoor geschetst staat in dit proefschrift de volgende onderzoeksvraag centraal:

69 In haar jaarverslag bestempelde de Raad van State deze kwesties als grote uitdagingen voor de komende jaren, zie Jaarverslag Raad van State 2018, p. 12.

70 Nederlanders ervaren vooral tegenstellingen tussen hoogopgeleiden en laagopgeleiden, tussen arme en rijke mensen en tussen autochtone mensen en mensen met een migratieachtergrond (SCP burgerperspectieven 2019/1). Zie in dit kader ook DenkWerk 2019, p. 39 en Thümmel 2019, over toegenomen tegenstellingen tussen arm en rijk door digitalisering.

71 Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel, hoofdstuk 4 (p. 84 en 100-101).

72 Een en ander wordt onderschreven door recent onderzoek van Voermans over de oorzaak van de populariteit van grondwetten, zie Voermans 2019, p. 41, 370; Vgl. ook Fallon 2005, p. 1849.

73 Zie over deze ontwikkeling o.a. Gerards 2019c, paragraaf 3.2; Van Sasse van Ysselt 2018, p. 7-9 en hoofdstuk 3; Greer, Gerards & Slowe 2018, p. 50; Wellman 1999.

74 Zie over deze ontwikkeling o.a. Nehmelman & Noorlander 2013; De Mol 2019.

75 Zie over digitalisering en internationalisering bijv. Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 25-25. Zie over proceduralisering o.a. Eliantonio & Muir 2015; Howarth 2009.

76 Zie over deze doctrine o.a. Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2014, hoofdstuk 7; Gerards 2012a, p. 24 en de aldaar aangehaalde literatuur; Gerards 2011, hoofdstuk 4.

Welke aanpassingen aan de in de Grondwet opgenomen grondrechtenbepalingen zijn nodig om te kunnen zorgen voor een versterking van de juridisch-normatieve functie van de Grondwet in het licht van de ontwikkelingen van multi-actoralisering, proceduralisering en digitalisering, rekening houdend met het feit dat de Grondwet tenminste een niveau van rechtsbescherming moet bieden dat vergelijkbaar is met dat van het EVRM en het Handvest, maar daar ook bovenuit mag stijgen?

Deze onderzoeksvraag is specifiek voor drie thema's uitgewerkt in vijf wetenschappelijke artikelen. De thema's houden verband met de in de onderzoeksvraag genoemde drie ontwikkelingen. Zoals hierna nader zal worden uitgelegd gaat het om twee bekende ontwikkelingen – namelijk digitalisering⁷⁷ en proceduralisering⁷⁸ – en één ontwikkeling die pas recentelijk meer in de aandacht is gekomen – namelijk multi-actoralisering.⁷⁹ De basis van elk artikel is telkens een grondrecht of een grondrechtendoctrine die in het licht van deze ontwikkelingen in beweging is. Onderzocht is hoe deze grondrechten en doctrines zich verhouden tot de genoemde ontwikkelingen en in hoeverre zij aansluiten bij de grondrechtenbescherming van het Handvest en het EVRM. Waar geconcludeerd wordt dat de onderzochte grondrechten en doctrines onvoldoende sturend optreden is onderzocht welke aanpassingen nodig zijn om de normerende kracht van de Grondwet te doen toenemen. Als de nationale situatie dat specifiek vereist, is bovendien gekeken hoe deze bescherming de minimumbescherming van het EVRM en het Handvest kan aanvullen of nader kan concretiseren. Hoewel de Europese hoven nationale staten hiertoe niet verplichten, is dit voor de goede werking van de gelaagde rechtsorde wel wenselijk. Bovendien: als de grondrechtenbepalingen toch worden aangepast, dan kan dit maar beter zo goed mogelijk gebeuren. Op basis van de vijf 'casestudy's' kan uiteindelijk in bredere zin worden beredeneerd in hoeverre aanpassingen zoals voorgesteld de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet kunnen versterken.

Thema's

Hiervoor is al gebleken dat de juridisch-normatieve functie van de Grondwet door tal van ontwikkelingen steeds meer onder druk is komen te staan, en dat dat in het bijzonder geldt voor de grondrechten. In dit proefschrift is de keuze gemaakt om drie van deze ontwikkelingen als thema's centraal te stellen.

Het eerste thema betreft de ontwikkeling richting '**multi-actoralisering**'. Hierbij gaat het om de ontwikkeling dat grondrechten door steeds meer verschillende actoren kunnen worden ingeroepen. Steeds vaker wordt aangenomen dat zij niet alleen natuurlijke personen beschermen, maar ook kunnen worden ingeroepen door rechtspersonen en overheden.⁸⁰ Multi-actoralisering betreft daarmee ook wel het vraagstuk van de

77 Zie bijvoorbeeld Rapport commissie GDT 2000, Rapport staatscommissie Grondwet 2010 en de briefwisseling tussen Kummeling 1999 en Kortmann 1999 in de Millenniumrubriek van Ars Aequi, waarin deze ontwikkeling al werd aangestipt.

78 Zie bijvoorbeeld Eliantonio & Muir 2015 en Howarth 2009 over proceduralisering van wetgeving en Gerards & Brems over proceduralisering in de rechtspraak.

79 Zie bijvoorbeeld Greer, Gerards & Slowe 2018, p. 312-313; Gerards 2017, p. 9.

80 Greer, Gerards & Slowe 2018, pp. 312-313; Gerards 2017, p. 9.

personele reikwijdte van grondrechten.⁸¹ Deze ontwikkeling is een onderdeel van een bredere ontwikkeling, namelijk die van de proliferatie (verruiming) van grondrechten.⁸² Naast de uitbreiding van de actoren die aanspraak kunnen maken op de bescherming van grondrechten (de personele component), betreft proliferatie ook een uitbreiding van de belangen die als grondrechtelijke belangen worden aangemerkt (de materiële component).⁸³ In het kader van dit thema is een artikel geschreven dat (onder andere) betrekking heeft op het algemene leerstuk van de personele reikwijdte van de Grondwet.

Het tweede thema betreft de **proceduralisering** van het recht. Proceduralisering verwijst naar de ontwikkeling dat in regelgeving steeds meer nadruk wordt gelegd op goede procedurele waarborgen ten koste van materiële normen. Het idee hierachter is dat het stellen van deugdelijke regels omtrent besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming vanzelf goede materiële uitkomsten in de hand zal werken.⁸⁴ Deze trend is goed zichtbaar in Europese (Kader)richtlijnen,⁸⁵ maar treedt ook op in nationale regelgeving.⁸⁶ De shift in focus naar procedurele normen wordt onder andere ingegeven door het feit dat in de rechtspraak steeds meer proces gebaseerd wordt getoetst. Het EHRM, bijvoorbeeld, legt in zijn toets vaker nadruk op procedurele (positieve) verplichtingen waaraan staten moeten voldoen. Dat heeft als gevolg dat op nationaal niveau meer aandacht wordt besteed aan de kwaliteit en legitimiteit van administratieve en gerechtelijke processen, hetgeen proceduralisering van wet- en regelgeving tot gevolg heeft.⁸⁷

De Grondwet lijkt in enige mate mee te bewegen met de trend richting proceduralisering. Recentelijk is een verklaringswet tot opnemng van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet met een grote meerderheid in eerste lezing aangenomen.⁸⁸ Als dit voorstel ook in tweede lezing wordt aangenomen, wordt de rechtsprekende functie genormeerd in de Grondwet. Een en ander geldt echter (nog) niet voor de bestuursfunctie. Besluitvormingsprocedures bij het bestuur worden nog nauwelijks in de Grondwet gedefinieerd en genormeerd.⁸⁹ Met het oog hierop is in dit proefschrift in twee artikelen ingezoomd op het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur. Het recht op een eerlijk proces wordt besproken aan de hand van de recent aangenomen verklaringswet tot opnemng van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.⁹⁰ In het artikel over het recht op behoorlijk bestuur wordt een eigen voorzet gedaan voor een grondwetswijziging.

81 Curtin & Van Ooik, p. 103.

82 Zie over materiële proliferatie van grondrechten o.a. Gerards 2019c, paragraaf 3.2; Van Sasse van Ysselt 2018, p. 7-9 en hoofdstuk 3; Greer, Gerards & Slowe 2018, p. 50; Wellman 1999.

83 Gerards 2019c, p. 16-18 en de daar aangehaalde bronnen.

84 Eliantonio & Muir 2015; Howarth 2009; Van Holten & Van Rijswick 2014, p. 14; Buijze 2014, p. 22-23; Gerards & Brems, 2017, p. 19.

85 S Van Holten & Van Rijswick 2014; Buijze 2014, p. 22-23.

86 Jaarverslag Raad van State 2018, p. 26; Schutgens 2012.

87 Dit wordt ook wel aangeduid met de term 'feedback loops'. Zie over deze feedback loops procedurele toetsing door de rechter onder andere Huijbers 2019; Gerards & Brems 2017, p. 4, 8; De Jong 2017.

88 *Sib* 2018, 88.

89 Kortmann 2002, p. 76/77.

90 *Sib* 2018, 88.

Het derde thema is **digitalisering**. Dat betreft onder meer de ontwikkeling dat door nieuwe technologieën als Big Data en algoritmen, Internet of Things en Kunstmatige Intelligentie informatie op grote schaal kan worden verworven, opgeslagen en verwerkt. De digitale wereld is hierdoor onlosmakelijk verbonden geraakt met de fysieke wereld.⁹¹ Zo is welbekend dat er in korte tijd vele nieuwe vormen van digitaal communiceren zijn ontstaan (denk aan Whatsapp, Facebook en email). Daarnaast is het door het gebruik van internet erg gemakkelijk geworden om informatie op een laagdrempelige manier grootschalig te verspreiden en ontvangen. Deze vernieuwingen in het digitale tijdperk brengen niet alleen veranderingen teweeg in de samenleving, maar zijn evident ook van invloed op het recht.⁹²

De grondrechten in de Grondwet zijn onvoldoende uitgerust om ruimte te bieden aan de ontwikkelingen in de digitale informatiesamenleving. De ouderwetse, sterk techniekafhankelijke formulering van grondrechten zorgt ervoor dat ze lastig kunnen aansluiten bij technische innovaties en de veranderingen in de maatschappij als gevolg daarvan. De technieken die in het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 7) en het recht op het brief-, telefoon- en telegraafgeheim (artikel 13) in de Grondwet worden genoemd – drukpers, radio, televisie, telegraaf – zijn bijvoorbeeld niet toegesneden om normerend op te treden bij digitale ontwikkelingen, zoals de verspreiding van onrechtmatige uitingen (nepnieuws, hate speech) op internet en de grootschalige interceptie van communicatiegegevens door de overheid.⁹³ Tegen deze achtergrond wordt in de laatste twee artikelen van dit proefschrift ingegaan op de formulering en werking van het recht op de vrijheid van meningsuiting en het recht op brief-, telefoon- en telegraafgeheim (hierna ook: communicatiegeheim) in de Grondwet. In het artikel over de vrijheid van meningsuiting wordt een voorstel gedaan voor een wijziging van dit recht in de Grondwet. De bespreking van het grondwettelijk communicatiegeheim vindt plaats aan de hand van een recent aangenomen verklaringswet tot wijziging van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim in de Grondwet, waarvan wordt onderzocht in hoeverre die een antwoord biedt op de hierboven geformuleerde uitdagingen.⁹⁴

Afbakening onderzoek

Uit het voorgaande blijkt dat in de artikelen waaruit dit proefschrift bestaat verschillende keuzes zijn gemaakt, die zowel de inhoud als de vorm betreffen. Enkele van deze keuzes behoeven enige verduidelijking. Dat geldt allereerst voor de keuze voor de vier specifieke grondrechten en de grondrechtendoctrine die in de artikelen centraal staan. Voor deze grondrechten en deze grondrechtendoctrine is gekozen, omdat zij in de kern raken aan de ontwikkelingen waarop in dit proefschrift wordt gefocust. Dat neemt uiteraard niet weg dat ook andere dan de hier behandelde grondrechten en -doctrine

91 Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 13; Rapport Rathenau Instituut 2018, p. 12; Rapport commissie GDT 2000, p. 24.

92 Rapport commissie GDT 2000, p. 22-29, 31-36; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 67; Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018.

93 Dit is al vaker opgemerkt, onder andere door de staatscommissie Grondrechten in het digitale tijdperk (Rapport commissie GDT 2000, vanaf p. 59) en de staatscommissie Grondwet (Rapport staatscommissie Grondwet 2010, vanaf p. 67). Vgl. ook Asscher 2002.

94 *Sib* 2017, 334.

door deze ontwikkelingen worden geraakt.⁹⁵ Bij de keuze voor de grondrechten in dit proefschrift is evenwel ook betrokken dat voor een aantal van deze grondrechten al eerder wijzigingsvoorstellen zijn gedaan door (staats)commissies en verklaringswetten voorliggen die wachten op behandeling in tweede lezing, terwijl aan andere grondrechten, zoals het recht op behoorlijk bestuur en de ontwikkeling van multi-actoralisering, in de literatuur en in debatten in de staatscommissie juist nog maar weinig aandacht is besteed. Dat maakt dat dit proefschrift door de gemaakte keuzes zowel kan reflecteren op bestaande ontwikkelingen als een vernieuwende bijdrage aan de discussie kan leveren. Als laatste speelt bij de keuze voor de grondrechten en de doctrine die in dit proefschrift centraal staan een rol dat een analyse hiervan het uiteindelijk mogelijk maakt een set samenhangende factoren te onderscheiden die van belang zijn bij de vraag of grondrechten in de Grondwet gewijzigd moeten worden.

In de tweede plaats moet een opmerking worden gemaakt over de twee grondrechten-documenten die in dit proefschrift worden afgezet tegen de Grondwet: het EVRM en het Handvest. De Grondwet wordt specifiek met deze rechtsbronnen vergeleken omdat zij van grote invloed zijn op het Nederlandse recht, getuige hun impact in de nationale rechtspraak en hun voorkomen in de literatuur over grondrechtenbescherming. Evenwel komen het EVRM en het Handvest niet in elk artikel even uitvoerig aan de orde. Sommige bijdragen lenen zich voor een gelijkmatige focus op beide rechtsbronnen, in andere bijdragen ligt eerder een focus op het EVRM of op het Handvest voor de hand. De keuze voor het een of het ander volgt uit de artikelen zelf.

Als laatste past hier een opmerking over de artikelenvorm van dit proefschrift. De artikelen waaruit dit proefschrift bestaat zijn in de jaren 2018 en 2019 gepubliceerd in verschillende wetenschappelijke tijdschriften.⁹⁶ Doordat de artikelen in dit boek per thema zijn gegroepeerd is de volgorde in dit proefschrift niet gelijk aan de volgorde van verschijning. Wel zijn de artikelen als zodanig ongewijzigd opgenomen.⁹⁷ Dat heeft als gevolg dat recente ontwikkelingen in de artikelen niet zijn meegenomen. Een ander gevolg van de ongewijzigde opname van de artikelen in dit boek is dat de artikelen enige mate van herhaling bevatten. Ten behoeve van hun publicatie moesten de artikelen immers op zichzelf leesbaar en begrijpelijk zijn, hetgeen telkens een uiteenzetting van enkele dezelfde basisconcepten met zich brengt.

95 Zie bijvoorbeeld Rapport commissie GDT 2000 (p. 115 e.v.) en Rapport staatscommissie Grondwet 2010 (p. 80 e.v.) over het recht op persoonsgegevens in het licht van digitalisering.

96 Het betreft de bladen Tijdschrift voor Constitutioneel recht (TvCR), Utrecht Law Review (ULR), Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten (NTM) en Nederlands Tijdschrift voor bestuursrecht (NTB).

97 Wel zijn in de voetnoten bij de afzonderlijke artikelen kleine aanpassingen verricht ten behoeve van een overzichtelijk en uniform systeem van bronverwijzing. Ook verwijzingen in de tekst en in de voetnoten naar specifieke paragrafen zijn doorgenummerd.

1.7 ONDERZOEKSAANPAK

Soort onderzoek

Het onderzoek dat ten grondslag ligt aan de verschillende artikelen die onderdeel uitmaken van dit proefschrift is zowel beschrijvend en vergelijkend als evaluerend en ontwerpend van aard.⁹⁸ In alle artikelen vindt een beschrijving plaats van relevante wetgeving en jurisprudentie. Daarnaast hebben de artikelen een vergelijkend karakter, in die zin dat in elk artikel een grondrecht of grondrechtendoctrine in het Nederlandse recht wordt afgezet tegen de manier waarop dit grondrecht of de doctrine in het EVRM en/of het Handvest is geregeld. In het artikel over de personele reikwijdte worden daarnaast ook de grondwetten van enkele andere lidstaten van de Europese Unie betrokken in de vergelijking.

De artikelen waarin een concrete verklaringswet centraal staat – de artikelen over het recht op een eerlijk proces en het recht op het communicatiegeheim – zijn primair evaluerend. In deze artikelen wordt onderzocht hoe het beschermingsniveau uit de verklaringswetten zich verhoudt tot de grondrechtenbescherming op Europees niveau. Op basis van deze informatie vindt een kritische waardering (evaluatie) van de verklaringswetten plaats en wordt onderzocht in hoeverre de aangegeven wijziging van de Grondwet de juridisch-normatieve betekenis van de Grondwet kan verstevigen door toegevoegde waarde te bieden boven het EVRM en het Handvest. Als dit maar beperkt het geval blijkt te zijn, worden suggesties gedaan om deze betekenis te vergroten. In zoverre zijn deze artikelen ook ontwerpend van aard. Dit laatste is uiteraard primair het geval voor de artikelen over het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op behoorlijk bestuur. Daarin vormen bepaalde maatschappelijke en juridische ontwikkelingen een vertrekpunt voor de vraag of, en zo ja, hoe de Grondwet gewijzigd kan worden zodat zij kan toenemen in juridisch-normatieve kracht. Voor inspiratie is daarbij gekeken naar de manier waarop equivalente rechten in het EVRM en het Handvest zijn geregeld en waarop zij in de rechtspraak verder zijn ontwikkeld.

Methodologie

Het onderzoek is aangepakt volgens de klassiek juridisch-dogmatische methode: informatie is verkregen door relevante wetgeving, jurisprudentie en literatuur in kaart te brengen en deze te analyseren.⁹⁹ Op basis van deze informatie is een oplossing gezocht voor een algemeen juridisch probleem met betrekking tot het geldende recht: de verzwakking van de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet. Meer specifiek is naar een aantal bronnen gekeken:

► *Wetgeving en verdragen*

In de artikelen waarin al concrete verklaringswetten centraal staan, bestaat de bestudeerde wetgeving voornamelijk uit deze verklaringswetten en de parlementaire stukken die

⁹⁸ Curry-Summer e.a. 2010, p. 18.

⁹⁹ IJzermans 2015, p. 6 en 12.

hieraan gerelateerd zijn. Ook worden de equivalente bepalingen in het EVRM en het Handvest besproken. Dat is anders voor de artikelen waarin geen verklaringswetten centraal staan. In het artikel over het recht op behoorlijk bestuur wordt vooral aandacht besteed aan het Handvest en de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Op het gebied van wetgeving is in dit artikel minder aandacht voor het EVRM, omdat het EVRM geen bepaling heeft waarin het recht op behoorlijk bestuur wordt gewaarborgd.¹⁰⁰ In het artikel over het recht op vrijheid van meningsuiting wordt dan weer juist aandacht besteed aan het EVRM en niet aan het Handvest.¹⁰¹ Ook wordt ingegaan op de huidige bepaling in de Grondwet (artikel 7) en Nederlandse wetgeving die een beperking vormt voor de vrijheid van meningsuiting. In het artikel over de persoonlijke reikwijdte is van concrete bespreking van wetgeving maar beperkt sprake, omdat het hier om een grondrechtendoctrine gaat. Wel komen parlementaire stukken aan de orde voor zover de wetgever daarin iets heeft gezegd over de personele reikwijdte van grondrechten en worden verschillende concrete bepalingen uit de grondwetten van Spanje, Portugal, Polen en Nederland, het EVRM en het Handvest behandeld ter uitleg van de personele reikwijdte van deze grondrechtendocumenten.¹⁰²

► *Jurisprudentie*

De bestudeerde jurisprudentie bestaat allereerst uit uitspraken van de Nederlandse rechter. Het gaat voornamelijk om uitspraken van de Hoge Raad en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), maar ook enkele uitspraken van de Centrale Raad van Beroep (CRvB), het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) en rechtbanken en gerechtshoven komen aan de orde. Daarnaast worden uitspraken van het EHRM over de toepassing van EVRM-rechten en enkele beslissingen van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) over de ontvankelijkheid van beroepen op EVRM-rechten behandeld. Als laatste worden uitspraken van het Hof van Justitie van de EU (zowel van het Hof als van het Gerecht) over de toepassing van bepalingen uit het Handvest besproken. Ook conclusies van Advocaten-Generaal (AG's) van de Hoge Raad, de ABRvS en het Hof van Justitie worden behandeld. In het artikel over de personele reikwijdte worden eveneens andere grondwettelijke regelingen dan de Nederlandse Grondwet, het EVRM en het Handvest behandeld, namelijk de constituties van Portugal, Spanje en Polen. Daarom is voor dat artikel ook jurisprudentie van de hoogste constitutionele rechters uit deze landen bestudeerd.

Voor alle artikelen geldt dat het jurisprudentieonderzoek niet uitputtend is. Het jurisprudentieonderzoek heeft plaatsgevonden door eerst die uitspraken te bestuderen waarnaar in parlementaire stukken en (overzichts)literatuur wordt verwezen en van daaruit (via de hierna te bespreken sneeuwbalmethode) verder te zoeken naar relevante

100 In plaats daarvan wordt gekeken naar de jurisprudentie waarin het EHRM een beginsel van behoorlijk bestuur heeft afgeleid, zie bijv. EHRM 15 september 2009, nr. 10373/05, *EHRC 2009/120 (Moskal t. Polen)*, m.nt. Pennings.

101 Dat heeft ermee te maken dat de bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting uit het Handvest (art. 11) niet veel toevoegt aan de bescherming die wordt geboden door het recht op vrijheid van meningsuiting in het EVRM (art. 10).

102 Ten aanzien van het EVRM wordt bijvoorbeeld art. 34 EVRM over de inroepbaarheid van het EVRM voor het EHRM behandeld.

uitspraken. Een uitzondering op deze methode betreft het artikel over de personele reikwijdte. Daar is een deel van het jurisprudentieonderzoek wel uitputtend aangepakt. Het betreft onderzoek naar de manier waarop de nationale rechters uit Portugal, Spanje, Polen en Nederland het Handvest toepassen. In de periode tussen 1 januari 2015 en 31 december 2017 zijn alle uitspraken van de Portugese, Spaanse, Poolse en Nederlandse hoogste constitutionele rechters en conclusies van AG's bestudeerd waarin het Handvest is genoemd.¹⁰³ Voor deze methode is gekozen omdat de nationale toepassing van het Handvest nog niet zo uitgekristalliseerd is als de toepassing van het EVRM, het Handvest en de nationale grondwetten door respectievelijk het EHRM, het Hof van Justitie en de nationale rechters. Informatie over de nationale toepassing van het Handvest is daarom nog niet zomaar in overzichtsliteratuur te vinden. Dat is voor de andere grondrechttoepassingen wel het geval.

► *Literatuur*

Het literatuuronderzoek heeft voor alle artikelen bestaan uit onderzoek in (hand) boeken, artikelen, commentaren, bundels, oraties en dissertaties, die zijn geselecteerd via de hierna te bespreken systematische methode.

Zoek- en selectiemethode

Om de relevante wetgeving, jurisprudentie en literatuur in kaart te brengen is volgens een systematische methode gezocht en geselecteerd.¹⁰⁴ De uitvoering van deze methode was verschillend voor de artikelen waarin concrete verklaringswetten aanleiding waren en de artikelen waarvoor dat niet het geval was. De artikelen die zich concentreren op een verklaringswet – dus de artikelen over het recht op een eerlijk proces en het recht op communicatiegeheim – waren namelijk al enigszins afgebakend wegens het feit dat de voorstellen tot wijziging van de Grondwet het raamwerk en daarmee houvast konden bieden. Het onderzoek voor deze artikelen is dan ook gestart met bestudering van de parlementaire stukken die gerelateerd waren aan de verklaringswetten die aan deze artikelen ten grondslag lagen. Daarnaast zijn overzichtsartikelen, handboeken en globale commentaren over deze grondrechten bestudeerd. Op basis van steekwoorden en verwijzingen die hieruit naar voren kwamen is gericht gezocht naar meer specifieke informatie. Hier is sprake van het toepassen van de zogenaamde 'sneeuwbalmethode'.¹⁰⁵ Als laatste zijn vakgenoten geraadpleegd om te verifiëren of geen relevante informatie over het hoofd is gezien.

Een vergelijkbaar houvast ontbrak voor de artikelen waarin geen verklaringswet centraal stond. De onderzoeken voor de artikelen over de personele reikwijdte van grondrechten, het recht op behoorlijk bestuur en het recht op vrijheid van meningsuiting vonden hun startpunt dan ook niet in wijzigingsvoorstellen, maar in recente maatschappelijke en juridische ontwikkelingen en de manier waarop het EVRM en/of het Handvest

103 In het Poolse onderdeel zijn evenwel ook enkele uitspraken meegenomen die buiten deze reikwijdte vallen.

104 Snel & Janaina de Moraes 2018; Booth, Papaioannou & Sutton 2012, p. 17-33; Maxwell 2005, p. 80-82.

105 Zie over de sneeuwbalmethode onder andere Snel & Janaina de Moraes 2018, p. 52; Wohlin 2014; Sayers 2007, hoofdstuk 2.

daar antwoorden op boden. Op basis van de informatie en de suggesties die daaruit voortkwamen is met een open blik naar nieuwe richtingen voor de Grondwet gekeken (sneeuwbalmethode). Ook voor deze artikelen zijn vakgenoten geraadpleegd om te verifiëren of geen relevante informatie over het hoofd is gezien.

2 Protection of the EU Charter for Private Legal Entities and Public Authorities? The Personal Scope of Fundamental Rights within Europe Compared*

2.1 INTRODUCTION

Both the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU) play an important role in the protection of fundamental rights in Europe. However, whereas the ECtHR has always been a heavyweight in the protection of fundamental (human) rights, the CJEU has traditionally played a more modest role in this protection. Recently, however, this court has been developing into a more important guardian of fundamental rights.¹ One of the reasons for this is the coming into force of the EU's own fundamental rights document: the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter), which became binding for EU Member States in 2009.² Although the CJEU is increasingly dealing with fundamental rights cases, and appeals and referrals to the Charter are piling up,³ there is still unclarity concerning the application of the Charter.⁴ Its doctrines and concepts are not as clearly defined as comparable concepts in the European Convention on Human Rights (ECHR). This is the case, for example, if one considers the topic of *the personal scope* of the fundamental rights in the Charter. The issue of the personal scope concerns the question of who can claim the protection of the fundamental rights.⁵ It is generally accepted that *individuals or natural persons*⁶ can claim these rights, but it is more controversial whether *private legal entities*⁷ and *public authorities*⁸ can also claim the

* This article was originally published in a peer-reviewed section of *ULR* 2019/1 (M.M. Julicher et al., 'Protection of the EU Charter for Private Legal Entities and Public Authorities? The Personal Scope of Fundamental Rights within Europe Compared', *ULR* 2019/1). The content has been completed in november 2018. The article is co-authored by Manon Julicher, Marina Henriques, Aina Amat Blai and Pasquale Policastro and has been written within the context of the project 'The Charter of Fundamental Rights in action', a DG-Justice project that aims to promote better knowledge and awareness of the content, application and relevance of the EU Charter within the European legal order (<http://www.ces.uc.pt/cfr/>, last visited 20 June 2018).

1 Gerards 2015; Weatherill 2013; De Vries 2013; Morijn 2006.

2 Gerards 2015, p. 49.

3 Ibid.

4 Bojarski et al., 2014, p. 5.

5 Curtin & van Ooik 2001, p. 103; Greer, Gerards & Slowe 2018, pp. 312-313.

6 Where 'natural persons' are mentioned, 'biological human beings' are intended. Ohlin identifies this as 'the naturalistic conception of the person' (Ohlin 2005, pp. 233-234).

7 In this paper the term 'private legal entity' is reserved for companies, businesses, corporations or associations that are not under the responsibility of public authorities and that have legal personality. For the criteria that the ECtHR and the CJEU follow to make clear whether a legal entity is under the responsibility of a governmental body see Sections 2.3.2.2. and 2.4.2.2. of this article.

8 The term 'public authority' shall be used to describe entities that exercise governmental powers. See also ECtHR 23 September 2003, nr. 53984/00 (*Radio France et al. v France*) and Section 2.4.2.2. of this article.

protection of such rights.⁹ Proponents of excluding these latter entities from claims to fundamental rights have contended that the protection of fundamental rights for private legal entities and public authorities can result in ‘the inflation of fundamental rights.’¹⁰ This encompasses the stance that the protection of fundamental rights should remain reserved for cases where substantial interests are at stake. Only then can the high level of protection of fundamental rights compared to other rights be justified. Substantial interests are for example the dignity, freedom or autonomy of human beings. It is argued that when public authorities or private legal entities make appeals, these interests are not always at stake; therefore they should be excluded from fundamental rights protection.¹¹

The texts of the Charter provisions, which are usually directed at the indistinct ‘everyone’, do not provide clarity on the question of whether, and if so under what circumstances, private legal entities and public authorities can invoke the Charter. In case law on the topic, the CJEU delivers ambiguous answers. This unclarity relates mostly to the possibility for public authorities and semi-public authorities to invoke Charter protection,¹² but there is also a lack of clarity regarding private legal entities.¹³ Thus far, the CJEU has been able to avoid providing an extensive viewpoint on the personal scope of the Charter.¹⁴ However, since appeals and referrals to the Charter are increasing every year, it is expected that it will only be a matter of time before the CJEU is confronted with specific cases where parties ask for explicit answers, especially with regard to the possibility for public authorities to make appeals to the provisions of the Charter.¹⁵ When this happens, it would be helpful if the CJEU is familiar with its surrounding landscape and is able to account for it.

Firstly, this landscape encompasses the application of ECHR rights by another major fundamental rights player in Europe: the ECtHR. Since Article 52(3) of the Charter determines that articles in the Charter that correspond to articles in the ECHR should have the same meaning and scope as the corresponding articles, the CJEU has to account for the application of ECHR provisions by the ECtHR.¹⁶ Following on from this, the

9 See e.g. Emberland 2006 on the question whether companies can use the ECHR to protect themselves against the state. See Maris 2008 on the question of whether public authorities should be able to invoke rights of the ECHR.

10 Glendon 1991.

11 Ibid. See also Gerards 2017, p. 9.

12 See e.g. the discussion of the *Bank Mellat* cases and the *Spain v Council and Commission* case (General Court EU 29 January 2013, T-496/10, ECLI:EU:T:2013:39 (*Bank Mellat I*), CJEU 18 February 2016, C-176/13P, ECLI:EU:C:2016:96 (*Bank Mellat II*) and CJEU 20 December 2017, C-521/15 ECLI:EU:C:2017:982 (*Spain v Council and Commission*)) in Section 2.3.2.2. In these cases the question at stake was whether Member States or emanations of Member States could make appeals to the Charter. The CJEU has refrained from giving an explicit answer to this question.

13 In the *WebMindLicenses* case for example (CJEU 17 December 2015, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832), the CJEU excluded Art. 8 of the Charter (the right to the protection of personal data) from applicability to private legal entities, but did not give reasons for this. See Section 2.3.2.1.

14 The most illustrative example of a case in which the CJEU intentionally avoided providing clarity about the personal scope of the Charter is the aforementioned case *Spain v Council and Commission*.

15 The number of preliminary requests in which national courts made referrals to the Charter rose from 19 in 2010 to 60 in 2016. See Staff working document EU Charter 2016, p. 26.

16 In the Explanations relating to Art. 52(3) of the Charter it is mentioned that the meaning and scope of the rights in the Charter are not only determined by the text of the ECHR, but also by the case law of the ECtHR and the CJEU on the ECHR provisions.

landscape is formed by the application of fundamental rights by the national courts of Member States. Not only do national courts have long traditions in applying their own constitutional fundamental rights, they are also important fundamental rights players when they apply the ECHR and the Charter in national cases.¹⁷ The CJEU should take account of these national applications of fundamental rights, since Article 52(4) of the Charter demands that Charter rights shall be interpreted in harmony with the constitutional traditions of Member States. Furthermore, the landscape is determined by the different background and objectives of the ECHR and the EU legal systems. The question of to what extent the CJEU could, or should, draw lessons from the personal scope application of the ECHR, or is able to choose its own approach, is highly dependent on the objectives of the ECHR and the EU systems. If these objectives differ, a different personal scope application of the Charter and the ECHR might be adequate. If, however, these objectives are largely the same, it seems more valid to copy the personal scope application of the ECHR. For the purpose of this article, it is therefore important to provide an account of the background and objectives of the ECHR and the EU legal systems. Finally, the landscape is determined by the current state of affairs concerning the personal scope of the Charter. Although there is unclarity, the CJEU has applied the Charter to different entities in the past. When further developing its doctrine of personal scope, the CJEU should at least take its earlier application into account.

Since some aspects of the *umwelt* as outlined above have been underexposed in the literature¹⁸ and in the past the CJEU has not always taken sufficient account of its legal surroundings,¹⁹ this article aims to give a more detailed examination of the landscape the CJEU has to consider when dealing with the personal scope of the Charter in the future. This will provide the CJEU with tools to deliver well-informed rulings on the personal scope of Charter provisions. These tools will encompass answers to the question of how the Charter and the ECtHR are applied by the three main players on the European fundamental rights stage (the CJEU, the ECtHR and the national courts). They also encompass answers to the question how these applications relate to the different backgrounds and objectives of the ECHR and the EU legal systems.

To underpin these conclusions, first, a sketch of the background and objectives of the EU and ECHR legal systems will be given in Section 2.2. Assumptions will be made about the personal scope applications that would appear to be in line with these objectives. Then, in Section 2.3, the current state of affairs concerning the personal scope application of the Charter as interpreted by the CJEU will be reviewed. After this, in 2.4,

17 Gerards 2015, pp. 52-53.

18 In the few contributions that dealt with the topic of the personal scope of fundamental rights, this topic was often only briefly touched upon or attention was mainly focused on the possibility for private legal entities to invoke the rights of the ECHR. See concerning the former e.g. Curtin & van Ooik 2001; Greer, Gerards & Slowe 2018; Gerards, 2017; Bulterman 2015, pp. 63-65 and Gerards *EHRC* 2013/250 and Gerards *EHRC* 2016/66. See concerning the latter amongst others Emberland 2006 and Van den Muijsenbergh & Rezai 2012.

19 For example, between 1992 and 2002 the CJEU was out of step with the ECtHR when it held that the right to privacy in the ECHR (Art. 8 of the ECHR) was not applicable to private legal entities. The ECtHR did not agree with this, as follows from its ruling in the *Niemietz* case (ECtHR 16 December 1992, nr. 13710/88 (*Niemietz v Germany*)). In its *Roquette Frères* ruling the CJEU finally brought its interpretation in line with that of the ECtHR (CJEU 22 October 2002, C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603 (*Roquette Frères*)).

an analysis will be presented of the personal scope of the ECHR as interpreted by the ECtHR. In Section 2.5, the results of these analyses are compared and discussed in the light of the objectives of the ECHR and EU systems. Finally, in Section 2.6, the personal scope application of the ECHR and the Charter by national courts will be examined. It will be investigated whether the national courts diverge from the personal scope application of the Charter and the ECHR by the CJEU and the ECtHR respectively. It will also be examined whether, and how, the national application of the ECHR and the Charter is in line with the personal scope of the national constitutions of these Member States. The Member States investigated are the Netherlands, Portugal, Spain and Poland. These Member States reflect the diversity of political and legal systems in continental Europe. The Netherlands was one of the founder Member States of the EU (then the European Coal and Steel Community) and already had a strong democratic tradition before it joined the European Community in 1958. It ratified the ECHR in its early years (1954) and as a Member State of the EU it could exercise influence on the drafting of the Charter (which came about in 2000).²⁰ Poland, on the other hand, is a relatively young democracy where the democratisation process only started when the authoritative regime of the Soviet Union came to an end in 1989. It became a member of the EU in 2004 and could therefore not affect the drafting process of the Charter. It ratified the ECHR in 1993, more than 40 years after the Netherlands. In this spectrum, Portugal and Spain are located somewhere in the middle. In both countries, democratic transformation started in the 1970s after authoritative regimes had been deposed. Both countries joined the EU in 1986 and could therefore influence the drafting process of the Charter. Perhaps these different political and legal backgrounds have led to a different personal scope application of fundamental rights (from the Charter, ECHR and national constitutions).²¹

The method used for the examination of the personal scope application of the Charter and the ECHR by the CJEU and the ECtHR respectively is the classic legal method of literature study, case law review and the study of legislation. It will first be explored whether the texts of the Charter and the ECHR itself provide guidelines on the personal scope application of these documents (amongst others attention will be paid to Article 34 of the ECHR). As it will appear that for both the Charter and the ECHR this is hardly the case, the application of the Charter and the ECHR by the CJEU and the ECtHR in case law is dealt with. The case law that is presented is systematically collected according to a general search in authoritative literature on the personal scope of ECHR and Charter provisions. With regard to the review of the national application of Charter rights, ECHR rights and constitutional rights, a different method is used. This method is set out in Section 2.6.1.

20 Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C, 364/01).

21 See for an overview of the years when the Member States of the EU entered the EU: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_nl#tab-0-1 (last visited 16 July 2018). See for an overview of the dates of ratification of the ECHR (ETS No. 005): https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=4TLW4c8C (last visited 16 July 2018). There is also a practical reason to focus on these Member States. These states have cooperated in the research project 'The Charter of Fundamental Rights in action'. In this project, extensive data on the application of the Charter and the ECHR in these Member States has been collected and analysed. These data and analyses are useful for information on the application of fundamental rights on the national level (see Section 2.6).

Before presenting the results of the analyses made, it is important to note that the application of the various fundamental rights instruments to *natural persons* (*individuals*) will not be examined in this article. This is because there is widespread consensus on the fact that natural persons can claim the protection of fundamental rights.²² Attention will be focused on the invocation of fundamental rights by *private legal entities* and *public authorities*.

2.2 BACKGROUND AND OBJECTIVES OF THE ECHR AND EU LEGAL SYSTEMS

The ECtHR and CJEU have different historical backgrounds and objectives.²³ The ECHR came about in response to the Second World War. One of its main aims was to prevent Europe from the enormous human rights violations that had occurred during the war.²⁴ The ECtHR's main objective therefore is the protection of individual fundamental rights that are important to human beings against the abuse of power by public authorities.²⁵ In this way, the values that are important for the self-realisation of the individual – i.e. autonomy, human dignity, equality, democracy and liberty – can be secured.²⁶ By contrast, the EU was originally mainly conceived as an economic order in which economic objectives and an internal market perspective formed the backbone.²⁷ Its traditional purpose (and thus that of the CJEU) is to ensure the primacy, unity and effectiveness of EU law in order to establish and promote economic integration in Europe.²⁸ Over the past two decades, especially with the Lisbon Treaty coming into force, the protection of individual fundamental rights and the rule of law have been added to this objective.²⁹ Nonetheless, economic freedoms are still core values for the EU that might trump fundamental rights.³⁰ This is visible, for example, when a conflict arises between an economic freedom and a fundamental right. The CJEU considers

22 See Gerards 2017, p. 9. There can, however, be discussion on the applicability of fundamental rights to certain groups of natural persons that have a special relationship with the government, such as prisoners, politicians, civil servants and children. See e.g. Kortmann 2016, p. 374. Due to the limited scope of this article, the matter shall not be dealt with but it is an interesting topic for a follow-up study.

23 See Gerards 2015, pp. 57-59. Gerards calls for the different *raison d'être*s of the CJEU and ECtHR.

24 Council of Europe 2010, pp. 16-18; Van Dijk et al. 2018, pp. 2-3. This aim also appears from the references in the preamble of the ECHR to the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). In one of the first drafts of the UDHR, the Second World War was explicitly named as a reason to declare the UDHR (see Draft International Declaration of Rights (Preamble and Articles 1-6), 6 June 1947, E/CN. 4/AC.1/W.1).

25 See Gerards 2015, p. 58; Teitgen 1993, pp. 3-4; *Niemietz v Germany*.

26 Greer 2009, pp. 150-151 and p. 156; Ohlin 2005; Gerards 2017, p. 9.

27 It was the official aim of the European Coal and Steel Community and the European Economic Community (the predecessors of the current European Union) to contribute to economic expansion and a common market (see Art. 2 of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community, Paris, 18 April 1951 and Art. 2 of the Treaty of Rome of 15 March 1957, establishing the European Economic Community). See also De Vries 2013, p. 87.

28 See Gerards 2015, p. 58 and CJEU 26 February 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (*Melloni*), para. 60.

29 The protection of the rule of law is visible for example in Art. 3(2) of the Treaty of the European Union (TEU). The will to top up the fundamental rights protection of the EU is visible in Arts. 2 and 6 of the TEU. Art. 6 gives the Charter a binding status (Art. 6 clause 1 of the TEU). It also creates a basis for the Union to accede to the ECHR (Art. 6 clause 2 of the TEU) and states that the fundamental rights emanating from the ECHR and constitutional traditions of the Member States constitute general principles of EU law (Art. 6 clause 3 of the TEU). See also Douglas-Scott 2011, pp. 645-682 and Gerards 2015, pp. 49-51.

30 See De Vries 2013, pp. 88 and 94; Morijn 2006, p. 37.

whether the protection of the fundamental right can count as a justified restriction of the economic freedom.³¹ It does not consider whether the economic freedom can count as a justified restriction of the fundamental right (as the ECtHR would do).³² This shows that the protection of individual fundamental rights is valued, but that fundamental rights interests always have to be reconciled with economic interests.

It would appear in conformity with the main aims of the EU system that Charter protection is granted not only to protect the interests of individual human beings, but also to protect economic or rule of law interests without a direct link existing to harm done to individuals. The focal point of the EU is namely not only the protection of the interests of individual human beings; the protection of economic and rule of law interests is at least equally important. With regard to the issue of the personal scope, this would make it plausible that *private legal entities* can also invoke the Charter to defend interests which are not related to 'classic' human rights values, such as human dignity or autonomy, but are more commercial or economic in nature. This is at stake for instance when a company invokes the right to a fair trial to fight sanctions that would have a disadvantageous effect on its financial situation. In addition, it would not appear to be contrary to the objectives of the EU system if *public authorities* invoke the Charter for their own economic interests or rule of law interests. The latter is the case, for example, when a public authority is the victim of abuse of power of another public authority and it invokes a fundamental right to challenge this.

This is different for the ECHR system. As the focus of the ECHR and the ECtHR is the protection of the *individual person* against the power of public authorities, it would not appear to be self-evident that private legal entities and public authorities can also claim the protection of ECHR provisions for situations other than those where these entities make an appeal to ECHR rights in order to protect the interests of individuals.³³ It therefore appears not to be in line with the ECHR's objectives if these entities can also invoke ECHR provisions for their own (legal or economic) interests.

In the next sections of this article it shall be investigated whether the abovementioned assumptions correspond to the actual personal scope application that follows from the Charter and the ECHR and the case law thus far in relation to this.

2.3 PERSONAL SCOPE OF THE CHARTER

2.3.1 Charter: text

The fundamental rights in the Charter are mostly 'universal rights'. This means that these provisions are aimed at 'everyone' (or 'no one' when a prohibition is articulated).³⁴

31 See e.g. CJEU 12 June 2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 (*Schmidberger*).

32 See De Vries 2013, p. 88; Morijn 2006, p. 37.

33 This is the case for example when a publisher (private legal entity) invokes the freedom of expression in order to protect the freedom of expression of journalists working for the publisher. Or when public prosecutors or Ombudsmen (public authorities) invoke fundamental rights.

34 See for the latter e.g. Art. 4 clause 1 of the Charter.

Nevertheless, some provisions have specific target groups, such as ‘EU citizens’ or ‘third country nationals.’³⁵ Also, three provisions in the Charter explicitly refer to legal persons: Articles 42 (right of access to documents), 43 (right to file a complaint to the European Ombudsman) and 44 of the Charter (right to petition). For these targeted provisions it is clear which entities can invoke them. This is less so for the universal clauses in the Charter. It is not self-evident that ‘everyone’ relates to other entities than natural persons. Do these provisions also refer to private legal entities and public authorities? The text of the Charter provisions does not provide clarification on this matter. There is, however, Article 263 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU), which defines the entities that can bring an appeal before the CJEU. Member States and legal persons are explicitly mentioned. This can be perceived as a sign that private legal entities (legal persons) and public authorities (Member States) are able to invoke the Charter before the CJEU. This, however, is merely an indication. Article 263 of the TFEU is a procedural provision that only applies before the CJEU. It does not determine which parties can bring appeals to the Charter before other courts (national courts). Moreover, even if in general an entity has legal standing before the CJEU, the CJEU is still allowed to exclude these entities from making appeals to the Charter.³⁶ Accordingly, a clear picture on the personal scope of the Charter cannot be deduced from the text of the Charter or other EU legislation. More information can be deduced from the case law of the CJEU on the application of separate Charter provisions.

2.3.2 Charter: CJEU application

2.3.2.1 *Private legal entities*

In its case law so far, the CJEU has explicitly decided that, with regard to the provisions in the Charter that are directed at ‘everyone’, Articles 7, 16, 17 and 47 of the Charter can be claimed by private legal entities. The CJEU elaborated on the applicability of Article 47 of the Charter (the right to an effective remedy and to a fair trial) in the case of *DEB* in 2012.³⁷ In dispute was the question whether private legal persons could invoke the right to legal aid, as specified in Article 47(3) of the Charter. *DEB* was a German private legal entity that wanted to start legal proceedings against the German state for not transposing EU Directives into national law, but was unable to pay the compulsory court fees. It could also not pay for the assistance of a lawyer, which was demanded in the present procedure. When a request for legal aid was refused by the German *Landesgericht*, *DEB* stated that its right to legal aid had been violated. In its judgment, the CJEU held that, in principle, private legal persons can invoke this right and are able to make requests for dispensation from court fees and lawyers’ fees.³⁸ However, this

35 The different target groups in Charter provisions can be illustrated by the different clauses of Art. 15 of the Charter, which protect the freedom to choose an occupation and the right to engage in work. The first clause is directed at everyone. The second clause is directed at citizens of the Union. The third clause is directed at third country nationals.

36 The CJEU excluded Art. 8 of the Charter (the right to the protection of personal data) from applicability to private legal entities in the *WebMindLicenses* case. See also Section 2.3.2.1.

37 CJEU 6 September 2012, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531 (*DEB*).

38 *Ibid.*, paras. 37-43 and 59-60.

right is not absolute and may be limited if this serves a public interest, but it will be for the national courts to decide whether a limitation is justified in concrete cases.³⁹

In addition to Article 47 of the Charter, private legal entities can claim the right to respect for private life as codified in Article 7 of the Charter. For a long time, the CJEU refrained from permitting this. In *Hoechst*, in 1989, the CJEU ruled that the right to privacy (which at that time only had a codification in the ECHR, since the Charter was not yet in force) was *not* applicable to activities with a professional and business nature.⁴⁰ It held that '[t]he protective scope of that article [8 of the ECHR] is concerned with the development of man's personal freedom and may not therefore be extended to business premises'.⁴¹ When three years later the ECtHR gave its judgment in the *Niemietz v Germany* case, this resulted in a different approach to the personal scope of fundamental rights between the two European courts.⁴² In the *Niemietz* case the ECtHR ruled that Article 8 of the ECHR could also be applicable to business activities.⁴³ In 2002, the CJEU finally brought its interpretation in line with that of the ECtHR in its *Roquette Frères* ruling.⁴⁴ Article 8 of the ECHR was held to apply to company Roquette Frères when the company's premises were investigated by the European Commission. Since the Charter was not yet a binding instrument, no mention was made of its Article 7. However, now that the Charter has full legal force and Article 7 is held to have the same meaning and scope as Article 8 of the ECHR, it can be asserted that private legal entities will be able to invoke Article 7 of the Charter if the respect for the private lives and homes of the individuals inside the legal entity – e.g. managers, directors or other members of staff – is interfered with.⁴⁵

With regard to the application of Charter provisions to private legal entities, Article 16 (the right to conduct a business) is perhaps the most relevant to be mentioned. This is one of the most frequently invoked provisions of the Charter, specifically by private legal entities.⁴⁶ This can be explained by the fact that the freedom to conduct a business does not only entail the freedom to exercise an economic or commercial activity, but also encompasses the freedom of contract and free competition, the freedom to choose with whom to do business and the freedom to determine the price of a service.⁴⁷ These (sub-) rights were already recognised as general principles of EU law before codification in the Charter and are by their nature very suitable for invocation by private legal entities.⁴⁸ It is therefore hardly surprising that the CJEU has already applied this provision on

39 Ibid., paras. 59-60.

40 CJEU 21 September 1989, C-46/87, ECLI:EU:C:1989:337 (*Hoechst*), para. 18.

41 Ibid.

42 See *Niemietz v Germany*.

43 See also Section 2.4.2.1. for more information on this judgment.

44 See *Roquette Frères*, para. 29.

45 The Explanations relating to Arts. 7 and 52 of the Charter determine that Art. 7 of the Charter corresponds with Art. 8 of the ECHR. These provisions therefore have the same meaning and scope.

46 Staff working document EU Charter 2016, pp. 27-28.

47 CJEU 22 January 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*).

48 Explanations relating to Art. 16 of the Charter. The right to exercise an economic or commercial activity was already recognised in 1974 in the *Nold* judgment (CJEU 14 May 1974, C-4/73, ECLI:EU:C:1975:114) and the freedom of contract was recognised in 1979 in the case of *Sukkerfabriken Nykobing* (16 January 1979, C-151/78, ECLI:EU:C:1979:4).

multiple occasions to private legal entities.⁴⁹ The diverse (company) interests that are protected by the freedom to conduct a business can be illustrated with the case of *Achbita*.⁵⁰ Ms Achbita worked for G4S, a private undertaking which provided reception services in public and private sectors. G4S prohibited Ms Achbita, who was a Muslim, from wearing a headscarf. The company justified this prohibition by referring to its wish to project a neutral image towards customers and made an appeal to the freedom to conduct a business. The CJEU acknowledged this appeal and ruled that, although this will always depend on the circumstances of the case, the protection of the freedom to conduct a business can indeed justify a ban on the wearing of headscarves in order to protect an employer's wish to project an image of neutrality.⁵¹

Finally, the CJEU has declared in multiple cases that the right to property, as enshrined in Article 17 of the Charter, is applicable to private legal entities.⁵² The right to property was already recognised as a general principle of EU law in 1979.⁵³ Its codification in Article 17 has grown to be one of the most frequently invoked provisions of the Charter.⁵⁴ The application of Article 17 to a private legal company was, for example, at stake in the case of *Sky Österreich*, where the CJEU acknowledged exclusive broadcasting rights as the property of limited liability company Sky Österreich,⁵⁵ and in the case of *Berlington*, where the CJEU held that the imposition of tax rates to commercial companies that operated slot machines in amusement arcades could infringe the right to property under Article 17 of the Charter.⁵⁶

In addition to the abovementioned provisions that the CJEU did declare applicable to private legal entities, in *WebMindLicenses* the CJEU has also explicitly *excluded* a provision from applicability to private legal entities. It concerns the right to the protection of personal data, codified in Article 8 of the Charter.⁵⁷ The CJEU did not give reasons for this point of view, but possibly it was self-evident to the CJEU that the wording 'personal' in 'personal data' would only refer to natural persons. This interpretation conflicts with the ECtHR's interpretation of the right to personal data (which is covered by Article 8 of the ECHR). The ECtHR was not hesitant in having this right claimed by private legal entities.⁵⁸

49 E.g. CJEU 17 December 2015, C-157/14, ECLI:EU:C: 2015:823 (*Neptune Distributions*), para. 85 and *Sky Österreich*, to be discussed below.

50 CJEU 14 March 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (*Achbita*).

51 *Ibid.*, para. 38.

52 Since its equivalent in the ECHR (Art. 1 of Protocol No.1 to the ECHR) is the only provision in the ECHR that explicitly states that legal persons can invoke this right, a different conclusion is hard to conceive.

53 CJEU 13 December 1979, C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290 (*Hauer*).

54 Staff working document EU Charter 2016, pp. 27-28.

55 See *Sky Österreich*.

56 CJEU 11 June 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*), paras. 89-91.

57 See *WebMindLicenses*, para. 79.

58 In ECtHR 26 March 1996, nr. 17488/90 (*Goodwin v United Kingdom*), the ECtHR ruled that the protection of business secrets can be a legitimate aim to restrict the freedom of expression. See also Oliver 2009, p. 1451 and Section 2.4.2.1.

2.3.2.2 *Public authorities*

The greatest lack of clarity concerning the personal scope of the Charter concerns the possibility for public authorities to claim the protection of the Charter. Thus far, the CJEU has acknowledged that Member States can make an appeal to the fundamental rights of the Charter in order to protect the fundamental rights of their citizens.⁵⁹ This is similar to the granting of fundamental rights to private legal entities in order to protect the rights of the human beings within the entity. The interesting question now is whether Member States and other public authorities can also invoke Charter provisions on their own behalf. In the *Bank Mellat* cases, the General Court and the European Court of Justice (Court of Justice) devoted some considerations to this matter.⁶⁰ In *Bank Mellat I*, the Council had put Bank Mellat, an Iranian commercial bank, on a list concerning restrictive measures against the Islamic Republic of Iran. This was done in order to apply pressure to end Iran's nuclear proliferation activities. Bank Mellat requested the General Court to annul this placement. The bank argued that the procedure leading up to this listing, amongst others, had infringed its right to effective judicial protection (as protected by Article 47 of the Charter). The General Court held that private legal entities that are emanations of non-Member State countries (such as Bank Mellat) can invoke the fundamental rights of the Charter as long as the nature of the rights does not make this impossible.⁶¹ It thereby defined an emanation of a state as either a non-governmental entity that participates in the exercise of governmental powers or a non-governmental entity that runs public services under governmental control.⁶² To see whether an entity is an emanation of the state, the General Court uses criteria similar to those the ECtHR has defined to decide whether an entity is a governmental organisation under Article 34 of the ECHR.⁶³ These criteria are discussed further in Section 2.4.2.2.

The importance of the judgment of the General Court lies in the fact that it holds that semi-public authorities (even if they are emanations of the state) can rely on the fundamental rights provisions of the Charter. This judgment did not, however, make clear whether this is only applicable to *semi*-public authorities (that is, non-governmental bodies exercising public tasks under governmental control) or also to *public authorities as such* (governmental bodies). The judgment of the Court of Justice on appeal gave somewhat more guidance on this matter.⁶⁴ The Court of Justice ruled that 'any natural person or any entity bringing an action before the Courts of the European Union' may invoke *procedural rights* such as the rights to defence, the right to effective judicial protection and the obligation to state reasons.⁶⁵ At first glance, this judgment seems crystal clear: the Court holds that every entity can invoke fundamental rights, whether it is an actual public entity or a semi-public entity (an emanation of the state). This conclusion, however, is too limited, since the judgment leaves two questions yet

59 CJEU 21 June 2012, C-84/11, ECLI:EU:C:2012:374 (*Susisalo*); Case-28/09, CJEU 21 December 2011, C-28/09, ECLI:EU:C:2011:854 (*Commission v Austria*).

60 See *Bank Mellat I* and *Bank Mellat II*.

61 *Bank Mellat I*, paras. 36-41.

62 *Ibid.*, paras. 42-44.

63 *Bank Mellat I*, paras. 32-46. References to the ECHR and its case law on the topic are nevertheless not made in the *Bank Mellat I* case.

64 See *Bank Mellat II*.

65 *Ibid.*, paras. 49-50 (emphasis added).

unanswered. The first is whether public authorities can invoke only procedural rights, or whether they can also claim other – substantive – fundamental rights. Secondly, as brought up by Gerards, the Court of Justice did not make clear whether the use of the term ‘procedural rights’ directly refers to the provisions in the Charter which entail these procedural rights (Articles 41, 42 and 47-50) or whether they only refer to procedural rights as general principles of EU law.⁶⁶ In the first reading, the direct applicability of at least some Charter provisions to public authorities would be certain. In the second reading, however, such direct applicability is yet to be established. In that case, only an application of Charter provisions by analogy seems to be in place.

After the judgment of the Court of Justice in *Bank Mellat I*, the General Court continued to hold that procedural Charter rights can be invoked by semi-public authorities in the case of *Almaz-Antey*.⁶⁷ In this ruling, the General Court again directly applied Article 47 of the Charter to a company that was closely connected to a (non-Member) State.⁶⁸ The Court of Justice, on the other hand, is more reserved and, for the time being, seems to be a proponent of the analogous application of the Charter. This follows from its 2017 judgment in the *Spain v Council and Commission* case.⁶⁹ The Court of Justice expressly chose not to take a position on the question whether a Member State itself (Spain) could invoke Article 41 of the Charter. Instead, it mentioned that Article 41 reflects a general principle of EU law and Member States can rely on this principle (as is the case for all general principles of EU law). The Court of Justice thereafter asserted that the applicability of Article 41 of the Charter did not have to be discussed since only the possible violation of the general principle had to be assessed.⁷⁰ It is possible to understand this reasoning as implying that Member States are not able to invoke the provisions of the Charter directly. Instead, Member States (and possibly other public authorities) can invoke general principles of EU law. This has, however, not been made explicit by the CJEU.

Considering the above, it seems like the CJEU wants to hold off making a clear-cut statement on the matter of Charter applicability to public authorities for as long as possible. However, if in the future a Member State appeals to the CJEU with a claim to a Charter provision that is not the reflection of a general principle, the CJEU will no longer be able to avoid the question and will be forced to take a stance on the applicability of the Charter. For its decision regarding this matter, it might gain inspiration from the personal scope application of the ECHR. This shall be dealt with in the next section.

66 Gerards *EHRC* 2016/66; See also Gerards 2017, p. 17.

67 General Court EU 25 January 2017, T-255/15, ECLI:EU:T:2017:25.T-255/15 (*Almaz-Antey*).

68 *Ibid.*, paras. 68 and 127.

69 *Spain v Council and Commission*.

70 *Ibid.*, para. 89. Finally, the CJEU did not hold that this principle was violated in the investigation procedures at stake, paras. 88-106.

2.4 PERSONAL SCOPE OF THE ECHR

2.4.1 ECHR: text

Most ECHR provisions are universal clauses that are directed at ‘everyone’.⁷¹ Are private legal entities and public authorities also covered by these clauses? Unfortunately, the answer to this question cannot be deduced from the text of the ECHR itself. Of course there is Article 34 of the ECHR, which determines that only persons (i.e. natural persons), non-governmental organisations and groups of individuals are able to file a complaint before the ECtHR. Consequently, governmental organisations or public authorities do not seem to have the possibility to lodge an individual application at the ECtHR, and therefore cannot invoke the ECHR before the ECtHR. Private legal entities, on the other hand, do not appear to be excluded. Article 34 of the ECHR, however, is a purely procedural provision that only applies before the ECtHR. It does not answer the question of whether and to what extent the (universal) ECHR provisions *per se* can be invoked by private legal entities or public authorities. If ECHR provisions are applied by other courts, i.e. national courts or the CJEU, these courts are not bound by the limitations of Article 34 of the ECHR.⁷² They may decide for themselves whether they follow these limitations. Thus, Article 34 does not give a clear answer to the question of whether private legal entities and public authorities are also covered by the universal ECHR provisions. Fortunately, the ECtHR’s case law allows some conclusions to be drawn on the topic.

2.4.2 ECHR: ECtHR application

2.4.2.1 Private legal entities

In its case law, the ECtHR has accepted that private legal entities can claim the protection of the right to the protection of property (Article 1 of Protocol No. 1 to the ECHR),⁷³ the right to a fair trial (Article 6 of the ECHR),⁷⁴ the right to respect for the home (Article 8 of the ECHR),⁷⁵ the right to freedom of expression (Article 10 of the ECHR)⁷⁶ and

71 An exception is Art. 1 of Protocol No.1 to the ECHR, which is specifically directed at natural persons and legal persons.

72 In the *Bank Mellat I* ruling, the General Court of the European Court of Justice affirms this point of view for claims to the ECHR before the Courts of Justice of the European Union. It considers that ‘Article 34 of the ECHR is a procedural provision which is not applicable to procedures before the Courts of the European Union’ (para. 38). Similar reasoning can be found on the national level, for example in the Dutch *Urgenda II* case (Court of Appeal The Hague, 9 October 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, para. 35). See Section 2.6.2.2. for further information on this matter.

73 This is not surprising, since this is the only provision that explicitly states that legal entities can appeal to it. See for the application of this article to a private legal entity ECtHR 8 November 2005, nr. 40663/98 (*Asito v Moldova*). The applicant was an incorporated insurance company.

74 ECtHR 10 January 2006, nr. 48140/99 (*Teltronic-CATV v Poland*). In literature it is agreed that the other procedural rights in the ECHR (Arts. 7, 13 and 19) are applicable to private legal entities as well. The rationale for applying these rights to private entities is that it would be unfair if a party has a stronger legal position in proceedings against a private legal person than in proceedings against natural persons. See Timmerman 1997, p. 45; Van Strien 1996, p. 9; Sewnandan Mishre, 2010, pp. 165-166; Van den Muijsenbergh & Rezaei 2012, p. 49.

75 ECtHR 2 October 2001, nr. 36022/97 (*Hatton and Others v UK*).

76 ECtHR 1979, nr. 7805/77 (*Pastor X and the Church of Scientology v Sweden*).

the right to freedom of assembly and association (Article 11 of the ECHR).⁷⁷ Some examples can illustrate this.

Firstly, the right to a fair trial has been held applicable to private legal entities in many cases.⁷⁸ An example is *Teltronic-CATV v Poland*.⁷⁹ Limited liability company Teltronic-CATV (Teltronic) filed a claim against company Best-Sat. Best-Sat had refused to pay for the construction of a TV cable network by Teltronic. Teltronic's claim was not examined by the Polish courts, since the company – which was close to bankruptcy – could not pay the obligatory court fees. Teltronic complained that the excessive court fees restricted its right of access to a court and asserted that the Polish courts had violated Article 6 of the ECHR. The ECtHR acknowledged this appeal and ruled that the court fees hindered the applicant in its access to court. It therefore found a violation of Article 6 of the ECHR.

A trigger for the application of Article 8 of the ECHR to private legal entities was the ECtHR's ruling in the *Niemietz v Germany* case.⁸⁰ The ECtHR ruled that the right to respect for the home did not only apply to residences that are used solely for private activities, but also to residences that are used for private as well as business activities. Then, in *Société Colas Est and Others v France* the ECtHR decided that Article 8 of the ECHR might also apply to premises that are used *exclusively* for business activities.⁸¹ In such cases, the protection of Article 8 of the ECHR can be claimed by companies when the private life or correspondence of the individuals inside these premises is interfered with.⁸² This can be the case, for example, when business premises are searched in competition law procedures.⁸³

The ECtHR has held further on multiple occasions that the right to freedom of expression (Article 10 of the ECHR) applies to private legal entities. For example, in the 1979 *Sunday Times* case, this right was already applied to Times Newspapers Limited, a publisher of a newspaper.⁸⁴ In addition, in *Pastor X and the Church of Scientology v Sweden*, a church invoked this provision to protect the freedom of expression of its members.⁸⁵ In the case of *Autronic AG v Switzerland*, the ECtHR even ruled that a private legal entity can invoke the protection of Article 10 of the ECHR for *purely commercial activities*; that is, activities that are only conducted for purposes of pecuniary gain.⁸⁶ The ECtHR held that the purpose for which Article 10 is invoked is not relevant. The court did not elaborate on its reasoning for this point of view.

By contrast, the ECtHR has not recognised the applicability to legal entities of other rights than the abovementioned. This is, however, self-evident for most other ECHR rights since many of them are only relevant to individuals. Examples are the prohibition

77 ECtHR 26 October 2004, nr. 41579/98 (*AB Kurt Kellermann v Sweden*).

78 See Van den Muijsenbergh & Rezai 2012, p. 49; Fura-Sandström 2007, pp. 162-163.

79 See *Teltronic-CATV v Poland*.

80 See *Niemietz v Germany*.

81 ECtHR 16 April 2002, nr. 37971/97 (*Société Colas Est and Others v France*).

82 *Ibid.*, para. 41.

83 *Ibid.*

84 ECtHR 26 April 1979, nr. 6538/74, (*Sunday Times v The United Kingdom*).

85 See *Pastor X and the Church of Scientology v Sweden*.

86 ECtHR 22 May 1990, nr. 12726/87 (*Autronic AG v Switzerland*), para. 47.

of torture (Article 3),⁸⁷ the freedom from arbitrary detention (Article 5)⁸⁸ and the right to marry (Article 12).⁸⁹ For by far the most rights in the ECHR, therefore, the situation at present is clear.

2.4.2.2 Public authorities

Article 34 ECHR stipulates that only non-governmental organisations can lodge a complaint before the ECtHR. Public authorities can therefore not claim the protection of the ECHR before the ECtHR. According to the ECtHR, a governmental organisation is a legal entity which participates in the exercise of governmental powers or runs a public service under governmental control.⁹⁰ Decentral organs of the state, such as provinces and municipalities, are also included in this definition.⁹¹ The same applies to private legal entities that carry out public tasks under the responsibility of public authorities and that meet a number of other conditions.⁹² To establish whether such bodies are 'public authorities' under the ECHR, account must be taken of their legal status, the rights and competences they can exercise, the nature of their activities, the context in which they exercise them and their degree of independence from the government.⁹³ A legal entity is generally not regarded as a governmental organisation if it is legally and financially independent of the government, does not have more competences than what is common in civil law and is governed by civil law rather than administrative law.⁹⁴ In addition, the absence of a monopoly position in a commercial sector is an indication for not being a governmental organisation.⁹⁵ Finally, the ECtHR has made it clear that also if a legal entity is under the responsibility of a state that is not a Contracting Party, this does not yet mean that the legal entity cannot be regarded as a governmental organisation.⁹⁶

As mentioned above, the typically procedural provision of Article 34 does not exclude that ECHR rights can be invoked by public authorities before other courts than the ECtHR. Nevertheless, in its case law the ECtHR also seems to have limited the personal

87 ECtHR 12 October 1988, nr. 11921/86 (*Verein Kontakt-Information-Therapie (KIT) and Siegfried Hagen v Austria*).

88 See Van den Muijsenbergh & Rezai 2012, p. 51 (text under note 43).

89 Ibid., (text under note 44).

90 See *Radio France et al. v France*; ECtHR 13 December 2007, nr. 40998/98 (*Islamic Republic of Iran Shipping Lines v Turkey*), para. 79.

91 ECtHR 7 January 1991, nr. 15090/89 (*Ayuntamiento de M v Spain*); See also ECtHR 7 June 2001, nr. 52559/99 (*Danderyds Kommun v Sweden*); ECtHR 9 November 2010, nrs. 1093/08, 301/08, 303/08, 306/08, 309/08, 378/08, 382/08, 410/08, 421/08, 773/08, 883/08, 1023/08, 1024/08, 1036/08, 1260/08, 1353/08, 1391/08, 1403/08 and 2278/08 (*Demirbas and Others v Turkey*); ECtHR 23 November 1999, nr. 45129/98 (*Municipal Section of Antilly v France*); ECtHR 18 May 2000, nrs. 48391/99 and 48392/99 (*Hatzitakis and Thermaikos and Mikra Borough Councils v Greece*). Political officials have an ambivalent stance in this matter. In the capacity of state officials they are not allowed to invoke the ECHR, but in the capacity of individual politicians they are, see ECtHR 18 April 2006, nr. 29288/02 (*Roseiro Bento v Portugal*), ECtHR 9 December 2008, nr. 1093/08 (*Demirbas and Others v Turkey*) and *Castells v Spain*.

92 See *Radio France et al. v France*.

93 Ibid.; ECtHR 7 December 2006, nr. 35841/02 (*Osterreichischer Rundfunk v Austria*); ECtHR 15 november 2011, nr. 28502/08 (*Transpetrol v Slovakia*).

94 See *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v Turkey*.

95 See *Osterreichischer Rundfunk v Austria*.

96 ECtHR 12 May 2015, nr. 29003/07 (*Ljubljanska Banka DD. v Slovakia*).

scope of *the actual provisions* of the ECHR to private legal entities and (groups of) natural persons.⁹⁷ This is particularly clear from the case law on Article 11 of the ECHR, protecting the freedom of assembly and association. The ECtHR has explicitly held that for an entity to be able to invoke this provision (before the ECtHR or before a national court), it must be independent and free from interference of the state.⁹⁸ The criteria used for the determination of this required independence are similar to the criteria used for the determination of ‘a governmental organisation’ in the sense of Article 34 of the ECHR. Public authorities and entities connected to public authorities are thus not able to claim at least the protection of Article 11 of the ECHR before both the ECtHR and national courts. Whether this also applies to the other articles in the ECHR is still undetermined.

2.5 THE PERSONAL SCOPE OF THE CHARTER AND THE ECHR ANALYSED AND COMPARED

In this section the interpretation of the personal scope of the Charter by the CJEU is analysed and compared with the interpretation of the personal scope of the ECHR by the ECtHR. Conclusions shall also be drawn with regard to the question of how these personal scope applications relate to the background and objectives of the EU and ECHR systems.

Charter

It has been shown that private legal entities can rely on the protection of the Charter in order to protect their own economic or rule of law interests. This can be illustrated, for example, by the *DEB* case discussed in Section 2.3. By invoking the right to legal aid (Article 47 of the Charter), the company DEB tried to obtain access to a court and defend its economic interests. Only with access to a court, could DEB address the transposing of a Directive which would be beneficial for its financial position. For the CJEU, it is even easier than it is for the ECtHR to directly allow private legal entities to invoke fundamental rights provisions for their own economic interests. After all, the Charter includes provisions that are well-suited to protecting the economic interests of companies, especially the freedom to conduct a business (Article 16). As analysed in Section 2.2, this application of Charter provisions to protect the own interests of private legal entities is in line with the EU’s objectives.

When it comes to the applicability of Charter provisions to public authorities, it appears that public authorities (Member States) are able to claim the protection of the Charter to protect the fundamental rights of their citizens. However, the Court of Justice has not yet explicitly stated that public authorities or semi-public authorities (emanations of the state) can also directly invoke Charter provisions for their own interests. Thus far, the CJEU has only ruled that public authorities are able to invoke Charter rights by

⁹⁷ This means that the ECHR cannot be invoked by public authorities at all, not even at the national level.

⁹⁸ ECtHR 20 April 1999, nrs. 25088/94, 28331/95 and 28443/95 (*Chassagnou and Others v France*) and Guidelines on Freedom of Association 2015, pp. 28-29.

analogy; that is, by invoking the protection of general principles of EU law. Up till now, the invocation of actual Charter provisions has thus been reserved for natural persons and private legal entities. It must be mentioned, however, that the CJEU has also not specifically excluded claims of public authorities to the Charter. It is up to the CJEU to provide more clarity on the matter in future case law. In this regard, it should be noted that claims from public authorities to protect their own rule of law or economic interests would not be contrary to the objectives of the EU legal system. They would, nonetheless, not be in line with the objectives of the ECHR system, which is the protection of the fundamental rights of the individual to protect their opportunities for self-realisation.

ECHR

It appears from the ECtHR case law that ECHR provisions are claimed in order to protect against harm to individuals, even if the claims are made by private legal entities. This can be seen, for example, in the *Niemietz* case, in which Article 8 of the ECHR was invoked in order to protect the privacy of individuals working on the business premises of a company,⁹⁹ and also in *Pastor X and the Church of Scientology v Sweden*, in which a church invoked the freedom of expression for the interest of its members.¹⁰⁰ This application agrees with the traditional objective of the ECHR system. The case of *Autronic* seems to be an exception to this rationale, since here the ECtHR explicitly asserted that a private legal entity could invoke the ECHR purely for the protection of its own (economic) interests. Protection against harm done to individuals appeared not to be at stake. Moreover, in other cases companies have also been able to successfully invoke the ECHR without the direct aim of serving the interests of individuals. For example, in the *Teltronic-CATV* case, private legal entity Teltronic was allowed to claim the protection of Article 6 of the ECHR for its own economic and rule of law interests.¹⁰¹ The same interests were at stake in the *Asito v Moldova* case, in which a private insurance company could make an appeal to the right to property and the right to a fair trial.¹⁰² Thus, contrary to what would logically follow from the background of the ECHR, the ECtHR does not only allow private legal entities to invoke ECHR provisions for the interests of individuals. Private legal entities can also invoke the ECHR for the protection of their own interests, even if these are financial in nature and have little to do with human dignity or individual self-realisation.

As regards public authorities and entities that carry out public tasks under the responsibility of public authorities, it has been shown that these entities are excluded from invoking ECHR rights before the ECtHR (Article 34 of the ECHR). It is therefore not possible for public authorities to claim the protection of ECHR provisions before the ECtHR for their own interests. In addition, it can be assumed that the ECtHR has also expressly limited the applicability of substantive rights (such as the freedom of association) to private associations when the ECHR is applied before other courts

99 See *Niemietz v Germany*.

100 See *Pastor X and the Church of Scientology v Sweden*.

101 See *Teltronic-CATV v Poland*.

102 See *Asito v Moldova*.

than the ECtHR.¹⁰³ This application of ECHR provisions is consistent with the ECtHR's objective of purely protecting the fundamental rights of individuals.

All things considered, thus far, few notable differences between the ECHR and the Charter as regards their personal scope can be distinguished. Both the CJEU and the ECtHR appear to allow private legal entities to invoke, respectively, the Charter and the ECHR for their own interests. This is not (yet) the case for public authorities. The similarity in application can be regarded as remarkable in light of the differences in objectives and backgrounds between the ECHR and the EU systems. Apparently, the CJEU does not regard its focus *on economic integration and the rule of law* a justification for also allowing public authorities claiming the protection of Charter provisions for their own economic or rule of law interests. And similarly, the ECtHR does not regard its traditional objective of protecting *individual human beings* as an obstacle for also protecting the more economic interests of private legal entities.

In the following section it shall be investigated whether these small differences in personal scope are also visible when the national courts of the Netherlands, Portugal, Spain and Poland apply the ECHR and the Charter. It shall be examined whether this national application corresponds to the personal scope application of the national constitutions of these Member States.

2.6 PERSONAL SCOPE OF FUNDAMENTAL RIGHTS PROVISIONS ON THE NATIONAL LEVEL

2.6.1 Introduction

Information on the national application of constitutional rights, ECHR rights and Charter rights by the courts of the Netherlands, Portugal, Spain and Poland has been gained from country rapporteurs.¹⁰⁴ Information about the national applications of ECHR rights and national constitutional rights has been gained through a general search in authoritative literature.¹⁰⁵ Since the national application of the Charter is less crystallised than the national application of the ECHR and constitutional rights, information about the national application of the Charter has not been collected in the same way, but has been obtained through a systematic review of national case law in which the term 'Charter of Fundamental Rights of the EU' is mentioned. The reviewed cases have been limited to those that were dealt with by highest courts (supreme courts

¹⁰³ This is assumed on the basis of Art. 11 jurisprudence, see Section 2.4.2.2.

¹⁰⁴ Information concerning the Netherlands was provided by Manon Julicher (Utrecht University). Information concerning Portugal was provided by Marina Henriques and Carolina Carvalho (University of Coimbra). Information concerning Spain was provided by Aina Amat Blai (Human Rights Institute of Catalonia). Information concerning Poland was provided by Pasquale Policastro (University of Szczecin).

¹⁰⁵ And the case law mentioned in that literature.

or constitutional courts). In addition, only rulings within the time frame 1 January 2015 until 31 December 2017 were analysed.¹⁰⁶

2.6.2 The Netherlands

2.6.2.1 Dutch Constitution

It is generally held that the constitutional rights provisions of the Dutch Constitution (Articles 1-23) can be invoked by private legal entities as long as this is compatible with the nature of the fundamental right.¹⁰⁷ In this regard, the right to respect privacy (Article 10)¹⁰⁸ and the right to assembly and demonstration (Article 9)¹⁰⁹ have successfully been claimed by private legal entities. In these cases, the legal entities did not invoke the fundamental rights for their own interests, but to protect the privacy and assembly rights of the persons within the legal entities. The development that private legal entities invoke constitutional rights extensively in order to protect their own (economic) interests does not (yet) appear in Dutch constitutional case law. This may have to do with the fact that fundamental rights that are suitable for the protection of these interests – for example the right to a fair trial or the right to conduct a business – are not (yet) included in the Dutch Constitution. This might change if a proposal for amending the Constitution is accepted which aims to include the right to a fair trial.¹¹⁰ In the Explanatory Memorandum to this proposal the government stated that this right could be claimed by natural persons *and private legal entities*.¹¹¹

It is the prevailing opinion in the Netherlands that the fundamental rights of the Dutch Constitution are not to be relied on by public authorities.¹¹² This follows from the history and objective of fundamental rights, which is held to be the protection of the individual human being against abuse of power of the State.¹¹³ Despite this consensus,

106 These limitations in time and courts do not call into question the representativeness of the outcomes. In the first years after the coming into force of the Charter (2009), it was mostly ignored by national lawyers and judges. Only recently are these legal actors discovering the possibilities of this document. It is therefore representative to examine the application of the Charter in the past three years. In addition, the restriction to cases before the highest courts is justified, because these courts deal with the most high-profile cases and have the final say in outcomes. Their judgments on fundamental rights can therefore be regarded as authoritative and representative. It must be mentioned that in the Polish review some cases were also analysed that fell outside the abovementioned research criteria, see Section 2.6.5.3.

107 *Handelingen II*, 1975/1976, 13872, no. 3, p. 11; Kortmann 2016, p. 371.

108 HR 16 October 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9997 (*Tape recording*).

109 HR 25 June 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4414, *NJ* 1983, 295 and 296 with commentary by Alkema (*Schans*), para. 4.1.

110 A legislative proposal was submitted that concerns the inclusion of the right to a fair trial in the Dutch Constitution (*Kamerstukken II*, 2015/16, 34517, no. 2). The article in which this right will be included would be the national equivalent of Arts. 6 of the ECHR and 47 of the Charter. Perhaps claims with an economic interest will increase when this proposal is adopted.

111 *Kamerstukken II*, 2015/16, 34517, no. 3, p. 11.

112 Burkens et al. 2012, pp. 128-129. See also Van der Pot 2006, pp. 264-265 (see also text under footnote 33 at p. 264); Kortmann 2016, pp. 372-373; Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2014, pp. 35-36. But also consider Dommering in his commentary for *Castells v Spain* (Dommering *NJ* 1994, 102).

113 See Nieuwenhuis 2014, p. 35; Van der Pot 2006, p. 264; Kortmann 2016, p. 373; Burkens 2012, p. 128.

in 1992 the Supreme Court¹¹⁴ delivered its *Rost van Tonningen* judgment, in which it allowed the Dutch government to invoke the protection of the right to freedom of expression (Article 7 of the Constitution).¹¹⁵ This judgment is generally considered to be a one-off case, however, that does not reflect the general opinion on the applicability of constitutional rights to public authorities and has not been followed in later case law.¹¹⁶

2.6.2.2 Dutch application of the ECHR

The ECHR can be directly invoked before the Dutch courts, as follows from Article 93 of the Constitution. The position of the highest courts in the Netherlands is that private legal entities can rely on the ECHR, although there has also been the occasional deviation from this.¹¹⁷ Private legal entities are allowed to invoke ECHR rights on behalf of individuals or in favour of the interests of individuals they represent, but also to protect their own (economic) interests. The first is illustrated by a 2017 ruling in which the Supreme Court allowed an association of general practitioners to claim Article 8 of the ECHR as a basis to challenge their duty to exchange the medical data of patients. With this claim, the association wanted to protect the privacy of the patients of the general practitioners.¹¹⁸ The latter was the case in the *Tele-2* judgment, in which internet and telephone providers successfully invoked Article 6 of the ECHR in order to fight the legality of a decision that had an adverse impact on their financial position.¹¹⁹

With regard to the applicability of the ECHR to public authorities, the *Aral* case has set the tone.¹²⁰ In this judgment, the Supreme Court held that a municipality could not invoke the ECHR, since the sole goal of the ECHR is to protect citizens against the power of government.¹²¹ In more recent case law of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State, this reasoning was repeated.¹²² In this case law it was added that because of this objective of the ECHR, with regard to public authorities, Article 34 is taken as a guiding principle for the applicability of ECHR provisions before the Dutch courts.¹²³ This is, however, a decision of the Dutch courts themselves, taken in the light of the background of the ECHR. Article 34 itself does not oblige them to do this. In the recent and much discussed *Urgenda II* case the Dutch Court of Appeal in The Hague

114 The Supreme Court (HR) is the highest court in the Netherlands for cases in criminal law, civil law and tax law. The Administrative Jurisdiction Division of the Council of State (ABRvS), the Court of Appeal for Trade and Industry (CBB) and the Central Council for Appeal (CRvB) are the highest courts that deal with cases in administrative law. There is no Constitutional Court in the Netherlands.

115 HR 22 January 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0833, AB 1993/198, with commentary by Van der Burg (*Rost van Tonningen*).

116 Kortmann 1993, p. 333; Commentary by Verhey for *Rost van Tonningen* in *NJCM-Bulletin* 1993, p. 410; Hins, 1993, p. 37.

117 See e.g. CBB 19 January 2017, ECLI:NL:CBB:2017:4; HR 3 April 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 and HR 1 December 2017, ECLI:NL:HR:2017:3053 for cases in which private legal entities have been able to invoke the ECHR. See Rb. Leeuwarden 8 February 1990, ECLI:NL:RBLEE:1990:AC0221 for a case in which a private legal entity was not allowed to invoke the ECHR.

118 HR 1 December 2017, ECLI:NL:HR:2017:3053.

119 CBB 21 July 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260 (*Tele-2*).

120 HR 6 February 1987, *NJ* 1988, 926, with commentary by Scheltema (*Aral*).

121 *Ibid.*

122 ABRvS 29 July 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4025; ABRvS 29 April 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0782; ABRvS 19 November 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN8364.

123 *Ibid.*

clearly defended this point of view.¹²⁴ It ruled that the requirements of Article 34 of the ECHR (in this instance, Article 34's requirement of victimisation) do not apply before the Dutch courts.¹²⁵ This position is also defended in Dutch scholarly literature.¹²⁶ In theory, thus, it would be possible for Dutch judges to allow public authorities to invoke Convention rights before national courts. So far, however, Dutch courts do not appear to be ready to follow up on this line of thought.¹²⁷ Nonetheless, courts do sometimes apply the ECtHR's case law on Article 6 of the ECHR by analogy; that is, they apply the general principles that are underlying Article 6 and interpret these principles using the ECtHR's case law.¹²⁸ This analogous application is also used in proceedings between public authorities.¹²⁹

2.6.2.3 Dutch application of the Charter

In order to draw conclusions about the application of the Charter before the Dutch courts, 266 judgments delivered between January 2015 and December 2017 have been analysed.¹³⁰ In these cases the Charter was mostly claimed by natural persons, but there were also some cases in which the courts allowed private legal entities to make an appeal to the protection of the Charter.¹³¹ In none of the cases included in this study did a public authority claim the protection of the Charter.

Private legal entities relied on Charter provisions in order to protect the interests of human beings as well as their own commercial interests. The first was visible in a case decided by the Supreme Court on 13 November 2015.¹³² The Brein Foundation, a private legal entity under Dutch law that defends copyright interests of creative actors, invoked Articles 16 and 17 of the Charter to have the court order internet providers to block certain IP-addresses. Brein made this appeal in order to protect the copyrights of the creators of films and games that have been put on the web illegally. The Supreme Court granted this protection and asserted the claim was not contrary to the principle of proportionality as enshrined in Article 52(1) of the Charter. The second type of situation occurred in

124 *Urgenda II*. In this judgment, the Court of Appeal, following the judgment of the District Court, summoned the Dutch government to increase its actions to prevent climate change. Some restraint concerning this ruling must be exercised, though, since there is still a theoretical possibility that this judgment will be overruled by the Supreme Court if one of the parties decides to appeal in cassation.

125 *Urgenda II*, para. 35.

126 See Maris 2008.

127 Although there has been an occasional deviation. See e.g. HR 8 July 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9273 (*Gemeente Uden*) in which a municipality could invoke Art. 6 of the ECHR against a higher government. According to the court, Art. 6 was directed at 'everyone' and therefore also at public bodies.

128 See e.g. HR 10 June 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5087 and ABRvS 1 October 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547.

129 See e.g. ABRvS 12 May 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4166, para. 2.8.1, in which the court applied the principle of a decision within a reasonable time to the State of the Netherlands.

130 Researchers entered the search term 'Handvest van de grondrechten' in the publicly available case law database <http://uitspraken.rechtspraak.nl> (last visited 24 July 2018). This resulted in a dataset of 1410 cases in which the Charter was mentioned. Between January 2015 and December 2017 this resulted in 733 cases. 266 of these cases were dealt with by the highest courts. This number also includes opinions of Advocate-Generals that are part of the Supreme Court.

131 In total there were 24 cases between 2015 and 2017 in which a private legal entity made a clear appeal to the Charter and this was approved by the Supreme Court (that is not to say that the court also constituted a violation of a Charter provision).

132 HR 13 November 2015, ECLI:NL:HR:2015:3307.

a case before the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State.¹³³ In this case, a decorating company was fined for employing undocumented foreigners. A fine was imposed for each undocumented foreigner. The company complained that the *ne bis in idem* principle of Article 50 of the Charter was violated. This claim was not made in order to protect the foreigners, but only to reduce the financial costs for the company. The Administrative Jurisdiction Division allowed the claim, but did not find a breach.

As stated before, in the case law reviewed there have been no cases in which a public authority claimed the protection of the Charter. Barkhuysen and Bos have mentioned one ruling, however, that falls outside the research scope, but is pertinent to the topic.¹³⁴ It concerns a 2011 ruling of the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State.¹³⁵ The municipality of The Hague had claimed that the exclusion of decentralised authorities to appeal decisions made on the basis of the so-called Crisis and Recovery Act (*Crisis-en herstelwet, Chw*) was in conflict with the right to an effective remedy as protected by Articles 47 of the Charter and 13 of the ECHR.¹³⁶ The Administrative Jurisdiction Division held that the ECHR was not applicable, since the claim came from a public authority, but it did not answer the question whether the municipality could invoke the Charter. Since the course of proceedings under the *Chw* was in accordance with the right to an effective remedy as a general principle of EU law, the Administrative Jurisdiction Division stated that it would not be necessary to consider this.¹³⁷ The Division thus avoided applying Article 47 of the Charter with a similar reasoning as the Court of Justice recently did in *Spain v Council and Commission*.¹³⁸ Based on this limited information, the Dutch courts thus do not seem to diverge from the CJEU with respect to the application of the Charter to public authorities.

2.6.3 Portugal

2.6.3.1 Portuguese Constitution

The Portuguese Constitution provides for a broad protection of fundamental rights. These rights are divided into two categories: (a) rights, freedoms and guarantees (Articles 24-57) and (b) economic, social and cultural rights and duties (Articles 58-79). The rights, freedoms and guarantees are directly applicable.¹³⁹ The protection of the economic, social and cultural rights, which are programmatic rights, can also be claimed before the Portuguese courts, but they depend on the existence of social, economic or even political conditions to be effective.¹⁴⁰

According to Article 12 of the Portuguese Constitution, both natural persons (clause 1) and legal entities (clause 2) can invoke the fundamental rights of the Constitution. For

133 ABRvS 22 November 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3186.

134 Barkhuysen & Bos 2014, p. 108.

135 ABRvS 7 December 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7093.

136 Ibid.

137 Ibid., para. 2.7.2.

138 *Spain v Council and Commission*.

139 Canotilho 2003, pp. 437-467.

140 Novais 2010, pp. 100-101.

legal entities, two conditions must be fulfilled: the nature of the right must allow it and the application must be appropriate to the particular purpose that the entity pursues. Article 12(2) is formulated broadly – it does not specify whether the legal persons have a private or a public nature (public authorities). It is, however, certain that private legal entities are included by this term, since these entities have been able to invoke the right to access to justice (Article 20 of the Constitution),¹⁴¹ the right to a good reputation (Article 26 of the Constitution)¹⁴² and the freedom of expression and press (Articles 37 and 38 of the Constitution)¹⁴³ before the Portuguese courts.¹⁴⁴ The purpose of private legal entities claiming the protection of these constitutional rights was both the protection of the commercial interests of the private legal entities themselves, as well as the protection of the individuals inside the entity. The first was distinguishable amongst others in the cases where the right to access to justice was invoked. In these cases, commercial enterprises invoked this right to fight actions that would cause them pecuniary damages. The same purpose was at issue in the case regarding the freedom of expression and press,¹⁴⁵ but here the protection of the interests of individuals was also a point of concern. This case and the purposes that are protected shall be elaborated on in Section 2.6.3.2., since the ECHR was also invoked.

As already mentioned, Article 12(2) Constitution does not specifically exclude public authorities from claiming the protection of fundamental rights in the Portuguese Constitution. The possibility of public authorities invoking fundamental rights is controversial.¹⁴⁶ The dominant position in literature is that public authorities shall not be considered potential victims of violations of constitutional rights.¹⁴⁷ Due to their special position of power, public authorities should instead take on the role of guardians of the protection of these rights. Nonetheless, some authors state that public professional associations, such as the Bar Association and public universities, should be able to invoke some constitutional rights, because from a sociological perspective these entities have specific interests and have a certain autonomy from the State.¹⁴⁸ These semi-public entities should, for example, be able to claim the freedom to choose a profession (Article 47 of the Constitution) in order to protect this right for the individuals within them.¹⁴⁹

141 See e.g. the cases Acórdão no. 591/2016, Acórdão no. 86/2017 and Acórdão no. 266/2017 of the Constitutional Court.

142 See e.g. the cases Acórdão no. 80/2018 and Acórdão no. 292/2008 of the Constitutional Court.

143 See e.g. case 1454/09.5TVLSB.L1.S1, ECLI:PT:STJ:2017:1454.09.5TVLSB.L1.S1 of the Supreme Court of Justice.

144 In a simplified way, the Portuguese court system consists of the courts of first instance, the courts of second instance and the supreme courts (Supreme Court of Justice for criminal and civil matters, the Supreme Administrative Court for administrative and fiscal matters and the Constitutional Court for constitutional matters).

145 Case 1454/09.5TVLSB.L1.S1, ECLI:PT:STJ:2017:1454.09.5TVLSB.L1.S1.

146 In the case Acórdão no. 496/2010, the Constitutional Court gave a detailed overview of this controversy.

147 Gouveia 2015, p. 66.

148 Miranda & Medeiros 2010. The public professional associations are part of the autonomous administration of the State. The State supervises the autonomous administration. Cf. Gouveia 2002.

149 See Miranda & Medeiros, p. 211.

2.6.3.2 Portuguese application of the ECHR

The Portuguese legal system is a monist system (Articles 8 and 16 of the Constitution). Therefore, the ECHR is directly applicable before the Portuguese courts. Private legal entities are able to make use of this applicability. In most cases in which the protection of the ECHR is claimed by a private legal entity, the right to freedom of expression (Article 10 of the ECHR) and the right to a fair trial (Article 6 of the ECHR) were invoked.

The applicability of Article 10 of the ECHR to private legal entities occurred in several cases where TV stations and publishers claimed the protection of this article in order to fight defamation convictions.¹⁵⁰ These appeals were the result of the fact that for some time the Portuguese courts protected the right to reputation at the expense of the freedom of expression.¹⁵¹ After the ECtHR condemned Portugal for this violation of the freedom of expression,¹⁵² the private legal entities that were convicted for defamation on the basis of the old Portuguese jurisprudence could invoke Article 10 of the ECHR in order to fight their defamation convictions. An example of such a defamation case is a ruling of the Supreme Court in July 2017.¹⁵³ In this case, a private legal entity (a publisher) was allowed to successfully invoke the ECHR to protect the fundamental rights of an individual that authored a book (and, arguably, thereby violated the reputation of the plaintiff). At the same time, the applicability of Article 10 of the ECHR was also beneficial for the economic interests of the publisher, since it resulted in the annulment of its obligation to pay compensation costs for defamation. This latter interest was also often the point of concern in the cases where private legal entities invoked the protection of Article 6 of the ECHR.¹⁵⁴

It is not possible to draw a clear conclusion concerning the question of whether public authorities are able to invoke ECHR provisions before the Portuguese courts. There is no scholarly discussion in literature on this matter and a random sample of case law in which the ECHR was mentioned did not provide examples of public authorities invoking the ECHR.

2.6.3.3 Portuguese application of the Charter

In order to understand the application of the Charter before the Portuguese courts, the case law of the Portuguese Supreme Courts between January 2015 and December

150 Mota 2017; Coutinho 2013.

151 According to Coutinho, this can be explained by the lack of knowledge of the ECHR and the case law of the ECtHR due to educational gaps on these subjects. See Coutinho 2013, p. 38.

152 ECtHR 7 December 2010, nr. 39324/07 (*Publico – Comunicação Social, S.A. and others v Portugal*); ECtHR 26 April 2007, nrs. 11182/03 and 11319/03 (*Colaço Mestre and SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A. v Portugal*).

153 Case 1454/09.5TVLSB.L1.S1, ECLI:PT:STJ:2017:1454.09.5TVLSB.L1.S1.

154 See e.g. case no. 0122/10 of the Supreme Administrative Court, where a company invoked the right to a decision in a reasonable time (Art. 6 of the ECHR) in order to obtain compensation for the delay of justice. The company was a creditor in an insolvency procedure. According to the court, there was a violation of Art. 6 of the ECHR since more than seven years had passed between the credit claim and the decision that there was not enough money to pay.

2017 has been analysed.¹⁵⁵ This timespan delivered 75 cases in which the Charter was mentioned.¹⁵⁶ In most of the cases, the Charter was mentioned only as a non-decisive 'ornament' next to other sources of fundamental rights.¹⁵⁷ Nevertheless, the case law analysis also identified cases in which the courts included Charter provisions in their consideration and applied them directly.¹⁵⁸ In this latter category the Charter was mostly claimed by natural persons, but there were also three cases where private legal entities were able to invoke the protection of the Charter successfully.¹⁵⁹ Since the facts and eventual decisions were comparable, only the first of these rulings is discussed.¹⁶⁰ In this case, rendered in 2017, a private legal entity requested the protection of Article 47 of the Charter in order to obtain legal aid. The company wanted to object to injunctions that were being moved against it by a debt collector before the National Injunction Counter. This request was rejected by the Social Security Institution¹⁶¹ with a reference to national legislation stating that private legal entities with profit motives could not benefit from legal aid protection.¹⁶² The Constitutional Court concluded on the basis of the CJEU's *DEB* ruling that this legislation was not in accordance with the right to legal aid under Article 47 of the Charter.¹⁶³ According to the Constitutional Court, the inability of a company to discuss with the Portuguese authorities its economic inadequacy for the purpose of obtaining legal aid was contrary to Article 47 of the Charter. This provision was thus violated. With its appeal to Article 47 of the Charter, the company stood up for its own interests. Legal aid would not only be necessary to object to the injunctions the company faced (rule of law interest), but the company would also attain a better financial position if the injunctions were denounced (economic interest).

In the case law analysed, there have also been cases where private legal entities made an appeal to the Charter in order to defend the fundamental rights of individual persons within the legal entity. In all these cases, however, the Charter was held to be not applicable since the disputed acts fell outside the scope of EU law (Article 51 of the

155 The researchers entered the term 'Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia' (the Portuguese translation of 'Charter of Fundamental Rights of the European Union') in the publicly available case law data bases of the three supreme courts in Portugal: the Constitutional Court (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>, last visited 2 May 2018) the Supreme Court of Justice and the Supreme Administrative Court (<http://www.dgsi.pt/>, last visited 2 May 2018). After this, cases were selected that were dealt with in between 2015-2017. The reference to the ECLI number is only provided for the cases of the Supreme Court of Justice since the platform (<https://jurisprudencia.csm.org.pt/>, last visited 2 May 2018) only provides numbers for the decisions of that court.

156 From these 75 cases, 12 were from the Supreme Administrative Court, 26 from the Supreme Court of Justice and 37 from the Constitutional Court.

157 See e.g. the cases no. 0870/17 of the Supreme Administrative Court, no.1405/07.1TCSNT.L1.S1 (ECLI:PT:STJ:2017:1405.07.1TCSNT.L1.S1) and no. 60/09.9TCFUN.L1.S1 (ECLI:PT:STJ:2016:60.09.9TCFUN.L1.S1) of the Supreme Court of Justice.

158 In 13 of the 75 cases in which the Charter was mentioned, the court applied the Charter directly.

159 See the cases Acórdão no. 591/2016, Acórdão no. 86/2017 and Acórdão no. 266/2017 of the Constitutional Court.

160 Acórdão no. 591/2016.

161 The Social Security Institution, part of the Ministry of Solidarity, Employment and Social Security, decides on requests for legal aid in Portugal, see <https://www.portaldocidadao.pt/en/web/instituto-da-seguranca-social/instituto-da-seguranca-social> (last visited 20 July 2018).

162 Art. 7º, no. 3 of the Law no. 34/2004, of 29 July (altered by the Law no. 47/2007, of 28 August).

163 See *DEB*.

Charter).¹⁶⁴ Therefore, no clear conclusions can be drawn with regard to this matter. The same applies for the applicability of the Charter to public authorities, since in the case law reviewed there have been no cases in which a public authority claimed the protection of the Charter.

2.6.4 Spain

2.6.4.1 *Spanish Constitution*

Fundamental rights and liberties are included in Articles 14-29 and 30(2) of the Spanish Constitution. These provisions are susceptible to the remedy of *amparo*.¹⁶⁵ This encompasses the possibility to lodge an individual appeal before the Constitutional Court of Spain.¹⁶⁶ Private legal entities can make use of this remedy as long as they have a legitimate interest.¹⁶⁷ Thus, private legal entities are able to claim the protection of the constitutional rights in Articles 14-29 and 30(2) of the Constitution. In the Constitutional Court's case law, it can be seen that private legal entities make use of this possibility in order to protect both the interests of individuals and their own interests. In a ruling from October 2017, for example, the federation of industries and agrarian workers of the General Union of Workers of Spain claimed the protection of the right to equality (Article 14 of the Constitution) in order to achieve respect for the right to equal remuneration of the workers that were united in the federation.¹⁶⁸ In a case from November 2016, the protection of commercial interests was at stake. Here, company Sporafrik S.L. was allowed to invoke the right to effective judicial protection (Article 24 of the Constitution) in order to annul proceedings in a foreclosure procedure.¹⁶⁹

Debate exists about the possible ownership of constitutional rights by public authorities. According to the Constitutional Court, the ownership of these rights should not be extended to public authorities for protecting their own interests. Fundamental rights function as a counterweight to the exorbitant powers of public administration in order to protect the individual.¹⁷⁰ Only the Public Prosecutor and the Ombudsman may invoke constitutional fundamental rights, since their claims protect the interests

164 This was at stake for example in case no. 0438/14 of the Supreme Administrative Court. An association of judges invoked Article 47 of the Charter in order to request the annulment of several administrative acts that lowered the salaries of the judges. According to the association of judges, this salary reduction would violate the independence of judges. The court decided the Charter was not applicable, because the Union did not have any competence regarding the remuneration of judges. This was also stated in case law of the CJEU (CJEU 7 March 2013, C-128/12 ECLI:EU:C:2013:149).

165 Art. 53(2) of the Constitution and Art. 41 of the Organic Law 2/1979 on the Constitutional Court, of 3 October 1979.

166 The *amparo* remedy is a protection that can be used only once the ordinary remedies before the ordinary courts have been exhausted (Art. 43(1) of the Organic Law 2/1979). The ordinary courts are the courts of first instance, the courts of appeal (Audiencia Provincial and Tribunal Superior de Justicia) and the supreme courts (Tribunal Supremo and the Tribunales Superiores de Justicia (there is one for each 'comunidad autónoma')). The entities that are able to lodge an *amparo* appeal before the Constitutional Court are also able to invoke Arts. 14-29 and 30(2) of the Constitution before these courts.

167 Art. 162(2) of the Constitution and Art. 46 of the Organic Law 2/1979.

168 STC 112/2017, 16 October 2017, ECLI:ES:TC:2017:112.

169 STC 200/2016, 28 November 2016, ECLI:ES:TC:2016:200.

170 Ruiz Jarabo 2003, p. 150. See also STC 64/1988, 12 April 1988, ECLI: ES:TC:1988:64.

of individuals.¹⁷¹ Despite this clear stance taken by the Constitutional Court, in legal doctrine the position is defended that before the ordinary courts (courts of first instance, courts of appeal, supreme courts),¹⁷² it must in theory be possible for public authorities to invoke constitutional rights for their own interests. The reason for this is the 'equality of arms' principle that applies before these courts. As a result of this principle, equal opportunities must be given to all those involved in the process. In other words, all parties in the proceedings should have access to the same remedies and appeals.¹⁷³ Therefore, if a public authority is involved in proceedings with a party that is able to invoke constitutional rights (individuals or private legal entities), the public authority must also be able to make an appeal to these rights. In practice, however, public authorities hardly ever invoke the fundamental rights of the Constitution. This is due to the fact that, at least in administrative proceedings, public authorities can also claim the protection of their interests via provisions of the Contentious-Administrative Jurisdiction Law. This law renders public authorities other, more expedited, ways to achieve the same goals as the constitutional rights. Thus, in administrative proceedings, it is not necessary for public authorities to invoke constitutional rights.¹⁷⁴

2.6.4.2 Spanish application of the ECHR

By virtue of Article 96 of the Constitution, the ECHR is part of the internal legal system of Spain. It can be invoked directly before the Spanish courts.¹⁷⁵ It is possible for private legal entities to make appeals to the ECHR. In this regard, the right to property (Article 1 of Protocol No. 1 to the ECHR) is invoked most often. An example of a case in which this happened is a 2017 ruling of the *Tribunal Superior de Justicia*, where a company tried to fight an expropriation decision of the State that concerned property belonging to the company.¹⁷⁶ The company made this appeal in order to defend its own economic interests. The loss of the property would negatively affect the company's financial position.

There are also cases before the Spanish courts in which private legal entities invoke ECHR provisions to protect the interests of individuals. An example is a decision of the *Tribunal Supremo*, where the Association of Attorneys of Madrid relied on the prohibition of slavery and forced labour to fight a decision that obliged attorneys to represent people who were entitled to free legal assistance.¹⁷⁷ The association invoked Article 4(2) of the ECHR arguing that this obligation constituted 'compulsory or forced labour'. This argument was not accepted by the Supreme Court. It stated that

171 Art. 162(1) of the Constitution and Art. 46 of the Organic Law 2/1979.

172 See supra note 167 (court system).

173 See Ruiz Jarabo 2003, p. 142.

174 Ibid.

175 Since it is essential to make an appeal to a constitutional provision in order to make use of the *amparo* remedy, the Constitutional Court primarily decides on matters relating to the fundamental rights in the Constitution. Claims concerning ECHR provisions are dealt with to a lesser extent. The ordinary courts are not susceptible to this limitation. Therefore, in order to gain information on the Spanish application of the ECHR, case law and literature of the position of these courts (especially that of the Tribunal Supremo) was reviewed.

176 STS 3264/2017, 13 September 2017, ECLI: ES:TS:2017:3264.

177 STS 413/2016, 29 January 2016, ECLI:ES:TS:2016:413.

the obligation to represent people with low resources is inherently connected with the profession of an attorney and can therefore not be considered forced labour.¹⁷⁸

As is the issue regarding Constitutional provisions, thus far the Spanish courts have only allowed public authorities to invoke ECHR provisions to protect the interests of individuals.¹⁷⁹ There is no case law where public authorities have been able to invoke the ECHR for their own interests. Though it must be mentioned that the ‘equality of arms doctrine’ opens the theoretic possibility for public authorities to invoke ECHR provisions for their own interests, if the other party in the procedure is also allowed to do this.

2.6.4.3 Spanish application of the Charter

Between 2015 and 2017, there have been 203 cases before the Spanish Supreme Court (*Tribunal Supremo*) which mentioned the Charter.¹⁸⁰ In 36 of these cases, private legal entities have made an appeal to this instrument. These entities relied on the Charter, both for protection against harm to individuals as well as for the safeguarding of their own – economic – interests. The first was at stake in a judgment of 1 January 2017, in which a union claimed the protection of Articles 21 and 23 of the Charter (non-discrimination and equality between men and women) in order to safeguard the equal treatment of individuals that were represented by the union.¹⁸¹ Moreover, in the *El Pais* case, the protection of the freedom to receive information for individuals was the main concern for the applicant, newspaper *El Pais*.¹⁸² It was accused of violating the rights to privacy and data protection, since it digitised and publicly disclosed its archives on the internet. The archives contained items that damaged the reputation of certain individuals. The court was asked to summon *El Pais* to remove this data from the internet. The court granted this appeal to that extent that the newspaper could be forced to remove specific data on request. It nevertheless followed *El Pais* in its defence that a disproportionate infringement of the freedom of information of the public (individual human beings), as protected by Article 11 of the Charter, would be implied if *El Pais* had to remove this data on its own initiative.

The protection of the own interests of a private legal entity can be seen in a 2017 ruling of the *Tribunal Supremo*.¹⁸³ An electronics company invoked Articles 20 and 21 of the Charter (equality before the law and non-discrimination) in order to fight the tax rates it had to pay. According to the company, these rates were discriminatory.

178 Ibid.

179 See e.g. STS 2718/2016, 9 June 2016, ECLI: ES:TS:2016:2718, in which the Public Prosecutor invoked the ECHR for an individual.

180 Researchers entered the term ‘Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea’ in the publicly available case law database: <http://www.poderjudicial.es/search/>. This resulted in a database where the Charter was mentioned 203 times between 1 January 2015 and 31 December 2017. Cases before the *Tribunales Superior de Justicia* (the Supreme Courts that deal with cases of the ‘comunidades autónomas’) have not been reviewed.

181 STS 84/2017, 1 January 2017, ECLI:ES:TS:2017:84.

182 STS 4132/2015, 15 October 2015, ECLI:ES:TS:2015:4132.

183 STS 3000/2017, 18 July 2017, ECLI:ES:TS:2017:3000.

There have been no cases in which public authorities have claimed the protection of the Charter for defending their own interests.¹⁸⁴ Again, however, this does not alter the fact that, in theory, nothing can prevent public authorities from claiming Charter protection for their own interests due to the principle of equality of arms.

2.6.5 Poland

2.6.5.1 *Polish Constitution*

Fundamental rights and liberties are listed in Chapter II (Articles 30-86) of the Constitution of the Republic of Poland. According to Article 8 of the Constitution, these fundamental rights shall apply directly before the Polish courts.¹⁸⁵ The general opinion in Polish legal doctrine is that individuals as well as private legal entities can make use of this applicability.¹⁸⁶ This opinion is also manifested in case law. Polish courts allow private legal entities to invoke constitutional rights both to protect their own economic interests and to protect the rights of the individuals inside the legal entity. As regards the first interest, mostly the right to property (Article 64 of the Constitution) is invoked. In 2015, for example, UPC (a limited liability company active in the field of internet communication) successfully complained against legislation affecting its constitutional right to property.¹⁸⁷ UPC violated copyrights of the Polish Filmmakers Association, and, according to the Act on Copyright and Related Rights, it had to pay a large remuneration for this infringement.¹⁸⁸ UPC argued that this payment demand constituted a disproportionate interference in its property rights. The Constitutional Tribunal agreed and decided that Articles 64 (right to property) and 31(3) (limitation of rights) of the Constitution had been violated.

The fundamental rights of individuals were protected in a case in 2015 before the Constitutional Court.¹⁸⁹ Trade union *Solidarność* (a private legal entity) contended that the exclusion in the Labour Code of the possibility for members of the civil service corps to conclude collective labour agreements was a violation of the right to the freedom of association as protected in Article 59(2) and (4) of the Constitution. With this complaint, *Solidarność* wanted to protect the interests of the individual members of the civil service corps. The Constitutional tribunal acknowledged the claim to the freedom of association, but it found that there was no violation of this right.

184 In six of the cases under study, the Public Prosecutor made an appeal to the Charter. This was, however, always to protect the interest of the suspect or the convicted person. See e.g. STS 4719/2015, 18 November 2015, ECLI:ES:TS:2015:4719.

185 With regard to the application of constitutional fundamental rights, in the Polish justice system, the common courts (ultimate appeal at the Supreme Court), the administrative courts (ultimate appeal at the Supreme Administrative Court) and the Constitutional Tribunal (Arts. 173-201 of the Constitution) must be mentioned. The common courts have general competence on fundamental rights issues (e.g. penal law, civil law, labour law). The administrative courts decide on the constitutional conformity of administrative decisions. The Constitutional Tribunal decides on matters concerning the constitutionality of statutes and international agreements and constitutional complaints of persons (and private entities).

186 Bosek 2016, p. 762.

187 Constitutional Tribunal SK 32/14, 23 June 2015.

188 Art. 79(1), point 3, lit. b of the Act of 4 February 1994 on Copyright and Related Rights (Journal of Laws of 2006 No. 90, item 631).

189 Constitutional Tribunal K 5/15, 17 November 2015.

As regards public authorities, certain bodies with a quasi-public status (semi-public authorities) are allowed to invoke constitutional rights to protect individuals. This applies, for example, to the Jewish Religious Communities.¹⁹⁰ In a case rendered in 2015, the Constitutional Tribunal made it clear that these communities can invoke the freedom of religion (Article 53 of the Constitution) to fight legislation that prohibits their ritual slaughter rites.¹⁹¹ As a result of this judgment, the religious rituals of Jewish individuals were protected. Furthermore, it is not uncommon in Poland that local governments (e.g. municipalities) can claim the protection of the Constitution in order to serve their economic property interests. This was at stake, for example, in a case before the Supreme Administrative Court in which the capital city Warsaw could invoke Article 45 of the Constitution (right to access to court) to complain against a decision of the Mazovia Governor concerning a building permit.¹⁹²

2.6.5.2 Polish application of the ECHR

Since Poland ratified the ECHR in 1992, it has been a part of the Polish legal order. It can be directly invoked before the Polish courts (Articles 9 and 91 of the Constitution). The ECHR is applied regularly; not only with respect to individual affairs, but also with respect to the affairs of private legal entities. Sometimes these entities invoke the ECHR to protect the individual fundamental rights of human beings inside the entity. In this respect, the aforementioned *Solidarność* case can be referred to. Here, the ECHR protection of the freedom of assembly and association (Article 11 of the ECHR) was also invoked by the trade union.¹⁹³ Furthermore, private legal entities can make appeals to the ECHR to protect their own economic interests. This happened, for example, in a case before the Court of Appeal of Warsaw in 2015.¹⁹⁴ A limited liability company invoked the ECHR to annul an order placed on it to pay a fine for not living up to the obligations of a lease agreement. Although the court did not go along with the company's demand, it did accept the applicability of the ECHR as such.¹⁹⁵

In addition to private legal entities, public authorities seem to be able to invoke the ECHR. First of all, this is possible in order to protect the interests of individuals. An illustrative example is a case from May 2014, in which the Court of Częstochowa (a public entity) invoked Article 6 of the ECHR to fight a decision of the Court of Katowice to exclude a judge (working for the Court of Częstochowa) from a case.¹⁹⁶ The reason for this exclusion was that the judge had unnecessarily delayed proceedings since he aimed to present questions to the Constitutional Tribunal before giving a judgment. It

190 The status of Jewish Religious Communities is regulated in the statute on the relations between the State and the Religious Jewish Communities in the Republic of Poland, Official Journal 'Dziennik Ustaw', 1997, No. 41 item 251. The term 'communities' must be understood in the meaning of 'Qahal', the Jewish term corresponding to autonomous and self-governing communities. These communities have a significant degree of autonomy. The legislation criticised was Art. 34 (1) of the statute of 21 August 1997 on the protection of animals (Journal of Laws of 2003 No. 106, item 1002, as later amended).

191 Constitutional Tribunal P 34/13, 24 February 2015.

192 Supreme Administrative Court (NSA) II OSK 3270/17, 11 January 2018.

193 See Constitutional Tribunal K 5/15, 17 November 2015.

194 Court of Appeal of Warsaw VI ACa 1321/14, 26 May 2015.

195 Ibid.

196 District Court of Częstochowa IV U 1663/10, 29 May 2014.

was held that the questions were useless and therefore the judge was dismissed from the case. The Court of Częstochowa asserted that the removal of the judge interfered with the requirement of the independence of the judge while adjudicating, and invoked amongst others Article 6 of the ECHR. By virtue of this appeal the Court of Częstochowa protected the interest of the individual judge who had been removed from the case.

Case law further demonstrates that public authorities are allowed to make an appeal to the ECHR in order to protect their own (economic or legal) interests. In this regard, it can be mentioned that local governments (municipalities) are not only able to invoke the Constitution, but they can also invoke the ECHR to protect their property rights.¹⁹⁷ In addition, public hospitals (which are regarded as public entities) have been able to rely on the ECHR in proceedings against national health funds for their own economic interests. A striking example of this is a case before the Court of Appeal of Wrocław in 2013.¹⁹⁸ In this case, the Public Hospital of Wrocław was able to claim the protection of Article 2 of the ECHR (right to life) in order to demand more money from a national health fund than had previously been agreed.¹⁹⁹

2.6.5.3 *Polish application of the Charter*

Also in Poland, a systematic case law review has been carried out to draw conclusions on the use of the Charter before the Polish courts. In this Polish review, some cases were analysed that technically speaking fell outside the agreed research scope, i.e., rulings of *lower courts* and rulings *before* 1 January 2015. As the country rapporteur of Poland provided some of these cases to explain the application of the Charter in Poland, contrary to the analyses with regard to the Netherlands, Portugal and Spain, cases of lower courts and cases handed down before 1 January 2015 are discussed below as well.

As is the case with respect to the Polish Constitution and the ECHR, private legal entities are able to rely on the Charter to protect both the interests of human beings and their own (economic) interests. As regards the latter, Polish case law on abusive consumer contracts is relevant to mention.²⁰⁰ In this case law, it was decided that companies that are accused of using abusive clauses in their consumer contracts and do not have legal means at their disposal to fight these accusations are able to invoke Article 47 of the Charter (right to a fair trial). These claims will ultimately serve the protection of the commercial interests of these companies, since the accusations of using abusive clauses negatively affect the commercial positions of the companies and Article 47 of the Charter claims are aimed at fighting these accusations.²⁰¹

197 See NSA II OSK 3270/17, in which not only an appeal was made to the Constitution, but also to the ECHR.

198 Court of Appeal of Wrocław I Aca 1205/13, 11 December 2013.

199 Ibid. In Poland, national healthcare is financed by means of contracts between the national health funds and hospitals.

200 See e.g. the cases VI Aca 78/15 of 26 April 2017 and the similar case VI Aca 81/15 of 26 April 2017 before the Court of Appeal of Warsaw.

201 Ibid.

The reviewed case law further shows that public authorities are able to make appeals to the Charter. Again, these entities can rely on this instrument to protect the fundamental rights of individuals as well as their own economic interests. To demonstrate these different applications, the case law that was mentioned in order to illustrate the Polish application of the ECHR can be used. In some of these cases, the Charter was namely also invoked. In the *Court of Częstochowa* case, for example, where the Court of Częstochowa wanted to protect one of its judges, Article 47 of the Charter was invoked alongside Article 6 of the ECHR.²⁰² In addition, the case law concerning public hospitals and national health funds shows that public hospitals are not only able to rely on the ECHR to protect their economic interests, but also on the Charter. In this respect, it can be mentioned that in the *Wrocław Hospital* case, the public hospital in Wrocław invoked Article 35 of the Charter (right to health care) along with Article 2 of the ECHR in order to gain more money from the health fund.²⁰³

2.6.6 National application v CJEU and ECtHR application

The personal scope application of the Charter and the ECHR by the national courts in the selected Member States yield only small differences when compared to the personal scope application of these instruments by the CJEU and the ECtHR.

Concerning the application of the Charter in relation to private legal entities, it is clear that until now the Member States investigated have generally ruled in line with the CJEU. In all Member States private legal entities are allowed to claim the protection of the Charter for their own – legal or financial – interests. This is in conformity with the CJEU's application. As regards the application of the Charter to public authorities, the Netherlands, Portugal and Spain also generally comply with the stance of the CJEU in the sense that in none of these Member States has a public authority been able to make an effective appeal to the Charter in order to protect its own interests. In Spain and Portugal there have been no appeals at all from public authorities to the Charter.²⁰⁴ In the Netherlands, a municipality tried to invoke Article 47 of the Charter in proceedings against another public authority, but the competent court only allowed an appeal to the general EU principle underlying this provision. Only in Poland have the courts given more protection than the CJEU has granted so far. In this country, public authorities have been able to rely on the protection of Charter provisions; not only to protect against harm to individuals (which is in line with the CJEU's position), but also to protect their own interests (which has not been accepted yet by the CJEU).

With respect to the personal scope of the ECHR, in all Member States private legal entities can claim the protection of the ECHR not only for protection against harm to individuals represented in the entity, but also for protection of their own interests. This matches the ECtHR's approach. When it comes to public authorities, in the Netherlands, Portugal and Spain, these authorities have not been able to directly invoke the ECHR in

202 See District Court of Częstochowa, IV U 1663/10, 29 May 2014.

203 See Court of Appeal of Wrocław I Aca 1205/13, 11 December 2013.

204 It must be mentioned, though, that in Spain the equality of arms doctrine before the ordinary courts opens the possibility that public authorities are able to claim the protection of the Charter in theory.

order to protect their own interests. This is similar to the ECtHR's viewpoint. In Spain and Portugal there have been no instances of a public authority invoking the ECHR before a national court for its own interests.²⁰⁵ In the Netherlands, public authorities have made claims to the ECHR, but the courts usually ruled that these entities could not invoke the ECHR provisions or they only applied the ECtHR's case-law by analogy. Poland, however, is an exception to the ECtHR's position. At times, Polish courts have allowed public authorities to invoke the ECHR. In some cases, this was to protect the fundamental rights of individuals, but there were also instances in which a public authority could rely on the ECHR to protect its own economic interests.

Finally, it can be concluded that the personal scope application of the constitutions of the Member States do not add anything significant to the way these Member States apply the ECHR and the Charter. In all Member States, private legal entities are allowed to claim the protection of constitutional fundamental rights before the national courts. They can do so in order to protect against harm to individuals, but also in order to defend their own interests.²⁰⁶ This complies with the way the Member States use the ECHR and the Charter. With regard to public authorities, there are also very few differences. In the Netherlands, public authorities are usually not allowed to invoke constitutional rights before the national courts. This is in line with the approach of the Dutch courts towards the application of the Charter and the ECHR. In Portugal it is argued that special public authorities such as universities are able to invoke constitutional rights in proceedings against other public authorities. However, since no case law has been reviewed in which this actually occurred, it is not possible to state that there is a difference in the Portuguese application of the Constitution on the one side and the Portuguese application of the Charter and the ECHR (which does not provide a possibility for public authorities to make an appeal towards these instruments) on the other side. In Spain, it is theoretically possible that public authorities can invoke constitutional rights for their own interests by virtue of the equality of arms principle. In practice, this rarely occurs. As this theoretic possibility also applies when courts apply the Charter and the ECHR, a difference in application cannot be distinguished. Finally, also in Poland, courts apply the Polish Constitution similarly to the way they apply the Charter and the ECHR. All instruments can be invoked by public authorities, not only to protect the fundamental rights of individual human beings, but also to protect their own interests.

Undoubtedly, what stands out most in this comparison is the fact that the courts in Poland, contrary to the other courts that were investigated in this research, clearly accept that public authorities may invoke fundamental rights to protect their own interests. The Polish country rapporteur explained that this application stems from the rule of law, according to which the Republic of Poland is ruled (Article 2 of the

205 Although again, the equality of arms principle in Spain provides the possibility that public authorities are not excluded from claiming the protection of the ECHR before the ordinary courts in the future.

206 Although in the Netherlands, the protection of the latter interest is not yet apparent since there are few constitutional rights suitable for invocation to serve these interests. When more suitable provisions are included (i.e. right to fair trial), however, it can be assumed that private legal entities may invoke them to serve their own interests.

Constitution).²⁰⁷ Thus, in Poland, it appears that the rule of law does not only require that public authorities *rule on the basis of law*, but also requires public authorities *to apply the law (fundamental rights)* to fulfil their mission.

2.7 CONCLUSION

The personal scope of the Charter still has to be defined by the CJEU. The question of whether, and if so under what circumstances, private legal entities and public authorities can invoke Charter protection in particular needs to be addressed. It was the aim of this article to provide a detailed examination of the landscape the CJEU will have to take into account when dealing with this matter in the future. This landscape was mapped out using the background and objectives of the EU and the ECHR legal systems, the personal scope application of the Charter as interpreted by the CJEU so far, the personal scope application of the ECHR as interpreted by the ECtHR and the application of fundamental rights (Charter, ECHR and constitutional rights) by the national courts of Member States. Where does the examination of this *umwelt* leave us?

First of all, in the personal scope application of the Charter by the CJEU up to now, the CJEU has decided that certain provisions in the Charter can be relied on by private legal entities. Public authorities, however, have not been able to directly invoke Charter provisions. In the light of the background and objectives of the EU system, there is no reason why the CJEU cannot alter its personal scope application and also explicitly allow public authorities (e.g. Member States) to claim the protection of Charter provisions. However, this is different when one takes the personal scope application of the ECHR as interpreted by the ECtHR as a guiding principle. In line with the CJEU, the ECtHR allows private legal entities to claim the protection of the ECHR for their own interests, but it does not allow public authorities and semi-public authorities to invoke ECHR provisions. Since, however, the objective of the ECHR system differs significantly from the objective of the EU system, this does not have to be a reason for the CJEU to exclude public authorities from invoking Charter provisions for their own interests as well. When, finally, the personal scope application of fundamental rights by the national courts is considered and if the CJEU used this application as a navigator for its own application, it can be concluded that the CJEU should keep allowing private legal entities to make appeals to Charter provisions, but it should exclude public authorities from invoking the Charter for their own interests. All Member States investigated namely grant private legal entities the protection of fundamental rights (Charter rights, ECHR rights and constitutional rights), but most of them exclude public authorities from this possibility. Only Poland is an exception. However, since the CJEU always takes serious notice of the *common practice* in Member States, it is not to be expected that the practice in Poland will be taken as an example.

All things considered, it would appear to correspond to the various elements of the landscape if the Charter was applied to private legal persons; not only when they

²⁰⁷ The Polish country rapporteur is Pasquale Policastro, Professor in Constitutional and EU law at the University of Szczecin.

protect the interests of individuals, but also if their own –legal or economic – interests are at stake. For this, the CJEU does not have to change the current direction taken in its judgments. Conversely, in the case of public authorities, the various elements on the landscape provide some open space for the CJEU to decide whether it should alter its present jurisprudence and explicitly allow public authorities the possibility to directly invoke Charter provisions. The objectives of the EU system do not oppose this. However, the applicability of fundamental rights to public authorities is not in line with the general mindset of the national courts when they apply the Charter (and other fundamental rights). It will be up to the CJEU to decide which element carries the most weight and to establish how the issue of the personal scope of fundamental rights in Europe will develop in the future.

3 Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en... de Grondwet! Een verrijking voor de individuele rechtsbescherming in Nederland?*

3.1 INLEIDING

Op dit moment is het recht op een eerlijk proces niet opgenomen in de Grondwet. In het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) is daarentegen het recht op een eerlijk proces wel verankerd in de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest.

Op 30 mei 2017 stemde de Tweede Kamer in eerste lezing in met het voorstel om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen.¹ Het kabinet Rutte II had dit voorstel ingediend als antwoord op een motie van de Eerste Kamer uit 2012.² Het is nu aan de Eerste Kamer om het voorstel in eerste lezing aan te nemen.

In deze bijdrage wordt aan de orde gesteld in hoeverre de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet van toegevoegde waarde is voor de individuele rechtsbescherming, gelet op bescherming die rechtszoekenden nu al kunnen ontlenuen aan de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. De regering stelt in de memorie van toelichting bij het voornoemde wetsvoorstel dat van deze juridische meerwaarde sprake is, omdat opname in de Grondwet zal zorgen voor een uitbreiding van de situaties waarop het recht op een eerlijk proces voor de rechter ingeroepen kan worden. De bepaling in de Grondwet heeft namelijk een ruimer toepassingsbereik dan de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest.³ Daarnaast zal de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet volgens de regering een legitimatie bieden voor actieve rechtsvorming door de rechter en de wetgever. Deze actieve rechtsvorming zal leiden tot meer rechtsbescherming.⁴ Naast juridische meerwaarde benadrukt de regering ook de belangrijke symbolische functie van het wetsvoorstel. Deze symboolfunctie houdt in dat met de opname van het recht op een eerlijk proces aan burgers getoond wordt dat de grondwetgever het van

* Dit artikel is oorspronkelijk gepubliceerd in *TvCR* 2018/1 (M.M. Julicher, M.M. Julicher, 'Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en...de Grondwet!', *TvCR* 2018/1). De inhoud is voltooid in november 2017.

1 *Handelingen II* 2016/2017, 34517, nr. 80, item 10.

2 *Kamerstukken I* 2011/12, 31570, C (Motie Lokin-Sassen, 7 februari 2012); In deze motie heeft de Eerste Kamer, naar aanleiding van het rapport van de staatscommissie Grondwet uit 2010 (Rapport staatscommissie Grondwet 2010) de regering opgeroepen een algemeen recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen. Zie voor nadere informatie over de achtergrond van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Van den Eijnden & Van Sasse van Ysselt 2017, p. 120-121.

3 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 3-4 en 17; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 60-62.

4 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4, 9 en 31.

groot belang vindt dat de waarborgen van een eerlijk proces worden gegarandeerd. Het wetsvoorstel kan zo bijdragen aan meer vertrouwen van de burger in de Nederlandse rechtsstaat en rechtsspraak.⁵ Nu deze symboolfunctie losstaat van de vraag of het wetsvoorstel zorgt voor een verruiming van de rechtsbescherming, wordt hieraan in deze bijdrage verder geen aandacht besteed.

In dit artikel wil ik de veronderstellingen van de regering over *de juridische toegevoegde waarde* nuanceren. Besproken zal worden dat van een reikwijdteverandering in de praktijk geen sprake lijkt te zijn. Wel zal de nieuwe grondwetsbepaling, zoals de regering betoogt, een legitimatie bieden om actiever recht te vormen. Te verwachten is dat de rechter hierdoor minder terughoudend zal zijn en meer rechtsbescherming zal bieden.

Voorafgaand aan deze bespreking zijn drie opmerkingen van belang. Allereerst moet benadrukt worden dat de focus in dit artikel ligt op de toegevoegde waarde van het nieuwe artikel in de Grondwet ten opzichte van specifiek de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. Gekozen is voor een focus op deze artikelen, omdat de regering in de memorie van toelichting ook ingaat op deze artikelen; de ‘bepaalde’ bescherming van het EVRM en het Handvest wordt namelijk als een belangrijke reden opgevoerd om tot grondwettelijke bescherming over te gaan.⁶

Verder is van belang te noemen dat het onderwerp van deze bijdrage, de meerwaarde van een grondwettelijk recht op een eerlijk proces, eerder centraal heeft gestaan, in verkennend onderzoek ter voorbereiding op het werk van de Staatscommissie Grondwet van De Lange, Leeuw & Mevis,⁷ in verkennend onderzoek ter voorbereiding op het werk van de Staatscommissie Grondwet van Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards,⁸ en in het proefschrift van Bas Leeuw.⁹ Wat kan deze bijdrage nog toevoegen? Allereerst is in de genoemde onderzoeken vooral onderzoek gedaan naar de meerwaarde ten opzichte van het EVRM. Toegevoegde waarde ten opzichte van het Handvest is niet of niet uitgebreid aan de orde gekomen. In deze bijdrage wordt dit aspect uitgebreider besproken. Ook bevat de aangestipte literatuur nog een zekere mate van speculatie. De formulering, inhoud en plaats van de bepaling waarin het recht op een eerlijk proces zou worden opgenomen waren ten tijde van deze onderzoeken nog niet bekend. Nu er een wetsvoorstel is ingediend zijn deze aspecten wel bekend en kunnen aan de hand van een concrete bepaling gericht conclusies worden getrokken. Als laatste worden in dit artikel conclusies getrokken voor het gehele Nederlandse recht. In het eerste en het laatste onderzoek stond daarentegen specifiek de meerwaarde van een grondwettelijke recht op een eerlijk proces voor het Nederlandse *strafrecht* centraal.

Tot slot nog een verheldering van wat in deze bijdrage wordt bedoeld als gesproken wordt over ‘het recht op een eerlijk proces’. Ik onderscheid als hoofdelementen het recht op toegang tot de rechter, het recht op behandeling van een zaak binnen een redelijke

5 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 7; Leeuw 2013, p. 200.

6 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 16-17.

7 De Lange, Leeuw & Mevis 2009.

8 Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009.

9 Leeuw 2013.

termijn, het recht op een onpartijdige en onafhankelijke rechter en het recht op ‘equality of arms’ (wapengelijkheid). De term ‘het recht op een eerlijk proces’ wordt gebruikt als overkoepelende term voor deze elementen. Verschillende auteurs onderscheiden ook andere elementen als apart onderdeel van het recht op een eerlijk proces, zoals het recht op rechtsbijstand of het waarborgen van de rechten van de verdediging. Mijns inziens zijn deze andere elementen altijd onder te brengen bij een van de door mij onderscheiden hoofdelementen.¹⁰ Ik noem deze rechten daarom niet als aparte deelelementen van het recht op een eerlijk proces.

3.2 FORMULERING EN PLAATS VAN HET WETSVORSTEL

Formulering

Het wetsvoorstel strekt tot het toevoegen van de volgende bepaling aan de Grondwet:

‘Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter’.

Deze bepaling zal het eerste lid van het nieuwe artikel 17 Grondwet gaan vormen. Het zal daarmee de ‘ius de non evocando’-bepaling (‘niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent’) uit het huidige artikel 17 Grondwet aanvullen.

Eerder adviseerde een meerderheid van de Staatscommissie Grondwet het recht op een eerlijk proces als volgt te formuleren: ‘ieder wiens door het recht beschermde belangen worden getroffen heeft recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter’.¹¹ Met de term ‘beschermde belangen’ zou het recht op een eerlijk proces zich uitstrekken over een ruimer scala aan situaties dan nu het geval is met artikel 6 EVRM. Met name rechtsbescherming tegen de overheid zou hierdoor meer dan nu het geval is gewaarborgd worden.¹² De regering heeft echter, samen met een minderheid van de Staatscommissie, gekozen voor een formulering die meer aansluit bij de tekst van artikel 6 EVRM. Reden hiervoor is dat zo wordt aangesloten bij begrippen die in de rechtspraak al vertrouwd zijn. Zo zal een goede toepassing van de grondwettelijke bepaling worden vergemakkelijkt.¹³ Omdat in de nieuwe bepaling in algemene zin sprake is van ‘rechten en verplichtingen’, en niet, zoals in artikel 6 EVRM, van ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ wordt met het nieuwe artikel in de Grondwet tevens een algemene werking van het recht op een eerlijk proces bereikt.¹⁴

¹⁰ Zo vloeit rechtsbijstand logisch voort uit het recht op toegang tot de rechter (kosteloze rechtsbijstand) en het recht op ‘equality of arms’, Vgl. ook EHRM 9 oktober 1979, NJ 1980, 376 (*Airey t. Ierland*). Ook het waarborgen van de rechten van de verdediging is onderdeel van het recht op ‘equality of arms’.

¹¹ Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 63-64.

¹² Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 63.

¹³ *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 18-19.*

¹⁴ *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 18-19.*

Plaats

De nieuwe bepaling zal een plaats krijgen in hoofdstuk 1 van de Grondwet. Deze plaats wordt bepaald door het doel van het wetsvoorstel. Dat behelst het vestigen van een grondrecht dat de burger kan invoeren tegenover de rechter.¹⁵ Het grondrechtelijk karakter van de bepaling past volgens de regering bij andere bepalingen die in hoofdstuk 1 staan geformuleerd. Ook sluit plaatsing in hoofdstuk 1 aan bij de plaatsing van het recht op een eerlijk proces in internationale grondrechtendocumenten.¹⁶

Er zijn ook argumenten voor het plaatsen van deze bepaling in hoofdstuk 6 van de Grondwet. Het recht op een eerlijk proces kan namelijk gezien worden als opdracht aan de rechter om in alle zaken die aan hem worden voorgelegd een eerlijk proces te waarborgen.¹⁷ Ook kan het artikel worden gezien als instructienorm aan de wetgever om te zorgen voor een systeem waarin het recht op een eerlijk proces kan worden gewaarborgd.¹⁸ Dan ligt plaatsing in het hoofdstuk over de rechtspraak meer voor de hand. Daarbij is de aard van het recht op een eerlijk proces verschillend van de andere klassieke grondrechten die in hoofdstuk 1 staan genoemd. Dit zijn namelijk afweerrechten die direct invoerbaar zijn voor de rechter. Het recht op een eerlijk proces is geen afweerrecht en zal als gezegd nadere uitwerking in wetgeving behoeven.¹⁹

De regering heeft uiteindelijk niet gekozen voor plaatsing in hoofdstuk 6 van de Grondwet, omdat zij het van belang acht dat met opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet de inrichting van de rechterlijke organisatie zoals vormgegeven in hoofdstuk 6 niet wordt gewijzigd. Ook komt het belang van het grondrechtelijke karakter van de bepaling dan niet voldoende naar voren.²⁰ Nu echter uit het vervolg van deze bijdrage zal blijken dat de toegevoegde waarde van dit wetsvoorstel voornamelijk ligt in legitimatie voor toekomstige rechtsvorming, is deze keuze dubieus te noemen. De nieuwe grondwetsbepaling zal namelijk niet direct meer rechtsbescherming kunnen bieden aan burgers. Dat kan pas als de rechter en de wetgever actief gaan rechtsvormen. De grondwetsbepaling is daarmee vooral op te vatten als opdracht aan de rechter en wetgever. Zo bezien zou een keuze voor plaatsing in hoofdstuk 6 meer voor de hand liggen dan plaatsing in hoofdstuk 1.

3.3 HET TOETSINGSVERBOD EN HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES IN DE GRONDWET

Wie de memorie van toelichting van het voorliggende wetsvoorstel bestudeert, ziet dat het grondwettelijke recht op een eerlijk proces bijna gepresenteerd wordt als panacee dat de beperkingen van het huidige internationale grondrechteninstrumentarium zomaar kan wegnemen. Voorbij lijkt te worden gegaan aan het feit dat de Grondwet zelf ook

15 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 8.

16 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 10.

17 Leeuw 2013, p. 214; *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4 en 9.

18 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4 en 9; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 62.

19 Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 62.

20 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 10.

een vergaande beperking kent: het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Omdat procesrechtelijke normen vaak zijn vormgegeven in wetten in formele zin,²¹ wordt door verschillende adviesinstanties de vraag opgeworpen of de veronderstelde aanvullende rechtsbescherming niet feitelijk een wassen neus is.²²

Met de regering ben ik van mening dat de soep zo heet niet gegeten wordt.²³ Het grondwettelijke recht heeft ook betekenis zonder dat er iets verandert aan het huidige toetsingsverbod. Grondrechten kunnen namelijk ook een belangrijke rol spelen zonder dat wetten in formele zin rechtstreeks worden getoetst. Zo kunnen grondrechten door de rechter worden gebruikt bij de invulling van open normen in wetgeving door deze normen grondwetconform uit te leggen.²⁴ In dat kader stelt De Graaff dat de Hoge Raad regelmatig de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gebruikt om grondrechtelijke belangen te beschermen.²⁵ Het nieuwe grondwetsartikel kan voor deze praktijk inspiratie bieden. Verder bevat het procesrecht veel discretionaire bevoegdheden en kaderwetgeving. Het procesrecht laat daarmee ruimte aan lagere wetgevers om procesrechtelijke normen uit te werken.²⁶ De lagere regelgeving mag wel getoetst worden aan de Grondwet en dus ook aan het nieuwe artikel 17 van de Grondwet. Kortom, het toetsingsverbod zal de meerwaarde van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces dus niet in de weg hoeven staan.²⁷

3.4 REIKWIJDTE

3.4.1 Reikwijdte *ratione materiae*

Inleiding

De regering stelt in de toelichting dat de nieuwe bepaling in de Grondwet op meer situaties van toepassing is dan het EVRM en het Handvest. Daarom zal de rechtsbescherming

21 Zo is het bestuursprocesrecht voornamelijk afkomstig uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb), zijn voorschriften voor het strafproces opgenomen in het Wetboek van Strafvordering (Sv) en zijn de normen voor civiele procedures vormgegeven in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvorming (Rv). Dit zijn allen wetten in formele zin.

22 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 9. Onder meer het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten en de Raad voor de Rechtspraak hebben erop gewezen dat het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet pas echt effect teweeg kan brengen als het toetsingsverbod wordt opgeheven. Zie Advies Raad voor de Rechtspraak 2014, p. 6-7 en Advies NJCM 2014, p. 2.

23 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 9.

24 Kortmann 2016, p. 377-378; Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2014, p. 139; De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 14-16. Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 36.

25 De Graaff 2016.

26 Advies Raad voor de Rechtspraak 2014, p. 6-7. Een wet die de rechter veel discretionaire bevoegdheden geeft is de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Zie bijvoorbeeld de artt. 8:46 – 8:51a Awb.

27 Wellicht zou het voorliggende wetsvoorstel zelfs een stimulans kunnen zijn voor de rechter om het toetsingsverbod, dat nu in jurisprudentie ruim wordt uitgelegd (HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248 *Prof. Van den Bergh* en HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 *Harmonisatiewet arrest*), minder ruim te gaan interpreteren. In het vervolg van deze bijdrage wordt namelijk besproken dat dit wetsvoorstel kan worden opgevat als een legitimatie aan de rechter om over te gaan tot actieve rechtsvorming. Deze legitimatie kan de ondergeschikte rol van de rechter in de verhouding tussen rechter en wetgever op het gebied van rechtsvorming veranderen. Gevolg zou kunnen zijn dat de rechter zich gerechtigd voelt om bijvoorbeeld sneller aan fundamentele rechtsbeginselen te toetsen dan nu het geval is (*Harmonisatiewet arrest*).

van de burger verruimd worden. Mijns inziens moet deze stelling genuanceerd worden. De nieuwe bepaling in de Grondwet zal de facto namelijk niet veel toevoegen aan de situaties waarop burgers zich met behulp van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest op het recht op een eerlijk proces kunnen beroepen. Om dit standpunt te illustreren wordt hieronder de reikwijdte *ratione materiae* van het recht op een eerlijk proces in respectievelijk het EVRM, het Handvest en de Grondwet uiteengezet.

Artikel 6 EVRM

Het recht op een eerlijk proces is in het EVRM primair vastgelegd in artikel 6. Dit artikel is alleen van toepassing als sprake is van geschillen over een ‘criminal charge’ (‘strafvervolgning’) of van geschillen over de vaststelling van ‘civil rights and obligations’ (‘burgerlijke rechten en verplichtingen’).²⁸

Om te bepalen of sprake is van een ‘criminal charge’ moeten de zogenaamde ‘Engel’ of ‘Öztürk’-criteria worden aflopen.²⁹ Deze criteria luiden als volgt: (1) hoe is de overtreding naar nationaal recht geclassificeerd? (2) wat is de aard van de overtreding? (3) wat is de aard en ernst van de opgelegde sanctie? Ten aanzien van de eerste voorwaarde geldt dat als de overtreding in nationaal recht onder het stafrecht valt, er zonder meer sprake is van een strafvervolgning in de zin van artikel 6 EVRM. Bij de tweede voorwaarde is de vraag of de overtredingsnorm tot alle burgers is gericht en de sanctie tot doel heeft om af te schrikken en te straffen. Ten aanzien van de derde voorwaarde geldt dat ook als de norm tot slechts enkele groepen is gericht, maar de sanctie buitengewoon zwaar is, de norm kan worden aangemerkt als strafvervolgning.³⁰ Het eerste criterium is slechts een startpunt, maar zowel het tweede als het derde criterium kan op zichzelf maken dat sprake is van een strafvervolgning. Zodoende kunnen ook bestuurlijke sancties onder de bescherming van artikel 6 EVRM vallen.³¹

Hoewel het EHRM de term ‘civil rights and obligations’ ruim uitlegt,³² is er alsnog een aanzienlijk aantal geschillen dat door deze term buiten de toepassing van artikel 6 EVRM blijft.³³ Zo vallen geschillen over belastingprocedures, daar waar die geschillen gaan over de (on)verschuldigdheid van belastingen, niet onder de bescherming van artikel 6 EVRM.³⁴ Fiscale boetes kunnen hier wel onder vallen.³⁵ Verder worden geschillen met betrekking tot de toelating, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen uitgesloten.³⁶

28 Zie art. 6 lid 1 EVRM.

29 EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71 (*Engel e.a. t. Nederland*), r.o. 82; EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk t. Duitsland*), r.o. 50, 53.

30 *Engel e.a. t. Nederland*, r.o. 82; *Öztürk t. Duitsland*, r.o. 50, 53.

31 *Öztürk t. Duitsland*, r.o. 50, 53; Deze sancties moeten wel een punitief karakter hebben en mogen niet zuiver reparatoir van aard zijn.

32 Guide Article 6 ECHR 2013, p. 9-12.

33 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de geschillen waarop artikel 6 EVRM niet van toepassing is onder meer Viering 1994; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 130-131; Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 214 en Guide Article 6 ECHR 2013, p. 12-13.

34 EHRM 12 juli 2011, nr. 44759/98 (*Ferrazzini t. Italie*).

35 EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila t. Finland*).

36 EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98 (*Maaouia t. Frankrijk*); EHRM 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 4651/99 (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*) en EHRM 13 oktober 2009, nr. 11230/07, (*Panjeheighalehei t. Denemarken*).

Ook geschillen betreffende ambtenaren kunnen buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen.³⁷ Bovendien worden politieke rechten niet altijd gezien als burgerlijke rechten in de zin van artikel 6 EVRM. Het gaat dan bijvoorbeeld om het recht voor politici om zich verkiesbaar te stellen³⁸ en het recht voor een politieke partij om politieke activiteiten te kunnen uitoefenen.³⁹ Als laatste vallen geschillen waarin het recht op toegang tot overheidsinformatie (openbaarheid van bestuur) aan de orde wordt gesteld buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM.⁴⁰

In Nederland is de beperking tot ‘civil rights and obligations’ minder van belang. Sinds enkele jaren past de Nederlandse rechter namelijk ook op geschillen die buiten artikel 6 EVRM vallen – vreemdelingenprocedures,⁴¹ geschillen in het niet-punitieve belastingrecht,⁴² procedures omtrent openbaarheid⁴³ de EHRM- eisen toe. Deze uitgebreide toepassing wordt gemotiveerd met een beroep op de beginselen waarop de vereisten van artikel 6 EVRM zijn gebaseerd. Zo wordt het rechtszekerheidsbeginsel ingeroepen om het stellen van redelijke termijneisen (zoals deze volgen uit artikel 6 EVRM) te motiveren.⁴⁴ Het beginsel van een eerlijk proces wordt aangehaald om waarborgen van het recht op ‘equality of arms’ toe te passen.⁴⁵ Deze beginselen liggen ten grondslag aan artikel 6 EVRM, maar gelden volgens de Nederlandse rechter eveneens binnen de nationale rechtsorde, los van artikel 6 EVRM.⁴⁶ Deze redenering kan worden doorgetrokken naar alle geschillen die buiten de reikwijdte van het EVRM vallen, ook al heeft de rechter zich nog niet specifiek over al deze geschillen uitgesproken. Het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van het recht op een eerlijk proces kunnen immers ook in die geschillen worden toegepast.

Artikel 47 Handvest

In het Handvest wordt het recht op een eerlijk proces primair beschermd in artikel 47 lid 2. Deze bepaling is in tegenstelling tot artikel 6 EVRM wel van toepassing op alle rechtsgebieden. Dit recht kent echter een beperking van een andere aard. Artikel 51 lid 1 Handvest bepaalt dat burgers in lidstaten van de Europese Unie zich alleen

37 EHRM 19 april 2007, nr. 63235/00 (*Eskelinen e.a. t. Finland*), r.o. 62.

38 EHRM 21 oktober 1997, nr. 24194/94 (*Pierre-Bloch t. Frankrijk*).

39 EHRM 3 oktober 2000, nrs. 42340/98, 41342-44/98 (*Refah Partisi en anderen t. Turkije*).

40 EHRM 14 april 2009, nr. 11721/04 (*Geraguyn Khorhurd Patgamavorakan Akumb v. Armenia*). Voor Nederland zou dit betekenen dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op procedures ingevolgde de Wet openbaarheid van bestuur, zie ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1567. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft dit standpunt echter gerelativeerd in ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547. Zie voor deze relativering het vervolg van deze paragraaf.

41 ABRvS 3 december 2008, *AB 2009*, 70, m. nt. Barkhuysen & Van Emmerik; ABRvS 17 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI2283.

42 HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5087.

43 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547. Zie ook *AB 2015/69* m. nt. Barkhuysen & Van Emmerik en Barkhuysen & Den Ouden 2015.

44 ABRvS 3 december 2008, *AB 2009*, 70, m. nt. Barkhuysen & Van Emmerik; ABRvS 17 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI2283; HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5087.

45 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547, *AB 2015/69* m. nt. Barkhuysen & Van Emmerik en Barkhuysen & Den Ouden 2015.

46 Zie voor een overzicht van jurisprudentie en literatuur inzake deze kwestie de annotatie van Barkhuysen & Van Emmerik bij EHRM 26 oktober 2000, nr. 3021/96 (*Kudla t. Polen*) in Barkhuysen & Van Emmerik 2016, p. 416-420.

op het Handvest kunnen beroepen als het gaat om een handeling van een lidstaat die EU-recht 'implementeert'. In het arrest *Åkerberg Fransson* heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) verduidelijkt dat 'implementatie' in dit geval betekent dat het Handvest geldt voor alle situaties waarin lidstaten 'handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht'.⁴⁷ Deze overweging houdt in dat op het moment dat er EU-recht van toepassing is, de grondrechten uit het Handvest ook toepassing moeten vinden: '[E]r [kunnen] geen gevallen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat d[e] grondrechten [uit het Handvest] toepassing vinden'.⁴⁸ Dit betekent niet dat zomaar elke link met het Unierecht volstaat om het Handvest te mobiliseren. Er moet een zekere mate van verband bestaan tussen de nationale maatregel en het Unierecht. Dat verband moet verder gaan dan 'het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere'.⁴⁹ Nagegaan moet daarom worden of de nationale maatregel en het toepasselijke Unierecht qua oogmerk, doelstellingen en aard overeenkomen.⁵⁰ Het is onvoldoende dat de maatregel binnen een gebied valt waarop de Unie over bevoegdheden beschikt.⁵¹

Concreet betekent het voorgaande dat het Handvest in de volgende drie situaties door burgers kan worden ingeroepen:⁵² de situatie waarin lidstaten (meestal secundair) EU-recht implementeren (situatie 1),⁵³ de situatie waarin lidstaten beroep doen op een uitzonderingsgrond uit het EU-recht om een nationale handeling die een beperking vormt op de verkeersvrijheden of het EU-burgerschap te rechtvaardigen (situatie 2)⁵⁴ en de situatie waarin de effectuering, sanctionering of handhaving van het Unierecht aan de orde is, ook al is deze situatie niet specifiek gereguleerd in het Unierecht in de zin dat deze situatie binnen de procedurele autonomie van lidstaten valt (situatie 3).⁵⁵

Als wordt gekeken naar de letterlijke tekst van artikel 47 Handvest, dan lijkt er ook nog een artikelspecifieke reikwijdtebeperking aan deze bepaling te kleven. Het artikel stelt namelijk dat iemand pas recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte als er sprake is van een daadwerkelijke schending van 'de rechten en vrijheden die door het

47 HvJ 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, *AB 2013/131 (Åkerberg Fransson)*, m. nt. Widdershoven. In recentere arresten hanteert het Hof de formulering 'handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht', zie bijvoorbeeld HvJ EU 30 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*).

48 *Åkerberg Fransson*, r.o. 21; Zie voor een overzicht over het toepassingsgebied van het Handvest Van Bockel & Wattel 2013, p. 4, 7; Sarmiento 2013 en De Mol 2016.

49 HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Sragusa*), r.o. 24.

50 Idem, r.o. 25.

51 HvJ EU 20 juli 2014, C-198/13 ECLI:EU:C:2014:2055 (*Hernandez*), r.o. 36. Zie ook HvJ EU 15 september 2011, C483/09 en C1/10, ECLI: EU:C:2011:583 (*Gueye en Salmerón Sánchez*), r.o. 55, 69 en 70, en HvJ EU 27 november 2012, C370/12, ECLI: EU:C:2012:756, (*Pringle*), r.o. 104, 105, 180 en 181.

52 Annotatie van Barkhuysen & Widdershoven bij *Åkerberg Fransson* in Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 636-638; Jans e.a. 2011 p. 124-125; Punt 18 in de annotatie van Widdershoven bij *Toma* (AB 2016/321).

53 Widdershoven noemt dit ook wel de 'agent-situatie'. Deze categorie beslaat veel sub-situaties. Het kan gaan om de omzetting, het nader uitwerking geven aan en de toepassing van (secundair) Unierecht. Ook nationale handelingen die uitvoering geven aan een door het EU-recht verleende discretionaire bevoegdheid vallen onder deze categorie. Zie HvJ EU 22 oktober 2013, C-276/12, ECLI:EU:C:2013 :678 (*Sabou*), r.o. 4-43 en HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11, ECLI:EU:2012:776 (*O. en S.*), r.o. 77. Zie ook Jans e.a. 2011, p. 124 en De Mol 2016, p. 651.

54 Zie bijvoorbeeld de zaak HvJ EU 26 juni 1997, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 (*Familiapress*).

55 Deze situatie was aan de orde in de zaak *Åkerberg Fransson*. Widdershoven noemt deze situaties ook wel de 'remedial context' van de situaties 1 en 2, zie Widdershoven 2014, p. 8.

Unierecht gewaarborgd worden'. Betekent dit nu dat eerst aangetoond moet worden dat er sprake is van een 'EU-recht of vrijheid' voor men zich kan beroepen op 47 Handvest? Dat zou het beroep op artikel 47 Handvest erg compliceren. Het Handvest bevat namelijk ook bepalingen die geen rechten of vrijheden, maar 'beginselen' omvatten.⁵⁶ Het Hof heeft zich recentelijk over deze kwestie uitgesproken in de zaak *Berlioz*.⁵⁷ Het Hof stelt dat er geen sprake hoeft te zijn van concrete rechten of vrijheden wil men een beroep kunnen doen op artikel 47 Handvest. Het is voldoende als is voldaan aan de vereisten van het eerste lid van artikel 51 Handvest.⁵⁸

Artikel 17 Grondwet

De voorgestelde formulering van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet lijkt erg op artikel 6 lid 1 EVRM. Wil iemand zich kunnen beroepen op de grondwettelijke bepaling dan moet er sprake zijn van een geschil over de vaststelling van 'rechten en verplichtingen' of van een geschil over een 'strafvervolging'. Belangrijk verschil met het eerste lid van artikel 6 EVRM is dat de toepasbaarheid van deze bepaling niet is beperkt tot geschillen over de vaststelling van *burgerlijke* rechten en verplichtingen. De toepassing van artikel 17 Grondwet wordt daarmee niet beperkt tot geschillen binnen bepaalde rechtsgebieden zoals wel het geval is bij artikel 6 EVRM. Blijkens de memorie van toelichting hangt de vraag of sprake is van 'rechten en verplichtingen' uiteindelijk af van het feit of iemand 'op verdedigbare gronden kan betogen dat het door hem ingeroepen recht door het nationale recht wordt erkend'.⁵⁹ Dit is meestal niet het geval als aan de nationale rechter of het betrokken bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid wordt toegekend.⁶⁰ Dan is er immers geen sprake van een recht dat kan worden afgedwongen. Wat betreft de vaststelling of sprake is van een 'strafvervolging' wordt geheel aangesloten bij de jurisprudentie van het EHRM: men spreekt van een 'vervolging' in de zin van artikel 17 lid 1 Grondwet als dat volgt uit de genoemde 'Engel' of 'Öztürk'-criteria.⁶¹

Conclusie

Kan geconcludeerd worden dat artikel 17 Grondwet in meer situaties rechtsbescherming zal bieden dan de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest? Hiervoor moet een onderscheid worden gemaakt tussen situaties die vallen binnen het toepassingsbereik van het EU-recht en situaties die niet worden gereguleerd door het Unierecht. In situaties die vallen binnen het toepassingsbereik van het EU-recht zullen burgers een beroep kunnen doen op het Handvest, het EVRM (via de artikelen 93 en 94 Grondwet) en de Grondwet. In situaties die niet worden gereguleerd door het EU-recht zullen alleen het EVRM en de Grondwet gelden.

⁵⁶ Zie voor het verschil tussen rechten en beginselen Barkhuysen & Bos 2014, p. 92-95; De Mol, Pahladsingh & Van Heijningen 2012, p. 222 e.v.; Peers & Prechal, 'Article 52', In: Peers e.a. (red.) 2014, p. 1506-1508; Emaus 2015, p. 73.

⁵⁷ HvJ EU 16 mei 2017, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 (*Berlioz*), r.o. 49-50; Prechal 2016, p. 148.

⁵⁸ *Berlioz*, r.o. 46-52.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 20-21.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 21.

⁶¹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 20.

In geschillen die vallen binnen het toepassingsbereik van het Unierecht zal de nieuwe grondwetsbepaling geen verschil maken ten opzichte van de bescherming die nu al geboden wordt. Artikel 17 Grondwet biedt in deze situaties namelijk geen ruimere reikwijdte dan artikel 47 Handvest. In situaties die niet worden gereguleerd door het Unierecht zorgt het nieuwe artikel in de Grondwet ook niet voor een uitbreiding van de situaties waarop het recht op een eerlijk proces van toepassing is. In de Nederlandse rechtspraak wordt de reikwijdtebeperking van artikel 6 EVRM namelijk al omzeild door de rechter. Deze reikwijdtebeperking vormt daarmee geen obstakel meer dat met opname van het nieuwe grondwetsartikel zal worden weggenomen. De stelling van de regering dat de nieuwe bepaling zorgt voor een uitbreiding van de situaties waarin het recht op een eerlijk proces voor de rechter kan worden ingeroepen, moet daarom worden genuanceerd.

Bovengenoemde neemt niet weg dat het artikel in de Grondwet wel zorgt voor een *grondwettelijke grondslag* voor de rechterlijke praktijk waarin het beperkte toepassingsbereik van artikel 6 EVRM wordt omzeild. Deze grondslag zal het voor de wetgever moeilijk maken om deze praktijk nog terug te draaien. Met de verankering van de nieuwe bepaling in de Grondwet wordt immers zowel aan de rechter als aan de wetgever een plicht opgelegd om het recht op een eerlijk proces te waarborgen, ook in die geschillen die buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen. De wetgever kan de rechtswaarborgen die de rechter ten aanzien van deze geschillen nu al geeft dan niet meer zomaar met behulp van wetgeving intrekken. Hoewel het niet in de lijn der verwachting ligt dat zoiets op dit moment snel zal gebeuren, is deze mogelijkheid zonder (grond) wettelijke verankering niet uitgesloten.

3.4.2 Reikwijdte *ratione personae*

Inleiding

Het reikwijdtevraagstuk behelst niet alleen de vraag naar *de situaties* waarin het recht op een eerlijk proces kan worden ingeroepen. Ook is van belang de vraag *welke entiteiten* zich op het recht op een eerlijk proces kunnen beroepen (reikwijdte *ratione personae*). Het nieuwe artikel in de Grondwet zal voor een vergroting van de rechtsbescherming zorgen als meer entiteiten zich op het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kunnen beroepen dan op de equivalenten van dit recht in het EVRM en het Handvest. Uit de hiernavolgende bespreking van de reikwijdte *ratione personae* van het EVRM, het Handvest en de Grondwet zal echter blijken dat van deze vergroting geen sprake is.

Artikel 6 EVRM

Uit artikel 34 EVRM volgt dat natuurlijke personen, niet-gouvernementele organisaties en groepen van individuen zich op het EVRM kunnen beroepen. Naast natuurlijke personen kunnen dus ook private rechtspersonen (niet-gouvernementele organisaties) zich op artikel 6 EVRM beroepen.⁶² Overheidsorganen (publiekrechtelijke rechtspersonen) worden echter uitgesloten. Het EHRM gaat daarmee uit van de

62 Sewnandan Mishre 2012, p. 165.

traditionele benadering dat grondrechten gelden ter bescherming *tegen* de staat, niet als bescherming *voor* de staat.⁶³ Deze personele reikwijdte-eisen gelden ook als voor de Nederlandse rechter een beroep wordt gedaan op het EVRM. Ook daar kunnen privaatrechtelijke rechtspersonen wel, maar overheidsorganen geen beroep doen op (artikel 6 van) het EVRM.⁶⁴

Artikel 47 Handvest

Artikel 47 Handvest is inroepbaar voor privaatrechtelijke rechtspersonen. Dat is af te leiden uit de jurisprudentie van het Hof. In de zaken *Unitrading* en *Pfleger* wilden privaatrechtelijke rechtspersonen het recht op hoor en wederhoor (*Unitrading*) en het recht op duidelijke en voorspelbare wettelijke regelingen (*Pfleger*) aan de orde stellen.⁶⁵ Zonder aandacht te besteden aan de vraag of de rechtspersonen die in deze zaken partij waren überhaupt wel een beroep konden doen op artikel 47 Handvest, ging het Hof meteen in op de beoordeling van de reikwijdte *ratione materiae* van artikel 47 Handvest. Ook uit de zaak *DEB* volgt dat rechtspersonen een beroep op artikel 47 Handvest kunnen doen.⁶⁶ In deze zaak deed rechtspersoon DEB een beroep op rechtsbijstand ex artikel 47 lid 3 Handvest. DEB kon namelijk de verplichte kosten voor het starten van een rechterlijke procedure niet betalen. Het Duitse Landesgericht weigerde in eerste instantie rechtsbijstand toe te kennen. DEB zou hier als rechtspersoon geen aanspraak op kunnen maken. Het Kammergericht besloot prejudiciële vragen te stellen. Het Hof antwoorde dat het in principe niet onmogelijk is voor rechtspersonen om een beroep te doen op artikel 47 Handvest en het daarin neergelegde recht op rechtsbijstand.⁶⁷

Ten aanzien van de beroepsmogelijkheden van overheidsorganen (publiekrechtelijke rechtspersonen) heeft het Hof duidelijkheid verschaft in de zaak *Bank Mellat*.⁶⁸ In eerste aanleg oordeelde het Gerecht dat rechtspersonen die nauw verbonden zijn met overheden van derde staten een beroep kunnen doen op de grondrechten uit het

63 Zie voor uitleg wat het EHRM verstaat onder overheidsorganen of 'governmental organisations' de 23 september 2003, nr. 53984/00 (*Radio France e.a. t. Frankrijk*), r.o. 26.

64 In dit verband is het arrest HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926 (*Aral*), m.nt. M. Scheltema van belang, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een gemeente geen beroep op artikel 6 EVRM toekwam. Het uitgangspunt dat overheidsorganen geen beroep toekomt op grondrechten (uit het EVRM) is niet altijd consistent gevolgd, zie HR 22 jan. 1993, AB 1993, 198 (*Rost van Tonningen*) waarin de Hoge Raad oordeelde dat de regering een beroep op het recht op de vrijheid van meningsuiting toekwam. Dit oordeel wordt in de literatuur echter niet als het algemene uitgangspunt gezien. Vgl. Kortmann 2016, p. 372-373 en Van der Pot 2014, p. 276. Zie voor een uiteenzetting omtrent de wenselijkheid van overheidsberoepen op grondrechten (waaronder het recht op een eerlijk proces) ook Gerards *EHRC* 2013/250.

65 HvJ EU 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unitrading*); HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger*). Zie ook Bulterman 2015, p. 63-64.

66 HvJ EU 6 september 2012, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531 (*DEB*).

67 HvJ EU 6 september 2012, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531 (*DEB*), r.o. 59.

68 HvJ EU 18 februari 2016, C-176/13P, ECLI:EU:C:2016:96 (*Bank Mellat II*).

Handvest, waaronder artikel 47.⁶⁹ Uit dit arrest werd nog niet duidelijk of dit uitgangspunt alleen zou gelden voor rechtspersonen die verbonden zijn met derde staten of ook voor rechtspersonen die verbonden zijn met een EU-lidstaat. Ook werd niet duidelijk of het alleen ging om rechtspersonen die zelf geen overheidsorgaan zijn, maar wel enige verbondenheid met de staat hebben, of ook om overheidsorganen als zodanig. In het hoger beroep verschaftte het Hof meer duidelijkheid. Het Hof was – net als de A-G⁷⁰ – van mening dat *elke* natuurlijke persoon of entiteit die een beroep instelt bij de rechterlijke instanties van de Unie zich moet kunnen beroepen op het recht van verdediging, het recht op effectieve rechterlijke bescherming en ‘wezenlijke vormvoorschriften’ (zoals bijvoorbeeld het in acht nemen van een motiveringsverplichting).⁷¹ Deze rechten zijn vervat in artikel 47 Handvest. Uit deze formulering is af te leiden dat zowel niet-overheidsorganen die verbonden zijn met staten als overheidsorganen als zodanig, of zij nu verbonden zijn aan derde staten of aan lidstaten, zich voor het Hof kunnen beroepen op dit artikel.⁷² Helaas hebben de A-G en het Hof zich nog niet uitgelaten over de vraag of overheidsorganen zich ook op andere grondrechten dan de hier genoemde procedurele rechten mogen beroepen.⁷³

Artikel 17 Grondwet

Het nieuwe artikel 17 in de Grondwet hanteert geen ruimere reikwijdte *ratione personae* dan de artikelen 47 Handvest en 6 EVRM. Blijkens de memorie van toelichting is het recht primair bedoeld voor natuurlijke personen.⁷⁴ Daarnaast wordt gesteld dat ook rechtspersonen dragers van grondrechten kunnen zijn als de aard van het grondrecht zich daar niet tegen verzet.⁷⁵ De aard van het recht op een eerlijk proces verzet zich niet tegen inroeping door rechtspersonen. Rechtspersonen kunnen namelijk net als

69 Gerecht EU 29 januari 2013, T496/10, ECLI: EU:T:2013:39 (*Bank Mellat I*) r.o. 35-46; Een Iraanse bank was door de Commissie geplaatst op een sanctielijst. De bank verzocht om nietigverklaring van deze plaatsing en beriep zich daarbij onder meer op het feit dat haar geen effectieve rechtsbescherming was geboden. De Commissie en de Raad hebben aangevoerd dat de bank een emanatie van de staat Iran was en om die reden geen beroep kon doen op grondrechten (uit het Handvest). Ter ondersteuning van dit standpunt werd ook art. 34 EVRM naar voren gebracht. Het Hof overwoog uiteindelijk dat het Unierecht geen regel bevat die rechtspersonen die nauw verbonden zijn met derde staten verhindert om zich in hun belang te beroepen op de aan de grondrechten van de Unie verbonden bescherming en waarborgen, zie r.o. 41.

70 Conclusie A-G Sharpston 26 februari 2015, C-176/13P, ECLI:EU:C:2015:130 (*Bank Mellat II*), punt. 43. AG Sharpston stelt dat zowel staten als rechtspersonen die nauw verbonden zijn met staten grondrechten kunnen genieten

71 *Bank Mellat II*, r.o. 49-50.

72 Gerards stelt dat deze uitspraak ook zo kan worden geïnterpreteerd dat het Hof van Justitie niet een rechtstreeks beroep op art. 47 Handvest inwilligt, maar een beroep op de algemene beginselen honoreert die ten grondslag liggen aan dit artikel. Art. 47 Handvest zou dan niet direct worden toegepast (zie Gerards *EHRC* 2016/66 en Gerards 2017, p. 17). Het Gerecht past art. 47 Handvest echter wel direct toe in de eerste aanleg van de zaak en later ook in GEU 25 januari 2017, T-255/15, ECLI:EU:T:2017:25.T-255/15 (*Almaz-Antey*).

73 Zie voor argumenten voor en tegen de stelling dat ook andere dan alleen procedurele grondrechten door overheidsorganen moeten kunnen worden ingeroepen Gerards *EHRC* 2016/66.

74 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 11-12. In deze categorie vallen ook onder curatele gestelden, minderjarigen, ambtenaren, militairen en gedetineerden.

75 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 11-12. Een grondrecht dat zich naar haar aard niet leent om door groepen of door rechtspersonen ingeroepen te worden is bijvoorbeeld art. 11 van de Grondwet dat gaat over de onaantastbaarheid van het lichaam.

natuurlijke personen procederen en hebben dan dezelfde behoefte aan waarborging van procesrechten als natuurlijke personen. Het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kan ervoor zorgen dat deze rechten gewaarborgd worden.⁷⁶ Ook rechtspersonen moeten dus een beroep op het nieuwe artikel 17 Grondwet kunnen doen. Voor wat betreft overheidsorganen (bestuursorganen en openbare lichamen) wordt aangesloten bij artikel 6 EVRM. Uitgegaan wordt van de opvatting dat de overheid geen drager is van grondrechten; grondrechten beschermen juist tegen inmenging van de overheid. Bestuursorganen en openbare lichamen mogen daarom geen beroep doen op het recht op een eerlijk proces.⁷⁷ Natuurlijk zijn er waarborgen met betrekking tot het recht op een eerlijk proces die ook voor de overheid moeten gelden, zoals het recht om wrakingsverzoeken in te dienen. Deze waarborgen zullen ook aan overheidsorganen worden toegekend, maar dan op grondslag van een concrete wetsbepaling en niet op grondslag van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces.⁷⁸

Conclusie

Opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet zal met betrekking tot de reikwijdte *ratione personae* niets toevoegen aan de huidige rechtsbescherming. In situaties die vallen binnen het EU-recht geldt al de ruime reikwijdte van artikel 47 Handvest: natuurlijke personen, rechtspersonen en publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen een beroep op dit artikel doen. Nu artikel 17 lid 1 Grondwet geen bescherming zal bieden aan overheidsorganen, is van verdergaande rechtsbescherming door de Grondwet zeker geen sprake. In situaties die niet door het Unierecht gereguleerd worden kan een beroep gedaan worden op de artikelen 6 EVRM en 17 Grondwet. De reikwijdte *ratione personae* van deze artikelen is hetzelfde, dus ook hier zorgt het recht op een eerlijk proces in de Grondwet niet voor een verruiming van de rechtsbescherming.

3.5 MATERIËLE WAARBORGEN

Inleiding

De regering stelt in de memorie van toelichting dat de materiële waarborgen van het wetsvoorstel op het moment van opname in de Grondwet aansluiten bij de waarborgen die geboden worden door artikel 6 EVRM.⁷⁹ Dit lijkt te impliceren dat het nieuwe grondwetsartikel inhoudelijk niet veel toevoegt in situaties die niet door het Unierecht gereguleerd worden. Er zijn echter wel enkele materiële toevoegingen. Dat geldt, hoewel in mindere mate, ook ten aanzien van artikel 47 Handvest. In deze paragraaf worden deze toevoegingen besproken. Ook de beperkingsmogelijkheden van genoemde artikelen komen hierbij aan de orde.

⁷⁶ Sewnandan Mishre 2012, p. 165-166; Van Strien 1996, p. 9; *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 12.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 12.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 12.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4.

Artikelen 17 Grondwet en 6 EVRM: materiële waarborgen

Volgens de memorie van toelichting waarborgt het nieuwe grondwetsartikel, net als artikel 6 lid 1 EVRM, het recht op toegang tot de rechter, het daaraan inherente recht op rechtsbijstand, het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter, het recht op afdoening van een zaak binnen een redelijke termijn, het recht op hoor en wederhoor en het waarborgen van de rechten van de verdediging (de laatste twee vallen beiden onder het recht op 'equality of arms') als elementen van het recht op een eerlijk proces.⁸⁰ Alleen het in artikel 6 lid 1 EVRM expliciet genoemde recht op een openbare behandeling van de zaak wordt niet opgenomen in artikel 17 Grondwet.⁸¹ De Grondwet bevat in artikel 121 Grondwet namelijk al een voorschrift waarin eisen staan opgenomen over de openbaarheid van rechterlijke procedures en uitspraken. Hieruit vloeit ook een eis voort dat rechterlijke uitspraken moeten worden gemotiveerd.

Voor de materiële invulling van bovengenoemde onderdelen is voornamelijk de rechtspraak van artikel 6 EVRM als leidraad genomen. Zo wordt met betrekking tot de factoren die maken dat in een concreet geval een redelijke termijn in acht is genomen verwezen naar de factoren die het EHRM gebruikt om dit te bepalen.⁸² Ook wordt met betrekking tot de eisen die gesteld worden aan de (zakelijke) onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter verwezen naar eisen en onderscheidingen die voortvloeien uit de rechtspraak van het EHRM.⁸³ De Grondwet stelt echter wel hogere eisen aan de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter dan het EVRM.⁸⁴ Zo eist de Grondwet in artikel 117 lid 1 dat de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast voor het leven benoemd worden. Het EHRM staat echter ook benoeming van rechterlijke ambten voor tijdelijke duur toe.⁸⁵ Ook stelt het EHRM, in tegenstelling tot artikel 117 lid 3 Grondwet, niet de eis dat schorsing en ontslag van rechters voorbehouden moet zijn aan leden van de rechterlijke macht. Vereist is slechts dat rechters niet op oneigenlijke gronden door een orgaan van de uitvoerende macht geschorst of ontslagen worden.⁸⁶ Deze genoemde strengere vereisten staan reeds geformuleerd in het bestaande artikel 117 Grondwet. In principe worden zij dus niet nieuw in het leven geroepen door het nieuwe artikel in de Grondwet. Zij zullen echter wel ook in deze nieuwe bepaling gelezen worden. Zo bezien zal artikel 17 Grondwet daarom, net als artikel 117 Grondwet, op zichzelf meer bescherming bieden dan artikel 6 EVRM.

80 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 12-13; p. 16-17; p. 22-24; p. 25-26; en p. 28-29.

81 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 27.

82 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 25. Het gaat om (1) de complexiteit van de zaak; (2) de invloed van de verdachte of de raadsman op het procesverloop en (3) de wijze waarop de zaak door de bevoegde autoriteiten is behandeld. Dit volgt onder meer uit EHRM 31 maart 1992, nr. 18020/91 (*X t. Frankrijk*).

83 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 23-24. Zie over de eisen die het EHRM stelt aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook Kortmann 2016, p. 246-252 en de EHRM-uitspraken EHRM 25 september 2001, nr. 33368/96 (*Yakis t. Turkije*) – ten aanzien van de zakelijke onafhankelijkheid – en EHRM 24 mei 1989, nr. 10486 (*Hauschildt t. Denemarken*) ten aanzien van de rechterlijke onpartijdigheid.

84 De persoonlijke onafhankelijkheid ziet op de individuele rechtspositie van de rechters. Deze heeft als doel te bewerkstelligen dat rechters na hun benoeming in vrijheid kunnen oordelen. De zakelijke onafhankelijkheid ziet op de beslissingsvrijheid van rechters en gerechten tegenover ambten van de wetgevende en uitvoerende macht in een concrete zaak. Vgl. ook Kortmann 2016, p. 246-247.

85 EHRM 16 juli 1971, nr. 2614/65 (*Ringelsen t. Oostenrijk*), r.o. 15 Vgl. ook Kortmann 2016, p. 246.

86 Kortmann 2016, p. 246; Van den Eijnden 2011, p. 86-95.

Een ander relevant verschil tussen het nieuwe artikel in de Grondwet en artikel 6 EVRM is dat het recht op een eerlijk proces in de Grondwet een rechter eist die *vooraf bij wet* is ingesteld.⁸⁷ Artikel 6 EVRM vereist slechts een *bij wet* ingesteld gerecht.⁸⁸ De formulering van artikel 17 Grondwet sluit daarmee de mogelijkheid tot gelegenheidsrechtspraak uit. Artikel 6 EVRM doet dat niet.⁸⁹ Buiten deze verschillen biedt het nieuwe artikel 17 Grondwet dezelfde bescherming als artikel 6 EVRM.

Artikelen 17 Grondwet en 6 EVRM: beperkingsmogelijkheden

Artikel 17 Grondwet zal geen aparte clausule hebben die bepaalt wanneer welke beperkingen zijn toegestaan. Daarentegen zal dit artikel, net als artikel 6 EVRM, een impliciete beperkingsmogelijkheid hanteren die in de bepaling zelf gelezen moet worden.⁹⁰ Het uitgangspunt is dat alleen het deelelement recht op toegang tot de rechter beperkt kan worden.⁹¹ Aan de volgende drie voorwaarden moet in dat geval zijn voldaan: de beperking mag de essentie van het recht niet aantasten, de beperking moet een legitiem doel dienen (bijvoorbeeld de rechtszekerheid of het goed functioneren van de rechterlijke macht)⁹² en de beperking moet proportioneel zijn in licht van het legitieme doel.⁹³ Exact deze voorwaarden worden ook door het EHRM gehanteerd.⁹⁴ In beginsel zullen de beperkingen die het EHRM op basis van deze criteria toelaatbaar acht ook ten aanzien van artikel 17 Grondwet toelaatbaar zijn.⁹⁵ In dat kader is bijvoorbeeld het beperken van het recht op (gesubsidieerde) rechtsbijstand in bepaalde omstandigheden toegestaan.⁹⁶ Ook het heffen van griffierechten en het stellen van bezwaar-beroep- en verjaringstermijnen zijn doorgaans geoorloofd.⁹⁷

Opmerking verdient dat deze impliciete beperkingsmogelijkheid van artikel 17 Grondwet niet strookt met de leer van de bijzondere beperkingen.⁹⁸ Deze leer dient sinds 1983 als uitgangspunt voor het beperken van grondrechten uit de Grondwet. De leer houdt in dat

87 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 33. Dit volgt uit analogie met de term ‘rechter’ in *de ius de non evocando* bepaling (deze bepaling vormt thans art. 17 Grondwet): niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van *de rechter die de wet hem toekent*.

88 Zie voor hetgeen het EHRM onder ‘wet’ verstaat het arrest EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

89 Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 218.

90 Ten aanzien van art. 6 EVRM is dit bijvoorbeeld bepaald in de zaak EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 38-39.

91 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 16-17. De andere elementen van het recht op een eerlijk proces gelden absoluut.

92 EHRM 19 december 1997, nr. 26737/95 (*Brualla Gomez de la Torre t. Spanje*).

93 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 16-17.

94 EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*) en EHRM 18 februari 1999, nr. 26083/94 (*Waite and Kennedy t. Germany*), r.o. 59.

95 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 17.

96 Factoren die hierbij in acht moeten worden genomen zijn het belang van de zaak voor de rechtszoekende, de complexiteit van de zaak en het toepasselijke recht en het vermogen van de rechtszoekende om daadwerkelijk zijn verdediging op zich te nemen, EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73 (*Airey t. Ierland*), r.o. 26 en EHRM 5 februari 2005, nr. 68416/01, (*Steel en Morris t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 62.

97 EHRM 19 juni 2001, nr. 28249/95, EHRC 2001/ 54 (*Kreuz t. Polen*), m. nt. Heringa; EHRM 22 oktober 1996, nr. 22083/93 en 22095/93, NJ 1997/ 449, (*Stubblings e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), m. nt. De Boer; Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards, 2009, p. 26-27. *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 16.

98 Kortmann 2016, p. 383-386.

grondrechtenbeperkingen altijd op een expliciete grondwettelijke beperkingsclausule zijn terug te voeren en herleidbaar moeten zijn tot specifieke wetten in formele zin.⁹⁹ Nu het recht op een eerlijk proces in de Grondwet geen beperkingsclausule bevat, maar wel beperkt kan worden, is het wetsvoorstel niet in overeenstemming met deze leer. Het gaat buiten de omvang van deze bijdrage om diep op deze problematiek in te gaan, maar nadere studie zou wellicht de moeite zijn.

Artikelen 17 Grondwet, 6 EVRM en 47 Handvest: materiële waarborgen

De inhoudelijke waarborgen van artikel 6 EVRM komen grotendeels overeen met de waarborgen die artikel 47 Handvest biedt. Dat is niet verwonderlijk. Er is namelijk sprake van afstemming tussen het EHRM en het Hof met betrekking tot de bescherming die het EVRM en het Handvest bieden. Artikel 52 lid 3 Handvest bepaalt dat de artikelen uit het Handvest die corresponderen met bepalingen uit het EVRM qua inhoud en reikwijdte minimaal evenveel bescherming moeten bieden als corresponderende bepalingen uit het EVRM.¹⁰⁰ Het Handvest mag wel verdergaande rechtsbescherming bieden. Omdat artikel 47 Handvest correspondeert met artikel 6 van het EVRM,¹⁰¹ moet het eerstgenoemde artikel in ieder geval de minimumbescherming bieden van artikel 6 EVRM, maar verdergaande bescherming is toegestaan.

Deze verdergaande bescherming is zichtbaar als gekeken wordt naar de letterlijke tekst van de artikelen 47 Handvest en artikel 6 EVRM. In artikel 47 Handvest gaat het, net als bij het nieuwe artikel in de Grondwet, om een gerecht dat *vooraf bij wet* moet zijn ingesteld. Eerder is aan de orde gekomen dat artikel 6 EVRM slechts een *bij wet* ingesteld gerecht vereist. Daar waar artikel 6 EVRM gelegenheidsrechtspraak dus niet expliciet uitsluit, doet artikel 47 Handvest dat wel.¹⁰² Verder divergeren de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest niet in inhoudelijke waarborgen.¹⁰³ Door artikel 47 Handvest worden dus ook geen andere vereisten aan de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter gesteld dan door artikel 6 EVRM.

Artikel 47 Handvest: beperkingsmogelijkheden

Artikel 47 Handvest hanteert (op papier) een andere beperkingssystematiek dan artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet. Artikel 52 lid 1 Handvest bevat namelijk een algemene

99 Vgl. ABRvS 28 augustus 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AH6164 (*Drugspand Venlo*); CRvB 03 mei 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AE4696 (*Drankverbod*).

100 Deze inhoud en reikwijdte worden ook bepaald door de jurisprudentie van het EHRM, zie de toelichting bij art. 52 lid 3 Handvest. Zie ook de toelichting bij de afzonderlijke artikelen uit het Handvest voor de vraag met welk artikel uit het EVRM deze artikelen corresponderen.

101 Dit volgt uit de toelichting bij art. 47 Handvest. Strikt genomen *corresponderen* het tweede en derde lid van art. 47 Handvest met het eerste lid van art. 6 EVRM en is het eerste lid van art. 47 Handvest *gebaseerd* op art. 13 EVRM. De inhoud van art. 13 EVRM wordt echter ook in art. 6 EVRM gelezen.

102 Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 218.

103 Barkhuysen & Widdershoven 2016, p. 640.

beperkingsclausule die voor alle Handvestrechten bepaalt onder welke voorwaarden zij beperkt mogen worden.¹⁰⁴

Opmerkelijk is nu dat het Hof in zaken waarin (het recht op toegang tot de rechter uit) artikel 47 Handvest centraal staat alleen nog maar beperkingen heeft aangenomen op basis van de zogenaamde *Alassini-formule* en artikel 52 lid 1 Handvest links laat liggen.¹⁰⁵ Deze formule stelt dat de toegang tot de rechter mag worden beperkt als beperkingen ‘werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, geen onevenredige en onduidbare ingreep impliceren, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast’.¹⁰⁶

Met toepassing van de *Alassini-formule* komen de voorwaarden waaronder artikel 47 Handvest beperkt mag worden sterk overeen met de voorwaarden waaronder artikel 6 EVRM (en artikel 17 Grondwet) mag worden beperkt.¹⁰⁷ Deze beïnvloeding van artikel 6 EVRM is niet vreemd. Immers, artikel 47 Handvest moet blijkens artikel 52 lid 3 Handvest minimaal het beschermingsniveau van artikel 6 EVRM garanderen. Daarom mag artikel 47 Handvest niet verdergaan in het toestaan van beperkingen dan artikel 6 EVRM. Dit betekent dat op het moment dat een handeling in overeenstemming is met artikel 6 EVRM inclusief impliciete beperkingsmogelijkheden, er geen mogelijkheid meer kan zijn om de handeling ook nog op basis van artikel 52 Handvest te beperken (de zogenaamde ‘double limitation trap’).¹⁰⁸ Het is daarom logisch dat de artikelen 47 Handvest en 6 EVRM (en 17 Grondwet) in hun beperkingsmogelijkheden overeenkomen.

Conclusie

Op het gebied van materiële waarborgen komen artikel 6 EVRM, artikel 47 Handvest en het nieuwe artikel 17 in de Grondwet grotendeels overeen. Zowel artikel 47 Handvest als artikel 17 Grondwet zijn qua inhoudelijke waarborgen en beperkingsmogelijkheden namelijk sterk gebaseerd op artikel 6 EVRM. Wel eisen het nieuwe artikel in de Grondwet en artikel 47 Handvest dat de rechter of het gerecht vooraf bij wet is ingesteld. Het ad hoc benoemen van rechters of aanwijzen van gerechten is uitgesloten. Artikel 6 EVRM biedt deze garantie niet. Daarnaast stelt de Grondwet hogere eisen aan de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter dan het EVRM en het Handvest. Artikel 47 Handvest gaat op dit punt uit van de bescherming die artikel 6 EVRM biedt.

104 Beperkingen moeten bij wet worden gesteld, zij moeten de wezenlijke inhoud van de rechten die beperkt worden eerbiedigen en zij moeten beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of vereist zijn in de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Daarbij moeten beperkingen noodzakelijk zijn en het evenredigheidsbeginsel moet in acht worden genomen. Alleen Handvestbepalingen die *rechten* codificeren mogen worden beperkt, beginselen niet.

105 HvJ EU 18 maart 2010, C-317-320/08, ECLI:EU:C:2010:146 (*Alassini*).

106 Deze formule werd bijvoorbeeld toegepast *Toma* en de al eerder aangehaalde zaak *DEB*, r.o. 45-52.

107 Prechal 2016, p. 155; Vgl. ook *DEB*, r.o. 45-52.

108 Prechal 2016, p. 156-157.

Dit betekent dat artikel 17 Grondwet op dit moment in situaties die alleen door de nationale rechtsorde worden gereguleerd waarborgen ten aanzien van het verbieden van gelegenheidsrechtspraak en de onafhankelijkheid van de rechter toevoegt aan de rechtsbescherming die nu al wordt geboden door het EVRM. Ten aanzien van situaties die vallen binnen het EU-recht voegt het nieuwe artikel in de Grondwet alleen extra waarborgen toe met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechter. Qua beperkingsmogelijkheden zal artikel 17 Grondwet niks toevoegen, niet in situaties die niet worden gereguleerd door het EU-recht en niet in situaties die wel worden gereguleerd door het EU-recht.

3.6 LEGITIMATIE TOT RECHTSVORMING

Uit het voorgaande volgt dat het recht op een eerlijk proces in de Grondwet *op het moment van opname* naar verwachting geen grote veranderingen in rechtsbescherming zal bewerkstelligen ten opzichte van de huidige rechtsbescherming op basis van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. Qua reikwijdte verandert er immers niet veel en slechts op enkele kleine punten worden materiële waarborgen toegevoegd. Het lijkt er dus niet op dat er veel toegevoegde waarde is.

Dan wordt echter over het hoofd gezien dat met het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet ook een handvat wordt geboden aan de Nederlandse wetgever en rechter om de materiële waarborgen van artikel 17 Grondwet zelf – los van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest – nader in te vullen en zo verdergaande bescherming te ontwikkelen. In de memorie van toelichting worden de rechter en wetgever meermaals op deze taak gewezen.¹⁰⁹ In die zin kan het nieuwe artikel in de Grondwet worden gezien als een expliciete legitimatie (en daarmee een stimulans) voor de rechter en wetgever om het recht op een eerlijk proces zelf nader vorm te geven. Zowel het Handvest als het EVRM biedt hiertoe aan lidstaten (verdragsstaten) de mogelijkheid. De artikelen 53 Handvest en 53 EVRM stellen namelijk dat lidstaten in hun nationale grondrechtenbescherming minimaal evenveel bescherming moeten bieden als het Handvest cq. het EVRM, maar hierin ook verder mogen gaan. Voor wat betreft artikel 53 van het Handvest heeft het Hof in het arrest *Melloni*¹¹⁰ wel bepaald dat deze verdergaande bescherming aan een bovengrens is verbonden: de nationale grondrechtenbescherming mag geen afbreuk doen aan de voorrang, eenheid en de effectiviteit van het Unierecht. De mate van verdergaande nationale grondrechtenbescherming lijkt dus ook weer niet onbegrensd.¹¹¹ Van belang om hierbij aan te stippen is wel dat nog niet zeker is in hoeverre de *Melloni*-criteria alleen moeten worden toegepast op het specifieke EU-recht dat in de *Melloni*-zaak van toepassing was – het Kaderbesluit 2002/584 -, of ook aangewend zullen

109 Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4, 9 en 31.

110 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, AB 2013/132 (*Melloni*), m. nt. *Widdershoven*, r.o. 60. Het Hof heeft dit ook opgemerkt in de zaak *Åkerberg Fransson* (r.o. 29).

111 In *Melloni* was de vraag aan de orde of een lidstaat de overlevering van een bij verstek veroordeelde afhankelijk mocht stellen van de voorwaarde dat de veroordeling in de uitvaardigende lidstaat kon worden herzien. Dat was een voorwaarde die niet volgde uit het toepasselijke Unierecht – het Kaderbesluit 2002/584 –, maar wel werd voorgeschreven door de nationale grondrechtenbescherming van de lidstaat. Het Hof oordeelde dat een dergelijke eis afbreuk zou doen aan de eenheid en effectiviteit van het Kaderbesluit en daarmee in strijd was met art. 53 Handvest.

worden als ander Unierecht wordt geïmplementeerd. Hier heeft het Hof zich nog niet over uitgesproken. Een slag om de arm wat betreft deze begrenzing van verdergaande bescherming is dus geboden.

Een legitimatie voor rechtsvorming door de rechter is nodig, omdat het recht op een eerlijk proces een 'open' recht is dat door de rechter aan de hand van concrete omstandigheden vorm gegeven moet worden.¹¹² Het recht op een eerlijk proces heeft namelijk in verschillende zaken verschillende implicaties, afhankelijk van de feiten van het voorliggende geval. Het rechtssysteem waarin de rechter zich bevindt, moet hem in staat stellen deze verschillende implicaties vast te stellen. Met de nieuwe grondwetsbepaling wordt een duidelijk signaal aan de rechter gegeven dat hij tot uitvoering van deze taak gelegitimeerd wordt.¹¹³ Een explicitering van deze legitimatie in de Grondwet lijkt noodzakelijk, omdat de Nederlandse rechter vooralsnog terughoudend is als het gaat om rechtsvorming.¹¹⁴ Dat blijkt uit het feit dat uitspraken van de Europese hoven vaak erg terughoudend worden uitgelegd. Als bijvoorbeeld een EHRM-uitspraak niet helemaal duidelijk is, dan is de rechter niet snel geneigd de proef op de som te nemen en te kiezen voor een uitleg die misschien wel verdergaat dat wat het EHRM voor ogen had, terwijl dat wel zou mogen. Dit blijkt onder meer uit de manier waarop de Hoge Raad omging met het *Salduzarrest* van het EHRM.¹¹⁵

De terughoudendheid in de uitleg van uitspraken van de Europese rechters kan ertoe leiden dat op nationaal niveau niet de rechtsbescherming wordt geboden die door de Europese hoven bedoeld is. Ook belemmert deze aarzelende houding van de Nederlandse rechter mogelijkheden om EVRM- en Handvestrechten verder te ontwikkelen. Het EVRM is volgens het EHRM een 'living instrument' dat in haar uitleg moet meebewegen met maatschappelijke omstandigheden.¹¹⁶ Dat kan alleen maar als nationale rechters niet blindelings de uitleg van het EHRM kopiëren, maar deze uitleg inkleuren aan de hand van de hedendaagse opvattingen en ontwikkelingen in de maatschappij. Een legitimatie hiertoe wordt geboden door artikel 53 EVRM. Uit het vergelijkbare artikel 53 Handvest volgt dat de EU-wetgever nationale staten hiertoe ook legitimeert (zij het dat deze legitimatie – waarschijnlijk¹¹⁷ – minder ver gaat wegens de *Melloni*-criteria). De nieuwe bepaling in de Grondwet is voor de Nederlandse rechter een aansporing om meer uitdrukking te geven aan de gewenste eigentijdse inkleuring van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. Omdat het makkelijker is deze inkleuring over de band van het eigen, nationale recht te bewerkstelligen, zal de rechter geneigd zijn om hier ook daadwerkelijk uitvoering aan te geven.¹¹⁸

112 De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 142-143, 147.

113 De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 142.

114 Leeuw 2013, p. 204-205.

115 EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02 (*Salduz t. Turkije*). In dit arrest kan gelezen worden dat art. 6 EVRM eist dat een verdachte recht heeft op een raadsman tijdens het eerste politieverhoor. De Hoge Raad legde dit arrest echter zo uit dat een verdachte slechts voorafgaand aan het eerste politieverhoor een consultatierecht heeft, tenzij de verdachte een minderjarige is (HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079). Pas toen EU-richtlijn 2013/48 de EU-lidstaten verplichtte tot het geven van bijstand tijdens het eerste verhoor ging de Hoge Raad om (HR 22 december 2015, ECLI: NL:HR:2015:3608). Zie ook Leeuw 2013, p. 225.

116 EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 31; Zie ook Leeuw 2013, p. 76.

117 Het is immers nog afwachten in hoeverre de *Melloni*-criteria zich gaan uitstrekken over het gehele Unierecht.

118 De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 138.

Het nieuwe artikel 17 Grondwet biedt echter niet alleen een legitimatie voor de rechtsvormende taak van *de rechter*, maar spoort ook *de wetgever* aan om rekening te houden met de eisen van het recht op een eerlijk proces bij de totstandkoming van nieuwe wetgeving.¹¹⁹ Het signaal dat wordt afgegeven met opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kan namelijk leiden tot discussies, zowel specifiek binnen de rechtspraak als binnen de maatschappij in het algemeen. Standpunten in deze discussie kunnen de wetgever ertoe aanzetten nadrukkelijk te bekijken of aan de vereisten van het recht op een eerlijk proces wordt voldaan. Deze actieve houding van de wetgever kan tot gevolg hebben dat burgers uiteindelijk, door middel van nieuwe wetgeving, meer rechtsbescherming kunnen afdwingen.¹²⁰

De toekomst zal moeten uitwijzen of, en zo ja, hoe de Nederlandse rechtspraak van de mogelijkheid gebruik maakt om verdergaande rechtsbescherming te bieden. Mijn verwachting is dat dit wel zal gebeuren. Niet alleen worden de rechter en de wetgever hier in de memorie van toelichting expliciet op gewezen, ook nodigt de open vorm waarin het artikel is gegoten uit tot rechtsvorming.¹²¹ Verder is het zo dat, hoewel de algemene attitude van de Nederlandse rechter ten aanzien van rechtsvorming een terughoudende is,¹²² er wel tendensen waarneembaar zijn die aantonen dat de deur naar actievere rechtsvorming open staat. In dat verband kan nogmaals De Graaff worden aangehaald die stelt dat de Hoge Raad de maatstaven van redelijkheid en billijkheid inzet om indirect grondrechten te beschermen. Hij laat zien dat de Hoge Raad meer dan eens niet schroomt om daarbij verdergaande rechtsbescherming te bieden dan de bescherming die uit het EVRM kan worden afgeleid.¹²³

3.7 CONCLUSIE

Geconcludeerd is dat de meerwaarde van het nieuwe artikel in de Grondwet ten opzichte van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest niet lijkt te zitten in een verruiming van de reikwijdte of in een aanzienlijke uitbreiding van de materiële bescherming. Deze meerwaarde wordt daarentegen gevonden in de legitimatie die met het wetsvoorstel aan de rechter en wetgever wordt geboden om tot rechtsvorming over te gaan. Het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet biedt namelijk een duidelijk signaal om de waarborgen van artikel 17 Grondwet – los van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest – nader in te vullen en, in lijn met artikel 53 EVRM en artikel 53 Handvest, verdergaande bescherming te ontwikkelen.¹²⁴ Het is dit signaal dat maakt dat opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet van toegevoegde waarde kan zijn voor een verruiming van de rechtsbescherming voor de Nederlandse rechtszoekende.

119 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4 en 9.

120 Leeuw 2013, p. 204.

121 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4, 9 en 31.

122 Leeuw 2013, p. 204-205.

123 De Graaff 2016.

124 Hierbij moet wel in acht worden genomen dat deze verdergaande bescherming voor wat betreft situaties die binnen het EU-recht vallen moet voldoen aan de *Melloni*-criteria.

4 Hoe behoorlijk is de Grondwet?*

4.1 INLEIDING

In artikel 41 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) is het recht op behoorlijk bestuur opgenomen. Dit recht garandeert een onpartijdige, billijke en tijdige behandeling van zaken door de instellingen van de Europese Unie. De codificatie van dit recht in het Handvest was een belangrijke stap in de richting van constitutionele verankering van het recht op behoorlijk bestuur.¹ In andere grondrechtendocumenten, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), ontbreekt een dergelijk recht voornamelijk. Ook in de Nederlandse Grondwet schittert dit recht door afwezigheid.

De vraag kan worden gesteld of een recht op behoorlijk bestuur ook in de Grondwet moet worden opgenomen. Deze vraag is relevant in het licht van het takenpakket van de uitvoerende macht ('het bestuur'), dat de afgelopen decennia exponentieel is gegroeid. Door technologische, culturele en economische ontwikkelingen heeft het bestuur er steeds meer uitvoerende taken bij gekregen; daarnaast laat de wetgever al langere tijd inhoudelijke normstelling over aan het bestuur.² Niet voor niets is wel gesteld dat het bestuur de meest omvattende overheidsfunctie is geworden.³ Toch besteedt de Grondwet voornamelijk vrijwel geen aandacht aan de bestuursfunctie. Er ontbreekt een definitie en er worden nauwelijks eisen geformuleerd voor de uitoefening het bestuur.⁴ Dat is problematisch als wordt gekeken vanuit het perspectief van de juridisch-normatieve functie van de Grondwet. Deze functie houdt in dat de Grondwet de uitoefening van staatsmacht van een grondslag voorziet (legitimeert) en aan banden legt (normeert en limiteert).⁵ Zij wordt zowel door het kabinet als door burgers als belangrijkste functie van de Grondwet gezien.⁶ Nog problematischer wordt de gebrekkige grondwettelijke normering van het bestuur als wordt meegenomen dat de bestuursfunctie ook door

* Dit artikel is oorspronkelijk gepubliceerd in *NTB* 2019/44 (M.M.Julicher, 'Hoe behoorlijk is de Grondwet?', *NTB* 2019/44). De inhoud is voltooid in november 2019.

1 Schlössels 2016a, onder 2.1.

2 Jaarverslag Raad van State 2018, p. 7, 12 en 32; Zie uitgebreider paragraaf 4.2.

3 Voermans 2015, p. 28.

4 Idem, p. 29. De Grondwet bevat weliswaar ook weinig normen ten aanzien van wetgeving en rechtspraak, maar deze andere overheidsfuncties worden wel uitgebreid gedefinieerd in hoofdstuk 5 en 6 van de Grondwet. De rechtsprekende functie wordt bovendien nader genormeerd door de in tweede lezing voorliggende verklaringswet tot opnemning van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet (*Stb* 2018, 88). Zie hierover ook Julicher 2018.

5 Zie voor nadere definiëring van deze functie paragraaf 4.2 van deze bijdrage.

6 Oomen 2009, p. 75 en Notitie Herziening Grondwet 2014, p. 3.

andere rechtsbronnen buiten de Grondwet niet toereikend wordt gelegitimeerd en begrensd. De normering in instrumenten als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb), de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het Handvest en het EVRM is namelijk onvoldoende toegesneden op de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen die de bestuurstaak zo hebben doen groeien. Dit leidt tot lacunes in bescherming tegen de uitoefening van bestuursmacht.

In deze bijdrage wordt betoogd dat een en ander noopt tot de opnemng van het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet. Met het opnemen van een dergelijk recht kan de uitoefening van bestuursmacht in al haar facetten van grondwettelijke ankers worden voorzien en worden begrensd. Grondwettelijke codificatie kan zo leiden tot een versterking van het juridisch-normatieve gehalte van de Grondwet.⁷ Daarnaast kan een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur bijdragen aan een versterking van de bescherming van de burger tegen de uitoefening van bestuursmacht. Dat heeft vooral te maken met de legitimatie die hiermee aan de rechter wordt geboden om de abbb, en daarmee de notie van behoorlijk bestuur, zodanig te ontwikkelen dat toereikende antwoorden kunnen worden geboden op actuele maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Aan het eind van deze bijdrage worden enkele uitgangspunten gepresenteerd voor de vormgeving van een recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet. Op basis van deze uitgangspunten wordt een eerste voorzet gedaan voor een bepaling in de Grondwet.

4.2 BESTUUR EN DE JURIDISCH-NORMATIEVE FUNCTIE VAN DE GRONDWET

De Nederlandse Grondwet wordt vaak gekarakteriseerd als een staatskundige basisregeling die overheidsorganen in het leven roept, daar bevoegdheden aan toekent en de uitoefening van deze bevoegdheden – zowel in de relatie tussen overheidsorganen onderling als in de relatie tussen overheid en burger – begrenst.⁸ De Grondwet heeft zo een belangrijke functie bij het legitimeren, normeren en limiteren van overheidsmacht: de juridisch-normatieve functie.⁹ Deze functie wordt vaak bestempeld als de primaire functie van de Nederlandse Grondwet, die aansluit bij het van oudsher sobere en rigide waarborgkarakter van de Grondwet.¹⁰ Inderdaad gaat het bij het legitimeren, normeren en limiteren van overheidsmacht om fundamentele zaken die op de lange termijn moeten worden gegarandeerd en die niet onderhevig mogen zijn aan de waan

7 In het licht van haar doelstelling om de normatieve kracht van de Grondwet te vergroten, kan het dan ook opvallend worden geacht dat de staatscommissie Grondwet in haar rapport niet op dit recht is ingegaan.

8 Advies Raad van State staatscommissie Grondwet 2008, p. 6; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 23; Notitie Herziening Grondwet 2014, p. 3; Oomen 2009, p. 56, 63, 73; Barkhuysen e.a. 2009, p. 21-24 en 105; Kortmann 2016, p. 23 e.v.

9 In sommige bijdragen en parlementaire stukken wordt deze functie ook wel onderscheiden in een institutioneel-organisatorische functie en een waarborgfunctie, Zie bijv. Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 23; Barkhuysen e.a. 2009, p. 21; Oomen 2009, p. 64.

10 Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 22-23; Kabinetsreactie advies staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 2; Notitie Herziening Grondwet 2014, p. 3; Barkhuysen e.a. 2009, p. 18; Van Sasse van Ysselt 2018, p. 59.

van de dag.¹¹ Ook is een grote kenbaarheid wenselijk, omdat het belangrijk is dat zoveel mogelijk mensen op de hoogte zijn van deze gestelde basisnormen.¹² In het licht van deze uitgangspunten is de Grondwet bij uitstek geschikt om deze juridisch-normatieve functie te dragen. De Grondwet is moeilijker te wijzigen dan andere rechtsbronnen en heeft daardoor de hoogste status in de normenhiërarchie.¹³ Tezamen met het feit dat de Grondwet een overzichtelijke vindplaats biedt van de basisnormen die de structuur van de Nederlandse staatsinrichting bepalen, zorgt deze classificatie bovendien voor een bijzondere mate van kenbaarheid.¹⁴

De juridisch-normatieve functie van de Grondwet is de laatste jaren echter zichtbaar verzwakt, zeker ten aanzien van de bestuursfunctie.¹⁵ Dit heeft te maken met het al genoemde sobere karakter van de Grondwet en met het grote vertrouwen dat in de Grondwet traditiegetrouw wordt gesteld in de wetgever.¹⁶ De Grondwet laat veel zaken ongeregeld en geeft liever normerende opdrachten aan de flexibelere formele wetgever. De Grondwet gaat daarbij uit van een primaat van de wetgever.¹⁷ Daarin is begrepen dat de wetgever zelf de belangrijkste keuzen over de inhoud van het recht in de wet moet maken en dit niet mag overlaten aan het bestuur (of de rechter). Delegatie aan bestuur vindt vanuit het perspectief van de Grondwet alleen plaats als het (technische) uitvoeringskwesties betreft.¹⁸ Deze uitgangspunten komen steeds minder overeen met de werkelijkheid. In de loop van de tijd heeft een sterke verruiming plaatsgevonden van het takenpakket van het bestuur, zeker door de groei van de verzorgingsstaat die volgde op de industriële revolutie.¹⁹ De wetgever heeft daarop veel – uitvoerende, maar ook regelgevende – bevoegdheden aan het bestuur gegeven. Dat heeft geleid tot een zogenaamde instrumentalisering van wetgeving: de wetgever beperkt zich veelal tot het bieden van een wettelijke delegatiegrondslag en besteedt het stellen van inhoudelijke normen steeds meer uit aan het bestuur, dat daardoor veel discretionaire bevoegdheden heeft verkregen.²⁰ Zo is een 'gelede normstelling' ontstaan, die niet altijd goed verenigbaar is met het primaat van de wetgever.²¹ De neiging om belangrijke inhoudelijke normstelling over te laten aan het bestuur is bovendien steeds groter geworden. Dat is verklaarbaar

11 Storme 2009, p. 51.

12 Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 25-26, 29 en 33.

13 Notitie Herziening Grondwet 2014, p. 3; Storme 2009, p. 50; Kortmann 2016, p. 24-25; Van Sasse van Ysselt 2018, p. 51.

14 Advies Raad van State staatscommissie Grondwet, p. 7; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 26, 28-29 en 38.

15 Advies Raad van State staatscommissie Grondwet, p. 7; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 14; Barkhuysen e.a. 2009, p. 21.

16 Advies Raad van State staatscommissie Grondwet, p. 7-8; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 22-23; Nap 2009, p. 5.

17 Eindrapport Commissie Polak 1985, p. 42-43 en Aanwijzingen 22 en 24 van Aanwijzingen voor de regelgeving.

18 Idem.

19 Eindrapport Commissie Polak 1985, p. 7; Jaarverslag Raad van State 2018, p. 7; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 17-21; Verhey & Aal 2017, p. 259.

20 Zie over instrumentalisering van wetgeving o.a. Eindrapport Commissie Polak 1985, p. 7; Polak 1987, p. 106; Van Male 1988, p. 271; Van der Hoeven 1989, p. 227 e.v.; Widdershoven & Remac 2012, p. 384-385; Hirsch Ballin 2019; Conclusie A-G Widdershoven ECLI:NL:RVS:2017:3557 (*exceptieve toetsing*), p. 80-81; Jaarverslag Raad van State 2018, p. 7, 28 en 32.

21 Dat betekent dat normstelling plaatsvindt op verschillende niveaus. Zie hierover bijvoorbeeld Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014, onder 6.1.

vanuit de wens om toekomstbestendige wetgeving tot stand te brengen die flexibel kan omgaan met een tijd waarin technologische ontwikkelingen en innovatie elkaar in rap tempo opvolgen.²² Om hierop toegesneden wetgeving te maken wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van open normen, kaderwetgeving en experimentenwetgeving.²³ Deze typen wetgeving kenmerken zich door open normen die door het bestuur moeten worden ingevuld en door delegatiebepalingen.²⁴ Het primaat van de wetgever is daarmee steeds verder verschoven naar het bestuur.²⁵

In de Grondwet is geen rekening gehouden met deze steeds grotere taak van het bestuur. Het bestuur is daar nog steeds een onzichtbare functie. Staatsrechtelijke normen en werkelijkheid zijn daardoor ver uit elkaar komen te liggen, hetgeen ervoor zorgt dat de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet op dit punt nog maar heel beperkt is.

4.3 LACUNES IN DE NORMERING VAN BESTUUR BUITEN DE GRONDWET

De leemte in normering van bestuur in de (Grond)wet betekent niet dat bestuursuitoefening aan geen enkele norm is gebonden. Om tegenwicht en bescherming te bieden tegen de toegenomen bestuursmacht zijn in de rechtspraak toetsingsnormen ontwikkeld, die later ook deels zijn gecodificeerd. In de Nederlandse rechtspraak gaat het om de ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abb). Verschillende van deze beginselen zijn inmiddels gecodificeerd in bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Op Europees niveau heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) ook algemene rechtsbeginselen erkend. Daarvan maken specifieke beginselen van behoorlijk bestuur deel uit. Sommige van deze beginselen zijn gecodificeerd in het recht op behoorlijk bestuur dat is vastgelegd in artikel 41 van het Handvest. De notie van behoorlijk bestuur heeft in de vorm van een 'principle of good governance' verder nog een plek verworven in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Bovengenoemde – nationale en Europese – rechtsbronnen vormen zeker vangnetten voor het gebrek aan normering van bestuur in de (Grond)wet. Zo hebben de abb een compenserende en aanvullende functie die van groot belang is in het licht van nieuwe digitale en technologische ontwikkelingen.²⁶ Dat blijkt bijvoorbeeld uit het recente ongevraagd advies van de Raad van State over de effecten van digitalisering voor de

22 Jaarverslag Raad van State 2016, p. 45; Jaarverslag Raad van State 2018, p. 12-13 en 15; Kamerbrief 6 juli 2016, *Kamerstukken II* 2015/16, 33009, nr. 30; Kamerbrief 26 juni 2017, *Kamerstukken II* 2016/17, 33009, nr. 43; Verhey & Aal 2017, p. 259-260.

23 Jaarverslag Raad van State 2018, p. 20-25; Kamerbrief 6 juli 2016, *Kamerstukken II* 2015/16, 33009, nr. 30; Verhey & Aal 2017, p. 260.

24 Jaarverslag Raad van State 2018, p. 26; Verhey & Aal 2017, p. 260.

25 Jaarverslag Raad van State 2018, p. 7 en 32; Widdershoven & Remac 2012, p. 384-385.

26 De abb zijn onder te verdelen in fundamentele rechtstaatbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel, en meer instrumentele algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het verbod van vooringenomenheid, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Zie nader hierover Nicolai 1990, p. 211 e.v.; Van der Heijden 2001, p. 4 e.v.; Schlössels 2004, p. 27 e.v. en Gerards 2010b, p. 802. Vgl. ook Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 40.

rechtstatelijke verhoudingen.²⁷ Daarin wordt gesteld dat de abbb van extra belang zijn nu de overheid steeds meer gebruik maakt van digitale besluitvorming, wat kan leiden tot een vermindering van mogelijkheden om het overheidsbestuur te controleren.²⁸ Volgens de Raad van State kunnen onder meer een verscherpte interpretatie van het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel hier soelaas bieden.²⁹ De bescherming die ontleend kan worden aan de abbb lijkt daarmee aanzienlijk. Toch kennen de abbb ook tekortkomingen. Allereerst ontbreekt een duidelijke, algemene grondslag voor de vorming en ontwikkeling van de abbb. Artikel 8:77, tweede lid, Awb, dat de rechter de opdracht geeft in de uitspraak te vermelden op basis van welke algemene rechtsbeginselen een besluit wordt vernietigd, komt enigszins in de buurt, maar dit artikel heeft alleen betrekking op appellabele besluiten (want alleen deze besluiten kunnen worden vernietigd) en niet op andere bestuurshandelingen.³⁰ Bovendien betreft het slechts een grondslag op wetsniveau. Het is de vraag of rechters zich hierdoor voldoende (democratisch) gelegitimeerd voelen om de abbb te ontwikkelen. Nederlandse rechters zijn van nature namelijk voorzichtig als het om rechtsvorming gaat.³¹ Dat geldt voor de erkenning van volledig nieuwe beginselen nog meer dan voor de verfijning van al bestaande beginselen.³² Er is echter niet alleen een behoefte om bestaande abbb te actualiseren, maar ook om nieuwe abbb te erkennen. Deze behoefte blijkt bijvoorbeeld uit het hiervoor aangehaalde advies van de Raad van State, waarin de Raad van State niet alleen adviseert tot verscherping van het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel, maar ook oproept tot een nieuw te ontwikkelen recht op toegang tot en zinvol contact met de overheid.³³ Hieruit volgt dat verfijnde of nieuw erkende abbb belangrijke bescherming kunnen bieden op die gebieden waar, bijvoorbeeld door technologische ontwikkelingen, onvoorziene omstandigheden zijn ontstaan waar de wetgever (nog) geen rekening mee heeft gehouden.³⁴ De rechter moet deze rechtsvormende rol dan wel op zich durven nemen. Daarvoor is een uitdrukkelijker legitimatie nodig dan nu door artikel 8:77 Awb wordt geboden.

Een ander minpunt van de abbb betreft het feit dat de abbb ongeschreven normen zijn die hun basis vinden in de rechtspraak. Algemeen kenmerk van dergelijke normen is dat zij

27 Advies Raad van State digitalisering 2018.

28 Advies Raad van State digitalisering 2018, p. 13-14. Zie ook de AERIUS-uitspraak (ABRVS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259) en de Blankenburgtunneluitspraak (ABRVS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454) van de ABRvS.

29 Advies Raad van State digitalisering 2018, p. 14-15 en 19.

30 Zie over deze grondslag ook de memorie van toelichting Awb eerste tranche, *Kamerstukken II*, 1988/89, 21 221, nr. 3 (hierna: MvT Awb eerste tranche), p. 155.

31 De voorzichtige houding blijkt bijvoorbeeld uit de manier waarop uitspraken van de Europese Hoven worden uitgelegd. Nederlandse rechters zijn niet snel geneigd de Europese minimumbescherming op te rekken, terwijl dat wel mag. Vgl. Gerards 2010a, p. 242-243; EHRM 21 juni 1988, 10730/84, *NJ* 1988/746 (*Berrehab t. Nederland*) en HR 10 november 1989, *NJ* 1990/628 (*post-Berrehab*), m.nt. E.A. Alkema.

32 Illustratief in dat kader is de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927), waarin de Afdeling uit de Conclusie van Staatsraad A-G Widdershoven over schaarse publieke rechten (25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421) wel het advies overnam om uit het al bestaande formele gelijkheidsbeginsel een mededingingsnorm af te leiden, maar niet mee ging in het advies om een nieuw transparantiebeginsel te erkennen. Vgl. Widdershoven 2019, p. 464.

33 Advies Raad van State digitalisering 2018, p. 19.

34 Jaarverslag Raad van State 2018, p. 15; Advies Raad van State digitalisering 2018.

minder kenbaar zijn dan geschreven rechtsregels.³⁵ Dat vindt voornamelijk zijn oorzaak in het feit dat deze regels minder goed vindbaar of beschikbaar zijn dan gecodificeerde regels.³⁶ De inhoud en het toepassingsbereik van de abbb moet men immers afleiden uit een waaier van rechterlijke uitspraken.³⁷ Het kan daarom lastig zijn zicht te krijgen op de normen die uit de abbb kunnen worden afgeleid. Een en ander doet afbreuk aan de voorspelbaarheid en rechtszekerheid van de bescherming die door de abbb verschaft kan worden.³⁸ Dit bezwaar wordt enigszins verzacht doordat verschillende beginselen inmiddels zijn gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb).³⁹ Dat geldt echter niet voor alle beginselen van behoorlijk bestuur. Het vertrouwensbeginsel ontbreekt bijvoorbeeld en het verdedigingsbeginsel is slechts gedeeltelijk gecodificeerd.⁴⁰ Ten aanzien van deze beginselen zal moeten worden teruggevallen op de ongeschreven abbb. Een andere tekortkoming van de beginselen in de Awb is dat zij zijn geformuleerd als taakopdrachten aan het bestuur.⁴¹ Dat maakt deze normen minder goed herkenbaar als rechten voor de burger, terwijl zij dat wel zijn.⁴²

Ook binnen de Europese rechtsorde wordt de notie van behoorlijk bestuur expliciet erkend. Net als de Nederlandse rechter heeft ook het HvJ algemene rechtsbeginselen erkend en ontwikkeld. Beginselen van behoorlijk bestuur maken daarvan onderdeel uit en hebben de status van primair Unierecht.⁴³ Dat betekent dat ze inroepbaar zijn voor de rechter in procedures tegen instellingen van de Unie en in procedures tegen de lidstaten wanneer zij handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.⁴⁴ De bevoegdheid van het HvJ om algemene beginselen van Unierecht te ontwikkelen volgt uit artikel 19 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).⁴⁵ Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat het HvJ de eerbiediging van 'het recht' bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen moet verzekeren. Dat impliceert dat er meer 'recht' is dan het geschreven recht in de Verdragen (en het secundaire recht dat gebaseerd is op deze Verdragen). Dat recht bestaat onder meer uit de algemene beginselen van Unierecht.⁴⁶ In tegenstelling tot de Nederlandse situatie is er voor het HvJ dus een expliciete, algemene legitimatie om rechtsbeginselen te gebruiken en te ontwikkelen.

35 Gerards 2010b, p. 793-794.

36 Vgl. Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 28-29.

37 MvT Awb eerste tranche, p. 8.

38 MvT Awb eerste tranche, p. 8; Advies Raad van State Awb eerste tranche, *Kamerstukken II*, 1988/ 89, 21 221, B, p. 4; Lokin & Zwolve 2006, p. 1; Gerards 2010b, p. 794.

39 MvT Awb eerste tranche, p. 8 en 9. Voorbeelden van abbb in de Awb zijn het zorgvuldigheidsbeginsel (art.3:2) en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4, tweede lid).

40 Gerards 2010b, p. 787. Reden voor deze terughoudende codificatie is dat bij veel beginselen de jurisprudentie nog in ontwikkeling is en onvoldoende is uitgekristalliseerd. Codificatie in de wet zou deze ontwikkeling kunnen verstarren. Zie ook MvT Awb eerste tranche, p. 9.

41 Zie bijvoorbeeld de artikelen 2:4 Awb en 3:2 Awb, waarin bestuursorganen worden opgeroepen respectievelijk hun taak zonder vooringenomenheid uit te voeren (2:4) en zorgvuldig kennis te vergaren en belangen af te wegen (3:2).

42 In juridische zin zijn zij bijvoorbeeld wel afdwingbaar voor de rechter.

43 Art. 6 lid 3 jo. Art. 19 lid 1 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).

44 Craig 2014, p. 1070. Zie onder andere HvJ EU, C-428/05, ECLI:EU:C:2007:368; HvJ EU 8 mei 2014, C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302 (*H.N.*) en HvJ EU 5 november 2014, C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336 (*Mukarubega*) waaruit de inroepbaarheid tegen lidstaten blijkt.

45 HvJ 12 juli 1957, C-7/56, ECLI:EU:C:1957:7 (*Algera*) en HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 27.

46 Widdershoven & Remac 2012, p. 387; Van den Brink e.a. 2017, p. 125.

Op Europees niveau is verder sprake van een constitutionaliseringstendens, waarbij de notie van behoorlijk bestuur steeds meer transformeert van een beginsel waaraan het bestuur zich heeft te houden naar een afdwingbaar recht (subjectiveringstendens) dat is ingebed in het bestaande systeem van grondrechten (integratietendens).⁴⁷ Deze constitutionalisering blijkt duidelijk uit de vastlegging van het recht op behoorlijk bestuur in artikel 41 Handvest.⁴⁸ Aangenomen wordt weliswaar dat dit artikel niet in het algemeen een afdwingbaar (subjectief) recht op behoorlijk bestuur waarborgt, maar enkele specifieke deelrechten wel als zodanig zijn aan te merken.⁴⁹ Het gaat dan om die elementen van het recht op behoorlijk bestuur die voldoende precies en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd.⁵⁰ Dat is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van het recht op een onpartijdige en billijke bestuurlijke behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn (het eerste lid van artikel 41 Handvest), het recht om voorafgaand aan besluitvorming te worden gehoord, het inzagerecht en de plicht tot motivering (het tweede lid van artikel 41 Handvest).⁵¹ De rechten die voortkomen uit artikel 41 Handvest zijn echter niet limitatief opgesomd in het artikel.⁵² Dat maakt het mogelijk dat het artikel tegelijkertijd fungeert als een basisartikel dat ruimte biedt voor verdere rechtsontwikkeling.⁵³ Het artikel wordt daarom ook wel bestempeld als een ‘vertretpunt’ of ‘katalysator’ van nieuwe ontwikkelingen met betrekking tot behoorlijk bestuur op EU-niveau, dat ook kan leiden tot een verdergaande erkenning van afdwingbare deelrechten.⁵⁴

Het voorgaande laat zien dat het Unierecht belangrijke juridisch-normatieve waarborgen biedt als het gaat om de notie van behoorlijk bestuur. Opgemerkt moet echter worden dat deze bescherming voor het Nederlandse systeem relatief beperkt is. Artikel 41 Handvest is namelijk alleen inroepbaar tegen acties van de instellingen, organen en instanties van de Unie, en niet tegen handelingen van lidstaten.⁵⁵ De algemene beginselen van Unierecht gelden wel ten aanzien van het handelen van de lidstaten, maar dan weer alleen als dat handelen valt binnen het toepassingsgebied van het Unierecht.⁵⁶ Bij zuiver nationaalrechtelijke handelingen kan dan ook geen beroep worden gedaan op de Unierechtelijke bescherming van het recht op behoorlijk bestuur, noch via het algemene EU-beginsel, noch via artikel 41 Handvest.

Mogelijk zou dat laatste nog kunnen worden opgevangen door de rechtspraak van het EHRM. In het kader van het eigendomsrecht (artikel 1 Eerste Protocol EVRM) heeft

47 Schlössels 2016a, onder 3.1.; Zie ook Schlössels 2016b, p. 662-664.

48 Idem.

49 Timmermans & Schlössels 2015, p. 251-252.

50 Mihaescu Evans 2015 p. 121, p. 472-473.

51 HvJ EU 4 oktober 2006, T-193/04, ECLI:EU:T:2006:292 (*Tillack t. Commissie*), r.o. 127.

52 Volgens de toelichting bij art. 41 Handvest komen de rechten en plichten die nu wel expliciet worden genoemd voort uit de rechtspraak van het HvJ (lid 1 en 2) of zijn het weergaven van al bestaande verdragsrechten (lid 3 en 4).

53 Boustta 2013, p. 482; Craig 2014, p. 1072; Mihaescu Evans 2015, p. 77.

54 Hofmann & Mihaescu Evans 2013, p. 75-76; Timmermans & Schlössels 2015, p. 250, 255 en 257. Zie ook Schlössels 2016b, p. 668.

55 Zie de tekst van het eerste lid van art. 41 Handvest.

56 Art. 51 lid 1 Handvest en de toelichting bij dit artikel. Zie ook Craig 2014, p. 1070.

dit Hof namelijk een ‘principle of good governance’ ontwikkeld.⁵⁷ Volgens het EHRM volgt uit dit beginsel de eis dat als het recht op eigendom in het geding is (bijvoorbeeld als eigendom wordt ontnomen), bestuursoptreden tijdig, geschikt en bovenal op een consistente manier moet plaatsvinden.⁵⁸ Ook moeten bij eigendomskwesties procedures in het leven worden geroepen die transparantie, minimalisering van risico’s en rechtszekerheid garanderen.⁵⁹ Als laatste geldt dat als overheidsorganen in een eigendomsoverdracht een vergissing maken, ze deze zo spoedig mogelijk moeten corrigeren en daarbij ook een adequate compensatie of een andere geschikte reparatie moeten bieden aan de eigenaar die in goed vertrouwen handelde.⁶⁰ Toch moet het praktische belang van het ‘principle of good governance’ niet worden overschat. De ontwikkeling van dit beginsel is sterk casuïstisch van aard en is meer toevallig dan met een doelbewuste agenda erkend. Het beginsel wordt bovendien (nog) niet als een fundamenteel recht aangemerkt door het EHRM.⁶¹ De materiële bescherming die op gebied van behoorlijk bestuur aan het EVRM kan worden ontleend, is dan ook (nog) niet van hoog niveau.

4.4 CODIFICATIE VAN HET RECHT OP BEHOORLIJK BESTUUR IN DE GRONDWET

Uit de vorige paragraaf blijkt dat de regels die volgen uit de abbb, de Awb, de algemene beginselen van Unierecht, artikel 41 Handvest en de jurisprudentie van het EHRM weliswaar belangrijke vangnetten vormen voor het tekort aan legitimering en normering van de bestuursmacht in de Grondwet, maar deze vangnetten op hun beurt ook enkele hiaten bevatten. Deze hiaten zijn dusdanig dat deze instrumenten niet toereikend zijn om een antwoord te bieden op de in paragraaf 4.2 geschetste ontwikkelingen. Om voldoende bescherming tegen bestuursmacht te bieden en daarbij de juridisch-normatieve functie van de Grondwet te versterken, zal de Grondwet zelf normering en legitimatie van bestuursmacht moeten verschaffen. Daarin kan worden voorzien door in de Grondwet een recht op behoorlijk bestuur op te nemen. De juridisch-normatieve kracht van de Grondwet zal daarmee worden verstevigd. Tegelijkertijd kan een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur de hiaten in de hiervoor besproken rechtsbronnen opvullen.

Zo heeft de Grondwet niet te maken met de reikwijdtebeperkingen van artikel 41 Handvest en de algemene beginselen van Unierecht. Een recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet kan bovendien van toegevoegde waarde zijn op de gebrekkige bescherming die door het EHRM wordt geboden. Dat kan alleen al door een meer concreet recht op behoorlijk bestuur te formuleren dat niet alleen op eigendomskwesties van toepassing is, maar specifieke bescherming garandeert inzake alle bestuursuitoefening. Van groot belang is daarnaast de aanvullende rol die een grondwettelijk recht op behoorlijk

57 Zie hierover o.a. de annotatie van H. Addink bij EHRM 16 mei 2013, 49317/07 (*Maksymenko & Gerasymenko t. Oekraïne*), EHRC 2013/153; Sanderink 2014; Timmermans & Schlössels 2015, p. 257-259; Sanderink 2019, p. 450-452.

58 EHRM 15 september 2009, nr. 10373/05, EHRC 2009/120 (*Moskal t. Polen*), m.nt. Pennings, r.o. 51 en 72.

59 EHRM 20 oktober 2011, nr. 29979/04, (*Rysovskyy t. Oekraïne*), r.o. 70.

60 Idem, r.o. 71.

61 Timmermans & Schlössels 2015, p. 159.

bestuur kan spelen inzake de bescherming die wordt geboden door de abbb. Met een gecodificeerd, grondwettelijk grondrecht kan namelijk een gewichtige, algemene legitimatie aan rechters worden geboden om de abbb te gebruiken en deze door te ontwikkelen. Zoals hiervoor aan de orde is gekomen is dat nodig, omdat Nederlandse rechters hier niet vanzelf toe geneigd zijn en hiertoe een extra stimulans nodig hebben. In dit verband kan ook worden gewezen op de toelichting bij de recente verklaringswet tot opnemng van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.⁶² Daarin wordt aan de rechter (en de wetgever) meermaals specifiek meegegeven dat grondwettelijke codificatie van het recht op een eerlijk proces een expliciete legitimatie betekent om de notie van een eerlijk proces nader vorm te geven en te ontwikkelen.⁶³ In die zin zal een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur de functies kunnen vervullen die artikel 19, eerste lid, VEU en artikel 41 Handvest nu tezamen vervullen voor de algemene beginselen van Unierecht. Artikel 19 VEU vormt een grondslag voor de vorming van de EU-beginselen door het HvJ. Artikel 41 Handvest vormt een bevestiging van het bestaan van deze beginselen en maakt ze tegelijkertijd meer kenbaar zodat ze doorontwikkeld kunnen worden.⁶⁴ Niet voor niets is het aantal beroepen op de Europese notie van behoorlijk bestuur toegenomen sinds dit recht is gecodificeerd in het Handvest.⁶⁵ Codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in de Nederlandse basisnorm kan op een vergelijkbare manier zorgen voor een betere legitimatie en een sterkere ontwikkeling van de notie van behoorlijk bestuur. De potentieel grote bescherming die abbb in het digitaliseringstijdperk kunnen bieden, zal daarmee realiteit kunnen worden.

4.5 CODIFICATIE IN DE GRONDWET: HOE?

4.5.1 Inleiding

In het voorgaande is aan de orde gekomen dat codificatie van een recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet geboden is. Dat laat nog verschillende vragen open betreffende de vorm van deze codificatie. Zo kan de bepaling algemeen worden geformuleerd, maar is het ook mogelijk om specifieke deelrechten vast te leggen. Daarnaast kan het gaan om een subjectief recht dat afdwingbaar is voor de rechter of juist om een niet-afdwingbaar recht dat slechts fungeert als taakopdracht aan het bestuur. In deze paragraaf wordt betoogd dat een algemeen geformuleerd recht dat afdwingbaar is voor de rechter het beste past bij de hiervoor genoemde redenen om het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet op te nemen. Een dergelijke vorm sluit bovendien goed aan bij verwante bepalingen in de Grondwet en andere (Europese) regelingen. Aan het eind van deze paragraaf zal een eerste voorzet worden gedaan voor de beoogde nieuwe Grondwetsbepaling.

⁶² *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3.

⁶³ *Idem*, p. 4, 9 en 31. Eerder heb ik geconcludeerd dat deze legitimatie de voornaamste reden is waarom de opnemng van het recht op eerlijk proces in de Grondwet van toegevoegde waarde is op de bescherming die nu al geboden wordt door het Handvest en het EVRM. Zie Julicher 2018.

⁶⁴ Zie ook Timmermans & Schlössels 2015, p. 250.

⁶⁵ Schlössels 2016b, p. 665; Widdershoven 2019, p. 460.

4.5.2 Algemeen of specifiek?

Een algemene formulering van het recht op behoorlijk bestuur is te vinden in het eerste lid van artikel 41 Handvest. Onder de behoorlijkheidsaspecten die in deze bepaling worden genoemd (onpartijdig, bilijk en binnen een redelijke termijn) kunnen alle aspecten van behoorlijk bestuur worden geschaard. Een specificering van een dergelijke algemene bepaling kan bestaan uit de nadere formulering van concrete rechten of plichten. Ook daarvan bevat artikel 41 Handvest een voorbeeld, maar dan in het tweede lid van deze bepaling. Daarin worden het recht om te worden gehoord, het recht op inzage en de plicht te motiveren uitgelicht als specifieke (niet-uitputtende) deelrechten van het in het eerste lid genoemde recht.⁶⁶

Ten aanzien van het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet zijn er goede redenen om te kiezen voor een algemeen geformuleerde codificatie. Allereerst past een algemene formulering bij het karakter en de systematiek van de Grondwet. Die is sober. De meeste grondrechten in de Grondwet zijn dan ook algemeen en niet-uitputtend geformuleerd. In dit kader is het relevant de al eerder genoemde verklaringswet tot opneming in de Grondwet van een recht op een eerlijk proces te noemen.⁶⁷ Juist vanwege het sobere karakter van de Grondwet heeft de indiener (de regering) gekozen voor een formulering waarbij niet alle specifieke deelrechten worden gecodificeerd.⁶⁸ Een andere reden waarom een algemeen geformuleerde bepaling wenselijk is, is dat specifieke codificatie kan leiden tot ongewenste rigiditeit. Over veel beginselen van behoorlijk bestuur bestaat namelijk geen consensus. Er is een voortdurende behoefte deze te ontwikkelen en te actualiseren. Dat blijkt niet alleen uit het eerdergenoemde ongevraagde advies van de Raad van State over digitalisering.⁶⁹ In de literatuur is ook ten aanzien van andere beginselen, zoals het voorzorgbeginsel en het transparantiebeginsel, betoogd dat ze in ontwikkeling zijn.⁷⁰ Codificatie van specifieke deelaspecten kan dan zoveel dichttimmeren dat de rechtsontwikkeling van het beginsel bevroren wordt en de nodige flexibiliteit verloren gaat. Met een algemene codificatie kan dat worden voorkomen, nu daardoor meer ruimte bestaat voor de vrije ontwikkeling van beginselen.⁷¹

De bepaling moet echter ook weer niet zo algemeen worden dat alles van nadere uitwerking afhangt. Dan bestaat het risico dat het recht als containerbegrip wordt gebruikt en daardoor ongrijpbaar wordt. Dat kan leiden tot interpretatievraagstukken.⁷² De bepaling moet dus ruimte openlaten, maar wel – uit zichzelf – voldoende normatieve kracht hebben.⁷³ Dat kan bijvoorbeeld door in de toelichting bij de codificatie de betekenis

66 Craig 2014, p. 1072; *Tillack t. Commissie*, r.o. 127.

67 *Stb* 2018, 88.

68 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 27.

69 Advies Raad van State digitalisering 2018.

70 Gerards 2010b, p. 790, 804. Zie over de ontwikkeling van het transparantiebeginsel o.a. Buijze 2016; Widdershoven 2019, p. 464-465. Zie over de ontwikkeling van het voorzorgbeginsel o.a. WRR 2008, p. 130 en Pieterman & Arnoldussen 2008.

71 Gerards 2010b, p. 799; Schlössels 2012, p. 87. Juist een codificatie met algemene gezichtspunten die nader uitgewerkt kunnen worden zal voor verdere ontwikkeling een uitnodiging bieden.

72 Schlössels 2012, p. 90.

73 Zie hierover ook de afweging van de Staatscommissie Grondwet ten aanzien van de formulering van het recht op een eerlijk proces, Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 63-64.

van het algemeen geformuleerde recht te verduidelijken.⁷⁴ Dat biedt richtsnoeren die kenbaar zijn, maar die minder in steen gebeiteld zijn dan de bepaling zelf. Dat kan ook door in de bepaling het recht met elementen te omschrijven die weliswaar algemeen zijn, maar die wel grenzen en kaders aangeven. Een goed voorbeeld is zichtbaar in het eerste lid van artikel 41 Handvest. Daarin wordt het recht op behoorlijk bestuur geconcretiseerd in drie elementen. Die elementen geven aan in welke richting men moet denken bij het recht op behoorlijk bestuur: het gaat om onpartijdig, bilijk en tijdig bestuur. Daarmee worden grenzen afgebakend. Met deze elementen is bijvoorbeeld duidelijk dat de reikwijdte van dit recht beperkter is dan de notie van *goed* bestuur. Die notie omvat namelijk ook mensenrechten en participatiebeginselen en die vallen niet onder de genoemde elementen.⁷⁵ Tegelijkertijd is niet alles dichtgetimmerd. De specifieke criteria die bijvoorbeeld worden gesteld aan onpartijdig bestuur – denk onder andere aan de onderverdeling in subjectieve en objectieve onpartijdigheid – worden in de bepaling bijvoorbeeld niet nader geconcretiseerd.⁷⁶ Dat laat ruimte voor ontwikkeling van dergelijke criteria in de rechtspraktijk, met als resultaat dat hierop, in het kader van het recht op behoorlijk bestuur, geregeld een beroep wordt gedaan en door de rechter aan deze specifieke invulling wordt getoetst.⁷⁷

Een laatste reden voor een algemeen geformuleerde codificatie kan gevonden worden in het gegeven dat de wetgever zich daarmee geen ongewenste *a contrario*-redeneringen op de hals haalt. Bij specificatie van deelrechten zullen er namelijk altijd bepaalde aspecten van een recht zijn die niet worden gecodificeerd. Op het moment dat sommige deelrechten wel zijn gespecificeerd en andere niet, bestaat het risico dat ten onrechte wordt aangenomen dat die andere deelrechten minder belangrijk zijn en geen bescherming verdienen.⁷⁸ Illustratief in dit kader is de discussie omtrent de expliciet genoemde discriminatiegronden in artikel 1 Grondwet en het voorstel om dit artikel uit te breiden met de gronden handicap en seksuele gerichtheid.⁷⁹ De indieners wilden hiermee het signaal afgeven dat deze nieuwe gronden *ook* belangrijk zijn.⁸⁰ Kennelijk leefde bij hen de overtuiging dat expliciete codificatie nodig is om uitdrukking te geven aan dit belang. Volgens deze gedachte zouden alle andere discriminatiegronden die nu niet in artikel 1 Grondwet zijn opgenomen en evenmin in het wijzigingsvoorstel worden genoemd (bijvoorbeeld leeftijd en inkomen) dan ook minder bescherming verdienen, maar het is zeer de vraag of dat terecht is.⁸¹ Bij een algemene codificatie speelt het risico op dergelijke *a contrario*-redeneringen minder, omdat daarbij meteen duidelijk is dat in

74 Gerards 2010b, p. 796.

75 Vgl. Addink 2012 en Addink 2019.

76 In de Awb wordt wel een onderscheid gemaakt in objectieve en subjectieve onpartijdigheid, zie het eerste en het tweede lid van art. 2:4 Awb.

77 Zie bijvoorbeeld HvJ 11 juli 2013, C-429/11 P, ECLI:EU:C:2013:513 (Ziegler), r.o. 145 en HvJ 20 december 2017, C-521/15, ECLI:EU:C:2017:982 (Spanje *t. de Raad en Commissie*), r.o. 85 e.v.

78 Gerards 2010b, p. 799; Schlössels 2012, p. 99.

79 Zie voor dit voorstel *Kamerstukken II 2009/10*, 32411, nr. 2. Zie voor de discussie de verschillende opvattingen van Gerards en Loenen in het *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*: Gerards *NTM* 2016/3, p. 304-318 en Loenen *NTM* 2016/3, p. 319-326.

80 *Kamerstukken II 2009/10*, 32411, nr. 3, p. 2-3.

81 Gerards *NTM* 2016/3, p. 315.

de formulering niet gestreefd wordt naar een volledige weergave van alle elementen van het recht die beschermd worden.⁸²

4.5.3 Afdwingbaar recht of niet-afdwingbare taakopdracht?

Het is mogelijk het recht op behoorlijk bestuur zodanig precies en onvoorwaardelijk te formuleren dat het kan fungeren als een grondrecht dat afdwingbaar is voor de rechter.⁸³ Er kan echter ook gekozen worden voor een grondrecht waarbij aan de overheid een opdracht wordt meegegeven die niet afdwingbaar is. Het karakter dat het recht op behoorlijk bestuur krijgt, zal consequenties hebben voor het hoofdstuk waar het grondrecht in de Grondwet opgenomen zal worden. Bij een afdwingbare norm ligt plaatsing in hoofdstuk 1 van de Grondwet voor de hand. Dat hoofdstuk bevat immers ook andere, voor de rechter inroepbare, grondrechten. Wordt echter gekozen voor een opdracht karakter, dan ligt plaatsing in hoofdstuk 5 over wetgeving en bestuur meer voor de hand.⁸⁴

Er zijn verschillende redenen om te kiezen voor een afdwingbaar grondrecht. Allereerst sluit een dergelijk recht aan bij de ontwikkeling richting constitutionalisering van behoorlijk bestuur op Europees niveau. Werden behoorlijkheidsnormen van oudsher vooral gezien als niet-afdwingbare opdrachten aan het bestuur, inmiddels zijn deze steeds meer rechtstreeks inroepbaar voor de rechter (vgl. artikel 41 Handvest).⁸⁵ Een andere reden voor een codificatie als afdwingbaar recht is dat dit aansluit bij de verklaringswet tot opnemings van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Ook dit recht is geformuleerd als grondrecht dat de burger een aanspraak geeft jegens de rechter.⁸⁶ Het recht op behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces vertonen verwantschap, in die zin dat het beide procedurele rechten zijn die vergelijkbare eisen stellen.⁸⁷ Zo kennen beide rechten de eis van onpartijdigheid, de eis van tijdigheid, het verdedigingsbeginsel en het inzagerecht.⁸⁸ Het verschil is alleen dat het recht op behoorlijk bestuur deze eisen stelt aan bestuurlijke procedures, terwijl het recht op een eerlijk proces primair gaat over de procedure voor de rechter.⁸⁹ De uitwerking van bepaalde eisen kan daarbij verschillen.⁹⁰ Schlössels signaleert – in ieder geval op Europees niveau – wel een uniformeringstendens, waarbij de scheiding tussen de eisen

82 Idem, p. 316.

83 Mihaescu Evans 2015, p. 472-473.

84 Vergelijk de redenering die werd gehanteerd in de toelichting bij de recente verklaringswet tot opnemings van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Gekozen is om dit recht in hoofdstuk 1 te plaatsen wegens het grondrechtelijke karakter ervan. Er waren echter ook argumenten om dit recht in Hoofdstuk 6 (Rechtspraak) te plaatsen. Zie *Kamerstukken II 2015/16, 34517*, nr. 3, p. 8 en 10 en Julicher 2018, p. 39-40.

85 Schlössels 2016a, onder 1. Zie ook hiervoor onder paragraaf 4.3.

86 *Stb* 2018, 88 en *Kamerstukken II 2015/16, 34517*, nr. 3, p. 8.

87 Craig 2014, p. 1072. Craig stelt zelfs dat het wenselijk zou zijn geweest als het recht op behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces in het Handvest in dezelfde bepaling zouden zijn opgenomen. Zie ook Prechal 2016, p. 150-151.

88 Timmerman & Schlössels 2015, p. 274; Prechal 2016, p. 150.

89 Hoewel de eisen die worden gesteld bij het recht op een eerlijk proces ook van invloed kunnen zijn op de eisen die worden gesteld aan de bestuurlijke procedure. Zie bijv. EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Korošec t. Slowakije*).

90 Dat is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van het onpartijdigheidsvereiste, zie hierna onder 4.5.4.

die volgen uit het beginsel van behoorlijk bestuur en de eisen die volgen uit het beginsel van behoorlijke rechtspleging (eerlijk proces) minder scherp wordt.⁹¹ De eisen die het recht op een eerlijk proces stelt ten aanzien van de rechterlijke procedure worden steeds meer analoog toegepast op het bestuur.⁹² Aansluiting van het grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur bij het recht op een eerlijk proces past bij deze tendens. Als laatste is het logisch om te kiezen voor de vorm van een afdwingbaar recht in het licht van de doelstelling om lacunes in de huidige bescherming op te vullen. Alleen als afdwingbaar grondrecht kan een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur de aanvullende bescherming bieden waarvoor in het voorgaande is gepleit. De zwaardere bescherming die de Grondwet biedt ten opzichte van de bescherming in de Nederlandse abbb, de Awb, de Europese algemene beginselen van Unierecht, artikel 41 Handvest en het EVRM levert immers niet veel op als mensen zich daarop niet rechtstreeks kunnen beroepen voor de rechter.

4.5.4 Voorzet voor een bepaling

In het licht van voorgaande uitgangspunten verdient het aanbeveling in de Grondwet een bepaling op te nemen die in algemene zin het recht op behoorlijk bestuur en direct inroepbaar is voor de rechter. Vanwege het gewenste afdwingbare karakter van het recht dient de bepaling te worden opgenomen in hoofdstuk 1 van de Grondwet en moet de bepaling voldoende precies en onvoorwaardelijk geformuleerd zijn. Een voorbeeld van een bepaling die aan deze voorwaarden voldoet, is het eerste lid van artikel 41 Handvest: 'Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld.'⁹³ Als startpunt voor een bepaling kan bij dit artikel aansluiting worden gezocht, waarbij enige aanpassing aan de Nederlandse situatie nodig is. Een bepaling in de Grondwet zou er dan als volgt uit kunnen zien:

'Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld.'

Net als in artikel 41, eerste lid, Handvest is hier sprake van een bepaling die precies en onvoorwaardelijk is geformuleerd. Daarmee wordt een afdwingbaar recht op onpartijdige, behoorlijke en tijdige besluitvorming gegarandeerd. Het gaat ook om een algemeen geformuleerde bepaling. Er worden immers wel enkele elementen genoemd (onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn), maar dit zijn geen specifieke deelrechten, zoals de rechten genoemd in het tweede lid van artikel 41 Handvest. De genoemde elementen zijn overkoepelend van aard en kunnen zowel processuele als materiële en uitkomstgerichte aspecten van behoorlijk bestuur omvatten.

Met de genoemde elementen wordt ook aangesloten bij de termen die gebruikelijk zijn in het huidige bestuursrechtelijke discours. Ten opzichte van artikel 41 Handvest is wel de term 'billijk' (als officiële vertaling van het Engelse 'fairly') vervangen door de term

91 Schlössels 2016a, onder 3 en 3.4.

92 Idem. Zie ook Mihaescu Evans 2015, p. 79.

93 Zie hiervoor onder paragraaf 4.3 van deze bijdrage.

'behoorlijk'. De term 'billijk', zoals uitgelegd in de toelichting bij artikel 41 Handvest en gehanteerd in de jurisprudentie van het HvJ, verleent namelijk niet meer of andere bescherming dan de term 'behoorlijk',⁹⁴ terwijl met de laatste term een betere verbinding kan worden gelegd met het begrippenkader dat in het Nederlandse bestuursrecht gebruikelijk is. Niet alleen binnen de beginselendoctrine (algemene beginselen van *behoorlijk* bestuur), maar ook in de Awb en bij de Ombudsman heeft de term 'behoorlijk' immers een centrale plaats.⁹⁵ Onder de term 'behoorlijk' kunnen bovendien alle abbb worden geschaard die inmiddels in de rechtspraak zijn erkend en/of zijn opgenomen in de Awb.⁹⁶ Ook nieuw te ontwikkelen beginselen zullen onder deze elementen kunnen vallen. Er is tegelijkertijd geen sprake van een onbegrensde vergaarbak voor beginselen. Door expliciet de term *behoorlijk* op te nemen wordt bijvoorbeeld duidelijk dat geen bescherming van het concept van *goed* bestuur is beoogd. Zoals al eerder vermeld sluit dat concept ook noties als mensenrechten en participatiebeginselen in, maar die vallen buiten de bescherming van het recht op behoorlijk bestuur.

Strikt genomen omvat de term 'behoorlijk' ook al de vereisten van onpartijdigheid en tijdigheid. In de voorgestelde formulering zijn deze vereisten echter uitdrukkelijk genoemd om hierop extra nadruk te leggen. Onpartijdigheid en tijdigheid zijn namelijk niet de eerste normen waar mensen aan denken bij de notie van behoorlijk bestuur, in die zin dat ze in veel klassieke lijstjes van abbb ontbreken.⁹⁷ Daarnaast zijn deze elementen expliciet opgenomen om de verwantschap van het recht op behoorlijk bestuur met het recht op een eerlijk proces aan te geven. Onpartijdigheid en de redelijke termijnseis hebben namelijk ook specifiek een plek in het recht op een eerlijk proces, zowel in het Handvest (artikel 47) en het EVRM (artikel 6 EVRM) als in de verklaringswet tot opnemng van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.⁹⁸ Een dergelijke expliciete erkenning van de verwantschap tussen het recht op behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces past bij de uniformiseringstendens die plaatsvindt tussen de noties van behoorlijk bestuur en behoorlijke rechtspleging.⁹⁹ Een en ander neemt niet weg dat ten aanzien van deze vereisten andere accenten kunnen worden gelegd. Zo kent het vereiste van (objectieve) onpartijdigheid bij het recht op behoorlijk bestuur andere criteria dan bij het recht op een eerlijk proces. Dat heeft ermee te maken dat, in tegenstelling tot wat geldt ten aanzien van rechters, de benoeming en samenstelling van bestuursorganen vaak politiek van aard is, net als hun werkzaamheden en de belangen die zij in hun besluitvorming betrekken.¹⁰⁰ Rechters behoren zich daarentegen geheel te onthouden van het najagen van belangen. Volgens het vereiste van onpartijdigheid dient de benoeming van rechters daarom apolitiek te zijn. De (objectieve) onpartijdigheidseisen

94 Zie de toelichting bij art. 41 Handvest en de aldaar genoemde jurisprudentie.

95 Zie bijvoorbeeld de artikelen 9:2, 9:27 lid 1 en 9:36 lid 2 Awb.

96 Dat kan in een toelichting bij de nieuwe bepaling verder worden verduidelijkt.

97 Zie bijv. Nicolai 1990, p. 140 e.v. over de abbb die in enkele klassieke lijstjes (waaronder het eerste lijstje van Wiarda) staan genoemd. Onpartijdigheid en tijdigheid staan daar niet bij. Zie ook Widdershoven & Remac 2012, p. 396 over de late erkenning van het aspect tijdigheid.

98 *Sib* 2018, 88.

99 Schlössels 2016a, onder 3 en 3.4.

100 Schlössels 2016a, onder 4.1.

die worden gesteld aan de samenstelling en benoeming van rechters kunnen dan ook niet één op één worden toegepast op bestuursorganen.¹⁰¹

Als laatste is in de voorgestelde bepaling de notie van ‘bestuursorgaan’ opgenomen. Ook daarmee wordt aangesloten bij het bestuursrechtelijke discours in Nederland. Het bestuursorgaanbegrip heeft in het Nederlandse bestuursrecht een centrale positie. De Awb is volledig om deze term heen gebouwd.¹⁰² Met de opneming van dit element kan dus worden aangesloten bij de terminologie die gebruikelijk is in het Nederlandse bestuursrecht. Het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet wordt daarmee van toepassing op alle entiteiten die voldoen aan de criteria die gesteld worden in artikel 1:1, eerste lid, Awb (het gaat dan zowel om a-organen als om b-organen).¹⁰³ Vanzelfsprekend geldt dit recht niet alleen als bestuursorganen publiekrechtelijk handelen, maar ook als zij privaatrechtelijke of feitelijke handelingen verrichten.¹⁰⁴

4.6 CONCLUSIE

In deze bijdrage is gepleit voor het opnemen van een recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet. Met de opneming van een dergelijk recht zal de uitoefening van bestuursmacht van grondwettelijke ankers kunnen worden voorzien en kunnen worden begrensd. De zichtbaarheid en normering van de bestuursfunctie in de Grondwet worden zo vergroot, hetgeen van belang is voor de versterking van de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet. Een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur kan daarnaast bijdragen aan een versterking van de juridische vangnetten die op dit moment al waarborgen bieden bij de uitoefening van bestuursmacht. Dit heeft te maken met het feit dat de elders al erkende normen van behoorlijk bestuur (de abbb, de Awb, het Handvest en het EVRM) allemaal beperkingen in hun materiële normeringskracht kennen en de Grondwet deze kan aanvullen. Belangrijkst in dat kader is dat met codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet kan worden voorzien in een bevestiging van het gebruik van abbb en een algemene legitimatie aan de rechter wordt gegeven voor de doorontwikkeling van deze beginselen. Een dergelijke bevestiging en legitimatie zijn nu op nationaal niveau nog afwezig.

101 Timmersmans & Schlössels 2015, p. 271; Schlössels 2016b, onder 4.1.

102 Zo staat alleen tegen besluiten van bestuursorganen rechtsbescherming bij de bestuursrechter open (art. 8:1 Awb) en zijn de in de Awb gecodificeerde abbb alleen van toepassing op bestuursorganen. Dat laatste geldt eveneens voor de ongeschreven abbb. Zie Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven over het begrip ‘bestuursorgaan’, ECLI:NL:RVS:2014:2260, p. 9 en Jak 2019, p. 104.

103 Er is discussie mogelijk over de vraag of de organen die volgens het tweede lid van art. 1:1 Awb van het bestuursorgaanbegrip zijn uitgezonderd daarmee ook moeten worden uitgezonderd van het grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur. Als het recht op een eerlijk proces in de Grondwet wordt gecodificeerd lijkt dat in ieder geval te rechtvaardigen ten aanzien van de in het tweede lid genoemde rechterlijke colleges. Deze worden dan immers al genormeerd. Voor wat betreft organen als de Algemene Rekenkamer en de Ombudsman kan daarentegen, naar analogie met de Europese situatie, betoogd worden dat het recht op behoorlijk bestuur ook van toepassing moet zijn. Het Europese recht op behoorlijk bestuur is namelijk ook van toepassing op het handelen van de Europese Rekenkamer en de Europese Ombudsman, zie bijv. HvJ EU 4 april 2017, C-337/15 P; ECLI:EU:C:2017:256 (*Europese Ombudsman t. Claire Staelen*).

104 Vergelijk art. 3:1 lid 2 Awb en HR 27 maart 1987, NJ 1987/727 (*Amsterdam/Ikon*).

Het karakter van de Grondwet, de constitutionaliserings- en uniformeringstendens op Europees niveau en de verwantschap met het recht op een eerlijk proces pleiten voor codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in een bepaling die in algemene zin het recht op behoorlijk bestuur garandeert en die direct inroepbaar is voor de rechter. Een bepaling zou er dan als volgt uit kunnen zien: 'Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld.' Deze bepaling is zodanig precies en onvoorwaardelijk geformuleerd dat sprake is van een rechtstreeks inroepbaar recht. De bepaling is algemeen in die zin dat drie algemene aspecten van de notie van behoorlijk bestuur worden genoemd. Hieronder kunnen alle abbb worden geschaard die reeds zijn gevormd, maar is er ook ruimte voor nieuwe ontwikkelingen. Met de genoemde elementen wordt bovendien aangesloten bij het begrippenkader dat in het – zowel nationale als Europese – bestuursrecht gebruikelijk is.

Codificatie van het recht op behoorlijk bestuur zoals hierboven geformuleerd zal eraan bijdragen dat de Grondwet weer een belangrijke rol kan vervullen in het legitimeren, normeren en limiteren van overheidsmacht. Zeker nu het bestuur de meest omvangrijke overheidsmacht is geworden, en het bovendien in de lijn der verwachting ligt dat deze omvang door technologische en maatschappelijke ontwikkelingen alleen maar verder toeneemt, is dit een toevoeging die niet langer uit ons staatskundige basisdocument weg kan blijven. Op naar een behoorlijke Grondwet

5 Red het censuurverbod: schaf het af!*

5.1 INLEIDING

Internet laat steeds ruimere en snellere verspreiding toe van onrechtmatige uitingen, zoals terroristische (haat)propaganda, kinderporno, schendingen van het auteursrecht en desinformatie.¹ Als deze uitlatingen eenmaal op internet zijn verspreid, is het moeilijk ze weer te verwijderen.² Overheden leggen daarom in toenemende mate plichten op aan sociale-mediaplatformen zoals Facebook en Youtube om hiertegen op te treden.³ Ook de Europese wetgever werkt aan regelgeving op basis waarvan internetplatformen direct aansprakelijk gesteld kunnen worden als onrechtmatig materiaal op hun platformen wordt getoond.⁴ Dergelijke wetgeving beschermt duidelijk legitieme belangen, maar staat tegelijkertijd op gespannen voet met het verbod van voorafgaand verlot uit artikel 7 Grondwet.⁵ Datzelfde geldt voor een aantal andere recente maatregelen, zoals het opleggen van spreek- of gebiedsverboden om terroristische propaganda en haatzaaien in de fysieke ruimte tegen te gaan.⁶

* Dit artikel is oorspronkelijk gepubliceerd in *TvCR* 2019/3 (M.M.Julicher, 'Red het censuurverbod: schaf het af!', *TvCR* 2019/3). De inhoud is voltooid in juni 2019.

1 OpenNet Initiative; Nieuwenhuis 2011, p. 33.

2 Nieuwenhuis 2011, p. 33. Zie ook Wassens 2019

3 Zo verplicht de Duitse *NetzDG* sociale-mediaplatformen in Duitsland binnen 24 uur duidelijk onrechtmatige content te verwijderen op straffe van hoge boetes (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, 1 september 2017, *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 2017, Teil I, Nr. 61). In het Verenigd Koninkrijk en Australië zijn onlangs vergelijkbare wetgevingsinitiatieven gelanceerd, zie <https://nos.nl/artikel/2279600-het-internet-is-niet-meer-heilig-ook-westerse-overheden-willen-verandering.html> (laatst geraadpleegd 10 mei 2019).

4 Zie bijvoorbeeld art. 17 (voorheen art. 13) van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt en Aanbeveling (EU) 2018/334 van de Commissie van 1 maart 2018 over maatregelen om illegale online-inhoud effectief te bestrijden, punt 18.

5 Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 158-159; Nouwt e.a.2000, p. 1321-1327. Zie ook de reactie van het kabinet op de Duitse *NetzDG*, *kamerstukken II* 2016/17, 30950, 138.

6 Denk hierbij bijvoorbeeld aan het inreisverbod dat dit voorjaar is opgelegd aan de Amerikaanse haatprediker Steven Anderson wegens zijn omstreden opvattingen over Joden en homoseksuelen, zie Bouma 2019.

Het verbod van voorafgaand verlot van artikel 7 Grondwet (in deze bijdrage ook wel aangeduid als het censuurverbod),⁷ wordt gekoesterd in de nationale doctrine.⁸ Dit verbod zou zorgen voor strenge beperkingsvoorwaarden ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting, waardoor dit recht krachtig kan worden beschermd. De Grondwet zou door haar absolute censuurverbod zelfs meer bescherming bieden dan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Onder artikel 10 van dit verdrag zijn voorafgaande beperkingen namelijk niet per definitie verboden.⁹

Voorafgaande beperkingen op de vrijheid van meningsuiting kunnen grote gevaren met zich brengen. De overheid kan zo gemakkelijk haar onwelgevallige meningen censureren en daarmee het democratische vereiste van pluriformiteit van opvattingen teniet doen. De bescherming van artikel 7 Grondwet, dat voorafgaande beperkingen absoluut verbiedt, lijkt daarom van grote waarde. Hier zijn echter de nodige vragen bij te stellen. Een verbod op voorafgaande beperkingen zoals volgt uit artikel 7 Grondwet lijkt namelijk slechts beperkt te realiseren. Dat hangt samen met twee kwesties die voortvloeien uit ontwikkelingen zoals hierboven besproken. Een eerste kwestie is dat bij veel maatregelen die de uitingsvrijheid beperken niet meteen helder is of het een preventieve of een repressieve beperking betreft.¹⁰ Dat is bijvoorbeeld het geval bij de maatregelen die genomen worden om uitingen op het internet in te perken.¹¹ Dit verhoudt zich moeizaam tot het strakke onderscheid dat artikel 7 Grondwet maakt tussen preventieve en repressieve beperkingen, waarbij de bescherming tegen preventieve beperkingen veel sterker is dan die tegen repressieve uitingen. Een tweede, hiermee samenhangende kwestie is dat het verbod van voorafgaand verlot regelmatig wordt omzeild.¹² Dit gebeurt zowel door reikwijdtebeperkingen als door oneigenlijk gebruik van artikel 7 Grondwet. Dat laatste is vaak zichtbaar bij spreekverboden in de fysieke ruimte. In onderlinge samenhang maken deze kwesties dat artikel 7 Grondwet is verworden tot een schijnverbod dat in praktijk een lagere bescherming biedt dan de nationale doctrine veronderstelt. Ondanks de ogenschijnlijke kracht van het harde censuurverbod boet de Grondwet daardoor in aan normatieve betekenis.¹³

In dit artikel wordt de stelling betrokken dat deze kwesties aanleiding vormen om het censuurverbod uit artikel 7 Grondwet te herzien. De uitingsvrijheid moet beschermd worden zonder dat daarbij een onderscheid tussen repressieve en preventieve

7 In de praktijk kan het verbod van voorafgaand verlot meer preventieve beperkingen beslaan dan alleen censuur (voorafgaand toezicht op de inhoud van een uiting). Hierop wordt ingegaan in paragraaf 5.2, als het beperkingsregime van art. 7 Grondwet wordt uitgelegd. Om deze bijdrage niet onnodig te compliceren, worden de termen 'verbod van voorafgaand verlot', 'verbod van censuur' en 'verbod van preventieve beperkingen' (na paragraaf 5.2) gebruikt als inwisselbaar.

8 Zie bijv. Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 23-25 en 71; Rapport commissie GDT 2000, p. 108, 103, 88; Bunschoten 2018, onder 2; Nieuwenhuis 2011, p. 24; Annotatie S.A.J. Munneke in *Gst.* 2018/118 bij ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763 (punt 3).

9 Zie bijvoorbeeld EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88 (*Observer en Guardian t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 60.

10 Vermeulen 2013 p. 3; Dommering 2003; Asscher 2002, p. 64-65; Nouwt e.a. 2000, p. 1321-1327; De Meij, 2001; onder 4; De Meij e.a. 2000, p. 99-100; Asscher 1999, p. 52.

11 Zie hierna in paragraaf 5.4.

12 De Meij 2001, onder 4.

13 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 25-26, 69.

beperkingen centraal staat. Bovendien moet een beoordelingskader ontwikkeld worden dat omzeilingspraktijken tegengaat. Alleen met een dergelijke herziening zal de bepaling weer een goede waarborg kunnen bieden, waarbij de bescherming op papier ook tot een realistische bescherming in de praktijk kan leiden. Dat is nodig om artikel 7 Grondwet weer betekenis te geven en zo de vrijheid van meningsuiting op nationaal niveau krachtig te kunnen beschermen.¹⁴

Om deze stelling te onderbouwen en om een voorstel tot verbetering te kunnen doen, wordt in paragraaf 5.2 van deze bijdrage eerst een overzicht gegeven van de reikwijdte van het verbod van voorafgaand verlot zoals die nu uit artikel 7 Grondwet (en de jurisprudentie en doctrine daaromtrent) volgt. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3 nader ingegaan op de twee kwesties die zorgen voor het betekenisverlies van artikel 7 Grondwet: het lastige onderscheid tussen preventieve en repressieve maatregelen en de praktijk van omzeiling. Deze kwesties zullen in paragraaf 5.4 worden geïllustreerd aan de hand van ontwikkelingen op het gebied van internetfilterpraktijken en beperkingen van het spreekrecht in de fysieke ruimte. Vervolgens wordt ingegaan op de mogelijkheden tot herziening. Daarbij wordt het EVRM als inspiratiebron genomen. In tegenstelling tot de Grondwet gaat de beperkingsclausule van het EVRM (artikel 10 lid 2) namelijk uit van een afwegingskader waarbij geen strikt onderscheid wordt gemaakt tussen voorafgaande en repressieve beperkingen. In paragraaf 5.5 komt eerst aan de orde hoe het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) omgaat met preventieve beperkingen op de vrijheid van meningsuiting. Specifiek wordt ingegaan op de manier waarop dit hof internetfilterpraktijken en spreekverboden beoordeelt. In paragraaf 5.6 wordt vervolgens behandeld welke voordelen het regime van het EVRM biedt en wordt bekeken in hoeverre hieraan inspiratie kan worden ontleend voor de Grondwet. Op basis hiervan zal in de laatste paragraaf een denkrichting worden gepresenteerd voor een grondwetswijziging die antwoorden biedt op de uitdagingen van de moderne tijd en tegelijkertijd voldoende institutionele waarborgen biedt om misbruik te voorkomen.

5.2 ARTIKEL 7 GRONDWET EN PREVENTIEVE BEPERKINGEN

5.2.1 Algemeen

Artikel 7 Grondwet beschermt de vrijheid van meningsuiting. In lid 1 wordt de drukpers beschermd. Lid 2 gaat over radio en televisie en lid 3 beschermt de uitingen die niet door de eerste twee leden worden beschermd. In het licht van de doelstelling

¹⁴ Verlies van betekenis van de eigen Grondwet is onwenselijk, omdat de bescherming van de vrijheid van meningsuiting dan volledig afhankelijk wordt van de bescherming die rechtstreeks werkende internationale verdragen, zoals het EVRM, ten aanzien van dit recht bieden. Deze verdragen hebben echter een subsidiair karakter en bieden slechts minimumbescherming. Hun grondrechtenbescherming is niet aangepast aan de specifieke karakteristieken en behoeften van individuele staten zoals Nederland. Daarom moeten staten hun grondrechtenbescherming eerst en vooral nationaal regelen en daarbij de minimumbescherming van de verdragen nader specificeren met 'meer gepreciseerde waarborgen die in de eigen rechtsorde van bijzonder belang worden geacht' (Memorie van toelichting grondwetsherziening 1983, *Kamerstukken II*, 1975-76, 13872, nr. 3, p. 12 (hierna: Memorie van toelichting)). Dat geldt zeker ook voor de vrijheid van meningsuiting in de Nederlandse Grondwet. Art. 7 Grondwet moet op zichzelf kunnen staan er daarbij, los van het EVRM, een goede bescherming kunnen bieden.

van deze bijdrage zijn alleen het eerste en het derde lid relevant. Deze leden hebben een bepaalde formele structuur gemeen, die streng is ten aanzien van preventieve beperkingen, maar betrekkelijk weinig eisen stelt aan repressieve beperkingen.¹⁵ Er lijkt sprake van een alles-of-niets-situatie.¹⁶ Repressieve beperkingen, dus beperkingen die worden opgelegd als de uiting al is gedaan, zijn alleen gebonden aan de voorwaarde dat zij door de formele wetgever worden gesteld. De wetgever is hier niet gehouden aan inhoudelijke eisen (materiële vereisten of doelcriteria) en kan in principe zover gaan als hij zelf wil.¹⁷ Voor preventieve, dus voorafgaande, beperkingen is de Grondwet veel strenger. Er geldt in ieder geval een verbod op censuur, dat wil zeggen, een verbod van voorafgaand toezicht door een overheidsorgaan op de inhoud van uitingen.¹⁸ Het eerste lid van artikel 7 Grondwet verbiedt daarnaast ook andere preventieve beperkingen, die bovendien niet de inhoud hoeven te betreffen. Het derde lid verbiedt ook andere preventieve beperkingen, maar alleen wegens de inhoud. Hierna wordt in meer detail besproken om welke preventieve beperkingen het precies kan gaan.

5.2.2 Preventieve beperkingen

Drukpers: verbod van voorafgaand verlot

Artikel 7 lid 1 Grondwet verbiedt voorafgaand verlot op het openbaren van gedachten en gevoelens middels een drukpers. Dit verbod is absoluut in die zin dat ook beperkingen door de formele wetgever niet zijn toegestaan.¹⁹ De zinsnede ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’, die aangeeft dat bij formele wet beperkingen mogen worden gesteld, geldt namelijk alleen voor repressieve beperkingen en slaat niet terug op het verbod van voorafgaand verlot.²⁰

Om nu te weten wat precies de betekenis van dit verbod is, moet duidelijk zijn wat ‘voorafgaand verlot’ inhoudt. Dit omvat allereerst stelsels van voorafgaand toezicht door de overheid op de inhoud van drukpersuitingen (censuur). Daarnaast gaat het om alle andere preventieve bemoeienis van de overheid waardoor de openbaringsvrijheid vooraf wordt beperkt.²¹ Niet aanvaardbaar zijn bijvoorbeeld gemeentelijke verordeningen die leesbibliotheken verbieden bepaalde boeken uit te lenen²² en stelsels die de vestiging

15 Nieuwenhuis 2011, p. 24; Asscher 1999, p. 25.

16 Asscher 2002, p. 64; De Meij e.a. 2000, p. 102; Asscher 1999, p. 25.

17 Asscher 2002, p. 44, 64; Asscher 1999, p. 25. Wel geldt de bijzondere beperkingsleer. Dat betekent dat de formele wetgever zijn beperkingen altijd moet opnemen in een wet in formele zin die ook *specifiek* tot doel heeft de vrijheid van meningsuiting te beperken. Zie bijv. Kortmann 2016, p. 382.

18 Bunschoten 2018, onder 2; Nieuwenhuis 2015, p. 216; Vermeulen 2013, p. 3; Asscher 1999, p. 24.

19 Dit verbod kan wel worden omzeild, zie hierna in paragraaf 5.3.

20 Zie HR 7 november 1892, W 6259 (*Haags Ventverbod*) en later *Kamerstukken II*, 1975-76, 13872, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 18-19.

21 *Kamerstukken II*, 1975-76, 13872, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 18-19. Zie ook *Haags Ventverbod*, waarin de Hoge Raad stelt ‘dat toch art. 7 der geldende Grondwet bepaalt, dat niemand voorafgaand verlot nodig heeft om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet, zodat ook nu nog geldt (...), dat – terwijl allen, die meewerken tot de openbaarmaking van gedrukte geschriften of deze bevorderen, daarvoor verantwoordelijk zijn volgens door de strafwet en de burgerlijke wet te stellen regels – die openbaarmaking zelve niet *door preventieve maatregelen* mag worden belet.’(cursivering auteur).

22 Heemskerck 1989, p. 196.

van drukkerijen en bibliotheken aan algemeen voorafgaand verlot onderwerpen.²³ In de literatuur wordt betoogd dat hetzelfde geldt voor een verspreidingsverbod voor een periodieke uitgave (ook al zijn in een eerdere uitgave onrechtmatige uitspraken gedaan) en een vergunningstelsel voor het beroep van journalist.²⁴

Dit absolute verbod van voorafgaand verlot geldt blijkens lid 1 alleen voor het *openbaren*. Om te weten wat openbaren is, is het onderscheid met *verspreiden* relevant. Openbaren beslaat de activiteit van het drukken zelf, oftewel het in drukwerk neerleggen van een uiting.²⁵ Het verspreiden betreft vervolgens het recht om het gedrukte ‘openlijk ten toon te stellen of door enig ander middel, in het openbaar aan het publiek bekend te maken.’²⁶ In *APV Tilburg* heeft de HR bepaald dat het verspreidingsrecht een connex recht is van het openbaringsrecht. Het is weliswaar onmisbaar, maar ondergeschikt aan dit laatstgenoemde recht.²⁷ Het verspreidingsrecht kent dan ook zijn eigen beperkingsregime. Anders dan het recht om te openbaren mag het verspreidingsrecht repressief beperkt worden door lagere regelgevers (zonder delegerende formele wet) en preventieve beperkingen zijn toegestaan (ook door de lagere wetgever).²⁸ De lagere wetgever is echter gebonden aan drie begrenzungen. De beperking (repressief of preventief) mag geen betrekking hebben op de inhoud van de te verspreiden boodschap, de beperking mag niet bestaan uit een algemeen verspreidingsverbod en de beperking mag geen algemeen vergunningstelsel inhouden.²⁹ Daarbij moet ten aanzien van elk zelfstandig verspreidingsmiddel ‘gebruik van enige betekenis’ overblijven.³⁰ Deze begrenzungen worden gesteld, omdat met dergelijke beperkingen niet alleen de verspreiding van een boodschap wordt aangetast, maar ook de openbaring van de inhoud van deze boodschap.³¹ Dat mag niet, omdat de openbaringsvrijheid alleen achteraf door de formele wetgever mag worden ingeperkt (en niet vooraf en niet door de lagere wetgever).³²

23 HR 23 mei 1961, *NJ* 1961, 427 (*Vestigingsbesluit Grafische Bedrijven*) en HR 29 november 1960, *NJ* 1961, 206. Zie ook Vermeulen 2013, p. 4.

24 De Meij e.a. 2000, p. 96.

25 HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137 (*APV Tilburg*); HR 17 maart 1953, *NJ* 1953, 389 (*APV Nuth*); *Vestigingsbesluit Grafische Bedrijven*.

26 Zie *Haags Ventverbod* en *APV Tilburg*.

27 *APV Tilburg* en HR 26 mei 1987, *NJ* 1988, 1005 (*Connexe recht*). Zie ook de arresten HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 138 en HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 369 (*APV Sittard I en II*), die een vergelijkbare strekking hebben als *APV Tilburg*.

28 *APV Tilburg*; Vermeulen 2013, p. 6-9.

29 Idem, *APV Tilburg*, en meer recent ook Hof Den Haag, 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3545, r.o. 2.3. Een algemeen verspreidingsverbod omvat niet alleen het verbod tot verspreiding van alle gedrukte stukken (algemeen verbod), maar ook het verbod tot verspreiding van alle stukken met een bepaalde inhoud (partieel verbod). Zie ook Vermeulen 2013, p. 11. In de bekende zaak HR 24 januari 1967, ECLI:NL:PHR:1967:AD3700 (*Nederland ontwapent*) was een provinciale verordening aan de orde die een verboden algemeen verbod inhield.

30 HR 17 maart 1953, *NJ* 1953, 389 (*APV Nuth*).

31 Vermeulen 2013, p. 10-11.

32 Idem, p. 10-11. Deze uitleg van de verspreidingsleer staat tegenover een andere uitleg van de verspreidingsleer, welke inhoudt dat het openbaringsrecht en het verspreidingsrecht twee duidelijk van elkaar te onderscheiden rechten zijn die elk aan hun eigen beperkingsregime zijn gebonden. Zie voor deze uitleg Vermeulen 2013, p. 9-10; Nieuwenhuis 2011, p. 29-30.

Overige uitingen: verbod van voorafgaand verlot op inhoud

Voor andere uitingen dan die via drukpers, radio of televisie geldt blijkens het derde lid van artikel 7 Grondwet een verbod van voorafgaand verlot *wegens de inhoud*.³³ Met deze bepaling is gepoogd zoveel mogelijk aan te sluiten bij het beschermingsniveau van het eerste lid van artikel 7 Grondwet.³⁴ Het verschil tussen deze leden is dat het eerste lid ook een vereiste van voorafgaand verlot verbiedt als dat *niet* ziet op de inhoud. Dit verschil is te verklaren vanuit de behoefte om naast de vrije meningsuiting ook de handhaving van de openbare orde te kunnen reguleren en daarvoor een minder streng beperkingsregime te hanteren.³⁵ Ten aanzien van de drukpers kon dit reguleringsprobleem worden opgelost door onderscheid te maken tussen openbaren en verspreiden, waarbij het verspreiden ook vooraf en door lagere wetgevers beperkt kon worden.³⁶ Dit onderscheid levert bij de uitingen onder het derde lid van artikel 7 Grondwet echter vaker lastige situaties op, omdat bij deze uitingen verspreiden en openbaren nogal eens samenvallen.³⁷ Dat is bijvoorbeeld het geval bij het houden van een toespraak, het opvoeren van een toneelstuk of bij het rijden met een geluidswagen door de stad.³⁸ Hetzelfde geldt voor uitingen die gedaan worden op internet.³⁹ Daarom wordt onder het derde lid van artikel 7 Grondwet geen onderscheid gemaakt tussen verspreiden en openbaren.⁴⁰ Om nu echter, net als bij drukpersuitingen, ook bij de uitingen die onder dit lid vallen een effectieve handhaving van de openbare orde te kunnen bewerkstelligen, is besloten het verbod van voorafgaand verlot te beperken tot de inhoud van hetgeen wordt geopenbaard.⁴¹ Bij gevallen die niet zien op de inhoud kunnen zowel de formele wetgever als de lagere wetgever voorafgaande beperkingen opleggen. In de memorie van toelichting bij artikel 7 Grondwet wordt daarover gesteld dat een vertoning voorafgaand kan worden verboden ter voorkoming van wanordelijkheden, bijvoorbeeld doordat een bevolkingsgroep naar aanleiding van de vertoning zal overgaan tot 'het begaan van ongeregeldeheden'.⁴² Ook zijn door de lagere en de formele wetgever ingestelde vergunningstelsels toegestaan (zelfs als deze algemeen geformuleerd zijn), zolang het verlenen van de vergunning maar niet afhangt van de inhoud van uitingen.⁴³

33 Dit verbod geldt niet voor vertoningen die toegankelijk zijn voor personen die jonger zijn dan zestien jaar, zie art. 7 lid 3, tweede volzin Grondwet. De wetgever kan, met de mogelijkheid van delegatie, zowel repressief als preventief toezicht uitoefenen op de inhoud van dergelijke vertoningen om minderjarigen te beschermen. Het gaat daarbij alleen om openbare voorstellingen. Voorafgaand toezicht op de inhoud van vertoningen in de privésfeer is niet toegestaan. Zie ook Vermeulen 2013, p. 18.

34 *Kamerstukken II*, 1975-76, 13872, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 35.

35 *Idem*, p. 35.

36 *Idem*, p. 35.

37 Overlap tussen openbaren en verspreiden kan overigens ook spelen bij uitingen die onder het eerste lid van art. 7 Grondwet vallen (zie bijvoorbeeld *Nederland ontwapent*, waarbij het openbaren van letters op de kerktoeren ook meteen het verspreiden ervan inhield), maar dit is minder vaak aan de orde.

38 *Kamerstukken II*, 1975-76, 13872, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 35; Rapport commissie GDT 2000, p. 77 en 96.

39 *Idem*.

40 Vermeulen 2013, p. 15.

41 *Kamerstukken II*, 1975-76, 13872, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 35.

42 *Idem*, Memorie van toelichting, p. 36.

43 *Idem*, Memorie van toelichting, p. 36; Vermeulen 2013 p. 16. Repressieve beperkingen kunnen ook worden opgelegd, maar als deze betrekking hebben op de inhoud is alleen de formele wetgever hiertoe bevoegd.

5.3 BETEKENISVERLIES VERBOD VAN VOORAFGAAND VERLOF

Uit bovengenoemde uiteenzetting blijkt dat de Grondwet op papier een absoluut censuurverbod kent, in die zin dat altijd bescherming wordt geboden tegen voorafgaande beperkingen wegens de inhoud. De praktijk blijkt echter anders. Dat heeft enerzijds te maken met het feit dat het verschil tussen preventieve en repressieve beperkingen niet altijd duidelijk is, zoals in de inleiding al werd gesteld. Daarnaast, en ook deels daardoor, laat het censuurverbod ruimte voor omzeiling. Deze omzeiling vindt zowel plaats door reikwijdtebeperkingen als door oneigenlijk gebruik van artikel 7 Grondwet. Beide punten worden in het navolgende nader toegelicht.

Onderscheid preventief-repressief

Het verschil tussen een (verboden) preventieve en een (toegestane) repressieve maatregel is lang niet altijd duidelijk: maatregelen die de vrije meningsuiting beperken hebben vaak zowel repressieve als preventieve kanten.⁴⁴ Ter illustratie kan het rechterlijk publicatieverbod worden genoemd. Op het moment dat voldoende vaststaat wat de inhoud van een publicatie gaat zijn, kan de rechter op verzoek van een partij een onrechtmatige uiting vooraf verbieden.⁴⁵ Betoogd is wel dat de uiting dan in feite al is geopenbaard en er daarom sprake is van een repressieve beperking.⁴⁶ Technisch gezien is de activiteit van het openbaren echter nog niet begonnen als het verbod wordt opgelegd. Het rechterlijk publicatieverbod kan dan ook worden gezien als een maatregel die voorafgaat aan het openbaren (preventief).⁴⁷ Strafrechtelijke middelen kunnen eveneens zowel preventieve als repressieve kanten en effecten hebben.⁴⁸ Zo kan de inbeslagname van een drukpers waarmee een strafbare publicatie is gedrukt worden beoordeeld als repressieve maatregel die niet in strijd komt met artikel 7 Grondwet.⁴⁹ Deze inbeslagname heeft echter ook preventieve effecten, omdat de drukpers niet meer kan worden gebruikt om toekomstige uitingen te drukken.⁵⁰ Dit ambigue karakter van maatregelen die de uitingsvrijheid beperken, maakt dat het sjabloon van artikel 7 Grondwet, dat uitgaat van een strikt onderscheid tussen repressieve en preventieve beperkingen, niet goed hanteerbaar is.

Omzeiling

Betekenisverlies van artikel 7 Grondwet ontstaat ook doordat het censuurverbod kan worden omzeild. Dat gebeurt in de praktijk op twee manieren. Ten eerste kunnen bepaalde preventieve beperkingen buiten de reikwijdte van artikel 7 Grondwet worden gehouden. De verspreidingsjurisprudentie is daar een voorbeeld van. Doordat de activiteit van het

44 Vermeulen 2013 p. 3; Dommering 2003; Asscher 2002, p. 64-65; De Meij, 2001; onder 4; De Meij e.a. 2000, p. 99-100; Nouwt e.a. 2000, p. 1321-1327; Asscher 1999, p. 52.

45 De Meij e.a. 2000, p. 99. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 13 september 1984, *NJ* 1985, 409.

46 Nieuwenhuis 2013, p. 93.

47 Nieuwenhuis 2011, p. 31.

48 De Meij e.a. 2000, p. 100.

49 HR 13 november 1933, *NJ* 1936, 292. Zie ten aanzien van de inbeslagname van een schrijfmachine HR 4 oktober 1977, *NJ* 1978, 521. Vgl. De Meij e.a. 2000, p. 99.

50 De Meij e.a. 2000, p. 99-100.

openbaren niet het verspreiden omvat, kan het verspreidingsrecht immers preventief worden beperkt. Een andere manier waarop voorafgaande maatregelen buiten de reikwijdte van artikel 7 Grondwet worden gehouden, is middels de ‘redelijke uitleg van grondrechten.’⁵¹ Ten aanzien van het eerste lid gaat het dan om technische voorschriften die ‘noch tot doel noch tot effect’ hebben de drukpersvrijheid te beperken en die niet de inhoud betreffen en gerechtvaardigd zijn vanuit het algemeen belang.⁵² Het eisen van een hinderwetvergunning of het stellen van brandveiligheidsvoorschriften ten aanzien van drukkerijen is bijvoorbeeld geoorloofd,⁵³ ook al zorgt dit voor een bepaalde vorm van voorafgaand toezicht (algemeen vergunningsstelsel) en is het denkbaar dat de oprichting van een drukkerij door deze voorschriften wordt tegengewerkt.⁵⁴ De redelijke uitleg speelt ook ten aanzien van het derde lid, namelijk bij de vraag wat onder ‘de inhoud van een uiting’ valt. De inhoud van de uiting gaat over datgene dat geuit wordt (het ‘wat’). Dit moet onderscheiden worden van het tijdstip, de plaats en de wijze waarop een uiting plaatsvindt (het ‘wanneer, waar en hoe’). Dat laatste valt buiten de bescherming van artikel 7 Grondwet.⁵⁵ Geluidssterktevoorschriften voor omroepwagens, vestigingsvergunningvereisten voor videotheken en regelingen betreffende de openingstijden van theaters worden dan ook toelaatbaar geacht.⁵⁶ Als laatste kunnen preventieve beperkingen buiten de reikwijdte van het censuurverbod worden geplaatst door gebruik te maken van de verwarring die ontstaat door het niet-binaire karakter van de beperkingen. Maatregelen met zowel preventieve als repressieve beperkingen kunnen namelijk gemakkelijk zo worden ‘gedraaid’ dat ze gezien worden als repressieve beperkingen en daarom toch toegestaan zijn. Dat is hiervoor geïllustreerd.

Omzeiling vindt in de praktijk daarnaast plaats door oneigenlijk gebruik van artikel 7 Grondwet. Hiervoor is uitgelegd dat het verbod van voorafgaand verlof uit het derde lid niet in de weg staat aan preventieve maatregelen die genomen worden om wanordelijkheden te bestrijden. Op het moment dat er een reëel gevaar is voor ernstige verstoring van de openbare orde, kunnen uitingen voorafgaand worden verboden.⁵⁷ Dat is bijvoorbeeld het geval als een demonstratie heftige tegenreacties van derden uitlokt (‘hostile audience’). Op het moment dat er sprake is van bestuurlijke overmacht – dat betekent dat het niet mogelijk is om voldoende politie op de been te krijgen om de situatie te beheersen – mag de demonstratie voorafgaand verboden

51 *Kamerstukken II*, 1975-76, 13872, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 21-22.

52 HR 11 februari 1986, *NJ* 1986, 673 (*Hinderbesluit I*); AGRvS 20 november 1992, *AB* 1993, 241 (*Hinderbesluit II*).

53 *Kamerstukken II*, 1975/1986, 13872, nr. 3, (Memorie van toelichting), p. 22, noot 8; Nieuwenhuis 2011, p. 30.

54 Zie de annotatie van Th. W. van Veen bij *Hinderbesluit I* (*NJ* 1986, 673).

55 *Kamerstukken II* 1976-1977, 13872, nr. 7 (Memorie van antwoord), p. 31. Zie ook De Meij e.a. 2000, p. 223-224, noot 48.

56 Vermeulen 2013, p. 17. Zie ten aanzien van geluidsvoorschriften Vz. ARRvS 17 augustus 1990, *AB* 1991, 44, m. nt. P. J. Boon. Zie ook ARRvS 19 januari 1987, *AB* 1988, 58, m. nt. P. J. Boon. Overigens speelt de redelijke uitleg ook bij de reikwijdtebepaling van maatregelen die *repressief* de vrijheid van meningsuiting beperken. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een recente uitspraak van de kantonrechter waarin het Rotterdamse ‘sisverbod’ centraal stond (Rb. Rotterdam 19 december 2018, *AB* 2019/106, m. nt. Brouwer & Schilder). De rechter overwoog dat kus- en handgebaren geen uitingen zijn van gedachten en gevoels en daarom buiten het bereik van art. 7 lid 3 Grondwet vallen. Strafbaarstelling van deze gedragingen (in de plaatselijke APV) behoefde daarom geen specifieke basis in een wet in formele zin.

57 *Kamerstukken II*, 1975-76, 13872, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 36; De Meij e.a. 2000, p. 226.

worden.⁵⁸ Het ‘wanordelijkheidencriterium’ lijkt een streng afbakeningscriterium, maar toch kan hiermee het verbod op voorafgaande beperkingen wegens de inhoud gemakkelijk worden omzeild. Er bestaat namelijk vaak een verband tussen de inhoud van een uiting en het ontstaan van wanordelijkheden; de inhoud veroorzaakt dan de ordeproblemen.⁵⁹ Dit verband maakt dat lang niet altijd mogelijk is te achterhalen in hoeverre een maatregel alleen wordt genomen om wanordelijkheden tegen te gaan, of toch ook gebaseerd is op de inhoud. Het criterium ‘gevaar voor wanordelijkheden’ is simpelweg lastig te objectiveren.⁶⁰ Gevaar voor wanordelijkheden kan daardoor vrij eenvoudig worden gebruikt om preventieve beperkingen te stellen wegens inhoudelijke bezwaren.⁶¹ Schilder noemt dit ook wel ‘het smoesje’ van de openbare orde, waarachter overheden zich verschuilen als zij uitingen wegens de inhoud willen verbieden.⁶² Dat dit risico van oneigenlijk gebruik reëel is, blijkt uit het feit dat overheidsbestuurders hiervoor herhaaldelijk worden teruggefloten door de rechter.⁶³

5.4 FILTERPRAKTIJKEN EN SPREEKVERBODEN

De in paragraaf 5.3 besproken kwesties kunnen zorgen voor problemen. Dit kan worden geïllustreerd in het licht van de twee ontwikkelingen die in de inleiding zijn genoemd. Het lastige onderscheid tussen preventieve en repressieve beperkingen speelt vooral bij de ontwikkelingen ten aanzien van internetfilterpraktijken. Omzeilingen spelen bij recente maatregelen om strafbare uitingen in de fysieke ruimte tegen te gaan. Om de behoefte aan een aanpassing van artikel 7 Grondwet te kunnen onderbouwen, is het nuttig om deze punten verder uiteen te zetten.

Filterpraktijken internetplatformen

Na wat initiële discussie⁶⁴ wordt tegenwoordig aangenomen dat uitingen en communicatie op internet als ‘overige uitingen’ te bestempelen zijn en daarmee onder het derde lid van artikel 7 vallen.⁶⁵ Daaruit volgt dat het verbod van voorafgaand verlot wegens de inhoud onverkort geldt bij uitingen op het internet.⁶⁶

De overheid kan verschillende maatregelen nemen om onrechtmatige uitlatingen op internetplatformen tegen te gaan. Allereerst kan zij platformen opdragen informatie

58 Brouwer 2016. Zie ook punt 4 van de annotatie van R.M. van Male bij ARRvS 30 december 1993, ECLI:NL:RVS:1993:AN3571 (*Verbod persconferentie*).

59 Dat was ook de kritiek van de Raad van State, zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nr. 4 (Advies RvS), p. 68 en 93-94. De regering geeft dit ook toe, zie *Kamerstukken II, 1975-76*, 13872, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 36.

60 Vermeulen 2013 p. 17; De Meij e.a. 2000, p. 224-226.

61 Hierbij kan meespelen dat alleen al het slim verkondigen van de boodschap dat een uiting wanordelijkheden zal opleveren zoveel aandacht op de uiting kan vestigen dat wanordelijkheden ook daadwerkelijk kunnen intreden. Er ontstaat een *selffulfilling prophecy*.

62 Schilder 1995.

63 Hierop wordt in de volgende paragraaf nader ingegaan.

64 Bij de grondwetsherziening van 1983 werd bijvoorbeeld nog van een andere opvatting uitgegaan, zie *Kamerstukken II 1976/1977*, 13872, nr. 7 (Memorie van antwoord), p. 26.

65 Zie bijv. Bunschoten 2018 onder 4; Nieuwenhuis 2013, p. 92; Vermeulen 2013, p. 16.

66 Nieuwenhuis 2011, p. 33; Groothuis 2009, p. 107.

al dan niet automatisch te filteren op onrechtmatige content, voordat deze überhaupt openbaar is voor internetgebruikers.⁶⁷ Daarnaast kunnen internetplatformen verplicht worden maatregelen te nemen *nadat* de informatie al bekend is geworden bij ontvangers. Zo kunnen zij verplicht worden om bepaalde, specifiek door de overheid gevorderde, websites (domeinen) of aparte webpagina's met onrechtmatige inhoud te blokkeren.⁶⁸ Ook kan aan deze platformen de verplichting worden opgelegd om zelf, los van een concrete overheidsvordering, bij kennisname van onrechtmatige informatie deze informatie ontoegankelijk te maken.⁶⁹ Deze laatste maatregel wordt wel aangeduid met de term 'notice and take down': na kennisgeving (door de burger) dient de beheerder van een internetplatform informatie te verwijderen als deze onrechtmatig is.⁷⁰

Hoe verhouden bovengenoemde verplichtingen zich tot het censuurverbod? Hiervoor is de vraag relevant of deze beperkingen als repressieve of preventieve beperkingen moeten worden opgevat. Het antwoord op die vraag is niet evident. Discussie kan allereerst ontstaan over de vraag wanneer bij internetuitingen sprake is van openbaring. Is dat wanneer de uiting ergens op het world-wide-web wordt geüpload, of is dat wanneer andere internetgebruikers ook daadwerkelijk van de uiting kennis kunnen nemen?⁷¹ Als wordt uitgegaan van de eerste opvatting zal in ieder geval het voorafgaand filteren door internetplatformen niet als een preventieve maatregel worden gezien. De gebruiker heeft de informatie immers wel al geüpload op het web (en dus geopenbaard). De informatie wordt alleen daarna geblokkeerd door een platform.⁷² Als echter wordt uitgegaan van de laatste opvatting kan het filteren wel worden gezien als een preventieve maatregel. Het filteren zorgt er namelijk voor dat de toegang tot de informatie al wordt ontzegd voordat deze zichtbaar is geweest voor andere internetgebruikers. In de tweede plaats lijkt bij het achteraf blokkeren van informatie door platformen altijd sprake te zijn van een repressieve maatregel. Ook deze conclusie moet genuanceerd worden. Het kan namelijk uitmaken wat precies ontoegankelijk wordt gemaakt. Als het gaat om websites in hun geheel, dan kan beargumenteerd worden dat ook sprake is van een preventieve beperking, ook al zijn de websites eerst wel online geweest.⁷³ Websites kunnen namelijk meerdere pagina's omvatten ('hosten') die niet allemaal onrechtmatige content hoeven te bevatten.⁷⁴ Het wordt bij deze maatregel ook onmogelijk om toekomstige informatie op deze andere pagina's van de website te zetten. In zoverre kan een vergelijking worden gemaakt met een verschijningsverbod van een periodieke uitgave.⁷⁵ Dit is verboden, omdat daarmee ook toekomstige, nog onbekende, openbaring van informatie wordt

67 MacKinnon e.a. 2015, p. 24.

68 Idem, p. 24.

69 OpenNet Initiative; Vgl. art. 14 Richtlijn 22000/31 EG inzake elektronische handel en art. 6:196c Burgerlijk Wetboek.

70 Groothuis 2009, p. 105.

71 De Meij 2001, onder 4; Nouwt e.a.2000, p. 5-6.

72 In die zin is er een gelijkenis met het regime dat geldt ten aanzien van drukwerk. Op het moment dat de inkt op papier wordt gezet is er al sprake van openbaren, ook al heeft het drukwerk de drukkerij nog niet verlaten en heeft het publiek van het gedrukte nog geen kennis kunnen nemen.

73 Nieuwenhuis 2011, p. 36-37; Hins 2010, p. 309.

74 Schellekens 2011, p. 289-290. Het verwijderen van deze platformen zal daarom structurele 'overblocking' ten gevolg hebben. Zie ook OpenNet Initiative.

75 Nieuwenhuis 2011, p. 36-37; Hins 2010, p. 309.

beperkt.⁷⁶ Het achteraf laten blokkeren van één specifieke webpagina die alleen de onrechtmatige uiting bevat, lijkt de toets van artikel 7 Grondwet daarentegen wel te kunnen doorstaan. Daarvoor kan immers beargumenteerd worden dat er slechts sprake is van een maatregel die repressief het openbaringsrecht beperkt.⁷⁷

Zolang internetplatformen slechts verplicht worden achteraf (dus als gebruikers al toegang tot de informatie op internet hebben gehad) concrete webpagina's ontoegankelijk te maken, is er geen spanning met het censuurverbod. Er zijn echter bepaalde initiatieven die wel tot dergelijke spanning kunnen leiden. In dit verband zijn twee wetgevingsvoorstellen relevant die de EU heeft gedaan op gebied van internetfilteren. Ten eerste hebben het Europees Parlement en de Raad recentelijk ingestemd met wetgeving op basis waarvan internetplatformen als Facebook, Youtube en Pinterest direct aansprakelijk kunnen worden gesteld voor auteursrechtelijk materiaal dat op hun platformen wordt geüpload (artikel 17 concept-Auteursrichtlijn).⁷⁸ Ook werkt de Europese Commissie aan een voorstel dat internetplatformen verplicht zelf proactief terroristische content van hun platformen te verwijderen.⁷⁹ Als dergelijke verplichtingen ook in Nederland aan internetplatformen opgelegd worden, kan dat leiden tot spanning met het verbod van voorafgaand verlot uit artikel 7 Grondwet. Critici vrezen namelijk dat platformen zich door deze verplichtingen genoodzaakt zullen voelen met behulp van automatische filters content te blokkeren voordat deze openbaar is geweest voor internetgebruikers. Ook is er risico dat zij grofmazig te werk gaan en achteraf hele websites verwijderen, in plaats van alleen de pagina's waarop zich onrechtmatige uitingen bevinden.⁸⁰ Vanuit het perspectief van artikel 7 Grondwet maakt het daarbij niet uit dat bij deze maatregelen wordt gefilterd door internetplatformen zelf en niet door de overheid.⁸¹ Natuurlijk wordt internetplatformen niet rechtstreeks een gebod opgelegd om vooraf onrechtmatige content te verwijderen, maar de vraag is in hoeverre ze een keuze hebben dit niet te doen als zij anders geconfronteerd worden met hoge aansprakelijkheidsclaims. Betoogd kan dan ook worden dat er sprake is van indirecte censuur.⁸² Het zij benadrukt dat de waardering hiervan wel afhangt van de gehanteerde opvatting over wanneer bij filtermaatregelen sprake is van openbaren. Zoals gezegd treedt alleen in de laatste opvatting (openbaren is pas aan de orde als internetgebruikers

76 De Meij e.a. 2000, p. 96.

77 Nieuwenhuis 2011, p. 37-38; Hins 2010, p. 309.

78 Zie art. 17 (voorheen art. 13) van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt. De Raad van de Europese Unie stemde op 15 april 2019 in met deze richtlijn. Zie voor de tekst die toen is aangenomen http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_EN.pdf (laatst geraadpleegd 2 mei 2019).

79 Aanbeveling (EU) 2018/334 van de Commissie van 1 maart 2018 over maatregelen om illegale online-inhoud effectief te bestrijden. De Europese Raad heeft verklaard ingenomen te zijn met een dergelijk wetgevingsvoorstel, zie Conclusies van de bijeenkomst van de Europese Raad op 28 juni 2018 (EUCO 9/18).

80 Zie bijvoorbeeld de reactie op art. 17 concept-auteursrichtlijn van 70 vooraanstaande internetpioniers (<https://www.eff.org/files/2018/06/13/article13letter.pdf>, laatst geraadpleegd 13 mei 2019) en van 169 academici (https://www.ivir.nl/publicaties/download/Academics_Against_Press_Publishers_Right.pdf, laatst geraadpleegd 13 mei 2019). In de Aanbeveling van de Commissie over maatregelen om illegale online-inhoud effectief te bestrijden wordt de mogelijkheid tot het instellen van automatische filters zelfs expliciet genoemd in punt 18. Vgl. ook Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 158-159.

81 Idem, Vetzo, Gerards & Nehmelman, p. 158-159.

82 Idem, Vetzo, Gerards & Nehmelman, p. 158-159. Balkin noemt dit ook wel 'New School' speech regulation, zie Balkin 2018, p. 1153.

van een upload kennis kunnen nemen) bij het instellen van automatische filters spanning met het censuurverbod op. Alleen dan kan immers gesproken worden van een preventieve maatregel. De opvatting dat automatisch filteren door internetplatformen geen preventieve beperking oplevert, kan echter ook gerechtvaardigd zijn. In dat geval zal er alleen strijd met het censuurverbod zijn als bij het filteren (en bij het blokkeren achteraf) hele websites in plaats van aparte webpagina's worden verwijderd. Hieruit blijkt dat het onderscheid preventief-repressief bij filtermaatregelen niet meteen duidelijk is. Het is dan ook lastig om tot een eenduidige conclusie te komen met betrekking tot het censuurverbod. Dat is problematisch, omdat het wel een reële mogelijkheid is dat deze filterverplichtingen gaan worden opgelegd en het grondwettelijke grondrechtensysteem daarop een antwoord moet kunnen bieden.

Spreekverboden in de fysieke ruimte

Recente maatregelen om onrechtmatige uitingen in de fysieke ruimte tegen te gaan zorgen eveneens voor spanning met het verbod van voorafgaand verlot. Maatregelen die de uitingvrijheid beperken, zoals spreekverboden en gebiedsverboden, lijken namelijk nogal eens wegens de inhoud te worden opgelegd. De afgelopen jaren zijn er in toenemende mate incidenten geweest waar deze problematiek speelde.⁸³

Meest recent is in het voorjaar van 2019 een inreisverbod opgelegd aan de Amerikaanse haatprediker Steven Anderson. Het kabinet ontzegde hem de toegang tot Nederland wegens zijn radicale opvattingen over (onder andere) homoseksuelen en Joden.⁸⁴ Andere recente voorbeelden waarbij het spreekrecht van (buitenlandse) sprekers werd beperkt zijn het verbieden van een Eritrese jongerenconferentie in Veldhoven (omdat de boodschappen die daar verkondigd zouden worden, zouden leiden tot ernstige wanordelijkheden wegens tegendemonstraties),⁸⁵ het door de Rotterdamse burgemeester opgelegde verbod aan de Turkse minister van Familiezaken om zich voor een toespraak naar het Turkse consulaat in Rotterdam te begeven,⁸⁶ en het opleggen van een gebiedsverbod aan de Haagse imam Fawaz Jneid op basis van de Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding (Twbmt).⁸⁷ Hoewel artikel 7 Grondwet niet in al deze zaken expliciet aan de orde werd gesteld (door partijen of door de

83 <https://nos.nl/artikel/2168786-afblazen-van-politieke-bijeenkomsten-is-kwalijke-tendens.html> (laatst geraadpleegd 13 mei 2019), waarin Jan Brouwer, Directeur van het Centrum voor Openbare Orde en Veiligheid, stelt dat steeds meer politieke bijeenkomsten worden tegengehouden wegens inhoudelijke redenen.

84 Zie het antwoord van staatssecretaris Harbers op Kamervragen over de toegang weigeren van een haatprediker tot Nederland (<https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2019D18213&did=2019D18213>, laatst geraadpleegd 25 juni 2019).

85 <https://www.vpro.nl/argos/lees/nieuws/2017/Eritrese-conferentie-in-Veldhoven.html> (laatst geraadpleegd 13 mei 2019). De burgemeester verbood de conferentie bij noodbevel op basis van art. 175 Gemeentewet.

86 Zie bijvoorbeeld <https://www.rtlnieuws.nl/node/167841> (laatst geraadpleegd 13 mei 2019). Voor dit verbod gebruikte de burgemeester zijn noodbevelsbevoegdheid uit artikel 175 Gemeentewet.

87 <https://www.nu.nl/algemeen/4881710/minister-blok-legt-gebiedsverbod-imam-in-haag.html> (laatst geraadpleegd 13 mei 2019).

rechter), waren in alle zaken vanuit het perspectief van de vrijheid van meningsuiting wel problematische kwesties aan de orde.⁸⁸ Deze worden hieronder besproken.

In de zaak over de Eritrese jongeren heeft de rechter de overheid teruggefloten wegens onrechtmatige inperkingen van de vrije meningsuiting. Het verbod werd aanvankelijk door de voorzieningenrechter geaccepteerd, maar uiteindelijk door de rechter in de bodemprocedure als onrechtmatig beoordeeld.⁸⁹ Volgens de rechter had de burgemeester niet aangetoond dat er een bestuurlijke overmachtssituatie zou kunnen ontstaan waardoor de veiligheid van demonstranten en tegendemonstranten niet meer gegarandeerd kon worden.⁹⁰ Volgens Brouwer was het veiligheidsargument in deze kwestie al bij voorbaat ongeloofwaardig, omdat het kabinet meteen had aangegeven dat het bezoek van een van de sprekers op de conferentie 'ongemakkelijk' was.⁹¹ In de andere zaken achtte de rechter de opgelegde gebiedsverboden niet onrechtmatig (Turkse minister en Haagse imam) of ontbreekt (nog) een rechterlijk oordeel (inreisverbod haatprediker).⁹² Toch kleven ook aan deze zaken vermoedens van voorafgaande beperkingen wegens de inhoud. Zo werd het inreisverbod voor de Amerikaanse haatprediker gerechtvaardigd met een beroep op zijn onwenselijke opvattingen en zijn eerdere oproepen tot haat en geweld. Van gevaar voor wanordelijkheden werd niet gerept.⁹³ Ook in de Turkse kwestie was het duidelijk dat de burgemeester (en het kabinet) het ongewenst achtte(n) dat de Turkse minister naar Nederland zou komen, omdat haar boodschap hen niet beviel. Zij zou namelijk naar Rotterdam komen om op te roepen tot stemming voor een ondemocratisch presidentieel systeem in Turkije.⁹⁴ In de literatuur is meermaals gesteld dat het deze boodschap was die maakte dat de burgemeester naar zijn noodbevoegdheid greep, in plaats van de vrees voor wanordelijkheden die door de politie niet beheerst zouden kunnen worden.⁹⁵ Ook het oordeel van de rechter in de Jneid-zaak kan worden gezien als een voorbeeld van omzeilstrategie.⁹⁶ Op basis van de Twbmt zouden namelijk alleen

88 In de Turkse minister-zaak speelt bovendien ook nog de vraag of een buitenlandse regeringsfunctionaris zich überhaupt wel op Nederlandse grondrechten zou kunnen beroepen, aangezien grondrechten van oudshers zijn bedoeld als waarborg tegen de macht van de overheid. Dat laat onverlet dat deze zaak wel goed weergeeft dat de schijn van preventieve beperkingen die worden opgelegd wegens de inhoud snel is gewekt.

89 Rb. Oost Brabant 14 april 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2241 en Rb. Oost Brabant 14 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2894, AB 2018/377, m. nt. Brouwer, Roorda en Wieringa.

90 Idem, Rb. Oost Brabant 14 juni 2018, r.o. 6.5.

91 Zie <https://nos.nl/artikel/2168786-afblazen-van-politieke-bijeenkomsten-is-kwalijke-tendens.html> (laatst geraadpleegd 13 mei 2019).

92 Rb. Rotterdam 14 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10175 (Zaak Turkse minister) en ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763, AB 2018/327 m. nt. Brouwer en Schilder (Zaak Haagse imam).

93 Antwoord van staatssecretaris Harbers op Kamervragen over de toegang weigeren van een haatprediker tot Nederland (<https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2019D18213&did=2019D18213>, laatst geraadpleegd 25 juni 2019). Al eerder had burgemeester Halsema aangegeven de uitspraken van Anderson zeer onwenselijk te vinden. Zij zou daarom onderzoeken met welke maatregelen zijn komst geweerd kon worden, zie Parool 2019.

94 <https://nos.nl/artikel/2161220-rutte-wil-turkse-campagnebijeekomst-tegenhouden.html> (laatst geraadpleegd 13 mei 2019).

95 Brouwer & Roorda 2017; Boogaard 2017.

96 Zie bijvoorbeeld de annotaties van Jan Brouwer en Jon Schilder in AB 2018/327 en Munneke in Gst. 2018/118 bij ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763. Vgl. ook Brouwer & Schilder 2018; Smolders 2018 en Jan Brouwer in <https://www.nporadio1.nl/dit-is-de-dag/onderwerpen/421223-omstreden-imam-een-gebiedsverbod-opleggen-is-censuur> (laatst geraadpleegd 13 mei 2019).

bewegingsvrijheidbeperkende maatregelen mogen worden opgelegd. De minister legde het gebiedsverbod echter specifiek op om te voorkomen dat imam Jneid jihadistisch gedachtegoed zou verspreiden. De maatregel was daarmee expliciet bedoeld om de uitingsvrijheid van de imam preventief te beperken. Dat mag volgens het regime van artikel 7 Grondwet alleen als concreet gevaar voor ernstige fysieke ongeregeldeheden bestaan. Dat was echter niet de reden dat de minister het gebiedsverbod oplegde, zodat de beperking leek te zijn ingegeven door inhoudsoverwegingen. Toch achtte de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het feit dat Jneid met zijn toespraken terroristische activiteiten ondersteunde een voldoende reden om de vrijheid van meningsuiting preventief te beperken. De Afdeling omzeilde daarbij het verbod van voorafgaand verlot door te stellen dat het gebiedsverlot geen voorafgaande beperking was voor toekomstige uitingen, maar een beperking die was opgelegd om herhaling van eerdere uitlatingen te voorkomen.⁹⁷ De maatregel zou daarmee een repressieve beperking op de uitingsvrijheid vormen die op grond van de Twbmt mocht worden opgelegd. Deze gedachtegang staat haaks op de eerdere overweging van de Afdeling dat het gebiedsverbod een ‘naar plaats en tijd afgebakende, preventieve, maatregel’ zou zijn.⁹⁸

Uit deze zaken blijkt dat de strikte werking van het verbod van voorafgaande beperkingen nogal eens wordt omzeild, doordat meningsuitingen – al dan niet goed verbloemd met een verwijzing naar gevaar voor wanordelijkheden – om inhoudelijke redenen vooraf worden beperkt. Dat is moeilijk te verenigen met de strikte lezing van artikel 7 Grondwet als absoluut verbod van censuur.

Houdbaarheid van het censuurverbod

Bovengenoemde ontwikkelingen geven aan dat het verbod van voorafgaand verlot in de Grondwet geen rustig bezit is. Men moet zich in bochten wringen om de huidige bepaling te kunnen aansluiten op de uitdagingen van deze tijd. Zoals in de inleiding al is aangegeven, rechtvaardigt dit de stelling dat (de formulering van) het huidige censuurverbod niet meer up to date is en dat het hoog tijd is om het censuurverbod te herformuleren. Om dat te doen, kan aansluiting worden gezocht bij het beperkingsregime dat is opgenomen in het EVRM.⁹⁹ De beperkingsclausule van dit verdrag gaat namelijk niet uit van een absoluut verbod op voorafgaand verlot, maar van een afwegingskader. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de manier waarop artikel 10 EVRM omgaat met preventieve beperkingen en wordt bekeken welke antwoorden deze bepaling biedt op de ontwikkelingen die hiervoor aan bod zijn gekomen. Wellicht kan de Grondwet hieraan inspiratie ontleen.

97 ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763, r.o. 7.4.

98 Idem, r.o. 6.1. Zie ook de annotatie van Munneke in *Gst.* 2018/118, punt 3.

99 Zie bijvoorbeeld voorstellen van De Meij (De Meij e.a. 2000, p. 100-102, 224 en De Meij 2001, onder 4). Zie ook Asscher 1999, p. 127-130; Asscher 2002, p. 75-78.

5.5 ARTIKEL 10 EVRM EN PREVENTIEVE BEPERKINGEN

5.5.1 Beperkingen: algemeen

Een handeling maakt snel inbreuk op de vrijheid van meningsuiting zoals beschermd in artikel 10 EVRM. Het bestaan van enig negatief effect op deze vrijheid is hiervoor al voldoende.¹⁰⁰ Het EHRM is bovendien kritisch als het gaat om de vraag of een beperking ook daadwerkelijk gerechtvaardigd is. Daarvoor moet aan de volgende voorwaarden zijn voldaan: een beperking moet zijn voorzien bij wet ('prescribed by law'), de beperking moet een van de in artikel 10, tweede lid, EVRM genoemde doeleinden dienen ('legitimate aim') en de beperking moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving ('necessary in a democratic society').¹⁰¹

Het wettigheidsvereiste houdt in dat inmengingen voorzienbaar en toegankelijk moeten zijn.¹⁰² Het begrip 'wet' wordt hierbij extensief uitgelegd. Lagere regelingen en ongeschreven recht kunnen hier ook onder vallen.¹⁰³ Het voorzienbaarheids criterium vereist geen absolute zekerheid over de consequenties van handelingen. Dat zou onwenselijke rigiditeit met zich brengen, waardoor niet goed kan worden omgegaan met veranderende omstandigheden. Waar het om gaat is dat betrokkenen *op redelijke wijze* moeten kunnen voorspellen wat de gevolgen van hun handelingen zijn.¹⁰⁴ Aan het tweede criterium (legitiem doel) besteedt het EHRM betrekkelijk weinig aandacht. Bijna altijd kan het Hof een beperking tot een van de in artikel 10 EVRM genoemde doeleinden terugleiden. Het vereiste van de doeltoets levert dan ook niet vaak problemen op.¹⁰⁵ In praktijk komt het vaak neer op het derde criterium, namelijk de noodzakelijkheid van de inmenging in een democratische samenleving.¹⁰⁶ Vaak komt de toets hieraan neer op een belangenafweging tussen het in artikel 10, tweede lid, genoemde doel en de vrijheid van meningsuiting. Uitgangspunt voor het EHRM is steeds dat de vrijheid van meningsuiting essentieel is om de democratische samenleving als pluralistische, open en tolerante samenleving te garanderen en de menselijke waardigheid en zelfontplooiing van het individu te beschermen.¹⁰⁷ Dit recht beschermt niet alleen die opvattingen die worden onderschreven door de meerderheid, maar juist ook uitingen die 'offend, shock, or disturb the State or any section of the population'.¹⁰⁸ De bescherming is nog extra sterk als het gaat om uitingen over een onderwerp van algemeen belang.¹⁰⁹ Wat betreft uitingen die de democratische rechtsstaat zouden ondermijnen, heeft het EHRM geoordeeld dat beperkingen op de vrijheid van meningsuiting slechts zijn toegestaan als het echt gaat om uitingen die een 'clear and imminent danger' voor de samenleving

100 EHRM 28 oktober 2003, nr. 39657/98 (*Steur t. Nederland*).

101 Zie art. 10 lid 2 EVRM.

102 EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 49.

103 Idem, r.o. 47.

104 Idem, r.o. 49.

105 Gerards 2019a, onder C.5.3 ; Nieuwenhuis 2013, p. 75.

106 *Sunday Times*, r.o. 62; EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 48-50;

107 *Sunday Times*, par 65; *Handyside*, r.o. 49; Zie later ook EHRM 8 juni 2010, nr. 4870/02 (*Gül e.a. t. Turkije*), r.o. 42 en EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingens t. Oostenrijk*), r.o. 41.

108 *Sunday Times*, par 65; *Handyside*, r.o. 49.

109 *Sunday Times*, par 65.

vormen.¹¹⁰ Om te beoordelen of dit het geval is, kijkt het Hof altijd naar de concrete omstandigheden van het geval.¹¹¹ Wel maakt het Hof daarbij gebruik van algemenere uitgangspunten die op bepaalde gevalstypen zijn toegesneden. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de manier waarop deze uitgangspunten bij preventieve beperkingen vorm hebben gekregen.¹¹²

5.5.2 Beperkingen: preventief

In *Observer en Guardian t. Verenigd Koninkrijk* overwoog het EHRM voor het eerst expliciet dat preventieve beperkingen wegens de inhoud van uitingen niet per definitie verboden zijn onder artikel 10 EVRM.¹¹³ Er geldt volgens het EHRM dus geen verbod op censuur. Zelfs een algemeen verbod op het publiceren of verspreiden van publicaties wordt niet ‘in principle incompatible’ geacht met het EVRM.¹¹⁴ Wel brengen voorafgaande beperkingen volgens het Hof inherent grote gevaren mee voor de vrijheid van meningsuiting. Daarom zijn deze maatregelen meteen verdacht en zullen er extra overtuigende argumenten moeten zijn om ze te kunnen rechtvaardigen. Om deze reden onderwerpt het Hof voorafgaande beperkingen aan een strikte toets en hebben staten hierbij een minimale *margin of appreciation*.¹¹⁵ Dit geldt vooral voor voorafgaande beperkingen op pers- of andere actuele publicaties, omdat nieuws aan bederf onderhevig is en snel zijn waarde kan verliezen.¹¹⁶ In zaken waarin geen onmiddellijk belang van publicatie in het geding is en geen bijdrage wordt geleverd aan het maatschappelijk debat, kunnen voorafgaande beperkingen sneller worden gerechtvaardigd.¹¹⁷

Bij voorafgaande beperkingen is het Hof ook strenger ten aanzien van het voorzienbaarheidsvereiste.¹¹⁸ Nationale regelingen moeten bestaan uit precieze en specifieke regels waaruit de omstandigheden blijken waaronder de preventieve beperkingen zijn toegestaan.¹¹⁹ Dit betekent dat voor betrokkenen duidelijk moet

110 *Gül e.a.*, r.o. 42; Later ook EHRM 20 maart 2018, nr. 13237/17 (*Mehmet Hasan Altan t. Turkije*), r.o. 210.

111 *Handyside*, r.o. 50. Gerards 2019a, onder C.5.4.4; Nieuwenhuis 2013, p. 75 en 84.

112 Naast het preventieve of repressieve karakter van beperkingen heeft het Hof bijvoorbeeld ook algemene uitgangspunten voor uitlatingen die bijdragen aan het maatschappelijk debat, uitlatingen die door iemand of tegen iemand met een bepaalde speciale positie worden gedaan (ambtenaren, politici, privépersonen, pers, rechters), en uitlatingen die met een bepaalde doelstelling worden beperkt, zie Gerards 2019a, onder C.5.4.5.; Gerards 2019b, p. 172 e.v.; Nieuwenhuis 2013, p. 76-84.

113 *Observer en Guardian*, r.o. 60.

114 EHRM 13 februari 2003, nrs. 40153/98 en 40160/98 (*Çetin t. Turkije*), r.o. 59.

115 *Observer en Guardian*, r.o. 60. Zie later ook EHRM 30 april 2019, nrs. 48310/16 en 59663/17 (*Kablis t. Rusland*); EHRM 18 december 2012, nr. 3111/10 (*Ahmet Yildirim t. Turkije*), r.o. 47; EHRM 10 mei 2011, nr. 48009/08 (*Mosley t. Verenigd Koninkrijk*), par 117; EHRM 29 maart 2011, nr. 50084/06 (*RTBF t. België*), r.o. 105; EHRM 29 maart 2005, nr. 40287/98 (*Alinak t. Turkije*), r.o. 37; EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00 (*Éditions Plon t. Frankrijk*), r.o. 42; EHRM 17 juli 2001, nr. 39288/98 (*Association Ekin t. Frankrijk*), r.o. 56; r.o. 91.

116 *Kablis*, r.o. 91; *Ahmet Yildirim*, r.o. 47; *Observer*, r.o. 60. In *Mosley* (r.o.117) achtte het EHRM dit ook van toepassing op de publicatie van een filmpje op de website van de Engelse tabloid News of the World.

117 *Mosley*, r.o. 117.

118 *RTBF*, r.o. 105 en 108 ; EHRM 13 februari 2003, nrs. 40153/98 en 40160/98 (*Cetin t. Turkije*), r.o. 59; *Association Ekin*, r.o. 60-65 ; Zie ook de annotatie van Gerards in *EHRC 2001/66* bij *Association Ekin*.

119 EHRM 14 maart 2002, nr. 26229/95 (*Gawęda t. Polen*), r.o. 40. Zie ook *Kablis*, r.o. 92; *Ahmet Yildirim*, r.o. 64 ; *RTBF*, r.o. 114.

zijn wat het doel, de duur en de strekking van de beperking is.¹²⁰ Ook moet de nationale regeling effectief toezicht op de juiste toepassing van de wet garanderen om machtsmisbruik te voorkomen.¹²¹ Uit *Association Ekin t. Frankrijk* blijkt dat het EHRM het hierbij van belang acht dat een onafhankelijke instantie (meestal een rechter) daarbij uit eigen beweging en volledig toetst.¹²² Het is echter niet duidelijk of dit volgens het EHRM een noodzakelijke voorwaarde is.¹²³ Noodzakelijk is wel dat de toetsing tijdig moet plaatsvinden en moet bestaan uit het wegen van belangen,¹²⁴ waarbij vooraf uit de wettelijke regeling duidelijk moet zijn binnen welke kaders de rechter zijn afweging zal verrichten.¹²⁵ De rechter mag hierbij niet verder gaan dan blijkt uit (het doel van) de wet en tot een uitleg komen die niet voorzienbaar of willekeurig was.¹²⁶ In de belangenafweging moet aandacht worden besteed aan de materiële toetsingscriteria van het EHRM (zoals noodzakelijkheid), waarbij de concrete omstandigheden van het geval betrokken worden.¹²⁷ Er lijkt een ontwikkeling gaande waarbij het EHRM steeds meer aandacht besteedt aan de vraag of aan deze procedurele vereisten is voldaan, zonder daarbij inhoudelijk in te gaan op de afweging van de belangen.¹²⁸

Ook bij de beoordeling van de vraag of een preventieve beperking in overeenstemming is met het noodzakelijkheidsvereiste, is het EHRM streng. Het EHRM besteedt dan bijvoorbeeld extra aandacht aan de subsidiariteit en effectiviteit en aan de potentiële ‘chilling effects’ van een maatregel. Preventieve maatregelen worden niet noodzakelijk geacht als niet is voldaan aan het subsidiariteitsvereiste, dat wil zeggen als minder vergaande middelen beschikbaar waren om hetzelfde effect te bereiken.¹²⁹ Aan de subsidiariteitstoets wordt meer aandacht besteed als er een smalle *margin of appreciation* is, hetgeen het geval is bij preventieve beperkingen.¹³⁰ Het EHRM stelt dan sneller dat alternatieve, minder vergaande maatregelen ook geoorloofd waren geweest. Ook de effectiviteit van een maatregel moet van enig niveau zijn. Het opleggen van een verspreidingsverbod of de inbeslagneming van een publicatie worden niet noodzakelijk geacht als de informatie al op een andere wijze bij het publiek bekend is geworden.¹³¹ Dit geldt helemaal als de inhoud van de publicatie via internet verspreid is.¹³² Bij de noodzakelijkheidstoets besteedt het EHRM ook aandacht aan de aard en zwaarte van de opgelegde maatregel.¹³³ Een maatregel wordt niet redelijk geacht als deze ‘chilling

120 *RTBF*, r.o. 105 en 108; *Cetin*, r.o. 59.

121 *Kablis*, r.o. 92; *Ahmet Yildirim*, r.o. 64; *RTBF*, r.o. 105.

122 *Association Ekin*, r.o. 61.

123 Annotatie van Gerards in *EHRC 2001/66* bij *Association Ekin*.

124 *Kablis*, r.o. 92 en 96-97; *Ahmet Yildirim*, r.o. 64; *RTBF*, r.o. 114.

125 *RTBF*, r.o. 114.

126 *Gawęda*, r.o. 43; *Association Ekin*, r.o. 60.

127 Gerards 2019a, onder C.5.4.4. en C.5.5.

128 Idem, onder C.5.4.1. en C.5.5.

129 Zie bijv. EHRM 3 februari 2009, nr. 31276/05 (*Women on Waves e.a. t. Portugal*), r.o. 41-43.

130 Gerards 2019a, onder C.5.4.3.

131 Zie ten aanzien van een niet effectief verspreidingsverbod *Éditions Plon*. Zie ten aanzien van een niet effectieve inbeslagneming EHRM 9 februari 1995, nr. 16616/90 (*Vereniging Weekblad Bluf! T. Nederland*), r.o. 43-46.

132 Idem, *Éditions Plon*.

133 Gerards 2019a, onder C.5.4.9; Nieuwenhuis 2013, p. 83-84.

effects' kan veroorzaken.¹³⁴ Chilling effects treden op als men zich door een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting niet meer vrij voelt om überhaupt een mening te uiten.¹³⁵

5.5.3 EVRM: filterpraktijken en spreekverboden

Filterpraktijken internetplatformen

Het EHRM heeft zich meerdere malen uitgesproken over filtermaatregelen door internetplatformen. Het gaat dan zowel om maatregelen op basis van concrete vorderingen van autoriteiten als om maatregelen die platformen op eigen initiatief nemen om aansprakelijkheid te voorkomen. Wat betreft de eerste categorie is de recente uitspraak van het EHRM in de zaak *Kablis t. Rusland* relevant.¹³⁶ Het sociale-media-account en enkele blogposts van de verzoeker in deze zaak waren geblokkeerd omdat hierin werd opgeroepen tot deelname aan een illegale demonstratie. De blokkeringen werden uitgevoerd door internetplatformen, maar zij waren gevorderd door de Russische autoriteiten. Volgens het EHRM resulteerden de blokkeringen in een preventieve beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting zoals gewaarborgd in artikel 10 EVRM.¹³⁷ Daarom paste het de strenge criteria toe uit zijn rechtspraak ten aanzien van voorafgaande beperkingen.¹³⁸ De uitkomst was dat niet aan het voorzienbaarheidsvereiste was voldaan, omdat de relevante Russische wetgeving onvoldoende waarborgen tegen misbruik omvatte. Het Russische juridische raamwerk stond namelijk toe dat erg ruime blokkades konden worden opgelegd, die niet hoefden te worden beperkt tot alleen het illegale materiaal.¹³⁹ De omvang van de blokkeringen was dan ook onvoldoende gespecificeerd.¹⁴⁰ Ook de omstandigheden waaronder de autoriteiten tot blokkering mochten besluiten, waren te ruim geformuleerd.¹⁴¹ Verder was het lastig om een effectieve (tijdige) rechterlijke toets uit te voeren van de rechtmatigheid van de blokkeringsmaatregel.¹⁴² Als laatste achtte het Hof de beperking niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Daarbij speelde onder meer mee dat de geblokkeerde uitingen actuele onderwerpen van algemeen belang betroffen die bovendien niet opriepen tot geweld of andere onrechtmatige gedragingen.¹⁴³

Wat betreft filtermaatregelen van internetplatformen zelf is de zaak *Delfi AS t. Estland* van belang.¹⁴⁴ In deze zaak was de vraag aan de orde of onlinenieuwsportal Delfi aansprakelijk kon worden gesteld wegens het niet uit eigen beweging verwijderen van lezersreacties die opriepen tot haat en geweld. Uit deze zaak blijkt dat de filterverplichtingen die aan internetplatformen kunnen worden opgelegd afhangen van

134 Zie bijvoorbeeld EHRM 12 maart 2019, 52497/08 (*Ali Gürbüz t. Turkije*) en EHRM 4 december 2018, nr. 11257/16 (*Maygar Jeti Zrt. T. Hongarije*), r.o. 83.

135 Gerards 2019a, onder C.5.4.9.

136 EHRM 30 april 2019, nrs. 48310/16 en 59663/17 (*Kablis t. Rusland*).

137 *Idem*, r.o. 90.

138 *Idem*, r.o. 93-96.

139 *Idem*, r.o. 94.

140 *Idem*, r.o. 95.

141 *Idem*, r.o. 93.

142 *Idem*, r.o. 96.

143 *Idem*, r.o. 104.

144 EHRM 16 juni 2015, nr. 64569/09 (*Delfi AS t. Estland*).

wat in de gegeven omstandigheden van het geval proportioneel kan worden geacht. Het EHRM maakte daarbij een afweging tussen de vrijheid van meningsuiting en het recht op eer en goede naam van artikel 8 EVRM.¹⁴⁵ Daarbij kende het gewicht toe aan de volgende factoren: de context van de uiting, de maatregelen die door het platform worden genomen om de onrechtmatige uiting te verwijderen, de mogelijkheid om de eigenlijke auteurs van de uiting aansprakelijk te stellen en de consequenties die het niet-verwijderen van de uitingen heeft voor het platform.¹⁴⁶ Ook in latere zaken waar de aansprakelijkheid van internetportalen aan de orde was (*MTE t. Hongarije, Pihl t. Zweden en Hoiness t. Noorwegen*) liep het EHRM deze factoren na.¹⁴⁷ Uit deze zaken blijkt dat hoe meer maatregelen een platform heeft genomen om de onrechtmatige uiting te verwijderen, hoe minder snel het EHRM zal aannemen dat het platform aansprakelijk kan worden gehouden voor het schenden van de rechten van een ander. Dat geldt ook als het relatief weinig moeite kost om de eigenlijke auteurs van de uiting aansprakelijk te stellen en als het platform veel negatieve gevolgen ondervindt wegens het niet-verwijderen van uitingen (bijvoorbeeld door pecuniaire schade of reputatieschade als gevolg van een rechtelijke veroordeling).¹⁴⁸ Ten aanzien van de context van de uiting geldt dat naarmate de bemoeienis van het internetplatform met de uitingen die op het platform staan groter is, eerder mag worden verwacht dat het platform onrechtmatige uitingen uit eigen beweging verwijdert.¹⁴⁹ Ook weegt het Hof mee of het platform een winststoegmerk en een groot bereik (veel invloed) heeft en of het uitingen betreft die evident onrechtmatig zijn, zoals uitingen die oproepen tot haat en geweld ('hate speech').¹⁵⁰ Van internetplatformen mag minder worden verwacht als het gaat om een kleine non-profitorganisatie die een beperkt bereik heeft¹⁵¹ of als het gaat om uitingen die 'slechts' beledigend zijn.¹⁵² In het laatste geval is het voldoende als een 'notice and take down'-procedure wordt gehanteerd.¹⁵³ Daarbij mag niet meer content worden verwijderd dan strikt noodzakelijk is: als slechts één webpagina van een internetdomein schadelijke informatie bevat, mag niet de toegang tot het hele domein worden geblokkeerd.¹⁵⁴ Van een groot commercieel platform als Delfi, dat relatief veel bemoeienis heeft met de content die op het platform staat en bovendien te maken heeft met uitingen die haatdragend zijn en oproepen tot geweld, mag echter meer worden verwacht dan een notice-and-take-down-procedure.¹⁵⁵ Bij een dergelijk platform mag ook de verplichting worden opgelegd dat uit eigen beweging uitingen worden verwijderd.¹⁵⁶ Het Hof erkent dat een dergelijke verplichting kan leiden tot

145 Idem, r.o. 138.

146 Idem, r.o. 142-143.

147 EHRM 2 februari 2016, nr. 22947/13 (*MTE en Index t. Hongarije*), r.o. 69; EHRM 7 februari 2017 (ontv.), nr. 74742/14 (*Pihl t. Zweden*), r.o. 28; EHRM 19 maart 2019, nr. 43624/14 (*Hoiness t. Noorwegen*), r.o. 67.

148 *Delfi AS*, r.o. 160-161; *MTE*, r.o. 86.

149 Idem, *Delfi AS*, r.o. 146.

150 Idem, *Delfi AS*, r.o. 115-117, 144.

151 Idem, *Delfi AS*, r.o. 115-117; *Pihl*, r.o. 31; *MTE*, r.o. 64.

152 *MTE*, r.o. 64; *Pihl*, r.o. 37; *Hoiness*, r.o. 69.

153 *Delfi AS*, r.o. 159; *MTE*, r.o. 91.

154 *Ahmet Yildirim*, r.o. 66. Zie ook EHRM 1 december 2015, nrs. 48226/10 en 14027/11 (*Cengiz e.a. t. Turkije*), r.o. 62-65.

155 *Delfi AS*, r.o. 159. Spano 2017, punt 27.

156 Idem, *Delfi AS*, r.o. 159.

automatische filterpraktijken, maar dat is volgens het EHRM de enige manier om de rechten en belangen van anderen tegen onrechtmatige uitingen te beschermen.¹⁵⁷

Spreekverboden in de fysieke ruimte

Er is weinig jurisprudentie waarin het EHRM expliciet de toelaatbaarheid van voorafgaande spreekverboden in de fysieke ruimte beoordeelt. Wel heeft dit hof zich enkele malen uitgesproken over weigeringen om sprekers toe te laten tot nationaal grondgebied. In *Piermont t. Frankrijk* bijvoorbeeld, kreeg een Duitse Europarlementariër een verbod opgelegd om Frans Polynesië in te reizen wegens vrees voor herhaling van uitlatingen over het Franse regeringsbeleid die zij eerder had gedaan. Deze uitlatingen zouden de openbare orde verstoren.¹⁵⁸ Ook in *Cox t. Turkije* werd een inreisverbod opgelegd naar aanleiding van eerdere uitlatingen. In deze zaak ging het om uitlatingen over de Armeense kwestie die de nationale veiligheid in gevaar zouden brengen.¹⁵⁹ In *Women on Waves t. Portugal*, ten slotte, werd een Nederlandse abortusboot de toegang tot de territoriale wateren van Portugal geweigerd, omdat de Portugese overheid wilde voorkomen dat Portugese burgers aan boord van dit schip informatie over abortus en verboden medicijnen zouden kunnen ophalen.¹⁶⁰

Het EHRM bestempelde deze maatregelen niet als preventieve beperkingen. Waarschijnlijk zag het EHRM deze maatregelen als repressief, omdat zij – in ieder geval in de eerste twee gevallen – werden opgelegd als sanctie op eerdere uitlatingen. Met de inreisverboden werd echter ook voorkomen dat de sprekers nieuwe (onrechtmatige) uitingen konden doen. Naar de toekomst toe waren deze maatregelen daarom wel preventief. In al deze gevallen oordeelde het EHRM echter dat daarbij geen sprake was van een gerechtvaardigde (voorafgaande) beperking van de vrijheid van meningsuiting, omdat de inreisverboden niet noodzakelijk waren in een democratische samenleving. In welke gevallen dat wel het geval zou kunnen zijn, volgt uit deze jurisprudentie dus niet.

Toch kan aangenomen worden dat het EHRM voorafgaande spreekverboden in bepaalde gevallen geoorloofd acht, namelijk waar het gaat om ‘hate speech’. Daarbij gaat het om uitingen die oproepen tot – gewelddadige – actie om de onderliggende waarden van het EVRM teniet te doen.¹⁶¹ Als hate speech zijn onder meer aangemerkt uitingen die de Holocaust ontkennen¹⁶² of die oorlogsmisdrijven of terrorisme verheerlijken,¹⁶³

157 Idem, *Delfi AS*, r.o. 153 en 159. Volgens Voorhoof zullen deze automatische filterplichten kunnen aansporen tot vormen van preventieve inmening in de vrijheid van meningsuiting, zie Voorhoof 2015, p. 200.

158 EHRM 27 april 1995, nr. 15773/89 (*Piermont t. Frankrijk*).

159 EHRM 20 mei 2010, nr. 2933/03 (*Cox t. Turkije*).

160 EHRM 3 februari 2009, nr. 31276/05 (*Women on Waves e.a. t. Portugal*).

161 EHRM 4 december 2003, nr. 35071/97 (*Gündüz t. Turkije*), r.o. 51-52; EHRM 23 september 1998, nr. 24662/94 (*Lehideux en Isorni t. Frankrijk*), r.o. 53.

162 EHRM 24 juni 2003 (ontv.), nr. 65831/01 (*Garaudy t. Frankrijk*).

163 EHRM 17 april 2018 (ontv.), nr. 24683/14 (*Roj TV A/S t. Denemarken*); EHRM 15 januari 2009, nr. 20985/05 (*Orban e.a. t. Frankrijk*).

evident racistische en islamofobe uitspraken¹⁶⁴ en uitingen die aanzetten tot vernietiging van de democratie.¹⁶⁵ Of sprake is van hate speech hangt wel altijd af van de concrete omstandigheden van het geval.¹⁶⁶ Zo kan een uiting in een samenleving waar een sluimerende burgeroorlog heerst sneller leiden tot (gewelddadige) escalatie dan wanneer sprake is van een vreedzame samenleving. Een beperking van virulente uitingen zal in de eerste situatie dan ook sneller worden aanvaard dan in de tweede situatie.¹⁶⁷ Het EHRM volgt de lijn dat beperkingen ten aanzien van hate speech vrijwel altijd gerechtvaardigd zijn.¹⁶⁸ Soms vallen deze uitingen door toepassing van artikel 17 EVRM zelfs helemaal buiten de reikwijdte van artikel 10 EVRM.¹⁶⁹ De vrijheid van meningsuiting is namelijk niet bedoeld om deze uitingen te beschermen. Het is dan ook aannemelijk dat het EHRM een voorafgaand spreekverbod wegens de inhoud van een uiting gerechtvaardigd acht als deze gekwalificeerd kan worden als hate speech.

5.6 EVRM: INSPIRATIE VOOR DE GRONDWET?

Uit de voorgaande bespreking van het EVRM-regime kan worden geconcludeerd dat het EVRM anders omgaat met voorafgaande beperkingen op het recht op vrijheid van meningsuiting dan de Grondwet. Biedt het EVRM antwoorden op de kwesties en ontwikkelingen die artikel 7 Grondwet onder spanning zetten, en zo ja, kan hieraan inspiratie worden ontleend voor wijziging van de Grondwet? In deze paragraaf wordt daarop ingegaan.

Allereerst is duidelijk dat het EVRM niet uitgaat van een absoluut verbod op voorafgaand verlot. Evenals repressieve beperkingen zijn preventieve beperkingen in beginsel mogelijk. Beide typen beperkingen zijn bovendien onderworpen aan hetzelfde afwegingskader. Bij preventieve beperkingen worden de toetsingscriteria wel strenger ingevuld. Extra eisen worden dan gesteld aan het voorzienbaarheidsvereiste en het noodzakelijkheidsvereiste. In zoverre maakt het EHRM dus wel een onderscheid tussen maatregelen met een preventief karakter en maatregelen met een repressief karakter. De consequenties van dit onderscheid zijn evenwel minder strikt dan bij de Grondwet. Preventieve maatregelen worden immers niet al bij voorbaat verboden.

Dit heeft als gevolg dat op basis van het EVRM makkelijker kan worden omgegaan met het niet-binaire onderscheid tussen preventieve en repressieve maatregelen dan op basis van de Grondwet. Bij gevallen die zowel preventieve als repressieve aspecten hebben, hoeft niet meteen een keuze gemaakt te worden. Alle maatregelen kunnen gewoon langs de meetlat van artikel 10 lid 2 EVRM worden gelegd. Dat neemt niet weg dat zelfs het EHRM bij sommige maatregelen worstelt met dit onderscheid. Dat blijkt bijvoorbeeld

164 EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07 (*Feret t. België*); EHRM 20 februari 2007, nr. 35222/04 (*Ivanov t. Rusland*); EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89 (*Jersild t. Denemarken*). Zie voor een uitgebreid overzicht ook Gerards 2019a onder C.1.5.2.

165 EHRM 14 maart 2013, nrs. 26261/05 en 26377/06 (*Kasymakhunov en Saybatalov t. Rusland*), r.o. 104-105.

166 EHRM 15 oktober 2015, nr. 27510/08 (*Perinçek t. Zwitserland*), r.o. 208.

167 Nieuwenhuis 2013, p. 82; Staten hebben een ruime margin of appreciation om te beoordelen of sprake is van hate speech, zie bijvoorbeeld EHRM 9 mei 2018, nr. 52273/07 (*Stomakhin t. Rusland*), r.o. 92.

168 Gerards 2019a onder C.1.5.2.

169 Zie bijvoorbeeld ECRM 11 oktober 1979, nrs. 8348/78 en 8406/78 (*Glimmerveen en Hagenbeek t. Nederland*).

uit de uitspraak van het Hof in *Kablis/Rusland*. Het EHRM sprak in deze zaak van een voorafgaande maatregel. Reden daarvoor was dat de blokkering van internetposts werd opgelegd voordat een rechter zich had uitgesproken over de rechtmatigheid van de inhoud van deze posts.¹⁷⁰ Het is echter de vraag of dat daadwerkelijk maakt dat sprake is van een voorafgaande maatregel. De blogposts en het sociale-media-account werden immers pas ontoegankelijk gemaakt *nadat* deze al openbaar waren geweest voor andere internetgebruikers. De uitingen waren dus al gedaan. Alleen voor het ontoegankelijk maken van het sociale-media-account kan betoogd worden dat het preventieve aspecten kende, omdat het daarmee ook onmogelijk werd om toekomstige informatie te posten. Ook uit de zaken waarin inreisverboden centraal stonden blijkt dat het onderscheid preventief-repressief niet gemakkelijk te maken is. Deze inreisverboden hadden zowel repressieve als preventieve kanten. Het EHRM liet het preventieve karakter echter geheel onbenoemd. In beide situatietypen is het bestaan van deze 'schemerzone' echter relatief onproblematisch, omdat het Hof alsnog een uitgebreide en strikte wettigheids- en noodzakelijkheidstoets kan toepassen. De afwezigheid van een rigide verbod op voorafgaande beperkingen maakt het daarmee minder kwalijk dat het moeilijk is een strikt onderscheid te hanteren tussen preventieve en repressieve beperkingen.

Het ontbreken van een strikt verbod op voorafgaande beperkingen zorgt er daarnaast voor dat beter omgegaan kan worden met de tweede kwestie die centraal staat in dit artikel: het risico op omzeiling. De praktijk van omzeiling geeft aan dat er een behoefte bestaat om het strikte verbod van voorafgaand verlot in sommige gevallen soepeler te trekken. Deze behoefte wordt ingegeven door de gedachte dat ook andere (grondwettelijke) belangen beschermwaardig zijn, waardoor een *absoluut* verbod op voorafgaande beperkingen niet langer gerechtvaardigd is. Het gaat op dit moment dan vooral om belangen die spelen in de internetsfeer. In deze omgeving doen zich namelijk ontwikkelingen voor waarbij bepaalde rechten, zoals de bescherming van het recht op lichamelijke integriteit, het recht op eer en goede naam en de handhaving van de openbare orde en veiligheid in toenemende mate in de knel (kunnen) komen door een absolute bescherming van de uitingsvrijheid. De schade die bij onrechtmatige internetuitingen kan optreden is groot wegens de mogelijkheden tot snelle verspreiding en de onmogelijkheid uitingen op internet definitief te verwijderen. Betoogd kan worden dat achteraf ingrijpen dan niet meer effectief genoeg is. Echter, dat de behoefte bestaat deze belangen te beschermen ten koste van de vrijheid van meningsuiting betekent natuurlijk niet dat daar meteen gehoor aan moet worden gegeven. Evenwel is het wenselijk als hierover per geval zinnige discussie kan plaatsvinden. Met het huidige kader in de Grondwet is dat niet mogelijk, omdat voorafgaande maatregelen per definitie verboden zijn. Het beperkingsregime van het EVRM biedt meer ruimte, omdat beperkingen hierbij niet meteen worden gecategoriseerd als verboden of niet verboden, maar per beperking apart kan worden beoordeeld of er sprake is van een ongerechtvaardigde inbreuk. Dit resulteert erin dat de noodzaak voor overheden om zich te wenden tot omzeiling minder is.

170 *Kablis*, r.o. 90.

Een en ander kan worden geïllustreerd aan de hand van de situatie waarbij automatische filterverplichtingen om inhoudelijke redenen aan internetplatformen worden opgelegd.¹⁷¹ Het EHRM acht dit gerechtvaardigd en soms zelf geboden. Het moet dan wel gaan om evident onrechtmatige uitingen ('hate speech'), de daadwerkelijke blokkering moet zo gelimiteerd mogelijk zijn en het internetplatform moet veel invloed hebben. Ook dient aan enkele procedurele waarborgen te zijn voldaan om machtsmisbruik te voorkomen. In deze gevallen hoeft niet kunstmatig te worden geconstrueerd dat het gaat om maatregelen die de verspreiding betreffen of die repressief en niet preventief van aard zijn. Uitingen in de fysieke ruimte kunnen eveneens vooraf worden verboden, ook zonder dat is aangetoond dat zij ernstige wanordelijkheden tot gevolg hebben (zoals vereist is in de Grondwet). Ook hier hoeft dus geen toevlucht tot omzeiling te worden genomen. Opnieuw zal het dan wel moeten gaan om evident onrechtmatige uitingen die oproepen tot haat en/of geweld en zal dit soort spreekverboden alleen in zeer uitzonderlijke situaties aanvaardbaar zijn.

Een andere reden waarom omzeilingspraktijken bij het EVRM-regime minder aantrekkelijk zijn, is dat repressieve beperkingen bij het EVRM juist weer aan een strenger regime onderworpen zijn dan het geval is bij de Grondwet. Deze beperkingen moeten bij het EVRM namelijk in overeenstemming zijn met een aantal inhoudelijke criteria (legitiem doel, noodzakelijk in een democratische samenleving). Dergelijke materiële criteria kent de Grondwet niet. Het loont bij het EVRM dan ook minder om een beperking zodanig te framen dat dit geen voorafgaande beperking is (zoals de Afdeling onlangs deed in de Haagse Imamzaak), omdat de criteria die gelden ten aanzien van repressieve beperkingen ook veeleisend zijn. Het vervangen van het absolute verbod op voorafgaand verlot voor een EVRM-gelijkend inhoudelijk afwegingskader dat vergelijkbare toetsingscriteria stelt aan repressieve en preventieve beperkingen (ook al worden deze anders gehanteerd) zou daarom omzeiling kunnen tegengaan.

Een bepaling die gelijkenis vertoont met de bepaling in het EVRM laat zo meer ruimte om om te gaan met dilemma's en tegelijkertijd sterke bescherming te bieden aan het zwaarwegende belang van de vrijheid van meningsuiting. Daarnaast kan een dergelijke bepaling meerwaarde bieden als het gaat om de afstemming met het EVRM. In de praktijk geldt nu al dat het beschermingsniveau dat volgt uit de bepaling in de Grondwet niet erg verschilt van de bescherming die volgt uit het EVRM. Dat kan enerzijds zijn oorzaak vinden in het feit dat er ruimte blijkt te bestaan voor voorafgaande beperkingen door omzeiling van het censuurverbod. Anderzijds is een oorzaak dat het EHRM bij voorafgaande beperkingen streng toetst aan de voorzienbaarheids- en noodzakelijkheidsvereisten, waardoor het in de meeste gevallen die leiden tot strijd met artikel 7 Grondwet ook tot een schending van artikel 10 EVRM constateert.¹⁷² In het gegeven dat de feitelijke bescherming van het grondwetsregime toch al niet veel

171 Als wordt uitgegaan van de opvatting dat deze automatische filterpraktijken een preventief karakter hebben.

172 Zo wordt, ondanks dat het EHRM stelt dat een algemeen verbod op het publiceren of verspreiden van publicaties niet per definitie onverzoenbaar is met het EVRM, in zaken waarbij zo'n algemeen verbod wordt opgelegd toch altijd een schending van art. 10 EVRM aangenomen, zie bijvoorbeeld *Cetin*, r.o. 59 en *Gawęda*, r.o. 40.

verschilt van de bescherming die volgt uit het EVRM, kan een belangrijk argument zijn gelegen om de juridische werkelijkheid in overeenstemming te brengen met deze praktijk door een stevig materieel afwegingskader in de Grondwet op te nemen. Dat zou ook de verkeerde veronderstelling wegnemen dat het huidige, ogenschijnlijk sterke verbod in de Grondwet een veel krachtigere bescherming biedt dan het EVRM. Met het opnemen van een materieel afwegingskader wordt bovendien tegemoetgekomen aan de procedurele vereisten die in de EHRM-rechtspraak worden gesteld aan de toets op nationaal niveau. Een dergelijk kader in de Grondwet zal de nationale rechter er immers toe aanzetten een op het geval toegesneden belangenafweging uit te voeren, ook als dit voorafgaande beperkingen van de vrijheid van meningsuiting betreft. Het waarborgen van een dergelijke belangenafweging is precies waar de procedurele toets van het EVRM de nadruk op legt.

Uit het voorgaande volgt dat een afwegingskader zoals is opgenomen in het EVRM bruikbaar kan zijn voor de Grondwet. Een dergelijk kader biedt mogelijkheden om met het moeilijke onderscheid tussen preventieve en repressieve beperkingen te kunnen omgaan en vermindert de aantrekkelijkheid van de huidige praktijk van omzeiling. Ook biedt het (discussie)ruimte bij dilemma's op gebied van internetregulering en geeft het beter inzicht in de afweging die nu al plaatsvindt en die ook feitelijk onontkoombaar is. Als laatste is er afstemming met de eisen die het EHRM stelt ten aanzien van de belangenafweging bij de toets op nationaal niveau. Er is evenwel één aspect in het grondwettelijk beperkingsregime dat nu meerwaarde biedt op het EVRM. Het gaat dan om het vereiste dat (repressieve) beperkingen altijd moeten zijn vormgegeven in een wet in formele zin ('behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'). Het EVRM eist daarentegen slechts een wet in materiële zin, zij het dat wel de voorwaarde wordt gesteld dat deze toegankelijk en voorzienbaar is. Met het formele wetsvereiste wordt het lastiger om de vrijheid van meningsuiting te beperken. Met dit vereiste biedt de Grondwet dus meer bescherming dan het EVRM.

5.7 OP NAAR EEN NIEUWE BEPALING?

Dit artikel heeft laten zien dat het Nederlandse censuurverbod is verworden tot een onduidelijk en niet-transparant schijnverbod. De feitelijk mogelijke bescherming is veel lager dan de bepaling op papier doet voorkomen. De Grondwet boet hierdoor in aan normatieve betekenis. Om dit tij te keren is het nodig om artikel 7 Grondwet te wijzigen. De nieuwe bepaling zou niet moeten uitgaan van een strikt onderscheid tussen preventieve en repressieve beperkingen. Tevens moet de bepaling omzeiling tegengaan en moet zij ruimte laten om bij nieuwe vraagstukken, bijvoorbeeld op gebied van internetregulering, een open, maar tegelijkertijd duidelijke bescherming te bieden. Daartoe moet uit de Grondwet zelf blijken wat het werkelijke beoordelingskader is dat gebruikt wordt om vast te stellen of een beperking gerechtvaardigd is. Is het mogelijk een toekomstbestendige bepaling te reconstrueren die recht doet aan dergelijke vereisten? In deze paragraaf wordt een denkrichting gepresenteerd.

Deze denkrichting gaat uit van een *best of both worlds*-benadering, waarin EVRM-elementen worden verenigd met elementen die nu zijn opgenomen in artikel 7

Grondwet. De bepaling zou er zo uit kunnen zien dat alle beperkingen op de vrijheid van meningsuiting, dus ook preventieve beperkingen, geoorloofd kunnen zijn, mits zij noodzakelijk zijn om de democratische rechtsstaat of de rechten en vrijheden van anderen te beschermen, en niet de kern (wezenlijke inhoud) van de vrijheid van meningsuiting wordt beperkt. Daarnaast dienen dergelijke beperkingen te zijn geregeld in een wet in formele zin.

Met het voorgestelde noodzakelijkheidsvereiste wordt aangesloten bij de beperkingsclausule van het EVRM. Deze clausule wordt echter niet geheel gekopieerd. Slechts het ‘noodzakelijk in een democratische rechtsstaat-vereiste’ en de doelclausulering ‘rechten van anderen’ wordt overgenomen. Dit omdat de andere doelclausuleringen uit het tweede lid van artikel 10 EVRM ondergebracht kunnen worden bij één van deze criteria. Ook wordt gekozen voor de formulering ‘democratische *rechtsstaat*’, in plaats van voor de EHRM-term ‘democratische *samenleving*’. Daarmee wordt (alvast) aangesloten bij de term die gehanteerd wordt in de verklaringswet tot opname van een algemene bepaling in de Grondwet.¹⁷³ Deze term moet volgens de toelichting bij de algemene bepaling echter wel worden ingevuld aan de hand van de betekenis van EHRM-begrip.¹⁷⁴ Van deze invulling wordt ook uitgegaan in het hier voorgestelde afwegingskader. In navolging van de in paragraaf 5.5 besproken EHRM-jurisprudentie zullen inbreuken op de vrijheid van meningsuiting dan niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is om ondermijning van de democratische rechtsstaat of de rechten en vrijheden van anderen tegen te gaan. Er zal pas sprake zijn van ondermijning van de democratische rechtsstaat als van een ‘clear and imminent danger’ gesproken kan worden. Ook zullen beperkingen moeten voldoen aan de vereisten van subsidiariteit en effectiviteit.

Het kernrechtvereiste geeft aan dat beperkingen alleen zijn toegestaan als deze niet de wezenlijke kern van de vrijheid van meningsuiting aantasten.¹⁷⁵ Met de kernrechtbepaling wordt gewaakt tegen het ontstaan van een hellend vlak. Met dit vereiste kan namelijk een bepaald minimumniveau aan bescherming worden gegarandeerd. Om te bepalen wat de kern is van het recht op vrijheid van meningsuiting kan aangesloten worden bij de doelstellingen van het recht op vrijheid van meningsuiting volgens het EHRM: bescherming van de democratische rechtsorde (met onderliggende waarden als pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid) en bescherming van de waardigheid of zelfontplooiing van het individu. Als deze waarden worden ondermijnd, is een beperking niet toegestaan.

Een andere waarborg voor het behouden van een hoog beschermingsniveau biedt het formele-wetsvereiste, dat wordt overgenomen van het huidige artikel 7 Grondwet.

173 *Stb* 2018, 86. In deze verklaringswet wordt voorgesteld om aan de Grondwet een algemene bepaling toe te voegen die luidt: de Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat.

174 *Kamerstukken II*, 2015-16, 34516, nr. 3 (Memorie van toelichting), p. 4, 6 en 7-8; *Kamerstukken II*, 2017-18, 34516, C (Memorie van antwoord), C, p. 5.

175 Kortmann 2016, p. 389-390. Dit vereiste kan worden ontleend aan EVRM-jurisprudentie waarin wordt verwezen naar ‘the very essence’ of ‘the core’ van EVRM-rechten, zie bijv. EHRM 17 februari 2004, nr. 44158/98 (*Gozelik t. Polen*), r.o. 105 en EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95 (*Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 90. Ook in het rapport van de staatscommissie Grondwet werd aanbevolen om in de Grondwet een kernrechtbepaling op te nemen, zie Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 55.

Hiermee wordt gerealiseerd dat slechts op basis van speciale wetgeving met een hoog democratisch gehalte beperkingen kunnen worden gesteld. Dit vereiste geldt voor *alle* beperkingen, dus ook voor voorafgaande beperkingen. Dat zal de wetgever dwingen na te denken over specifieke wetgeving waarin een overzichtelijk beperkingskader wordt geboden. Dit wettelijk kader zal vergelijkbaar kunnen zijn met wat de Wet openbare manifestaties is voor het recht op vergadering en betoging uit artikel 9 Grondwet. In deze wet worden strenge voorwaarden gesteld voor het (voorafgaand en repressief) beperken van openbare vergaderingen en betogingen. Een vergelijkbare wet kan voor de vrijheid van meningsuiting worden gemaakt, waarin bovendien ook kan worden voorzien in een delegatieregeling die een variant van de verspreidingsjurisprudentie vastlegt, zodat een effectieve doch voorzienbare handhaving van de openbare orde op lokaal niveau te realiseren is. Het formele-wetsvereiste zorgt voor toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 10 EVRM, omdat dit artikel geen formeel, maar slechts een materieel wetsbegrip hanteert. Andersom is het ook waardevol om het materiële wetsbegrip van het EVRM over te nemen in de nieuwe grondwetsbepaling. Beperkingen zijn dan niet alleen slechts toelaatbaar als zij volgen uit een (specifieke) wet in formele zin, maar deze wet moet voor betrokkenen ook voldoende toegankelijk zijn en voorzienbaar maken onder welke omstandigheden een (preventieve) beperking opgelegd kan worden.¹⁷⁶

De resulterende bepaling heeft als voordeel dat het moeilijke, niet-binaire, onderscheid tussen preventieve en repressieve maatregelen vermeden wordt, terwijl toch voldoende waarborgen voor de vrijheid van meningsuiting worden geboden. Elke maatregel die de vrijheid van meningsuiting beperkt, of deze nu als voorafgaande of repressieve maatregel wordt geclassificeerd, moet namelijk aan dezelfde beperkingscriteria voldoen. Voor dit kader zal het dan ook niet uitmaken of online filtermaatregelen door internetplatformen als voorafgaande of als repressieve beperking worden gezien. In beide gevallen zullen deze maatregelen worden getoetst aan de hiervoor genoemde criteria. Ook de tweede kwestie die in dit artikel centraal stond, de omzeilingspraktijken, kan met dit kader worden tegengegaan. Zo zullen het noodzakelijkheids criterium en het voorzienbaarheids criterium het lastiger maken om het openbare-orde-excuus te misbruiken voor voorafgaande beperkingen wegens de inhoud.¹⁷⁷ Met dit model zullen ook nieuwe vraagstukken die betrekking hebben op de internetsfeer tegemoet getreden kunnen worden. Uiteindelijk kan met dit model een realistisch beoordelingskader worden vastgelegd dat in praktijk ook daadwerkelijk gebruikt kan worden om te bepalen of een beperking gerechtvaardigd is. Dat zal resulteren in een aanmerkelijk transparanter en voorspelbaarder beoordeling dan nu het geval is.

Evenwel zullen sommigen in dit voorstel een afzwakking van het huidige beschermingsniveau lezen. Dat is echter alleen mogelijk als men de letterlijke tekst van het huidige

176 Het voorzienbaarheidsvereiste zou naast de specificiteitseis van het wet in formele zin-vereiste maken dat het gebiedsverbod in de Haagse Imamszaak niet gerechtvaardigd was geweest. Op basis van de Twbmt is namelijk niet voorzienbaar dat een gebiedsverbod opgelegd kan worden als hiermee alleen het doel wordt nagestreefd de vrijheid van meningsuiting te beperken.

177 In dat kader kan betoogd worden dat het spreekverbod in de Eritrese kwestie als ongerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van meningsuiting zal worden gezien. Het gebrek aan bewijs voor het ontstaan van een bestuurlijke overmachtssituatie zou namelijk maken dat de beperking niet aan het noodzakelijkheids criterium voldoet.

censuurverbod in artikel 7 Grondwet als uitgangspunt neemt en de verwarrende uitwerking ontkent die dit verbod onontkoombaar heeft in praktijk. Men kan deze uitwerking stoicijs negeren en voortleven in de schijnwerkelijkheid dat het censuurverbod werkt (of de utopie nastreven dat de rechtspraak hiermee in lijn zou kunnen worden gebracht), of men kan de gesignaleerde problemen serieus nemen en de juridische norm hierop aanpassen, zodanig dat op een verantwoorde manier zoveel mogelijk bescherming wordt geboden. In deze bijdrage is voor de laatste optie gekozen.¹⁷⁸ Alleen zo kan een goede bescherming van de vrijheid van meningsuiting gewaarborgd worden en krijgt artikel 7 Grondwet weer betekenis.

178 Het voorstel in deze bijdrage om het censuurverbod te herzien is dus niet ingestoken vanuit het doel om antidemocratische opvattingen beter te kunnen bestrijden, zoals bijvoorbeeld wordt betoogd door Cliteur in *NJB* 2017/1458 ('Herbezinning op wettelijk kader ter bestrijding van antidemocratische bewegingen is nodig').

6 De wijziging van het communicatiegeheim in de Grondwet: een gemiste kans?*

6.1 INLEIDING

De storm is inmiddels alweer even gaan liggen, maar bij velen zal het tumult rondom het ‘Wiv-referendum’ nog vers in het geheugen staan.¹ In dit referendum werd het voorstel om de Wet op de inlichtingen-en veiligheidsdiensten (Wiv) uit 2002 aan te passen ter discussie gesteld.² Parallel aan de behandeling van de Wiv liep de behandeling van een ander wetsvoorstel. Het gaat om het voorstel van de regering tot wijziging van artikel 13 van de Grondwet, waarin de bescherming van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim is neergelegd.³ Beide Kamers hebben inmiddels in eerste lezing met dit voorstel ingestemd.⁴ Het is nu wachten op de behandeling van de verklaringwet in de tweede lezing.⁵

Anders dan het Wiv-voorstel, stond (en staat) deze wijziging van artikel 13 Grondwet bij het grote publiek nauwelijks op het netvlies. Dat is niet verwonderlijk: de behandeling van dit wetsvoorstel is grotendeels ondergesneeuwd door alle ophef en commotie rondom de Wiv. Daarbij is de Grondwet door onze sobere grondwetscultuur nooit het meest ‘sexy’ onderwerp gebleken om de aandacht van de Nederlandse burger te trekken.⁶ Dat betekent niet dat bespreking van deze grondwetswijziging minder opportuun is. Allereerst scheidt artikel 13 Grondwet als grondwettelijke basis de kaders voor de nieuwe Wiv (Wiv 2017) en aanverwante wetgeving.⁷ Daarnaast biedt een modernisering van

* Dit artikel is oorspronkelijk gepubliceerd in *NTM/ NJCM-Bulletin* 2019/9 (M.M.Julicher, ‘De wijziging van het communicatiegeheim in de Grondwet: een gemiste kans?’, *NTM/NJCM-Bulletin*, 2019/9). De inhoud is voltooid in januari 2019.

1 Zie bijvoorbeeld De Graaf 2017; Tokmetzis & Bol 2018.

2 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34588, nr. 2. Hoewel het referendum uitliep op winst voor de tegenstanders van deze wet, trad de nieuwe Wiv (Wiv 2017) in 2018 in werking, zij het dat met beleidsregels (*Kamerstukken II*, 2017/18, 34588, nr. 70.) en een wijzigingsvoorstel (<https://www.internetconsultatie.nl/wiv2017> (laatst geraadpleegd 28 januari 2019)) wordt geprobeerd tegemoet te komen aan bezwaren die in de discussies over het referendum aan de orde kwamen.

3 *Kamerstukken II*, 2013/14, 33989, nr. 2.

4 *Stb* 2017, 334. De Tweede Kamer deed dit op 18 april 2017 (*Handelingen II*, 2016/17, nr. 69, item 11), twee maanden na haar stemming over de Wiv 2017. De Eerste Kamer deed dit op 11 juli 2017 (*Handelingen I*, 2016/17, nr. 34, item 4), op dezelfde dag als de stemming over de Wiv 2017.

5 Zie art. 137 Grondwet voor de herzieningsprocedure van de Grondwet. Op het moment dat een voorstel tot wijziging van de Grondwet wel in eerste lezing, maar nog niet in tweede lezing is aangenomen, is dit voorstel niet langer een voorstel, maar een aangenomen ‘verklaringwet’ (ook wel ‘overwegingswet’).

6 Oomen 2007; *Hart voor de publieke zaak*, Aanbevelingen Nationale Conventie 2006, p. 26; Barkhuysen e.a. 2009; Dommering 2013, p. 379.

7 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34588, nr. 3, p. 206.

het huidige, nogal ouderwets geformuleerde, communicatiegeheim in de Grondwet een uitgelezen kans om de Grondwet eindelijk van toegevoegde waarde te laten zijn op Europese bindende grondrechtendocumenten zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest). Op dit moment wordt wat betreft grondrechtenbescherming nog veelal de blik gewend naar deze Europese instrumenten.⁸ Dat heeft deels te maken met het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet en de open houding jegens het internationale recht (artikelen 93 en 94 Grondwet),⁹ maar vindt ook zijn oorzaak in het gebrek aan duidelijke materiële normen in de Grondwet die aansluiten bij recente ontwikkelingen.¹⁰ Dergelijke normen zijn wel (of meer) te vinden in het EVRM en het Handvest.¹¹ Het is echter onwenselijk als de bescherming van de burger geheel afhankelijk is van deze internationale grondrechtendocumenten. Het EHRM en het Handvest leggen namelijk slechts een 'one-size-fits-all-minimumbescherming' vast, die niet is toegesneden op de specifieke situaties en behoeftes in verschillende landen.¹² Deze minimumbescherming kan en moet door staten nader worden aangevuld, op een zodanige manier dat een grondrechtenbescherming wordt geboden die past bij het gewenste (hogere) niveau in de eigen samenleving.¹³ Nationale normen moeten daarvoor aansluiten bij digitale ontwikkelingen en materiële beschermingsnormen omvatten die uitstijgen boven wat nu al wordt beschermd door het EVRM en de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), en door het Handvest en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ).¹⁴

In deze bijdrage wordt onderzocht in hoeverre de verklaringswet tot wijziging van artikel 13 Grondwet deze roep om hogere, meer op de Nederlandse rechtsorde toegesneden, bescherming kan vervullen. Daarmee zal worden beschouwd of deze wet kan zorgen voor toegevoegde waarde ten opzichte van het EVRM en het Handvest door ten aanzien van het recht op het communicatiegeheim meer rechtsbescherming te bieden dan de equivalente rechten in het EVRM en het Handvest. Hiervoor wordt eerst en vooral gekeken of er überhaupt sprake is van *aansluiting* bij deze Europese regelingen. Als de verklaringswet immers bij voorbaat al niet in overeenstemming is met het EVRM en het Handvest, dan zullen de mogelijkheden voor toegevoegde waarde minimaal zijn.¹⁵

Deze aansluiting en toegevoegde waarde worden bepaald door de reikwijdte en de beperkingsmogelijkheden van het communicatiegeheim in de Grondwet te vergelijken

8 Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 23-25.

9 Gerards 2013a, p. 16-17; Gerards 2013b, p. 18; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 23-25.

10 Gerards 2016, p. 212-221; Gerards 2013b, p. 30; Barkhuysen e.a. 2009, p. 81.

11 Gerards 2013b, p. 30.

12 Gerards 2012b, p. 31 en 33; *Kamerstukken II, 1975/76, 13872*, nrs. 1-5, p. 12; Rapport commissie GDT 2000, p. 58-59; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 24-25.

13 Idem. Uit de artikelen 53 EVRM en 53 Handvest volgt dat staten minimaal evenveel bescherming moeten bieden als het EVRM respectievelijk het Handvest, maar hierin ook verder mogen gaan.

14 Gerards 2012a, p. 9-10 en 50; Gerards 2013b, p. 31; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 24-25; Reactie CRM, p. 1.

15 De keuze om in dit artikel specifiek de toegevoegde waarde van het wijzigingsvoorstel op het EVRM en het Handvest te onderzoeken wordt gerechtvaardigd doordat het juist deze instrumenten zijn die, ten koste van de Grondwet, in de rechtspraktijk het meeste worden ingeroepen.

met de reikwijdte en de beperkingsmogelijkheden van het communicatiegeheim in het EVRM en het Handvest. In het eerste deel van dit artikel komt het reikwijdte-aspect aan bod. Specifiek wordt ingegaan op de vraag in hoeverre live-gesprekken, openbare communicatie, opgeslagen gegevens en verkeersgegevens onder de reikwijdte van het nieuwe grondwetsartikel vallen en hoe dat is geregeld in het EVRM en het Handvest. Waar geconstateerd wordt dat er geen sprake is van aansluiting bij of toegevoegde waarde op de Europese regelingen, worden suggesties ter verbetering gedaan. In het tweede deel wordt ingegaan op de beperkingsmogelijkheden van het communicatiegeheim. Eerst wordt onderzocht welke mogelijkheden voor beperking zijn vastgelegd in het nieuwe artikel 13 Grondwet, daarna komt aan bod hoe dit is geregeld in de Europese regelingen. Hierbij wordt ingegaan op zowel procedurele voorwaarden (welke instantie geeft toestemming voor beperkingen en door wie wordt dit getoetst?) als materiële voorwaarden (aan welke inhoudelijke vereisten moet worden getoetst?). Ook hier worden suggesties gedaan als niet tot aansluiting en toegevoegde waarde kan worden geconcludeerd. Om een en ander goed te kunnen plaatsen wordt, voordat tot de bespreking van deze aspecten wordt overgegaan, eerst een algemene schets van het grondwetsvoorstel en de weg daarnaartoe beschreven.

Twee opmerkingen zijn vooraf nog van belang. Allereerst zal uit de analyse blijken dat het EVRM (en met name de jurisprudentie van het EHRM) op gebied van het communicatiegeheim belangrijker is voor de Nederlandse rechtspraak dan het Handvest. Dat heeft ermee te maken dat een deel van het nationaal handelen waarmee het communicatiegeheim wordt beperkt, bijvoorbeeld het handelen van inlichtingen en veiligheidsdiensten, (vooralsnog) niet wordt gereguleerd door het Unierecht.¹⁶ Doordat het Handvest slechts van toepassing is op handelen dat valt binnen de werkingssfeer van het Unierecht,¹⁷ kan op het Handvest bij sommige inbreuken op het communicatiegeheim geen beroep worden gedaan. Daar komt bij dat het communicatiegeheim in het Handvest (artikel 7) correspondeert met het communicatiegeheim in artikel 8 van het EVRM. Dat heeft als gevolg dat artikel 7 Handvest in ieder geval dezelfde bescherming moet bieden als artikel 8 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM over dit artikel.¹⁸ Verdergaande bescherming is toegestaan, maar het HvJ sluit wat betreft het communicatiegeheim nog veelal aan bij de EHRM-rechtspraak.¹⁹ Dit alles maakt echter niet dat het Handvest geen bespreking behoeft. Er zijn namelijk enkele arresten waarin het HvJ tot nadere concretisering komt die nieuw zijn ten opzichte van het EVRM en die van invloed zijn op de manier waarop het Nederlandse communicatiegeheim moet worden beschermd (zie bijvoorbeeld de *Digital Rights Ireland*- en *Tele2*-jurisprudentie).²⁰ Daarom is ervoor gekozen om in dit artikel te onderzoeken of de beoogde wijziging van artikel 13 Grondwet van toegevoegde waarde is op de bescherming die geboden wordt door het EVRM en het Handvest.

¹⁶ Zie art. 4 lid 2 VEU.

¹⁷ Zie art. 51 lid 1 Handvest, zoals uitgelegd in HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*).

¹⁸ Zie art. 52 lid 3 Handvest en de toelichting bij dit artikel. Zie ook de toelichting bij art. 7 Handvest.

¹⁹ Zie hierna in paragraaf 6.3.3. en 6.4.3.

²⁰ HvJ 8 april 2014, ECLI:EU:2014:238, C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*).

Een andere opmerking betreft de vraag waarom de specifiekere bescherming van het communicatiegeheim per se *in de Grondwet* moet worden opgenomen. De Europese regelingen eisen immers slechts dat de grondrechten nationaal gewaarborgd worden. Dat hoeft niet in een Grondwet. Daarbij kent de Nederlandse Grondwet een sober karakter.²¹ De regering heeft, gelet daarop, betoogd dat alleen zaken in de Grondwet moeten worden opgenomen die een voldoende constitutionele rijpheid vertonen, bijvoorbeeld doordat zij voortvloeien uit ontwikkelingen die reeds in bestaande regelgeving zijn bevestigd.²² Het zou daarom logischer kunnen lijken om op de Nederlandse rechtsorde toegespitste waarborgen (eerst) te codificeren in formele wetgeving. Tegelijkertijd geldt dat de Grondwet niet alleen een institutioneel-organisatorische functie heeft, wat betekent dat de Grondwet vooral een juridisch instrument is om de verhoudingen tussen de staatsinstellingen en de samenleving te regelen en de kaders van rechtsvorming vast te leggen.²³ De Grondwet heeft daarnaast een democratische legitimatiefunctie, een juridisch-normatieve waarborgfunctie en een maatschappelijke functie.²⁴ De legitimatiefunctie drukt uit dat normen in de Grondwet kunnen rekenen op goedkeuring van een groot gedeelte van de Nederlandse bevolking.²⁵ De waarborgfunctie betekent dat de Grondwet waarborgen voor de burger tegen de macht van de overheid moet vastleggen.²⁶ De maatschappelijke functie houdt tenslotte in dat de Grondwet als bindende en symbolisch-inspirerende factor in de samenleving kan fungeren door als bron van gedeelde normen en waarden te dienen.²⁷ De Grondwet kan deze functies vervullen doordat zij veel moeilijker te wijzigen is dan gewone wetten. Voor een grondwetswijziging geldt namelijk de eis van twee lezingen met tussentijdse verkiezingen, waarbij in de laatste lezing zelfs een gekwalificeerde meerderheidseis geldt.²⁸ Codificatie in de Grondwet weerspiegelt dan ook de importantie en democratische legitimatie van bepaalde normen en maakt extra zichtbaar dat de overheid zich aan deze normen moet houden. De laatste jaren is er specifiek een roep om versteviging van de waarborg- en maatschappelijke functie van de Grondwet.²⁹ Hiervoor is het nodig dat belangrijke normen en waarden in de Grondwet worden gecodificeerd. Een toekomstbestendig communicatiegeheim betreft zo'n wezenlijke norm. Borging van dit recht mag dus niet alleen aan de gewone wetgever worden overgelaten.

21 Kabinetsreactie Rapport Staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 2; Barkhuysen e.a. 2009, p. 18; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 22.

22 Kabinetsreactie Rapport Staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 4. De regering sluit met deze opvatting aan bij het gedachtegoed van Struycken in Struycken 1912.

23 Barkhuysen e.a. 2009, p. 18; Zie ook Kabinetsreactie Rapport Staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 2; Aanbevelingen Nationale Conventie 2006, p. 42; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 21-22.

24 Kabinetsreactie Rapport Staatscommissie Grondwet, 24 oktober 2011, *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 3; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 23; Barkhuysen e.a. 2009, p. 17-24 en Oomen 2009, p. 64-66. Wat in deze bijdrage de maatschappelijke functie wordt genoemd, omvat een combinatie van de door Oomen onderscheiden juridisch-normatieve functie en de symbolisch-inspirerende functie.

25 Gerards 2012b, conclusie. Vgl. Gerards 2010b, p. 796-798.

26 Oomen 2009, p. 64; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 23.

27 Barkhuysen e.a. 2009, p. 105; Oomen 2009, p. 65-66.

28 Art. 137 Grondwet.

29 Aanbevelingen Nationale Conventie 2006, p. 42; Barkhuysen e.a. 2009, p. 18-19; Oomen 2009, p. 55-56. Burgers zien deze functies zelfs als de belangrijkste functies van de Grondwet; zie Oomen 2009, p. 75.

6.2 VERKLARINGSWET TOT WIJZIGING VAN ARTIKEL 13 GRONDWET

6.2.1 Achtergrond

Het huidige artikel 13 Grondwet beschermt de communicatie per brief, telefoon en telegraaf en heeft sinds 1983 een plek in de Grondwet. Tot dat moment was alleen het briefgeheim beschermd.³⁰ In de jaren tussen 1983 en de indiening van de voorliggende wijziging zijn verschillende initiatieven de revue gepasseerd om het communicatiegeheim in de Grondwet te actualiseren. Dat had als aanleiding dat al snel na 1983 sommige van de beschermde technologieën (telegraaf) in onbruik raakten en nieuwe, nog onbeschermde, technologieën in opkomst waren. Reeds in 1997 werd bijvoorbeeld internetcommunicatie beschermwaardig geacht. Ondanks verschillende pogingen, onder meer naar aanleiding van het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk uit 2000, is het echter niet gelukt om artikel 13 aan te passen.³¹ Het nu voorliggende regeringsvoorstel tot wijziging van artikel 13 van de Grondwet is een directe reactie op het rapport dat de Staatscommissie Grondwet in 2010 publiceerde.³² Deze Staatscommissie adviseerde het communicatiegeheim in de Grondwet ruimer en techniekonafhankelijk te maken.³³ Het toenmalige kabinet zag daar meerwaarde in, maar week in haar uiteindelijk ingediende wetsvoorstel evenwel af van de formulering van de Staatscommissie.³⁴

6.2.2 Formulering, doel en belang verklaringswet

In de verklaringswet wordt artikel 13 Grondwet als volgt geformuleerd:

- ‘1. Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn brief- en telecommunicatiegeheim.
2. Beperking van dit recht is mogelijk in de gevallen bij de wet bepaald met machtiging van de rechter, of, in het belang van de nationale veiligheid, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.’

De doelstelling van deze verklaringswet is om het communicatiegeheim actueel en toekomstbestendig te maken, vooral door artikel 13 techniekonafhankelijk te formuleren. Het rechtens te beschermen belang dat hiermee wordt gediend is

30 Smits 2015, p. 260; Koops 2014, p. 2-3.

31 In 1997 diende de regering een wijzigingsvoorstel in dat ook elektronische communicatie zou beschermen (*Kamerstukken II*, 1996/97, 25443, nrs 1-3). Dat voorstel is ingetrokken na kritiek van de Eerste Kamer (*Kamerstukken II* 1998/99, 25443, nr. 40a). Daarop kwam de commissie GDT in 2000 met een voorstel om artikel 13 te vernieuwen. Dat voorstel werd overgenomen in een wijzigingsvoorstel dat de regering in 2001 naar de Raad van State stuurde (Voorstel van wet, bijlage bij Brief van de Minister van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties aan de Koningin, 29 oktober 2004, Kenmerk 0000018194, p. 5, 10). Na hevige kritiek van deze adviesinstantie is in 2004 besloten dit voorstel niet in te dienen (Advies Raad van State 24 januari 2002, bijgevoegd bij brief van de Minister aan de Koningin d.d. 29 oktober 2004, kenmerk 0000018194). Zie ook Koops 2014, p. 3-5.

32 Zie de memorie van toelichting bij het wijzigingsvoorstel van artikel 13 Grondwet: *Kamerstukken II* 2013/14, 33989, nr. 3, p. 2 (Hierna: MvT).

33 Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 86.

34 Kabinetsreactie, p. 10.

volgens de memorie van toelichting de mogelijkheid om vertrouwelijk te kunnen communiceren (privécommunicatie).³⁵ Artikel 13 blijft in deze gemoderniseerde vorm, net als de artikelen 11 (lichamelijke integriteit) en 12 (huisrecht) Grondwet, een *lex specialis* van het algemene recht op persoonlijke levenssfeer uit artikel 10 Grondwet.³⁶ Het beschermingsniveau van artikel 13 Grondwet is echter hoger dan het beschermingsniveau van deze artikelen. Het communicatiegeheim kan namelijk alleen door de formele wetgever worden beperkt en in beginsel is hiervoor een rechterlijke machtiging noodzakelijk. De artikelen 10, 11 en 12 Grondwet kunnen ook *krachtens* de formele wetgever worden beperkt en bevatten geen machtigingseis. Het hogere beschermingsniveau van artikel 13 Grondwet wordt volgens de regering gerechtvaardigd doordat het communicatiegeheim een ‘kwetsbaarheid’ bevat die deze andere privacyrechten ontberen. Inbreuken op het communicatiegeheim bevatten namelijk altijd een heimelijk aspect, nu deze inbreuken vrijwel altijd plaatsvinden zonder dat de verzender of ontvanger hiervan kennisneemt en er bij inbreuken op het communicatiegeheim altijd een derde is betrokken.³⁷

6.3 REIKWIJDTE

6.3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht of de verklaringwet wat betreft reikwijdte meerwaarde biedt ten opzichte van het EVRM en het Handvest. Daartoe wordt bekeken of de reikwijdte van het nieuwe artikel groter is dan de reikwijdte van het communicatiegeheim in de Europese regelingen. Na een korte algemene bespreking van de verschillende bepalingen wordt specifiek ingegaan op de vraag of live-communicatie, openbare communicatie, opgeslagen gegevens en verkeersgegevens vallen onder de reikwijdte van het nieuwe artikel 13 Grondwet en de Europese regelingen. Daarna worden deze regelingen vergeleken en komt aan de orde in hoeverre het nieuwe artikel 13 Grondwet een grotere reikwijdte heeft dan de Europese regelingen.

6.3.2 Artikel 13 Grondwet

6.3.2.1 Algemeen

Het voorgestelde artikel 13 Grondwet beschermt het brief- en telecommunicatiegeheim. Volgens de regering worden met deze term alle huidige en toekomstige middelen van communicatie aangeduid en beschermd.³⁸ Telecommunicatie omvat namelijk alle elektronische communicatiemiddelen, waaronder de telefoon en telegraaf.³⁹ In concrete gevallen moet aan de hand van de volgende drie cumulatieve criteria beoordeeld worden of het brief- en telecommunicatiegeheim van toepassing is: (1) er moet sprake

³⁵ MvT, p. 6 en 8.

³⁶ MvT, p. 36.

³⁷ MvT, p. 8-9.

³⁸ MvT, p. 6 en 10.

³⁹ MvT, p. 10-11.

zijn van een communicatiemiddel, (2) er moet een ‘derde’ zijn aan wie de communicatie is toevertrouwd en (3) de communicatie moet ‘gericht’ zijn.⁴⁰

Voor het eerste criterium is de aard van het communicatiemiddel niet van belang. Zolang er maar sprake is van een middel dat door een derde wordt beheerd (‘middellijke’ communicatie) is de bescherming van artikel 13 Grondwet aan de orde.⁴¹ Het live-gesprek (‘onmiddellijke’ communicatie) valt daarmee buiten de reikwijdte van het grondrecht.⁴² Het tweede criterium verfijnt dit nog door te vereisen dat er sprake is van een tussenpersoon tussen verzender en ontvanger. Deze ‘derde’ omvat in ieder geval aanbieders van publieke communicatiediensten, maar ook aanbieders van niet-openbare netwerken, zoals bedrijfsnetwerken, of private aanbieders van communicatiediensten.⁴³ Belangrijk om op te merken is dat het hierbij steeds gaat om verticale werking. *De overheid* mag bij al deze derden geen inzage vorderen in de communicatiegegevens die door hen worden getransporteerd. Er is dus geen sprake van horizontale werking, nu anderen wel inzage in de communicatie kunnen vorderen. Werkgevers zijn bijvoorbeeld onder bepaalde voorwaarden gemachtigd om inzage in de communicatie van bedrijfsnetwerken te vragen.⁴⁴ Als laatste geldt volgens het derde criterium de bescherming van artikel 13 Grondwet pas als er één of meer afzonderlijk te onderscheiden ontvangers zijn op het moment van verzending.⁴⁵ Het maakt daarbij niet uit om hoeveel ontvangers het gaat, zolang zij maar individueel herleidbaar zijn.⁴⁶ Ook hoeven zowel de ontvangers als verzenders niet per se natuurlijke personen te zijn. Dit kunnen organisaties, bedrijven en apparaten zijn. Het is niet nodig dat de ontvanger een andere persoon of entiteit is dan de verzender.⁴⁷

6.3.2.2 *Live-communicatie*

Hiervoor is genoemd dat het live-gesprek (onmiddellijke communicatie) buiten de reikwijdte van het nieuwe artikel 13 valt.⁴⁸ Dat betekent dat artikel 13 wel van toepassing is als er een telefoongesprek wordt afgetapt, maar niet als ditzelfde telefoongesprek wordt afgeluisterd door een mens of met behulp van een richtmicrofoon.⁴⁹ Dit af luisteren wordt wel, maar minder zwaar beschermd door de artikelen 10 (als het gaat om een gesprek in de openbare ruimte) of 12 Grondwet (als het gaat om een gesprek binnen de muren van een woning). Rechtvaardiging voor de mindere bescherming van het live-gesprek is dat hierbij het heimelijke aspect ontbreekt dat de communicatie via middelen nu juist zo kwetsbaar maakt. Bij middellijke communicatie moet de feitelijke beschikkingsmacht namelijk uit handen worden gegeven aan een derde, terwijl deze

40 MvT, p. 12.

41 MvT, p. 12-13.

42 MvT, p. 13.

43 MvT, p. 13.

44 MvT, p. 13-14.

45 MvT, p. 15-16.

46 MvT, p. 16. Ontvangers zijn te herleiden door bijvoorbeeld een postadres, een telefoonnummer of een IP-adres.

47 MvT, p. 16.

48 MvT, p. 13.

49 Roorda 2017, p. 218-219.

bij onmiddellijke communicatie in handen blijft van de communicatiedeelnemers.⁵⁰ Natuurlijk is het live-gesprek ook gevoelig voor heimelijke observatie, maar hiertegen kan men zich nog enigszins wapenen, bijvoorbeeld door op gedempte toon te praten, de radio aan te zetten of de gordijnen dicht te doen. Dat is bij middellijke communicatie niet het geval.⁵¹

6.3.2.3 *Openbare communicatie*

Met het gerichtheids criterium wordt onderscheid gemaakt tussen privécommunicatie en openbare communicatie. Zou gerichtheid niet als voorwaarde worden gesteld, dan zou het toepassingsbereik van artikel 13 Grondwet ook vormen van openbare communicatie beschermen, zoals een radio-of televisie-uitzending.⁵² Openbare communicatie wordt echter al specifiek beschermd door de vrijheid van meningsuiting (artikel 7 Grondwet) en valt daarom niet onder de reikwijdte van het nieuwe artikel 13 Grondwet. Het beschermen van openbare communicatie dient namelijk niet het belang van artikel 13 Grondwet (het beschermen van de vertrouwelijkheid die komt kijken bij privécommunicatie), maar dient juist om boodschappen in de openbaarheid te kunnen brengen.⁵³

6.3.2.4 *Opgeslagen gegevens*

Het nieuwe artikel zal volgens de memorie van toelichting niet alleen de transportfase van communicatie beschermen, maar ook de opslag van gegevens *zolang die (ook) door een derde wordt beheerd*.⁵⁴ Dat betekent dat geopende mails, op een server opgeslagen Facebookcommunicatie of gegevens die zijn opgeslagen in een 'cloud' (*Dropbox, Google Docs*) zijn beschermd.⁵⁵ Bij opslag door een derde speelt immers ook het belang om bescherming te bieden tegen de kwetsbaarheid van heimelijke inzage, omdat de verzender en ontvanger de feitelijke beschikkingsmacht deels overdragen.⁵⁶ Echter, de bescherming van artikel 13 Grondwet verdwijnt op het moment dat de derde geen beschikkingsmacht meer heeft over de opgeslagen gegevens.

6.3.2.5 *Verkeersgegevens*

De verklaringswet maakt een onderscheid tussen communicatiegegevens die de inhoud van de communicatie betreffen en verkeersgegevens. Inhoudsgegevens gaan puur over

50 MvT, p. 15.

51 Koops 2014, p. 14.

52 MvT, p. 17.

53 MvT, p. 15-16. Het verschil tussen besloten en openbare communicatie kan erg klein zijn en kan ongemerkt intreden: iemand die met interactieve televisie eerst live een televisie-uitzending volgt, maar vervolgens de uitzending stilt om deze vijf minuten later weer te vervolgen, gaat van openbare naar besloten communicatie en valt van bescherming onder art. 7 Grondwet in de bescherming van art. 13 Grondwet. Vgl. Roorda 2017, p. 220.

54 MvT, p. 10. Het gaat zowel om voorafgaande en tussentijdse opslag als opslag nadat transport heeft plaatsgevonden, zie MvT, p. 14-15.

55 MvT, p. 14. Smits 2015, p. 264.

56 MvT, p. 14.

de inhoud van communicatie. Voor deze gegevens is de verzender verantwoordelijk.⁵⁷ Bij verkeersgegevens gaat het om gegevens die betrekking hebben op de overdracht of opslag van communicatie en die inzicht kunnen bieden in communicatiepatronen. Het gaat bijvoorbeeld om gegevens die informatie geven over het tijdstip, de duur, en de adressering van berichten.⁵⁸ Voor deze gegevens is de transporteur van de communicatie verantwoordelijk.⁵⁹ Van oudsher worden verkeersgegevens niet onder artikel 13 Grondwet begrepen.⁶⁰ In de voorliggende verklaringwet is dat ten dele gewijzigd, vanuit de gedachte dat het in de digitale wereld steeds moeilijker is een scherp onderscheid te maken tussen verkeersgegevens en inhoudsgegevens.⁶¹ Daarom worden verkeersgegevens die ook de inhoud van communicatie betreffen, zoals de onderwerpregel van een e-mail of een sms-bericht, beschermd door het nieuwe artikel 13 Grondwet.⁶² Verkeersgegevens die geen betrekking hebben op de inhoud vallen evenwel buiten de reikwijdte en worden beschermd door artikel 10 Grondwet.⁶³ Het zou volgens de regering praktisch onwerkbaar worden als ook bij inzage in deze verkeersgegevens telkens om een machtiging bij de rechter moet worden gevraagd.⁶⁴

6.3.3 Europese regelingen (8 EVRM en 7 Handvest)

6.3.3.1 Algemeen

Het brief- en telecommunicatiegeheim wordt in het EVRM beschermd door artikel 8 en in het Handvest door artikel 7. Deze artikelen verschillen in hun bewoordingen ('correspondentie' vs. 'communicatie'), maar zijn qua reikwijdte nagenoeg hetzelfde.⁶⁵ Artikel 7 Handvest correspondeert namelijk met artikel 8 van het EVRM en biedt daarom in ieder geval dezelfde bescherming als artikel 8 EVRM.⁶⁶ In het hiernavolgende zal derhalve voornamelijk worden ingegaan op de reikwijdte van artikel 8 EVRM, maar waar relevant komt aan bod wat de jurisprudentie van het HvJ hieraan toevoegt.⁶⁷

Artikel 8 EVRM kent een brede formulering en biedt, behalve aan correspondentie, ook bescherming aan het privéleven, het familie- en gezinsleven en de woning. Wat betreft het recht op correspondentie worden in het artikel geen specifieke communicatievormen onderscheiden. Deze vormen moeten worden afgeleid uit de jurisprudentie. De brede formulering van artikel 8 EVRM laat daarbij toe dat het EHRM bij communicatiezaken

57 MvT, p. 19-20; Koops & Smits 2014, p. 92.

58 MvT, p. 17; Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 89.

59 MvT, p. 19-20; Koops en Smits 2014, p. 92.

60 Advies Raad van State wijziging artikel 13 Grondwet, p. 8. Zie bijv. huidig art. 13 Grondwet en Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 89.

61 MvT, p. 20; Zie ook Koops & Smits 2014, p. 3-4 en Smits 2015, p. 262.

62 MvT, p. 18-19; Een sms-bericht is als geheel een verkeersgegeven omdat het via het kanaal wordt verstuurd dat gebruikt wordt om verkeersgegevens bij spraakcommunicatie te transporteren, zie Koops & Smits 2014, p. 37.

63 MvT, p. 18-19 en Nota naar aanleiding van het verslag bij het wijzigingsvoorstel van artikel 13 Grondwet, *Kamerstukken II* 2014/15. 33989, nr. 6, p. 9 (Hierna: Nota naar aanleiding van het verslag).

64 Nota naar aanleiding van het verslag, p. 9.

65 Toelichting bij art. 7 Handvest.

66 Zie art. 52 lid 3 Handvest en de toelichting bij dit artikel. Zie ook de toelichting bij art. 7 Handvest.

67 Zie voor een vergelijking tussen de reikwijdte van art. 8 EVRM en art. 7 Handvest ook Zuiderveen Borgesius & Steenbruggen 2019.

niet altijd duidelijk maakt of de gedraging valt onder het (bredere) recht op privéleven of onder het (specifiekere) recht op correspondentie, nu dit voor de uiteindelijke bescherming niet veel verschil maakt.⁶⁸ Het afluisteren van telefoongesprekken wordt bijvoorbeeld vaak onder de bescherming van beide rechten geschaard.⁶⁹ Voor vergelijking met de Nederlandse Grondwet is dit onderscheid echter van belang, omdat in de Grondwet het recht op communicatie en het recht op privéleven juist wel zijn gesplitst en in verschillende gradaties worden beschermd.

Volgens de jurisprudentie strekt het correspondentiegeheim zich allereerst uit tot brieven.⁷⁰ Deze kunnen zowel zakelijk als privé van aard zijn.⁷¹ Verder vallen telefoongesprekken onder artikel 8 EVRM.⁷² Ook hier gaat het zowel om zakelijke gesprekken (telefoongesprekken gevoerd met een zakelijk toestel of zakelijk nummer)⁷³ als gesprekken die de privésfeer betreffen.⁷⁴ Het EHRM acht de inhoud van de correspondentie niet van belang voor de toepasselijkheid van artikel 8 EVRM.⁷⁵ Daarnaast heeft het EHRM aangenomen dat moderne elektronische communicatiemiddelen zoals e-mail worden beschermd.⁷⁶ Zelfs het monitoren van internetgebruik (meekijken door de autoriteiten met websites die bezocht worden) valt onder het recht op correspondentie, hoewel hier technisch gezien niet altijd sprake hoeft te zijn van communicatie tussen een verzender en ontvanger.⁷⁷ Hoewel het niet expliciet wordt gesteld in de jurisprudentie, is het te verwachten dat ook nieuw te ontwikkelen communicatievormen onder artikel 8 EVRM komen te vallen. Het EVRM is immers een 'living instrument' dat geïnterpreteerd moet worden in het licht van 'present-day conditions'.⁷⁸ Artikel 8 EVRM kan daarmee, net als het nieuwe artikel 13 Grondwet, worden gezien als techniekneutraal.⁷⁹

Uit de recente *Big Brother Watch e.a.* -uitspraak volgt verder dat artikel 8 EVRM niet alleen bescherming biedt tegen directe interceptie van communicatiestromen, maar ook tegen het screenen of opvragen van gegevens die zijn opgeslagen bij derden en tegen het uitwisselen van communicatiegegevens met partners in het buitenland.⁸⁰ Daarbij

68 Voor alle reikwijdteaspecten gelden immers dezelfde beperkingsvoorwaarden, zie art. 8 lid 2 EVRM.

69 EHRM 6 september 1978, 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), r.o. 41; EHRM 3 april 2007, 62617/00 (*Copland t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 41; EHRM 25 juni 1997, 20605/92 (*Halford t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 44.

70 EHRM 21 februari 1975, 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*).

71 EHRM 16 december 1992, 13710/88 (*Niemietz t. Duitsland*).

72 *Klass e.a.*, r.o. 21 en 41.

73 *Halford*, r.o. 44-46; *Copland*, r.o. 41.

74 EHRM 3 oktober 1990, 12963/87 (*Margareta and Roger Andersson t. Zweden*), r.o. 72.

75 EHRM 23 november 1993, 14838/89 (*A. t. Frankrijk*), r.o. 35-37. Zie ook MvT, p. 35 en Asscher 2002, p. 136.

76 *Copland*, r.o. 41. Ook oudere elektronische communicatiemiddelen zoals telex vallen onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM, zie ECRM 27 juni 1994, 21482/93 (*Christie t. UK*) (beslissing Commissie).

77 *Copland*, r.o. 11, 41-42.

78 EHRM 25 april 1978, 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 31. Zie ook Koops 2014, p. 20 en Asscher 2002, p. 136.

79 Zie ook Hofman 1995, p. 71-72.

80 EHRM 13 september 2018, 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (*Big Brother Watch e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 270 e.v., 389 e.v., 450 e.v. Zie ten aanzien van het opvragen van gegevens die zijn opgeslagen bij derden ook EHRM 2 augustus 1984, 8691/79 (*Malone t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 84 en EHRM 8 februari 2018, 31446/12 (*Ben Faiza t. Frankrijk*), r.o. 67-68, EHRC 2018/85 (m.nt. M. Hagens). Het HvJ overwoog in *Digital Rights Ireland* (r.o. 34-35) en HvJ 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:970, C-2013/15 en C-698/15

kan van een inbreuk sprake zijn als er alleen al wetgeving bestaat op basis waarvan communicatie onderschept kan worden.⁸¹ Een klager hoeft dus niet aan te kunnen tonen dat hij feitelijk benadeeld is doordat zijn communicatie daadwerkelijk is onderschept. Het is dan wel noodzakelijk dat de klager op nationaal niveau geen rechtsmiddelen beschikbaar had waarbij de wetgeving *in abstracto* kon worden beoordeeld.⁸²

6.3.3.2 *Live-communicatie*

Uit de jurisprudentie van het EHRM kan niet worden afgeleid dat het live-gesprek onder het recht op correspondentie van artikel 8 EVRM valt.⁸³ Het EHRM heeft wel meerdere malen uitspraak gedaan over zaken waarbij met behulp van af luisterapparatuur live-gesprekken werden afgeluisterd. In deze zaken wordt ofwel een inbreuk op artikel 8 EVRM in algemene zin aangenomen,⁸⁴ ofwel dit af luisteren wordt alleen gezien als een inbreuk op het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM.⁸⁵ Uit deze jurisprudentie kan dus wel worden afgeleid dat onmiddellijke communicatie wordt beschermd door artikel 8 EVRM, maar er kan niet uit worden opgemaakt dat met ‘live’ af luisteren specifiek het recht op correspondentie wordt geschonden.

6.3.3.3 *Openbare communicatie*

Het lijkt erop dat artikel 8 EVRM, net als zijn equivalent in het nieuwe artikel 13 Grondwet, een eis van gerichtheid hanteert en dus geen betrekking heeft op openbare communicatie.⁸⁶ Hier kon onduidelijkheid over bestaan, nu het recht op correspondentie in artikel 8 EVRM niet specifiek is beperkt tot *privé*correspondentie.⁸⁷ Uit beslissingen van de voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) kan echter worden afgeleid dat communicatie wel degelijk gericht moet zijn, wil deze worden beschermd onder artikel 8 EVRM. In *X en Y t. België* schaarde de ECRM private radiocommunicatie wel onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM, maar dat gold volgens *B.C. t. Zwitserland* niet voor radiocommunicatie die werd uitgezonden op een openbare frequentie en daardoor door eenieder te beluisteren was. Aan deze openbare communicatie moest het recht op de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM) bescherming verlenen.⁸⁸

(*Tele2*), r.o. 100 ook dat toegang tot opgeslagen gegevens bij communicatiediensten een inbreuk op de artikelen 7 en 8 Handvest oplevert.

81 *Klass e.a.*, r.o. 34-36; EHRM 4 december 2015, 47143/06 (*Roman Zakharov t. Rusland*), r.o. 165, 171 en 178.

82 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 252; *Roman Zakharov*, r.o. 171. Als er wel rechtsmiddelen beschikbaar waren, zal de klager alleen bij het EHRM terecht kunnen als hij kan aantonen dat er een potentieel risico is dat zijn communicatie, door zijn persoonlijke situatie, wordt ingezien (*Roman Zakharov*, r.o. 171).

83 Koops 2014, p. 20.

84 Zie bijvoorbeeld EHRM 20 juni 2006, 20024/04 (*Elahi t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 17 en 18 en EHRM 8 maart 2011, 12739/05 (*Goronova-Karaeneva t. Bulgarije*), r.o. 37; EHRM 12 mei 2000, 35394/97 (*Kahn t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 22-28.

85 Zie bijvoorbeeld EHRM 25 september 2001, 44787/98 (*P. G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 37 en EHRM 2 juli 1997, 32540/96 (*Wood t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 30.

86 Zie ook MvT, p. 35.

87 Asscher 2002, p. 136. Zie ook Hofman 1995, p. 70-71.

88 ECRM 13 mei 1982, 8962/80 (*X en Y t. België*) (ontvankelijkheidsbeslissing); ECRM 27 februari 1995, 21353/93 (*B.C. t. Zwitserland*) (ontvankelijkheidsbeslissing).

6.3.3.4 Opgeslagen gegevens

Het recht op correspondentie onder artikel 8 EVRM beslaat niet alleen de transportfase van de communicatie, maar ook de opslag van gegevens. Dat bleek al uit de uitspraak in *Niemietz* waarin het EHRM aannam dat de bescherming van artikel 8 EVRM zich uitstrekte tot brieven die reeds zijn ontvangen en geopend door een ontvanger.⁸⁹ Hiervoor hoeft er geen sprake te zijn van een derde die de opslag beheert; ook opslag die door de gebruiker zelf wordt beheerd (in randapparatuur) is beschermd. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH*, waarin het EHRM de opslag van gegevens op computerservers beschermwaardig achtte onder het recht op correspondentie van artikel 8 EVRM.⁹⁰ Hetzelfde gold voor gegevens die waren opgeslagen op externe hard drives⁹¹ en floppy discs.⁹²

6.3.3.5 Verkeersgegevens

Verkeersgegevens vallen onder de reikwijdte van artikel 8 EVRM. In *Malone* benoemde het EHRM verkeersgegevens expliciet (in casu ging het om gegevens die de duur, tijd en gebelde nummers van telefoongesprekken betroffen) en zette deze af tegen gegevens die de inhoud van communicatie betroffen.⁹³ Het feit dat verkeersgegevens verschillen van communicatie-inhoud maakte in *Malone* evenwel niet dat verkeersgegevens niet beschermd konden worden door artikel 8 EVRM.⁹⁴ Uit dit arrest werd echter nog niet duidelijk of verkeersgegevens onder het recht op privéleven of het recht op correspondentie van artikel 8 vallen. Dat volgde in 2001 wel uit *P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*.⁹⁵ Het EHRM overwoog: 'It is not in dispute that the obtaining by the police of information relating to the numbers called on the telephone in B's flat interfered with *the private lives or correspondence* (in the sense of telephone communications) of the applicants who made use of the telephone in the flat or were telephoned from the flat.'⁹⁶ In de memorie van toelichting bij het nieuwe artikel 13 Grondwet betoogt de regering dat door het woordje 'or' in deze frase blijkt dat het EHRM in het midden laat of verkeersgegevens vallen onder het recht op privéleven of het recht op correspondentie.⁹⁷ Volgens de literatuur en volgens soft law moet 'or' hier echter worden gelezen als 'en'.⁹⁸ Verkeersgegevens vallen dan zowel onder het recht op privéleven als onder het recht op correspondentie.

Uit *P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk* blijkt verder dat het EHRM de waarborgen die vereist zijn bij inbreuken op het correspondentiegeheim laat afhangen van de ernst

⁸⁹ Zie *Niemietz* en Asscher 2002, p. 126.

⁹⁰ EHRM 16 oktober 2017, 74336/01 (*Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*), r.o. 45.

⁹¹ EHRM 27 september 2005, 50882/99 (*Petri Sallinen en anderen t. Finland*), r.o. 71.

⁹² EHRM 22 mei 2008, 65755/01 (*Iliya Stefanov t. Bulgarije*), r.o. 42.

⁹³ *Malone*, r.o. 84.

⁹⁴ *Malone*, r.o. 84.

⁹⁵ EHRM 25 september 2001, 44787/98 (*P. G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*).

⁹⁶ *Idem*, r.o. 42.

⁹⁷ MvT, p. 18.

⁹⁸ Zie bijvoorbeeld Hofman 1995, p. 149 en 462 en Dommering *NJ* 2003/670, punt 2. Zie ook de Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society, CM (2005) 56 Final 13 May 2005, paragraaf 2.

van de inbreuk, of het nu gaat om verkeersgegevens of gegevens die de inhoud van communicatie betreffen.⁹⁹ In *Big Brother Watch e.a.* heeft het EHRM daarbij expliciet erkend dat het aftappen van verkeersgegevens niet per definitie een minder ernstige inbreuk op het recht op privéleven en communicatie oplevert dan het aftappen van inhoudsgegevens.¹⁰⁰ Verkeersgegevens kunnen namelijk scherp inzicht geven in de gewoonten en contacten van een persoon.¹⁰¹ Dat is helemaal het geval als deze gegevens ongericht kunnen worden afgetapt (bulkcommunicatie), omdat dan snel patronen kunnen worden onderscheiden die een intiem inzicht geven in een persoon.¹⁰² Inzage in verkeersgegevens kan daarom tot grote inbreuken op het communicatiegeheim leiden.

Het vervagen van het onderscheid tussen verkeersgegevens en inhoudsgegevens kan ook worden gesignaleerd als gekeken wordt naar artikel 7 Handvest en de specifieke jurisprudentie van het HvJ daaromtrent. De uitspraken van het HvJ in *Digital Rights Ireland*, *Tele2* en *Ministerio Fiscal* zijn hiervoor relevant. *Digital Rights Ireland* en *Tele2* hadden beide betrekking op de Dataretentierichtlijn.¹⁰³ Deze richtlijn legde aan aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten en -netwerken de plicht op om alle verkeersgegevens van hun gebruikers te bewaren in een periode van zes maanden tot twee jaar. Het Hof maakte in deze arresten weliswaar een theoretisch onderscheid tussen verkeersgegevens en inhoudsgegevens, maar gaf ook aan dat verkeersgegevens tot zeer gedetailleerde informatie kunnen leiden betreffende iemands privéleven.¹⁰⁴ Daarom zou inzage in en bewaring van deze gegevens altijd zorgen voor een potentieel zeer ernstige inbreuk op het recht op communicatiegeheim van artikel 7 Handvest,¹⁰⁵ ook al wordt niet geraakt aan de inhoud van communicatie.¹⁰⁶ Tot eenzelfde conclusie kwam het Hof in de zaak *Ministerio Fiscal*.¹⁰⁷ In deze zaak behandelde het HvJ de vraag wanneer de Spaanse autoriteiten inzage in bepaalde verkeersgegevens mogen vorderen bij aanbieders van elektronische communicatiediensten. Het HvJ merkte op dat het vorderen van inzage in verkeersgegevens sowieso een inbreuk oplevert op de artikelen 7 en 8 Handvest, ook al bevatten de gegevens die worden gevorderd geen gevoelige informatie en is er geen ernstig nadeel voor de betrokkene.¹⁰⁸ Deze inbreuk kan gerechtvaardigd zijn, maar dan moet de inbreuk wel proportioneel zijn.¹⁰⁹ De ernst van de inbreuk bepaalt daarbij de zwaarte van de proportionaliteitstoets.¹¹⁰

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het HvJ, net als het EHRM, niet zozeer een onderscheid tussen verkeers- en inhoudsgegevens centraal stelt, als wel de ernst van de inbreuk als criterium hanteert voor de toepasselijkheid van het communicatiegeheim. Zowel inzage in verkeersgegevens als inzage in inhoudsgegevens kan daarmee een

99 P. G. en J.H., r.o. 13; Asscher 2002, p. 136; Dommering NJ 2003/670, punt 2.

100 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 356.

101 *Idem*, r.o. 353.

102 *Idem*, r.o. 356.

103 Richtlijn 2006/24/EG.

104 *Digital Rights Ireland*, r.o. 27; Zie ook *Tele2*, r.o. 99.

105 *Digital Rights Ireland*, r.o. 29 en 34.

106 *Digital Rights Ireland*, r.o. 39. Zie ook *Tele2*, r.o. 100.

107 HvJ 2 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:788, C-207/16 (*Ministerio Fiscal*).

108 *Ministerio Fiscal*, r.o. 51.

109 *Idem*, r.o. 55.

110 *Idem*, r.o. 56-57.

inbreuk op het recht op communicatiegeheim opleveren, waarbij het niveau van bescherming afhangt van de vraag in hoeverre uit de gevorderde gegevens informatie over iemands privéleven kan worden gehaald. Hoe meer informatie uit deze gegevens kan worden afgeleid, hoe groter de inbreuk zal zijn als deze gegevens worden ingezien. Dat zal resulteren in zwaardere beschermingseisen, welke hierna in de paragraaf over beperkingsmogelijkheden aan de orde komen.¹¹¹

6.3.4 Toegevoegde waarde van het nieuwe artikel 13 Grondwet?

Uit het voorgaande volgt dat niet geconcludeerd kan worden dat het nieuwe artikel 13 Grondwet qua reikwijdte toegevoegde waarde biedt ten opzichte van het EVRM en het Handvest. Het nieuwe artikel 13 sluit zelfs niet op alle punten aan bij de reikwijdte van de Europese regelingen. De reikwijdte van het correspondentiegeheim onder artikel 8 EVRM (en 7 Handvest) is immers groter dan de reikwijdte van artikel 13 Grondwet. Verkeersgegevens die niet de inhoud betreffen en opgeslagen gegevens die niet beheerd worden door een derde, worden wel beschermd door het recht op correspondentie van 8 EVRM, maar niet door het nieuwe communicatiegeheim in de Grondwet. Het is niet zeker of dat ook geldt voor het onderscheppen van live-communicatie, nu uit de jurisprudentie van het EHRM niet kan worden afgeleid dat deze ‘onmiddellijke’ communicatie specifiek beschermd wordt door het recht op correspondentie in artikel 8 EVRM. Alleen wat betreft openbare communicatie is er sprake van aansluiting van het nieuwe artikel bij het EVRM. Zowel artikel 13 Grondwet als artikel 8 EVRM beschermen alleen gerichte communicatie. Openbare communicatie valt bij beide regimes onder de vrijheid van meningsuiting.

Meer aansluiting bij de Europese regelingen had gevonden kunnen worden door de reikwijdte van het nieuwe artikel 13 Grondwet zodanig op te rekken dat de bescherming van deze bepaling ook opgeslagen gegevens (niet door een derde beheerd) en verkeersgegevens (niet de inhoud betreffend) zou omvatten. Door daarnaast ook live-communicatie expliciet onder artikel 13 Grondwet te beschermen zou zelfs toegevoegde waarde ten aanzien van het EVRM bewerkstelligd kunnen worden.¹¹² Het beschermen van deze elementen sluit aan bij de holistische benadering van artikel 8 EVRM, dat in ieder geval interceptie van of inzage in verkeersgegevens, inhoudsgegevens en gegevens die op een extern medium zijn opgeslagen beschermt en beoordeelt aan de hand van dezelfde beperkingscriteria uit het tweede lid van dit artikel. De zwaarte van de toets op basis van deze criteria verschilt naar gelang de ernst van de inbreuk. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de manier waarop het EHRM (en het HvJ) met verkeersgegevens omgaat (omgaan). Hoe ernstiger de inbreuk (op zowel inhoudsgegevens als verkeersgegevens), hoe zwaarder

111 Zie paragraaf 6.4.3. Dit kan ook worden afgeleid uit EHRM 2 september 2010, 35623/05 (*Uzun t. Duitsland*), r.o. 66 en 79 en *Ben Faiza*, r.o. 58, waarin het Hof oordeelt dat – in het kader van de rechtvaardiging van beperkingen op het recht op privacy – minder zware eisen worden gesteld aan het voorzienbaarheidsvereiste en het proportionaliteitsvereiste als er sprake is van een minder ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer dan als er sprake is van een zware inbreuk op dat recht. Zie ook Hagens 2018 *EHRC* 2018/85.

112 De beperking van het nieuwe art. 13 Grondwet tot niet-openbare communicatie dient daarentegen niet opperekt te worden, aangezien dat tot lastige afbakeningsproblemen met de vrijheid van meningsuiting (art.7 Grondwet) zal leiden en art. 8 EVRM ook slechts niet-openbare communicatie beschermt.

de toets. Het beschermingsniveau van het recht op communicatie in het EVRM is dus opgesplitst in niveaus, alleen wordt dit niveau niet, zoals in de Grondwet, bepaald door het type communicatiegegevens (voor inhoudsgegevens geldt het zware regime van artikel 13 Grondwet, voor verkeersgegevens geldt het minder zware niveau van artikel 10 Grondwet) of het moment van de inbreuk (tijdens de communicatie geldt het zware beschermingsregime van artikel 13 Grondwet, voor en na de communicatie geldt het minder zware regime van artikel 10 Grondwet), maar door de ernst van de inbreuk. Om beter aan te sluiten bij het EVRM zouden daarom inhoudsgegevens, verkeersgegevens, opgeslagen gegevens en live-communicatie binnen artikel 13 Grondwet moeten vallen en onderworpen moeten worden aan gelijke beperkingscriteria.¹¹³ De zwaarte van de toets op basis van deze criteria zal dan moeten variëren naar gelang de ernst van de inbreuk en niet, zoals nu het geval is, moeten samenhangen met een bepaald reikwijdteaspect. Daarmee wordt bedoeld dat bijvoorbeeld verkeersgegevens of opgeslagen gegevens niet per definitie minder zwaar worden beschermd dan inhoudsgegevens respectievelijk niet opgeslagen gegevens. Het beschermingsniveau moet daarentegen afhangen van de mate waarop de interceptie van de gegevens inbreuk maakt op het privéleven van betrokkenen.

Met een herziening van artikel 13 Grondwet zoals hiervoor besproken wordt niet alleen goed aangesloten bij de manier waarop de Europese hoven met de reikwijdte van het communicatiegeheim omgaan. Ook kan zo, daar waar het moet, gepaste bescherming geboden worden, juist ook aan die elementen die nu door artikel 13 Grondwet worden uitgesloten. Inbreuken die opgeslagen gegevens, live-communicatie en verkeersgegevens betreffen, kunnen namelijk even grote gevolgen hebben als inbreuken op communicatie die wel door artikel 13 Grondwet worden beschermd (zo niet grotere gevolgen). In het voorgaande is dat al even aangestipt voor wat betreft verkeersgegevens. De overheid kan veel te weten komen over het privéleven van individuen als een grote hoeveelheid verkeersgegevens over langere tijdsperiode beschikbaar is en met technieken als datamining en profilering wordt gecombineerd met gegevens die de overheid heeft uit andere (openbare) bronnen.¹¹⁴ Inzage in verkeersgegevens moet daarom bij voorbaat strikt worden beschermd. Ook inbreuken die onmiddellijke communicatie of opgeslagen gegevens betreffen, kunnen grote gevolgen hebben. De overheid heeft bevoegdheden om apparaten zoals pc's en smartphones binnen te dringen (hacken) en hierop malware te installeren die de ruimte waarin het apparaat zich bevindt af te luisteren of te observeren.¹¹⁵ Hetzelfde geldt voor gegevens opgeslagen in randapparatuur: de overheid kan deze gegevens doorzoeken door middels hacktechnieken spionagesoftware te installeren en de opgeslagen gegevens te bekijken.¹¹⁶ Inbreuken die hierdoor ontstaan worden niet beschermd door artikel 13 Grondwet, omdat er geen sprake is van een communicatiemiddel of omdat er geen derde in het spel is. Er is echter wel, net als het

113 Zie paragraaf 6.4.4. over de beperkingscriteria die worden voorgesteld om de rechtvaardigingstoets meer in lijn te laten zijn met de toets van de Europese regelingen.

114 Dit wordt niet alleen betoogd door het EHRM in *Big Brother Watch e.a.*, (r.o. 353 en 356) en het HvJ in *Digital Rights Ireland* (r.o. 39), maar ook door Advies Raad van State wijziging artikel 13 Grondwet, p. 9 en Rapport commissie-Dessens 2013, p. 83-84. Ook in de literatuur wordt dit naar voren gebracht, zie bijv. Steenbruggen 2009, p. 351; Koops 2014, p. 23-24; Dommering NJ 2003/670, punt 2.

115 Art. 45 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017).

116 Reactie CBP 2013, p. 11-12; Roorda 2017, p. 219; Smits 2015, p. 264.

geval is bij communicatie die wel binnen artikel 13 Grondwet valt, sprake van heimelijke inmenging in de privésfeer zonder dat de verzender of ontvanger zich hiertegen kan wapenen. Dat kan tot grote kwetsbaarheid van betrokkenen leiden en moet goed worden beschermd. Afwezigheid van dergelijke bescherming kan ertoe leiden dat mensen helemaal niet meer durven communiceren (chilling effect) en dat moet worden voorkomen.¹¹⁷ De regeling die in deze paragraaf is voorgesteld kan daartoe garanties bieden.

6.4 BEPERKINGSMOGELIJKHEDEN

6.4.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag of de verklaringswet tot wijziging van artikel 13 Grondwet wat betreft beperkingsmogelijkheden toegevoegde waarde kan bieden op de artikelen 8 EVRM en 7 Handvest. Daartoe wordt onderzocht onder welke voorwaarden het nieuwe artikel 13 Grondwet inbreuken op het communicatiegeheim toelaat en in hoeverre deze voorwaarden soepeler of strenger zijn dan de beperkingscriteria die gelden voor de Europese bepalingen. Om deze vergelijking te kunnen maken wordt eerst ingegaan op het beperkingsregime onder het nieuwe artikel 13 Grondwet. Daarna worden de beperkingsmogelijkheden van de Europese regelingen onder de loep genomen. Ten aanzien van zowel het Nederlandse regime als het Europese regime wordt de bespreking opgesplitst in een procedurele component en een materiële component. Voor de procedurele component wordt ingegaan op de procedurele/competentievooraanwaarden die gesteld worden bij beperkingen. Een belangrijke vraag die hierbij aan de orde komt, is welke instantie toestemming geeft voor beperkingen en welke instantie hierop toezicht houdt. Verder wordt het vereiste van een notificatieplicht besproken. Voor de materiële component wordt ingegaan op de inhoudelijke eisen waaraan moet zijn voldaan wil er sprake zijn van een gerechtvaardigde inbreuk. Aan de orde komt de betekenis van het begrip 'nationale veiligheid', evenals de betekenis van de toetsing aan de vereisten proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid.

6.4.2 Artikel 13 Grondwet

6.4.2.1 Algemeen

Hoofddregel in de verklaringswet tot wijziging van artikel 13 Grondwet is dat een inbreuk op het communicatiegeheim gerechtvaardigd is als de rechter hiervoor een voorafgaande machtiging heeft afgegeven en de inbreuk is voorzien bij wet. Alleen in het belang van de nationale veiligheid kan machtiging ook worden verleend door 'hen die daartoe bij wet zijn aangewezen'.¹¹⁸ In dit beperkingsregime is het beschermingsniveau voor alle communicatiemiddelen even hoog.¹¹⁹ Dat is in het huidige artikel 13

117 Advies Raad van State 24 januari 2002, bijgevoegd bij Brief van de Minister van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties aan de Koningin 29 oktober 2004, kenmerk 0000018194, p. 5; *Digital Rights Ireland*, r.o. 28. Zie over chilling effects ook Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 128-130.

118 MvT, p. 10.

119 MvT, p. 11 en 23.

Grondwet niet het geval. Daar zijn toegestane beperkingen niet doelgebonden, maar middelgebonden, in die zin dat het briefgeheim zwaarder wordt beschermd dan het telefoon- en telegraafgeheim doordat alleen daarbij specifiek een rechterlijke machtiging is vereist.¹²⁰ De verklaringswet zorgt daarmee enerzijds voor een verlaging van het beschermingsniveau van het communicatiegeheim, omdat de bijzondere bescherming van het briefgeheim wegvalt. Anderzijds vindt er een verhoging van de bescherming plaats, omdat er altijd een toestemming van de rechter nodig is op het moment dat de nationale veiligheid niet in het geding is.¹²¹

6.4.2.2 Procedureel: toezichtinstantie

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat het communicatiegeheim alleen mag worden beperkt als dit nodig is ter voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten of ter bescherming van de nationale veiligheid.¹²² Beperkingen in het kader van strafbare feiten vergen altijd een voorafgaande rechterlijke toestemming. Inbreuken in het kader van de nationale veiligheid kunnen daarentegen ook plaatsvinden met goedkeuring van anderen die ‘daartoe bij wet zijn aangewezen’. Dat zullen in principe één of meer ministers zijn, al is dat niet in de verklaringswet vastgelegd.¹²³ Reden voor deze weglating is volgens de regering dat ook als de nationale veiligheid in het geding is, er ruimte moet blijven voor een voorafgaande toets door een onafhankelijke instantie.¹²⁴ In de veelbesproken EHRM-uitspraak *Telegraaf Media e.a.* is namelijk vastgesteld dat als de communicatie van journalisten wordt onderschept in het belang van de nationale veiligheid, het EHRM een machtiging van een minister niet voldoende acht.¹²⁵ De Nederlandse rechter heeft in zijn uitspraak van 1 juli 2015 geoordeeld dat hetzelfde geldt voor het onderscheppen van communicatie van advocaten. Ook dan is een voorafgaande toets door een onafhankelijke instantie (en dus niet van een minister) noodzakelijk.¹²⁶

De regering acht de gekozen regeling wenselijk, omdat daarmee als hoofdregel wordt vastgehouden aan de voorafgaande rechterlijke machtiging. Niet alleen sluit dat aan bij de jurisprudentie van het EHRM (zie nader paragraaf 6.4.3. van dit artikel),¹²⁷ maar ook zou het voorafgaand vragen van toestemming aan een onafhankelijke rechter een natuurlijke drempel opwerpen om lichtvaardig te besluiten tot inbreuken op het communicatiegeheim.¹²⁸ Bij inbreuken in het belang van de nationale veiligheid verdient volgens de regering echter een ministeriële toets de voorkeur.¹²⁹ Reden hiervoor is blijkens de memorie van toelichting dat de bevoegdheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten gepaard gaan met politiek-bestuurlijke afwegingen die niet goed door een rechter kunnen worden gemaakt. Een minister heeft meer specifieke kennis

120 MvT, p. 10 en 23.

121 MvT, p. 10; Dommering 2013, p. 383-384.

122 MvT, p. 22.

123 MvT, p. 27.

124 MvT, p. 26-27.

125 EHRM 22 november 2012, 39315/06 (*Telegraaf Media e.a. t. Nederland*), r.o. 98-102. Zie ook Dommering 2013, p. 384 en zijn verwijzing in voetnoot 19.

126 Rb. Den Haag, 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436.

127 MvT, p. 24.

128 MvT, p. 25.

129 MvT, p. 27.

hieromtrent en kan risico's beter inschatten dan de rechter.¹³⁰ Dat geldt met name voor de bevoegdheidsuitoefening van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in het buitenland.¹³¹ Een andere reden om in het belang van de nationale veiligheid geen rechterlijke machtiging te eisen, ligt volgens de regering in het feit dat een rechterlijke machtiging in de praktijk moeilijk te organiseren is vanwege geheimhoudingsregelingen die bij de rechtbank getroffen moeten worden. Ook zou dit een stelselwijziging vereisen van het huidige toezicht.¹³²

6.4.2.3 *Procedureel: notificatieplicht*

De notificatieplicht houdt in dat degene wiens communicatiegeheim wordt geschonden daarvan op de hoogte wordt gebracht.¹³³ Hoewel de regering zich ervan bewust is dat een dergelijke notificatieplicht van belang kan zijn voor de rechtsbescherming van de burger (een burger moet immers eerst weten dat zijn grondrechten geschonden zijn voor hij hiertegen rechtsmiddelen kan aanwenden), acht zij het niet noodzakelijk dit in de Grondwet te verankeren.¹³⁴ Dat strookt niet alleen niet met het sobere karakter van de Grondwet,¹³⁵ maar codificatie op grondwettelijk niveau zou ook niet passend zijn omdat een notificatie niet altijd nodig of wenselijk is. Per situatie kan de afweging tussen noodzakelijke heimelijkheid en effectieve rechtsbescherming namelijk anders uitpakken.¹³⁶ Het is volgens de regering dan ook passender om de regulering van deze plicht aan de gewone wetgever over te laten.¹³⁷

6.4.2.4 *Materieel: begrip nationale veiligheid*

Uit de toelichting volgt dat het communicatiegeheim alleen mag worden beperkt als dit dient ter voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten of ter bescherming van de nationale veiligheid.¹³⁸ Slechts het doelcriterium nationale veiligheid wordt ook expliciet genoemd in het grondwetsartikel zelf. Dit begrip is niet nader geconcretiseerd. De regering ziet hier geen noodzaak toe, omdat dit begrip ingevuld zal worden aan de hand van de door het EHRM gegeven interpretatie.¹³⁹ Uit de EVRM-jurisprudentie zouden voldoende duidelijke handvatten voor de uitleg blijken, ook al heeft het EHRM zich slechts casuïstisch uitgelaten over de betekenis van dit begrip.¹⁴⁰ Wel merkt de regering als nadere concretisering op dat in ieder geval alle werkzaamheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten binnen het begrip nationale veiligheid vallen.¹⁴¹

130 MvT, p. 27; Nota naar aanleiding van het verslag, p. 14.

131 Het doen van onderzoek naar andere landen in het kader van de Nederlandse nationale veiligheid is specifiek als taak opgedragen aan de diensten, zie artt. 8 en 10 Wiv 2017.

132 Reactie CRM, p. 5 en Nota naar aanleiding van het verslag, p. 12.

133 Rapport commissie GDT 2000, p. 157; Koops 2014, p. 17 en 18.

134 MvT, p. 24; Nota naar aanleiding van het verslag, p. 10-11.

135 MvT, p. 24.

136 MvT, p. 24; Nota naar aanleiding van het verslag, p. 10-11.

137 Nota naar aanleiding van het verslag, p. 10-11. (Summiere) notificatieplichten zijn nu onder meer vastgelegd in artt. 59 lid 1 Wiv 2017 en 126bb WvSv.

138 MvT, p. 22.

139 MvT, p. 30-31; Nota naar aanleiding van het verslag, p. 13 en 16.

140 MvT, p. 30-31; Nota naar aanleiding van het verslag, p. 16; Rapport commissie GDT 2000, p. 165. Zie ook paragraaf 6.4.3. van deze bijdrage voor de EHRM-invulling van dit begrip.

141 MvT, p. 31.

Ook wordt benoemd dat er overlap kan zijn tussen de nationale veiligheid en andere doelcriteria, zoals de openbare veiligheid. Het bestrijden van terrorisme behelst bijvoorbeeld zowel het beschermen van de nationale veiligheid als het voorkomen van strafbare feiten.¹⁴² Onduidelijk blijft daarbij welk toetsingsregime geldt als sprake is van dergelijke overlap. Geldt hier het ‘gewone’ vereiste van een rechterlijke toets (omdat het gaat om bestrijding van strafbare feiten), of neemt het regime van de nationale veiligheid de overhand en is machtiging van een andere instantie voldoende?

6.4.2.5 *Materieel: toetsingscriteria (proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid)*

In het nieuwe grondwetsartikel is geen materieel toetsingskader opgenomen op basis waarvan getoetst moet worden of beperkingen gerechtvaardigd zijn.¹⁴³ Volgens de regering staat het vast dat inbreuken, in navolging van het EVRM, altijd getoetst moeten worden aan proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid, en hoeft dit niet te worden gecodificeerd in artikel 13 van de Grondwet.¹⁴⁴ Niet alleen zou zo’n codificatie tegen de beperkingssystematiek van de Grondwet ingaan, maar ook volgen deze criteria al uit het EVRM (waaraan de rechter ook altijd moet toetsen) en zijn deze criteria voldoende opgenomen in de uitvoerende wetgeving.¹⁴⁵ Ten aanzien van het laatste wordt verwezen naar de Wiv en het Wetboek van Strafvordering (WvSv). Uit de Nota naar aanleiding van het verslag volgt verder dat inbreuken die de nationale veiligheid betreffen niet alleen aan een rechtmatigheidstoets, maar ook aan een politieke doelmatigheidsafweging moeten worden onderworpen. Dat geldt te meer als er meerdere dreigingen zijn en er slechts een beperkte onderzoekscapaciteit beschikbaar is, en als de taken van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten niet dreiginggerelateerd zijn, maar belangengerelateerd.¹⁴⁶

6.4.3 Europese regelingen (8 EVRM en 7 Handvest)

6.4.3.1 *Algemeen*

Het is niet gemakkelijk om uit artikel 8 EVRM duidelijke algemene principes of minimumvereisten af te leiden waaraan moet zijn voldaan wil er sprake zijn van een gerechtvaardigde inbreuk op het recht op het correspondentiegeheim. Dat heeft ermee te maken dat er veel verschillende maatregelen zijn die dit recht kunnen beperken en het EHRM altijd per geval en met een holistische blik beoordeelt of er sprake is van een gerechtvaardigde inbreuk.¹⁴⁷ Voor elke concrete zaak apart beziet het EHRM dan het gehele pakket aan maatregelen in samenhang.¹⁴⁸ Het kan zo voorkomen dat een gebrek dat in de ene zaak leidt tot constatering van een schending van artikel 8 EVRM, in een

142 MvT, p. 30-31; Nota naar aanleiding van nader verslag Wiv 2002 (*Kamerstukken II 2000/01*, 25877, nr. 14), p. 17.

143 MvT, p. 31.

144 MvT, p. 25-26 en 31; Nota naar aanleiding van het verslag, p. 14 en 16.

145 MvT, p. 25-26 en 31.

146 Nota naar aanleiding van het verslag, p. 14.

147 Guide Article 8 ECHR 2017, p. 69-70. Zie ook paragraaf 6.3.4. van dit artikel.

148 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 303; *Loof e.a.* 2015, p. 8.

andere zaak gecompenseerd wordt door andere factoren.¹⁴⁹ Het is daardoor vaak niet duidelijk hoeveel gewicht aan een bepaald afzonderlijk element wordt toegekend. Toch zijn er wel enkele algemene regels die uit artikel 8 EVRM en de jurisprudentie van het EVRM kunnen worden afgeleid.

Een inbreuk op het recht op correspondentie is gerechtvaardigd als aan de volgende voorwaarden is voldaan: de inbreuk moet een legitiem doel dienen, de inbreuk moet in overeenstemming zijn met de wet en de inbreuk moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.¹⁵⁰ De legitieme doelen die worden onderscheiden zijn limitatief opgesomd in artikel 8, tweede lid, EVRM. Van 'overeenstemming met de wet' is sprake als er een grondslag in het nationale recht is die toegankelijk en voorzienbaar is, wat betekent dat de betrokkene de consequenties van toepassing van de wettelijke regel moet kunnen overzien.¹⁵¹ Bij de uitleg van de eis van 'voorzienbaarheid' moet in de context van interceptie van communicatie wel rekening worden gehouden met het feit dat dergelijke interceptie vaak vertrouwelijk moet blijven. De betrokkenen zouden anders namelijk hun gedrag kunnen afstemmen op hun kennis van de interceptie en dat zou het onderscheppen van communicatie niet meer effectief maken.¹⁵² Zeker nu de techniek waarmee communicatie kan worden onderschept steeds geavanceerder wordt, acht het EHRM het niettemin van groot belang dat er duidelijke en gedetailleerde regels zijn die burgers een adequate indicatie geven van de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder de autoriteiten gerechtigd zijn hun bevoegdheden uit te oefenen. Deze regels moeten zodanig precies zijn dat individuen voldoende beschermd worden tegen arbitraire machtsuitoefening.¹⁵³ In jurisprudentie heeft het EHRM zes minimumvereisten ontwikkeld waaraan moet zijn voldaan om dit machtsmisbruik te voorkomen: (1) in de wet moeten de misdrijven omschreven zijn waarbij interceptie kan plaatsvinden; (2) in de wet moet een definitie worden gegeven van de categorie personen waarvan de communicatie kan worden afgetapt; (3) in de wet moet een beperking van de tijdsduur zijn vastgelegd waarbij interceptie kan plaatsvinden; (4) de wet moet een procedure vastleggen voor de inzage, verwerking en opslag van verzamelde gegevens; (5) in de wet moet worden opgenomen welke voorzorgsmaatregelen moeten worden genomen als verzamelde gegevens worden doorgegeven aan derden; (6) de wet moet regelen onder welke omstandigheden gegevens mogen of moeten worden vernietigd.¹⁵⁴

149 Dit is goed zichtbaar in de zaken EHRM 28 juni 2007, 62540 (*Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzchiev t. Bulgarije*), EHRM 18 mei 2010, 26839/05 (*Kennedy t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 19 juni 2018, 35252/08 (*Centrum för Rättvisa t. Zweden*). In *Association* leverde de afwezigheid van de notificatieplicht wel een schending op van art. 8 EVRM, maar in *Kennedy* en *Centrum för Rättvisa* werd deze afwezigheid gecompenseerd door de aanwezigheid van effectieve rechtsmiddelen (*Association*, r.o. 90-91, *Kennedy*, r.o. 167 en *Centrum för Rättvisa*, r.o. 167-178). Zie ook Loof e.a. 2015, p. 16 en Gerards 2019b, p. 170.

150 Art. 8 lid 2 EVRM; *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 304; *Roman Zakharov*, r.o. 227; *Kennedy*, r.o. 130.

151 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 305; *Roman Zakharov*, r.o. 228; *Kennedy*, r.o. 151.

152 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 306; *Roman Zakharov*, r.o. 229; EHRM 29 juni 2006, 54934/00 (*Weber en Saravia t. Duitsland*) (ontvankelijkheidsbeslissing), r.o. 93; Zie ook Eskens 2015, p. 129.

153 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 306; *Roman Zakharov* r.o. 229-230; *Weber en Saravia*, r.o. 93-94.

154 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 307; EHRM 12 januari 2016, 37138/14 (*Szabó en Vissy t. Hongarije*), r.o. 56; EHRM 24 april 1990, 11105/84 (*Huvig t. Frankrijk*), r.o. 34.

Deze minimumvereisten zijn ontwikkeld in het kader van zaken waarbij het af luisteren van *gerichte* communicatie centraal stond.¹⁵⁵ In *Weber* (impliciet), *Liberty* en *Big Brother Watch e.a.* (expliciet) heeft het EHRM deze minimumvoorwaarden ook van toepassing geacht op ongerichte interceptie (bulkinterceptie).¹⁵⁶ Van belang is verder dat deze zes minimumvereisten zijn ontwikkeld in zaken waarbij bevoegdheden werden ingezet om *criminaliteit* te bestrijden.¹⁵⁷ In *Roman Zakharov* heeft het EHRM echter uitgemaakt dat de minimumvoorwaarden ook gelden als het communicatiegeheim wordt ingeperkt om de *nationale veiligheid* te beschermen.¹⁵⁸ Het Hof heeft daaraan dan wel nog een aantal extra factoren toegevoegd. Bij nationale veiligheid dient ook aandacht te worden besteed aan de manier waarop toezicht op de uitvoering van de interceptiebevoegdheden geregeld is, aan de manier waarop notificatiemechanismen geregeld zijn en aan de middelen die open staan om tegen de inbreuk in beroep te gaan.¹⁵⁹ Deze drie aspecten heeft het Hof niet aangemerkt als minimumvereisten, maar als de nationale veiligheid aan de orde is, loopt het EHRM ze wel steeds na.¹⁶⁰

In principe laat het EHRM aan staten een ruime vrijheid (*margin of appreciation*) om de noodzakelijkheid te beoordelen van de maatregelen die zij nemen om de nationale veiligheid te beschermen. Er moet echter wel altijd voorzien zijn in adequate en effectieve garanties tegen machtsmisbruik.¹⁶¹ Of daaraan is voldaan, laat het EHRM afhangen van de aanwezigheid en invulling van de eerdergenoemde voorwaarden.¹⁶² In jurisprudentie van het EHRM worden daarom het voorzienbaarheidsvereiste en het noodzakelijkheidsvereiste ('noodzakelijk in een democratische samenleving) ofwel gezamenlijk geadresseerd,¹⁶³ ofwel worden alle voorwaarden onder één van beide vereisten nagelopen.¹⁶⁴

Uit de jurisprudentie van het EHRM waarin bovengenoemde beperkingsvoorwaarden en minimumvoorwaarden worden toegepast kunnen enkele specifieke uitgangspunten worden gedestilleerd die voor de beoordeling van het nieuwe artikel 13 Grondwet relevant zijn. Deze uitgangspunten worden hieronder besproken, waarbij – waar relevant – ook jurisprudentie van het HvJ wordt meegenomen.

6.4.3.2 Procedureel: toezichtinstantie

Voor de vraag of toezicht conform EVRM-standaarden geregeld is, beoordeelt het EHRM de systematiek van toezicht als geheel. Daarbij kijkt het naar autorisatie voorafgaand

155 *Huvig*, r.o. 34; *Klass e.a.*, r.o. 50.

156 *Weber en Saravia*, r.o. 95-100; EHRM 1 juli 2008, 58243/00 (*Liberty e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 63; *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 315-316.

157 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 307. In *Klass e.a.* (r.o. 50) zijn deze minimumvereisten voor het eerst genoemd.

158 *Roman Zakharov*, r.o. 231 en 238.

159 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 307; *Roman Zakharov*, r.o. 238.

160 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 320 en 324.

161 *Idem*, r.o. 314-315.

162 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 322; *Roman Zakharov*, r.o. 236; *Kennedy*, r.o. 155.

163 *Idem*.

164 Zie bijvoorbeeld EHRM 4 december 2008, 30562/04 en 30566/04 (*S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 99, waarin het EHRM expliciet aangaf de vereisten te beoordelen in het kader van het noodzakelijkheids criterium. Zie Gerards 2019b, p. 172.

aan de inzet van bevoegdheden, algemeen rechtmatigheidstoezicht op de uitoefening van bevoegdheden en de manier waarop wordt omgegaan met de klachtbehandeling van individuele personen.¹⁶⁵

Wat betreft voorafgaande autorisatie (*ex-antetoezicht*) is van belang dat er sprake is van een autorisatieprocedure die ervoor zorgt dat 'secret surveillance is not ordered haphazardly, irregularly or without due and proper consideration'.¹⁶⁶ Toestemming door *een rechter* wordt daarbij wenselijk geacht,¹⁶⁷ maar is op zichzelf geen noodzakelijke voorwaarde om te voldoen aan artikel 8 lid 2 EVRM.¹⁶⁸ Niet-rechterlijke instanties kunnen evengoed toestemming geven, maar dan moet wel per geval beoordeeld worden of sprake is van voldoende onafhankelijkheid van de autoriteit die de bevoegdheden uitoefent.¹⁶⁹

Voorafgaande autorisatie (door een rechter of andere onafhankelijke instantie) alleen is niet genoeg. Er moet ook gecontroleerd worden of bij de uitoefening van de bevoegdheden wel binnen de grenzen van de toestemming wordt gebleven.¹⁷⁰ Naast voorafgaande autorisatie moet er daarom ook onafhankelijk toezicht zijn op de uitvoering van de bevoegdheden (*ex-posttoezicht*). Dit toezicht kan bestaan uit individuele klachtprocedures waarin de uitoefening van bevoegdheden ter discussie wordt gesteld, maar moet ook algemeen rechtmatigheidstoezicht op de uitoefening van bevoegdheden omvatten. Individuele klachten zijn namelijk niet altijd mogelijk, omdat slachtoffers niet altijd op de hoogte zijn van inbreuken op hun communicatiegeheim.¹⁷¹ Algemeen rechtmatigheidstoezicht is dan noodzakelijk, omdat het anders onmogelijk is voor betrokkenen om een effectief rechtsmiddel aan te wenden.¹⁷² Het kunnen aanwenden van een effectief rechtsmiddel tegen een schending van een EVRM-recht is een eis die voortvloeit uit artikel 13 EVRM en die het EHRM ook heeft ingelezen in artikel 8 EVRM.¹⁷³

Het EHRM heeft erkend dat de afwezigheid van of een gebrek in het *ex-antetoezicht* kan worden gecompenseerd zolang het *ex-posttoezicht* op de uitvoering van de bevoegdheden omvangrijke waarborgen biedt die voldoende tegenwicht bieden aan het gebrek in de voorafgaande fase.¹⁷⁴ Hiervoor is in ieder geval van belang dat er een externe toezichtautoriteit bestaat die onafhankelijk is van de autoriteiten die de bevoegdheden uitvoeren. Ook hiervoor geldt dat toetsing door een rechter wenselijk wordt geacht, maar

165 *Kennedy*, r.o. 153; *Weber en Saravia*, r.o. 106; *Klass e.a.*, r.o. 50.

166 *Roman Zakharov*, r.o. 257.

167 Omdat bij toestemming door een rechter al zeker is dat is voldaan aan dit onafhankelijkheidsvereiste, zie *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 309; *Roman Zakharov*, r.o. 233; *Klass e.a.*, r.o. 55-56.

168 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 320; *Roman Zakharov*, r.o. 258; *Klass e.a.* r.o. 56.

169 *Roman Zakharov*, r.o. 258.

170 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 318-320. In *Roman Zakharov en Association*, bijvoorbeeld, kwam het EHRM ondanks voorafgaande rechterlijke autorisatie tot een schending van art. 8 EVRM.

171 Loof e.a. 2015, p. 15.

172 *Idem*, p. 15.

173 Onder meer in EHRM 28 januari 2014, 14876/12 en 63339/12 (*I.R. en G.T. t. VK*), r.o. 62 heeft het EHRM overwogen dat de waarborgen die volgen uit art. 8 EVRM consistent moeten zijn met de waarborgen die volgen uit art. 13 EVRM. Zie ook Loof e.a. 2015, p. 16.

174 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 318; *Centrum för Rättvisa*, r.o. 133; *Roman Zakharov*, r.o. 258 en 271; *Szabó en Vissy*, r.o. 77.

niet noodzakelijk is.¹⁷⁵ Het is verder van belang dat de toetsingsautoriteit voldoende bevoegdheden heeft om effectieve controle te kunnen uitoefenen.¹⁷⁶ Daarvoor moet de autoriteit in ieder geval toegang hebben tot alle relevante documenten (inclusief geheime documenten), de mogelijkheid hebben om bij inbreuken de uitoefening van bevoegdheden stop te zetten, de mogelijkheid hebben zijn activiteiten aan het publiek te openbaren, en in praktijk effectief zijn.¹⁷⁷ Alleen voor de toepassing van bevoegdheden jegens journalisten waarbij het recht op journalistieke bronbescherming in het geding kan komen, heeft het EHRM bepaald dat altijd vooraf toestemming door een onafhankelijke instantie moet worden gegeven. De afwezigheid van *ex-antetoetsing* kan dan niet worden gecompenseerd door extensief toezicht *ex post*.¹⁷⁸

Ook het HvJ heeft in zijn jurisprudentie enige overwegingen gewijd aan de vereisten die gelden voor het toezicht bij inbreuken op het communicatiegeheim. In de zaken *Digital Rights Ireland* en *Tele2* ging het HvJ in op de vraag welke waarborgen er moeten gelden als nationale autoriteiten verkeersgegevens opvragen bij serviceproviders. Voor wat betreft toetsing overwoog het Hof expliciet dat er *altijd* sprake moet zijn van een voorafgaande toets door een onafhankelijke instantie.¹⁷⁹ Of dat alleen geldt voor het opvragen van gegevens bij derden, of ook voor andere inbreuken op het communicatiegeheim (bijvoorbeeld als autoriteiten zelf gegevens onderscheppen) valt uit deze jurisprudentie niet af te leiden. In lijn met de zaak *Ministerio Fiscal* is het echter waarschijnlijk dat het HvJ dit criterium niet hanteert langs de scheidingslijnen van deze verschillende inbreuken, maar een en ander laat afhangen van de vraag hoe ernstig de inbreuk het recht op privéleven schendt. Het EHRM is daar iets duidelijker in. In *Big Brother Watch e.a.* overwoog het dat zowel voor het zelf onderscheppen van communicatiegegevens als wat betreft het ontvangen van communicatiegegevens van buitenlandse diensten dezelfde minimumvereisten moesten worden afgelopen.¹⁸⁰ Blijkbaar leveren interceptie van communicatiegegevens en het ontvangen van communicatiegegevens altijd een inbreuk van vergelijkbare ernst op. Het EHRM stelt immers de ernst van de inbreuk centraal om te beoordelen welke beschermingsvereisten moeten gelden.¹⁸¹ Aangenomen kan worden dat het EHRM ook ten aanzien van het opvragen van gegevens bij derden de ernst van de inbreuk als leidraad zal nemen: als de opgevraagde gegevens van serviceproviders een ernstige inbreuk maken op privacy van individuen, dan dienen vergelijkbare eisen te worden gesteld als de minimumvereisten.¹⁸²

6.4.3.3 Procedureel: notificatieplicht

Het EHRM erkent dat het niet in alle gevallen mogelijk is om meteen na de uitoefening van bevoegdheden tot kennisgeving aan betrokkenen over te gaan. Dat kan de uitoefening

175 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 319; *Centrum för Rättvisa*, r.o. 154; *Roman Zakharov*, r.o. 275; *Klass e.a.*, r.o. 46.

176 *Roman Zakharov*, r.o. 275 en 281; *Klass e.a.* r.o. 46.

177 *Centrum för Rättvisa*, r.o. 155; *Roman Zakharov*, r.o. 281-284.

178 *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V.*, r.o. 98-101.

179 *Digital Rights Ireland*, r.o. 62; *Tele2*, r.o. 120.

180 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 422-424.

181 Zie paragraaf 6.3.3. en 6.3.4 van dit artikel.

182 Zie ook *Uzun, Ben Faiza* en Hagens 2018 EHRC 2018/85, punten 3 en 6.

van de bevoegdheden minder effectief maken.¹⁸³ In het algemeen hanteert het EHRM daarom de regel dat op het moment dat notificatie mogelijk is zonder dat het doel van de bevoegdheden in gevaar komt, hieraan uitvoering moet worden gegeven.¹⁸⁴ Volledige afwezigheid van een notificatieplicht kan in overeenstemming zijn met het EVRM, maar dan moet kennisgeving een gevaar opleveren voor de effectiviteit van het onderzoek en er moet compensatie worden geboden in de vorm van effectieve rechtsmiddelen. Dat betekent dat betrokkenen toegang moeten hebben tot rechtsmiddelen die niet vereisen dat kennis is gegeven van de inzet van bevoegdheden jegens hen.¹⁸⁵ De vraag of er een verplichting is tot het hanteren van een notificatieplicht komt zo samen te hangen met de vraag welke rechtsmiddelen ter beschikking staan.¹⁸⁶ In *Kennedy*, bijvoorbeeld, leidde de algehele afwezigheid van een notificatieplicht niet tot schending van het EVRM, omdat iedereen die vermoedde dat zijn communicatie werd afgeluisterd de mogelijkheid had een klacht in te dienen bij een onafhankelijk gerecht dat effectieve bevoegdheden had om schendingen aan het licht te brengen en te beëindigen. Verzoekers hoefden geen bewijs aan te tonen dat hun communicatie ook daadwerkelijk was onderschept en hadden zodoende toegang tot een effectief rechtsmiddel.¹⁸⁷

Het voorgaande komt overeen met het uitgangspunt dat het HvJ hieromtrent lijkt te hebben. In de *Tele2*-zaak heeft het HvJ namelijk overwogen dat als autoriteiten communicatiegegevens op willen vragen bij serviceproviders, de betrokken personen in principe op de hoogte dienen te worden gesteld van de jegens hen uitgeoefende bevoegdheden.¹⁸⁸ Dat is noodzakelijk om hen in staat te stellen gebruik te maken van het recht van beroep. Alleen als notificatie de door de autoriteiten gevoerde onderzoeken in gevaar brengt, kan dit achterwege blijven.¹⁸⁹

6.4.3.4 Materieel: nationale veiligheid

Het beschermen van de nationale veiligheid is een van de doelen met het oog waarop artikel 8 EVRM beperkt kan worden. Het EHRM heeft zich nooit in abstracto uitgelaten over de vereisten waaraan moet zijn voldaan wil een handeling vallen binnen het gebied van de nationale veiligheid. Dat heeft ermee te maken dat inbreuken die de nationale veiligheid bedreigen vele vormen kunnen aannemen en daarom moeilijk van tevoren vastomlijnd kunnen worden bepaald.¹⁹⁰ Het begrip is slechts in concreto toegepast in de jurisprudentie van het EHRM. Uit deze rechtspraak volgt onder meer dat tot het begrip nationale veiligheid worden gerekend: het schenden van staatsgeheimen en militaire geheimen, het oproepen tot geweld, het verrichten van terroristische activiteiten en de verspreiding en publicatie van opruiende geschriften die de staatsveiligheidsdienst van

183 *Centrum för Rättvisa*, r.o. 64; *Roman Zakharov*, r.o. 287; *Weber en Saravia*, r.o. 135; *Klass e.a.*, r.o. 58.

184 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 317; *Centrum för Rättvisa*, r.o. 164; *Roman Zakharov*, r.o. 287; *Klass*, r.o. 58.

185 *Centrum för Rättvisa*, r.o. 167; *Roman Zakharov*, r.o. 291 en 298, *Kennedy*, r.o. 167; *Association*, r.o. 90-91.

186 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 310; *Roman Zakharov*, r.o. 234; *Weber en Saravia*, r.o. 135; *Klass e.a.*, r.o. 57.

187 *Kennedy*, r.o. 167. De afwezigheid van een notificatieplicht leverde wel een schending van het EVRM op in *Association* wegens een gebrek aan effectieve rechtsmiddelen (r.o. 90-91).

188 *Tele2*, r.o. 121.

189 *Idem*, r.o. 121.

190 *Kennedy*, r.o. 159; EHRM 20 Juni 2002, 50963/99 (*Al-Nashif t. Bulgaria*), r.o. 121; Rapport commissie GDT 2000, p. 165.

een land kunnen schaden.¹⁹¹ Het EHRM laat aan staten een grote mate van vrijheid om te beoordelen of de nationale veiligheid in het geding is.¹⁹²

6.4.3.5 Materieel: toetsingscriteria (*proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid*)

In het voorgaande is aan de orde gekomen dat toetsing door *een rechter* geen noodzakelijke voorwaarde is voor overeenstemming met artikel 8 lid 2 EVRM. Het is echter ook geen voldoende voorwaarde.¹⁹³ In het kader van het vereiste dat een beperking ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ moet zijn, heeft het EHRM namelijk aangetekend dat de onafhankelijke toetsingsautoriteit – zowel als deze voorafgaand toetst, maar helemaal als deze *ex post* toetst – moet beoordelen of de uitoefening van de bevoegdheden voldoet aan de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid.¹⁹⁴ Afstempelen, dat wil zeggen alleen beoordelen of aan alle formele criteria is voldaan, is dus niet voldoende: er moet een inhoudelijke rechtmatigheidstoets plaatsvinden.¹⁹⁵ In het kader van de toetsing van de proportionaliteit van beperkingen voert het Hof bovendien een geschiktheidstoets uit. Het gaat daarbij om de vraag of de bevoegdheid die het communicatiegeheim inperkt een effectief en bruikbaar middel is om het doel te bereiken. Het gaat dus niet om het maken van een politieke doelmatigheidsafweging.¹⁹⁶

Het vereiste van expliciete toetsing van proportionaliteit en noodzakelijkheid komt ook terug in de jurisprudentie van het HvJ. Zo overwoog het Hof in *Digital Rights Ireland* en *Tele2* dat regelingen die een algemene en ongedifferentieerde bewaarplicht van communicatiegegevens aan serviceproviders opleggen in strijd zijn met de artikelen 7, 8 en 52 lid 1 Handvest, omdat zulke regelingen zich niet beperken tot het stikt noodzakelijke.¹⁹⁷ Er moet op zijn minst aan de hand van objectieve criteria worden gedifferentieerd naar de personen ten aanzien van wie gegevens mogen worden opgevraagd en naar de misdrijven die ernstig genoeg zijn om dit opvragen te rechtvaardigen.¹⁹⁸ Verder moet er een verplichting bestaan gegevens te vernietigen na de bewaartermijn en moeten gegevens op EU-grondgebied worden bewaard.¹⁹⁹ Als laatste is pas aan het noodzakelijkheids- en proportionaliteitscriterium voldaan als er sprake is van een notificatieregeling en als het opvragen van gegevens is onderworpen aan een voorafgaande toets door een onafhankelijke instantie.²⁰⁰

191 Rapport ECHR National security case law 2013, p. 4-14.

192 Eskens 2015, p. 129.

193 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 320; *Klass e.a.*, r.o. 56.

194 *Roman Zakharov*, r.o. 260; 272-285. Zie ook *Association*, r.o. 79-80; en *Klass e.a.*, r.o. 51 en Loof e.a. 2015, p. 14-15.

195 Van Eijk & Eijkman 2018, p. 105.

196 *Big Brother Watch e.a.*, r.o. 384-386; *Roman Zakharov*, r.o. 260. Wat betreft het nieuwe art. 13 Grondwet acht de regering, als bevoegdheden worden ingezet om de nationale veiligheid te beschermen, daarentegen juist wel een politieke belangenafweging op zijn plaats, zie paragraaf 6.4.2.

197 *Digital Rights Ireland*, r.o. 69; *Tele2*, r.o. 107 en 112.

198 *Digital Rights Ireland*, r.o. 56-62; *Tele2*, r.o. 118-119.

199 *Digital Rights Ireland*, r.o. 66-68; *Tele2*, r.o. 122.

200 *Tele2*, r.o. 120-121.

6.4.4 Toegevoegde waarde van het nieuwe artikel 13 Grondwet?

Wat betreft de hierboven besproken aspecten zal het nieuwe artikel in de Grondwet niet zorgen voor toegevoegde waarde van de Grondwet op de Europese regelingen. Ten aanzien van deze aspecten is namelijk alleen voor de inhoud van het begrip nationale veiligheid sprake van expliciete aansluiting bij het EVRM en het Handvest. Dit geldt echter niet voor de andere besproken aspecten, namelijk toezichtinstantie, notificatieplicht en materiële toetsingscriteria. Deze aspecten worden niet opgenomen in de Grondwet, maar overgelaten aan de formele wetgever of überhaupt niet geregeld.

Ten aanzien van de toezichtinstantie volgt uit de jurisprudentie van het EHRM altijd het vereiste van een *ex-post*toestemming door een instantie die onafhankelijk is van de instantie die inbreuk maakt op het communicatiegeheim. Dit vereiste geldt ook als bevoegdheden worden uitgeoefend in het belang van de nationale veiligheid. De onafhankelijke instantie moet voldoende bevoegdheden hebben om effectief controle te kunnen uitoefenen. Een onafhankelijke toestemming voorafgaand aan de inbreuk is ook wenselijk, maar is volgens het EHRM alleen verplicht als inbreuk wordt gemaakt op het communicatiegeheim van journalisten. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt echter dat een voorafgaande onafhankelijke toets ook bij andere betrokkenen verplicht is als de inbreuk bestaat uit het opvragen van verkeersgegevens bij serviceproviders. Door in het nieuwe artikel 13 Grondwet geen *ex-post*toezicht vereiste op te nemen en slechts voor belangen anders dan de nationale veiligheid een voorafgaande toestemming van de rechter te eisen, sluit het wijzigingsvoorstel niet geheel aan bij de vereisten uit de Europese regelingen. Om deze aansluiting te creëren zou in ieder geval in de Grondwet het vereiste van effectief en onafhankelijk *ex-post*toezicht moeten worden opgenomen. Ook moet worden opgenomen dat een *ex-antetoestemming* door een onafhankelijke instantie altijd vereist is als het bronageheim van journalisten in het geding is of als er sprake is van een inbreuk die bestaat uit het opvragen van gegevens bij derden (dus ook als het communicatiegeheim wordt beperkt in het kader van de nationale veiligheid).²⁰¹

Hiernaast kan toegevoegde waarde ten opzichte van de Europese regelingen worden bewerkstelligd door *in nog meer gevallen* het vereiste van een voorafgaande onafhankelijke toestemming op te nemen, dus ook als het bronageheim van journalisten niet in het geding is of als er sprake is van een andere inbreuk dan het opvragen van gegevens bij derden. Ook mensen die geen journalist zijn, kunnen in hun communicatie immers uiterst gevoelige informatie overdragen, zodat zij daarom extra bescherming verdienen. Denk hierbij aan verschoningsgerechtigden als artsen en advocaten.²⁰² Voor de huidige verklaringswet zou dat betekenen dat de mogelijkheid om in het kader van de nationale veiligheid machtiging aan een niet-onafhankelijke instantie over te laten, ook voor deze betrokkenen moet verdwijnen. Het argument dat in het kader van de nationale veiligheid juist altijd toestemming door een minister wenselijk zou zijn

201 Beide vereisten zijn nu ook niet afdoende geregeld in formele wetgeving. Zo geldt er voor de Wiv-bevoegdheden nog geen bindend algemeen rechtmatigheidstoezicht (artt.112-113 Wiv 2017) en is er geen voorafgaande toets voor het opvragen van (verkeers)gegevens bij derden (art. 55 Wiv 2017).

202 Van Eijk & Eijkman 2018, p. 106-107. Andere beroepen waarvoor in de Nederlandse rechtspraak een verschoningsrecht is aangenomen zijn geestelijken en notarissen, vgl. De Bock 2011, r.o. 4.7.6.

wegens de politiek-bestuurlijke afwegingen die bij de nationale veiligheid vereist zijn, gaat daarbij niet op.²⁰³ Het EHRM en het HvJ vereisen in het kader van doelmatigheid namelijk slechts een geschiktheidstoets en geen afweging van politieke belangen. Deze geschiktheidsafweging kan in het kader van de rechtmatigheidstoets ook (of juist) door een onafhankelijke instantie als een rechter worden gemaakt.²⁰⁴

Hiervoor is verder toegelicht dat in het nieuwe artikel 13 Grondwet geen notificatieplicht is opgenomen om maatwerk te kunnen bieden door middel van wetgeving. Volgens de Europese hoven kan afwezigheid van een notificatieplicht echter alleen in uitzonderingsgevallen gerechtvaardigd zijn, en dan moeten er ook nog eens effectieve rechtsmiddelen aanwezig zijn die niet vereisen dat is genotificeerd. Om meer aan te sluiten bij het EVRM en het Handvest is het daarom wenselijk om een notificatieregeling op te nemen in het nieuwe artikel 13 Grondwet. In deze notificatieregeling moet worden benadrukt dat notificatie de regel is en uitzonderingen slechts in bij de wet omschreven gevallen zijn toegestaan en met voldoende waarborgen moeten zijn omkleed.²⁰⁵ Met zo'n regeling is er sprake van een notificatieplicht waarmee aansloten wordt bij de Europese verdragen, maar ook maatwerk kan worden geboden. Het grondwettelijk vastleggen van de notificatieplicht geeft aan deze plicht een meer robuuste positie dan bij vastlegging in formele wetgeving.²⁰⁶ Dat zorgt ervoor dat het voor de besluitvormings- en toetsingsinstanties duidelijker is dat notificeren in beginsel de regel is. Besluitvormingsinstanties zullen daardoor sneller geneigd zijn om te notificeren en toetsingsinstanties zullen zich meer gelegitimeerd voelen om streng aan de notificatieplicht (zoals vastgelegd in formele wetten) te toetsen als inbreuk wordt gemaakt op het communicatiegeheim, ook al geldt er een toetsingsverbod om wetten in formele zin aan de Grondwet te toetsen. Dat versterkt de individuele rechtsbescherming en kan zelfs leiden tot toegevoegde waarde ten opzichte van het EVRM en het Handvest als strenger (of meer concreet op de Nederlandse rechtsorde toegepast) wordt getoetst dan het EHRM en het HvJ.²⁰⁷ Tevens kan codificatie van de notificatieplicht in de Grondwet de wetgever aansporen rekening te houden met deze plicht bij het ontwerpen of aanpassen van wetgeving die inbreuk maakt op het communicatiegeheim.²⁰⁸

Wat betreft het begrip 'nationale veiligheid' wordt in de toelichting van het nieuwe artikel 13 Grondwet vastgehouden aan de invulling van dit begrip zoals het EHRM dat hanteert. Wat dit aspect betreft is er dus volledige aansluiting bij het EVRM. Evenwel zou het wenselijk zijn als de regering enkele extra handvatten geeft waaruit blijkt hoe dit begrip *in de Nederlandse context* moet worden opgevat. Dergelijke handvatten kunnen niet worden afgeleid uit de jurisprudentie van het EHRM, omdat het EHRM nooit algemene criteria heeft gegeven waarmee het begrip nationale veiligheid kan worden gedefinieerd.

203 MvT, p. 27; Nota naar aanleiding van het verslag, p. 14.

204 Vgl. ook Reactie CRM, p. 5; Reactie NJCM), p. 2.

205 Zo'n notificatieplicht kan in de vorm gegoten worden van het afwegingskader dat de Commissie GDT in 2000 voorstelde, zie Rapport commissie GDT 2000, p. 157-158.

206 In de Inleiding is naar voren gekomen dat de zware grondwettelijke wijzigingsprocedure zorgt voor deze robuuste positie. Zie artt. 59 Wv 2017 en 126bb WvSr voor (marginale) notificatieplichten op wetsniveau.

207 Van Kempen 2018, punt 5; Gerards 2013a, p. 18; Reactie CRM, p. 1-2.

208 Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4 en 9 en Leeuw 2013, p. 204 ten aanzien van de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.

De rechtsbescherming van de Nederlandse burger zou kunnen worden vergroot als in de toelichting bij de verklaringswet in tweede lezing in ieder geval enkele voorbeelden opgenomen worden van situaties waarin de nationale veiligheid binnen de Nederlandse context aan de orde is. In het verlengde hiervan zou de regering in de toelichting meer duidelijkheid kunnen geven over de vraag welk beschermingsregime van toepassing is als er sprake is van overlap tussen de nationale veiligheid en een ander doel, zoals de openbare orde. Deze verduidelijkingen in de toelichting bij het grondwetsartikel kunnen zorgen voor toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 8 EVRM, omdat zo voor de burger beter voorzienbaar wordt in welke situaties communicatiegeheim beperkende bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend. Met enkel een verwijzing naar de jurisprudentie omtrent artikel 8 EVRM is aan dit voorzienbaarheids criterium onvoldoende voldaan, omdat het EHRM veel ruimte laat aan staten om te bepalen wanneer de nationale veiligheid in het geding is. Zonder nadere precisering op nationaal niveau weten burgers met de bescherming van het EVRM onvoldoende waar zij aan toe zijn.

Als laatste is in de verklaringswet geen materieel toetsingskader opgenomen op basis waarvan beperkingen aan proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid moeten worden getoetst. Toetsing aan deze criteria wordt wel opgelegd door het EHRM en het HvJ. Volgens de regering is aan deze eis voldaan doordat deze criteria zijn vastgelegd in formele wetten. Afgezien van het feit dat dit slechts ten dele het geval is²⁰⁹ en gebleken is dat de rechter in de praktijk niet altijd toetst aan deze criteria,²¹⁰ is in de inleiding het belang van codificatie in de Grondwet zelf aan de orde gekomen. Het opnemen van deze eisen in de Grondwet zal voor de besluitvormende en toetsende instanties nog eens extra duidelijk maken aan welke normen getoetst moet worden. Dit zal niet alleen zorgen voor aansluiting bij de Europese verdragen, maar kan ook toegevoegde waarde ten opzichte van deze regelingen tot gevolg hebben. Het vastleggen van de toetsingscriteria in de Grondwet kan er namelijk – net als het geval is wat betreft de notificatieplicht – voor zorgen dat de besluitvormings- en toetsingsinstanties zich verplicht voelen om expliciet te toetsen aan de vereisten van proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid als op basis van wetten in formele zin inbreuk wordt gemaakt op het communicatiegeheim. Dat kan ertoe leiden dat jurisprudentie ontwikkeld wordt waarin deze vereisten nader (strenger) worden ingekleurd met specificaties die op de Nederlandse rechtsorde zijn toegesneden.²¹¹ Ook kan – wederom net als bij de notificatieplicht – het opnemen van deze toetsingscriteria in de Grondwet de wetgever aansporen meer aandacht te besteden aan deze criteria bij het ontwerpen van nieuwe wetgeving.

Niettegenstaande het voorgaande zal het wijzigingsvoorstel op één onderdeel voorzien in meerwaarde ten opzichte van het EVRM en het Handvest. Beperkingen van het nieuwe artikel 13 Grondwet moeten namelijk altijd in een wet in formele zin worden opgenomen (“bij de wet bepaald”). Dat geldt niet als beperkingen aan het EVRM of het

209 In de MvT wordt bijvoorbeeld verwezen naar art. 126m WvSv (opnemen communicatie) als voorbeeld van een bevoegdheid waarbij de toetsingscriteria in de wet zijn gecodificeerd. In dit artikel worden echter het proportionaliteitsvereiste en het subsidiariteitsvereiste niet duidelijk benoemd.

210 Franken 2009, punten 5 en 6; Van Kempen 2018, punt 5.

211 Van Kempen 2018, punt 5; Gerards 2013a, p. 18; Reactie CRM, p. 1-2.

Handvest worden getoetst. Daar is het ook voldoende als lagere wetgeving voorziet in de beperking, zolang deze maar toegankelijk en voorzienbaar is.²¹² Het formele wetsvereiste maakt het moeilijker om het communicatiegeheim in de Grondwet te beperken dan de equivalente rechten in de Europese regelingen. In dat opzicht is het communicatiegeheim in de Grondwet dus van meerwaarde ten opzichte van het EVRM en het Handvest.

6.5 CONCLUSIE

In deze bijdrage is onderzocht in hoeverre de verklaringswet tot wijziging van artikel 13 van de Grondwet kan zorgen voor toegevoegde waarde ten opzichte van het EVRM en Handvest door op het gebied van bescherming van het communicatiegeheim meer rechtsbescherming te bieden dan de equivalente rechten in deze Europese regelingen. Geconstateerd is dat het nieuwe artikel 13 Grondwet hier slechts door zijn formele wetsvereiste in voorziet. Wat betreft andere aspecten is er geen meerwaarde. Er is vaak zelfs niet eens aansluiting bij het EVRM en het Handvest.

Meer aansluiting had kunnen worden bewerkstelligd door de reikwijdte van het nieuwe artikel 13 Grondwet zodanig te herzien dat deze niet wordt beperkt tot communicatie via middelen die door een derde worden beheerd. Ook het live-gesprek, opgeslagen gegevens en verkeersgegevens zouden dan onder het nieuwe artikel 13 Grondwet komen te vallen. Dat sluit aan bij de holistische benadering van artikel 8 EVRM (het opnemen van het live-gesprek zou zelfs voor toegevoegde waarde ten opzichte van de Europese regelingen hebben gezorgd). Daarnaast had aansluiting kunnen worden gecreëerd door in de Grondwet het vereiste van onafhankelijk toezicht op te nemen. Het gaat dan in ieder geval om het vastleggen van generiek *ex-post*rechtmatigheidstoezicht en het – in bepaalde gevallen – vastleggen van een *ex-antetoets*. Verder kon aansluiting worden bewerkstelligd door een notificatieregeling en een materieel toetsingskader (proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid) vast te leggen in de Grondwet.

De wijziging van artikel 13 Grondwet had daarnaast kunnen zorgen voor toegevoegde waarde ten opzichte van het EVRM en het Handvest door *in meer gevallen* (bijvoorbeeld ten aanzien van bepaalde verschoningsgerechtigden) het vereiste van een voorafgaande onafhankelijke toestemming op te nemen. Dat zou betekenen dat ook in deze gevallen de mogelijkheid had moeten verdwijnen dat in het kader van de nationale veiligheid voorafgaande toetsing over wordt gelaten aan een niet-onafhankelijke instantie. Verder had het grondwettelijk vastleggen van toetsingscriteria (proportionaliteit, subsidiariteit en noodzakelijkheid) en een notificatieplicht kunnen leiden tot verhoogde rechtsbescherming ten opzichte van het EVRM en het Handvest. Het grondwettelijk vastleggen van deze aspecten kan namelijk zorgen voor een grotere legitimatie voor besluitvormings- en toetsingsinstanties om strenger en wellicht meer toegesneden op de Nederlandse rechtsorde te toetsen of beperkingen gerechtvaardigd zijn. Ook kan het opnemen van deze aspecten ertoe leiden dat de wetgever meer aandacht schenkt aan deze aspecten bij het vormgeven van nieuwe wetgeving. Nu de verklaringswet in de

212 EHRM 16 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

tweede lezing van de wijzigingsprocedure niet meer gewijzigd kan worden, is het helaas niet meer mogelijk deze toegevoegde waarde te bewerkstelligen.

Ten aanzien van het begrip 'nationale veiligheid' kan echter nog wel meerwaarde bewerkstelligd worden. In de toelichting bij de verklaringswet kunnen nog handvatten of voorbeelden worden gegeven waaruit blijkt hoe het begrip 'nationale veiligheid' *in de Nederlandse context* moet worden opgevat. Specifiek is van belang dat meer duidelijkheid wordt gegeven over de vraag welk beschermingsregime van toepassing is als er sprake is van overlap tussen handelingen die zowel inbreuk maken op de nationale veiligheid als op de openbare orde. Het verduidelijken van het begrip 'nationale veiligheid' in Nederlandse context zal ervoor zorgen dat beter voorzienbaar wordt in welke situaties communicatiegeheim beperkende bevoegdheden *in Nederland* kunnen worden uitgeoefend. Met enkel een verwijzing naar de jurisprudentie omtrent artikel 8 EVRM wordt aan dit voorzienbaarheids criterium onvoldoende voldaan. Er is nadere precisering op nationaal niveau nodig. Hoewel ook met een dergelijke verduidelijking niet meer is te voorkomen dat de wijziging van artikel 13 Grondwet de boeken in zal gaan als 'een gemiste kans' voor het bewerkstelligen van toegevoegde waarde van de Grondwet op het EVRM en het Handvest, kan hiermee nog wel enige betekenis aan de voorgestelde wijziging worden meegegeven. Daarom wordt aanbevolen bij de behandeling van de verklaringswet in de tweede lezing van deze mogelijkheid tot verduidelijking gebruik te maken.

7 Concluderende slotbeschouwing

7.1 INLEIDING

‘Een grondwet is niet geschreven om iedere vijf jaar aangepast te worden aan een of meer op zich interessante proefschriften of ambtelijke sinterklaaswensen. (...) We zijn toch geen Fransen of een bananenrepubliek?’¹ Dat stelde Kortmann, door velen gezien als een van Nederlands meest vooraanstaande staatsrechtbeoefenaren,² in 1999. In de jaren daarna bleef hij bij het standpunt dat de Grondwet geen grote wijzigingen behoeft, ook al werd steeds duidelijker dat de Grondwet uit de pas liep met technologische en maatschappelijke ontwikkelingen. Een grondwet schetst immers een ideaal en heeft een bestendig karakter. Daaraan is inherent dat zij uitgaat van bepaalde rigide concepten die niet één op één aansluiten bij de werkelijkheid.³ Met grondwetwijzigingen moet dan ook spaarzaam worden omgegaan.⁴

Fransen zijn wij zeker niet, en als bananenrepubliek zou ik het Nederlandse staatsbestel ook niet snel omschrijven. Bovendien is het inherent aan het rigide karakter van de Grondwet dat zij altijd in enige mate achterloopt bij ontwikkelingen in de samenleving. Tegelijkertijd laten de hiervoor opgenomen artikelen zien dat de grondwettelijke grondrechtenbepalingen inmiddels zodanig uit de pas lopen met juridische en maatschappelijke ontwikkelingen dat de Grondwet haar primaire juridisch-normatieve functie niet meer kan vervullen. Dat is zorgwekkend, omdat het vanwege de grote kenbaarheid en zware rechtsbescherming van de Grondwet bij uitstek van belang is dat zij deze functie kan uitoefenen. Alleen dan kan overheidsmacht toereikend worden gelegitimeerd, genormeerd en gelimiteerd, hetgeen vertrouwen in de overheid creëert en rechtvaardigt en ervoor zorgt dat individuele vrijheden en rechten worden beschermd. Precies dat is nodig in tijden waarin processen als digitalisering, internationalisering en polarisering grote uitdagingen met zich brengen. De grondrechten uit de Grondwet moeten sturend werken bij actuele vraagstukken die hieruit voortkomen, in plaats van mijnenver achter te lopen.

Hiervoor is nodig dat de grondwettelijke grondrechtenbepalingen uitgaan van concepten die niet alleen nu bruikbaar zijn, maar dat ook blijven in de toekomst. De

1 Kortmann 1999, p. 236 en 238.

2 Bovend'Eert 2016, p. 72.

3 Kortmann 2008, p. 14.

4 ‘Door herhaaldelijk gepriegel aan de Grondwet wordt zij wegwerprecht en deelt zij in de vluchtigheid van de alledaagse wetgeving’, aldus Kortmann (2008, p. 17).

omstandigheden in de Nederlandse rechtsorde veranderen immers voortdurend. De artikelen in dit proefschrift laten zien dat de grondrechtenparagraaf uit de Grondwet op dit punt momenteel tekortschiet. Bij veel bepalingen ontbreken duidelijke (materiële) beperkingscriteria, waardoor de wetgever te veel ruimte heeft om beperkingen op te leggen. Ook worden techniekafhankelijke concepten gehanteerd, en ten aanzien van bepaalde ontwikkelingen wordt zelfs volledig gezwegen. Aan de rechter en wetgever worden hierdoor maar weinig handvatten geboden om antwoorden te bieden aan de uitdagingen van deze tijd. In zaken waarin grondrechten een rol spelen wordt dan ook vaker verwezen naar de grondrechten uit het EVRM of het Handvest dan naar de grondrechten uit de Grondwet, ook als het grondwettelijk toetsingsverbod hieraan niet in de weg staat. De bepalingen uit het EVRM en het Handvest zijn namelijk beter toegesneden op de maatschappelijke en technologische veranderingen dan de Grondwet, omdat ze duidelijk en praktisch hanteerbaar zijn. Zoals in de inleiding en in verschillende artikelen nader is beschreven, bieden het EVRM en het Handvest echter slechts minimumbescherming, terwijl de Grondwet verdergaande en op de Nederlandse rechtsorde toegesneden bescherming zou kunnen bieden. Om overheidsmacht deugdelijk te kunnen legitimeren, normeren en limiteren, is het daarom zaak dat de eigen grondrechtenbepalingen uit de Grondwet normerend werken.

Centraal in dit proefschrift stond de vraag hoe de Grondwet haar juridisch-normatieve functie uitoefent en welke aanpassingen aan de in de Grondwet opgenomen grondrechtenbepalingen nodig zijn om deze functie te kunnen versterken. Deze vraag is specifiek voor drie thema's uitgewerkt in vijf wetenschappelijke artikelen. De thema's houden verband met drie ontwikkelingen die van grote invloed zijn op het recht: multi-actorialisering, proceduralisering en digitalisering. Multi-actorialisering betreft de trend dat grondrechten door steeds meer verschillende actoren kunnen worden ingeroepen. Proceduralisering gaat over de ontwikkeling dat in regelgeving en in de toets bij de rechter steeds meer nadruk wordt gelegd op goede procedurele waarborgen in plaats van op materiële normen. Digitalisering betekent onder meer dat door nieuwe technologieën informatie op grote schaal kan worden verworven, opgeslagen en verwerkt. De digitale wereld is hierdoor onlosmakelijk verbonden geraakt met de fysieke wereld en zorgt zo voor een grote invloed op de samenleving.

Elk van deze drie thema's is uitgewerkt in één of twee artikelen. De basis van elk artikel is telkens een grondrecht of een grondrechtendoctrine die in het licht van deze ontwikkelingen in beweging is. In het kader van multi-actorialisering is een artikel geschreven dat betrekking heeft op het algemene leerstuk van de personele reikwijdte van grondrechten. Met het oog op proceduralisering is ingezoomd op het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur. Tegen de achtergrond van digitalisering is ingegaan op het recht op de vrijheid van meningsuiting en het recht op communicatiegeheim. Onderzocht is niet alleen hoe deze grondrechten en doctrine in de Grondwet geregeld worden en zich daarbij verhouden tot de genoemde ontwikkelingen, maar ook in hoeverre de Grondwet aansluit bij de grondrechtenbescherming van het EVRM en het Handvest. Als de nationale situatie dat specifiek vereist, is onderzocht hoe deze bescherming de minimumbescherming van het EVRM en het Handvest kan aanvullen of nader kan concretiseren.

De bevindingen uit deze artikelen worden hierna kort op een rij gezet. Op basis van deze thematische studies worden vervolgens enkele overkoepelende conclusies getrokken over de vraag waarom aanpassingen zoals voorgesteld de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet kunnen versterken.

7.2 THEMATISCHE WEERGAVE VAN BEVINDINGEN

7.2.1 Multi-actoralisering

Op het thema multi-actoralisering is in het eerste artikel van dit proefschrift ingegaan. In dit artikel is onderzocht hoe de belangrijkste spelers op het Europese grondrechtenpodium – het EHRM en het Hof van Justitie – en de nationale rechters van vier Europese lidstaten – Nederland, Portugal, Spanje en Polen – omgaan met de personele reikwijdte van respectievelijk het EVRM, het Handvest en de nationale grondwetten van de genoemde lidstaten. De vraag stond centraal of en, zo ja, onder welke omstandigheden, rechtspersonen en overheidsorganen een beroep kunnen doen op de grondrechten uit deze grondrechtendocumenten. De conclusie die uit dit artikel kan worden getrokken is meerledig. Allereerst geldt dat zowel het EHRM als het Hof van Justitie en de meeste nationale hoven ervan uitgaan dat de grondrechten uit respectievelijk het EVRM, het Handvest en de nationale grondwetten door rechtspersonen kunnen worden ingeroepen. De reden hiervoor is niet alleen gelegen in het kunnen waarborgen van de belangen van de individuen die zij vertegenwoordigen, maar ook in het veilig kunnen stellen van hun eigen (economische of rechtstatelijke) belangen. Verder geldt dat het EHRM en, over het algemeen, de nationale hoven uitgaan van de opvatting dat overheidsorganen zich niet op grondrechten kunnen beroepen.⁵ Uitgangspunt is dat grondrechten individuen beschermen *tegen* machtsmisbruik van de overheid. Zij kunnen dan ook niet gebruikt worden als hulpmiddel *door* de overheid. Het Hof van Justitie heeft daarentegen nog geen expliciet antwoord gegeven op de vraag of overheidsorganen een beroep kunnen doen op de grondrechten uit het Handvest. Wel heeft het bevestigd dat deze entiteiten een beroep kunnen doen op de algemene beginselen van Unierecht die ten grondslag liggen aan de grondrechten in het Handvest.⁶

Uit dit artikel kunnen specifieke conclusies worden getrokken over de toepassing van het leerstuk van de personele reikwijdte op de Nederlandse Grondwet. Gebleken is dat multi-actoralisering in die zin wordt gefaciliteerd dat naast natuurlijke personen ook rechtspersonen een beroep kunnen doen op de grondrechten uit de Grondwet. Als rechtspersonen dat doen is dat vaak wel om de belangen van de individuen achter deze rechtspersonen te beschermen. De ontwikkeling dat rechtspersonen zich beroepen op grondrechten uit de Grondwet om hun eigen (economische) belangen te beschermen komt nog niet naar voren in de Nederlandse rechtspraak. Dat kan te maken hebben met het feit dat de grondrechten die geschikt zijn om ingeroepen te worden door

5 Het betreft zowel EVRM-grondrechten als Handvestrechten en nationale grondrechten. Polen vormt een uitzondering. Daar kunnen overheidsorganen zich wel beroepen op de grondrechten uit de verschillende grondrechtendocumenten.

6 HvJ 20 december 2017, C-521/15, ECLI:EU:C:2017:982 (*Spanje t. de Raad en Commissie*).

rechtspersonen voor hun eigen belangen – bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces of het recht op ondernemingsvrijheid – (nog) niet zijn opgenomen in de Grondwet. Als dat inderdaad het geval is, dan zou dit kunnen veranderen als het recht op een eerlijk proces een plaats krijgt in de Grondwet. In de memorie van toelichting bij de verklaringswet tot opneming van dit recht wordt immers gesteld dat dit recht zowel kan worden ingeroepen door natuurlijke personen als door rechtspersonen.⁷

Overheidsorganen kunnen volgens de heersende doctrine geen beroep doen op de grondrechten uit de Grondwet. Ook in de rechtspraak (door de Hoge Raad en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State) wordt daarvan uitgegaan.⁸ Niet alleen beroepen van overheden op de Grondwet, maar ook beroepen van overheidsorganen op de grondrechten uit het EVRM en het Handvest worden in principe niet gehonoreerd. Wel is gebleken dat het voor overheidsorganen mogelijk is om een beroep te doen op beginselen die ten grondslag liggen aan deze grondrechten.⁹ Hoewel de Nederlandse rechter deze analoge toepassing van grondrechten nog niet heeft toegepast op grondrechten uit de Grondwet zelf, ligt het in de lijn der verwachting dat de rechter dergelijke beroepen zal honoreren. Geconcludeerd kan daarmee worden dat overheidsorganen geen rechtstreeks beroep kunnen doen op de grondrechten uit de Grondwet, maar dat de daaraan ten grondslag liggende algemene rechtsbeginselen in bepaalde omstandigheden wel kunnen worden toegepast op overheidsorganen.

In dit artikel wordt daarmee goed zichtbaar dat het mogelijk is voor staten om eigen keuzes te maken ten aanzien van de grondrechtenbescherming op nationaal niveau en daarin zelfs extra bescherming te bieden ten opzichte van de Europese verdragen. Wat betreft de toepassing van het leerstuk van de personele reikwijdte biedt de Grondwet – vanuit het perspectief van bescherming van de individuele burger – namelijk minimaal evenveel bescherming als het EVRM, maar mogelijk meer bescherming dan het Handvest. Overheidsorganen zijn immers uitgezonderd van een rechtstreeks beroep op grondrechten uit de Grondwet (en het EVRM). Daarentegen heeft het Hof van Justitie zich daarover nog niet expliciet uitgelaten, waarmee de mogelijkheid openblijft dat overheidsorganen zich in de toekomst direct op de grondrechten uit het Handvest kunnen beroepen. Als dat gebeurt in procedures waarin wordt geprocedeerd tegen individuen, kan dat een negatieve invloed hebben op de bescherming van de burger. Waar grondrechten aanvankelijk bedoeld waren om individuen te beschermen tegen machtsmisbruik van de overheid, kunnen grondrechten dan immers *door* de overheid, en mogelijk zelfs tegen het individu worden gebruikt. Vanuit het perspectief van bescherming van het individu is het dan ook onwenselijk als overheidsorganen zich op grondrechten kunnen beroepen.

7 *Kamerstukken II*, 2015/16, 34517, no. 3, p. 11.

8 *De Rost van Tonningen-zaak* (HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0833), waarin de Hoge Raad een beroep van de Staat op artikel 7 Grondwet accepteerde, wordt dan ook gezien als een rechterlijke misstap (zie hoofdstuk 2).

9 Zo heeft de Nederlandse rechter de rechtsbeginselen achter de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest toegepast op overheidsorganen (zie hoofdstukken 2 en 3).

Vanuit het gezichtspunt van het tegengaan van machtsmisbruik is het evenwel niet onlogisch om overheidsorganen te laten delen in een bepaald niveau van grondrechtenbescherming. Ook overheden kunnen slachtoffer zijn van misbruik van bevoegdheden, bijvoorbeeld doordat zij door andere overheden worden benadeeld.¹⁰ In dat kader kan het redelijk zijn om grondrechtelijke beginselen *analoog* aan de grondwetsbepalingen toe te passen op overheidsorganen, zoals nu wordt gedaan volgens het Nederlandse grondwetsregime. De eigenlijke grondrechten en de zware bescherming die met de grondwettelijke codificatie daarvan gepaard gaat, blijven dan bewaard voor de bescherming van het individu, maar overheidsorganen kunnen zo wel delen in een bescherming die iets hoger is dan de bescherming die wordt verleend middels wetgeving die ‘gewone’ belangen beschermt. Eerder heeft Gerards al op deze mogelijkheid gewezen en gepleit voor het in het leven roepen van een tussencategorie van rechten die aan grondrechten verwant zijn. Zij krijgen net iets minder bescherming dan grondrechten, maar bieden tegelijkertijd wel meer bescherming dan ‘gewone’ rechten die geen grondrechtenbelangen beschermen.¹¹

7.2.2 Proceduralisering

De ontwikkeling van proceduralisering stond centraal in het tweede en derde artikel van dit proefschrift. Door proceduralisering is er een toegenomen nadruk op procedurele regels in wetgeving en in de toets bij de rechter ten koste van materiële normstelling. Dat heeft als gevolg dat er – in ieder geval op Europees niveau – veel aandacht is voor het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur. Deze rechten zijn (onder andere) neergelegd in de artikelen 6 EVRM (recht op een eerlijk proces), 47 Handvest (recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht) en 41 Handvest (recht op behoorlijk bestuur). Inmiddels worden deze bepalingen veelvuldig ingeroepen en toegepast door zowel de nationale als Europese rechters.¹² De toegenomen aandacht voor deze grondrechten is logisch, omdat door proceduralisering hoge(re) eisen worden gesteld aan de kwaliteit van besluitvormingsprocessen in onder meer rechtspraak en bestuur. Precies het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur betreffen normen waaraan moet worden voldaan bij de uitoefening van rechtspraak en bestuur. In het tweede en derde artikel is daarom ingezoomd op deze rechten.

Het recht op een eerlijk proces

In het tweede artikel kwam specifiek de vraag aan de orde in hoeverre het regeringsvoorstel tot opneming van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet van toegevoegde waarde is voor de individuele rechtsbescherming, gelet op bescherming die rechtszoekenden nu al kunnen ontlenen aan de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest.

10 Dat was bijvoorbeeld aan de orde in ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7093, waarin de gemeente Den Haag tegenover de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu stond.

11 Gerards 2017, p. 17; Gerards 2014, p. 44-47. Een vergelijkbare ‘afgeleide’ grondrechtenbescherming via beginselen kan wenselijk worden geacht voor rechtspersonen.

12 Annual Report 2018 ECHR, p. 171; Staff working document EU Charter 2017, p. 7-9; Report EU Charter 2018, p. 29-33.

In het regeringsvoorstel wordt het recht op een eerlijk proces als volgt geformuleerd: 'ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.' Dit voorstel is inmiddels aangenomen in eerste lezing.¹³ In het artikel is geconcludeerd dat de meerwaarde van de nieuwe bepaling in de Grondwet niet schuilt in de verruiming van de reikwijdte van het recht op een eerlijk proces ten opzichte van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. Ook kan de meerwaarde niet worden gevonden in een noemenswaardige uitbreiding van de materiële bescherming. De toegevoegde waarde is daarentegen gelegen in de legitimatie die met de bepaling aan de rechter en wetgever wordt geboden om tot rechtsvorming over te gaan. Het gaat daarbij ten eerste om een legitimatie om de waarborgen van artikel 17 Grondwet – los van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest – nader in te vullen en, in lijn met artikel 53 EVRM en artikel 53 Handvest, bescherming te ontwikkelen die verder gaat, meer is toegespitst op de Nederlandse situatie of eigentijds is dan de bescherming die nu door het EVRM en het Handvest wordt gegeven. Ten tweede wordt met deze bepaling een legitimatie of grondwettelijke grondslag gegeven voor de praktijk dat de Nederlandse rechter al langer de beginselen achter het recht op een eerlijk proces uit de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest toepast op de Nederlandse rechtsorde, en daarmee in feite het beperkte toepassingsbereik van deze artikelen omzeilt. Met een dergelijk recht in de Grondwet zal het moeilijk worden voor de wetgever om deze praktijk terug te draaien. Met het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet wordt immers zowel aan de rechter als aan de wetgever een plicht opgelegd om het recht op een eerlijk proces te waarborgen, ook in die geschillen die buiten de reikwijdte van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest vallen. Het zijn precies de hiervoor genoemde legitimaties tot rechtsvorming die maken dat de verklaringswet tot opnemng van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet niet alleen van toegevoegde waarde is op de bescherming die de Nederlandse rechtszoekende nu al kan ontleen aan het EVRM en het Handvest, maar ook kan zorgen voor een Grondwet die normeert en limiteert in tijden van proceduralisering. De juridisch-normatieve functie van de Grondwet wordt hierdoor versterkt.

Het recht op behoorlijk bestuur

In het derde artikel is onderzocht of het wenselijk is om een grondrecht in de Grondwet op te nemen dat het recht op behoorlijk bestuur beschermt. Deze vraag is ingegeven door de exponentiële toename van het takenpakket van het bestuur, onder andere als gevolg van instrumentalisering van wetgeving en van proceduralisering. Toch besteedt de Grondwet vooralsnog vrijwel geen aandacht aan de bestuursfunctie. In het artikel is uitgelegd dat dit niet alleen problematisch is vanuit het perspectief van de juridisch-normatieve functie van de Grondwet, maar dat hierop ook vanuit het perspectief van rechtsbescherming het nodige valt af te dingen.

Met de opnemng van een recht op behoorlijk bestuur kan aan deze problemen tegemoet worden gekomen. Ten eerste zal hiermee de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet

13 *Sib* 2018, 88.

worden versterkt, doordat de uitoefening van bestuursmacht van grondwettelijke ankers wordt voorzien en wordt begrensd. Daarnaast kan een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur bijdragen aan een versterking van de juridische vangnetten die op dit moment al waarborgen bieden bij de uitoefening van bestuursmacht. De Grondwet kan op die manier namelijk de leemte vullen in de materiële normeringskracht die op dit moment nog zichtbaar is in het samenspel tussen de abbb, de Awb, het Handvest en het EVRM. Het belangrijkste hierbij is dat met codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet wordt voorzien in een bevestiging van het gebruik van abbb en een algemene legitimatie aan de rechter wordt gegeven voor de verdere ontwikkeling van deze beginselen. Een dergelijke bevestiging en legitimatie zijn nu op nationaal niveau nog afwezig.

Het karakter van de Grondwet, de constitutionaliserings- en uniformiseringstendens van de notie van behoorlijk bestuur op Europees niveau (die tot uitdrukking komt in de codificatie in artikel 41 Handvest) en de verwantschap met het recht op een eerlijk proces pleiten voor codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in een bepaling die in algemene zin het recht op behoorlijk bestuur garandeert en die direct inroepbaar is voor de rechter. Een bepaling zou er dan als volgt uit kunnen zien: 'Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld.' Deze bepaling is zodanig precies en onvoorwaardelijk geformuleerd dat sprake is van een rechtstreeks inroepbaar recht. De bepaling is algemeen in die zin dat drie algemene aspecten van de notie van behoorlijk bestuur worden genoemd. Hieronder kunnen alle abbb worden geschaard die reeds zijn gevormd, maar er is ook ruimte voor nieuwe ontwikkelingen. Met de genoemde elementen wordt bovendien aangesloten bij het begrippenkader dat in het – zowel nationale als Europese – bestuursrecht gebruikelijk is.

7.2.3 Digitalisering

Het vierde en het vijfde artikel van dit proefschrift betreffen het thema digitalisering. Op Europees niveau bewegen de grondrechtencatalogi mee met deze ontwikkeling.¹⁴ Grondrechten die betrekking hebben op de vertrouwelijke communicatie (artikelen 8 EVRM en 7 Handvest) en de vrije meningsuiting (artikelen 10 EVRM en artikel 11 Handvest) worden bijvoorbeeld in tal van arresten en via EU-wetgeving nader ingevuld.¹⁵ Deze nadere invulling van grondrechten is mogelijk doordat de bepalingen in het EVRM en het Handvest uitgaan van techniekneutraal geformuleerde begrippen die in

¹⁴ Rapport staatscommissie Grondwet 2010, p. 67-68.

¹⁵ Zo oordeelde het Hof van Justitie onder verwijzing van de artikelen 7 en 8 Handvest over de vraag welke waarborgen in acht moeten worden genomen als nationale autoriteiten communicatiegegevens opvragen bij serviceproviders (zie HvJ 8 april 2014, ECLI:EU:2014:238, C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*) en HvJ 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:970, C-2013/15 en C-698/15 (*Tele2*)) en is het EHRM ten aanzien van het recht op de vrijheid van meningsuiting recentelijk ingegaan op de vraag onder welke voorwaarden aan internetplatforms filterverplichtingen kunnen worden opgelegd om onrechtmatige uitingen op internet tegen te gaan (zie EHRM 16 juni 2015, nr. 64569/09 (*Delfi AS t. Estland*)). Wat betreft EU-wetgeving zijn Richtlijn 2018/1972 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie en Richtlijn 2019/790 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt van belang om te noemen.

verschillende situaties praktisch hanteerbaar zijn. Dat geldt niet voor de grondrechten in de Grondwet. Meningsuitingen en communicatiestromen vinden tegenwoordig door de opkomst van internet op andere manieren en via andere wegen plaats dan in de Grondwet wordt aangenomen. Zo wordt in de grondwettelijke bepalingen over de vrijheid van meningsuiting (artikel 7) en over het recht op communicatiegeheim (artikel 13) nog uitgegaan van de technieken drukpers, radio, televisie en telegraaf als voornaamste uitingsmiddelen. Deze technieken zijn overduidelijk achterhaald. Daardoor zijn de bepalingen niet toegesneden op digitale ontwikkelingen, zoals de verspreiding van onwenselijke en onrechtmatige uitingen (nepnieuws, hate speech) op internet en de grootschalige interceptie van communicatiegegevens door de overheid. De vraag kan worden gesteld welke invloed dit heeft op de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet. Het lijkt logisch dat normering op dit gebied vooral geschiedt door de Europese verdragen en de rechtspraak en wetgeving die daaruit voortvloeit. In twee artikelen over het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op communicatiegeheim is in dit licht onderzocht hoe de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet versterkt kan worden.

Het recht op vrijheid van meningsuiting

In het vierde artikel stond het recht op vrijheid van meningsuiting centraal. Uit dit artikel kwam naar voren dat het verbod van voorafgaand verlot uit artikel 7 Grondwet is verworden tot een onduidelijk en niet-transparant verbod, waarvan de feitelijk mogelijke bescherming duidelijk lager is dan de bepaling op papier doet voorkomen. Daarvoor zijn twee oorzaken aangewezen. Ten eerste is bij veel maatregelen die de uitingsvrijheid beperken niet meteen helder of het een preventieve of een repressieve beperking betreft. Dit verhoudt zich moeizaam tot het strakke onderscheid dat artikel 7 Grondwet maakt tussen preventieve en repressieve beperkingen, waarbij de bescherming tegen preventieve beperkingen veel sterker is dan die tegen repressieve beperkingen. Een tweede, hiermee samenhangende kwestie is dat het verbod van voorafgaand verlot regelmatig wordt omzeild.

In het artikel is geconcludeerd dat het censuurverbod uit artikel 7 Grondwet moet worden herzien om de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet te versterken. De vrijheid van meningsuiting moet beschermd worden zonder dat daarbij een hard onderscheid wordt gemaakt tussen repressieve en preventieve beperkingen. Bovendien moet een beoordelingskader ontwikkeld worden dat de aantrekkelijkheid van de huidige praktijk van omzeiling tegengaat. Daarbij is het wenselijk als het beoordelingskader een helder en realistisch inzicht biedt in de – feitelijk onontkoombare – afweging die zal plaatsvinden, en als in ieder geval op gebied van internetregulering (discussie)ruimte kan worden geboden ten aanzien van het toestaan van voorafgaande beperkingen. Tevens dient het nieuwe beoordelingskader goed te zijn afgestemd op de eisen die het EHRM stelt ten aanzien van de belangenafweging bij de toets op nationaal niveau. Als laatste is het van belang dat het vereiste behouden blijft dat (repressieve) beperkingen altijd moeten zijn vormgegeven in een wet in formele zin ('behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'), dat is opgenomen in het huidige artikel 7 Grondwet. Dit formele

wetsvereiste zorgt immers voor een krachtige procedurele bescherming van de vrijheid van meningsuiting.

Aan deze eisen kan worden voldaan door het huidige absolute verbod op voorafgaand verlof te vervangen door een inhoudelijk afwegingskader dat elementen uit artikel 10 EVRM verenigt met elementen die nu zijn opgenomen in artikel 7 Grondwet. In een dergelijke *best of both worlds*-benadering zou de vrijheid van meningsuiting dan zo kunnen worden beschermd dat alle beperkingen op de vrijheid van meningsuiting, dus ook preventieve beperkingen, geoorloofd kunnen zijn, mits zij noodzakelijk zijn om de democratische rechtsstaat of de rechten en vrijheden van anderen te beschermen, en ze niet de kern (wezenlijke inhoud) van de vrijheid van meningsuiting raken. Daarnaast dienen dergelijke beperkingen te zijn geregeld in formele wetten die voldoende toegankelijk en voorzienbaar maken onder welke omstandigheden beperkingen kunnen worden opgelegd. De resulterende bepaling heeft als voordeel dat het moeilijke, niet-binaire, onderscheid tussen preventieve en repressieve maatregelen vermeden wordt, terwijl toch voldoende waarborgen voor de vrijheid van meningsuiting worden geboden. Elke maatregel die de vrijheid van meningsuiting beperkt, of deze nu als voorafgaande of repressieve maatregel wordt geclassificeerd, moet namelijk aan dezelfde beperkingscriteria voldoen. Ook omzeilingspraktijken kunnen met dit kader worden tegengegaan. Het noodzakelijkheids criterium en het voorzienbaarheids criterium zullen het immers lastiger maken om voorafgaande beperkingen wegens inhoudsredenen op te leggen. Met dit model zullen ook nieuwe vraagstukken die betrekking hebben op de internetsfeer tegemoet getreden kunnen worden. Uiteindelijk kan met dit model een realistisch beoordelingskader worden vastgelegd dat in praktijk daadwerkelijk gebruikt kan worden om te bepalen of een beperking gerechtvaardigd is. Dat kan resulteren in een transparantere en voorspelbaardere beoordeling dan nu het geval is, waarbij door het formele wetsvereiste bovendien aanvullende bescherming wordt geboden op de bescherming die nu al volgt uit artikel 10 EVRM. Op die manier krijgt artikel 7 Grondwet weer betekenis, hetgeen ten goede komt aan de normatief-juridische functie van de Grondwet.

Het recht op communicatiegeheim

In het vijfde artikel stond de verklaringswet tot wijziging van het recht op brief-, -telefoon, en telegraafgeheim (communicatiegeheim) in de Grondwet centraal. Deze verklaringswet wijzigt het huidige artikel 13 Grondwet naar de volgende bepaling: '1. Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn brief- en telecommunicatiegeheim. 2. Beperking van dit recht is slechts mogelijk in de gevallen bij de wet bepaald met machtiging van de rechter, of, in het belang van de nationale veiligheid, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.'

In het artikel is ingegaan op de vraag in hoeverre de in de verklaringswet voorgestelde wijziging van het communicatiegeheim kan zorgen voor toegevoegde waarde ten opzichte van het EVRM en Handvest door op het gebied van bescherming van het communicatiegeheim meer rechtsbescherming te bieden dan de equivalente rechten in deze Europese regelingen (8 EVRM en 7 Handvest) doen. Hiervoor is allereerst

geanalyseerd of er überhaupt sprake is van *aansluiting* bij deze Europese regelingen. Geconcludeerd is daarbij dat met het nieuwe artikel 13 Grondwet maar beperkt wordt aangesloten bij het EVRM en het Handvest. Meer aansluiting had kunnen worden bewerkstelligd door de reikwijdte van het nieuwe artikel 13 Grondwet zodanig te herzien dat deze niet wordt beperkt tot communicatie via middelen die door een derde worden beheerd. Niet alleen inhoudsgegevens, maar ook verkeersgegevens en opgeslagen gegevens moeten binnen de reikwijdte van artikel 13 Grondwet vallen en onderworpen worden aan gelijke beperkingscriteria. De zwaarte van de toets op basis van deze criteria zal dan moeten variëren naargelang de ernst van de inbreuk en zal niet, zoals nu het geval is, moeten samenhangen met een bepaald reikwijdteaspect (zoals het type communicatiegegevens dat aan de orde is of het moment van inbreuk op het communicatierecht). Dat sluit aan bij de holistische benadering van artikel 8 EVRM. Ook had aansluiting met het EVRM en het Handvest kunnen worden bewerkstelligd door in de Grondwet het vereiste van onafhankelijk toezicht op te nemen. Het gaat dan in ieder geval om het vastleggen van generiek ex-postrechtmatigheidstoezicht en – in bepaalde gevallen – een ex-antetoets. Tot slot had meer aansluiting kunnen optreden door de beperkingsmogelijkheden van het nieuwe artikel uit te breiden door in de Grondwet een notificatieregeling en een materieel toetsingskader (noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit) vast te leggen.

Daarnaast is in dit artikel geconcludeerd dat de verklaringswet nauwelijks van *toegevoegde waarde* is op het EVRM en het Handvest. Alleen voor wat betreft het formele wetsvereiste zal het voorgestelde artikel meer bescherming bieden dan de Europese documenten. Een grotere toegevoegde waarde had kunnen worden gegeneerd door in nog meer gevallen (bijvoorbeeld ten aanzien van bepaalde verschoningsgerechtigden) het vereiste van een voorafgaande toets op te nemen. Verder had het grondwettelijk vastleggen van de toetsingscriteria noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit en van een notificatieplicht kunnen leiden tot verhoogde rechtsbescherming ten opzichte van het EVRM en het Handvest. Het vastleggen van deze aspecten kan namelijk zorgen voor een grotere legitimatie voor besluitvormings- en toetsingsinstanties om strenger en wellicht meer toegesneden op de Nederlandse rechtsorde te toetsen of beperkingen gerechtvaardigd zijn. Ook kan het opnemen van deze aspecten ertoe leiden dat de wetgever meer aandacht schenkt aan deze eisen bij het vormgeven van nieuwe wetgeving, en ze wellicht ook strenger invult dan het EHRM en het Hof van Justitie doen.

Nu de verklaringswet in de tweede lezing van de wijzigingsprocedure niet meer gewijzigd kan worden, is het niet meer mogelijk deze voorstellen voor toegevoegde waarde te bewerkstelligen. Ten aanzien van één element van de nieuwe bepaling kan echter nog wel toegevoegde waarde gerealiseerd worden, namelijk de uitleg van het begrip 'nationale veiligheid'. Nu wordt volgens de grondwetgever precies aangesloten bij de uitleg die aan dit begrip wordt gegeven door het EHRM. In de toelichting bij de verklaringswet kunnen evenwel nog nadere handvatten of voorbeelden worden gegeven waaruit blijkt hoe het begrip 'nationale veiligheid' in de Nederlandse context moet worden opgevat. Zo kan alsnog enige betekenis aan de voorgestelde wijziging worden

meegegeven. Daarom wordt aanbevolen bij de behandeling van de verklaringswet in de tweede lezing van deze mogelijkheid tot verduidelijking gebruik te maken.

7.3 OVERKOEPELENDE CONCLUSIES

Op basis van het voorgaande kunnen enkele overkoepelende conclusies worden getrokken over de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet en mogelijkheden om deze kracht te vergroten.

1) Genuanceerd beeld

Om overheidsop treden te kunnen legitimeren, normeren en limiteren is het zaak dat de grondrechten in de Grondwet meebewegen met de ontwikkelingen multi-actorisering, proceduralisering en digitalisering. Onderzoek naar de mate waarin dit het geval is, levert een genuanceerd beeld op. Het is niet zo dat de Grondwet over de gehele linie haar juridisch-normatieve functie niet meer goed vervult. Zo is gebleken dat de manier waarop op grond van de Grondwet wordt omgegaan met de ontwikkeling richting multi-actorisering van grondrechten een wenselijke is. Gepleit kan dan ook worden voor behoud van de status quo wat betreft de toepassing van de personele reikwijdte van de Grondwet. Dat betekent dat overheidsorganen uitgezonderd moeten blijven van beroep op grondrechten, maar dat zij zich in bepaalde omstandigheden wel mogen beroepen op de beginselen die aan grondrechten ten grondslag liggen.

Verder is één specifiek aspect in het grondwettelijk beperkingsregime heel waardevol gebleken. Het gaat om het vereiste dat beperkingen op grondrechten altijd een basis moeten hebben in een wet in formele zin. Met dit formele wetsvereiste wordt gegarandeerd dat zowel de regering als het parlement met de grondrechtenbeperking hebben ingestemd. Dat geeft de beperking een democratische legitimatie. Met dit vereiste wordt toegevoegde waarde bewerkstelligd ten opzichte van de bescherming die kan worden ontleend aan het EVRM en het Handvest. Deze grondrechtendocumenten hanteren namelijk alleen een materieel wetsbegrip als het gaat om het beperken van grondrechten: beperkingen mogen ook in lagere wetgeving en zelfs in ongeschreven recht plaatsvinden, zolang zij maar voldoende precies, toegankelijk en voorzienbaar zijn.¹⁶

Op andere gebieden bevestigen de artikelen echter dat de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet tekortschiet. In het bijzonder beweegt zij niet goed mee met de ontwikkelingen proceduralisering en digitalisering. De Grondwet hanteert concepten die niet meer bruikbaar zijn of zwijgt helemaal op terreinen waar deze ontwikkelingen gaande zijn. Dit pleit dan ook voor gerichte wijzigingen in het grondrechtenhoofdstuk van de Grondwet. Om te kunnen normeren in tijden van proceduralisering is het zaak dat de uitoefening van rechtspraak en de uitoefening van bestuursbevoegdheden wordt genormeerd in de Grondwet. Dat kan worden gedaan door het recht op een eerlijk proces

16 EHRM 16 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

en het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet op te nemen. De meerwaarde van deze rechten ten opzichte van al bestaande rechten in het EVRM en het Handvest is niet zozeer dat daarmee direct verdergaande bescherming wordt geboden, maar vooral dat hiermee een legitimatie en bevestiging kan worden gegeven aan de rechter en wetgever om verdergaande bescherming te ontwikkelen.¹⁷ Deze verdergaande bescherming kan bestaan uit een meer op de Nederlandse situatie toegespitste bescherming of een bescherming die eigentijdser is dan de bescherming die nu door het EVRM en het Handvest wordt geboden.¹⁸ Zo kan de Grondwet de aanvullende rol vervullen die de Europese verdragen in het systeem van internationale grondrechtenbescherming van nationale wet- en regelgeving verlangen.

Om te kunnen normeren in tijden van digitalisering is het zaak dat het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 7 Grondwet) en het recht op communicatiegeheim (artikel 13 Grondwet) worden gewijzigd. Ten eerste geldt dat deze grondrechtenbepalingen moeten uitgaan van techniekonafhankelijke concepten. Door dergelijke concepten te hanteren, kunnen deze bepalingen niet alleen nu, maar ook in de toekomst zinvol blijven normeren. We leven immers in een tijd waarin technologische vernieuwingen elkaar in snel tempo opvolgen, hetgeen gevolgen heeft voor de manier waarop mensen zich uiten en waarop ze communiceren. Deze technologische turbulentie komt misschien wel nooit tot een einde.¹⁹ Het is daarom te verwachten dat de middelen waarmee mensen zich uiten en met elkaar communiceren steeds zullen blijven veranderen. De grondrechten die de uitingsvrijheid en het communicatiegeheim beschermen moeten hierop toegesneden zijn. Een overgang naar techniekneutrale concepten is daarom geboden.²⁰ In de verklaringswet betreffende de wijziging van artikel 13 Grondwet wordt aan dit vereiste al een zekere uitdrukking gegeven.

Daarnaast is het zaak dat in deze grondrechtenbepalingen meer gedetailleerde beperkingscriteria worden opgenomen, zoals dat ook in de EVRM-bepalingen het geval is.²¹ Het gaat dan niet alleen om nadere procedurele criteria, zoals het stellen van bepaalde toezichtsvereisten of een notificatieplicht, maar vooral ook om materiële criteria, zoals het stellen van noodzakelijkheidseisen, subsidiariteitseisen, proportionaliteitseisen en/of een kernrechtbepaling.²² Dat is wenselijk omdat de huidige grondwettelijke beperkingssystematiek – waarin alleen een formeel wetscriterium wordt gehanteerd – vanuit procedureel oogpunt misschien wel heel waardevol is, maar materieel gezien

17 Deze legitimering dient expliciet in de toelichting te worden vermeld. Dat wordt al gedaan in de Memorie van toelichting bij de verklaringswet tot opnemng van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3.

18 Deze bescherming kan voortdurend worden verrijkt. In die zin ben ik het dan ook niet eens met Van Sasse van Ysselt als hij stelt dat grondrechten dienen als startpunt voor het nadenken over de erdoor beschermde fundamentele kwesties, en niet als eindpunt daarvan, zie Van Sasse van Ysselt 2018, p. 212.

19 Dit werd al door de commissie GDT signaleerd, zie Rapport commissie GDT, p. 60.

20 Een dergelijke overgang is voor de rechtspraak geen sprong in het onbekende, omdat de Europese grondrechtenverdragen altijd al uitgingen van techniekonafhankelijke formuleringen. Er is dus een referentiekader beschikbaar. Zie Rapport commissie GDT, p. 62.

21 Hiertoe is in de literatuur al meermaals opgeroepen, zie o. a. Barkhuysen 2005, p. 105; Kortmann 2008, p. 18; Van Bijsterveld 2008, p. 82; Gerards 2012a, p. 50.

22 Vergelijk ook de rechtvaardigingscriteria die Gerards uitspelt in Gerards 2012a, p. 14 e.v.

niet voldoende is.²³ De wetgever heeft hierdoor namelijk een vrijwel ongeclausuleerde beperkingsbevoegdheid waarin inhoudelijke criteria geen rol spelen. Uit de rechtspraak van het EHRM en de adviezen van de Afdeling Advisering van de Raad van State blijkt echter dat de wetgever nog wel eens wetten maakt die niet voldoen aan de (inhoudelijke) beperkingsvoorwaarden van het EHRM.²⁴ Het opnemen van meer gedetailleerde beperkingsvereisten kan leiden tot een sterkere normering en kan ook een betere leidraad bieden bij het stellen van beperkingen, waardoor uiteindelijk de kracht van het formele-wetsvereiste extra wordt versterkt.²⁵ Daarnaast wordt met het opnemen van bovengenoemde beperkingscriteria een mogelijkheid geboden om aanvullende rechtsbescherming op de Europese verdragen te bieden. Veel van deze beperkingscriteria bevatten immers normen die de Nederlandse rechter concreter of strenger kan invullen dan de Europese hoven doen.²⁶ Zo kan niet alleen rekening worden gehouden met lokale, Nederlandse behoeften, maar ook kan worden meebewogen met nieuwe (digitale) ontwikkelingen in de maatschappij.

2) Verklaringen

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat een aantal factoren debet is aan de gebrekkige juridisch-normatieve betekenis van de grondrechten in de Grondwet:

- Bepaalde grondrechten worden überhaupt niet beschermd in de Grondwet.
- Grondrechtenbepalingen in de Grondwet geven geen legitimatie voor de rechter en de wetgever om de nationale grondrechtenbescherming nader te ontwikkelen.
- Grondrechtenbepalingen in de Grondwet zijn niet techniekneutraal geformuleerd.
- Grondrechtenbepalingen in de Grondwet bevatten geen of nauwelijks gedetailleerde beperkingscriteria.

23 Kortmann 2002, p. 76/77; Kortmann 1999, p. 236; Gerards 2012a, p. 50; Advies Raad van State staatscommissie Grondwet 2008, p. 19 en 27.

24 Zie bijvoorbeeld EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80 (*X en Y t. Nederland*), waarin het EHRM oordeelde dat het Wetboek van Strafrecht niet in overeenstemming was met art. 8 EVRM, omdat niet was voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste, en het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State bij het Wetsvoorstel strafrechtelijke aanpak terrorisme, waarin de Raad van State de strafbaarstelling van opzettelijke verblijf in een terreurgebied (nog) niet noodzakelijk achtte (*Kamerstukken II*, 2016/17, 34746, nr. 4, p. 2-5).

25 Het ontbreken van gedetailleerde beperkingscriteria heeft niet alleen te maken met het sobere karakter van de Grondwet en met het grote vertrouwen dat traditiegetrouw wordt gesteld in de wetgever, maar ook met het feit dat ten tijde van de grondwetsherziening van 1983 maar weinig werd getoetst aan internationale verdragen waarin meer (materiële) beperkingscriteria waren opgenomen. Er was destijds dan ook maar weinig ervaring met toetsing aan deze criteria, hetgeen reden was om ze (nog) niet op te nemen. Op dit moment is de rechtspraak hier echter maar al te zeer bekend mee, omdat het EVRM en het Handvest steeds vaker worden toegepast. Zie Vermeulen 1995, p. 27-28.

26 Zo kunnen de vereisten van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit meer concreet op de Nederlandse situatie worden ingevuld. Ook is het mogelijk dat nadere voorwaarden worden gesteld voor wat betreft toezichtinstanties of notificatieplichten.

Deze factoren leiden ertoe dat verschillende onderwerpen waarop de overheid veel bevoegdheden uitoefent niet worden geëgitimeerd, genormeerd en gelimiteerd in de Grondwet en grondrechtenbepalingen in de Grondwet hun rol in het internationale grondrechtenbeschermingssysteem onvoldoende vervullen. Doordat deze bepalingen immers niet altijd aansluiten bij het EVRM en het Handvest, en nauwelijks aanvullende bescherming bieden ten opzichte van deze rechtsbronnen, is Nederland wat betreft grondrechtenbescherming afhankelijk van de bescherming die in de Europese verdragen wordt gegeven. Deze verdragen gaan er echter juist vanuit dat de Europese bescherming subsidiair is aan de bescherming die op nationaal niveau wordt verschaft.

3) Aanpassingen urgent gewenst

Zijn de hiervoor genoemde factoren voldoende reden om de Grondwet te wijzigen? Beredeneerd vanuit de juridisch-normatieve functie van de Grondwet is daar aanleiding toe als de grondrechtenbepalingen niet voldoende in staat zijn om overheidsmacht te legitimeren, te normeren en te limiteren. Dat is het geval als bij afzonderlijke grondrechtenbepalingen meerdere van de hierboven genoemde factoren samenkomen. Precies bij de vier grondrechten die in dit proefschrift onder de loep zijn genomen is sprake van dergelijke overlap. Wat betreft het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur geldt bijvoorbeeld dat deze rechten momenteel helemaal niet worden geregeld in de Grondwet. Hierdoor sluit de Grondwet niet aan bij recente ontwikkelingen, waardoor de overheid onvoldoende wordt geëgitimeerd en begrensd door de Grondwet, en sluit de Grondwet niet aan bij de bescherming in de Europese verdragen. Door de afwezigheid van deze grondrechten wordt aan de rechter en wetgever bovendien geen legitimatie geboden om de grondrechtenbescherming nader te ontwikkelen, hetgeen betekent dat de Grondwet geen verdergaande, op de nationale rechtsorde toegespitste bescherming kan bieden die de grondrechten uit het EVRM en het Handvest aanvult. Een en ander leidt ertoe dat Nederland wat betreft de bescherming van het grondrecht op een eerlijk proces en het grondrecht op behoorlijk bestuur afhankelijk is van de bescherming die in het EVRM en het Handvest wordt gegeven. De Grondwet kan hierdoor haar rol in het internationale grondrechtenbeschermingssysteem niet goed vervullen. Uit deze overlap in factoren volgt dat opneming van het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur gewenst is. Ten aanzien van het recht op een eerlijk proces is aan deze oproep gehoor gegeven met de verklaringwet die nu wacht op behandeling in tweede lezing.²⁷ Een vergelijkbaar voornemen betreffende het recht op behoorlijk bestuur ontbreekt vooralsnog. Het voorstel tot opneming van het recht op behoorlijk bestuur dat in dit proefschrift aan de orde is gekomen kan dienen als inspiratie voor het vormgeven van een dergelijk recht.

In tegenstelling tot het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur zijn het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op communicatiegeheim wel opgenomen in de Grondwet. Voor deze grondwettelijke bepalingen geldt echter dat zij niet techniekneutraal zijn geformuleerd. Ook worden bij deze rechten geen gedetailleerde (materiële) beperkingscriteria gehanteerd. Hierdoor sluiten

²⁷ *Stb* 2018, 88.

deze grondrechtenbepalingen niet aan bij de bescherming die door de equivalente rechten in het EVRM en het Handvest wordt geboden. Het ontbreken van dergelijke criteria heeft als gevolg dat niet kan worden ingespeeld op recente ontwikkelingen (met name digitalisering), waardoor veel overheidshandelen niet toereikend kan worden gelegitimeerd en genormeerd, en het zorgt ervoor dat de Grondwet haar rol in het internationale rechtssysteem niet kan vervullen, omdat zij geen aanvullende rechtsbescherming kan bieden ten opzichte van het EVRM en het Handvest. Deze aanvullende rechtsbescherming zou wel kunnen worden geboden als er preciezere beperkingscriteria worden opgenomen in de Grondwet. Dergelijke criteria zouden de wetgever en bestuursorganen duidelijker ondersteunen waar het gaat om de vraag welke beperkingen zij redelijkerwijs mogen stellen, en zij normeren bovendien het gebruik van de beperkingsbevoegdheid. Daarnaast verschaffen dergelijke criteria rechters een betere leidraad om de in de Grondwetstekst gehanteerde begrippen nader in te vullen en een rechtsbescherming te bieden die is toegespitst op de nationale rechtsorde. Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat ook bij het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op communicatiegeheim sprake is van samenkomende factoren, hetgeen pleit voor wijziging van de artikelen 7 en 13 Grondwet. Met de recentelijk aangenomen verklaringswet lijkt een wijziging van het recht op communicatiegeheim aanstaande.²⁸ Helaas is in dit proefschrift echter ook geconstateerd dat met deze voorgestelde wijziging niet aan alle bovengenoemde factoren wordt tegemoetgekomen. Wat betreft het recht op vrijheid van meningsuiting geldt zelfs dat er helemaal geen voornemen is om tot wijziging over te gaan. De suggesties die ten aanzien van deze grondrechten in dit proefschrift zijn gedaan, kunnen dienen als inspiratie voor het vormgeven van grondrechten die wel aan de genoemde factoren beantwoorden.

7.4 SLOTWOORD

Grondrechten beschermen tegen machtsmisbruik en willekeur van de overheid. Juist deze rechten zijn in de Nederlandse Grondwet niet actueel beschermd. Daarom is in dit proefschrift een eerste aanzet gegeven voor de verbetering van het grondrechtenhoofdstuk van de Grondwet. Met de aanpassingsvoorstellen wordt beoogd de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet te versterken. Daarbij is gefocust op enkele specifieke grondrechten. Dat wil niet zeggen dat er niet nog andere bepalingen of onderdelen in de Grondwet zijn die modernisering behoeven.²⁹ De juridisch-normatieve kracht van de Grondwet is namelijk een complex onderwerp waarbij ook andere grondrechten en grondwetsbepalingen een rol spelen. Hopelijk pakken anderen de handschoen op om ten aanzien van deze bepalingen verdergaand onderzoek en nieuwe voorstellen te doen. Dat is nodig om de Grondwet actueel te houden, zodat deze de overheid toereikend kan blijven legitimeren, normeren en limiteren. Op naar een grondwet die klaar is voor de toekomst!

²⁸ *Sib* 2017, 334.

²⁹ Zie hiervoor bijvoorbeeld het rapport van de commissie GDT (Rapport Commissie GDT 2000), het rapport van de staatscommissie Grondwet (Rapport staatscommissie Grondwet 2010) en Kortmann 2002.

Samenvatting

1 INLEIDING

De Nederlandse Grondwet heeft primair een juridisch-normatieve functie. Dat houdt in dat in de Grondwet de belangrijkste waarborgen worden vastgelegd om overheidsoptreden te legitimeren, normeren en limiteren en dat op een goed kenbare manier te doen. Aangenomen kan worden dat de grondrechtenbepalingen in de Grondwet in de loop van de tijd uit de pas zijn gaan lopen met maatschappelijke en juridische ontwikkelingen. Het effect daarvan is dat de Grondwet haar juridisch-normatieve functie niet meer voldoende kan vervullen. Dat is zorgwekkend, omdat het vanwege haar grote kenbaarheid en zware rechtsbescherming bij uitstek van belang is dat de Grondwet deze functie uitoefent. Alleen dan kan overheidsmacht toereikend worden gelegitimeerd en begrensd, hetgeen vertrouwen in de overheid creëert en rechtvaardigt en ervoor zorgt dat individuele vrijheden en rechten worden beschermd. Precies dat is nodig in tijden waarin processen als digitalisering, internationalisering en polarisering grote uitdagingen met zich brengen. De grondrechten uit de Grondwet moeten sturend werken bij actuele vraagstukken die hieruit voortkomen, in plaats van daarop achter te lopen. Hiervoor is nodig dat de grondwettelijke grondrechtenbepalingen uitgaan van concepten die niet alleen nu bruikbaar zijn, maar dat ook blijven in de toekomst.

Daarom staat in dit proefschrift de vraag centraal welke aanpassingen aan de in de Grondwet opgenomen grondrechtenbepalingen nodig zijn om haar juridisch-normatieve functie te kunnen versterken. Deze vraag is specifiek voor drie thema's uitgewerkt in vijf wetenschappelijke artikelen. De thema's houden verband met drie ontwikkelingen die van grote invloed zijn op het recht: multi-actoralisering, proceduralisering en digitalisering. Multi-actoralisering betreft de trend dat grondrechten door steeds meer verschillende actoren kunnen worden ingeroepen. Proceduralisering gaat over de ontwikkeling dat in regelgeving en in de toets bij de rechter steeds meer nadruk wordt gelegd op goede procedurele waarborgen in plaats van op materiële normen. Digitalisering betekent onder meer dat door nieuwe technologieën informatie op grote schaal kan worden verworven, opgeslagen en verwerkt. Elk van deze drie thema's is uitgewerkt in één of twee artikelen. De basis van elk artikel is telkens een grondrecht of een grondrechtendoctrine die in het licht van deze ontwikkelingen in beweging is. In het kader van multi-actoralisering is een artikel geschreven dat betrekking heeft op het algemene leerstuk van de personele reikwijdte van grondrechten. Met het oog op proceduralisering is ingezoomd op het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur. Tegen de achtergrond van digitalisering is ingegaan op het recht op de vrijheid van meningsuiting en het recht op communicatiegeheim. Onderzocht is niet alleen hoe deze grondrechten en doctrine in de Grondwet geregeld worden en zich daarbij verhouden tot de genoemde ontwikkelingen, maar ook in hoeverre de Grondwet aansluit bij de grondrechtenbescherming van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Handvest voor de Grondrechten van de Europese

Unie (Handvest). Als de nationale situatie dat specifiek vereist, is onderzocht hoe deze bescherming de minimumbescherming van het EVRM en het Handvest kan aanvullen of nader kan concretiseren. Op basis van deze ‘casestudy’s’ is vervolgens in bredere zin beredeneerd in hoeverre aanpassingen zoals voorgesteld de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet kunnen versterken.

2 THEMATISCHE WEERGAVE VAN BEVINDINGEN

2.1 Multi-actoralisering

Op het thema multi-actoralisering is in het eerste artikel van dit proefschrift ingegaan. In dit artikel is onderzocht hoe de belangrijkste spelers op het Europese grondrechtenpodium – het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) – en de nationale rechters van vier Europese lidstaten – Nederland, Portugal, Spanje en Polen – omgaan met de personele reikwijdte van respectievelijk het EVRM, het Handvest en de nationale grondwetten van de genoemde lidstaten. De vraag stond centraal of en, zo ja, onder welke omstandigheden rechtspersonen en overheidsorganen een beroep kunnen doen op de grondrechten uit deze grondrechtendocumenten. De conclusie die uit dit artikel kan worden getrokken is meerledig. Allereerst geldt dat zowel het EHRM als het Hof van Justitie en de nationale hoven ervan uitgaan dat de grondrechten uit respectievelijk het EVRM, het Handvest en de nationale grondwetten door rechtspersonen kunnen worden ingeroepen. De reden hiervoor is niet alleen gelegen in het kunnen waarborgen van de belangen van de individuen die zij vertegenwoordigen, maar ook in het veilig kunnen stellen van hun eigen (economische of rechtstatelijke) belangen. Verder geldt dat het EHRM en, over het algemeen, de nationale hoven uitgaan van de opvatting dat overheidsorganen zich niet op grondrechten kunnen beroepen. Dat is ook volgens de heersende Nederlandse doctrine het uitgangspunt. In de rechtspraak van de Hoge Raad en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State wordt daarvan eveneens uitgegaan. Niet alleen beroepen van overheden op de Grondwet, maar ook beroepen van overheidsorganen op de grondrechten uit het EVRM en het Handvest worden in principe niet gehonoreerd. Wel is gebleken dat het voor overheidsorganen mogelijk is om een beroep te doen op beginselen die ten grondslag liggen aan deze grondrechten. In tegenstelling tot het EHRM en de nationale hoven heeft het Hof van Justitie nog geen expliciet antwoord gegeven op de vraag of overheidsorganen een beroep kunnen doen op grondrechten (uit het Handvest). Wel heeft het bevestigd dat deze entiteiten, vergelijkbaar met de Nederlandse situatie, een beroep kunnen doen op de algemene beginselen van Unierecht die ten grondslag liggen aan de grondrechten in het Handvest.

Wat betreft de toepassing van het leerstuk van de personele reikwijdte biedt de Grondwet – vanuit het perspectief van bescherming van de individuele burger – minimaal evenveel bescherming als het EVRM, maar mogelijk meer bescherming dan het Handvest. Overheidsorganen zijn immers uitgezonderd van een rechtstreeks beroep op grondrechten uit de Grondwet en het EVRM. Daarentegen heeft het Hof van Justitie zich daarover nog niet expliciet uitgelaten, waarmee de mogelijkheid openblijft dat overheidsorganen zich in de toekomst direct op de grondrechten uit het Handvest

kunnen beroepen. Als dat gebeurt in procedures waarin wordt geprocedeerd tegen individuen, kan dat een negatieve invloed hebben op de bescherming van de burger. Vanuit het perspectief van bescherming van het individu is het dan ook onwenselijk als overheidsorganen zich op grondrechten kunnen beroepen. Wel kan het redelijk zijn om grondrechtelijke beginselen *analoog* aan de grondwetsbepalingen toe te passen op overheidsorganen, zoals nu wordt gedaan volgens het Nederlandse grondwetsregime. De eigenlijke grondrechten en de zware bescherming die met de grondwettelijke codificatie daarvan gepaard gaat, blijven dan bewaard voor de bescherming van het individu, maar overheidsorganen kunnen zo wel delen in een bescherming die iets hoger is dan de bescherming die wordt verleend middels wetgeving die ‘gewone’ belangen beschermt.

2.2 Proceduralisering

De ontwikkeling van proceduralisering stond centraal in het tweede en derde artikel van dit proefschrift. Door proceduralisering is er een toegenomen nadruk op procedurele regels in wetgeving en in de toets bij de rechter ten koste van materiële normstelling. Dat heeft als gevolg dat er – in ieder geval op Europees niveau – veel aandacht is voor het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur. De toegenomen aandacht voor deze grondrechten is logisch, omdat door proceduralisering hoge(re) eisen worden gesteld aan de kwaliteit van besluitvormingsprocessen in onder meer rechtspraak en bestuur. In het tweede en derde artikel is daarom ingezoomd op deze rechten.

Het recht op een eerlijk proces

In het tweede artikel kwam specifiek de vraag aan de orde in hoeverre het regeringsvoorstel tot opnemning van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet van toegevoegde waarde is voor de individuele rechtsbescherming, gelet op bescherming die rechtszoekenden nu al kunnen ontlenen aan de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. In het artikel is geconcludeerd dat de meerwaarde van de nieuwe bepaling in de Grondwet niet schuilt in de verruiming van de reikwijdte van het recht op een eerlijk proces ten opzichte van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. Ook kan de meerwaarde niet worden gevonden in een noemenswaardige uitbreiding van de materiële bescherming. De toegevoegde waarde is daarentegen gelegen in de legitimatie die met de bepaling aan de rechter en wetgever wordt geboden om tot rechtsvorming over te gaan. Het gaat daarbij ten eerste om een legitimatie om de waarborgen van artikel 17 Grondwet – los van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest – nader in te vullen en, in lijn met artikel 53 EVRM en artikel 53 Handvest, bescherming te bieden die verder gaat of meer is toegespitst op de Nederlandse situatie, of die eigentijdser is dan de bescherming die nu door het EVRM en het Handvest wordt gegeven. Ten tweede wordt met deze bepaling een legitimerende grondwettelijke grondslag gegeven voor de praktijk dat de Nederlandse rechter al langer de beginselen achter het recht op een eerlijk proces uit de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest toepast op de Nederlandse rechtsorde, en daarmee in feite het beperkte toepassingsbereik van deze artikelen omzeilt. Met een dergelijk recht in de Grondwet zal het moeilijk worden voor de wetgever om deze praktijk terug te draaien. Het zijn precies de hiervoor genoemde legitimaties tot rechtsvorming die maken dat het regeringsvoorstel (dat inmiddels is verworden tot een verklaringwet) kan zorgen voor

een Grondwet die normeert en limiteert in tijden van proceduralisering. De juridisch-normatieve functie van de Grondwet wordt hierdoor versterkt.

Het recht op behoorlijk bestuur

In het derde artikel is onderzocht of het wenselijk is om een grondrecht in de Grondwet op te nemen dat het recht op behoorlijk bestuur beschermt. Geconcludeerd is dat hiermee de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet zal worden versterkt, doordat de uitoefening van bestuursmacht van grondwettelijke ankers wordt voorzien en wordt begrensd. Daarnaast kan een grondwettelijk recht op behoorlijk bestuur bijdragen aan een versterking van de juridische vangnetten die op dit moment al waarborgen bieden bij de uitoefening van bestuursmacht. De Grondwet kan op die manier namelijk de leemte vullen in de materiële normeringskracht die op dit moment nog zichtbaar is in het samenspel tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb), de Algemene wet bestuursrecht (Awb), het Handvest en het EVRM. Het belangrijkste hierbij is dat met codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet wordt voorzien in een bevestiging van het gebruik van abbb en een algemene legitimatie aan de rechter wordt gegeven voor de verdere ontwikkeling van deze beginselen. Een dergelijke bevestiging en legitimatie zijn nu op nationaal niveau nog afwezig. Het karakter van de Grondwet, de constitutionaliserings- en uniformiseringstendens van de notie van behoorlijk bestuur op Europees niveau en de verwantschap met het recht op een eerlijk proces pleiten voor codificatie van het recht op behoorlijk bestuur in een bepaling die in algemene zin het recht op behoorlijk bestuur garandeert en die direct inroepbaar is voor de rechter. Een bepaling zou er als volgt uit kunnen zien: 'Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld.'

2.3 Digitalisering

Het vierde en het vijfde artikel van dit proefschrift betreffen het thema digitalisering. Op Europees niveau bewegen de grondrechtencatalogi mee met deze ontwikkeling. Dat is mogelijk doordat de bepalingen in het EVRM en het Handvest uitgaan van techniekneutraal geformuleerde begrippen die in verschillende situaties praktisch hanteerbaar zijn. Dat geldt niet voor de grondrechten in de Grondwet. Daar gaan bijvoorbeeld het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 7) en over het recht op communicatiegeheim (artikel 13) uit van achterhaalde technieken. In twee artikelen over het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op communicatiegeheim is onderzocht hoe de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet op dit punt versterkt kan worden.

Het recht op vrijheid van meningsuiting

In het vierde artikel stond het recht op vrijheid van meningsuiting centraal. Uit dit artikel kwam naar voren dat het verbod van voorafgaand verlof uit artikel 7 Grondwet is verworden tot een onduidelijk verbod, waarvan de feitelijk mogelijke bescherming duidelijk lager is dan de bepaling op papier doet voorkomen. Daarvoor zijn twee

oorzaken aangewezen. Ten eerste is bij veel maatregelen die de uitingsvrijheid beperken niet meteen helder of het een preventieve of een repressieve beperking betreft. Dit verhoudt zich moeizaam tot het strakke onderscheid dat artikel 7 Grondwet maakt tussen preventieve en repressieve beperkingen, waarbij de bescherming tegen preventieve beperkingen veel sterker is dan die tegen repressieve beperkingen. Een tweede, hiermee samenhangende kwestie is dat het verbod van voorafgaand verlof regelmatig wordt omzeild.

In het artikel is geconcludeerd dat artikel 7 Grondwet moet worden herzien om de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet te versterken. De vrijheid van meningsuiting moet worden beschermd zonder dat daarbij een hard onderscheid wordt gemaakt tussen toegestane repressieve beperkingen en verboden preventieve beperkingen. Bovendien moet een beoordelingskader ontwikkeld worden dat de aantrekkelijkheid van de huidige praktijk van omzeiling tegengaat. Betoogd is dat aan deze eisen kan worden voldaan door het huidige absolute verbod op voorafgaand verlof te vervangen door een inhoudelijk afwegingskader dat de vrijheid van meningsuiting zo beschermt dat *alle* beperkingen op de vrijheid van meningsuiting, dus ook preventieve beperkingen, geoorloofd kunnen zijn, mits zij noodzakelijk zijn om de democratische rechtsstaat of de rechten en vrijheden van anderen te beschermen, en ze niet de kern (wezenlijke inhoud) van de vrijheid van meningsuiting raken. Daarnaast dienen dergelijke beperkingen te zijn geregeld in formele wetten die voldoende toegankelijk en voorzienbaar maken onder welke omstandigheden beperkingen kunnen worden opgelegd. De resulterende bepaling heeft als voordeel dat het moeilijke, niet-binaire, onderscheid tussen preventieve en repressieve maatregelen vermeden wordt, terwijl toch voldoende waarborgen voor de vrijheid van meningsuiting worden geboden. Elke maatregel die de vrijheid van meningsuiting beperkt, of deze nu als voorafgaande of repressieve maatregel wordt geclassificeerd, moet namelijk aan dezelfde beperkingscriteria voldoen. Ook omzeilingspraktijken kunnen met dit kader worden tegengegaan, omdat het noodzakelijkheids criterium en het voorzienbaarheids criterium het lastiger zullen maken om voorafgaande beperkingen wegens inhoudsredenen op te leggen. Bovendien wordt met het formele wetsvereiste aanvullende bescherming geboden op de bescherming die nu al volgt uit artikel 10 EVRM. Op die manier krijgt artikel 7 Grondwet weer betekenis, hetgeen ten goede komt aan de normatief-juridische functie van de Grondwet.

Het recht op communicatiegeheim

In het vijfde artikel is ingegaan op de verklaringwet tot wijziging van het recht op brief, -telefoon, en telegraafgeheim (communicatiegeheim) in de Grondwet. Centraal stond de vraag in hoeverre de in de verklaringwet voorgestelde wijziging van het communicatiegeheim kan zorgen voor toegevoegde waarde ten opzichte van het EVRM en Handvest door op het gebied van bescherming van het communicatiegeheim meer rechtsbescherming te bieden dan de equivalente rechten in deze Europese regelingen (8 EVRM en 7 Handvest) doen. Geconcludeerd is allereerst dat een betere *aansluiting* bij de Europese regelingen had kunnen worden bewerkstelligd door de reikwijdte van het nieuwe artikel 13 Grondwet zodanig te herzien dat deze niet wordt beperkt

tot communicatie via middelen die door een derde worden beheerd. Niet alleen inhoudsgegevens, maar ook verkeersgegevens en opgeslagen gegevens moeten binnen de reikwijdte van artikel 13 Grondwet vallen en onderworpen worden aan gelijke beperkingscriteria. De zwaarte van de toets op basis van deze criteria zal dan moeten variëren naargelang de ernst van de inbreuk en zal niet, zoals nu het geval is, moeten samenhangen met een bepaald reikwijdteaspect (zoals het type communicatiegegeven dat aan de orde is). Ook had aansluiting kunnen worden bewerkstelligd door in de Grondwet het vereiste van onafhankelijk toezicht op te nemen, zowel ex post als – in bepaalde gevallen – ex ante. Tot slot had meer aansluiting kunnen optreden door de beperkingsmogelijkheden van het nieuwe artikel uit te breiden door in de Grondwet een notificatieregeling en een materieel toetsingskader (noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit) vast te leggen.

Daarnaast is geconcludeerd dat de verklaringswet een grotere *toegevoegde waarde* op de Europese regelingen had kunnen bieden door in nog meer gevallen het vereiste van een voorafgaande toets op te nemen. Verder had het grondwettelijk vastleggen van de toetsingscriteria noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit en van een notificatieplicht kunnen leiden tot verhoogde rechtsbescherming ten opzichte van het EVRM en het Handvest. Ten aanzien van de uitleg van het begrip ‘nationale veiligheid’ kan nog steeds toegevoegde waarde bewerkstelligd worden. Nu sluit de grondwetgever precies aan bij de uitleg die aan dit begrip wordt gegeven door het EHRM. In de toelichting bij de verklaringswet kunnen evenwel nog nadere handvatten of voorbeelden worden gegeven waaruit blijkt hoe het begrip ‘nationale veiligheid’ in de Nederlandse context moet worden opgevat. Met een dergelijke uitleg kan alsnog enige betekenis aan de voorgestelde wijziging worden meegegeven. Daarom wordt aanbevolen bij de behandeling van de verklaringswet in de tweede lezing van deze mogelijkheid tot verduidelijking gebruik te maken.

3 OVERKOEPELENDE CONCLUSIES

1) Genuanceerd beeld

Om overheidsoptreden te kunnen legitimeren, normeren en limiteren is het zaak dat de grondrechten in de Grondwet meebewegen met de ontwikkelingen multi-actoralisering, proceduralisering en digitalisering. Onderzoek naar de mate waarin dit het geval is, levert een genuanceerd beeld op. Het is niet zo dat de Grondwet over de gehele linie haar juridisch-normatieve functie niet meer goed vervult. Zo is gebleken dat de manier waarop op grond van de Grondwet wordt omgegaan met de ontwikkeling richting multi-actoralisering van grondrechten een wenselijke is. Gepleit kan dan ook worden voor behoud van de status quo wat betreft de toepassing van de personele reikwijdte van de Grondwet. Hetzelfde geldt voor het huidige vereiste dat beperkingen op grondrechten altijd een basis moeten hebben in een wet in formele zin.

Op andere gebieden bevestigen de artikelen echter dat de juridisch-normatieve kracht van de Grondwet tekortschiet. In het bijzonder beweegt zij niet goed mee met de ontwikkelingen proceduralisering en digitalisering. Dit pleit dan ook voor gerichte

wijzigingen in het grondrechtenhoofdstuk van de Grondwet. Om te kunnen normeren in tijden van proceduralisering is het zaak dat de uitoefening van rechtspraak en de uitoefening van bestuursbevoegdheden wordt genormeerd in de Grondwet. Dat kan worden gedaan door het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet op te nemen. De meerwaarde van deze rechten ten opzichte van al bestaande rechten in het EVRM en het Handvest is niet zozeer dat daarmee direct verdergaande bescherming wordt geboden, maar vooral dat hiermee een legitimering en bevestiging kan worden gegeven aan de rechter en wetgever om verdergaande bescherming te ontwikkelen.

Om te kunnen normeren in tijden van digitalisering is het zaak dat het recht op vrijheid van meningsuiting (artikel 7 Grondwet) en het recht op communicatiegeheim (artikel 13 Grondwet) worden gewijzigd. Ten eerste geldt dat deze grondrechtenbepalingen moeten uitgaan van techniekonafhankelijke concepten. Door dergelijke concepten te hanteren, kunnen deze bepalingen niet alleen nu, maar ook in de toekomst zinvol blijven normeren. In de verklaringswet betreffende de wijziging van artikel 13 Grondwet wordt aan dit vereiste al een zekere uitdrukking gegeven. Daarnaast is het zaak dat in deze grondrechtenbepalingen meer gedetailleerde beperkingscriteria worden opgenomen, zoals dat ook in de EVRM-bepalingen het geval is. Het gaat dan niet alleen om nadere procedurele criteria, zoals het stellen van bepaalde toezichtsvereisten of een notificatieplicht, maar vooral ook om materiële criteria, zoals het stellen van noodzakelijkheidseisen, subsidiariteitseisen, proportionaliteitseisen en/of een kernrechtbepaling. Dat is wenselijk omdat de huidige grondwettelijke beperkingssystematiek – waarin alleen een formeel wetscriterium wordt gehanteerd – vanuit procedureel oogpunt misschien wel heel waardevol is, maar materieel gezien niet voldoende is. De wetgever heeft hierdoor namelijk een vrijwel ongeclausuleerde beperkingsbevoegdheid waarin inhoudelijke criteria geen rol spelen. Het opnemen van meer gedetailleerde beperkingsvereisten kan leiden tot een sterkere normering en kan ook een betere leidraad bieden bij het stellen van beperkingen, waardoor uiteindelijk de kracht van het formele-wetsvereiste extra wordt versterkt. Daarnaast levert het opnemen van bovengenoemde beperkingscriteria een mogelijkheid op om aanvullende rechtsbescherming op de Europese verdragen te bieden. Veel van deze beperkingscriteria bevatten immers normen die de Nederlandse rechter concreter of strenger kan invullen dan de Europese hoven doen. Zo kan niet alleen rekening worden gehouden met lokale, Nederlandse behoeften, maar kan ook worden meebewogen met nieuwe (digitale) ontwikkelingen in de maatschappij.

2) Verklaringen

Uit het voorgaande blijkt dat een aantal factoren debet is aan de gebrekkige juridisch-normatieve betekenis van de grondrechten in de Grondwet:

- Bepaalde grondrechten worden überhaupt niet beschermd in de Grondwet.
- Grondrechtenbepalingen in de Grondwet geven geen legitimatie voor de rechter en de wetgever om de nationale grondrechtenbescherming nader te ontwikkelen.

- Grondrechtenbepalingen in de Grondwet zijn niet techniekneutraal geformuleerd.
- Grondrechtenbepalingen in de Grondwet bevatten geen of nauwelijks gedetailleerde beperkingscriteria.

Deze factoren leiden ertoe dat verschillende onderwerpen waarop de overheid veel bevoegdheden uitoefent niet worden gelegitimeerd, genormeerd en gelimiteerd in de Grondwet en grondrechtenbepalingen in de Grondwet hun rol in het internationale grondrechtenbeschermingssysteem onvoldoende vervullen. Doordat deze bepalingen niet altijd aansluiten bij het EVRM en het Handvest, en nauwelijks aanvullende bescherming bieden ten opzichte van deze rechtsbronnen, is Nederland wat betreft grondrechtenbescherming afhankelijk van de bescherming die in de Europese verdragen wordt gegeven. Deze verdragen gaan er echter juist vanuit dat de Europese bescherming subsidiair is aan de bescherming die op nationaal niveau wordt verschaft.

3) Aanpassingen urgent gewenst

Beredeneerd vanuit de juridisch-normatieve functie van de Grondwet is er aanleiding de Grondwet te wijzigen als de grondrechtenbepalingen niet voldoende in staat zijn om overheidsmacht te legitimeren, te normeren en te limiteren. Dat is het geval als bij afzonderlijke grondrechtenbepalingen meerdere van de hierboven genoemde factoren samenkomen. Precies bij de vier grondrechten die in dit proefschrift onder de loep zijn genomen is sprake van dergelijke overlap. Wat betreft het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur geldt bijvoorbeeld dat deze rechten momenteel helemaal niet worden geregeld in de Grondwet. Hierdoor sluit de Grondwet niet aan bij recente ontwikkelingen, waardoor de overheid onvoldoende wordt gelegitimeerd en begrensd door de Grondwet, en sluit de Grondwet niet aan bij de bescherming in de Europese verdragen. Door de afwezigheid van deze grondrechten wordt aan de rechter en wetgever bovendien geen legitimatie geboden om de grondrechtenbescherming nader te ontwikkelen, hetgeen betekent dat de Grondwet geen verdergaande, op de nationale rechtsorde toegespitste bescherming kan bieden die de grondrechten uit het EVRM en het Handvest aanvult. Een en ander leidt ertoe dat Nederland wat betreft de bescherming van het grondrecht op een eerlijk proces en het grondrecht op behoorlijk bestuur afhankelijk is van de bescherming die in het EVRM en het Handvest wordt gegeven. De Grondwet kan hierdoor haar rol in het internationale grondrechtenbeschermingssysteem niet goed vervullen. Uit deze overlap in factoren volgt dat opneming van het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur gewenst is. Ten aanzien van het recht op een eerlijk proces is aan deze oproep gehoor gegeven met de verklaringswet die nu wacht op behandeling in tweede lezing. Een vergelijkbaar voornemen betreffende het recht op behoorlijk bestuur ontbreekt vooralsnog. Het voorstel tot opneming van het recht op behoorlijk bestuur dat in dit proefschrift aan de orde is gekomen kan dienen als inspiratie voor het vormgeven van een dergelijk recht.

In tegenstelling tot het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur zijn het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op communicatiegeheim wel opgenomen in de Grondwet. Voor deze grondwettelijke bepalingen geldt

echter dat zij niet techniekneutraal zijn geformuleerd. Ook worden bij deze rechten geen gedetailleerde (materiële) beperkingscriteria gehanteerd. Hierdoor sluiten deze grondrechtenbepalingen niet aan bij de bescherming die door de equivalente rechten in het EVRM en het Handvest wordt geboden. Het ontbreken van dergelijke criteria heeft als gevolg dat niet kan worden ingespeeld op recente ontwikkelingen (met name digitalisering), waardoor veel overheidshandelen niet toereikend kan worden gelegitimeerd en genormeerd, en het zorgt ervoor dat de Grondwet haar rol in het internationale rechtssysteem niet kan vervullen, omdat zij geen aanvullende rechtsbescherming kan bieden ten opzichte van het EVRM en het Handvest. Deze aanvullende rechtsbescherming zou wel kunnen worden geboden als er preciezere beperkingscriteria worden opgenomen in de Grondwet. Dergelijke criteria zouden de wetgever en bestuursorganen duidelijker ondersteunen waar het gaat om de vraag welke beperkingen zij redelijkerwijs mogen stellen, en zij normeren bovendien het gebruik van de beperkingsbevoegdheid. Daarnaast verschaffen dergelijke criteria rechters een betere leidraad om de in de Grondwetstekst gehanteerde begrippen nader in te vullen en een rechtsbescherming te bieden die is toegespitst op de nationale rechtsorde. Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat ook bij het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op communicatiegeheim sprake is van samenkomende factoren, hetgeen pleit voor wijziging van de artikelen 7 en 13 Grondwet. Met de recentelijk aangenomen verklaringswet lijkt een wijziging van het recht op communicatiegeheim aanstaande. In dit proefschrift is echter ook geconstateerd dat met deze voorgestelde wijziging niet aan alle bovengenoemde factoren wordt tegemoetgekomen. Wat betreft het recht op vrijheid van meningsuiting is er zelfs helemaal geen voornemen om tot wijziging over te gaan. De suggesties die ten aanzien van deze grondrechten in dit proefschrift zijn gedaan, kunnen dienen als inspiratie voor het vormgeven van grondrechten die wel aan de genoemde factoren beantwoorden.

Summary

1 INTRODUCTION

The function of the Dutch Constitution is primarily legally-normative. It sets out the most important safeguards to legitimize, regulate and limit government action in a manner that is recognizable and comprehensible. Over time the fundamental rights provisions in the Constitution have fallen out of step with developments in society and the law. As a result, the Constitution is unable to fulfil its normative function. This gives cause for concern, because it is imperative that the Constitution exercises this function due to its powerful ability to inform and to safeguard rights. Only then can the authority of the government be adequately legitimized and limited, leading to trust in the government and ensuring that individual freedoms and rights are protected. This is exactly what is required in current times when processes such as digitalization, internationalization and polarization are bringing major challenges. The fundamental rights encompassed in the Constitution should offer direction when it comes to the issues arising from current developments, instead of lagging behind. So it is necessary that the fundamental rights provisions in the Constitution are not only based on concepts that can be applied in the present, but that are also future-proof.

Thus, the central question of this doctoral thesis is what amendments to the fundamental rights provisions encompassed in the Constitution are necessary in order to reinforce its normative function. This question has been developed in detail for three themes which are presented in five scholarly articles. These themes are concerned with three developments which are having a major impact on the law: multi-actoralization, proceduralization and digitalization. Multi-actoralization refers to a trend where fundamental rights can be invoked by an increasing number of actors. Proceduralization concerns the fact that in legislation and judicial review more and more emphasis is being placed on correct procedural safeguards at the expense of substantive norms. Digitalization concerns, among other things, the widespread acquisition, storage, and processing of data as a result of the use of new technologies. Each of these three themes has been developed further into one or two articles, with each article focussing on a fundamental right or a fundamental rights doctrine that is changing in light of these processes. In considering the process of multi-actoralization, one article deals with the general doctrine of the personal scope of fundamental rights. In the case of proceduralization, the focus is on the right to a fair trial and the right to good administration. Against the background of digitalization, the right to freedom of expression and the right to secrecy of communications are considered. It is not only examined how these fundamental rights and doctrines are regulated in the Constitution, also in relation to the developments mentioned above, but also to what extent the Constitution is in line with the fundamental rights protection provided by the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Charter). Where required

at the national level, it is examined how this protection can supplement or further define the minimum protection provided by the ECHR and the Charter. On the basis of these case studies, it is then argued in a broader sense to what extent the amendments proposed can reinforce the normative power of the Constitution.

2 FINDINGS FOR EACH THEME

2.1 Multi-actorialization

The first article of the thesis considers the theme referred to as multi-actorialization. It examines how the most important actors on the European fundamental rights stage – the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU) – as well as the national courts of four Member States of the European Union (the Netherlands, Portugal, Spain and Poland), approach the personal scope of the ECHR, the Charter and the national constitutions of the Member States in question respectively. The central question is whether and, if so, under what circumstances private legal entities and public authorities (governmental bodies) can invoke the fundamental rights encompassed in these fundamental rights documents. Several conclusions are drawn. First, the ECtHR, the CJEU, and the national courts, all assume that the fundamental rights contained in the ECHR, the Charter and the national constitutions respectively, can be invoked by private legal entities. The reason for this is not just being able to safeguard the interests of the individuals that they represent, but also to secure their own – economic or rule of law – interests. In addition to this, the ECtHR and (in general) the national courts assume that public authorities cannot invoke fundamental rights. This is also the departure point of the prevailing doctrine in the Netherlands. In the case law of the Supreme Court and the Administrative Jurisdiction Division of the Council of State, this is assumed as well. In principle, claims by public authorities under the Constitution, and claims by public authorities involving the fundamental rights contained in the ECHR and the Charter are not allowed. However, it appears that it is possible for governmental bodies to invoke the principles upon which these fundamental rights are founded. Contrary to the ECtHR and the national courts, the CJEU has not yet specifically answered the question as to whether public authorities can invoke fundamental rights (under the Charter). It has, however, confirmed that these entities, similar to the Dutch situation, can invoke the general principles of Union law upon which the fundamental rights in the Charter are based.

With regard to the application of the doctrine of personal scope, the Constitution provides – from the perspective of the protection of the individual citizen – at least just as much protection as the ECHR, but possibly more protection than the Charter. Public authorities, after all, are excluded from a direct claim to fundamental rights under the Constitution and the ECHR, whereas the CJEU has not yet explicitly given an opinion on this, so the possibility remains that public authorities in the future could make a direct claim to fundamental rights in the Charter. If this is done in proceedings conducted against individuals, it could have a negative impact on the protection of citizens. Therefore, from the perspective of the protection of the individual, it is undesirable that public authorities are able to invoke fundamental rights. It could,

however, be reasonable to apply fundamental rights principles to governmental bodies in a way that is *analogous* to the constitutional provisions, as is currently done according to the Dutch constitutional system. The actual fundamental rights and the substantial protection provided by the constitutional codification of these rights then remain intact for the protection of the individual. Public authorities, however, are then also able to share in a protection that is slightly higher than the protection offered by legislation which protects ‘ordinary’ interests.

2.2 Proceduralization

The second and third articles of this thesis focus on the development referred to as proceduralization. In legislation and in the review of the courts this has led to more emphasis on procedural rules at the expense of substantive norms. This has resulted – at least at the European level – in considerable attention for the right to a fair trial and the right to good administration. This increased attention for these fundamental rights is logical, since proceduralization has led to high (or higher) requirements being placed on the quality of decision-making processes in court decisions and administration. For this reason, the second and third articles of this thesis look more closely at these rights.

The right to a fair trial

The second article explores the specific question of the extent to which the government proposal to include the right to a fair trial in the Constitution has added value for the individual protection of rights, in view of the protection that litigants currently derive from Article 6 ECHR and Article 47 of the Charter. It concludes that the added value of the new provision in the Constitution cannot be found in an extension of the scope of the right to a fair trial compared to Article 6 ECHR and Article 47 of the Charter; nor can it be found in an extension worthy of mention of the substantive protection. Instead, its added value is the legitimacy that the provision provides to the courts and legislature to make use of their law-creating powers in order to further develop the law. This entails, first, a legitimacy to – apart from Article 6 ECHR and Article 47 of the Charter – give more substance to the safeguards of Article 17 of the Constitution and, in line with Article 53 ECHR and Article 53 of the Charter, offering protection that goes further or is better adapted to the situation in the Netherlands, or is more in line with current issues than the protection currently provided by Article 6 ECHR and Article 47 of the Charter. Second, this provision can provide a constitutional basis to legitimize the practice in which the Dutch courts for some time have been applying the principles behind the right to a fair trial from Article 6 ECHR and Article 47 of the Charter to the Dutch legal order, thereby in fact circumventing the limited scope of application of these articles. If such a right is encompassed in the Constitution, it will be difficult for the legislature to reverse this practice. Precisely the aforementioned legitimacies to use law-creating powers in order to develop the law can ensure that the government proposal (which has recently been adopted in the first reading of the constitutional reform process and is now called *verklaringswet* until its final adoption in the second reading) will provide a Constitution that regulates and limits in times of proceduralization. The normative function of the Constitution can be reinforced in this way.

The right to good administration

The third article examines whether it is desirable to incorporate a fundamental right in the Constitution that protects the right to good administration. It concludes that the normative power of the Constitution would be reinforced with the inclusion of this right, because then the exercise of administrative power will be anchored and limited in the Constitution. Besides, a constitutional right to good administration can contribute to reinforcing the legal safety nets that currently offer safeguards in the exercise of administrative power. The Constitution in this way can fill the gaps in the substantive normative power currently evident in the interaction between the general principles of good administration, the General Administrative Law Act (*Awb*), the Charter and the ECHR. Most significant in this regard, is that codification of the right to good administration would provide confirmation of the use of the general principles of good administration and provide a general legitimacy to the courts to continue to develop these principles. This kind of confirmation and legitimization at the national level are currently lacking. The nature of the Constitution, the tendency to constitutionalize and regulate the concept of good administration at the European level and the close connection to the right to a fair trial, call for the codification of the right to good administration in a general provision that safeguards the right to good administration in a broad way and can be directly relied upon in the courts. Such a provision could for example be: 'Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, with due care and within a reasonable time by a government body (*bestuursorgaan*)'.

2.3 Digitalization

The fourth and fifth articles of this thesis consider the theme digitalization. At the European level, the catalogues of fundamental rights are keeping pace with these developments. This is possible because the provisions in the ECHR and the Charter are based on technology-neutral terms which can be applied in a number of practical situations. This cannot be said of the fundamental rights in the Constitution. For example, the right to freedom of expression (Article 7) and the right to secrecy of communications (Article 13) are based on outdated technology. In two articles on the right to freedom of expression and the right to secrecy of communications it is examined how the normative power of the Constitution can be reinforced in these areas.

The right to freedom of expression

The fourth article focuses on the right to freedom of expression. It appears that the provision in Article 7 of the Constitution, prohibiting the imposition of prior permission on expressions, has become unclear and its actual protection is less than the provision would suggest on paper. There are two reasons for this. First, in many measures that restrict the freedom of expression, it is not immediately apparent whether the restriction is preventative or repressive. This is not in line with the strict distinction made by Article 7 of the Constitution between preventative and repressive restrictions, where the protection against preventative restrictions is much greater than the protection against

repressive restrictions. A second, related, issue is that the prohibition of the imposition of prior permission is regularly side-stepped.

The article concludes that Article 7 of the Constitution should be revised to reinforce the normative power of the Constitution. Freedom of expression should be protected without a clear distinction being made between permitted repressive limitations and prohibited preventative limitations. Moreover, an assessment framework should be developed which will counter the attraction of the current avoidance practice. It is argued that these requirements can be met by replacing the provision prohibiting the imposition of prior permission with a substantive assessment framework. This framework would protect the freedom of expression to the extent that *all* restrictions on the freedom of expression, thus also preventative restrictions, can be permitted, provided they are necessary in a democratic society that is based on the rule of law or they are necessary to protect the rights and freedoms of others, and that they do not affect the essence (core) of the freedom of expression. In addition, such restrictions should be regulated in Acts of Parliament which are accessible and make sufficiently foreseeable under what circumstances restrictions can be applied. The resulting provision will have the advantage that it will avoid the difficult non-binary distinction between preventative and repressive measures, while providing sufficient safeguards for the freedom of expression. Each measure which limits the freedom of expression, be it classified as a prior or as a repressive measure, must meet the same criteria in relation to restrictions. Avoidance practices can also be tackled using this framework, because the criteria regarding necessity and foreseeability will make it more difficult to impose restrictions that are solely imposed because of reasons related to the content of expressions. Moreover, with the requirement that restrictions must be regulated in an Act of Parliament, protection is offered that is complementary to the protection which is now offered by Article 10 ECHR. With these proposed amendments, Article 7 of the Constitution shall regain its meaning, which will benefit the normative function of the Constitution.

The right to secrecy of communications

The fifth article considers the *verklaringswet* to amend the right to secrecy in correspondence, phone calls and telegraph communications (secrecy of communications) in the Constitution. The key question of the article was to what extent the proposed amendment to the secrecy of communications can achieve added value compared to the ECHR and the Charter by offering more protection in the area of secrecy of communications than the equivalent rights contained in these European regulations (Article 8 ECHR and Article 7 of the Charter). The first conclusion is that a better *alignment* with the European regulations could have been achieved by modifying the scope of the new Article 13 of the Constitution so that it is not limited to communications via means that are controlled by a third party. Not only content data, but also traffic data and stored data should fall within the scope of Article 13 of the Constitution. These different types of data should be subject to similar limitation criteria. The thoroughness of the review on the basis of these criteria must then vary depending on the seriousness of the breach and must not, as is currently the case, be related to a certain aspect of the

scope (such as the type of communication data at issue). More alignment could also have been secured by including in the Constitution the requirement of independent supervision, both *ex post* as well as – in certain cases – *ex ante* (prior review). Finally, a better alignment could have been secured by extending the possibilities for limitations of the new article by including a notification obligation and a substantive assessment framework (necessity, subsidiarity and proportionality).

In the article it is furthermore concluded that the proposals in the *verklaringswet* could have provided greater *added value* to the European regulations by including the requirement of prior review in more cases than these regulations demand. Including in the Constitution a notification obligation and review criteria concerning necessity, subsidiarity and proportionality could also have led to a better protection of rights compared to the ECHR and the Charter. With respect to clarification of the term ‘national security’, it is still possible to achieve added value. Currently, the constitutional legislature follows the interpretation of this term provided by the ECtHR. The explanatory notes to the proposals in the *verklaringswet* could perhaps provide further explanation and examples from which the term ‘national security’ should be understood in the Dutch context. By providing this kind of clarification, it is still possible to add some meaning to the proposed amendment of Article 13 of the Constitution. It is therefore recommended that use is made of this possibility to provide clarification when the *verklaringswet* is discussed in Parliament in the second reading of the reform process.

3 OVERARCHING CONCLUSIONS

1) Nuanced picture

In order to legitimize, regulate and limit government action, it is vital that the fundamental rights in the Constitution keep pace with developments in relation to multi-actorialization, proceduralization and digitalization. Research into the extent to which this is achieved gives a nuanced picture. It would be incorrect to say that the Constitution is totally failing in exercising its normative function. It is clear, for instance, that the way in which developments related to multi-actorialization of fundamental rights are dealt with on the basis of the Constitution is positive. Thus it can be argued that the status quo in relation to the application of the personal scope of the Constitution must be retained. The same applies for the current requirement that limitations on fundamental rights must always have a basis in an Act of Parliament.

In other areas, however, the articles in this thesis confirm that the normative power of the Constitution does have weaknesses; in particular when it comes to keeping pace with developments involving proceduralization and digitalization. This calls for targeted amendments in the fundamental rights chapter of the Constitution. To be able to provide regulation in times of proceduralization, it is necessary that the exercise of the administration of justice and the exercise of administrative authority are regulated in the Constitution. This can be done by incorporating the right to a fair trial and the right to good administration in the Constitution. The added value of these rights, compared to existing rights in the ECHR and Charter, is not so much that directly far-

reaching protection is provided as a result, but more that legitimacy and authorization can be provided to the courts and legislature to allow them to develop this far-reaching protection.

To be able to regulate in times of digitalization, it is essential that the provisions on the right to freedom of expression (Article 7) and the right to secrecy of communications (Article 13) are amended in the Constitution. First, these fundamental rights provisions must be based on concepts that are formulated in a technology-neutral manner. By applying such neutral concepts, these provisions will be able to provide effective regulation; not just now, but also in the future. In the *verklaringswet* related to the amendment of Article 13 of the Constitution, this requirement is expressed to a certain extent. In addition, it is essential that these fundamental rights provisions include more detailed criteria on restrictions, as is the case in the ECHR provisions. This not only concerns setting additional procedural criteria, such as certain supervision requirements or a notification obligation, but in particular also setting substantive criteria, such as requirements concerning necessity, subsidiarity, and proportionality, and/or a core rights provision. This is recommended because the current constitutional system of limitations – in which only the requirement of an Act of Parliament is applied – is perhaps of value from a procedural perspective, but comes up short when it comes to substance. This system gives the legislature virtually unimpeded powers of limitation where substantive criteria play no role. Including more detailed restriction requirements can lead to better regulation and can also offer better guidance when establishing restrictions, so that ultimately the strength of the requirement of an Act of Parliament will be reinforced. In addition, by including the abovementioned restriction criteria, the possibility arises to provide additional fundamental rights protection when compared to the European treaties. After all, many of these criteria for restrictions contain norms that the Dutch courts can give substance to in a more concrete or stricter manner than the European courts currently do. In this way, account can be taken of not only local, Dutch, requirements, but it will also be possible to adapt to new (digital) developments in society.

2) Explanations

From the above, it appears that a number of factors can explain the lack of normative significance of the fundamental rights in the Constitution:

- Certain fundamental rights are not protected in the Constitution.
- Fundamental rights provisions in the Constitution do not provide the courts and legislature legitimacy to further develop national protection of fundamental rights.
- Fundamental rights provisions in the Constitution are not formulated in a technology-neutral manner.
- Fundamental rights provisions in the Constitution do not contain, or contain very little, detailed criteria on restrictions.

As a result of these factors, various matters over which the government exercises many powers are not legitimized, regulated and limited in the Constitution and fundamental rights provisions in the Constitution are not fulfilling their role adequately in the international system of protection of fundamental rights. Since these provisions are not always in line with the ECHR and Charter, and offer little additional protection compared to these sources of law, the Netherlands has to rely on the protection provided in the European conventions when it comes to the protection of fundamental rights. These conventions, however, assume that the European protection is subsidiary to the protection provided at the national level.

3) Amendments urgently required

Considering the normative function of the Constitution, there is reason to amend the Constitution if the fundamental rights provisions are inadequate to legitimize, regulate and limit government authority. This is the case when in a separate fundamental rights provision multiple factors of the factors mentioned above converge. In the four fundamental rights considered in this thesis, it is precisely this type of overlap that is identified. When considering the right to a fair trial and the right to good administration, for example, these rights are currently not protected at all in the Constitution. Therefore, the Constitution cannot adapt to recent developments, which results in the fact that the government is insufficiently legitimized and limited by the Constitution, and in the fact that the Constitution is not in line with the protection in the European conventions. What is more, because of the absence of these fundamental rights, the courts and the legislature are provided no legitimacy to further develop fundamental rights protection. This means that the Constitution cannot offer far-reaching protection geared towards the national legal system that supplements the fundamental rights contained in the ECHR and the Charter. As a result, when it comes to protecting the fundamental right to a fair trial and the fundamental right to good administration, the Netherlands relies on the protection provided by the ECHR and the Charter. The Constitution, therefore, is unable to fulfil its role in the international system of fundamental rights protection. Because of these converging factors, it follows that it is necessary to include the right to a fair trial and the right to good administration in the Constitution. With respect to the right to a fair trial this call has been responded to with a *verklaringswet* which is now awaiting consideration at second reading in Parliament. Up to now there has been no similar proposal in relation to the right to good administration. The proposal in this thesis to include the right to good administration could serve as inspiration for incorporating such a right in the Constitution.

Contrary to the right to a fair trial and the right to good administration, the right to freedom of expression and the right to secrecy of communications *are* included in the Constitution. However, these constitutional provisions have not been formulated in a technology-neutral manner and these rights apply no detailed (substantive) criteria for limitations. As a result, these fundamental rights provisions are not in line with the protection provided by the equivalent rights in the ECHR and the Charter. The lack of such criteria means that adaptations cannot be made in response to recent developments – particularly digitalization – and therefore government actions cannot

be adequately legitimized and regulated. Thus, the Constitution is unable to fulfil its role in the international legal system because it can offer no additional fundamental rights protection compared to the ECHR and the Charter. This additional protection could be offered if more precise criteria for limitations were to be included in the Constitution. Such criteria would offer clearer support to the legislature and administrative bodies in their consideration of which limitations they may reasonably apply, and in addition, they would regulate their power to implement limitations. Besides this, such criteria provide the courts with clearer guidance on further developing the concepts contained in the Constitution and provide a fundamental rights protection that is geared to the national legal system. From the above, it can be concluded that a combination of factors is also evident in relation to the right to freedom of expression and the right to secrecy of communications. Thus, an amendment to Article 7 and Article 13 of the Constitution is required. In view of the recently adopted *verklaringswet*, it appears that an amendment to the right to secrecy of communications is pending. However, in this thesis it was also concluded that this proposed amendment does not sufficiently take account of all of the abovementioned factors. With respect to the right to freedom of expression, no proposal at all has been made for an amendment. The suggestions that have been put forward in this thesis in respect of these fundamental rights could serve as inspiration for the incorporation of fundamental rights in the Constitution that do take account of the factors mentioned.

Lijst van aangehaalde literatuur*

Aanbevelingen Nationale Conventie 2006

Hart voor de publieke zaak, Aanbevelingen van de Nationale Conventie voor de 21^e eeuw, Den Haag september 2006

Addink 2019

H. Addink, *Good governance: concept and context*, Oxford: Oxford University Press 2019

Addink 2012

H. Addink, 'Het concept van 'goed bestuur' in het bestuursrecht en de praktische consequenties daarvan', *Ars Aequi* 2012 (april)

Advies NJCM 2014

NJCM, Advies grondwetswijziging recht op een eerlijk proces, 14 oktober 2014

Advies Raad van State Rijksinitiatiefvoorstel 2019

Advies Raad van State inzake Rijksinitiatiefvoorstel van de leden Verhoeven en Jetten over de verandering in de Grondwet, 10 december 2019, *Kamerstukken II* 2019/20, 35202 (R2106), nr. 4

Advies Raad van State digitalisering 2018

Ongevraagd advies van de Raad van State over de effecten van digitalisering voor de rechtstatelijke verhoudingen, 31 augustus 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, nr. 557

Advies Raad van State staatscommissie Grondwet 2008

Advies Raad van State inzake opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet, 14 april 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, 31570, nr. 3

Advies Raad van State wijziging artikel 13 Grondwet

Advies Raad van State bij het wijzigingsvoorstel van artikel 13 Grondwet, 14 januari 2014, *Kamerstukken II*, 2013/14, 33989, nr. 4

Advies Raad voor de Rechtspraak 2014

Raad voor de Rechtspraak, Advies grondwetswijziging recht op een eerlijk proces, 19 december 2014

Alberdingk Thijm 2018

C. Alberdingk Thijm, 'Onze Grondwet is een doods instrument', *NRC Handelsblad* 28 juni 2018, online via: <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/06/28/onze-grondwet-is-een-doods-instrument-a1608196>

Annual Report 2018 ECHR

Annual Report 2018 European Court of Human Rights, Council of Europe 2019, online via: https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf

Arai-Takahashi 2002

Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen: Intersentia 2002

Asscher 1999

L.F. Asscher, 'Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie', *ITeR* 1999

* Alle websites zijn voor het laatst geraadpleegd op 18 december 2019.

Asscher 2002

L. F. Asscher, *Communicatiegrondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002

Balkin 2018

J.M. Balkin, 'Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation', *UC Davis Law Review* 2018, Vol. 51

Barkhuysen 2013

T. Barkhuysen, 'De rechter en het Europese maaiveld', *NJB* 2010/2010, afl. 33

Barkhuysen 2005

T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, VAR-reeks, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2005

Barkhuysen e.a. 2009

T. Barkhuysen e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009

Barkhuysen & Bos 2014

T. Barkhuysen & A. W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014', *JBplus* 2014/2

Barkhuysen & Den Ouden 2015

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2015/732.

Barkhuysen & Van Emmerik 2016

T. Barkhuysen & M.L. Van Emmerik, *Kudla. Redelijke termijn*. In: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB klassiek*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016

Barhuysen & Van Emmerik 2013

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM', *TMA* 2006, afl. 4

Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009

T. Barkhuysen, M. van Emmerik & J. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet? Behoefte de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009

Barkhuysen & Widdershoven 2016

T. Barkhuysen & R.J.G.M. Widdershoven, *Åkerberg Fransson. Reikwijdte en inhoud Handvest van de Grondrechten van de EU*. In: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB klassiek*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016.

Bojarski e.a. 2014

L. Bojarski e.a., *The Charter of Fundamental Rights as a Living Instrument- Manual*, Rome-Warsaw-Vienna 2014

Boogaard 2017

G. Boogaard, 'De vrijheid van meningsuiting van Turkse ministers', *Publiekrecht & Politiek*, 14 maart 2017, online via: <http://www.publiekrechtropolitiek.nl/de-vrijheid-van-meningsuiting-van-turkse-ministers/>

Booth, Papaioannou & Sutton 2012

A. Booth, D. Papaioannou & A. Sutton, *Systematic approaches to a successful literature review*, London: Sage Publications Ltd 2012

Bosek 2016

L. Bosek, 'Art. 31', in M. Safjan & L. Bosek (eds.), *Konstytucja RP Vol. I, Komentarz Art. 1-86* (The Constitution of the Republic of Poland. Vol. I. Commentary to art.1-86), Warchau: C.H. Beck 2016

Bouma 2019

F. Bouma, 'Inreisverbod voor Amerikaanse haatprediker tegen Joden en LHBTI's', *NRC Handelsblad* 2 mei 2019, online via: <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/05/02/inreisverbod-voor-amerikaanse-haatprediker-tegen-joden-en-lhbtis-a3958894>

Bousta 2013

R. Bousta, 'Who Said There is a "Right to Good Administration?": A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union', *European Public Law* 2013

Bovend'Eert 2016

P.P. T. Bovend'Eert, 'Een bijzondere positivist uit Nijmegen. In memoriam Tijn Kortmann (1944-2016)', *TvCR* 2016/2

Brems 1996

E. Brems, 'The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, vol. 56

Brouwer 2016

J.G. Brouwer, 'Haatpredikers, openbare orde en het censuurverbod', *NJB* 2016/556, 11

Brouwer & Roorda 2017

J.G. Brouwer & B. Roorda, 'Openbare orde geen argument om Turkse minister het spreken te beletten', Centrum voor Openbare Orde en Veiligheid, 10 maart 2017, online via: <https://www.openbareorde.nl/tijdschrift/onmogelijk-om-turkse-minister-het-spreken-te-beletten/>

Brouwer & Schilder 2018

J.G. Brouwer & J. Schilder, 'Het gebiedsverbod als wapen tegen verspreiding van jihadistisch gedachtegoed', *JV* 2018/2

Buijze 2016

A. Buijze, 'Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht', *JBPLUS* 2016/4

Buijze 2014

A.W.G.J. Buijze, 'Mogelijke vormen van regulering bij gebiedsontwikkeling' in: *Duurzame gebiedsontwikkeling: over vormen van regulering en de rol van aanbesteding*, Den Haag: BJu 2014

Bulterman 2015

M. Bulterman, 'Ontwikkelingen in de Luxemburgse rechtspraak' in J.H. Gerards, H. De Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest*. Doorwerking, consequenties, perspectieven, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Bunschoten 2018

D.E. Bunschoten, 'Vrijheid van meningsuiting', *T&C Grondwet en Statuut, commentaar op 7 Gw*, 2018

Burkens e.a. 2012

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtstaat*, Deventer: Kluwer 2012

Canotilho 2003

J.J.G. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina 2003

Christoffersen 2009

J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2009

Cliteur 2017

P.B. Cliteur, 'Herbezinning op wettelijk kader ter bestrijding van antidemocratische bewegingen is nodig', *NJB* 2017/1458

Cooter 2000

R.D. Cooter, *The strategic Constitution*, Princeton New Jersey: Princeton University Press 2000

Coppel & O'Neill 1992

J. Coppel & A. O'Neill, 'The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?', *Common Market Law Review* 1992, 29

Council of Europe 2010

Council of Europe, *The Conscience of Europe. 50 Years of the European Court of Human Rights* 2010

Coutinho 2013

F.P. Coutinho, 'O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Imprensa: os casos portugueses', 2013, online via: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/FPC_MA_24220.pdf

Couwenberg 2003

W. Couwenberg, 'De grondwet als bron van normativiteit en identiteit' *Civis Mundi*, 3/4, 2003

Craig 2014

P. Craig, 'Article 41', in: S. Peers e.a (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014

Curry-Summer e.a. 2010

I. Curry-Summer e.a., *Onderzoeksvaardigheden. Instructie voor juristen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010

Curtin & Van Ooik 2001

D. Curtin & R. van Ooik, 'The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, 8, no. 1

De Bock 2011

R.H. De Bock, 'Tussen waarheid en onzekerheid', *Burgerlijk Proces & Praktijk*, 2011, nr. XI

De Graaf 2017

J. De Graaf, 'Red de democratie, stop de Sleepwet!', *Joop* 7 oktober 2017, online via: <https://joop.bnnvara.nl/opinies/red-de-democratie-stop-de-sleepwet>

De Graaff 2016

R. de Graaff, 'De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten', *Themis* 2016, afl. 4

De grondwetsherziening 2006

De grondwetsherziening 2006, Naar een nieuwe grondwet. Documentatiereeks deel 39, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2006

De Jong

T. de Jong, *Procedurale waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Universiteit Leiden), Wolters Kluwer 2017

De Lange, Leeuw & Mevis 2009

R. de Lange, B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, *Grondwet en het recht op een eerlijk proces. Algemene verkenning en uitwerking voor het strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009

De Meij 2001

J.M. de Meij, 'Grondrechten in het digitale tijdperk. Van drukpersvrijheid en briefgeheim naar communicatievrijheid en communicatiegeheim', *NTM/NJCM-Bulletin* 2001

De Meij e.a. 2000

J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgeverij 2000

De Mol 2019

M. De Mol, 'Het leerstuk van de horizontale directe werking van Uniegrondrechten op de voet gevolgd', *Ars Aequi* mei 2019

De Mol 2016

M. De Mol, 'Article 51 of the Charter in the legislative processes of the Member States', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 23, Issue 4, 2016

De Mol, Pahladsingh & Van Heijningen 2012

M. de Mol, A. Pahladsingh & L.R. van Heijningen, 'Inroepbaarheid in rechte van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: Toepassingsgebied en het onderscheid tussen 'rechten' en 'beginselen', *SEW* 2012/6

De Vries 2013

S. De Vries, 'The protection of fundamental rights within Europe's Internal Market after Lisbon—an endeavour for more harmony', in S. De Vries & U. Bernitz (eds.), *Protection of Fundamental Rights in the EU after Lisbon*, Oxford: Hart Publishing Ltd 2013

De Werd 2019

M. de Werd, *De derde staatsmacht: over kracht en kwetsbaarheid van rechtspraak* (oratie Amsterdam UvA) 2019, online via <https://www.recht.nl/nieuws/staatsrecht/173674/de-derde-staatsmacht-over-kracht-en-kwetsbaarheid-van-rechtspraak/>

DenkWerk 2019

DenkWerk, *Arbeid in Transitie. Hoe mens en technologie samen kunnen werken*, Januari 2019, online via: https://denkwerk.online/media/1048/denkwerk_arbeidintransitie_hoge_resolutie.pdf

Dirkzwager 2018

J. Dirkzwager, 'Gezonde democratie vereist tegenmacht', *NRC handelsblad* 6 juli 2018, online via: <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/07/06/constitutionele-toetsing-gezonde-democratie-vereist-tegenmacht-a1609091>

Dommering 2013

E. Dommering, 'Het derde voorstel tot een 'technisch neutrale' wijziging van artikel 13 Gw', *Ars Aequi* 2013

Dommering 2003

E.J. Dommering, 'Grensoverschrijdende censuur: Het EVRM en de oude en nieuwe media', *Auteurs & Media* 2003

Dommering NJ 1994, 102

Annotatie E.J. Dommering bij EHRM 23 april 1994, ECLI:NL:XX:1992:AD1657, *NJ* 1994, 102 (*Castells t. Spanje*)

Dommering NJ 2003/670

Annotatie E.J. Dommering bij EHRM 25 september 2001, 44787/98, *NJ* 2003/670 (*P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*)

Douglas-Scott 2011

S. Douglas-Scott, 'The European Union and human rights after the Treaty of Lisbon', *Human rights law review* 2011, 11.4

Eindrapport Commissie Polak 1985

Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in de regelgeving*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985

Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel 2018

Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage dijken, hoge drempels: Democratie en rechtsstaat in balans*, Eindrapport, Amsterdam: Boom 2018

Eliantonio & Muir 2015

M. Eliantonio & E. Muir, 'Conclusions on the 'Proceduralisation' of EU Law Through the Backdoor', *REALaw*, 2015/1

Emaus 2015

J.M. Emaus, 'Rechten, beginselen en horizontale directe werking van de grondrechten uit het EU-Handvest', *NTBR* 2015/10

Emberland 2006

M. Emberland, *The Human Rights of Companies, Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford: Oxford University Press 2006

Eskens 2015

S. Eskens, 'Ongerichte interceptie, of het verwerven van bulkcommunicatie, en waarom de Grondwet en het EVRM onvoldoende tegenwicht bieden', *Computerrecht* 2015/85

Fallon 2005

R.H. Fallon, 'Legitimacy and the Constitution', *Harvard Law Review*, Vol. 118, No. 6 2005

Franken 2009

A.A. Franken, 'Proportionaliteit en subsidiariteit in de opsporing', *Delikt en Delinkwent* 2009/8

Fura-Sandström 2007

E. Fura-Sandström, 'Business and Human Rights – Who Cares?', in L. Caflish et al. (eds.), *Human Rights – Strasbourg Views / Droits de l'Homme – Regards de Strasbourg. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl: N.P. Engel Verlag 2007

Gerards 2019a

J.H. Gerards, 'Commentaar op Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden art. 10', *Sdu Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens* (bijgewerkt tot 15 januari 2019 door J.H. Gerards)

Gerards 2019b

J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019

Gerards 2019c

J.H. Gerards, 'Grondrechten in de platformeconomie', in: J.H. Gerards & A.C. van Schaik (eds.), *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten*, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2019

Gerards 2017

J. Gerards, *Grondrechten onder spanning. Bescherming van fundamentele rechten in een complexe samenleving* (oratie: Utrecht) 2017

Gerards 2016

J.H. Gerards, 'The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing it', *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2016/2, vol. 77

Gerards 2015

J. Gerards, 'Who Decides on Fundamental Rights Issues in Europe? Towards a mechanism to Coordinate the Roles of the National Courts, the ECJ and the ECtHR', in S. Weatherill and S. de Vries (eds.), *Five years legally binding EU Charter of Fundamental Rights - What is the state of play in the protection of fundamental Rights in the EU?* Oxford: Hart Publishing Ltd 2015

Gerards 2014

J.H. Gerards, 'Fundamentele rechten – een aparte categorie', in: M. Groenhuisen, E. Hondius & A. Soeteman (red.), *Recht in geding*, Amsterdam: Boom Juridische uitgevers 2014

Gerards 2013a

J.H. Gerards, 'Een algemene bepaling in de Grondwet?', in: *De grondwetsherziening van 1983: 30 jaar oud of 30 jaar jong?*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2013

Gerards 2013b

J.H. Gerards, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 2013/3

Gerards 2012a

J.H. Gerards, 'Oordelen over grondrechtzaken. Rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland', in: L. de Groot en H. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012

Gerards 2012b

J.H. Gerards, 'Beginselrecht 'in de regel'. De juridische meerwaarde van het vastleggen van algemene rechtsbeginselen', in: R.J.N. Schlossels e.a., *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Kluwer: Deventer 2012b

Gerards 2011

J.H. Gerards, *EVRM - Algemene beginselen*. Den Haag: Sdu 2011

Gerards 2010a

J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TvCR* 2010/3

Gerards 2010b

J.H. Gerards, 'Meer rechtsbeginselen in de Awb? Gezichtspunten voor toekomstige codificatie', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010

Gerards EHRC 2016/66

Annotatie J.H. Gerards bij HvJ EU 18 februari 2016, C-176/13P, ECLI:EU:C:2016:96, *EHRC* 2016/66 (*Bank Mellat II*)

Gerards EHRC 2013/250

Annotatie J.H. Gerards bij GEA 29 januari 2013, T-496/10, ECLI:EU:T:2013:39, *EHRC* 2013/250 (*Bank Mellat I*)

Gerards NTM 2016/3

J.H. Gerards, 'Artikel 1 Grondwet – Goede gronden voor wijziging?', *NTM* 2016/3

Gerards e.a. 2013

J. Gerards e.a., (red), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013

Gerards & Brems 2017

J.H. Gerards & E. Brems, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017

Gerards & Claes 2012

J.H. Gerards & M.C. Claes, 'National report – The Netherlands', in: J. Laffranque (ed.), *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Reports of the XXV FIDE Congress, Vol. 1, Tallinn, Estonian Lawyers Association 2012

Gerards & Claes SEW 2012

J.H. Gerards & M.C. Claes, 'Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon', *SEW*, 2012, nr. 7

Glendon 1991

M.A. Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York: The Free Press 1991

Gouveia 2002

J.B. Gouveia, 'As Associações Públicas Profissionais no Direito Português' 2002, online via: https://portal.oa.pt/media/117223/jbg_ma_14420.pdf

Gouveia 2015

J.B. Gouveia, 'Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', *Revista de Direito UFMS*, MS Edição Especial 2015, Jan./Jun

Greer 2009

S. Greer, 'Being "realistic" about human rights', *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2009, 60, no. 2

Greer, Gerards & Slowe 2018

S. Greer, J.H. Gerards & R. Slowe, *Human rights in the Council of Europe and the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press 2018

Griffioen 2010

H.M. Griffioen, 'Wankelmoedige kolos: een functionele analyse van de Grondwet', *TvCR* 2010/4

Groothuis 2009

M.M. Groothuis, 'Internetcensuur' in: E. Visser & M. Weij (red.), *Who controls the Internet?*, Amsterdam: Reed Business 2009

Guide Article 6 ECHR 2013

Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (civil limb), Council of Europe/ European Court of Human Rights, 2013

Guide Article 8 ECHR 2017

Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence, European Court of Human Rights (versie 30 april 2017)

Guidelines on Freedom of Association 2015

Council of Europe, *Guidelines on Freedom of Association*, Warsaw: OSCE's Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) 2015

Guzman & Linos

A.T. Guzman & K. Linos, 'Human Rights Backsliding', *California Law Review* 2014, 102

Hagens 2018 EHRC 2018/85

Annotatie M. Hagens bij EHRM 8 februari 2018, 31446/12 *EHRC* 2018/85 (*Ben Faiza t. Frankrijk*)

Heemskerk 1989

G. Heemskerk, 'Aanstotelijk voor de eerbaarheid': gemeentelijk toezicht op leesbibliotheken', *Literatuur* 1989, Jaargang 6

Heringa e.a. 2015

A.W. Heringa e.a. *Staatsrecht*, Deventer: WoltersKluwer 2015

Hins 2018

W. Hins, 'de taak van sociale media bij het bestrijden van desinformatie', *Mediaforum* 2018/6

Hins 2010

A.W. Hins, 'Computercriminaliteit en historisch besef', *Mediaforum* 2010/10

Hins 1993

A.W. Hins, 'Uitingsvrijheid voor de staat?' *Mediaforum* 1993/10

Hirsch Ballin 2019

E. Hirsch Ballin, 'De rol van de wetgever, vijftig jaar verder', *Preadvies voor de jaarvergadering 2019 van de NVW* 2019

Hofman 1995

J.A. Hofman, *Vertrouwelijke communicatie: een rechtsvergelijkende studie over de geheimhouding van communicatie in grondrechtelijk perspectief naar internationaal, Nederlands en Duits recht*, (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Hofmann & Mihaescu Evans 2013

C.H. Hofmann & B.C. Mihaescu Evans, 'The Relation between the Charter's Fundamental Rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good Administration as the Test Case', *European Constitutional Law Review* 2013

Howarth 2009

W. Howarth, 'Aspirations and Realities under the Water Framework Directive: Proceduralisation, Participation and Practicalities', *Journal of Environmental Law*, Vol. 21, Issue 3, 1, 2009

Huijbers 2019

L.M. Huijbers, *Process-based Fundamental Rights Review. Practice, Concept and Theory*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2019

Hutchinson 1999

M.R. Hutchinson, 'The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights', *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Issue 3 1999

IJzermans 2015

M.G. IJzermans, 'Lessen geleerd: onderwerp, object, en theoretisch kader van rechts-wetenschappelijk onderzoek', *Law and Method* December 2015

Jaarverslag Raad Van State 2018

Raad van State, Jaarverslag 2018, Den Haag april 2019, online via: <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/>

Jaarverslag Raad van State 2016

Raad van State, Jaarverslag 2016, Den Haag april 2017, online via: <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2016/>

Jak 2019

N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Algemene wet bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Jans e.a. 2011

Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011

Julicher NTB 2019/44

M.M. Julicher, 'Hoe behoorlijk is de Grondwet?', *NTB* 2019/44

Julicher TvCR 2019/3

M.M. Julicher, 'Red het censuurverbod: schaf het af!', *TvCR* 2019/3

Julicher NTM/NJCM-Bulletin, 2019/9

M.M. Julicher, 'De wijziging van het communicatiegeheim in de Grondwet: een gemiste kans?', *NTM/NJCM-Bulletin*, 2019/9

Julicher ULR 2019/1

M.M. Julicher et.al., 'Protection of the EU Charter for Private Legal Entities and Public Authorities? The Personal Scope of Fundamental Rights within Europe Compared', *ULR* 2019/1

Julicher 2018

M.M. Julicher, 'Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en...de Grondwet!', *TvCR* 2018/1

Klink 1998

M.J. van Klink, *De wet als symbol*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998

Koops 2014

B.J. Koops, 'De Grondwet. Artikel 13 – Vertrouwelijke communicatie', *Nederland Rechtsstaat. Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, januari 2014

Koops & Smits 2014

B.J. Koops & J. Smits, *Verkeersgegevens en artikel 13 Grondwet*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014

Kortmann 2016

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, 'Wegwerprecht, oude dame of frisse juf', in: *De Grondwet herzien. 25 jaar later*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008

Kortmann 2002

C.A.J.M. Kortmann, 'Uit of in de Grondwet?', *RegelMaat* 2002/3

Kortmann 1999

C.A.J.M. Kortmann, 'Een beetje wel, maar verder niet', *Millenniumrubriek Ars Aequi*, 48, 1999

Kortmann 1993

C.A.J.M. Kortmann, 'Vrijheid van meningsuiting voor de regering?' *NJB* 1993/10

Kummeling 1999

H.R.B.M. Kummeling, 'Naar een nieuwe Grondwet?' *Millenniumrubriek Ars Aequi*, 48, 1999

Leeuw 2013

B.J.G. Leeuw, *Grondwet en eerlijk proces*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013

Loenen NTM 2016/3

M.L.P. Loenen, 'Wijzigen of handhaven artikel 1 Grondwet: Bij twijfel niet inhalen', *NTM* 2016/3

Lokin & Zwolve 2006

J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Bju 2006

Loof e.a. 2015

Loof e.a., *Het mensenrechtenkader voor het Nederlandse stelsel van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten*, Universiteit Leiden, Augustus 2015

MacKinnon e.a. 2015

R. MacKinnon, e.a., *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*, Parijs: Unesco 2015

Maris 2008

A.G. Maris, *Grondrechten tegen, jegens en voor de overheid*, Deventer: Kluwer 2008

Maxwell 2005

J.A. Maxwell, *Qualitative research design. An Interactive Approach*. London: Sage Publications Ltd 2005, Vol. 42

Mihaescu Evans 2015

B.C. Mihaescu Evans, *The right to good administration at the crossroads of the various sources of fundamental rights in the EU integrated administrative system* (diss. University of Luxembourg), Baden-Baden: Nomos 2015

Miranda & Medeiros 2010

J. Miranda & R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora 2010

Morijn 2006

J. Morijn, 'Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution' *European Law Journal* 2006, 12, no. 1.

Mota 2017

F.T. Mota, 'Liberdade de expressão – a jurisprudência do TEDH e os tribunais portugueses', *Julgar* 2017, no. 32

Munniksmā e.a. 2018

A. Munniksmā, e.a., *Burgerschap in het voortgezet onderwijs. Nederland in vergelijkend perspectief* Amsterdam 2018

Nap 2009

M. Nap, 'De waardenloze Nederlandse Grondwet', *Denkwijzer- Kwartaalblad Wetenschappelijk Instituut van de ChristenUnie* 2009

Nehmelman & Noorlander 2013

R. Nehmelman & N. Noorlander, *Horizontalisering van grondrechten: over een leerstuk in ontwikkeling*, Deventer: Kluwer 2013

Nicolai 1990

P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990

Nieuwelink 2016

H. Nieuwelink, *Becoming a democratic citizen. A study among Adolescents in Different Educational Tracks*. Amsterdam 2016

Nieuwenhuis 2015

A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015

Nieuwenhuis 2013

A.J. Nieuwenhuis, 'Vrijheid van meningsuiting', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013

Nieuwenhuis 2011

A.J. Nieuwenhuis, 'Achtergrond en huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlot', *NTM/NJCM-Bulletin* 2011

Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2014

A.J. Nieuwenhuis, M. den Heijer & A.W. Hins, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014

Notitie Herziening Grondwet 2014

Notitie Herziening Grondwet, 28 november 2014, *Kamerstukken I*, 2014/15, 31570, L

Nouwt e.a. 2000

J. Nouwt e.a., 'Grondrechten in het digitale tijdperk', *NJB* 75(27), 2000

Novais 2010

J.R. Novais, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora 2010

Ohlin 2005

J.D. Ohlin, 'Is the Concept of the Person Necessary for Human Rights?', *Columbia Law Review* 2005, 105

Oliver 2009

P. Oliver, 'The protection of privacy in the economic sphere before the European Court of Justice', *Common Market Law Review* 2009, 46

Oomen 2009

B. Oomen, 'Constitutioneel bewustzijn in Nederland: van burgerzin, burgerschap en de onzichtbare grondwet', *Recht der Werkelijkheid* 2009/2

Oomen 2007

B. Oomen, 'Wij moeten nodig eens over onze Grondwet praten', *Volkscrant* 27 oktober 2007, online via: <https://www.volkscrant.nl/nieuws-achtergrond/wij-moeten-nodig-eens-over-onze-grondwet-praten~b16b723d/>

Oomen & Lelieveldt 2008

B. Oomen & H.T. Lelieveldt in 'Onbekend maar niet onbemind. Wat weet en vindt de Nederlander van de Grondwet?', *NJB* 2008, nr. 10

OpenNet Initiative

About Filtering, OpenNet Initiative, online via: <https://opennet.net/about-filtering>

Parool 2019

'Halsema: 'Komst van prediker Anderson is zeer onwenselijk'', *ANP/Parool* 24 april 2019, online via: <https://www.parool.nl/nederland/halsema-komst-van-prediker-anderson-is-zeer-onwenselijk~ba00f585/>

Peters 2003

J.A. Peters, 'Wie beschermt onze grondwet?' (Oratie: Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003

Pieterman & Arnoldussen 2008

R. Pieterman & T. Arnoldussen, 'Het voorzorgbeginsel: over ideologie en onzekerheid', *Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2008, afl 3

Polak 1987

J.E.M. Polak, 'Onrechtmatige wetgeving', in: *De rechter en onrechtmatige wetgeving, Preadviezen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987

Prechal 2016

S. Prechal, 'The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What has the Charter Changed?', in: C. Paulussen e.a., *Fundamental Rights in International and European Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2016

Rapport commissie-Dessens 2013

Commissie Dessens, *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002*, 3 december 2013, online via: <https://www.aivd.nl/documenten/rapporten/2013/12/02/rapport-commissie-dessens-met-evaluatie-wiv-2002>

Rapport commissie GDT 2000

Rapport commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, mei 2000, *Kamerstukken II 2000/01*, 27460, nr. 1, bijlage

Rapport ECHR National security case law 2013

European Court of Human Rights, Research Division, *National security and European case-law*, November 2013, online via: <https://rm.coe.int/168067d214>

Rapport Rathenau Instituut 2018

L. Kool, E. Dujso, & R. van Est, *Doelgericht digitaliseren – Hoe Nederland werkt aan een digitale transitie waarin mensen en waarden centraal staan*. Den Haag: Rathenau Instituut 2018

Rapport staatscommissie Grondwet 2010

Rapport staatscommissie Grondwet, Den Haag: november 2010 (*Kamerstukken II 2010/11*, 31570, nr. 17, bijlage)

Reactie CBP 2013

Reactie College Bescherming Persoonsgegevens over het conceptwetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet, 11 februari 2013, online via https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/downloads/adv/z2012-00746_bijlage.pdf

Reactie CRM

Reactie College voor de Rechten van de Mens op conceptwetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet, online via: <https://www.mensenrechten.nl/nl/nieuws/college-adviseert-over-conceptwetsvoorstel-aanpassing-artikel-13-grondwet>

Reactie NJCM

Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, Reactie op het conceptwetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet, 20 december 2012, online via: <https://njcm.nl/actueel/reactie-op-wijziging-van-artikel-13-grondwet-briefgeheim/>

Report EU Charter 2018

2018 report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights, European Commission 2019, online via: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018_annual_report_charter_en_0.pdf

Roorda 2017

C. Roorda, 'ICT in de Grondwet: een concreet voorstel', *Mediaforum* 2017 (7/8)

Ruiz Jarabo 2003

P. Ruiz Jarabo, 'Los derechos fundamentales en los poderes públicos: de la legitimación en el proceso a la limitación en el poder', *Revista Jurídica* 2003/9

Sanderink 2019

D.G.J. Sanderink, 'De raakvlakken tussen het EVRM en de Awb', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Sanderink 2014

D.G.J. Sanderink, 'Het 'principle of good governance' in het bestuursrecht', *Trema* 2014/1

Sarmiento, 2013

D. Sarmiento, 'Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe', *Common Market Law Review* 2013/50

Sayers 2007

A. Sayers, 'Tips and tricks in performing a systematic review', *British Journal of General Practice* 2007, 57 (542)

Schellekens 2011

M.H.M. Schellekens, 'Internet-filteren, Komt van het een het ander?', *Mediaforum* 2011/10

Schilder 1995

A.E. Schilder, “‘Dan demonstreren ze maar niet’. Demonstratieverbod tegen extreem-rechts: de openbare orde als smoesje?’, *NJB* 1995, afl. 26.

Schlössels 2016a

R.J.N. Schlössels, ‘Constitutionalisering van behoorlijk bestuur’, *JBPlus*, 2016a, Afl. 4

Schlössels 2016b

R.J.N. Schlössels, ‘Kamino en Datema. Recht op behoorlijk bestuur’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB klassiek*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016b

Schlössels 2012

R.J.N. Schlössels, ‘Rechtsbeginselen en de Algemene wet bestuursrecht: tevreden met een codificatie ‘light’?’, *JBPlus* 2012, vol. 14, issue 2

Schlössels 2004

R.J.N. Schlössels, ‘Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004

Schlössels & Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band I*, Deventer: Kluwer 2010

Schutgens 2012

R.J.B. Schutgens, *Vorm en inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (Oratie: Radboud Universiteit Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2012

SCP burgerperspectieven 2019/1

SCP burgerperspectieven 2019/1, online via: https://www.scp.nl/Publicaties/Alle_publicaties/Publicaties_2019/Burgerperspectieven_2019_1

Sewnandan Mishre 2012

A.J. Sewnandan Mishre, ‘Het belang van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden voor rechtspersonen’, *Vennootschap&Onderneming* 2012, afl. 10

Smits 2015

J. Smits, ‘Alleen het telecommunicatiegeheim: of toch maar niet?’, *Mediaforum* 2015/7

Smolders 2018

A. Smolders, ‘Een wet alleen voor de imam?’, *De Groene Amsterdammer* 2018/16, online via: <https://www.groene.nl/artikel/een-wet-alleen-voor-de-imam>

Snel & Janaina de Moraes 2018

M. Snel & Janaina de Moraes, *Doing a systematic review in legal scholarship*, Eleven International Publishing 2017

Spano 2017

R. Spano, ‘Don’t Kill the Messenger – Delfi and Its Progeny in the Case-Law of the European Court of Human Rights’, Conference ‘Europe After Delfi’, 8 September 2017, University of Tallinn

Staff working document EU Charter 2017

Staff working document on the application of the EU Charter of Fundamental Rights in 2017, European Commission 2018, {COM (2018) 396 final}, online via: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/swd_2018_304_f1_other_staff_working_paper_en_v3_p1_974411.pdf

Staff working document EU Charter 2016

Staff working document on the application of the EU Charter of Fundamental Rights in 2016, European Commission 2017. {COM (2017) 162 final}, online via <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d74ebf9e-3bae-11e7-a08e-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>

Steenbruggen 2009

W.A.M. Steenbruggen, *Publieke dimensies van privé-communicatie, Een onderzoek naar de verantwoordelijkheid van de overheid bij de bescherming van vertrouwelijke communicatie in het digitale tijdperk*, diss. Amsterdam UvA 2009

Storme 2009

M. Storme, 'Lettres Persanes 13. Res publica en rechtsstaat: vrijheid in een onvolmaakte samenleving – Pleidooi voor een functionele (niet te bevlogen) grondwet', *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2009/1

Struycken 1912

A.A.H. Struycken, *De Grondwet: haar karakter en waarde*, Arnhem: Gouda Quint 1912

Teitgen 1993

P.H. Teitgen, 'Introduction to the European Convention on Human Rights' in R.St.J. Macdonald et al.(eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 1993

Thijs 2019

P. Thijs e.a. *Democratische kernwaarden in het voortgezet onderwijs. Jaar 1- 2018-2019*, ADKS, Universiteit van Amsterdam 2019

Thümmel 2019

U. Thümmel, *Of Machines and Men: Optimal Redistributive Policies under Technological Change* (diss.Erasmus Universiteit Rotterdam: Tinbergen Instituut Research Series, No. 730), Rotterdam: Erasmus University Rotterdam 2019

Timmerman 1997

L. Timmerman, 'Hebben rechtspersonen mensenrechten?' *Rechtspleging in het ondernemingsrecht* 1997, 26

Timmermans & Schlössels 2015

L. Timmermans & R. Schlössels, 'Het Unierecht op behoorlijk bestuur' in: J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Tokmetzis & Bol 2018

D. Tokmetzis & R. Bol, 'Dit zijn de argumenten voor en tegen de nieuwe inlichtingenwet', *De Correspondent* 12 maart 2018, online via: <https://decorrespondent.nl/8035/dit-zijn-de-argumenten-voor-en-tegen-de-nieuwe-inlichtingenwet/391280395-3a836c91>

Van Bijsterveld 2008

S.C. van Bijsterveld, 'Op weg naar articulatie van constitutionele identiteit', in: *De Grondwet herzien. 25 jaar later, 1983-2008*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008

Van Bockel & Wattel 2013

B. van Bockel & P. Wattel, 'New Wine into old wineskins: the scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson', *European Law Review* 2013, 38(6)

Van den Brink e.a. 2017

J.E. van den Brink e.a., 'Rechtsbeginselen en fundamentele rechten', in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017

Van den Eijnden 2011

P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* (diss. Nijmegen RUN), Deventer: Kluwer 2011

Van den Eijnden & Van Sasse van Ysselt 2017

P.M. van den Eijnden & P.B.C.D.F. Van Sasse van Ysselt, 'Voorstellen voor een algemene bepaling en het recht op een eerlijk proces in de Grondwet', *TvCR* 2017, afl. 2

Van den Muijsenbergh & Rezai 2012

W.H.A.M. van den Muijsenbergh & S. Rezai, 'Corporations and the European Convention on Human Rights', *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal* 2012, 25

Van der Heijden 2001

G.M.A. Van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en maatschappelijke functie van beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam 2001

Van der Hoeven 1989

J. Van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1989

Van der Pot 2014

Van der Pot, bewerkt door D.J. Elzinga, R. De Lange & H.G. Hoogers, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014

Van der Pot 2006

Van der Pot, bewerkt door D.J. Elzinga & R. De Lange, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014

Van Dijk e.a. 2018

P. Van Dijk e.a., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia 2018

Van Eijk & Eijkman 2018

N. Van Eijk & Q. Eijkman, 'Enkele kanttekeningen bij de Wiv 2017. De uitbreiding van bevoegdheden getoetst aan mensenrechten', *Justitiële Verkenningen* 2008, Jrg. 44, nr. 1

Van Holten & Van Rijswick 2014

S. van Holten & M. van Rijswick, 'The consequences of a governance approach in European Environmental directives for flexibility, effectiveness and legitimacy', in: M. Peeters & R. Uylenburg (eds.), *EU environmental legislation: Legal perspectives on regulatory strategies*, Edward Elgar Publishing 2014

Van Kempen 2018

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig', *Delikt en Delinkwent* 2018/8

Van Male 1988

R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988

Van Sasse van Ysselt 2018

B.C.D.F. Van Sasse van Ysselt, *Realisering van grondrechten* (diss. Amsterdam UvA) 2018

Van Strien 1996

A.L.J. van Strien, 'Rechtspersonen en mensenrechten', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1996, afl. 1

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2014

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van het bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2014

Verhey & Aal 2017

L.F.M. Verhey & C.S. Aal, 'Delegatie van regelgevende bevoegdheid in Nederland: tijd voor herbezinning', *RegelMaat* 2017/4

Vermeulen 1995

B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg – Burkens-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995

Vermeulen 2013

B.P. Vermeulen 'De Grondwet. Artikel 7 – Vrijheid van meningsuiting', *Nederland Rechtsstaat. Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, (bijgewerkt door Jeroen Kiewiet), december 2013

Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018

M.J. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en Grondrechten*, Den Haag: Boom Juridisch 2018

Viering 1994

L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1994

Voermans 2019

W. Voermans, *Het verhaal van de Grondwet*, Amsterdam: Prometheus 2019

Voermans 2015

W.J.M. Voermans, 'De Grondwet - Hoofdstuk 5 – Wetgeving en bestuur', *Nederland Rechtsstaat. Wetenschappelijk commentaar op de Nederlandse Grondwet*, november 2015

Voermans 2013

W. Voermans, 'Juist nu stabiliteit zo gewenst is, hebben we niets aan de Grondwet', *NRC* 9 november 2013, online via: <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/juist-nu-stabiliteit-zo-gewenst-is-hebben-we-niets-aan-de-grondwet~b4f2f8bbb/>

Voorhoof 2015

D. Voorhoof, 'De aansprakelijkheid van online nieuwsplatforms na Delfi', *Mediaforum* 2015/6

Wassens 2019

R. Wassens, 'Kat-en-muisspel om gruwelbeelden', *NRC Handelsblad* 17 maart 2019, online via: <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/03/17/kat-en-muisspel-om-gruwelbeelden-a3953603>

Weatherill 2013

S. Weatherill, 'From Economic Rights to Fundamental Rights', in S. de Vries et al. (eds), *The Protection of Fundamental Rights in the EU after Lisbon*, Oxford: Hart Publishing Ltd 2013

Wellman 1999

Carl Wellman, *The proliferation of rights. Moral progress or Empty Retic?*, New York: Routledge 1999

Widdershoven 2019

R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb binnen het Unierecht: geen rustig bezit', in T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Widdershoven 2014

R.J.G.M. Widdershoven, 'Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity?', *Review of European Administrative Law* 2014, Vol. 7, nr. 2

Widdershoven & Remac 2012

R.J.G.M. Widdershoven & M. Remac, 'General Principles of Law in Administrative Law under European Influence', *European Review of Private Law*, 2012/2

Wohlin 2014

C. Wohlin, 'Guidelines for Snowballing in Systematic Literature Studies and a Replication in Software Engineering', EASE 14 Proceedings of the 18th International Conference on Evaluation and Assessment in Software Engineering, Article No. 38, 2014, online via: <https://dl.acm.org/citation.cfm?id=2601268>

WRR 2008

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Onzekere Veiligheid. Verantwoordelijkheden rondom fysieke veiligheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008

Zuiderveen Borgesius & Steenbruggen 2019

F.J. Zuiderveen Borgesius & W. Steenbruggen, 'The Right to Communications Confidentiality in Europe: Protecting Privacy, Freedom of Expression and Trust', *Theoretical Inquiries in Law* 2018, Vol. 19

Lijst van aangehaalde jurisprudentie*

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- ECRM 11 oktober 1979, nrs. 8348/78 en 8406/78 (*Glimmerveen en Hagenbeek t. Nederland*)
- ECRM 13 mei 1982, nr. 8962/80 (*X en Y t. België*)
- ECRM 27 juni 1994, nr. 21482/93 (*Christie t. UK*)
- ECRM 27 februari 1995, nr. 21353/93 (*B.C. t. Zwitserland*)
- EHRM 23 september 2003, nr. 53984/00 (*Radio France e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 29 juni 2006, nr. 54934/00 (*Weber en Saravia t. Duitsland*)
- ECRM 5 mei 1979, nr. 7805/77, (*Pastor X and the Church of Scientology t. Zweden*)
- EHRM 16 juli 1971, nr. 2614/65 (*Ringelsen t. Oostenrijk*)
- EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71 (*Engel e.a. t. Nederland*)
- EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*)
- EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 9 oktober 1979, NJ 1980, 376 (*Airey t. Ierland*)
- EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk t. Duitsland*)
- EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79 (*Malone t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80 (*X en Y t. Nederland*)
- EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingens t. Oostenrijk*)
- EHRM 21 juni 1988, nr. 10730/84, NJ 1988/746 (*Berrehab t. Nederland*)
- EHRM 12 oktober 1988, nr. 11921/86 (*Verein Kontakt-Information-Therapie (KIT) and Siegfried Hagen t. Oostenrijk*)
- EHRM 24 mei 1989, nr. 10486 (*Hauschildt t. Denemarken*)
- EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84 (*Huvig t. Frankrijk*)
- EHRM 22 mei 1990, nr. 12726/87 (*Autronic A t. Zwitserland*)
- EHRM 3 oktober 1990, Inr. 2963/87 (*Margareta and Roger Andersson t. Zweden*)
- EHRM 7 januari 1991, nr. 15090/89 (*Ayuntamiento de M t. Spanje*)
- EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88 (*Observer en Guardian t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 31 maart 1992, nr. 18020/91 (*X t. Frankrijk*)
- EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88 (*Niemietz t. Duitsland*)
- EHRM 23 november 1993, nr. 14838/89 (*A. t. Frankrijk*)
- EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89 (*Jersild t. Denemarken*)

* De weergave van jurisprudentie in de afzonderlijke hoofdstukken kan op kleine punten verschillen van de weergave van jurisprudentie in deze lijst, omdat in de hoofdstukken zoveel mogelijk is vastgehouden aan de originele publicaties in de tijdschriften (ten behoeve van een overzichtelijk verwijzingsstelsel zijn in de voetnoten bij de hoofdstukken wel enkele wijzigingen doorgevoerd).

- EHRM 9 februari 1995, nr. 16616/90 (*Vereniging Weekblad Bluf! t. Nederland*)
- EHRM 27 april 1995, nr. 15773/89 (*Piermont t. Frankrijk*)
- EHRM 26 maart 1996, nr. 17488/90 (*Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 22 oktober 1996, nr. 22083/93 en 22095/93, NJ 1997/ 449 (*Stubbings e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), m.nt. De Boer
- EHRM 25 juni 1997, nr. 20605/92 (*Halford t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 2 juli 1997, nr. 32540/96 (*Wood t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 21 oktober 1997, nr. 24194/94 (*Pierre-Bloch t. Frankrijk*)
- EHRM 19 december 1997, nr. 26737/95 (*Brualla Gomez de la Torre t. Spanje*)
- EHRM 23 september 1998, nr. 24662/94 (*Lehideux en Isorni t. Frankrijk*)
- EHRM 18 februari 1999, nr. 26083/94 (*Waite and Kennedy t. Germany*)
- EHRM 20 april 1999, nrs. 25088/94, 28331/95 and 28443/95 (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 23 november 1999, nr. 45129/98 (*Municipal Section of Antill t. Frankrijk*)
- EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97 (*Kahn t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 18 mei 2000, nrs. 48391/99 and 48392/99 (*Hatzitakis en burgemeesters van Thermaikos en Mikra t. Griekenland*)
- EHRM 3 oktober 2000, nrs. 42340/98, 41342-44/98 (*Refah Partisi en anderen t. Turkije*)
- EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98 (*Maaouia t. Frankrijk*)
- EHRM 7 juni 2001, nr. 52559/99 (*Danderyds Kommun t. Zweden*)
- EHRM 19 juni 2001, nr. 28249/95, EHRC 2001/ 54 (*Kreuz t. Polen*), m.nt. Heringa
- EHRM 17 juli 2001, nr. 39288/98, EHRC 2001/66 (*Association Ekin t. Frankrijk*), m.nt. J.H. Gerards
- EHRM 25 september 2001, nr. 44787/98, NJ 2003/670 (*P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk*), m.nt. Dommering
- EHRM 25 september 2001, nr. 33368/96 (*Yakis t. Turkije*)
- EHRM 2 oktober 2001, nr. 36022/97 (*Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 14 maart 2002, nr. 26229/95 (*Gawęda t. Polen*)
- EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97 (*Société Colas Est e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 20 Juni 2002, nr. 50963/99 (*Al-Nashif t. Bulgaria*)
- EHRM 13 februari 2003, nrs. 40153/98 en 40160/98 (*Çetin t. Turkije*)
- EHRM 24 juni 2003 (ontv.), nr. 65831/01 (*Garaudy t. Frankrijk*)
- EHRM 28 oktober 2003, nr. 39657/98 (*Steur t. Nederland*)
- EHRM 4 december 2003, nr. 35071/97 (*Gündüz t. Turkije*)
- EHRM 17 februari 2004, nr. 44158/98 (*Gorzelik t. Polen*)
- EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00 (*Éditions Plon t. Frankrijk*)
- EHRM 26 oktober 2004, nr. 41579/98 (*AB Kurt Kellermann t. Zweden*)
- EHRM 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 4651/99 (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*)
- EHRM 5 februari 2005, nr. 68416/01, (*Steel en Morris t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 29 maart 2005, nr. 40287/98 (*Alinak t. Turkije*)
- EHRM 27 september 2005, nr. 50882/99 (*Petri Sallinen en anderen t. Finland*)
- EHRM 8 november 2005, nr. 40663/98 (*Asito t. Moldavië*)
- EHRM 10 januari 2006, nr. 48140/99 (*Teltronic-CAT t. Polen*)
- EHRM 18 april 2006, nr. 29288/02 (*Roseiro Bento t. Portugal*)

- EHRM 20 juni 2006, nr. 20024/04 (*Elahi t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila t. Finland*)
- EHRM 7 december 2006, nr. 35841/02 (*Osterreichischer Rundfunk t. Oostenrijk*)
- EHRM 20 februari 2007, nr. 35222/04 (*Ivanov t. Rusland*)
- EHRM 3 april 2007, nr. 62617/00 (*Copland t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 19 april 2007, nr. 63235/00 (*Eskelinen e.a. t. Finland*)
- EHRM 26 april 2007, nrs. 11182/03 and 11319/03 (*Colaço Mestre and SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A. t. Portugal*)
- EHRM 28 juni 2007, 62540 (*Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev t. Bulgarije*)
- EHRM 13 december 2007, nr. 40998/98 (*Islamic Republic of Iran Shipping Lines t. Turkije*)
- EHRM 22 mei 2008, nr. 65755/01 (*Iliya Stefanov t. Bulgarije*)
- EHRM 1 juli 2008, nr. 58243/00 (*Liberty e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02 (*Salduz t. Turkije*)
- EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04 (*S. en Marper t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 9 december 2008, nr. 1093/08 (*Demirbas e.a. t. Turkije*)
- EHRM 15 januari 2009, nr. 20985/05 (*Orban e.a. t. Frankrijk*)
- EHRM 3 februari 2009, nr. 31276/05 (*Women on Waves e.a. t. Portugal*)
- EHRM 14 april 2009, nr. 11721/04 (*Geraguyn Khorhurd Patgamavorakan Akumb t. Armenië*)
- EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07 (*Feret t. België*)
- EHRM 15 september 2009, nr. 10373/05, EHRC 2009/120 (*Moskal t. Polen*), m.nt. Pennings
- EHRM 13 oktober 2009, nr. 11230/07, (*Panjeheighalehei t. Denemarken*)
- EHRM 18 mei 2010, 26839/05 (*Kennedy t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 20 mei 2010, nr. 2933/03 (*Cox t. Turkije*)
- EHRM 8 juni 2010, nr. 4870/02 (*Gül e.a. t. Turkije*)
- EHRM 2 september 2010, 35623/05 (*Uzun t. Duitsland*)
- EHRM 9 november 2010, nrs. 1093/08, 301/08, 303/08, 306/08, 309/08, 378/08, 382/08, 410/08, 421/08, 773/08, 883/08, 1023/08, 1024/08, 1036/08, 1260/08, 1353/08, 1391/08, 1403/08 and 2278/08 (*Demirbas e.a. t. Turkije*)
- EHRM 7 december 2010, nr. 39324/07 (*Publico - Comunicação Social, S.A. e.a. t. Portugal*)
- EHRM 8 maart 2011, nr. 12739/05 (*Goronova-Karaeneva t. Bulgarije*)
- EHRM 29 maart 2011, nr. 50084/06 (*RTBF t. België*)
- EHRM 10 mei 2011, nr. 48009/08 (*Mosley t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 12 juli 2011, nr. 44759/98 (*Ferrazzini t. Italië*)
- EHRM 20 oktober 2011, nr. 29979/04, (*Rysovskyy t. Oekraïne*)
- EHRM 15 november 2011, nr. 28502/08 (*Transpetrol t. Slowakije*)
- EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*)
- EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06 (*Telegraaf Media e.a. t. Nederland*)
- EHRM 18 december 2012, nr. 3111/10 (*Ahmet Yildirim t. Turkije*)
- EHRM 14 maart 2013, nrs. 26261/05 en 26377/06 (*Kasymakhunov en Saybatalov t. Rusland*)
- EHRM 16 mei 2013, nr. 49317/07, EHRC 2013/153 (*Maksymenko & Gerasymenko t. Oekraïne*), m.nt. H. Addink
- EHRM 28 januari 2014, nrs. 14876/12 en 63339/12 (*I.R. en G.T. t. VK*)

- EHRM 12 mei 2015, (ontv.) nr. 29003/07 (*Ljubljanska Banka DD t. Slowakije*)
- EHRM 16 juni 2015, nr. 64569/09 (*Delfi AS t. Estland*)
- EHRM 8 oktober 2015, nr. 77212/12, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Korošec t. Slowakije*)
- EHRM 15 oktober 2015, nr. 27510/08 (*Perinçek t. Zwitserland*)
- EHRM 1 december 2015, nrs. 48226/10 en 14027/11 (*Cengiz e.a. t. Turkije*)
- EHRM 4 december 2015, nr. 47143/06 (*Roman Zakharov t. Rusland*)
- EHRM 12 januari 2016, nr. 37138/14 (*Szabó en Vissy t. Hongarije*)
- EHRM 2 februari 2016, nr. 22947/13 (*MTE en Index t. Hongarije*)
- EHRM 15 november 2016, nrs. 24130/11 en 29758/11 (*A en B t. Noorwegen*)
- EHRM 7 februari 2017, (ontv.), nr. 74742/14 (*Pihl t. Zweden*)
- EHRM 16 oktober 2017, nr. 74336/01 (*Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*)
- EHRM 8 februari 2018, nr. 31446/12 EHRC 2018/85 (*Ben Faiza t. Frankrijk*), m.nt. M. Hagens
- EHRM 20 maart 2018, nr. 13237/17 (*Mehmet Hasan Altan t. Turkije*)
- EHRM 17 april 2018, (ontv.), nr. 24683/14 (*Roj TV A/S t. Denemarken*)
- EHRM 9 mei 2018, nr. 52273/07 (*Stomakhin t. Rusland*)
- EHRM 19 juni 2018, nr. 35252/08 (*Centrum för Rättvisa t. Zweden*)
- EHRM 13 september 2018, nrs. 58170/13, 62322/14 en 24960/15 (*Big Brother Watch e.a. t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 4 december 2018, nr. 11257/16 (*Maygar Jeti Zrt. t. Hongarije*)
- EHRM 12 maart 2019, nr. 52497/08 (*Ali Gürbüz t. Turkije*)
- EHRM 19 maart 2019, nr. 43624/14 (*Hoiness t. Noorwegen*)
- EHRM 30 april 2019, nrs. 48310/16 en 59663/17 (*Kablis t. Rusland*)

Hof van Justitie van de Europese Unie

- GEU 29 januari 2013, T-496/10, ECLI:EU:T:2013:39, EHRC 2013/250 (*Bank Mellat I*), m.nt. Gerards
- GEU 25 januari 2017, T-255/15, ECLI:EU:T:2017:25, T-255/15 (*Almaz-Antey*)
- HvJ EU 12 juli 1957, C-7/56, ECLI:EU:C:1957:7 (*Algera*)
- HvJ EU 14 mei 1974, C-4/73, ECLI:EU:C:1975:114 (*Nold*)
- HvJ EU 16 januari 1979, C-151/78, ECLI:EU:C:1979:4 (*Sukkerfabriken Nykobing*)
- HvJ EU 13 december 1979, C-44/79, ECLI:EU:C:1979:290 (*Hauer*)
- HvJ EU 21 september 1989, C-46/87, ECLI:EU:C:1989:337 (*Hoechst*)
- HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79 (*Brasserie du Pêcheur*)
- HvJ EU 26 juni 1997, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325 (*Familiapress*)
- HvJ EU 22 oktober 2002, C-94/00, ECLI:EU:C:2002:603 (*Roquette Frères*)
- HvJ EU 12 juni 2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 (*Schmidberger*)
- HvJ EU 4 oktober 2006, T-193/04, ECLI:EU:T:2006:292 (*Tillack t. Commissie*)
- HvJ EU 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unitrading*)
- HvJ EU, 21 juni 2007, C-428/05, ECLI:EU:C:2007:368
- HvJ EU 18 maart 2010, C-317-320/08, ECLI:EU:C 2010:146 (*Alassini*)
- HvJ EU 15 september 2011, C-483/09 en C-1/10, ECLI: EU:C:2011:583 (*Gueye en Salmerón Sánchez*)

- HvJ EU 21 december 2011, C-28/09, ECLI:EU:C:2011:854 (*Commission v Austria*)
- HvJ EU 21 juni 2012, C-84/11, ECLI:EU:C:2012:374 (*Susisalo*)
- HvJ EU 6 september 2012, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531 (*DEB*)
- HvJ EU 27 november 2012, C-370/12, ECLI: EU:C:2012:756, (*Pringle*)
- HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11, ECLI:EU:2012:776 (*O. en S.*)
- HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*)
- HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, AB 2013/131 (*Äkerberg Fransson*), m.nt. Widdershoven
- HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, AB 2013/132 (*Melloni*), m.nt. Widdershoven
- HvJ EU 7 maart 2013, C-128/12 ECLI:EU:C:2013:149
- HvJ EU 11 juli 2013, C-429/11 P, ECLI:EU:C:2013:513 (*Ziegler*)
- HvJ EU 22 oktober 2013, C-276/12, ECLI:EU:C:2013 :678 (*Sabou*)
- HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*)
- HvJ EU 8 april 2014, ECLI:EU:2014:238, C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*)
- HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger*)
- HvJ EU 8 mei 2014, C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302 (*H.N.*)
- HvJ EU 20 juli 2014, C-198/13 ECLI:EU:C:2014:2055 (*Hernandez*)
- HvJ EU 5 november 2014, C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336 (*Mukarubega*)
- HvJ EU 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington*)
- HvJ EU 17 december 2015, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832 (*WebMindLicenses*)
- HvJ EU 17 december 2015, C-157/14, ECLI:EU:C: 2015:823 (*Neptune Distributions*)
- HvJ EU 18 februari 2016, C-176/13P, ECLI:EU:C:2016:96, EHRC 2016/66 (*Bank Mellat II*), m.nt. Gerards
- HvJ EU 30 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:499, AB 2016/321 (*Toma*), m.nt. Widdershoven
- HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:970, C-2013/15 en C-698/15 (*Tele2*)
- HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (*Achbita*)
- HvJ EU 4 april 2017, C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256 (*Europese Ombudsman t. Claire Staelen*)
- HvJ EU 16 mei 2017, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 (*Berlioz*)
- HvJ EU 20 december 2017, C-521/15 ECLI:EU:C:2017:982 (*Spanje t. de Raad en Commissie*)
- HvJ EU 20 maart 2018, C-524-15, ECLI:EU:C:2018:197 (*Menci Luca*)
- HvJ EU 2 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:788, C-207/16 (*Ministerio Fiscal*)
- Concl. A-G Sharpston, ECLI:EU:C:2015:130, bij HvJ EU 18 februari 2016, C-176/13P, ECLI:EU:C:2016:96, EHRC 2016/66 (*Bank Mellat II*), m.nt. Gerards

Nederland

Hoge Raad (HR)

- HR 7 november 1892, W. 6259 (*Haags Ventverbod*)
- HR 13 november 1933, ECLI:NL:HR:1933:200, NJ 1936/292
- HR 28 november 1950, ECLI:NL:HR:1950:1, NJ 1951/137 (*APV Tilburg*)
- HR 28 november 1950, ECLI:NL:HR:1950:209, NJ 1951/138 (*APV Sittard I*)
- HR 28 november 1950, ECLI:NL:HR:1950:218, NJ 1951/369 (*APV Sittard II*)

- HR 29 november 1960, ECLI:NL:HR:1960:160, NJ 1961/206
- HR 17 maart 1953, ECLI:NL:PHR:1953:AG1989, NJ 1953/389 (*APV Nuth*)
- HR 27 januari 1961, CLI:NL:PHR:1961:AG2059, NJ 1963/248 (*Prof. Van den Bergh*)
- HR 23 mei 1961, ECLI:NL:HR:1961:154, NJ 1961/427 (*Vestigingsbesluit Grafische Bedrijven*)
- HR 24 januari 1967, ECLI:NL:PHR:1967:AD3700 (*Nederland ontwapent*)
- HR 4 oktober 1977, ECLI:NL:PHR:1977:AB7118, NJ 1978/521
- HR 25 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4414, NJ 1983/295 en 296 (*Schans*) m.nt. E.A. Alkema
- HR 11 februari 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9223, NJ 1986/ 673 (*Hinderbesluit I*)
- HR 6 februari 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AG5531, NJ 1988/926 (*Aral*), m.nt. M. Scheltema
- HR 27 maart 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AG5565, NJ 1987/727 (*Amsterdam/Ikon*)
- HR 26 mei 1987, CLI:NL:PHR:1987:AC9869, NJ 1988/1005 (*Connexe recht*)
- HR 16 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9997 (*Tape recording*)
- HR 14 april 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (*Harmonisatiewet arrest*)
- HR 10 november 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AC1692, NJ 1990/628 (*post-Berrehab*), m.nt. E.A. Alkema
- HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0833, AB 1993/198 (*Rost van Tonningen*), m.nt. F.H. Van der Burg; NJCM-Bulletin 1993, m.nt. L.F.M. Verhey
- HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9273 (*Gemeente Uden*)
- HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079
- HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5087
- HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841
- HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3307
- HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608
- HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3053

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS, ARRvS, AGRvS)

- ARRvS 19 januari 1987, ECLI:NL:RVS:1987:AM9686, AB 1988/58, m.nt. P.J. Boon
- ARRvS (vz.) 17 augustus 1990, ECLI:NL:RVS:1990:AN1621, AB 1991/44 m.nt. P.J. Boon
- AGRvS 20 november 1992, ECLI:NL:RVS:1992:AN3015, AB 1993/241 (*Hinderbesluit II*), m.nt. I. Sewandono
- ARRvS 30 december 1993, ECLI:NL:RVS:1993:AN3571, AB 1994/242 (*Verbod persconferentie*), m.nt. R.M. van Male
- ABRvS 28 augustus 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AH6164 (*Drugspand Venlo*)
- ABRvS 19 november 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AN8364
- ABRvS 29 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0782
- ABRvS 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5910, AB 2009/70, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik
- ABRvS 17 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI2283
- ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4166
- ABRvS 29 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4025
- ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7093
- ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1567
- ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 met Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2014:2260 (*Bestuursorgaan*)

- ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547, AB 2015/69 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik
- ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 met Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*Schaarse publieke rechten*)
- ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (*AERIUS*)
- ABRvS 22 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3186
- ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgtunnel*)
- ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763, *Gst.* 2018/118, m.nt. S.A.J. Munneke; AB 2018/327 m.nt. Brouwer en Schilder
- Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2017:3557 (*Exceptieve toetsing*)

College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb)

- Cbb 21 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:260 (*Tele-2*)
- Cbb 19 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:4

Centrale Raad van Beroep (CRvB)

- CRvB 03 mei 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AE4696 (*Drankverbod*)

Gerechtshoven (Hof)

- Hof Amsterdam 13 september 1984, ECLI:NL:GHAMS:1984:AC3177, NJ 1985/409
- Hof Den Haag 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3545
- Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda II*)

Rechtbank (Rb.)

- Rb. Leeuwarden 8 februari 1990, ECLI:NL:RBLEE:1990:AC0221
- Rb. Den Haag 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436
- Rb. Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014
- Rb. Oost Brabant 14 april 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:2241
- Rb. Oost Brabant 14 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2894, AB 2018/377, m.nt. Brouwer, Roorda en Wieringa
- Rb. Rotterdam 19 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10493, AB 2019/106, m.nt. Brouwer & Schilder

Portugal

Constitutional Court (Tribunal Constitucional)

- Acórdão no. 292/2008
- Acórdão no. 496/2010
- Acórdão no. 591/2016
- Acórdão no. 86/2017
- Acórdão no. 266/2017
- Acórdão no. 80/2018

Supreme Court of Justice (Supremo Tribunal De Justiça)

- No.1405/07.1TCSNT.L1.S1 (ECLI:PT:STJ:2017:1405.07.1TCSNT.L1.S1)
- No.60/09.9TCFUN.L1.S1 (ECLI:PT:STJ:2016:60.09.9TCFUN.L1.S1)
- No.1454/09.5TVLSB.L1.S1 (ECLI:PT:STJ:2017:1454.09.5TVLSB.L1.S1)

Supreme Administrative Court (Supremo Tribunal Administrativo)

- No. 0122/10
- No. 0438/14
- No. 0870/17

Spanje

Constitutional Court (Tribunal Constitucional)

- STC 64/1988, 12 april 1988, ECLI: ES:TC:1988:64
- STC 200/2016, 28 november 2016, ECLI:ES:TC:2016:200
- STC 112/2017, 16 oktober 2017, ECLI:ES:TC:2017:112

Supreme Court (Tribunal Supremo)

- STS 4132/2015, 15 oktober 2015, ECLI:ES:TS:2015:4132
- STS 4719/2015, 18 november 2015, ECLI:ES:TS:2015:4719
- STS 413/2016, 29 januari 2016, ECLI:ES:TS:2016:413
- STS 2718/2016, 9 juni 2016, ECLI: ES:TS:2016:2718
- STS 84/2017, 1 januari 2017, ECLI:ES:TS:2017:84
- STS 3000/2017, 18 juli 2017, ECLI:ES:TS:2017:3000
- STS 3264/2017, 13 september 2017, ECLI: ES:TS:2017:3264

Polen

Constitutional Tribunal

- 24 februari 2015, P 34/13
- 23 juni 2015, SK 32/14
- 17 november 2015, K 5/15

Supreme Administrative Court

- 11 januari 2018, (NSA) II OSK 3270/17

Court of Appeal

- Court of Appeal of Wroclaw, 11 december 2013, I Aca 1205/13
- Court of Appeal of Warsaw, 26 mei 2015, VI Aca 1321/14
- Court of Appeal of Warsaw, 26 april 2017, VI Aca 78/15
- Court of Appeal of Warsaw, 26 april 2017, VI Aca 81/15

District Court

- District Court of Częstochowa, 29 mei 2014, IV U 1663/10

Curriculum vitae

Manon Margit Julicher, geboren op 8 juni 1992 te Rotterdam, studeerde in 2016 af aan de Universiteit Utrecht. Zij voltooide daar de opleidingen Rechtsgeleerdheid (staats-en bestuursrecht) en Wijsbegeerte (academische wijsbegeerte). Hierna werkte zij als docent en junior-onderzoeker bij de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht. Als docent gaf zij onderwijs in de bachelor Rechtsgeleerdheid. Als onderzoeker participeerde zij in het door de Europese Unie gefinancierde onderzoek 'The EU Charter of Fundamental Rights in action'. Daarnaast werkte zij binnen het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging aan haar proefschrift. Na haar promotie zal Manon als universitair docent werkzaam blijven bij de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht. Bij het Montaigne Centrum zal zij onderzoek verrichten dat georiënteerd is op het Nederlandse staatsrecht, in het bijzonder de grondrechten.

