

Red het censuurverbod: schaf het af!

M.M. JULICHER

¹ <https://opennet.net/about-filtering> (laatst geraadpleegd 10 mei 2019); Nieuwenhuis 2011, p. 33.

² Nieuwenhuis 2011, p. 33. Zie ook <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/03/17/kat-en-muis-spel-om-gruwelbeelden>-a3953603 (laatst geraadpleegd 10 mei 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 e.a. 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.

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

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 onwettige meningen censureren en daarmee het democratische ver-eiste 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 de 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 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 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 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 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

6 Denk hierbij bijvoorbeeld aan het inreisverbod dat dit voorjaar is opgelegd aan de Amerikaanse haatprediker Steven Anderson wegens zijn omstrede opvattingen over Joden en homoseksuelen, zie <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/05/02/inreisverbod-voor-amerikaanse-haatprediker-tegen-joden-en-lhb-tis-a3958894> (laatst geraadpleegd 10 mei 2019).

7 In de praktijk kan het verbod van voorafgaand verlot meer preventieve beperkingen beslaan dan alleen censuur (voorafgaand

arti- kelen

toezicht op de inhoud van een uiting). Hierop wordt ingegaan in paragraaf 2, als het beperkingsregime van artikel 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 2) gebruikt als inwisselbaar.

8 Zie bijv. *Kamerstukken II 2010/11*, 31570, nr. 17, bijlage (Rapport Staatscommissie Grondwet), p. 23-25 en 71; *Kamerstukken II 2000/01*, 27460, nr. 1, bijlage (Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk), p. 108, 103, 88; Bunschoten 2018, onder 2; Nieuwenhuis 2011, p. 24; annotatie S.A.J. Munneke 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/ Verenigd Koninkrijk*), par. 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 4.

12 De Meij 2001, onder 4.

13 *Kamerstukken II 2010/11*, 31570, nr. 17, bijlage (Rapport Staatscommissie Grondwet), p. 25-26, 69.

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. Artikel 7 Grondwet moet op zichzelf kunnen staan er daarbij, los van het EVRM, een goede bescherming kunnen bieden.

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

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 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 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.

2. Artikel 7 Grondwet en preventieve beperkingen

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 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.

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 bemoeienissen 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 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 Hoge Raad 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

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 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 HR 7 november 1892, W 6783 (*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.

23 HR 23 mei 1961, NJ 1961, 427 (*Vestigingsbesluit Grafische Bedrijven*) en HR 29 november 1960, NJ 1961. 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; HR 23 mei 1961, *NJ* 1961, 427.

26 Zie HR 7 november 1892, *W* 6259 (*Haags Ventverbod*) en HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137 (*APV Tilburg*).

27 HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137 (*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 HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137 (*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.

bepkeringen niet alleen de verspreiding van een boodschap wordt aangetaast, 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

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 kan 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 wanorde-lijkheden, bijvoorbeeld doordat een bevolkingsgroep naar aanleiding van de vertoning zal overgaan tot 'het begaan van ongeregelheden'.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

3. Betekenisverlies verbod van voorafgaand verlot

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 openbaren niet het

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 privé sfeer 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 HR 24 januari 1967.

ECLI:NL:PHR:1967:AD3700 (*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; *Kamerstukken II 2000/01, 27460, nr. 1, bijlage* (Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk), p. 77 en 96.

39 *Kamerstukken II 2000/01, 27460, nr. 1, bijlage* (Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk), p. 77 en 96.

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.

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.

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

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

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

54 Zie de annotatie van Th. W. van Veen bij HR 11 februari 1986, 1986, 673 (*Hinderbesluit*).

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 geluidsvorschriften Vz. ARRvS 17 augustus 1990, *AB* 1991, 44 m. nt. P.J. Boon. Zie ook ARRvS 19 januari 1987, *AB* 1988, 56, 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 gevoelens en daarom buiten het bereik van artikel 7 lid 3 Grondwet vallen.

Strafbaarstelling van deze

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 wat 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 verlot 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 worden.⁵⁸ Het 'wanordelijkheden criterium' 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

4. Filterpraktijken en spreekverboden

De in paragraaf 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 verlof wegens de inhoud onverkort geldt bij uitingen op het internet.⁶⁶

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

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.

58 Brouwer 2016. Zie ook punt 4 van de annotatie van R.M. van Male bij ARRvS 20 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.

67 MacKinnon e.a. 2015, p. 24. 68 *Idem*, p. 24.

69 <https://opennet.net/about-filtering> (laatst geraadpleegd 10 mei 2019). Vgl. artikel 14 Richtlijn 2000/31 EG inzake elektronische handel en artikel 6:196c Burgerlijk Wetboek. .

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 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

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 gevolge hebben. Zie ook <https://opennet.net/about-filtering> (laatst geraadpleegd 10 mei 2019).

75 Nieuwenhuis 2011, p. 36-37; Hins 2010, p. 309.

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

77 Nieuwenhuis 2011, p. 37-38; Hins 2010, p. 309.

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 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

78 Zie artikel 17 (voorheen artikel 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 artikel 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 e.a. 2018, p. 158-159.

81 Idem, Vetzo e.a., p. 158-159.

82 Idem, Vetzo e.a., p. 158-159. Balkin noemt dit ook wel 'New School' speech regulation, zie Balkin 2018, p. 1153.

83 <https://nos.nl/artikel/2168786-afblazen-van-politieke-bijeenkomsten-iskwalijke-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 artikel 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-blokt-gebiedsverbod-imam-in-haag.html> (laatst geraadpleegd 13 mei 2019).

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.

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 waarbij 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 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 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 ongeregelheden 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 bestuursrecht spraak 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 verlof door te stellen dat het gebiedsverbod 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 verlof 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

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 <https://www.parool.nl/nederland/halsema-komst-van-prediker-anderson-is-zeer-onwenselijk-ba0of585/> (laatst geraadpleegd 13 mei 2019).
94 <https://nos.nl/artikel/2161220-rutte-wil-turkese-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->

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 ontleenen.

5. Artikel 10 EVRM en preventieve beperkingen

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

omstreden-imam-een-gebiedsverbod-opleggen-is-censuur (laatst geraadpleegd 13 mei 2019).
 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.
 100 EHRM 28 oktober 2003, nr. 39657/98 (*Steur/Nederland*).
 101 Zie art. 10 lid 2 EVRM.
 102 EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*), par. 49.
 103 Idem, par. 47.
 104 Idem, par. 49.
 105 Gerards 2019a, onder C.5.3; Nieuwenhuis 2013, p. 75.
 106 *Sunday Times*, par. 62; EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*), par. 48-50;
 107 *Sunday Times*, par 65; *Handyside*, par. 49; Zie later ook EHRM 8 juni 2010, nr. 4870/02 (*Gül e.a./Turkije*), par. 42 en EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingens/Oostenrijk*), par. 41.

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 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

5.2. Beperkingen: preventief

In *Observer en Guardian/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 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/Frankrijk* blijkt dat het EHRM het hierbij van belang acht dat een onafhankelijke instantie (meestal een rechter)

108 *Sunday Times*, par. 65; *Handyside*, par. 49.

109 *Sunday Times*, par. 65.

110 *Gül e.a.*, par. 42; Later ook EHRM 20 maart 2018, nr. 13237/17 (*Mehmet Hasan Altan/Turkije*), par. 210.

111 *Handyside*, par. 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*, par. 60.

114 EHRM 13 februari 2003, nrs. 40153/98 en 40160/98 (*Çetin/Turkije*), par. 59.

115 *Observer en Guardian*, par. 60. Zie later ook EHRM 30 april 2019, nrs. 48310/16 en 59663/17 (*Kablis/ Rusland*); EHRM 18 december 2012, nr. 3111/10 (*Ahmet Yildirim/ Turkije*), par. 47; EHRM 10 mei 2011, nr. 48009/08 (*Mosley/ Verenigd Koninkrijk*), par. 117; EHRM 29 maart 2011, nr. 50084/06 (*RTBF/België*), par. 105; EHRM 29 maart 2005, nr. 40287/98 (*Alinak/ Turkije*), par. 37; EHRM 18 mei 2004, nr. 58148/00 (*Éditions Plon/Frankrijk*), par. 42; EHRM 17 juli 2001, nr. 39288/98 (*Association Ekin/Frankrijk*), par. 56; par. 91.

116 *Kablis*, par. 91; *Ahmet Yildirim*, par. 47; *Observer*, par. 60. In *Mosley* (par.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*, par. 117.

- 118 RTBF, par. 105 en 108 ; EHRM 13 februari 2003, nrs. 40153/98 en 40160/98 (*Cetin/Turkije*), par. 59; *Association Ekin*, par. 60-65; Zie ook de annotatie van Gerards in EHRC 2001/66 bij *Association Ekin*.
- 119 EHRM 14 maart 2002, nr. 26229/95 (*Gaw da/Polen*), par. 40. Zie ook *Kablis*, par. 92; *Ahmet Yildirim*, par. 64; RTBF, par. 114.
- 120 RTBF, par. 105 en 108; *Cetin*, par. 59.
- 121 *Kablis*, par. 92; *Ahmet Yildirim*, par. 64; RTBF, par. 105.
- 122 *Association Ekin*, par. 61.
- 123 Annotatie van Gerards in EHRC 2001/66 bij *Association Ekin*.
- 124 *Kablis*, par. 92 en 96-97; *Ahmet Yildirim*, par. 64; RTBF, par. 114.
- 125 RTBF, par. 114.
- 126 *Gaw da*, par. 43; *Association Ekin*, par. 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./Portugal*), par. 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 inbeslag-neming EHRM 9 februari 1995, nr. 16616/90 (*Vereeniging Weekblad Bluf!/Nederland*), par. 43-46.
- 132 Idem, *Éditions Plon*.
- 133 Gerards 2019a, onder C.5.4.9; Nieuwenhuis 2013, p. 83-84.
- 134 Zie bijvoorbeeld EHRM 12 maart 2019, 52497/08 (*Ali Gürbüz/Turkije*) en EHRM 4 december 2018, nr. 11257/16 (*Maygar Jeti Zrt./Hongarije*), par. 83.
- 135 Gerards 2019a, onder C.5.4.9.
- 136 EHRM 30 april 2019, nrs. 48310/16 en 59663/17 (*Kablis/Rusland*).

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 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

5.3. 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/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/Estland* van belang.¹⁴⁴ In deze zaak was de vraag aan de orde of online-nieuwsportaal 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 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/Hongarije, Pihl/Zweden en Hoiness/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

137 Idem, par. 90.

138 Idem, par. 93-96.

139 Idem, par. 94.

140 Idem, par. 95.

141 Idem, par. 93.

142 Idem, par. 96.

143 Idem, par. 104.

144 EHRM 16 juni 2015, nr.

64569/09 (*Delfi AS/Estland*).

145 Idem, par. 138.

146 Idem, par. 142-143.

147 EHRM 2 februari 2016, nr.

22947/13 (*MTE en Index/Hongarije*), par. 69; EHRM 7

februari 2017 (ontv.), nr.

74742/14 (*Pihl/Zweden*), par. 28;

EHRM 19 maart 2019, nr.

43624/14 (*Hoiness/Noorwegen*),

par. 67;

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 pecuniare 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 winsttoegmerk 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 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/ 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/ 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/Portugal*, ten slotte, werd een Nederlandse abortusboot de toegang tot de territoriale

148 *Delfi AS*, par. 160-161; *MTE*, par. 86.

149 *Idem, Delfi AS*, par. 146.

150 *Idem, Delfi AS*, par. 115-117, 144

151 *Idem, Delfi AS*, par. 115-117; *Pihl*, par. 31; *MTE*, par. 64.

152 *MTE*, par. 64; *Pihl*, par. 37; *Hoiness*, par. 69.

153 *Delfi AS*, par. 159; *MTE*, par. 91.

154 *Ahmet Yildirim*, par. 66. Zie ook EHRM 1 december 2015, nrs. 48226/10 en 14027/11 (*Cengiz e.a./Turkije*), par. 62-65.

155 *Delfi AS*, par. 159. *Spano* 2017, punt 27.

156 *Idem, Delfi AS*, par. 159.

157 *Idem, Delfi AS*, par. 153 en

159. Volgens Voorhof zullen deze automatische filterplichten kunnen aansporen tot vormen van preventieve inmening in de vrijheid van meningsuiting, zie Voorhof 2015, p. 200.

158 EHRM 27 april 1995, nr. 15773/89 (*Piermont/Frankrijk*).

159 EHRM 20 mei 2010, nr. 2933/03 (*Cox/ Turkije*).

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 ontkenen¹⁶² of die oorlogsmisdrijven of terrorisme verheerlijken,¹⁶³ 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.

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

160 EHRM 3 februari 2009, nr. 31276/05 (*Women on Waves e.a./Portugal*).

161 EHRM 4 december 2003, nr. 35071/97 (*Gündüz/Turkije*), par. 51-52; EHRM 23 september 1998, nr. 24662/94 (*Lehideux en Isorni/Frankrijk*), par. 53.

162 EHRM 24 juni 2003 (ontv.), nr. 65831/01 (*Garaudy/Frankrijk*).

163 EHRM 17 april 2018 (ontv.), nr. 24683/14 (*Roj TV A/S/Denemarken*); EHRM 15 januari 2009, nr. 20985/05 (*Orban e.a./Frankrijk*).

164 EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07 (*Feret/Belgie*); EHRM 20 februari 2007, nr. 35222/04 (*Ivanov/Rusland*); EHRM 23 september 1994, nr. 15890/89 (*Jersild/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/Rusland*), par. 104-105.

166 EHRM 15 oktober 2015, nr. 27510/08 (*Perinçek/Zwitserland*), par. 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/Rusland*), par. 92.

168 Gerards 2019a onder C.1.5.2.

169 Zie bijvoorbeeld ECieRM 11 oktober 1979, nrs. 8348/78 en 8406/78 (*Glimmerveen en Hagenbeek/Nederland*).

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 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

170 *Kablis*, par. 90.

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.

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

171 Als wordt uitgegaan van de opvatting dat deze automatische filterpraktijken een preventief karakter hebben.

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 strengere 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 verlof 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 een schending van artikel 10 EVRM constateert.¹⁷² In het gegeven dat de feitelijke bescherming van het grondwetsregime toch al niet veel 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

¹⁷² Zo wordt, ondanks dat het EHRM stelt dat een algemeen verbod op het publiceren of verspreiden van publicaties niet per definitie onverzoeikbaar is met het EVRM, in zaken waarbij zo'n algemeen verbod wordt opgelegd toch altijd een schending van artikel 10 EVRM aangenomen, zie bijvoorbeeld *Cetin*, par 59 en *Gawęda*, par. 40.

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.

7. Op naar een nieuwe bepaling?

Dit artikel heeft laten zien dat het Nederlandse censuurverbod is verworpen 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 tijt 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 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.

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 (*Gorzelik/ Polen*), par. 105 en EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95 (*Goodwin/Verenigd Koninkrijk*), par. 90. Ook in het rapport van de staatscommissie Grondwet werd aanbevolen om in de Grondwet een kernrechtbepaling op te nemen, zie *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage (Rapport Staatscommissie Grondwet), p. 55.

Een andere waarborg voor het behouden van een hoog beschermingsniveau biedt het formele-wetsvereiste, dat wordt overgenomen van het huidige artikel 7 Grondwet. 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

176 Het voorzienbaarheidsvereiste zou naast de specificiteitsvereiste 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 overmachtsituatie zou namelijk maken dat de beperking niet aan het noodzakelijkheids criterium voldoet.

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 censuurverbod in artikel 7 Grondwet als uitgangspunt neemt en de verwarrende uitwerking ontkent die dit verbod onontkoombaar heeft in praktijk. Men kan deze uitwerking stoïcijns negeren en voortleven in de schijnwerkelijkheid dat het censuurverbod werkt (of de utopie nastreven dat de rechtspraktijk 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.

Literatuur

Asscher 1999

L.F. Asscher, 'Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie', *ITeR*, 1999

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

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/>

Brouwer 2016

J.G. Brouwer, 'Haatpredikers, openbare orde en het censuurverbod', *NJB* 2016/556, 11

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').

Brouwer & Schilder 2018

J.G. Brouwer & J. Schilder, 'Het gebiedsverbod als wapen tegen verspreiding van jihadistisch gedachtegoed', *JV* 2018-2

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/>

Bunschoten 2018

D.E. Bunschoten, 'Vrijheid van meningsuiting', *T&C Grondwet en Statuut, commentaar op 7 Gw*, 2018

De Meij e.a. 2000

J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*. Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgeverij 2000

De Meij 2001

J.M. de Meij, 'Grondrechten in het digitale tijdperk. Van drukpersvrijheid en briefgeheim naar communicatievrijheid en communicatiegeheim', *NTM/NJCM-Bulletin*, 2001

Dommering 2003

E.J. Dommering, 'Grensoverschrijdende censuur: Het EVRM en de oude en nieuwe media', *Auteurs & Media*, 2003

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

Groothuis 2009

M.M. Groothuis, 'Internetcensuur' in: E. Visser & M. Weij (red.), *Who controls the Internet?*, Amsterdam: Reed Business 2009

Heemskerk 1989

G. Heemskerk, 'Aanstotelijk voor de eerbaarheid': gemeentelijk toezicht op leesbibliotheken', *Literatuur* 1989

Hins 2010

A.W. Hins, 'Computercriminaliteit en historisch besef', *Mediaforum* 2010/10

Kortmann 2016

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

MacKinnon e.a. 2015

R. MacKinnon, Elonnai Hickok, Allon Bar & Hai-in Lim, *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*, Parijs: Unesco 2015

Nieuwenhuis 2011

A.J. Nieuwenhuis, 'Achtergrond en huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlof', *NTM/NJCM-Bulletin*, 2011

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 2015

A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015

Nouwt e.a. 2000

J. Nouwt, P.H. Blok, E.J. Koops, M.H.M. Schellekens, E. Schreuders & M. de Vries, 'Grondrechten in het digitale tijdperk', *Nederlands Juristenblad* 75(27), 2000

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

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>

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.

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 e.a. 2018

M.J. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en Grondrechten*, Den Haag: Boom Juridisch 2018

Voorhoof 2015

D. Voorhoof, 'De aansprakelijkheid van online nieuwsplatforms na Delfi', *Mediaforum* 2015-6