

Het censuurverbod in de Nederlandse grondwet en de rechtspraak

De Nederlandse grondwet verbiedt censuur, maar het desbetreffende artikel doet dat op drie verschillende manieren. Lid 1 van artikel 7 verbiedt voor de drukpersvrijheid elk voorafgaand verlot, lid 2 zegt dat er geen voorafgaand toezicht is op de inhoud van een radio- of televisieuitzending en in lid 3 wordt voor het openbaar maken van gedachten en gevoelens door andere middelen dan pers en omroep voorafgaand ‘verlot wegens de inhoud’ verboden. Deze verschillen riepen in het verleden en roepen ook thans nog vragen op die in de rechtspraak al dan niet bevredigend worden beantwoord. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het grondwetsartikel de laatste jaren aan hevige kritiek bloot staat.¹ In deze bijdrage wil ik laten zien hoe dit op verschillende wijze geformuleerde censuurverbod in de rechtspraak wordt uitgelegd. Ik zal daarbij zowel de effecten van het grondwetsartikel op de institutionele benadering van pers, omroep en andere media bespreken, als de invloed ervan op het rechterlijk publicatieverbod in concrete gevallen. Door in de titel van deze bijdrage te spreken van het ‘censuurverbod’ heb ik elke regeling die een voorafgaand verlot inhoudt onder ‘censuur’ gebracht en het is de vraag of dat wel juist is. In strikte zin is censuur m.i. alleen een voorafgaande keuring van de inhoud van de te uiten boodschap. Ik heb toch voor deze titel gekozen omdat men in Nederland nu eenmaal van het grondwettelijke censuurverbod pleegt te spreken en dat ruim pleegt uit te leggen, zoals we zullen zien. Ik beperk me dus tot de Nederlandse grondwet. Ik ga niet expliciet in op de vraag of en in hoeverre censuur zich verdraagt met artikel 10 EVRM. Naar de tekst sluit artikel 10 lid 2 censuur niet uit, maar zal elke preventieve maatregel wel noodzakelijk dienen te zijn in een democratische samenleving.² Een publicatieverbod wordt door het EHRM niet zonder meer in strijd met artikel 10 bevonden, ook al kan zo’n publicatieverbod in concrete gevallen vaak de toets aan lid 2 niet doorstaan.³ Wél zal ik laten zien dat ook in Nederland beperkingen aan de uitingsvrijheid steeds vaker door de rechter worden getoetst aan artikel 10 EVRM, waardoor dit artikel een belangrijker rol is gaan spelen dan ons eigen grondwetsartikel.

DRUKPERS

Bij de vorming van het Koninkrijk der Verenigde Nederlanden werd de censuur afgeschaft bij Soeverein besluit van 24 januari 1814.⁴ In de grondwet van 1814 ontbrak echter een artikel over de drukpersvrijheid. Een jaar later bleek wat de reden daarvan was. Bij de samenvoeging met België werd van Belgische zijde erop aangedrongen in de nieuwe grondwet een grondrechtenhoofdstuk op te nemen. De reactie van de Nederlandse staatsman Van Hogendorp daarop was: ‘Alle die beginselen bestaan facto bij ons’.⁵ Maar toch verscheen in

* Prof. mr. G.A.I. Schuijt is hoofddocent aan het Instituut voor Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam en bijzonder hoogleraar mediarecht aan de universiteit Leiden.

¹ Zie daarover kort met verdere literatuurverwijzingen G.A.I. Schuijt, ‘Kroniek van het Nederlandse mediarecht 1998-2001’, *A&M* 2001-3, p. 337-338 (verder: Schuijt, ‘Kroniek’).

² Ten tijde van de totstandkoming van het verdrag bestond in verscheidene ondertekenende staten censuur voor bijvoorbeeld de omroep en de film (in Nederland bijvoorbeeld de Bioscoopwet 1926).

³ Vgl. EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (Sunday Times) met EHRM 13 juli 1995, *NJ* 1996, 544 (Miloslawski) en EHRM 17 juli 2001, *NJ* 2002, 444 (Ekin); zie verder: J.M. de Meij, A.W. Hins, A.J. Nieuwenhuis & G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinckel 2000, p. 100-102 (verder: De Meij e.a.)

⁴ *Stb.* 1814, 17.

⁵ De Meij e.a., p. 11

artikel 227 van de grondwet van 1815 de bepaling dat het openbaren van gedachten en gevoelens door de drukpers geoorloofd is, ‘zonder eenig voorafgaand verlof daartoe nodig te hebben’. Bij de grondwetsherziening van 1848 kreeg het drukpersartikel zijn huidige formulering:

‘Niemand heeft voorafgaand verlof nodig, om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’.

Men wilde geen inhoudelijke wijziging aanbrengen ten opzichte van de grondwet van 1815, maar de daarin vastgelegd beginselen zo eenvoudig mogelijk tot uitdrukking brengen. Tot 1983 was dit het enige artikel betreffende de vrijheid van meningsuiting in de Nederlandse grondwet. Hoewel de omroep reeds in 1930 een wettelijke regeling kreeg – inclusief de mogelijkheid tot censuur! – en de film in die jaren langzaam aan zijn opmars begon, eveneens gecensureerd en wel op grond van de Bioscoopwet van 1926, heeft het tot 1983 geduurd vóór ook die middelen tot openbaarmaking van gedachten en gevoelens in de grondwet bescherming kregen, zij het op afzonderlijk geregelde wijze. Aan de bepaling van 1848 werd – om de daarop gevormde rechtspraak in takt te laten - niet getornd. Het werd opgenomen als lid 1 van een verder nieuw artikel 7; een tweede en derde lid werden toegevoegd voor respectievelijk omroep en ‘andere middelen’ (alsmede een vierde lid om een uitzondering te maken voor de handelsreclame, maar daar ga ik hier niet verder op in).⁶

Het stelsel van artikel 7 – thans artikel 7 lid 1 – is eigenlijk eenvoudig. Tegenover het ‘geen voorafgaand verlof’ staat ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’, hetgeen de enige beperkingsclausule is. Het is aan de formele wetgever toegestaan drukpersdelicten – thans beter ‘uitingsdelicten’ – te creëren en daarvoor kan men achteraf – na openbaarmaking van de strafbare gedachten of gevoelens – voor de strafrechter of civiele rechter ter verantwoording worden geroepen.⁷ Anders dan artikel 10 van het EVRM heeft de grondwetgever in 1848 noch in 1983 aan artikel 7 inhoudelijke beperkingsclausules meegegeven. De repressieve beperkingen aan de vrijheid van meningsuiting konden daardoor in het verleden nogal eens fors uitpakken.⁸

Voor een goed begrip is het in dit verband nodig erop te wijzen dat volgens artikel 120 van de grondwet de rechter wetten niet mag toetsen aan de grondwet. Als de formele wetgever (Koning en Staten-Generaal) eenmaal een uitingsdelict heeft gecreëerd, kan dat niet door de rechter als in strijd met de grondwet terzijde worden gelegd. De toets aan de grondwet wordt geacht door het parlement te zijn gedaan. Waar artikel 7 geen inhoudelijke beperkingsclausule kent, laat die toets vanzelfsprekend buitengewoon veel beleidsruimte aan de wetgever. Lagere wetgeving, zoals algemene maatregelen van bestuur, provinciale en gemeentelijke verordeningen e.d., kunnen wél getoetst worden aan de grondwet.

De Nederlandse rechter dient evenwel op grond van artikel 94 van diezelfde grondwet wetten en besluiten buiten toepassing te laten, indien die toepassing in strijd zou komen met eenieder verbindende bepalingen in Verdragen. Dat betekent dat de rechter een voorgenomen sanctie of andere beperking aan de uitingsvrijheid dient te toetsen aan artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en dat ook, zoals reeds opgemerkt, in toenemende mate doet, met voorbijzien aan artikel 7 van de grondwet.

⁶ De Meij e.a., p. 26; over de omroepcensuur H. Wijffjes, *Radio onder restrictie. Overheidsbemoeiing met radioprogramma's 1919-1941*, Amsterdam: IISG 1988; over film en andere ‘vertoningen’: T. Schiphof, *De vrijheid van het toneel. Een studie naar de juridische beperkingen van de vrijheid van het toneel in Nederland en Engeland in grondrechtelijk perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Cramwinckel 1994

⁷ De Meij e.a., p. 95

⁸ E. Diemer, *Vrijheid van drukpers. Eenige opmerkingen over haar staatsrechtelijke regeling, voornamelijk in Nederland*, Rotterdam: Libertas 1937, p. 98-104.

Voorafgaand verlot

Terug naar artikel 7. Dit bevat in lid 1 niet alleen een censuurverbod in de zin van een voorafgaande keuring van de inhoud, of zoals het in lid 3 genoemd wordt een ‘verlot wegens de inhoud’, maar ook een verbod van preventieve beperkingen in het algemeen, zoals bijvoorbeeld een verschijningsverbod voor bepaalde periodieken. Reeds in 1892 trok de Hoge Raad uit de totstandkomingsgeschiedenis van het grondwetsartikel de conclusie dat de openbaarmaking niet door preventieve maatregelen mag worden belet.⁹ Een Haagse verordening (lagere wetgeving), die verbood zonder vergunning met drukwerk te venten, werd in strijd met de grondwet bevonden.

Later kreeg deze grondwettelijke bepaling nog meer betekenis toen de Hoge Raad het Vestigingsbesluit Grafische Bedrijven, waarin een vestigingsvergunning werd vereist voor het inrichten van een drukkerijbedrijf, in strijd met de grondwet verklaarde.¹⁰ Zo waren ook reeds het vergunningsvereiste voor het uitoefenen van het boekverkoopbedrijf en die voor het vestigen van een leesbibliotheek gesneuveld.¹¹ Maar in 1986 oordeelde hetzelfde college dat een vergunningvereiste voor een drukkerij op grond van het Hinderbesluit wél de toets aan de grondwet kon doorstaan, omdat het Hinderbesluit en andere Hinderwetvoorschriften voor de drukkersbranche niet beogen de vrijheid van drukpers aan te tasten. Zij willen slechts gevaar, schade of hinder, die van het technisch procédé te verwachten zijn, voorkomen. Verwezen wordt vervolgens naar een uitspraak van de Kroon uit 1980, waarin gezegd wordt dat de toepassing van de Hinderwet noch tot doel noch tot effect heeft de verkoop van geschriften van meningsuiting te beletten. De annotator in de *Nederlandse Jurisprudentie* ziet het verschil met de vestigingsvergunning hierin, dat Hinderwet en Hinderbesluit geen vergunningstelsel voor het drukkerijbedrijf bevat. Drukkerijen hebben alleen dán met de Hinderwet te maken, als zij door hun machines gevaar en hinder oproepen. De wet stelt slechts technische eisen aan de technische uitrusting. Dat de inhoud van wat er gedrukt gaat worden daarbij nimmer mag meewegen spreekt van zelf, terwijl het in de zaak van de vestigingsvergunning wél bekend was dat het ging om het drukken van een plaatselijk nieuwsblad en een plaatselijk advertentieblad.¹²

Het valt niemand kwalijk te nemen als hij de subtiele overwegingen in deze uitspraak van de Hoge Raad niet onmiddellijk kan rijmen met die inzake de vestigingsvergunningen. Ziet men bij de Hinderwetvergunning al een frictie met het absolute verbod van voorafgaand verlot, dat absolute verbod knelt nog meer als men kijkt naar de verantwoordelijkheid voor de openbare orde van de gemeentelijke autoriteiten. Hoe konden deze lagere wetgevers het verspreiden van drukwerk aan banden leggen om redenen van bijvoorbeeld verkeersveiligheid en openbare orde zonder in strijd met het vergunningsvereiste van artikel 7 te komen? De Hoge Raad vond de oplossing door een wat gekunsteld onderscheid te maken tussen openbaren en verspreiden. Het openbaren vormt de kern van het grondrecht, dat door de grondwetsbepaling beschermd wordt, maar het verspreiden is slechts een - aan de totstandkoming ontleend en door de rechter erkend - ‘connex’ recht. Openbaren en verspreiden werden losgekoppeld, hoewel de Hoge Raad in het Haagse ventverorderingsarrest van 1892 beide aspecten juist onder één noemer had gebracht. De Hoge Raad stelde voorop, dat het begrip ‘wet’ in de woorden ‘behoudens ieders

⁹ HR 7 november 1892, *W* 6259.

¹⁰ HR 23 mei 1961, *NJ* 1961, 427

¹¹ HR 22 maart 1960, *NJ* 1960, 274 en HR 29 november 1960, *NJ* 1961, 206

¹² HR 11 februari 1986, *NJ* 1986, 673. Merk op, dat het steeds gaat om het *Hinderbesluit*, dat wil zeggen voorschriften niet afkomstig van de formele wetgever, maar van een gedelegeerde instantie. Was de beperking alleen van de formele wetgever afkomstig dan had zij in gevolge art. 120 Grondwet niet aan de Grondwet mogen worden getoetst.

verantwoordelijkheid volgens de wet' slechts op de formele wetgever duidt, zodat een gemeentelijk verbod tot het verspreiden van 'zinneprikkelende' geschriften in strijd was met de grondwet. Niettemin oordeelde de Hoge Raad, dat een gemeentelijk verspreidingsverbod in het belang van de openbare orde wél mogelijk was, mits het de dienende taak ten opzichte van de uitingsvrijheid van een zelfstandig middel van verspreiding niet aantast, dus het verspreiden niet in het algemeen verbiedt of van een vergunning afhankelijk maakt en mits de voorschriften géén betrekking hebben op de inhoud.¹³

De omvangrijke 'verspreidingsjurisprudentie' die zich nadien heeft gevormd strekte zich uit tot élk verspreidingsmiddel dat, naast andere, zelfstandige betekenis heeft, zoals bijvoorbeeld ook het aanplakken van affiches en het aanbrengen van neonletters op of aan gebouwen. Het censuurverbod in de zin van verlot wegens de inhoud geldt dus óók en onverminderd voor het 'connexe' recht van het verspreiden, maar andere preventieve maatregelen zijn onder bepaalde voorwaarden mogelijk. Uiteraard is het soms moeilijk te bepalen of een bestuurlijke maatregel ter bescherming van de openbare orde (mede) is ingegeven door de inhoud van de verspreide boodschap, omdat deze tot ordeverstoring zou leiden. Bij de bespreking van artikel 7 lid 3 zullen wij daar enkele voorbeelden van zien.

Star en inconsequent

In de huidige discussies over nieuwe voorstellen voor een formulering van het grondwetsartikel wordt meermalen de wat starre huidige bepaling, die tot zo'n gewrongen constructies in de rechtspraak leidde, geplaatst tegenover artikel 10 van het EVRM dat enerzijds ruimere beperkingsmogelijkheden van de uitingsvrijheid biedt, maar anderzijds door zijn strenge beperkingsclausules die mogelijkheden inperkt. Een gemeentelijke verordening die de verspreiding van drukwerk reguleert kan zeer goed aan die beperkingsclausules worden getoetst. Regulering van de verspreiding in het belang van de openbare orde, bijvoorbeeld een verbod op bepaalde uren op bepaalde plaatsen met drukwerk te colporteren, kan noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, een voorafgaande controle op de inhoud niet.

Nog op een andere manier kan gewezen worden op de starheid en dientengevolge inconsequente of minstens moeilijk te begrijpen uitleg van het grondwetsartikel. Toen aan het eind van de jaren tachtig bij motie in de Tweede Kamer gevraagd werd om een controle op voorgenomen persfusies, stond daaraan volgens de regering de grondwet in de weg. In een voorstel voor zo'n regeling van het Bedrijfsfonds voor de Pers was aangesloten bij de verspreidingsjurisprudentie en het Hinderbesluit-arrest. Het persuitgeverijbedrijf zou aan preventieve regels kunnen worden onderworpen als de regeling noch tot doel noch tot effect had de vrijheid van meningsuiting te beperken, dus de 'dienende taak' van het uitgeverijbedrijf als zelfstandig middel van verspreiding maar onverlet liet en als de voorwaarden maar géén betrekking hadden op de inhoud van de uitgegeven bladen.¹⁴ Anderen daarentegen stelden, dat alleen een absoluut verbod grondwettelijk mogelijk was, bijvoorbeeld een verbod om een fusie aan te gaan, indien daardoor de gefuseerde ondernemingen samen boven een bepaald marktaandeel zouden komen, mits dat bij formele wet zou worden bepaald. Volgens hen was een voorafgaande toets van een krantenfusie via

¹³ HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137 en 138. Zie hierover verder De Meij e.a., p. 115-118; uitgebreid: R. de Winter, *De heersende leer. Honderd jaar verspreidingsjurisprudentie 1892-1992* (diss. Maastricht), Den Haag Sdu 1993; F.H. Kistenkas, *Vrije straatcommunicatie* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1989.

¹⁴ *Toetsing van persfusies*, Den Haag: Bedrijfsfonds voor de Pers 1988; zie ook: *Advies inzake de wenselijkheid en mogelijkheid van een controleregeling voor persfusies*, Advies Mediaraad 1988..

een vergunningstelsel niet mogelijk, omdat dat in strijd zou zijn met het verbod van een voorafgaand verlof om de door fusie ontstane krant uit te geven.¹⁵

De toenmalige minister van WVC beschouwde de kwestie zo principieel dat naar haar mening reeds het enkele feit dat er in de wetenschappelijke wereld over dit onderwerp zulke uiteenlopende opvattingen bestaan, voldoende aanleiding zou moeten zijn van een preventieve toetsing af te zien.¹⁶

Enkele jaren later echter werd de Mededingingswet aangenomen, waarin een voorafgaande vergunning wordt vereist voor elke fusie, waarbij ondernemingen met een bepaalde omzet betrokken zijn, inclusief ondernemingen. Die wet werd aangenomen zonder noemenswaardige discussie over de mogelijke strijdigheid met de grondwet.¹⁷ In de aanvankelijke toelichting ontbrak enigerlei verwijzing naar verenigbaarheid met de grondwet. Toen de Raad van State in zijn advies ernaar vroeg, werd de memorie van toelichting aangevuld. De toetsing mag op geen enkele wijze verband houden met een oordeel over de publicaties. Er zouden louter economische criteria worden gehanteerd.¹⁸ Maar, bij de eerste de beste persfusie die door de Nederlandse Mededingingsautoriteit werd getoetst, werd – naast andere – óók de voorwaarde gesteld dat twee van de bij de fusie betrokken kranten niet alleen zelfstandig zouden moeten blijven voortbestaan maar zich ook inhoudelijk op een bepaald gebied zouden moeten blijven richten. Deze inhoudelijke voorwaarde werd door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven – terecht – in strijd met de grondwet bevonden!¹⁹

Wat deze, in elk geval voor niet ingewijden in het Nederlandse staatsrecht, wat wonderlijke jurisprudentie laat zien, is dat het verbod van elke preventieve maatregel voor de drukpers in de Nederlandse grondwet wringt en dus tot een gekunstelde en soms onvoorspelbare uitleg heeft geleid. Het impliciete censuurverbod, in de zin van verlof wegens de inhoud, is in die rechtspraak in het algemeen echter overeind gebleven.

Het rechterlijk verbod en bevel

Beschermt artikel 7 ook tegen de rechter als overheidsmacht in burgerlijke en in strafzaken? Over die vraag of het grondrecht ook tegen de rechter gericht is, is in de literatuur wel gediscussieerd, maar men is vrijwel eenstemmig in de opvatting dat de rechter een publicatieverbod kan opleggen.²⁰ Ik volsta met de opmerking dat de opstellers van de grondwet zowel in 1848 als in 1983 niet bedoeld hebben een rechterlijk optreden tegen publicaties uit te sluiten, ook als dat preventieve effecten heeft. Zo'n verbod heeft immers ook repressieve aspecten, het wordt namelijk opgelegd naar aanleiding van een geconstateerde onrechtmatigheid of overtreding dan wel naar aanleiding van een dreigende onrechtmatigheid of overtreding. Ik zal mij beperken tot de rechtspraak zélf over rechterlijke verboden.

Strafbare uitingen

¹⁵ J. van der Hoeven, P.J. Boukema & M.C. Burkens, 'Advies grondwettelijke aspecten eventuele persfusieregeling'.

¹⁶ *Kamerstukken II* 1988/89, 20 984, nr. 1 tot *Kamerstukken II* 1992/1993, 20 984, nr. 10.

¹⁷ Wet van 22 mei 1997, *Stb.* 1997, 242.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1995/96 24 707, nr. 3, p. 36-37. Hierover ook: A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsvrijheid en regelingen tegen mediaconcentratie. Studie uitgevoerd in opdracht van Adviescommissie crossownershipregels in de mediasector*, Den Haag, Ministerie Economische Zaken 1999.

¹⁹ CBB 5 december 2001, *Mediaforum* 2002-4, nr. 15 m.nt. F. Leeftang & K. Mortelmans; zie ook G.A.I. Schuijt, 'De eerste toets van een persfusie', *Mediaforum* 2002-3, p. 77.

²⁰ Hierover: D.E. Bunschoten, 'Civielrechtelijk publicatieverbod en de vrijheid van meningsuiting. Een tweelandenpunt' *AA* 1987-5, p. 310-318; H. Drion, 'Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting', in: *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuisbundel), Deventer: Kluwer 1969, p. 91-108; De Meij e.a., p. 98-100.

Op grond van de clausule ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ kan de rechter pas achteraf, na publicatie, een sanctie opleggen, maar bij constatering van een strafbaar feit kunnen politie en justitie wél overgaan tot inbeslagneming, uiteraard met inachtneming van de vereisten en waarborgen van het Wetboek van Strafvordering. Vatbaar voor inbeslagneming zijn alle voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen of welke verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer kan worden bevolen (Artikel 94 WvSv). Daaronder worden ook begrepen geschriften of afbeeldingen met een strafbare inhoud. Bij een uiteindelijke veroordeling van de verdachte zal de rechter tevens dienen te bepalen wat er met de in beslag genomen goederen, in ons geval drukwerken, dient te gebeuren.

Uiteraard kan dit een censurerende werking hebben of een chilling effect op de vrijheid van meningsuiting, maar de Nederlandse grondwet verzet zich er niet tegen, omdat de bevoegdheid in het Wetboek van Strafvordering iuncto Wetboek van Strafrecht is opgenomen. De gehele oplage van het krakersblad Bluf! werd in beslag genomen en onttrokken aan het verkeer, omdat het blad ’s lands veiligheid in gevaar zou brengen door geheime rapporten van de Binnenlandse Veiligheidsdienst te onthullen (strafbaar bij artikel 98 WvSr). De inbeslagneming en onttrekking aan het verkeer waren niet in strijd met de grondwet, want er was volgens de Hoge Raad geen sprake van een preventieve maatregel. Overigens oordeelde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, anders dan onze eigen Hoge Raad, dat deze beperking van de vrijheid van meningsuiting wél in strijd met artikel 10 van het EVRM was, omdat de maatregel niet-proportioneel werd bevonden.²¹

Justitie kan ook te hard van stapel lopen. Een schilderij op een tentoonstelling voorstellende naakte kinderen in een seksuele setting werd in beslaggenomen omdat het als strafbare kinderporno werd gezien, terwijl het bij kinderporno - toen nog - uitsluitend ging om afbeeldingen die tot stand gekomen waren door kinderen seksueel te misbruiken, hetgeen hier niet het geval was. De rechter zou deze voorbarige actie van het Openbaar Ministerie later als onrechtmatig aanmerken.²² Ook in andere gevallen is justitie ten onrechte opgetreden door een verkeerde inschatting te maken.²³

Overigens wordt in Nederland gelukkig in bescheiden mate strafrechtelijk tegen publicaties opgetreden.²⁴

Civielrechtelijk verbod

In burgerlijke zaken kan de rechter, als hij een publicatie onrechtmatig acht en de beledigde partij daarom verzoekt, herhaling van de geïncrimineerde uitlatingen verbieden.²⁵ Als een dergelijk verbod nauwkeurig is omschreven, blijft het beperkt tot datgene wat de rechter onrechtmatig oordeelde, maar als het verbod ruimer wordt omschreven dan beperkt het de vrije meningsuiting wél. De Hoge Raad betoonde zich in 1966 weinig bewust van de consequenties van een dergelijk ruim verbod voor de vrijheid van meningsuiting. Hij verwierp het cassatieberoep tegen een verbod om zich, anders dan binnen het verenigingsverband van de Nederlandse Klokkenspel Vereniging, zodanig over die organisatie of haar bestuursleden uit te laten, ‘dat bij derden twijfel kan worden gewekt aan derzelver integriteit en

²¹ HR 18 september 1989, *NJ* 1990, 94; ook *NJCM-Bulletin* 1990, p. 291-298 m. nt. R. de Winter; EHRM 9 februari 1995, *Mediaforum* 1995-3, p. B30-B34, ook: *NJCM-Bulletin* 1995, p. 480 m. nt. J.M. de Meij.

²² Pres. Rb. Zwolle 15 oktober 1997, *Mediaforum* 1997-11/12, p. B163-B164.

²³ Rb. Amsterdam 28 december 1990, *Mediaforum* 1991-2, p. B21-B23; Hof Amsterdam 1992-6, p. B39-B40 (Don Mader).

²⁴ Zie daarover De Meij e.a., p. 261-265.

²⁵ Over de vraag of onze bepaling terzake van Onrechtmatige Daad (vroeger 1401 thans 6.162 BW) ‘wet’ in formele zin is, zie Drion, alsmede Bunschoten, vermeld bij nt. 20.

objectiviteit'.²⁶ De Hoge Raad overwoog 'dat de aard van het door het verbod te beschermen belang meebrengt dat de omschrijving van het verbod, ten einde effectief te doen zijn, slechts kan geschieden in meer algemene termen, maar dan ook, naar een redelijke uitlegging, de draagwijdte van het verbod beperkt moet worden geacht tot handelingen waarvan in ernst niet kan worden betwijfeld, dat zij, mede gelet op het belang tegen aantasting waarvan het verbod gegeven is, inbreuken, als door de rechter verboden, opleveren'.

Ons hoogste rechtscollege miskent in zijn uitspraak mijns inziens dat een dergelijk verbod een chilling effect kan hebben op de vrijheid van meningsuiting. Op overtreding van het verbod staat immers de verbeurte van een dwangsom. Dat men niet onrechtmatig mag handelen, behoort eenieder te weten, maar wát in concreto onrechtmatig is naar het oordeel van de rechter, kan men niet altijd goed inschatten. Het is nu juist de ratio van het censuurverbod, dat men eerst die foute inschatting mag maken en pas achteraf ter verantwoording kan worden geroepen. Er kunnen dus geschillen ontstaan over de vraag of het verbod is overtreden en dat kan degene wie het verbod treft ervan weerhouden zich te uiten op de wijze zoals hij zou willen.²⁷ Vandaar dat een verbod van herhaling mijns inziens zeer precies zou moeten worden geformuleerd. De ruime formulering van de Hoge Raad staat mijns inziens op gespannen voet met de vrijheid van meningsuiting, ook met artikel 10 EVRM, maar of het ook in strijd is met artikel 7 van de grondwet betwijfel ik, omdat de Hoge Raad niet méér lijkt te zeggen dan 'U mag de wet niet overtreden', dus een herinnering aan het 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Weliswaar een dooddoener, maar zo'n waarschuwing, opgelegd door de rechter, heeft een groot chilling effect, waartegen onze grondwet helaas niet beschermt.

Dezelfde onzekerheid laat de HR nog in 1990 bestaan in een arrest inzake het uitdragen van een geloofsovertuiging. Het betrof een verbod om zich in de toekomst zowel mondeling als schriftelijk onjuist en/of beledigend en/of onnodig grievend uit te laten over en jegens X. De Hoge Raad: 'Het hof heeft de in deze bewoordingen vervatte veroordeling gerechtvaardigd geacht, omdat reeds in twee verschillende procedures uitlatingen van M. en G. jegens X onrechtmatig zijn geoordeeld en omdat 'uit de aard der zaak de mogelijke toekomstige uitlatingen van M. en G. niet verder concreet kunnen worden aangeduid.' In dezelfde lijn ligt het terzijde schuiven door de Hoge Raad van een klacht dat het hof verboden had aan een bevolen rectificatie nadere commentaren en/of teksten toe te voegen. Het verbod deed volgens de Hoge Raad geen afbreuk aan het recht op vrije meningsuiting van M. en G. elders.²⁸

Deze uitspraken vallen wellicht te verklaren door de weinig grondrechtbewuste benadering die de civiele kamer van de Hoge Raad vaak tentoonspreidde in zaken waar uitingen in het geding waren en waar ook in het cassatieberoep vaak noch artikel 7 van de grondwet noch artikel 10 EVRM in stelling werd gebracht. In het standaardarrest van 1983 (Gemeenteraadslid) komt het begrip 'vrijheid van meningsuiting' niet voor.²⁹ Pas later in de arresten Edamse bijstandsmoeder (1987), Kinderen Prinses Irene (1988) en Ferdi E. (1994) vindt expliciet een afweging plaats tussen het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van meningsuiting en in de arresten Rails (1994), en Van Gasteren

²⁶ HR 18 februari 1966, *NJ* 1966, 208; zie ook het door het Hof Arnhem opgelegde verbod, te kennen uit HR 14 januari 1966, *NJ* 1966, 207, welk ruim verbod overigens in cassatie niet werd bestreden.

²⁷ Vgl. EHRM 8 juli 1986, *NJ* 1987, 901 (Lingens): '...it nonetheless amounted to a kind of censure, which would be likely to discourage him from making criticisms of that kind again in future' en '...a sanction such as this is liable to hamper the press in performing its task as purveyor of information and public watchdog'.

²⁸ HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 291

²⁹ HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801.

(1995) wordt in het civielrechtelijke geding expliciet getoetst aan artikel 10 EVRM.³⁰

Hoe dit zij, in elk geval tref ik in de lagere rechtspraak de laatste jaren meermalen aan, dat een ruim geformuleerd verbod wél in strijd met artikel 7 grondwet wordt geacht of in elk geval met artikel 10 EVRM. Het verbod zich ‘op soortgelijke wijze uit te laten’ bijvoorbeeld werd te ruim bevonden, omdat daardoor onzekerheid kan ontstaan omtrent de draagwijdte van dit verbod.³¹ Een verbod een bepaalde beschuldiging te herhalen werd beperkt tot ‘zonder daartoe nieuwe en deugdelijke met bewijsstukken gestaafde feiten aan te voeren’. Dat bleef in hoger beroep in stand.³² De president van de rechtbank Rotterdam overwoog in 1997: ‘Het gevorderde verbod om zich onjuist, door onvolledigheid misleidend en/of onnodig grievend over eiseressen uit te laten is niet toewijsbaar. Het fundamentele belang van de persvrijheid gebiedt dat iedere nieuwe publicatie op haar eigen merites moet worden beoordeeld. Het behoeft daarbij geen betoog dat een krant zich uiteraard niet op een dergelijke wijze over een bedrijf mag uitlaten’.³³ Een verbod om eisers op suggestieve, insinuerende en/of feitelijk onjuiste wijze in het nieuws te brengen of daaraan medewerking te verlenen werd volgens het Hof Amsterdam ten onrechte opgelegd. Een zodanig verbod moest als te verstrekkend worden afgewezen.³⁴

Een uitzondering op deze tamelijk constante rechtspraak vormde een ‘publicitair straatverbod’, waarbij de president van de rechtbank Amsterdam had overwogen dat het belang van eiser om in ieder geval tijdelijk verstoken te blijven van publiciteit die werd veroorzaakt door gedaagden, zwaarder moest wegen dan het recht van gedaagden op vrije meningsuiting. Dat was in kort geding. In de bodemprocedure formuleerde het Hof Amsterdam het verbod toch genuanceerder: ‘Het verbod heeft naar zijn aard uitsluitend betrekking op onrechtmatige uitingen in het openbaar, zulks mede te beoordelen in het licht van de in dit geding gewraakte brieven en publicaties. Uitlatingen die niet onrechtmatig geoordeeld kunnen worden, vallen uit de aard der zaak niet onder het verbod. Het verbod geldt ook niet (ten volle) in een situatie waarin de voor het verbod maatgevende omstandigheden gewijzigd zijn’.³⁵ Zo uitgelegd kan men er een verbod in lezen de gewraakte uitlatingen te herhalen, maar het kan ook ruimer uitgelegd worden. In elk geval kan het tot executiegeschillen leiden over de vraag of de opgelegde dwangsom verbeurd is en aldus kan die dreigende dwangsom een chilling effect hebben op de vrijheid van meningsuiting. Is een verbod in meer algemene termen geformuleerd, dan moet het verbod niettemin restrictief worden geïnterpreteerd, dat wil volgens Hof Arnhem zeggen, dat een redelijke uitleg van een dergelijk verbod meebrengt dat de draagwijdte ervan beperkt is tot handelingen waarvan niet kan worden betwijfeld dat zij, mede gelet op de gronden waarop het verbod werd gegeven, inbreuken als door de rechter verboden opleveren.³⁶ Het Hof lijkt hier aan te sluiten bij het arrest van de Hoge Raad van 1966, is wellicht iets restrictiever, maar laat toch dezelfde ruimte voor twijfel en dus voor een chilling effect.

Ook op het punt van een verbod aan een bevolen rectificatie iets toe te voegen, vinden wij genuanceerder en principiëler oordelen bij lagere rechters dan bij de Hoge Raad in het bovenvermelde arrest. Een dergelijk verbod mag volgens Hof Amsterdam niet te absoluut en

³⁰ Zie hierover G.A.I. Schuijt, ‘Is de Hoge Raad bang voor de uitingsvrijheid?’, *Informatierecht/AMI* 1990-5, p. 83-99 en ‘Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?’, *Informatierecht/AMI* 1996-2, p. 23-30.

³¹ Hof Amsterdam 16 december 1976, *NJ* 1977, 86.

³² Hof Amsterdam 4 december 1997, *Mediaforum* 1998-3, nr. 11.

³³ Pres. Rb. Rotterdam 17 januari 1997, *KG* 1997, 124.

³⁴ Hof Amsterdam 16 oktober 1997, *Mediaforum* 1998-1, nr. 2; zie voor meer jurisprudentie *Onrechtmatige Daad VII* (Schuijt) aant. 7;

³⁵ Pres. Rb. Amsterdam 20 juli 1995, *Mediaforum* 1995-9, p. B119-B120; Hof Amsterdam 27 februari 1997, *Mediaforum* 1997-5, p. B69-B71.

³⁶ Hof Arnhem 12 maart 2002, *LJN-nr. AE1664*

ongenuanceerd zijn.³⁷ De president van de rechtbank Amsterdam beval een rectificatie zonder enige toevoeging, bespreking of beschouwing ‘van zodanige aard dat het doel of de strekking van dit vonnis zou worden aangetast’.³⁸

Recall

De rechter kan ook de verdere verspreiding van een publicatie verbieden, alsmede een gebod opleggen de reeds verspreide exemplaren terug te halen of te doen halen. Het Hof Amsterdam vond zo’n gebod tot recall terecht opgelegd, omdat de schade die door ongehinderde verdere verspreiding zou ontstaan, niet betwist was en minder ver gaande opties niet geëigend dan wel niet doenlijk waren, althans gepaard zouden gaan met grote financiële gevolgen die niet in reële verhouding zouden staan tot de aard en de ernst van de jegens eiser gepleegde onrechtmatige daad. Het verweer dat voor een dergelijk terughaalgebod een wettelijke basis in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM zou ontbreken, verwerpt het Hof onder verwijzing naar artikel 6.162 BW.³⁹

De rechter pleegt echter wel, zoals in kort geding voorgeschreven, de wederzijdse belangen af te wegen bij het opleggen van een dergelijke maatregel. De Voorzieningenrechter⁴⁰ van de rechtbank Amsterdam vond dat er voor een bevel een weekblad uit de handel te nemen geen plaats was, nu een groot aantal exemplaren reeds hun weg naar de lezer gevonden had, zodat de al ontstane schade slechts in zeer geringe mate zou kunnen worden beperkt door een dergelijke maatregel, waarvan de uitvoering tijd kostte en wellicht niet goed doenlijk was, althans gepaard ging met grote financiële gevolgen, die niet in reële verhouding stonden tot de aard en de ernst van de jegens eiser gepleegde onrechtmatige daad.⁴¹ En de President van de Rb. Amsterdam vond in 1997 een terughaalgebod van een blad, dat al enige tijd in omloop was, ‘te ingrijpend’, zonder verder te verwijzen naar grondwet of verdrag.⁴²

Publicatieverbod vóóraf?

Dichter bij censuur in de zin van ‘verlof wegens de inhoud’ komt men, als de rechter gevraagd wordt een publicatie te verbieden nog vóóordat een openbaarmaking heeft plaats gehad. Ook dat is volgens de rechtspraak mogelijk. Het Hof Amsterdam: ‘Het grondwettelijk recht van vrijheid van meningsuiting sluit preventief optreden tegen een nog te verwachten publicatie van een wat de inhoud betreft met de wet strijdig geschrift door middel van een in kort geding te treffen voorlopige voorziening niet uit’.⁴³ Met lette op de woorden ‘een wat de inhoud betreft met de wet strijdig geschrift’. Daaruit mag men afleiden, dat die strijdigheid met de wet wel moet vaststaan, dus ook zo’n maatregel is repressief van aard. Althans zo is het in andere rechtspraak uitgelegd. Men dient, met andere woorden, te weten wát gedaagde van plan is openbaar te gaan maken en wát men dus verbiedt.

Het meest duidelijk was de president van de rechtbank Den Haag. Eisers vroegen inzage in het manuscript van een boek dat gedaagde voornemens was te publiceren en waarin wellicht ook (onrechtmatige) mededelingen over eisers gedaan zouden worden. De president overwoog: ‘De strekking van de vordering is geen andere dan om gedaagden in de situatie te brengen dat zij voorafgaand verlof nodig hebben en is daarmee in strijd met het uitgangspunt

³⁷ Hof Amsterdam 24 januari 1968, NJ 1970, 66.

³⁸ Pres. Rb. Amsterdam 7 februari 1980 (niet gepubl.).

³⁹ Hof Amsterdam 21 februari 2002, Mediaforum 2002-4, nr. 10.

⁴⁰ Vzt. Rb. Amsterdam 10 januari 2002, LJV-nr. AD8052. Sinds 1 januari 2002 spreekt niet meer de *President* van de rechtbank recht in kort geding, maar de *Voorzieningenrechter* van de rechtbank.

⁴¹ Vzt. Rb. Amsterdam 10 januari 2002, LJV-nr. AD8052.

⁴² Pres. Rb. Amsterdam 24 april 1997, Mediaforum 1997-6, p. B98.

⁴³ Hof Amsterdam 13 september 1984, NJ 1985, 409.

van de grondwetgever'. Anders gezegd: de president zei gedaagden, dat zij moesten wachten met een eventuele onrechtmatige daadsactie tot het boek verschenen was.⁴⁴

Het Hof 's-Hertogenbosch vernietigde het vonnis van de president van de rechtbank Maastricht, waarin hij het Dagblad De Limburger verbood een artikel over een burgemeester te publiceren, indien de burgemeester vóóraf géén inzage werd gegeven en hij niet 24 uur de gelegenheid had gekregen om daarop commentaar te geven. Het Hof achtte dit publicatieverbod in strijd met art. 10 lid 2 EVRM onder meer, omdat ten tijde van de beslissing van de president nog geen sprake was van een reeds gepubliceerd artikel, zodat over de al dan niet onrechtmatigheid ervan niet geoordeeld kon worden. De rechter moet immers, om een juiste belangenafweging te kunnen maken, nauwkeurig nagaan wat hij precies verbiedt'.⁴⁵ Zonder enige verwijzing naar artikel 7 van de grondwet toetste het hof het verbod hier rechtstreeks aan artikel 10, lid 2 EVRM.

Op dezelfde golfengte zat de president van de rechtbank Amsterdam die de eis afwees, dat het dagblad De Gooi- en Eemlander verplicht zou worden publicaties over eisers vooraf ter goedkeuring aan eisers of de rechter aan te bieden. Hij weigerde ook het dagblad te verbieden om in de toekomst over bepaalde onderwerpen te publiceren. 'Eisers blijven aangewezen op toetsing achteraf'.⁴⁶

We zullen dit publicatieverbod vóóraf nog tegenkomen bij de omroepvrijheid.

Tussenconclusie artikel 7 lid 1 Grondwet

Voorzover artikel 7 lid 1 ook andere preventieve maatregelen dan een verlotf wegens de inhoud verbiedt, heeft het geleid tot gewrongen constructies om onder een algeheel vergunningverbod uit te komen. Dat komt tot uiting in de veel bekritiseerde 'verspreidingsjurisprudentie', het komt ook tot uiting in de institutionele benadering, die de ene keer een vestigingsvergunning voor een grafische onderneming in strijd met de grondwet verklaart, maar de andere keer een vergunning op grond van het Hinderbesluit niet ongrondwettig acht. De regering wilde geen voorstel doen voor een wettelijke persfusiecontroleregeling, omdat een dergelijke regeling een vergunningstelsel zou inhouden, maar enkele jaren later werd zonder noemenswaardige aandacht voor dit grondwettelijke aspect de Mededingingswet aanvaard, waarin voor élfce fusie van een bepaalde grootte, ook een fusie van personernemingen, een vergunning vereist zou worden. De overweging daarbij dat het in het mededingingsrecht niet om inhoudelijke, maar uitsluitend om economische criteria zou gaan, werd bij de eerste door de Mededingingsautoriteit getoetste persfusie reeds gelogenstraft.

Met betrekking tot publicatieverboden dient onderscheid te worden gemaakt tussen een verbod een onrechtmatig bevonden uitlating die reeds gepubliceerd is te herhalen en een publicatieverbod van nog niet openbaargemaakte uitlatingen. Het verbod uitlatingen te herhalen heeft de Hoge Raad in een arrest van 1966 toelaatbaar geoordeeld, zelfs als het verbod tamelijk ruim is geformuleerd. In de lagere rechtspraak overweegt de tendens om een verbod van herhaling slechts toelaatbaar te achten als nauwkeurig is omschreven wát onrechtmatig is en wát niet herhaald mag worden.

Met betrekking tot een publicatieverbod voor een nog niet openbaar gemaakt geschrift, is de rechtspraak tamelijk streng. Het is echter niet onmogelijk als duidelijk is dat er en welke onrechtmatigheid dreigt, maar het mag niet leiden tot een 'voorafgaand verlotf' zonder dat bekend is wát de voorgenomen publicatie inhoudt.

Men zou de conclusie kunnen trekken dat een verbod de uiting te herhalen of een verbod een bepaalde uiting te publiceren in de rechtspraak niet gezien wordt als een voorafgaand verlotf,

⁴⁴ Pres. Rb. Den Haag 17 december 1993, *Mediaforum* 1994-2, p. B 23-B24.

⁴⁵ Hof Den Bosch, 18 februari 1999, *NJ* 2000, 369; ook *Mediaforum* 1999-3, nr. 17.

⁴⁶ Pres. Rb. Amsterdam 1 mei 1997, *Mediaforum* 1997-6, p. B94-B95.

maar eerder als een door de rechter gegeven uitleg van wat ‘ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ is.

OMROEP

Zoals gezegd werd de omroep in Nederland tot 1940 – over ‘gelijkgeschakelde’ omroep in de jaren 1940-1945 zwijgen we maar – gecensureerd. Het Radioreglement van 1930 schiep daarvoor de basis. Teksten die zouden worden uitgesproken moesten worden voorgelegd aan de Rococo, de Radio Controle Commissie. Tot welke – thans wellicht ondenkbare – inbreuken op de vrijheid van meningsuiting dat leidde, wordt uitvoerig beschreven in de dissertatie van Wijffjes.⁴⁷ Stilzwijgend werd bij de restauratie van het Nederlandse omroepbestel na de Tweede Wereldoorlog deze censuur afgeschaft, maar daarvoor kwam wel in de plaats de bevoegdheid van de regeringscommissaris voor de omroep om een omroepmedewerker voor onbepaalde tijd de toegang tot de omroep te onttrekken!⁴⁸ Dat kon allemaal zonder in strijd met de grondwet te komen, want daarin gold de vrijheid van meningsuiting slechts voor de drukpers. Pas in 1956 werd in resp. het Radiobesluit en het Televisiebesluit met zoveel woorden een bepaling opgenomen, dat het toezicht op een radio of televisie-uitzending repressief is en werd ook de schorsingsbevoegdheid geschrapt. Wel kon de minister nog steeds een uitzending doen staken ‘indien dit in het algemeen belang noodzakelijk is’.⁴⁹ Het verbod van preventief toezicht werd in de Omroepwet van 1967 eveneens opgenomen en in de Mediawet van 1987, waarin het toezicht aan het Commissariaat voor de Media wordt opgedragen, wordt in art. 134 eveneens uitdrukkelijk bepaald dat het Commissariaat géén voorafgaand toezicht op de inhoud van een uitzending uitoefent. In 1983 werd artikel 7 lid 2 in de grondwet opgenomen:

‘De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending’.

‘De knop omdraaien’

In de Tweede Kamer is bij herhaling gesproken over de vraag of deze bepaling ook de mogelijkheid zou uitsluiten dat de regering tijdens een uitzending ‘de knop zou omdraaien’.⁵⁰ In 1963 had de regering daarmee – met succes – bedreigd toen de KRO voornemens was een interview met de in Frankrijk omstreden politicus Bidault uit te zenden. Dat dreigement werd door de Tweede Kamer afgekeurd, maar de regering vond dat repressieve controle niet inhoudt dat moet worden gewacht met het nemen van maatregelen tot het verboden feit is voltooid, waarbij moet worden opgemerkt dat de regering niet wist wát Bidault zou gaan zeggen. Het was meer het feit zélf dat hij hier op televisie geïnterviewd zou worden, waarvan de regering vreesde dat het de goede betrekkingen met Frankrijk zou verstoren. De omroepwet kende toen bovendien nog een ministeriële tuchtbevoegdheid ter handhaving van de bepaling dat de uitzendingen geen gevaar mochten opleveren voor de veiligheid van de staat, de openbare orde en de goede zede.⁵¹

⁴⁷ H. Wijffjes, *Radio onder restrictie. Overheidsbemoeiing met radioprogramma's 1919-1941*, Amsterdam IISG 1980.

⁴⁸ Beschikking O K & W 15 januari 1947, nr. 6528, art. 17.

⁴⁹ Televisiebesluit 1956, *Stb.* 1955, 579.

⁵⁰ Hierover uitvoerig: De Meij e.a. p. 182-189.

⁵¹ Een initiatiefwetsvoorstel om die ministeriële tuchtbevoegdheid af te schaffen werd ingetrokken na een de indieners onwelgevallig amendement dat door de Tweede Kamer werd aangenomen (*Kamerstukken II* 1970/71, 11 120; Bij de wetwijziging van 1978 werd de ministeriële tuchtbevoegdheid afgeschaft (Wet van 1 september 1978, *Stb.* 665), die overigens pas in werking trad bij invoering van de Mediawet in 1987. (De Meij e.a., p. 159-160, 181)

Enkele jaren later, bij de behandeling van de Omroepwet van 1967 verklaarde de regering onomwonden dat het ontwerp de regering niet de bevoegdheid gaf 'de knop om te draaien, maar bij de behandeling van de grondwetswijziging van 1983 heette het toch weer een 'hachelijk grensgeval'.

In 1980 probeerde de regering opnieuw een uitzending te voorkomen door de VARA onder druk te zetten. Het ging ditmaal om de film *Death of a Princess*. De regering was bevreesd dat uitzending evenals in Groot Brittannië tot sancties van Saoedi-Arabië zouden leiden. De VARA ging niet door de knieën, maar in 1987 had de regering succes met een dringend beroep op de VARA om voor de Iraanse leider Khomeini beledigend geachte beelden niet uit te zenden.

Het 'omdraaien van de knop' (en het dreigen ermee) als dat door de uitvoerende macht geschiedt, is een preventieve maatregel, die mijns inziens in strijd is met de grondwet, omdat het een voorafgaand toezicht is, waardoor een programma niet of slechts ten dele kan worden uitgezonden. Dat komt materieel op hetzelfde neer als 'voorafgaand toezicht op de inhoud'. Volgen we de toelichting bij de Omroepwet en de Mediawet dan is het omdraaien van de knop volgens de *wet* niet mogelijk, hoezeer het ook naar de mening van de regering volgens de *grondwet* wél mogelijk zou zijn!

Of het standpunt van de regering houdbaar is na het Kabelregelingsarrest van de Hoge Raad kan men betwijfelen. De Hoge Raad heeft in dat arrest de woorden 'geen voorafgaand toezicht' ruim uitgelegd. De Hoge Raad oordeelde het zogenaamde Kabelbesluit in strijd met de grondwet waar het de minister de mogelijkheid gaf aan kabelomroepexploitanten ontheffing te verlenen van het verbod buitenlandse omroepprogramma's met Nederlandse ondertiteling door te geven. Daarmee wilde de regering controleren of er in de programma's van de buitenlandse zender op Nederland gerichte reclameboodschappen werden uitgezonden. De regering vond dit geen voorafgaand toezicht op de inhoud maar de Hoge Raad vond deze 'censuur' uit den boze, ongeacht het doel en daarmee vatte de Hoge Raad kennelijk het 'voorafgaand toezicht' van artikel 7 lid 2 ruimer op dan slechts een 'voorafgaand verlot wgens de inhoud'.⁵² Overigens kan bij plegen van een strafbaar feit justitie wél ingrijpen, al is dat technisch niet eenvoudig en is het niet voorgekomen.⁵³

Toegang tot de ether

Bij de verdeling van etherfrequenties ten behoeve van commerciële omroepen heeft de vergelijkende toets, ook wel 'beauty contest', de vraag doen opwerpen of het laten afhangen van de toewijzing van de inhoud van de voorgenomen programma's in strijd is met artikel 7 lid 2 van de grondwet. Omdat dat in een formele wet mogelijk is gemaakt, kan het niet door de rechter worden getoetst, al besteedde de Rotterdamse rechtbank er aandacht aan. 'Het is niet in strijd met de vrijheid van meningsuiting om voorkeuren voor bepaalde programma's een rol te laten spelen bij de verdeling van etherfrequenties. Er is sprake van een feitelijk gegeven dat bij de afweging van belangen een rol speelt en niet van een met artikel 7 tweede lid van de grondwet dan wel artikel 10 EVRM strijdige inmenging in de inhoud van de programma's'.⁵⁴

Het is hierbij van belang dat enerzijds de wet, die de vergelijkende toets toestaat, niet aan de grondwet kan worden getoetst door de rechter, anderzijds dat de wet de bij zo'n vergelijkende toets te hanteren criteria niet bevat doch deze delegeert aan de minister. Dat maakt deze regeling m.i. in strijd met de grondwet, als men tenminste de ruime uitleg van de Hoge Raad aanhoudt. De uitvoerende macht kan immers een bepaalde commerciële omroep vanwege de

⁵² HR 11 december 1988, *Informatierecht/AMI* 1988-2, p. 37-39 m. nt. A.W. Hins

⁵³ De Meij e.a., p. 186.

⁵⁴ Rb. Rotterdam 11 november 1999, *Mediaforum* 2000-1, nr. 4; vgl. ook CBB 6 november 1991, *Mediaforum* 1992-1, p. B12-B16 en AB 1994, 29; CBB 2 maart 1995, *Mediaforum* 1995-4, p. B57-B64), De Meij e.a., p. 188.

inhoud toelaten of weren. Dat dat ook de (verwerpelijke) bedoeling is van het (huidige) kabinet blijkt uit de wijziging van het Frequentiebesluit, waardoor niet alleen de vergelijkende toets volledig nevensgeschikt wordt gemaakt aan andere verdelingsmechanismen, maar waardoor ook inhoudelijke eisen worden gesteld in het algemeen belang waarbij blijkens de toelichting gedacht wordt aan de verscheidenheid of variatie van het aanbod, voldoende zorg voor het programma, het naleven van het programmaformat en het te goeder trouw en integer handelen door de vergunninghouder. De frequentieruimte mag volgens de toelichting niet gebruikt worden om de openbare orde te verstoren, onrust te stoken of bevolkingsgroepen tegen elkaar op te zetten. De uitvoerende macht kan repressieve controle toepassen op de naleving van dergelijke eisen, die in de vergunningvoorschriften kunnen worden opgenomen.⁵⁵ Het is een Koninklijk Besluit, dus het is te toetsen aan de grondwet en men mag hopen dat het bij de eerste de beste procedure die toets niet zal doorstaan.

Een gelijksoortige vraag over de grondwettelijke houdbaarheid van een inhoudelijke toets werd opgeworpen bij de weigering De Nieuwe Omroep als publieke omroepvereniging te erkennen. Volgens de Mediawet dienen aspirant-publieke omroeporganisaties door middel van een beleidsplan te laten zien, dat het programma dat de omroep voornemens is te verzorgen naar inhoud en strekking zodanig afwijkt van de door de (bestaande) omroepverenigingen verzorgde programma's, dat het de verscheidenheid in de landelijke omroep vergroot en daarmee een vernieuwende bijdrage levert aan de verwezenlijking van de taakopdracht van de landelijke omroep. (art. 37a iuncto art. 32). De aanvraag van De Nieuwe Omroep was door de staatssecretaris afgewezen op grond van de overweging dat uit het beleidsplan niet bleek dat de voorgenomen programma's de verscheidenheid in de landelijke omroep zouden vergroten en daarmee een vernieuwende bijdrage aan de verwezenlijking van de taakopdracht van de publieke omroep zouden leveren. De staatssecretaris stelde zich daarbij op het standpunt dat noch de wetstekst noch de wetsgeschiedenis hem die toets belette of hem geboden daarbij terughoudend te zijn, omdat met een dergelijke interpretatie het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet zou kunnen worden omzeild.

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State besliste, dat de wet niet getoetst kan worden aan de grondwet, het besluit van de bewindsman dus slechts aan de wet kan worden getoetst en dat, indien daarbij ruimte gelaten is voor uiteenlopende besluiten, de wettelijke bepaling grondwetsconform moet worden uitgelegd. De wettelijke regeling biedt de staatssecretaris weliswaar een zekere beoordelingsruimte bij de concrete invulling van begrippen als 'verscheidenheid' en 'vernieuwende bijdrage', maar deze beoordelingsruimte is niet van dien aard dat geen concrete inhoudelijke toetsing van de in het beleidsplan omschreven programma's zou mogen plaatsvinden om deze te beoordelen op hun bijdrage aan verscheidenheid en vernieuwing. De bepaling schrijft het uitvoeren van een dergelijke toets juist dwingend voor. Of de wettelijke bepaling in strijd is met de grondwet kan niet worden getoetst.⁵⁶

Dat neemt niet weg dat de wet, als zij getoetst mocht worden, in strijd zou zijn met een ruime uitleg van het verbod van 'voorafgaand toezicht', omdat zij de uitvoerende macht de mogelijkheid geeft op inhoudelijke gronden een omroep af te wijzen. De wetgever heeft zichzelf de moeilijkheden op de hals gehaald – dat was overigens al vóór de grondwetswijziging van 1983 - toen het de overheid tot deze inhoudelijke beoordeling van de voorgenomen programma's verplichtte. Dat was bij de wijziging van de omroepwet in 1978, toen men de in 1967 gecreëerde 'openheid' van het omroepbestel weer wilde inperken. Beter

⁵⁵ KB 12 september 2002, *Stb.* 2002, 467; zie ook de felle kritiek van N.A.N.M. van Eijk, 'Geen frequenties voor onruststokers', *Mediaforum* 2002-11/12, p. 352-354. Mede naar aanleiding van deze kritiek verzocht de Tweede Kamer bij motie deze voorwaarden niet in de vergunningen op te nemen: Kamerstukken II 2002/03, 24095, nr. 128.

⁵⁶ ABRvS 24 juli 2002, *Mediaforum* 2002-9, nr. 35 m. nt. A.W. Hins.

is het de toelating c.q. erkenning als publieke omroeporganisatie te laten afhangen van objectief te meten of objectiveerbare criteria zoals het getal van de aanhang, de bereidheid te voldoen aan de in de Mediawet neergelegde programmatische opdracht voor de publieke omroep en de bereidheid om samen te werken met de andere publieke omroeporganisaties conform de Mediawet. Dat zou in overeenstemming zijn met het standpunt van de Raad van State destijds bij de toelating van Veronica. Als Veronica de voorgeschreven aanhang heeft, dan voldoet het kennelijk ook aan het vereiste gericht te zijn op bevrediging van onder het volk levende behoeften, was het laconieke standpunt van de Raad van State.⁵⁷ Maar die beslissing was nu juist de reden, dat in 1978 de basis werd gelegd voor de bepaling die De Nieuwe Omroep nu tegenhield: een nieuwe omroep moest ook representatief zijn voor een bepaalde maatschappelijke of geestelijke 'stroming' en moest een programma verzorgen dat zowel wat betreft de keuze van onderwerpen als wat betreft de strekking ervan, in zodanig mate afwijken van reeds bestaande programma's, dat het de verscheidenheid vergroot.⁵⁸

Rechterlijk uitzendverbod

Met betrekking tot een door de rechter opgelegd verbod een onderdeel van een omroepprogramma nogmaals uit te zenden, geldt hetzelfde als wat hierboven is gezegd over een verbod een ongeoorloofde uitlating in geschrifte te herhalen. De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet uitgesproken, maar de lagere rechtspraak volgend kan en moet het verbod zo concreet en nauwkeurig mogelijk omschreven zijn, ook al ziet men in de rechtspraak uitzonderingen op deze regel.

Bij de omroep is het vaker mogelijk reeds vooraf naar de rechter te stappen omdat de mogelijk benadeelde partij vaak weet, dat er opnamen zijn gemaakt. Dat is bijvoorbeeld het geval als de overvaljournalistiek wordt gehanteerd op de wijze zoals Pieter Storms en Willibrord Fréquin gewoon zijn te doen. Bij het Hof Amsterdam werd zeer nadrukkelijk over zo'n door de rechter opgelegd verbod geklaagd met een beroep op artikel 7 lid 2 van de grondwet. Het Hof acht de opvatting dat deze grondwetsbepaling meebrengt, dat nimmer een uitzendverbod kan worden opgelegd, onjuist. Indien de inhoud van de uitzending tevoren voldoende vaststaat en deze inhoud jegens de betrokkene onrechtmatig is, kan onder omstandigheden een verbod op uitzending in een democratische samenleving noodzakelijk zijn. Voor een andersluidende interpretatie kan in de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunt worden gevonden en zij kan ook niet worden afgeleid uit het ontbreken van de zinsnede 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'.⁵⁹

Wat betreft de concreetheid van het verbod: het Hof verbood hier alle door Storms in en om het kantoor van eiser gemaakte opnamen, ook opnamen die niet ter zitting waren getoond, omdat geen onderscheid kon worden gemaakt tussen die gedeelten die wel en die niet onrechtmatig waren. Het Hof achtte het aannemelijk dat de beelden in overheersende mate het geschapen tumult betroffen. Dit verbod was volgens het Hof nog voldoende specifiek en niet te ruim geformuleerd.

Maar, ook al bevat een uitzending een onrechtmatig programmaonderdeel, een onvoorwaardelijk uitzendverbod kan onder omstandigheden niet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het Hof Amsterdam besliste in die zin over een onrechtmatig geoordeelde uitzending, waarbij met verborgen camera was gewerkt. Het opgelegde verbod

⁵⁷ KB 26 augustus 1975, *AB* 1977, 29.

⁵⁸ Wet van 1 september 1978, *Stb.* 1978, 665.

⁵⁹ Hof Amsterdam 12 juli 2001, *KG* 2001, 204; ook *Mediaforum* 2001, nr. 39 m .nt. G.A.I. Schuijt (cassatieberoep ingesteld); in gelijke zin: Hof Amsterdam 26 oktober 1995, *Mediaforum* 1996-2, p. B22-B24: Het Hof ziet geen overwegende bezwaren in het vooraf verbieden van de uitzending van ter zitting getoonde beelden. De president wist immers nauwkeurig wat hij verbood, kon de over en weer in aanmerking te nemen belangen dus zuiver afwegen en voorkwam door zijn verbod dat tegenover P. en T. onrechtmatig zou worden gehandeld; zie ook nog *Vzr. Rb. Amsterdam* 13 mei 2002, *Mediaforum* 2002, nr. 28.

vond het Hof niettemin een te zware sanctie. Daarbij nam het Hof in aanmerking dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer niet bijzonder ingrijpend was, vanwege de onherkenbaarheid van de betrokkenen voor het grote publiek en vanwege het ontbreken van een door dat publiek te leggen verband met de personen, die zich beschadigd voelden.⁶⁰ Men ziet hier dat de rechter met voorbijgaan aan artikel 7 van de grondwet, rechtstreeks toetst aan het noodzakelijkheids criterium van artikel 10 lid 2 EVRM.

Een verbod wordt uiteraard zeker niet opgelegd als niet duidelijk is wát er zal worden uitgezonden. ‘De afweging tussen het belang van de uitingsvrijheid en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan pas worden gemaakt op basis van concrete voor publicatie gereede gegevens. Nu nog geen voor publicatie vatbaar programma is tot stand gekomen, kunnen bedoelde afweging en toetsing thans niet plaats vinden’, aldus de Voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam.⁶¹ Het gevraagde uitzendverbod werd niet gegeven.

Waar de Nederlandse grondwet zich in elk geval tegen verzet, is dat een omroeporganisatie door de rechter gedwongen zou kunnen worden vóóraf een programmaonderdeel aan de rechter te tonen. Dat zou inderdaad leiden tot een heel concreet ‘voorafgaand toezicht op de inhoud’ van een uitzending. Uiteraard kan men vrijwillig de beelden aan de rechter tonen en dat doen omroeporganisaties ook nogal eens kennelijk in het vertrouwen dat de rechter, als hij de beelden eenmaal gezien heeft, zal concluderen dat zij niet onrechtmatig zijn. Maar daarin vergissen zij zich nog wel eens.⁶² Het lijkt mij overigens niet een juist beleid zich vrijwillig aan een dergelijke rechterlijke ‘censuur’ te onderwerpen.

In dat verband moet als in strijd met de grondwet worden geoordeeld, dat de voorzieningenrechter een omroep veroordeelde de beelden zodanig te wijzigen dat herkenning onmogelijk was. De rechter kan geen voorschriften geven over hoe een programmaonderdeel er uit dient te zien. De rechter dient zich te beperken tot de vaststelling wat wél en wat niet onrechtmatig is en dus wél of niet (nogmaals) mag worden uitgezonden.⁶³ Het is uiteraard aan de omroeporganisatie daaruit de conclusie te trekken en te beslissen tussen niet uitzenden en uitzenden met geretoucheerde beelden.

Tussenconclusie met betrekking tot artikel 7 lid 2 Grondwet

Met betrekking tot de institutionele aspecten van de omroepvrijheid geeft de Nederlandse grondwetgever alle ruimte aan de wetgever door de open bepaling : De wet stelt regels. De censurbepaling is door de (grond)wetgever zélf nogal eens eng uitgelegd in die zin, dat de bepaling ‘Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending’ uitsluitend een voorafgaande keuring van een concreet programma zou inhouden en niet het onmogelijk maken van een programma door bijvoorbeeld ‘de knop om te draaien’ of door het beoordelen van de aard van het voorgenomen programma (beleid). Daartegenover staat de ruime uitleg van de Hoge Raad, die in het Kabelregelingsarrest een ontheffingsverbod in strijd met de grondwet achtte, omdat de ontheffing kon worden verleend op grond van een beoordeling van de (aard van de) programma’s. Zo’n beoordeling van de aard van de programma’s is in de Omroepwet, later Mediawet, ook opgenomen in de bepalingen met betrekking tot de toelating tot de publieke omroep. De Afdeling Bestuursrechtspraak heeft bij de weigering van de Nieuwe Omroep deze wettelijke bepaling niet aan de grondwet kunnen toetsen, zoals ook de vergelijkende toets bij de frequentieverdeling onder commerciële

⁶⁰ Hof Amsterdam 14 juni 2001, *KG* 2001, 173; ook *Mediaforum* 2001, nr. 38 m. nt. C. van Boxtel.

⁶¹ V.zr. Rb. Amsterdam 21 maart 2002, *Mediaforum* 2002-5, p. 171.

⁶² Bijvoorbeeld de EO met de in een abortuskliniek met verborgen camera gemaakte opnamen: Pres. Rb. Amsterdam 11 maart 1996, *KG* 1996, 132.

⁶³ Pres. Rb. Amsterdam 20 januari 1995, *KG* 1995, 83.

omroepen op een wettelijke basis rust en dus als zodanig niet kan worden getoetst. Het Kabelregelingsarrest betrof een Koninklijk Besluit, dat wél aan de grondwet getoetst kon worden. Evenzo kan het Frequentiebesluit dat de toelatingscriteria bevat voor toewijzing van frequenties aan commerciële omroepen worden getoetst. Die maken m.i. een te vergaande overheidsbemoeienis met de inhoud mogelijk en kunnen daarom m.i. een toets aan de grondwet niet doorstaan.

Met betrekking tot censuur van concrete programma's moet men onderscheid maken tussen ingrijpen van de zijde van de overheid en een verbod door de rechter. De overheid heeft zich op het standpunt gesteld dat ingrijpen door het 'omdraaien van de knop' mogelijk is zonder met de grondwet in strijd te komen, maar dat is door anderen m.i. terecht bestreden, is in strijd met (de toelichting op) de Omroepwet, resp. de Mediawet en is in strijd met de ruime interpretatie van de Hoge Raad. Het is namelijk het onmogelijk maken van een programma op grond van de inhoud.

Een rechterlijk verbod een programma te herhalen en zelfs een rechterlijk verbod een nog niet uitgezonden programma-onderdeel uit te zenden wordt niet in strijd met de grondwet geacht, indien de onrechtmatigheid van het programma-onderdeel vaststaat en het verbod dat concreet geformuleerde onrechtmatig bevonden onderdeel treft. Opvallend is dat de rechter meer en meer zelf zo'n verbod toetst aan de clausules van artikel 10 lid 2 van het EVRM en niet aan artikel 7 lid 2 van de grondwet.

ANDERE MIDDELEN

Tot 1983 bestond er in Nederland geen grondwettelijk gegarandeerde uitingsvrijheid voor 'andere middelen'. Men moet hierbij denken aan beeld- en geluidsdragers, het geven van vertoningen – film, toneel, cabaret – individuele expressievormen, demonstraties, het rondrijden met geluidswagens en de openbare uitingen via het internet.

De burgemeester oefende tot 1977 op grond van de Gemeentewet toezicht uit op het geven van vertoningen. Hij diende te waken tegen met de openbare orde of de zedelijkheid strijdige vertoningen en dat betekende inderdaad een intensieve censuur, zoals uitvoerig beschreven door Schiphof.⁶⁴ De Bioscoopwet van 1926 beperkte de bemoeienis van de burgemeester met de filmvertoningen. Hij kon daartegen nog slechts in geval van verstoring van de openbare orde optreden. De Wet op de filmvertoningen van 1977 schafte de filmcensuur voor volwassenen af en schrapte de bepaling in de Gemeentewet op grond waarvan de burgemeester moest waken tegen met de zedelijkheid strijdige (andere) vertoningen.⁶⁵ Sinds 1983 luidt artikel 7 lid 3 van de grondwet:

'Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan 16 jaar regelen ter bescherming van de goede zeden'.

De gemeentelijke overheid behield zijn verantwoordelijkheid voor de openbare orde. Die werd en wordt niet zelden aangegrepen om vertoningen wegens de inhoud daarvan te verbieden, maar het nieuwe grondwetsartikel deed zijn werk reeds vóórdat het in werking was getreden. In de gemeente Valkenburg weigerde de burgemeester in 1982 een vergunning te verlenen voor het optreden van een toplless damesorkest, alsmede voor een voorstelling van

⁶⁴ T. Schiphof, *De vrijheid van het toneel. Een studie naar de juridische beperkingen van de vrijheid van het toneel in Nederland en Engeland in grondrechtelijk perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Cramwinckel 1994, p. 46-65.

⁶⁵ *Stb.* 1977, 170.

zogenaamd modderbadworstelen door dames in badpak. De burgemeester zei bevreesd te zijn, dat de gemoederen onder de vakantie vierende, overwegend jonge, bezoekers dusdanig verhit zouden raken, dat er gevaar dreigde voor de openbare orde. De organisatoren deden beroep op het nog niet in werking getreden artikel 7 lid 3 van de grondwet. De voorzitter van de Afdeling Rechtspraak Raad van State oordeelde dat er een redelijke kans op ordeverstoring zou zijn, maar dat die ordeverstoring voorkomen zou kunnen worden door het stellen van bepaalde voorwaarden.⁶⁶

Bij de behandeling van de grondwetsherziening werd bij deze relatie tussen de inhoud van een vertoning of demonstratie en de openbare orde uitvoerig stilgestaan. Nadrukkelijk werd erkend dat een vertoning kan worden verboden of afgebroken ter bestrijding van wanordelijkheden, ook al kunnen de inhoud van de voorstelling en de omstandigheden waaronder die plaatsvindt daarop mede van invloed zijn.⁶⁷ In de overigens nog schaarse rechtspraak over de nieuwe grondwettelijke bepaling, blijkt de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State streng te onderzoeken of er inderdaad gevaar bestond voor verstoring van de openbare orde. Er moet sprake zijn van een reëel gevaar voor ernstige verstoring en eventueel zal er naar alternatieve oplossingen gezocht moeten worden.⁶⁸ De politie kan overigens optreden als zij constateert dat strafbare feiten (uitingsdelicten), worden gepleegd. Zij kan de vertoning of demonstratie dan eventueel doen afbreken.

Na 1983 is censuur, in de zin van voorafgaand verlotf wegen de inhoud, dus alleen nog mogelijk voor vertoningen, die toegankelijk zijn voor jeugdige personen.⁶⁹

Omdat ik hier niet alle ‘andere middelen’ waarvoor het censuurverbod geldt, kan bespreken, beperk ik mij daarom tot de voorstelling, waarvoor de hypnotiseur Rasti Rostelli in belangrijke mate aan de rechtspraak heeft bijgedragen. In het midden van de jaren ’90 weigerde een aantal schouwburgen hun zaal aan de hypnotiseur te verhuren. Zo ook in de overwegend orthodox-protestantse gemeente Rijssen, waar de gemeente een beheerscommissie heeft ingesteld voor het beheer en de exploitatie van de gemeentelijke schouwburg. Een gemeentelijke verordening regelt taak en bevoegdheden van de commissie, die op zijn beurt algemene voorwaarden heeft opgesteld voor het in gebruik geven van het gebouw. Deze voorwaarden bepalen onder meer dat de activiteiten niet godslasterlijk, zedenbedervend of provocerend mogen zijn, dat zij geen liederlijke taal of uitbeeldingen mogen bevatten en dat de activiteiten niet beledigend mogen zijn voor het Koninklijk Huis. De show van Rasti Rostelli zou niet in overeenstemming met deze voorwaarden zijn en dus werd hem de huur geweigerd. Complicerend was deze zaak doordat het hier niet ging om een gemeentelijke vergunningweigering ‘wegens de inhoud’, maar om een civielrechtelijk handelen van de gemeente, te weten het al dan niet verhuren van een schouwburgzaal. Dat werd in cassatie bij de Hoge Raad ook aangevoerd: de gemeente zou niet de in de voorstelling vervatte meningsuiting hebben verboden, doch slechts een verzoek tot ter beschikking stellen van de zaal niet hebben ingewilligd. Dat gaf de Hoge Raad de gelegenheid ook artikel 7 lid 3 ruim uit te leggen: ‘Deze bepaling moet aldus worden uitgelegd dat zij iedere preventieve beperking door de overheid van de meningsuiting, gegrond op de inhoud ervan verbiedt’. Dat was geheel in lijn met het Haagse ventverordeningsarrest van 1892 en het kabelregelingsarrest van 1987. Dit is niet anders indien de overheid privaatrechtelijk handelt: de plicht tot het behartigen van het algemeen belang brengt mee ‘dat de overheid, bij het aangaan en uitvoeren

⁶⁶ Vz. ARRvS 13 augustus 1982, *AB* 1983, 123.

⁶⁷ Algehele grondwetsherziening, deel Ia, p. 36, p. 67, p. 93.

⁶⁸ ARRvS 8 april 1988, *AB* 1989, 88.

⁶⁹ De Televisierichtlijn van 1997 is op het punt van bescherming van jeugdigen geïmplementeerd door een systeem van zelfregulering. Zie daarover G.A.I. Schuijt, ‘Kroniek van het Nederlandse mediarecht 1998-2001, *A&M* 2001-3, p. 340. Ik ga hierop niet verder in.

van privaatrechtelijke overeenkomsten, de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen en de grondrechten van haar burgers moet respecteren'.⁷⁰

Dit betekent overigens niet dat de gemeente een contracteerplicht heeft. De gemeente heeft vrijheid een bepaald programmeerbeleid te voeren en keuzes te maken uit het aanbod en die beleidsruimte wordt groter, naarmate er in de omgeving meer theaters zijn (en Rasti Rostelli in de regio het geven van zijn voorstelling niet in het geheel onmogelijk wordt gemaakt).⁷¹ In 's Hertogenbosch echter, waar de vertoning van Rasti Rostelli 'niet passend' werd gevonden en daarom geweigerd, besliste de rechter dat men in redelijkheid niet tot de weigering had kunnen komen, nu de hypnotiseur in 65 van de 70 schouwburgen welkom was.⁷²

De samenloop van artikel 7 lid 3 grondwet met het recht op openbare godsdienstoefening en andere openbare samenkomsten (art. 6), alsmede met het recht op vereniging (art. 8) en vergadering en betoging (at. 9), welke rechten kunnen worden beperkt in het belang van de openbare orde, is nader geregeld in een Wet Openbare Manifestaties, die ik hier buiten beschouwing laat.⁷³ Wel merk ik op dat het censuurverbod ook de in een demonstratie mee te voeren leuzen betreft. Wanneer tijdens een demonstratie echter bijvoorbeeld racistische leuzen worden meegevoerd of uitgesproken, dan is het mogelijk dat de politie ingrijpt omdat er strafbare feiten worden geconstateerd. De politie is echter niet bevoegd vóóraf de mee te voeren leuzen 'te keuren'. In antwoord op vragen van Tweede Kamerleden hebben de minister van justitie en de minister van binnenlandse zaken deze consequentie van artikel 7 lid 3 grondwet in 2002 (nog eens) bevestigd.⁷⁴

Zoals gezegd valt de meningsuiting via het internet ook onder de bescherming van artikel 7 lid 3 van de grondwet. In dat verband kan met betrekking tot rechterlijke verboden en geboden gesignaleerd worden dat in 2002 de Voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam een provider gebod de websites van cliënten die informatie bevatten over mogelijkheden tot sabotage van het treinverkeer van Deutsche Bahn ontoegankelijk te maken, omdat deze informatie onrechtmatig werd geoordeeld jegens de spoorwegondernemer en gevaar konden opleveren voor personen en zaken.⁷⁵ De Voorzieningenrechter oordeelde een algemene bevel tot verwijdering van alle documentatie die jegens Deutsche Bahn onrechtmatig is, te weinig bepaald, maar vond onder de gegeven omstandigheden een blokkering van de met name genoemde websites gerechtvaardigd. Twee maanden later gebod dezelfde Voorzieningenrechter een websitebeheerder alle hyperlinks van zijn site te verwijderen die een link boden naar andere sites waar de jegens Deutsche Bahn onrechtmatige informatie nog steeds kon worden gevonden.⁷⁶ Een algeheel gebod tot verwijdering van alle documentatie die onrechtmatig is jegens Deutsche Bahn vond de rechter ook nu te onbepaald en wees hij niet toe.

Tussenconclusie met betrekking tot artikel 7 lid 3

⁷⁰ HR 26 april 1996, *Mediaforum* 1996-6, p. B87-B88; T. Schiphof, 'The show must go on (in Rijssen)', *Mediaforum* 1996-6, p. 86-87.

⁷¹ Pres. Rb. Middelburg 20 november 1995, *Mediaforum* 1996-1, p. B19-B20, bevestigd door Hof 's-Gravenhage 16 september 1997, *Mediaforum* 1997-11/12, p. 174.

⁷² Pres. Rb. 's Hertogenbosch 12 oktober 1995, *Mediaforum* 1996-1, p. B18-B19; Hof 's Hertogenbosch 13 februari 1996, *Mediaforum* 1996-4, p. B58-B59, ook: *KG* 1996, 111.

⁷³ Wet van 20 april 1988, *Stb.* 1988, 157. Zie daarover A.E. Schilder, *Het recht tot vergadering en betoging*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

⁷⁴ *Aanhangsel Handelingen II* 2001/02, nr. 1304 en nr. 1249.

⁷⁵ Vzv. Rb. Amsterdam 25 april 2002, *Mediaforum* 2002-6, nr. 24; bevestigd in hoger beroep: Hof Amsterdam 7 november 2002, *Mediaforum* 2003-1, nr. 6.

⁷⁶ Vzv. Rb. Amsterdam 20 juni 2002, *Mediaforum* 2002-9, nr. 32.

Artikel 7 lid 3 is qua formulering het meest een censuurverbod. Er mag een verlofregeling zijn, als het verlof maar niet wordt geweigerd vanwege de inhoud, want dan is het censuur. De Hoge Raad heeft deze bepaling echter ruim uitgelegd in die zin dat het verbod elk preventief optreden op grond van de inhoud omvat en daarmee sloot de Hoge Raad aan bij zijn eigen jurisprudentie over artikel 7 lid 1 (1892) en artikel 7 lid 2 (1987). Dit geldt ook voor het optreden van de overheid in een civielrechtelijke relatie en de Hoge Raad kende de bepaling tevens een institutionele dimensie toe, waarmee bijvoorbeeld ook de toegang tot gemeentelijke schouwburgen om er een voorstelling te geven niet vanwege de inhoud ervan kan worden geweigerd.

Slot

Ik heb deze bijdrage zo informatief mogelijk gehouden onder het motto: hoe zit het met censuur bij de buur? Ik heb laten zien, dat de Nederlandse Grondwet een censuurverbod kent in de zin van verlof wegens de inhoud en dat dit verbod in de rechtspraak – een enkele uitzondering daargelaten – ruim wordt uitgelegd. Wetten kunnen in Nederland niet getoetst worden aan de grondwet en dat verhindert, dat wetten in de rechtspraak ongrondwettig worden verklaard. De weigering De Nieuwe Omroep als publieke omroep te erkennen kon niet aan de grondwet worden getoetst omdat die bevoegdheid in de Mediawet is neergelegd. De wet staat de toewijzing van frequenties aan commerciële omroepen op basis van een vergelijkende toets toe en dat is niet aan de grondwet te toetsen, maar het gewijzigde Frequentiebesluit met de mogelijkheid op inhoudelijke gronden een aanvraag af te wijzen staat met de grondwet op gespannen voet, mede doordat de uitvoerende macht zélf het naleven van de vergunningvoorwaarden zal controleren.

De uitleg van de (niet aan de grondwet te toetsen) wet dient evenwel grondwetsconform te zijn. Het ongrondwettig verklaren door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven van de door de Nederlandse Mededingingsautoriteit opgelegde voorwaarde met betrekking tot de inhoud van de betrokken kranten bij zijn verlof tot fusie van twee krantenondernemingen ligt in die lijn.

Ik heb mij niet bezig gehouden met een toets van het Nederlandse recht aan artikel 10 EVRM (waartoe de rechter op grond van artikel 94 Grondwet wél verplicht is). Door die bepaling dienen hier geldende wettelijke voorschriften buiten toepassing te worden gelaten, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Dat betekent dat artikel 10 EVRM een waarborg is, als wet of grondwet de burger in de steek laat. We hebben dat gezien bij het in beslag nemen en het onttrekken aan het verkeer van de gehele oplage van het krakersblad Bluf!, dat door het EHRM in strijd werd geacht met artikel 10 van het verdrag. De rechter is bovendien in toenemende mate geneigd om de toets van artikel 10 uit eigen beweging toe te passen bij een voorgenomen beslissing die de vrijheid van meningsuiting beperkt. Dat geldt te meer als die beperking een verbod betreft een bepaalde uiting te herhalen en nóg meer als het verbod betreft een bepaalde nog niet geopenbaarde uiting openbaar te maken. M.i. gaat de Nederlandse rechtspraak er terecht van uit dat een door de rechter opgelegd publicatieverbod, mits bekend is welke uiting in de toekomst wordt verboden, dan wel welke voorgenomen uiting wordt verboden, een repressieve maatregel is, die niet in strijd is met de grondwet en dat ook artikel 10 EVRM zich niet zonder meer verzet tegen een door de rechter opgelegd publicatieverbod.