



ACHTERGROND EN HUIDIGE BETEKENIS VAN HET VERBOD VAN VOORAFGAAND VERLOF

Gepubliceerd in NCJM-Bulletin 2011-1, p. 24-43.

Het verbod van voorafgaand verlof is een belangrijke grondwettelijke norm. Dit artikel onderzoekt eerst de ratio erachter en vervolgens de betekenis ervan voor de traditionele media en voor het internet. Daarbij wordt ook ingegaan op het voorontwerp van wet de ‘Versterking Bestrijding Computercriminaliteit’.

1. Inleiding

Artikel 7 lid 1 en 3 Grondwet bevatten een verbod van voorafgaand verlof voor het openbaren van gedachten en gevoelens. Dat verbod van voorafgaand verlof neemt in de Grondwet een bijzondere plaats in. Het is één van de weinige absoluut geformuleerde grondrechtsbepalingen. Waar de letter van artikel 7 Grondwet alle ruimte biedt aan de wetgever om repressieve beperkingen vast te stellen, trekt het verbod van voorafgaand verlof een strikte grens.

Een tweede reden waarom het verbod van voorafgaand verlof een speciale plaats inneemt, is dat een dergelijke bepaling in de verdragen waaraan Nederland gebonden is, ontbreekt.¹ Artikel 10 EVRM bijvoorbeeld ‘does not in terms prohibit the imposition of prior restraints on publication, as such’.² Weliswaar onderzoekt het EHRM preventieve maatregelen nauwlettend,³ maar bepaalde vormen van voorafgaand verlof beziet het Hof betrekkelijk coulant. Zo heeft het EHRM een algemeen keuringssysteem voor video’s geaccepteerd⁴ en ook een stelsel van verplichte registratie van persorganen.⁵ Het absoluut geformuleerde verbod in de Grondwet kan daarom wellicht een meerwaarde hebben boven art. 10 EVRM.

Historisch gezien is het verbod van voorafgaand verlof in de eerste plaats gericht tegen stelsels van voorafgaande inhoudelijke controle, die na de uitvinding van de boekdrukkunst in veel landen ontstonden. De bepaling in artikel 7 lid 1 Grondwet dat ‘niemand voorafgaand verlof nodig heeft’ is echter ruimer geformuleerd en heeft ook betekenis voor verlofstelsels die niet zien op de inhoud en voor maatregelen in concrete gevallen. De Grondwetsbepaling biedt bijvoorbeeld het kader om onderscheid te maken tussen een rechterlijk verbod om een specifiek artikel te publiceren en een verschijningsverbod voor een persorgaan. Dat komt nog terug in paragraaf 4.

Mag de betekenis van het verbod van voorafgaand verlof voor de traditionele media redelijkerwijs vaststaan; dat is niet zonder meer het geval voor het internet. Door de speciale eigenschappen van het internet is een vergelijking met bepaalde

¹ Vgl. Rapport Staatscommissie Grondwet, November 2010, p. 71.

² EHRM 26 november 1991, 13585/88, *Observer & Guardian v. U.K.*

³ EHRM 18 mei 2004, 58148/00, *Éditions Plon c. France*. ‘dangers inherent in prior restraint are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court’.

⁴ EHRM 25 november 1996, 17419/90, *Wingrove v. U.K.*

⁵ EHRM 19 maart 2002, 26224/95, *Gaweda v. Poland*.

maatregelen in de ‘papieren wereld’ wel mogelijk, maar niet een volledige gelijkstelling. De vraag naar de duurzame betekenis van het censuurverbod, die in deze bijdrage wordt onderzocht, is des te belangrijker omdat de techniek tal van mogelijkheden biedt om informatiestromen te filteren of anderszins in te grijpen in de beschikbaarheid van bepaald materiaal.

Om deze vraag te beantwoorden wordt hierna allereerst aandacht besteed aan de opkomst en het verval van censuurstelsels in het verleden, mede met de bedoeling om pragmatische en principiële redenen voor het afschaffen van censuur te onderscheiden (par. 2). De paragraaf die volgt is gewijd aan de ontwikkeling van het verbod van voorafgaand verlot in Nederland (3). Op grond daarvan wordt een uiteenzetting gegeven van de betekenis die het verbod van voorafgaand verlot heeft voor de traditionele media (4). De paragrafen die volgen zijn gewijd aan het internet. Eerst wordt een overzicht gegeven van een aantal mogelijke maatregelen en hun verhouding met het verbod van voorafgaand verlot (5). Daarna komt de huidige discussie over art. 54a Sr en de in het voorontwerp van wet ‘Versterking Bestrijding Computercriminaliteit’ voorgestelde bevoegdheid van het OM om in te grijpen in informatiestromen ter sprake (6). Een conclusie sluit het geheel af (7).

Een zekere versimpeling is onontkoombaar, nu er tal van technische constructies mogelijk zijn en deze zich ook nog ontwikkelen. Het verhaal is bovendien beperkt tot maatregelen die zien op onrechtmatige uitlatingen; het voorkomen van cyber-aanvallen met virussen blijft buiten beschouwing.

2. Invoering en afschaffing van censuurstelsels

De bemoeienis van wereldlijke en kerkelijke overheden met de meningsvorming begint niet pas met de uitvinding van de boekdrukkunst. Ook daarvoor bestonden er al ‘uitingsdelicten’.⁶ De uitvinding van de boekdrukkunst zorgt wel voor extra aandacht van de autoriteiten, zeker wanneer deze na enige decennia gevolgd wordt door de Hervorming. De boekdrukkunst maakt het immers mogelijk denkbeelden op relatief grote schaal te verspreiden, en biedt tegelijkertijd een aangrijpingspunt voor voorafgaande controle.⁷

2.1 Censuurstelsels

De stelsels van censuur die na de uitvinding van de boekdrukkunst in tal van landen worden ingevoerd,⁸ richten zich op religieuze onzuiverheid, op afwijkende denkbeelden op politiek gebied en op aantasting van de goede zeden. Uiteraard kunnen genoemde gronden dooreenlopen.⁹ Preventieve maatregelen gaan veelal vergezeld van het opstellen van lijsten van verboden boeken.¹⁰ Deze indexen zullen eeuwenlang een belangrijke rol blijven spelen. Het is opmerkelijk dat deze lijsten met

⁶ Vgl. D.M. Loades, *Illicit Press and Clandestine Printing in England 1520-1570*, in: A.C. Duke & C.A. Tamse (ed.), *Too Mighty to be Free*, Zutphen 1987, p. 11.

⁷ I. de Sola Pool, *Technologies of Freedom*, Harvard UP 1983, p. 17.

⁸ B. Winston, *Messages. Free Expression, Media and the West from Gutenberg to Google*, Abingdon 2005, p. 20v.

⁹ R. Lenman, Germany, in: R. Goldstein (ed.), *The war for the Public Mind. Political Censorship in Nineteenth Century Europe*, Westport 2000, p. 39

¹⁰ Bisschoppen of theologische faculteit waren behulpzaam bij het opstellen daarvan, I. Weekhout, *Boekencensuur in de Noordelijke Nederlanden*, Meppel, 1998, p. 25.

verboden boeken soms zelf weer geheim gehouden werden, opdat een geïndiceerd boek niet juist meer aandacht zou krijgen.

Het schoolvoorbeeld van een censuursysteem vinden we in Engeland.¹¹ Vanaf 1538 mag er niet meer gedrukt worden zonder vergunning van de Kroon. De *Star Chamber*, een gespecialiseerde afdeling van de *Privy Council* houdt toezicht. De Londense *Stationers Company*, voortgekomen uit het gilde van boekhandelaren, is niet ongenegen haar medewerking te verlenen omdat zij door het censuursysteem een monopoliepositie verwerft. Het systeem verzet zich namelijk ook tegen roefdrukken en piraterij.

2.2 Afschaffing

Het Engelse verlostelsel gaat al in 1695 teloor. Dat jaartal wordt dan ook regelmatig aangewezen als een mijlpaal in de ontwikkeling van het recht op vrijheid van meningsuiting. Dat is wat teveel eer, daar de directe aanleiding voor het afschaffen vooral economisch gekleurd was. Het systeem belemmerde de vrije handel in boeken, niet eens zozeer door het verbod om bepaalde boeken te drukken, maar veeleer door de sterk vertragende werking.¹² Dat bezwaar werd door de permanente toename van het aanbod alleen maar groter. Het is zo gezien begrijpelijk dat ook Locke de maatregel bespreekt in het kader van de bevordering van de vrije handel.¹³

In de achttiende eeuw spelen pragmatische motieven bij het afschaffen van het censuursysteem in andere landen wederom een belangrijke rol.¹⁴ Zelfs in het autocratische geregeerde Frankrijk zoekt censor Malesherbes een compromis door bij een overvloed aan boeken een zeker gedoogbeleid te formaliseren.¹⁵

2.3 Grondrechtelijke censuurverboden

Praktische redenen alleen vestigen nog geen *recht* te publiceren zonder voorafgaand verlof. In Engeland kan pas eind 18^e, begin 19^e eeuw van de erkenning van een zodanig (grond)recht worden gesproken. Uit deze tijd stammen ook de bekende overwegingen van Blackstone ten aanzien van het principiële verband tussen persvrijheid, censuurverbod en openbaarheid: 'Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public: to forbid this is to destroy the freedom of the press: but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequences of his own temerity'.¹⁶

De Verlichting en een ruimere politieke participatie leiden ook in andere landen tot een groter gewicht voor de vrijheid van meningsuiting in het algemeen, en het censuurverbod in het bijzonder. Het nieuwe uitgangspunt is dat de burger niet eerst goedkeuring van overheid (of kerk) behoeft, zodat er een onafhankelijke openbare uitwisseling van meningen en informatie kan ontstaan. Voorafgaande overheidscontrole, die de kenbaarheid van publicaties verhindert, zich in het verborgene afspeelt en onvermijdelijk tot willekeur leidt,¹⁷ is niet meer geoorloofd.

¹¹ Een overzicht van de ontwikkeling in Engeland bij F. Siebert, *Freedom of the Press in England 1476-1776*, Urbana 1965.

¹² N.C. Cornwell, *Freedom of the Press*, Santa Barbara 2004, p. 27.

¹³ Vgl. L.M. Levy, *Freedom of Speech and Press in Early American History*, New York 1963, p. 313.

¹⁴ Voor de Scandinavische landen, J.C. Laurensen, *Censorship in the Nordic Countries 1750-1850, Transformations in Law, Theory and Practice*, *Journal of Modern European History* 2005, 100v.

¹⁵ E.J. Dommering, *Gevangen in de waarneming*, Amsterdam 2008, p. 14-15..

¹⁶ W. Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, ed. New York 1832, Vol. II, p.113.

¹⁷ J.M. de Meij, *De Vrijheid en Verantwoordelijkheid van de pers*, diss. Utrecht 1975, p. 94.

Bepaalde repressieve maatregelen op grond van algemene wetten blijven overigens wel mogelijk.

2.4 Democratisch en rechtstatelijk beginsel

Het censuurverbod zorgt ervoor dat de maatschappelijke meningsvorming niet door de overheid wordt voorgebakken; repressieve maatregelen zijn bovendien transparanter. De conclusie is dan ook dat het censuurverbod als een democratisch en rechtstatelijk beginsel kan worden beschouwd; het is een belangrijk element van de burgerlijke en politieke vrijheid. Dat is uiteraard nog steeds het geval. In sommige landen is het censuurverbod dan ook expliciet in de Grondwet vastgelegd. Art. 5 lid 1, derde volzin van de Duitse Grondwet bijvoorbeeld luidt: 'Eine Zensur findet nicht statt'. De bepaling richt zich tegen voorafgaande 'inhaltliche Prüfung',¹⁸; maar ze verzet zich niet tegen een rechterlijk publicatieverbod. De mogelijkheid van keuring van allerlei mediapublicaties door de *Bundesprüfstelle für Medienschutz* op schadelijkheid voor de jeugd wordt evenmin met het verbod in strijd geacht.

Ook in landen als de Verenigde Staten, waar het censuurverbod niet met zoveel woorden is vastgelegd, bekijkt de rechter preventieve maatregelen met grote argwaan. Een door de rechter opgelegd publicatieverbod,¹⁹ lijkt alleen toelaatbaar wanneer bijvoorbeeld essentiële staatsgeheimen onthuld dreigen te worden.²⁰ Nog verdergaande maatregelen als het sluiten van een krant leiden tot een vrijwel onweerlegbaar vermoeden van strijd met het First Amendment.²¹ Een stelsel waarin men niet zonder vergunning van de burgemeester – of een andere 'petty official'²² - huis-aan-huis denkbeelden mag verkondigen is eveneens in strijd met het First Amendment.

3. Ontwikkeling in Nederland

De Republiek der Zeven Provinciën, één van de eerste staten waar niet vorst, adel of kerkelijke hoogwaardigheidsbekleders de scepter zwaaiden, zette in eerste instantie het eerder ingevoerde systeem van censuur voort.²³ Later blijken vergunningenstelsels voor drukkers niet meer per definitie op de inhoud betrokken.²⁴ Wel kunnen er visitaties van drukkers en boekhandels plaatsvinden en bestaan er ook lijsten van verboden boeken, waarop onder meer 'Leviathan' van Hobbes en later spinozistische geschriften in het Nederlands staan.²⁵

De invloed van de kerk blijft echter beperkt en stuit af op de betrekkelijk liberale gezindheid van de heersende klasse van – Hollandse – regenten, waartoe ook de grote drukkers behoorden. Het komt ook na de overwinning van de contraremonstranten niet tot een censuursysteem in eigenlijke vorm. De Dordtse synode mag iedere afwijking van het ware christendom als opruiing kwalificeren,²⁶ haar pleidooi voor het aanstellen van censurs is tevergeefs. Daarnaast zorgen

¹⁸ I. von Munch, *Grundgesetzkommentar*, München 2000, p. 429..

¹⁹ *New York Times v. U.S.*, 403 U.S. 713 (1971), Pentagon Papers.

²⁰ Vgl. een recept voor een atoombom 467 F Supp 990 (W.D. Wis 1979), vgl. Cornwell 2004, p. 58.

²¹ *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 297 (1931).

²² Term uit *McIntyre v. Ohio Elections Committee*, 514 U.S. 334 (1995).

²³ Mogelijkerwijs milder toegepast, Weekhout 1998, p. 29.

²⁴ Weekhout 1998, p. 87.

²⁵ Weekhout 1998, p. 10.

²⁶ Weekhout 1998, p. 111.

gewestelijk particularisme en stedelijke privileges voor een zeer fragmentarische en gebrekkig handhaving van wel bestaande normen

De Bataafse tijd brengt een meer principiële en grondrechtelijke erkenning van de persvrijheid in een vorm die aan die in de Franse *Déclaration* uit 1789 doet denken.²⁷ Ook als de grondrechten in het verdere verloop van de Bataafse Republiek wat op de achtergrond raken komt het niet tot een systeem van voorafgaand toezicht. Dat zal wel gebeuren na inlijving in Frankrijk in 1810. Na de herwonnen onafhankelijkheid worden de toen ingevoerde regelingen echter vrijwel onmiddellijk afgeschaft, bij Soeverein besluit van 28 januari 1814. Opname van een recht op vrijheid van meningsuiting wordt op dat moment eigenlijk niet nodig geacht. Dat geschiedt pas een jaar later, onder druk van de Belgen: 'Iedereen mag zonder voorafgaand verlot zijn gedachten en gevoelens door de drukpers openbaren maar blijft wel verantwoordelijk voor wat hij schrijft, drukt uitgeeft of verspreidt'. In 1848 wordt deze bepaling vereenvoudigd en krijgt zij de vorm van het huidige art. 7 lid 1 Grondwet.

De bepaling sluit iedere vorm van voorafgaand verlot uit.²⁸ Desondanks is zowel voor als na de tweede wereldoorlog de mogelijkheid van vergaande preventieve maatregelen serieus overwogen. Zo gaf de regering eind jaren dertig van de vorige eeuw, opmerkelijk genoeg, te kennen dat een verschijningsverbod voor een periodiek niet de vrijheid van drukpers aan zou tasten, doch 'slechts een kanaal van openbaring af zou sluiten'.²⁹ De Commissie-Van Schaijk, die zich in de eerste helft van de jaren vijftig met de Grondwet bezighoudt, stelt wederom een verschijningsverbod voor periodieke uitgaven als een aanvaardbare en nuttige maatregel voor. Subversieve elementen tasten immers met behulp van de drukpers de grondslagen van de staatsorde aan; repressie alleen helpt niet voldoende. Slechts een minderheid van de commissie acht in die tijd een verschijningsverbod in strijd met het grondwettelijk censuurverbod.

De Grondwet beperkt zich tot 1983 tot de drukpers en wijdt geen woord aan andere media. Tot in de jaren zestig van de vorige eeuw bestaat er dan ook bijvoorbeeld voorafgaand burgemeesterlijk toezicht op het theater; daarbij kon de tekst van de voorstelling van tevoren worden ingezien.³⁰ De Filmkeuring voor vertoning aan volwassenen wordt pas in 1962 afgeschaft.³¹ Art. 7 lid 3 Grondwet stelt inmiddels dat niemand voorafgaand verlot wegens de inhoud nodig heeft om zijn gevoelens en gedachten door andere middelen dan de drukpers te openbaren. Wel laat de bepaling ruimte voor een censuurstelsel voor vertoningen aan de jeugd. De Filmkeuring voor jeugdigen kan dan ook na 1983 blijven bestaan. Zij is overigens in 2002 afgeschaft en vervangen door een repressieve strafrechtelijke norm (art. 240a Sr) die als stok achter de deur bij de zelfregulering moet functioneren.

²⁷ In art. 16 van de Staatsregeling van 1798 staat onder meer: De vrijheid der Drukpers is heilig, mids de Geschriften met den naam van Uitgever, Drukker of Schrijver voorzien zijn.

²⁸ Zie over de juiste interpretatie van de bepaling uit 1815 o.a. De Meij 1975, p. 33v.

²⁹ Kamerstukken II, 1936-37, 105, 2, p. 29-30. Het ontwerp van wet Journalistieke verantwoordelijkheid uit 1949 kende overigens een systeem van registratie van personen die als journalist werkzaam willen zijn.

³⁰ Zie over het toezicht op het toneel, Tj. Schiphof, *De vrijheid van het toneel*, diss. Amsterdam 1994.

³¹ Een van de argumenten van de indieners van het initiatief-wetsvoorstel daartoe was dat in een democratie de burger zelf dient te kunnen beslissen wat hij wel en niet wil zien, Kamerstukken II 1970-71, 11021, 6-8, p. 5.

De (ether)omroep heeft steeds een vergunningstelsel gekend. In de jaren dertig van de twintigste eeuw oefende de Radiocontrolecommissie bovendien een vorm van preventief toezicht uit op concrete uitzendingen, met name die met een politiek karakter. Politieke redevoeringen dienden voordat ze mochten worden uitgezonden ter goedkeuring aan deze Commissie te worden voorgelegd. Na de oorlog, nog tot in de jaren zestig van de twintigste eeuw, werd de minister geacht de bevoegdheid te hebben tijdens een uitzending ‘de knop om te draaien’. De Grondwet van 1983 heeft ook hier een verbod van voorafgaand toezicht vastgelegd. Dat beperkt zich tot de concrete radio- en televisie-uitzending en laat daarmee ruimte voor een zekere, op verscheidenheid gerichte sturing bij het verlenen van licenties.

4. Het verbod van voorafgaand verlof en de traditionele media

Artikel 7 lid 1 Grondwet verbiedt voorafgaand verlof ‘tout court’. Het regeringsstandpunt bij de grondwetswijziging 1983, dat art. 7 Grondwet ook het instellen van censuurmaatregelen bij formele wet verbiedt, is onweersproken gebleven. Overigens is het wél mogelijk ten tijde van een noodtoestand af te wijken van het censuurverbod, zo blijkt uit art. 103 lid 2 Grw.

De beantwoording van de vraag welke maatregelen nu precies ‘voorafgaan’ aan het openbaren, stuit op het enigszins gekunstelde onderscheid tussen openbaren en verspreiden. In het arrest over het Haagse Ventverbod uit 1892³² beschouwde de Hoge Raad het verspreiden nog als een integraal onderdeel van het openbaren. Het Tilburg-arrest³³ daarentegen onderscheidde het in de Grondwet vastgelegde recht te openbaren van het connexe recht te verspreiden. Beperkingen op het recht te openbaren (inhoud) mogen slechts bij wet in formele zin worden vastgesteld. De gemeenteraad mag echter wel het recht te verspreiden (ruimtelijke sfeer) tot op zekere hoogte beperken. Het Tilburg-arrest wordt wel zo uitgelegd dat het openbaren en het verspreiden twee elkaar in de tijd volgende maar in beginsel duidelijk gescheiden fasen vormen. Zo gauw het werk gedrukt is, zou het openbaren afgerond zijn en kan het verspreiden beginnen. Zo geredeneerd zou een systeem van inhoudelijke controle bij de uitgang van de drukkerij hooguit in strijd zijn met het connexe verspreidingsrecht.³⁴

Een andere uitleg van het Tilburg-arrest is dat maatregelen die de inhoud betreffen steeds zien op het openbaren, d.w.z. op de geestelijke sfeer, op welk moment het openbaren ook plaatsvindt. Daar tegenover staan maatregelen die de ruimtelijke sfeer, het verspreiden, betreffen. Een argument voor een dergelijke uitleg is dat de Hoge Raad uitdrukkelijk stelt dat het recht te verspreiden weliswaar ondergeschikt is aan, maar tegelijkertijd *onmisbaar* is voor het recht te openbaren, het recht gedachten en gevoelens te uiten, ‘zodat zij voor anderen kenbaar zijn’. Het kenbaar maken aan het publiek nu, wordt pas door het verspreiden geëffectueerd. Controle bij de uitgang van de drukkerij vindt zo beschouwd plaats voordat het openbaren is afgerond.

Het verschil in uitleg dient overigens niet overdreven te worden. Het Tilburg-arrest is met name bedoeld om de bevoegdheid van de gemeentelijke wetgever af te bakenen. Beide interpretaties komen daarin overeen dat het de overheid niet is

³² HR 7 november 1892, *W* 6259.

³³ HR 28 november 1950, *NJ* 1951, 137.

³⁴ Zie al Van Den Bergh in 1946, aangehaald bij R. de Winter, *De Heersende Leer*, diss. Maastricht 1993, p. 111.

toegestaan het openbaren en verspreiden aan voorafgaand – inhoudelijk - verlof te binden.

4.1 Wel en niet toegestane beperkingen

Met dat in het achterhoofd kan aangegeven worden wat voor soort maatregelen artikel 7 lid 1 Grondwet verbiedt.³⁵ Dat zijn in de eerste plaats verlofstelsels die de inhoud betreffen. In de tweede plaats ziet art. 7 lid 1 Grondwet ook op verlofstelsels die niet onmiddellijk de inhoud betreffen. Een systeem van vergunningen voor uitgevers of drukkerijen,³⁶ maar ook een vergunningstelsels voor boekhandels³⁷ of leesbibliotheken³⁸ is in strijd met artikel 7 lid 1 Grondwet. Uit de jurisprudentie blijkt dat de overheid, die met name in de twintigste eeuw steeds meer ingrijpt in de economische verhoudingen en met haar maatregelen heel de samenleving doordringt, activiteiten die bijdragen aan de meningsvorming moet ontzien.

Er zijn ook vormen van toezicht die zich richten op bijvoorbeeld de technische kant van het drukproces. Konden deze voor 1983 als algemene beperkingen worden gesauveerd,³⁹ na 1983 geldt hier de redelijke uitleg van het grondrecht die bijvoorbeeld de toepassing van milieuvergunningen op drukkerijen geoorloofd maakt. Ook brandveiligheidseisen voor boekhandels zullen op dezelfde wijze dienen te worden begrepen; zij worden dus niet als een vorm van ‘voorafgaand verlof’ aangemerkt.

Bij preventieve maatregelen die niet neerkomen op (een stelsel van) verlof, geeft de letter van de Grondwet niet onmiddellijk uitsluitel over de rechtmatigheid. Uit de jurisprudentie blijkt dat een rechterlijk publicatieverbod onder omstandigheden toelaatbaar is, indien in elk geval de inhoud van de voorgenomen publicatie vaststaat. Er is volgens de Hoge Raad in dat geval geen grond om aan te nemen dat het in art. 7 Grondwet neergelegde censuurverbod in de weg zou staan aan de bevoegdheid van de rechter ‘met het oog op effectieve rechtsbescherming’ een verbod op te leggen.⁴⁰ De concrete uitlating mag in dat geval dus worden verboden voordat deze kenbaar is voor het publiek.⁴¹

Is er te weinig bekend over de voorgenomen publicatie dan mag de rechter een dergelijke eis niet toewijzen. Het eisen van inzage vooraf stuit al helemaal af op het grondwettelijk verbod van voorafgaand verlof.⁴² Is een uitlating eenmaal openbaar geworden, dan kan de rechter wel een verbod van herhaling toewijzen.⁴³ Het toewijzen daarvan is geoorloofd, tenminste indien zo’n verbod strikt is afgebakend.⁴⁴ Is dat niet het geval, dan is er al weer snel strijd met het verbod van voorafgaand

³⁵ Vgl. G.A.I. Schuijt, Het censuurverbod in de Nederlandse grondwet en de rechtspraak, in A. Berenboom e.a., *Censures/Censuur*, Brussel 2003.

³⁶ HR 23 mei 1961, *NJ* 1961, 427.

³⁷ HR 22 maart v1960, *NJ* 1960, 274.

³⁸ HR 29 november 1960, *NJ* 1961, 206.

³⁹ Vgl. J.M. de Meij e.a. *Uitingsvrijheid*, Amsterdam 2000, p. 97.

⁴⁰ HR 2 mei 2003, *NJ* 2004, 80. Het betrof weliswaar een televisie-uitzending, maar de HR beoordeelt de maatregel in het kader van het censuurverbod.

⁴¹ De Meij e.a. 2000, p. 99.

⁴² Pr. Rb Amsterdam 1 mei 1997, *Mediaforum* 1997, 6.

⁴³ Hof Amsterdam 16 december 1976, *NJ* 1977, 86.

⁴⁴ HR 27 januari 1984, *NJ* 84, 803. Het EHRM acht een verbod tot herhaling van een reeds gepubliceerde uitlating onder omstandigheden ook toelaatbaar, EHRM 8 januari 2009, *Obukhova v. Russia*, 34736/03.

verlof. Zelfs een verbod om op ‘soortgelijke’ wijze te schrijven is al een stap te ver.⁴⁵ Daaruit kan afgeleid worden dat een verschijningsverbod voor een krant of een publicatieverbod voor een bepaalde persoon zonder meer uit den boze is. In dat geval treft het verbod immers een reeks van nog volstrekt onbepaalde uitlatingen.⁴⁶

Het is niet mogelijk publicatieverbod en verbod van voorafgaand verlof te plooiën door te stellen dat het openbaren al afgerond is als vaststaat wat de inhoud is van hetgeen gedrukt gaat worden. Een dergelijke uitleg ontnemt art. 7 lid 1 Grondwet vrijwel alle betekenis. Op het moment dat de tekst naar de censor ging, stond de inhoud daarvan immers ook al vast. Waarom de Grondwet zich niet verzet tegen een rechterlijk publicatieverbod, is mijn inziens beter te verklaren uit een samenstel van enkele factoren. In de eerste plaats is het publicatieverbod geen onderdeel van een verlofstelsel in eigenlijke zin. In de tweede plaats is de Grondwetsbepaling van oudsher in het bijzonder gericht tegen de uitvoerende macht. Dat wil niet zeggen dat de rechter de vrije hand heeft; ook hij mag bijvoorbeeld geen inzage vooraf afdwingen. De rechter is wel het meest geschikte orgaan om bij uitzondering een maatregel als een publicatieverbod op te leggen, rekening houdende met de vrijheid van meningsuiting en de met een publicatieverbod gediende rechtsbelangen. Daarmee is het rechterlijke publicatieverbod een preventieve inhoudelijke maatregel die niet geacht wordt onder het verbod van voorafgaand verlof te vallen.

Evenmin in strijd met het verbod van voorafgaand verlof zijn de bepalingen in het Wetboek van Strafrecht die niet alleen het openbaren en verspreiden van bepaalde uitlatingen strafbaar stellen maar ook het ter verspreiding in voorraad hebben. Uit de jurisprudentie blijkt dat de Grondwet zich verzet noch tegen de strafbaarstelling daarvan noch tegen het optreden van justitie in geval er concrete verdenkingen zijn. Dat optreden kan ook neerkomen op het in beslag nemen van een gehele oplage. De rechter ziet daarin geen vorm van voorafgaand verlof.⁴⁷ Dat zelfde geldt voor een mogelijk daarop volgende onttrekking aan het verkeer.⁴⁸ Daarmee kan justitie bijvoorbeeld optreden tegen een voorgenomen publicatie van staatsgeheimen, op het moment dat die nog ‘echt’ geheim zijn. De verdenking dient wel voldoende concreet te zijn, anders kan het optreden van justitie op voorafgaande controle neerkomen.⁴⁹

4.2 Immunititeiten

Speciale aandacht verdienen hier de bepalingen in het Wetboek van strafrecht die de uitgever en de drukker een zekere mate van strafrechtelijke immuniteit bieden. Art. 53 en 54 Sr komen er kort gezegd op neer dat uitgevers en drukkers niet vervolgd worden indien zij na aanmaning van justitie de naam van de schrijver of opdrachtgever bekend maken. De aandacht van justitie kan zich dan op deze verdachte richten. De

⁴⁵ Hof Amsterdam 16 december 1976, NJ 1977, 86, een verbod om op ‘soortgelijke’ wijze te schrijven is te vaag.

⁴⁶ Het EHRM acht een verschijningsverbod voor een krant een maatregel die niet als ‘noodzakelijk’ is te beschouwen. Het Hof spreekt over censuur die in een democratische samenleving niet past, EHRM 20 oktober 2009, *Ürper e.a. v. Turkey*, EHRM 15 juni 2010, *Turgay e.a. v. Turkey*; EHRM 5 oktober 2010, *Ölmez and Turgay v. Turkey*.

⁴⁷ Zie o.a. HR 17 november 1987, NJ 1988, 394 en HR 18 september 1989, NJ 1990, 94 met noot Th. Van Veen.

⁴⁸ HR 18 september 1989, NJ 1990, 94.

⁴⁹ Ziet een inbeslagname overigens alleen op waarheidsvinding dan is niet in te zien dat alle exemplaren in beslag hoeven te worden genomen, L. Tomesen, *Inbeslagneming en de vrijheid van meningsuiting en drukpers*, diss. Utrecht 1995, p. 42.

immunititeit bestaat overigens alleen als de schrijver of opdrachtgever in Nederland gevestigd is. Daarmee is effectief repressief optreden mogelijk, is het idee.

De bepalingen zijn in 1883 ingevoerd om te voorkomen dat uitgevers en drukkers een vorm van 'privaatrechtelijke censuur' zouden gaan uitoefenen, bang als zij zouden moeten zijn om met de strafrechter in aanraking te komen. Minister Modderman gaf aan dat het repressieve strafrechtelijke systeem niet een zodanig effect zou moeten hebben dat het indirect toch weer tot preventieve controle zou leiden.⁵⁰

4.3 Andere leden van art. 7 Grondwet

Er is hierboven allereerst aandacht besteed aan art. 7 lid 1 Grondwet. Zeker nu het betoog vooral ziet op maatregelen die met de inhoud te maken hebben, kan gelden dat het regime onder vigeur van art. 7 lid 3 Grondwet grotendeels vergelijkbaar is. Ten aanzien van de door art. 7 lid 2 Grondwet beschermde omroep verdient in ieder geval één arrest nadrukkelijk aandacht. De Kabelregeling 1984 verbood de doorgifte van buitenlandse omroepuitzendingen met op Nederland gerichte reclame. De Hoge Raad oordeelde het stelsel in strijd met artikel 7 lid 2 Grondwet, omdat het preventief toezicht op de inhoud mogelijk maakte. Dat het doel het weren van – in art. 7 lid 4 Grondwet van bescherming uitgezonderde – reclame was, deed daar niet aan af.⁵¹ Deze relatief extensieve uitleg van de door art. 7 lid 2 Grondwet geboden bescherming staat enigszins in contrast met de mening van de grondwetgever over een mogelijk ministeriële bevoegdheid om tijdens het uitzenden van een bepaald televisieprogramma de uitzending te beëindigen. Deze bevoegdheid 'de knop om te draaien' werd tijdens de behandeling grondwetswijziging in 1983 als een hachelijk grensgeval gezien.⁵²

5. Het verbod van voorafgaand verlof en het internet

De opkomst van het internet wordt in betekenis wel vergeleken met de opkomst van de boekdrukkunst. Het biedt ongekende mogelijkheden voor het op grote schaal verbreiden van denkbeelden en informatie. Het prille begin van het internet leidde bij sommige cyber-pioniers zelfs tot het idee dat er een rechtsvrije ruimte aan het ontstaan is, waarin hooguit bepaalde, tussen de gebruikers overeen te komen, gedragsregels zouden gelden. Voor overheid en rechter zouden geen rollen zijn weggelegd. Dergelijke ideeën hadden een al te virtueel karakter. Strafrechtelijke normen, die bijvoorbeeld betrekking hebben op bedreiging of laster, zijn ook van toepassing gebleken op digitale publicaties.

Wel kent de digitale wereld bepaalde aspecten die bij de toepassing van de norm en zeker bij de handhaving voor specifieke problemen kunnen zorgen.⁵³ Daarbij valt in de eerste plaats te wijzen op het wereldomspannende karakter van het internet. Even relevant is het feit dat informatie nog wel een drager of dragers nodig heeft, maar tegelijkertijd met groot gemak naar tal van plaatsen vermenigvuldigd kan

⁵⁰ Aangehaald bij Tomesen 1995, p. 53. Het idee dat het belang van de vrijheid van meningsuiting zich verzet tegen 'censuur' door derden is ook in de rechtspraak terug te vinden, Hof Amsterdam 30 oktober 1981 (Boycot Outspan), *NJ* 1981, 422.

⁵¹ HR 19 februari 1987, *NJ* 1990, 73.

⁵² Kamerstukken II, 1976/77, 13872, 7, p. 30.

⁵³ Zie al E.J. Dommering Grensoverschrijdende censuur; het EHRM en oude en nieuwe media, in: A. Berenboom e.a. *Censures/Censuur*, Brussel 2003.

worden. In de tweede plaats valt te wijzen op het feit dat publicaties permanent aangevuld en gewijzigd kunnen worden. Tegelijkertijd kunnen digitale publicaties juist veel ‘duurzamer’ zijn. Een publicatie van tien jaar geleden is bijvoorbeeld net zo makkelijk toegankelijk als een recente publicatie.

De digitalisering heeft ook geleid tot een zekere convergentie tussen verschillende media. Dat is echter voor de gelding van het verbod van voorafgaand – inhoudelijk – verlot niet beslissend. Of het openbaren van informatie op internet nu vrijwel geheel onder artikel 7 lid 3 Grondwet wordt gebracht, óf juist als voorbeeld mag dienen voor de stelling dat het onderscheid tussen lid 1, 2 en 3 in bepaalde opzichten obsoleet geworden is⁵⁴, het verbod blijft onverkort gelden.⁵⁵ Ook de regering heeft al tien jaar geleden uitgesproken dat er geen enkele reden is waarom deze norm niet zou blijven gelden in een elektronische omgeving.⁵⁶

5.1 Traditionele en nieuwe beperkingen

Net als in de ‘papier wereld’ kunnen lieden die zich op internet schuldig maken aan uitingsdelicten onder omstandigheden strafrechtelijk vervolgd worden. Een veroordeling wegens een opruiende of bedreigende publicatie op internet is zeker geen anomalie.⁵⁷ Datzelfde geldt voor het digitaal beschikbaar stellen van kinderpornografie.⁵⁸ Een rechterlijk publicatieverbod kan uiteraard ook een voorgenomen publicatie op internet treffen.

Deze meer traditionele maatregelen zijn niet in iedere situatie even effectief. In bepaalde gevallen is het moeilijk om vast te stellen wie bepaalde informatie openbaar heeft gemaakt,⁵⁹ in andere gevallen bevindt de publicist zich in enig buitenland. In die gevallen richt de aandacht zich al snel op de internetproviders. Daarbij valt een onderscheid te maken tussen de providers die informatie ‘hosten’ en providers die zorg dragen voor de doorgifte ervan. In het eerste geval beheert de provider de server, waarop de informatie opgeslagen is; in het tweede geval zorgt de provider voor – een deel van – het vervoer van de informatie naar de ontvanger.

Net als voorheen de drukkers hebben providers een centrale positie in het communicatieproces. En wederom blijkt dat de technologische ontwikkelingen niet simpelweg meer vrijheid bieden maar ook de nodige mogelijkheden tot controle, zoals hieronder zal blijken. Met de automatisering van de controle lijken bovendien de capaciteitsproblemen die ooit één van de redenen voor het afschaffen van de drukpersensuur vormden, opgelost te kunnen worden.

De overheid zoekt overigens ook naar andere aangrijpingspunten voor controle dan de providers die hosten of doorgeven.⁶⁰ Zo stelt in Duitsland de *Bundesprüfstelle für*

⁵⁴ Vgl. Rapport Staatscommissie Grondwet, November 2010, p. 70 e.v.

⁵⁵ Voor ons betoog is het onderscheid tussen lid 1 en 3 bovendien maar van beperkt belang nu we ons bezig houden met vormen van voorafgaand verlot die met de inhoud te maken hebben.

⁵⁶ Kamerstukken II, 2001-2002, 27460, nr. 2, antwoord op vraag 50. Het recente rapport van de Staatscommissie Grondrechten bevat het voorstel om in art. 7 Grondwet een algemeen verbod van voorafgaand verlot op te nemen, Rapport november 2010, p. 71.

⁵⁷ Bijv. Rb Amsterdam 22 februari 2007, LJN BA 0795.

⁵⁸ Bijv. Hof Den Bosch 7 februari 2007, LJN AZ 8027

⁵⁹ In dit verband valt te wijzen op de verplichting die een provider heeft om in bepaalde gevallen de NAW-gegevens beschikbaar te stellen, HR 25 november 2011, LJN AU 4016, Lycos/Pessers.

⁶⁰ In dit verband kan ook gewezen worden op maatregelen die het vergaren van informatie belemmeren, gemotiveerd door het gemak waarmee informatie op internet verspreid kan worden,

Medien aan een aantal grote exploitanten van zoekmachines lijsten ter beschikking van sites met voor de jeugd schadelijk materiaal. De exploitanten zorgen ervoor dat deze sites buiten de door de zoekmachine gegeven resultaten blijven.⁶¹ Jeugdigen zullen ze daardoor minder snel weten te vinden, is het idee. De betreffende lijst is zelf, men raadt het al, niet openbaar om jeugdigen niet op ideeën te brengen.⁶²

Bij de strijd tegen de verspreiding van kinderporno is nog een ander aangrijpingspunt gevonden, namelijk de ontvanger zelf. Was het bezit van kinderporno in veel landen al strafbaar, in onder andere Nederland is daar het zich met een computer toegang verschaffen tot kinderporno aan toegevoegd (art. 240b Sr). De burger moet er met andere woorden zelf voor zorgen dat de kinderporno voor hem niet kenbaar wordt. Dat leidt ertoe dat de burger zich niet meer vrijelijk op de hoogte kan stellen van alles wat ‘geopenbaard’ is. Dat is echter wel een uitgangspunt achter het verbod van voorafgaand verlov en het valt te hopen dat de strijd tegen kinderporno op dit punt niet een voortrekkersrol zal vervullen.

5.2 Maatregelen ten aanzien van opslag en doorgifte

Na deze korte uitweidingen over ontvanger en zoekmachine komen we terug op de internetproviders die voor opslag en doorgifte zorgen. Zij zouden mogelijk de informatiestroom kunnen filteren of anderszins kunnen ingrijpen. Zo was in het regeerakkoord van het kabinet Balkenende IV in 2007 het voornemen opgenomen onderzoek te doen naar een verbod voor internetproviders om haatzaaiende en terrorisme verheerlijkende informatie door te geven.

Filteren in ruime zin kan omschreven worden als een technische handeling die de toegang tot inhoud op het Internet beperkt. Daaronder valt in de eerste plaats het - voordat deze kenbaar is - onderzoeken van de hele informatiestroom, om de doorgifte van delen ervan te belemmeren. Dat kan bijvoorbeeld met behulp van software applicaties die met bepaalde trefwoorden werken. In de tweede plaats kan genoemd worden het werken met lijsten van sites die bepaald onrechtmatig materiaal bevatten en die daarom niet meer doorgegeven moeten worden. Een derde te noemen maatregel is het ontoegankelijk maken van één bepaalde site.

Een vierde maatregel is het door de hoster (doen) verwijderen van webpagina's. De gegeven omschrijving van filteren is zo ruim dat een dergelijke maatregel er ook onder valt. We zullen echter nog zien dat deze procedure op belangrijke punten verschilt van de andere genoemde maatregelen, onder andere wat betreft de verhouding met het verbod van voorafgaand verlov. Een onderzoek naar de verhouding tussen dat verbod en de genoemde maatregelen maakt dat duidelijk.

5.3 Filteren gehele informatiestroom

Indien de overheid de gehele digitale informatiestroom zou onderzoeken en er al dan niet automatisch bepaalde publicaties uit zou filteren voordat ze kenbaar zijn voor de ontvangers, is dat uiteraard in strijd met het grondwettelijk verbod van voorafgaand verlov. Het zou neerkomen op een (geautomatiseerd) inhoudelijk verlovstelsel. Daarbij is het niet doorslaggevend of een dergelijk systeem alleen bepaald strafwaardig materiaal zou tegenhouden of ook ander materiaal.

zie bijv. de strafbaarstelling van het opnemen van gesprekken, waaraan men zelf deelneemt, in het Voorontwerp van wet Versterking Bestrijding Computercriminaliteit.

⁶¹ Zie rapport t.a.v. Germany in R. Deibert e.a. (ed.) *Access controlled*, MIT 2010, p. 311.

⁶² www.buendespruefstelle.de: er zijn ongeveer 2200 geïndiceerde websites; de lijst is niet openbaar.

Het feit dat er in de praktijk altijd sprake zal zijn van ‘bijvangst’ – het ook wegfilteren van rechtmatig materiaal – is een belangrijk tweede argument tegen een dergelijke maatregel.⁶³ Wordt bijvoorbeeld op naam van de site gefilterd (sex/seks) dan kunnen sites die seksuele voorlichting geven ook slachtoffer worden van een tegen pornografie gericht filter. Bij het filteren op domeinnaam wordt bovendien de toegang tot alle webpagina’s van de site geblokkeerd. Daarbij kunnen ook pagina’s zijn die alleen rechtmatige informatie bevatten. Bovendien wordt alle informatie geblokkeerd die mogelijk in de toekomst nog op de site gepubliceerd zal worden en waarvan de inhoud nog niet bekend is.

Het feit dat het systeem nooit volledig effectief zal zijn omdat de gewraakte informatie aanwezig blijft en de slimme gebruiker er toch bij kan komen,⁶⁴ is een derde, bijkomend argument. Wel kan zo’n ‘effectiviteitsargument’ – samen met het argument dat filters nog teveel tegenhouden – de idee doen postvatten dat een perfect filter, dat bijvoorbeeld alleen strafbare webpagina’s volledig effectief uitfiltert, niet in strijd zou zijn met het verbod van voorafgaand verlot. Dat is onjuist. Een principiële keuze tegen voorafgaand verlot impliceert dat ook de wereldwijde informatiestroom niet eerst door de overheid gekeurd wordt alvorens de burger er kennis van mag nemen. De burger zal dus met enige regelmaat ook op onrechtmatig materiaal kunnen stuiten. Dat is ook daarom nuttig opdat hij zijn oordeel kan vormen over de vraag of het terecht als onrechtmatig moet worden beschouwd.

Wanneer de overheid niet zelf de informatiestroom zou onderzoeken, maar providers op zou dragen om een dergelijk systeem te hanteren, geldt uiteraard hetzelfde. In dit verband kan ook gewezen worden op de e-commerce richtlijn (Richtlijn 2000/31/EG). Deze staat niet toe dat er aan providers een algemene plicht wordt opgelegd om de informatiestroom te monitoren (art. 15). Vrijheid van dienstenverkeer en vrijheid van meningsuiting gaan op dit punt hand in hand.

De genoemde bezwaren zijn niet van toepassing op het filteren van de gehele informatiestroom *door de ontvanger*. Dat kan juist een welkome mogelijkheid zijn, bijvoorbeeld voor ouders die trachten hun kinderen af te schermen. Een behoefte lijkt hier onmiskenbaar aanwezig.⁶⁵ Vrijwillig filteren wordt overigens ook door het Supreme Court van de VS als ‘least restrictive means’ beschouwd om kinderen te beschermen tegen pornografisch materiaal. Andere maatregelen hebben namelijk al snel het gevolg dat ook volwassen ontvangers verstoken blijven van bepaald materiaal.⁶⁶

Wanneer providers dergelijke filtermogelijkheden ter beschikking stellen, is het wel zaak dat afnemers daarvan op de hoogte zijn⁶⁷ en de mogelijkheid hebben ongefilterde informatie te blijven ontvangen.⁶⁸ In dat geval is het probleem van de bijvangst ook van een andere orde, alleen al omdat niet de overheid de toegang tot de informatie beperkt.

5.4 Geheime lijsten van verboden sites

⁶³ Andere suggestie bij W. Stol e.a., *Filteren van kinderporno op internet*, WODC 2008, p. 44.

⁶⁴ M.H.M. Schellekens e.a., *Wat niet weg is, is gezien. Een analyse van art. 54a Sr in het licht van een Notice-and-Take-Down-regime*, Cycris Tilburg 2007, p. 11.

⁶⁵ Vgl. N. Villeneuve, Barriers to cooperation, An Analysis of the Origins of International Efforts to protect Children Online, in R. Deibert e.a. (ed.) *Access controlled*, MIT 2010, p. 55v.

⁶⁶ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), *Ashcroft v. ACLU*, 542 U.S. 656 (2004).

⁶⁷ Vgl. CM Rec (2008) 6.

⁶⁸ Vgl. CM Rec (2008)6.

Een tweede mogelijkheid is dat de overheid lijsten opstelt van websites waarop – bepaald – onrechtmatig materiaal is aangetroffen opdat deze ontoegankelijk gemaakt worden. Het verschil met de vorige maatregel is driedelig: de sites zijn in beginsel eerst gewoon kenbaar geweest, er wordt ‘handmatig’ vastgesteld dat er zich onrechtmatig materiaal op de site bevindt, en slechts deze sites worden ontoegankelijk gemaakt, de rest van de informatiestroom blijft ongemoeid. Er ontstaat zo echter al snel een controlesysteem dat zich aan het oog van de burger onttrekt. De kans dat sites ten onrechte op de lijst komen, is bovendien niet te verwaarlozen.⁶⁹ De sites kunnen ook allerlei interessant en niet onrechtmatig materiaal bevatten, en het hele kanaal wordt afgesloten.

Het is dan ook opmerkelijk dat in Nederland enkele jaren geleden het plan ontwikkeld werd om in samenwerking tussen de providers, het Meldpunt kinderporno en justitie te komen tot het blokkeren van sites met kinderporno. De providers zouden vrijwillig gaan filteren. De door de KLPD opgestelde lijsten⁷⁰ van te blokkeren sites zouden geheim dienen te blijven. De conclusie dat een dergelijk systeem ongeoorloofd is, staat nog los van de gebrekkige wettelijke basis die het betreffende systeem in kwestie ook had. De regering heeft dan ook erkend dat deze weg niet begaanbaar is.⁷¹

5.5 Blokkeren van één bepaalde site

Het ontoegankelijk maken van één enkele site, omdat op die site onrechtmatige informatie geopenbaard wordt, heeft mogelijk anderszins een ander karakter dan het werken met al dan niet lange of geheime lijsten, maar staat toch op gespannen voet met het verbod van voorafgaand verloop. Dat is ook het geval indien er een rechterlijke machtiging aan ten grondslag zou liggen.⁷² Het kan namelijk niet simpelweg vergeleken worden met een publicatieverbod of het in beslag nemen van de te verspreiden voorraad.⁷³ In de eerste plaats kan de site ook allerlei andere informatie bevatten die dan ook ontoegankelijk wordt. In de tweede plaats wordt ook al de informatie die nog op de site gezet zal worden ontoegankelijk.

Het blokkeren van een site wordt daarom wel vergeleken met een verschijningsverbod, dat art. 7 Grondwet niet toestaat, zoals is beschreven. De tegenwerping dat het verschijningsverbod alleen op het toekomstige ziet, terwijl het blokkeren van een site zich ook richt tegen de voortgaande verspreiding van de onrechtmatige informatie is op zichzelf juist. Zij maakt echter tegelijkertijd duidelijk dat het blokkeren van een site niet alleen op gespannen voet staat met het verbod van voorafgaand verloop, maar ook kan stranden op het vereiste van subsidiariteit.

Overigens heeft de Duitse rechter aan een provider wel degelijk een ‘blocking order’ gegeven die neerkwam op het ontoegankelijk maken van een gehele site. Een dergelijke maatregel om een eind te maken aan de doorgifte van een in de Verenigde Staten gevestigde ‘nazi-site’ werd niet geacht in strijd te zijn met de Duitse

⁶⁹ Zie bijv. de feiten in *Pennsylvania Center for democracy & technology v. Pappert*, Case No. 03-5051 (E.D. Pa. Sept. 10, 2004)

⁷⁰ Brief minister, Kamerstukken II 2009-10, 32 123 VI, nr. 79; vgl. ook nr. 90.

⁷¹ Kamerstukken II, 2008/09, 28684, 232, p. 4v.

⁷² Zie W. Hins, *Computercriminaliteit en historisch besef*, *Mediaforum* 2010, p. 309.

⁷³ EU-Commissaris Malmstrom vergeleek een dergelijke maatregel overigens met de inbeslagname van boeken, video's of pamfletten, *Spiegel online*, 30 maart 2010.

Grondwet.⁷⁴ Ook de Nederlandse rechter lijkt niet principieel afwijzend te staan tegenover een dergelijke eis.⁷⁵ In de Verenigde Staten overwoog de rechter juist dat een dergelijke blokkade ook geldt voor het toekomstige en daarmee in strijd zou zijn met het First Amendment.⁷⁶ Er moet overigens wel bij vermeld worden dat de Duitse en Nederlandse casus een buitenlandse site betrof en het voorbeeld uit de VS zag op in de VS gehoste sites. Dat onderscheid komt hieronder nog terug.

5.6 Webpagina's verwijderen

De laatste te noemen maatregel is het (doen) verwijderen van die pagina's die de onrechtmatige uitlatingen bevatten. De maatregel houdt het midden tussen een publicatieverbod en een verbod van herhaling. Nu die maatregelen niet als zodanig in strijd zijn met het verbod van voorafgaand verlot, zal het ontoegankelijk maken van de pagina's ook zo beoordeeld kunnen worden. Voor een bevoegdheid van de overheid zal uiteraard wel een wettelijke grondslag moeten bestaan en daarnaast ook gereede rechtsbescherming.

Een 'notice and take down' procedure impliceert dat de provider die de informatie host op de hoogte wordt gesteld van het onrechtmatig karakter en de pagina ontoegankelijk kan maken.⁷⁷ Los daarvan zal justitie zich kunnen inspannen degene te vervolgen die de informatie openbaar hebben gemaakt. Een verdergaande maatregel als het ontoegankelijk maken van de gehele site is in een dergelijk geval niet opportuun. Overigens is het zeker niet uitgesloten dat de betreffende informatie elders opduikt, omdat deze bijvoorbeeld al gekopieerd was.⁷⁸

5.7 Hoster in buitenland

Het lijkt dus voor de hand te liggen maatregelen te beperken tot het (doen) verwijderen van gehoste webpagina's. Dat biedt echter niet direct uitkomst indien materiaal gehost wordt door een provider buiten Nederland. Wel kent het Cybercrime verdrag bepaalde rechtshulpverplichtingen. De Nederlandse autoriteiten kunnen een misstand dus kennis brengen van de autoriteiten van het betreffende land, die zich aldaar op de hoster kunnen richten. De vraag is of deze procedure altijd adequaat is. Bovendien kan de provider ook gevestigd zijn in een land dat geen partij is bij het verdrag.

Aangenomen dat er geen repressieve maatregelen mogelijk zijn tegen de publicisten zelf, ligt het voor de hand in een dergelijke situatie de providers, die voor de doorgifte zorgen, op te dragen bepaalde pagina's niet meer door te geven. Dat is echter technisch gecompliceerd en vergt meer controle dan het afsluiten van een hele site.⁷⁹ Het is dan ook niet uitgesloten dat dat laatste het resultaat zal zijn van een dergelijke opdracht. Het standpunt dat de overheid haar handen in onschuld kan wassen nu zij slechts het bevel gegeven heeft om bepaalde specifiek aangewezen informatie niet meer door te geven, komt dan wat al te gemakkelijk voor.

⁷⁴ OVG NRW 19 maart 2003, 8 B 2567/02.

⁷⁵ Rb Den Haag 19 juli 2010, LJN BN 1445 (Brein/Ziggo).

⁷⁶ Center for Democracy & Technology v. Pappert, case No. 03-5051 (E.D. Pa. Sept. 10 2004). In deze uitspraak ligt de nadruk overigens op het feit dat het interstatelijk handelsverkeer onbevoegd was beperkt.

⁷⁷ Zie voor eventuele complicaties, Schellekens e.a. 2007, p. 11 v.

⁷⁸ Schellekens e.a. 2007, p. 14.

⁷⁹ Schellekens e.a. 2007, p. 12v.; vgl ook reactie XS4All op voorontwerp d.d. 29-9-2010, p. 7-8.

Een verbod van doorgifte zal in elk geval niet te licht mogen worden gegeven. Aan een doorgifteverbod voor alle pagina's waarop informatie staat waarvan de verspreiding in Nederland strafbaar zou zijn, moet men niet willen beginnen. Zeker wanneer de site of de specifieke informatie niet speciaal op Nederland is gericht, zal dit aspect van de wereldwijde openbaarheid voor lief moeten worden genomen. Het lijkt evenmin te kunnen gaan om bijvoorbeeld het beschermen van Nederlandse staatsgeheimen of andere vertrouwelijke informatie. Op het moment dat dergelijk materiaal eenmaal op enige site staat, en dus ook overal kan worden overgenomen, kan de informatie moeilijk meer geheim worden genoemd.

Indien echter op een site bijvoorbeeld - in het Nederlands - wordt aangezet tot geweld in Nederland (tegen bepaalde personen), kan een bevel om de betreffende informatie niet meer door te geven te billijken zijn. Dat bevel ziet in dat geval op de webpagina's in kwestie. Indien een site grotendeels onrechtmatig materiaal bevat en er op de site dag in dag uit op steeds nieuwe pagina's zou worden opgeroepen tot geweld, kan de rechter voor een dilemma komen te staan. Gaat het verbod van voorafgaand verlot vóór, dat zich keert tegen een doorgifteverbod voor de hele site of kan zo'n verbod juist verdedigd worden op grond van positieve verdragsverplichtingen die vragen om een effectieve bescherming van de grondrechten van de bedreigde personen? Er zal overigens in die situatie nog steeds rekening mee moeten worden gehouden met het feit dat een doorgifteverbod door een actieve gebruiker al snel te omzeilen is.

Het op dit punt beperken van de gelding van het verbod van voorafgaand verlot is ook daarom onaantrekkelijk omdat de 'slippery slope' niet ver weg lijkt. De mogelijkheid dat stelselmatig wordt opgeroepen tot geweld in Nederland kan immers als voet tussen de deur dienen om meer in het algemeen het ontoegankelijk maken van sites te verdedigen.

6. Huidige regeling voor providers en voorontwerp van wet

In de vorige paragraaf is een overzicht gegeven van mogelijke maatregelen en hun verhouding met het verbod van voorafgaand verlot. In deze paragraaf staan de positie van de provider in het geldend recht centraal alsmede de discussie over het voorontwerp van wet, dat art. 54a Sr wijzigt en een vergaande bevelsbevoegdheid voor het OM creëert. Ook in deze discussie speelt het verschil in karakter tussen het ontoegankelijk maken van pagina's door de provider die informatie host en maatregelen gericht tegen de doorgifte van bepaalde sites een belangrijke rol.

6.1 Immunititeit

Indien een provider aansprakelijk zou zijn voor de door hem gehoste of doorgegeven informatie zou hij zich gedwongen kunnen voelen om alle informatie op enigerlei wijze te onderzoeken. Afgezien van de praktische problemen, zou dat ervoor kunnen zorgen dat censuur van overheidswege mogelijkerwijs vervangen zou worden door private censuur. Niet alleen om het vrij verkeer van diensten te bevorderen maar ook om de vrijheid van meningsuiting te beschermen,⁸⁰ kent de e-commerce richtlijn daarom? bepaalde immunititeiten voor de providers.

De richtlijn kent als hoofdregel dat providers, die zich beperken tot de opslag of het doorgeven van informatie, niet in rechte aansprakelijk zijn voor de betreffende informatie. Voor de hoster verandert dat indien hij kennis heeft van het onrechtmatig

⁸⁰ Richtlijn elektronische handel, 2000/31/EG, overweging 9.

karakter en niet prompt maatregelen neemt om de informatie te verwijderen of ontoegankelijk te maken. Daarnaast is het uitdrukkelijk toegestaan dat een rechterlijke of administratieve autoriteit de hoster een bevel geeft bepaalde informatie te verwijderen of ontoegankelijk te maken. Ten aanzien van de provider die informatie doorgeeft, is slechts voorzien in de mogelijkheid van een bevel door een administratieve of rechterlijke autoriteit.

6.2 *Civiel recht*

De e-commerce richtlijn beperkt de immuniteit niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid; een deel van de uitwerking vinden we dan ook in art 6:196c BW.⁸¹ Immuniteit is gegeven tenzij de provider-hoster weet heeft van het onrechtmatig karakter van de informatie. Uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt overigens dat de plicht om gehoste informatie ontoegankelijk te maken in het bijzonder bestaat indien deze *onmiskkenbaar* onrechtmatig is. Daar is bijvoorbeeld sprake van bij een handleiding hoe treinen van de Deutsche Bahn te doen ontsporen.⁸²

In de zaak Brein Ziggo overwoog de rechter dat onder het regime van art.6:196c BW de rechter in beginsel ook een verbod kan opleggen aan een provider die alleen zorg draagt voor de doorgifte. In casu was echter niet vast komen te staan dat de abonnees van Ziggo over het algemeen een onrechtmatig gebruik maken van de site Pirate Bay die het downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal faciliteert. Daarom wees de rechter deze door hem ‘verstrekking’ genoemde eis niet toe.⁸³

6.3 *Strafrecht*

De richtlijn is daarnaast geïmplementeerd in art. 54a Sr, dat mede bedoeld is om het gevaar tegen te gaan dat tussenpersonen op het gebied van de telecommunicatie zich genoodzaakt voelen tot preventieve censuur over te gaan.⁸⁴ Art. 54a Sr in zijn huidige vorm bepaalt dat een tussenpersoon die een telecommunicatiedienst verricht, bestaande uit de doorgifte of opslag van informatie, niet vervolgd wordt wanneer hij voldoet aan een na rechterlijke machtiging door het OM gegeven bevel om gegevens ontoegankelijk te maken. De bepaling zorgt er zo voor dat de provider zich geen oordeel hoeft te vormen over de strafbaarheid.⁸⁵ De immuniteit bestaat voor de tussenpersoon als zodanig. Indien deze op enigerlei wijze bemoeienis heeft met de inhoud is de immuniteit niet van toepassing.⁸⁶

Artikel 54a Sr in huidige vorm laat in het midden of de immuniteit ook geldt wanneer de provider kennis heeft gekregen van de strafbaarheid van door hem gehoste en of doorgegeven informatie. In de praktijk is er een vorm van zelfregulering ontstaan, een vaste procedure die kan leiden tot het vrijwillig weghalen van bepaalde

⁸¹ Zie uitgebreid A.P. De Wit, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van internetproviders, *Tijdschrift voor Internetrecht*, 2009, p. 37-42 en p. 72-76.

⁸² Hof Amsterdam 7 nov. 2002, XS4All/Deutsche Bahn, LJN AF 0091; zie ook HR 25 november 2005, Lycos/Pessers, LJN AU 4019.

⁸³ Rb Den Haag 19 juli 2010, LJN BN 1445.

⁸⁴ Kamerstukken II, 2002-2003, 28197, nr. 3, p. 63. De wetgeving in de VS heeft aan providers overigens een grotere mate van immuniteit gegeven, Section 230 CDA. Daarop is met name een uitzondering gemaakt ten aanzien van inbreuk op auteursrecht. In dat geval zal een provider mee dienen te werken aan een ‘notice and take down’ procedure.

⁸⁵ Vgl. Schellekens e.a. 2007, p 5.

⁸⁶ Hof Leeuwarden 20 april 2009, LJN BI 1645.

informatie door de hoster.⁸⁷ Toen het OM daadwerkelijk een bevel wilde geven bleek dat de rechter art. 54a Sr niet als grondslag voor een bevoegdheid accepteerde.⁸⁸ De vraag of een bevel informatie ontoegankelijk te maken ook zou kunnen neerkomen op het niet meer doorgeven van informatie, is evenmin expliciet beantwoord.

Het voorontwerp van wet Versterking Bestrijding Computercriminaliteit d.d. 28 juli 2010 blijkt op radicale wijze in deze leemten te willen voorzien.⁸⁹ Het legt een bevoegdheid van de officier van justitie vast om opdracht te geven aan de aanbieder van een communicatiedienst: ‘om onverwijld alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd om gegevens die worden opgeslagen of doorgegeven, ontoegankelijk te maken, voor zover dit nodig is ter beëindiging van een strafbaar feit of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten’ (voorgesteld art. 125q Sv.). Daarbij krijgt de officier van Justitie de bevoegdheid een dwangsom op te leggen.

Het voorontwerp lijkt daarmee vrijwel geheel voorbij te gaan aan het verbod van voorafgaand verlot. In de eerste plaats richt de bevoegdheid zich niet alleen op de opslag maar ook – zonder enig voorbehoud – op de doorgifte. In de tweede plaats lijkt zij ook in de mogelijkheid van een vordering te voorzien, nog voordat er enige onrechtmatige informatie op een site staat. Men zou kunnen spreken van een verschijningsverbod, niet eens als sanctie, maar als administratieve maatregel ‘ter voorkoming van’. Daarmee is het voorontwerp onmiddellijk onderaan de ‘slippery slope’ terechtgekomen. In de derde plaats is de rechterlijke machtiging verdwenen, terwijl het te verdedigen is dat bij ingrijpende maatregelen op het gebied van de informatievrijheid voorafgaande rechterlijke toetsing is geboden.⁹⁰

Het voorontwerp legt voorts uitdrukkelijk vast dat de provider alleen immuniteit toekomt indien hij geen kennis heeft van het feit dat door middel van de telecommunicatiedienst een strafbaar feit wordt begaan (voorgesteld art. 54a Sr). In strijd met de e-commerce richtlijn wordt deze aansprakelijkheid zelfs uitgebreid tot de provider die informatie doorgeeft. Los daarvan is de norm ook niet zonder meer gelukkig. Providers krijgen zo toch een rol opgedrongen om te bepalen wat wel en niet door de beugel kan. Dat klemt te meer nu het voorontwerp van wet niet eist dat een publicatie *onmiskkenbaar* strafbaar is, alvorens de immuniteit verloren gaat. Overigens zal laatstgenoemd bezwaar niet bij alle soorten publicaties even groot zijn.⁹¹ Duidelijke kinderporno is ook door de leek wel als zodanig te herkennen. Waar de grens ligt bij het beledigen van groepen en het zaaien van haat, is zelfs voor de rechterlijke macht niet makkelijk vast te stellen. Een ‘chilling effect’ is dan moeilijk te vermijden.

Art. 54a Sr verschilt uitdrukkelijk van de eerder behandelde art. 53 en 54 Sr. die op uitgever respectievelijk drukker zien. Bij art. 53 en 54 Sr geldt de immuniteit ook wanneer de drukker/uitgever kennis heeft (gekregen) van het onwettige karakter van de publicatie. De enige voorwaarde om niet zelf strafbaar te zijn is dat na aanmaning van justitie bekend gemaakt wordt wie de schrijver/opdrachtgever was. De bepaling maakt het mogelijk de ‘echte dader’ te vervolgen. Art. 54a Sr is daarentegen

⁸⁷ Zie www.samentegen.com cybercrime.

⁸⁸ Rb Assen 22 juli 2008, LJN BD8451 en vervolg: Rb Assen 24 november 2009, LJN BK 4226; zie al Schellekens e.a. 2007, p. 16.

⁸⁹ Voor een bespreking van het gehele voorontwerp, zie B-J. Koops, *Tijd voor computercriminaliteit III*, NJ 2010, p. 2461-2466. Zie ook de doorwrochte reactie van XS4All op het voorontwerp, een

⁹⁰ Vgl. EHRM (GC) 14 september 2010, 38224/03, *Sanoma v. NL*.

⁹¹ Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 28684, 33, p. 22-23.

juist in de eerste plaats op het verwijderen van het materiaal gericht en eist ingrijpen van de provider, indien hij wetenschap heeft gekregen van het strafbare karakter en zijn immuniteit niet wil verspelen.

7. Conclusie

Een censuurstelsel heeft tal van aantrekkelijke kanten. Waar repressieve maatregelen hooguit een zekere afschrikwekkende werking kunnen hebben, tracht een stelsel van voorafgaand verlot bepaald schadelijk geacht materiaal geheel buiten de openbaarheid te houden. Een stelsel van voorafgaande controle past daarom in een samenleving die ieder risico wil uitbannen.⁹² Voor bepaalde betrokkenen heeft een censuurstelsel bovendien ook voordelen. Is er namelijk verlot gegeven, dan hoeft men verder niet te vrezen voor sancties. Acht men de bezwaren tegen een verlotstelsel vooral van praktische aard – werklast, vertraging, vergissingen – dan blijft een (technisch) perfect controlesysteem het ideaal.

In de historische paragrafen is echter beschreven dat het grondrechtelijk censuurverbod een principiële achtergrond heeft. Het mogen publiceren is geen gunst of verlot, maar een burgerlijk en politiek vrijheidsrecht. De individuele en maatschappelijke meningsvorming hoort niet afhankelijk te zijn van een ‘imprimatur’ van wereldlijke of kerkelijke gezagdragers, van toestemming van een ‘petty official’, of van een technische applicatie. Nadat een publicatie voor het publiek kenbaar is geworden, kan de overheid op grond van algemene wetten eventueel reageren. Deze repressieve maatregelen spelen zich in de openbaarheid af en de burger heeft daar zicht op. Het verbod van voorafgaand verlot kan daarom als een integraal onderdeel van de democratische rechtstaat worden gezien. Meer in het algemeen dient de overheid zich ten aanzien van de informatievoorziening veel terughoudender op te stellen dan ten aanzien van andere economische sectoren, waar verlot en kwaliteitscontrole geregeld hand in hand gaan.

De bezwaren tegen een censuurstelsel gelden in meer of mindere mate ook voor andere preventieve maatregelen van de overheid. We zien dan ook in veel landen dat dergelijke maatregelen in elk geval met extra argwaan bekeken worden. Veelal biedt het recht in het uiterste geval overigens wel enige ruimte voor door de rechter opgelegde publicatieverboden. Bij uitzondering is deze preventieve inhoudelijke maatregel dus toch toegestaan om rechten van derden te beschermen.

Het verbod van voorafgaand verlot en de uitbreiding tot het in beginsel afwijzen van alle preventieve maatregelen hebben in een digitale wereld een belangrijke betekenis, juist ook omdat er nieuwe mogelijkheden bijkomen om informatiestromen te monitoren en te controleren. Het verbod maakt in de eerste plaats duidelijk dat een door de overheid toegepast of opgelegd systeem van filtering waarin de hele informatiestroom, voordat deze kenbaar is, wordt onderzocht, niet is geoorloofd. Het verbod van voorafgaand verlot impliceert daarmee dat de Nederlandse burger kennis kan nemen van de wereldwijde digitale openbaarheid en ook het zijne daaraan kan toevoegen. Dat is het verschil met meer autocratische staten.

Het door de overheid aanleggen van lijsten van sites die door providers niet mogen worden doorgegeven, verschilt in zoverre van het eerstgenoemde systeem dat de informatie kenbaar is geweest. De ingrijpendheid van de maatregel – de gehele site

⁹² Vgl. E.J. Dommering 2008, p. 55v.

wordt geblokkeerd en het werken met door de administratie opgestelde – geheime – lijsten, maken het desondanks tot een verboden preventieve maatregel.

Wat wel is toegestaan is een procedure die ertoe leidt dat de hoster bepaald onrechtmatig materiaal van een site haalt. De maatregel kan redelijkerwijs vergeleken worden met een inbeslagname of een verbod van herhaling. Een bevel vereist wel een adequate wettelijke grondslag en dient met voldoende waarborgen omkleed te zijn.

Een vierde behandelde maatregel is het bevel om bepaald materiaal niet meer door te geven. Deze maatregel hoeft op zichzelf niet in strijd te zijn met het verbod van voorafgaand verlot. De facto zal zij er echter op neer kunnen komen dat de provider de toegang tot de hele site blokkeert. Ook al daarom zal zij niet te licht mogen worden genomen. De gevallen waarin deze vergaande maatregel mag worden toegepast zullen dus nauwkeurig omschreven moeten zijn; daarnaast zal ze met procedurele waarborgen omgeven moeten worden. Daar is in het voorontwerp van wet ‘Versterking Bestrijding Computercriminaliteit’ in elk geval geen sprake van.

A.J. Nieuwenhuis