

internetfilters en veilig internetten in de bibliotheek



juridisch advies over van overheidswege verplicht internetfilteren prof. mr. T. Barkhuyzen

internetfilters en veilig internetten in de bibliotheek

juridisch advies over van overheidswege verplicht internetfilteren

prof. mr. T. Barkhuysen

Stibbe advocaten | Universiteit Leiden



Stibbe

december 2010

Voorwoord

Openbare bibliotheken hebben als taak alle burgers vrije toegang tot informatie, kennis en cultuur te bieden zodat zij zich bewust, kritisch en actief kunnen bewegen in de maatschappij.

Bij de uitoefening van die maatschappelijke functie is het hun verantwoordelijkheid als onafhankelijk instituut iedereen – jong èn oud – een veilige plek te bieden bij de selectie van betrouwbare en betekenisvolle informatie uit de overvloed aan fysieke en digitale informatie-uitingen die mensen dagelijks overspoelt.

2 Bij enkele gemeentebesturen zijn recent vragen gerezen over de wijze waarop bibliotheken die veilige plek daadwerkelijk realiseren, met name voor kinderen. Zij maken zich zorgen dat kinderen in de bibliotheek onbedoeld en ongewild worden blootgesteld aan websites met porno, geweld of extremistische ideologieën. Eén gemeente overweegt in dit verband de bibliotheek daarom te verplichten internetfilters te gebruiken, om zodoende de toegang tot ongewenste sites te blokkeren.

De wijze waarop gemeenten invloed uitoefenen op het bibliotheekbeleid is voor het Sectorinstituut Openbare Bibliotheken zonder twijfel een trend om rekening mee te houden. Daarom is aan prof. mr. Tom Barkhuysen, advocaat te Amsterdam bij Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden in samenwerking met mevrouw mr. drs. Fleur Onrust, eveneens advocaat te Amsterdam, gevraagd een juridisch advies op te stellen over de

vraag of een gemeente een bibliotheek mag verplichten om internetfilters te plaatsen. Daarbij gaat het primair om de vraag hoe zo'n verplichting zich verhoudt tot de onafhankelijke rol van openbare bibliotheken bij het bieden van vrije en gelijke toegang aan iedereen tot een breed en gevarieerd aanbod van media en digitale informatiediensten. Waar ligt de grens tussen het grondrecht van informatievrijheid (vrijheid van meningsuiting en meningsvorming) en de verantwoordelijkheid voor de bescherming van de belangen van kinderen? Maar ook: hoe verhoudt een filterverplichting zich in het kader van de subsidierelatie tussen gemeente en bibliotheek tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur?

3

Met het uitbrengen van dit advies wil het Sectorinstituut de discussie en meningsvorming over dit onderwerp stimuleren. Wij hopen bibliotheken en gemeenten daarmee een handreiking te geven voor de invulling van ieders eigen verantwoordelijkheid bij het realiseren van het bibliotheekbeleid.

Gerard van Dijk
wnd. directeur

Inhoud

Voorwoord 2

Inhoud 4

Samenvatting 5

Inleiding 7

1 Wettelijk kader 9

1.1 Wet op het specifiek cultuurbeleid 9

1.2 Gemeentewet 10

1.3 Algemene wet bestuursrecht 10

1.4 Subsidieverordening 11

1.5 Juridische status bibliotheken 11

2 Internetfilters: techniek 12

3 Doelstelling en functie bibliotheken alsmede zelfstandige maatregelen met betrekking tot internet 14

3.1 Doelstelling en functie 14

3.2 Zelfstandige maatregelen met betrekking tot internet 15

3.3 Opmaat naar de toets van de juridische toelaatbaarheid van internetfilters 16

4 Bibliotheken en grondrechten: algemeen 17

5 Artikel 10 EVRM 19

5.1 Inleiding 19

5.2 Is er sprake van een beperking van de vrijheid van meningsuiting? 20

5.3 Is de beperking voorzien bij wet? 20

5.4 Welke van de in lid 2 genoemde belangen beoogt de maatregel te beschermen 20

5.5 Is de maatregel noodzakelijk in een democratische samenleving? 20

5.6 Deelconclusie 23

6 Artikel 7 Grondwet 24

6.1 Inleiding 24

6.2 Wettelijke basis 24

6.3 Censuurverbod 25

6.4 Leeftijdsgrenzen en censuur 26

6.5 Regeling ontoegankelijk maken van gegevens 27

6.6 Deelconclusie 27

7 Overige grondrechten 28

8 De (verordenende) bevoegdheid van de gemeente 29

9 De bovengrens: Wetboek van Strafrecht en Mediawet 31

9.1 Wetboek van Strafrecht: misdrijven tegen de zeden 31

9.2 Mediawet 32

10 Conclusie 34

Samenvatting

Sommige gemeenten maken zich zorgen dat met name kinderen in openbare bibliotheken worden blootgesteld aan websites met porno, geweld of extremistische ideologieën. In dit verband wordt wel overwogen een bibliotheek te verplichten om internetfilters te gebruiken, om zo de toegang tot ongewenste sites te blokkeren.

In dit advies wordt de vraag beantwoord of en zo ja in hoeverre een dergelijke internetfilterverplichting juridisch al dan niet is toegestaan. Op basis van een studie naar relevante (mensenrechten)verdragen, wetsartikelen, rechterlijke uitspraken en literatuur wordt geconcludeerd dat een door een gemeente opgelegde internetfilterverplichting juridisch niet is toegestaan.

5

In de eerste plaats is deze verplichting in strijd met de vrijheid van meningsuiting en de informatievrijheid, grondrechten die worden beschermd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (artikel 10) en de Grondwet (artikel 7). Voor de internetfilterverplichting bestaat namelijk geen wettelijke basis, waar die wel is vereist. Daarnaast worden de genoemde grondrechten ernstig aangetast door de verplichting terwijl er ook minder ingrijpende maatregelen denkbaar zijn om bescherming te bieden tegen ongewenste internetsites. Bij dat laatste kan worden gedacht aan de maatregelen die bibliotheken op dat vlak nu al zelfstandig nemen.

Deze brengen anders dan de filterverplichting ook niet de onafhankelijke rol van openbare bibliotheken bij het bieden van vrije en gelijke toegang aan iedereen tot een breed en gevarieerd aanbod van media en digitale informatiediensten in gevaar. De maatregel is daarmee niet proportioneel. Ten slotte schendt een internetfilterverplichting het censuurverbod van artikel 7 Grondwet (de overheid mag geen voorafgaande controle uitoefenen op uitingen), in ieder geval ten aanzien van personen vanaf 16 jaar.

6

In de tweede plaats is de internetfilterverplichting niet toegestaan omdat een gemeente – los van de genoemde grondrechten – niet bevoegd lijkt deze op te leggen gelet op de vereisten van de Algemene wet bestuursrecht en de Gemeentewet. In het Nederlandse recht geldt dat de overheid alleen maatregelen mag nemen wanneer zij daarvoor de noodzakelijke bevoegdheden heeft toebedeeld gekregen van de wetgever. Voor de internetfilterverplichting ontbreekt een dergelijke bevoegdheid en dreigt er op onderdelen bovendien strijd met regelgeving op rijksniveau.

De hier besproken grondrechten en bevoegdheidsregels dienen er toe om ook politieke en religieuze meerderheden (in gemeenten) de mogelijkheid te onthouden zich met de inhoud van het bibliotheekaanbod te bemoeien en garanderen daarmee dat via openbare bibliotheken een vrije en onbeperkte toegang tot kennis, cultuur en informatie blijft bestaan.

Inleiding

Het Sectorinstituut Openbare Bibliotheken heeft mij advies gevraagd inzake het volgende. Het college van burgemeester en wethouders van een hier niet nader te noemen gemeente heeft aan de openbare bibliotheek aldaar bericht dat zij mogelijk verplicht wordt om internetfilters op de voor publiek toegankelijke computers in de bibliotheek te plaatsen om zodoende de toegang tot ongewenste sites (met name porno en geweld) te blokkeren. Omdat het niet ondenkbaar is dat een dergelijke verplichting in de toekomst aan meerdere bibliotheken in den lande opgelegd kan gaan worden hebt u mij om een advies gevraagd over de algemene vraag of, en zo ja, in hoeverre de oplegging van een dergelijke verplichting door een college van burgemeester en wethouders (hierna ook met gemeente aan te duiden) aan een openbare bibliotheek is toegestaan vanuit bestuursrechtelijk en grondrechtelijk perspectief. Meer specifiek gaat het daarbij om het opleggen van een verplichting tot het plaatsen van internetfilters op de voor publiek toegankelijke computers via een voorwaarde of verplichting te verbinden aan de jaarlijkse subsidieverlening.

Als reden voor de verplichting tot plaatsing van een internetfilter in openbare bibliotheken wordt aangevoerd het voorkomen dat jeugdigen in aanraking komen met ongewenste porno/sekssites en geweld. Ook is het in aanraking komen met kinderporno als uitdrukkelijk doel van de filtering genoemd.

Voor de beantwoording van deze vraag is het volgende van belang. In beginsel kunnen voorwaarden of verplichtingen worden gesteld aan de verlening van een subsidie, tenzij die voorwaarden of verplichtingen in strijd met de wet of hoger recht zoals verdragen zijn. Nagegaan dient dus te worden of een dergelijke strijdigheid zich hier voordoet.

In dat verband wordt – op basis van een verkennende studie – hierna allereerst het kader geschetst waarbinnen het vraagstuk zich afspeelt. In paragraaf 1 komt het wettelijk kader aan de orde. In paragraaf 2 wordt op de techniek van de internetfilter ingegaan en in paragraaf 3 op de doelstelling en functie van bibliotheken alsmede op de maatregelen die zij zelfstandig nemen ten aanzien van internet. Daarna komt in de paragrafen 4 t/m 7 de vraag aan de orde hoe de internetfilterverplichting zich verhoudt tot de grondrechten. Paragraaf 8 en 9 betreffen de vraag of een gemeente – los van deze grondrechten – wel bevoegd is een dergelijke verplichting op te leggen. Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 10). Bij een en ander is afgezien van uitvoerige verwijzing naar geraadpleegde jurisprudentie en literatuur.

1 december 2010

prof. mr. T. Barkhuysen
Stibbe advocaten/Universiteit Leiden

1 Wettelijk kader

In het hiernavolgende wordt kort het toepasselijke wettelijk kader beschreven voor de subsidiëring en activiteiten van openbare bibliotheken in Nederland.

1.1 Wet op het specifiek cultuurbeleid In de Wet op het specifiek cultuurbeleid zijn regels omtrent het openbaar bibliotheekwerk neergelegd. De minister, provincies en gemeenten bevorderen, dat de overheid de door hen bekostigde of in stand gehouden voorziening van bibliotheekwerk in een netwerk deelneemt aan het leenverkeer met andere voorzieningen van bibliotheekwerk.

Sinds de invoering van de huidige bibliotheekbepalingen in de Wet op het specifiek cultuurbeleid (artikelen 11a en 11b) is de maatschappelijke en technologische context van het bibliotheekwerk ingrijpend gewijzigd. De rijksoverheid, provincies en gemeenten zijn betrokken bij het bibliotheekbeleid. Gelet op voornoemde ontwikkelingen is op 17 december 2009 een Bibliotheekcharter ondertekend.¹

Het Bibliotheekcharter geeft een nadere invulling van de taken genoemd in de Wet op het specifiek cultuurbeleid. Belangrijke onderwerpen daarbij zijn: de opbouw, verantwoordelijkheidsverdeling en implementatie van de digitale bibliotheek, het collectiebeleid en certificering van bibliotheekorganisaties. Het charter heeft de periode

2010-2012 als looptijd. De drie overheden zijn in het charter overeengekomen de uitvoering van de afspraken in het charter te monitoren en de resultaten halverwege het jaar 2011 te evalueren.

1.2 Gemeentewet In artikel 108 Gemeentewet is bepaald dat de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake de huishouding van de gemeente aan het gemeentebestuur wordt overgelaten. In artikel 149 Gemeentewet is voorts bepaald dat de gemeenteraad de verordeningen maakt die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt. Deze bevoegdheid wordt begrensd door de gemeentelijke huishouding, als bedoeld in artikel 108 Gemeentewet en door hogere regelingen. Enerzijds mag het gemeentebestuur niet 'treden in de bijzondere belangen van de ingezetenen' (benedengrens) anderzijds mag de gemeentelijke regeling die hetzelfde onderwerp en motief heeft als een hogere regeling niet met die hogere regeling in strijd zijn (bovengrens). Van dat laatste is sprake als de hogere regeling uitputtend bedoeld is of anderszins daarmee strijd aanwezig is.

In artikel 121 Gemeentewet is een aanvullende verordenende bevoegdheid van het gemeentebestuur neergelegd om bestaande wetgeving aan te vullen met gemeentelijke verordeningen. Ook voor de aanvullende verordenende bevoegdheid geldt de genoemde boven- en ondergrens.

1.3 Algemene wet bestuursrecht In de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zijn de algemene regels neergelegd die van toepassing zijn bij de verlening van subsidies. Ingevolge artikel 4:21 Awb wordt onder subsidie verstaan 'de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten'.

Een subsidie dient een wettelijke grondslag te hebben. In dat wettelijk voorschrift – een formele wet op Rijksniveau of een verordening op decentraal niveau – dient te zijn geregeld voor welke activiteiten subsidie kan worden verleend. De subsidievereisten zijn veelal nader uitgewerkt in een subsidieverordening.

Alvorens de betaling van de subsidie definitief plaatsvindt (eerder kunnen wel voorschotten worden verstrekt), worden er twee beschikkingen afgegeven.

Voorafgaand aan de (voltooiing van de) te subsidiëren activiteit wordt een subsidieverleningsbesluit genomen. Hiervoor geeft afdeling 4.2.3 (artikelen 4:29-4:36) Awb een regeling. De beschikking tot subsidieverlening bevat een omschrijving van de activiteiten waarvoor subsidie wordt verleend. De subsidieverlening geeft de subsidieontvanger een voorwaardelijke aanspraak op financiële middelen. Ondanks dit voorwaardelijke karakter schept de subsidieverlening reeds een rechtens afdwingbare aanspraak. De aanspraak is voorwaardelijk omdat het op dat moment nog niet zeker is of de aanvrager daadwerkelijk de gesubsidieerde activiteiten verricht en hij zich aan de opgelegde verplichtingen, als beschreven in de artikelen 4:37-4:41Awb, houdt. De subsidieontvanger behoudt in beginsel de vrijheid om van de activiteit af te zien, hetgeen uiteraard wel tot gevolg heeft dat hij ook iedere aanspraak op subsidiegelden verliest.

Het bestuursorgaan kan de subsidieontvanger ingevolge artikel 4:37 Algemene wet bestuursrecht (Awb) in de verleningsbeschikking standaardverplichtingen opleggen.

Op grond van artikel 4:38 Awb kunnen overige doelgebonden verplichtingen worden opgelegd. Daarvoor geldt dat als de subsidie op een wettelijk voorschrift berust, de verplichting bij wettelijk voorschrift of krachtens dat wettelijk voorschrift bij subsidieverlening, moet worden vastgelegd. Ingevolge artikel 4:39 Awb kunnen echter verplichtingen die niet strekken tot verwezenlijking van het doel van de subsidie, slechts aan de subsidie worden verbonden voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. Uiteraard kunnen aan een subsidie geen verplichtingen worden verbonden die in strijd zijn met de (Grond)wet of internationaal recht.

Nadat het besluit tot verlening van de subsidie is genomen en activiteiten zijn verricht, wordt de tweede beschikking, het subsidievaststellingsbesluit, afgegeven (artikel 4:46 Awb). Bij de subsidievaststelling wordt vastgesteld of de gesubsidieerde activiteit is verricht en of de opgelegde verplichtingen zijn nageleefd. De subsidievaststelling geeft een onvoorwaardelijke en definitieve aanspraak op een bepaald bedrag. Zij doet een onvoorwaardelijke verbintenis tot betaling van het vastgestelde subsidiebedrag ontstaan en is daarmee in zoverre de afsluiting van de subsidieverhouding. Mocht blijken dat de activiteiten niet (geheel) zijn verricht of dat er in strijd met de opgelegde verplichtingen is gehandeld, dan kan de subsidie lager vastgesteld worden en eventueel worden teruggevorderd. Voorafgaand aan vaststelling is ook intrekking mogelijk bij niet nakoming van verplichtingen (artikel 4:48 Awb).

Tegen zowel het subsidieverleningsbesluit, het subsidievaststellingsbesluit als een eventueel intrekking- en/of terugvorderingsbesluit kan bestuursrechtelijk bezwaar en vervolgens beroep en hoger worden ingesteld.

1.4 Subsidieverordening In de subsidieverordening Basisbibliotheek, is het gemeentelijk subsidiekader voor de subsidiëring van bibliotheken neergelegd. Dit subsidiekader kan per gemeente verschillen. Wel is door de VNG een voorbeeldsubsidieverordening beschikbaar gesteld. In de voorbeeldsubsidieverordening zijn standaardverplichtingen ex artikel 4:37 Awb opgenomen. Er zijn echter geen voorschriften ex artikel 4:38-4:39 Awb opgenomen. Op basis van deze voorbeeldsubsidieverordening van de VNG lijkt het niet aannemelijk dat in gemeentelijke subsidieverordeningen specifieke verplichtingen zijn opgenomen die zien op de plaatsing van internetfilters, of anderszins maatregelen ter bescherming van jeugdigen tegen extreem geweld en porno in bibliotheken. Daarvan wordt in het hiernavolgende dan ook uitgegaan.

1.5 Juridische status bibliotheken Bibliotheken zijn privaatrechtelijke rechtspersonen, over het algemeen stichtingen. Er zijn echter ook een paar (circa vijf) bibliotheken die als gemeentelijke dienst een publiekrechtelijke status hebben. Elke openbare bibliotheek is tijdens openingsuren voor iedereen vrij toegankelijk. Het gebruik van media en faciliteiten ter plaatse is kosteloos. Voor uitlening van media vragen de meeste bibliotheken een vergoeding in de vorm van een abonnementstarief, ook wel lidmaatschapscontributie genoemd. Klanten van de bibliotheek worden derhalve vaak 'leden' genoemd. Het hiernavolgende advies ziet primair op bibliotheken die privaatrechtelijke rechtspersonen zijn, maar heeft ook relevantie voor de overige bibliotheken.

2 Internetfilters: techniek

Alvorens verder in te gaan op de vraag in hoeverre een subsidieverplichting aangaande internetfilters juridisch door de beugel kan, is het zaak iets over de techniek van internetfilters op te merken. Het gaat om een eventuele verplichting om internetfilters te plaatsen op de voor publiek toegankelijke computers in openbare bibliotheken. Filters kunnen werken op basis van lijsten met adressen en/of codes die geblokkeerd worden ('blacklist filtering') of op basis van algemene criteria waarmee het filterprogramma vaststelt of bepaalde informatie wel of niet kan worden doorgelaten ('dynamic filtering').²

Blacklist filtering kan het beste worden vergeleken met het gebruik van een lijst met verboden boeken. Een webadres of IP-adres kan slechts op deze lijst komen als op voorhand bekend is dat op dat adres informatie staat die niet toegankelijk zou moeten zijn, naar mening van de samensteller van de lijst. Het blokkeren op basis van een blacklist kan met IP-adressen, domeinnamen, URL's of hashcodes. Problematisch met deze filtervorm is ook het feit dat IP-adressen, domeinnamen, URL's of hashcodes regelmatig wijzigen. Het op deze wijze filteren vergt dan ook veel – deskundig – onderhoud aan de filter.³

Dynamic filtering is het filteren op woorden of andere criteria. De informatie die wordt opgevraagd wordt dan steeds getoetst aan de criteria. Dynamic filtering leidt in de regel tot 'overblocking': er wordt te veel informatie weggefilterd.⁴

2 W.Th. Stoi, H.W.K. Kaspersen, J. Kerstens, E.R. Leukfeldt, & A.R. Lodder, Filteren van kinderporno op internet. Een verkenning van technieken en reguleringen in binnen- en buitenland (WODC-rapport in opdracht van het Ministerie van Justitie), Den Haag 2008.

3 Stoi e.a. 2008, p. 10-22 (Filtertechnieken).

4 Stoi e.a. 2008, p. 10-22 (Filtertechnieken).

Ook websites die bijvoorbeeld kritisch zijn over de porno-industrie of extreem geweld of uitleg geven over de opsporing van kinderpornocriminaliteit worden dan geblokkeerd. Maar daarnaast blokkeert zo'n systeem ook nog een heleboel informatie die helemaal niets met de opgelegde blokkering van doen heeft. Het gaat dan om woorden die een dubbele betekenis hebben, waarvan één betekenis een erotische of pornografische lading heeft en de andere betekenis volstrekt onschuldig is. De "onschuldige" informatie is met dynamic filtering (deels) ook niet meer vindbaar.

3 Doelstelling en functie bibliotheken alsmede zelfstandige maatregelen met betrekking tot internet

14

3.1 Doelstelling en functie De doelstelling en functie van openbare bibliotheken, is eveneens van belang voor de beantwoording van de vraag of de verplichting om internetfilters op de voor publiek toegankelijke computers door een gemeente kan worden opgelegd aan openbare bibliotheken. Deze doelstelling dient in samenhang te worden gezien met de voorzorgsmaatregelen die de openbare bibliotheken zelfstandig treffen om kinderen niet in aanraking te laten komen met porno en extreem geweld.

Openbare bibliotheken geven toegang tot kennis, cultuur en informatie. Blijkens het IFLA/UNESCO Manifest over de openbare bibliotheek (1994) – een leidend document in dezen – dient de openbare bibliotheek tot:

"Vrijheid, welvaart, ontplooiing van de samenleving en van het individu zijn fundamentele menselijke waarden. Deze kunnen alleen worden gerealiseerd door goed geïnformeerde burgers, die in staat zijn hun democratische rechten uit te oefenen en een actieve rol te spelen in de samenleving. Constructief deelnemen aan het maatschappelijk leven en meewerken aan het vormgeven van de democratie zijn afhankelijk van voldoende opleiding en van *vrije en onbeperkte toegang tot kennis, wetenschap, cultuur en informatie*. De openbare bibliotheek, de plaatselijke toegangspoort tot kennis, schept een essentiële voorwaarde voor levenslang leren,

onafhankelijke besluitvorming en de culturele ontwikkeling van individuen en maatschappelijke groeperingen."

Voorwaarde om aan deze vereisten uit dit manifest te voldoen is onder meer dus een vrije en onbeperkte toegang tot kennis, cultuur en informatie.

Ook de (rijks)overheid onderschrijft deze opvattingen over de maatschappelijke rol van de bibliotheek. In dat kader kan, bijvoorbeeld, worden gewezen op de beleidsbrief 'Bibliotheken in beweging' van de staatssecretaris van OCW van 3 april 2002 waarmee het bestuurlijke proces van bibliotheekvernieuwing werd ingeluid.⁵ Hierin typeert de staatssecretaris de positie van de bibliotheek onder verwijzing naar het Unesco-manifest als volgt:

"De bibliotheek is allereerst een publieke informatievoorziening, maar heeft daarnaast ook een belangrijke sociaal-maatschappelijke, educatieve en culturele rol. Net als de publieke omroep heeft de openbare bibliotheek de taak iedereen op een laagdrempelige manier toegang te bieden tot pluriforme, betrouwbare informatie, cultuur en educatie."

En ook:

"De bibliotheek is als fysieke en virtuele toegangspoort tot betrouwbare, pluriforme informatie een essentiële pijler van onze democratie en van de kennissamenleving."

In de statuten van een openbare bibliotheek van een niet nader te noemen grote gemeente is – in aansluiting hierop – expliciet opgenomen dat de bibliotheek zich ten doel stelt om 'vrije toegang tot informatie, kennis en cultuur te bieden voor iedereen'. Vrije toegang betekent dat er van overheidswege geen censuur wordt gepleegd op de toegang tot informatie, kennis en cultuur, hetgeen met de plaatsing een internetfilter nu juist het geval is, zoals hierna zal worden toegelicht.

De openbare bibliotheek is in Nederland een neutrale, *onafhankelijke* dienstverlener waar burgers terecht kunnen voor elk wat wils, van elk niveau en voor iedereen.⁶ Die onafhankelijkheid veronderstelt dat collectie en diensten van de bibliotheek niet onderworpen zijn aan enige vorm van ideologische, politieke of levensbeschouwelijke censuur of onder druk staan van commerciële belangen, zo valt ook uitdrukkelijk te lezen in het UNESCO manifest. Daar komt nog bij dat bibliotheken voor sommige mensen een exclusieve informatiebron zijn, omdat zij thuis niet beschikken over boeken en/of internet.

Dit impliceert dat het uitgangspunt is dat de overheid zich niet bemoeit met hetgeen de bibliotheek inhoudelijk al dan niet aanbiedt.

3.2 Zelfstandige maatregelen met betrekking tot internet

Nederlandse openbare bibliotheken vinden het belangrijk om voor iedereen een veilige omgeving te bieden waar pluriforme en betrouwbare informatie te vinden is. In dat kader verrichten zij naast het uitlenen van boeken allerhande activiteiten om voor iedereen een veilige omgeving te bieden waar goede en betrouwbare informatie te vinden is.⁷ In dit verband vinden bibliotheken het ongewenst dat kinderen via voor publiek toegankelijke computers die vrije toegang tot internet bieden, worden blootgesteld aan websites die kindonvriendelijk, gewelddadig, hatelijk en/of pornografisch van aard zijn.

Bibliotheken ontplooiën verschillende initiatieven om voor kinderen en jongeren veilig internet en mediagebruik te bevorderen.

Daartoe hebben bibliotheken als regel gebruiks- en gedragsregels opgesteld die betrekking hebben op wat wel en niet is toegestaan bij het gebruik van de internetcomputers. Daarnaast bevorderen bibliotheken actief het veilig internetgebruik via tal van orde- en toezichtmaatregelen zoals een zodanige opstelling van publiekscomputers dat deze voor medewerkers en andere bezoekers (sociale controle) goed zichtbaar zijn, door gebruik van spiegels bij onoverzichtelijke situaties, door gebruik van speciale meekijk-schermen waarop medewerkers kunnen zien wat op een bepaalde computer gebeurt, en door toezicht en controle via op de werkvloer aanwezige medewerkers. Waar nodig worden in bibliotheken voor het toezicht op internetgebruik door kinderen speciale surveillanten ingezet.

Veilig internet is daarnaast een centraal thema in activiteiten die bibliotheken thans op grote schaal ontplooiën in het kader van media-educatie en mediawijsheid. Deze activiteiten zijn er op gericht om samen met andere partners (zoals met name het onderwijs) de mediavaardigheden van kinderen en jongeren te versterken. Hiervoor zijn de afgelopen jaren op grote schaal speciale mediacoaches opgeleid en aangesteld bij bibliotheken. Met al deze activiteiten zorgen openbare bibliotheken voor een veilige omgeving.⁸

3.3 Opmaat naar de toets van de juridische toelaatbaarheid van internetfilters Nu het kader is geschetst, is de vraag aan de orde of een gemeente een bibliotheek via een subsidieverplichting kan dwingen om internetfilters te plaatsen. Daarbij is de hoofdvraag of een dergelijke verplichting zich verdraagt met de grondrechten. Daarop wordt in paragraaf 4 tot en met 7 ingegaan. Ook is van belang of de gemeente – los van deze grondrechtelijke bescherming – wel de bevoegdheid toekomt om een dergelijke verplichting op te leggen. Dit punt komt aan de orde in paragraaf 8 en 9.

4 Bibliotheek en grondrechten: algemeen

Bij het beantwoorden van de vraag of het plaatsen van internetfilters in openbare bibliotheken al dan niet strijdig is met grondrechten is de voorvraag of deze wel gelden in de verhouding tussen gemeente en bibliotheek. Daarbij gaat het vooral om het grondrecht informatievrijheid en de vrijheid van meningsuiting.

17

Hier geldt dat de bescherming die wordt geboden door artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), dat de informatievrijheid en de vrijheid van meningsuiting beschermt, op dat punt zeer ruim is. Zowel de bron, doorgever (de bibliotheek) als ontvanger (de gebruikers) vindt bescherming onder dit verdragsartikel.⁹ Dat geldt ook voor artikel 7 Grondwet dat de vrijheid van meningsuiting beschermt.¹⁰ Daarmee staat vast dat de gemeente in de relatie tot de bibliotheken en haar gebruikers gehouden is deze grondrechten te respecteren.

De overheid (in dit geval de gemeente) dient haar bevoegdheden, waaronder begrepen de uitvoering van haar subsidiebeleid, voorts uit te voeren ter behartiging van het algemeen, gemeentelijk, belang. Tot het algemeen belang behoort ook het respect voor grondrechten. Subsidieverplichtingen of anderszins verplichtingen opgelegd door de gemeente die raken aan grondrechten zijn ook daarom slechts geoorloofd indien vast staat dat zij nodig zijn ter behartiging van het belang dat de subsidiëring beoogt te

dienen. De bewijslast, dat de beperking van een grondrecht noodzakelijk is, rust hierbij op de overheid.

Hierna wordt getoetst of en zo ja in hoeverre de verplichte plaatsing van een internet-filter is toegestaan, gelet op de geldende grondrechtelijke bescherming. Daarbij is de toets beperkt tot het EVRM en de Grondwet nu deze documenten (samen) de meeste bescherming bieden.

5 Artikel 10 EVRM

5.1 Introductie Het aanbrengen van een internetfilter levert mogelijk een beperking op van het recht van vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van informatiegaring en de vrijheid om informatie te ontvangen en verstrekken op. In artikel 10 EVRM is, als gezegd, de vrijheid van meningsuiting neergelegd, waaronder ook uitingen op internet vallen.¹¹ In artikel 10 EVRM wordt de vrijheid van informatiegaring als impliciet onderdeel van de vrijheid van meningsuiting aangemerkt.

19

Artikel 10 EVRM biedt op onderdelen een verdergaande bescherming dan het hierna nader te bespreken artikel 7 Grondwet. Dit EVRM-artikel bevat namelijk materiële toetsingscriteria voor de inhoud van repressieve beperkingen, die overigens ook voor preventieve beperkingen gelden.

Een beperking van de rechten beschermd onder artikel 10 EVRM is alleen geoorloofd indien aan de volgende criteria wordt voldaan. Is de beperking voorzien bij wet? Welke van de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde belangen beoogt de beperking te beschermen? Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving? Daarbij gaat het om cumulatieve vereisten. Als aan één daarvan niet is voldaan, is de beperking niet toegestaan. Eerst is echter de vraag aan de orde of er sprake is van een beperking van de vrijheid van meningsuiting bij de oplegging van een internetfilterplicht.

¹¹ EHRM 18 oktober 2005 (Perrin).

5.2 Is er sprake van een beperking van de vrijheid van meningsuiting?

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een beperking dient het begrip "beperking" ruim te worden uitgelegd. Zo zijn in de jurisprudentie als beperking onder meer opgevat een publicatieverbod,¹² strafrechtelijke veroordelingen tot boetes en/of gevangenisstraf wegens bepaalde uitingen,¹³ alsmede het opleggen van een zeer hoge privaatrechtelijke schadevergoeding wegens een bepaalde uiting, ook al was de publicatie in kwestie, ook in de ogen van het Hof, als zodanig onrechtmatig.¹⁴ Gelet op deze jurisprudentie is de verplichting tot het plaatsen van internetfilters als een beperking te beschouwen ingevolge artikel 10 EVRM te beschouwen.

Dit geldt temeer nu er uit artikel 10 EVRM ook positieve verplichtingen voor de overheid voortvloeien om de vrijheid van meningsuiting en de informatievrijheid van burgers te beschermen tegen ingrepen door particulieren. Er zijn, met andere woorden, positieve verplichtingen voor de overheid aan de orde om deze rechten te waarborgen.¹⁵

5.3 Is de beperking voorzien bij wet?

De eis dat de beperking bij "wet" (law) moet geschieden, betekent in het kader van artikel 10 lid 2 EVRM niet dat dit slechts bij formele wet zou zijn toegestaan. Ook een lagere regeling zoals een gemeentelijke verordening of duidelijk kenbaar, vastgesteld beleid is als basis voor een beperking toereikend. De desbetreffende norm moet echter wel niet alleen goed toegankelijk zijn voor de burger, maar ook voldoende duidelijk en met voldoende precisie zijn omschreven, zodat de burger er zijn gedrag op kan afstemmen.

In het onderhavige geval is er geen wettelijke regeling die in de beperking voorziet, de beperking lijkt door de gemeente in de subsidiebeschikking voor het eerst te worden geformuleerd. Voor die beperking is verder geen wet in formele zin, noch een andere lagere regeling als basis te vinden. Daarbij komt dat – zoals hierna zal blijken – de eis van een wettelijke basis op grond van artikel 7 Grondwet strikter is en een wet in formele zin impliceert, terwijl een dergelijke basis niet is aan te wijzen.

Daarmee staat vast dat daar waar een dergelijke wettelijke basis ontbreekt, reeds om die reden de beperking via een internetfilter niet is toegestaan. Omdat een wettelijke basis echter alsnog gecreëerd zou kunnen worden, is het zinvol ook de andere criteria te bezien.

5.4 Welke van de in lid 2 genoemde belangen beoogt de maatregel te beschermen?

Er dient sprake te zijn van het beschermen van een belang genoemd in lid 2 van artikel 10 EVRM. Eén van de in lid 2 genoemde belangen betreft het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten. Echter het lijkt er niet op dat de plaatsing van internetfilters beoogt dat belang te beschermen. Een ander mogelijk aan de orde zijnd belang betreft de bescherming van de goede zeden. Dit is de enige in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde beperkingsgrond die de plaatsing van internetfilters zou kunnen beogen te beschermen.

5.5 Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving?

Naast de eis dat de beperking een belang als bedoeld in het tweede lid van artikel 10 EVRM moet betreffen, dient de beperking in een "democratische samenleving noodzakelijk te zijn". Het EHRM heeft als criterium voor de beoordeling van de vraag of een beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving het volgende uitgangspunt geformuleerd:

¹² EHRM 26 april 1979, NJ 1980/146 (Sunday Times); EHRM 26 november 1991, NJ 1992/457 (Spy Catcher).

¹³ EHRM 8 juli 1986, NJ 1987/001 (Lingens); EHRM 28 augustus 1992, NJ 1994/103 (Schwabe).

¹⁴ EHRM 13 juli 1995, NJ 1996/544 (Nifoslavsky).

¹⁵ EHRM 6 mei 2003 (Appleby).

"de uitingsvrijheid is een van de essentiële grondslagen van de democratische samenleving. Uitingstvrijheid is er niet alleen voor informatie en ideeën, die met instemming worden ontvangen, maar ook voor inlichtingen, denkbeelden, die ergeren, shockeren en verwarring zaaien" ("offend, shock and disturb").¹⁶

Zonder pluriformiteit, tolerantie en een "open mind" is er geen sprake van een democratische samenleving, zo meent het Europese Hof.

Om dus beperkingen te stellen aan de uitingsvrijheid dient er een dringende maatschappelijke behoefte daartoe aanwezig te zijn, de beperking moet evenredig zijn aan het te bereiken doel en de aangevoerde redenen moeten relevant en in overeenstemming met artikel 10 lid 2 EVRM zijn. In het kader van de invulling van het begrip "noodzakelijk" dienen er volgens het Hof "klemmende redenen van publiek belang" (een "pressing social need") te zijn. Het Hof neemt terzake van de bescherming van de goede zeden een ruime beoordelingsvrijheid ("margin of appreciation") aan bij de invulling van het begrip "pressing social need" door de afzonderlijke lidstaten.

Ondanks deze ruime beoordelingsvrijheid, zijn er wel degelijk grenzen. Zo oordeelde het Europese Hof met betrekking tot een Iers rechterlijk verbod voor twee organisaties om informatie te verstrekken aan zwangere vrouwen over abortusmogelijkheden in het buitenland dat deze informatieverstrekking in strijd was met artikel 10 EVRM.¹⁷ Onbetwist werd dat het rechterlijk verbod een inmenging betekent in het recht van klagende organisaties en de daar als adviseurs werkende vrouwen om informatie te verstrekken en in het recht van de twee klagende vrouwen om, in het geval van zwangerschap, informatie te ontvangen. In de Ierse Constitutie wordt het recht op leven van het ongeboren kind beschermd. De bescherming van het ongeboren kind in Ierland is gebaseerd op diepliggende morele waarden die door de meerderheid van de Ierse bevolking bij het referendum van 1983 zijn onderschreven, zo oordeelt het Hof. Het Hof herhaalt echter ook hier het standpunt dat de vrijheid van meningsuiting zich ook uitstrekt tot informatie of ideeën die de Staat of een bepaalde bevolkingsgroep beledigen, shockeren of verstoren. Dit vereisen de basisbeginselen voor een democratische samenleving, als pluralisme, tolerantie en ruimdenkendheid. Beperkingen op informatie met betrekking tot diensten die, ondanks de morele implicaties, getolereerd worden door nationale overheden, dienen door de verdragsinstellingen zorgvuldig te worden onderzocht. Het Hof overweegt dat de absolute aard van de beperking om informatie aan zwangere vrouwen te verschaffen, gezien de 'eeuwige' duur en gelding daarvan ongeacht leeftijd, de situatie of gezondheid van zwangere vrouwen die om informatie verzoeken en andere factoren maken dat de beperking om informatie te verschaffen of te verstrekken niet proportioneel was tot het nagestreefde doel en er derhalve sprake was van een schending van artikel 10 EVRM.

Het is dus maar zeer de vraag of de verplichting tot plaatsing van een internetfilter op de openbare computers in openbare bibliotheken noodzakelijk is in een democratische samenleving in de zin van artikel 10 EVRM. Dat blijkt reeds uit het feit dat er vanuit het Rijk geen wettelijke maatregelen zijn getroffen die vergelijkbaar zijn met het plaatsen van een internetfilter in bibliotheken. Bovendien is er ook geen sprake van een algemene praktijk op dit punt in gemeenten. Sterker nog: een internetfilterplicht komt (vrijwel) niet voor. Behalve noodzakelijk, dient de beperking aldus het Hof ook proportioneel te zijn. De impact van de internetfilterplicht is namelijk groot. Niet langer is het aan de

bibliotheek om over de inhoud van het aanbod te beslissen, maar de overheid krijgt daarin een stem, waarmee de principiële onafhankelijkheid van de bibliotheek in het geding komt. Daarbij is niet aangetoond dat het beoogde doel niet op een andere minder verstreckende wijze bereikt kan worden. Zo is reeds aangegeven dat bibliotheken zelfstandig maatregelen nemen om te voorkomen dat jeugdigen in aanraking komen met porno en extreem geweld. Nu de internetfilterplicht feitelijk censuur inhoudt (een voorafgaande controle op de inhoud), volgt uit de jurisprudentie van het Europese Hof een extra kritische toets omdat het gaat om een verdachte maatregel.¹⁸ Ten slotte is het ook maar zeer de vraag of de maatregel geschikt is om het doel op een proportionele manier te bereiken gelet op de hiervoor geschetste technische werking van de filters.

Alternatieve minder ingrijpende maatregelen om het beoogde doel te bereiken zijn daarbij ook mogelijk. De maatregelen die thans reeds door de verschillende bibliotheken worden genomen om kinderen niet in aanraking te laten komen met porno en extreem geweld zijn effectief en minder ingrijpend dan de plaatsing van internetfilters. De balie-medewerkers in bibliotheken hebben veelal zicht op de publiekcomputers en regelmatig lopen surveillerende medewerkers langs de computers. Daarnaast wordt educatie geboden over mediagebruik en mediawijsheid. Dit alles beschermt (kinderen) op een minder ingrijpende wijze, dan door plaatsing van internetfilters. Deze minder vergaande maatregelen kunnen als alternatief voor de plaatsing van internetfilters worden beschouwd. Deze maatregelen worden nu reeds toegepast door bibliotheken en zijn, mede afgaande op het ontbreken van klachten, ook effectief. Daar komt bij dat in beginsel het filteren wellicht mede wordt verplicht om specifiek kinderporno uit de bibliotheken te weren. Echter kinderporno is verboden in Nederland en vrijwel alle anderen landen ter wereld. Daardoor is de kans dat zelfs bij een gerichte zoektocht op internet iemand stuit op kinderporno zeer klein¹⁹. De noodzaak om de filters toe te passen is gelet hierop en gelet op de reeds getroffen maatregelen niet aanwezig.

Vastgesteld kan worden dat het plaatsen van internetfilters om te voorkomen dat kinderen met porno of extreem geweld geconfronteerd worden hoogstwaarschijnlijk als disproportionele maatregel is aan te merken. De maatregel is zowel ineffectief als te breed. Filters blijken enerzijds technisch niet in staat te zijn om alle ongewenste informatie af te vangen. Anderzijds zijn filters gemakkelijk zijn te omzeilen en filters verouderen snel. Een ander probleem is dat een filter te veel informatie blokkeert, ook informatie die niet 'strafbaar' of schadelijk is. Bovendien is de maatregel disproportioneel in relatie tot het risico dat men wil bestrijden. Het middel van plaatsing van een filter is een te zwaar middel om dat te bereiken. Een andere reden om de maatregel als disproportioneel aan te merken is het gebrek aan transparantie. De inhoud van de zwarte lijsten of de wijze waarop een filter exact werkt en welke informatie dus wel en niet wordt achtergehouden is voor de gebruiker oncontroleerbaar. De internetfilters zouden moeten voorkomen dat kinderen in aanraking komen met porno en extreem geweld. Voor zowel (kinder)porno als extreem geweld geldt dat een interpretatieprobleem bij deze begrippen voor de hand ligt. Het toepassen van filtertechnieken voor deze content levert dan ook ofwel heel veel overblocking ofwel heel veel underblocking op. Juist omdat extreem geweld en porno voor verschillende interpretaties vatbaar zijn, zal de filtering van porno en extreem geweld nog minder inzichtelijk en transparant zijn. Een filter kan, ten slotte, naast het blokkeren van (kinder)porno en extreem geweld voor heel veel andere uitingen worden gebruikt, zoals politieke opvattingen (extreem rechts, extreem links, etc.) en religieuze opvattingen etc. Het is uiteraard zeer onwenselijk dat

met het plaatsen van internetfilters in bibliotheken in de nabije toekomst meer en meer uitingen worden geblokkeerd. Temeer vanwege dit 'hellend vlak risico' dat invoering van filters met zich brengt moet de gemeente zich daarin niet mengen.

5.6 Deelconclusie Geconcludeerd kan dus worden dat een internetfilterplicht niet is toegestaan onder artikel 10 EVRM zolang er daarvoor geen expliciete wettelijke basis bestaat. Daar komt bij dat deze maatregel ook niet lijkt te voldoen aan het vereiste onder artikel 10 EVRM van noodzakelijkheid in een democratische samenleving. Rechtsvergelijking bevestigt overigens deze conclusie. Zo zijn alle filterwetten in de VS bij de rechter tegengehouden wegens strijd met het First Amendment.²⁰

6 Artikel 7 Grondwet

6.1 Introductie In artikel 7 Grondwet is de vrijheid van meningsuiting neergelegd. De vrijheid van informatiegaring wordt onder dit artikel begrepen, al is dat niet uitdrukkelijk bepaald. Het derde lid van artikel 7 Grondwet bevat een algemene waarborg voor de vrijheid van meningsuiting via andere middelen dan drukpers en omroep, waaronder begrepen het internet.²¹ Artikel 7 Grondwet beschermt in beginsel alle uitingen. Censuur is op grond van dit artikel verboden. Onder censuur moet worden verstaan beperkende maatregelen in verband met de inhoud van een uiting voorafgaand aan de verspreiding ervan. In artikel 7, derde lid, Grondwet is bepaald dat voor het openbaren van gedachten of gevoelens niemand voorafgaand verloop nodig heeft wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Het verbod van voorafgaand verloop in artikel 7 Grondwet maakt dat preventieve beperkingen niet zijn toegestaan.

6.2 Wettelijke basis De grondwettelijke vrijheid van meningsuiting is niet onbegrensd. De zinsnede "behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet" geeft deze begrenzing aan. Deze zinsnede betekent dat de vrijheid van meningsuiting niet kan worden gebruikt om strafbaarstelling te voorkomen, auteursrechten te overtreden of op andere wijze wetten te overtreden. De 'wet' in deze zinsnede betreft een wet in formele zin. Kortom een wet die is vastgesteld door regering en Staten-Generaal.

Een voorbeeld in de jurisprudentie waarin een verbod op het verspreiden of uitlenen van bepaalde informatie door onder meer bibliotheken wegens het ontbreken van een toereikende wettelijke basis in strijd met art. 7 Grondwet werd geacht, deed zich voor in Tilburg. Aan de orde was het verbod in de APV van Tilburg om op of aan de weg of in voor het publiek toegankelijke lokaliteiten, winkels en leesbibliotheken daaronder begrepen, geschriften, afbeeldingen of voorwerpen, geschikt of klaarblijkelijk bestemd om de zinnelijkheid te prikkelen, hetzij te verkopen, uit te lenen of te verspreiden, hetzij ten verkoop enz. voorhanden te hebben. Dit verbod werd door de Hoge Raad in strijd met art. 7 Grondwet geacht te zijn. Daarbij overwoog de Hoge Raad:

"De geschiedenis van dit grondwetsartikel wijst noch daarop, dat onder 'wet' de oudtijds als politiereglement [thans: gemeentelijke verordening; TB] bekend staande bepalingen zouden moeten worden begrepen, noch daarop dat het artikel ook aan lagere wetgevers zou toestaan drukpersdelicten te scheppen."²²

Het recht op vrijheid van meningsuiting beperkt zich volgens de Hoge Raad in dezelfde zaak niet alleen tot de drukpers maar het gaat tevens om het recht tot verspreiding op de openbare weg van pamfletten. De bevoegdheid van de gemeenteraden krachtens de Gemeentewet om de verspreiding van een gedrukt geschrift op de openbare straat, zonder haar in het algemeen te verbieden of van een voorafgaand verlot van de overheid afhankelijk te stellen, te onderwerpen aan voorschriften in het belang der openbare orde, bepaaldelijk ter beveiliging van het openbaar verkeer is toegestaan. De gemeenteraad mag echter bij het regelen in het belang der openbare orde, op welke tijd, plaats of wijze de verspreiding niet kan plaats hebben, niet treden in het regelen van de inhoud van een door de druk geopenbaarde gedachte-uiting; de bevoegdheid daarvoor is door de Grondwet toegewezen aan de samenwerking van Koning en Staten-Generaal in de wet, aldus de Hoge Raad.

Nu in casu een wet in formele zin ontbreekt die de plaatsing van filters op computers in bibliotheken mogelijk maakt, is reeds daarmee sprake van strijd met artikel 7 Grondwet.

6.3 Censuurverbod Het plaatsen van een filter is te kwalificeren als censuur, voorafgaande controle op de inhoud. Immers een internetfilter blokkeert de toegang tot informatie op basis van een lijst met website-adressen, of op basis van algemene criteria. Van de totale inhoud en de context van de informatie wordt zo door niemand vooraf kennis genomen. Slechts de website waarop de informatie staat of een bepaalde woordcombinatie zorgt er reeds voor dat de informatie ontoegankelijk wordt, van de informatie wordt dus niet eerst kennisgenomen; deze wordt direct ontoegankelijk gemaakt. Censuur is op grond van artikel 7 Grondwet verboden.²³

Dit censuurverbod wordt in de jurisprudentie streng gehandhaafd. Zo oordeelde de Kroon over een gemeentelijke verordening houdende het verbod om zonder vergunning van Burgemeester en Wethouders (B en W) een openbare uitleenboekery of leesbibliotheek te exploiteren, welke geen enkele aanwijzing geeft omtrent de gronden, welke tot weigering van een gevraagde vergunning mogen leiden, dat dit de mogelijkheid open laat, dat zulks geschiedt op grond van het oordeel van B en W, omtrent inhoud of strekking van boekwerken en andere gedrukte stukken, welke zullen worden uitgeleend of ter lezing gegeven. Artikel 7 Grondwet verzet zich volgens de Kroon tegen een algemeen verbod als in de verordening vervat.²⁴

Artikel 7, derde lid, Grondwet moet volgens de Hoge Raad aldus worden uitgelegd dat zij iedere preventieve beperking door de overheid van de meningsuiting (door andere middelen dan drukpers, radio en televisie) gegrond op de inhoud ervan verbiedt. De weigering van de gemeente om een zaal aan Universal te verhuren kwam neer op een verbod van vertoning vanwege de inhoud van de show van Rasti Rostelli. De weigering om de zaal te verhuren had in de gegeven omstandigheden het feitelijk effect van een preventieve beperking van de in de Rasti Rostelli-show vervatte meningsuiting op grond van de inhoud ervan. Zo oordeelde de Hoge Raad. Het uitgangspunt van het hof - te weten dat "de gemeente als overheidsinstantie te allen tijde gehouden (is) het algemeen belang te behartigen" en dat alleen daarom "de uitoefening van de contractsvrijheid (en van de eigenaarsbevoegdheden) door de overheid niet op één lijn gesteld (kan) worden met die door een particulier" - is door het hof nader uitgewerkt in die zin dat de plicht tot behartiging van het algemeen belang meebrengt "dat de overheid, bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten, de beginselen van behoorlijk bestuur in acht moet nemen en de grondrechten van haar burgers moet respecteren (...)." Deze oordelen van het hof zijn volgens de Hoge Raad juist.²⁵

Ook oordeelde de Hoge Raad dat een vergunningsvereiste voor het uitoefenen van het boekverkoopbedrijf en een vergunningvereiste voor het vestigen van een leesbibliotheek in strijd waren met artikel 7 Grondwet.²⁶ In beide zaken was de regeling waarin het vergunningstelsel was geregeld zodanig opgezet dat de inhoud van de boeken en/of geschriften geen enkele rol zou spelen bij de verlening van de vestigingsvergunning. Niettemin oordeelde de Hoge Raad dat het eisen van een vergunning in strijd was met artikel 7 Grondwet omdat voor de vestiging van de leesbibliotheek een voorafgaand verloop (via het vergunningvereiste) werd voorgeschreven. In casu gaat het om de verplichting om internetfilters te plaatsen waarbij nu juist wel de inhoud van de content die in de bibliotheek beschikbaar gesteld mag worden relevant is voor de vraag of subsidie kan worden verleend. Dit onderstreept dat een dergelijke inhoudelijke beperking niet door de beugel kan.

6.4 Leeftijdsgrenzen en censuur De wet mag op grond van artikel 7 lid 3 Grondwet bij andere media dan drukpers en omroep – preventief – wel leeftijdsgrenzen aan de toegankelijkheid van informatie stellen ter bescherming van de openbare zeden. Dat zou dus voor internet kunnen gelden. Meer in het bijzonder bevat de tweede volzin van het derde lid van artikel 7 Grondwet een verdere beperkingsmogelijkheid. Deze houdt in dat de formele wetgever regels kan stellen die voorzien in een preventief toezicht op "vertoningen" die toegankelijk zijn voor personen jonger dan 16 jaar, voor zover het gaat om de bescherming van de goede zeden. Dit toezicht kan dus ook de inhoud van de vertoning betreffen. Met name valt te denken aan de keuring van films, bestemd voor jeugdigen. Het criterium van de bescherming van de goede zeden dient ruim te worden opgevat, zodat onder de bescherming van de goede zeden ook valt de bescherming van de zedelijke ontwikkeling van deze jeugdigen. Zo laat deze bepaling een keuring toe, die gericht is op de bescherming van personen jonger dan 16 jaar tegen sadistische vertoningen of tegen vertoningen van oorlogsgeweld.

Het plaatsen van een filter op internet maakt het echter voor zowel jeugdigen als personen vanaf zestien jaar onmogelijk om bepaalde informatie op te zoeken. Deze beperking is anders dan artikel 7 Grondwet vereist ook niet gesteld in een wet in formele zin. Daar komt bij dat ook hiervoor geldt dat het filter voor 'overblocking' zorgt en derhalve ook

informatie wordt geblokkeerd die niet aan de vereisten (bescherming van de zeden) voldoet. Ten slotte is het ook nog de vraag in hoeverre alle weg te filteren internetuitingen ook onder het begrip "vertoningen" van artikel 7, derde lid, Grondwet vallen, zodat het ook daarom de vraag is of een specifieke internetfilterverplichting gericht op jeugdigen is toegestaan.²⁷

6.5 Regeling ontoegankelijk maken van gegevens Een extra argument voor het in strijd achten van een internetfilterverplichting volgt uit de strafrechtelijke regeling over het ontoegankelijk maken van gegevens.

Artikel 1250 Wetboek van Strafvordering (Sv) ziet op het ontoegankelijk maken van opgeslagen gegevens, op bevel van de officier van justitie. Dit artikel strekt ertoe dat verdere ontsluiting van strafbare gegevens wordt voorkomen. Maar dit artikel ziet dus niet op de situatie van plaatsing van internetfilters verplicht gesteld door de gemeente.

In artikel 54a Wetboek van Strafrecht (Sr) is bepaald dat een serviceprovider niet wordt vervolgd indien hij de doorgifte of opslag van gegevens die van een ander afkomstig zijn ontoegankelijk maakt als dat gebeurt op bevel van de officier van justitie. Dit artikel laat reeds zien dat het blokkeren van informatie niet zonder meer is toegestaan. De strekking van dit artikel is de bescherming van de vrijheid van meningsuiting in een digitale omgeving en voorkoming van preventieve censuur die tussenpersonen zouden kunnen uitoefenen om betrokkenheid bij strafbare feiten te voorkomen.²⁸ De tussenpersoon mag de gegevens pas ontoegankelijk maken als daartoe een bevel door de officier van justitie is gegeven. De officier van justitie heeft daarvoor een machtiging van een rechter-commissaris nodig. Dit dient als waarborg tegen te snelle en te vergaande inbreuken op de vrijheid van meningsuiting en tegen mogelijke preventieve zelfcensuur van tussenpersonen. De maatregelen moeten voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit; er mogen geen minder verstrekkende maatregelen openstaan om een einde te maken aan de onwenselijke situatie en de maatregelen mogen niet verdergaan dan strikt noodzakelijk.²⁹

Het is niet logisch gelet op de uitgangspunten van de wet wanneer het ontoegankelijk maken van gegevens op computers in openbare bibliotheken aan minder strenge eisen moet voldoen dan op basis van deze strafrechtelijke regeling. Ook dit laat zien dat een verplichting tot het toepassen van internetfilters gelet op de grondwettelijke vereisten niet door de gemeente kan worden opgelegd aan een openbare bibliotheek.

6.6 Deelconclusie De beoogde internetfilterverplichting is in ieder geval in strijd artikel 7 Grondwet zolang er daarvoor geen formeelwettelijke basis bestaat. Verder kan deze plicht worden gekwalificeerd als censuur, hetgeen ook met een wettelijke basis verboden is onder artikel 7 Grondwet in ieder geval ten aanzien van personen vanaf 16 jaar.

27 L. Asscher, Communicatiegrondrechten, Amsterdam 2002, p. 61.

28 Kamerstukken II, 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 62.

29 Kamerstukken II, 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 65.

7 Overige grondrechten

28

De verplichting om een internetfilter te plaatsen op de voor publiek toegankelijke computers in bibliotheken kan mogelijk tevens in strijd komen met het privacyrecht van artikel 8 EVRM. Het toepassen van filteren of blokkeren van internetverkeer houdt over het algemeen in dat kennis wordt genomen van de inhoud van bepaalde informatiestromen (verkeersstromen). Artikel 8 EVRM waarin het recht op eerbiediging van privé-leven (waaronder begrepen het 'briefgeheim') is neergelegd, waarborgt de vertrouwelijkheid van dit verkeer. Artikel 13 Grondwet biedt een vergelijkbare bescherming.³⁰ Daaruit vloeit voort dat blokkering door of namens de overheid plaats dient te vinden op basis van een wet in formele zin. Een dergelijke wet in formele zin ontbreekt in het onderhavige geval echter.

8 De (verordenende) bevoegdheid van de gemeente

Nu de internetfilterverplichting is getoetst aan de relevante grondrechten komt de vraag aan de orde of de gemeente – los van deze grondrechtelijke bescherming – wel de bevoegdheid toekomt om een dergelijke verplichting op te leggen. Daarvoor is relevant de constatering (hiervoor onder 1.3) dat een dergelijke verplichting op grond van de Algemene wet bestuursrecht alleen is toegestaan wanneer er daarvoor een expliciete wettelijke basis is zoals een gemeentelijke verordening.

29

Dat roept om te beginnen de vraag op of de verordening van de gemeente in kwestie daarin wel voorziet. Is dat niet het geval, dan is reeds daarom de verplichting onrechtmatig.

Mocht een dergelijke basis wel bestaan, dan is de vraag aan de orde of de desbetreffende bepaling in de verordening al dan niet verbindend is. Zoals hiervoor in het wettelijk kader uiteengezet, wordt de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake de huishouding van de gemeente aan het gemeentebestuur overgelaten (art. 108 Gemeentewet). In het belang van de gemeente maakt de raad vervolgens verordeningen (art. 121 Gemeentewet). Ook kan het gemeentebestuur bestaande wetgeving aanvullen met gemeentelijke verordeningen. Voor al deze verordenende bevoegdheden bestaat zowel een ondergrens als een bovengrens, welke bepalen wat nog door het gemeentebestuur mag worden geregeld.

Het gemeentebestuur mag met zijn verordeningen niet "treden in de bijzondere belangen van de ingezetenen", dit vormt de zogenaamde ondergrens van de verordenende bevoegdheden. Anderzijds mag de gemeentelijke regeling geen onderwerp betreffen waarin door een hogere regeling is voorzien, daarmee is de bovengrens bepaald. Alle bevoegdheden zijn beperkt tot de gemeentelijke huishouding. De term "huishouding" betekent een begrenzing van de autonome verordenende bevoegdheid van het gemeentebestuur. De verordeningen, waaronder begrepen subsidieverordeningen, dienen zich te beperken tot het gemeentelijk belang en mogen volgens vaste jurisprudentie dan ook niet treden in een regeling van de bijzondere belangen van de ingezetenen. De bovengrens – die hier relevant is – houdt in dat de gemeentelijke regeling die hetzelfde onderwerp en motief heeft als een hogere regeling niet met die hogere regeling in strijd mag zijn. Van dat laatste is sprake als de hogere regeling uitputtend bedoeld is of anderszins daarmee strijd aanwezig is.

Het Wetboek van Strafrecht en de Mediawet vormen dergelijke hogere regelingen. Daarvan wordt hierna bezien of ze mogelijk in de weg staan aan een gemeentelijke verordening met daarin een bepaling die de basis biedt voor een internetfilterverplichting.

9 De bovengrens: Wetboek van Strafrecht en Mediawet

9.1 Wetboek van Strafrecht: misdrijven tegen de zeden In het Wetboek van Strafrecht zijn in Titel XIV bepalingen opgenomen met betrekking tot "misdrijven tegen de zeden". In het hiernavolgende worden de voor het onderhavige geval relevante bepalingen en de daaraan ten grondslag liggende motieven besproken voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een uitputtende regeling ter bescherming (van jeugdigen) tegen pornografisch materiaal en extreem geweld.

31

In artikel 240 Sr is de ongewilde en onverhoedse confrontatie met pornografisch materiaal strafbaar gesteld. Zonder die ongewilde confrontatie is pornografisch materiaal, voorzover geen kinderporno, niet strafbaar. De afbeelding of het voorwerp moet daartoe aanstotelijk voor de eerbaarheid zijn. Het gaat bij de toetsing of iets "aanstotelijk voor de eerbaarheid" is, om de beoordeling van de algemene eerbaarheid, en niet om de eerbaarheid van specifieke slachtoffers. Centraal staat de toetsing aan de heersende seksuele moraal van de rechtsgemeenschap. Uitingen van geweld, vallen niet onder dit artikel. Het belang dat dit artikel beoogt te beschermen is de vrijheid van degenen, die geen kennis wensen te nemen van afbeeldingen of voorwerpen van pornografische aard.³¹

Voor de aanbidding van pornografisch materiaal, of materiaal met (extreem) geweld aan jeugdigen geldt de strafbepaling van artikel 240a Sr. In artikel 240a Sr is strafbaar

gesteld het aanbieden of vertonen van een afbeelding, een voorwerp of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding waarvan de vertoning schadelijk is te achten voor personen beneden de leeftijd van zestien jaar, aan een minderjarige van wie hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat deze jonger is dan zestien jaar. De uiting moet aanwijsbaar, geïndividualiseerd aan een minderjarige worden getoond. Uitingen in bijvoorbeeld de media, zoals televisie en waarschijnlijk ook via algemeen toegankelijke sites op internet³² en openlijke afbeeldingen vallen daardoor buiten het bereik van dit artikel.³³ Dit artikel strekt tot de bescherming van de (in het algemeen kwetsbare) jeugdigen tegen ongewenste beïnvloeding.

Onder de misdrijven tegen de zeden valt daarnaast het (verbod op het) hebben en verspreiden van kinderporno, zoals neergelegd in art 240b Sr. De ratio van dit artikel is gelegen in het tegengaan van (al dan niet op realistische wijze gesuggereerd) seksueel misbruik van jeugdigen en van de exploitatie daarvan, waaronder te begrijpen het verleiden van minderjarigen om hieraan deel te nemen.³⁴

De aan de wetsartikelen ten grondslag liggende belangen en motieven laten mijns inziens weinig ruimte aan nadere regeling via lagere regelingen over deze onderwerpen. Een regeling die voorziet in de verplichting om internetfilters op te leggen ziet immers, blijkens de toelichting, op het belang van de bescherming van jeugdigen. Artikel 240a en 240b Sr voorzien in een zelfde bescherming. Beide strafrechtelijke artikelen bieden niet de basis voor een filteringverplichting door bibliotheken opgelegd door een gemeente. Echter betwijfeld kan ook worden of deze strafrechtelijke bepalingen een uitputtend karakter bezitten.

9.2 Mediawet Hoofdstuk 4 Mediawet bevat eveneens een aantal bepalingen "ter bescherming van jeugd". Zo is in artikel 4.1 Mediawet bepaald dat het televisieprogramma-aanbod van de publieke mediadiensten en van commerciële mediadiensten geen aanbod bevatten mag dat de lichamelijke, geestelijke of zedelijke ontwikkeling van personen jonger dan zestien jaar ernstige schade zou kunnen toebrengen. Op grond van artikel 4.2 Mediawet heeft de minister van OCW het Nederlands Instituut voor de Classificatie van Audiovisuele Media (NICAM) aangewezen. Het NICAM informeert, met het classificatiesystemen 'Kijkwijzer' ouders en opvoeders over de schadelijkheid voor kinderen en jongeren tot 16 jaar van audiovisuele producties die via media worden verspreid. Het NICAM stelt op grond van de Mediawet, de criteria op voor de classificatie van het aanbod, waaronder in ieder geval de mate wordt aangegeven in hoeverre angst wordt opgewekt, brutaliserend geweld wordt vertoond of gerechtvaardigd, het gebruik van drugs aantrekkelijk wordt voorgesteld of vergoelijkt, sprake is van pornografie en op andere gronden volgens algemeen geldende opvattingen producten niet geschikt zijn voor vertoning aan bepaalde categorieën personen jonger dan zestien jaar.

Op grond van voornoemde classificatie worden de tijdstippen van verspreiding van het hiervoor bedoelde aanbod bepaald. Op die tijdstippen – en indien de mediadiensten bij het NICAM zijn aangesloten – geldt het verbod van artikel 4.1 Mediawet niet. Het NICAM stelt op grond van artikel 4.2 Mediawet tevens de wijze vast waarop de verspreiding van dit aanbod wordt voorafgegaan door of is voorzien van symbolen of waarschuwingen.

32

32 Zie ook hierna de paragraaf over de Mediawet in dit advies.

33 NLR suppl. 120, aantekening 3 bij art. 240a.

34 Kamerstukken II, 2000-2001, 27745, nr. 3, p. 4-5.

De regering heeft bij de behandeling van artikel 4.1 tot en met 4.6 (art. 53 oud) Mediawet overwogen dat dit artikel niet in strijd zou zijn met het verbod op voorafgaand toezicht op de inhoud, als bedoeld in artikel 7 lid 3 Grondwet (censuurverbod).³⁵

Onder mediadienst, in de zin van de Mediawet wordt verstaan een dienst die bestaat uit het verzorgen van media-aanbod door middel van openbare elektronisch communicatienetwerken als bedoeld in art. 1.1 onderdeel h. van de Telecommunicatiewet, waarvoor de verzorger redactionele verantwoordelijkheid draagt. Mediadiensten op internet kunnen hieronder vallen.

Niet alle websites (of andere platformen) die videobeelden aanbieden, worden echter als audiovisuele mediadienst beschouwd. Er is pas sprake van een audiovisuele mediadienst als wordt voldaan aan een aantal basiscriteria. Zo moet er sprake zijn van een massamedium en moet het gaan om diensten die als doel het bieden van informatie, educatie of amusement hebben. Dit betekent dat diensten met een privaat karakter zoals videochat-sites er in beginsel niet onder vallen. Verder moet er sprake zijn van programma's die middels een catalogus of een schema worden aangeboden en moet de dienst ook als hoofddoel het aanbieden van programma's hebben. Als programma's van ondergeschikte aard zijn, zoals demonstratievideo's die online winkels gebruiken ter ondersteuning van de verkoop, dan is niet voldaan aan het hoofddoelstelling criterium. Ook moet het gaan om economische diensten oftewel diensten waarmee directe en/of indirecte inkomsten kunnen worden gegenereerd, bijvoorbeeld in de vorm van reclame en sponsoring. Tot slot is een belangrijke eis dat de aanbieder redactionele verantwoordelijkheid moet kunnen uitoefenen over de audiovisuele content voordat gesproken kan worden van een audiovisuele mediadienst. Dat betekent dat hij zowel invloed moet kunnen uitoefenen op de presentatie/organisatie als ook op de selectie van de audiovisuele inhoud.³⁶

Voorname bepalingen uit de Mediawet, met het bijbehorende systeem van de Kijkwijzer, hebben ook als doelstelling de bescherming van jeugdigen. De daaraan ten grondslag liggende belangen en motieven zijn gelijk aan de van een eventuele internetfilter ten aanzien van jeugdigen. Voor de audiovisuele mediadiensten kan voorts gesteld worden dat de Mediawet in een uitputtende regeling voorziet, zodat er specifiek voor deze diensten geen ruimte meer bestaat om daarover iets te regelen bij gemeentelijke verordening. Voor niet alle websites geldt echter dat deze onder de reikwijdte van de Mediawet vallen; het gaat namelijk niet steeds om audiovisuele diensten. Voor deze niet door de Mediawet gereguleerde websites geldt dat er geen uitputtende regeling op dit punt bestaat. Daarbij geldt echter wel dat een interfilter geen onderscheid maakt tussen wel en niet door de Mediawet gereguleerde websites.

35 Kamerstukken II, 1975-1976, 13.872, nr. 7, p. 29.
36 Zie Kamerstukken II, 2008-2009, 31.876, nr. 3, p. 3 ev. En tevens: Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (Europese Richtlijn voor Audiovisuele Mediadiensten 2010).

10 Conclusie

34

Uit het voorgaande volgt dat een door een gemeente opgelegde internetfilterverplichting niet rechtmatig is.

In de eerste plaats is deze verplichting in strijd met de eisen van artikel 10 EVRM en 7 Grondwet. Er is namelijk om te beginnen sprake van een beperking van de vrijheid van meningsuiting en de informatievrijheid waarvoor geen adequate (formeel)wettelijke basis aanwezig is. Daarnaast is de maatregel ook niet proportioneel in de zin van artikel 10 EVRM. Ten slotte schendt een internetfilterverplichting het censuurverbod van artikel 7 Grondwet, in ieder geval ten aanzien van personen vanaf 16 jaar. Ook het recht op bescherming van het privé-leven van artikel 8 EVRM en het briefgeheim van artikel 13 Grondwet kunnen in het gedrang komen.

In de tweede plaats is de internetfilterverplichting onrechtmatig omdat een gemeente – los van de genoemde grondrechten – niet bevoegd lijkt deze op te leggen gelet op de vereisten van de Algemene wet bestuursrecht en de Gemeentewet.

De hier besproken grondrechten en bevoegdheidsregels dienen er uiteindelijk toe om ook politieke en religieuze meerderheden de mogelijkheid te onthouden zich met de inhoud van het bibliotheekaanbod te bemoeien en garanderen daarmee dat via openbare bibliotheken een vrije en onbeperkte toegang tot kennis, cultuur en informatie blijft bestaan.

Stibbe Advocaten en Notarissen
Strawinskylaan 2001
Postbus 75640 | 1070 AP Amsterdam
www.stibbe.com



Grote Marktstraat 43 | 2511 BH Den Haag
Postbus 16146 | 2500 BC Den Haag
T +31(0)70 30 90 222 F +31(0)70 30 90 299
www.sioob.nl | infosioob@sioob.nl

Den Haag, december 2010