



22. Het bevel Notice and Take Down in het wetsvoorstel Computer-criminaliteit III en de vrijheid van meningsuiting op het internet

Het conceptwetsvoorstel Computercriminaliteit III bevat onder meer een voorstel tot wijziging van de zogeheten Notice and Take Down-regeling, die de bevoegdheid regelt internetsites met strafbare inhoud ontoegankelijk te laten maken. In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat deze nieuwe regeling in overeenstemming is met het recht op vrijheid van meningsuiting op het internet (art. 10 EVRM). Aan de hand van een analyse van rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt in deze bijdrage de voorgestelde regeling onder de loep genomen en geconcludeerd dat de aanname in de memorie van toelichting te optimistisch is en aanpassing van de regeling wenselijk is.

1 Inleiding

In mei 2013 presenteerde de minister van Veiligheid en Justitie het ontwerp-wetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit (Computercriminaliteit III).¹ Het voorstel beoogt 'de toenemende bedreigingen en kwetsbaarheden op het terrein van cybersecurity het hoofd te bieden door het juridisch instrumentarium aan te passen naar aanleiding van de ontwikkelingen op het gebied van de informatie- en

communicatietechnologie'.² Het voorstel bevat enkele belangrijke elementen. Naast de veel besproken introductie van de bevoegdheid tot het zogenoemde hacken door politie en justitie, worden bestaande regelingen aangepast. Een daarvan is de regeling Notice and Take Down (NTD). De wijziging daarvan beoogt de huidige tekortkomingen voor het afgeven van een zogeheten NTD-bevel weg te nemen.

Een NTD-bevel kan het recht op vrijheid van meningsuiting, zoals onder andere vastgelegd in artikel 10 EVRM, beperken. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt betrekkelijk weinig aandacht besteed aan de mogelijke spanning tussen het afgeven van een NTD-bevel en het ontoegankelijk maken van gegevens op het internet en het recht op vrijheid van meningsuiting. Met een beknopte argumentatie wordt aangegeven dat de vrije meningsuiting voldoende wordt gewaarborgd (p. 46-47).

* Deze bijdrage is gebaseerd op de scriptie die eerstgenoemde heeft geschreven in het kader van de aan de Universiteit Leiden gevolgde master rechtsgeleerdheid, afstudeer richting straf- en strafprocesrecht. De bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1 Aan het ontwerp ging een concept vooraf. Dat concept is van verschillende kanten behoorlijk bekritiseerd en heeft tot de nodige aanpassingen geleid. In deze bijdrage wordt een enkele keer naar het concept verwezen, maar de nadruk ligt op het wetsvoorstel. Zie voor commentaar op het concept E.J. Knoops, 'Tijd voor Computercriminaliteit III', *NJB* 2010, p. 2461-2466; J.J. Oerlemans, 'Het conceptwetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit nader bezien', *Internetrecht* 2010, p. 148-152.

2 MvT, p. 3. In het vervolg genoemde paginanummers in de tekst verwijzen naar de MvT. Zie M. Buwalda en N. Kwakman, 'Het ontwerp wetsvoorstel Computercriminaliteit III', *Ars Aequi* 2014, p. 9-17.

De vraag is of in het ontwerpvoorstel toch niet wat gemakkelijker wordt geconcludeerd dat een NTD-bevel het recht op vrijheid van meningsuiting voldoende waarborgt. Ook het internet is een medium waar het maatschappelijk debat wordt gevoerd, meningen worden geventileerd en informatie wordt ontvangen. Het lijkt daarom gewenst wat langer stil te staan bij de vraag of het NTD-bevel, zoals dat wordt voorgesteld, in bepaalde gevallen in overeenstemming is met het recht op vrijheid van meningsuiting.

In deze bijdrage staan wij stil bij de vraag of en in hoeverre het huidige voorstel voor het NTD-bevel de toets van (de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over) artikel 10 EVRM kan doorstaan. Teneinde deze vraag te beantwoorden, worden in paragraaf 2 de huidige regeling en het wetsvoorstel geanalyseerd. In paragraaf 3 wordt de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de vrije meningsuiting op het internet onderzocht. Aan de hand hiervan worden mogelijke knelpunten in de voorgestelde NTD-regeling bekeken en nader uitgewerkt (par. 4). In paragraaf 5 volgt de conclusie met beantwoording van de vraagstelling.

2 De huidige en de voorgestelde NTD-regeling

2.1 De huidige NTD-regeling

Het Nederlandse strafrecht kent sinds enige jaren een NTD-regeling.³ Kortweg komt zij erop neer dat iemand bij een internetprovider een melding doet over een vermeend onrechtmatige of strafbare inhoud op het internet. Dat is de 'notice'. Vervolgens kan worden besloten tot het ontoegankelijk maken van de website waarop de betreffende inhoud is aangetroffen.⁴ Dat is de 'takedown'. Vrij algemeen wordt aangenomen dat het NTD-bevel een opsporingsbevoegdheid is,⁵ onder andere omdat de officier van justitie de bevoegdheid heeft om een dergelijk bevel af te geven. Een ander argument is dat de constatering van een vermeend onrechtmatige of strafbare inhoud op het internet een redelijk vermoeden van een strafbaar feit oplevert, waartegen een NTD-bevel kan worden ingezet.

Voor de grondslag van het NTD-bevel komen twee wettelijke bepalingen in aanmerking: artikel 54a Sr en artikel

125o Sv. Artikel 54a Sr is zo omschreven dat daarin allereerst, net als in de zusterbepalingen artikel 53 en 54 Sr, een vervolgingsuitsluitingsgrond staat. De vervolgingsuitsluitingsgrond in artikel 54a Sr is bedoeld voor de aanbieder van een telecommunicatiedienst. Uit de tekst van deze bepaling blijkt ook een bevoegdheid van de officier van justitie om, na machtiging van de rechter-commissaris, een bevel af te geven voor de ontoegankelijkmaking van gegevens op het internet. Nog los van het wetssystematische argument dat het minder handig is in één bepaling zowel een vervolgingsuitsluitingsgrond als een opsporingsbevoegdheid op te nemen, is de tekst van de bepaling niet zonder meer duidelijk. Kennelijk mag de officier van justitie na toestemming van de rechter-commissaris een bevel uitvaardigen, maar dat blijkt slechts impliciet, namelijk in het licht van de vervolgingsuitsluitingsgrond.⁶ Daarnaast wordt niets geregeld voor de auteur van de gegevens. Er is geen notificatieverplichting richting de auteur van de gegevens en de auteur kan geen beklag doen tegen een bevel. De auteur van de ontoegankelijk gemaakte tekst hoeft overigens niet te worden vervolgd. Dat betekent dat na een NTD-bevel dus niet zonder meer rechterlijke controle plaatsvindt. Tevens ontbreekt het aan een regeling voor het beëindigen van ontoegankelijkmaking van gegevens indien blijkt dat zij niet (of niet meer) nodig is.

Artikel 125o Sv vormt evenmin een goede grondslag voor een NTD-bevel, omdat de daarin omschreven bevoegdheid geen betrekking heeft op het ontoegankelijk maken van gegevens op het internet. Deze bepaling is daarvoor nooit bedoeld geweest.⁷ De combinatie van artikel 54a Sr en artikel 125o Sv levert ook geen bevredigend resultaat op. Artikel 54a Sr verplicht een internetprovider mee te werken, terwijl artikel 125o Sv betrekking heeft op een netwerkbeheerder en geen sprake is van een verplichting tot medewerking. Een bevel kan daarom niet op grond van artikel 125o Sv worden gebaseerd.⁸ Daarnaast wordt in artikel 54a Sr de rechter-commissaris ten tonele gevoerd, in artikel 125o Sv niet. Ook de bedoeling van de ontoegankelijkmaking verschilt: in artikel

3 Wet van 13 mei 2004, *Stb.* 210. Met deze regeling werd Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel van 17 juli 2000, *PbEG* L 178/1 geïmplementeerd.

4 Zie voor de omschrijving van ontoegankelijk maken art. 125o lid 2 eerste volzin Sv.

5 Zie Oerlemans 2010, p. 149; M.H.M. Schellekens, B.J. Koops en W.G. Teepe, *Wat niet weg is, is gezien. Een analyse van art. 54a Sr in het licht van een Notice-and-Take-Down-regime*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2007, p. 16.

6 De onduidelijkheid van het NTD-bevel op grond van art. 54a Sr kwam aan het licht in een zaak die leidde tot Rb. Assen 24 november 2009, *NJFS* 2010/52. In deze zaak had de rechtbank het OM niet-ontvankelijk verklaard, omdat het tot een NTD-bevel had besloten zonder rechterlijke machtiging. Het Hof Leeuwarden had het vonnis vernietigd, omdat het ten laste gelegde feit (primair medeplegen van smaad(schrift), subsidiair medeplechtigheid van smaad(schrift)) buiten het bereik van art. 54a Sr zou vallen. In tweede instantie verklaart de Assense rechtbank het OM opnieuw niet-ontvankelijk, omdat aan het bevel tot ontoegankelijkmaking geen machtiging van de rechter-commissaris ten grondslag lag.

7 Zie Schellekens, Koops en Teepe 2007, p. 20. Zie ook Melai/Groenhuijsen, *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 8 bij art. 125o Sv.

8 Zie Schellekens, Koops en Teepe 2007, p. 19-22.

125o Sv geldt zij als voorlopige maatregel waarover de rechter uiteindelijk moet beslissen, terwijl op toepassing van artikel 54a Sr niet zonder meer een rechterlijke beslissing hoeft te volgen. Vervolging van de internetprovider wordt immers uitgesloten wanneer aan een bevel wordt voldaan, terwijl uit artikel 54a Sr geen verplichting blijkt om de auteur van de ontoegankelijk gemaakte tekst(en) te vervolgen.

De wettelijke grondslag van het NTD-bevel is dan ook onduidelijk. Dat betekent niet dat ontoegankelijkmaking via een NTD-bevel niet gebeurt. Op grond van de Gedragscode Notice-and-Takedown kan NTD geschieden op vrijwillige basis.⁹ Hierbij ligt de beoordeling van de inhoud van de gegevens bij de internetprovider. Als criterium voor 'takedown' geldt dat de inhoud 'onmiskenbaar onrechtmatig' of strafbaar is. Dat zal in gevallen van kinderpornografie naar zich laat aanzien geen probleem zijn, maar in gevallen waarin de inhoud niet onmiskenbaar onrechtmatig of strafbaar is, is het de vraag of het verwijderen van gegevens aan een internet-provider moet worden overgelaten.¹⁰

2.2 De nieuwe NTD-regeling in het wetsvoorstel Computercriminaliteit III

Dat een potentieel ingrijpende regeling als het NTD-bevel via een gedragscode moet worden geïmplementeerd is weinig gelukkig. In het wetsvoorstel Computercriminaliteit III wordt aan deze situatie een eind gemaakt door het NTD-bevel uitdrukkelijk in de wet te regelen, en wel in het Wetboek van Strafvordering (art. 125p). In het voorstel wordt artikel 54a Sr verduidelijkt, zodat daarin 'slechts' een vervolgingsuitsluitingsgrond voor een aanbieder van een communicatiedienst wordt neergelegd.¹¹

De minister van Veiligheid en Justitie stelt dat wijziging van artikel 54a Sr 'uit wetssystematisch oogpunt gewenst' is en 'uit een oogpunt van overzichtelijkheid en duidelijkheid voor de praktijk van belang' is. De minister hoopt dat met de nieuwe regeling 'de samenleving beter kan worden beschermd' dan met de huidige regeling (p. 43). De voorgestelde regeling wordt gepresenteerd als aanvulling op de bestaande in de gedragscode neergelegde regeling. De gedragscode blijft dus gehandhaafd. Wanneer de gedragscode

'niet afdoende is voor de verwijdering van gegevens', kan de officier van justitie de in de wet neergelegde NTD-regeling toepassen. Dat is volgens de minister vooral van belang bij aanbieders van een communicatiedienst die niet vrijwillig bereid zijn om gegevens ontoegankelijk te maken, ofwel omdat zij de gedragscode niet hebben ondertekend, maar ook 'in (uitzonderlijke) gevallen waarin de officier van justitie en de provider van mening zouden (blijven) verschillen over de vraag of bij de ontoegankelijkmaking de vrijheid van meningsuiting in het geding is' (p. 44). Omdat de vrijheid van meningsuiting in het geding kan zijn, is voor een NTD-

De wettelijke grondslag van het NTD-bevel is dan ook onduidelijk

bevel door de officier van justitie een machtiging van de rechter-commissaris vereist. Daarmee wordt 'een zorgvuldige afweging van belangen gewaarborgd', maar slechts voor zover de officier van justitie de rechter-commissaris voldoende informatie geeft op basis waarvan deze een afgewogen oordeel over het bevel kan geven.¹²

In het voorgestelde artikel 125p Sv staat in het eerste lid dat een NTD-bevel kan worden gegeven 'in geval van verdenking van een strafbaar feit (...) aan een aanbieder van een communicatiedienst'. In het bevel wordt omschreven dat deze 'terstond alle maatregelen [neemt] die redelijkerwijs van hem kunnen worden geveerd om bepaalde gegevens die worden opgeslagen of doorgegeven, ontoegankelijk te maken, voor zover dit noodzakelijk is ter beëindiging van een strafbaar feit of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten.' Het bevel betreft een voorlopige maatregel. De (zittings)rechter beslist over de definitieve vernietiging van gegevens. Deze beslissing kan bij de einduitspraak worden genomen (art. 354 Sv), maar ook bij afzonderlijke beslissing (art. 552fa Sv). Het bevel is weliswaar voorlopig, maar zeker niet vrijblijvend. Het verzuimen de gegevens ontoegankelijk te maken levert volgens de minister een strafbaar feit op (p. 45).

Bekijken we het eerste lid grondiger dan valt allereerst op dat de aanbieder van een communicatiedienst (dat wil zeggen 'degene die een website op het internet geplaatst heeft en die in staat moet worden geacht die website aan te passen of de

9 Zie www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2008/10/09/gedragscode-notice-and-take-down.html.

10 Zie R. van den Hoven-van Genderen, 'Notice and take down (NTD-) gedragscode, gewenste censuur?', *Computerrecht* 2008, p. 323.

11 Het voorstel voor het nieuwe art. 54a Sr luidt: 'Een tussenpersoon die een communicatiedienst verleent bestaande in de doorgifte of opslag van gegevens die van een ander afkomstig zijn, wordt bij een strafbaar feit dat met gebruikmaking van die dienst wordt begaan als zodanig niet vervolgd indien hij voldoet aan een bevel als bedoeld in art. 125p van het Wetboek van Strafvordering.'

12 In het conceptwetsvoorstel was voor de rechter-commissaris geen plaats. In de MvT (p. 45) wordt zijn terugkeer gerechtvaardigd onder verwijzing naar rechtspraak van het EHRM, in het bijzonder EHRM 14 september 2010, NJ 2011/230, m.nt. E.J. Dommering en T.M. Schalken (*Samoma/Nederland*).

inhoud daarvan van het internet te verwijderen' (p. 84)) na een bevel te hebben gekregen terstond maatregelen neemt. Terstond wordt uitgelegd als 'prompt', 'zo snel mogelijk' en 'direct' (p. 84). Hoewel hieruit de urgentie telkens blijkt, laten prompt en direct nauwelijks discretionaire ruimte open, terwijl 'zo snel mogelijk' die ruimte wel biedt. Wanneer men te maken heeft met een onwillige internetprovider, dat wil zeggen een aanbieder van een communicatiedienst die zich niet aan de gedragscode houdt, is de vraag of die ruimte zou moeten worden geboden. Gelet op het voorgaande, het dwingen onwillige internetproviders websites ontoegankelijk te maken, is de toelichting op dit punt niet helder. Dat komt naar onze mening het NTD-bevel niet ten goede.¹³ Ook de omschrijving 'die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd om bepaalde gegevens (...) ontoegankelijk te maken' roept vragen op. Wie bepaalt of van de internetprovider kan worden gevegd de gegevens ontoegankelijk te maken? De officier van justitie, de rechter-commissaris of heeft de internetprovider ruimte voor een eigen afweging? Aangenomen mag worden dat de officier van justitie in eerste instantie beoordeelt of een NTD-bevel kan worden afgegeven aan een bepaalde aanbieder van een communicatiedienst. Omdat het wetsvoorstel ook voorziet in een recht om gehoord te worden (art. 125p lid 1 Sv),¹⁴ zal de internetprovider kunnen aangeven of hij aan het bevel kan voldoen. Het is dan aan de rechter-commissaris om een beslissing te nemen en daarbij een afweging te maken tussen het belang gegevens ontoegankelijk te maken enerzijds en de vraag of de internetprovider redelijkerwijs aan dat bevel gehoor kan geven anderzijds.¹⁵ Niet ondenkbaar is dat bij het maken van die afweging een ongelijke situatie ontstaat tussen de officier van justitie en de rechter-commissaris enerzijds en de internetprovider anderzijds. De laatste zal waarschijnlijk beter op de hoogte zijn van de (on)mogelijkheden van het ontoegankelijk maken van gegevens op het internet dan de beide magistraten. Dat kan er ofwel toe leiden dat deze zich te veel laten

leiden door de informatie die de internetprovider aanlevert en daardoor minder snel ontoegankelijkmaking bevelen, of juist te makkelijk denken dat ontoegankelijkmaking mogelijk is en de internetprovider in een lastig parket brengen met een NTD-bevel. Beide situaties zijn onwenselijk, want het komt de verstandhouding tussen internetproviders en de strafvorderlijke overheid niet ten goede en kan ertoe leiden dat het NTD-bevel aan betekenis inboet. Ook ligt een gevaar van flinke regionale verschillen op de loer. De officier van justitie doet er goed aan om, voordat hij zich tot de rechter-commissaris wendt, informatie te verschaffen (en in een proces-verbaal vast te leggen) over de (on)mogelijkheid van het ontoegankelijk maken van de gegevens. Het OM zou in beleidsregels het verplicht inwinnen van informatie daaromtrent kunnen opnemen (vergelijk p. 46). Op de rol van de rechter-commissaris komen wij verderop nog terug.

3 Het internet en artikel 10 EVRM

3.1 Internet onder het bereik van artikel 10 EVRM?

De reikwijdte van artikel 10 EVRM en de mogelijkheden voor beperking van dit recht zijn bekend voor zover het gaat om uitingen via traditionele communicatiemiddelen als radio, televisie, film, boeken en tijdschriften. De rechtspraak van het EHRM over de vrije meningsuiting op het internet staat nog in zekere zin in de kinderschoenen.¹⁶ Wel heeft het Hof het belang van het internet voor de professionele media benadrukt in enkele uitspraken. Ook met gebruikmaking van het internet moet de pers volgens het Hof zijn rol als 'public watchdog' in een democratische samenleving onder bescherming van artikel 10 EVRM kunnen spelen en moeten maatregelen die een 'chilling effect' op de pers hebben zo veel mogelijk worden vermeden.¹⁷ Wanneer echter van een 'chilling effect' sprake is, is niet erg duidelijk.¹⁸

-
- 13 In de gedragscode wordt de term onverwijld gebruikt, terwijl de beoordeling of de website ontoegankelijk moet worden gemaakt ligt bij de aanbieder van een communicatiedienst. Juist omdat het wetsvoorstel op dit punt niet heel duidelijk is, is de kans aanwezig dat de internetprovider een zekere discretionaire ruimte opeist en wat tijd neemt om de website ontoegankelijk te maken. Ook in dat licht bezien is verheldering van de MvT gewenst.
- 14 Het voorstel lijkt in te houden dat ook de verdachte, naast degene tot wie het bevel is gericht, kan worden gehoord. Zie laatste zin van art. 125p lid 1 Sv. Uit de MvT zou echter kunnen worden afgeleid dat degene tot wie het bevel is gericht en de verdachte dezelfde persoon zijn (p. 85).
- 15 Een vraag is of de toets inhoudelijk of marginaal is. Die vraag wordt in het wetsvoorstel niet beantwoord. Het ligt in de rede in het wetsvoorstel meer aandacht te besteden aan de taak van de rechter-commissaris in dezen teneinde onrechtmatig afgegeven NTD-bevelen zo veel mogelijk te voorkomen.

- 16 Vgl. J.H. Gerards, 'Artikel 10 EVRM'; in: A.W. Heringa e.a. (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: Sdu (losbl.), aant. C.1.1.
- 17 EHRM 5 mei 2011, *EHRM* 2011/104, m.nt. W.F. Korthals Altes (*Editorial Board of Pravoye Delo en Shtetel t. Oekraïne*); EHRM 10 maart 2009, *Mediaforum* 2009, p. 167-169, m.nt. J.V.J. van Hoboken (*Times Newspapers Ltd. (nrs. 1 en 2) t. Verenigd Koninkrijk*). Zie over het belang van een vrije pers A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2011a, p. 307.
- 18 Zie EHRM 10 oktober 2013, *EHRM* 2014/14, m.nt. B. van der Sloot (*Delfi AS t. Estland*) waarin het Hof de civielrechtelijke aansprakelijkheidsstelling voor reacties van derden op een op de website gepubliceerd artikel van Delfi (eigenaar van een nieuwssite op internet vergelijkbaar met nu.nl) niet in strijd met art. 10 EVRM achtte. Het Hof verlangt van een nieuwssite actieve controle op commentaar van burgers op nieuwsberichten en een forse inspanning om kwetsende opmerkingen die in strijd zijn met het recht op privacy en over de grenzen van de vrijheid van meningsuiting gaan zo snel mogelijk van de website te verwijderen. Opmerkelijk is dat de nieuwssite allerlei manieren kende om onwelgevallig commentaar

Vrij recent heeft het Hof zich explicieter en in meer algemene bewoordingen over het belang van het internet uitgelaten.

In de zaak Yildirim tegen Turkije had een Turkse rechtbank Google Sites in zijn geheel ontoegankelijk gemaakt, waardoor niet alleen de website van de beschuldigde persoon ontoegankelijk was geworden maar ook de website van Yildirim. Deze klaagt uiteindelijk bij het Hof over een schending van artikel 10 EVRM. Voor het eerst geeft het Hof een principiële beslissing over het belang van het internet in het kader van de vrije meningsuiting. Het stelt:

*'l'Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information: on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public.'*¹⁹

Het Hof erkent hiermee het belang van het internet als medium voor personen, niet alleen de professionele media, om hun mening te uiten. Hoewel het Hof ook in deze uitspraak niet expliciteert dat de rechten uit artikel 10 EVRM in het kader van meningsuiting op het internet van toepassing zijn, kan wel worden aangenomen dat het recht van vrijheid van meningsuiting op het internet onder het bereik daarvan kan worden geschaard. Op deze zaak komen we nog terug.

3.2 Persvrijheid en meningsuitingen op het internet

Het belang van het internet voor de vrije meningsvorming roept de vraag op naar het niveau van bescherming dat moet worden verschaft aan meningen die op het internet worden geplaatst. Het Hof is niet heel duidelijk of op grond van artikel 10 EVRM dezelfde rechten moeten worden toegekend aan personen die op het internet publiceren als aan personen die dat op een andere wijze doen.²⁰ In de literatuur wordt gesteld dat het internet 'een aantal kenmerken [bezit] die maken dat het wezenlijk anders is dan de traditionele communicatiemiddelen'. Het internet verschilt van gedrukte media op het terrein van de toegankelijkheid, het potentieel grote bereik, het internationale en wijdverspreide karakter

te verwijderen, waaronder een Notice and Take Down-regeling, maar die waren volgens het Hof niet voldoende. De uitspraak roept de vraag op of nieuwsberichten waarop veel reacties te verwachten zijn, nog wel kunnen worden geschreven, of vergezeld moeten gaan met de mogelijkheid daarop een reactie te leveren. Het eerste lijkt ons bijzonder problematisch, het tweede misschien prettig, maar in onze open en democratische samenleving niet erg wenselijk.

19 EHRM 18 december 2012, *EHRC* 2013/5, m.nt. M.M. Groothuis (*Yildirim t. Turkije*), par. 54.

20 Zie EHRM 5 mei 2011, *EHRM* 2011/104, m.nt. W.F. Korthals Altes (*Editorial Board of Pravoye Delo en Shtetel t. Oekraïne*); EHRM 10 maart 2009, *Mediaforum* 2009, p. 167-169, m.nt. J.V.J. van Hoboken (*Times Newspapers Ltd. (nrs. 1 en 2) t. Verenigd Koninkrijk*).

en het ontbreken van 'face-to-face' contact tussen personen. Ook heeft het internet een, zoals Hins het treffend stelt, 'ijzeren geheugen'.²¹ Daaruit zou dan moeten volgen dat het beschermingsniveau dat aan de (professionele) media wordt geboden, niet aan gebruikers van het internet moet worden gegeven. Over dat beschermingsniveau wordt wisselend gedacht.²² Ook wordt wisselend gedacht over de inspanningen die een webbeheerder moet verrichten om te voorkomen dat schokkende en verontrustende berichten via het internet worden verspreid. Hoe actiever een webbeheerder is, hoe meer inspanning van hem wordt verwacht om in de gaten te houden wat voor informatie op zijn webpagina wordt geplaatst. Met die inspanning gaat ook gepaard de eis dat schokkende en verontrustende berichten worden verwijderd.²³

Tegenwoordig is het niet ongewoon om een website te beheeren en daarop blogs te plaatsen. Blogs kunnen goed worden vergeleken met columns in gedrukte media, zij het dat op het

Tegenwoordig is het niet ongewoon om een website te beheeren en daarop blogs te plaatsen

internet geen toestemming nodig is voor publicatie (tenzij op een forum wordt gepubliceerd). Het ontbreken van toestemming is een van de wezenlijke kenmerken van het internet. Net als in gedrukte media kan in een blog worden overdreven en geprovoceerd. De ene blog draagt bij aan het maatschappelijk debat, het andere niet. Dat is in feite niet anders bij columns in gedrukte media. In dat laatste geval kan

21 T. van der Linden-Smit, 'Moordkuilen: het verschil tussen hangplek en webstek', *Ars Aequi* 2008, p. 541; A.W. Hins, 'Het ijzeren geheugen van het internet', *Ars Aequi* 2008, p. 558.

22 Vgl. E.J. Dommering, Interventie, in: *Inleiding voor symposium van 17 maart 2010 door Stichting Media-Ombudsman Nederland (MON) over: 'De rol van een "journalist" in de samenleving'*, www.ivir.nl/medewerkers/dommering.html; A.J. Nieuwenhuis, 'Laveren tussen persvrijheid en respect voor het privé-leven', *Mediaforum* 2012, p. 3.

23 Zie B. van der Sloot onder EHRM 10 oktober 2013, *EHRM* 2014/14 (*Delfi AS t. Estland*). De toenemende inspanningen die moeten worden verricht door webbeheerders hebben vooral civielrechtelijk betekenis. Voor het strafrecht kan de vraag opkomen of een webbeheerder enige discretionaire ruimte toekomt om een NTD-bevel naast zich neer te leggen of met enige vertraging uit te voeren. We zagen dat op dit punt het conceptwetsvoorstel niet zonder meer duidelijk is. Extrapolatie van de aan het begin van deze voetnoot genoemde uitspraak naar het strafrecht zou tot de conclusie kunnen leiden dat van enige discretionaire ruimte geen sprake mag zijn. Een NTD-bevel moet zonder talmen worden uitgevoerd door degene tot wie het bevel is gericht.

ontoeankelijkmaking van de blog wenselijk zijn en moet daartoe kunnen worden overgegaan. Het Hof laat daarover geen twijfel bestaan.

Een ander argument om uitlatingen op het internet te vergelijken met uitlatingen in de media, is dat in gedrukte media meestal professionele journalisten werkzaam zijn, terwijl iedereen op het internet een blog kan plaatsen. Op het internet kan iedereen met andere woorden de waakhondfunctie van de pers en de journalist uitoefenen.²⁴ Het onderscheid tussen wie wel en niet journalist is, vervaagt op het internet. Het EHRM heeft daaraan geen halt toegevoerd, omdat het zich nooit scherp heeft uitgelaten wie wel en wie niet tot de pers moet worden gerekend. Wie met andere woorden wel of geen journalist is, is niet helder afgebakend.²⁵ Dat maakt het niet eenvoudig om te bepalen hoe meningen op het internet worden beschermd. Het Hof is op dit punt nog niet zonder meer duidelijk; een duidelijke koers wordt niet gevaren. We moeten dus een slag om de arm houden. Desondanks zouden we kunnen stellen dat het voorgaande er in het kader van het internet toe kan leiden dat wanneer een blogger, niet zijnde een professionele journalist, op een website die niet wordt beheerd door een krant, tijdschrift, televisiestation of omroepvereniging, over zaken van maatschappelijk belang op het internet publiceert deze op een aan de pers vergelijkbare bescherming moet kunnen rekenen, ook omdat burgers aan blogs de nodige waarde zijn gaan hechten.²⁶ Een wetgever die de meningsuiting op het internet wenst te beperken, moet dan ook de aan de pers verleende vrijheid in acht nemen en voorkomen dat maatregelen kunnen worden genomen die een 'chilling effect' hebben. Daardoor lijkt het erop dat aan gebruikers van het internet die hun mening daarop geven, een forse vrijheid van meningsuiting wordt geboden.

4 Het NTD-bevel in het licht van de beperking van artikel 10 EVRM

4.1 Het NTD-bevel en het vereiste van voorzien bij wet

Een beperking van de vrijheid van meningsuiting is mogelijk wanneer aan een drietal voorwaarden is voldaan: (1) de beperking is voorzien bij wet, (2) zij dient een van de in het

tweede lid van artikel 10 EVRM genoemde doelen en (3) zij is noodzakelijk in een democratische samenleving.²⁷ We toetsen de voorgestelde NTD-regeling aan deze drie voorwaarden, in het bijzonder de eerste en de derde.

Een beperking op de vrijheid van meningsuiting moet zijn voorzien bij wet, althans voorzienbaar en kenbaar zijn. De vraag is of het voorgestelde artikel 125p Sv op alle fronten aan die eis voldoet. In het bijzonder de positie van de rechter-commissaris lijkt niet zonder meer helder uit de voorgestelde regeling naar voren te komen. Uit de eerder genoemde zaak *Yildirim* tegen Turkije oordeelde het Hof dat de Turkse NTD-regeling niet voldeed aan de eis van voorzienbaarheid.²⁸ Het Hof bepaalde dat de wettelijke regeling de voorwaarden waaronder en de omstandigheden waarin een NTD-bevel mag worden uitgevaardigd helder moeten zijn omschreven. Ook de sancties van het niet-voldoen aan een bevel moeten voorzienbaar zijn. Daarnaast eist het Hof niet alleen dat een rechter het bevel beoordeelt, het stelt ook eisen aan de inhoud van de toets. Van een slechts marginale rechterlijke beoordeling lijkt geen sprake te mogen zijn in het geval de vrijheid van meningsuiting in het geding is. In de *Sanoma*-zaak verwoordde het Hof de inhoud van de beoordeling aldus:

'The decision of disclosure [door de rechter-commissaris; CK en JMtV] should be governed by clear criteria, including whether a less intrusive measure can suffice to serve the overriding public interests established.'²⁹

Het lijkt niet te veel gezegd dat de eis van deze heldere criteria ook moet gelden bij de beoordeling van een NTD-bevel. De vraag is of in het voorgestelde artikel 125p Sv voldoende helder naar voren komt dat de rechter-commissaris het bevel inhoudelijk moet beoordelen aan de hand van heldere criteria. Het voorgestelde tweede lid van artikel 125p Sv bevat formele vereisten die in de machtiging moeten worden vermeld, maar van een inhoudelijke beoordeling door de rechter-commissaris is niet zonder meer sprake.³⁰ Er wordt weliswaar aangegeven dat het bevel de feiten en omstandigheden vermeldt waaruit blijkt dat de ontoeankelijkmaking van gegevens noodzakelijk is om het strafbare feit te beëindigen.

24 A. Rignalda, 'Internet en recht: een selectie uit een tour d'horizon', *Ars Aequi* 2008, p. 492.

25 C.H. Brants, 'Het journalistiek privilege: hoe zinvol en wenselijk is een wettelijke regeling?', *DD* 2008, p. 327-355.

26 L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2002, p. 121; Van den Hoven-Van Genderen 2008, p. 102; A.J. Nieuwenhuis, 'Achtergrond en huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlot', *Nederlands Tijdschrift voor Mensenrechten/NJCM-Bulletin* 2011b, p. 41.

27 A.L.J. Janssens en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 18.

28 EHRM 18 december 2012, *EHRC* 2013/5, m.nt. M.M. Groothuis (*Yildirim t. Turkije*).

29 EHRM 14 september 2010, *NJ* 2011/230, m.nt. E.J. Dommering en T.M. Schalken (*Sanoma t. Nederland*).

30 Nog los van de vraag of de rechter-commissaris in staat kan worden geacht om een zorgvuldige beslissing te kunnen nemen gelet op de werkdruk. Zie *NVJ*, p. 1; RvdR, p. 4.

gen of nieuwe strafbare feiten te voorkomen, maar dat zegt nog weinig over de voorzienbaarheid en kenbaarheid van een beoordeling in een concreet geval. De kans dat die beoordeling via een standaardformulering aan de aanbieder van een communicatiedienst wordt medegedeeld, is niet gering. Dat het criterium op basis waarvan het bevel moet worden beoordeeld, noodzaak, in de wet tot uitdrukking wordt gebracht, is positief, maar of daarmee wordt voldaan aan de eis van voorzienbaarheid en kenbaarheid, blijft de vraag.

4.2 Voorwaarden voor het NTD-bevel en de noodzakelijkheid in een democratische samenleving

In het tweede lid van artikel 10 EVRM staat een behoorlijk aantal doeleinden op basis waarvan het recht op vrije meningsuiting kan worden beperkt. Aangenomen wordt dat die doeleinden weinig obstakels opleveren bij de bepaling of een maatregel in strijd is met artikel 10 EVRM. Dat is anders met betrekking tot de derde voorwaarde, namelijk of een maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving. Of een maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving wordt bepaald aan de hand van de vraag of er 'relevante en voldoende redenen voor een beperking' van het recht op vrijheid van meningsuiting bestaan. Aan de orde zijn hier dus de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Een aantal aspecten van het voorgestelde artikel 125p Sv roept de vraag op of de voorgestelde regeling in overeenstemming is met voornoemde eisen. Het eerste lid van artikel 125p Sv vermeldt dat ontoegankelijkmaking slechts kan worden bevolen 'voor zover dit noodzakelijk is ter beëindiging van een strafbaar feit of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten'. Met de term noodzakelijk wordt in ieder geval duidelijk gemaakt dat met ontoegankelijkmaking rekening moet worden gehouden met de eis van proportionaliteit. Erkend wordt dat het ontoegankelijk maken van gegevens een zware bevoegdheid is, die slechts in ernstige gevallen mag worden ingezet (p. 43). Het ontoegankelijk maken moet worden afgezet tegen het strafbare feit dat wordt gepleegd of zou kunnen worden gepleegd. Drie opmerkingen zijn hier op hun plaats. Allereerst wordt niet gesproken van misdrijven, maar van strafbare feiten. Ook overtredingen vallen onder deze bepaling. Het ontoegankelijk maken kan dus ook in geval van lichte strafbare feiten worden bevolen. De memorie van toelichting maakt deze keuze niet duidelijk. Zij lijkt wetsystematisch van aard, nu ook in artikel 125o Sv, waarin de bevoegdheid tot het ontoegankelijk maken van gegevens op een computer ('geautomatiseerd werk') is geregeld, wordt gesproken van strafbare feiten. Bij de totstandkoming van die bepaling was het geen punt van discussie dat deze

bevoegdheid zich strekt tot alle strafbare feiten.³¹ In het kader van het ontoegankelijk maken van discriminatoire teksten op internet kan het van belang zijn de bepaling niet te beperken tot de misdrijven, nu er ook een overtredingsvariant van discriminatie bestaat, zij het dat die beperkt is tot discriminatie in de uitoefening van ambt, beroep of bedrijf (art. 429quater Sr). Gelet echter op de inbreuk die kan worden gemaakt op de vrijheid van meningsuiting kan vanuit het oogpunt van proportionaliteit de vraag worden opgeworpen of artikel 125p Sv op dit punt niet te ruim is geformuleerd en moet worden beperkt tot in ieder geval misdrijven. De minister doet er goed aan in de memorie van toelichting aan te geven waarom niet voor een beperking tot misdrijven is gekozen.

Tevens is de vraag of een NTD-bevel slechts zou mogen worden afgegeven wanneer er sprake is van de enkele verdenking van een strafbaar feit ('redelijk vermoeden'). Verschillende auteurs en instanties hebben aangegeven dat dit een te licht criterium is en in het licht van de proportionaliteitseis zou moeten worden gekozen voor het criterium van 'ernstige bezwaren'.³² Daar valt zeker wat voor te zeggen. Allereerst dwingt dit criterium de officier van justitie en rechter-commissaris beter na te gaan of er sprake zou zijn van een strafbaar feit op basis van feiten en omstandigheden die meer inhouden dan een redelijk vermoeden. Niet valt te verwachten dat dit criterium ertoe leidt dat andere strafbare gegevens, zoals kinderpornografisch materiaal, niet ontoegankelijk kunnen worden gemaakt. Het aantreffen van dergelijke gegevens lijkt voldoende voor het bestaan van ernstige bezwaren van – in ieder geval – het bezit en verspreiden van kinderpornografie (art. 240b Sr).

De derde opmerking betreft de omstandigheid dat het bevel ook kan worden gegeven ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten. Dat sluit ook aan bij artikel 125o Sv. Bij de invoering van die bepaling werd het voorkomen van nieuwe strafbare feiten niet zozeer als doel van het ontoegankelijk maken voorgesteld, maar als iets dat voortvloeit uit de maatregel zelf.³³ Gegevens die ontoegankelijk worden gemaakt kunnen leiden tot het voorkomen van nieuwe strafbare feiten. Die 'bijvangst' is kennelijk mooi meegenomen. Anderzijds is het feit dat het ontoegankelijk maken betrekking kan hebben op nog te plegen strafbare feiten een forse stap, die op de rand van het toelaatbare ligt. Het ontoegankelijk maken ter voorkoming van strafbare feiten komt namelijk neer op het filteren of blokkeren van gegevens, die op zichzelf misschien nog niet zo strafbaar zijn:

31 Zie de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling in *Kamerstukken II* 26671.

32 Schellekens, Koops en Teepe 2007, p. 25 en de Nederlandse Vereniging van Journalisten en de Raad voor de rechtspraak in hun respectievelijke adviezen naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel. Zie www.nvjn.nl/nieuws/bericht/nvj-zeer-kritisch-over-wetsvoorstel-computercriminaliteit-iii/#When:14:09:55Z, resp. www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Pages/Wetgevingsadvies-2010.aspx.

33 *Kamerstukken II* 2004/05, 26671, 10, p. 15; *Kamerstukken I* 2005/06, 26671 en 30036 (R 1784), D, p. 8. Zie hierover (in het kader van art. 354 en 552fa Sv) Melai/Groenhuijsen, aant. 8 bij art. 125o Sv.

'Zo zou in een discussiegroep over aids het veelvuldig voorkomende woord "seks" aanleiding kunnen zijn voor het automatisch blokkeren van de discussiegroep, waardoor volstrekt ten onrechte serieuze informatie wordt verwijderd.'³⁴

Een dergelijke filter- of blokkeringsverplichting is in ieder geval strijdig met de Richtlijn inzake elektronische handel³⁵ en staat op gespannen voet met de proportionaliteitseis.

Met betrekking tot de subsidiariteitseis kan het volgende worden opgemerkt. Een belangrijk kenmerk van het internet is dat gegevens moeilijk ervan te verwijderen zijn.³⁶ Over een onderwerp zijn via zoekmachines vaak vrij eenvoudig gegevens te vinden. Gegevens die ontoegankelijk zouden moeten zijn, kunnen door plaatsing op het internet een groot bereik krijgen. Dat zorgt ervoor dat gegevens, die ontoegankelijk hadden moeten zijn, vrijelijk beschikbaar blijven. Daardoor is de vraag of een NTD-bevel ooit wel effectief genoeg kan zijn om gegevens ontoegankelijk te maken en vanwege een gebrek aan effectiviteit wel kan voldoen aan de eis van subsidiariteit.³⁷ Op dit punt is een vergelijking met inbeslagname en een verspreidingsverbod van gegevens op het internet goed mogelijk. In de zaak *Éditions Plons* tegen Frankrijk hadden de nabestaanden van voormalig president François Mitterrand verzocht een boek over Mitterrand uit de handel te halen, in het bijzonder vanwege de medische gegevens die daarin werden aangehaald. Het EHRM vond een dergelijk verbod niet in overeenstemming met het EVRM, onder andere omdat het al tienduizenden keren was verkocht en op het internet was verspreid. Daardoor was van een medisch geheim geen sprake meer.³⁸ Een rechterlijk bevel om het boek uit de handel te halen kwam feitelijk neer op, zoals een Engelse rechter in een ander geval stelde, 'brutum fulmen', oftewel dom machtsvertoon.³⁹ Het ligt voor de hand te vermoeden dat in soortgelijke zaken ook een NTD-bevel weinig zal kunnen uithalen en de toepassing ervan neerkomt op dergelijk machtsvertoon.⁴⁰ De vraag kan zijn of het ontbreken van effectiviteit een probleem is. Gesteld zou kunnen worden dat het soms wenselijk is een voorbeeld te stellen en dat de vraag of het bevel effectief

is minder aandacht behoeft. Ook kan worden gesteld dat hoe problematischer de inhoud van de informatie en hoe actueler de wens om de verspreiding van die inhoud verder te voorkomen, hoe eerder mag worden ingegrepen.⁴¹ Dat is echter, zeker waar het de media betreft, een grote stap. Een dergelijke maatregel kan een 'chilling effect' hebben op de pers (die in het kader van het internet een ruime betekenis lijkt te hebben). Een gebrek aan effectiviteit van een NTD-bevel mag dus niet zonder meer terzijde worden geschoven. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt over het mogelijk geringe effect van de regeling niets gezegd, terwijl uit de tekst van de voorgestelde bepaling niet zonder meer kan worden afgeleid dat de officier van justitie en de rechter-commissaris effectiviteit bij hun beoordeling moeten betrekken. Dat is een gemis. De minister zou er goed aan doen op dit punt nadere toelichting te geven en aan te geven welke invloed een gebrek aan effectiviteit zou mogen hebben op de beslissing een bepaalde website al dan niet ontoegankelijk te maken en op basis van welke argumenten een eventueel gebrek aan effectiviteit niet in de weg hoeft te staan aan ontoegankelijkmaking.

4.3 Het NTD-bevel en bijvangst

Het valt te verwachten dat een NTD-bevel leidt tot bijvangst.⁴² Een ontoegankelijk gemaakte website hoeft niet alleen gegevens te bevatten die ontoegankelijk zou moeten worden gemaakt. Daarnaast maakt het verspreiding van onschuldige gegevens via de website niet meer mogelijk.⁴³ In de zaak *Yildirim* was met bijvangst geen rekening gehouden en met de figuurlijke botte bijl te werk gegaan. Maar zelfs bij een zo nauwkeurig mogelijk omschreven NTD-bevel is bijvangst niet uit te sluiten. De kans dat onschuldige gegevens ontoegankelijk worden gemaakt, blijft denkbaar. Het EHRM heeft aangegeven dat met deze kans rekening moet worden gehouden. Dat betekent dat de officier van justitie en de rechter-commissaris in geval van een NTD-bevel, gelet op het noodzaakcriterium, altijd rekening moeten houden met alle in het geding zijnde belangen en zich dus niet enkel moeten richten op de strafbare gegevens op de ontoegankelijk te maken website. Het EHRM stelt dat, zodra de kans groot is dat ook onschuldige gegevens ontoegankelijk worden gemaakt, er geen sprake is van een 'fair balance' tussen het belang van de ontoegankelijkmaking en de in het geding zijnde vrijheidsrechten.⁴⁴ Zelfs wanneer het bevel met chirurgische precisie

34 B.J. Koops, *Strafrecht & ICT*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 4; Nieuwenhuis 2011b, p. 41.

35 Richtlijn EG 2000/31 inzake elektronische handel, PbEG van 17 juli 2000, L 178/1, overweging 48.

36 Van der Linden-Smit 2008, p. 541. Zie ook EHRM 10 oktober 2013, *EHRC* 2014/14, m.nt. B. van der Sloot (*Delfi AS t. Estland*).

37 Vgl. EHRM 10 oktober 2013, *EHRC* 2014/14, m.nt. B. van der Sloot (*Delfi AS t. Estland*).

38 EHRM 18 mei 2004, *EHRC* 2004/62, m.nt. J.H. Gerards (*Éditions Plon t. Frankrijk*).

39 EHRM 10 mei 2011, *EHRC* 2011/8, m.nt. A.W. Hins (*Mosley t. Verenigd Koninkrijk*).

40 Zie Nieuwenhuis 2011b, p. 35.

41 Vgl. EHRM 13 januari 2011, nr. 16354/06 (*Mouvement Raëlien Suisse t. Zwitserland*).

42 Zie ook Gedragscode Notice-and-Takedown, art. 6d.

43 Nieuwenhuis 2011b, p. 36; Schellekens, Koops en Teepe 2007, p. 10.

44 Vgl. O.L. van Daalen, 'De Nederlandse staat van Internetvrijheid', *Justitiële Verkenningen* 2012-6, p. 104.

wordt opgesteld en uitgevoerd, wat een reden is om meer dan een marginale beoordeling van de rechter-commissaris te mogen eisen, bestaat er een kans dat onschuldige gegevens ontoegankelijk worden gemaakt. Dat betekent niet dat het bevel nooit mag worden gegeven, dat is volgens het Hof slechts het geval bij een grote kans dat onschuldige gegevens ontoegankelijk worden gemaakt, wel dat het met de hoogst mogelijke terughoudendheid wordt ingezet. De wetgever zou die ultimatum remedium-gedachte wel wat meer mogen uitdragen.

5 Slotbeschouwing

In dit artikel stelden wij ons de vraag of en in hoeverre het huidige voorstel voor het NTD-bevel de toets van (de rechtspraak van het EHRM over) artikel 10 EVRM kan doorstaan. We hebben gezien dat de rechtspraak van het Hof over de vrijheid van meningsuiting op het internet nog in de kinderschoenen staat. Het Hof hecht wel veel belang aan het internet als bron van informatie op basis waarvan burgers hun mening kunnen vormen. Burgers die op het internet publiceren genieten een forse, op de persvrijheid geïnspireerde, vrijheid. Beperking daarvan is niet onmogelijk maar kan slechts onder bijzondere voorwaarden plaatsvinden. Met betrekking tot het voorstel een NTD-bevel in het Wetboek van Strafvordering op te nemen, valt op dat volgens de minister van strijd met artikel 10 EVRM geen sprake is, nu een dergelijk bevel slechts met machtiging van de rechter-commissaris mag worden afgegeven. Volgens de minister wordt hiermee recht gedaan aan de uitspraak in de van het EHRM in de Sanoma-zaak. Daarmee is wellicht aan een formeel vereiste uit deze uitspraak voldaan, maar de minister miskent een aantal materiële elementen die ook uit de rechtspraak van het EHRM voortvloeien, in het bijzonder met betrekking tot het vereiste van voorzienbaarheid en de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De minister zou er daarom goed aan doen het voorstel voor het NTD-bevel nog eens goed tegen het licht te houden.