

Position paper voor de vaste commissie Digitale Zaken

van mr. drs. J.H.A. (Jan) van der Grinten¹

ten behoeve van het rondetafelgesprek Online gebiedsverbod op 11 april 18:30 – 20:45u, onderdeel "kennis"

¹ Advocaat/adviseur bij Van Doorne te Amsterdam en docent overheidsaansprakelijkheidsrecht aan de Universiteit Leiden, actief op het gebied van openbare orde en veiligheid als advocaat en adviseur van (voornamelijk) overheden en als auteur van tal van publicaties op dit terrein.

1. Inleiding

De vaste commissie voor Digitale Zaken van de Tweede Kamer heeft mij uitgenodigd voor het rondetafelgesprek met als onderwerp "online gebiedsverbod" dat op 11 april 2023 plaatsvindt. Met de term online gebiedsverbod wordt in de regel bedoeld op een bestuurlijke sanctie van de burgemeester in de vorm van een last onder dwangsom gericht tegen uitlatingen op digitale (sociale) media die kunnen worden aangemerkt als oproep om in de fysieke ruimte de openbare orde te verstoren. De term is gemunt in verband met een dergelijke maatregel die de burgemeester van Utrecht in 2021 aan een inwoner van Zeist heeft opgelegd. De rechtbank Midden-Nederland heeft dit besluit onlangs herroepen.² De rechtbank oordeelde, kort samengevat, dat het begrip 'openbare plaats' in de zin van de APV zich niet uitstrekt tot de digitale omgeving en dat het besluit in strijd was met artikel 7 van de Grondwet dat de vrijheid van meningsuiting beschermt. Op grond van die bepaling kunnen meningsuitingen alleen worden verboden op grond van een wet in formele zin, en dus niet op grond van de APV. Volgens deze uitspraak heeft het dus ook geen zin om in de APV een op de online omgeving toegesneden verbodsbepaling op te nemen en op die grondslag een "online gebiedsverbod" in de vorm van een last onder dwangsom op te leggen.

Ik ben de advocaat van de jongen aan wie het Utrechtse online gebiedsverbod is opgelegd. Deze zaak is nog onder de rechter nu burgemeester Dijkema hoger beroep heeft ingesteld. Ik zal op deze zaak verder niet ingaan. Van belang voor mijn rol bij het rondetafelgesprek is daarnaast dat ik samen met prof. mr. A.E. Schilder, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de VU, in opdracht van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een discussienota heb geschreven over de vraag met welke factoren rekening moet worden gehouden bij de toekenning van nieuwe bevoegdheden aan de burgemeester. De nota is door de minister aan de Tweede Kamer toegezonden.³ Op dit moment leggen wij de laatste hand aan een vervolgplicht aan ons om advies uit te brengen over de ontwikkeling van een afwegingskader voor, kort gezegd, toekenning van nieuwe bevoegdheden aan de burgemeester.

2. De vragen van de vaste commissie

Hierna zal ik ingaan op de door de vaste commissie voorgelegde vragen. Deze luiden als volgt:

1. Hoe kan online opruiing beter aangepakt worden?
2. Welke juridische middelen zijn hiervoor nodig en hoe kan de rechtsbescherming beter geborgd worden?
3. Hoe verhoudt dit zich tot het verzoek van 41 burgemeesters voor een online gebiedsverbod?

Ad 1. Hoe kan online opruiing beter aangepakt worden?

Artikel 7 van de Grondwet beschermt de vrijheid van meningsuiting. Alleen bij formele wet zijn beperkingen daarop toegelaten. Dit grondrecht beschermt volgens de jurisprudentie in beginsel elke openbaarmaking, in welke vorm dan ook van een - meer of minder weloverwogen – gedachte of gevoel, ongeacht de intenties of motieven van degene die zich uit.⁴ Omdat gedrag op de sociale media per definitie bestaat uit het doen van uitlatingen, is een verbod daarop een beperking van de vrijheid van meningsuiting. Het Wetboek van Strafrecht (Sr.) is een formele wet die daar paal en perk aan stelt: opruiing is op grond van artikel 131 Sr. verboden. Daaronder valt ook opruiing met digitale middelen. Opruiing online kan dus in de eerste plaats met het bestaande wettelijke instrumentarium strafrechtelijk worden aangepakt, zoals in de praktijk ook wel gebeurt.⁵ Het belang om daartoe over te gaan in verband met vrees voor verstoring van de openbare orde, kan door de burgemeester in de driehoek worden aangekaart. Optreden door het Openbaar Ministerie heeft daarbij als voordeel dat het Openbaar Ministerie niet – zoals de burgemeester - gebonden is aan gemeentegrenzen maar landelijk kan opereren. Bedenk in dat verband dat in het geval de burgemeester een online oproep tot verstoring van de openbare orde in zijn gemeente zou kunnen verbieden, dat verbod zich niet kan uitstrekken tot herhaling van die oproep gericht op het grondgebied van een andere gemeente. Het Openbaar Ministerie heeft sinds een aantal jaren ook de mogelijkheid om, na daartoe verkregen schriftelijke

² Rb. Midden-Nederland 3 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:375.

³ Zie 'De burgemeester bevoegd? Perspectieven op het burgemeestersambt: handreiking voor een discussie' https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2022Z11952&did=2022D24670

⁴ Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3293.

⁵ Zie bijvoorbeeld recent over opruiing per Twitter: Hof s'-Hertogenbosch 25 januari 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:216 en Hof Den Haag 22 december 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2595.

machtiging van de rechter-commissaris, communicatiediensten te bevelen strafbare uitlatingen op internet ontoegankelijk te maken.⁶

Daarnaast kunnen uitingen onrechtmatig zijn. In dat geval kan de gemeente op basis van artikel 6:162 BW in een civiele procedure een verbod daarvan vorderen.⁷ Het is daarbij wel van belang dat de gemeente laat zien dat zij een zwaarwegend belang heeft bij een dergelijk verbod. In verband met de leer van de onaanvaardbare doorkruising dient er overigens rekening mee te worden gehouden dat dit middel door de rechter niet langer aanvaardbaar zal worden geacht als de burgemeester publiekrechtelijke bevoegdheden krijgt op dit terrein.⁸

Naar mijn mening lenen de in de Gemeentewet aan de burgemeester toegekende bevelsbevoegdheden⁹ zich er niet voor om als reactie op opruiende uitlatingen online, een verbod onder dreiging van verbeurte van een dwangsom op te leggen. Daarvoor is volgens de systematiek van de Grondwet een specifieke formeel-wettelijke bepaling vereist waaruit duidelijk blijkt op wat voor uitlatingen de beperking betrekking heeft. De bevelsbevoegdheden zijn daarentegen algemeen geformuleerde bepalingen ten behoeve van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde en niet bedoeld om toekomstige meningsuitingen door de burgemeester aan banden te laten leggen. In dit verband is ook artikel 10 EVRM van belang, dat hoge eisen stelt aan de voorzienbaarheid van optreden waarmee dit grondrecht wordt beperkt.

Ik acht het niet onmogelijk dat in de Gemeentewet een juridisch houdbare bepaling wordt opgenomen op grond waarvan de burgemeester de bevoegdheid krijgt op te treden tegen bijvoorbeeld online uitlatingen die oproepen tot samenkomsten die het kennelijke doel hebben wanordelijkheden te veroorzaken in de fysieke ruimte op het grondgebied van zijn gemeente. Aangezien het demonstratierecht en de daarop toegelaten beperkingen zijn geregeld in de Wet openbare manifestaties, zal het daarbij dienen te gaan om samenkomsten waarvan duidelijk is dat zij niet het karakter van een demonstratie in de zin van die wet hebben. Ik betwijfel echter of een dergelijk instrument tot een *beter*e aanpak van online opruiing leidt. Het strafrecht lijkt tot aanpak daarvan mede met het oog op het territorialiteitsbeginsel geschikter te zijn mits voldoende capaciteit beschikbaar is of wordt gesteld. Denkbaar lijkt mij dat als uitgangspunt eerst een waarschuwing door de politie wordt gegeven voordat het Openbaar Ministerie tot vervolging overgaat. Daarvan zou hetzelfde effect kunnen uitgaan als van een last onder dwangsom zonder dat een groot beslag op de capaciteit van het Openbaar Ministerie en de rechterlijke macht wordt gelegd.¹⁰

Ad 2 Welke juridische middelen zijn hiervoor nodig en hoe kan de rechtsbescherming beter geborgd worden?

Zoals hiervoor beschreven zijn er al strafrechtelijke middelen tegen online opruiing en kunnen uitlatingen die als zodanig zijn te beschouwen op bevel van de Officier van Justitie ontoegankelijk worden gemaakt. Daarnaast is een vordering uit onrechtmatige daad denkbaar. In het algemeen wordt ervan uitgegaan dat het strafrecht de burger betere rechtsbescherming biedt dan het bestuursrecht in verband met de regels voor strafrechtelijk bewijs. Tegen een besluit van de burgemeester op grond van een nieuw te creëren bevoegdheid bepaalde online uitlatingen te verbieden, zou bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaan.

Ad 3 Hoe verhoudt dit zich tot het verzoek van 41 burgemeesters voor een online gebiedsverbod?

De strekking van de brief van 41 burgemeesters is dat op basis van de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland het huidige instrumentarium geen mogelijkheden lijkt te bieden op te treden tegen (toekomstige) online oproepen de openbare orde te verstoren. Zoals uit het voorgaande blijkt, deel ik die opvatting. De burgemeesters pleiten ervoor dat de wetgever hun hiertoe bevoegdheden geeft. Naar mijn mening is dat

⁶ Zie artikel 125p Wetboek van Strafvordering.

⁷ V.z. Rb. Den Haag, 2 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:6769.

⁸ HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AN1176. Aan deze beperking zou tegemoet kunnen worden gekomen door expliciet tot uitdrukking te brengen dat de bestuurlijke bevoegdheid privaatrechtelijke mogelijkheden onaangetast laat.

⁹ In dit verband gaat het dan om de artikelen 172 leden 1 en 2, artikel 175 Gemeentewet.

¹⁰ Vergelijk het zogenoemde "stopgesprek" dat de politie met stalkers voert. De politie bericht daarover als volgt: "De politie kan, als de stalking nog niet lang aan de gang is en nog niet is geëscaleerd, een stopgesprek voeren met de stalker. De ervaring leert dat veel stalkers stoppen na een dergelijk gesprek." <https://www.politie.nl/informatie/ik-word-gestalkt.-wat-kan-de-politie-voor-mij-doen.html>

juridisch gezien mogelijk maar dient mede met het oog op het territorialiteitsbeginsel de vraag onder ogen te worden gezien of een strafrechtelijke aanpak met bestaande instrumenten niet meer voor de hand ligt.