



College van Procureurs-Generaal

Voorzitter

Postbus 20305 2500 EH Den Haag

Minister van Veiligheid en Justitie
Postbus 20301
2500 EH 'S-GRAVENHAGE

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
Telefoon +31 (0)70 339 96 00
telefax +31 (0)70.339 98 52

09/07/2012 09:38 013

Onderdeel
Contactpersoon
Doorkiesnummer(s)
E-mail
Datum
Ons kenmerk
Uw kenmerk
Onderwerp

Beleid & Strategie

30 augustus 2012

Bij beantwoording de datum en
ons kenmerk vermelden. Wilt u
slechts één zaak in uw brief
behandelen

Advies conceptwetsvoorstel tot implementatie van de EU-richtlijn betreffende het tegengaan van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie (PbEU L 335)

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 6 juni 2012 heeft u het College van procureurs-generaal gevraagd te adviseren over een conceptwetsvoorstel inzake de bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie. Met het wetsvoorstel wordt beoogd de EU-richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 in de Nederlandse wetgeving te implementeren (hierna: 'de richtlijn'). In de memorie van toelichting wordt geconstateerd dat de Nederlandse wetgeving voor een belangrijk deel al voldoet aan de internationale verplichtingen waar het gaat om de bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie. De aanpassingen aan de Nederlandse wetgeving kunnen derhalve beperkt blijven.

Met instemming heeft het College kennis genomen van het zeer uitvoerige overzicht in de memorie van toelichting van alle inspanningen die de afgelopen jaren door eenieder, nationale en internationale wetgevers en alle ketenpartners, zijn verricht waar het gaat om de versterking van de bestrijding van kindermisbruik en kinderpornografie. Het overzicht is verhelderend en informatief en verdient een compliment. Maar tegelijkertijd is duidelijk dat het noodzakelijk is dat, ook in internationaal verband, het beleid en de operationele samenwerking verder moet worden ontwikkeld om daders van seksuele uitbuiting en seksueel misbruik van kinderen aan te pakken.

De bestrijding van seksuele uitbuiting en seksueel misbruik van kinderen staat hoog

op de lijst van prioriteiten. Het openbaar ministerie participeert in de inmiddels ingestelde Taskforce kindermishandeling. Deze Taskforce moet toezien op de uitvoering van het actieplan voor de aanpak van kindermishandeling en seksueel misbruik. De versterking van de aanpak van kinderporno is opgenomen in het Programmaplan High Impact Crime. Voor de praktijk is het - uiteraard - van groot belang dat de wetgeving goed is toegesneden op de aanpak van deze ernstige vorm van criminaliteit. Vanuit deze invalshoek behoeft het wetsvoorstel verbetering. In het navolgende zal het College op de verschillende onderdelen ingaan.

Artikel I onderdeel A

Aan artikel 240b wordt een nieuw lid toegevoegd, waarin wordt bepaald dat onder een afbeelding van een seksuele gedraging als bedoeld in het eerste lid mede wordt begrepen een afbeelding houdende een ontuchtige weergave van de geslachtsorganen van een persoon die kennelijk de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt. In de memorie van toelichting wordt beargumenteerd dat de betekenis die de Hoge Raad in zijn jurisprudentie heeft gegeven aan het begrip "seksuele gedraging" in artikel 240b, aansluit bij de definitie van kinderpornografie die in artikel 2 van de richtlijn is opgenomen. In deze definitie, in onderdeel c - ii, is tevens opgenomen "elke weergave voor primair seksuele doeleinden van de geslachtsorganen van een kind;". Omwille van een eenduidige implementatie wordt voorgesteld om dit onderdeel uit de definitie in artikel 240b Sr op te nemen. Een inhoudelijke wijziging van artikel 240b Sr wordt niet beoogd, de wijziging moet tevens worden gezien als een codificatie van de rechtspraak van de Hoge Raad, meer in het bijzonder HR 7 december 2010, LJN BO6446.

Het College is echter van oordeel dat met de voorgestelde wijziging niet alleen de reikwijdte van artikel 240b Sr, zoals die nu in de praktijk wordt uitgelegd, feitelijk wordt beperkt, maar ook dat de definitie in artikel 2 van de richtlijn te beperkt wordt geïmplementeerd.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 7 december 2010 de ontwikkeling van de laatste jaren in de jurisprudentie vastgelegd, waarbij met name wordt ingegaan op beeldmateriaal dat in de praktijk "poseermateriaal" wordt genoemd. Het gaat hierbij om afbeeldingen waarop niet een seksuele gedraging in klassieke zin - strafbaar gesteld in de zedenparagraaf - is afgebeeld. Te denken valt aan kinderen die in seksueel getinte poses en/of kleding poseren of (heimelijk) worden geportretteerd, deels gekleed of soms naakt. Het gaat om afbeeldingen waarbij wordt ingezoomd op al dan niet bedekte geslachtsdelen, billen, borsten of dat de nadruk hierop wordt gelegd door pose, uitsnede of camerastandpunt. Net als bij de "klassieke kinderporno" is het maken en in omloop brengen van dit materiaal bijzonder schadelijk voor minderjarigen.

In de rechtspraktijk is lange tijd geworsteld met dit materiaal. Niet altijd is een

expliciet seksuele gedraging te zien of zijn de kinderen naakt of zijn geslachtsdelen zichtbaar. Toch is de achterliggende seksuele bedoeling onmiskenbaar. De laatste jaren gaat de rechter praktisch met dit materiaal om. De rechter oordeelt dat er sprake is van strafbaar materiaal indien de afbeelding bijvoorbeeld "overduidelijk als seksueel prikkelend bedoeld is" of als de afbeelding een "kennelijk seksuele strekking" heeft, ook als het gaat om geklede kinderen en geen expliciet seksuele gedragingen zijn afgebeeld. De rechter kijkt sterk naar de kennelijke bedoeling van de afbeelding, het "seksualiseren" van kinderen.

Deze praktijk heeft de Hoge Raad in het hierboven genoemde arrest bestendigd. In rechtsoverweging 3.3 legt de Hoge Raad uit dat artikel 240b Sr ziet op twee vormen van kinderpornografie:

1. Artikel 240b Sr ziet vooreerst op een afbeelding van een gedraging van expliciet seksuele aard, zoals die aan de hand van de afbeelding zelf kan worden vastgesteld, waaronder begrepen het op zinnenprikkelende wijze tonen van de geslachtsdelen of de schaamstreek.
2. Voorts ziet artikel 240b Sr op een afbeelding die weliswaar niet een gedraging van expliciet seksuele aard in de hiervoor aangegeven zin toont, maar die, gelet op de wijze waarop zij is tot stand gekomen eveneens strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling. Hierbij kan het gaan om een afbeelding van iemand in een houding of omgeving die weliswaar op zichzelf of in andere omstandigheden "onschuldig" zouden kunnen zijn, maar die in het concrete geval een onmiskenbaar seksuele strekking heeft.

Aan de hand van het arrest van de Hoge Raad kan worden betoogd dat de voorgestelde wetswijziging geen verruiming van artikel 240b Sr betekent. Een "afbeelding houdende een ontuchtige weergave van de geslachtsorganen" valt onder de in onderdeel 1 genoemde afbeelding waarop "het op zinnenprikkelende wijze tonen van de geslachtsdelen of de schaamstreek" is te zien. Wat nu in een nieuw tweede lid van artikel 240b strafbaar wordt gesteld, is dus volgens de Hoge Raad al strafbaar. Wanneer deze wijziging tot wet wordt verheven, is de kans erg groot dat een verdachte een geslaagd verweer voert als hij aanvoert dat de wetgever er kennelijk bewust voor heeft gekozen het "grijze gebied" dat buiten artikel 240b Sr is ontstaan, zeer beperkt te definiëren. Veel materiaal dat nu door de rechter als strafbaar wordt beoordeeld zou dat na deze wetswijziging mogelijk niet meer zijn, met alle gevolgen voor strafzaken en slachtoffers van dien. De voorgestelde wijziging kan daarmee een ernstige beperking van de huidige jurisprudentie betekenen en daarmee enkele jaren Nederlandse rechtsontwikkeling teniet doen.

Voorts heeft het College ernstige bezwaren tegen de gekozen terminologie van de voorgestelde wijziging. De woorden "ontuchtig" en "geslachtsdelen" zullen tot

discussie en problemen leiden tijdens behandeling van de strafzaak op de terechtzitting. Nu de voorgestelde wettekst zich beperkt tot het begrip "geslachtsdelen" is het de vraag of daaronder ook andere, vaak strafbaar geportretteerde lichaamsdelen, zoals borsten en billen worden begrepen. Op basis van de huidige jurisprudentie is het met een seksuele bedoeling afbeelden van bedekte geslachtsdelen, borsten of billen ook strafbaar. Komt hierin als gevolg van de wetswijzing verandering in? En dienen de geslachtsdelen bedekt of onbedekt te zijn?

Het woord "ontuchtig" is in de zedenrechtspraak een woord dat problemen oplevert en doorgaans zeer beperkt wordt uitgelegd. Zie bijvoorbeeld de jurisprudentie rondom het met een overduidelijk seksuele intentie heimelijk filmen van zich omkleedende of naakte mensen in bijvoorbeeld kleedhokjes, douches en toiletten. De Hoge Raad heeft het begrip ontucht beperkt door te stellen dat dit niet als een ontuchtige handeling (in de zin van "aanranding") kan worden gezien, omdat het filmen op zichzelf niet als ontuchtige handeling kan gelden, "ook in geval de persoon die filmt of fotografeert, de intentie had om die foto's of filmpjes nadien te gebruiken ter bevrediging van zijn eigen lustgevoelens of die van derden".

Hetzelfde geldt voor de "ontuchtige weergave" die nu wordt voorgesteld: hoe kan het enkele weergeven van een afbeelding als ontuchtig worden aangemerkt? Is het niet eerder zo, gelet op de bestaande jurisprudentie over het begrip "ontuchtig", dat dan de handeling van de geportretteerde als "ontuchtig" moet worden gekwalificeerd? Die handeling is bij het "onschuldige" materiaal waar de Hoge Raad het oog op had juist niet ontuchtig, het is de kennelijke (!) strekking van de afbeelding, de strekking tot het opwekken van seksuele prikkeling, die de afbeelding strafbaar maakt.

Ten slotte wijst het College erop dat met de voorgestelde wetswijzing de definitie in artikel 2, onderdeel c - ii, van de richtlijn te beperkt wordt geïmplementeerd. De kern van deze definitie ligt besloten in het element "for primarily sexual purposes", of in de Nederlandse vertaling "voor primair seksuele doeleinden". Dit heeft betrekking op de bedoeling, de intentie, waarmee het beeldmateriaal is vervaardigd, bewaard, verkregen, etc. Dit element betreft precies dat waar de Hoge Raad in het tweede deel van het hierboven genoemde rechtsoverweging 3.3 het oog op had, namelijk: "gelet op de wijze waarop zij is tot stand gekomen eveneens strekt tot het opwekken van seksuele prikkeling". En het is juist dit element, de kern van de definitie, dat niet is opgenomen in het wetsvoorstel.

Resumerend adviseert het College voor dit onderdeel van het wetsvoorstel als volgt. Aan het voorgestelde tweede lid van artikel 240b bestaat in de rechtspraak geen behoefte omdat wordt gevreesd voor nadelige effecten. Er is een reële kans dat het voorstel zal leiden tot een beperking van de mogelijkheden om terzake van kinderpornografie te vervolgen, in die gevallen dat het beeldmateriaal weliswaar met

een seksuele intentie is vervaardigd, maar geen expliciete ontuchtige weergave bevat. Omdat de richtlijn ook niet noopt tot een aanvulling zoals nu wordt voorgesteld, de weergave van de geslachtsorganen van een kind voor primair seksuele doeleinden valt al onder artikel 240b Sr, kan het voorgestelde tweede lid beter worden geschrapt. Een aanvulling op artikel 240b Sr is zeker nodig en gewenst, maar het College zou graag zien dat een tekst wordt voorgesteld waarin de kern wordt gevormd door de kennelijke bedoeling, het kennelijke doel ("for primarily sexual purposes"), vergezeld van een uitvoerige uitleg in de memorie van toelichting waarin de grenzen van de strafbaarstelling, in overeenstemming met de Nederlandse jurisprudentie, goed aangegeven worden. Aan de eisen van de richtlijn wordt dan zeker voldaan, gelet op het feit dat de rechtspraak in Nederland kennelijk al meer is ontwikkeld dan de richtlijn voorschrijft.

Artikel I onderdeel B

Artikel 9 van de richtlijn noemt een aantal omstandigheden waarmee de rechter rekening kan houden en die moeten kunnen leiden tot een strafverzwaring voor de in de richtlijn omschreven strafbare feiten. Als verzwarende omstandigheid wordt in onderdeel a genoemd dat "het strafbare feit werd gepleegd jegens een kind in een bijzonder kwetsbare positie ...". In het voorgestelde derde lid van artikel 248 Sr wordt dit geformuleerd als: "tegen een persoon bij wie misbruik van een kwetsbare positie wordt gemaakt.". Het College meent dat dit iets anders is dan de richtlijn voorschrijft. In de richtlijn is het simpele feit dat het strafbare feit is gepleegd jegens een kind in een kwetsbare positie al voldoende om vast te stellen dat er sprake is van een strafverzwarende omstandigheid. Niet nodig is dat er in de betreffende situatie ook nog sprake moet zijn van misbruik van deze kwetsbare positie. Nu zal het misbruik in de meeste gevallen wel zijn opgesloten in het plegen van het strafbare feit. Maar zeer wel is voorstelbaar dat de verdediging zal aanvoeren dat niet is beoogd misbruik te maken van de kwetsbare positie, bijvoorbeeld omdat het voor de pleger onvoldoende kenbaar was. Dat kan juist zijn, maar de bedoeling van de richtlijn is dat ook in deze omstandigheid een strafverzwaring kan worden toegepast.

Het College adviseert derhalve om de voorgestelde tekst te vervangen door een formulering die beter past bij de tekst en de bedoeling van de richtlijn. Dat zou kunnen door bijvoorbeeld de zinsnede: "indien het feit is begaan jegens een persoon in een bijzonder kwetsbare situatie". In de memorie van toelichting kan vervolgens nader worden uitgelegd welke bijzondere kwetsbare situaties worden bedoeld.

In de toelichting op dit onderdeel dient ook aandacht te worden besteed aan het volgende. Als "bijzonder kwetsbare positie" wordt in de richtlijn ook aangemerkt "een toestand van afhankelijkheid". Deze omstandigheid doet zich echter ook nu al voor in de artikelen 249, eerste lid en 250 Sr, waar wordt gesproken over een aan de zorg of waakzaamheid toevertrouwde minderjarige. In deze gevallen ontstaat het risico van

een dubbele strafbaarstelling. Strafverzwaring kan worden toegepast indien bij het misdrijf als bedoeld in de artikelen 249, eerste lid, en 250 Sr, waarbij het kind in een afhankelijke positie verkeert, misbruik wordt gemaakt van een kwetsbare positie van het kind die bestaat in diens afhankelijkheid. Indien de strafverzwaring daadwerkelijk wordt toegepast zou de omstandigheid dat het kind zich in een afhankelijke positie bevindt, in feite tweemaal voor rekening van de dader komen. Ook bij het voorgestelde vierde lid van artikel 248 doet zich, voor zover dit betrekking heeft op artikel 249, tweede lid, Sr, het risico van een dubbele strafbaarheid voor.

Voorts vraagt het College zich af of het voorgestelde artikel 248f terecht in de opsomming van het vijfde lid van artikel 248 wordt opgenomen, nu in deze delictomschrijving het plegen van geweld expliciet wordt genoemd. Feitelijk komt de nu voorgestelde wetswijziging van artikel 248f erop neer, dat hij die door geweld een minderjarige dwingt tot ontucht met een derde, kan worden gestraft met maximaal tien jaar gevangenisstraf. Maar ingevolge artikel 248, lid 4, kan deze straf met een derde worden verhoogd indien het feit is begaan met gebruikmaking van geweld. Ook in dit geval is sprake van een deels dubbele strafbaarheid.

Ten slotte, voor wat betreft Artikel I onderdeel B, vraagt het College zich af of in het voorgestelde vijfde en zesde lid, waar het gaat om de toepassing van geweld, niet ook de dreiging met geweld dient te worden opgenomen.

En overigens meent het College dat de formulering "indien het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld" niet fraai is. Beter zou zijn "indien het feit is voorafgegaan door, vergezeld van of gevolgd door geweld".

Artikel I onderdeel D

In artikel 3, lid 6 van de richtlijn wordt strafbaar gesteld een kind door dwang, geweld of bedreigingen aanzetten tot ontuchtige handelingen met een derde. Met verbazing moet het College vaststellen dat een dergelijke strafbaarstelling tot op heden nog niet in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht is opgenomen. In de praktijk wordt al naar gelang de situatie in het concrete geval gebruik gemaakt van 242 Sr, verkrachting, 246 Sr, de feitelijke aanranding van de eerbaarheid, of artikel 248a Sr, de verleiding tot ontuchtige handelingen. Onder omstandigheden kan er ook sprake zijn van 273f Sr, mensenhandel. Er wordt in de praktijk dus wel altijd een oplossing gevonden die een vervolging mogelijk maakt, maar een zo op deze situatie toegesneden bepaling, het door geweld dwingen van een kind tot ontuchtige handelingen met een derde, ontbreekt tot op heden. Het College heeft derhalve met instemming van dit voorstel kennis genomen.

Artikel II

Artikel II heeft betrekking op een wijziging van artikel 35 van het Besluit justitiële en

09/07/2012

strafvorderlijke gegevens. Justitiële gegevens die betrekking hebben op een onherroepelijke veroordeling terzake van bepaalde zedenmisdrijven worden verstrekt aan autoriteiten van andere lidstaten ten behoeve van de werving van personeel voor activiteiten waarbij betrokkene rechtstreeks en geregeld in aanraking komen met kinderen. Deze wijziging (artikel 10 in de richtlijn) is er mede gekomen op aandringen van Nederland, nadat de noodzaak ervan is gebleken in de Amsterdamse zedenzaak. Het College juicht de wijziging dan ook toe, deze is absoluut noodzakelijk. Wel vraagt het College zich af, omdat er alleen wordt gesproken over onherroepelijke veroordelingen, of niet ook informatie over buitengerechtelijke afdoeningen met buitenlandse autoriteiten kan worden gewisseld. Daarbij kan gedacht worden aan een OM-afdoening of een behandeling in het kader van een voorwaardelijk sepot. Graag zag het College dat in ieder geval in de memorie van toelichting hieraan aandacht wordt besteed.

Enkele opmerkingen over de memorie van toelichting

In onderdeel 3 van het concept van de memorie van toelichting wordt — bij de bespreking van de bescherming van het slachtoffer — gesteld dat de Aanwijzing opsporing en vervolging inzake seksueel misbruik (Stcrt. 2010, 19123) het kader biedt voor de opsporing en vervolging van zedenmisdrijven. In die Aanwijzing heeft ook de zorg voor het slachtoffer een centrale plaats gekregen. Het College wijst erop dat in deze paragraaf ook de Aanwijzing kinderpornografie (Stcrt. 2010, 19121) kan worden genoemd. Deze Aanwijzing biedt een kader voor de opsporing en vervolging van kinderpornografie in het bijzonder en bevat ook elementen voor de bescherming van het slachtoffer. Bijvoorbeeld dat het slachtoffer door ten minste één bevoegd zedenrechercheur moet worden verhoord en met het oog op de belangen van het slachtoffer uiterste zorgvuldigheid betrachten bij de omgang met inbeslaggenomen materiaal.

In de toelichting op Artikel I, onderdeel B, wordt op pagina 12 in de passage over strafverzwaring per abuis gesproken over artikel 43 Sr waar waarschijnlijk artikel 43a is bedoeld.

Hoogachtend
Het College van procureurs-generaal

