

De Minister van Justitie en Veiligheid
Prof.mr. F.B.J. Grapperhaus
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
9 juni 2021

Contactpersoon
J.M.E. Smilde

Onderwerp
Wet bestuursrechtelijke aanpak online kinderpornografisch materiaal

Geachte heer Grapperhaus,

Via de internetconsultatie kreeg de Wetenschappelijke Commissie (WeCo) van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) in februari van dit jaar het wetsvoorstel inzake de bestuursrechtelijke aanpak online kinderpornografisch materiaal onder ogen. Het spijt de WeCo dat dit wetsvoorstel haar niet via de gebruikelijke weg van advisering – dus via de directie wetgeving van het ministerie – heeft bereikt. Daardoor heeft de advisering langer op zich heeft laten wachten dan wenselijk is. Desondanks hecht de WeCo eraan alsnog enige opmerkingen te maken.

1. Achtergrond

Het wetsvoorstel is erop gericht online kinderpornografisch materiaal van het internet te verwijderen. Via bestuursrechtelijke weg moet het mogelijk worden op te treden tegen aanbieders van communicatiediensten die het mogelijk maken online kinderpornografisch materiaal op te slaan of door te geven, maar nalaten daar (uit eigen beweging) actie tegen te ondernemen. In de voorgestelde wet wordt daartoe onder andere een nieuw orgaan in het leven geroepen, te weten de Autoriteit aanpak online kinderpornografisch materiaal (hierna: de Autoriteit).

2. Overwegingen

2.1 Onvoldoende motivering bestuursrechtelijke aanpak

In de eerste twee paragrafen van de memorie van toelichting (mvt) is uiteengezet waarom het volgens de minister noodzakelijk is naast het bestaande strafrechtelijke instrumentarium ook bestuursrechtelijke maatregelen te treffen. De WeCo is van mening dat de motivering waarom naast de al bestaande bevoegdheden van politie en justitie ook een noodzaak bestaat tot aanvullende bestuursrechtelijke bevoegdheden, uit te oefenen door een nieuw op te richten zelfstandig bestuursorgaan, mager is. Op bladzijde 3 van de mvt wordt alleen gesteld dat dit nodig zou zijn “als sluitstuk van zelfregulering”, die, volgens diezelfde mvt, op zich wel goed functioneert. Waarom de al bestaande bevoegdheden van politie en justitie (kennelijk) niet als dat sluitstuk (kunnen) functioneren wordt niet toegelicht.

Ook de motivering waarom een geheel nieuw zelfstandig bestuursorgaan wordt opgetuigd met bevoegdheden die in beginsel ingrijpen in (de middelen tot) vrijheid van meningsuiting, schiet volgens de WeCo tekort.

2.2 *De Autoriteit aanpak online kinderpornografisch materiaal*

In paragraaf 2 van het wetsvoorstel (de artikelen 2 tot en met 7) wordt voorzien in de oprichting van een nieuw zelfstandig bestuursorgaan, de Autoriteit aanpak online kinderpornografisch materiaal. De WeCo mist in de mvt op dit punt een duidelijke en toereikende motivering waarom (weer) een nieuw zelfstandig bestuursorgaan in het leven moet worden geroepen. Weliswaar zijn de taken die in dit wetsvoorstel worden geattribueerd nog niet aan een bestaand (zelfstandig) bestuursorgaan toebedeeld, maar dat is op zichzelf geen reden om een nieuw bestuursorgaan op te richten; het attribueren van overheids taken aan *bestaande* bestuursorganen is immers alleszins gebruikelijk en heeft uit praktisch oogpunt – bijvoorbeeld ten aanzien van de bemensing – ook voordelen.

De enige concrete uitleg staat op bladzijde 12 van de mvt; de in dit wetsvoorstel te attribueren taken zouden politiek onafhankelijke oordeelsvorming vergen (de zin in het midden van bladzijde 12 waarin wordt gesproken van een noodzaak tot politiek *afhankelijke* oordeelsvorming is gelet op de context een kennelijke verschrijving). De WeCo onderschrijft op zichzelf dat bestuursrechtelijke handhaving politiek onafhankelijk moet zijn, maar daarmee is nog niet gemotiveerd waarom de taken niet kunnen worden belegd bij een reeds bestaand zelfstandig bestuursorgaan of bij het Openbaar Ministerie.

Naar het de WeCo voorkomt ligt het primaat van de bestrijding van kinderpornografie bij de politie en het Openbaar Ministerie. Het gaat immers per definitie om strafbare feiten. Niet duidelijk is waarom dan het complementaire bestuursrechtelijke handavingsinstrumentarium, als dat nodig wordt geacht (zie de opmerkingen hiervoor) niet ook aan het OM wordt geattribueerd. De WeCo vraagt de minister hierop in de mvt nader in te gaan.

2.3 *Strafvordering en bestuursrecht*

De WeCo merkt verder op dat de in dit wetsvoorstel opgenomen bevoegdheden niet alleen complementair zijn aan die van het OM, maar er ook mee overlappen; de officier van justitie kan immers op grond van het Wetboek van Strafvordering (Sv) ook maatregelen nemen in het kader van een opsporingsonderzoek tegen het opslaan en doorgeven van kinderpornografisch materiaal. Voor de bevoegdheid tot het opleggen van boetes geldt uiteraard dat die niet gelijktijdig met strafvervolgning voor dezelfde overtreding kan worden uitgeoefend op grond van het verbod van dubbele bestraffing. In de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is nog wel een (summiere) afstemmingsregeling opgenomen om dat te voorkomen (artikel 5:44), maar een dergelijke afstemmingsregeling ontbreekt voor de niet-bestrafende maatregelen op grond van Sv. enerzijds en het wetsvoorstel anderzijds. Verder bevat het wetsvoorstel alleen een grondslag voor het overdragen van informatie door de voorgestelde Autoriteit aan de politie (in artikel 7, tweede lid), terwijl omgekeerd een regeling ontbreekt waarbij politie of OM informatie kunnen overdragen aan de Autoriteit, terwijl juist bewijs dat in een strafrechtelijk opsporingsonderzoek is vergaard mede kan dienen om bestuursrechtelijke handavingsbesluiten te onderbouwen.

De afstemming tussen de opsporingsactiviteiten van politie en justitie enerzijds en de toezichts- en handhavingsactiviteiten van de autoriteit anderzijds is in het wetsvoorstel slechts summier aangeduid door in artikel 7, eerste lid, een algemeen geformuleerde bepaling omtrent overleg op te nemen.

Een en ander betekent dat het risico bestaat dat de Autoriteit de opsporing en vervolging door het OM (onbedoeld) gaat doorkruisen en tegelijkertijd dat de autoriteit en het OM langs elkaar heen gaan werken, omdat niet is voorzien in uitwisseling van informatie.

2.3.1 Attributie van bevoegdheden

De WeCo is zich ervan bewust dat het ongebruikelijk is dat het OM bestuursrechtelijke bevoegdheden uitoefent zoals in dit wetsvoorstel voorzien. Tegelijkertijd maakt de nauwe verwevenheid met opsporing en vervolging van kinderporno het naar de mening van de WeCo minder gewenst dat een ander bestuursorgaan dergelijke bevoegdheden gaat uitoefenen, gelet op de hiervoor genoemde risico's van doorkruising van opsporing en vervolging en gebrek aan afstemming. Mocht de minister het desalniettemin toch nodig vinden een bestuursrechtelijk instrumentarium op te tuigen, dan adviseert de WeCo dit te attribueren aan het OM.

Als attributie aan het OM niet mogelijk of niet wenselijk zou zijn, adviseert de WeCo deze bevoegdheden toe te kennen aan een reeds bestaand zelfstandig bestuursorgaan, bijvoorbeeld aan de Autoriteit Consument en Markt die ruime ervaring heeft met het houden van toezicht op activiteiten via het internet. Daarmee wordt voldaan aan de wens van oordeelsvorming onafhankelijk van politieke sturing. Wel zal dan de afstemming met de bevoegdheden en activiteiten van politie en OM goed geregeld moeten worden. In dat verband merkt de WeCo nog het volgende op:

2.4 Taken en bevoegdheden van de Autoriteit

Het is kennelijk de bedoeling dat de beoogde nieuw op te richten Autoriteit (of een al bestaand zelfstandig bestuursorgaan) zelfstandig (opsporings)onderzoek kan doen naar de naleving van de zorgplicht van artikel 8 door aanbieders van hostingdiensten. Elke nadere regeling van de bevoegdheden daartoe ontbreekt echter in dit wetsvoorstel. Dat betekent dat de bevoegdheden van de Autoriteit alleen worden genormeerd door de algemene bepalingen inzake toezicht in Titel 5.2 van de Awb, die naar hun aard niet nader zijn toegespitst op de specifieke activiteiten van individuele bestuursorganen. Gezien het potentieel ingrijpende karakter van de maatregelen die de Autoriteit kan nemen (zoals blijkt uit met name paragraaf 5.1 van de mvt) schiet het wetsvoorstel in dit opzicht in de ogen van de WeCo tekort.

Als toch gekozen zou worden voor een nieuw zelfstandig bestuursorgaan, valt op dat de regeling van deze Autoriteit in het voorliggende wetsvoorstel uiterst summier is. Zo zijn de in paragraaf 4.3 van de mvt omschreven taken van de autoriteit merendeels niet in de voorgestelde wettekst zelf terug te vinden. In artikel 2 zijn twee taken genoemd, het ontoegankelijk maken van materiaal, een taak die in paragraaf 3 van het wetsvoorstel verder wordt uitgewerkt, en het doen van onderzoek en het geven van informatie. Die tweede taak is verder niet uitgewerkt in het wetsvoorstel. Het onderzoek wordt niet nader geregeld en er worden geen concrete bevoegdheden voor toegekend, zoals hiervoor al opgemerkt. Aan wie informatie kan worden verstrekt en met welk doel precies wordt ook niet nader

uitgewerkt. De in de mvt genoemde maatschappelijke samenwerking (stimuleren van marktpartijen en mobiliseren van kennis) is in de wettekst niet terug te vinden. In de mvt wordt verder gesproken over het inrichten van een meldpunt. Ook daarover is in de wettekst niets terug te vinden. De WeCo concludeert dus nogmaals dat de noodzaak om een nieuw zelfstandig bestuursorgaan in het leven te roepen onvoldoende is gemotiveerd en dat de regeling van zowel het voorgestelde orgaan zelf als de taken en bevoegdheden veel te summier is.

2.5 Naleving van de zorgplicht

De basis voor het bestuursrechtelijk handavingsinstrumentarium in paragraaf 3 van de wet is een zorgplicht voor aanbieders van hostingdiensten (artikel 8, eerste lid). Bij niet-naleving van die zorgplicht kan een bestuurlijke boete worden opgelegd (artikel 8, derde lid). Daarnaast kan aan een aanbieder die de zorgplicht niet naleeft een aanwijzing worden gegeven om concreet in de aanwijzing omschreven maatregelen te nemen (artikel 9), waarvan de naleving kan worden afgedwongen door middel van een last onder dwangsom (artikel 10).

De zorgplicht zoals geformuleerd in artikel 8, eerste lid, is (onvermijdelijk, zoals uiteengezet in paragraaf 3.1 de mvt) een open en niet duidelijk omschreven norm: de aanbieder moet “passende en evenredige” maatregelen nemen om de opslag en doorgifte van online kinderpornografisch materiaal via zijn diensten te “beperken”.

Die onduidelijkheid ten aanzien van de zorgplicht betekent dat een overtreding ervan niet eenvoudig te bewijzen is voor het bestuursorgaan dat bevoegd is daarvoor een boete op te leggen. Aangezien het uitdrukkelijk een inspanningsverplichting betreft en het ook nog eens van de aard van de aanbieder afhangt wat er in concreto verlangd kan worden als “passend” en “evenredig”, is het twijfelachtig of deze zorgplicht rechtstreeks te handhaven valt door middel van boete-oplegging. Het zou aanbeveling verdienen de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete te koppelen aan het (niet-)naleven van een aanwijzing als bedoeld in artikel 9. In de aanwijzing wordt de zorgplicht immers geconcretiseerd voor de individuele aanbieder en krijgt deze concrete maatregelen opgelegd die getroffen moeten worden. In verbinding met de verplichting van de aanbieder om informatie te geven over de naleving van de aanwijzing (artikel 8, tweede lid) is het niet-naleven van een aanwijzing als overtreding een veel duidelijker en veel eenvoudiger te bewijzen overtreding.

Omgekeerd lijkt het vanuit het perspectief van aanbieders van hostingdiensten van belang dat zij omwille van de rechtszekerheid pas bestraft kunnen worden als voor hen voldoende concreet duidelijk is welke maatregelen zij moeten nemen en waartegen. De vaagheid van de wettelijke zorgplicht, die ook blijkt uit de vage toelichting (de artikelsgewijze toelichting verwijst alleen naar het algemeen deel), maakt dat de nu voorgestelde bevoegdheid tot het opleggen van boetes op gespannen voet staat met het Lex-certa beginsel. Als de wetgever al niet in staat is deze zorgplicht nader te concretiseren en deze omschrijft als een inspanningsverplichting, dan is het voor aanbieders nog moeilijker om in te schatten of zij zich voldoende inspannen om een boete te ontlopen.

2.6 De bestuurlijke boete

In artikel 11, derde lid, is bepaald dat de boete in een hogere categorie valt als “de overtreding bestaat uit het stelselmatig nalaten opvolging te geven aan een krachtens artikel 9, eerste lid, gegeven aanwijzing”. In artikel 12 is voorzien in openbaarmaking van een

bestuurlijke boete, in het geval dat een aanbieder van hostingdiensten stelselmatig geen opvolging heeft gegeven aan aanwijzingen als bedoeld in artikel 9. Die twee bepalingen suggereren een stelsel waarbij een aanwijzing vooraf gaat aan het opleggen van een boete en waarbij de overtreding bestaat uit het niet-naleven van de aanwijzing waarbij de zorgplicht is geconcretiseerd. Daarvan is de WeCo voorstander. Zoals het wetsontwerp nu luidt, stroken de artikelen 11 en 12 in dit opzicht evenwel niet met artikel 8, derde lid. De WeCo adviseert de minister het voorstel op dit punt aan te passen. Verder mist de WeCo een motivering in de mvt omtrent de meerwaarde van een bestuurlijke boete naast het strafrechtelijk handavingsinstrumentarium en de bevoegdheid om door middel van een last handhavend te kunnen optreden.

2.6.1 Openbaarmaking

Omtrent de openbaarmaking merkt de WeCo op dat openbaarmaking als regel inderdaad minder wenselijk is, wanneer een boete rauwelings kan worden opgelegd, zoals nu voorzien in artikel 8, derde lid, omdat de mate van verwijtbaarheid voor een aanbieder gering kan zijn. Als wordt gekozen voor het opleggen van een boete alleen als een aanwijzing niet wordt opgevolgd, zoals de artikel 11, derde lid en artikel 12 suggereren, kan dat anders liggen. In dat geval zal in de regel immers sprake zijn van opzet of in elk geval grove schuld. Door de aanwijzing weet de aanbieder immers dat hij de zorgplicht niet voldoende heeft nageleefd en welke maatregelen hij moet treffen. Laat hij dat na, dan gebeurt dat dus bewust. Mocht sprake zijn van overmacht, dan geldt op grond van artikel 5:41 Awb dat geen boete mag worden opgeleverd wegens het ontbreken van verwijtbaarheid. Er lijkt dan geen noodzaak meer te bestaan de openbaarmakingsbehoefte te reserveren voor recidive-gevallen. Daarbij merkt de WeCo ook nog op dat “stelselmatig” uit oogpunt van rechtszekerheid een te weinig bepaalde norm is. Een discretionaire openbaarmakingsbevoegdheid, die door het bevoegde bestuursorgaan door middel van een beleidsregel kan (en uit oogpunt van rechtszekerheid: moet) worden ingevuld, is dan te prefereren.

2.6.2 Last onder dwangsom

De WeCo constateert dat een last onder dwangsom, anders dan de boete, op grond van artikel 10 alleen kan worden opgelegd als een eerder gegeven aanwijzing niet wordt nageleefd. Dat is niet noodzakelijk, omdat de “last” per definitie een concretisering van de zorgplicht van artikel 8, eerste lid, vergt. In de last moeten immers de maatregelen worden beschreven die de aanbieder moet treffen om de overtreding van de zorgplicht ongedaan te maken en daarmee aan verbeurte van de dwangsom te ontkomen (artikel 5:32a, eerste lid, Awb). Bovendien moet in beginsel aan het opleggen van een last een voornemen vooraf gaan (artikel 4:8 van de Awb). Dat roept de vraag op welke meerwaarde het heeft om aan het opleggen van een last een aanwijzing vooraf te laten gaan, temeer omdat deze tussenstap tot vertraging in de handhaving en daarmee tot verminderde slagvaardigheid leidt. De effectiviteit van het bestuursrechtelijk optreden en de meerwaarde daarvan naast het strafrechtelijk instrumentarium is erin gelegen dat met bestuursrechtelijke maatregelen direct en gericht kan worden opgetreden, terwijl een bestraffende sanctie per definitie achteraf wordt opgelegd en op zichzelf niet onmiddellijk tot beëindiging van de overtreding leidt.

2.6.3 *Last onder bestuursdwang*

In het verlengde hiervan valt het op dat wel een bevoegdheid wordt opgenomen een last onder dwangsom op te leggen, maar geen bevoegdheid tot het opleggen van een last onder bestuursdwang. Dat is opmerkelijk in het licht van de algemene regeling in de Awb, die de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom toekent aan elk bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen (artikel 5:32 Awb). De slagvaardigheid van bestuursrechtelijke handhaving kan juist gediend zijn bij een last onder bestuursdwang. Juist met een last onder bestuursdwang kan immers meteen een einde worden gemaakt aan een overtreding als daartoe noodzaak bestaat. De begunstigingstermijn kan kort zijn, waarna het bevoegde bestuursorgaan ingeval van niet-naleving zelf de last kan effectueren (artikel 5:21, onder b, Awb, zie ook de concrete effectueringsmodaliteiten in artikel 5:27 tot en met 5:29 Awb) op kosten van de overtreder (artikel 5:24 Awb). In zeer dringende gevallen is zelfs onmiddellijke uitvoering mogelijk, die achteraf in een besluit wordt bevestigd (artikel 5:32 Awb). In de mvt is niet terug te vinden waarom wel de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom wordt geattribueerd, maar niet die tot het opleggen van een last onder bestuursdwang.

2.6.4 *Samenvatting*

Samenvattend is de WeCo van mening dat de effectiviteit van het bestuursrechtelijk handavingsinstrumentarium en de rechtszekerheid erbij gebaat zouden zijn als de bevoegdheid tot opleggen van een bestuurlijke boete zou worden gebaseerd op het niet-naleven van een aanwijzing waarin de zorgplicht van artikel 8, eerste lid, is geconcretiseerd. Omwille van de effectiviteit acht de WeCo juist de bevoegdheid tot het direct opleggen van een last aan te bevelen, zonder voorafgaande aanwijzing, waarbij de last zowel door middel van een dwangsom als bestuursdwang kan worden afgedwongen. De WeCo adviseert de minister daarom het handavings-instrumentarium nader te overwegen.

2.7 *Rechtsbescherming*

De artikelen 14 en 15 hebben wat de WeCo betreft, het opschrift van paragraaf 4 ten spijt, weinig met rechtsbescherming van doen. De rechtsbescherming is niet geregeld. Ook in de mvt mist de WeCo gedachten over de rechtsbescherming. Dat klemmt temeer nu de voorgestelde handavingsmaatregelen ingrijpen in de middelen tot vrije meningsuiting. Ook op dit onderdeel schiet het wetsvoorstel dus naar de mening van de WeCo tekort.

3. *Conclusie*

Het wetsvoorstel zoals dat nu is geformuleerd, schiet naar het oordeel van de WeCo op meerdere onderdelen te kort en is onvoldoende onderbouwd inde mvt. De WeCo adviseert daarom dit wetsvoorstel terug te nemen en te heroverwegen.

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,



Prof.dr.mr. M.E. de Meijer
voorzitter a.i.