



De Minister van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum
27 augustus 2012

Kenmerk
B 2.1.12/002871/2050/JT

Uw kenmerk
269382

Onderwerp
Concept-wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad (PbEU L 335)

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 6 juni 2012, met kenmerk 269382, heeft u de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) advies gevraagd over het conceptwetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn 2011/93/EU van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad (PbEU L 335). Dit advies is voorbereid door leden van de NVvR en vastgesteld door de wetenschappelijke commissie van de NVvR.

1. Aard en strekking

Volgens de memorie van toelichting strekt de richtlijn tot vervanging van het in de aanhef genoemde kaderbesluit. De richtlijn is tot stand gekomen omdat deze een breder internationaal kader biedt voor de bestrijding van deze grensoverschrijdende delicten en de voortschrijdende digitalisering.

De voorgestelde wetswijziging voorziet, naar de mening van de NVvR, in grote lijnen wel in de bedoelde implementatie van de richtlijn, maar sluit op sommige plaatsen niet geheel aan bij de richtlijn.

2. Definities

De richtlijn stelt minimumregels vast voor de definitie van strafbare feiten en sancties op het toepassingsgebied en bevat tevens bepalingen ter versterking van de preventie. Artikel 2 van de richtlijn geeft enkele definities, zoals dat onder een kind wordt verstaan een persoon jonger dan achttien jaar, het begrip seksuele meerderjarigheid en kinderpornografie.

Om hieraan uitvoering te geven wordt in artikel 240b van het Wetboek van strafrecht (hierna Sr) een lid ingevoegd dat een definitie geeft van kinderpornografie, die nader aangeeft hetgeen mede onder een afbeelding van een seksuele gedraging zoals genoemd in art. 240b

lid 1 Sr wordt verstaan. Volgens de definitie wordt onder 'kinderpornografie' mede begrepen een afbeelding houdende een *ontuchtige* weergave van de geslachtsorganen van een persoon die *kennelijk* de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt.

Uit de parlementaire behandeling van de zedelijkheidswetgeving volgt dat het veelal de begeleidende omstandigheden zijn die een seksuele gedraging maken tot een ontuchtige gedraging. In de inleiding van de memorie van toelichting bij het betreffende wetsvoorstel (kamerstukken 1988-1989, 20930, nr. 3, p. 2) is door de Minister van Justitie vermeld: 'Men zal mijns inziens bij ontucht (...) moeten denken aan handelingen, gericht op seksueel contact althans contact van seksuele aard in strijd met de sociaal-ethische norm zonder dat het hier om buitengewone afschuwwekkende daden zou gaan.'

De memorie van antwoord bij dat wetsvoorstel (kamerstukken 1988-1989, 20930, nr. 5, p. 4-5) houdt onder meer in: 'Het doel van de zedelijkheidswetgeving is naar mijn oordeel het beschermen van de seksuele integriteit van personen, die daartoe zelf, op een bepaald moment dan wel in het algemeen, niet in staat zijn. (...) Dat zeer jeugdige kinderen daartoe niet in staat zijn, is duidelijk. Zij dienen beschermd te worden tegen alle handelingen die als seksuele handelingen kunnen worden gekwalificeerd.'

De omstandigheden van het geval zijn dus bij het beoordelen of al dan niet is gehandeld in strijd met een sociaal-ethische norm van grote betekenis. Bij die beoordeling speelt de rechter een belangrijke rol. Daarin moet naar de mening van de NVvR geen wijziging worden aangebracht.

Eerder werd de interpretatie van hetgeen in het kader van de strafwetgeving onder een seksuele gedraging wordt verstaan, nadrukkelijk aan de rechter overgelaten. Aan de term 'afbeelding van een seksuele gedraging' in de zin van art. 240b, eerste lid, Sr kwam op zichzelf onvoldoende feitelijke betekenis toe. Zonder feitelijke omschrijving van die afbeelding in de tenlastelegging voldeed de dagvaarding volgens vaste rechtspraak niet aan de in art. 261, eerste lid, Sv gestelde eis van opgave van het feit (vgl. HR 20 december 2011, LJN BS1739, NJ 2012/147; HR 28 september 2004, LJN AQ3710, NJ 2004/684). Onder een afbeelding van een seksuele gedraging werd in de gangbare jurisprudentie tevens verstaan een afbeelding waarbij op zinnenprikkelende wijze geslachtsdelen worden getoond. In het wetsvoorstel is gekozen voor het begrip "ontuchtig". Naar de mening van de NVvR zal evenwel nog steeds dienen te worden beoordeeld of de weergave van geslachtsdelen van een kind zinnenprikkelend is of niet.

In dit verband wijst de NVvR op een recente uitspraak van de Hoge Raad inzake (telkens) de weergave van het geslachtsorgaan van een persoon die de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt (HR 31 januari 2012, LJN BT1822). Het Hof stelde vast dat de verdachte enkele fragmenten van een op televisie uitgezonden documentaire over puberteit heeft geselecteerd en vervolgens op videoband heeft opgeslagen en dat deze fragmenten close-up opnamen betreffen van een penis van een jongen van kennelijk 6 tot 9 jaar oud en van een jongen van kennelijk 12 tot 14 jaar oud. Het Hof heeft geoordeeld dat deze fragmenten door de handelwijze van de verdachte afbeeldingen zijn geworden in de zin van art. 240b Sr. De Hoge Raad oordeelt dat zonder nadere motivering niet valt in te zien hoe fragmenten van een televisiedocumentaire die geen afbeeldingen van een seksuele gedraging in de zin van art. 240b Sr bevatten, door het enkele selecteren, isoleren en opnemen op videoband afbeeldingen van seksuele gedragingen zijn geworden waartoe de in die fragmenten figurerende jeugdigen zijn gebracht (vgl. HR 10 juni 2003, LJN AF6437, NJ 2003/609). Dat brengt mee dat 's Hofs oordeel dat de op die videoband bevindende fragmenten afbeeldingen zijn in de zin van art. 240b Sr niet naar de eis der wet met redenen is omkleed. Een overeenkomstige eis van motivering als die de Hoge Raad hier stelt zal naar de mening van de NVvR moeten blijven gelden voor het bewijs van een afbeelding houdende een ontuchtige weergave van de geslachtsorganen van een persoon die kennelijk de leeftijd van



achttien jaar nog niet heeft bereikt. De duidelijkheid die de wetswijziging schept is in zoverre beperkt. De NVvR verzoekt de minister deze uitleg te bevestigen.

Een richtlijnconforme interpretatie zal volgens de memorie van toelichting zijn dat de weergave bestemd is voor primair seksuele doeleinden. In de memorie van toelichting wordt eveneens als vorm van kinderpornografie genoemd materiaal dat bestaat uit realistische afbeeldingen van een niet bestaand, virtueel kind, zogenaamde virtuele kinderpornografie.

Bij het creëren daarvan behoeft dus geen kind als slachtoffer betrokken te zijn. In de memorie van toelichting wordt verwezen naar de herziening van art. 240b Sr In 2002, waarbij wat betreft de term 'kinderpornografie' is ingevoerd dat er ook sprake kan zijn van een seksuele gedraging waarbij *schijnbaar* een kind betrokken is; met andere woorden het behoeft niet te gaan om een werkelijk bestaand kind, maar het kan een virtueel kind zijn. De NVvR is van mening dat hiermee evenwel de strafbaarstelling tot een onvoorzienbaar bereik wordt opgerekt. Het is namelijk niet ondenkbaar dat hierdoor ook realistische tekeningen onder de strafbaarstelling kunnen worden gebracht. De NVvR is van mening dat het de vraag is of een dergelijke oprekking opportuun is. In de richtlijn wordt gesproken over afbeeldingen van een kind, of afbeeldingen van geslachtsorganen van een kind. De NVvR is van mening dat dit inhoudt dat sprake moet zijn van een betrokken bestaand kind en niet van een virtueel kind.

3. Artikelsgewijs

Bij de bestudering van de richtlijn en het wetsvoorstel heeft de NVvR geconcludeerd dat niet alle elementen van de richtlijn zijn overgenomen. De NVvR is echter van mening dat de hieronder genoemde verschillen tussen richtlijn en wetsvoorstel niet wenselijk zijn, dan wel voor onduidelijkheden zorgen, vanwege landelijke verschillen. De NVvR verzoekt de minister daarom het wetsvoorstel op onderstaande punten nader aan te passen dan wel te verduidelijken.

Artikel 3 lid 2 van de richtlijn schrijft voor dat strafbaar wordt gesteld met een maximumstraf van één jaar gevangenisstraf een kind voor seksuele doeleinden getuige te laten zijn van seksuele handelingen zonder dat het daaraan hoeft deel te nemen. Deze strafbaarstelling is niet in het wetsvoorstel opgenomen, aangezien artikel 240a Sr. daarin reeds voorziet.

De richtlijn schrijft voor een maximumgevangenisstraf van ten minste acht jaar voor een aantal delicten waarbij kinderen die nog niet seksueel meerderjarig zijn betrokken zijn en van een gevangenisstraf van ten minste tien jaar ingeval gebruik wordt gemaakt van dwang, geweld of bedreiging; ingeval het kind seksueel meerderjarig is, zou het maximum liggen op vijf jaar. Voorgesteld wordt in het wetsvoorstel de maxima daaraan aan te passen in de artikelen 240b, 244, 245, 248a t/m 248f, 249 lid v1 en 250 Sr door de mogelijkheid in te voeren dat de straffen met 1/3 deel worden verhoogd, ingeval het feit wordt begaan tegen een persoon bij wie misbruik wordt gemaakt van een kwetsbare positie.

Hetzelfde wordt voorgesteld voor de artikelen 242, 246 en 249 lid 2 Sr ingeval het betreft een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar bij wie misbruik wordt gemaakt van een kwetsbare positie. Tevens wordt voorgesteld het maximum met 1/3 deel te verhogen van de in de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249 lid 2 Sr omschreven delicten, ingeval het wordt begaan tegen een persoon beneden de leeftijd van achttien jaar en het feit is voorafgegaan, vergezeld of gevolgd van geweld. Hierbij zij aangetekend dat de richtlijn eveneens spreekt over dwang en bedreiging. Deze strafverzwarende elementen zijn niet terug te vinden in het wetsvoorstel. De NVvR adviseert de minister het wetsvoorstel op dit punt aan te passen, dan wel in de memorie van toelichting aan te geven waarom dat niet nodig is



In het nieuw voorgestelde artikel 248f Sr wordt het bewerkstelligen of bevorderen door middel van dwang, geweld, een andere feitelijkheid, dreiging met geweld of een andere feitelijkheid van ontucht door een kind strafbaar gesteld met een maximum van tien jaar gevangenisstraf. Het met elkaar in overeenstemming brengen van de strafmaxima in de verschillende landen leidt nog niet tot harmonisatie van de strafduren, aangezien de landen verschillende ingangsmomenten kennen waarop een tot gevangenisstraf veroordeelde vervroegd of voorwaardelijk in vrijheid wordt gesteld.

Voorts wordt artikel 35 van het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens gewijzigd. Voorgesteld wordt dat gegevens omtrent onherroepelijke veroordelingen ter zake van de misdrijven vermeld in artikel 240b, 242 t/m 250 en 273f Sr op verzoek worden verstrekt aan een centrale autoriteit van een andere lidstaat ten behoeve van een procedure die verband houdt met het aannemen van personeel voor activiteiten waarbij de betrokkene rechtstreeks in aanraking komt met kinderen.

Hierbij is volgens de NVvR de vraag in hoeverre daardoor tegemoet wordt gekomen aan de behoefte in andere landen om in kennis te worden gesteld van strafrechtelijke documentatie van zedenmisdrijven bij sollicitatieprocedures; immers het is niet waarschijnlijk dat de betreffende sollicitatiecommissies of werkgevers weten in welk land gegevens moeten worden opgevraagd. De NVvR is van mening dat het zinvoller is wanneer een te raadplegen centraal register voor de aangesloten lidstaten wordt ingesteld.

Het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak,
Namens deze de Wetenschappelijke Commissie,

J. Silvis
voorzitter

