

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. mevrouw mr. A.G. van Dijk,
Directeur Wetgeving en Juridische Zaken
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 11 juni 2018
dossinummer:
uw kenmerk:
telefoonnummer:
e-mail:

Betreft: consultatie wetsvoorstel herwaardering strafbaarstelling actuele delictsvormen

Geachte mevrouw Van Dijk,

Bij brief van 1 mei 2018 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het concept wetsvoorstel herwaardering strafbaarstelling actuele delictsvormen. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissie strafrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mr. R.A. Fibbe
lid algemene raad

bijlage: advies van de adviescommissie

Advocatenorde
Neuhuyskade 94
1396 XM Den Haag
Tel 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van	:	adviescommissie strafrecht
Datum	:	11 juni 2018
Betreft	:	Concept-wetsvoorstel herwaardering strafbaarstelling actuele delictsvormen

SAMENVATTING

- Het concept wetsvoorstel voorziet in een tiental wetswijzigingen die zich laten rangschikken in drie categorieën:
 - Categorie 1: Nieuwe strafbare feiten
 - Categorie 2: Strafmaxima / strafverzwarringsgronden
 - Categorie 3: Verjaringstermijn
 De ACS adviseert ten aanzien van deze categorieën als volgt:

- Categorie 1: Nieuwe strafbare feiten
Strafbaarstelling behulpzaamheid bij illegale prostitutie (art. 206a Sr nieuw)
 - De ACS heeft op zichzelf geen (principiële) bezwaren tegen het voorgestelde art. 206a Sr. Wel heeft zij diverse opmerkingen en vragen.
 - De ACS adviseert het wetsvoorstel op dit punt in te trekken. In plaats daarvan dient het voorgestelde art. 206a Sr onderdeel uit te maken van de aangekondigde wijziging van de 'Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche' (WRP).
 - Gelet op de uitleg die wordt gegeven aan het bestanddeel "*winstbejag*" vraagt de ACS zich af of ook de klant van de prostituee onder de reikwijdte van het voorgestelde art. 206a Sr valt.
 - De ACS acht het wenselijk dat duidelijker wordt gemaakt dat en waarom hulpverleners – waaronder de ACS ook advocaten verstaat – niet onder de reikwijdte van het voorgestelde art. 206a Sr vallen. Dit vereist onder meer een nadere toelichting bij de term "*kern van de seksuele dienstverlening*";
 - De ACS vraagt zich af wat precies bedoeld wordt met het bestanddeel "*ernstige reden had om te vermoeden*". Meer in het bijzonder of hieraan dezelfde uitleg moet worden gegeven als de evenknie van dit bestanddeel in art. 11a Opiumwet.
 - De ACS vraagt zich af het voorgestelde art. 206a Sr ook van toepassing is op behulpzaamheid vanuit Nederland bij illegale prostitutie in het buitenland. Zo ja, naar welk recht moet dan worden beoordeeld of de prostitutie wederrechtelijk is?
 - De ACS adviseert om qua strafmaximum te differentiëren tussen de opzetvariant ("*weel*") en de schuldvariant ("*ernstige reden heeft om te vermoeden*") van het voorgestelde art. 206a Sr (vgl. de witwas-bepalingen art. 420*bis* en art. 420*quater*).
 - De ACS mist aandacht voor de verhouding van art. 206a Sr tot andere relevante strafbepalingen in geval van samenloop.

- Strafbaarstelling misbruik seksueel beeldmateriaal (art. 139h nieuw)
 - Voor het voorgestelde art. 139h Sr geldt dat de ACS eveneens op zichzelf geen (principiële) bezwaren heeft. Wel heeft zij ook hier diverse opmerkingen en vragen
 - De ACS vraagt zich af waarom op een wezenlijk punt is gekozen voor een afwijkende terminologie tussen het voorgestelde art. 139h ("*seksueel beeldmateriaal*") en de strafbaarstelling van kinderporno in art. 240b ("*afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging*"). Hebben beide termen wel dezelfde reikwijdte? Zo nee, waarom niet?
 - De ACS vraagt zich af wanneer precies sprake is van "*aan een ander bekend*" of "*openbaar*" maken.

- De ACS vraagt zich af of het bestanddeel "oogmerk van benadeling van de betrokkene" vereist dat de betrokkene zich ook daadwerkelijk benadeeld heeft gevoeld. Of is reeds voldoende dat benadeling werd beoogd ongeacht of dit daadwerkelijk gelukt is?
 - De ACS gaat er vanuit dat art. 139h Sr geen klachtdelict zal zijn. Dit acht zij onwenselijk, te meer als niet vereist is dat de betrokkene zich ook daadwerkelijk benadeeld heeft gevoeld (zie hiervoor).
 - De ACS mist aandacht voor de vraag in hoeverre sociale media en internet service providers (ISPs) strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn op grond van het voorgestelde art. 139h Sr.
 - De ACS mist aandacht voor de verhouding van art. 139h Sr tot andere relevante strafbepalingen in geval van samenloop.
- **Categorie 2: Strafmaxima / strafverzwarringsgronden**
 - Zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, vermag de ACS niet in te zien waarom de voorgestelde strafverzwarringsgronden en strafmaxima-verhogingen noodzakelijk zijn. Er lijkt sprake te zijn van symboolwetgeving nu het wetsvoorstel een oplossing presenteert voor een probleem dat in de praktijk niet bestaat. De ACS adviseert daarom van de voorgestelde wijzigingen af te zien, althans de noodzaak daartoe in ieder geval deugdelijk te onderbouwen.
 - Voor zover het wetsvoorstel wordt doorgezet, adviseert de ACS om in het voorgestelde art. 426bis tweede lid, de uitdrukking "uitoefening van de bediening" vooraf te laten gaan door "rechtmatige".
 - **Categorie 3: Verjaringstermijn**
 - De ACS heeft op zichzelf geen (princiële) bezwaren tegen een aanpassing van de verjaringstermijn voor kindermishandeling. Ook op dit punt zijn haar echter geen praktijkproblemen bekend zodat de noodzaak van dit deel van het wetsvoorstel op losse schroeven staat.

CONSULTATIETREACTIE

I. Inleiding:

Het onderhavige wetsvoorstel voorziet – kort gezegd – in een tiental wetswijzigingen:

1. Strafbaarstelling van het uit winstbejag behulpzaam zijn bij illegale prostitutie (nieuw artikel 206a Sr);
2. Strafbaarstelling van misbruik van seksueel beeldmateriaal (nieuw artikel 139h Sr);
3. Verhoging van de strafmaxima voor het delict aanzetten tot geweld, haat en discriminatie (wijziging artikel 137d Sr);
4. Invoering van een strafverzwarringsgrond voor deelneming aan een criminele organisatie met een ernstig crimineel oogmerk (wijziging artikel 140 Sr);
5. Verhoging van het strafmaximum voor handel in en bezit van automatische vuurwapens (wijziging artikel 55 van de Wet wapens en munitie);
6. Uitbreiding van de strafverzwarringsgrond voor kindermishandeling tot kinderen die aan de zorg, opleiding of waakzaamheid van een ander zijn toevertrouwd (wijziging artikel 304 Sr);
7. Invoering van een strafverzwarringsgrond voor stelselmatige kindermishandeling (wijziging artikel 304 Sr);
8. Verhoging van het strafmaximum voor het delict diefstal in een woning gedurende de dag (wijziging artikel 311 Sr);

9. Invoering van een strafverzwarringsgrond voor het hinderen van hulpverleners (wijziging artikel 426bis Sr).
 10. Aanpassing van de verjaringstermijn voor kindermishandeling (wijziging artikel 71 Sr);
- Deze tien wetswijzigingen laten zich een drietal categorieën rangschikken:

Categorie 1: Nieuwe strafbaar feiten (no. 1-2)

Categorie 2: Strafmaxima / strafverzwarringsgronden (no. 3-9)

Categorie 3: Verjaringstermijn (no. 10)

De ACS zal deze categorieën hierna een voor een bespreken.

II. Categorie 1: Nieuwe strafbare feiten (no. 1-2)

II.1 Strafbaarstelling behulpzaamheid bij illegale prostitutie (pooiervverbod)

De ACS heeft op zichzelf geen (princiële) bezwaren tegen het voorgestelde art. 206a Sr. Wel mist zij in de concept Memorie van Toelichting (voldoende) aandacht voor enkele deelaspecten van deze nieuwe strafbepaling. Ook heeft de ACS diverse vragen, onder meer over de reikwijdte.

Samenhang met inwerkingtreding Wrp?

De ACS vraagt zich af waarom het voorgestelde art. 206a Sr niet is opgenomen als onderdeel van de door het kabinet aangekondigde wijziging van het wetsvoorstel 'Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche' (Wrp) dat thans aanhangig is in de Eerste Kamer. Gelet op de evidente samenhang¹ adviseert de ACS art. 206a onderdeel uit te laten maken van deze aangekondigde wijziging van het wetsvoorstel Wrp.

"Uit winstbejag": valt de klant zelf hieronder?

Volgens de concept Memorie van Toelichting is sprake van "winstbejag" zoals bedoeld in het voorgestelde art. 206a "als het oogmerk bestaat om een financieel of ander voordeel te verkrijgen. Het is niet nodig dat daadwerkelijk voordeel is gerealiseerd, het beogen of het verwachten van voordeel is voldoende voor strafbaarheid." (p. 20).

Het gebruik van de term "ander voordeel" roept bij de ACS de vraag op of dit betekent dat ook de klant van de prostituee zelf onder de reikwijdte van de strafbepaling valt. Deze zal immers zonder twijfel uit zijn op "ander voordeel" (lichamelijk genot) en door de prostituee te betalen lijkt voorts sprake te zijn van behulpzaamheid bij (het in stand houden) van de illegale prostitutie. In de concept Memorie van Toelichting wordt reeds verduidelijkt dat de prostituee zelf niet onder de reikwijdte van art. 206a valt (p. 20). Gelet op het voorgaande acht de ACS het wenselijk dat eveneens verduidelijkt wordt of hetzelfde geldt voor de klant van de prostituee.

Mocht de klant wel onder de reikwijdte van art. 206a vallen dan verneemt de ACS graag hoe dat zich verhoudt tot bijv. de strafbaarstelling in art. 29 van voornoemd wetsvoorstel 'Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche' (Wrp). Deze strafbepaling zal in de regel immers ook van toepassing zal zijn op de klant van een illegale prostituee.

Wat betekent behulpzaamheid bij "kern van de seksuele dienstverlening"?

Volgens de concept Memorie van Toelichting is van behulpzaam zijn sprake "als de betrokkene de illegale prostitutie door een ander in enigerlei opzicht bevordert of gemakkelijk maakt." (p. 20). Hiervan – althans uit "winstbejag behulpzaam zijn" is echter geen sprake "als de activiteiten niet aan de kern van de seksuele dienstverlening raken, dat wil zeggen werkzaamheden die niet direct dienstig zijn aan het bedrijven van illegale prostitutie" (ibid). Vervolgens wordt terugverwezen naar voorbeelden in het "algemene deel van de Memorie van Toelichting" (ibid). De ACS gaat ervan uit dat met die terugverwijzing wordt bedoeld op de volgende passage in de concept Memorie van Toelichting: "Er is uitsluitend sprake van strafbaarheid als de gedragingen de kern van de illegale prostitutie raken. Activiteiten van hulpverleners zoals artsen, welzijnswerker en geestelijk verzorgers vallen niet onder de reikwijdte van de strafbaarstelling, omdat zij niet uit winstbejag behulpzaam zijn bij de illegale prostitutie" (p. 9).

De ACS kan dit gedeelte van de concept Memorie van Toelichting niet goed volgen.

¹ De concept Memorie van Toelichting vermeldt dat van wederrechtelijkheid in de zin van art. 206a sprake is als een vergunning ontbreekt en dat aanknopingspunt voor dit vergunningsvereiste "de nieuwe opzet van de Wrp [is] die conform het regeerakkoord uitgaat van een uniform vergunningstelsel voor seksuele dienstverlening." (p. 21)

Zijn de genoemde hulpverleners niet strafbaar omdat zij niet uit winstbejag handelen of omdat hun activiteiten niet aan de kern van de seksuele dienstverlening raken (of beide)? En waarom is bij hulpverlening geen sprake van "winstbejag"? Eerder in dit advies is de in de concept Memorie van Toelichting gegeven definitie van "winstbejag" al aangehaald, te weten het behalen van financieel of ander voordeel. Een professioneel hulpverlener pleegt te worden betaald voor zijn werkzaamheden. Sterker nog, dat betaald wordt zal voor veel hulpverleners de reden zijn om de betrokken prostituee te helpen. Blijft alleen de hulpverlener die een prostituee gratis helpt buiten schot?

Het spreekt vanzelf dat de ACS geen voorstander is van een onderscheid op dit punt. Hulpverleners – waaronder de ACS ook advocaten verstaat (waarover hierna meer) – dienen niet onder de reikwijdte van art. 206a Sr te vallen. Dit ongeacht of zij betaald worden voor hun werkzaamheden. Juist daarom acht de ACS het wenselijk dat duidelijk(er) wordt gemaakt waarom hulpverleners niets te vrezen hebben van art. 206a Sr.

Ook op een ander punt is volgens de ACS meer duidelijkheid gewenst. Wat als op zichzelf evident uit winstbejag wordt gehandeld maar de behulpzaamheid niet "*aan de kern van de seksuele dienstverlening*" raakt? Wat wordt met dit laatste concept precies bedoeld? Dat een geestelijke niet maar een pooier wel de kern van de seksuele dienstverlening faciliteert is duidelijk. Maar zo duidelijk zal het in de praktijk lang niet altijd zijn.

Dit laat zich het beste illustreren door de volgende voorbeelden.

Voorbeeld 1: een woningcorporatie verhuurt appartementen in een flatgebouw. Op een gegeven moment ontvangt de woningcorporatie meldingen van andere flatbewoners dat een vrouwelijke huurder van een van de appartementen iedere avond meerdere mannen ontvangt in haar appartement en zichzelf aanbiedt op een escortwebsite. De vrouw beschikt niet over een prostitutievergunning. Is de woningcorporatie nu strafbaar als de huurovereenkomst niet wordt opgezegd en de vrouw in haar woning mag blijven? Valt het verhuren van een woning of bedrijfspand onder het begrip behulpzaamheid bij de kern van de seksuele dienstverlening?

Voorbeeld 2: Een lokale wijkdrogist verkoopt veel meer condooms dan gemiddeld aan een mannelijke klant. Binnen de wijk is algemeen bekend dat de man illegaal – want zonder vergunning – een zakcentje bijverdient als escort. Is de drogist straks strafbaar als hij condooms blijft verkopen aan deze man? Valt het verkopen van condooms of andere seksartikelen onder het begrip behulpzaamheid bij de kern van de seksuele dienstverlening?

Voorbeeld 3: Een studente is al meerdere jaren zonder vergunning actief als exclusieve escort voor welgestelde mannen. Op een gegeven moment wil ze haar dienstverlening legaliseren en een vergunning aanvragen. Ze wendt zich hiervoor tot een advocaat. De advocaat begeleidt de studente vervolgens in het aanvraagtraject van de vergunning. Ook helpt hij haar bij de registratie bij de Kamer van Koophandel, treedt hij in gesprek met de fiscus over achterstallige belasting, *etc.* Vallen dergelijke op legalisering gerichte werkzaamheden van een advocaat onder het begrip behulpzaamheid bij de kern van de seksuele dienstverlening?

Voorbeeld 4: Een prostituee meldt zich bij een abortuskliniek omdat ze ongewenst zwanger is geraakt. De prostituee vertelt de arts dat ze geen prostitutievergunning heeft. Aangezien ze niet kan werken zolang ze zwanger is wil ze een abortus. Kan de arts de abortus onder die omstandigheden verrichten zonder art. 206a te overtreden?

Voorbeeld 5: Een bank constateert een ongewoon transactiepatroon op een zakelijke bankrekening. Nader onderzoek door de compliance afdeling levert concrete aanwijzingen op dat sprake is van een illegaal escortbureau. Moet de bank de klantrelatie nu onmiddellijk beëindigen? Vallen bancaire diensten aan een illegaal escortbureau onder behulpzaamheid bij de kern van de seksuele dienstverlening?

Wat wordt bedoeld met "ernstige reden heeft om te vermoeden"?

Volgens de voorgestelde tekst van art. 206a Sr is reeds voldoende dat de betrokkene "ernstige reden heeft om te vermoeden" dat de prostitutie illegaal is. De concept MvT stelt dat hiervan sprake is "bij zodanige omstandigheden dat de faciliteerder zich bewust had moeten zijn van illegale prostitutie of wanneer sprake is van een verwijtbaar weggijken door de faciliteerder." (p. 21).

Zonder meerdere concrete voorbeelden, die ontbreken, acht de ACS dit een te vage omschrijving die ook onvoldoende handvatten biedt voor burgers en de (rechts)praktijk.

De ACS vraagt zich bovendien af hoe deze omschrijving zich verhoudt tot de uitleg die de minister heeft gegeven aan het identieke bestanddeel "ernstige reden heeft om te vermoeden" in art. 11a Opiumwet. Daarover merkte de minister destijds in de Eerste Kamer²:

"Met het begrip "ernstige reden om te vermoeden" wordt in de strafbaarstelling bedoeld op de zogeheten bewuste culpa, zijnde de zware vorm van schuld die direct tegen voorwaardelijk opzet aanhangt. Dat heb ik ook in de Kamerstukken tot uitdrukking willen brengen. Ik heb daarin aangegeven dat bij "ernstige reden om te vermoeden" sprake moet zijn van een situatie waarin elk weldenkend mens het handelen achterwege had gelaten, omdat het voor hem of haar duidelijk was dat hij of zij daarmee het plegen van een Opiumwetedelict zou faciliteren.

en

Ik benadruk dat met de nieuwe bepaling geen algemene onderzoeksplicht wordt geïntroduceerd voor bijvoorbeeld verkopers bij de GAMMA en de tuincentra. Gewone onachtzaamheid of onoplettendheid leidt ook niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Ik vertrouw erop met het voorgaande een verduidelijking van het begrip "ernstige reden om te vermoeden" te hebben kunnen geven. Ik denk dat het goed is dat deze uitleg kraakhelder deel uitmaakt van de wetsgeschiedenis.

en

Als bij een lichtere vorm van schuld aansprakelijkheid zou ontstaan, moet een verkoper van bijvoorbeeld gloeilampen of een verhuurder al snel nagaan wat de bestemming van de lamp of van de woonruimte is. Op hem rust een zekere onderzoeksplicht, die redelijk ver gaat, dit om strafrechtelijke aansprakelijkheid te ontlopen. Deze kant gaat de voorgestelde strafbaarstelling niet op.

en

De heer Swagerman heeft gesproken over de situatie van de verhuurder en over een verklaring van goed gedrag. Ook voor verhuurders geldt uiteraard dat zij zich bewust moeten zijn van het feit dat bepaalde categorieën woningen en bedrijfspanden mogelijk door criminelen worden misbruikt voor hennepteelt.

² Zie Handelingen Eerste Kamer 12 november 2014 (Kamerstukken no. 32842).

Zij moeten alert zijn op signalen van hennepsteelt. Men kan zich daarbij van alles voorstellen, bijvoorbeeld klachten over stank, het onbewoond laten van gehuurde panden, het aanbrengen van geblindeerde deuren en ramen of bedrijvigheid op vreemde momenten. Als die signalen er duidelijk zijn, mag vervolgens actie van de zijde van de verhuurder worden verwacht. Anders valt zijn gedrag mogelijk te kwalificeren als het aanbieden van ruimte, waarvan men het ernstige vermoeden heeft dat die dient voor hennepsteelt. Er is geen sprake van een algemeen geldende onderzoeksplicht die zou rusten op de verhuurders en andere dienstverleners."

Is, net als bij art. 11a Opiumwet, ook bij art. 206a Sr bewuste culpa vereist? Zo ja, kunnen enkele concrete voorbeelden worden gegeven van situaties waarin een gewoon oplettend verhuurder of andere dienstverlener (denk aan taxichauffeurs, horeca-exploitanten, accountants etc.) ernstige reden moet hebben om te vermoeden dat sprake is van illegale prostitutie? Waarom wordt in de concept Memorie van Toelichting gesteld dat reeds het enkele feit dat sprake is van bovengemiddelde inkomsten volstaat voor "*ernstige reden heeft om te vermoeden*" (zie p. 21). Is hier, gelet op voorgaande citaten uit de parlementaire behandeling van art. 11a Opiumwet, niet (veel) meer voor nodig?

Behulpzaamheid vanuit Nederland bij illegale prostitutie in het buitenland?

De geografisch reikwijdte van het voorgestelde art. 206a Sr is in de delictomschrijving niet beperkt tot Nederlands grondgebied. Ook behulpzaamheid vanuit Nederland bij illegale prostitutie in het buitenland kan dus in theorie onder de strafbepaling vallen. De ACS gaat er echter vanuit dat een dergelijke reikwijdte niet beoogd is, mede gelet op de plaatsing van art. 206a Sr in de Titel "Misdrijven tegen het openbare gezag". Immers, alleen als de illegale prostitutie in Nederland plaatsvindt kan van een inbreuk op het Nederlandse openbare gezag sprake zijn. Mede gelet op onder meer de grensregio's acht de ACS het echter wenselijk dat de concept Memorie van Toelichting hier expliciet op ingaat.

Indien ook behulpzaamheid vanuit Nederland bij illegale prostitutie in het buitenland onder de reikwijdte van art. 206 Sr valt verneemt de ACS graag naar welk recht dan moet dan worden beoordeeld of de prostitutie wederrechtelijk is. Naar Nederlands recht? Het recht van het land waar de prostituee actief is? Of beide? De ACS verzoekt de minister om in dat geval zowel in te gaan op vergunningsvereisten (in welk land moet er een vergunning zijn) als de leeftijd die de prostituee minimaal moet hebben (welke wetgeving is bepalend).

Differentiatie tussen opzet en schuld

In de voorgestelde tekst van art. 206a Sr is zowel een opzetvariant ("*weet*") als een schuldvariant ("*ernstige reden heeft om te vermoeden*") opgenomen. Dat onderscheid komt echter niet terug in de maximale strafbedreiging. Die is hetzelfde. De ACS acht het zuiverder om twee verschillende strafbepalingen te maken met verschillende maximale strafbedreigingen zoals nu ook het geval is bij bijv. witwassen (art. 420bis en art. 420quater).

Verhouding tot andere strafbepalingen bij samenloop

De concept Memorie van Toelichting gaat verder niet in op de verhouding van art. 206a Sr tot andere relevante strafbepalingen (bijv. art. 273f Sr) in geval van samenloop. Dat terwijl dergelijke samenloop zeker niet ondenkbaar is (denk aan illegale prostitutie waarbij tevens sprake is van uitbuiting). De ACS vraagt zich af of art. 273f Sr als een specialis moet worden gezien van art. 206a Sr (of *vice versa*) en, zo nee, wat de toegevoegde waarde is van art. 206a indien tevens sprake is van een uitbuitingssituatie waarop art. 273f van toepassing is.

II.3 Strafbaarstelling misbruik seksueel beeldmateriaal

Ook voor het voorgestelde art. 139h Sr geldt dat de ACS op zichzelf geen (principiële) bezwaren heeft. Wel heeft zij ook bij dit artikel enkele opmerkingen en vragen.

Seksueel beeldmateriaal

Het valt de ACS op dat in art. 139h op een wezenlijk punt is gekozen voor een andere terminologie dan in art. 240b (kinderporno). Dat laatste artikel spreekt van "*afbeelding - of een gegevensdrager, bevattende een afbeelding - van een seksuele gedraging*" terwijl het voorgesteld artikel 139h spreekt van "*seksueel beeldmateriaal*." De ACS vraagt zich af waarom sprake is van een uitlopende terminologie. Hebben beide termen wel dezelfde reikwijdte? Zo nee, waarom niet?

Aan een ander bekend maken / openbaar maken

In zowel het eerste lid als het tweede lid van het voorgestelde art. 139h wordt gesproken van "aan een ander bekend" of "openbaar" maken. De ACS vraagt zich af of hiervan al sprake is indien het beeldmateriaal uitsluitend wordt getoond, bijvoorbeeld door op een telefoon de foto of het filmpje aan een vriend of vriendin te laten zien.

Oogmerk van benadeling

Centraal onderdeel van de nieuwe strafbaarstelling van "wraakporno" (art. 139h, tweede lid) is dat sprake moet zijn van een "*oogmerk van benadeling van de betrokkene*". Volgens de concept Memorie van Toelichting kan hierbij gedacht worden "*het bewust verspreiden van het beeldmateriaal zonder toestemming van de afgebeelde, het plaatsen van denigrerende opmerkingen over de afgebeelde bij het beeldmateriaal (wraakporno) of het delen van persoonlijke gegevens van de afgebeelde bij het beeldmateriaal, zoals het telefoonnummer of de adresgegevens (exposen)*." (p. 19)

De ACS vraagt zich af of vereist is dat de betrokkene zich ook daadwerkelijk benadeeld heeft gevoeld. Of is reeds voldoende dat benadeling werd beoogd ongeacht of dit daadwerkelijk gelukt is?

Klachtdelict:

Voorts – en in het verlengde van het voorgaande – geldt dat de ACS ervan uit gaat dat art. 139h geen klachtdelict zal zijn. De ACS acht dit onwenselijk. Te meer als daadwerkelijk benadeling van de betrokkene geen vereiste is voor overtreding van art. 139h, tweede lid (zie opmerking hierboven). Een mogelijke strafzaak zou dan immers zelfs averechts kunnen werken. Voorts zullen er zonder meer gevallen zijn waarin de betrokkene helemaal geen vervolging wenst om verdere aandacht voor het beeldmateriaal te voorkomen. Mede gelet op het zeer persoonlijke karakter van seksueel beeldmateriaal adviseert de ACS daarom om vervolging van art. 139h alleen mogelijk te maken op klacht.

Internet service providers (ISPs) en sociale media

Het valt de ACS op dat hoewel in het algemene gedeelte van de concept Memorie van Toelichting uitgebreid wordt ingegaan op de rol van sociale media bij wraakporno (p. 6) daarin verder geen aandacht wordt besteed aan de vraag in hoeverre sociale media maar ook internet service providers (ISPs) zelf strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn op grond van het voorgestelde art. 139h. Dit terwijl dergelijke aansprakelijkheid zeker niet ondenkbaar is. Zo is goed denkbaar dat bijvoorbeeld Facebook op enig moment wraakporno op haar servers heeft staan en hiermee ook bekend is. Is Facebook strafbaar als dit materiaal niet onmiddellijk (automatisch) wordt verwijderd? En kan WhatsApp medeplichtig zijn aan overtreding van art. 139h indien het onvoldoende maatregelen neemt om te voorkomen dat wraakporno via appjes verspreid wordt?

En is een ISP strafrechtelijk aansprakelijk als niet onverwijld de toegang wordt geblokkeerd tot websites waar wraakporno op geplaatst is? De ACS mist aandacht voor dergelijke scenario's in de concept Memorie van Toelichting.

Verhouding tot andere strafbepalingen bij samenloop

Tot slot geldt ook bij dit artikel dat in de concept Memorie van Toelichting niet wordt ingegaan op mogelijke samenloop met andere relevante strafbepalingen. Weliswaar wordt gesteld dat art. 139h onverlet laat "de strafbaarstelling in artikel 240b Sr van diverse handelingen met betrekking tot afbeeldingen van kinderpornografische aard" (zie p. 19), voor de ACS is onduidelijk of dit betekent dat art. 139h toepassing mist als sprake is van kinderpornografisch materiaal. Of kan voor hetzelfde feitencomplex een veroordeling voor zowel art. 240b als art. 139h volgen indien het beeldmateriaal een kwestie kinderpornografisch van aard is?

Ook mist de ACS in de concept Memorie van Toelichting aandacht voor mogelijke samenloop tussen art. 139h, eerste lid, en de artikelen 139f en 441b Sr. Weliswaar wordt aangegeven dat deze laatste twee artikelen een te beperkte reikwijdte hebben (reden waarom de nieuwe strafbepaling noodzakelijk zou zijn; zie p. 18), gelet op de brede formulering van art. 139h, eerste lid, lijkt het erop dat bepaalde vormen van het heimelijk vervaardigen van seksueel beeldmateriaal onder zowel de oude als de nieuwe strafbepalingen kunnen vallen (bijv. het heimelijk filmen van seks die in het openbaar heeft plaatsgevonden of afbeeldingen gemaakt met een camera in een pashokje). De ACS vraagt zich of dit de bedoeling van de minister is. Of is het de bedoeling dat alle vormen van het zonder toestemming vervaardigen van seksueel beeldmateriaal voortaan onder art. 139h vallen (en dus niet meer onder art. 139f en art. 441b Sr).

Tot slot mist de ACS in de concept Memorie van Toelichting aandacht voor mogelijke samenloop van art. 139h, tweede lid, met de strafbepalingen van art. 261 (smaad), laster (art. 262), belediging (art. 266) en bedreiging (art. 285). Dit terwijl, zoals terecht ook opgemerkt in de concept Memorie van Toelichting (zie p. 6), deze strafbepalingen thans ook al bescherming bieden tegen diverse vormen van misbruik van seksueel beeldmateriaal. Ook hier geldt dat de ACS graag verneemt of toepassing van deze reeds bestaande artikelen nog aan de orde kan zijn bij een gedraging die ook onder het nieuwe art. 139h, tweede lid, valt.

III. Categorie 2: Strafmaxima / strafverzwarringsgronden (no. 3-9)

III.1 Algemeen: onderbouwing noodzaak ontbreekt

Het overgrote gedeelte van het wetsvoorstel (no. 3 t/m 9) voorziet in een verhoging van een toepasselijk strafmaximum (no. 3, 5 en 8) dan wel invoering c.q. wijziging van een strafverzwarringsgrond (no. 4, 6 en 7). In alle gevallen is de uitkomst van de voorgestelde wijziging dat de daders van de strafbare feiten in kwestie zwaarder gestraft kunnen worden.

De ACS constateert dat al deze wijzigingen kennelijk zijn ingegeven door de veronderstelling dat de huidige strafmaxima niet voldoen. Anders gezegd: dat de huidige strafmaxima de rechter op dit moment onvoldoende ruimte geven om een passende straf op te leggen.

De ACS constateert echter ook dat in de concept Memorie van Toelichting een deugdelijke onderbouwing van de juistheid van deze veronderstelling ontbreekt. Veel verder dan algemeenheden als bijvoorbeeld

- "van de hogere strafbedreiging gaat een afschrikwekkende werking uit" (p. 5);
- "[het] strafmaximum komt ontoereikend voor" (p. 7);
- "[met de strafverzwaring wordt] een signaal [...] afgegeven van de sterke maatschappelijke afkeuring van criminele organisaties" (p. 7)
- "[de invoering van een strafverzwarringsgrond] maakt het mogelijk om ook voor het lastigvallen en hinderen van agenten, ambulancemedewerkers en brandweerlieden een hogere straf te eisen" (p. 16);

komt de concept Memorie van Toelichting niet. De ACS acht dergelijke algemeenheden echter onvoldoende om ingrijpende strafverhogingen te rechtvaardigen. Te meer, nu haar ook geen voorbeelden uit de praktijk bekend zijn waarin is gebleken dat de huidige strafmaxima voor de strafbare feiten in kwestie niet toereikend zouden zijn. In tegendeel. Voor zover rechters in de praktijk in de "knel" komen bij de oplegging van straffen zit het probleem veel eerder in de beperkende werking van de samenloopbepalingen dan in de strafmaxima per strafbaar feit.³

Ook anderszins is de noodzaak voor de voorgestelde strafverhogingen voor de ACS niet goed te volgen.

De ratio voor de uitbreiding van art. 426bis (no. 7) bijvoorbeeld is volgens de concept Memorie van Toelichting gelegen in de wens om het OM in staat stellen om een hogere straf te eisen. Niet valt in te zien waarom dit niet binnen het huidige strafmaximum zou kunnen. Voor zover de ACS bekend voorzien de OM richtlijnen thans in een geldboete van enkele honderden euro's voor overtreding

³ Een voorbeeld hiervan is een vonnis uit de zogenaamde "Koper" zaak (ECLI:NL:RBAMS: 2016:7818). In dit vonnis overwoog de rechtbank dat sprake was van een van de ergste criminele organisaties denkbaar zodat zij alleen al voor dit feit een straf overwoog die richting het huidige strafmaximum van art. 140 Sr zou gaan. Dat dit strafmaximum ontoereikend zou zijn volgens de rechtbank blijkt nergens uit. ("De wetgever heeft deelneming aan een criminele organisatie bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal zes jaren. Gelet op de vaststelling door de rechtbank dat deze organisatie er één was van de ergste soort en dat verdachte daarin een belangrijke rol heeft gespeeld, zou de rechtbank overwegen hem voor alleen al dit feit een gevangenisstraf op te leggen die grenst aan de daarvoor maximum op te leggen straf."). Het probleem voor de rechtbank zal in het feit dat de verdachte voor veel meer strafbare feiten werd veroordeeld maar dit – gelet op de samenloop bepalingen - onvoldoende tot uitdrukking kon worden gebracht in de strafmaat ("Dit alles betekent dat de rechtbank zou uitkomen op een aanzienlijk hogere gevangenisstraf dan de acht jaar die volgens de wet maximaal aan verdachte kan worden opgelegd, zijnde de maximumstraf voor de criminele organisatie, verhoogd met een derde. Dit alles overwegend zal de rechtbank aan verdachte het wettelijke maximum, te weten een gevangenisstraf van acht jaar, opleggen.")

van art. 426bis. Het huidige strafmaximum voor dit delict is echter een maand hechtenis of een geldboete van de tweede categorie (max EUR 3.350,-). De huidige strafmaxima bieden derhalve alle ruimte om het doel van de wetgever te bereiken. Overigens is de voorgestelde strafverzwarringsgrond ook niet in lijn met het OM beleid waar de concept Memorie van Toelichting een beroep op doet. Volgens dit beleid wordt de standaard eis bij hulpverleners immers verdubbeld. Het wetsvoorstel voorziet echter in een verdrievoudiging van de maximale straf (van een maand hechtenis naar drie maanden hechtenis).

Eenzelfde redenering gaat op voor de andere strafverzwarende maatregelen. Goed voorbeeld is de verhoging van het strafmaximum voor een woninginbraak gedurende de dag (no. 6). De ACS is niet bekend met zaken waarin de rechter voor een enkele woninginbraak gedurende de dag niet uit kon met het huidige strafmaximum van zes jaar. De kennelijk nevendoelen van de voorgelijke strafverhoging (strafbaar stellen van voorbereidingshandelingen) komen de ACS als oneigenlijk voor en kunnen ook op andere, minder ingrijpende wijze, bereikt worden (bijv. door een zelfstandige strafbaarstelling van dergelijke voorbereidingshandelingen).

II.2 M.b.t. art. 426bis Sr: toevoeging "rechtmatige" aan "uitoefening van de bediening"

Het wetsvoorstel (no. 7) voegt aan art. 426bis een tweede lid toe waarmee – kort gezegd – wordt voorzien in een strafverzwarringsgrond voor het hinderen van hulpverleners, waaronder politieagenten. De strafverzwarende omstandigheid vereist dat het hinderen wordt begaan "*tegen een hulpverlener tijdens de uitoefening van zijn bediening*".

De ACS merkt op dat in het voorstel "*uitoefening van zijn bediening*" niet vooraf wordt gedaan door "*rechtmatige*". Dit is een stijlbreuk met andere, vergelijkbare, artikelen uit het Wetboek van Strafrecht, bijvoorbeeld, art. 180 (wederspansigheid), art. 267 (belediging ambtenaar in functie) en art. 304 (mishandeling ambtenaar in functie). De ACS acht een dergelijke inconsistentie onwenselijk. Los daarvan is het bestanddeel "rechtmatig" ook een belangrijke waarborg dat de strafverzwarringsgrond alleen dan van toepassing is als de functionaris zelf binnen diens bevoegdheden is opgetreden. Het voorkomt ook dat in situaties waar bijv. art. 180 Sr niet van toepassing is (denk aan een onrechtmatige aanhouding) de betrokkene alsnog veroordeeld kan worden voor art. 426bis. Dit artikel vereist nu immers niet dat het verhinderde politieoptreden rechtmatig is.

III. Aanpassing verjaringstermijn (no. 10)

De ACS heeft op zichzelf geen (princiële) bezwaren tegen een aanpassing van de verjaringstermijn voor kindermishandeling. Wel geldt ook hier dat de ACS er niet mee bekend is dat verjaringstermijnen tot problemen leiden bij kindermishandeling.

Wellicht ten overvloede ook nog een drietal opmerkingen van tekstuele aard.

Volgens artikel A van het concept wetsvoorstel zal art. 71 Sr worden ingevoegd de tekst "*of voorzover het feit oplevert mishandeling van een minderjarige*". In art. 71 Sr wordt echter steeds gesproken van een "*persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt*". Het zou wetssystematisch dan ook zuiverder zijn om of in geheel art. 71 Sr de term "*minderjarige*" te hanteren dan wel artikel A te wijzigen in "*of voorzover het feit oplevert mishandeling van een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt*".

Voorts geldt dat het kennelijk de bedoeling is de nieuwe tekst in te voegen in art. 71 Sr na "*nog niet heeft bereikt*". In het huidige art. 71 Sr komt "*nog niet heeft bereikt*" echter meermaals voor. De ACS gaat ervan uit dat invoeging na de tweede "*nog niet heeft bereikt*" wordt nagestreefd. De huidige tekst van het wetsvoorstel impliceert echter dat reeds na de eerste "*nog niet heeft bereikt*" zou worden ingevoegd. Dat lijkt de ACS niet de bedoeling.

Ten derde geldt dat, gelet op de ruime reikwijdte van de voorgestelde tekst het de ACS voorkomt dat geen meerwaarde meer toekomt aan het tekstgedeelte "*voor zover het feit oplevert genitale verminking van een persoon van het vrouwelijke geslacht die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt dan wel het misdrijf, omschreven in artikel 302, voor zover het feit oplevert gedwongen abortus of gedwongen sterilisatie van een persoon van het vrouwelijke geslacht die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt*". Al deze bijzondere gevallen worden thans immers afgedekt door het nieuwe "*voorzover het feit oplevert mishandeling van een minderjarige*" (of indien de eerste tekstuele opmerking van de ACS wordt overgenomen: "*of voorzover het feit oplevert mishandeling van een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt*"). Het zou de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de bepaling wat de ACS betreft ten goede komen indien onnodige tekst wordt geschrapt.
